التعليق
على مجلة المرافعات المدنية والتجارية

د. علي كحلون

التعليق
على مجلة المرافعات المدنية والتجارية

- الطّبعة الأولى -

منشورات
مجمع الأطرش للكتاب المختص
2016

الطبعة الأولى : تونس 2016

مجمع الأطرش للكتاب المختص

95 شارع لندرة ـ تونس 1000

الهاتف : 123 241 71 ـ 505 348 71

الفاكس : 490 330 71

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

الموقع www.latrach - edition.com

بسم الله الرحمن الرحيم

قانون عدد 103 لسنة 1959 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1379 (5 أكتوبر 1959) يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

باسم الشعب،

نحن الحبيب بورقيبة، رئيس الجمهورية التونسية،

بعد اطلاعنا على الفصل 64 من الدستور،

وعلى مجلة الإجراءات المدنية،

وعلى رأي كاتب الدولة للرئاسة وكاتب الدولة للعدل وكاتب الدولة للمالية والتجارة،

أصدرنا القانون الآتي نصه :

الفصل 1ـ أحدثت مجلة للمرافعات المدنية والتجارية ملحقة بهذا القانون.

الفصل 2 ـ ألغي العمل بجميع النصوص السابقة المخالفة لهذه المجلة ومنها قانون المرافعات المدنية المدرج بالأمر المؤرخ في 21 ذي الحجة 1328 (24 ديسمبر 1910) كما وقع تغييره أو إكماله بالنصوص التابعة له[1].

(1) كانت الإجراءات المدنية وطرق التنفيذ خاضعة لمجلة 1910 «قانون أصول المرافعات المدنية التونسي 1910»، وقد نصّ الأمر الصادر في إجراء العمل بهذا القانون على ما يلي:
الفصل 1 ـ النصوص المنشورة فيما بعد والمتعلقة بنظر المحاكم الأهلية في المواد المدنية والمرافعات التي تجري أمامها وطرق التنفيذ حررت بمجلة عنوانها «القانوني التونسي للمرافعات المدنية»
الفصل 2 ـ أحكام القانون المذكور منسحبة على جميع النزاعات من النظام المدني (الغير) المتعلقة بالنزاعات في شأن الحالات الشخصية والعقارية من حيث الاستحقاق ويجري بها العمل من غرة جوان عام 1911 وعليه فان كل قضية تنشر اعتبارا من ذلك التاريخ تكون المرافعات فيها على مقتضى هذا القانون وقد بطل العمل بكل نص وعادة وتراتيب مخالفة لذلك». وكتب في 21 ذي الحجة 1328 وفي 24 ديسمبر 1910.
إلاّ أنّ هذا الأمر ألغي العمل به بموجب القانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 المتعلق بإدراج مجلّة المرافعات المدنية والتجارية المعمول بها حاليا حيث نصّ الفصل 2 منه على ما يلي «ألغي العمل بجميع النصوص السابقة المخالفة لهذه المجلة ومنها قانون المرافعات المدنية المدرج بالأمر المؤرخ في 21 ذي الحجة 1328 (24 ديسمبر 1910) كما وقع تغييره أو إكماله بالنصوص التابعة له».

الفصل 3 ـ يبقى العمل جاريا :

1) بالأمر المؤرخ في 23 ربيع الثاني 1306 (27 نوفمبر 1888) في النزاعات المتعلقة بالإدارة،

2) بالأحكام المتعلقة بسير الدعاوى سواء كانت في صيغة طلب أو في صيغة دفاع وسير وسائل التنفيذ الخاصة بالأداءات والضرائب والديون بجميع أنواعها الراجعة للدولة و البلديات والمؤسسات العمومية،

3) بالأمر المنقح الصادر في 25 ذي الحجة 1367 (28 أكتوبر 1948) المتعلق بالأكرية محلات السكنى والحرفة، (يجري العمل حاليا بأحكام القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 بدلا من أحكام العنوان الأول من هذا الأمر)

4) بالأمر المؤرخ في 2 جمادى الثانية 1378 (27 ديسمبر 1954) المتعلق بالعلاقات بين المسوغين والمتسوغين للمحلات التجارية والصناعية،

5) القانون عدد 48 لسنة 1958 المؤرخ في 21 رمضان 1377 (11 أفريل 1958) المحدث لحاكم المنح العائلية،

6) القانون عدد 117 لسنة 1958 المؤرخ في 21 ربيع الثاني (1378 نوفمبر 1958) المحدث لمجالس العرف، (ألغي بالقانون عدد 27 لسنة 1966 المؤرخ في 30 أفريل 1966 المتعلق بإصدار مجلة الشغل)

7) القانون عدد 80 لسنة 1959 المؤرخ في 15 محرم 21(1379 جويلية 1959) الخاص باجراءات استخلاص الديون المتعلقة بالمنح العائلية.

الفصل 4 ـ يبدأ العمل بمجلة المرافعات المدنية والتجارية في غرة جانفي 1960.

الفصل 5 ـ النوازل التي مازالت جارية في غرة جانفي 1960 تبقى خاضعة للإجراءات المعمول بها في تاريخ صدور هذه المجلة إلى أن يقع فصلها من طرف المحكمة المنشورة لديها.

الأحكام الصادرة في القضايا المشار إليها بالفقرة المتقدمة وكذلك الأحكام الصادرة قبل غرة جانفي 1960 تبقى خاضعة فيما يخص قابلية الطعن والمحكمة صاحبة النظر فيه للقانون القديم غير أن إجراءات الطعن تقع طبقا لمقتضيات القانون الجديد.

الفصل 6 ـ ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

وصدر برئاسة الجمهورية التونسية في 2 ربيع الثاني 1379 (5 أكتوبر 1959).

رئيس الجمهورية التونسية

الحبيب بورقيبة

تقديم الطبعة الأولى

مجلة المرافعات المدنية مجلة صدرت بموجب القانون عدد 103 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 وهي تتناول الإجراءات المنطبقة على النزاع المدني والتجاري بوجه عام، انطلاقا من رفع الدّعوى وإلى حدّ صدور الحكم، وتلك هي مراحل النزاع، كما تناول الباب الأخير منها وسائل التنفيذ، إجراءات تنفيذ الأحكام والعقل بأنواعها، إضافة إلى عدّة أحكام خاصة بالتعديل والتجريح والزور واطلاع النيابة العمومية وغير ذلك من الأحكام الخاصة، وتعرف هذه الأبواب جميعها بالأحكام الإجرائيّة الخاصة[1]. وهي ليست المجلة الأولى إذ سبق أن صدر سنة 1910 قانون أصول المرافعات المدنية التونسي، ووقع العمل به فعلا إلى أن صدرت مجلة 1959، كما أنّه سبق صدور مجلة شرعية، مجلّة الإجراءات الشرعية الصادرة بتاريخ 2 سبتمبر 1948 لم يقع العمل بها. وليست المجلّة الحاليّة إلا نتيجة لجملة من التراكمات النظرية والواقعيّة، وهي في حاجة ملحة لمزيد المراجعة والضبط.

فلقد مرت تونس اليوم بالعهد البربري ثم العصر القرطاجني إلى حدود 146 قبل الميلاد، ثم رضخت للاحتلال الروماني ما بين 146 قبل الميلاد إلى 662 ميلادي، ولا شك أنّها تأثّرت بعادات البربر وقوانين الشرق وتشاريع اشور وقانون اللوحات الإثني عشر الرومانية، ومدونة جوستينيان إلى أن جاء الفتح الإسلامي[2].

وانتشر المذهبان المالكي والحنفي بإفريقية وازدهر القضاء في تلك المرحلة الأولية وبرزت العديد من الأسماء منها: أبو الجهم عبد الرحمان بن رافع التنوخي، والإمام سحنون بن سعيد بن الحبيب التنوخي، إلى أن أصبحت تونس تابعة للدولة العثمانية سنة 1573م ومع انتصاب الحسينيين بتونس تسارعت

(1) مجلة الإجراءات المدنية تناولت بالتفصيل اختصاص المحاكم والإجراءات أمام المحاكم والأحكام الصادرة عنها وطرق الطعن فيها وتنفيذ الأحكام والعقل إضافة إلى بعض الإجراءات الخاصة في التجريح والتعديل والزور وغير ذلك وهي الأحكام الإجرائية الخاصة، وقد خصصت كتابا مستقلا للحديث عن الأحكام العامة للإجراءات وتحدثت من خلاله عن نظريات العمل القضائي والدّعوى والخصومة وجزاء الإخلال بالإجراءات تحت عنوان النظرية العامة للنزاع المدني.

(2) إبراهيم عبد الباقي تطور التشريع بتونس القضاء والتشريع مارس 1975 ص.113

الأحداث، حيث أصدر محمد باي في 9 سبتمبر 1857 دستور عهد الأمان وانبثق عنه في 24 أفريل 1861 «قانون الجنايات والأحكام العرفية» يشتمل على 665 فصلا، شملت الجنايات والجنح والمخالفات والقانون المدني والإجراءات المدنية والجزائية والقوانين الإداريّة الخاصة بصيانة القضاء وتنظيمه وحماية القاضي، وقد استمدت من المذهبين المالكي والحنفي، وأحسن ما قامت به هذه المدونة هو إلغاء الإمتيازات القنصلية وإقرار جملة من قواعد نظام القضاء غير أنه سرعان ما أوقف العمل بهذا القانون في 30 أفريل1864 [1]، وعادت

(1) لابدّ من الرّجوع إلى فترة ما قبل عهد الأمان (1857) حين كانت الحكومات الغربيّة تتربّص بحكّام تونس للتّدخّل في شؤون بلادهم والإيقاع بهم، وقد أشار ابن أبي الضّياف، إتحاف أهل الزّمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، الدّار التّونسيّة للنّشر 1990 تونس، ص 231 وما بعد، ج 4 ، إلى أنّ محمّد باي " لازم الجلوس بالمحكمة لظنّه أنّ ذلك هو معنى الحكم... فباشر سائر القضايا على اختلاف أنواعها ...يحكم فيها بما يظهر لاجتهاده من غير توقّف للتّأمّل ولا مراجعة ...وكان جريئا على تنفيذ ما يراه بسرعة في الحين.....وعلى إثر تنفيذ حكم الإعدام على يهودي تونسي (بتهمة شتم مسلم وسبّ دينه) ضغطت كلّ من فرنسا وانقلترا على الباي لوضع قانون يحمي الرّعية. فخاطب القنصل الانقليزي الباي قائلا : فائدة هذا الأمان راجعة لبنيك ..والمتولّى بعدك يفعل ببنيك ما يظهر له من غير قانون يمنعه ..فاترك أولادك في أمان."، وقد استغلّت السّلطات الفرنسيّة والانجليزيّة تنفيذ هذا الحكم الإعدام لتضغط بقوّة وتدفع الباي (محمّد باي) في اتّجاه اعتماد عهد الأمان (سبتمبر 1857)، وقد جاء بالفصل الأوّل من عهد الأمان ما يلي:» تأكيد الأمان لسائر رعيّتنا وسكّان إيالتنا على اختلاف الأديان واللّغات والألوان، في أبدانهم المكرّمة وأموالهم المحرّمة وأعراضهم المحترمة إلاّ بحقّ يوجبه نظر المجلس بالمشورة ويرفعه إلينا، ولنا النّظر في الإمضاء أو التّخفيف ما أمكن أو الإذن بإعادة النّظر.» حقوق الإنسان، نصوص وطنيّة ودوليّة، وزارة العدل وحقوق الإنسان، مركز التّوثيق في مجال حقوق الإنسان ومركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، تونس 10 ديسمبر 2005، ص 23. ثمّ اعتماد الدّستور (26 أفريل 1861) في عهد محمّد الصّادق باي، وقد اعتمد الدّستور توزيع السّلط إلى تشريعيّة وتنفيذيّة وقضائيّة على النّمط الغربي، فيكون الملك مسؤولا في تصرّفاته أمام المجلس الأكبر الّذي يعدّ المحافظ على العهود والقوانين والحامي لحقوق جميع السّكان والمانع من وقوع ما يخالف أو يضعف أصول القوانين وكلّ ما يقتضي عدم مساواة النّاس لدى الحكم. ويعود فصل النّزاعات إلى مجالس ضبطيّة ومجلس الجنايات والأحكام العرفيّة ومجلس التّجارة. المرجع السّابق، ص 26. وكان الهدف الحقيقي وراء ذلك هو ضمان مصالح الغربيّين والتّورّط في مسار إصلاحي لا يعرف نهايته، وقد يفوق طاقة البلاد في ذلك الوقت. وفعلا تورّط الباي محمّد الصّادق بدفع من السّلطات الفرنسيّة في إصلاحات هامّة وخاصّة منها ما تعلّق بجلب الماء من زغوان في اتّجاه الحاضرة، ووجد الباي نفسه مضطرّا إلى التّرفيع في مقدار الضّريبة ممّا أدّى إلى انتفاضة علي بن غذاهم سنة 1864 . التي انتهت بالتراجع عن جميع الإصلاحات وسقوط عهد الأمان والدستور، ابن أبي الضّياف، المرجع السّابق، ج 4، ص 261. وفعلا أشرفت البلاد التّونسيّة مع بداية سنة 1881 على الهلاك ولم يبق في خزانة البلاد ما يسدّ الرّمق وسقط الباي نفسه في

الحالة القديمة التي اتسمت بفسيفساء من المحاكم، حيث إن الجنح ينظر فيها قاضي فردي، والجنايات تبقى من أنظار الباي، والمحاكم الشرعية تنظر في القضايا الشخصية والاستحقاقية والمعاملات، ومحاكم الأحبار تنظر في قضايا الأحوال الشخصية لليهود وعادت الامتيازات القنصلية حيث تنظر محاكم خاصة في مثل تلك الأحوال، إذا وجد طرف أجنبي[1]، فينطبق قانون بلد ذلك الشخص

خصاصة كاملة..(Ali Mahjoubi :L'etablissement du protectorat français en Tunisie, publications de l'université de Tunis 1977, p. 203 et suiv.) لكنّ التّدخّل الأجنبي لم يقف عند ذلك الحدّ، وكانت النيّة الفرنسيّة مبيّتة في اتّجاه فرض سيطرتها على كامل البلاد التّونسيّة، ولم تتأخّر كثيرا عن تحقيق ذلك، وكانت السّاعة تشير إلى الرّابعة مساء من يوم 12 ماي 1881 عندما دخل الجنرال الفرنسي Bréart إلى قصر الباي بباردو رفقة عدد من جنوده وألزمه بإمضاء اتّفاقيّة باردو في زمن لم يتجاوز السّاعة التاسعة من ذلك اليوم،(نفس المرجع السابق، ص.37) وهي وثيقة أعدّتها فرنسا في حقيقة الأمر، وبدعوى السيطرة على الشّغب الّذي عرفته البلاد التّونسيّة على الحدود الجزائريّة التونسيّة ومساعدة الباي على تجاوز محنته الماليّة وحمايته من الأخطار الخارجيّة وتنمية أسباب التّعاون ومراعاة لصداقة البلادين وحسن الجوار، سمحت فرنسا لنفسها بأن تؤكد على تجديد الاتّفاقيّات المبرمة سابقا بين الباي وفرنسا والتّمركز بمواقع حربيّة حسب اجتهادها وتمنع دخول السّلاح عبر المواقع الهامّة وتعيّن ممثّلا (الوزير المقيم) لها بجانب الباي، سيكون منذ ذلك الحين الحاكم الفعلي للبلاد التّونسيّة، وأن تمثّل المصالح الدبلوماسيّة التونسيّة وتضمن في حقّ الباي تنفيذ الاتّفاقيّات المبرمة مع الحكومات الأوروبيّة، وتمنعه من إبرام أي اتّفاق دولي إلاّ بموافقتها، مع تعهّده باتّخاذ الأسس اللاّزمة التّي ستضبط لاحقا لتنظيم القطاع المالي ضمانا لدفع الدّيون.

وقد عملت منذ البداية على أن تكون البلاد خالصة لها، فسعت إلى إلغاء الامتيازات الأجنبيّة واللّجنة الماليّة الدّوليّة. وبعد أن أفقدت الباي سيادته الخارجيّة بموجب اتّفاقيّة باردو كما تقدّم، أمكن لها السّيطرة على السّيادة الدّاخليّة من خلال اتّفاقيّة 8 جوان 1883 المبرمة بالمرسى بما أنّه « لمّا كان مراد حضرة الباي المعظّم أن يسهّل للحكومة الفرنساويّة إتمام حمايتها تكفّل بإجراء الإصلاحات الإداريّة والعدليّة والماليّة التّي ترى الحكومة المشار إليها فائدة في إجرائها.»(الفصل الأوّل من اتّفاقيّة المرسى.) واندفعت السّلطات الفرنسيّة بعد أن هيّأت جميع الظّروف السّياسيّة إلى تغيير الواقع التّونسي عبر حركة تقنين منظّمة لم يتخلّف عنها أيّ ميدان، ولعلّ الميدان القانوني كان هو الأهمّ في أهداف القوّات الاستعماريّة. يراجع حول هذه اللمحة التاريخية بأكثر تفصيل، علي كحلون، أزمة السجلات العينية في تونس، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق تونس، 2007.

(1) كان التنظيم القضائي قبل الحماية الفرنسية يتوزّع بين المحاكم الشرعية(تكونت في غضون سنة 1856 و كانت تنظر في الأحوال الشخصية و الاستحقاق وفق المذهبين المالكي والحنفي و يستند القاضي الشرعي في أحكامه الى الشريعة الإسلامية و يعتمد المشهور من الآراء في مذهبه و يستعين بآراء المفتين من ذوي كفاءة العلمية والفقهية.) و محكمة الوزارة(تمثلت وظيفتها في تحضير القضايا للحكم فيها من طرف الباي ، بها قسمان أحدهما

واستمرت هذه الحالة إلى انتصاب الحماية الفرنسية بداية من سنة 1881، التي أسرعت إلى إحداث محاكم فرنسية: قانون 7 مارس 1883 وحددت مرجع نظرها: أمر 31 جويلية 1884 وقلصت من اختصاصات المحاكم الشرعية: أمر 15 فيفري 1887، وأحدثت المحكمة العقارية في غرة جويلية 1885 وشهدت الفترة حركة تقنين نشيطة، فصدرت مجلة الالتزامات والعقود ودخلت حيز التنفيذ سنة 1907، وصدرت مجلة المرافعات المدنية بموجب أمر: 14 ديسمبر 1910، واستمر العمل بها إلى غاية 15 أكتوبر 1959، وكانت تنطبق على النظام المدني المتعلق «بالنزاعات في شأن الحالات الشخصية والعقارية من حيث الاستحقاق»، وتميّزت بإجراءات بسيطة وسهلة دون شكليات معينة، وطغت عليها الصبغة الاستقرائية، إذ أسند إلى القاضي دور نشيط في تحقيق الدعوى وفي 30 ديسمبر 1921 صدرت مجلة المرافعات الجزائية. وصدرت في 2 سبتمبر 1948 مجلة الإجراءات الشرعية وهي مستمدة من المذهبين المالكي والحنفي وبعد أن تكونت لجنة ترأسها الشيخ محمد عبد العزيز جعيط، وصدر أمر 16 جوان 1949 قضى بتكوين لجنة لتدوين مجلة للأحكام الشرعية التي اشتملت على 2463 فصلا غير أن هذه اللائحة بقيت محفوظة ولم يقع العمل بها وقد شملت النزاعات الشرعية في مادتي الحالة الشخصية والاستحقاق العقاري وكان محتواها متأثرا بصفة مطلقة بالمذهبين المالكي والحنفي، لكنها كانت عصرية من حيث الشكل والإجراءات المعتمدة.

مدني و الآخر جزائي لإنشاء لوائح الأحكام (المعاريض).)و محكمة الدريبة(تكونت بالتوازي مع محكمة الوزارة و اعتبرتها بعض المراجع «النواة الأولى للقضاء العدلي بتونس» يرأسها قاضي يطلق عليه اسم «فريك» و مرجع نظرها محدد بالجنح التي لا تتجاوز عقوبتها ستة أشهر.) ومجالس العمال (انتشرت بمختلف الجهات و كان العامل «القايد» يقضي في المخالفات.) ومحكمة الأحبار(تنظر في الحالة الشخصية لليهود و يستمد الحبر الأكبر أحكامه من الشريعة الموسوية و ما اشتهر من آراء الأحبار القدامى و الأحكام التي تصدرها هذه المحكمة نهائية.) والمحاكم القنصلية (تتعهد بالنظر في قضايا رعايا الدول المتمتعة بامتيازات قنصلية و لما انتصبت الحماية استوعبتها المحاكم الفرنسية.). لكنّه مع إبرام عهد الأمان بتاريخ 10 سبتمبر 1857 وصدور دستور 26 أفريل 1861ظهرت عدّة مؤسّسات جديدة من بينها المجلس الأكبر، وأنشئ داخله مجلس مصغر للنظر في القضايا المحالة من مجلس التحقيق وخصه المشرع بصلاحيات قضائية جنائية بأن جعل من مشمولات نظره البت في الشكايات المرفوعة من مجلس التحقيق ليطابق الحكم على القانون، وهي مهام شبيهة بقضاء التعقيب اليوم. لكنّ عهد الأمان لم يدم طويلا وسرعان ما توقف العمل بعهد الأمان وبدستور 1861 مع نهاية سنة 1864. يراجع التعليق على الفصل 42 م.م.م.ت.

وفي عهد الاستقلال حذفت المحاكم الشرعية بمقتضى أمر 3 فيفري 1956 وأمر25 سبتمبر 1956 وألغيت مجالس الأحبار بموجب القانون عدد 40 لسنة 1957، وصدرت مجلة الأحوال الشخصية في 13 أوت 1956 وأصبحت تنطبق على كافة التونسيين بصرف النظر عن دياناتهم وحذفت المحاكم الفرنسية بموجب اتفاقية 9 مارس 1957، وصدرت أغلب المجلات القانونية العصرية خلال تلك الفترة، كما صدرت مجلة المرافعات المدنية والتجارية الجديدة بمقتضى القانون عدد 130 لسنة 1959 الصادر في 5 أكتوبر 1959 وألغيت المجلة القديمة باعتبارها تضمنت «نظاما للإجراءات شبيها بالنظام القبليّ» واعتمدت المجلة الحديثة على أساس» إرجاع الحاكم لوظائفه الأصلية وتخليصه من الأعباء الخارجة عن وظيفته الحقيقية التي غايتها تطبيق القانون..فأصبح من الواجب على الخصوم بمساعدة محاميهم إعداد ملفاتهم وتهيئة قضاياهم[1]».

ومنذ سنة 1959 عرفت المجلة عدّة تنقيحات على النحو التالي:

ـ **القانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963**: نقح الفصل 11 المتعلق بالتبليغ والفصول 32 و36 و37 المتعلقة بمرجع النظر الترابي وأضاف الفقرة الأخيرة للفصل 46 م.م.م.ت. في الإجراءات أمام قاضي الناحية ونقّح الفصول 52 و54 و58 م.م.م.ت. في الدعوى الحوزية والفصل 131 م.م.م.ت. في تقديم عريضة الاستئناف والفصل 225 م.م.م.ت. في التداخل والفصل 251 م.م.م.ت. في دور النيابة العموميّة.

ـ **القانون عدد 54 لسنة 1967 المؤرخ في 8 ديسمبر 1967**: نقح الفصل 185 م.م.م.ت. في تقديم مستندات التعقيب.

ـ **القانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980**: نقح الفصل 7 م.م.م.ت. المتعلق بالمقر والفصل 12 م.م.م.ت. الخاص بحياد القاضي والفصل 10 م.م.م.ت. المتعلق بالتبليغ والفصل 28 المتعلق بالدعوى المعارضة وأضاف الفصل 67 مكرر م.م.م.ت. في باب الأمر بالدفع ونقّح الفصلين 92 و93 م.م.م.ت. في باب الشهود والفصل 103 م.م.م.ت. في باب الاختبار وأضاف الفصل 113 مكرر م.م.م.ت. في باب الاختبار كذلك ونقح الفصل 123 م.م.م.ت. في بيانات الحكم والفصل 172 م.م.م.ت. في الاعتراض والفصل

---

(1) محمد الهادي خفشة: تقديم مجلة المرافعات المدنية والتجارية، القضاء والتشريع 1959 عدد9 ص9.

209 م.م.م.ت. في استئناف الأحكام الاستعجالية والفصل 427 م.م.م.ت. في محضر التبتيت في العقلة العقارية.

ـ **القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986**: نقح الفصلين 8 و9 المتعلقين بالتبليغ والفصل 29 المتعلق بالدّعوى المعارضة والفصل 41 م.م.م.ت. في مرجع نظر محكمة الاستئناف والفصول 59 إلى 67 مكرر م.م.م.ت. المتعلقة بالأمر بالدفع، وجميع الفصول من 68 إلى 93 م.م.م.ت. المتعلقة بالإجراءات التحضيرية أمام المحكمة الابتدائية والفصول 119 و120 و121 و122 و126 م.م.م.ت. المتعلقة بالمفاوضة والحكم أمام المحكمة الابتدائية والفصول 130 و134 و136 و137 و141 و150 م.م.م.ت. في الإجراءات أمام محكمة الاستئناف والفصل 160 م.م.م.ت. في التماس إعادة النظر والفصل 170 م.م.م.ت. في الاعتراض والفصول 176 و182 و184 و187 و189 و191 و192 و193 و194 و195 في الإجراءات أمام محكمة التعقيب والفصول 330و 333و 339 م.م.م.ت. في العقلة التوقيفية والفصلين 354 و 372 م.م.م.ت. في عقلة الأجور والفصول 411 و412 و422 و425 و427 و442 م.م.م.ت. في الأحكام المشتركة للعقلة العقارية.

ـ **القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993**: ألغى باب التحكيم (الفصول 258 إلى 284 م.م.م.ت.) بحكم صدور مجلّة التحكيم.

ـ **القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994**: أضاف الفصل 38 مكرر م.م.م.ت. في إلزام قاضي الناحية بالسعي في الصلح ونقح الفصل 39 م.م.م.ت. في تعديل مرجع نظر قاضي الناحية والفصلين 44 و45 م.م.م.ت. في الإجراءات أمام قاضي الناحية.

ـ **القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995**: نقح الفصل 40 م.م.م.ت. في مرجع نظر المحكمة الابتدائية وخاصة ما يتعلق بالدّوائر التجارية.

ـ **القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998**: ألغى الفصول التي لها علاقة بالقانون الدولي الخاص بحكم صدور مجلة القانون الدّولي الخاصة، الفصل 2 (اختصاص ترابي) و31 (اختصاص ترابي) و316 إلى 321 (تنفيذ الأحكام الأجنبية)م.م.م.ت.

ـ **القانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001** : نقح الفصلين 452 و455 م.م.م.ت. في باب الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة المعقولة

تنفيذيا وذلك في اتجاه بيان ضرورة تضمين معرف الرسم العقاري بمحضر الإنذار.

ـ **القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002**: نقح الفصول 6 و8 و9 و10 و11 م.م.م.ت. المتعلق بالتبليغ وأضاف الفصل 11 مكرر م.م.م.ت. ووضع لأول مرة عقوبة لمن تحيل بغاية عدم بلوغ المحاضر والاستدعاءات ونقح الفصل 43 م.م.م.ت. في إجراءات رفع الدّعوى أمام قاضي الناحية والفصلين 60 و61 م.م.م.ت. المتعلّقين بالأمر بالدفع والفصل 70م.م.م.ت. في بيانات عريضة الدعوى أمام المحكمة الابتدائية والفصل 201 م.م.م.ت. في القضاء المستعجل والفصل 211 م.م.م.ت. في الصعوبة التنفيذية والفصل 253 م.م.م.ت. في النسخة التنفيذية وأضاف الفصل 287 مكرر م.م.م.ت. في بيان الآجال الملزمة لعدل التنفيذ في الإعلام بالحكم ومباشرة التنفيذ وتأمين المال ونقح الفصل 289 م.م.م.ت. في بيان طرق التنفيذ في حال وفاة المحكوم عليه والفصول 332 و333 و335 و336 و337 و339 م.م.م.ت. في باب العقلة التوقيفية والفصول 394 و396 و397 و399 و400 م.م.م.ت. في باب عقلة المنقولات تنفيذيا وأضاف الفصل 394 مكرر م.م.م.ت. في تحديد القيمة الحقيقية للمعقول بواسطة اختبار ونقح الفصول 404 و405 و406 و409 م.م.م.ت. في باب عقلة الأوراق المالية وحصص الشركاء والفصول 411 و412 و425 و442 و444 و449 م.م.م.ت. في باب الأحكام المشتركة للعقلة العقارية.

ـ **القانون عدد 79 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005**: نقّح الفقرة قبل الأخيرة من الفصل 425 م.م.م.ت. في اتجاه بيان كيفية تأجيل موعد البتة والنزول بالثمن الافتتاحي.

ـ **القانون عدد 18 لسنة 2007 المؤرخ في 22 مارس 2007**: نقح الفصل 182 م.م.م.ت. في باب التعقيب في اتجاه بيان أنّ مطلب التعقيب يقدم إلى كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم.

ـ **القانون عدد 36 لسنة 2010 المؤرخ في 5 جويلية 2010**[1]: نقح الفصل 113 م.م.م.ت. في باب الاختبار في بيان عناصر تحديد الأجرة.

(1) حول هذه اللمحة التاريخية أنظر عبد الله الأحمدي: القاضي والإثبات في النزاع المدني ـ ص12 وما بعد.

والواضح أنّ المشرّع سنة 1959 كان يريد إرجاع النزاع المدني لطبيعته الادّعائية فلم ير في الاستقراء أمرا مفيدا للنزاع المدني إذ أنّه يسمح للقاضي بالخروج عن حياده وتمسك بالتالي بمبدأ الحياد الوجوبي فليس على المحكمة تكوين أو السعي في إحضار وسائل الإثبات بل على الخصوم بمساعدة محاميهم أن يسعوا إلى تنظيم ادعاءاتهم وطلباتهم[1]. ورغم أنّ المشرّع سعى في مرحلة لاحقة وخاصة سنتي 1980 و1986 إلى دفع المحكمة إلى المساهمة الإيجابية في تحقيق الدّعوى إلا أنّه لم يخرج يوما عن النظام الادّعائي في النزاع المدني بل إنّه أكّد الطّابع الشكلي للإجراءات في عدّة صور وأوغل في مراعاة هذا الجانب[2]. وتبدو التنقيحات التي أدخلها المشرع بموجب قانون3 أفريل 1980 وقانون غرة سبتمبر 1986 وقانون 3 أوت 2002 من أهمّ التنقيحات التّي تضمنت تحويرات جوهرية إذ أنه كان يرمي من خلالها إلى إخراج القاضي من الدور السلبي والتقليص من زمن نشر القضايا وتحسين إجراءات التنفيذ.

أما باقي التنقيحات فلم تحدث أي تغيير في الإطار العام للإجراءات إذ جاءت لترفع في المقدار المحدّد لمرجع النظر الحكمي أو أن تضبط بعضا من إجراءات طرق الطعن أو أن تلغي الأحكام الخاصة بالتحكيم والقانون الدولي الخاص بعد صدور مجلّتي التحكيم والقانون الدولي الخاص أو لضبط بعض المسائل في الاستدعاء أو المقر أو الأمر بالدفع وغير ذلك من الصور.

ولكنّ المشرّع مع ذلك لم يرفع جملة من النقائص الواردة بعدّة فصول كان لها الأثر السيّء في عمل المحاكم وخاصة على مستوى وسائل التنفيذ وإجراءاته ولم يعتمد التوجهات الحديثة في الإجراءات المدنية الرامية إلى ترك مسألة البطلان الإجرائي واعتماد طريقة التصحيح في جميع الصور وخيّر السكوت في عدّة مناسبات على أن يتّخذ موقفا صريحا في عدّة مسائل كانت سببا في تناقض فقه القضاء إلى أبعد الحدود ولم يطور المادة بتوسيع السندات التنفيذية إلى الحجج الرسمية تجاوزا للحكم القضائي ولم ينظم بابا في الصلح الإجرائي وبيان أثره كما لم يتحرّك لتنظيم أثر المعلوماتية في الإجراءات المدنيّة، وبدت المجلّة وكأنّها فعلا مجلّة قديمة غير مواكبة تماما للواقع والنظريات القانونية، وستجدون بالتعليق إشارة إلى جميع هذه النقاط مع التفصيلات الممكنة.

(1) الفصل 12 قديم م.م.م.ت.

(2) علي كحلون: النظرية العامة للنزاع المدني، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2015.

ولكنّ الأمر أصبح ملحا اليوم في اتجاه مراجعة المجلة خاصة بعدما وقعت المصادقة على الدستور الجديد، دستور جانفي 2014، وتطور القانون الإنساني في اتجاه ضبط المعايير الدولية للمحاكمة العادلة، واتسع مجال اجتهاد المحاكم ورجال القانون إلى دائرة تتجاوز محيط نصوص المجلّة، وأصبح من الممكن اليوم الحديث عن المبادئ التوجيهية للإجراءات المدنية أو المبادئ العامة للإجراءات المدنية، ومن المفروض أن تستوعبها مجلة الإجراءات المدنيّة، ولو أنّ البعض منها قد ورد متناثرا بين فصول المجلّة، وقد حان الوقت لجمعها وإبرازها نظرا لأهميتها[1].

وفعلا أصبح من الثابت أنّ أي عمل قانوني يتطلّب جانبا من الشكليّات والأحكام لا يمكن النّزول عنه. ولكنّ الصّورة أعمق بالنسبة إلى الأعمال القضائيّة، فقد أصبحت بشكل عام يوما بعد يوم خاضعة لجملة من المبادئ العامة مافتئت تتسع نتيجة تراكم المعارف النظرية وحذق الإنسان في اتّجاه جمع مدلولات الشموليّة وميله إلى التجريد واكتشافه لما يستجيب لهذا التعريف. وقد عكست آلية الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية هذا الاتجاه في أكثر من صورة. واستوعبت الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والأعراف الدولية خلاصة هذه المبادئ.

وتجتمع هذه المبادئ العامة على واحدة، وهو أنها مبادئ مجردة عامة شاملة والأغلب أنها خالدة أو تكاد، فما أن تعتمد حتى يستعصى تركها، ويعود مصدرها وضعيا بصفة قانونية إلى فكرة الهرم في النصوص القانونية واستقرار توجهات التشريع وبصفة علمية إلى إفرازات التطور الاجتماعي والاقتصادي والتاريخي وطبيعيا إلى استقرار منطق العقل بقول محدّد وإلى المثل العليا في التشاريع السماوية، فمرجعها الأساسي إلى النصوص الدستورية ومحتوى الاتفاقات الدولية وعقل البشر وخلاصة الأديان.

وفي هذا الاتجاه يأتي الحديث عن المبادئ العامة في المادة الإجرائية، فقد تطور التطبيق في اتجاه جمع جملة من المبادئ الأساسية أو العامة اعتبرت بمثابة المبادئ التوجيهية في القضايا المدنية، ولا تصلح الإجراءات المدنية إلا بنفاذها. ويقصد بهذه الأحكام التوجيهية جملة من المبادئ التي رسخت في المجال الإجرائي وتعد دعامة أساسية في طريق تأدية قانون الإجراءات وظيفته التي تحقق

(1) يراجع في بيان المعايير الدولية للمحاكمة العادلة والمبادئ التوجيهية الإجرائية ، علي كحلون: النظرية العامة للنزاع المدني، المرجع السابق.

تفعيل نصوصه وبذات الوقت صون الحريات والحقوق الفردية، في إطار دولة المؤسسات القانونية.

والملاحظ أنّ هذه المبادئ العامة هي الإطار العام للخصومة المدنية ومن المفروض أن تراعى مهما كانت طبيعة الخصومة وتلك هي موجبات الخصومة في المادة المدنية. فالموجب أن تراعى هذه المبادئ في النزاع المدني. ويمكن ردّها إلى اثنين، منها ما هو موضوعي ومرتبط **بمعايير الخصومة العادلة** ومنها ما هو شخصي ومرتبط **بدور القاضي والأطراف في الخصومة.**

فالمحاكمة العادلة مفهوم حديث يضمن حقوق الأطراف والمجتمع على حدّ السواء وقد أصبح المفهوم الحجر الأساس في التنظيم القضائي، بل أصبح لمعنى المحاكمة أو القضية العادلة معايير دولية يحيد عنها من أراد الحيف بمعنى العدالة في المحاكمة، فهو أنموذج كوني للمحاكمة أو القضية. وذلك هو معنى المحاكمة العادلة في مفاهيمها الحديثة. فهي محاكمة أو قضية تعكس أهمية السلطة القضائية أو ارتقائها في علاقتها بالتنفيذية والتشريعية وهي قضية عادلة تعكس معنى الإنصاف في القضاء، فهو تعبير قانوني بمعاني أخلاقية. وليس الأمر خاص بالإجراءات المدنية بل شمل أولا الإجراءات الجزائية على وجه الخصوص ثمّ ما فتئ أن اتسع لكامل الإجراءات بما في ذلك الإجراءات المدنية.

ويعدّ الفصل العاشر من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والفصل 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 الأساس في تعريف المحاكمة العادلة، حيث نصت المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه «لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة ومحايدة نظراً منصفا وعلنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه». وورد بالمادة 14 من العهد الدولي أنه « من حق كل فرد أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة وحيادية منشأة بحكم القانون». وبذلك فإنّ المحاكمة العادلة من وجهة النظر الدولية يجب أن تكون موضوعيا مستقلة ومحايدة ومنشأة بموجب القانون، تتحقق فيها المساواة والعلنيّة من الوجهة الشكلية.

وقد أصبحت المحاكمة العادلة من الحقوق الأساسية للإنسان، فمن حقّ الإنسان أن يتمتّع بضمانات محدّدة سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو أثناء المحاكمة أو بعد المحاكمة، ويتعين على التشريع الوطني ضبط هذه الضمانات رجوعا للمعايير المعتمدة دوليا، وقد أصبح من الممكن فعلا الحديث عن

مقاييس دولية للمحاكمة العادلة سواء من خلال الاتفاقيات أو الإعلانات الدولية أو الأحكام العرفية والمبادئ العامة الدولية، وقد جاءت لتحديد جميع المراحل الإجرائية التي يمر بها المتقاضي من الاستدعاء لغاية تنفيذ الحكم، وارتقت بذلك إلى مستوى الحقوق الأساسية للإنسان في ضبط معنى العدالة بوجه عام، والأثر في ذلك أنّ أي نظام لا يحترم هذه الضمانات لا يمكن اعتباره عادلا بل هو دليل على انحيازه عن الصواب وبالتالي شهادة في خرق مقتضيات حقوق الإنسان.

وإذا كان القانون الدولي لحقوق الإنسان يتأسس على جميع ما ورد بالاتفاقيات الدولية والأعراف والمبادئ العامة الدولية، فإنّ المحاكمة العادلة في مفهومها الدولي هي المحاكمة التي تخضع لمحتوى تلك المصادر وتتولى جهة قضائية مستقلّة ومحايدة معترفا بها قانونا تنفيذ تلك المقتضيات.

وقد نصت أغلب الاتفاقيات الدولية على جانب من جوانب المحاكمة العادلة، وعلى المستوى الاقليمي تعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والميثاق الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب واتفاقية الدول الامريكية المصدر الأساسي في المحاكمة العادلة. وخارج إطار الاتفاقيات عادة ما تكون إعلانات المنظمات الدولية، ليس باعتبارها اتفاقيات وإنما باعتبارها جزءا من القانون الدولي المستند للعرف والمبادئ العامة إضافة للاتفاقيات، مصدرا هاما للمحاكمة العادلة مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 (المادة العاشرة والمادة الحادية عشرة) والمبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين 1990، والمبادئ التوجيهية الخاصة بدور أعضاء النيابة العامة 1990 وأهمها الكفاءة والنزاهة والجدية.

وعلى أساس هذه النصوص استخلص الفقه القضاء المعايير الدولية للخصومة العادلة في المادة المدنية، كما سبق استخراجها في المادة الجزائية، ونقلت عدة مجلات إجرائية حديثة هذا المفهوم تحت باب المبادئ العامة الإجرائية أو المبادئ التوجيهية في الإجراءات. ويجوز الحديث كذلك عن معايير أوروبية أو إفريقية أو عربية للمحاكمة العادلة بحسب مضمون الاتفاقيات الإقليمية المشار إليها، فقد ورد بالفصل السادس من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية على سبيل المثال نفس المعايير الدولية. وإذا كانت النصوص الأوروبية تلزم الدّول الأوروبية فإنّ النصوص الدّولية ملزمة لجميع الدّول بما في ذلك البلاد التونسية طالما أنّها كانت ضمن ما صادقت عليها البلاد بصفة قانونية.

وقد أورد دستور جانفي 2014 مفهوم المحاكمة العادلة حيث نصّ الفصل 108 منه على أنّ «لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول.

والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان، وييسر القانون اللجوء إلى القضاء ويكفُل لغير القادرين ماليا الإعانة العدلية. ويضمن القانون التقاضي على درجتين. جلسات المحاكم علنية إلا إذا اقتضى القانون سريتها ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية». كما نصّ الفصل 110 منه على أنه «تحدث أصناف المحاكم بقانون، ويمنع إحداث محاكم استثنائية، أو سن إجراءات استثنائية من شأنها المساس بمبادئ المحاكمة العادلة....».

ويمكن على ذلك الأساس استخراج جملة من المبادئ الأساسية في الإجراءات المدنية في معنى الخصومة العادلة أو القضية المدنية العادلة، فحتى تتحقّق العدالة لا بدّ أن يكون لكلّ شخص، على قدم المساواة، الحق في التماس القضاء الذي يجب أن يكون مستقلا ومحايدا وتباشر القضية بصفة علنية وتتحقق فيها المواجهة بين الأطراف ويتسنى لكلّ طرف الدّفاع عن موقفه ويتحصل على حكم في أقرب الأوقات الممكنة وتتوفر له الضمانات القانونية في تنفيذه في أقرب الآجال ويبقى الحق للمتقاضي في الطعن في الحكم إذا لم يرض به. ويمكن ردّ جميع هذه المبادئ إلى ثلاثة: منها ما له علاقة بالخصوم أو المتقاضين ومنها ما له علاقة بالمحكمة ومنها ما له علاقة بالإجراءات المعتمدة أمام المحكمة. فمقتضى المبادئ المتعلقة بالخصوم أن يكون لكلّ شخص الحق في التماس المحكمة وأن يدافع عن موقفه طبق القانون. ومقتضى مبادئ الخصومة العادلة المتعلقة بالمحكمة المستقلة والمحايدة والسريعة أن ترفع القضية المدنية إلى محكمة مكونة طبق القانون ومستقلة ومحايدة وتصدر أحكامها في أقرب وقت ومقتضى المبادئ المتعلقة بالإجراءات أن تكون علنية وشفاهية وتتحقق بها المواجهة.

أما **دور** القاضي والأطراف فتحكمه طبيعة الإجراءات المعتمدة ادّعائية أو استقرائية. ومن أجل ذلك عرف التطبيق، لصياغة أنظمة المحاكمات، عدة تطبيقات انحصرت في النظام الادّعائي والنظام الاستقرائي وانتهى الرأي إلى نوع من الاختلاط. والأصل أنّ الدّعوى المدنية ملك للأطراف ومن ذلك يتحدّد دور الأطراف، ولكنّ هذه الملكية ليست مطلقة وأذعنت لعدّة قيود أصبحت تمثل حدودا لدور الأطراف. كما أنّ القاضي المدني ليس مجرد حكم يعلن الجهة الفائزة في النزاع، بل أصبح له فعلا دور هام في النزاع المدني بحكم إمكانية تدخّله في تحقيق الدّعوى وكذلك بحكم سلطة التقدير الواسعة التي تبقى جائزة للقاضي المدني وسلطة التكييف وإعادة التكييف وتطبيق القانون على وجه

الإجمال. ولكنّ مع ذلك ليس للقاضي المدني الحرية المطلقة في التحقيق والتقدير والتكييف والتطبيق والإدارة بل إنه يقف في ذلك عند عدّة قيود يمكن اعتبارها حدودا لدور القاضي. فمهما كانت طريقة البحث، فهناك من القواعد ما يحدّ من حرّية القاضي في تحقيق الدّعوى، فلا يمكن تجاوز جملة من القواعد الشّكليّة سواء في رفع الدّعوى أو سيرها أو الحكم فيها أو الطّعن فيها، وتفرض عادة بعض الآجال لابدّ من احترامها. ولا يمكن أن نقبل اليوم بالنّظر في نزاع مدني دون ضمان مبدأ المواجهة ومن خلاله ضمان جملة من المبادئ الأساسيّة في حقّ الدّفاع والمساواة. ولا يمكن أن تكون الخيرة للقاضي في اختيار وسائل إثبات معيّنة دون أخرى في نظام مقيّد أو أن ينحاز عن ضوابط النّزاهة في الإثبات أمام تنامي التّيار الإنساني في وقتنا المعاصر ولا يمكن أصلا الخروج عن مبدأ ملكية الأطراف للخصومة. فلا بدّ من مراعاة مبدأ ملكية الأطراف للدعوى ومراعاة الشكليّات والآجال في الدعوى المدنيّة وتفعيل عناصر المواجهة بين الطّرفين واحترام الإثبات المقيد والنّزيه، وتلك هي ضوابط الخصومة القضائية التي من المفروض أنّ تكون ركائز الإجراءات المدنية بل يجب مستقبلا إبرازها في بداية الحديث عن الإجراءات المدنية.

وقد أكملت التعليق أخيرا على هذه المجلة بعد عدّة سنوات من العمل. وحاولت أن أجمع فيها أهمّ التوجهات الفقهية والقضائية، أملي أن تكون المجلة المعلق عليها سندا مفيدا للدّارسين والطلبة والمهنيين على حدّ السواء وتنضاف للمجموعة القانونية التي سبق نشرها وخاصة المجلات القانونيّة المعلّق عليها.

علي كحلون

سوسة في 1 جانفي 2016

مجلّة المرافعات المدنية والتجارية

الجزء التمهيدي

أحـــكام عامة

الفصل 1 ـ تنظر المحاكم الآتي بيانها حسب اختصاصاتها وطبق أحكام هذا القانون في جميع النزاعات المدنية والتجارية.

التعليق على الفصل 1

وضع المشرع مجلة الإجراءات المدنيّة لبيان المحاكم التي تتعهّد بجميع النزاعات المدنية والتجارية والإجراءات المتبعة في ذلك، كما وضع مجلة الإجراءات الجزائية لتحدّد المحاكم المختصة والإجراءات المتبعة للنظر في جميع الجرائم. ولكنّ مجلة المرافعات المدنية ليست الوحيدة التي تناولت الجانب الإجرائي في الدّعوى بل أورد المشرع إجراءات خاصة في النزاع الجبائي من خلال مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية لسنة 2000 كما أورد إجراءات خاصة في الإجراءات القضائية الإدارية من خلال القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية كما هو منقح. وإذا كان من السهل التمييز بين النّزاع المدني والنزاع الجزائي من ناحية وبين النزاع القضائي ذو الطبيعة المدنية والتجارية والنزاع القضائي ذو الطبيعة الإدارية، فإنّ الصعوبة مازالت إلى حدّ هذا اليوم قائمة في التمييز بين العمل القضائي ومجرد العمل الإداري. والمفروض أن لا تتعهد المحاكم على معنى مجلة المرافعات المدنية والتجارية إلا إذا توفّر مفهوم النزاعات المدنية والتجارية.

فالثّابت تاريخيّا أنّ القضاء[1] ظهر مع بداية تشكّل المجتمعات وتعارض المنافع والمصالح[2]. وكان الفرد الواحد يجمع بين جميع السّلطات القضائيّة

(1) القضاء لغةً إتمام الشيء قولا وفعلا، وشرعا هو الفصل بين الناس في الخصومات حسما للخلاف وقطعا للنزاع.

(2) ول ديونارت: قصّة الحضارة، المجلّد الأوّل والثّاني، ص 39 وما بعد.

والإداريّة، سواء كان ذلك في شخص رئيس القبيلة أو الملك أو الحاكم على وجه الإجمال. وقد عاين رجال الفكر نفس العلاقة والتنظيم في مجمل المجتمعات الإنسانيّة القديمة بدرجات مختلفة حسب عمق المصالح والمنافع. ومع شيء من التطوّر تشكّل الجهاز القضائي العدلي في عدّة مجتمعات وربّما قامت الضّرورة في ضمان نوع من الخصوصيّة والاستقلاليّة[1]، ولكنّه إلى حدّ القرن الثّامن عشر تقريبا كان بإمكان الحاكم أو الإدارة بشكل عام التدخّل لحسم إشكاليّات قضائيّة[2]، كما أنّ الجهاز القضائي كان بإمكانه التّطرّق لمسائل إداريّة[3]، ولم تقم فكرة فصل القضائي إلاّ مع بداية القرن التّاسع عشر[4]، بعدما أصبحت مطلبا دستوريّا يأتي في إطار تنظيم الدّولة العصريّة وضمان الحريّات العامة وحقوق الإنسان[5]. فنتج عن هذا التيّار بأن قام تنظيم قضائي عدلي مستقلّ عن الإدارة

(1) السيّد سابق: فقه السنّة، المجلّد الثّالث، ص 223 وما بعد في معنى القضاء وتطبيقاته ومفهومه وحدوده وشروطه بالفقه الإسلامي.
بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ونظريّة الملكيّة والعقود، الإسكندريّة.
محمود شمّام: تاريخ القضاء، مطبعة الوفاء، تونس 1992.
سمير عالية: القضاء والعرف في الإسلام، المؤسّسة الجامعة للدّراسات والنشر والتوزيع بيروت 1991.

(2) أشار ابن أبي الضّياف، إتحاف أهل الزّمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، الدّار التّونسيّة للنّشر 1990 تونس، ص 231 وما بعد، ج 4 ، إلى أنّ محمّد باي « لازم الجلوس بالمحكمة لظنّه أنّ ذلك هو معنى الحكم...فباشر سائر القضايا على اختلاف أنواعها ...يحكم فيها بما يظهر لاجتهاده من غير توقّف للتّأمّل ولا مراجعة ...وكان جريئا على تنفيذ ما يراه بسرعة في الحين.....وعلى إثر تنفيذ حكم الإعدام على يهودي تونسي (بتهمة شتم مسلم وسبّ دينه) ضغطت كلّ من فرنسا وانقلترا على الباي لوضع قانون يحمي الرّعية. فخاطب القنصل الانقليزي الباي قائلا : فائدة هذا الأمان راجعة لبنيك ..والمتولّى بعدك يفعل ببنيك ما يظهر له من غير قانون يمنعه ..فاترك أولادك في أمان.»

(3)Chevalier :L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, L.G.D.J., 1970, « à la veille de 1789 le pouvoir judiciaire n'existait encore qu'en germe », p.45. « l'administration rend la justice, et les tribunaux font des actes d'administration », p.46.

(4) حول تاريخ السلطة القضائيّة في تونس. يراجع:
علي كحلون: أزمة الإجراءات والسجلاّت الاعينيّة في تونس، أطروحة دكتوراه، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة تونس، 2 جوان 2007، ص 84 وما بعد.
محمّد الشرفي: مدخل لدراسة القانون، ص 128 وما بعد.

(5) كان القضاء الإسلامي يقوم على كفاءة القضاة في فهم الشريعة الإسلاميّة كتابا وسنّة. وعرف القضاء في الدّولة الإسلاميّة نوعا من الاستقلاليّة وخضع لجملة من المبادئ الأصليّة والإجرائيّة في سماع الدّعوى والحكم فيها وتنفيذها، لكنّ الفصل الواضح بين السّلط لم

ومنعت الإدارة من التدخّل في العمل العدلي بعدما تقرّر الفصل بين السّلطات الثّلاثة[1]. ونجد هذه الملاحظة في أغلب الدّساتير في العالم أجمع[2].

يتحقّق إلاّ أخيرا. وعرفت البلاد التونسيّة فصلا للسلطات مع قانون الدّولة لسنة 1861، لكنّ التجربة سرعان ما توقّفت سنة 1964. وعاد التّطبيق لفترة ما قبل عهد الأمان المحرّر سنة 1857. وحتّى بعد الإصلاحات التّي قام بها خير الدّين باشا (1870 ـ 1877)، انحصرت الهياكل القضائيّة قبل عهد الحماية في ثلاث مؤسّسات، محكمة الوزارة والمجالس الشرعيّة ومجالس العمّال. وقرّرت سلطات الحماية إنشاء محكمة ابتدائيّة فرنسيّة بموجب أمر 27 مارس 1883 وتبعتها محاكم أخرى. وتقرّر سنة 1896 إنشاء محاكم تونسيّة سمّيت بالمحاكم الأفاقيّة بموجب أمر 18 مارس 1896 (اختصاص في الدّعاوى الشخصيّة والمنقولة والجنح) وأعيد تعديل إجراءات المحاكم الشرعيّة بموجب أمر 15 ديسمبر 1876 وبموجب أمر 15 ديسمبر 1896 بعد أن تمّ تنظيمها بموجب أمر 14 نوفمبر 1856. كما تمّ إعادة تنظيم محكمة الأحبار بموجب أمر 28 نوفمبر 1898 بعد أنّ تمّ تحديد مرجع نظر الأحبار بموجب أمر 3 سبتمبر 1872.
وبعد حركة التقنين التّي عرفتها البلاد التونسيّة مع بداية القرن العشرين وصدور عدّة مجلاّت قانونيّة بما في ذلك مجلّة الالتزامات والعقود سنة 1906 ومجلّة المرافعات المدنيّة سنة 1910 والمجلّة الجزائيّة سنة 1913 وقانون المرافعات الجنائي سنة 1921، أنشئت أوّل مرّة وزارة العدل سنة 1921 بعد أن أعلن الباي التفريق بين السلطتين الإداريّة والقضائيّة بموجب أمر 26 أفريل 1921. وأمكن بموجب أمر 3 أوت 1956 توحيد القضاء وتونسته وأدمجت المحاكم الشرعيّة بالمحاكم التونسيّة وحذفت محكمة الأحبار والمحاكم الفرنسيّة بموجب اتّفاقيّة 9 مارس 1957 وأحيلت صلاحيّاتها إلى المحاكم التونسيّة بداية من 1 جويلية 1957.

(1) الشيباني بنبلغيث: النّظام القضائي في البلاد التونسيّة: 1857 ـ 1921، مكتبة علاء الدّين صفاقس 2002.
محمّد بن سلامة: حول محكمة التعقيب، مجلّة القضاء والتشريع، جوان 1975.
عبد اللّه المامغلي: التّنازع بين القضاء العدلي والقضاء الإداري، مجموعة لقاء الحقوقيّين، عدد 2، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس 1989، ص 283.
- Ben Ammou Nadhir: Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, thèse, dactyl. faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 1996.
- Belaid S. :Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, publication de l'université de Tunis, 1973 .
- Ben Ammar A. :Essai sur les fonctions de la cour de cassation en matière civile, mémoire D.E.A, droit privé, faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, Tunis 1984.
- El Ghachem h. : l'organisation judiciaire de la Tunisie, thèse, dactyl. Paris 1950.
- Mellouli S.Les effets de l'arrêt de cassation en matière civile, mémoire D.E.S. droit privé, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Tunis 1976.

(2) الباب الرّابع من الدّستور التونسي لسنة 1959 في السّلطة القضائيّة، الفصول 64 وما بعد. وكذلك دستور 2014.

ولكنّ النّزاعات الإداريّة مثّلت إشكالا في زمن فصل الإدارة عن التنظيم العدلي[1]. غير أنّ الرأي استقرّ بوضوح مع بداية القرن التاسع عشر على ضرورة إخضاع تقديرات الإدارة للمراقبة القضائيّة، بعد أن حاولت الإدارة في مرحلة أولى ادّعاء المراقبة الذاتيّة. فقد يمتدّ سلطان المراقبة القضائيّة إلى قواعد الاختصاص والشّكل وصحّة تفسير القوانين وحسن تقديرها.[2] والواضح أنّ المراقبة لا تنحصر فقط في محتوى القرار وإنّما في الأسس الموضوعيّة والأسس الشّكليّة التّي قام عليها القرار. فيحقّ لكلّ شخص أن يطعن في القرار الإداري كلّما خالف المشروعيّة المطلوبة سواء عن طريق التّظلّم الإداري أو الطّعن القضائي، ويكون ذلك بواسطة دعوى تجاوز السّلطة في الحالة الثّانية.[3] ويحقّ للمتضرّر كذلك

(1) P. Sabourin : Recherche sur la notion d'autorité administrative en droit français. Paris, L.G.D.J.,1966.

(2) J.Rivero :le juge administratif, gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité,Mélange Waline, p. 701.

(3) دعوى تجاوز السّلطة هي الدّعوى الموجّهة ضدّ القرارات التّي أخلّت بمبدأ المشروعيّة، وتجد أساسها بالقانون الفرنسي وتحديدا القانون الصّادر بتاريخ 24 ماي 1872. وقد بقيت لفترة طويلة خاضعة لمبدأ التّسلسل الإداري قبل أن تجد استقلاليّتها. واليوم تُعدّ من أهمّ المبادئ في القانون الإداري في جميع البلدان وقد أشار إليها المشرّع التّونسي بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 كما وقع تنقيحه بموجب القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرّخ في 3 جوان 1996 وبموجب القانون الأساسي عدد 11 لسنة 2002 المؤرّخ في 4 فيفري 2002 وبموجب القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2003 المؤرّخ في 15 فيفري 2003 وتحديدا بالفصل 5 منه. ويشترط رفعها في أجل شهرين من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو الإعلام به. ويمكن للمعني قبل انقضاء ذلك الأجل أن يقدّم بشأنه مطلبا مسبّقا لدى السلطة المصدّرة له. ويعتبر مضيّ شهرين على تقديم المطلب المسبّق دون أن تجيب عنه السّلطة المعنيّة رفضا ضمنيّا يخوّل للمعني بالأمر اللّجوء إلى المحكمة الإداريّة على أن يتمّ ذلك في أجل الشّهرين المواليّين للأجل المذكور (الفصل 37). ويعدّ هذا الأجل أجل سقوط. غير أنّ هذا الطّعن لا يوقف تنفيذ القرار الإداري إلاّ بإذن خاص من رئيس المحكمة الإداريّة (الفصل 38). ولا توجب هذه الدّعوى تكليف محامي (الفصل 35). وتوجب توفّر ركن المصلحة فقط. لكنّ توفّر الإمكانيّة للمدّعي في التّحصيل على حقوقه بطريقة أخرى يمكّن الإدارة من الدّفع بوجود دعوى موازية L'exception du recours parallèle ، وهو دفع يهمّ النّظام العام يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. ويشترط كذلك أن يتعلّق الطّعن بقرار إداري نافذ، فتستبعد الأعمال الماديّة والعقود الإداريّة والأعمال التّحضيريّة أو الاستشاريّة والاقتراحات والإرشادات والتّوجيهات والاستدعاءات والمناشير والأعمال النموذجيّة. وحدّد الفصل السّابع من هذا القانون الحالات التّي يمكن فيها القيام بهذه الدّعوى وهي عيب الاختصاص وخرق الصّيغ الشّكليّة الجوهريّة وخرق قاعدة من القواعد القانونيّة والانحراف بالسّلطة أو بالإجراءات. وتلغى المقرّرات التّي وقع الطّعن فيها إذا ثبت لديها أنّ دعاوى تجاوز السّلطة ترتكز على أسس صحيحة وتعتبر كأنّها

الدّفع بعدم المشروعيّة خلال نشر القضيّة دون طلب الإلغاء أو المطالبة بتعويض الأضرار عند الاقتضاء[1]. وإذا بلغت عدم المشروعيّة حدّا خطيرا يكون القرار في حكم المعدوم أصلا.

والواضح أنّ الأنظمة ليست موحّدة في تعيين الجهة التّي يمكن أن تختص بمراقبة العمل الإداري. فالبعض منها يعتمد على وحدة الاختصاص، فتُردّ جميع الاختصاصات إلى المحاكم العدليّة،[2]والبعض الآخر اعتمد ازدواجيّة الاختصاص بأن أنشأ نظاما خاصا يختصّ بالنّظر في القضايا الإداريّة[3]، وأبقت بعض الدّول على وحدة الاختصاص واستقلاليّة القضاء الإداري، أي أنّ القضاء العدلي يبقى مختصّا في جميع الصّور ويطلب منه تطبيق القانون الإداري في

لم تكن، ولكن دون أن تملي على الإدارة ما يجب فعله. ويكون لقرارات المحكمة الإداريّة نفوذ مطلق لاتّصال القضاء فيما يخصّ دعاوى تجاوز السّلطة عند الإلغاء الكلّي أو الجزئي. وفي حالة عدم قبول الدّعوى فليس لهذه القرارات إلا مفعول نسبي، ويُبقي الغير على حقّه في رفعها (الفصل 8). والمشهور أنّه لا يمكن التّنفيذ الجبري على الإدارة وينتظر أن تستجيب الإدارة لهذه القرارات، بقي أنّ عدم التّنفيذ المقصود لها يُعدّ خطا فاحشا معمّرا لذمّة السّلطة الإداريّة المعنيّة بالأمر (الفصل 10). يراجع النّصوص المتعلّقة بالنّزاع الإداري، منشورات المطبعة الرسميّة، 1998، ص 9 وما بعد.وكذلك إصلاح القضاء الإداري، المرجع السّابق،ص 283.

Chapus,op.cit.,p.624 et suiv. G.vedel;Pierre Delvolvé,op.cit.,p.602 et suiv. M.Hauriou,op.cit.,p.401 et suiv.

(1) فإلى جانب مبدأ المشروعيّة تحتكم الإدارة إلى **مبدأ المسؤوليّة**، فتلزم بالتعويض عن الضّرر الذّي تلحقه بالغير نتيجة الأشغال العامة وأعمالها الماديّة المضرّة بشكل عام وعدم تنفيذ العقود. وقد أقرّ هذا المبدأ بتونس منذ أمر 27 نوفمبر 1888 إلى أن أشارت إليه أخيرا عدّة نصوص هامّة بما في ذلك مجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 84) ومجلّة الحقوق العينيّة (الفصلان 402 و403) وغيرهما. ورغم أنّ القضاء الإداري بقي متأثّرا بالنّظريّة العامة للمسؤوليّة في القانون المدني إلاّ أنّه توصّل أخيرا إلى صياغة نظريّة مستقلّة. فتسأل الإدارة إذا ارتكب الموظّف خطأ مرفقيّا أي الذّي له علاقة بالنّشاط العام للمرفق، أمّا الأخطاء الشخصيّة العمديّة أو التّي كانت نتيجة خطإ فادح أو كانت خارج أوقات العمل فتحمل شخصيّا عليالموظّف. وبعد أن كانت مسؤوليّة الإدارة تتأسّس على الخطأ انتهى العمل إلى الاعتراف بالمسؤوليّة بدون خطأ بناء على نظريّة المخاطر أو الإخلال بمبدأ المساواة في تحمّل الأعباء العموميّة.

Chapus,op.cit.,p.981 et suiv.
G.vedel;Pierre Delvolvé,op.cit.,p.446 et suiv.
M.Hauriou,op.cit.,p.505 et suiv.

(2) ومثال ذلك انقلترا وأمريكا ومن تبعهما.

(3) والمثال في ذلك هو النّظام الفرنسي بطبيعة الحال منذ نشأته.

المنازعات الإداريّة.[1] وقد اعتمدت البلاد التّونسيّة النّظام المزدوج بالفصل 69 من دستور 1959 وكذلك بدستور جانفي 2014[2]. ولربّما كان المنطق يقتضي توحيد القضاء[3]، فأقلّ ما يطرحه هذا النّظام المزدوج هو انعدام المعيار الواضح للفصل بينهما،[4] ويؤدّي بالضّرورة إلى خلق عدّة مؤسّسات جديدة، مثل مجلس تنازع الاختصاص، ربّما كنّا في غنى عنها.[5] كما أنّ النّظام المزدوج لا يمنع مطلقا من بقاء بعض المسائل من اختصاص القضاء العدلي،[6] « فهناك اعتقاد

(1) وهو نظام موجود بالجزائر والمغرب.

(2) ولابدّ كذلك من الإشارة إلى تجربة الموفّق الإداري المنطبقة بعدّة بلدان والذّي يمكنه أن يتدخّل بين الإدارة ومنظوريها في عدّة مسائل خاصّة إذا لم يكن الإشكال من أنظار القضاء. يراجع بالنسبة إلى القانون التّونسي الأمر عدد 2143 لسنة 1992 المؤرّخ في 10 ديسمبر 1992، الرّائد الرّسمي عدد 84، بتاريخ 18 ديسمبر 1992، ص 1599.

(3) وربّما يتجاوز ذلك حدود بحثنا، لكنّه لابدّ من الإشارة إلى ذلك النّقاش الذّي يدفع به عادة لتبرير قيام مثل هذه الهياكل الخاصّة.

Chevalier :L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, L.G.D.J., 1970,p. 37 292 -.

رجع الكاتب بالجزء الأوّل من بحثه (من صفحة 37 إلى صفحة 86) إلى وقت كانت فيه التفرقة منعدمة بين العمل الإداري والقضاء الإداري، ووقف بالجزء الثّاني (من صفحة 87 إلى صفحة 195) على ظروف نشأة التفرقة، وانتهى بالجزء الثّالث والأخير (من صفحة 87 إلى صفحة 292) إلى ظروف تبنّيها بالكامل بالقانون الفرنسي.

(4) فقد تردّد الفقه الفرنسي، في غياب النّص التّشريعي، بين أعمال السّلطة العامّة وأعمال التّصرّف في البداية، ثمّ اعتمد معيار المرفق العام، وانتهى أخيرا إلى الأخذ بمعيار طبيعة القانون المنطبق لتحديد اختصاص المحكمة الإداريّة. وإن حاول الفقه إيجاد تقسيمات منطقيّة لاختصاص هذه المحكمة فلخّصها في الاختصاص الموضوعي ويتعلّق بقضايا تجاوز السّلطة وقضايا التّعقيب إجمالا والقضاء الشّخصي ويتعلّق بدعاوى المسؤوليّة والنزاعات المتعلّقة بالعقود الإداريّة.

(5) يراجع القانون التّونسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرّخ في 3 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص. الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسّة 11 جوان 1996، عدد 47، ص 1213.

(6) مثل النّزاعات المتعلّقة بالملك الخاص للدولة والمرافق ذات الصبغة الصّناعيّة والتّجاريّة وهناك عدّة استثناءات تشريعيّة مثل الطعن في قرار التّوظيف الجبائي وحوادث المرور والنّظر في قضايا الضّمان الاجتماعي وحوادث الشّغل والأمراض المهنيّة.

ـ الفصل الأوّل والثّاني من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرّخ في 3 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة وإحداث مجلس تنازع الاختصاص، مشار إليه سابقا.

ـ القانون عدد 82 لسنة 2000 المؤرّخ في 9 أوت 2000 المتعلّق بإصدار مجلّة الحقوق

تقليدي بأنّ القاضي العدلي هو الأقدر على ضمان حماية الحريّات الفرديّة وحقّ الملكيّة،»[1] وقد استقرّ الرّأي فعلا على إقصاء اختصاص المحكمة الإداريّة كلّما كانت الإدارة لا تسلك في اتّخاذها للقرار قواعد القانون العام.[2] ولكنّ القضاء الإداري أصبح في نهاية الأمر موجودا وله خصوصيّاته الموضوعيّة والإجرائيّة.

ولم يقف التطوّر عند ذلك الحدّ، بل تكوّنت مع بداية القرن العشرين هيئات مختصّة في أغلب المجالات، وهي كثيرة اليوم، في الاتّصالات والمعلوماتيّة والمنافسة وغيرها، وأصبح لهذه الهيئات مجالات قضائيّة تنافس اختصاص القضاء العدلي[3]. وعادة ما تطرح هذه الهيئات أسئلة هامّة حول طبيعة تدخّلها، وقد تختلف الاتّجاهات في شأن طبيعتها القانونيّة[4].

ولكن، تجاوزا للقضاء الإداري والهيئات القضائيّة المختصّة، وما يلفت الانتباه هو التّطوّر المضاد في اتّجاه تكليف القضاء العدلي بعدّة مهام واختصاصات[5]، قد تبدو بعيدة عن مفهوم العمل القضائي، ربّما بسبب فقدان المعيار الواضح بين القضائي والإداري[6]. فقد انتشرت الإجراءات الصّلحيّة في أغلب المراحل

والإجراءات الجبائيّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة 11 أوت 2000.

ـ القانون عدد 28 المؤرّخ في 21 فيفري 1994 المتعلق بالتّعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشّغل والأمراض المهنيّة، الرّائد الرّسمي عدد 5 بتاريخ 22 ـ 2 ـ 1994، ص 300. والقانون عدد 65 المؤرّخ في 28 جوان 1995 المتعلّق بالنّظام الخاص للتّعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشّغل والأمراض المهنيّة في القطاع العمومي،الرّائد الرّسمي عدد 53 بتاريخ 4 ـ 7 ـ 1995، ص1411.

ـ القانون عدد عدد 15 لسنة 2003 المؤرّخ في 15 فيفري 2003 المتعلّق بإحداث مؤسّسة قاضي الضّمان الاجتماعي، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة 18 فيفري 2003، عدد 14، ص 452.

(1) توفيق بوعشبة،المرجع السّابق، ص 388.

(2) قرار المحكمة الإداريّة عدد 363 المؤرّخ في 15 جويلية 1980. نفس المرجع السّابق.

(3) علي كحلون: المسؤوليّة المعلوماتيّة، مركز النشر الجامعي، ص 290 وما بعد.

(4) Chevalier :L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration activeop.cit

(5) الواضح أنّ تشعب الحياة حتّم اللّجوء إلى نوع من الاختصاص في تعهّد القاض، وأصبح من الممكن الحديث عن قاضي الأسرة وقاضي الأطفال وقاضي الضّمان الاجتماعي وقاضي المؤسّسة وقاضي السجلّ العيني وقاضي السجلّ التجاري وقاضي تنفيذ العقوبات، والقائمة طويلة، وقد يحبّذ البعض هذا الاتّجاه وقد ينكره البعض الآخر. لكنّه أصبح حقيقة موجودة.

(6) « Beaucoup plus graves sont les empiètements des autorités administrative et judiciaire sur leurs attributions respectives. Ces empiètements s'expliquent facilement par l'histoire, en effet, comme jusqu'à la fin du 19 siècle, on avait généralement confondu les pouvoirs administratif et judiciaire, il restait

القضائيّة[1] وتعمّمت اختصاصات المراقبة[2] والنّظر الاستيفائي والاستشارات القضائيّة وقول القانون[3]، وربّما تخيّر البعض هذا الاتّجاه وربّما أنكره البعض الآخر. ولكنّه مهما كانت الصّورة لا يجب الخلط نظريّا بين الإجراءات الإداريّة والإجراءات القضائيّة فلكلّ منهجه وشرعته وضوابطه وحدوده ومميّزاته. ولا يجب أن تخضع جميع الأعمال للإجراءات القضائيّة بعلّة توفّر الضّمانات، فهو قول باطل. فلا يمكن للقاضي أن يقف على باب الضّابطة المدنيّة ليحرّر مضامين الحالة المدنيّة ويتلقّى الإعلامات، فللقاضي مهام أعقد بكثير من ذلك. فلا نسعى لتطبيق الإجراءات القضائيّة إلاّ إذا توفّر الموجب. ومن هذه النّاحية يجب التّمييز بين الأعمال الإداريّة والأعمال القضائيّة ونبحث كما بحث الأوّلون عن معيار تمييز العمل القضائي.

فمن السّهل التّمييز بين العمل التشريعي والعمل القضائي، حيث إن عمل القضاء هو تطبيق القانون، ولا يمكن بحال أن تكون السلطة القضائيّة سلطة تشريعيّة في حين أن الصعوبة تبقى مرتبطة بالتمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري، فمنهم من يعتمد على معايير موضوعية، والبعض الآخر يكتفي بالعنصر الشكلي وقال آخرون بالجمع بين العنصرين. وربما يعود سبب الإشكال إلى نشأة عدد من اللّجان الإداريّة التي أسند إليها المشرّع جملة من الاختصاصات القضائيّة[4]. ولنا أن نبيّن المناقشة الفقهيّة لمعيار تمييز العمل القضائي(أ) قبل إبراز المعيار المعتمد، والذّي نعتبره معبّرا عن حقيقة العمل القضائي (ب).

---

presque partout des traces de cette aberration ». Chevalier :L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active,op.cit,p. 45.

(1) على كحلون: الصّلح في المادّة المدنيّة، المرجع السّابق، ص 37 وما بعد..

(2) يراجع على سبيل المثال القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرّخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلّق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرّفين القضائيين.

(3) ولعلّ أحسن مثال لذلك ما يتعلّق بإجراءات المسح الإجباري وإجراءات التسجيل الاختياري وإجراءات التحيين العقّاري من خلال القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001. يراجع في جميع ذلك علي كحلون: أحكام القانون العقّاري التونسي، دار الميزان للنشر 2000، ص 158 وما بعد.

(4) والطّريف أنّ المسألة لم تبق منحصرة في إطار القانون المدني أو الإجراءات المدنيّة، ولكنّها كانت موضوعا دسما تناوله رجال القانون بالدّرس في إطار عرضهم للنّظريّة العامّة الدّولة، خاصّة مع بداية القرن العشرين.

P. Sabourin : Recherche sur la notion d'autorité administrative en droit français. Paris, L.G.D.J.,1966,p. 196.

أ ـ المناقشة الفقهيّة لمعيار تمييز العمل القضائي

لم يخرج النقاش مهما تعدّد ضبطا لمعيار العمل القضائي عن فكرتين أساسيّتين، المعايير الموضوعيّة (1) والمعايير الشكليّة(2).

1 ـ مناقشة المعايير الموضوعيّة

ذهبت التيّارات الحديثة إلى استبعاد عنصر **النّزاع** كمعيار موضوعي وأساسي في تحديد العمل القضائي واعتبرت أنّ القضاء لم يوجد في الدّولة المعاصرة لفض النزاع وتحقيق السّلم الاجتماعي، بل لتطبيق القاعدة القانونية، ولا يمكن لمعيار النزاع أن يحدد كامل مجالات تدخل القضاء مثل القضايا الجزائية والطعن بالإلغاء في المقرّرات الإداريّة، وطلب التصريح ببطلان الزواج صلحا بين الطرفين، والإفلاس والحجر والأحكام الاتفاقية.[1] ولا يعني النزاع بالضرورة الخصومة القضائيّة التي يمكن أن تتوفر بدون نزاع كالدعوى التي يقوم بها أحد الأطراف لإنشاء سند تنفيذي مع اعتراف الطرف المقابل.[2]كما يقصر معيار النزاع على أن يأتي بتوضيحات لجملة من المؤسسات والاجراءات مثل الأحكام الغيابية وأعمال التنفيذ. ثم إنه بالإمكان أن تتدخل بعض السلط لحسم النزاع ومع ذلك لا يعتبر قضاء.[3]

ولهذا الغرض انصرف الفقه إلى تجميل جملة من المبادئ في اتّجاه بناء ما يقنع، وتعدّدت المعايير. فاعتمد البعض **معيار العناصر الهيكلية المكوّنة للعمل القضائي** لتمييز الإجراءات القضائيّة، ويقول به الفقيه Duguit،[4] حيث ميّز القضاء

تعرّض الكاتب بالعنوان الثّاني من الجزء الأوّل لتناقض الفقه في عرضهم للفوارق بين العمل القضائي والعمل الإداري.

(1) عبد اللّه الأحمدي، المرجع السابق، ص 256 وما بعد.
أحمد أبو الوفاء: المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع السّابق، ص 569 وما بعد.

(2) عبد اللّه الأحمدي، المرجع السّابق ص 37.

(3) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, 27 édition, 2003 Dalloz, p.206 n° 158, p.204 n°156.

(4) Duguit.Léon :Traité de droit constitutinnel, 3 édit ;T2.Paris 1928, p.418 et suiv,n° 28. « la fonction juridictionnelle ».

أكّد الباحث بطالع الفقرة 28 من الجزء الثّاني أنّ للدّولة ثلاث وظائف، الإداريّة والتّشريعيّة والقضائيّة. وانخرط في البحث عن معيار مقنع في التّفرقة بين الوظيفتين الإداريّة واقضائيّة، فانتهى إلى ضرورة الفصل بين الادّعاء والتّقرير والقرار منتقدا مفهوم الدّعوى في شكله التّقليدي وأنكر أن يكون مرادفا للحقّ باعتبارالدّعوى حقّا ذاتيّا في حدّ ذاتها. وانتهى إلى عرض أفكار من عاصره من المفكّرين: (Carré de - Jeze - Hauriou - Arthur - Jacquelin

عن الأعمال التشريعيّة والإداريّة بالهيكلة القضائية التّي يجب أن يقوم عليها العمل القضائي بصرف النظر عن الشكل. وتقوم هذه الهيكلة على ثلاثة عناصر أساسيّة مترابطة ببعضها: الادعاء La prétention والتقرير La constatation والقرار La décision.[1] فالادعاء لا يعني النزاع، فهو طرح لمسألة قانونية أمام القضاء لإيجاد حلّ،[2] والحل هو تقرير القضية أي دراسة الموضوع المطروح وبيان الحل إما ايجابيا أو سلبيّا، والمهم أنّ التقرير أي الحل يُعدّ هدف وغاية العمل القضائي وليس مجرد وسيلة، ولا يمكن أن يكون العمل قضاءً إذا كان الحلّ مجرد وسيلة، ولهذا الحل القوّة الحقيقيّة للقانون وبذلك يتميّز عمل القضاء عن العمل الإداري.[3] أما القرار فهو النتيجة الحتميّة لعمل القضاء، فلا يقف القضاء

(Kelsen - Tissier - Japiot - Vizioz - Rocco - Jellinek - Laband - Malberg مستحسنا بعض ما ذهب في اتّجاه مذهبه ومنكرا ما خالفها.

Voir :Aussi, l'acte administratif et l'acte juridictinnel,RDP, 1906, p.446 et suiv.

نجد تلخيصا لهذا الاتّجاه بعدّة مؤلّفات:

أحمد مليجي، أعمال القضاة: الأعمال القضائيّة ـ الأعمال الولائيّة ـ الأعمال الإداريّة، مكتبة عالم الكتّب 1990، ص 29.

P. Sabourin,op.cit., p.196 et 197. Jean Vincent, S.Guinchard,op.cit.,p.207,n° 159.

(1)« Finalement ,trois éléments apparaissent dans l'acte juridictionnel :1 - on pose au juge ou il se pose à lui - même une question de droit qu'il droit résoudre ;2 - le juge donne une solution à la question de droit, une solution qui a force de vérité légale ;3 - le juge tirant la conséquence logiquement nécessaire de cette solution fait un acte juridique , acte condition ou acte subjectif ,tendant à la réalisation en fait de cette solution ». Duguit,Tome 2,op.cit.,n ° 28,p. 431.

(2) « Je n'aperçois que trois catégories de questions qui puissent être posées au juge et que voici : 1 - on peut demander au juge s'il y a eu une attitude, action ou abstention, contraire à la règle de droit, à la loi ; 2 - s'il y a eu une action ou une abstention qui constitue une atteinte à une situation de droit objectif ;3 - s'il y a eu une action ou abstention qui soit une atteinte à une situation juridique subjective ». Duguit,Tome 2,op.cit.,n ° 28,p. 435 436 -.

(3) « Il n'ya d'acte juridictionnel que lorsque l'agent intervient pour résoudre une question de droit .Afin de savoir si l'acte considéré est ou non un acte juridictionnel , il faut rechercher si l'agent public est intervenu ou non pour résoudre une question de droit .Si,en intervenant ,il a poursuivi un autre objet ,si la solution qu'il a donnée à une question de droit est un moyen et non une fin, on doit affirmer qu'il n'y a pas d'acte juridictionnel .Il arrive très souvent que l'agent public doit résoudre des questions de droit. Mais il ne fait un acte juridictionnel que si c'est pour résoudre la question de droit qu'il intervient .Si son intention est de prendre une décision qui implique la solution préalable d'une question de droit, il ne fait pas un acte

عند التوصل إلى الحل القانوني، حيث يمكن لكل إداري أن يتدارس موضوعا ما ويضع له الحلول الممكنة، لكن ذلك لا يمكن اعتباره قضاءً طالما لم يعلن عن القرار المتّخذ نهاية.[1] وعلى خلاف التقرير الذي هو هدف العمل القضائي، فالقرار هو وسيلة لإظهار التقرير حيز الوجود، وما يميّز العمل القضائي هو وحدة الادعاء والتقرير والقرار، بحيث لا غنى عنها للقول بالعمل القضائي.

ورغم الأثر الذي أبقاه هذا المعيار فقد انتقد بدوره باعتباره يهمل الجوانب الشكلية في العمل القضائي، ثم إن القضاء ليس فقط مجرد محطّة لعرض المسائل القانونية التي قد تخرج عن حقيقة العمل القضائي وإن كان الادّعاء ضروريّا لتدخّل القضاء، كما اعتبر البعض أن التقرير ليس هدف العمل القضائي وإنما وسيلته. وتعرضت فكرة الاتّحاد لشيء من النّقد، وقد لا يأتي القرار بالضرورة بعد التقرير في عدّة صور مثل الأحكام الصادرة برفض الدعوى والأحكام التمهيديّة. ثم إن القضاء لا يحسم مجرد مسائل قانونية، بل يطلب منه دراسة مسائل واقعيّة بعيدة كل البعد عن النظم القانونية. لكن النقد الهام الذي وجه لهذا المعيار أنه لا يفصل حقيقة بين العمل القضائي والعمل الإداري.[2]

juridictionnel ;il ne le fait que s'il intervient au contraire pour résoudre une question de droit. ». Duguit,Tome 2,op.cit.,n ° 28,p. 424.

(1) « L'essentiel seulement est de comprendre qu'après qu'il a résolu la question de droit qui lui est posée, le rôle du juge n'est pas achevé. Il lui reste à faire un acte juridique qui a pour objet d'amener à réalisation la solution qu'il a donnée .Cet acte juridique a tous les caractères qui ont été analysés au tome I,chapitre III.

Mais il y a ici cela de particulier que cet acte est déterminé logiquement par la solution donnée à la question de droit ,c'est –à - dire que telle solution étant admise par le juge, il ne peut pas ne pas faire un certain acte juridique et ne pas le faire avec un certain objet et dans une certaine direction ». Duguit,Tome 2,op.cit.,n ° 28,p. 430.

« L' acte juridictionnel est donc en substance l'acte d'ordre juridique accompli par un agent puplic comme conséquence logique de la constatation qu'il a faite qu'il y avait ou non violation du droit objectif ou à une situation subjective ».Duguit,Tome 2,op.cit.,n ° 28, p.423.

(2) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p. 207,n°159. «C'est cette réunion dans un même acte d'élements divers, lui donnant une complexité de structure originale, qui permettrait d'isoler l'acte juridictionnel, de le distinguer notamment de l'acte administratif.

Parmi ces trois éléments il nous semble que, seule la constatation caractérise réellement l'acte juridictionnel »

تجد بهذه الصّفحة عرضا لنظريّة Duguit ونقدا لجملة أفكاره.

ودفع البعض الآخر **بمعيار حلول القضاء محل الخصوم**، وهي فكرة إيطاليّة المنشأ[1]. ويتلخص هذا المعيار في أن دور القضاء لا ينحصر فحسب في تطبيق القانون لأن الأفراد والإدارة يطبقون بدورهم القواعد القانونية، ولكن القضاء يتميّز بعنصر أساسي وهو أن تدخله عام وليس خاص، فيحل محل الأفراد في تطبيق القاعدة، فكلّما كان التطبيق عاما يكون العمل قضاء، في حين أن الإدارة لا تطبّق إلا القواعد الموجهة إليها، وبذلك يعتمد هذا المعيار على فكرة الحلول. وينتقد هذا الرأي في حدود أن مفهوم الحلول لا يرتبط بالعمل القضائي بل إن عمل الادارة يمكن أن يكون فيه شيء من الحلول، كما أن هذا المفهوم قد لا يؤدي المعنى الحقيقي لتدخل القضاء. ولا يمكن أن يتناسق مع حجيّة الشيء المقضى به وفكرة المراقبة التي تسند عادة للعمل القضائي والدور الخلاق للقضاء في غياب القانون.

وأخذ البعض الآخر بمعيار **غاية العمل القضائي**[2]، ومنهم من حصر الغاية في **حلّ مسألة قانونية**[3]، ومنهم من قال **بتقرير حقوق المتقاضين** الخاصة على

(1) فتحي والي: مبادئ قانون القضاء المدني، ص 27 وما بعد.

(2) Guillien.Raymond :L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée,thèse Bordeaux 1931, p.59 « La finalité de l'acte du juge », cité par Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p. 208, n° 160.

(3) ذهب Lureau Pierre إلى أنّ العمل القضائي يتكوّن من ثلاثة محاور، الطّلب وفحص القاضي والقرار، وليس لهذا القرار من أهميّة قضائيّة إلاّ بارتباطه ببقيّة العناصر، فهو مجرّد وسيلة قد يتبع وقد لا يتبع فحص القاضي، وقد يكون له وجود مستقل ولا يفقد قيمته القانونيّة. لكنّ فحص القاضي يهدف إلى حلّ مسألة قانونيّة إيجابيّا أو سلبيّا، ولهذا الحلّ قوّة الحقيقة القانونيّة. وقد انتقد هذا التّجاه باعتبار أنّ حلّ المسألة القانونيّة ليس غاية النّشاط القضائي وإنّما وسيلة ومرحلة من مراحل النّشاط القضائي، فهو جزئيّة أو خطوة تدخل في إطار العمل القضائي. كما أنّ فصل القرار عن العمل القضائي يوقع العمل في إطار العمل التشريعي أو الإداري.

Laureau Pierre :De l'interprétation des réglements administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires,Thèse Bordeaux 1930, p.137 et suiv.

« C'est donc la solution d'une question de droit qui rentre essentiellement dans la mission du juge, qui la caractérise. Le juge applique la loi :c'est le but primordial de sa fonction. Sans doute, l'administrateur est, lui aussi, obligé de se conformer à la regle de droit dans les diverses manifestations de son activité ; mais comme le dit très justement Duguit, la solution de la question de droit n'apparaît dans l'acte d'administration que comme un moyen et non comme une fin ».Morel,Traité de procédure, n°79,cité par Jean Vincent, S.Guinchard.Ibidem.

خلاف الإداري الذي يطلب منه تطبيق القاعدة القانونية في إطار عمله وفي حدود ما تمليه المصلحة العامّة[1]، ومنهم من يجعل غاية القضاء هي التدخل **لإزالة عوارض النّظام القانوني**[2]. والحقيقة أنّ غاية العمل القضائي لا يمكن أن تكون سندا في تعريف العمل القضائي، فهي في نهاية الأمر عنصر من عناصر الوظيفة القضائيّة وليست معياره.

2 ـ مناقشة المعايير الشكليّة

ظلّ جانب من الفقه يتمسك بالمعايير ذات الصبغة الشكلية، دون المعايير المادية، فالشكل هو المعيار الوحيد لتمييز العمل القضائي حسب هذا الاتجاه، فصدور حكم عن هيئة منظّمة وطبق اجراءات محدده هو المعيار الوحيد الذي يجب اعتماده وهو ما يعرف **بالمعيار العضوي والاجرائي**. وتزعم هذا الاتجاه بفرنسا Carré de Malberg[3] الذي يرى أن لا فرق بين العمل القضائي والعمل الإداري إذا اعتبرنا معايير النّزاع أو طبيعة العمل أو الغاية منه باعتبار أن كلا منهما

(1) يقول البعض أنّ غاية عمل القضاء هو تقرير حقوق المتقاضين، بمعنى أن تبيّن حقوق المتقاضين من خلال الوقائع المعروضة علي القاضي وفي إطار الطّلبات المقدّمة، غير أنّ هذا الرأي انتقد لأنّ بعض الطّلبات ليس بها حقّ مثل دعاوى الحيازة ويتحقّق القضاء حتّى ولو رفضت الدّعوى، ذلك أنّ عمل القضاء لا يرتبط بتقرير حقوق الأطراف بقدر ما يرتبط باحترام القانون، فالقاضي يحقّق القانون ولا تعود حماية الحقوق إلا إلى الفرد.
محمّد حامد فهمي: المرافعات المدنيّة والتجاريّة، ص 16 وما بعد.

(2) يفترض البعض أنّ القضاء لا يتدخّل إلّا لإزالة عوارض النّظام القضائي، بمعنى أنّ القضاء لا يتعهّد إلاّ إذا أصبح الحقّ موضوع منازعة ولا يكفي الادّعاء من جانب واحد، بل إنّ لكلّ ادّعاء مقاومة تدفعه لطلب القضاء. ويكون هدف تدخّل القضاء هو إزالة العوارض على هذا الحقّ المتنازع فيه وبيان نظامه القانوني. ولذلك يتكوّن العمل القضائي لدى Bonnard R. من منازعة وتقرير وقرار، وهدف التقرير هو إزالة العوارض عن الحقّ، ويأتي القرار في أغلب الحالات كنتيجة للتقرير. وقد تعرّض هذا الاتّجاه للنقد لأنّه يجعل المنازعة أحد شروط العمل القضائي.

Bonnard R : La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, Melanges R. Carré de malberg - Paris 1933, p.20 et suiv.
Jean Vincent, S.Guinchard : procedure civile,op.cit.,p.210, n°161.

(3) Carré de Malberg :Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'aprés les données fournies par le droit constitutionnel française. Paris 1920. T1,p. 691.Aussi T2,n°250 et suiv. « L'acte juridictionnel serait accompli par des organes spécialisés,hiérarchisés,indépendants et autonomes (critère organique) et en suivant des règles de procédure particulières donnant des garanties aux plaideurs (critère procédural). Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.204,n°156.

يفصل النزاع ويطبق القانون، ولكنّ الفيصل الوحيد الذّي يجب اعتماده هو **الشكل الذي يتلخص في أمرين العضو والإجراءات**، فإذا كانت الهيئة منظمة لهذا الغرض وأحاطت بها جملة من الإجراءات كان العمل قضائيا، فالحكم القضائي لا يصدر إلا عن هيئة منظّمة وباتباع إجراءات معينة. وينتج عن التزاوج بين العضو والاجراءات الاعتراف للفرد بحجية الشيء المقضى به وهو ما يميّز العمل القضائي عن العمل الإداري، فكل منهما يطبق القانون لكن التطبيق الاداري لا ينتمي إلى القضاء ويمكن تعديله عن طريق رئيس الإدارة، لكن الحجية تخضع لضوابط معيّنة وهذه الحجية ليست غاية في حد ذاتها بل إنها نتيجة حتميّة لتدخل القضاء بهيكله وإجراءاته.

وانتقد هذا المسار الشكلي باعتباره يغالي في اعتناق مسألة العضو والاجراء، ثم إنه أضاف شيئا جديدا وهو التساؤل عن طبيعة هذا العضو، فكيف يمكن التأكيد على أنه عضو قضائي أم عضو إداري، فهل يُكتفى بعنصر الاستقلالية أم لا بد من معرفة طريقة تعيينه ونسبة أعضائه. ثم إن هذا المعيار العضوي يعدّ معيارا حديثا، فلم يكن القضاء منظّما بهذا الشكل، واتجه التطبيق اليوم إلى إسناد الطّبيعة القضائيّة إلى عدد من اللجان الإدارية ليست منظمة عضويا لممارسة القضاء، ويجوز بالعكس للسلطة القضائية أن تمارس جانبا من العمل الإداري مثل القرارات الولائية وإداريات المحكمة، والعكس كذلك صحيح باعتبار أن العمل الإداري يمكن أن يخضع لجانب من الإجراءات الهامّة مثل ما هو معمول به في القرارات التأديبيّة بالنسبة إلى الموظّفين، ومع ذلك لا يعد هذا العمل قضائيا، وكثيرا هي الأعمال التي لم يحدد فيها المشرع أي إجراء ومع ذلك تبقى عملا قضائيا. والحقيقة أن معياري العضو والإجراء قاصران عن تمييز العمل القضائي رغم أهميتهما.

ولهذا الغرض يتمسك البعض **بمعيار الاستقلال العضوي**، ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه Kelsen[1] حيث يرى أن الدّولة تحكمها جملة من القواعد والضوابط أعلاها القواعد الأساسية وأدناها القواعد الفردية، وتتميز القواعد الأساسية بالتجريد والقواعد الفردية بالتفصيل. ويحتكم التفصيل إلى قواعد تدريجيّة بمعنى أن التفصيل يحصل تدريجيّا كلما كان الاتجاه إلى الأسفل، على أن القواعد السفلى تجد شرعيتها في مدى تطابقها مع القواعد العليا. ويقوم على تطبيق هذه القواعد عدد من الهياكل التي تخضع بدورها لنفس النظام، فهناك الوظيفة الدستورية ثم

(1) Kelsen.H :Aperçu d'une théorie générale de l'Etat. RDP, 1926,p. 561 646 -.

البرلمانية، أما الوظيفة الإدارية والقضائية فلهما نفس المرتبة. وما يميّز الوظيفة القضائيّة هي الاستقلالية أي أن القضاة لا يتلقّون التعليمات من أي طرف، على خلاف العمل الإداري الذي يخضع لعنصر التبعيّة، ويبقى هذا التمييز تمييزا شكليا. وتنتقد هذه المدرسة في اعتمادها على الجانب الشكلي فقط، كما أن هناك من اللجان الإدارية ما يعمل في إطار استقلالية كاملة ومع ذلك لا يعد عملا قضائيا مثل الهيئات الإدارية ولجان الامتحان.

ويدفع البعض **بمعيار قوّة الحقيقة القانونية**، ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه Jèze.Gaston،[1] حيث قسم الأعمال القانونية إلى أعمال منشئة لمراكز قانونية عامة وهي الأعمال التشريعيّة وأخرى منشئة لمراكز قانونية فردية وهي الأعمال الفرديّة وأخرى مقررة لمركز قانوني عام أو فردي تقريرا له قوّة الحقيقة القانونية، وهذه الأخيرة هي الأعمال القضائية، فلا يمكن الاعتماد على المعيار العضوي أو العناصر الشكلية في تمييز العمل القضائي، بل التقرير الذي له قوة الحقيقة القانونية هو وحده ما يميّز العمل القضائي، ويعود للمشرع ضبط الحقيقة القانونية لا غير. وحسب هذا الاتجاه لا يعتبر القرار أساس العمل القضائي، بل هناك عدة أعمال لا تحتاج إلى قرار مثل الأعمال التمهيدية ومع ذلك فهي أعمال قضائيّة. لكن القرار عادة ما يلي التقرير ويعد بمثابة النتيجة له.

وقد انتقد هذا المعيار في حدود أنه يحتكم إلى أثر العمل القضائي للتوصل إلى معرفة طبيعة العمل ذاته والمنهج يقتضي العكس، إذ لا يمكن لحجية الشيء المقضى به أن تدل على القضاء بل العكس هو الصحيح،[2] وانتقد هذا الاتجاه في حدود أنه يعترف بالتقرير دون القرار ويجعل المشرع محددا للقوّة القانونية والحال أنه لا يمكن في جميع الصور التوصل إلى معرفة طبيعة المؤسسات رجوعا إلى موقف المشرّع الذي قد لا ينص على ما نريده،[3] ثم إن الرجوع الى

(1) Jèze.Gaston : De la force de verité legale attachée par la loi à l'acte juridictionnel,RDP.1913, p. 437. « La force de verité legale qui s'attache à la décision », Aussi L'acte juridictionnel et la classification des contentieux,RDP.1909, p.66.
Aussi Les principes généraux du droit administratif, 3°édi .T1 ;Paris 1925,p. 48 et suiv.

(2) Waline : Le critère des actes juridictionnels, RDP, 1933, p.565.

(3) « La thèse de Jèse devait être critiquée : elle définit l'acte juridictionnel par l'autorité de chose jugée alors que justement le problème consiste à savoir si l'acte est juridictionnel pour en déduire qu'il a l'autorité de la chose jugée », P. Sabourin,op.cit.,p.196.

موقف المشرع فيه إحياء لمدرسة الشرح على المتون، وهو استجلاب لما لهذه المدرسة من انتقادات.[1]

ويتحدث البعض الآخر عن **معيار الأسلوب القضائي** حيث تتوزع الأعمال إلى إدارية وأخرى قضائية وأخرى بين بين، فلا يمكن للمعيار العضوي وحده أن يميّز الأعمال القضائية وكذلك الشّأن بالنسبة إلى معياري الإجراءات والشكليات، ويبقى للقضاء وحده، بوصفه سلطة خلاّقة، بيان طبيعة العمل اعتمادا على سياسة المشرع في ذلك. وينتقد هذا المعيار في حدود أنه أبقى مفهوم الأسلوب القضائي غامضا وأحال إلى السياسة التشريعيّة في التمييز بين الأسلوب القضائي والأسلوب الإداري. ثم إن هذا المعيار يغفل تماما العناصر الماديّة والشكليّة.[2]

كما تحدّث جانب من الفقه عن **معيار الرغبة الحقيقية للمشرع**، ويعتمد هذا الاتجاه على تأويل النصوص القانونية المنشئة للهيكل للوقوف على موقف المشرع. ومن ثمّ يمكن الاعتماد على بعض العناصر الشكلية أو الموضوعية توصلا لتحديد طبيعة العمل، بل من الممكن الاعتماد على روح التشريع للتوصل إلى هذه الحقيقة تجاوزا لجميع العناصر. وينتقد هذا الحل في حدود أنه يعتمد على معيار خارج إطار المعايير الشكلية أو الموضوعية التي تبيّن عادة طبيعة هذا العمل، فقد يعتمد على الأصول التشريعيّة تجاوزا للمعايير الشكلية والموضوعية.[3]

ب ـ اختيار معيار العمل القضائي

إنّ الاتجاهات المختلطة أي التّي تزاوج بين المعايير هي القول الحق في التمييز بين العمل القضائي والعمل الاداري[4]، وهو الاعتماد في نفس

(1) محمّد الشّرفي، مدخل لدراسة القانون، المرجع السّابق، ص 250.
(2) أحمد مليجي: أعمال القضاة، المرجع السّابق، ص 72.
(3) نفس المرجع السّابق، ص 86.
(4) وجدي راغب: النّظريّة العامة للعمل القضائي، 1974، ص 42 وما بعد.
يرى الكاتب أنّ ما يميّز العمل القضائي في أساسه الموضوعي هو الإرادة والمحلّ والسبب، إرادة القاضي في تقييد الخصوم برأيه، والمحل الذّي يمتد من لحظة رفع الدّعوى إلى صدور الحكم، وسبب يبرّره القانون. وتمتد الأركان الشكليّة إلى شخص القاضي وعنصر المطالبة القضائيّة والخصومة التّي تنتهي إلى حجّية الأمر المقضي به.
إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأوّل، 1974، ص 82 وما بعد.
يرى الكاتب أنّ ما يميّز العمل القضائي هو ضرورة توفّر نزاع أو ادّعاء أوّلا ووجود هيئة تحسم النّزاع ثانيا وإحاطة العمل بإجراءات قضائيّة ثالثا.
Guillien Raymond : L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, thèse, Bordeaux, 1931, p.21 et suiv.

الموقف على عناصر ماديّة وأخرى شكلية، ولايخرج ذلك عن التّطوّر الطّبيعي لمنهج الإنسان في التّفكير. فإذا كان من الممكن القول بأن العمل القضائي من الناحية المادية هو مراقبة تنفيذ القانون في مسائل معيّنة توصلا لتقرير الصورة، فإن ذلك لا يكفي لتحديد العمل القضائي، بل لا بد من الاعتماد على العناصر الشكلية لتحديد هذه الطبيعة، وخاصة ما يتعلق بالعناصر العضوية والاستقلالية والهيكلة القضائيّة.[1] صحيح أنّه يمكن للمشرع أن يخفض من حدة الشكليات أو الإجراءات حسب الصور لكنه لا يمكن مطلقا الاستغناء عنها لتعريف العمل القضائي. والحقيقة أن معظم رجال القانون يعرفون العمل القضائي بالرجوع إلى مضامين العمل القضائي وإجراءاته، فلا عمل قضائي بدون وجود نزاع أو على الأقل ادعاء تقابله معارضة أو مقاومة، ومن المفروض أن تنظر هيئة قضائية في هذا النزاع أو الادعاء وفق إجراءات قضائية محددة. ويرى البعض[2] أنّ العلامة المميزة للعمل القضائي هي حجيّة الشيء المقضى به التّي لا يمكن إسقاطها إلا بالطريقة المحددة قانونا، ولا يمكن الطعن فيها بالإلغاء حيث لا يمكن الحديث عن مسؤولية الدولة في هذا الباب. ومن الناحية العملية تبقى مسألتا القرارات الولائية التي تصدر عن الجهة القضائية،[3] وعمل اللجان الإدارية ذات الصبغة القضائية هو المجال الخصب في طرح النقاش حول طبيعة العمل، وكان من الممكن اعتماد العناصر الهيكليّة للعمل القضائي (الادّعاء والتقرير والقرار) مع جملة العناصر الشكليّة (العضو والاستقلال والإجراءات) توصّلا لتحديد طبيعة هذه الأعمال على حدّ رأي البعض[4]، أما مازاد على ذلك فهو واضح باعتبار أن **المنازعات هي أساس العمل القضائي**، ولا يمكن أن نتخيّل تدخّل القضاء في أمر ليس فيه نزاع،[5] فهو الأصل والسبب في ظهور القضاء، ولا يصلح أن يتدخّل

يرى الكاتب أنّ العمل القضائي يتأسّس من حيث الموضوع على عنصر المراقبة الشرعيّة لتنفيذ القانون، ومن حيث الشكل على طبيعة العضو.
(1) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.210 n°162.
(2) أحمد مليجي، المرجع السابق، ص 80 وما بعد.
(3) محمّد الطّاهر الحمدي: العمل القضائي والعمل الولائي، المرجع السّابق، ص 55.
(4) أحمد المليجي، المرجع السابق، ص 101 وما بعد.
(5) « Les tribunaux étant institués pour trancher des différends et non pour donner des consultations, un propriétaire est irrecevable à demander à un tribunal de fixer la durée d'une prorogation à la quelle peut avoir droit son locataire, alors qu'aucun différend n'existe entre eux et qu'ils sont d'accord pour reconnaître que le locataire a droit à la prorogation commerciale ». Tribunal de la seine, 3 décembre 1924,D.hebdomadaire.1925,p.152.Cité par Duguit,T2,op.cit., n°29, p.458.

القضاء إلاّ في النزاع. ولهذا العنصر مبرّرات تاريخية وأخرى منطقيّة، بحيث لا يمكن منطقيّا أن يكون هناك فصل دون منازعة[1]. ثم إن المعيار في تواتره قوّة تسمح بالقول إنّه الوحيد المعتمد في فهم تدخّل القضاء سواء في الحياة البدائيّة وحتى في الحياة المعاصرة.[2] ولا يمكن الحديث أصلا عن حجيّة الشيء المقضي به إلاّ مع وجود منازعة،[3] ولا يمكن تحلية القرارات بالصّيغة التّنفيذيّة إلّا إذا أحرزت على قوّة الشيء المقضي به[4].

لكن ما المقصود بالمنازعة أو النزاع ؟ وهذا هو الإشكال. يرى جانب من الفقه أن المنازعة هي المواجهة بين الخصوم، وهو أمر جوهري باعتبار أن القاعدة القانونية مدعوّة من البداية إلى حسم النزاع، فقط عندما تشتدّ الخصومة وتقوم المواجهة يتطلب تدخل القضاء، والمنازعة أمر مفترض في العمل القضائي، فيُفترض وجودها حتى بالنسبة إلى الصور التي ليس بها نزاع مثل اعتراف المتهم.[5] ويرى آخرون[6] أن المنازعة هي التعارض بين ادعاءات خصمين بمعنى الخصومة القضائيّة التّي تفترض المواجهة بين الأطراف.[7] لكن جانبا من الفقه يعارض فكرة التعارض بين ادعاءات خصمين ويكتفي بادعاء من جانب واحد une prétention unilatérale .[8] ولا يتطلب أن تكون المنازعة فعليّة بل يكفي أن تكون هناك معارضة لصورة ايجابيّة أو سلبيّة لصاحب الحق بحيث تتضرّر مصالح الشخص بسبب هذا الموقف. وذهب بعضهم إلى حدّ اعتبار المنازعة متوفرة إذا شكّ الشخص في القاعدة بحيث يكون تدخل القضاء مطلوبا لإزالة هذا

(1) إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأوّل، 1974، المرجع السّابق.
(2) حمّادي الرّائد: اتّصال القضاء في المادّة المدنيّة، المرجع السّابق، ص 2.
(3) على كحلون، الصّلح في المادة المدنيّة، المرجع السّابق، ص 37.
(4) نصّ الفصل 286 م.م.م.ت على ما يلي: «نفّذ بعد التحلية بالصّيغة التّنفيذيّة الأحكام التّي أحرزت على قوّة اتّصال القضاء وهي التّي لم تكن أو لم تعد قابلة للطّعن بإحدى الوسائل المعطّلة للتّنفيذ، والأحكام التّي أذن بتنفيذها الوقتي ولو لم تحرز على قوّة اتّصال القضاء.»
(5) Hebraud Pierre :Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil.R.Tri.de droit civil,année 1948, p. 463 et suiv.
(6) Hauriou Maurice : Précis de droit administratif et de droit public, 12 ème édi.,1930, p.334 et 458.
(7) « une instance n'est qu'une longue contestation » : Vizioz,études des procédure, 1931. Cité par P. Sabourin,op.cit.,p. 197.
(8) Vincent.Jean :Procédure civile,10 édi, Précis Dalloz.Paris.1974, n° 70, p.84 -85.

الشك.[1] في حين تمسك البعض الآخر بأن المنازعة هي الاعتداء على القاعدة القانونية أو الاعتداء على حق أو الاعتداء على مصلحة شخص[2].

إنّ القاعدة القانونية مدعوة إلى توجيه المجتمع وبيان ضوابطه الكلية فهو تحديد للمصالح العامّة، وكلّما ظهرت منازعة إلا وتدخل القضاء، فالمطلوب هو الخضوع دون نزاع، فاذا قام النّزاع تدخل القضاء بجبر أحد الأطراف على تطبيق القاعدة. والنزاع في نهاية الأمر، على حدّ تعبير البعض، هو « تنازع حالٍ للمصالح يظهر في تنازع إرادتين وهما ادعاء ومقاومة. والادعاء هو اقتضاء شخص خضوع مصلحة الغير لمصلحته الشخصيّة، والمقاومة إما أن تأخذ شكل إعلان ينازع به الشخص الادعاء، أو سلوك يخالفه أي يعتدي به على المصلحة المطلوب احترامها.»[3]

ويتلخّص من جميع ذلك أنّ العمل القضائي، ومهما كان التّحليل، وتجاوزا لمسألة القرارات الاستيفائيّة[4]، يقتضي وجود نزاع أو ادّعاء أو مطالبة قضائيّة كما تقدّم، ولا يمكن أن يتعهّد القضاء من تلقاء نفسه، بل لابدّ أن تُقام الدّعوى أمامه،[5] والهدف هو فصلها في إطار الاستقلاليّة الكاملة وطبق إجراءات معيّنة.

(1) Chaumont.Charles : Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel . RDP, 1942,p.95 .
(2) « La notion de contestation devient essentielle mais non au sens restrictif du 19 ème siècle ni au sens de la violation d'un droit subjectif mais comme « un incident de l'ordonnancement juridique », « ...la fonction juridictionnelle avait « pour mission d'apurer l'ordonnancement juridique, de controler l'exercice des compétences et par suite, de procurer la sécurité juridique par la certitude juridique ». P. Sabourin,op.cit.,p. 197.
(3) وجدي راغب: النّظريّة العامّة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، أشار إليها أحمد مليجي: أعمال القضاة، مكتبة عالم الكتب 1990، ص 18.
(4) يمكن تبرير القضاء الاستيفائي بشكل عام بفكرة أنّه استعداد للمنازعة، ويمكن قبوله من هذه الناحية على ذلك المعنى.
(5) الدعوى القضائية: تفيد أنه لا يمكن للقاضي أن يتعهّد بالقضية بصفة تلقائية، بل لا بدّ من رفعها من طالبها، "فافهم إذا أدلى اليك" والدعوى في نظر الفقه الإسلامي هي المطالبة أوهي القول أوهي طلب استحقاق شيء وهو ما يختلف شيئا ما عن نظريات القانون الوضعي. حيث رأت النظرية الذاتية بأن الدعوى ليست "سوى الحق الذاتي في حالة حركية" كما أكد ذلك DEMOLOMBE في قولته الشهيرة غير أن هذا الرأي انتقد بشدة نظرا لكون هناك عدة حقوق، دون أن تكون هناك دعوى، كالحقوق الطبيعية، كما لم يشترط في القائم أن يكون له حق، بل يكفي أن تتوفر به شروط القيام الواردة بالفصل 19 م.م.م.ت ونفت النظرية الموضوعية فكرة الحقوق الذاتية وتحدثت عن « المركز القانوني أوالوضعية القانونية». وبرزت نظرية حديثة ترى في الدعوى «القدرة القانونية على الالتجاء للقضاء» ومع ذلك لم تسلم هذه النظرية من النقد.

« فالقضاء من الوظائف الدّاخلة تحت الخلافة لأنّه منصب الفصل بين النّاس في الخصومات حسما للتّداعي وقطعا للتّنازع.»[1] ويمكن للقضاة أن يتّخذوا بعض القرارات الإداريّة في مهامهم تنظيما لإطار المحكمة، لكنّه لايخيّر إطلاقا إثقال كاهل القضاء بمسائل تخرج عن إطار النّزاع. صحيح أنّ تعقّد الحياة المعاصرة

حيث إنها تؤدي إلى الاعتقاد بوجود حق ذاتي والحال أنه لايوجد إلا ممارسة لحرية أو لإمكانية، كما أنه من الغريب حصر ميدان الدعوى في الحالات التي يطلب فيها الخصوم سماعهم في الأصل فحسب. وانتقد البعض هذه النظرية الحديثة على أساس أن التعريف الحديث لا يعبّر إلا على تصور ذهني يختلف عن المفهوم الحقيقي للدعوى القضائية، الذي يفهم منه «الادعاء لدى القضاء» أي الالتجاء الفعلي للقضاء وفي هذا قال الأستاذ عبد الله الأحمدي في كتابه القاضي والإثبات في النزاع المدني وتحديدا بالصفحة 34 وما بعد مايلي «...وفعلا فإن التعريف الذي أورده الشراح الغربيون ينطبق على حق التقاضي أوحق القيام لدى المحكمة بالمعنى الذي يقصده المشرّع التونسي بالفصل 19 م.م.م.ت وهو حق مشروع لكل شخص، له ممارسته إذا توفرت فيه الشروط القانونية من مصلحة وصفة وأهلية وذلك بقطع النظر عن وجاهة الطلب من عدمها وعن كون المحكمة ستبت في أصله أم ترفضه شكلا، فالقول بأن الدعوى هي الإمكانية القانونية للالتجاء للقضاء لا ينسحب على مدلول الدعوى بل على الحق في رفعها وعلى هذا الأساس فإن للدعوى مفهوما ماديا إجرائيا ولا مجرد تصور ذهني تعني الإدعاء لدى القضاء. فعندما تستعمل كلمة دعوى قضائية نكون انطلقنا من مجرد الحق في التقاضي إلى الممارسة الفعلية الإجرائية لذلك الحق، فلا يكتسب الشخص صفة المدعي أوالمدعى عليه إلا برفع الدعوى لدى المحكمة طبق الإجراءات القانونية وبناء على ذلك فإن الدعوى القضائية لا توجد قبل رفعها للمحكمة ولعل هذا ما جعل الفقهاء المسلمين يتحدثون عن المطالبة التي تحصل أمام القضاء وفي القانون الوضعي فإنه لا دعوى قضائية ما لم تتم إجراءات رفعها... ولئن كانت الدعوى لا تعني الحق الذاتي في نظرنا خلافا لماذهب إليه العديد من الفقهاء الغربيّين بالخصوص فإن ذلك لا يعني عدم وجود ترابط بينهما لسببين: أولهما: أن وصف الدعوى القضائية تمليه طبيعة وخصائص الحق المطلوب فتوصف بأنها عينية أوشخصية إذا كان موضوعها حقا عينا أوشخصيا ثانيهما أن الحق هو أساس الدعوى القضائية فالمدعي عندما يرفع دعواها للمحكمة يتمسك بكونه صاحب حق ذاتي وقع المسّ به، ويطالب إسترجاعه وحمايته ولذا فإن الحق هو أساس الدعوى...»

والدعوى القضائية تختلف عن المطالبة القضائية والخصومة، بحيث أن المطالبة القضائية تعني «العمل الإجرائي الذي بموجبه يمارس الشخص ذلك الحق» أي «عمل افتتاح المواجهات «وعمليا تحصل المطالبة القضائية بتقديم العريضة التي ترفع بها الدعوى وتبليغها للخصوم بصفة عامة. والخصومة هي تلك المرحلة التي تفصل بين تاريخ رفع الدعوى وصدور الحكم في الأصل.

عبد اللّه الأحمدي، المرجع السّابق ص 25 وما بعد. أحمد أبو الوفاء، المرجع السّابق ص 111 وما بعد.

Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.87 et suiv.

(1) ابن خلدون: المقدّمة، طبعة مؤسّسة الأعلمي للمطبوعات ـ بيروت ـ، ص 220.

وتعدّد المجالات العلميّة اقتضى التّخصّص بإنشاء لجان خاصّة تكون تابعة لذلك النّشاط، وصحيح كذلك أنّ مشاركة القضاة في تركيبة هذه اللّجان أصبح أمرا سائغا ومقبولا حتّى وإن كانت اللّجان مجرّد لجان إداريّة، ولكنّ المطلوب كذلك أن لا تسند اختصاصات قضائيّة إلى لجان إداريّة وأن لا تسند اختصاصات إداريّة إلى لجان قضائيّة. لكنّ الصّعوبة تكمن دوما في أن المشرّع ينشئ هذه اللّجان ويخصّصها بمرجع نظر معيّن دون أن يحدّد طبيعة نشاطها، فيبقى الفقه في حيرة، وربّما كان ذلك أمرا مقبولا إلى حدّ ما، ولكن لا يمكن القبول مطلقا بإسناد جملة من الأعمال الإداريّة إلى هيكل قضائي محدّد قانونا تحت ضغط أيّة صورة، اللّهمّ إلاّ إذا كان ذلك من التّوابع التّي لا تؤثّر على الأصل. فللعمل الإداري متّسع من المفاهيم ما يستوعب جملة من الأعمال عادة ما تسند قصدا أو سهوا للأجهزة القضائيّة.

فعادة ما لا يتعدّى العمل الإداري أعمال التّطابق في إطار خاص تحكمه التّبعيّة بعيدا عن أي نزاع أو حتّى ادّعاء. « فالسلطة الإداريّة وحسب المعيار الشّكلي، لا يمكن أن تكون إلاّ مركزيّة أو جهويّة أو جماعات محليّة أو مؤسّسات عموميّة متمتّعة بالشّخصيّة العموميّة، ويلحق بذلك ما يعرف بالهيئات المهنيّة، التّي اعتبرت إداريّة في مهامها رغم بعض النّقاشات. وتعمل الهيئات الإداريّة إجمالا في إطار **التّبعيّة** للسلطة المركزيّة، والتّسلسل الإداري. وحسب المعيار المادي أي الموضوعي يتلخّص دور الهيئة الإداريّة في النّظر في المهام التّي تعود أصلا للسلطة الإداريّة باعتبارها مشرفة على حسن سير المرفق العام، بما في ذلك الإرشاد والاستشارة، لتتّخذ في نهاية الأمر القرار المناسب وهي « وسيلة تعبّر الإدارة بمقتضاه عن **إرادتها** المنفردة، وهو عبارة عن تصرّف أو عمل قانوني يهدف إلى تغيير الوضع القانوني بمقتضى الالتزامات التّي يتمّ فرضها أو الحقوق التّي يتمّ منحها.»[1] فالسّلطة الإداريّة حسب هذا المفهوم، أي المفهوم المادي والشّكلي، هي عبارة عن «...أفراد أو مجموعة أفراد تتوافر فيهم شروط الأهليّة والكفاءة والمتمتّعة بمقتضى القانون بسلطة تمثيل الذّوات العموميّة، بحيث يمكنها القيام، باسم ولصالح هذه الذّوات، بتصرّفات قانونيّة تكون نتائجها متمثّلة في حقوق وواجبات راجعة مباشرة لهذه الأشخاص العموميّة.»[2] ومن الفقهاء من يركّز على المعيار الشّكلي فحسب لتعريف السّلطة الإداريّة، وهناك من يركّز

---

(1) توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التّونسي، المدرسة القوميّة للإدارة، ص 286.

(2) نفس المرجع السّابق.

فحسب على المعيار المادي.[1] لكنّ أغلب الفقهاء يعتمدون على المعيارين في تعريف السّلطة الإداريّة.»[2]

وتبقى جميع الأعمال الإداريّة سواء كانت ماديّة أو قانونيّة خاضعة لمبدأ أساسي يعرف **بمبدأ المشروعيّة**[3] « الذّي يعني أصلا خضوع الإدارة للقانون بمعناه الواسع، ضرورة أن تكون الأعمال الصّادرة عن الإدارة موافقة لما تقتضيه القاعدة القانونيّة. وبصورة أدقّ فإنّ المقصود بمبدأ المشروعيّة أن تكون تصرّفات الإدارة وكذلك القرارات التّي تتّخذها والعقود التّي تبرمها موافقة لما تقتضيه القواعد القانونيّة سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أو غير مكتوبة.»[4] فهو يمثّل «القاعدة التّي تقتضي أنّ السّلط الإداريّة تكون ملزمة في أعمالها باحترام القانون باختلاف أنواعه.»[5] معنى ذلك أن يكون القانون بشكل عام الضّابط لجميع الأعمال الإداريّة، فإذا خرجت عن هذا الإطار يحقّ للأفراد ممارسة حقّ الطّعن. وتحتكم المشروعيّة إلى عدّة مصادر بدءا بالدستور ومرورا بالاتّفاقيّات الدّوليّة

(1) P. Sabourin : Recherche sur la notion d'autorité administrative en droit français,op.cit.,p.19 et suiv.
René Chapus : Droit administratif géneral.T 1.7ème édi., édition du Mont - chrestien .Paris 1993, p. 382 et suiv.
G.vedel;Pierre Delvolvé :Doit administratif,Paris 1964, p. 236 et suiv.
M.Hauriou :Précis élémentaire de droit administratif, op.cit.,p.13.
Mohamed Larbi Fadhel Moussa, L'Etat et l'agriculture en Tunisie, publication du centre d'études de recherches et de publication de l'université de droit d'économie et de gestion de Tunis 1988, p.95.

(2) علي كحلون: المسؤوليّة المعلوماتيّة، المرجع السّابق، ص 292.

(3) CH. Eisenmann :le droit administratif et le principe de légalité,E.D.C.E,p.25.
J.Chevalier :la dimention symbolique du principe de légalité.R.D.P.1990, p.1651.
Chapus,op.cit.,p.804et suiv.
G.vedel;Pierre Delvolvé,op.cit.,p.373 et suiv.
M.Haurriou,op.cit.,p.371 et suiv.
Yadh Ben Achour : Droit administratif,op.cit.,p.533 et suiv.

(4) توفيق بوعشبة، المرجع السّابق ص 184. ويذكّرنا الأستاذ بوعشبة بأنّ هذه القاعدة تجد أساسها في مبدأ فصل السّلط الثّلاثة، وتكرّس مفهوم دولة القانون، وهو مفهوم ظهر مع الثّورة الفرنسّة وإن كان جانب من الفقه يرجع الأصل إلى التّجربة الألمانيّة بشكل عام. لكنّه كان انتقال من السّلطة المطلقة للحاكم أي الدّولة الاستبداديّة إلى دولة القانون، ولا يعني ذلك أنّ الدّولة الاستبداديّة لم تكن خاضعة للقانون، بل إنّ القانون عادة ما يكون بيد الحاكم إن شاء طبّقه وإن شاء أمسكه.

(5) رضا جنيّح، قانون إداري، المرجع السّابق، ص 263.

والقانون وانتهاء إلى القرارات الإداريّة بأنواعها، ويلحق رجال القانون الإداري بذلك المصادر غير المكتوبة مثل المبادئ العامة والعرف وفقه القضاء.[1]

ولا يعني ذلك إطلاقا أنّ الإدارة تمارس نشاطها في إطار السّلبيّة المطلقة وتحرص فقط على ملاءمة قرارتها مع القواعد القانونيّة، فلا نقول إنّ للإدارة سلطة الملاءمة المجرّدة لا أكثر ولا أقل، فتُسدعى للإضراب عن أيّ اجتهاد مهما كان نوعه، بل إنّ لها هامشا كبيرا ومتّسعا من التّحرّك متى يكون لها سلطة تقديريّة، فيجوز حينئذ ممارستها في إطار إعمال مبدأ الملاءمة دون خرق مبدأ المشروعيّة. فمن واجب الإدارة في إطار السّلطة التّقديريّة المنتفعة بها أن تراعي مبدأ الاختصاص والإجراءات الموجبة في ذلك والصّيغ الشّكليّة المفروضة والعناصر القانونيّة والواقعيّة.

وإذا قلنا إنّ أعمال الإدارة هي أعمال المراقبة والتّطابق في إطار التّبعيّة والخصوصيّة بهدف تطبيق القاعدة القانونيّة، فإنّه لا يدفعنا حبّنا لطبيعة الضّمانات القضائيّة إلى إسناد مثل هكذا أعمال إلى هيكل قضائي، لأنّ ذلك وببساطة سيؤدّي إلى طول الإجراءات وتعقّدها[2].

الفصل 2 ـ تنظر هذه المحاكم في جميع النزاعات المبينة بالفصل المتقدم بين جميع الأشخاص المقيمين بالتراب التونسي مهما كانت جنسيتهم. (ألغيت بقية هذا الفصل بالقانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998).

(1) وتُعدّ المبادئ العامة في القانون الإداري هامّة وقد رفعها فقه القضاء بفرنسا إلى مرتبة القواعد الدّستوريّة، وإن وضعها البعض بين القوانين والأوامر. وهي تمثّل قاعدة الإجماع باعتبارها تُعدّ تعبيرا عن نظام الحكم وتتطابق مع مبادئ الحريّة والحقوق. وقد لجأ فقه القضاء الإداري إلى صياغتها في وقت كانت فيه القواعد الإداريّة شحيحة، فكانت منهجا في التّعامل باعتبارها المعبّرة عن الحريّات العامّة وحقوق المواطنين، مثل مبدأ المساواة أمام المرافق العموميّة والضّرائب ومبدأ عدم رجعيّة القرارات الإداريّة ومبدأ المساواة أمام القانون ومبدأ عدم المساس بالقرارات الفرديّة المنشئة للحقوق.....
Georges Vedel;Pierre Delvolvé,op.cit.,p.384.

(2) والأمثلة كثيرة في ذلك، ولعلّ أهمّها ما يتعلّق بمطالب التسجيل العقّاري اختياريّا ومسحيّا على معنى مجلّة الحقوق العينيّة والمرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرّخ في 20 فيفري 1964 ومطالب التحيين العقّاري في إطار القانون عد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001 وتعويض حوادث المرور على معنى القانون عدد عدد 86 لسنة 2005 المؤرّخ في 15 أوت 2005.

التعليق على الفصل 2

تنظر المحاكم التونسيّة في جميع النزاعات حسب التعريف الوارد بالفصل الأول من المجلّة بشرط أن يكون الخصوم مقيمين بالتراب التونسي تجاوزا لطبيعة جنسيتهم. فكلما كان الطرفان مقيمين بالبلاد التونسية إلا وكان الاختصاص منعقدا للمحاكم التونسية تجاوزا لجنسية الخصوم.

والمقصود بإقامة الخصوم بالبلاد التونسية ليس ما يؤخذ من قانون حالة الأجانب عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8/ 3/ 1968 المتعلق بحالة الأجانب في بيان معنى الإقامة الوقتية والإقامة العادية[1]، وإنما ما قصده المشرع من خلال ذلك هو مفهوم المقر بالمعنى الإجرائي للكلمة[2]. ولو أنه من الممكن الإشارة إلى أحكام وضعية الأجانب لتعريف معنى الإقامة العادية والإقامة الوقتية. والواضح أنّ اختيار المقر كعنصر أساسي في بيان اختصاص المحاكم من شأنه ضمان تنفيذ الأحكام التي ربّما تصدر في الغرض.

ويعرف المقر بأنّه مكان الاستقرار العادي، ويمكن أن يكون المقرّ أصليا أو مختارا، والمقر الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا أصليا له بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور. والمقر المختار هو المكان الذي يعينه الاتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو للقيام بعمل قضائي[3]. ويفرض المشرع في بعض الصور أن يكون مقر المحامي مقرا مختارا للمنوب، حيث إنّ إنابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية ومقر المحامي يعتبر مقرا مختارا لمنوبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها[4]. ويرفع الاستئناف بعريضة كتابية يحررها محام عن الطاعن ويقدّمها لكتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر.

(1) يراجع كذلك الأمر الترتيبي عدد 198 لسنة 1968 المؤرخ في 22 جوان 1968 المنقح بموجب الأمر عدد 716 لسنة 1992 المؤرخ في 20/ 4/ 1992 المتعلق بوضعية الأجانب. الإقامة الوقتية مدتها سنة والإقامة العادية مدتها سنتان ولا تسند إلا بعد توفر الشروط حسب القانون عدد 7 لسنة 1968.

(2) المبروك بن موسى: المرجع السابق، ص 43 وما بعد.
Ali Mezghani: Commentaires du code de droit international privé, centre de publication universitaire Tunis, 1999, p.161.

(3) الفصل 7 م.م.م.ت. يراجع التعليق على هذا الفصل.

(4) الفصل 68 م.م.م.ت.

ويعتبر مقر المحامي مقرا مختارا للمستأنف[1]. ويتوقّف اعتبار مقرّ المحامي مقرا مختارا للمنوب مع صدور الحكم إلا إذا عبّر المنوب مواصلة اعتماد المقرّ المختار في أعمال التنفيذ أو من خلال محضر الإعلام بالحكم الصادر في الغرض. ومتى تقرر المقر المختار اتفاقا أو قانونا يقدّم على المقر الأصلي. كما أنّ تغيير المقر الأصلي أو المختار دون علم الطرف الآخر لا يمنع من التبليغ فيهما[2].

وعلى ذلك الأساس فإنه لا يكفي ليتحقق مفهوم المقر الأصلي أن يتواجد الشخص بالبلاد التونسية بصفة عرضية أو وقتية، بل يجب أن يكون المقر مقرا عاديا للإقامة بمعنى أن يتوفر الركن المادي والمعنوي في الإقامة. ماديا يجب أن يتواجد الشخص بصفة مستمرة بالبلاد التونسية، ولا ينقص من ذلك سفر الشخص بصفة مؤقتة. ويمكن الاستئناس بالأحكام الواردة بقانون 1968 المتعلق بالأجانب في تعريف الإقامة العادية، حيث يشترط المشرع في ذلك الإقامة لمدة خمس سنوات دون أن يتغيب المقيم أكثر من 6 أشهر. معنويا يجب أن يجعل المقيم من مقره بالبلاد التونسية محل سكناه العادي والمتواصل.

كما أنه يعتبر مقرا أصليا بالنسبة إلى الشركات التجارية الدولية مكان نشاطها التجاري والمهني ولو كان فرعيا. وبالتالي إذا كان لهذه الشركات مقر فرعيّ بالبلاد التونسية تكون المحاكم المختصة في النزاعات التي تكون فيها هذه الشركات طرفا إذا تعلقت النزاعات بنشاط الفرع.

والمقر المختار هو الذي يحدّده الاتفاق أو القانون، اتفاقا يحمل معنى المقر المختار إلى اختيار المطلوب لمقر مختار بالبلاد التونسية وهو ما يحمل إلى الخضوع الاختياري سواء كتابة أو ضمنا كما في صورة الحضور بالجلسة وعدم الدفع بعدم الاختصاص والجواب عن الدعوى. ولم يشترط المشرع ضرورة قيام رابطة بين النزاع وإقليم البلاد التونسية[3]. قانونا يعتبر المشرع في بعض الأحيان أن توفر حالة معينة مخصوصة من قبيل المقر المختار كما هي الصورة بالنسبة إلى

(1) الفصل 130 م.م.م.ت.

(2) أحمد أبو الوفاء: المرافعات المدنية والتجارية، 1986، ص 457، عدد 380.

(3) يراجه رأي مخالف: مبروك بن موسى، المرجع السابق، ص 49 حيث ذهب إلى ضرورة قيام «صلة تربط النزاع بالإقليم الوطني حتى يكون للحكم الذي سيصدر في شأنه قيمة فعلية وفقا لمبدأ قوة النفاذ».

مقر المحامي فهو المقر المختار للمطلوب[1]، أو اعتبار المقر المذكور بجانب اسم المسحوب عليه بالكمبيالة مقرا مختارا للمسحوب عليه[2].

وبالتالي كلّما كان محلّ إقامة الخصوم بالبلاد التونسية كان النزاع نزاعا محليا وطنيا وتنطبق مجلة الإجراءات المدنية ولا تشمله قواعد القانون الدّولي الخاص حتى ولو لم تكن للخصوم الجنسية التونسية[3]. أما إذا كان أحد الخصوم غير مقيم والآخر مقيما فالنزاع يكون دوليا وتنطبق أحكام مجلة القانون الدولي الخاص ولذلك نصّ الفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنّ "المحاكم التونسية تنظر في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم إذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية».

وقد كانت الفقرة الثانية من الفصل 2 م.م.م.ت. تبين اختصاص المحاكم التونسية في النزاع الدّولي إلا أنها ألغيت بصدور مجلة القانون الدّولي الخاص بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998[4]. وأوردت الفصول 3 إلى 10 من المجلّة القواعد العامة في اختصاص المحاكم التونسية في النزاع الدّولي.

وتدلّ القواعد العامة في الاختصاص على أن الأطراف المتعاقدة بإمكانهم تعيين المحكمة المختصة، وفي صورة انعدام التعيين تنطبق القواعد القانونية، معنى ذلك أنّ قواعد اختصاص المحاكم التونسية لا يهم النظام العام، فهي مجرد قواعد اختصاص ترابية حسب البعض وليست قواعد اختصاص حكمية[5]، والحقيقة أنه كثيرا ما طرح التساؤل حول طبيعة قواعد الاختصاص الدولية فهل هي مجرد قواعد اختصاص ترابية أم قواعد اختصاص حكمية[6]، وإذا بقي المشرع صامتا

(1) الفصلان 68 و130 م.م.م.ت.

(2) الفصل 269 م.ت.

(3) علي كحلون: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، التصرفات القانونية، النظام القانوني للإرادة المنفردة والعقود المحلية والدولية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2012.

(4) كانت مجلة المرافعات المدنية والتجارية الصادرة بالقانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 هي الأساس في تحديد اختصاص المحاكم التونسية في النزاع الدولي من خلال الفصول 2 و 31 و316 و317 و318 و319 و320 و321، لكنّه بصدور مجلة القانون الدولي الخاص سنة 1998 ألغيت جميع هذه الأحكام وأوردت المجلة القواعد الخاصة باختصاص المحاكم التونسية من خلال الفصول 3 إلى 25.

(5) Ali Mezghani: Droit international privé, op.cit., p. 376 et suiv.

(6) P.Mayer: Droit internationa privé, 3 ème édi. p. 179 et suiv.

قبل صدور مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 وذهبت محكمة التعقيب إلى أنها من قبيل قواعد الاختصاص الحكمية على أساس القواعد الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وأنها تتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها[1]، نصّ المشرع بمجلة القانون الدولي الجديدة بالفصل 10 على أنه « يجب إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل[2]»، أي أنه لا يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص بعد الجواب عن الدعوى. وهي بذلك أقرب إلى قواعد الاختصاص الترابي، ولكنّ لها بعض الخصوصية في أنّ لها صبغة ترابية عامة بمعنى أنّها تتعلق بكامل التراب التونسي وليس بمحكمة مخصوصة.

والحقيقة أن قواعد الاختصاص على مستوى القانون الدولي الخاص لها ما يميزها فهي ليست مجرد قواعد ترابية تفرد الاختصاص على مجرد اعتبارات جغرافية بل إنّ الأمر يختلف باختلاف طبيعة الأنظمة القضائية، كما أنها ليست مجرد قواعد حكمية تتأسس على طبيعة النزاع أو قيمته في إسناد الاختصاص بل إنها تسعى إلى تحديد الدولة المختصة دون بيان أي من المحاكم الداخلية مختصّ. وبذلك فلهذا الاختصاص ملامحه الخاصة، فهو ليس باختصاص ترابي أو حكمي وإنما اختصاص المحاكم طبق قواعد القانون الدولي الخاص، وهذا ما يجعل بعض القواعد ترتبط بالنظام العام دون البقية التي تبقى خاضعة لرغبة الأطراف، كما أن تستثنى العقارات من دائرة اتفاق الطرفين[3].

أما القواعد الاتفاقية فقد نص الفصل 4 من مجلة القانون الدولي الخاص في شأنها على ما يلي : «تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عيّنها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلاّ إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية». معنى ذلك أن الأطراف بإمكانهم تعيين اختصاص المحاكم التونسية أو الرضاء باختصاصها بصرف النظر عن جنسيتهم أو مقرهم أو ضوابط الاختصاص القانوني للمحاكم. ولكنه لا يجوز الاتفاق في المسائل التي تعود مطلقا لاختصاص المحاكم التونسية، وقد قدرها المشرع بالفصل 8 من المجلة، حيث "تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر :

(1) قرار تعقيبي عدد 4196 الصادر بتاريخ 18/ 11/ 1981 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1981، ص 132.

(2) الفصل 10 من مجلة القانون الدولي الخاص.

(3) الفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص.

1ـ إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بإسناد الجنسية التونسية أو اكتسابها أو فقدانها أو سحبها أو إسقاطها.

2ـ إذا تعلقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية.

3ـ إذا تعلقت الدعوى بإجراءات جماعية مثل إنقاذ المؤسسات أو التفليس.

4ـ إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها.

5ـ وفي كل ما أسند إليها بنص خاص. كما لا يجوز الاتفاق على اختصاص المحاكم التونسية إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية. فذلك ما يعود لاختصاص محكمة العقار.

وبذلك أصبح شرط تعيين المحكمة المختصة مباحا بالعقود الدولية مع مراعاة الحالات التي لا يمكن فيها الاتفاق على الاختصاص[1]. حيث يمكن للأطراف الاتفاق بداية أو بعد نشأة النزاع على اختصاص المحاكم التونسية في غياب أية صلة بالبلاد التونسية فليس من الضرورة أن يكون للطرفين مقر أصلي أو مختار بالبلاد التونسية. وعادة ما يخضع هذا التعيين لقانون العقد، ولكنّ يبقى الشرط مستقلا عن أصل العقد، فلو كان العقد باطلا ما نقص من الشرط شيء، كما أنّه لا يشترط ضرورة توفر الرابط بين النزاع وإقليم المحكمة المختصة، فقد يقع الخيار على محكمة وطنية ليس لها أية علاقة بالنزاع المطروح. ولا يشترط قواعد خاصة في ذلك بل يكفي أن يرد الشرط صريحا في ذلك دون تفصيلات محدّدة. ولكنّه لا يشترط الكتابة في الشرط، ويمكن أن يرد شفاهيا، فقط أنه في صورة الاختلاف لا يمكن للطرف الآخر إثبات الاتفاق إلا بكتب أو بالإقرار ولا يمكن الاستناد إلى البينة بطبيعة الحال.

كما أنه ليس من الضروري أن يكون الاختصاص محلّ اتفاق مسبق بين الطرفين حيث يكفي أن يقبل المطلوب التقاضي أمام المحاكم التونسية، كما في صورة أن ينشر الطالب دعواه أمام المحاكم التونسية ويستدعي المطلوب الذي يحضر ويجيب عن الدعوى دون أن يتمسك بعدم الاختصاص. ولكنه لا يمكن

(1) لم تكن المحاكم التونسية تعترف بتغيير الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية كما هي واردة بمجلة المرافعات قبل صدور مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 إلا إذا جلب لها الاتفاق اختصاصا غير مقرر قانونا.
قرار تعقيبي عدد 4196 الصادر بتاريخ 8/ 11/ 1981، نشرية محكمة التعقيب 1981، ص 132.

أن ينعقد الاختصاص سليما إذا لم يحضر المطلوب ولم يسبق الاتفاق على اختصاص المحاكم التونسية. ولكنّه إذا سبق للطرفين الاتفاق حول اختصاص المحاكم التونسية أو رضي المطلوب بالتقاضي أمامها ليس لهما أن يتفقا على وقف اختصاص المحاكم التونسية، فمتى انعقد الاختصاص صحيحا ولم يدفع أحد الأطراف بعدم الاختصاص ما كان من الممكن بعد الجواب عن الدعوى الدفع بعدم الاختصاص إلا إذا توفرت صورة من صور التحايل على معنى الفصل 30 من مجلة القانون الدولي الخاص[1].

وإذا تقرر الاختصاص للمحاكم التونسية فلا بدّ من تحديد المحكمة التونسية المختصة من بين المحاكم التونسية، حيث إذا كانت المحاكم التونسية مختصة بالنظر، في حين أن الطالب والمطلوب لا يقيمان بالبلاد التونسية، فإن الدعوى ترفع أمام محكمة تونس العاصمة. وإذا لم يكن للمطلوب في هذه الحالة مقر معلوم بالبلاد التونسية، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر الطالب[2]. ولا يمكن تصور تطبيق هذا الحلّ إلا في صورة اتفاق الطرفين على اختصاص المحاكم التونسية أو توفرت الصور التي تمنع الأطراف من الاتفاق وتجعل اختصاص المحاكم المختصة التونسية منعقدا في جميع الصور وهي حالات الاختصاص المطلق للمحاكم التونسية[3].

تلك هي القواعد الاتفاقية في الاختصاص كما وردت بمجلة القانون الدولي الخاص التونسية، غير أنّ الفقه عادة ما يشترط أن يكون للاتفاق رابطة أو صلة مع البلاد التونسية حتى يكون الاختصاص سليما، فإذا رأت المحكمة المتعهدة أنّ الاتفاق أجنبي تماما عن البلاد التونسية فإنها يجب أن تقضي بعدم الاختصاص، وحجّتهم في ذلك هو القضاء على صور التحايل كما وردت بالفصل 30 من مجلة القانون الدولي الخاص[4]. ولكنّ هذا الشرط ليس محلّ اتفاق[5].

(1) الفصل 30 من مجلة القانون الدولي الخاص "يتكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنّب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة. وإذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغير عنصر الإسناد».

(2) الفصل 9 من مجلة القانون الدولي الخاص.

(3) الفصل 8 من المجلة.

(4) المبروك بن موسى: المرجع السابق، ص 58.
سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال: القانون الدولي الخاص، ص 470 وما بعد.

(5) Jean - Michel Jacquet: Le contrat international, op. cit.,p. 22.

أما القواعد القانونية في تحديد المحكمة المختصة فقد وردت بالفصول 3 و5 و6 و7، فإذا لم يتفق الطرفان على تحديد المحكمة المختصة يجب الرجوع إلى مجلة القانون الدولي الخاص لمعرفة الحل القانوني، ولكل بلاد قانونها الدولي الخاص بها في تحديد المحكمة المختصة. ورجوعا إلى مجلة القانون الدولي الخاص التونسية نلاحظ أن المشرع اعتمد اختصاص المحاكم التونسية بناءً على عدة معايير، أولها معيار المقر وثانيا معيار تمركز العلاقة التعاقدية أي تنفيذ العقد وثالثا معيار الارتباط بنزاع منشور فيما يتعلق بالعقد واعتمد مكان حصول الضرر بالنسبة إلى المسؤولية غير التعاقدية وأورد معايير خاصة بالنسبة إلى الأحوال الشخصية.

والقاعدة القانونية العامة أوردها المشرع بالفصل الثالث، حيث تنظر «المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم إذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية». وبذلك فإن جميع النزاعات المدنية والتجارية بما في ذلك النزاعات التعاقدية، ومهما كانت طبيعة الاختصاص ولائيا أو حكميا، يمكن أن تطرح أمام المحاكم التونسية دون تمييز على أساس الجنسية، ويشترط فقط أن يكون محلّ إقامة المطلوب بالبلاد التونسية.

وتجاوزا لمقر الأطراف واتفاقهما أو جنسيتهما يمكن لتمركز العلاقة القانونية أن يكون محدّدا في ضبط اختصاص المحاكم التونسية، أي أن ترتبط العلاقة التعاقدية بنظام البلاد التونسية كما في صورة أن ينفذ العقد بالبلاد التونسية أو كان من المفروض تنفيذه بها، فعنصر التنفيذ فعلا أو فرضا هو الذي يسند للمحاكم التونسية اختصاصها. ولذلك نصّ الفصل 5 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنّ المحاكم التونسية تنظر أيضا :

«2 ـ إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد نفّذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية إلاّ إذا تضمن العقد اتفاقا على اختصاص محكمة أجنبية». معنى ذلك أنه في غياب اتفاق الطرفين على اختصاص محكمة أجنبية أخرى تبقى المحاكم التونسية مختصة إذا حصل التنفيذ أو كان لابدّ أن يحصل بالبلاد التونسية.

ويحدّد هذا المعيار، تمركز العلاقة، اختصاص المحاكم التونسية في عدة صور. حيث نصّ الفصل الفصل 5 من مجلة القانون الدولي الخاص على المحاكم التونسية تنظر أيضا :

1 ـ في دعاوى المسؤولية المدنية التقصيرية إذا ارتكب الفعل الموجب للمسؤولية أو حصل الضرر بالبلاد التونسية.

2 ـ إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد نفّذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية إلاّ إذا تضمن العقد اتفاقا على اختصاص محكمة أجنبية.

3 ـ في النزاعات التي يكون موضوعها حقا **منقول**ا موجودا بالبلاد التونسية.

4 ـ في النزاعات المتعلقة ب**الملكية الفكرية** إذا وقع التمسك بحمايتها بالبلاد التونسية.

كما تنظر المحاكم التونسية على معنى الفصل 6 من المجلة :

1 ـ في الدعاوى المتعلقة بالبنوّة أو بإجراء لحماية قاصر يكون موجودا بالبلاد التونسية.

2 ـ في دعاوى النفقة إذا كان الدائن مقيما بالبلاد التونسية.

3 ـ إذا تعلقت الدعوى بتركة افتتحت بالبلاد التونسية أو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية.

وقد يتوفر الترابط بين نزاع منشور أمام المحاكم التونسية وشخص أجنبي ويمكن على أساس هذا الترابط تقرير اختصاص المحاكم التونسية دون أن يكون للطرف الأجنبي مقر بالبلاد التونسية. كما في صورة أن يطرح النزاع المنشور مسألة أولية مثل جنسية الأطراف أو تقوم الصحة في دعوى المعارضة أي الدعوى التي يرفعها المطلوب بهدف ردّ الدعوى الأصلية أو طلب المقاصة أو التعويض[1] أو يتوفر الترابط بين النزاع المنشور والطلبات الجديدة بوحدة الموضوع أو السبب أو الأطراف، فعادة ما لا تكون المسألة الأولية أو الطلبات الجديدة أو المعارضة من اختصاص المحاكم التونسية إذا أخذت منفردة ولكنها إذا اتصلت بالنزاع المنشور تكون سببا في اختصاص المحاكم التونسية، لذلك نصّ الفصل 7 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنّ المحاكم التونسية تنظر "في الدعاوى التي لها ارتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية[2]".

ويعود للقاضي المختص في نهاية الأمر دراسة الطلبات وشروط المعارضة ونظام المسألة الأولية والوقوف على عنصر الترابط طبقا لقانونه الخاص[3].

الفصل 3 ـ لا عمل على كل اتفاق من شأنه مخالفة الاختصاص الحكمي المعين بالمجلة.

---

(1) الفصل 227 م.م.م.ت

(2) استوعب الفصل 2 م.م.م.ت فقرة سادسة قبل إلغائه نفس الحكم.

(3) علي كحلون: العقد الدّولي، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص. 449 وما بعده.

التعليق على الفصل 3

الاختصاص الحكمي هو أهلية تعهّد المحكمة في النظر في موضوع النزاع على خلاف الاختصاص الترابي الذي يعرف بكونه جملة القواعد التي تحدّد المنطقة الجغرافية لتدخّل المحكمة. والقاعدة أنّ الاختصاص الحكمي في المادة المدنية له علاقة بالنظام العام على خلاف قواعد الاختصاص الترابي، وبالتالي فإنه لا يجوز الاتفاق على خلاف القواعد الواردة في تعيين الاختصاص الحكمي ويجوز الاتفاق في الاختصاص الترابي ويجوز للقاضي من تلقاء نفسه إثارة المسائل التي لها علاقة بالاختصاص الحكمي كما يجوز لمحكمة التعقيب إثارة مسألة الاختصاص الحكمي ولم لأول مرة أمامها[1]، بينما يرتبط الاختصاص الحكمي والترابي في المادة الجزائية على حدّ السواء بالنظام العام.

وعلاقة الاختصاص الحكمي بالنظام العام ومنع الأطراف في الاتفاق حوله قاعدة مرتبطة بالاختصاص الحكمي بين المقيمين، أما قواعد القانون الدولي الخاص فلها قواعد مميزة في ذلك حيث تدلّ القواعد العامة في الاختصاص على معنى القانون الدولي الخاص على أن الأطراف المتعاقدة بإمكانهم تعيين المحكمة المختصة، وفي صورة انعدام التعيين تنطبق القواعد القانونية، معنى ذلك أنّ قواعد اختصاص المحاكم التونسية لا يهم النظام العام، فهي مجرد قواعد اختصاص ترابية حسب البعض وليست قواعد اختصاص حكمية[2]، والحقيقة أنه كثيرا ما طرح التساؤل حول طبيعة قواعد الاختصاص الدولية فهل هي مجرد قواعد اختصاص ترابية أم قواعد اختصاص حكمية[3]، وإذا بقي المشرع صامتا قبل صدور مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 وذهبت محكمة التعقيب إلى أنها من قبيل قواعد الاختصاص الحكمية على أساس القواعد الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وأنها تتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها[4]، نصّ المشرع بمجلة القانون الدولي الجديدة بالفصل 10 على أنه « يجب إثارة الدفع

(1) لذلك نصّ الفصل 17 م.م.م.ت. على أنّه «ـ يمكن للطرفين في كل طور من أطوار القضية إثارة مرجع نظر المحكمة بناء على عدم مراعاة القواعد المتعلقة بمرجع النظر الحكمي. ويجب في هذه الصورة على المحكمة أن تبت في مرجع النظر».

(2) Ali Mezghani: Droit international privé, op.cit., p. 376 et suiv.

(3) P.Mayer: Droit internationa privé, 3 ème édi. p. 179 et suiv.

(4) قرار تعقيبي عدد 4196 الصادر بتاريخ 18/ 11/ 1981 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1981، ص 132.

بعدم اختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل[1]»، أي أنه لا يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص بعد الجواب عن الدعوى. وهي بذلك أقرب إلى قواعد الاختصاص الترابي، ولكنّ لها بعض الخصوصية في أنّ لها صبغة ترابية عامة بمعنى أنّها تتعلق بكامل التراب التونسي وليس بمحكمة مخصوصة.

والحقيقة أن قواعد الاختصاص على مستوى القانون الدولي الخاص لها ما يميزها فهي ليست مجرد قواعد ترابية تفرد الاختصاص على مجرد اعتبارات جغرافية بل إنّ الأمر يختلف باختلاف طبيعة الأنظمة القضائية، كما أنها ليست مجرد قواعد حكمية تتأسس على طبيعة النزاع أو قيمته في إسناد الاختصاص بل إنها تسعى إلى تحديد الدولة المختصة دون بيان أي من المحاكم الداخلية مختصّ. وبذلك فلهذا الاختصاص ملامحه الخاصة، فهو ليس باختصاص ترابي أو حكمي وإنما اختصاص المحاكم طبق قواعد القانون الدولي الخاص، وهذا ما يجعل بعض القواعد ترتبط بالنظام العام دون البقية التي تبقى خاضعة لرغبة الأطراف، كما أن تستثنى العقارات من دائرة اتفاق الطرفين[2].

الفصل 4 ـ لكل خصم حق الاطلاع على أوراق النازلة وعلى جميع الوثائق التي أدلى بها خصمه.

التعليق على الفصل 4

المواجهة مبدأ أساسي في المحاكمة المدنية. وهي مبدأ من المبادئ الإجرائية التي تحمي حقّ الدّفاع بل تعدّ من تطبيقاته. ووجهها أن يصحّ للطرف **مناقشة أوراق القضية بعد الاطلاع عليها**، ولا يمكن أن يتحقّق ذلك إلا **بحضور** الأطراف أو محاميهم. وبالتالي فإنّ الاطلاع عنصر من عناصر حقّ الدّفاع وتكريس لمبدأ المواجهة بين الخصوم.

ووجه الاطلاع أن يقوم الحقّ لنواب الخصوم في الاطلاع على أوراق القضية حيث إنّه عملا بالفصل 4 م.م.م.ت. « لكل خصم حق الاطلاع على أوراق النازلة وعلى جميع الوثائق التي أدلى بها خصمه». ويمكن الاطلاع على الملف بكاتبة المحكمة وذلك بعد ترقيم أوراقه والتوقيع عليها. ويمكن لهم في كلّ وقت تسلم نسخ من أوراق الملف بما يتضمنه من تقارير ووثائق.

(1) الفصل 10 من مجلة القانون الدولي الخاص.

(2) الفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص.

وعمليا فإن المدّعي مطالب بإحالة نسخة من مؤيدات الدّعوى إلى المدّعى عليه يوم توجيه العريضة (الفصل 71 م.م.م.ت.) كما أنّ المدعى عليه مطالب بتبليغ جوابه مع نسخة من مؤيداته بواسطة عدل تنفيذ (الفصل 74 م.م.م.ت.)، وإذا لم يكلف المدعى عليه محاميا وكلفه بعد ذلك فمن الممكن طلب التأخير للاطلاع بكتابة المحكمة وهنا تكمن أهمية الفصل 4 م.م.م.ت. ويتواصل تبادل التقارير كتابة بين الطرفين إلى زمن قريب من جلسة المرافعة[1] ويتحقق بالتالي اطلاع الخصوم على جميع المستندات والتقارير.

الفصل 5 ـ كل استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

التعليق على الفصل 5

الأصل أنّ كلّ استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ حكم يجب أن يتولاه عدل التنفيذ إلا إذا أورد المشرع استثناءً صريحا.

أما الاستدعاء فهو الوثيقة التي تسلم للمستدعى بغاية الحضور في مكان معين وخاصة الحضور أمام المحكمة في التاريخ المحدّد. ولم يجعل المشرع الاستدعاء أمام المحاكم خاصا بعدل التنفيذ إذ أن طريقة الاستدعاء يمكن أن تكون بواسطة أعوان الإدارة أو بواسطة المكاتيب كما هي الصورة بالنسبة إلى محكمة الناحية أو المحكمة العقارية على خلاف الاستدعاء أمام المحكمة الابتدائية الذي يجب أن يكون بواسطة عدل التنفيذ.

وعادة ما يسند مهمّة إنجاز أعمال التنفيذ إلى هيكل مختصّ، وهياكل التنفيذ متعدّدة حيث عادة ما يخصّص المشرع جهة معينة تباشر التنفيذ تحت مراقبة القضاء كما هي الصورة بالنسبة إلى مأموري المصالح المالية في تتبع استخلاص الديون العمومية [2] أو أعوان الديوانة[3] وأعوان الغابات[4] أو المحامي القائم بالتتبع في العقلة العقارية[5].

(1) الفصل 82 م.م.م.ت.
(2)الفصل 28 من مجلة المحاسبة.
(3)مجلة الديوانة.
(4)مجلة الغابات.
(5) الفصول 410 وما بعد م.م.م.ت.

ولكنّ التنفيذ بالمادة المدنية والتجارية لا يباشره إلا عدل التنفيذ، وقد خصّصت بعض التشاريع المقارنة هيكلا مختصا في البيوعات بالمزاد العلني[1]، ولكنّ العمل بتونس ذهب في اتّجاه تخصيص عدل التنفيذ بجميع أعمال التنفيذ من بدايتها إلى نهايتها، حيث إنّه عملا بالفصل 5 م.م.م.ت «كلّ .....تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

وعلى ذلك الأساس يرجع إلى عدل التنفيذ الإعلام بالحكم بداية[2] وتنفيذه على عين المكان وإذا منع من التنفيذ يطلب الاستعانة القوة العامة، وإذا ما أمكن التنفيذ المباشر نهاية يجوز له عقلة مال المدين عقلة منقولات أو عقلة عقارية وتباشر إجراءات عقلة المنقولات من قبله إلى أن يقع البيع بالمزاد العلني على خلاف العقلة العقارية التي يباشرها المحامي القائم بالتتبع بعدما يحرّر عدل التنفيذ محضر العقلة. ويجوز لعدل التنفيذ أن يجري بالمثل العقل التحفظية لحفظ المال في انتظار أن تباشر إجراءات العقلة التنفيذية نهاية.

الأحكام التشريعية والترتيبية المتعلقة بمأموري المصالح المالية:
أحكام الفصول 71 و 72 و 73 من القانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بقانون المـالية لسنة 2003. في أنشاء خطة مأمور المصالح المالية.
1) قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 يتعلق بضبط شروط ترسيم حاملي بطاقات الجبر ضمن جدول مأموري المصالح المالية.
2) قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 يتعلق بضبط واجبات مأموري المصالح المالية وكيفية أدائهم لمهامهم.
3) قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 يتعلق بضبط تعريفة تأجير مأموري المصالح المالية.
4) قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 يتعلق بضبط جدول مأموري المصالح المالية ودوائر اختصاصهم.
(1) مثل القانون الجزائري.
(2) يسلم النظير إلى المعني بالأمر أو من ينوبه، فإذا رفض من ينوبه أو لم يجده يودع النظير بمحكمة الناحية ومركز الأمن ويعلم المعني برسالة مضمونة الوصول على معنى الفصل 8 م.م.م.ت، وإذا كان المقصود بالإعلام خارج البلاد وكان معلوم المقر يوجه الإعلام بالخارج صحبة رسالة مضمونة الوصول على معنى الفصل 9 م.م.م.ت وإذا أصبح مجهول المقر يعلق االنظير بالمحكمة بآخر مقر وإذا أصبح مجهول المقر مطلقا يعلق بمركز الولاية للمحكمة المتعهّدة على معنى الفصل 10 م.م.م.ت ويسلم النظير إلى المكلف العام بنزاعات الدولة الذي ينوب الدولة باستثناء إدارة الضرائب فينوبها أعوانها ويسلم النظير إلى مقر الشركة أو مقر فرعها المعني على معنى الفصل 11 م.م.م.ت.

والإعلام هو الإجراء الذي يتمثل في تبليغ نسخة من الحكم إلى علم الخصم بواسطة عدل التنفيذ، بمعنى أن ينتقل عدل التنفيذ إلى مقر المبلغ إليه ويعلمه بصدور الحكم ويسلمه نسخة منه. فبالرغم من صدور الحكم بحضور الطرفين وإمكانية إشهاره كما تقدّم فلا يغني ذلك عن واجب الإعلام لأنّه شرط لازم لمباشرة أعمال التنفيذ ولأنّ آجال الطعن لا تبدأ في السريان إلا بتحقيقه، ومتى وقع الإعلام فإن ميعاد الطعن يبتدئ من تاريخه في حقّ المعلم والواقع إعلامه معا[1]، ولا يستثنى من ذلك إلا الصكوك التي أذنت المحكمة بتنفيذها بدون إعلام كما هي الصورة بالنسبة إلى الأحكام الاستعجالية[2]، ولا تحتاج الأذون على العرائض على معنى الفصل 220 م.م.م.ت. سبق الإعلام لتنفيذها بل إنها تنفذ حالا بمجرد تقديمها.

وقد أورد المشرّع الأحكام العامة للإعلام بالفصول 5 إلى 11 م.م.م.ت. وبيّن المشرع من خلالها صفة المبلغ ومضمون محضر التبليغ ولمن يقع الإعلام وشكليات التبليغ وأقرّ حماية جزائيّة لإجراءات التبليغ.

وقد جاء الفصل 5 م.م.م.ت. في بيان صفة المبلّغ حيث نصّ الفصل 5 م.م.م.ت. على أنّ « كل استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[3]»، وبالتالي فإنّ الإعلام بالحكم يجب أن يقع بواسطة عدل التنفيذ[4] إلا إذا أورد المشرع قواعد خاصة كما أن يسمح

(1) الفصل 141 م.م.م.ت.
(2) الفصل 207 م.م.م.ت.
(3) الفصل 5 م.م.م.ت.
(4) لعدل التنفيذ صفة المأمور العمومي وهو مساعد للقضاء يخضع في ممارسة لمهنته للقانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 المتعلق بتنظيم مهنة العدول المنفذين. ولذلك فهو يعمل تحت إشراف وزارة العدل والوكيل العام ووكيل الجمهورية. حيث يعود لوزير العدل تنظيم المهنة ويعود لكلّ من الوكيل العام ووكيل الجمهورية المراقبة الإدارية الفعلية.

وتمثّل الهيئة الوطنية لعدول التنفيذ جميع العدول المنفّذين بالجمهورية، فبالإضافة ما للهيئة من دور في إبداء الرأي في العديد من المسائل، في إسناد الصفة الشرفية أو ترقية العدل إلى رتبة عدل أول أو رفع العزل، فلها وحدها تمثيل العدول، حيث إنّ غرف العدول المنفذين والهيئة الوطنية هي التي تمثل جملة العدول في الجمهورية، وقد أحدثت غرفة للعدول المنفذين بمركز كل محكمة استئناف تضم وجوبا جميع العدول المنفذين ويمكن لهذه الغرف أن تنتظم في هيئة وطنية للعدول المنفذين، وهي منظمة فعلا كذلك. وتتمتع غرف العدول المنفذين بأهلية التقاضي والاكتساب والملكية والتصرف بالنسبة إلى اشتراكات أعضائها أو المبالغ التي استخلصت بواسطتها و المحلات المعدة لإدارتها

واجتماع أعضائها والأثاث اللازم لها و العقارات اللازمة للقيام بمهامها . وعلى العدول المنفذين المباشرين أن يدفعوا كل سنة معلوم اشتراك تعين مقداره الجلسة العامة للغرفة المعنية. وتعمل غرف العدول المنفذين بنظام داخلي يصادق عليه وزير العدل. وتختص غرفة العدول المنفذين بضبط الميزانية و تنظيم الملتقيات العلمية والمهنية ومحاضرات الرسكلة وتمثيل العدول المنفذين في المؤتمرات الدولية بعد موافقة الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف المختص ويختص رئيس الغرفة بتمثيل العدول المنفذين لدى السلط. وقد حدّد قانون المهنة شروط الترسيم بجدول عدول التنفيذ ومهامه وحقوقه وواجباته وإجراءات تأديبه.

ـ شروط الترسيم بجدول عدول التنفيذ: يضبط عدد العدول المنفذين بكل دائرة من دوائر محاكم الاستئناف بأمر يتخذ بناء على اقتراح من وزير العدل. ولا يمكن لعدل التنفيذ أن يباشر المهنة إلا بعد ترسيمه بجدول عدول التنفيذ. ويضبط هذا الجدول بقرار من وزير العدل. ولا يمكن للمترشح أن يدرج اسمه بهذا الجدول إلا بعد أن يجتاز المناظرة بنجاح وينهي فترة تدريب ينظمها المعهد الأعلى للقضاء مدتها ستة أشهر، تختم بشهادة تأهيل للمهنة. ويتّخذ وزير العدل نهاية قرارا في الترسيم بالجدول وفي تحديد مكان انتصاب العدل. ويضبط بقرار من وزير العدل نظام المناظرة ونظام التدريب وشروط منح شهادة التأهيل.

على أنّه من الممكن أن يرسم بدون شرط السن وبدون مناظرة وتدريب بجدول العدول المنفذين القضاة والمحامون المرسّمون بالجدول الأصلي، كما يمكن أن يرسم بدون شرط السن وبدون مناظرة الأعوان العموميون المحرزون على الأستاذية في العلوم القانونية الذين مارسوا لاحقا نشاطا قانونيا أساسيا لمدة لا تقل عن عشرة أعوام.

ويؤدي العدل المنفذ قبل أن يباشر مهامه أمام محكمة الاستئناف التي بها مركز انتصابه اليمين التالية» أقسم بالله العظيم أن أباشر مهامي بإخلاص ونزاهة وأن أحافظ على شرف المهنة وعلى السر المهني.» ويودع العدل المنفذ قبل أن يباشر مهامه بوزارة العدل إمضاءه على ورقة مقابل وصل في ذلك يقيد عدده بأسفل إمضائه.

وعلى العدل المنفذ الواقع تسميته إتمام الإجراءات اللازمة لمباشرة مهامه في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إعلامه بالترسيم بالجدول وإلا اعتبر متخليا ويشطب على اسمه بقرار من وزير العدل بعد إنذاره بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ وانقضاء أجل عشرة أيام دون إتمام الإجراءات المذكورة.

ويمكن أن تمنح بقرار من وزير العدل صفة عدل منفذ أول للعدل المنفذ الذي له أقدمية لا تقل عن عشر سنوات عمل فعلي وذلك بناء على اقتراح من الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الراجع له بالنظر بعد أخذ رأي الهيئة الوطنية للعدول المنفذين.

وبذلك فإنّ كلّ عدل مرسّم بالجدول ومباشر لعمله يعدّ عدلا مباشرا لمهامه، أي في وضعية المباشرة. غير أنّه من الممكن أن يكون العدل في وضعية عدم المباشرة. ولو أنه سبق ترسيمه، وذلك إذا اتخذ في شأنه إجراء تأديبي أو بسبب عجز بدني أو إذا طلب العدل إحالته على عدم المباشرة بشرط أن لا تتجاوز المدة خمس سنوات. ويفرض في هذه الصورة الأخيرة على العدل المنفذ أن يدلي كل سنة بالوثائق اللازمة لإثبات نوع أشغاله وبجميع عناصر الإرشاد التي تسمح لوزير العدل تقدير إمكانية إبقائه في هذه الوضعية وإلا اعتبر مستقيلا.

وعند انتهاء وضعية عدم المباشرة يرجع العدل المنفذ إلى خطته بمكان انتصابه الأصلي إذا ما حصل شغور. وإذا كان وجوده في تلك الوضعية بسبب عجز بدني أو بسبب سبق تعيينه لمهمة عمومية فيتمتع بالأسبقية على غيره للرجوع بمكان انتصابه الأصلي.

ويبقى الحق للعدل المنفذ أن يستقيل من المهنة وتقدم الاستقالة بطلب كتابي إلى وزير العدل. وتعتبر الاستقالة مقبولة بعد ستة أشهر من استلام الطلب ما لم يصدر خلال تلك المدة قرار في قبولها ولا تحول الاستقالة دون التتبعات التأديبية. ويمكن أن تمنح بقرار من وزير العدل الصفة الشرفية لكل عدل منفذ قبلت استقالته أو تمتع بالتقاعد وذلك بناء على اقتراح من الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الراجع له بالنظر بعد أخذ رأي الهيئة الوطنية للعدول المنفذين.

ـ مهام عدل التنفيذ: تتلخص مهام عدل التنفيذ في تحرير وإبلاغ الاحتجاجات والإنذارات والإعلامات والتنابيه والاستدعاءات وتنفيذ السندات التنفيذية القضائية والإدارية وإجراء المعاينات المادية والقيام بالإجراءات في البيوعات المرخص فيها من طرف المحاكم ومباشرة البيوعات الاختيارية المطلوبة منه أو المخول له إتمامها بمقتضى قوانين خاصة أو بمناسبة القيام بأعمال التنفيذ. وبالتالي فإنّ كلّ ما يدخل في التنفيذ، أي تنفيذ الأحكام وإجراء العقل، يدخل في مهام عدل التنفيذ. وله أن يستعين في أعمال التبليغ بكتبة محلّفين للغرض.

وبباشر عدل التنفيذ مهامه على مستوى كامل الولاية المنتصب بها لا غير، باستثناء أنّ العدول المنفذين المنتصبين بدوائر المحاكم الابتدائية بتونس أو أريانة أو بن عروس لهم أن يباشروا نشاطهم بكامل تلك الدوائر.

ويحمل العدل المنفذ في مباشرته لنشاطه بطاقة مهنية تسلمها له وزارة العدل يتعين عليه إرجاعها بمجرد انتهاء مباشرته لمهنته ويحمل عند الحضور أمام هيئة قضائية شارة خاصة تضبط بقرار من وزير العدل.

ـ حقوق وواجبات عدل التنفيذ: من حقوق عدل التنفيذ أن يمسك الدفاتر الضرورية وأن يمارس مهنته بكلّ حرية في حدود الضوابط القانونية وأن يتحصّل على أجر.

فيمسك العدل المنفذ في ممارسته لمهنته دفترين مرقمين ومختومين يتسلمهما من وزارة العدل يكون الأول عاما لكل الأعمال والثاني خاصا بالتنفيذ. ويحتوي الدفتر العام على أودية يضمن بها يوما فيوما ودون بياض أو إقحام ومع إتباع أعداد ترتيبية جميع ما يقوم به من أعمال طبق هذا القانون ما عدا أعمال التنفيذ. ويضع العدل المنفذ على صفحات الدفترين الطابع الجبائي حسب التشريع الجاري به العمل في مادة التسجيل والطابع الجبائي.

وينص عدل التنفيذ بدفتر التنفيذ على العدد الرتبي لملف التنفيذ ونوع السند ومرماه و تاريخ تكليف العدل المنفذ وتاريخ محاضر الإعلام والعقل ومطالب المساعدة بالقوة العامة والبيع والمآل النهائي للتنفيذ. ويجب على العدل المنفذ الاحتفاظ بنسخة من رسم كل عملية يقوم بها وتنظم النسخ المحتفظ بها حسب أعداد رتبية للمراجعة والمراقبة. ويعاقب العدل بخطية قدرها عشرون دينارا في صورة عدم التنصيص على العملية بالدفتر الخاص بها وكل إخلال بأي موجب من الموجبات الأخرى المفروضة يعاقب عليه بخطية قدرها عشرة دنانير.

ولتمكين وكيل الجمهورية من المراقبة المباشرة، يجب على العدل المنفذ عرض الدفترين كل ثلاثة أشهر على مراقبة وتوقيع وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بمركز انتصابه، ويكون عرض الدفترين في بحر الخمسة عشر يوما الأولى من أشهر جانفي وأفريل وجويلية وأكتوبر، على أن يقع إعادة الدفترين للعدل المنفذ في ظرف أربع وعشرين ساعة من تاريخ العرض. ويجوز في كلّ وقت لوكيل الجمهورية أن يطلب عرض الدفترين لمراجعتهما، على أن يقع إرجاع الدفترين في ظرف أربع وعشرين ساعة من تاريخ التسليم. وإذا امتنع عدل المنفذ عن عرض أو تقديم دفتريه، يحرر في شأنه تقرير، ويعاقب بخطية قدرها مائة دينار.

ويباشر العدل المنفذ مهنته منفردا أو بالاشتراك مع أحد زملائه أو ضمن شركة مهنية تخضع للتشريع الجاري به العمل، ولكن ليس له أن يمارس مهامه ضد الدولة أو الجماعات الجهوية أو المحلية أو المؤسسات العمومية إذا كان عضوا بمجلس جهوي أو بلدي أو قروي. وله الحق في طلب مساعدة القوة العامة أثناء مباشرته لمهامه. وله في صورة صعوبة تنفيذية أن يعرض الأمر على القاضي المختص و يكون الشأن كذلك فيما يتعلق بالتتبعات العقارية وعليه الحضور كلما استدعاه القاضي لذلك الغرض.

ويستحق العدل المنفذ عن كل عمل يقوم به أجرا حسب تعريفة تضبط بقرار مشترك من وزيري العدل والمالية. ويسبق الطالب أجرة العدل المنفذ ويتسلم في ذلك وصلا من مقتطع يتسلمه العدل المنفذ من وزارة العدل غير أنه إذا تعلق التنفيذ بحكم صادر في قضية منح صاحبها الإعانة العدلية فعلى العدل المنفذ إجراء التنفيذ بدون التوقف على هذه التسبقة. وليس له عند عدم اتصاله بكامل أجره أن يجري حق الحبس على ما قد يكون سلم إليه من الوثائق وغيرها مما أستوجبه عمله إلا بإذن على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية الراجع له بالنظر، وله أن يمتنع من تسليم محرراته ما لم تدفع له كامل أجرته وما تقتضيه من معاليم. لذلك عادة ما يقال إنّ حق الحبس الواقع بين أيدي العدل ليس في الحقيقة من قبيل الحبس الذي يرتقي إلى مرتبة الحقّ العيني بحكم سبق الإذن فيه، والحال أنّ حقّ الحبس الحقيقي لا يتمثّل فيه الإذن المسبق. ويجبر الطالب نهاية بإذن من رئيس المحكمة الابتدائية التابع لدائرتها العمل الذي وقعت مباشرته على دفع أجرة العدل المنفذ وما تقتضيه من معاليم. ويسقط حق قيام العدل المنفذ بطلب ما يستحقه من أجرة عن أعماله بمضي عام ابتداء من تاريخ آخر عمل.

ويجب على العدل المنفذ أن ينص أسفل الأصل والنسخ من كل محضر على مقدار الأجر المقبوض مع بيان مفصل في جميع المصاريف وإلا عوقب بخطية تساوي ضعف معلوم هذا الأجر. وإذا تعمد العدل المنفذ تسلم أموال زائدة عن أجره القانوني فإنه يعاقب بخطية قدرها ثلاثة آلاف دينار. ولا يحول استخلاص الخطايا التي يستهدف لها العدل المنفذ أثناء مباشرة وظيفته دون مساءلته جزائيا وتأديبيا أو مدنيا.

وإذا حصل خلاف بين العدل المنفذ وحريفه حول ما يستحقه بعنوان أصل الأجر والمعاليم يقع فصله بقرار غير قابل للطعن من طرف رئيس المحكمة الابتدائية التابع لدائرتها العمل الذي وقعت مباشرته. ويجبر العدل المنفذ بقرار من رئيس المحكمة المذكورة على إرجاع ما قد يكون قبضه زائدا ويتعهد رئيس المحكمة بالنظر في الشكاية وفي فصل الخلاف بمقتضى إذن على عريضة في أجل لا يتجاوز خمسة أيام.

وليس للعدل أن يحتفظ بالأموال الراجعة لحريفه، فقد فرض التشريع أن يسلمها له في ظرف خمسة عشر يوما على أقصى تقدير وعند التعذر يودعها باسم ذلك الحريف في صندوق الأمائن والودائع بالخزينة العامة في ظرف ستة أيام عمل من انقضاء ذلك الأجل وإلا تحمل الفائض التجاري وذلك بغض النظر عن التتبعات التأديبية. ويجب على العدل المنفذ أن يفتح حسابا جاريا خاصا بأموال حرفائه ويخضع هذا الحساب لمراقبة وكيل الجمهورية.

ومن واجبات عدل التنفيذ الإقامة بمكان النشاط وممارسة المهنة في حدود الدائرة المحدّدة وأن لا ينتقل من مكان عمله إلا بإذن وأن يهيئ مكانا محترما وأن ينجز الأعمال التي تطلب منه وأن لا يحيل لنفسه الحقوق المتنازع في شأنها وأن لا يجمع بين نشاطه ومهن أخرى ممنوعة ويعدّ العدل مؤتمنا على جميع الوثائق التي تسلمّ له بمناسبة قيامه بنشاطه وكلّ عمل مخالف يتحمل فيه المسؤولية مهما كانت طبيعتها مدنية أو جزائية أو تأديبية.

فالعدل المنفذ ملزم بالإقامة بالمكان المعين له بقرار تسميته. غير أنّه يجوز له طلب الانتقال مؤقتا أو بصفة دائمة. مؤقتا يمكن له تغييره بترخيص معلل من وكيل الجمهورية التابع له مركز انتصابه. بصفة دائمة لا ينقل العدل المنفذ إلا في صورة الشغور وبطلب صريح منه وعند تعدد المطالب لنفس المركز يقدم من كان أقدم في التسمية وعند تساوي الأقدمية يقدم الأكبر سنا وعند التساوي في العمر تجرى القرعة، والواضح أنّه يعود لوزير العدل الموافقة على نقلة العدل. ويمكن له مباشرة نشاطه بصفة استثنائية ولأسباب مبررة خارج دائرة اختصاصه الترابي وفي حدود الدائرة الاستئنافية برخصة معللة من الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الراجع له بالنظر.

ويجب أن يكون مكتب العدل المنفذ لائقا بالمهنة وفي وضعية تضمن المحافظة على السر المهني وله وضع لافتة من الحجم الاعتيادي بواجهة محل عمله مبين بها الاسم والمهنة فقط. وعليه إعلام الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الراجع له بالنظر بعنوان مكتبه وبكل تغيير يطرأ عليه. ولا يجوز للعدل المنفذ أن يكون له أكثر من مكتب.

ومن المفروض أن لا يرفض العدل القيام بعمل طلب منه ويدخل في مهامه، فهو مجبر على القيام بما يطلب منه من الأعمال ولا يمكنه رفض ذلك إلا إذا كان له مانع قانوني أو عذر مقبول أو قدح ناشئ عن القرابة أو المصاهرة أو الروابط العائلية حسبما يقتضيه القانون.

ويحجر على العدل المنفذ قبول إحالة الحقوق المتنازع فيها أو المشاركة في أية قضية قام بعمل لأحد طرفيها في موضوعها أو ضمان بأي عنوان كان القروض التي كلف بمعاينتها أو إعارة اسمه في أي ظرف من الظروف ولو في غير الأعمال المبينة آنفا.

ولا يجوز الجمع بين مهنة العدل المنفذ مع أية وظيفة عمومية من شأنها أن تستوجب إعطاء منحة من مال الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ما عدا وظيفة تدريس القانون أو القيام بمهمة عرضية محدودة لا تتعدى خمسة أعوام. وإذا كلف العدل المنفذ بمهمة عمومية غير محدودة في الزمن تحول دون ممارسته لمهنة التنفيذ فإنه يحال على عدم المباشرة. ولا يجوز الجمع بين ممارسة مهنة التنفيذ ومهنة الإشهاد. ويحجر على العدل المنفذ تعاطي التجارة بأنواعها طبقا لأحكام المجلة التجارية أو مباشرة المسؤولية في شركات أو مؤسسات صناعية أو تجارية أو مالية من شأنها أن تكسبه صفة التاجر أو ممارسة أي نشاط آخر يتنافى مع شرف المهنة.

ويعتبر العدل المنفذ مؤتمنا على الأحكام والأمثلة والحجج التي يسلمها له الأطراف أو القضاء وعليه أن يعطي وصلا في ذلك مستخرجا من مقتطع يتسلمه من وزارة العدل. وإذا ارتكب العدل المنفذ بمناسبة مباشرته لمهامه خطأ مضرا بأحد الطرفين فإنه يكون مسؤولا عنه حسب قواعد القانون العام. وهو يشبه أثناء ممارسته لمهامه بالموظف على معني الفصل 82 من المجلة الجنائية.

وأخيرا فإنه في صورة وفاة العدل المنفذ أو انقطاعه عن المباشرة لأي سبب من الأسباب أو في صورة الاستحالة الوقتية المبررة يعين الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف نائبا له من بين عدول الدائرة القضائية ويعلم بذلك وزير العدل. ويجب في كل هذه الصور تقديم دفاتر العدل حالا إلى وكيل الجمهورية الذي يضع بها بيانا ينص فيه على سبب الختم ويأذن بإيداعها بكتابة المحكمة.

ـ إجراءات التأديب: التأديب هو الإخلال بواجبات المهنة والنيل من شرفها، فكل خرق للقوانين والتراتيب وقواعد المهنة وكل عمل ينال من شرفها يرتكبه العدل المنفذ ولو خارج نطاق العمل يستوجب التأديب. وقد يكون الفعل في نفس الوقت خطأ تأديبيا وتقصيريا وجزائيا.

على أنّه يسقط حق التتبع التأديبي بمرور ثلاثة أعوام من تاريخ ارتكاب المخالفة التأديبية وتخضع هذه المدة لأسباب القطع والتعليق المنصوص عليها بمجلة الإجراءات الجزائية.

وإذا كانت المخالفة المنسوبة إلى العدل المنفذ تكتسي في نفس الوقت صبغة تأديبية وجزائية فإن الدعوى التأديبية تسقط بنفس الآجال المقررة للدعوى الجزائية. ولا يحول التتبع التأديبي دون إجراء التتبعات الجزائية أما التتبع الجزائي فيعلق التتبع التأديبي.

ويمارس سلطة التأديب مجلس التأديب المختص طبق إجراءات معينة ويخلص له اقتراح العقوبات المناسبة، حيث يتوفر على مستوى كلّ محكمة استئناف مجلس تأديب يرأسه الرّئيس الأول للمحكمة. ويعود له التصريح برأيه في شأن العقوبات المناسبة التي يمكن اتخاذها من قبل وزير العدل في مواجهة المخالف بعد إنهاء الأبحاث الضرورية.

وتنقسم العقوبات التأديبية التي يمكن أن تنال العدل المنفذ على درجتين، عقوبات من الدرجة الأولى تتمثل في الإنذار والتوبيخ وعقوبات من الدرجة الثانية تتمثل في التوقيف عن العمل مدة أقصاها ستة أشهر و العزل.

ويسلط العقوبات من الدرجة الأولى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بناء على تقرير من وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية المنتصب بدائرتها العدل المنفذ المخالف أو بناء على شكاية من ذي مصلحة وذلك بعد أن يطلب من العدل المنفذ المخالف تقديم ملحوظات كتابية في أجل ثلاثة أيام. وإذا كانت الأفعال المنسوبة إلى العدل المنفذ تستدعي إحدى العقوبات من الدرجة الثانية فإن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف يحيل الملف إلى وزير العدل الذي له حق تسليط هذه العقوبات بعد أخذ رأي مجلس التأديب.

ويحال العدل المنفذ على مجلس التأديب بقرار من وزير العدل. وله أن يحجر وقتيا على العدل المنفذ الواقع تتبعه جزائيا مباشرة المهنة إلى حين فصل القضية الجزائية. كما له أن يحجر وقتيا على العدل المنفذ الواقع تتبعه تأديبيا مباشرة المهنة مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر.

ويتولى رئيس مجلس التأديب بمجرد اتصاله بالملف التأديبي تعيين القاضي المقرر لإجراء الأبحاث ويستدعي القاضي المقرر بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ

بالإعلام بواسطة مكتوب مضمون الوصول أو بواسطة الحرس والشرطة ومثال ذلك ما أورده المشرع بالفصل 349 م.ح.ع. قولا « يتّصل الخصوم من كاتب المحكمة بإعلام بحكم المحكمة العقارية»، علما أن الإعلامات التي يوجهها كاتب المحكمة العقارية للخصوم تقع بواسطة أعوان السلطة الإدارية[1].

الفصل 6 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يجب أن تشتمل المحاضر التي يحررها العدول المنفذون على ما يأتي :

أولا : 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.

العدل المنفذ للحضور شخصيا لديه في أجل قدره ثمانية أيام، ويمكنه من الإطلاع على الملف وأخذ نسخ من الوثائق المظروفة به، ويمنحه أجلا قدره ثمانية أيام لتقديم ما له من بيانات ومؤيدات. كما يتلقى من ممثل النيابة العمومية ملاحظاته في الموضوع. ويحرر القاضي المقرر تقريرا في نتيجة أعماله دون إبداء رأيه في الموضوع، يحيله على رئيس مجلس التأديب في أجل أقصاه شهران من تاريخ إبلاغه قرار التعيين. ويعين رئيس مجلس التأديب تاريخ انعقاد المجلس ويدعو له أعضاءه ويستدعي العدل المنفذ بنفس الطريقة المبينة بالفصل المتقدم قبل تاريخ الجلسة بعشرة أيام على الأقل. وللعدل المنفذ الحق في الإطلاع على ملفه كما له أن يستعين في الدفاع عن نفسه بمحام أو بأحد زملائه. ويعقد مجلس التأديب جلسته بحجرة الشورى. وإذا لم يحضر العدل المنفذ أو حضر وأمسك عن الجواب فللمجلس مواصلة النظر والبت في الموضوع دون توقف على ذلك. ويقترح مجلس التأديب على وزير العدل العقوبة المناسبة. ويتولى وزير العدل إعلام العدل المنفذ المعني بالأمر بالقرار الذي يتخذه بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما.

على أنّه من الممكن رفع العقوبة بعد أجل معين حيث يجوز لوزير العدل أن يرفع عقوبة العزل عن العدل المنفذ بقرار ينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وذلك بعد مرور خمسة أعوام على الأقل من تاريخ قرار العزل بعد أخذ رأي الهيئة الوطنية للعدول المنفذين. لكن إذا كان العزل نتيجة محاكمة جزائية، فلا يتسنى رفعه إلا إذا ردت للمعني بالأمر حقوقه المدنية أو تمتع بالعفو العام أو ألغيت العقوبة بوسيلة إعادة النظر.

(1) الفصل 342 م.ح.ع.

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 : اسم من سلّم 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.

التعليق على الفصل 6

نصّ الفصل 6 م.م.م.ت. كما هو منقح بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 على أنّ المحاضر التي يحررها العدول المنفذون يجب أن تشتمل على التاريخ الذي حصل فيه الإعلام يوما وشهرا وسنة وساعة ويكون ذلك بالأعداد وبلسان القلم واسم 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 وينصّ المحضر كذلك على اسم العدل المنفذ والمحكمة التي يعمل بدائرتها واسم 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 ويضمن بالمحضر كذلك اسم من سلّم إليه الإعلام وإمضاؤه أو وضع علامة إبهامه على الأصل أو تسجيل امتناعه وسببه وإمضاء العدل المنفذ وختمه على كل من الأصل والنظير وبيان مصاريف الإعلام وأجره بكل من الأصل والنظير والعدد الرتبي للمحضر بمكتب العدل المنفذ.

والهام أنّ جميع هذه البيانات لها علاقة بمفهوم الإجراءات الأساسية على معنى الفصل 14 م.م.م.ت. وينجر عن مخالفتها وجوبا بطلان الإجراء وبالتالي يتعيّن تضمينها بالمحضر وبالكيفية التي أوردها المشرع دون نقصان.

الفصل 7 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل1980) ـ المقر الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا أصليا له بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور.

والمقر المختار هو المكان الذي يعينه الاتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو للقيام بعمل قضائي.

التعليق على الفصل 7

القاعدة أنّ النظير يسلم إلى **الشخص نفسه** أينما وجد أو في **مقره الأصلي** أو في مقره **المختار** حسب الأحوال[1]. فإذا لم يجد العدل المنفذ المطلوب إعلامه في مقره شخصيا وجب عليه أن يسلم نظير محضر الإعلام إلى **وكيله** أو إلى **من يكون في خدمته** أو **ساكنا معه** بشرط أن يكون مميزا ومعرفا بهويته[2]. فالإعلام يقع للشخص ذاته بمقره المختار أو الأصلي وفي صورة عدم وجوده يسلم لمن يوجد بالمقر من وكلاء وخدمة ومساكن بشرط التعريف بالهوية أي أن يطلع العدل على بطاقة التعريف وينقل بياناتها بالمحضر، وهي من الإجراءات الأساسية.

ويجب التدقيق أنّ الاستدعاءات والإعلامات الموجهة إلى الدولة يجب أن تبلغ إلى مكاتب الكلف العام بنزاعات الدولة وإلا كانت باطلة. إلا انه فيما يخص الدعاوى المتعلقة بضبط معلوم الضرائب والأداءات واستخلاصها تبلغ الاستدعاءات والإعلامات إلى المصالح المالية المختصة. والإعلام الواقع لسائر الذوات المعنوية الأخرى يقع إبلاغها لمكتبها بالمكان الذي استقرت به بصفة رسمية أو للمكتب أو للفرع الذي يهمه الأمر[3].

(1) يراجع التعليق على الفصل 7 م.م.م.ت. في معنى المقر.
(2) الفصل 8 م.م.م.ت. كما هو منقح بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002.
(3) الفصل 11 م.م.م.ت. كما هو منقح بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002.

وإذا كان المقر خارج البلاد التونسية يتمّ الإعلام بهذا المقرّ[1] وإذا غادر المبلغ إليه المقر يتمّ الإعلام إلى آخر مقر له[2] ويتمّ الإعلام بمقر الولاية إذا أصبح مجهول المقرّ[3].

وتسلّم الإعلامات عموما بمقر المعني سواء كان هذا المقر أصليا أو مختارا ويعدّ المقر الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا أصليا له بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور. والمقر المختار هو المكان الذي يعينه الاتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو للقيام بعمل قضائي[4].

وقد أثار مفهوم المقر نقاشات فقهية وقضائية حادة ويصعب في أغلب الأحيان الوقوف على معاني دقيقة بالرغم من وضوح الأحكام الواردة بالفصل 7 م.م.م.ت. وبالرغم من أهمية هذه المفاهيم وتأثيرها.

والمبدأ أنّ «لكلّ مواطن حرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها واختيار مقر إقامته في حدود القانون»، فالمبدأ هو حرية اختيار المقر، ذلك ما ورد بالفصل 10 من دستور 1956. وأكّد دستور 2014 بفصله 24 فقرة ثانية على أنّ « لكلّ مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته».

وللمقرّ أهميته القانونية[5]، فهو الأساس في إنهاء جميع الأعمال القانونية، في تحديد اختصاص المحاكم ورفع الدعوى وتبليغ أوراق القضية والإعلام

(1) الفصل 9 م.م.م.ت.
(2) الفصل 10 م.م.م.ت. فقرة أولى.
(3) الفصل 10 م.م.م.ت. فقرة ثانية.
(4) الفصل 7 م.م.م.ت. كما هو منقح بموجب القانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل1980.
(5) أحمد أبو الوفاء: المستحدث في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد، الدار الجامعية 1986 .ص 48، . ـ ياسر السعيدي: الإعلام في الإجراءات الجزائية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 1999 – 2000، ص 3 . ـ طارق القلاعي: المقر في الإجراءات المدنية والتجارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2004 – 2005 ص 106 إلى 110.

بالأحكام وتنفيذها[1] وطنيا[2] ودوليا[3]، وفي تنفيذ العقود والوفاء بالالتزام بشكل عام[4]، وهو المحدّد لقانون العقد في النزاعات الدولية[5]، بل إنّ أهميته تجاوزت المستوى المدني ليطأ مستواه الجزائي حيث إنّ شروط الإفراج الحتمي على معنى الفصل 85 م.إ.ج أن يكون للمظنون فيه مقر معين في البلاد التونسية ويجب على القائم بالحق الشخصي أن يختار لنفسه مقرا بمركز المحكمة المتعهدة بالقضية وإن لم يفعل فلا حق له في الاحتجاج بعدم تبليغه الأوراق التي يوجب القانون إبلاغه إياه على معنى الفصل 40 م.إ.ج. وتتأثر الأعمال القانونية بطبيعة المقر حيث لا يمكن أن يعطى الأمر بالدفع ضد شخص مجهول المقر

(1) نوفل بحرون : المقر في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والتجارية، مذكرة من أجل نيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق بتونس، 1993.
علي الجلولي: المقر في القانون التونسي، القضاء والتشريع عدد 7 لسنة 1983، ص 19.
الباشا البجار: المقر أهميته، صوره، وتحديده، تأثيراته القانونية خاصة على سلامة الاستدعاء والإعلام، القضاء والتشريع عدد 1 جانفي 1991، ص 7.
نورالدين الغزواني: التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، 1996، ص 65 وما بعد.

(2) لفصول 2 إلى 11 و30 إلى 36 و68 وما بعد و285 وما بعد.

(3) نصّ الفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنّ "المحاكم التونسية تنظر في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم إذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية». وبذلك فإن جميع النزاعات المدنية والتجارية بما في ذلك النزاعات التعاقدية، ومهما كانت طبيعة الاختصاص ولائيا أو حكميا، يمكن أن تطرح أمام المحاكم التونسية دون تمييز على أساس الجنسية، ويشترط فقط أن يكون محلّ إقامة المطلوب بالبلاد التونسية. والمقصود بإقامة المطلوب بالبلاد التونسية ليس ما يؤخذ من قانون حالة الأجانب عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8/ 3/ 1968 المتعلق بحالة الأجانب في بيان معنى الإقامة الوقتية والإقامة العادية (الأمر الترتيبي عدد 198 لسنة 1968 المؤرخ في 22 جوان 1968 المنقح بموجب الأمر عدد 716 لسنة 1992 المؤرخ في 20/ 4/ 1992 المتعلق بوضعية الأجانب.) ، وإنما ما قصده المشرع من خلال ذلك هو مفهوم المقر بالمعنى الإجرائي للكلمة. . ولو أنه من الممكن الإشارة إلى أحكام وضعية الأجانب لتعريف معنى الإقامة العادية والإقامة الوقتية. والواضح أنّ اختيار المقر كعنصر أساسي في بيان اختصاص المحاكم من شأنه ضمان تنفيذ الأحكام التي ربّما تصدر في الغرض.
علي كحلون: العقود الدولية، دروس نظرية لطلبة شهادة الماجستير، 2010، ص 300 وما بعد.
المبروك بن موسى: التعليق على مجلة القانون الدولي الخاص، ص 43 وما بعد.
Ali Mezghani: Commentaires du code de droit international privé, centre de publication universitaire Tunis, 1999, p.161.

(4) الفصل 262 م.ا.ع.

(5) الفصل 62 من مجلة القانون الدولي الخاص.

على معنى الفصل 61 م.م.م.ت ويتأثر الأجل بحسب مقر الطرف إن كان بالبلاد التونسية أو خارجه[1]. وقد أوردت في شأنه مجلة المرافعات المدنية ما لا يقل عن 15 فصلا[2]، كما ورد المعنى منجّما بين أوراق المجلات القانونية الأخرى وحتى بعض القوانين الخاصة[3].

وبذلك فإنّ أهمية المقر تبرز خلاصة **محليا ودوليا مدنيا وجزائيا أصليا وإجرائيا**. إجرائيا، وهو مجال بحثنا، تبرز الأهمية خلاصة على **مستوى التبليغ**[4]

(1) الفصول 60 و 70 و141 م.م.م.ت.

(2) الفصول 2 ـ 6 ـ ـ 7 ـ 8 ـ 9 ـ 10 ـ 30 ـ 11 ـ 33 ـ 43 ـ 46 ـ 61 ـ 68 ـ 70 ـ 130 ـ 183 ـ 203 ـ 322 ـ 330 ـ 452 م.م.م.ت.

(3) الفصل 10 من الدستور وكذلك الفصول 6 – 46 – 47 و 57 من قانون 1956/ 08/ 01 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، الفصلان 40 – 86 م ا ج. الفصول 3 – 50 – 51 – 52 من مجلة القانون الدولي الخاص . والفصل 4 من القانون عدد 27 لسنة 1968 المنقح بموجب أحكام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/ 03/ 22 المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية والذي جاء فيه أنه «يتعين على صاحبها طلب تعويضها في أجل ثلاثين يوما وذلك في الحالات التالية : ..... عند تغيير محل الاقامة لذلك. وقد أقرت محكمة التعقيب أن المقر المضمن ببطاقة التعريف الوطنية يعد مقرا أصليا للشخص طالما لم يثبت خلاف ذلك، قرار تعقيبي مدني عدد 19923 مؤرخ في2003/ 01/ 07 ن.م.ت 2003ص399.

(4) حسن عزالدين دياب: المرجع السابق « التبليغ هو اعلام بأمر أو واقعة إلى شخص معين عبر المقر سواء كان بصفة أصلية عبر التبليغ للمطلوب بمقره أو التبليغ بمقر المطلوب لغير شخصه ، حيث يتم التبليغ حسب أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية اما عبر الطريقة الادارية على يد موظف رسمي أو عن طريق جهاز خاص يتمثل في المؤسسة القانونية المعروفة بعدل التنفيذ ، حيث ينصب التبليغ على مجمل الاوراق سواء كانت سابقة للخصومة كالانذار والاستدعاء أو اللاحقة لها كاعلان الحكم أو الطعن وسواء كان موضوعها عملا قضائيا أي تتخذ أثناء خصومة منشورة أمام القضاء كالاستدعاءات والتقارير والاحكام والطعون أو الغير قضائية والتي تتخذ بهدف حماية الحقوق وتفادي النزاعات وذلك خارج النزاع القضائي كالتنبيه والانذارات ويلعب التبليغ دورا اساسيا لتكريسه لمبدإ المواجهة عند رفع الدعوى من خلال واجب الاعلام المكلف به المدعي تجاه المدعى عليه باخطاره بعريضة الدعوى ومؤيداتها أي استدعاء الخصم للحضور أمام المحكمة ليجيب على الدعوى ، وذلك ضمانا لحقوق الدفاع الذي يعد نتاجا لتحقق المواجهة بين أطراف النزاع الذي يكفل لكل طرف في الدعوى الحق في اثبات حقوقه ومناقشة الحجج التي يدلي بها خصمه والرد على ما يثيره من دفوعات وذلك سواء عند رفع الدعوى أو أثناء تحقيقها لذلك فان المقر هو مركز التبليغ وفق اجراءاته العادية التي يقوم بها مبدئيا عدل التنفيذ من خلال تسليم الورقة إلى المعني بالامر شخصيا اينما وجد حسب ما بيناه سابقا وهو المقر الاصلي أو المختار أو لوكيله أو خادمه أو مساكنه اذا ما تغيب المعني بالتبليغ وذلك بشرط الارتباط بمقر المطلوب حسب ما جاء بأحكام الفصل 8 م م م ت المنقح بأحكام القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 2002/ 08/ 03 على أنه :» يسلم النظير إلى الشخص نفسه أينما وجد أو في مقره المختار

(التبليغ عموما وتبليغ أوراق المرافعات والإعلام بالأحكام وتنفيذها والطعن فيها) **وعلى مستوى تعيين اختصاص المحاكم**[1]. ولا يخرج المقر في ذلك

حسب الاحوال» . ويستشف من عبارة « أينما وجد « أن المشرع أراد تحقيق السرعة وتسهيل عملية التبليغ للشخص المعني بالامر ، لان الفصل المذكور وفر أكبر عدد من أماكن التبليغ تسهيلا لعمل العدل المنفذ لكن مع ضرورة توفر شرط القبول سواء عن نفس الشخص أو من قبل الاشخاص الذين حددهم المشرع بصفة حصرية وهم وكيل المبلغ اليه أو خادمه أو مساكنه ، أي أن غياب المطلوب عن مقره لا يلغي أهمية دور المقر كاطار مكاني للتبليغ عند القيام باجراءات التبليغ العادية وفي حالة الامتناع فان الفصل 8 م م م ت في فقرته الثالثة جديد نص على أنه :» اذا امتنع من وجده عن تسلم النظير يقع ايداعه في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية وعمدة المكان ومركز الامن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائرته مقر الشخص المطلوب اعلامه «. أما في حالة عدم وجود أي شخص بالمقر فان الفصل 8 م م م ت فقرة رابعة جاء فيه أنه :» اذا لم يجد العدل المنفذ أحد يترك له نظير من محضر الاعلام بالمقر ويودع نسخة أخرى في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الامن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائرته ذلك المقر «. واضاف الفصل في فقرته الخامسة أنه :» يجب على العدل المنفذ أن يوجه إلى الشخص المطلوب اعلامه في ظرف اربع وعشرين ساعة مكتوبا مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ إلى مقره الاصلي أو المختار « . ثم جاء بالفصل 10 م م م ت جديد أنه « اذا بارح المقصود بالاعلام مقره وصار مجهول المقر يودع النظير في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم المعني بالتبليغ ... لاخر مقر معروف له ، واذا كان مجهول المقر مطلقا يعلق النظير من الاعلام بالمحكمة المتعهدة ونظيرا آخر بمقر الولاية التي توجد بدائرتها المحكمة المذكورة « . الا أن جملة هذه الفصول المتسمة بالتشدد الاجرائي قد تعطل سير القضاء وتثقل كاهل المدعي وكان بالامكان اضافة اجراء جديد يتمثل في نشر اعلامات بالصحف اليومية التي من شأنها تسهيل عملية التبليغ الفعلي للمطلوب كضمان اجرائي يدعم حقوق الدفاع ويكفل مبدأ المواجهة بين الخصوم عند رفع الدعوى خاصة وأن القواعد المنظمة لاجراءات التبليغ عامة وبالمقر خاصة تعتبر من القواعد التي تهم النظام العام بالرغم من أنها تهم مصالح الافراد وهي قواعد اجرائية جوهرية (24) يترتب عن عدم احترامها بطلان العمل الاجرائي ويتوجب على القاضي اثارته والحكم به آليا (الفصل 14 م م م ت) وهذا ما دفع بالمشرع إلى وضع أحكام جزائية بمجلة المرافعات المدنية والتجارية باضافة الفصل 11 مكرر والذي أقر عقابا بالسجن مدة عام لكل من يتحيل لغاية عدم بلوغ المحاضر بالاستدعاءات .أما بالنسبة للشخص المعنوي المتمثل في الدولة فقد أقر الفصل 11 في فقرته الاولى على أنه « تبلغ الاستدعاءات والاعلامات الموجهة إلى الدولة إلى مكاتب المكلف العام بنزاعات الدولة والا كانت باطلة « . أما بالنسبة للذوات المعنوية الاخرى كالشركات والمؤسسات الخاصة فانه يتم ابلاغها بالاعلامات والاستدعاءات بمقرها الحقيقي الذي عرفه الفصل 11 فقرة ثالثة بأنه « المكان الذي استقرت به بصفة رسمية مع مراعاة خصوصية مقر الشركات التجارية (10 م ش ت)» .

(1) http://ar.jurispedia.org ، حسن عزالدين دياب، مدرس بكلية الحقوق بتونس ـ المنار.
«الاختصاص الترابي هو سلطة المحاكم في الفصل في الدعاوى والنزاعات وذلك حسب

مكان المقر ، وقد نظم المشرع القواعد الخاصة بالاختصاص الترابي صلب أحكام الباب الثالث من مجلة المرافعات المدنية والتجارية تحت عنوان في « مرجع النظر الترابي « من خلال الفصول 30 إلى 33 . وتبرز أهمية تحديد المقر المطلوب لانه يحدد الاختصاص الترابي للمحاكم وذلك بموجب أحكام الفصل 30 م م م ت الذي جاء فيه أن « المطلوب شخصا طبيعيا كان أو ذوات معنوية تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقره الاصلي أو مقره المختار « . تعتبر هذه القاعدة حمائية لان المدعى عليه يعد طرفا سلبيا في الدعوى ، وفي نفس السياق الاجرائي جاء بالفصل 33 م م م ت أن « الدعاوى الموجهة على الجمعيات وعلى الشركات والخلافات الواقعة بين الشركاء أو مديري الشركة والشركاء ترفع للمحكمة التي بدائرتها مقر الجمعية أو الشركة أو مقر فروعهما أو نيابتهما اللذين يهمهما الامر « أي أن المحكمة المختصة ترابيا هي المحكمة التي يقع بدائرتها مقر الشركة أو الجمعية أو مقر فروعهما اذا كان النزاع متعلقا بهما .لكن المشرع منح المدعي امكانية الخيار حسب ما جاء بالفصل 36 م م م ت ، ويفيد الخيار أن للمدعي اما اعتماد القاعدة العامة الواردة بالفصل 30 م م م ت أي مقر المطلوب أو احدى الخيارات الواردة بالفصل 36 م م م ت والتي تتعلق بالدعاوى في المادة العقدية والدعاوى المتعلقة باستحقاق منقول والدعاوى المتعلقة بتعويض الضرر الناتج عن جنحة أو شبه جنحة والدعاوى المتعلقة بالكمبيالة أو السند لامر زدعاوى النفقة ، وما نستشفه أن المشرع أراد من اقرار الخيار دعم المدعي الذي قد يكون طرفا ضعيفا في الدعوى القضائية ، وبسط له اجراءات التقاضي سواء أراد اعتماد الفصل 30 أو 36 م م م ت ، الا أن تطبيق هذا المبدأ يحده استثناءات تتأسس على معيار مكان العقار كاستثناء لقاعدة مقر المطلوب وكذلك بعض الدعاوى .أما بالنسبة لمكان وجود العقار فقد خصه المشرع بحماية اجرائية من خلال ما جاء بالفصل 38 م م م ت التي تحدد المحكمة المختصة ترابيا بتلك التي يوجد بدائرتها العقار . وكذلك فيما يتعلق بالدعوى الشخصية التي يقع القيام بها بناسبة الاضرار التي تلحق العين ، فيرفعها المدعي بهدف اقرار تعويض لفائدته نتيجة أضرار لحقت بالعين التي يمتلكها من طرف الغير المدعى عليه ، وفي نفس السياق نجد الدعوى الحوزية التي تؤسس لاستثناء وجوبي لقاعدة مقر المطلوب فيصبح مكان العقار هو المعيار الذي يحدد المحكمة المختصة ، وأيضا بالنسبة للدعوى الاستحقاقية فيكون القيام بها أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها العقار موضوع النزاع حسب أحكام الفصل 38 م م م ت ثالثا .ومن ناحية أخرى سعى المشرع إلى تقريب المحكمة المختصة ترابيا من النزاع بالنظر إلى خصوصية أطراف الدعوى التي قد يكون فيها من جهة أولى الدولة طرفا فاعتبر الفصل 32 م م م ت أن المحاكم المنتصبة بتونس تنظر في الدعاوى التي تكون الدولة فيها طرفا ، ومن ناحية ثانية نجد أحكام استثنائية بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالتركات (34 م م م ت) الذي ينص على أن المحكمة التي افتتحت بدائرتها التركة هي المختصة ترابيا للنظر في الدعاوى المتعلقة بها ، وكذلك ما جاء بالفصل 35 م م م ت الذي اعتبر أن جميع الدعاوى المتعلقة بالفلس ترفع للمحكمة التي بدائرتها محل الاستغلال الاصلي . وكذلك بالنسبة لدعوى الضمان التي نص عليها الفصل 37 المنقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963 على « أن دعاوى الضمان ترفع للمحكمة المنشورة لديها الدعوى الاصلية أو التي سبق لها أن نظرت في تلك الدعوى ، وذلك في حدود اختصاصها الحكمي «.وتعتبر قواعد الاختصاص الترابي التي أقرت لحسن سير العدالة القضائي من قبيل القواعد الامرة

عموما عن صورتين إما أن يكون مقرا أصليا أو مقرا مختارا. وقد نصّ الفصل 7 م.م.م.ت على أنّ «المقر الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا أصليا له بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور. والمقر المختار هو المكان الذي يعينه الاتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو للقيام بعمل قضائي[1]». غير أنّ هذا التعريف لا يشمل إلا الشخص الطبيعي[2]، ويبقى للشخص المعنوي تعريفاته الخاصة سواء بالفصل 11 م.م.م.ت أو بالفصل 10 من مجلة الشركات، حيث إنّ الاستدعاءات والإعلامات الموجهة إلى الدولة تبلغ إلى مكاتب الكلف العام بنزاعات الدولة وإلا كانت باطلة. إلا انه فيما يخص الدعاوى المتعلقة بضبط معلوم الضرائب والأداءات واستخلاصها تبلغ الاستدعاءات والإعلامات إلى المصالح المالية المختصة. والإعلام الواقع لسائر الذوات المعنوية الأخرى يقع إبلاغها لمكتبها بالمكان الذي استقرت به بصفة رسمية أو للمكتب أو للفرع الذي يهمه الأمر[3]. وأضاف الفصل 10 من مجلة الشركات أنّ مقرّ الشركة يقع بمركزها الرئيسي ويكون هذا المركز كائنا بالمحل الذي به قيام الإدارة الفعلية للشركة[4].

التي لا يمكن الاتفاق بشأنها أو مخالفتها لاحكام الفصول 32 – 34 – 35 – 37 و 38 م م م ت ، أما اذا كانت فقط لحماية المتقاضين فانه يجوز الاتفاق بشأنها كقاعدة الفصل 30و 36 م م ت لانها تحمي مصلحة خاصة للافراد يجوز لهم اقرارها أو الاستغناء عنها ولكن محكمة التعقيب اعتبرت أن هذه القواعد لا تهم النظام العام ويجوز الاتفاق بشأنها».

(1) أضيف هذا التعريف بموجب القانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980.

(2) نور الدين الغزواني: التعليق على مجلة الإجراءات المدنية، ص 68.

(3) الفصل 10 م.م.م.ت.

(4) حسن عزالدين الديب، المرجع السابق « يتمتع الشخص المعنوي مبدئيا بأهم الحقوق الممنوحة للشخص الطبيعي والمتمثلة في الاسم والجنسية والمقر ، وتنقسم الذوات المعنوية إلى ذوات معنوية خاصة كالشركات والجمعيات والنقابات ... وذوات معنوية عامة كالدولة والولايات والبلديات ... وقد حدد الفصل 11 م م م ت في فقرته الاولى والمنقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 2002/ 08/ 03 مقر الدولة بمقر مكاتب المكلف العام بنزاعات الدولة ثم حدد نفس الفصل بالفقرة الثالثة مقر بقية الذوات المعنوية الاخرى اذ جاء فيه :» ان الاعلام الواقع لسائر الذوات المعنوية الاخرى يقع ابلاغها لمكتبها بالمكان الذي استقرت فيه بصفة رسمية أو المكتب أو الفرع الذي يهمه الامر». وبالتالي تتميز أحكام الفصل 11 م م م ت بالشمولية لان عباراته جاءت مطلقة دون تحديد لصنف معين لانها فرضت واجب الاعلام لسائر الذوات المعنوية دون تخصيص لها ، رغم أن الفصل 10 م ش ت عرف المقر الاجتماعي للشركة التجارية بأنه « يقع مقر الشركة بمركزها الرئيسي ويكون هذا المركز كائنا بالمحل الذي به قيام الادارة الفعلية للشركة « وبالتالي فان المركز الرئيسي ليس بالضرورة هو مكان الاستغلال الفعلي بل المكان الذي يمارس فيه النشاط القانوني

ـ **مفهوم المقر الأصلي**: ويعرف المقر الأصلي بأنّه مكان الاستقرار العادي، وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته، مثل الطبيب والمحامي والمحاسب والخبير والتاجر وغير ذلك، يعتبر مكان عمله مقرا أصليا له بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور.

وعلى ذلك الأساس فإنه لا يكفي ليتحقق مفهوم المقر الأصلي أن يتواجد الشخص بمكان معين بصفة عرضية أو وقتية، بل يجب أن يكون المقر مقرا عاديا للإقامة بمعنى أن يتوفر الركن المادي والمعنوي في الإقامة. ماديا يجب أن يتواجد الشخص بصفة مستمرة بذلك المكان أي أن يتوفر عنصر الثبات

والاداري والمالي أي المكان الذي تعمل فيه أجهزة الادارة وتتمركز فيه أهم مصالح الشركة، فهو المكان الذي تنعقد فيه الجلسات العامة (277 م ش ت) وهو قد يستقل عن مركز استغلالها حيث تجارتها وصناعتها . ويجب أن يكون هذا مرتبطا بآلية الاشهار بحيث أن مقر الشركة الجديد لا يمكن اعتباره قانونيا الا متى وقع اشهاره طبق القانون ثم يجب أن يكون المقر الاجتماعي فعليا وليس صوريا مثل المقر المحدد بالقانون التأسيسي الذي لا يتطابق مع مركز الادارة الفعلية للشركة ، واذا ما ثبت أن المقر صوري فانه لا يحتج به ازاء الغير حسن النية الذي يتمتع بامكانية القيام بأعماله الاجرائية سواء بالمقر الاجتماعي الحقيقي أو الصوري ، بحيث يبقى لقضاة الاصل اعمال السلطة التقديرية لتكييف المقر الاجتماعي للشركة حتى يقع تجنب التحيل الفعلي من خلال المقر الصوري ، ورغم ذلك فان محكمة التعقيب اعتبرت في قرارها أنه « طالما كان من الثابت أن عقد تأسيس الطاعنة قد نص على أن مقرها الاجتماعي يكون بمجاز الباب وقد تم ايداعه بالمحكمة الابتدائية بباجة فان هذا مما يقطع في أن مركزها يقع هناك لكن هذا يتعارض مع روح الفصل 10 م ش ت الذي يعتبر أن مقر الشركة يكون بمركز الادارة الفعلية وذلك بغض النظر عن المقر التاسيسي الذي يعد بيان وجوبي يضمن بالعقد التأسيسي للشركة والذي يرتبط بالشخصية القانونية للشركة حتى اختتام أعمال التصفية (الفصل 29 م ش ت) فانحلال الشركة لا يعني انقضاء مقرها ، فيبقى المقر الاجتماعي قائما حتى اتمام أعمال التصفية لانه يمثل الاطار المكاني القانوني الذي تتم فيه أعمال التبليغ والتنفيذ ، ويمكن لهذا المقر أن يتغير حسب شروط شكلية لحماية مصلحة الشركاء وضمانا لحقوق الغير حسن النية ، فتغيير المقر الاجتماعي للشركة التجارية يقتضي تغيير العقد التأسيسي باعتبار أن تعيين المقر هو تنصيص وجوبي حسب أحكام الفصل ç من م ش ت والذي يختلف باختلاف نوع الشركة من ذلك أن تغيير المقر الاجتماعي للشركة خفية الاسم (الفصل 230 م ش ت) لا يتم الا بموجب قرار صادر عن مجلس المراقبة ويصادق عليه في فترة لاحقة في الجلسة العامة الموالية ، وحماية للغير حسن النية وضمانا لاستقرار المعاملات الاجرائية أوجب المشرع اشهار تغيير المقر الاجتماعي حسب أحكام الفصل 20 من القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/ 05/ 02 المتعلق بالسجل التجاري ، ولذلك نجد أن تحديد المقر فيه غاية هامة من أجل القيام بالاجراءات اللازمة .»

والاستقرار، معنويا يجب أن يجعل المقيم من مقره في ذلك العنوان محل سكناه العادي والمتواصل. ولا ينقص من ذلك سفر الشخص بصفة مؤقتة[1].

كما أنه يعتبر مقرا أصليا بالنسبة إلى الشركات التجارية مكان نشاطها التجاري والمهني ولو كان فرعيا. وبالتالي إذا كان لهذه الشركات مقرا فرعيا بمكان معين تكون المحاكم المختصة في النزاعات التي تكون فيها هذه الشركات طرفا إذا تعلقت النزاعات بنشاط الفرع[2].

ـ **مفهوم المقر المختار**: والمقر المختار هو المكان الذي يعينه الاتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو للقيام بعمل قضائي[3].

اتفاقا يحمل معنى المقر المختار إلى اختيار المطلوب لمقر مختار بالبلاد التونسية وهو ما يحمل إلى الخضوع الاختياري سواء كتابة مثل العنوان الوارد في العقد أو في أية وثيقة أخرى أو ضمنا كما في صورة الحضور بالجلسة وعدم الدفع بعدم الاختصاص والجواب عن الدعوى. ولم يشترط المشرع ضرورة قيام رابطة بين النزاع والمقر المختار[4].

قانونا يعتبر المشرع في بعض الأحيان أن توفر حالة معينة مخصوصة من قبيل المقر المختار كما هي الصورة بالنسبة إلى مقر المحامي فهو المقر المختار للمطلوب[5]، أو اعتبار المقر المذكور بجانب اسم المسحوب عليه بالكمبيالة مقرا مختارا للمسحوب عليه[6]. حيث يفرض المشرع في بعض الصور أن يكون مقر المحامي مقرا مختارا للمنوب، حيث إنّ إنابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية ومقر المحامي يعتبر مقرا مختارا لمنوبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها[7]. ويرفع الاستئناف بعريضة كتابية يحررها

(1) ويمكن الاستئناس بالأحكام الواردة بقانون 1968 المتعلق بالأجانب في تعريف الإقامة العادية، حيث يشترط المشرع في ذلك الإقامة لمدة خمس سنوات دون أن يتغيب المقيم أكثر من 6 أشهر. معنويا يجب أن يجعل المقيم من مقره بالبلاد التونسية محل سكناه العادي والمتواصل.

(2) الفصل 33 م.م.م.ت.

(3) الفصل 7 م.م.م.ت.

(4) يراجع رأي مخالف:
مبروك بن موسى، المرجع السابق، ص 49 حيث ذهب إلى ضرورة قام «صلة تربط النزاع بالإقليم الوطني حتى يكون للحكم الذي سيصدر في شأنه قيمة فعلية وفقا لمبدأ قوة النفاذ».

(5) الفصلان 68 و130 م.م.م.ت.

(6) الفصل 269 م.ت.

(7) الفصل 68 م.م.م.ت.

محام عن الطاعن ويقدّمها لكتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر. ويعتبر مقر المحامي مقرا مختارا للمستأنف[1]. ويتوقّف اعتبار مقرّ المحامي مقرا مختارا للمنوب مع صدور الحكم إلا إذا عبّر المنوب مواصلة اعتماد المقرّ المختار في أعمال التنفيذ أو من خلال محضر الإعلام بالحكم الصادر في الغرض.

ـ **الخيار أو الوحدة في المقر**: هل أنّ المقر المختار يلغي المقر الأصلي وبالتالي لا يجوز الإبلاغ فيه أم يبقى المقر الأصلي قائما إلى جانب المقر المختار؟[2].

يبدو مبدئيا أنّ المشرع التونسي اعتمد الخيار من حيث المبدأ، حيث إنّ نظير الاستدعاء يسلم على معنى الفصل 8 م.م.م.ت إلى «الشخص نفسه أينما وجد أو في مقره الأصلي أو في مقره المختار حسب الأحوال» و «المطلوب شخصا كان أو ذاتا معنوية تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقره الأصلي أو مقره المختار. أما في حال تعدد المطلوبين فالطالب مخير في رفع نازلته لحاكم الجهة التي بها مقر أحدهم» على معنى الفصل 30 م.م.م.ت. وللطالب الخيار بين ما ورد بالفصل 30 م.م.م.ت وبالمكان المعين اتفاقا على معنى الفصل 36 م.م.م.ت. ويختص بالنظر في الأمر بالدفع على معنى الفصل 61 م.م.م.ت «القاضي الذي يوجد بدائرته المقر الأصلي أو المختار للمدين أو لأحد المدينين إن تعدّدوا ما لم يقع الاتفاق على خلافه». وما يستخلص من ذلك أنّ المشرع سمح صراحة بالخيار بين المقر المختار والمقرّ الحقيقي، بمعنى أنّه يمكن للتبليغ أن ينجز في أحد تلك المقرات وإذا ورد بالسند المراد تبليغه جملة هذه المقرات فيمكن التبليغ إلى أي منها دون أن تقوم الغلبة لأحدها على الآخر.

وما يستخلص من ذلك أيضا أنّ المشرع التونسي اعتمد نظرية تعدّد المقرات بالنسبة إلى الشخص الواحد، أي أن لا يكون للشخص الواحد مقر واحد، حيث يجوز أن يكون له مقر أصلي للإقامة ومقر أصلي مهني ومقر مختار وبالإمكان التبليغ أو الإعلام في أحد منهم إذا توفرت الشروط دون أن يكون الإعلام باطلا. وقد تأثر المشرع التونسي في ذلك بالقانون الألماني والمصري وترك قواعد القانون الفرنسي التي تقول بوحدة المقر. فقد نصّ الفصل 70 من القانون المدني الألماني على أنّه «من يقيم باستقرار في جهة فإنه ينشئ فيها موطنه ويجوز أن

(1) الفصل 130 م.م.م.ت.

(2) هذا السؤال طرحه الباشا البجار في آخر مقاله المذكور سابقا وتركه دون إجابة. والحقيقة أنّ رجال القانون عموما لم يجيبوا صراحة على هذا التساؤل ربّما لغموض الأحكام الفصول الواردة مجلة المرافعات.

يوجد المقر في الوقت نفسه في جهات متعدّدة ويزول المقر بزوال المسكن مع نية تركه»، كما نصّ الفصل 40 من القانون المدني المصري على أنّ «الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن كما يجوز أن لا يكون له موطنا ما». في حين منع المشرع الفرنسي تعدّد المقرات حيث منع الفصل 102 من القانون المدني الفرنسي[1] تعدّد المقرات وجعل الجهة التي بها مركز الأعمال الأصلي المقر الوحيد بالنسبة إلى كلّ فرنسي في استعمال حقوقه المدنية. ونظرا لنقص هذه القاعدة ذهب التطبيق القضائي الفرنسي إلى الأخذ بنظرية المقر الظاهر تجاوزا لوحدة المقر[2].

لكنّه من الممكن أن تستخلص من بعض القواعد أنّ المشرع اعتمد طريقة التدرج consécution بمعنى أن لا يمر لما ذكر ثانية إلا بعد تمام الأول. فما جاء بالفصل 8 م.م.م.ت من أنّ الإعلام يسلم إلى «الشخص نفسه أينما وجد أو في مقره الأصلي أو في مقره المختار حسب الأحوال» يدفع في اتجاه أن يحاول عدل التنفيذ التبليغ بداية إلى الشخص نفسه ثمّ إلى المقر الأصلي أو المختار بحسب طبيعة المعاملة، فيتقدم المقر المختار إذا فرض اتفاقا أو قانونا ثم يليه المقر الأصلي للشركة إذا كانت العلاقة تجارية أو المقر المهني للشخص الطبيعي

(1) Article 102 du code civil français, Créé par Loi 1803 14 - 03 - promulguée le 24 mars 1803
Modifié par Ordonnance 58 07 - 10 - 1958 923 - art. 1 JORF 9 octobre 1958
Modifié par loi n° 69 3 - du 3 janvier 1969, art. 13, JORF 5 janvier 1969 en vigueur le 1 janvier 1970. « **Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.**
Les bateliers et autres personnes vivant à bord d'un bateau de navigation intérieure immatriculé en France, qui n'ont pas le domicile prévu à l'alinéa précédent ou un domicile légal, sont tenus de choisir un domicile dans l'une des communes dont le nom figure sur une liste établie par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre de l'intérieur et du ministre des travaux publics, des transports et du tourisme. Toutefois, les bateliers salariés et les personnes vivant à bord avec eux peuvent se domicilier dans une autre commune à condition que l'entreprise qui exploite le bateau y ait son siège ou un établissement ; dans ce cas, le domicile est fixé dans les bureaux de cette entreprise ; à défaut de choix par eux exercé, ces bateliers et personnes ont leur domicile au siège de l'entreprise qui exploite le bateau et, si ce siège est à l'étranger, au bureau d'affrètement de Paris ».

(2) Jean Vincent Serge Guinchard : Procédure civile, p.587 et suiv.

وفي الأخير المقر الأصلي[1]. ولا تسقط القاعدة حتى لو ورد العنوان المختار والأصلي بنفس السند المراد تبليغه، بمعنى أن يحاول بداية التبليغ للشخص أينما وجد ثمّ للمقر المختار وأخيرا للمقر الأصلي، وهذا ما يفهم من خلال الترتيب الذي أورده المشرع بالفصل 8 م.م.م.ت ومن خلال عبارة «بحسب الحالات» الواردة بذات الفصل.

غير أنّ المشرع ألزم في بعض الصور بضرورة مراعاة المقر المختار حيث إنّ إنابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية ومقر المحامي يعتبر مقرا مختارا لمنوبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها[2]. ويرفع الاستئناف بعريضة كتابية يحررها محام عن الطاعن ويقدّمها لكتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر. ويعتبر مقر المحامي مقرا مختارا للمستأنف[3]. فذلك يعني أنّ جميع الإعلامات أمام محكمتي الاستئناف والابتدائية يجب أن تقع إلى مقر المحامي وليس غيره. فهو تقدّم للمقر المختار قانونا على المقر الأصلي وليس للأطراف خيار في ذلك. وإذا غادر المعني المقر لجهة غير معلومة اعتبر آخر مقر له قانونا على معنى الفصل 10 م.م.م.ت . ويجب على القائم بالحق الشخصي أن يختار لنفسه مقرا بمركز المحكمة المتعهدة بالقضية وإن لم يفعل فلا حق له في الاحتجاج بعدم تبليغه الأوراق التي يوجب القانون إبلاغه إياه على معنى الفصل 40 م.إ.ج، فيجب حينئذ أن يكون الإعلام بالمقر المختار. كما أنّ الفصل 385 م.ح.ع أورد «أنه يجب على كلّ شخص يقع باسمه ترسيم بسجلات الملكية العقارية أن يختار مقرا له بالجمهورية التونسية وإلا فإن جميع الإعلامات توجه إليه بمركز معتمدية مكان العقار وتعتبر قانونية. ولكلّ من وقع باسمه ترسيم أو نائبه أن يغيروا المقر الذي كان اختاره بشرط اختيار مقر آخر بالبلاد التونسية». ونصت الفقرة الأخيرة من الفصل 262 م.ا.ع على مستوى الوفاء بالالتزام على أنّه «إذا كان الالتزام ناشئا عن جنحة كان الوفاء حيث كانت المحكمة التي نشرت القضية لديها». ومقر ناقص الأهلية مقر وليه، وجعل المشرع لبعض الموظفين

(1) ما نصّ الفصل 262 م.ا.ع على مستوى تنفيذ الالتزام أن « الوفاء يكون في المحل الذي يقتضيه نوع الشيء المتعاقد عليه أو في المحلّ المبين في العقد فإن لم يبين فيه مكان الوفاء كان في محل التعاقد إن كان في نقل الشيء مصاريف أو مشقة فإن أمكن النقل بغير ذلك وفي المدين حيثما وجد الدائن إلا إذا كان له عذر مقبول في عدم قبوله للوفاء هناك...».

(2) الفصل 68 م.م.م.ت.

(3) الفصل 130 م.م.م.ت.

مقرا قانونيا مثل القضاة[1] وقوات الأمن الداخلي[2] وقوات الجيش[3]. وفي هذا يتقدّم المقر المختار كذلك.

على أنّ الفقه يرى أنّه متى تقرر المقر المختار اتفاقا أو قانونا يقدّم على المقر الأصلي، حيث إنّه باختيار محلّ مختار يتنازل الشخص عن مقرّه الحقيقي[4]. كما أنّ توجيه الاستدعاء إلى المقر الأصلي المهني والحال أنّ الإعلام يتعلق بقضية طلاق لا يصحّ وأنّ ذكر العنوانين الأصلي والمختار بعريضة الدعوى أو بمحضر الإعلام بالحكم لا يمنع الطرف المقابل من استعمالهما وأن التخلف عن ذكر المقر الأصلي وذكر العنوان المحامي يحمل على الثاني والجزاء هو البطلان[5].

والقاعدة التي يمكن أن نخرج بها من خلال قراءة الأحكام الواردة بمجلة المرافعات وفي غيرها من المجلات هو أنّ الخيار قائم إلا إذا فرض المشرع التقدّم في صور مخصوصة أو اعتمد التدرج في بعض الصور المخصوصة، فلا خيار.

ولكنّ المشرع لم يحسم الإشكال كفايةً، كما جاء ببعض القوانين المقارنة[6]، فلم ينص صراحة على تقدم المقر المختار ومن الممكن لبعض الاتجاهات أن تتمسك بمبدأ الخيار، حيث إنّ الصيغة التي أوردها المشرع بالفصل 7 وبالفصل 8 م.م.م.ت تبقى غير واضحة وتحمل التأويل إلى الجهتين.

وإذا كان الأصل في التأويل أن لا يحتمل النص القانوني إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون وإذا

(1)الفصل 21 من القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 1967/ 07/ 14.

(2)القانون 70 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت 1982 كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 58 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000.

(3)القانون عدد 20 لسنة 1967 المؤرخ في 31 ماي 1967 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام للعسكريين، كما هو منقح أحيرا بموجب القانون عدد 47 لسنة 2009 المؤرخ في 8 جويلية 2009.

(4)نورالدين الغزواني، المرجع السابق، ص 67.

(5)الباشا البجار، المرجع يالسابق، ص 22.

(6) بعض التشاريع كانت واضحة في بيان التقدم وبينت شروط الخيار:
Article 689 du code de procédure français « Les notifications sont faites au lieu où demeure le destinataire s'il s'agit d'une personne physique. Toutefois, lorsqu'elle est faite à personne, la notification est valable quel que soit le lieu où elle est délivrée, y compris le lieu de travail. La notification est aussi valablement faite au domicile élu lorsque la loi l'admet ou l'impose ».

كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها[1] وإذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا[2]، فإنه لا شيء يفرض التأويل في اتجاه التضييق وفرض تقدم المقر المختار على الأصلي، وسقوط الأخير بتوفر الأول.

ولكن قاعدة التأويل أن «لا يحتمل النص القانوني إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون» تدفع في اتجاه أن نعي قدر معنى «المقر المختار» الوارد بالفصل 7 م.م.م.ت ومفهوم «بحسب الأحوال» الواردة بالفصل 8 م.م.م.ت. فالاختيار ومراعاة الأحوال لغةً وعرفًا ورغبةً هو كلّ ما يحمل إلى مراعاة طبيعة العلاقة والرضاء بشيء على حساب الآخر وهو ما ينتهي إلى تقديم المقر المختار على الأصلي، فطالما سعى الطرفان إلى بيان مقر مختار صراحة أو ضمنا بالرغم من توفر مقرهما الأصلي فكأنما أرادا أن تنهى أعمال التبليغ بهذا العنوان قبل الآخر. فكلما توفر المقر المختار اتفاقا أو أصلا إلا وتقدم عن المقر الأصلي ويجب بحسب هذا التأويل أن تنتهي إجراءات التبليغ بالمقر المختار ونفس التأويل يدفع في اتجاه منع الاختيار إذا ما ورد العنوانان بنفس السند المراد تبليغه. ونفس القاعدة في فهم النص القانوني لغة وعرفا وإرادة تدفع في اتجاه أن تراعى طبيعة العلاقة فإذا كان النزاع يتعلق بمهنة الشخص فلا يمكن أن يحصل التبليغ بمقر سكناه وإذا كان النزاع يتعلق بالشركة لا يمكن أن تنهى الإجراءات بمقر سكنى الشركاء. وفي هذا ذهب الفقه.

ـ **فقدان المقر**: متى تحدّد المقر بقواعده فلا يزول إلا بتغيير المقر الأصلي وتوفر الأركان في المقر الجديد وانقطاع الأركان المادية والمعنوية بالنسبة إلى الأول. ولا يزول المقر المختار قانونا إلا إذا وضع المشرع له حدّا أو اتفاقا إذا وضع له الأطراف حدا بمعنى انقضاء الرابطة الإلزامية بين الطرفين تماما. فلو صحّ أن بقي نفس العقد الذي استوعب المقر المختار محلّ نزاع لبقي المقر المختار دون زوال. فقط إذا نفّذ العقد وانقضت العلاقة بالوفاء أو ما يقوم مقام الوفاء دون نزاع عندئذ يزول المقر المختار.

كما أنّ تغيير المقر الأصلي أو المختار دون علم الطرف الآخر لا يمنع من التبليغ فيهما[3]. وقد أورد الفصل 10 م.م.م.ت القاعدة حيث « إذا بارح

(1) الفصل 533 م.ا.ع.

(2) الفصل 541 م.ا.ع.

(3) أحمد أبو الوفاء: المرافعات المدنية والتجارية، 1986، ص 457، عدد 380.

المقصود بالإعلام مقره وصار مجهول المقر يودع النظير في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم المعني بالتبليغ وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني لآخر مقر معروف له. وإذا كان مجهول المقر مطلقا يعلق نظير من الإعلام بالمحكمة المتعهدة ونظير آخر بمقر الولاية التي توجد بدائرتها المحكمة المذكورة». وبذلك يكون المقر القانوني هو آخر مقر للمعني بالتبليغ. ومن تطبيقات الفصل 10 م.م.م.ت ما جاء بالفصل 289 م.م.م.ت حيث «يقع التنفيذ عند وفاة المحكوم عليه على وارثه بعد إعلامه بالحكم وانتهاء الأجل الوارد بالفصل 287 ولو سبق أن تم ذلك الإعلام ومنح ذلك الأجل للمحكوم عليه نفسه. وإذا تعذرت معرفة الوارث بالرغم من الاسترشاد عنه من قبل طالب التنفيذ، ولم يدل أحد بحجة وفاة المورث فإنه بعد مضي ثلاثين يوما من العلم بواقعة الوفاة تبلغ سائر المحاضر المتعلقة بالتنفيذ لوارث المحكوم عليه المتوفى دون بيان اسمه، وذلك **بآخر مقر معلوم للمورث**، ويكون هذا الإعلام كافيا للتمادي في التنفيذ. والتنفيذ المشروع فيه ضد المحكوم عليه يستمر عند الاقتضاء ضد وارثه دون لزوم لإعلامه بالحكم من جديد أو لضرب أجل جديد له[1]».

ـ التوجهات القضائية في المقر: كانت للدوائر المجتمعة عدّة مناسبات في تحديد معنى المقرّ في أكثر من مرّة[2] وعرّفت المقر المختار والمقرّ الأصلي ووضعت الحكم فيهما على ما تقدّم من شرح، ولكنّها لم تستقر على رأي واحد في شأن التقدم أو التدرّج، فإذا قالت به في البعض أنكرته في الآخرين. فجميع الخيارات متوفرة بفقه قضاء محكمة التعقيب، ليس على مستوى الدوائر فقط بل وعلى مستوى الدوائر المجتمعة.

فبقراءة عدد من القرارات يحصل الانطباع بأنّه متى توفر المقر المختار يتقدم بل ويلغي المقر الأصلي، ومن ذلك القرار التعقيبي عدد 167 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1976 والقرار عدد 10562 الصادر بتاريخ 29 ماي 1984 والقرار عدد 8801 المؤرخ في 29 أفريل 1980 والقرار عدد 9804 المؤرخ في 7 ماي 1984 والقرار عدد 9455 المؤرخ في 10 جانفي 1974 والقرار عدد 8540 المؤرخ في 4 فيفري 1984 والقرار عدد 214 الصادر بتاريخ 26 فيفري 2004.

(1) الفصل 289 م.م.م.ت نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002.
(2) وهي القرارات الهامة دون الأخذ بعين الاعتبار ما يتكرر من قرارات.

وقد جاء بالقرار عدد 48 الصادر بتاريخ 21 جانفي 1992 [1]» أنّ المشرع التونسي أجاز بالفصل 8 م.م.م.ت إعلام الطاعن في المقر المختار وليس للمحكمة أن ترفض الإعلان الواقع لذلك المقر وأن تعتبره غير صحيح طالما أنه قد ثبت بصورة يقينية لا تدع مجال للشك في أن المعقب عليه قد اختار فعلا ذلك المقر طيلة أطوار التقاضي وبعده عند الإعلان بالحكم الاستئنافي وتأسيسا على ذلك فإنّ محكمة القرار المنتقد لما اعتبرت أنّ تبليغ مستندات الطعن إلى المطعون ضده في مكتب الأستاذ....باعتباره مقرا مختارا قد شابه عيب يحول دون حصول النتيجة المرجوة منه تكون قد أخطأت في تطبيق الفصل 8 م.م.م.ت وخرجت عن حدود النصّ». كما جاء بالقرار عدد 125 بتاريخ 11 نوفمبر 1999 أنّ «الرفض شكلا بسبب تبليغ المستندات إلى المقر المختار ورفض المحامي تسليم التبليغ والحال أنه ذكر بمحضر الإعلام بالحكم المقر المختار والمقر الأصلي يعد خطأ بينا وأنّ المحامي وإن كانت تنتهي نيابته بصدور الحكم في الطور الذي هو نائب فيه إلا أنه متى اختار المحكوم لفائدتهم في محضر الإعلام بالحكم بنفس مكتب المحامي فذلك يقوم حجة على قبول محاضر الطعن فيه ويكون التبليغ فيه صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية ومستجيبا لأحكام الفصل 8 م.م.م.ت ولا يؤثر في صحة هذا التبليغ كون المعقب ضدهم بينوا في محضر الإعلام بالحكم مقرهم الأصلي إذ في اتخاذ مكتب محاميهم محلا مختارا في محضر الإعلام كيفما ذكر ما يفصح عن رغبتهم في قيام مكتب محاميهم مقام مقرهم الأصلي ولا يؤثر في صحة التبليغ رفض محاميهم تسلم التبليغ بحجة أن وكالته قد انتهت أو لأي سبب آخر[2]».

بينما وضعت قاعدة الخيار بعدة قرارات، ومنها القرار عدد 24727 الصادر بتاريخ 16/ 10/ 2003 [3] وعدد 25942 الصادر بتاريخ 27/ 11/ [4]2003. وقرار الدوائر المجتمعة عدد 141 الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 2000 [5]. وقرار الدوائر المجتمعة الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 2000 تحت عدد 129 [6]. وقد جاء بالقرار عدد 164 الصادر بتاريخ 31 ماي 2001 أنّ «الرفض شكلا بسبب

(1) قرارات الدوائر المجتمعة 1992/ 1961، منشورات مركز الدراسات القانونية، ص 316.
(2) قراراات ادوائر المجتمعة 2000/ 1999، نشر مركز الدّراسات القانونية والقضائية.
(3) نشرية محكمة التعقيب 2003، ص 403.
(4) نشرية محكمة التعقيب 2003، ص 408.
(5) قرارات الدوائر المجتمعة، 1999/ 2000، ص 226 وما بعد.
(6) قرارات الدوائر المجتمعة، 1999/ 2000، ص 230 وما بعد.

أن تبليغ المستندات لم يكن للمقر المختار وكان في المقر الأصلي لا يعد خطأ بينا ولو أنه أشير بمحضر الإعلام بالحكم للمقر الأصلي طالما أن ذلك يدخل في باب الاجتهاد[1]». وجاء بقرار الدوائر المجتمعة عدد 128 الصادر بتاريخ 3 جوان 1999 «أنه متى عين المعلم بالحكم مقره ومقرا مختارا جاز التبليغ في أيهما لما في تعيينهما من قرينة قانونية على قبول إعلامه بالطعن فيها ولو لم يصرح بذلك[2]».

ولم تكتف محكمة التعقيب بتناول معاني المقر على ما جاء من تعدّد بالنصوص القانونية، بل إنّها أخذت بنظرية الظاهر في تحديد المقر بقرار الدوائر المجتمعة عدد 27632 الصادر بتاريخ 24/ 4/ 1997 ووجهها أنّ يعتدّ بالمقر الظاهر بأوراق الدعوى حتى وإن خالف الحقيقة، وهو اتجاه يدعم فكرة تعدّد المقرات وأسلوب أو منطق الخيار[3].

ولكن مع ذلك يمكن استخراج مسار محدّد وإن تعدّدت الخيارات، فالأغلب أن تقول محكمة التعقيب بتقدم المقر المختار إذا فرض اتفاقا أو قانونا، وتبدو هذه الفكرة هي المسيطرة بالرغم من الخروج عنها في عدّة مناسبات.

الفصل 8 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يسلم النظير إلى الشخص نفسه أينما وجد أو في مقره الأصلي أو في مقره المختار حسب الأحوال.

فإذا لم يجد العدل المنفذ المطلوب إعلامه في مقره وجب عليه أن يسلم نظير محضر الإعلام إلى وكيله أو إلى من يكون في خدمته أو ساكنا معه بشرط أن يكون مميزا ومعرفا بهويته.

وإذا امتنع من وجده عن تسلم النظير يقع إيداعه في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائرته مقر الشخص المطلوب إعلامه.

(1) قرارات الدوائر المجتمعة 2000/ 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية

(2) قرارات الدوائر المجتمعة 2000/ 1999، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص 219 وما بعد.

(3) قرارات الدوائر المجتمعة 1996/ 1997، المرجع السابق، ص 92 وما بعد.

وإذا لم يجد العدل المنفذ أحدا يترك له نظيرا من محضر الإعلام بالمقر ويودع نسخة أخرى في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائرته ذلك المقر.

وفي الحالتين الأخيرتين يجب على العدل المنفذ أن يوجه إلى الشخص المطلوب إعلامه في ظرف أربع وعشرين ساعة مكتوبا مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ إلى مقره الأصلي أو مقره المختار يعلمه فيه بتسليم النظير كيفما ذكر.

ولا لزوم للإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ في القضايا الاستعجالية وكذلك عند تعذر الإدلاء بها.

الفصل 9 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ إذا كان المقصود بالإعلام مقيما خارج التراب التونسي وكان معلوم المقر في الخارج يوجه له نظير من الإعلام صحبة مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ.

ولا لزوم للإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ في القضايا الاستعجالية وكذلك عند تعذر الإدلاء بها.

الفصل 10 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ إذا بارح المقصود بالإعلام مقره وصار مجهول المقر يودع النظير في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم المعني بالتبليغ وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني لآخر مقر معروف له.

وإذا كان مجهول المقر مطلقا يعلق نظير من الإعلام بالمحكمة المتعهدة ونظير آخر بمقر الولاية التي توجد بدائرتها المحكمة المذكورة.

التعليق على الفصول 8 ـ 9 ـ 10

أوردت الفصول 8 ـ 9 ـ 10 شكليات الاستدعاء أو التبليغ أو الإعلام. فالأصل أن الأعلام يسلم إلى الشخص الموجود بالمقرّ على ما تقدّم من شرح[1]. فإذا امتنع من وجده عن تسلم النظير يقع إيداعه في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائرته مقر الشخص المطلوب إعلامه.

(1) يراجع التعليق على الفصل 7 م.م.م.ت. في معنى المقر.

وإذا لم يجد العدل المنفذ أحدا يترك له نظيرا من محضر الإعلام بالمقر ويودع نسخة أخرى في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم ولقب المعني بالتبليغ وعنوانه وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني الذي بدائرته ذلك المقر.

وفي الحالتين الأخيرتين يجب على العدل المنفذ أن يوجه إلى الشخص المطلوب إعلامه في ظرف أربع وعشرين ساعة مكتوبا مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ إلى مقره الأصلي أو مقره المختار يعلمه فيه بتسليم النظير كيفما ذكر. ولا لزوم للإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ في القضايا الاستعجالية وكذلك عند تعذر الإدلاء بها، كما في صورة ضياعها وما شابه ذلك[1].

وإذا كان المقصود بالإعلام مقيما خارج التراب التونسي وكان معلوم المقر في الخارج يوجه له نظير من الإعلام صحبة مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ. ولا لزوم كذلك للإدلاء ببطاقة الإعلام بالبلوغ في القضايا الاستعجالية وكذلك عند تعذر الإدلاء بها[2].

وإذا بارح المقصود بالإعلام مقره وصار مجهول المقر يودع النظير في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم المعني بالتبليغ وذلك لدى كتابة محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو الحرس الوطني لآخر مقر معروف له. وإذا كان مجهول المقر مطلقا يعلق نظير من الإعلام بالمحكمة المتعهدة ونظير آخر بمقر الولاية التي توجد بدائرتها المحكمة المذكورة[3].

والأصل أنّ القائم بالإعلام أو التبليغ هو الذي يبين طريقة الإعلام أو التبليغ إن كان معلوم المقر أو مجهول المقر بالبلاد التونسية أو خارجه، ويتمّم الشكليات المفروضة بحسب طريقة الإعلام، وليس للمحكمة أن توجه أي طرف للطريقة التي يجب اتباعها، ولكن لها مراقبة أعمال التبليغ عموما وتضع الجزاء المناسب. ولئن كانت إجراءات التبليغ عموما لها علاقة بالإجراءات الأساسية والمقصود شخص العدل ومضمون الإعلام وشكليات الإعلام فإنّ بيان مضمون عنوان المقر فله علاقة بمصلحة الخصوم.

(1) الفصل 8 م.م.م.ت.
(2) الفصل 9 م.م.م.ت.
(3) الفصل 10 م.م.م.ت.

الفصل 11 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ تبلغ الاستدعاءات والإعلامات الموجهة إلى الدولة إلى مكاتب المكلف العام بنزاعات الدولة وإلا كانت باطلة.

إلا انه فيما يخص الدعاوى المتعلقة بضبط معلوم الضرائب والأداءات واستخلاصها تبلغ الاستدعاءات والإعلامات إلى المصالح المالية المختصة.

الإعلام الواقع لسائر الذوات المعنوية الأخرى يقع إبلاغها لمكتبها بالمكان الذي استقرت به بصفة رسمية أو للمكتب أو للفرع الذي يهمه الأمر[1].

التعليق على الفصل 11

حدّد الفصل 7 م.م.م.ت. مفهوم المقر عموما سواء كان أصليا أو مختارا، وقد جاء الفصل 11 م.م.م.ت. في بيان صورة خاصة للمقر الأصلي حيث إنّ المقر الأصلي للدولة هو مقر المكلف العام للنزاعات الدورلة حيث تبلغ الاستدعاءات والإعلامات الموجهة إلى الدولة إلى مكاتب المكلف العام بنزاعات الدولة وإلا كانت باطلة. ويستثنى من ذلك قضايا الضرائب والأداءات حيث يعتبر مقر المصالح المالية المختصة مقرا أصليا في ذلك حيث إنّه فيما يخص الدعاوى المتعلقة بضبط معلوم الضرائب والأداءات واستخلاصها تبلغ الاستدعاءات والإعلامات إلى المصالح المالية المختصة. أما بالنسبة إلى بقية الذوات المعنوية سواء كانت خاصة أو عامة فمقرها هو المركز الرئيسي أو الفرع الذي يعنيه الأمر حيث إنّ الإعلام الواقع لسائر الذوات المعنوية الأخرى يقع إبلاغها لمكتبها بالمكان الذي استقرت به بصفة رسمية أو للمكتب أو للفرع الذي يهمه الأمر.

الفصل 11 مكرر(أضيف بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يعاقب بالسجن مدة عام كل من يتحيل لغاية عدم بلوغ المحاضر والاستدعاءات.

التعليق على الفصل 11 مكرر

أضاف المشرع لمجلة المرافعات المدنية بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 الفصل 11 مكرر، ووضع من خلاله عقوبة جزائيّة لكلّ

(1) يراجع التعليق على الفصل 7 والفصول 8 و9 و10 م.م.م.ت.

من يتحيل بهدف عدم بلوغ المحاضر والاستدعاءات حيث «يعاقب بالسجن مدة عام كل من يتحيل لغاية عدم بلوغ المحاضر والاستدعاءات». فمن الممكن أن يسعى الخصم إلى عدم ذكر العنوان الحقيقي أو اعتماد عنوان وهمي لضمان عدم إعلام الخصم وبالتالي عدم الطعن في الحكم أو عدم حضوره بحسب الحالات، خاصة وأنّ مجلة الإجراءات المدنية التونسية لم تعتمد نظام الأحكام الغيابية في المادة المدنية وبالتالي لا يجوز للطرف الاعتراض على الحكم حتى ولو صدر في غيابه. ومن الممكن أن يكون عدل التنفيذ المكلف بالإعلام مشاركا إذا كان عالما بوهم العنوان وبنية الخصم ومع ذلك أتمّ الإعلام. فإذا وقف المتضرر على شيء من هذا من الممكن أن يشتكي من أجل التحيل جزائيا إضافة إلى إمكانية إبطال الإعلام على المستوى المدني.

الفصل 12 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980) - ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم.

التعليق على الفصل 12 م.م.م.ت

يصحّ القول إنّ إنهاء أيّ عمل قانوني يتطلّب جانبا من الشكليّات لا يمكن النّزول عنه. ولم يعد من الممكن الإبقاء على الحريّة المطلقة في الأبحاث مهما كانت المادة التّي بين أيدينا. فحتّى العمل الإداري لا يخلو من شكليّات ضروريّة لإنجازه[1]. فيقتضي إعداد القرار الإداري أن يصدر عن سلطة إداريّة مختصّة

(1) تردّ الأنشطة الإداريّة بشكل عام إلى الضّبط الإداري والمرفق العام. ولممارسة هذه الأنشطة تأتي الإدارة أعمالا ماديّة وأخرى قانونيّة. ولا تخرج الأعمال القانونيّة عن إطار القرار الإداري والعقد الإداري. فتلجأ الإدارة إلى إبرام اتّفاقيّات تبرز من خلالها مميّزات السلطة العامة وهذا هو العقد الإداري، لكنّ الإدارة يمكن أن تبرم عقودا تبقى خاضعة للقانون الخاص، ويبقى القرار الإداري هو الآليّة الهامّة في ممارسة النّشاط الإداري باعتباره تعبيرا منفردا عن إرادة الإدارة وإن تدخّلت عدّة إدارات في صياغته، لكنّ بعضا من الأعمال الماديّة ما يحمل في طيّاته عمل قانوني مثل سكوت الإدارة. ويرتبط القرار بالسّلطة الإداريّة بمعنى أن يصدر عن سلطة إداريّة والأغلب أن يكون تنفيذيّا أي قابل للتّنفيذ، معنى ذلك أنّ هناك قرارات إداريّة لا تعدّ تنفيذيّة مثل الأعمال التّحضيريّة (اقتراحات) والأعمال النّموذجيّة والأعمال ذات الطّابع الإرشادي. ويتميّز القرار الإداري عن الأعمال الخاصّة التّي عادة ما تنشأ عن تبادل الإيجاب والقبول، في حين أنّ القرار الإداري يُعدّ تعبيرا عن امتيازات السلطة الإداريّة. وتتوزّع القرارات عادة بين قرارات ترتيبيّة وأخرى فرديّة. فقط أنّ القرارات الترتيبيّة الصادرة عن الخواص الذين يشرفون على مرفق عام تعتبر قرارات إداريّة، كما أنّ القرارات غير التّرتيبيّة المتّخذة من قبل الشخص العام في إطار الملك الخاص للدولة أو المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصّناعيّة

ويتّبع إجراءات خاصّة، غير أنّه لا وجود لإجراءات موحّدة، فلكلّ عمل إجراءاته وتفصيلاته، فمثلا تقتضي مؤاخذة الموظّف إداريّا ضمان حقّ الدّفاع، في حين لا تحتاج بعض الأعمال الأخرى إلى التّعليل إلاّ في الحالات المحدّدة نصّا. فلا وجود لمجلّة إجراءات إداريّة يمكن الاحتكام إليها لتحديد ضوابط العمل الإداري، لكنّ رجال القانون عادة ما يُذكّرون بالمبادئ العامة في ذلك، بمعنى أنّ العمل الإداري يمكن أنّ تتّخذه الإدارة من تلقاء نفسها أو بطلب من المنظورين ويمكن أن يُتّخذ القرار بعد إعلام الغير أو خلافة وتقتضي بعض الأعمال الاستشارة المسبّقة. وقولهم في ذلك إنّ المبادرة والإعلام والاستشارة تُعدّ من المبادئ الإجرائيّة العامة التّي عادة ما يحتكم إليها في تحديد بعض من الحدود الإجرائيّة في إعداد العمل الإداري[1]. فتتقيّد السلطة التّقديريّة دوما بضرورة احترام المبادئ الشّكليّة وموجبات الإجراءات بشكل عام، وهي تمثّل في نهاية الأمر حدود السّلطة التّقديريّة. فقط أنّ رجال القانون الإداري يميّزون بين هذه

والتّجاريّة لا تعدّ قرارات إداريّة.

René Chapus : Droit administratif géneral.op.cit., p. 466 et suiv.

G.vedel;Pierre Delvolvé :Doit administratif,op.cit., p.1096 et suiv.

M.Haurriou :Précis élémentaire de droit administratif, op.cit.,p.729 et suiv.

Yadh Ben Achour : Droit administratif, C.E.R.P - C.N.U.D.S.T 1982, p. 327 et suiv.

عبد اللّه طلبة: مبادئ القانون الإداري، المرجع السّابق، ص 225 وما بعد.

توفيق بوعشبة: مبادئ القانون الإداري، المرجع السّابق، ص 266 وما بعد.

محمّد رضا جنيّح: قانون إداري، مركز النّشر الجامعي 2004، ص 181 وما بعد.

(1) ولايمكن تطبيق القرار الإداري ومواجهة الغير به إلّا بعد نشره بالنسبة إلى القرارات التّرتيبيّة أو الإعلام به بالنسبة إلى القرارات الفرديّة. ومن القواعد العامة في القانون الإداري عدم رجعيّة القرار الإداري إلاّ إذا نصّ المشرّع صراحة على ذلك أو كان تنفيذا لحكم قاضي بإلغاء القرار الإداري أو في حالة السحّب لقرار مشروع، وجميعها من الحالات الاستثنائيّة لمبدأ عدم الرّجعيّة. ويتمتّع القرار الإداري بالقوّة التّنفيذيّة منذ نشره أي لا يحتاج للتّحلية بالصيغة التّنفيذيّة لتنفيذه، وهو بذلك يُعدّ من قبيل السّندات التنفيذيّة غير القضائيّة. ويتمتّع بقرينة المطابقة مع القانون وبقرينة المشروعيّة والبعض قال بحجيّة الشيء المقضي به. ويُطلب بداية الإذعان لهذا القرار حتّى في صورة الطّعن. وفي حالة عدم الانصياع يمكن للإدارة تسليط عقوبات إداريّة أو أن تطلب تسليط عقوبات جزائيّة أو أن تسعى إلى تنفيذ القرار جبرا.

وينتهي القرار الإداري بالإلغاء أو السّحب، والقاعدة أنّه يجوز إلغاء القرارات الترتيبيّة على خلاف القرارات الفرديّة، كما أنّه يُتّجه التّمييز بين القرارات التّي تنشئ حقّا والعكس، ففي الثّانية فقط يمكن السّحب في كلّ وقت، أمّا في الأولى فلا يجوز السّحب إلاّ إذا كان القرار غير سليم ويُفرض أن يقع قرار السحب في آجال الطّعن. عبد اللّه طلبة، المرجع السّابق، ص 269 وما بعد.

السّلطة التّقديريّة والسّلطة المقيّدة متى تكون الإدارة مقيّدة باتّخاذ قرار في اتّجاه معيّن.

ولكنّ الصّورة أعمق بالنسبة إلى الأعمال القضائيّة، فقد أصبحت بشكل عام يوما بعد يوم خاضعة لجملة من الضّوابط الإجرائيّة الدّقيقة استوعبتها النّصوص الخاصّة والمجلاّت القانونيّة، وهو ما يميّزها.

والقول الصّحيح في الإجراءات المدنية، وعلى خلاف الإجراءات الجزائية[1]،، هو القول بالإجراءات الادّعائية التّي يكون فيها القاضي ملزما بالحياد.[2] ورغم ظهور جانب من الفقه يطالب بضرورة التّدخل في النّزاع القائم،

(1) علي كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2009، ص 15 وما بعد.
علي كحلون: التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2010، ص 279 وما بعد.

(2) ويفهم من مبدأ حياد القاضي أدبيا أن لا ينحاز القاضي لأحد الخصوم، وفنيا أن لا يعمد القاضي إلى إعداد وسائل الدفاع وأن لا يسعى في إحضارها، وحقق الدكتور السنهوري "إنّ المقصود بحياد القاضي هو أن يقف موقفا سلبيا من كلا الخصمين فيما يتعلّق بإثبات الدعوى"(المجلّد الثّاني،المرجع السّابق، ص 20). وقد كان هذا المبدأ معروفا بالفقه الإسلامي، إذ روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال «إنما أنا بشر وأنكم تختصمون إلي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنّما أقطع له قطعة من نار» وقد حقق أغلب الدّارسين للفقه الإسلامي ولاحظوا مدى ضرورة حرص القاضي على ضمان المساواة بين الطرفين، في نظام يتأسّس على مبدإ الحكم بالظاهر، وهما مبدآن أساسيان يؤسسان مبدأ حياد القاضي. لقد كتب عمر الخطاب رضي اللّه عنه لموسى الأشعري منذ زمن بعيد قائلا: «آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك». وبالتشريع الحديث أقر الفصل 12 منذ صدور مجلة المرافعات المدنية في 1959 مبدأ حياد القاضي، وجاء به «ليس على المحكمة أن تقوم بأي سعي لتكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم» وتم تنقيح هذا الفصل بموجب القانون عدد 7 لسنة 1980 الصادر في 3 أفريل 1980 (مداولات مجلس الأمّة، الرّائد الرّسمي عدد 34 بتاريخ 25 مارس 1980، ص 840)، وأصبح الفصل 12 ينّص على ما يلي: «ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم». لكن من الشراح من رأوا فيه حيادا اختياريّا ورأى فيه آخرون حيادا إجباريّا، وإن كان فقه محكمة التعقيب قد أكّد إجمالا اختياريّة مبدأ الحياد المنصوص عليه بالفصل 12 م.م.م.ت، على عكس بعض القرارات الأخرى التي ترى فيه صفة الوجوب، وكانت نية المشرّع واضحة عند سن هذا النص وتنقيحه في سنة 1980، وهي إقرار اختيارية الحياد نظرا لأن النص الجديد أراد فحسب إعفاء القاضي من تكوين وإتمام وإحضار حجج الخصوم، وألغى بالتالي عبارات الفصل 12 القديمة التي توجب على المحكمة عدم السعي إطلاقا.

فإنّ القاعدة هي فوز النّظام الادّعائي، «...ويكون النظام ادعائيا في الإجراءات عندما يعهد المشرّع للأطراف أو نوابهم بتحقيق الدعوى، وفي هذا النظام يكون القاضي بمثابة الحكم الذي لا يبحث بنفسه عن الحقيقة وعلى الخصوم تهيئة قضاياهم وجمع الأدلة المثبتة لحقوقهم وهذا النظام يرتكز على فكرة حياد القاضي الذي لا يتدخّل في المباراة القضائية التي تدور أمامه، فدوره سلبي إذ أنّ الأطراف هم الذين يسيرون الإجراءات.»[1]وبهذا المعنى فقط يمكن الاحاطة بمفهوم الدّعوى المدنيّة وأسسها الفنيّة وتتحقّق المساواة بين الطّرفين. وفعلا هذا هو النّظام الأساس في تنظيم مجلّة الإجراءات المدنيّة الحديثة الصادرة بموجب القانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرّخ في 5 أكتوبر 1959،[2] وقد رأى العديد من الشراح في هذه المجلة أنّها « أرجعت الحاكم إلى وظيفته الأصلية وخلصته من الأعباء الخارجة عن وظيفته الحقيقة التي غايتها تطبيق القانون، وحملها على عاتق أعوان آخرين، فأصبح من الواجب على الخصوم بمساعدة محاميهم إعداد ملفاتهم وتهيئة قضاياهم[3].»

لكنّ جانبا من الفقه انتقد هذا المفهوم لأنه يحدّ في حقيقة الأمر من سلطة القاضي، وطالب بضرورة اعتماد تصور جديد، لأنّ الحياد لا يعني الجمود والسلبيّة، فلا يمكن اعتبار القاضي مجرد حكم في المبارزة بين الطرفين بصرف النظر عن الحق كقيمة أخلاقية وإنسانية، ولا يجوز بالتّالي إلزامه باحترام مبدأ الحياد المطلق، ولا يمكن أن ينحصر دوره في الإعلان عن الفائز من خلال المبارزة بين الطّرفين، بل لابدّ أن يكون هدفه الوصول إلى الحق والكشف عنه[4].

وإذا أخل القاضي بمبدأ حياد القاضي لقيت أحكامه الجزاء المناسب، لكن محكمة التعقيب لم تؤسس هذا الجزاء في كثير من الأحيان على مبادئ الفصل 12 م.م.م.ت لأن مبدأ حياد القاضي ليس إجباريا وانما كان اختياريا. وبعض القرارات التعقيبية تأسست على مبدأ الإفراط في السلطة لنقض الأحكام التي لم تحترم مبدأ حياد القاضي. ويمكن اللجوء كذلك إلى نصوص خاصة مثل الفصل 23 من القانون الأساسي للقضاة الصادر في 14 جويلية 1967، أو النصوص المتعلّقة بالتجريح في الحكام.

(1) عبد الله الأحمدي: القاضي والإثبات في النزاع المدني، المرجع السّابق، صفحة 51 وما بعد.

(2) الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 56 بتاريخ 3 ـ 6 ـ 10 ـ 13 نوفمبر 1959.

(3) محمّد الهادي خفشّة: تقديم مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، القضاء والتّشريع 1959، عدد 9، ص 9.

(4) عبد الله الأحمدي: القاضي والإثبات في النزاع المدني، المرجع السّابق، ص 189 وما بعد.

وانتقد على ضوء ذلك المفهوم السلبي لدور القاضي لأنّ النزاع يتعدى المصالح الخاصة للمتقاضين ليشمل أيضا المصلحة العامة، ويفترض أن يتعاون الأطراف والقاضي لغاية الكشف عن الحقيقة المطلقة لما في ذلك من أثر على سلامة المجتمع والعمران خاصّة وأنّ القاضي يعتبر إطارا معيّنا من طرف الدولة وليس من طرف المتقاضين، وتصدر أحكامه باسم الشعب، وتنفذ بالقوة العامة، وما كان يجوز بالتّالي منعه من التدخل في القضية لمطالبة الأطراف ببعض الوثائق والوصول في نهاية الأمر إلى الكشف عن الحقيقة.

وكان لهذا الجدل الفقهي أثره، وفعلا تطوّرت التشاريع، وأصبحت لا ترى مانعا في تمكين القاضي من آليات وطرق جديدة بغية الكشف عن الحقيقة، وفي هذا الباب يأتي تنقيح 1 سبتمبر 1986 لمجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة وما أورده من تحويرات هامّة على مؤسسة القاضي المقرّر من خلال تنقيح الفصول 87 وما بعد م.م.م.ت[1]، وأصبح الفصل 86 م.م.م.ت ينصّ بموجب ذلك التنقيح على أنه «يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات أو إجراء توجهات واختيارات... أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرر بإتمامها...» واتّجهت التّشاريع الحديثة الأجنبية كذلك إلى نفس هذا الاتّجاه[2].

وبعد أن تمسك الفقهاء وفقه القضاء على امتداد فترات طويلة بضرورة إبقاء القاضي على سلبيّته وترك الحرية للخصوم في المناضلة، ليعلن الحكم في آخر المطاف عن الفائز في المباراة، تأثّرا ببعض الأنظمة القانونيّة، اتّجه العمل إلى

(1) إذا كان القاضي المقرّر مكلّفا بتهيئة القضيّة للحكم، فله عملا بأحكام الفصل 87 م.م.م.ت تلقّي التقارير والمؤيّدات من المحامين ومطالبتهم بما يراه لازما من الإيضاحات والوثائق الإضافيّة وسماع الطّرفين شخصيّا وضبط نقاط الخلاف وسماع البيّنة وتلقّي ما لكلّ منهما من المؤيّدات وتوجيه اليمين الحاسمة. وإتمام التوجّهات والإذن بإجراء الاختبارات.

(2) الفصل 86 م.م.م.ت، وكذلك الفصول 87 إلى 91 م.م.م.ت المتعلّقة بمهام القاضي المقرّر، نُقّحت بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرّخ في 1 سبتمبر 1986 (مداولات مجلس النوّاب، الرّائد الرّسمي عدد 3، بتاريخ 29 ـ أوت ـ 1986، ص 108).
ويراجع في القانون المقارن: قانون الإجراءات المدنيّة الجزائري الصّادر في 8 يونيو 1966. ـ قانون المرافعات الليبي الصادر في 28 نوفمبر 1953. ـ قانون الإثبات المصري الصّادر في 28 سبتمبر 1974. ـ قانون أصول المحاكمات المدنيّة اللبناني الجديد الصّادر في سنة 1983. ـ مجلّة المرافعات المدنيّة الفرنسيّة: الفصلان 181 و213. ـ مجلّة المرافعات المدنيّة الألمانيّة: الفصل 139. ويراجع في جميع ذلك، عبد اللّه الأحمدي، المرجع السّابق، ص 103.

إعطاء القاضي دورا هامّا في تحقيق الدّعوى، وسمح له أخيرا بالخروج من سلبيّته، باعتباره ليس مجرّد حكَم يعيّنه الطّرفان، وإنما قاضي يعمل بمرفق عام وكان له أن يتدخّل ممارسة لحقه في القضاء والكشف عن الحقيقة. ولم يبق فقه القضاء التونسي خاصّة بعد تنقيح 1986 في رؤيته القديمة ليرى بالفصل 12 م.م.م.ت إلزاما للقضاة بعدم إحضار حجج الخصوم. وبإمكان المحكمة بالتّالي أن تثير من تلقاء نفسها الدفوعات القانونية التي تهم النظام العام، ويعود لها تكييف عناصر الدّعوى وتطبيق النصوص القانونية الملائمة ولو كانت غير آمرة.[1] والكشف عن

(1) وعلى ذلك الأساس فلا تثريب على قضاة الأصل، إن هم طلبوا إضافة حجة تقصيا للحقيقة، "وإذا استند الخصم إلى حجج قدمها للمحكمة ولم يعارض أحد في صحتها وجب على المحكمة اعتمادها،" (قرار تعقيبي عدد 88 الصادر في 13 مارس 1976 نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني 1976، ص 192.) و«طالما أنّ الدفع المتمسك به من الطاعن في شأن الوصل المحتج به لا يهم سوى مصلحة الخصوم فقط وأن المحكمة لا تملك هذا الطعن من تلقاء نفسها فإن الحكم يكون مخالفا للقانون لما اعتبر الوصل مستراب.» (قرار تعقيبي عدد 2012 صادر بتاريخ 1978/2/2 نشرية محكمة التعقيب 1978، الجزء 2، ص 30.) ويحمل تطبيق القانون على كاهل المحكمة، وبالتالي «فإن النصوص القانونية التي تعتمدها المحكمة فهي من اختصاصاتها وحدها دون توقف على تمسك الخصوم بها مادامت منطبقة على الدعوى.» (قرار تعقيبي عدد 5876 صادر بتاريخ 4 مارس 1969، ن.م.ت 1969، ص 29.) وعلى المحكمة تعليل حكمها حتى يكون مطابقا للقانون لكن دون حاجة إلى بيان النص القانوني الذي اعتمدته المحكمة،» (قرار تعقيبي عدد 6283، صادر بتاريخ 26 جويلية 1968، ن.م.ت، ص 79.) «وأن وصف العقود من الخصوم لا يقيد المحكمة وعليها إعطاء تلك العقود الوصف الواجب قانونا» (قرار تعقيبي صادر في 30 جانفي 1976، م.ق.ت، عدد 2، 1976، ص 37.) «وأن المدعى ليس ملزما بعرض الأسانيد القانونية والفصول المنطقية بعريضة الدعوى لأن الواجب المفروض عليه هو بيان الوقائع وأدلتها.» (قرار تعقيبي عدد 2831 بتاريخ 30 أفريل 1981، ن.م.ت، 1981، ص 219.) «وإذا كان للمدعي الحق في أن يكيف دعواه من حيث الشكل ومن حيث الموضوع بحسب ما يتراءى له من فائدة فإن القاضي غير مقيّد بهذا التكييف بل عليه أن يبحث في طبيعة الحق المدعى به ليرى ما إذا كان تكييف المدعى له صحيحا قانونا أولا، خصوصا متى كان للتكييف تأثير مباشر على قواعد الاختصاص الحكمي التي لها مساس بالنظام العام، وترتيبا على ذلك فمتى كانت الدعوى الحالية قد رفعت على أساس أنها دعوى كف شغب ترمي في ظاهرها إلى حماية حوز لا وجود له بينما هي في الواقع لا يقصد منه إلاّ الاعتراف للقائم بها بحق الملكية لنصف الجدار، وتمكينه من استعمال ما يقتضيه ذلك الحق فقد كان على حاكم الناحية والحالة تلك وكذلك على المحكمة المطعون في حكمها أن يتخليا عن النظر فيها،» (قرار تعقيبي عدد 9520 صادر بتاريخ 13 فيفري 84، ن.م.ت، 1984، قسم مدني، الجزء 1، ص 42.) «ولا يعد خرقا لأحكام الفصلين 10 و12 م.م.م.ت إذا كان الأمر متعلقا بتحقيق حجية الدليل المطروح لدى المحكمة وذلك من الناحية القانونية ولا يصح قانونا القول بأن المحكمة كونت من تلقاء نفسها عناصر لم يدل بها الخصوم حسبما أوجبه عليهم القانون، إذ

الحقيقة بالطّريقة المفيدة[1]. والحقيقة أنّ ملامح النظام الاستقرائي ربما كانت ظاهرة من خلال قراءة الفصول 86 و87 و88 و89 و90 و91 و114 م.م.م.ت، وقد أرادها المشرّع كذلك خاصة من خلال تنقيح 1986، لتسمح للقاضي بالتدخّل فتكون له مبادرة في الكشف عن الحقيقة. لكن النظام الإجرائي التونسي يبقى في معظمه متمسكا بأحكام النظام الادعائي مع بعض التعديلات التي حتمتها الظروف. ومازال المبدأ الأساسي الذي يرتكز عليه هذا النظام، وهو مبدأ حياد القاضي، فاعلا، وما فتئت محكمة التعقيب تذكر به في أكثر من مناسبة.

وقد ذهب بعض الشراح[2] إلى اعتبار النظام الإجرائي في تونس نظاما مختلطا بين الإدعائية والاستقرائية وهو نظام « في جملته يقوم على الحرية الكاملة إن

تحقيق صحة الحجة المعروضة على قاضي الموضوع هو من واجباته القضائية وفحصها من اختصاصاته ودون أن يكون في تحقيق المحكمة لذلك الدليل مخالفة لمقتضيات النصوص القانونية الملمح إليها.»(قرار تعقيبي مدني عدد 6993 مؤرخ في 19 ماي 1970 مجلة المرافعات المدنية والتجارية معلق عليها من طرف بلقاسم القروي الشابي، ص 22.)

(1) وبإمكان القاضي أن يستفيد من معارفه العلمية حيث "إنّ تحرير الحقيقة... تعتبر من أبرز واجبات المحكمة ودورها من هذه الناحية ليس بدور سلبي..."(قرار تعقيبي صادر في 26/5/1976 عدد 6957، المرجع السابق، صفحة 227.) وأنه «على الحاكم تحرير حقيقة الأمر أما بنفسه أو بتكليف أهل الخبرة،»(قرار تعقيبي صادر في 21/12/1978 عدد 1197، م.ق.ت عدد7، سنة 79، ص125.) ولا تثريب على محاكم الأصل إن هم طلبوا من إدارة البريد استيضاحات لمعرفة ما إذا تمّ إشعار المالك بالحوالات التي أرسلها إليه المتسوغ تسديدا لمعاليم الكراء خاصة وان المسوغ أنكر ذلك، حيث إنّ «استيضاح إدارة البريد من طرف المحكمة لمعرفة ما دفع به المكتري من عرض معين الكراء لا يعد تكوين حجة الخصم و بالتالي لا يعد خرقا لأحكام الفصل 12 م.م.م.ت،»(قرار تعقيبي صادر في 22/1/1981 عدد 4867، م.م.م.ت معلّق عليه من طرف بلقاسم الشابي، المرجع السّابق، ص 22.) و»أن انتداب المحكمة لخبير لفحص الدفاتر التجارية التي استظهر بها الخصوم لا يعد سعيا منها لتكوين حججهم ولا خرقا منها للفصل 12 م.م.م.ت وما ذلك إلاّ وسيلة تحقيق قانوني لدليل أثير لديها من المتقاضين.»(قرار تعقيبي مدني عدد 2384 صادر في 30/1/1964 م.م.م.ت معلّق عليها، المرجع السابق، ص 21.)

(2) محمّد الشرفي: مدخل لدراسة القانون صفحة 303 «... إنّ الفصل 12 يعفي القاضي من كلّ إلتزام ولكن الفصلين 86 و114 يسمحان له عندما يرى في ذلك منفعة، بالإذن بإحضار الشهود والخبراء بإجراء أبحاث أو توجّهات...

إنّ هذا النظام هو في جملته نظام يقوم على الحريّة الكاملة إن لم نقل المفرطة للقاضي، فلا شيء يلزمه بأن يكون ذا موقف إيجابي ولكنّه إن فعل فليس لأيّ كان أن يؤاخذه على ذلك...».

ويقول الاستاذ عبد اللّه الاحمدي، المرجع السابق، ص 51 «...وفي خضم هذا التحول يبدو موقف المشرّع التونسي طريفا متميزا إذ بعد أن كان قانون المرافعات المدنية القديم

لم نقل المفرطة»، غير أنّ المتثبت من التطبيقات القضائية عبر دراسة لقرارات محكمة التعقيب يلاحظ بشدّة مدى تمسك القضاة بمبدأ الحياد تأثيرا بمجلة 1959، وهو ما يجعلنا نحقق أنّ ما طرأ على مستوى مؤسسة القاضي المقرر في سنة 1986، لا يغير كثيرا من صورة النظام الإجرائي التونسي خاصة وأن الأعمال التي يمكن أن يقوم بها القاضي المقرر كانت حسب رأينا محددة، وهو ما يحدّ من مبادرته وإطلاق يديه، والمثل كذلك بالنسبة إلى الفصلين 86 و114 م.م.م.ت. فرغم أنّ القاضي المقرر بمحاكم الحق العام أصبح بإمكانه مطالبة المحامين بالإيضاحات والوثائق الإضافية، التي يراها ضرورية، فإن المبدأ يبقى قائما وهو سلبية الدور الذي يقوم به، إذ لا يجوز له، حسب رأينا، التطرق إلاّ للصور المبينة بالفصول 87 وما بعد م.م.م.ت[1] أو المواضيع التي كُلف بها من طرف المحكمة بناء على الفصلين 86 و114 م.م.م.ت.[2]

الصادر سنة 1910 طلائعيا في تكوين إتجاه التحري والبحث عن الحقيقة، وتمكين القاضي من نفوذ كبير لهذا الغرض، صدرت مجلة المرافعات المدنية والتجارية الجديدة سنة 1959 وتضمنت أحكاما كأنها تجسم اتجاها معاكسا فكان من نتائج ذلك تغلغل فكرة حياد القاضي في الأذهان وإعفاء هذا الأخير من عناء البحث عن الحجج، ثم جاء قانون غرة سبتمبر 1986 الذي أحيى خطة القاضي المقرر، ومن خلال هذا التنقيح الأخير، ظهرت من جديد ملامح النظام التحقيقي رغم أنّ الأحكام التي تضمنتها مجلة المرافعات المدنية والتجارية والمشتملة على جذور حياد القاضي مازالت باقية إلى الآن..».

(1) نصّ الفصل 87 م.م.م.ت بعد تنقيحه سنة 1986 على أنّ القاضي المقرّر يتولّى تهيئة القضيّة للحكم بتلقّي التّقارير والمؤيّدات من المحامين ومطابتهم بما يراه لازما من الإيضاحات والوثائق الإضافيّة. بإجراء الأبحاث التّي يستوجبها سيرها بسماع الطّرفين شخصيّا وضبط نقاط الخلاف بينهما وسماع البيّنات وتلقّي ما لكلّ منهما من المؤيّدات بما في ذلك توجيه اليمين الحاسمة. وإتمام التّوجّهات على العين والإذن بإجراء الإختبارات واتّخاذ القرارات المتعلّقة بالجوانب الشّكليّة التّي لا تأثير لها على موضوع الدّعوى.وله عند الاقتضاء التّغيير والعدول عمّا قرّر إجراءه وأذن باتّخاذه من الوسائل. وينصّ بالملف على كلّ وسيلة يتّخذها حسب تاريخها. ويحرّر في النّهاية تقريرا يستعرض فيه وقائع القضيّة وما أنجز فيها من أعمال دون أن يبدي رأيه في الموضوع.

(2) نصّ الفصل 86 بعد تنقيحه سنة 1986 على أنّه يمكن « للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معيّنة من سماع بيّنات أو إجراء توجّهات واختبارات أو تتبّع دعوى الزّور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة أن تأذن للقاضي المقرّر بإتمامها.» وقد سبق للفصل 114 قديما والذّي لم يقع تنقيحه سنة 1986 الإشارة إلى أنّه « إذا لم تجد المحكمة بالملفّ الإيضاحات الكافية يمكنها أصالة منها الإذن بإحضار الشهود أو الخبراء بالجلسة الذّين ترى منفعة في سماع شهادتهم وتأذن عند الاقتضاء بزيادة البحث كما يمكن لها الإذن بحضور الخصوم بذواتهم.

ويبقى بالتالي النظام الإجرائي المدني في تونس هو نظام ادعائي في حقيقته يتأسس على مبدأ حياد القاضي مع بعض التعديلات التي فُرضت تطبيقا للفصول 86 و87 وما بعد و114 م.م.م.ت، وهي مجرد استثناءات للمبدأ. فلا يمكن مهما كانت نظرتنا الحديثة للنّزاع المدني، وتحت ضغط الكشف عن الحقيقة، أن نقبل بأن يحلّ القاضي محلّ الأطراف في الإثبات. صحيح أنّ المطلوب هو الفهم الصّحيح لقاعدة البيّنة على من ادّعى ووضعها في إطارها في اتّجاه التّوزيع السّليم لعبء الإثبات وفهم طور الفصل في صورة عدم الإثبات، لكنّه يُمنع إجمالا التّدخّل في الدعوى والحلول مكان الأطراف. وقد رفضت محكمة التعقيب في عدّة مناسبات إمكانية المطالبة ببعض الوثائق، وقالت بعدم جواز المحكمة في تمسّكها بالمؤيّدات المضمّنة بالملف من تلقاء نفسها دون أن يتمسّك بها الخصوم،[1] كما أنّ جميع الدفوعات القانونية بعيدا عن التكييف القانوني لسبب الدعوى لا يمكن للمحكمة أن تتمسك بها من تلقاء نفسها إلاّ إذا كانت تهم النظام العام، أما إذا تعلقت بالمصلحة الخاصة كآجال التّقادم مثلا فلا يجوز للقاضي أن يتمسك بها.[2] ويحجّر على القاضي استنادا إلى مبدأ حياد القاضي بطبيعة الحال واحترام حقوق الدفاع والتقيد بنظرية الإثبات المقيد أن يستفيد من استقراءاته وأبحاثه المعتمدة على وسائل لم يحتج بها أطراف القضيّة، بل يمنع أصلا من المبادرة مهما كانت إذا كان من شأنها مساعدة أحد الأطراف في الإثبات.

والحقيقة أنّ الفقه لم يحدّد محتوى هذا الحياد وحدوده ومدى الإمكانيّات التّي يسمح بها للقاضي في تحقيق الدّعوى، بل اختلفت الآراء الفقهيّة، ولم يستقر فقه القضاء على رأي. فرغم بعض المواقف التّي تبدو في مظهر الموسّع لمجالات تدخل القاضي، فقد استمرت محكمة التعقيب في مراقبة قضاة الأصل وهو المبدأ، متمسّكة في أغلب الأحيان بمبدأ حياد القاضي وبمفهومه ومصادره وأسسه، محافظة في أغلب الأحيان على المفهوم التقليدي للحياد، وكثيرا ما تؤسّس موقفها على النصوص القانونية التي لازالت تمنع القاضي من تدخّله في الدّعوى،[3] وعلى قاعدة البيّنة على من ادعى.[4] وبهذه الطّريقة فقط يمكن ضمان طبيعة النّزاع المدني وآليّاته.

(1) قرار تعقيبي عدد 725 الصادر في 1961/ 02/ 08 القضاء والتشريع، عدد 5، ص61.
(2) أحمد مسلم: أصول المرافعات، التنظيم القضائي، ص 502.
(3) أنظر مثلا: الفصل 385 م.ا.ع في سقوط الدعوى بمرور الزمن.الفصل 483 م.ا.ع في المعارضة بالحكم الذي لا رجوع فيه، الفصول 14 و15 و16 و18 م.م.م.ت.
(4) ولهذا الغرض ذكّرت محكمة التّعقيب بأنه "من المسلم به فقها وقضاء أنّ المحكمة ليست

ملزمة بأن تشير على الخصوم وأن تطالبهم بتقديم مؤيداتهم على ثبوت الدعاوى أو نفيها بل إنه من واجب الخصوم أنفسهم أن يتقدموا لديها بأدلتهم كما أنه ليس عليها أن تقوم بأي سعي لتكوين أو إحضار حجج الخصوم حسب الفصل 12 م.م.م.ت»(قرار تعقيبي عدد 189 الصادر في 13 جانفي 1977، ن.م.ت، 77 الجزء 1، ص 29.)، وأن مجرد «وجود حجة بالملف لم يقع الاحتجاج بها ولا الإجابة عنها من الخصم لا يوجب على المحكمة اعتبارها»(قرار تعقيبي عدد 725 الصادر في 61/ 2/ 8، م.ق.ت، عدد 5، ص 27.). و» ليس على المحكمة أن تثير من تلقاء نفسها أمرا لا يهم النظام العام وإلا فقد خالفت قاعدة الفصل 12 م.م.م.ت»،(قرار تعقيبي عدد 7608 مؤرخ في 4 مارس 71، م.م.م.ت معلق عليها من طرف السيد بلقاسم الشابي، ص 21.) كما أنه ليس على المحكمة أيضا أن تثير من تلقاء نفسها الدفوعات الشكلية التي لا تهم إلاّ مصلحة المتقاضين، كالدفع المأخوذ من عدم الاختصاص الترابي،(قرار تعقيبي عدد 2012، الصادر في 78/ 2/ 2 ، م.م.م.ت معلّق عليها من طرف بلقاسم الشابي، ص 26، وانظر كذلك الفصول 13 وما بعد من م.م.م.ت.) وليس للقاضي أن يثير من تلقاء نفسه دفوعات تتعلّق بالإثبات وخاصة الفصل 473 م.ا.ع(نصّ الفصل 473 م.ا.ع على ما يلي «شهادة الشهود لا تكون بينة في الاتفاقات وغيرها من الأسباب القانونية التي من شأنها إحداث التزام أو حق أو تحويل ذلك أو تغييره أو الإبراء منه إذا كان قدر المال أكثر من ألف دينار، فيجب حينئذ تحرير حجة رسمية أو غير رسمية للبينة فيه».) لأن هذه القاعدة ليس لها أية علاقة بالنظام العام، وما كان للقاضي أن يرفض البينة بالشهادة في إثبات الاتفاقات إذا لم يعارض الخصم في ذلك «لأنها تقوم على عدة اعتبارات ترجع في الأكثر إلى مراعاة مصلحة الخصوم الذين يملكون حق التنازل عن أصل الحق ومن باب أولى يملكون حق التنازل عن قيود الإثبات»(قرار تعقيبي 5 مارس 1957، م.ق.ت، 1960، عدد 9 و10، ص37، وفي نفس الاتجاه: قرار تعقيبي 10 جانفي 1929، نفس المرجع، ص 35. قرار تعقيبي 22 فيفري 1935، نفس المرجع، ص 36.). وقد استقر فقه القضاء على اعتبار قاعدة الفصل 473 م.ا.ع لا تهم النظام العام وليس على القاضي أن يتمسك بأحكامها من تلقاء نفسه وأمكن سماع شهادة الشهود في إثبات الاتّفاقات إذا لم يعارض الطرف المقابل في ذلك. ولا يحقّ للمحكمة إجمالا أن تتمسك من تلقاء نفسها بنصوص قانونية لا تهم النظام العام،(قرار تعقيبي عدد 5608 صادر بتاريخ 4 مارس 1971، ن.م.ت، 71، ص 44 وقد نقضت محكمة التعقيب قرارا استئنافيا بعلة أن قضاة الأصل أثاروا الفصل 246 م.ا.ع المتعلق بالدفع بعدم التنفيذ من تلقاء أنفسهم وهو دفع لا يهم النظام العام.) حيث ليس لها أن تتمسك بدفوعات مختلطة بين الواقع والقانون. ولا يمكن للقاضي أن يعتمد على علمه الشخصي لأن «أدلة الإثبات المقبولة هي المنصوص عليها بالفصل 427 من المجلة المدنية واعتماد غيرها يكون اعتمادا على غير دليل قانوني.»(قرار تعقيبي صادر في 19 ماي 1959، م.ق.ت، لسنة 1960، عدد 6، ص 60.) وحفاظا على مبدأ البينة على من ادعى كثيرا ما أكدت محكمة التعقيب على»أنه ليس من وظائف المحكمة أن تبحث عن أدلة لم يتمسك الخصوم أنفسهم بها، عملا بالمبدأ المقرر بالفصل 420 م.ا.ع «،(قرار تعقيبي صادر في 3 جوان 1958، م.ق.ت، 1960، عدد 9 و10، ص 168.)وأن المدعي»هو المطالب بإثبات دعواه، والمراد بالمدعي هو الذي يدعي خلاف الأصل»(قرار تعقيبي صادر في 28 مارس 1961، م.ق.ت، 1961، عدد 6، ص 22.)، ومن «يدعي وجود عقد فهو المطالب طبعا

ثمّ إنّ الإجراءات الاستقرائيّة، متى يكون للقاضي دور إيجابي، **تبقى هي الاستثناء**، وعادة ما يقرّها المشرّع لأسباب موضوعيّة ومنطقيّة كما هو الشّأن بالإجراءات الجزائيّة أو الإجراءات الإداريّة،[1] لأنّ الأولى تهدف إلى حماية المجتمع والثّانية تهدف إلى حماية الطّرف الضّعيف[2].

ومهما كانت الصّورة هناك حدود يجب أن نقف عندها. فمهما كانت طريقة البحث، فهناك من القواعد ما يحدّ من حرّية القاضي في تحقيق الدّعوى، فلا يمكن تجاوز جملة من القواعد الشّكليّة سواء في رفع الدّعوى أو سيرها أو الحكم فيها أو الّطعن فيها، وتفرض عادة بعض الأجال لابدّ من احترامها. ولا يمكن أن نقبل اليوم بالنّظر في نزاع مدني دون ضمان مبدأ المواجهة ومن خلاله ضمان جملة من المبادئ الأساسيّة في حقّ الدّفاع والمساواة. ولايمكن أن تكون الخيرة للقاضي في اختيار وسائل إثبات معيّنة دون أخرى في نظام مقيّد أو أن ينحاز عن ضوابط

بإثبات مدعاه بالوسائل التي فرضها القانون، وذلك تطبيقا للفصل 420 م.ا.ع».(قرار تعقيبي صادر في 13 نوفمبر 1956، م.ق.ت، 1960، عدد 9 و10، ص 230.) و»لا خلاف أنّ الخصوم هم المكلفون قانونا بالبحث عما لهم من الحجج في النزاعات المدنية والإدلاء بها قبل المرافعة في الموضوع وبناء على ذلك فإن ما قامت به الدائرة الاستئنافية من محاولة لجلب الملف الجناحي الحاوي لحجة صلح لم يكن مفروضا عليها قانونا وأن المستأنف هو الذي قصر في الإدلاء بحجته»،(قرار تعقيبي صادر في 18 ماي 1948، م.ق.ت، 1960، عدد 9 و10، ص 167.) كما لا «يمكن للقاضي إلزام الطرف المقابل بإضافة الحجة التي تحت يده»،(قرار تعقيبي صادر في شهر ديسمبر 1958 م.ق.ت، 1959، عدد 5، ص33.) و»أنّ المدعية التي زعمت أنّ المدعي عليه يملك محلات أخرى غير المحل الذي يشغله ملزمة بإثبات ذلك، وليس على المطلوب إثبات عدم ملكيّته لتلك المحلاّت عملا بأحكام الفصول 420 و562 و535 م.ا.ع».(قرار تعقيبي 1950 الصادر في 11 مارس 1978، ن.م.ت، 1978، ج 1، ص 103.) و»من استند إلى حجة فعليه الإدلاء بها ولا يكون خصمه ملزما بتقديمها»،(قرار تعقيبي صادر في ديسمبر 1958، م.ق.ت، 1959، عدد 5، ص 33.) و»ليس للمحكمة مطالبة من لم يكن طرفا في الدعوى بتقديم وثيقة ما إذ ليس لها تجاوز إطار النزاع»،(قرار تعقيبي 1522 صادر في 17 أوت 1977، ن.م.ت، 1977، ج 1، ص 100.) و»ليس لأحد أن يحتج بما تعود فائدته لغيره»،(قرار تعقيبي صادر في 12 أكتوبر 1954، م.ق.ت، 1960، عدد 9 و10، ص 168.) وأن «إلزام المدعي نفسه بالإدلاء برسم تملكه مخالف لقاعدة القانون المدني الكبرى القاضية بأنّه من ادعى شيئا فعليه إثباته.»(قرار تعقيبي صادر في 28 جوان 1955، م.ق.ت، 1960، عدد 9 و10، ص 168.)

(1) الفصول 42 إلى 49 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة سابق الذّكر في التّحقيق والأمور العارضة ومعطّلات التّحقيق وختم التّحقيق.

(2) وقد ظهرت الإجراءات الادّعائيّة قبل الإجراءات الاستقرائيّة، ثمّ سرعان ما انحاز التّطبيق إلى الثّانية، ثمّ ارتدّ القول الصّحيح إلى الأولى.
Duguit : Droit constitutionnel, tome 2, op.cit.,p.458,n°30.

النّزاهة في الإثبات أمام تنامي التّيار الإنساني في وقتنا المعاصر. فلا بدّ من مراعاة الشكليّات والآجال في الدعوى المدنيّة وتفعيل عناصر المواجهة بين الطّرفين واحترام الإثبات المقيد والنّزيه[1].

ـ احترام الشّكليّات والآجال: صحيح أنّ طغيان الشّكليّات فيه خطر على أصل الحقّ، وأنّ « التّشدّد في موضوع الإجراءات قد يؤدّي إلى تسهيل عمليّات التّحايل،»[2]ولكنه لا يمكن مطلقا إسقاط الجانب الشّكلي بدعوى حماية الحقّ.[3]والمطلوب أن نقبل بما يضمن تنظيم إجراءات الدّعوى وسيرها، فلا بدّ أن تتوفّر قواعد دقيقة ومعلومة تطمئن المتقاضي وتحرص سير الخصومة، ومن خلالها تتحقّق جملة من المبادئ الهامّة في حقّ الدّفاع والمساواة والمواجهة. ألم تأت فترة بفرنسا عادة ما يشير إليها رجال القانون متى عبّر المتقاضون عن سخطهم إزاء السّلطة القضائيّة بسبب عدم وضوح الإجراءات.[4]فلم تتخلّف التّشاريع المعاصرة على وجه الإجمال عن تعيين قواعد إجرائيّة سواء على مستوى إقامة الدّعوى أو سيرها أو الطّعن في الأحكام الصّادرة فيها. لذا وضعت مجلّة الإجراءات التّونسيّة أحكاما خاصّة بتحرير عريضة الدعوى وطريقة تبليغها وكيفيّة تقييدها وبيّنت شكليّات سير الخصومة والحكم فيها وطرق الطّعن فيها وضبطت آجال الحضور وآجال الجواب عن الدّعوى وآجال تبادل التّقارير والمؤيّدات وآجال تهيئة القضيّة للفصل وآجال الطّعن سواء في مستواها العادي أو غير العادي، وذلك بهدف جعل النّزاع الموضوعي يتّخذ مسارا معلوما من الجميع، وحتّى لا تكون النّاحية الشّكليّة والإجرائيّة ورقة ليّنة يطوّعها الأطراف حسب رغباتهم وميولاتهم، وحتّى لا يتخيّر القاضي والأطراف القواعد التّي من الممكن اعتمادها في نزاع معيّن، فهي عبارة عن طوق يحرص النّزاع أو أساس يتّكئ عليه الجميع. والجميل أن تكون هذه القواعد دقيقة وواضحة ولا تحتمل كثيرا من التأويل وفق مبادئ التّأويل الضيّق في المادّة الإجرائيّة.

(1) ولاننوي تقديم دراسة شاملة عن هذه الحدود، فذلك ليس من مشمولات دراستنا، ولكن كان من اللاّزم الوقوف على أبرز مفاهيم هذه المبادئ في تحديد ضوابط الخصومة القضائيّة.

(2) عبد اللّه طلبة، المرجع السّابق، ص 236.

(3) قرار محكمة التّعقيب التّونسيّة عدد 3784 المؤرّخ في 11 مارس 1980 م.ق.ت 1980، عدد 5، ص 127 .

(4) وكانت قبل صدور قانون 1667 colbert. محمّد بن سلامة: نظريّة البطلان في مادة الإجراءات المدنيّة م.ق.ت 1975، عدد 1، ص 91.

ووضع المشرّع أنظمة دقيقة في مرجع النّظر الحكمي[1]، وفي تنظيم الجلسات (التحضيريّة والمرافعة والمفاوضة والحكم)[2]، وفي تحقيق الدّعوى (تلقّي البيّنة وإتمام الاختبار واختبار الكتائب وإثبات الزّور المدني)[3]، وفي معطّلات النّوازل[4]، وفي التداخل والمعارضة[5]، وهي ملزمة للقاضي، كما هي ملزمة للأطراف، حتّى لا يتخيّروا نظاما دون آخر، فلا تكون لهم الخيرة في ترك الموجود أو استحداث الجديد.

ـ **المواجهة بين الخصوم:** يقصد بالمواجهة أن تُتّخذ الوسائل الإجرائيّة النّاجعة لتمكين أطراف النّزاع من الحضور بالجلسة والاطّلاع على أوراق الخصوم ومناقشتها والرّدّ عليها. وهو من المبادئ التّي أنزلها الفقه منزلة القواعد العموميّة التّي يمكن أن ترتقي إلى حدّ منزلة الحقوق الطّبيعيّة.[6] ومن خلال هذا المبدأ تتحقّق جملة من المبادئ الهامّة في حقّ الدّفاع والمساواة بين الطّرفين، فباستدعاء أطراف النّزاع يتحقّق لكلّ واحد منهم الاطّلاع على دفوعات الطّرف المقابل وبالتّالي له الحرّية في الدّفاع على حقوقه بالكيفيّة التّي يراها وفي الوقت الذّي يراه مناسبا وله حقّ الطّعن في الحكم الذّي لم يراع دفوعاته، ويجب أن تُعطى الأطراف نفس الإمكانيّة في الدّفاع فيتحقّق مبدأ المساواة. ولاأظنّ أنّ هناك في العالم أجمع إجراءات لم تراع هذا المبدأ. صحيح أنّ المشرّع التّونسي لم ينص بمجلّة الإجراءات صراحة على هذا المبدأ،[7] لكنّ مظاهره كثيرة تكاد لاتخفى على معظم فصول المجلّة بما في ذلك علانيّة الجلسات والحقّ في الإثبات والحقّ في الطّعن وغير ذلك. كما أنّ مجلّة الإجراءات ولتحقيق المواجهة بين الأطراف نظّمت كيفيّة استدعاء الأطراف منذ رفع الدّعوى ومكّنت الأطراف من

(1) الفصول 20 وما بعد م.م.م.ت
(2) الفصول 76 وما بعد م.م.م.ت
(3) الفصول 92 وما بعد م.م.م.ت
(4) الفصول 241 وما بعد م.م.م.ت
(5) الفصول 224 وما بعد م.م.م.ت
(6) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، المرجع السّابق، ص 99.
(7) ولربّما كان الخيار الأحسن التّنصيص على هذا المبدأ الأساسي مثلما فعل المشرّع الفرنسي بالفصل 16 من مجلّة الإجراءات المدنيّة بعد تنقيح 12 ماي 1981.
« Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles - ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ».

تبادل التّقارير والملاحظات وحضور كامل مراحل البحث خلال نشرالخصومة وإعلامهم بالحكم بعد صدوره لممارسة حقّ الطّعن عند الاقتضاء.[1]

ـ **احترام قاعدة الإثبات في إجراءاتها وقيودها ونزاهتها:** يخضع النّزاع المدني لقاعدة الإثبات المقيّد والقصد من ذلك أن تكون وسائل الإثبات محدّدة ومرتّبة. فلقد عدّد المشرّع وسائل الإثبات بالفصل 427 م.ا.ع ونصّ بالفصل 473 م.ا.ع على قاعدة الإثبات كتابة في كلّ ما تجاوز ألف دينار في المعاملات إلاّ في الحالات الاستثنائيّة المحدّدة نصّا بالفصلين 477 و478 م.ا.ع.، فلا يمكن بالتّالي للأطراف وللقاضي أن يتجاوزوا منطوق هذه الحدود. فخلافا لقاعدة الحرّية في الإثبات المعتمدة في الإجراءات الجزائيّة تبقى مادة الإثبات في المادّة المدنيّة رهينة هذه الفصول ومضامينها. فلا يمكن أن يأخذ القاضي ببيّنة تتجاوز هذا الحدّ، كما لا يمكن للأطراف أن يتخيّروا وسائل الإثبات وينتقوا منها ما يناسبهم. صحيح أنّ نظريّة الإثبات لا تهمّ النّظام العام على وجه الإجمال،[2] باستثناء بعض الحالات التّي فرض فيها المشرّع الإثبات بطريقة محدّدة كما أن تكون حجّة رسميّة،[3] لكنّه إذا تمسّك الطّرف المقابل بأحكام الإثبات تنتهي حرّية الطّرف المقابل. بل إنّ كثيرا من وسائل الإثبات يتوقّف اعتمادها إلى حين تسجيلها بالقباضة الماليّة على معنى مجلّة التّسجيل والطّابع الجبائي.[4]

ثمّ إنّ توزيع عبء الإثبات وتحديد الطّرف المطالب بالإثبات في الدّعوى فيه من الإجراءات ما يجب احترامه. فالبيّنة على من ادّعى (الفصل 420 م.ا.ع) وإذا أثبت المدّعي وجود الالتزام كانت البيّنة على من يدّعي انقضاءه أو عدم لزومه له (الفصل 421 م.ا.ع)، والأصل في كلّ إنسان الاستقامة وسلامة النيّة والأصل في الأمور الصحّة والمطابقة للقانون والأصل براءة الذمّة والأصل بقاء

(1) يراجع خاصّة الفصول 4 إلى 11 م.م.م.ت والفصول 44 إلى 50 م.م.م.ت والفصول 68 إلى 197 م.م.م.ت.
(2) Abdallah fathi abdelrahim : aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civils,op.cit., p. 458 et suiv.
(3) نصّ الفصل 422 م.ا.ع على أنّه لا يشترط في إثبات الالتزامات صورة مخصوصة إلّا في الحالات التّي نصّ القانون على صورة معيّنة، وأضاف الفصل 423 م.ا.ع أنّه إذا عيّن القانون صورة للإثبات كان بها ولا بدّ إثبات الالتزام أو العقد عدا ما استثناه القانون في صورة مخصوصة.
(4) القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرّخ في 17 ماي 1993 المتعلّق بإصدار مجلّة معاليم التسجيل والطابع الجبائي، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 39 بتاريخ 25 ماي 1993، ص 715.

ماكان على ما كان، وعلى كلّ من يدّعي خلاف ذلك إقامة الدّليل مهما كان موقعه في الدّعوى.[1] ثمّ إنّ طريقة التّحرير على البينة وانتقاء الشّهود فيها من القيود والضّوابط ما يجب احترامه على معنى الفصول 92 وما بعد م.م.م.ت.

والمطلوب كذلك أن يراعي الإثبات مهما كانت طريقته جملة من القواعد الهامّة أصبحت تعرف بقواعد النّزاهة في الإثبات،[2] خاصّة أمام تنامي تأثيرات التّيّار الإنساني في مجتمعنا الحالي. فلم يعد بالإمكان خرق حرمة السّكنى أو السرّ المهني أو حرمة المراسلات أو الحياة الخاصّة أو المعطيات الشخصيّة بدعوى الإثبات. فلم يكن الإنسان البدائي يطمح إلى أكثر من حماية جسده وذاته، ومع تطوّر المجتمع واستقرار الإنسان أصبح للمقرّ أهمّيته وحرمته، ومع اكتشاف وسائل الاتّصالات الحديثة ظهر مفهوم حرمة المراسلات، ومع تبلور فكرة حقوق الإنسان أعيد صياغة جملة من الحقوق ومن ذلك حماية السرّ المهني والحياة الخاصّة والمعطيات الشّخصيّة. وقد أصبحت جميع هذه الحقوق تحت حماية القواعد الجزائيّة وأنّ انتهاكها أصبح يمثّل جريمة.[3] صحيح أنّ المشرّع يسمح إلى حدّ ما بخرق هذه المبادئ بدعوى التّحقيق الجزائي، ولكن لا شيء يبرّر تجاوز حدودها خلال النّظر في النّزاع المدني، ولا يمكن أن تحطّ رغبتنا في التّحقيق المدني من قدر هذه الحقوق. وبعلّة حرّية البحث يمكن أن تسقط عناصر نزاهة الأبحاث المدنيّة وبالتّالي وقار العدالة. فإذا رفض الفقه والقضاء الخروج عن ضوابط النّزاهة حتّى بالنسبة إلى الأبحاث الجزائيّة في عدّة مواطن،[4] فلا أقلّ أن تبقى الأبحاث المدنيّة مهما كانت الصّورة خاضعة لضوابط النّزاهة.

إنّ الإجراءات المدنيّة انتهت إلى جملة من المبادئ الهامّة القائمة بالأساس على مبدأ الحياد، ومن ذلك أتت جملة من المبادئ الأساسية لها علاقة بفلسفة الدعوى المدنية ومبدأ المساواة و القواعد الموضوعية في الإثبات. حيث إن

(1) الفصول 558 و559 و560 و561 و562 م.ا.ع

(2) Djemel.M : La loyauté dans le procès civil, mémoire D.E.A en droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 1992.

(3) علي كحلون: المسؤوليّة المعلوماتيّة، المرجع السّابق، ص 140 وما بعد.

(4) Hedi Lakoua : La loyauté dans la recherche des preuves en matière pénale, thèse,op.cit.

تحدّث الكاتب في الجزء الأوّل عن معايير نزاهة وسائل الإثبات في المادة الجزائيّة (من صفحة 20 إلى 194)، ليتحدّث في الجزء الثّاني من بحثه عن حماية مبدأ النّزاهة في وسائل الإثبات، سواء عن طريق المشرّع أو عن طريق فقه القضاء (من صفحة 194 إلى صفحة 362).

الدعوى باعتبارها الحق في الالتجاء إلى القضاء لطلب حسم النزاع تعد ملكا للأطراف، ولكل شخص الحق في الدفاع على موقفه في إطار المساواة الكاملة طبق إجراءات المواجهة ودون تجاوز القواعد الموضوعية في الإثبات سواء في توزيع عبء الإثبات أو في طريقة الإثبات نفسها، وقد خلص الفقه و فقه القضاء منذ مدة إلى احترام جملة من المبادئ الأساسية التي تعد محورية في هذا الباب، ومن ذلك حرمة السكنى وحرمة المراسلات والسر المهني واحترام الحياة الخاصّة والمعطيات الأساسيّة إلى جانب جملة من الشّكليّات الضّروريّة. صحيح أن التطور الحاصل في هذا المجال انتهى إلى تغيير طبيعة النزاع ودور القاضي فيه و ذلك بإقرار تدخل القاضي حسب معطيات إيجابية، لكن الأمر لم يصل تماما إلى إسقاط أغلب المبادئ في الإثبات والمواجهة والمساواة.

الفصل 13 ـ المسقطات كلها وجوبية تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها.

التعليق على الفصل 13

السّقوط هو جزاء عدم احترام الآجال الإجرائيّة، وهو يتعلّق بالمرافعات أي انطلاقا من عريضة الدّعوى إلى حدّ صدور الحكم فالطّعن فيه، كما يمكن أن يتعلّق بآجال خاصة بالتنفيذ[1]، وهو يتعلّق بالآجال النّاقصة فقط[2]، وخاصّة ما يتعلّق بآجال الطّعن[3]. ويعبّر عنه بالسّقوط الإجرائي l'echéance لأنّه يسقط الحقّ بصفة نهائيّة في اتّخاذ الإجراء ذاته خلال المرافعات[4]. والقاعدة أنّ

(1) أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع السّابق، ص 519.

(2) تهدف الآجال النّاقصة إلى تعجيل الفصل في الخصومة بمعنى أن يُفرض القيام بالإجراء قبل نهاية الأجل المحدّد، فهي من المسقطات مثل آجال تقديم الطّعون وآجال تقديم المذكّرات والملاحظات. ونميّز عادة بين الآجال التّنظيميّة والآجال الحتميّة والآجال اللاّزمة وغير اللاّزمة والآجال النّاقصة والآجال الكاملة. ومن أهمّ أهداف هذه الآجال أنّها تحمي أهمّ المبادئ الإجرائيّة في حقّ الدّفاع وفي حقّ المواجهة.

(3) ويقال إنّ السّقوط الإجرائي ظهر أوّل مرّة بالقانون الفرنسي عدد 16 المؤرّخ في 26 ـ 8 ـ 1790 المتعلّق بخفض مدّة الطّعن بالاستئناف، حيث لم يكن القانون الرّوماني يميّز بين السّقوط والتّقادم بل وضع جزاء وحيدا :prescriptio.
رضا بالحاج عمر: الآجال في الدّعاوى القضائيّة المدنيّة، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة، كليّة الحقوق بسوسة، 1997 ـ 1998، ص158 وما بعد.

(4) الفصلان 155 ـ 196 م.م.م.ت

السّقوط لا يقبل الانقطاع أو الرّفع[1]، وهو يتعلّق بالنّظام العام على معنى الفصل 13 م.م.م.ت[2]، فلا يمكن الاتّفاق حوله، فقط أنّ المشرّع بإمكانه التدخّل لبيان مواطن الزّيادة في الآجال أو نقصانها مثل الزّيادة بسبب المسافة[3]أو بسبب الأعياد والعطل الرسميّة[4]، ولا يهمّ إن كان الخلل حدث بسبب إهمال أو عدم تبصّر. ولا يتأثّر هذا الأجل بالقانون الجديد في صورة تعديله، بل يبقى خاضعا لأحكام القانون القديم. لذلك نصّ الفصل 13 م.م.م.ت. على أنّ «المسقطات كلها وجوبية تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها».

ولا يطرح الإشكال إذا أشار المشرّع إلى حالات السّقوط مثلما فعل بالنسبة إلى آجال الاستئناف والتّعقيب وإعادة النّظر[5]، لكنّه من الممكن أن يستشكل الأمر إذا سكت المشرّع عن الجزاء، وربّما كان الحلّ يقتضي أن ينصّ المشرّع صراحة على حالات السّقوط، وأن لا يعتدّ بهذا الجزاء إلاّ إذا نصّ المشرّع على ذلك لأنّه جزاء حادّ لا يجب أن يبقى محلّ جدل[6]. وذلك هو نظام السقوط الإجرائي الوارد بالفصل 13 م.م.م.ت.

ويتميّز السّقوط الإجرائي عن مواعيد السّقوط forclusion وعن سقوط الخصومة péremption d'instance والتّقادم المسقط prescription وإن كان البعض لا يميّز بوضوح بين السّقوط الإجرائي ومواعيد السّقوط[7].

(1) إلّا في حالة وفاة المدّعي (الفصل 142 م.م.م.ت) أو القوّة القاهرة.

(2) المشرّع الفرنسي وخلافا للمشرّع التّونسي فرّق بين السّقوط الوجوبي ويهمّ النّظام العام والسّقوط الاختياري ولا يهمّ النّظام العام. رضا بالحاج عمر، المرجع السّابق، ص 167.

(3) الفصلان 70 و 141 م.م.م.ت.

(4) الفصول 141 –143 ـ 195 م.م.م.ت

(5) الفصول 143 ـ 195 ـ 185 ـ 158 م.م.م.ت

(6) طرحت عدّة فصول مثل الفصل 134 والفصل 186 م.م.م.ت عدّة نقاشات بسبب عدم وضوح موقف المشرّع. وقد ذهب البعض إلى جواز القول بالسّقوط حتّى بالنسبة إلى الحالات الغامضة، لكنّ محكمة التّعقيب ذكّرت في عدّة مناسبات بأنّ المشرّع التّونسي لم يبق الحرّية إلى المحكمة لإثارة بعض حالات السّقوط بل حدّدها نصّا وعلى قضاة الأصل مراعاة هذه الجوانب.
قرار تعقيب مدني عدد 35107 المؤرّخ في 21 –9 ـ 1992، م.ق.ت، عدد 9، 1993، ص 95.

(7) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.604,n°694.

فالمعلوم أنّ **مواعيد السّقوط** هي مواعيد محدّدة delai préfix مثل الآجال في رفع الدّعوى الحوزيّة أو دعوى الشّفعة أو دعوى التّعويض[1]، وهي مواعيد سابقة عن رفع الدّعوى، يؤدّي عدم مراعاتها إلى سقوط الحقّ بصفة نهائيّة في رفع الدّعوى وليس الحقّ في الإجراء كما تقدّم بالنسبة إلى السّقوط الإجرائي. وبهذا المعنى فهي أقرب إلى الموضوع أكثر من الإجراءات مثل صورة التّقادم. وهي بذلك تقبل القطع والوقف[2].

ويبقى **التّقادم المسقط**[3]جزاء مرور الزّمن وعدم التبصّر والإهمال، وربّما يحمل في طيّاته قرينة على الدّفع، فهو بذلك يتعلّق بالموضوع وليس بالإجراء، لكنّه يسقط الدّعوى ولا يسقط الحقّ[4]. وقد قيل قديما إنّ التّقادم يسقط الدّعوى والحقّ معا، ولكنّ جانبا من ذلك الفقه كان يقرّ ببقاء حقوق طبيعيّة باعتبار أنّ الالتزام يتضمّن جانبا من المسؤوليّة وجانبا من المديونيّة، فتسقط المسؤوليّة بتقادم الدّعوى وتبقى المديونيّة، ويرى البعض في هذه المديونيّة التزاما مدنيّا

(1) Vasseur.M :Délai préfix, de prescription, délai de procédure, revue trimestrielle de droit civil 1950,dernier numéro,n°15 et suiv.

(2) لايحسب اليوم الأوّل في الآجال واليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة، وتنطبق أحكام الفصول 140 م.ا.ع وما بعد. وتشمل حالات الوقف القصّر (الفصل 390 م.ا.ع) والمفقود (الفصل 393 م.ا.ع) ويشمل الانقطاع حالة الفصلين 396و 397 م.ا.ع.
والملاحظ أنّه لا وجود لرأي واحد في شأن مواعيد السّقوط. هناك شقّ لا يميّز بين التّقادم ومواعيد السّقوط، فكلاهما يقوم على فكرة الإهمال ويتناول الحقّ نفسه. وهناك من يميّز بين آجال السّقوط والتّقادم. « فقد ذهب بعض الشّرّاح إلى أنّ مواعيد السّقوط متميّزة عن مواعيد التّقادم لأنّ الغرض الّذي رعاه القانون بالنسبة إلى مواعيد السّقوط هو اعتبارها شرطا لمباشرة عمل معيّن أو للانتفاع برخصة، ولم يقصد مجازاة إهمال صاحب الشّأن فيها، بل قصد وضع حدّ يمكن فيه مباشرة العمل على وجه السّرعة، فالسّقوط لا يقوم على فكرة الإهمال، بل يقوم على فكرة وجود أجل قانوني يتناول الحقّ نفسه ويسقطه.» علي أحمد حسن: التّقادم في المواد المدنيّة والتّجاريّة، نشر منشأة المعارف بالاسكندريّة، ص 35 فقرة 17.

(3) علي أحمد حسن: التّقادم في المواد المدنيّة والتّجاريّة، المرجع السّابق، ص 267 وما بعد، فقرة 315 وما بعد.

(4) وهو نفس المفهوم الّذي أراده الفقه الإسلامي حيث إنّ الحقوق لا تتقادم بالفقه الإسلامي " فلا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم"، لكنّ الإهمال يمكن أن يؤدّي إلى منع المدّعي من عرض قضيّته. محمّد عبد الجوّاد محمّد، ملكيّة الأراضي في ليبيا، المرجع السّابق، ص 317 فقرة 227.

منقوصا[1]، في حين يرى فيه البعض الآخر التزاما أخلاقيّا[2]. ويبدو أنّ المشرّع التّونسي اعتمد النّظرة الحديثة في سقوط الدّعوى دون الحقّ (الفصلان 384 ـ 389 م.ا.ع)، على أنّ سقوط الدّعوى لا ينفي بقاء التزام طبيعي على معنى الفصلين 74 و78 م.ا.ع.[3] ورغم ظاهر التّقادم المسقط في أنّه يتعارض مع الأخلاق والعدل والإنصاف فإنّ الفقه كثيرا ما يلجأ إلى فكرة التّنازل وقرينة الوفاء وحتّى العقوبة لتبرير مقتضيات التّقادم. والحقيقة أنّ التّقادم فُرض رغبة في استقرار المعاملات وربّما لمساعدة البعض في ترك جانب من الدّيون المتراكمة. لكنّ ذلك لا يعني أنّ أحكام التّقادم تتّصل بالنّظام العام وإن كانت المصلحة العامّة من غاياته. فيمكن من حيث المبدأ الاتّفاق على الزّيادة أو النّقصان في آجاله ولا يقوم مرور الزّمان بنفسه في سقوط المطالبة بل يقوم به من له مصلحة فيه، وليس للحاكم أن يستند إليه من عند نفسه (الفصل 385 م.ا.ع)، ويعود للغريم والكفيل والمتضامن والورثة الحقّ في التّمسّك بالتّقادم (الفصل 387 م.ا.ع). ولا يتحقّق التّمسّك بأحكامه إلاّ عن طريق الدّفع باستثناء صورة الدّعوى المستقلّة التّي يمكن أن يرفعها الدّائن عملا بأحكام الفصل 306 م.ا.ع. وتبقى الإمكانيّة واردة سواء أمام المحاكم الابتدائيّة أو الاستئنافيّة، لكنّه لا يجوز الدّفع به لأوّل مرّة أمام محكمة التّعقيب بطبيعة الحال. ولا يسوغ ترك حقّ التّمسّك بهذا الحقّ قبل حصوله، فإذا انقضى الزّمان ساغ التّرك سواء صراحة أو ضمنا. وإذا تدخّل المشرّع لتعديل هذه الآجال فالقاعدة أن يعتبر الأجل الجديد مع حفظ الحقوق المكتسبة.

ويختلف معنى السّقوط الإجرائي عن مفهوم **سقوط الخصومة** الذّي عُرف بالقانون الروماني ونقلته التّشاريع الحديثة وأورده المشرّع التّونسي بالفصول 241 م.م.م.ت تحت عنوان معطّلات النّوازل. فإذا مضت على تعطيل القضيّة بسبب وفاة أحد الخصوم أو فقده أهليّة الخصومة أو موت نائبه القانوني أو زوال صفة النّيابة مدّة ثلاث سنوات بدون أن يقع طلب استئناف النّظر فيها سقطت

(1) Nicolas.Molfessis :L'obligation naturelle devant la cour de cassation. Remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile, le 10 - 10 - 1995, Dolloz 1997, ch., p. 85.
H.Motulski : Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect de la défense en procédure civile in mélanges Roubier, 1961, T 2, p.17.

(2) علي أحمد حسن، المرجع السّابق، ص 373 وما بعد..
Hassan Ferkh : Le rapport des obligations naturelles à la morale ou la tendence objective de la jurisprudence, Gaz.Pal.7 1997 - 1 -. Doctrine, p. 13.

(3) محمّد الشّرفي، مدخل لدراسة القانون، المرجع السّابق، ص 294 وما بعد.

الخصومة ولكلّ ذي مصلحة من الخصوم أن يطلب الحكم بسقوطها. فهو دفع شكلي يختلف بطبيعة الحال عن الدّفع بعدم القبول. ويتلخّص من ذلك أنّ السّقوط الإجرائي وهو المقصود بالفصل 13 م.م.م.ت. هو الجزاء المناسب لعدم مراعاة الآجال الحتميّة والنّاقصة المفروضة قانونا على خلاف مواعيد السّقوط والتّقادم المسقط وسقوط الخصومة. بقي أنّ الجوانب الشّكليّة في الإجراءات يمكن أن تلقى جزاء مماثلا وهو البطلان الوارد حكمه بالفصل 14 م.م.م.ت. وهو يتميّز بنظامه عن مفهوم السّقوط.

الفصل 14 ـ يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها.

أما مخالفة القواعد التي لا تهم غير مصالح الخصوم الشخصية فلا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج عنها ضرر للمتمسك بالبطلان وبشرط أن يثيره قبل الخوض في الأصل.

التعليق على الفصل 14

لاشكّ في أنّ الإجراءات فيها جانب من الشّكل ويتعلّق إجمالا بصيغ ممارسة حقّ التّقاضي وشكليّات التّعهّد وسير الخصومة وجانب من الأصل ويتعلّق بأركان الصّفة والمصلحة والأهليّة في الإجراء[1]. وأصبح من الواضح أنّ الإخلال بهذه الجوانب لا يمكن أنّ يمر بدون جزاء، فقط أنّ الأنظمة يمكن أن تتعدّد وربّما تختلف الإجراءات من جهة إلى أخرى[2].

وعادة ما يميّز رجال القانون بين الأنظمة الشكليّة والأنظمة التّهديديّة ونظام لابطلان بدون نصّ ونظام لا بطلان بدون ضرر. وأصبح من الواضح أنّه لايمكن

(1) لاحظنا في بابه أنّ الدّفع لانعدام الصّفة أو المصلحة أو الأهليّة هو دفع بعدم القبول fin de non recevoir وليس دفعا شكليّا أو أصليّا، فهو دفع مختلط، والجزاء فيه ليس البطلان وإنّما عدم القبول.
أحمد أبو الوفاء،المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع السّابق، ص 225 فقرة عدد 204.
Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p. 181,n° 145 1 -.

(2) فتحي والي: نظريّة البطلان، رسالة دكتوراه 1958، جامعة القاهرة، دار النّهضة العربيّة، طبعة ثانية 1997، ص 230.

في وقتنا الحالي اللّجوء إلى الأنظمة الضيّقة وتبقى الأنظمة الوسطيّة هي القول الصّحيح، وربّما كان ذلك خيار المشرّع التّونسي.

وتعرف الأنظمة الضيّقة بأنّها تبقي الحرية المطلقة للقاضي أو أن تلزمه بالتصريح بالبطلان في صور محددة. ومن هذه الأنظمة الضيقة النظام اللبناني القديم الذي يبقي الحرية كاملة للقاضي فعليه أن يعود لتقدير الوقائع ومصلحة الخصوم للنظر في إمكانية البطلان[1]، فتعود الكلمة الأخيرة للقاضي الذي إن شاء أبطل الإجراء وإن شاء أبقاه، غير أن المتقاضي يظل يشعر بخوف في كل الأوقات من جراء عدم مراعاة الإجراء، ولهذا الغرض يسمى هذا النظام بالنظام التهديدي système comminatoire وهو نفس النظام الذي اعتمده المشرع التونسي بمجلة 1910 حيث كان البطلان اختياريا[2]. وينتقد هذا النظام في حدود أنه لا يضمن مآل الأعمال الاجرائية، وقد يؤدي إلى بعض من الفوضى بحكم غياب المعايير الواضحة. ويأتي النظام الروماني مضادا لهذه الطريقة، حيث بيّن الطرق الشكلية التي تعرف بتعقدها وكل مخالفة لكل إجراء يترتب عنها آليا البطلان ويعرف هذا النظام بالنظام الآلي في البطلان Système automatique [3].

وتبين المذاهب الوسطيّة عادة حالات البطلان وكيفية تدخل القضاء مثل التشريع البلجيكي الحديث الذي وصل إلى إقرار مبدأين هامين: أن لا بطلان بدون نص وأن لابطلان بدون ضرر إلا بالنسبة إلى بعض الحالات الاستثنائية التي يمكن فيها البطلان بدون ضرر وقد حددها المشرع حصرا وهو التنقيح الذي اعتمده المشرع سنة 1967[4].

(1) الفصل 326 من المجلة القضائية اللبنانية القديمة. وقد أصبح الفصل 59 من قانون أصول المحاكمات اللّبناني الجديد ينصّ على أنّ البطلان يتمسّك به إذا نصّ المشرّع صراحة على ذلك دون ضرورة في إثبات الضّرر أو في صورة الإجراء الجوهري والنّظام العام ويشترط الضّرر وهو عدم تحقّق الغاية من الإجراء.
أحمد أبو الوفاء: المستحدث في قانون أصول المحاكمات المدنيّة اللّبناني الجديد، الدّار الجامعيّة 1986، ص 26 وما بعد.

(2) نصّ الفصل 222 من المجلّة القديمة على « أنّ المبطلات والمسقطات لحقّ القيام التّي تضمّنها هذا القانون هي اختياريّة للمجلس بحيث يلزمه الاستناد على مقتضيات الأحوال ومصلحة الخصوم لقبول تلك المبطلات والمسقطات.»

(3) رضا بالحاج عمر، المرجع السّابق، ص 140.

(4) تاريخ ظهور مجلّة الإجراءات المدنيّة الجديدة ببلجيكا.
Elleuch.F :Les nullités de formes, des actes de procédures en matière civile, mémoire DEA en droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1980,p. 19 21 - 20 -.

ويذكر أن المشرع البلجيكي اعتمد في مرحلة أولى قاعدة أن لا بطلان بدون نص وأدخل سنتي 1935/ 33 مفهوم أن لا بطلان بدون ضرر، وحاول رجال القانون الخروج من هذا التناقض بحصر الضررفي الأعمال التي ليس لها علاقة بالنظام العام والإجراءات الأساسية، وبقيت الصعوبة منحصرة في تحديد الأعمال الأساسية والتي لها علاقة بالنظام العام، ولهذا الغرض تدخل المشرع سنة 1967 لتوضيح الغموض على النحو الذي سبق شرحه[1].

أما بالنسبة إلى القانون الفرنسي فمنذ سنة 1972[2] أصبح الفصل 114 من مجلة الإجراءات المدنية في فقرته الأولى ينص على أن لا بطلان بدون نص إلا في حالات الإجراءات الأساسية والنظام العام، ويضيف الفصل 114 في فقرته الثانية أن لا بطلان بدون ضرر، معنى ذلك أن الضرر مطلوب في جميع الصور حتى بالنسبة إلى النّظام العام والقواعد الأساسية. ويتمتّع قضاة الأصل بحريّة واسعة في تقدير الضّرر من عدمه[3]، بل إنّ المشرّع فرض ضرورة إثارة جميع الدّفوعات الشّكليّة بما في ذلك التمسّك بالبطلان قبل الخوض في الأصل أي قبل الجواب عن الدّعوى[4].

ويعتبر التشريع المصري في هذا الجانب جوهريا حيث نص على بطلان العمل الإجرائي إذا نص المشرع على ذلك أو إذا أصاب العمل الإجرائي خللا منعه من تحقيق الهدف[5]، ويرفض مطلب البطلان حتى بالنسبة إلى الصور المنصوص بها على البطلان إذا حقق العمل الإجرائي أهدافه. ورغم أن المشرع لم يشترط الضرر للقول بالبطلان، فالاجتهاد يبقى منحصرا في مدى تحقيق العمل الإجرائي لأهدافه. وهو نفس الحلّ الذّي اعتمده المشرّع الإيطالي[6]. ونتسائل إن كان المشرع التّونسي قد خير النظام الوسطي أو النظام الضيق ؟

(1) *Ibidem.*

(2) قانون 20 جويلية 1972، الفصول من 112 إلى 121 من مجلّة الإجراءات المدنيّة الجديدة.

(3) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit., p. 601 618 -, p.16 - 67.

(4) الفصل 74 من مجلّة الإجراءات الفرنسيّة الجديدة. وقد جاءت الفكرة منذ تنقيح 1935 وتنقيح 1958 واعتمدت صراحة بأمر 20 جويلية 1972.
Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.178,n°144.

(5) الفصل 20 من قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968.
أحمد أبو الوفاء: أصول المحاكمات المدنيّة، ص 477.

(6) الفصول 156 وما بعد من القانون الإيطالي الجديد الصّادر بتاريخ 28 ـ 10 ـ 1940.
أحمد أبو الوفاء: نظريّة الدّفوع، ص 293.

فقد نصّ الفصل 14 م.م.م.ت على أنّ الإجراء يكون باطلا إذا نصّ القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النّظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسيّة وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها[1]. أمّا مخالفة القواعد التّي لاتهمّ غير مصالح الخصوم الشّخصيّة فلا يترتّب عنها بطلان الإجراء إلاّ متى نتج عنها ضرر للمتمسّك بالبطلان وبشرط أن يثيره قبل الخوض في الأصل. معنى ذلك أنّ البطلان يكون آليّا في حالة التّنصيص على البطلان أو النّظام العام أو الإجراءات الأساسيّة، وما زاد على ذلك فلا بطلان بدون ضرر. فقط أنّ القاضي يبقي لنفسه جانبا من الاجتهاد في حالة تعريف النّظام العام والإجراءات الأساسيّة. ولا تكون قاعدة لا بطلان بدون ضرر إلا بالنسبة إلى الأعمال التي تتعلق بالمصلحة الخاصة ويُشترط إثارتها قبل الجواب عن الدعوى. ورغم الاختلاف بين البطلان الموضوعي والبطلان في الاجراءات فإن المشرع التونسي اعتمد بوضوح التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي على المستوى الإجرائي، أي البطلان الوجوبي من ناحية والبطلان الاختياري من ناحية أخرى.

ولا شك أن في استبعاد النّظام التهديدي والنظام الآلي جملة من المحاسن والمغانم، والأكيد أنّ الطّريقة الوسطيّة المعتمدة تبقي جانبا من الحرية إلى القاضي، ومع ذلك ينتقد هذا النظام من حيث إنه لم يكن متناسقا بالدرجة الكافية لجعل البطلان الصريح موازيا مع النظام العام والإجراءات الأساسية، وكان من المفترض أن ينص المشرع صراحة على البطلان كلما تعلق الإجراء بالنظام العام والإجراءات الأساسية، وقد يُرَدّ ذلك إلى رغبة المشرع في إبقاء الحرية إلى القاضي في تحديد مفهوم النظام العام والإجراءات الأساسية، وفي ذلك بعض النقص. فما هو المعيار لفصل النظام العام والإجراءات الأساسية عن المصلحة الخاصة ؟

والمعلوم بداية، في إطار البطلان الاختياري، أن المدعي لا يمكن أن يطلب بطلان العمل الاجرائي لضرر شخصي إلا إذا أثبت الخلل الذي أصاب العمل الاجرائي والضرر والعلاقة السببية بين هذا وذاك. لكن السؤال يبقى منحصرا حول تحديد الإجراء الذي له علاقة بالمصلحة الخاصة ؟ خاصة وأن المشرع لم يعرّف المصلحة الخاصة كما أن فقه القضاء لم تكن له مناسبة في وضع ضوابط ومعايير واضحة لهذه المصلحة. ومن المحتمل القول بداية إن الإجراء الذي له

(1) أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة: أصول المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، شركة أوربيس تونس 2001، ص 303 وما بعد.

علاقة بمصلحة الخصوم فحسب هو الإجراء الذي يبقى خارج إطار البطلان الصريح وخارج قواعد النظام العام والقواعد الأساسية، لكن هذا التأويل لا يحقّق نتيجة باعتبار صعوبة تعريف المفاهيم الأخيرة وقد كانت محل جدل بين الفقه والقضاء[1]. وتبقى عبارة « **مصالح الخصوم** » الواردة بالفقرة الثّانية من الفصل 14 م.م.م.ت محلّ جدل، وقد يفهم منها مبدئيّا أن الإجراء لا يتعلق بمصلحة العدالة بصفة إجمالية[2].وقد رأت محكمة التعقيب التّونسيّة في عدة مناسبات أنه تجاوزا لحالة البطلان الصّريح المشار إليها بالفصل 71 م.م.م.ت تبقى معظم الحالات متعلّقة بمصلحة الخصوم ويحتكم فيها إلى مبادئ الفقرة 2 من الفصل 14. والأمثلة يمكن أن تتعدد[3]، فقط أن الخلل يجب أن يتعلق بمصلحة الخصوم أي بجانب من جوانب **حق الدفاع** دون المساس بطبيعة العمل ومميزاته، لكن

(1) Elleuch.F :Les nullités de formes, des actes de procédures en matière civile,op.cit.,p. 34 et suiv.
Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.602 et suiv,n°690 et suiv.
أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع السّابق، ص 484 وما بعد، عدد 392 وما بعد.
أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، المرجع السّابق، ص 307.

(2) ففي فرنسا وقبل أن يتدخل المشرع سنة 1972 كان المشرع الفرنسي ينص على أن لا بطلان بدون نص ورغم ذلك رأى فقه القضاء إمكانية البطلان في عدة صور رغم غياب النص والمقصود بذلك الإجراءات الأساسية التي تبقي جملة من الآثار الأساسية في صورة الخلل على خلاف الإجراءات الثانوية. وتدخل المشرع سنتي 1933و1935 ليدخل قاعدة لا بطلان بدون ضرر، لكن فقه القضاء لم يعمم القاعدة وحصرها فقط في الاجراءات **الثانوية**. والإجراء الثانوي هو الإجراء الذي يفقد العمل الإجرائي طبيعته ومميزاته وإن كان به نسبة من الأهمية، فإبطاله يتوقف على إثبات الضرر، لكن محكمة التعقيب لم توضح بالدرجة الكافية مفهوم الإجراء الثانوي الذي يمكن مقارنته بالإجراء الذي لا يتعلق إلا بمصلحة الخصوم على معنى الفصل 14 من مجلة الاجراءات.
Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.609,p.53 et suiv.

(3) ومن بين أمثلة مصلحة الخصوم على معنى عدة قرارات تعقيبيّة عريضة الاستئناف (130 م.م.م.ت) والاختبار الطبي غير المأذون به قضاء والاستدعاء لحضور عملية الاختبار وعدم تعيين ثلاثة خبراء (102 م.م.م.ت).

بشرط إثبات الضرر وهو في نهاية الأمر سقوط حقّ الدّفاع[1]، رغم سكوت مجلّة المرافعات المدنيّة عن تحديد مفهوم الضّرر[2].

والبطلان المطلق أو الوجوبي لا يحتاج إلى ضرر، حيث لم ينص الفصل 14 في فقرته الأولى على هذا الشرط. ويبدو أنّ المشرّع التّونسي ظلّ متأثّرا بالقواعد الإجرائيّة في أوّل ظهورها. وقد رأينا كيف أنّ التّشاريع المقارنة تخلّت عن هذا النّظام وأخضعت طلب البطلان مهما كان نوعه إلى ضرورة إثبات الضّرر. فكيف يمكن التصريح بالبطلان في غياب الضّرر؟ ثمّ إنّ التّمييز بين حالة النّظام العام والإجراءات الأساسيّة ليس من الأمورالهيّنة، تجاوزا لمواقع الحالات الصّريحة.

فللبطلان الصّريح عدّة مظاهر سواء خلال سير الدّعوى[3]أو خلال أعمال التّنفيذ[4]وحتّى خارج حدود مجلّة المرافعات[5]. ويلاحظ أن المشرع التونسي حاول التخفيض من حدة البطلان الآلي مثل ما أشار إليه بالفصل 71 م.م.م.ت، والمبرر في ذلك هو ضمان الإجراءات الادعائية.[6]ولا شكّ في أنّ هذه الصّورة لا تطرح إشكالا.

ويقر رجال القانون أن مفهوم النظام العام يبقى من بين المسائل الأكثر غموضا رغم كثرة التعريفات التي يسوقها أصحابها بشيء من التردد، وقد ارتبطت أكثر التعاريف بالمصلحة العامة، لكن هذا المعيار كثيرا ما ينتقد. ويرى آخرون أن

(1) قرار تعقيبي عـ744ـدد ، 28 مارس 1961 نشريـة محكمـة التعقيب 1961 ص48 ، وكانت وقائع القضية تتعلق بالسهو في كتابة لقب المستانف ضده بعريضة الاستئناف، حيث قضت محكمة الاستئناف ببطلان عريضة الدعوى نظرا للضرر الذي لحق بالمطلوب، في حين أن محكمة التعقيب نقضت القرار بدعوى عدم ثبوت الضرر خاصة وأن محامي المستانف صحح الوضعية.

(2) ويذكر أن فقه القضاء في فرنسا حصر الضرر في سقوط حق الدفاع خاصة بعد الأمر الصادر سنة 1933 وكذلك الأمر الصادر بتاريخ 1935 حيث نص أمر 1933 على حق الدفاع.

(3) الفصول 11و48و71و92و161 م.م.م.ت

(4) الفصول 313و325و327و332و335و348و392و402و430و452و460و468 و472 م.م.م.ت

(5) مثل ما ورد بأمر 18 جوان 1918 المتعلّق بملك الدّولة الخاص وقد وضع إجراءات معيّنة في رفع الدّعوى بداية أمام ممثل الإدارة قبل طلب الاستحقاق أو التسجيل (الرّائد الرّسمي الصّادر بتاريخ 21 سبتمبر 1918 ص 1).

(6) فبعد أنّ نصّ المشرّع التونسي بالفصل 70 م.م.م.ت على ما يجب أن يبيّن بعريضة الدّعوى، نصّ بالفصل 71 م.م.م.ت على أنّ البطلان يزول بحضور المدّعي عليه أو محاميه إذا كان الخلل من الصّنف الوارد بالفقرة الأولى وبتقديم الجواب عن الدّعوى إذا كان الخلل موضوع الفقرة الثّانية.

المعيار الصحيح هو خطورة الإجراء ودرجة تأثيره في الإجراءات. ويتفق الفقهاء على أن النظام العام يرتبط بالنظام القضائي مثل الاختصاص الحكمي، وما يتعلق بالدعوى وبالإجراءات في مفهومها الضيق فيبقى مرتبطا بالمصلحة الخاصة، فقط إذا كان من شأن هذه الاخلالات أن تمسّ بأهم القواعد الأساسية للمجتمع وبحسن إدارة مرفق العدالة فإن المسألة يصبح فيها جانب من النظام العام. ويبقى المعيار مرتبطا في نهاية الأمر **بهدف الاجراء**، فاذا أصاب الخلل مصلحة يعتبرها المشرع هامة لدرجة لا يمكن النزول عنها فالأكيد أنّها حالة النظام العام، والعكس بالعكس. والأكيد أن أغلب الشكليات التي لها علاقة بالدعوى والاجراءات في مفهومها الضيق هي اجراءات لها طابع المصلحة الخاصة. ومن ثمّ « فإنّ مناط النّظام العام يكمن في الغاية التّي من أجلها وضع الإجراء، فإذا كان المقصود منه حماية مصلحة عامة اعتبر من النّظام العام، فالقواعد المتعلّقة بنظام الاختصاص والاختصاص الحكمي والوظيفي تهمّ النّظام العام لأنّها ترمي إلى تنظيم القضاء كمرفق.»[1] ويتعيّن الأخذ بعين الاعتبار الصّيغ المستعملة في تحرير النصّ واستحضار المبادئ الإجرائيّة العامّة في المساواة والحقّ في الدّفاع لتقدير مفهوم النّظام العام. وقد استشكل على فقه القضاء تعريف النظام العام، وتُعد القرارات قليلة التي أبطلت الإجراء بعلة النظام العام، ويمكن الإشارة في هذا الباب إلى أحكام الفصل 134 الخاص بأجل الاستدعاء للحضور أمام محكمة الاستئناف وإن كان صريحا في البطلان، كما رأت بعض القرارات أن عدم مراعاة أحكام الفصل 8 م.م.م.ت يُعدّ من قبيل المساس بالنظام العام رغم أن محكمة التعقيب اعتبرتها في بعض الأحيان من قبيل الأعمال الأساسية.[2] ويلحق بذلك الفصول 6 ـ 9 ـ 10 ـ 11 م.م.م.ت المتعلّقة بالاستدعاء وأحكام الفصل 123 م.م.م.ت المتعلّق بمضمون الحكم والفصل 251 م.م.م.ت المتعلّق باطّلاع النّيابة العموميّة.

ويبدو أنّ الإجراءات الأساسيّة تحمل إلى نفس الصعوبات مثل النظام العام، لكنه من الضّروري أن تُعطى مفهوما مميّزا وخاصا، لأنّه لا يعقل أن يكرّر المشرع نفسه بعد أن أشار إلى صورة النّظام، فلا شكّ في أنّ النّظام العام يختلف عن

(1) نورالدّين الغزواني: التّعليق على قانون المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، مطابع شركة أوربيس 1996، ص 136.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 8060 مؤرّخ في 1 ـ 7 ـ 1971، ن.م.ت، 1971 ، ص 79.
قرار تعقيبي مدني عدد 7566 ، مؤرّخ في 13 –3 ـ 1971، ن.م.ت، 1972 ، ص 39.

الإجراءات الأساسيّة. والحقيقة أنّه لا يمكن إدراك مفهوم الإجراءات الأساسية إلاّ بالرّجوع إلى المدرسة الفرنسيّة التّي كانت سببا في ولادة هذا المفهوم. فقد ربطت الصفة الأساسية **بسبب وجود العمل الاجرائي** الذّي يبدو ضروريّا لإنهاء موضوعه، حيث إنّ « المظهر الأساسي للعمل الإجرائي مرتبط بكنه وجوده وبما هو لازم لتحقيق موضوعه[1].» فترتبط العلاقة الأساسية بجوهر وجود العمل الاجرائي ووظيفته، مثل الاستدعاء الذي يتولاه العدل، فإذا لم يكن ممضى فإنه يُعد غير موجود بحكم انحصاره عن سبب وجوده وفقدانه لوظيفته، ولا شك في أن المشرع أسند مهمّة الاستدعاء إلى العدل، أي أن يكون الاستدعاء بطريقة رسمية، ولا أقلّ من ذلك. ويبرر العمل الأساسي بالتالي بدرجة وأهمية الوظيفة على خلاف الإجراءات الثانوية. وقد رأت محكمة التّعقيب التّونسيّة أن إجراءات الاستدعاء تتعلق بالإجراءات الأساسية وكذلك عدم تأمين المصاريف وعدم إضافة نسخة الحكم المستأنفة وكذلك الاستئناف بواسطة محام. ورغم أن محكمة التّعقيب لم تعرّف الإجراءات الأساسية فإن القرارات المعتمدة تبين أن الإجراءات الأساسية **ترتبط بحسن سير الإجراءات على خلاف النظام العام الذي يرتبط بحسن سير تنظيم العدالة**[2]. فهي بذلك إمّا أن ترتبط بمصلحة الخصوم أو أن تتبوّأ درجة بين مصلحة الخصوم والنّظام العام[3].

والمعلوم أنّ جميع صور البطلان يصرّح بها القاضي رجوعا لأحكام الفصل 14 م.م.م.ت. ورغم أنّ جانبا من الفقه حاول أن يفرّق بين عدم وجود العمل الإجرائي وبطلانه فالمحصّل واحد وهو أن لا يكون العمل باطلا إلا بعد التصريح ببطلانه حكما[4].

ويذكر أنّه تتوفّر للطّالب جملة من الوسائل الإجرائية لطلب البطلان عن طريق الدعوى أمام القضاء. لكن المدعى عليه يمتلك بدوره وسائل دفاع هامة سواء تعلقت بالاختصاص أو بالبطلان أو بالتّرابط أو بالتّخلّي (دفوعات شكليّة exceptions de forme) أو بعدم توفر الصفة والأهلية والمصلحة (دفوع بعدم القبول Les fins de non recevoir). والواضح أن المطلوب بإمكانه التمسك

(1) قرار تعقيبي فرنسي بتاريخ 3 مارس 1955 المجمع القانوني الدوري 1955 –2 ـ عدد 8654، وكذلك أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، المرجع السّابق، ص 307.

(2) Elleuch.F :Les nullités de formes, des actes de procédures en matière civile,op.cit.,p.73.

(3) محمّد سلامة، المرجع السابق، ص 98.

(4) أحمد أبو الوفاء: المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع السّابق، ص 510، فقرة عدد 409.

باستثناء البطلان حال نشر الدعوى[1]، وهذا القول صحيح بالنسبة إلى جميع الأعمال الإجرائية المرتبطة ببداية الدعوى أو بمرحلة نشرها. لكن بعضا من الإجراءات يبقى خارجا عن إطار الدعوى مثل الإعلامات المتعلقة بالأحكام وأعمال التنفيذ، فيطلب في مثل هذه الصور أن ترفع دعوى مستقلة لطلب البطلان مثل الإجراءات المتعلقة بالعقل التنفيذية.[2] فلا يقع البطلان إلا في إطار قضية أصلية، أما إذا كان من اللازم تدخل القضاء في الإجراء مثل إجراءات تصحيح العقلة وإجراءات العقلة العقارية، فالدّفع يبقى الأساس في مثل هكذا إجراءات وإن تبقى الإمكانيّة في رفع القضيّة بصفة أصليّة من الأمور الجائزة. وإذا كان البطلان يتعلق برقيم الإعلام بالحكم فإنه من الضروري رفع قضية أصلية، أما إذا كان من الممكن الطعن في هذا الحكم فيقدّم الطّلب إلى محكمة الطعن. معنى ذلك أن المتضرر بإمكانه **الدفع بالبطلان أو نشر قضية أصلية**، على أنّه يتّجه التّمييز بين إجراءات البطلان النسبي وإجراءات البطلان المطلق[3].

ويخلص من جميع ذلك أنّ البطلان هو جزاء الإخلال **بالشّكل الإجرائي** حيث إنّ عدم مراعاة الشّكليّات التّي فرضها المشرّع يؤدّي إلى البطلان حسب النّظام المشار إليه، كما أنّ عدم القبول هو جزاء الإخلال بالجوانب الموضوعيّة في الإجراءات، على خلاف السّقوط الإجرائي الذّي له علاقة **بالحقّ الإجرائي** وهو إمكانيّة إجرائيّة يمنحها القانون لتحقيق مصلحة ذاتيّة، فكما أنّ هناك حقوقا موضوعيّة هناك حقوقا إجرائيّة، ولا يملك القاضي تركها، فجميع المسقطات وجوبيّة يتمسّك بها القاضي وجوبا وهي لا تقبل التّصحيح والتّنازل على خلاف نظام البطلان. كما يتلخّص من ذلك أنّ القانون التونسي ميّز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، لكنّه أبقى على غموض معايير التّمييز.[4] وكان من المتجه بل المطلوب مراجعة هذا النّظام على ضوء التّطوّر الحاصل بالتشاريع الأجنبية التي

(1) أحمد الهندي: التّمسّك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنّشر 1999، ص 15 وما بعد.

(2) نفس المرجع السّابق، ص 121 وما بعد.

(3) يراجع التعليق على الفصول 15 و16 و17 و18 م.م.م.ت.

(4) Elleuch.F,op.cit.p.74 « Après avoir étudié le système tunisien des nullités de forme des actes de procédure, une remarque importante s'impose :notre législateur n'a pas résolu d'une façon heureuse le problème des nullités malgrés les efforts déployés hors de la rédaction du CPCC de 1959. Déjà, sur le plan théorique, le système de nullité qu'il a proposé est assez critiquable, sur le plan pratique, il s'est révélé défectueux. Nos magistrats ont trouvé et trouveront beaucoup de difficultés à l'appliquer ».

كانت أساسا للقانون التّونسي، فتُعتمد نظرية لا بطلان بدون نص وتبقى جميع الحالات الأخرى مرتبطة بمدى إثبات الضرر مع ضرورة التمييز بين حالة النظام العام والإجراءات الأساسية من ناحية وبقية الصور من ناحية أخرى.[1]

ويجمع الفقه على أنّ الإجراءات، سواء كانت حقوقا أو شكليّات، أصبح لها نظامها وأحكامها وأنّ الخلل الذّي يصيبها لايمكن بالمرّة أنّ يبقى بدون جزاء. **فهل يمكن الحديث بعد عن « سلطة مطلقة »** ؟ فلا بدّ أن تراعى جملة من الضّوابط في سير البحث وطريقته، فقد تغرينا هذه السّلطة وتُرحّل القائمين على البحث إلى أنشطة خارجة تماما عن مفهوم النّزاع المدني وما يقتضيه من موجبات. فلا يمكن في أيّة صورة أن نقبل اليوم بمباشرة أعمال البحث دون مراعاة تلك الحدود، ولا يمكن أن نلجأ إلى إجراءات خالية من الجزاء فهو العبث بعينه. ومع قولنا بضرورة الابتعاد عن الأنظمة الضيّقة وحرصنا على أن تكون الشكليّات مفيدة وحقيقيّة ومرنة ومتوازنة وهادفة في نفس الوقت، باعتبارها « آليّة لتنظيم الخصومة» في نهاية الأمر،[2] فالمفروض أن تكون دقيقة وأن تحدّد ولو مع قلّة مواطنها خاصّة في المواطن التّي لها علاقة بأهمّ المبادئ الإجرائيّة في الدّفاع والمساواة والمواجهة وأنّ الخلل فيها يقابله الجزاء المناسب. فإلى جانب المسائل الجوهريّة والأصليّة تبرز أهمّية المسائل الشّكليّة والإجرائيّة في المعالجة القضائيّة وأهمّية ما توجبه كلّ مسألة من ضوابط وحدود وجزاء.

وهكذا يتّضح ضعف الرّأي القائل بتقديم الحقّ عن الإجراء، لأنّه ببساطة وضع لكي يحترم مهما كانت الغاية التّي يرمي إليها المشرّع من خلال وضعه سواء كانت اقتصاديّة أو اجتماعيّة أو سياسيّة، حيث لا ضمان بدون قواعد واضحة سابقة الوضع ومعلومة المآل. ومن هذه النّاحية يبدو موقف محكمة التّعقيب التّونسيّة

(1) M.Storck : L'exception de nullité en droit privé.Dalloz - sirey, 1987 - chronique 8, p. 67.
D.Tomasin : Nullité des actes de procedure, jurisclasseur du procedure civile, T3.Fascicule 138 1994 - 1990) -).
G.Wiederkehr : La notion de grief et les nullités de forme dans la procedure civile,Dalloz - sirey, 1984, chronique 16, p. 165.

(2) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p. 602, n° 691 : « La tendance moderne du droit procédural est de rendre difficile l'annulation des actes de procédure ». « N'est –ce pas cette idée de ne pas tout sacrifier à la forme que l'on retrouve dans la règle nationale française de l'exigence de la preuve d'un grief pour obtenir la nullité pour vice de forme ».

سنة 1980 ضعيفا[1]، يذكّرنا بنفس الموقف الذّي عادة ما تلجأ إليه المحكمة العقّاريّة[2].

ولكن هل من الممكن الحديث عن بطلان في الأحكام المدنية ؟

الأصل أنّه لا يجوز طلب بطلان الحكم بعدما استنفذت طرق الطعن المسموح بها قانونا وذلك بهدف ضمان الاستقرار ولمراعاة ضوابط قرينة اتصال القضاء فلا يمكن للوضعيات القانونية أن تبقى مهدّدة إلى ما لا نهاية فلا بدّ من وضع حدّ للنزاع وتلك هي غاية قرينة اتصال القضاء. فإذا قامت قرينة قانونية أغنيت صاحبها عن كلّ بينة أخرى، ولا تقبل بينة لمعارضة القرينة القانونية[3]، فلا يصحّ الإطاحة بقرينة اتصال القضاء إذا ما استنفذت طرق الطعن المسموح بها قانونا. وقد اعتبر الفصل 480 م.ا.ع. أنّ ما أناطه القانون من النفوذ للحكم الذي لا رجوع فيه يعدّ من القرائن القانونية إذا توفرت شروط نفوذ الحكم الذي لا رجوع فيه (الفصلان 481 و482 م.ا.ع.). وفعلا إنّ المبدأ في الإجراءات هو منع الطعن بالبطلان في الأحكام القضائية:

« voies de nullité n'ont lieu contre les jugements »

ومع ذلك فإنه قد توفرت اجتهادات **قضائية** ومحاولات **قانونية** تدفع في اتجاه التفكير في القبول بفكرة بطلان الأحكام في بعض الصور الخاصة كانت فعلا محلّ جدل على مرّ السنوات السابقة.

فرغم أنّ القاعدة تقول بمنع الطعن بالبطلان في الأحكام القضائية، فلا يجوز رفع قضيّة أصليّة لطلب الحكم القضائي وما يصحّ هو مناقشة الحكم في إطار

(1) يبقى قرار محكمة التّعقيب التّونسيّة عدد 3784 المؤرّخ في 11 مارس 1980 م.ق.ت 1980 عدد 5 ص 127 غريبا شيئا ما بقولها « وحيث إنّه لئن كان من وظائف هذه المحكمة السّهر على سلامة تطبيق القانون موضوعيّا وإجرائيّا، إلاّ أنّه لا ينبغي كذلك أن يغرب عنها أنّ الغاية من تشريع القواعد الإجرائيّة إنّما قصد به أوّلا وقبل كلّ شيء إلى تأمين السّبل الكفيلة بإعلاء الحقّ وتمكين صاحبه منه. أمّا إذا تعارضت القاعدة الإجرائيّة مع ذلك الحقّ وأصبحت في بعض الصّور حائلا دون تأمينه بل وسببا في هدره وضياعه فإنّه يصبح من أوكد واجبات القضاء، وهو الحارس الأمين على حقوق المتقاضين ألاّ تصدّه الإجراءات الشكليّة على تغليب المبدأ القاضي بأنّ « الحقّ يعلو ولا يعلى عليه وأنّ ما بعد الحقّ إلاّ الضّلال».»

(2) Georges Soulmagnon: "Le Tribunal a la liberté d'agir aux mieux des intérêts en cause sans être tenu d'observer les règles du code des procédures civiles". La loi Tunisienne du 1er Juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres fonciers" librairie du recueil sirey - Paris 1933,n°75.

(3) الفصل 485 م.ا.ع.

وسائل الطعن المسموح بها قانونا، ومع ذلك فقد ذهب فقه القضاء المقارن، وخاصة فقه القضاء الفرنسي، إلى القبول بالطعن بالاستئناف[1] أو بالاعتراض[2] أو بالتعقيب[3] recours nullité حسب الحالات في غياب نصّ قانوني يسمح بذلك بل مع توفر نصّ صريح في المنع وذلك في صورة إذا تجاوزت المحكمة سلطتها أو في صورة خرق خطير لأحد المبادئ الإجرائية الأساسية، وأكثر من ذلك قبلت المحاكم الفرنسية التعهد بصفة أصلية بدعوى البطلان في الأحكام الاستيفائية كما في صورة حكم المصادقة[4].

ويشترط في الطعن الرامي إلى البطلان recours nullité أن يمنع المشرّع صراحة الطعن في الحكم أو أن يؤجّل الطعن مع الأصل وأن تتجاوز المحكمة سلطاتها بمعنى أن تتدخّل المحكمة في أعمال الإدارة أو أن تخرق مبدأ إجرائيا أساسيا خرقا واضحا، ولا تعتبر الإجراءات التي لها علاقة بمصلحة الخصوم أي الإجراءات المتصلة بحق الدّفاع من الإجراءات الأساسية. كما يشترط أن يراعي الطاعن الآجال القانونية في الطعن مع أنّ الطاعن قد لا يكون طرفا في القضية الأصليّة.

وقد كانت إجراءات الفلسة وإنقاذ المؤسسات التجارية هي الإطار المناسب للقبول بهذا الإجراء، فرغم أنّ إمكانية الطعن في جانب كبير من القرارات ممنوع في إطار هذا الباب وتعدّ مخالفة للقانون طالما أنّ المشرّع منع الطعن صراحة ومع ذلك فقد قبلت المحكمة الطعن فيها، وهو اتجاه حديث ينبني على ضرورة مراعاة مقتضيات المحاكمة العادلة التّي تأبى أن يبقى الخرق الواضح للإجراءات الأساسية أو تجاوز السلطة دون جزاء فلا بدّ أن يسمح للمتضرر من الطّعن لتقويم الحيف حتى ولو منع المشرّع الطّعن.

أما بالنسبة إلى القضية الأصليّة في البطلان فقد ذهبت المحاكم إلى القبول بالنظر في طلب بطلان الحكم خاصة بالنسبة إلى أحكام المصادقة ذات الطبيعة الاستيفائية وذلك بحجّة أنّ الاتفاقية المصادق عليها قضائيا لا ترفع عن الاتفاقية

(1) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, n°1252.
(2) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, n°1487 1 -.
(3) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, n°1508.
(4) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, n°1315 - 1315 ,2 - 1315 ,1 - 4 - 1315 ,3.

المصادق عليها طبيعتها الاتفاقية فيسمح للمتضرر على ذلك الأساس طلب الرجوع أو بطلان هذه الاتفاقية في إطار قضية أصليّة[1].

والواضح من جميع ذلك أنّ خرق الإجراءات الأساسية خرقا بيّنا أو تجاوز السلطة بطريقة واضحة يمكن أن يكون سببا في الطعن حتى لو منع المشرع هذا الطعن صراحة إذ أنّ منطق المحاكمة العادلة يأبى أن تبقى هذه التجاوزات دون جزاء ويأبى وهو الأهمّ أن يتأسس الحق على خرق واضح للإجراءات أو تجاوز للسلطة.

أمّا التعهّد بقضية أصليّة في البطلان فليس ذلك إلاّ تطبيقا لإمكانية طلب بطلان الاتفاقيات إذا كان الحكم من قبيل أحكام المصادقة حيث من الممكن لأحد الأطراف طلب بطلان الاتفاقية المصادق عليها إذا لم تتوفر شروط الانعقاد ويدخل في ذلك جميع القرارات الاستيفائية التي تتّخذ من القاضي ويكون أساسها اتفاقية الأطراف، أمّا إذا كان الحكم اتفاقيا فلا يصحّ طبق المبادئ العامة البطلان ويتمتع الحكم بحصانة اتصال القضاء.

والأكيد أنّ منطق الفصل 14 م.م.م.ت. يسمح بطلب بطلان الأعمال إذا كانت لها طبيعة أساسية، ومع أنّ الفصل 14 م.م.م.ت. لم يشر صراحة إلى طلب بطلان الأحكام فإنّ الخرق الواضح للإجراءات لا يجب أن يبقى دون جزاء ولا يقبل أن يؤسس الحق على مخالفات إجرائيّة فاضحة وقد أورد الدستور الجديد، دستور 26 جانفي 2014، بفصله 108 مفهوم المحاكمة العادلة، ومن موجباتها أن يتمتع المتضرّر بحق التقاضي على درجتين وأن تتاح له فرصة مناقشة الأسس التي انبنى عليها الحكم[2].

(1) مثل إسناد اللقب العائلي للطفل الطبيعي.
(2) يذكر أنّ الفصل 199 من مجلّة الإجراءات الجزائية التونسية نصّ صراحة على بطلان الأعمال والأحكام إذا ثبتت المخالفة للإجراءات الأساسية والنظام االعام ومصلحة المتهم الشرعية. ولكنّ مجلّة الإجراءات الجزائية لم تبين نظام البطلان وإجراءاته وحالاته واستقر التطبيق على أنّ طلب بطلان الحكم عادة ما يكون في إطار وسيلة الطعن المسموح بها قانونا، لكنه لا شيء يمنع رجوعا إلى مفهوم المحاكمة العادلة الحديث من أن ترفع قضية أصلية إذا ثبتت المخالفة الواضحة وغير العادية للإجراءات الأساسية.
علي كحلون: البطلان الإجرائي في المادة الجزائية، مجلّة الأخبار القانونية، ماي 2013 جزء أول وجوان 2013 جزء ثاني.
علي كحلون: البطلان الإجرائي في العمل القضائي، القضاء والتشريع، نوفمبر 2009، ص 49 وما بعد.

وفعلا ذهبت بعض محاكم الأصل إلى القبول بدعوى بطلان الأحكام على أساس مخالفة مفهوم المحاكمة العادلة والإجراءات الأساسية. ويدخل في ذلك القبول بالطعن في قرارات الإصلاح والشرح إذا تجاوزت المحكمة حدود وضوابط الإصلاح أو الشرح والقبول بدعوى بطلان البتة على أساس خرق للإجراءات الأساسية. كما قبلت المحاكم بدعوى الرجوع في التبني طالما اعتبر التبني مؤسّسة أساسها الاتفاق، والأمثلة كثيرة في ذلك.

والحقيقة أنّ هذا الاتجاه ولو أنّه معتمد من حيث الواقع واعتمدته بعض المحاكم[1]، إلا أنه يبدو اتجاهً خطيرا خاصة إذا لم تحدّد شروط وحدود هذا

(1) قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 60442 بتاريخ 2 جويلية 2014. منشور بموقع المفكرة القانونية.

وقد جاء بتعليق موقع المفكرة القانونية ما يلي: "في 2 ـ 7 ـ 2014، أصدرت محكمة الاستئناف في تونس قرارا يقضي بإبطال حكم في الرجوع عن التبني. وبمعزل عن موضوعه، يعكس حكم محكمة الاستئناف بتونس بما تضمنه من تعليل وقرارات توجها واضحا منها لتحري سبل تحقيق الإنصاف والبحث عن قيم المحاكمة العادلة ولو كان ذلك على حساب قواعد شكلية راسخة في الإجراءات المدنية. ومن أهم ما تضمنه هذا الحكم هو قبوله للمرة الأولى بفكرة «التداعي القضائي الأصلي بالإبطال»، بعد أن اعتبرت محكمة الاستئناف أن الأحكام القضائية لا تقبل المراجعة باستعمال وسائل الطعن فحسب وإنما أيضا من خلال طلب إبطالها. وذكرت أن طلب الإبطال يكون مقبولا «إذا كان الحكم فاقدا لمقومات الأحكام القضائية التي ترمي أساسا لرد الحقوق الى أصحابها وإقامة العدل عبر إنفاذ حكم القانون، فيبطل الحكم القضائي ويكون في حكم المعدوم اذا خلا من احد أركانه كأطراف النزاع وموضوعه و منطوقه، أو إذا كان الخلل الذي اعتراه من الجسامة بما يفقده مقوماته... او إذا كفّ ان يكون عنوانا للعدل والإنصاف كأن يكون نافيا لحكم القانون ومكرسا لمظالم بينة وجسيمة أو كان غطاء لحيل وخزعبلات تستهدف تحقيق أغراض غير مشروعة..».

ويطرح هذا الحكم مسائل مثيرة للجدل القانوني، خصوصا وأنه يتعارض في هذا السياق مع وسائل الطعن القانونية ويمس بالتالي بفكرة حجية الاحكام ومعها بفكرة الاستقرار القانوني. كما أنه يتيح للمحاكم الاقل درجة ابطال احكام محاكم اعلى منها درجة بشكل قد يفرغ قواعد التقاضي من منطقيتها. وإذ هو يثير بالنتيجة بصورة كبيرة حفيظة «أنصار الشكلية في التقاضي»، فانه يشكل مؤشرا في هذه الفترة من تاريخ تونس الى الحاجة التي يستشعرها قضاة عدة في إصلاح آثار الأحكام القضائية التي أصدرها القضاء في ظل النظام السابق وخالفت قواعد العدل. وهو ما يشكل استحداثا فقهيا قضائيا لمسار من مسارات العدالة الانتقالية هو الطعن بالإبطال في الأحكام التي لم تحز مقومات الحكم العادل.

الى ذلك، برزت جرأة محكمة الاستئناف بنفس الدرجة في تعاملها مع «عدالة المحاكمة» على مستويين اذ تولت في مرحلة اولى استعمال النصوص الدستورية للتوصل لصياغة تصور لدور القاضي في تحقيق المحاكمة العادلة لتنتقل في مرحلة ثانية للنظر في دور المحامي في تحقيق المحاكمة العادلة من خلال بحثها في ضوابط نيابة المحامي في النزاع. فاعتبرت

الطّعن إذ أنه ينتهي ببساطة إلى الإطاحة بأهم قرينة وهي قرينة اتّصال القضاء، وإنّ في ذلك عدّة مخاطر أقلّها الحطّ من قدر القرينة القانونية.

وتجاوزا لهذه المناقشة الإجرائية التي عرفت قضائيا ذلك المآل، فإنّ التشريع التونسي يتميّز ببعض القواعد الموضوعية وردت بالفصل 484 م.ا.ع. إذ أنّ مجلة الالتزامات بعدما نصت بالفصل 480 م.ا.ع. على أنّ حجية اتصال القضاء تعدّ قرينة قانونية وبيّن الفصلان 481 و482 م.ا.ع. شروط هذه القرينة انتهى بالفصل 484 م.ا.ع. إلى إمكانيّة نقض الحكم الذي لا رجوع فيه أي إلى نقض القرينة القانونية.

فقد نصّ الفصل 484 م.ا.ع. على أنّه «ـ يجوز نقض الحكم الذي لا رجوع فيه في الصور الآتية : أولا ـ إذا ثبت زور الرسوم أو البيانات الأخرى التي انبنى عليها الحكم وكانت هي السبب الأصلي أو الوحيد في صدوره. ثانيا ـ إذا ثبت أن الحكم بني على غلط حسي كان السبب الأصلي أو الوحيد في صدوره. ثالثا ـ إذا ثبت من الوقائع ما يقتضي القيام بمؤاخذة الحاكم».

والحقيقة أنّ مفهوم الأحكام التي لا رجوع فيها الوارد بالفصل 484 م.ا.ع إنّما يردّ إلى معنى الأحكام النهائية التي استنفذت طرق الطّعن العادية. وقد سمح المشرّع بنقض هذه الأحكام إذا توفرت صورة من الصور الثلاثة الواردة بالفصل 484 م.ا.ع. فهو مجرّد إقرار من المشرع سنة 1906 بأنّ الأحكام النهائية يجوز طلب نقضها إذا توفرت صورة من الصور المذكورة. ولكنّه لم يبين الوسيلة الإجرائية المعتمدة في ذلك وكان ينتظر صدور مجلة الإجراءات المدنية سنة 1910 ومن بعدها مجلة الإجراءات المدنية والتجارية سنة 1959 المعمول بها حاليا للوقوف على طرق الطعن في الأحكام. واستقرّ الرأي فيها علي أنّ الاستئناف هي الطريقة العادية في الطعن بينما تردّ طرق الطعن غير العادية إلى التعقيب والتماس إعادة النظر والاعتراض. كما أوردت مجلة المرافعات المدنية الصور الخاصة في مؤاخذة الحكام وطريقة رفع الأخطاء المادية.

وعليه ما كان من الممكن الطعن في الأحكام إلا طبق الطرق الإجرائية المحدّدة حصرا وفي الحالات التي وردت في نظام تلك الطرق. وقد استوعبت

المحكمة ان القرابة الدموية بين المحامي وأطراف الدعوى قد تشكل مصدر شبهة على فساد نيابته. ويبدو هذا التوجه مجددا في فقه القضاء العدلي لكونه يفرض فكرة مسؤولية القاضي في تحقيق العدالة ويؤكد على وجوب «استقلالية المحامي» عن النزاع الذي ينوب فيه ليكون بمنأى عن الشبهات ويضطلع بدوره في المشاركة في إقامة العدل».

حالات التماس إعادة النظر الصورتين الأولى والثانية الواردتين بالفصل 484 م.ا.ع. كما استوعبت إجراءات مؤاخذة الحكام الواردة بالفصول 200 وما بعد الحالة الثالثة الواردة بالفصل 484 م.ا.ع. حيث نصّ الفصل 156 م.م.م.ت. في التماس إعادة النظر على أنّه « 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». كما نصّ الفصل 200 م.م.م.ت. على أنّ «القيام بطلب مؤاخذة الحكام يكون بطلب ممضى من الطالب أو نائبه القانوني يقدمه محام للرئيس الأول. ويقع البحث في الأمر المدعى فيها ويسمع مقال الحاكم المطلوب وكذلك الطالب وبعد ذلك يقع تعريفهما بما أنتجه البحث ويعين لهما أجل قدره خمسة عشر يوما لعرض ملحوظاتهما كتابة. والبحث المذكور يجريه رئيس المحكمة أو من يعينه من المستشارين ويقع عرض أوراق القضية على وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب لإبداء ملحوظاته فيها كتابة. وتصدر المحكمة قرارها في النازلة على ضوء ما أنتجه البحث. والطالب الذي ترفض دعواه يحكم عليه بخطية قدرها من عشرين إلى خمسين دينارا بقطع النظر عما عسى أن يقوم به الحاكم من غرم الضرر. وإذا اتجهت المؤاخذة يحكم على الحاكم بالغرامات والمصاريف وببطلان الأعمال التي قام بها. أما الحكم الصادر لمصلحة الخصم الآخر فلا يحكم ببطلانه». معنى ذلك أنّ حالات الفصل 484 م.ا.ع. قد استوعبتها إجراءات التماس إعادة النظر ومؤاخذة الحكام ولم يبق لهذا الفصل من إجراء خاص، فليس من الممكن طلب البطلان على أساس الفصل 484 م.ا.ع. إذ لم يعتمد المشرع التونسي نظرية عامة في بطلان الأحكام وقد تحدّث الفصل 484 م.ا.ع. صراحة عن النقض وليس عن البطلان وهو مفهوم إجرائي ينصرف إلى ممارسة طرق الطعن الممكنة قانونا.

وقد أورد المشرع أحكاما خاصة للبطلان الإجرائي بالفصول 14 وما بعد م.م.م.ت وليس فيه شيء ما يتعلق ببطلان الأحكام، فلا يمكن طلب نقض الأحكام إلا طبق الصور المحدّدة في الطعون العادية وغير العادية، إنّما أشار

المشرع استثناء إلى بعض حالات البطلان بنصوص خاصة مثل إبطال البتة أو إبطال أعمال القاضي إذا ثبتت وقائع المؤاخذة أو بطلان الحكم إذا لم توجه المحكمة يمين الاستيفاء في المواطن الحتمية[1]. فليس من الممكن بعد ذلك طلب بطلان الأحكام على أساس الفصل 484 م.ا.ع. في غياب مبادئ عامة في بطلان الأحكام وقد استوعبت مجلة الإجراءات المدنية صور الفصل 484 م.ا.ع.

ويجوز الدّفع بأن معنى «الغلط الحسي» erreur matérielle الوارد بالفصل 484 م.ا.ع. لم تستوعبه أحكام التماس إعادة النظر، من خلال مفهوم الخديعة أو العثور على وثيقة كانت ممنوعة، ممّا يدفع في اتجاه التفكير بتوفر حكم خاص لهذا المعنى. ومع ذلك فإنّه يلاحظ أنّ مجلة الإجراءات المدنية لسنة 1910 قد أخذت بالغلط الواضح أي الغلط الحسي كصورة من صور الطعن بالتعقيب[2]، كما أنّ الغلط البين أصبح منذ سنة 1986 صورة من صور تعهّد الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب، وبالتالي فإنّ الغلط الحسي لا يمكن أن يعالج خارج الإطار الإجرائي المحدّد بمجلة المرافعات[3].

والحقيقة أنّ الغلط الحسي الوارد بالفصل 484 م.ا.ع. ليس مجرد غلط في الحساب أو الأرقام أو سهو من المحكمة وهو ليس غلط في تقدير المحكمة

---

(1) الفصل 510 م.ا.ع.

(2) نصّ الفصل 103 ـ من قانون أصول المرافعات المدني التونسي لسنة 1910 على ما يلي:
« كل حكم عدلي يمكن ان يحال على نظر محكمة التعقيب ولو بعد إبرامه أو بعد تنفيذه وذلك بمقتضى مطلب من الخصوم أو من وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب فيما إذا كان الموجب كون القضية ليست من مشمولات انظار المجلس او لتجازف بالسلطة او لسوء تطبيق نص القانون وايضا لموجب الاسباب الآتية:
أولا:ان كان هناك غلط واضح
ثانيا:ان وقع عدم اعتبار القواعد القاضية بالفساد ان لم تقع مراعتها
ثالثا : اذا شمل الحكم أمورا ولم يقع القيام بطلبها
رابعا : اذا وقعت خديعة من الخصوم في اثناء البحث
خامسا : إذا اتضح كون الحجج التي انبنى عليها الحكم كانت مدلسة
سادسا : إذا ظفر القائم بالطلب بعد الحكم بحجج قاطعة منعت عنه بفعل الخصم لكن بشرط اثبات يوم الظفر بها بحجة كتابية
سابعا : اذا كان بنفس الحكم حيثيات مضادة
ثامنا : اذا كانت هناك احكام نهائية متناقضة حال تعلقها بخصوم معينين وجريانها بطريقة واحدة.
تاسعا : إذا كان في القضية قاصرون ووقع التقصير في المناضلة عنهم».

(3) الفصلان 192 و193 م.م.م.ت.

للوقائع أو الحجج المقدمة[1]، بل هو اعتماد المحكمة على معطيات مادية مغلوطة ولذلك كان النصّ الفرنسي واضحا في هذا الباب:

« par la preuve de l'erreur matérielle sur la laquelle se fonde le jugement, lorsque cette erreur en est la cause unique »

وهذا الاعتماد المغلوط يردّ عادة لخديعة اقترفها أحد الأطراف مهما كانت طبيعتها أو إخفاء حجة وما شابه ذلك، وفي ذلك ذهب التطبيق لفهم معنى الغلط الحسي واعتمده المشرع في باب التماس إعادة النّظر، فلم يبق بالتالي باب للحديث عن بطلان الأحكام ولا يصحّ رفع قضية أصلية على أساس الغلط الحسي لطلب بطلان الأحكام التي لا رجوع فيها.

ولكن ما العمل إذا كان الغلط الحسّي لم يكن نتيجة خديعة من الخصم، فهل يمكن أن يكون أساسا لدعوى مستقلة في البطلان ؟

فعلا إنّ الغلط الحسي المقصود بالفصل 484 م.ا.ع. ليس الغلط الذي يتسبب فيه الخصم بل إنّ له مفهوما مميزا. فهو ليس مجرّد غلط مادي الذي لا يتجاوز معنى الغلط في الأرقام والكتابة كنتيجة لانعكاس مغلوط لما هو صحيح بالذهن، وهو ليس من قبيل السهو الذي يعبر عن عدم تحرير ما كان صحيحا بالذهن، ويختلف الغلط الحسي كذلك عن الغلط المعيب للرضاء وهو انعكاس مغلوط للحقيقة بالذهن والخطأ التعاقدي وهو عدم مراعاة الالتزام التعاقدي والخطأ التقصيري وهو الخروج عن الواجب القانوني والغلط في تأويل العقد والقانون وهو الخروج عن ضوابط التأويل كما يختلف عن صور التدليس والخديعة التي تؤدي إلى التماس إعادة النظر ويختلف الغلط الحسي نهاية عن الغلط في اجتهاد المحكمة الموجب للطعن وهو عدم فهم المحكمة لواقع القضية أو الطلبات. إنّ الغلط الحسي الوارد بالفصل 484 م.ا.ع. ليس من ذلك في شيء فهو في النهاية أن تعتمد المحكمة في حكمها على بيانات غير مطابقة لما يتوفر بأوراق القضية فهو انعكاس مغلوط لواقع القضية في ذهن هيئة المحكمة كما أن تعتمد المحكمة في حكمها تاريخا يكون منطلقا لحساب أجل التقادم والحال أنّ ذلك التاريخ

(1) نميز عادة بين الغلط المادي على معنى الفصل 256 م.م.م.ت والفصل 332 مكرر م.ح.ع. والفصل 391 م.ح.ع. والفصل 26 من القانون عدد 34 لسنة 2001 المتعلق بالتحيين والغلط المعيب للرضاء على معنى الفصول 44 وما بعد م.ا.ع. والخطأ في تأويل العقود والقانون والخطأ التعاقدي والخطأ التقصيري والخطأ في تقدير وقائع القضية والغلط في مستندات القضية على معنى الفصل 484 م.ا.ع.

لا يتطابق مع البيانات الثابتة في الدعوى أو أن تعتمد هوية أو رقما لا أصل له بالملف يكون الأساس في الحكم. ففي جميع هذه الحالات وغيرها كثير يكون الحكم قد تأسس على هذا الغلط الحسي l'erreur matérielle sur la laquelle se fonde le jugement. ولا يكفي أن يكون هذا العنصر ثانويا بل يجب أن يكون هو العنصر المحدّد lorsque cette erreur en est la cause unique ». فإذا توفرت هذه الشروط وأقام المدّعي الدّليل على توفر جملة هذه العناصر فليس من المستبعد القبول بدعوى البطلان على أساس الغلط الحسي تماما مثل القبول بالطعن لطلب البطلان إذا توفرت صورة واضحة في الخرق لإجراء أساسي أو جوهري أو تجاوزت المحكمة سلطاتها. فكما أنّ الخرق الإجرائي يمكن أن يكون سندا في طلب البطلان فإنّ الخرق الموضوعي يجب أن يعامل بنفس المستوى إذ أنّ موجبات المحاكمة العادلة تأبى أن يتأسس الحقّ على غلط حسي بهذا المعنى.

وما يدعم هذا الاتجاه أنّ الغلط الحسي كان في زمن هو الأساس الوحيد في طلب مراجعة القرارات طبق طريقة غير عادية في زمن لم يكن للتعقيب مكان وفي زمن لم تكن إجراءات التماس إعادة النظر requête civile معلومة، وقد ظهرت هذه الطريقة la requête civile في الطعن منذ سنة 1667 بالقانون الفرنسي على أنقاض طريقة الطعن على أساس الغلط proposition d'erreur في قرارات البرلمان التي ظهرت في أواخر القرون الوسطى وكانت لا تمارس إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة من الجهة المختصة[1]. وحدّد القانون الجديد بعض الصور للالتماس. والواضح وهو الأقرب للصحة، وما يفسر وجود عبارة الغلط الحسي بالفصل 484 م.ا.ع. أنّ محرّر هذا الفصل ضمّنه قطعا الحالات الجديدة للتماس إعادة النظر كما ظهرت حديثا دون أن يسقط مفهوم الغلط الحسي الذي كان معمولا به قبل ظهور الالتماس. وهو ما يدعم فكرة أنّ مفهوم الغلط الحسي الوارد بالفصل 484 م.ا.ع. يبقى مفهوما مستقلا عن صور الالتماس وبالتالي له حكمه الخاص.

وبهذا المعنى يمكن الوصول إلى نظرية عامة في بطلان الأحكام في القانون التونسي، فإذا كان الحكم العام هو منع البطلان في الحكم مراعاة لقرينة حجية

(1) وقد تركت مجلة الإجراءات الفرنسية الحديثة هذه التسمية في الالتماس واعتمدت طريقة المراجعة بتعريف أوسع ونصت المجلة على أربع صور يمكن أن تكون أساس المراجعة.
Vincent et Guinchard : Procédure civile,op. cit., n°1495.

اتصال القضاء فإن الاستثناء هو القبول به إذا وقفت المحكمة على خرق بيّن للإجراءات الأساسية أو تجاوزت المحكمة سلطاتها أو انبنى الحكم على غلط حسي واضح، فكما أنّ الاتفاقيات توجب لانعقادها جملة من الشروط الشكلية والأصلية حتى ترد صحيحة ولا ينالها البطلان فإنّ الأحكام تحتكم لواجب مراعاة أهمّ الإجراءات الأساسية وعدم الخروج عن إطار السلطة القضائية وتنبني على صحة البيانات المعتمدة في استخراج صيغة الحكم وأن الإطاحة بعنصر من هذه العناصر يمكن أن يؤدي إلى طلب بطلان الحكم حتى ولو أنّ المشرع منع الطعن أو أنّ الطعن قد فات ميعاده، وتلك هي موجبات المحاكمة العادلة في مظهرها المدني المعاصر.

الفصل 15 ـ التمسك بالبطلان المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل 14 والقيام بطلب التخلي عن النظر في النازلة بدعوى سابقية نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بنازلة أخرى يجب أن يكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الأصل وطلب إدخال ممّن شأنه أن يرجع عليه بالدرك أو الضمان في النازلة يجب أن يقع قبل أن تعين القضية لجلسة المرافعة.

الفصل 16 ـ في الصور التي جاءت بها الفصول المتقدمة يمكن للمحكمة أن تقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بانفراده.

الفصل 17 ـ يمكن للطرفين في كل طور من أطوار القضية إثارة مرجع نظر المحكمة بناء على عدم مراعاة القواعد المتعلقة بمرجع النظر الحكمي.

ويجب في هذه الصورة على المحكمة أن تبت في مرجع النظر.

الفصل 18 ـ الخصم الذي يقع استدعاؤه لدى محكمة متحدة الدرجة مع المحكمة التي كان يجب رفع النازلة لديها له طلب التخلي عنها للمحكمة الراجع إليها النظر بشرط أن يقدم طلبه قبل الخوض في أصل النازلة وإلا فمطلبه غير مقبول.

التعليق على الفصول 15 و16 و17 و 18

بعدما بيّن الفصل 14 م.م.م.ت. شروط التمسك بالبطلان سواء كان مطلقا أو نسبيا وعلى الأخص ثبوت الضرر بالنسبة إلى البطلان النسبي وهو شرط خاص بالبطلان النسبي ولا يشمل بداهة بقية الدفوعات أوردت الفصول 15 و16 و17 و 18 م.م.م.ت. إجراءات الدفع بالبطلان وكذلك إجراءات طلب التخلي وطلب الإدخال وإجراءات الدفع بالاختصاص الحكمي والاختصاص الترابي.

فقد ورد الفصل 15 م.م.م.ت. في بيان زمن الدفع بالبطلان النسبي والقيام بطلب التخلي عن النظر في النازلة بدعوى سابقية نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بنازلة أخرى وطلب إدخال ممّن شأنه أن يرجع عليه بالدرك أو الضمان في النازلة. فالقاعدة أن يكون الطلب أو الدفع دفعة واحدة وقبل كل جواب في الأصل، باستثناء طلب الإدخال فيمكن قبوله طالما لم تعين جلسة المرافعة.

وجاء الفصل 16 م.م.م.ت. في بيان موقف المحكمة من الطّلب فيمكن للمحكمة أن تقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بانفراده. والقصد أن تتخذ المحكمة قرارا في شأن الطلب سواء بالرفض أو القبول مباشرة بعد تقديمه ودون انتظار الحكم في الأصل كما يجوز لها أن ترجئ الجواب إلى تاريخ المفاوضة مع الأصل، وسنرى في بابه أنّ هذه القرارات التمهيدية لا يجوز الطعن فيها بمفردها بل يتحتم الطعن فيها مع الأصل.

وجاء الفصل 17 م.م.م.ت خاصا بإثارة مسألة الاختصاص الحكمي حيث يمكن للطرفين في كل طور من أطوار القضية إثارة مرجع نظر المحكمة بناء على عدم مراعاة القواعد المتعلقة بمرجع النظر الحكمي. ويجب في هذه الصورة على المحكمة أن تبت في مرجع النظر. ويستفاد من ذلك أن إثارة مسألة الاختصاص الحكمي تبقى جائزة في جميع الأطوار ولو أمام محكمة التعقيب لأول مرة بل من الممكن أن تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها دون الطلب. والخصوصية في أحكام الفصل 17 م.م.م.ت. أنه يلزم المحكمة أن تبتّ في الاختصاص بمجرد إثارته ولا تؤجل النظر إلى حين النظر في الأصل.

وجاء الفصل 18 م.م.م.ت. خاصا بمسألة الاختصاص الترابي، فلم يشترط الضرر على غرار طلب التخلي وطلب الإدخال ويشترط فقط أن يقدم الطلب قبل الخوض في أصل النازلة وإلا فمطلبه غير مقبول.

والخلاصة أنّ إجراءات البطلان النسبي تخضع لأحكام الفصول 14 فقرة 2 و 15 و 16 م.م.م.ت. ويحقّ لكل متضرر الدفع بالبطلان سواء كان طالبا أو مطلوبا، فقط أن القاضي لا يثير مثل هكذا دفع باعتبار أنه مقرر لمصلحة الأطراف. ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن القاضي بإمكانه إثارة دفوعات شخصية إذا لم يحضر المدعي ولم يبلغه الاستدعاء(Statue par defaut)[1]. لكنّه يتعذّر اللّجوء

(1) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.660,n°780.Art 472 alinéas 1et 2du nouveau code de procédure : alinéa 1 - « en dépit de la

إلى مثل هذا الحلّ بالقانون التونسي باعتبار عدم اعتماد مجلّة الإجراءات نظام الأحكام الغيابية في القضايا المدنية[1]. وتبدو المصلحة منطقيا بجانب المدعى عليه في الدّفع أوّلا بالبطلان. وقد اشترط المشرع أن يقع الدفع بالبطلان قبل كل جواب في الأصل، وتجاوزا لصورة القضية الأصلية، فإن تقاعس أو تغافل الطالب عن تقديم الطلب اعتبر ذلك اعتراف بصحّة الإجراءات. ومن المتعيّن التفريق بين إجراءات عريضة الدعوى الافتتاحية والإجراء الواقع أثناء الدعوى، حيث إن مجرد حضور المدعى عليه بالجلسة يفيد بالضرورة الإعراض عن طلب البطلان، لأن الحضور بالجلسة الأولى هو دليل على خلو الإجراء من كل ضرر، رغم أنّ جانبا من الفقه يرى أنّ المدعى عليه بإمكانه الحضور لغاية طلب البطلان[2]. أما بالنسبة إلى الأعمال الإجرائية التي تقام خلال نشر الدعوى فلا يعتد بالدفع فيها إلا إذا جاء مباشرة بعد علم المتضرر بها مثل الاختبار الواقع في غياب الطرف الآخر (الفصول 101 وما بعد م.م.م.ت المتعلّقة بالاختبار).

والمطلوب عملا بأحكام الفصل 15 م.م.م.ت أن يكون الطّلب « دفعة واحدة » إذا تعددت الطلبات إلى طلب التخلي Litis Pendence وطلب الارتباط connexité و طلب البطلان. ويمكن للمحكمة أن تقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بانفراده (الفصل 16 م.م.م.ت). والمعلوم أنه إذا قضي ببطلان العمل الإجرائي، يمكن من حيث المبدأ إعادة صياغته، إلا إذا فات الأجل، مثل صورة بطلان عريضة الاستئناف. كما أن بطلان العمل الإجرائي يفيد بطلان الأعمال المقامة على أساسه مثل بطلان الإعلام بالحكم الذي يعني بالضّرورة بطلان الاستئناف، لكنّ الأعمال الإجرائية إذا لم تكن لها علاقة بالعمل الباطل تبقى صحيحة، وإن جاءت بعدها، وإذا لم يكن الدفع في محله تتواصل الخصومة إلى نهايتها كقاعدة عامة[3].

أمّا بالنسبة إلى إجراءات البطلان المطلق فيحق للقاضي بطبيعة الحال إثارة هذا الدفع وكذلك النيابة العمومية(الفصل 251 م.م.م.ت) وإن كان الخلل

non comparution du défendeur il est néanmoins statué sur le fond », alinéa 2 - « le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée ».

(1) عبد اللّه الأحمدي: القاضي والإثبات في النّزاع المدني، المرجع السّابق، ص 499 وما بعد. .Ellouch.F,op.cit.,p.86 et suiv

(2) أحمد أبو الوفاء، الإجراءات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع السّابق، ص 227 ، فقرة عدد 206.

(3) أحمد أبو الوفاء، الإجراءات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع السّابق، ص 504 ، عدد 405. Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p. 618.

يتعلق بالإجراءات الأساسية أو الحالات الصريحة وليس فحسب بالنظام العام، ويحقّ للأطراف إثارة الدّفع حتّى ولو كانوا مصدر هذا الخلل. ويمكن إثارة الدفع في جميع المراحل و لو لأول مرة أمام محكمة التعقيب[1].

لكنه يمنع إثارة مسألة البطلان إذا تعذّر مطلقا الطعن في الحكم بأية طريقة، كما أن الفصل 71 م.م.م.ت. أشار إلى عدة صور في التصحيح سواء بحضور المدعى عليه أو محاميه[2].

الفصل 19 ـ حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق ويجب أن تكون للقائم مصلحة في القيام.

غير 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 الطالب منعدمة أو لم تكن للطالب صفة القيام بها.

غير أنه إذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل عند القيام فان تلافيه أثناء القضية يصحح الدعوى.

وتقضي المحكمة فيما وقعت إثارته في هذا الشأن طبق ما هو مبين بالفصل 16.

التعليق على الفصل 19 م.م.م.ت

نصّ الفصل 19 م.م.م.ت على أنّ حقّ القيام لدى المحاكم يكون لكلّ شخص له صفة وأهليّة تخوّلانه حقّ القيام بطلب ما له من حقّ وأنّ تكون للقائم مصلحة في القيام. غير أنّه في المادّة الاستعجاليّة يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميّز إذا كان هناك خطر ملمّ. ومن واجب المحكمة رفض الدّعوى إذا تبيّن لها من أوراق القضيّة أنّ أهليّة القيام بها منعدمة أو لم تكن للطالب صفة القيام بها. غير أنّه إذا كان شرط الأهليّة المقيّدة هو المختلّ عند القيام فإنّ تلافيه أثناء نشر القضيّة يصحّح الدّعوى».

(1) قرار تعقيبي عدد 5780 صادر بتاريخ 23 ماي 1968 مجلّة القضاء والتّشريع، أفريل 1968، ص 85.

(2) براجع الفصل 71 م.م.م.ت.

فحقّ القيام هو الدعوى القضائية التي تعرّف عادة بأنّها سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد تحقيق احترام القانون أو هي سلطة الالتجاء إلى القضاء بهدف تقرير الحقّ أو حمايته أو هي الحق الذي يخوّله القانون لكلّ شخص في التماس السلطة القضائية لغاية إلزامها بأن تنظر في أصل النزاع. وهي بذلك مجرد إمكانية تختلف عن الحقّ الذي تحميه والمطالبة القضائية. فطالما قرنت النظرية التقليدية بين الدّعوى والحقّ الذي تحميه، فليس الحقّ إلا حالة قانونية في حالة هدوء بينما الدعوى هي حالة قانونية في حالة حركة. غير أنّ النظريات الحديثة ابتعدت عن هذا الاتجاه وعاينت أنّه من الممكن أن توجد الدعوى في غياب الحقّ، كما في صورة تجرد الدعوى أو أن يوجد الحقّ في غياب الدعوى كما في صورة الحقّ الطبيعي متى تتوفر المديونيّة دون المسؤولية أو أن يكون الحقّ بيد والدعوى في أخرى كما في صورة النيابة القانونية أو الاتفاقية. وبالرغم من التقارب بين الدّعوى والحق في بعض الصور إذ أن الدعوى تأخذ وصفها من ذات الحقّ، حقّ شخصي أو عيني، فإنّهما يختلفان من حيث المفهوم والغاية، إذ الحقّ سلطة إرادية أو حالة قانونية يحميها التشريع بحسب النظريات الشخصية والموضوعية، بينما الدعوى مجرد الإمكانية في التماس القضاء تجاوزا لأصل الحقّ. وعلى هذا الأساس فهي تتميز عن المطالبة القضائية التي تظهر من خلال تحرير عريضة الدعوى وتبليغها إلى الضدّ، بينما الدعوى هي مجرد إمكانية قائمة حتى ولو لم يستعملها صاحبها بصفة فعلية. وفي ذلك عدّة آثار هامة فما يقطع التقادم ويحدّد بداية سريان الفوائض القانونية ويستجلب خلل الشكليات وينشئ الخصومة إنّما هو المطالبة القضائية وليست الدعوى، فمن الممكن أن تختلّ عريضة المطالبة القضائية دون أن تنقضي الدّعوى[1].

(1) الدعوى القضائية: تفيد أنه لا يمكن للقاضي أن يتعهّد بالقضية بصفة تلقائية، بل لا بدّ من رفعها من طالبها، "فافهم إذا أدلى اليك" والدعوى في نظر الفقه الإسلامي هي المطالبة أوهي القول أوهي طلب استحقاق شيء وهو ما يختلف شيئا ما عن نظريات القانون الوضعي. حيث رأت النظرية الذاتية بأن الدعوى ليست "سوى الحق الذاتي في حالة حركية" كما أكد ذلك DEMOLOMBE في قولته الشهيرة غير أن هذا الرأي انتقد بشدة نظرا لكون هناك عدة حقوق، دون أن تكون هناك دعوى، كالحقوق الطبيعية، كما لم يشترط في القائم أن يكون له حق، بل يكفي أن تتوفر به شروط القيام الواردة بالفصل 19 م.م.م.ت ونفت النظرية الموضوعية فكرة الحقوق الذاتية وتحدثت عن « المركز القانوني أوالوضعية القانونية». وبرزت نظرية حديثة ترى في الدعوى «القدرة القانونية على الالتجاء للقضاء» ومع ذلك لم تسلم هذه النظرية من النقد. حيث إنها تؤدي إلى الاعتقاد بوجود حق ذاتي والحال أنه لايوجد إلا ممارسة لحرية أولإمكانية، كما أنه من الغريب حصر ميدان الدعوى في الحالات التي يطلب فيها الخصوم سماعهم في

وبخلاف الدعوى الجزائية، فإنّ الدعوى المدنية ملك للأطراف فلهم الحق في مباشرتها أو التنازل عنها ولا شيء يلزم بمباشرتها أو تركها. فقط أنّه في صورة التعسف في الدعوى تقوم المطالبة في التعويض.

وقد وضع الفصل 19 م.م.م.ت شروط الدّعوى المدنية. فلا بدّ أن تتوفر المصلحة والصفة والأهلية في القيام.

الأصل فحسب. وانتقد البعض هذه النظرية الحديثة على أساس أن التعريف الحديث لا يعبّر إلا على تصور ذهني يختلف عن المفهوم الحقيقي للدعوى القضائية، الذي يفهم منه «الادعاء لدى القضاء» أي الالتجاء الفعلي للقضاء وفي هذا قال الأستاذ عبد الله الأحمدي في كتابه القاضي والإثبات في النزاع المدني وتحديدا بالصفحة 34 وما بعد مايلي «...وفعلا فإن التعريف الذي أورده الشراح الغربيون ينطبق على حق التقاضي أوحق القيام لدى المحكمة بالمعنى الذي يقصده المشرّع التونسي بالفصل 19 م.م.م.ت وهو حق مشروع لكل شخص، له ممارسته إذا توفرت فيه الشروط القانونية من مصلحة وصفة وأهلية وذلك بقطع النظر عن وجاهة الطلب من عدمها وعن كون المحكمة ستبت في أصله أم ترفضه شكلا، فالقول بأن الدعوى هي الإمكانية القانونية للالتجاء للقضاء لا ينسحب على مدلول الدعوى بل على الحق في رفعها وعلى هذا الأساس فإن للدعوى مفهوما ماديا إجرائيا ولا مجرد تصور ذهني تعني الإدعاء لدى القضاء. فعندما تستعمل كلمة دعوى قضائية نكون انطلقنا من مجرد الحق في التقاضي إلى الممارسة الفعلية الإجرائية لذلك الحق، فلا يكتسب الشخص صفة المدعي أوالمدعى عليه إلا برفع الدعوى لدى المحكمة طبق الإجراءات القانونية وبناء على ذلك فإن الدعوى القضائية لا توجد قبل رفعها للمحكمة ولعل هذا ما جعل الفقهاء المسلمين يتحدثون عن المطالبة التي تحصل أمام القضاء وفي القانون الوضعي فإنه لا دعوى قضائية ما لم تتم إجراءات رفعها... ولئن كانت الدعوى لا تعني الحق الذاتي في نظرنا خلافا لما ذهب إليه العديد من الفقهاء الغربيّين بالخصوص فإن ذلك لا يعني عدم وجود ترابط بينهما لسببين: أولهما: أن وصف الدعوى القضائية تمليه طبيعة وخصائص الحق المطلوب فتوصف بأنها عينية أوشخصية إذا كان موضوعها حقا عينا أوشخصيا ثانيهما أن الحق هو أساس الدعوى القضائية فالمدعي عندما يرفع دعواها للمحكمة يتمسك بكونه صاحب حق ذاتي وقع المسّ به، ويطالب إسترجاعه وحمايته ولذا فإن الحق هو أساس الدعوى...»

والدعوى القضائية تختلف عن المطالبة القضائية والخصومة، بحيث أن المطالبة القضائية تعني «العمل الإجرائي الذي بموجبه يمارس الشخص ذلك الحق» أي «عمل افتتاح المواجهات «وعمليا تحصل المطالبة القضائية بتقديم العريضة التي ترفع بها الدعوى وتبليغها للخصوم بصفة عامة. والخصومة هي تلك المرحلة التي تفصل بين تاريخ رفع الدعوى وصدور الحكم في الأصل.

عبد الله الأحمدي، المرجع السّابق ص 25 وما بعد. أحمد أبو الوفاء، المرجع السّابق ص 111 وما بعد.

Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.87 et suiv.

والمصلحة هي الفائدة التي يرجوها المدّعي من الدّعوى، فهي الهدف والنتيجة. ويشترط أن تكون مصلحة قانونية ومباشرة وقائمة. وتتوفر قانونية المصلحة في الحماية القانونية للهدف سواء كانت أهدافا معنوية أو مادية، بمعنى أن تكون المصلحة متصلة بمركز قانوني تحميه القوانين النافذة. فلا تكون المصلحة قانونية إذا خالفت القانون أو الأخلاق الحميدة أو بقيت في مستواها الاقتصادي المجرّد والضيق. ويجب أن تكون المصلحة مباشرة بمعنى أن تكون مصلحة شخصية. ولا يعني ذلك أن تكون المصلحة فردية بل من الممكن أن تكون المصلحة جماعية، كما في صورة طلب النقابات والجمعيات للدّفاع عن أمر يتعلّق بالمهنة. ويجب أن تكون المصلحة قائمة بمعنى أن تكون حالة أي موجودة. ولا يعني ذلك أن الحقّ المدّعي فيه لا يمكن أن يكون مستقبليا، فقد أشار المشرع في عدّة صور إلى إمكانية رفع الدّعوى في حقّ مستقبلي، كما في صورة تعطيل الأشغال، وإنّما يشترط أن لا تكون المصلحة احتمالية. فكلّما كانت المصلحة احتمالية إلا ورفضت الدّعوى.

أما الصفة فهي ارتباط الشخص بالحقّ، فلا يمكن أن يطالب به إلا صاحبه ولا يمكن أن توجّه الدّعوى إلا في مواجهة من يملكه. فهي مشترطة في المدّعي والمدّعى عليه على حدّ السواء. فلا بدّ أن يكون صاحب الحقّ طالبا أو مطلوبا مشمولا في عريضة الدّعوى. ويبقى الحق قائما بطبيعة الحال في النيابة الاتفاقية والقانونية. غير أنّه في غياب هذه النيابة لا يمكن أن يرفع الدّعوى إلا صاحب الحقّ ولا توجّه الدّعوى إلا ضدّ صاحب الحقّ. كما في صورة توجيه الدّعوى ضدّ الورثة فمن المفروض أن توجّه الدّعوى على جميعهم في غياب نيابة قانونية أو اتفاقية ويجب الاستناد إلى حجج الوفايات لحصر عددهم، وإلا رفضت الدّعوى.

والأهلية هي الرشد وكمال المدارك العقلية، فلا يمكن للقاصر والمجنون وضعيف العقل والسفيه إذا صدر في شأنهم حكم بالنسبة إلى الحالات الثلاثة الأخيرة أن يرفعوا الدّعوى بل لابدّ أن ترفع بواسطة من ينوبهم قانونا[1].

(1) يمكن تعريف الأهليّة بوجه عام بأنّها قدرة الإنسان على الالتزام والإلزام وعلى مباشرتهما شخصيّا بما يترتّب عن تصرّفه من حقوق وواجبات، وانعدام الأهليّة أو نقصها يسمّى الحجر، ونفرّق قانونا بين أهليّة الوجوب (jouissance) وهي صلاحيّة الشّخص للتّمتّع بالحقوق وتحمّل الواجبات التّي يقرّها القانون، وأهليّة الأداء (exercice) وهي صلاحيّة من له أهليّة الوجوب في ممارسة ذلك الحقّ بنفسه.
والأهليّة مفترضة مبدئيّا لدى جميع النّاس، وهي الأصل في جميعهم، ما لم يصرّح القانون

بخلافه. فترِد أهليّة الوجوب كاملة إلاّ في حالات استثنائيّة مثل ما أشار إليه المشرّع بالفصول 566 و 567 و 568و 569 م.ا.ع من حرمة أعضاء المجالس الحكميّة وكتّاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام وأعضاء الإدارة والمقدمين والمتصرفين وأمناء التفليس والسماسرة والخبراء في كسب الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم أو ما هو لنظرهم بالشّراء أو بالإحالة، أو ما أشار إليه الفصل 549 م.ا.ع من حرمة من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير في أن يعقد لنفسه ولو بواسطة. «فكلّ شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه»، و«كل إنسان ذكرا كان أو أنثى تجاوز عمره ثماني عشرة سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى هذا القانون»، و«إذا أتم الصغير المولى عليه الثمانية عشر عاما كاملة 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» و«اختلاف الأديان لا يترتب عليه فرق في أهلية التعاقد ولا فيما لغير المسلمين وعليهم من الحقوق الناشئة من الالتزامات الصحيحة».

وتفتقد أهليّة الأداء لمن تعذّر عليه التّعاقد بنفسه لصغر في السّن أو لجنون أو لضعف في العقل أو لسفه. ويعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة، والمجنون «هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها»، «أما ضعيف العقل فهو الشخص الغير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات»، والسفيه» هو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف». وفي ذلك أحكام خاصة.

وقد وضع المشرّع التّونسي تنظيما ميّز من خلاله بين أعمال الصّغير غير المميّز والمحجور عليه لجنون والذوات المعنوية من ناحية وأعمال الصّغير المميّز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه من ناحية أخرى، بعد أن حدّد سنّ الرّشد، وهو ثماني عشرة سنة كاملة على معنى الفصل 153 م.أ.ش، فيكتسب المرء أهليّته كاملة ما لم يصدر حكم بالتّحجير سواء لجنون أو لضعف في العقل أو لسفه.

ـ الصّغير غير المميّز والمحجور عليه لجنون والذوات المعنوية: عملا بأحكام الفصل 156 م.أ.ش يعتبر صغيرا غير مميّز من لم يبلغ سنّ الثّالثة عشرة، وتكون جميع أعماله باطلة بدون استثناء سواء كانت من قبيل أعمال التّبرّع أو الإدارة أو التّصرّف، ويلحق بالصّغير غير المميّز المجنون الذّي حكم بالتّحجير عليه وكذلك الذوات المعنوية المنزلة قانونا منزلة الصغير. فجميع أعمالهم باطلة بطلانا مطلقا وهم في حكم انعدام الأهلية مطلقا، ولا يمكن لهم التّعاقد إلاّ بواسطة وليّهم القانوني سواء كان الأب أو الأم أو المقدّم المعيّن قضاء أو الممثل القانوني حيث نصّ الفصل 5 م.ا.ع على أنّ «الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم. أولا : الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة. ثانيا : الرشيد الذي اختل شعوره بما أخرجه من الإدراك. ثالثا : الذوات المعنوية المنزلة منزلة الصغير قانونا».

ويجوز للوليّ بصفة عامّة أن يبرم في حقّ القاصر عقود الاغتناء لفائدة القاصر وأعمال الإدارة بدون توقّف على إذن خاصّ، أمّا أعمال التّبرّع لصالح الغير فهي ممنوعة ولا يصحّ أصلا أن يأذن القاضي بها، وتخضع أعمال التّصرّف مثل البيع والمعاوضة والصّلح

والمقاسمة وغيرها لإذن خاص يصدره رئيس المحكمة الابتدائيّة، «فالأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفيه والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكل لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا بإذن خاص من القاضي المختص ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة للمذكور آنفا، و»ما تممه الولي في مصلحة الصغير أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي على الصور المقررة بالقوانين تعتبر مثل الأعمال الصادرة من الرشيد المتولي مباشرة حقوقه بنفسه وهذه القاعدة لا تنسحب على ما كان من قبيل التبرع المحض فإنه باطل ولو بالإذن المطلوب قانونا كما يبطل الإقرار الحكمي بأمور لم تصدر من الولي نفسه.

ـ الصّغير المميّز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه: الصّغير المميّز هو الذّي تجاوز سنّ الثّالثة عشرة، وتكون أعماله نافذة إذا كانت من قبيل النّفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضّرر المحض، ويتوقّف نفاذها في غير الصّورتين المذكورتين على إجازة الوليّ (الفصل 156 م.أ.ش)، وبالتّالي فبإمكان الصبيّ المميّز أن يبرم عقود الاغتناء بدون إجازة وليّه، ويكره عليه أعمال الهيبات لفائدة الغير ولو بمصادقة الوليّ، أمّا أعمال الإدارة والتصرف فهي خاضعة لإجازة الولي، وتتوقّف أعمال التّصرّف في حقه على توفّر الإذن الخاص (الفصل 15 م.ا.ع) تجاوزا لأعمال الإدارة التي يجوز أن يأتيها الولي بدون إذن، وتدخل في مثل هذا الحكم أعمال ضعيف العقل المحجور عليه بحكم (160 ـ 162 م.أ.ش)، والسّفيه المحجور عليه بحكم كذلك (الفصل 164 م.أ.ش) والمفلس (الفصل 6 م.ا.ع).

وعلى ذلك الأساس فإنّ أهلية الصّغير المميّز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه هي أهلية مقيدة فلا تقع أعمالهم نافذة من حيث المبدأ إلا أن تصحبهم إرادة الولي، «فللأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم الصغير الذي عمره بين الثالثة عشرة والثماني عشرة سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه. والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم فيها مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها. والمحجور عليهم لتفليسهم. وكذلك كل من يمنع عليه القانون عقدا من العقود»، مع إمكانية أن يبحث القاصر على أعمال نافعة ولو بدون مصادقة الولي. فبعض من الأعمال النافعة تبقى نافذة ولو بدون موافقة الولي «فلمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشرة عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتهما بدون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك»، وتبقى أعمال الإدارة والتصرف فاعلة إذا ما صادق عليها الولي حيث إنّ» الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما والسفيه إذا عقد عقدا بلا إذن الأب أو الولي لا يلزمه شيء من جراء ذلك وله أن يطلب فسخه على الشروط المبينة بهذا القانون. لكن يصح العقد إذا أجازه الأب أو الولي على الصورة المطلوبة قانونا».

ولكن الطرف الآخر في العقد إذا كان راشدا وله الأهلية الكاملة ليس له أن يدفع بعدم أهلية المعاقد الآخر توصلا لإبطال الاتفاق، «فمن كان أهلا للتعاقد ليس له أن يحتج بعدم أهلية من عاقده». فلا يمكن أن يصلح عيب الأهلية كسبب في حل العلاقة التعاقدية إذا تمسك به من ليس به علّة. وعلى العكس يبقى الحق للولي أو للصغير بعد رشده طلب الإبطال

على أساس عدم الأهلية، «فللولي أو المولّى عليه بعد رشده القيام بفسخ عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل الماضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيدا أو مأذونا من وليه أو أنه تاجر. لكن هذا لا يمنع من بقاء المولّى عليه عامر الذمة بقدر ما انتفع به من جراء تلك العقدة حسب ما هو مقرر بهذا القانون (م.ا.ع) «، حيث إنّه «إذا تمم الرشيد ما التزم به للصغير أو القاصر فهما ملزومان بقدر ما انتفعا به من جراء ذلك والمنفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أنفقا المال الذي أخذاه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عندهما».

ـ ترشيد القاصر بحكم القانون أو بحكم القضاء: ويذكر أنّ ترشيد الصّغير على معنى الفصل 158 م.أ.ش يجعل من أعماله نافذة، حيث نصّ الفصل 158 م.أ.ش على أنّه يمكن للحاكم ترشيد الصّغير ترشيدا مقيّدا أو مطلقا، كما يمكن له الرّجوع في هذا التّرشيد إن قام لديه موجب في ذلك حيث إنّ «الإذن بتعاطي التجارة يجوز الرجوع فيه في كل وقت لأسباب قوية بإجازة من المحكمة بعد سماع مقال الصغير»، و»ليس لولي الصغير أو المحجور عليه أن يستمر على تعاطي التجارة في حق من هو لنظره ما لم يكن مأذونا في ذلك من القاضي الذي له النظر ولا يصدر هذا الإذن إلا لمصلحة واضحة للصغير أو المحجور عليه».

واشترط الفصل 159 م.أ.ش أنّه لا يمكن ترشيد الصّغير إذا لم يتمّ الخامسة عشرة. ويبدو هذا الفصل ظاهريا متناقضا مع الفصل 6 من المجلة التجارية حيث أورد المشرع بهذا الفصل أنه «لا يجوز للقاصر الذي بلغ الثمانية عشر عاما كاملة ذكرا أو أنثى أن يتعاطى التجارة أو أن يعتبر رشيدا بالنظر للتعهدات التي التزم بها في أعمال تجارية إذا لم يحصل على ترشيده المطلق». والحقيقة أنه لا تضارب بين الفصلين، فلا يمكن أن يرشد القاصر قضائيا إجمالا إلا إذا أتمّ الخامسة عشرة من عمره، وبعد ذلك لا يمكن أن يرشد القاصر مطلقا في أعماله التجارية إلا إذا أتمّ الثمانية عشر من عمره، وذلك ما اقتضاه الفصل 6 من المجلة التجارية. وانتهى المشرع أخيرا إلى إلغاء الفصل 6 من المجلة التجارية بموجب القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 رفعا لكل التباس.

وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السّابعة عشرة من عمره فيما يتعلّق بحالته الشّخصيّة ومعاملاته المدنيّة أو التّجاريّة عملا بأحكام الفصل 153 م.أ.ش كما هو منقح بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، غير أنه بالرغم من تنقيح الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية بموجب القانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007 بأن جعل المشرع سنّ الزواج بالنسبة إلى الذكر والأنثى ثماني عشرة سنة كاملة، إلا أنه لم يشمل الفصل 153 م.إ.ش بالتنقيح وبقي الفصل على صيغته الواردة سنة 1993 وهو أن «زواج القاصر يرشده إذا تجاوز السّابعة عشرة من عمره فيما يتعلّق بحالته الشّخصيّة ومعاملاته المدنيّة أو التّجاريّة». وربما كان الحلّ يقتضي اعتماد النصّ المتأخر إعمالا لقاعدة الفصل 542 م.ا.ع، ولكنّ المشرع ربّما رأى انعدام الفائدة من تنقيح الفصل 153 م.إ.ش ذلك أنه لا يمكن أن يبرم عقد الزواج في أقل من سن الثمانية عشر عاما إذا سلمت السلط القضائية الإذن في ذلك على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 5 م.إ.ش، وإذا كان الزواج في أقل من ذلك يمكن أن يرشد القاصر فيما إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره. والأصل أن تصرفات القاصر المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة، غير أنه خلافا للقاعدة الواردة أعلاه في إمكانية طلب الإبطال، فليس للصغير لمن تمّ ترشيده أن يطلب

ويبدو أنّ الفصل 19 م.م.م.ت لم يشترط الأهلية لرفع الدعوى أي اللجوء إلى القضاء وإنما اشترطها لانعقاد الخصومة أي تحرير عريضة الدعوى وتبليغها للضدّ والتقدم في الإجراءات. فمن شأن الاشتراط الأول أن ترفض الدعوى بمجرد معاينة غياب الأهلية يوم القيام، ومن شأن الاشتراط الثاني أن تقبل الدعوى بداية حتى في غياب الأهلية مع إمكانية تصحيح الإجراءات. ولذلك نصّ الفصل 19 م.م.م.ت على أنه في المادة الاستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم على أمل أن تصحّح الإجراءات خلال نشر الدّعوى. وإذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل عند القيام فان تلافيه أثناء القضية يصحح الدعوى.

والأصل أنّ الدّفع بغياب الأهليّة والمصلحة والصفة في القيام يأتي ضمن ثلاثة أنواع من الدّفوع: الدّفوعات الشكليّة والدّفوعات الموضوعيّة والدّفوع بعدم القبول (fins de non recevoir). فأمّا الدّفوعات الموضوعيّة فتوجّه إلى ذات الحقّ المدّعي فيه وتشمل كلّ دفع يترتّب على قبوله رفض طلب المدّعي، ولهذا لا يتصوّر حصرها. ويمكن أن يأتي ضمن هذا الباب مسألة الإثبات وما يتعلّق بها من نزاهة. أمّا الدّفوعات الشكليّة، فهي توجّه إلى الخصومة وإلى بعض إجراءاتها دون التّعرّض لذات الحقّ المدّعى به أو المنازعة فيه، ويقصد بها تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقّتة. ويأتي في هذا الباب المسائل المتعلّقة بمبدأ المواجهة والدّفع بعدم الاختصاص أو البطلان أو التّخلّي أو سقوط الخصومة. وأمّا الدّفع بعدم القبول فلا يوجّه إلى ذات الحقّ المدّعى فيه، فلا تعدّ دفوعا موضوعيّة. ولا توجّه إلى إجراءات الخصومة فلا تعدّ دفوعات شكليّة، وإنّما ترمي إلى إنكار وجود الدّعوى لعدم توافر أحد الشّروط التّي يتطلّبها القانون لقبولها سواء كانت هذه الشّروط من الشّروط العامّة التّي يتعيّن توافرها لسماع الدّعوى أو من الشّروط الخاصّة بالدّعوى المقدّم بشأنها الدّفع. ويأتي في هذا الباب الأهليّة والصّفة والمصلحة في القيام.

الإبطال بسبب عيب الأهلية، حيث إنّ «الصغير المأذون حكما بتعاطي التجارة أو الصناعة لا يسوغ له طلب فسخ ما التزم به من جراء تجارته إذا كان ذلك داخلا فيما أبيح له من التصرف.. « ويعتبر الإذن إذا كان مطلقا «...شاملا لجميع الأعمال اللازمة لتعاطي التجارة المقصودة به»، كما أنّ «...عزل الصغير عن التجارة لا يؤثر في الأعمال التجارية التي شرع فيها وقت العزل».

وتجاوزا لما ورد في شأن الأهلية من أحكام خاصة فإنّه كان من واجب المحكمة إذا وقفت على علّة في المصلحة والصفة أو تثيرها وتأخذها بالرفض، « فمن واجب المحكمة رفض الدّعوى إذا تبيّن لها من أوراق القضيّة أنّ أهليّة القيام بها منعدمة أو لم تكن للطالب صفة القيام بها». والواضح من ذلك أنّ أركان الصفة والمصلحة والأهلية لها علاقة بمفهوم الإجراءات الأساسية التي تلزم المحكمة بإثارتها تلقائيا. ولا يكتفى بالمعاينة على مستوى رفع الدّعوى بل يطلب بالمثل مراقبة توفرها على مستوى المطلوب كذلك، فيتعين وجوبا أن تتوفر الأهلية والصفة والمصلحة في المدعى عليه كما يجب أن تتوفر في المدّعي، وأن أي خلل في ذلك مؤدّاه رفض الدّعوى. والواضح أنّ التخلف عن ذكر بعض الورثة بعريضة الدعوى أو استبعاد مضامين حجة الوفاة، على سبيل المثال، وقد وجهت الدعوى على الورثة فيه خلل بصفة المدّعى عليهم ويتعيّن وجوبا رفض الدّعوى.

فقط أنّه بالنسبة إلى المادة الاستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم. كما أنه إذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل عند القيام فإن تلافيه أثناء القضية يصحح الدعوى. ولكنّ بلوغ المعني بالأمر سنّ الرشد بعد صدور الحكم الابتدائي يصرف عنه باب النيابة القانونية ولابدّ أن يستأنف الحكم أو يعقبه بنفسه إذا كان مستأنفا أو معقبا ويوجه الطعن ضدّه في الحالتين وليس ضدّ من كان ينوبه[1].

وفي جميع هذه الصور تقضي المحكمة فيما وقعت إثارته في هذا الشأن مع الأصل كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بانفراده، بمعنى أنّه من الممكن أن تتخذ المحكمة قرارا في ذلك قبل صدور الحكم أو أن تؤخر ذلك إلى حين القول في الأصل نهاية أي إلى حين صدور الحكم نهاية.

(1) إلا أنّ محكمة التعقيب ذهبت في عدّة مناسبات إلى القول بعدم رفض الاستئناف شكلا إذا وجه الاستدعاء إلى شخص ميت أو شخص انعدمت أهليته إذا ثبت أن المستأنف ليس له علم بالحالة الجديدة ويبدو أن هذا القضاء اتجاه مستقر بمحكمة التعقيب.

الجزء الأول

في نظر المحاكم

الباب الأول

في وصف الدعاوى

الفصل 20 ـ توصف بدعاوى شخصية الدعاوى المبنية على التزام شخصي مصدره القانون أو العقد أو ش

به العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة.

وتوصف بدعاوى متعلقة بمنقول الدعاوى التي **القصد منها استحقاق شيء منقول بطبيعته أو اعتبره** القانون منقولا. وتوصف بدعاوى **استحقاقية الدعاوى التي تستند إلى** حق عيني عقاري.

أما الدعاوى المبينة في آن واحد على حق عيني عقاري وحق **شخصي فهي دعاوى** مختلطة وتلحق من حيث مرجع نظرها بالدعاوى **الشخصية إذا كان الحق العيني العقاري** غير متنازع فيه.

التعليق على الفصل 20

نصّ الفصل 20 م.م.م.ت على أنه «توصف بدعاوى شخصية الدعاوى المبنية على التزام شخصي مصدره القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة. وتوصف بدعاوى متعلقة بمنقول الدعاوى التي القصد منها استحقاق شيء منقول بطبيعته أو اعتبره القانون منقولا. وتوصف بدعاوى استحقاقية الدعاوى التي تستند إلى حق عيني عقاري. أما الدعاوى المبينة في آن واحد على حق عيني عقاري وحق شخصي فهي دعاوى مختلطة وتلحق من حيث مرجع نظرها بالدعاوى الشخصية إذا كان الحق العيني العقاري غير متنازع فيه».

وحيث إنّ الحق الشخصي هو نتيجة ما يحمل على الطرف الآخر وهو الالتزام فهو من ناحية حق ومن ناحية التزام ويعرف الالتزام على أنه الواجب أو الموجب

devoir، وليس كلّ واجب التزام، بل إن الواجب الذي ينزل منزلة الالتزام هو الواجب القانوني، أي الذي من الممكن أن تقوم فيه الدّعوى أمام القضاء، ويتجاوز مستوى الأخلاق. ولهذا الواجب سقف يقف عنده، فلا يطالب المدين بما يتجاوز الممكن، كما في صورة القوة القاهرة، فهو واجب قانوني ممكن possible. وهو حالة قانونيّة يلتزم بمقتضاها الشخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل معيّن. أو هو ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهّد بعمل شيء معيّن أو بامتناعه عنه أو هو التزام يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن العمل. فإذا كانت المعاملات ذات القيمة الماليّة، تجاوزا لعلاقة الأحوال الشخصيّة، تمثّل مجمل عناصر الذمّة، فإنّ الالتزام يمثّل مجمل الحقوق الشخصيّة. ويتضمّن التزاما بإعطاء شيء أو فعل شيء أو عدم فعل شيء. ويتمثل الالتزام بإعطاء شيء في نقل ملكيّة أشياء قيمية أو مثليّة، لكنّ نقل الملكيّة عادة ما يكون أثرا مباشرا للعقد وليس التزاما، وما يحمل على الشخص في هذه الصور هو تسليم الشيء، وهو التزام بفعل شيء وليس التزام بإعطاء شيء. ويبقى الالتزام بفعل شيء وبعدم القيام بفعل شيء، من الالتزامات العامة المرتبطة دوما بالمنقولات وإن كانت لها علاقة بالعقار، كما في صورة الالتزام بحراثة الأرض أو بناء العقار. ويبقى مجالها شاسعا في الحياة العمليّة، فإن كانت التزامات إيجابيّة، كما في صورة الالتزام بالتدريس أو حمل البضاعة أو إتمام الوعد، فهي من قبيل الالتزام بالقيام بعمل، وإن كانت سلبيّة، كما في صورة الالتزام بعدم المنافسة أو بعدم الإضرار، فهي من قبيل الالتزام بعدم القيام بعمل، ويمكن أن تردّ بطريقة أو بأخرى إلى مفهوم واحد وهو الالتزام بالقيام بعمل، لأنّ الالتزام بعدم القيام بعمل هو التزام بالقيام بعمل في نهاية الأمر. وكلّ إخلال بموضوع الالتزام يحمل بالضرورة إلى نوع من المسؤوليّة، فقد ينفّذ الالتزام طوعا دون حاجة إلى إكراه، فلا تقوم المسؤوليّة، ولكنّ الحيف عن ضوابطه ينتهي إلى نوع من المسؤوليّة، لذلك كان للالتزام تلك الروابط بمفهوم المسؤوليّة بمعنى أن تلحق بالمدين تبعات الإخلال به.

وتردّ مصادر الحق الشخصي على معنى الفصل الأوّل من مجلّة الالتزامات والعقود إلى الاتفاقيات وغيرها من التصريحات الإرادية وشبه العقود والجنح وشبهها. أما الاتفاقيات فهي الأعمال التي توجب إرادتين أو أكثر لانعقادها على وجه الإجمال، فهو الاتفاق الذي يوجب الإيجاب والقبول لنشأة الالتزام. أما

التصريحات الإرادية فهي الالتزامات التي تصدر من ـ
الفصول 18 إلى 22 م.ا.ع. أما شبه العقود فهي أعـ
الشخص ويعلق عليها المشرع التزامات قانونية، ويدخل ـ
كلّ ما يتعلّق بالفضالة (الفصول 1179 م.ا.ع إلى 1194 م.ا.ع)
سبب ودفع ما لا يلزم (الفصول من 71 إلى 81 م.ا.ع). أما الجنح فهي
قصدية غير مشروعة تخرج عن التصرف المألوف والعادي من شأنها إحدا
الضرر للغير، في حين أن شبه الجنح هي وقائع غير قصدية التي من شأنها إحداث الضرر، ويدخل في باب الجنح وشبه الجنح كلّ ما يتعلّق بالمسؤولية الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الشيئية. ويجوز ردّ كلّ ما يتعلّق بالاتفاقات والتصريحات الإرادية والجنح أو شبه الجنح إما إلى العمل القانوني L'acte juridique أو الوقائع القانونية Le fait juridique في نهاية الأمر.

ويعدّ الحق الشخصي في نهاية الأمر علاقة بين شخصين يلتزم بموجبها شخص بأن يؤدّي للطّرف الآخر شيئا أو أن يقوم بعمل معيّن أو أن يمتنع عن أداء عمل محدّد. فلا يتوصّل الدّائن بحقّه إلاّ عبر هذا الشخص. فيفترض الحقّ الشّخصي رابطة قانونيّة ورابطة شخصيّة ورابطة ماليّة. فتنصرف الرّابطة القانونيّة إلى إمكانيّة إلزام المدين قانونا على خلاف الحقوق الطّبيعيّة التّي تبقى خارجة عن أيّ إلزام قانوني، كما في صورة تقادم الحقّ، فيبقى عنصر المديونيّة ويسقط عنصر المسؤوليّة أي إمكانيّة إلزام المدين. وتنصرف الرّابطة الشخصيّة إلى علاقة الدّائن بالمدين، فكلّ التزام شخصي به دائن ومدين، ولا يمكن أن يستخلص الدّائن دينه إلاّ عبر هذا المدين. ولكنّه مع ذلك يمكن تعريف الالتزام موضوعيا على أنه علاقة قانونيّة يلتزم بموجبها شخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وذلك بالتّركيز على موضوع الالتزام دون العلاقة الشخصيّة بين الطّرفين، أي أن الالتزام يتخذ شكلا مجردا بمعنى أن يكون قيمة مالية لها مكان بالذمة المالية ولا تبرر نشأته إرادة الشخص الملتزم وإنما القواعد الموضوعية أي القانون المبرر لنشأة الالتزام وله دور اجتماعي في تداول وانتقال الحقوق الموضوعية، كما في صورة الالتزام من جانب واحد أو إحالة الدّين أو الاشتراط لمصلحة الغير أو السّند لحامل. ويمكن للالتزام تبعا لذلك أن يتنوع ويجوز التمييز بين الالتزامات الطبيعيّة والالتزامات المدنيّة والالتزامات الشخصيّة والالتزامات العينيّة والالتزامات الذاتيّة والالتزامات النقديّة والالتزامات المجرّدة والالتزامات الموصوفة.

devoir، وليس كلّ واجب التزام، بل إن الواجب الذي ينزل منزلة الالتزام هو الواجب القانوني، أي الذي من الممكن أن تقوم فيه الدّعوى أمام القضاء، ويتجاوز مستوى الأخلاق. ولهذا الواجب سقف يقف عنده، فلا يطالب المدين بما يتجاوز الممكن، كما في صورة القوة القاهرة، فهو واجب قانوني ممكن possible. وهو حالة قانونيّة يلتزم بمقتضاها الشخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل معيّن. أو هو ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهّد بعمل شيء معيّن أو بامتناعه عنه أو هو التزام يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن العمل. فإذا كانت المعاملات ذات القيمة الماليّة، تجاوزا لعلاقة الأحوال الشخصيّة، تمثّل مجمل عناصر الذمّة، فإنّ الالتزام يمثّل مجمل الحقوق الشخصيّة. ويتضمّن التزاما بإعطاء شيء أو فعل شيء أو عدم فعل شيء. ويتمثل الالتزام بإعطاء شيء في نقل ملكيّة أشياء قيمية أو مثليّة، لكنّ نقل الملكيّة عادة ما يكون أثرا مباشرا للعقد وليس التزاما، وما يحمل على الشخص في هذه الصور هو تسليم الشيء، وهو التزام بفعل شيء وليس التزام بإعطاء شيء. ويبقى الالتزام بفعل شيء وبعدم القيام بفعل شيء، من الالتزامات العامة المرتبطة دوما بالمنقولات وإن كانت لها علاقة بالعقار، كما في صورة الالتزام بحراثة الأرض أو بناء العقار. ويبقى مجالها شاسعا في الحياة العمليّة، فإن كانت التزامات إيجابيّة، كما في صورة الالتزام بالتدريس أو حمل البضاعة أو إتمام الوعد، فهي من قبيل الالتزام بالقيام بعمل، وإن كانت سلبيّة، كما في صورة الالتزام بعدم المنافسة أو بعدم الإضرار، فهي من قبيل الالتزام بعدم القيام بعمل، ويمكن أن تردّ بطريقة أو بأخرى إلى مفهوم واحد وهو الالتزام بالقيام بعمل، لأنّ الالتزام بعدم القيام بعمل هو التزام بالقيام بعمل في نهاية الأمر. وكلّ إخلال بموضوع الالتزام يحمل بالضرورة إلى نوع من المسؤوليّة، فقد ينفّذ الالتزام طوعا دون حاجة إلى إكراه، فلا تقوم المسؤوليّة، ولكنّ الحيف عن ضوابطه ينتهي إلى نوع من المسؤوليّة، لذلك كان للالتزام تلك الروابط بمفهوم المسؤوليّة بمعنى أن تلحق بالمدين تبعات الإخلال به.

وتردّ مصادر الحق الشخصي على معنى الفصل الأوّل من مجلّة الالتزامات والعقود إلى الاتفاقيات وغيرها من التصريحات الإرادية وشبه العقود والجنح وشبهها. أما الاتفاقيات فهي الأعمال التي توجب إرادتين أو أكثر لانعقادها على وجه الإجمال، فهو الاتفاق الذي يوجب الإيجاب والقبول لنشأة الالتزام. أما

التصريحات الإرادية فهي الالتزامات التي تصدر من جانب واحد على معنى الفصول 18 إلى 22 م.ا.ع. أما شبه العقود فهي أعمال جائزة ومباحة يأتيها الشخص ويعلق عليها المشرع التزامات قانونية، ويدخل عادة في هذا الباب كلّ ما يتعلّق بالفضالة (الفصول 1179 م.ا.ع إلى 1194 م.ا.ع) والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم (الفصول من 71 إلى 81 م.ا.ع). أما الجنح فهي وقائع قصدية غير مشروعة تخرج عن التصرف المألوف والعادي من شأنها إحداث الضرر للغير، في حين أن شبه الجنح هي وقائع غير قصدية التي من شأنها إحداث الضرر، ويدخل في باب الجنح وشبه الجنح كلّ ما يتعلّق بالمسؤولية الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الشيئية. ويجوز ردّ كلّ ما يتعلّق بالاتفاقات والتصريحات الإرادية والجنح أو شبه الجنح إما إلى العمل القانوني L'acte juridique أو الوقائع القانونية Le fait juridique في نهاية الأمر.

ويعدّ الحق الشخصي في نهاية الأمر علاقة بين شخصين يلتزم بموجبها شخص بأن يؤدّي للطّرف الآخر شيئا أو أن يقوم بعمل معيّن أو أن يمتنع عن أداء عمل محدّد. فلا يتوصّل الدّائن بحقّه إلاّ عبر هذا الشخص. فيفترض الحقّ الشّخصي رابطة قانونيّة ورابطة شخصيّة ورابطة ماليّة. فتنصرف الرّابطة القانونيّة إلى إمكانيّة إلزام المدين قانونا على خلاف الحقوق الطّبيعيّة التّي تبقى خارجة عن أيّ إلزام قانوني، كما في صورة تقادم الحقّ، فيبقى عنصر المديونيّة ويسقط عنصر المسؤوليّة أي إمكانيّة إلزام المدين. وتنصرف الرّابطة الشخصيّة إلى علاقة الدّائن بالمدين، فكلّ التزام شخصي به دائن ومدين، ولا يمكن أن يستخلص الدّائن دينه إلاّ عبر هذا المدين. ولكنّه مع ذلك يمكن تعريف الالتزام موضوعيا على أنه علاقة قانونيّة يلتزم بموجبها شخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وذلك بالتّركيز على موضوع الالتزام دون العلاقة الشخصيّة بين الطّرفين، أي أن الالتزام يتخذ شكلا مجردا بمعنى أن يكون قيمة مالية لها مكان بالذمة المالية ولا تبرر نشأته إرادة الشخص الملتزم وإنما القواعد الموضوعية أي القانون المبرر لنشأة الالتزام وله دور اجتماعي في تداول وانتقال الحقوق الموضوعية، كما في صورة الالتزام من جانب واحد أو إحالة الدّين أو الاشتراط لمصلحة الغير أو السّند لحامل. ويمكن للالتزام تبعا لذلك أن يتنوع ويجوز التمييز بين الالتزامات الطبيعيّة والالتزامات المدنيّة والالتزامات الشخصيّة والالتزامات العينيّة والالتزامات الذاتيّة والالتزامات النقديّة والالتزامات المجرّدة والالتزامات الموصوفة.

ومن الجائز بالنسبة إلى الحق الشخصي أن ينفّذ رضائيا أو جبرا أي بواسطة الوسائل القهرية الناتجة عن تدخّل القضاء ومساعدي القضاء. والأغلب أن يكون التنفيذ بمقابل أي تعويضا والأقل من ذلك أن يكون عينا أي طبيعيا. وينقضي بثلاث طرق إما بالوفاء أي أداء الحق، ويمكن أن يكون الأداء طبيعيا أو بمقابل أو بما يقوم مقام الوفاء أي بواسطة التجديد والمقاصة واتحاد الذمة أو بدون وفاء أي بواسطة التنازل عن الحق أو استحالة التنفيذ أو الإقالة أو التقادم.

أما الحقّ العيني فهو **السّلطة** التّي يمنحها القانون لشخص على شيء معيّن، فهي سلطة مباشرة بين الشخص والعين تمكّن الفرد من استخلاص ما لهذا العين من فائدة اقتصاديّة، دون تدخّل طرف ثالث. فهي ليست رابطة relation بين الشيء وصاحبه، وإنّما سلطة pouvoir بجميع أبعادها. فيفترض الحقّ العيني سلطة لها أبعادا قانونيّة وأخرى ماديّة وأخرى ماليّة، فتنصرف الأبعاد القانونيّة إلى ما يقرّه القانون في معاملة صاحب الشيء بالعين، فلا تخرج السلطة عن ضوابطها القانونيّة وتنصرف الأبعاد الماديّة إلى ممارسة صاحب الحقّ في حدود ما للعين من فوائد اقتصاديّة، فتخلص له إمكانيّة التصرّف فيه سلبا أو إيجابا في حدود خصائصه. وتنصرف الأبعاد الماليّة إلى اعتبار الحقّ العيني عنصرا من عناصر الذمّة الماليّة للشخص، مثله مثل الحقّ الشخصي، وعلى خلاف جملة من الحقوق التّي تبقى خارجة عن الذمّة الماليّة لفقدانها هذا العنصر المالي، مثل واجب حسن المعاملة بين الزوجين. وللحقوق العينيّة مصادرها الخاصّة، وهي العقد والوصيّة والميراث والشّفعة والحيازة والاستيلاء والقانون. فيمكن أن ترد إلى أعمال قانونيّة مثل العقد والوصيّة أو إلى وقائع قانونيّة مثل الحيازة والميراث والاستيلاء، والشفعة فيها ما هو من قبيل العمل القانوني، وهي الإعراب عن الانتفاع بإجراءات الشفعة، وفيها ما هو من الوقائع القانونيّة وهو الاشتراك.

ويكون مضمون الحقّ العيني دوما محدّدا فلا يمكن أن يكون مستقبليّا أو غير معيّن وفيه عنصران صاحب الحقّ والعين، فيختفي المدين. ويعارض الكافة بهذا الحقّ ويمكن التّخلّي عن العين حتّى يتخلّص المالك من جميع الالتزامات ويمكن أن تؤدّي الحيازة إلى ملكيّة العين وترتبط بهذا الحقّ دعاوى عينيّة وله خصوصيّة على مستوى التّنفيذ، وهو دوما عنصرا إيجابيّا في الذمّة الماليّة. ومن نتائجه الجوهرية حقّ التتبّع droit de suite وحقّ التّقدّم droit de préférence.

وأورد لفصل 12 م.ح.ع جملة الحقوق العينيّة: الملكيّة، والإنزال والكردار ودخلهما، وحقّ الانتفاع، وحقّ الاستعمال، وحقّ السكنى، وحقّ الهواء والإجارة

الطّويلة، وحقّ الارتفاق، والامتياز، والرّهن. ومن هذه الحقوق ما يتصل بالعقار فحسب (الإنزال والكردار ودخلهما، وحقّ السكنى، وحقّ الهواء والإجارة الطّويلة، وحقّ الارتفاق) ومنها ما يتصل بالمنقول والعقار (الملكيّة، وحقّ الانتفاع، وحقّ الاستعمال، والامتياز، والرّهن). ويعدّ حقّ الملكيّة من أهمّ الحقوق العينيّة، فيخلص للمالك الاستعمال والاستغلال والتّصرّف، وهو المقصود بالحقوق العينيّة الأصليّة، فإذا تخلّف أحد العناصر، كانت حقوقا متفرّعة عن الملكيّة، ويقال لها كذلك حقوقا ناقصة، ومن ذلك حقّ الارتفاق وحقّ الانتفاع وغيرهما، وإذا اقتصر حقّ الفرد على إمكانيّة التنفيذ على العقّار متقدّما على بقيّة الدّائنين، كان الحقّ من قبيل الحقوق العينيّة التّبعيّة لأنّه يضمن دينا. وتكتسب الحقوق العينية بالعقد والميراث والتقادم المكسب والاستيلاء والقانون والالتصاق على معنى الفصل 22 م.ح.ع ويضاف إلى ذلك الشفعة والوصية. ويمكن أن ترد طرق اكتساب الحقوق العينية إلى الوقائع القانونية والتصرفات القانونية، فالميراث والتقادم والاستيلاء والالتصاق والشفعة من الوقائع القانونية والعقد والوصية من التصرفات القانونية. وما يميز الحقوق العينية أنّ المنازعة فيها عادة ما تنتهي بالتنفيذ العيني وقلما تنصرف إلى التعويض إلا إذا افترضنا هلاك العين. وتبقى الوسائل الاختيارية والجبرية ممكنة. وما يميّزها كذلك أنّ المنازعة في أصل الحق لا يوجد الإنذار أو الإعلام قبل قبل نشر الدعوى. ولا تنقضي الحقوق العينية الأصلية أي الملكية، فهي حق دائم لا ينقضي ولو بانتقاله من طرف إلى طرف بشتى الطرق. أما الحقوق العينية المتفرعة أي الانتفاع والارتفاق والاستعمال والسكنى فتنقضي بعدم الاستعمال، أما الحقوق العينية التبعية أي الامتياز والرهن، فتنقضي بصفة تبعية وأصلية. تبعيا ينقضي إذا انقضى الدين الذي يضمنه بالطرق العامة في الانقضاء، أصليا ينقضي بعدّة طرق منها إسقاط حق الرهن وهلاك العين واتحاد الذمة والفسخ وإحالة الدين دون الرهن وبيع الرهن والتطهير. وتتميز الحقوق العينية التبعية في أنّها لا تنقضي بالتقادم.

وعليه فإنّ الدعوى تكون شخصية إذا اتصلت بذلك الحق الشخصي وتكون عينية إذا اتصلت بذلك الحق العيني. وتكون قيمة الحقّ هي المحدّدة لمرجع النظر في الدّعاوى الشخصية فما تجاوز سبعة آلاف دينار فيعود للمحكمة الابتدائية وأقلها مرجعه قضاء الناحية، والمميز أنّ جميع الدّعاوى الشخصية تعدّ دعاوى مقدرة أو قابلة للتقدير، فلما كان الحق الشخصي حقا ذميا يفترض علاقة قانونية بين الدّائن بالمدين فإنّه يجوز دوما تقدير الدين حتى ولو أمكن التنفيذ عينيا إذ

أنه من الممكن تقدير قيمة ما تمّ تنفيذه، ولا تخرج عن ذلك دعاوى الإبطال أو البطلان أو الانقضاء أو الفسخ أو الانفساخ إذ من الممكن دوما الرجوع إلى قيمة التصرف لتحديد قيمة الدّعوى، ومن أجل ذلك حدّد الفصل 23 م.م.م.ت قيمة المتنازع فيه بمقدار الكراء السنوي. وتعود الدعاوى المتعلقة بالمنقول لقاضي الناحية عملا بالفصل 39 م.م.م.ت. أما الدعاوى المبينة في آن واحد على حق عيني عقاري وحق شخصي فهي دعاوى مختلطة وتلحق من حيث مرجع نظرها بالدعاوى الشخصية إذا كان الحق العيني العقاري غير متنازع فيه. فلا تأخذ الدعاوى المختلطة مآل الدّعوى الشخصية إلا إذا كان الحق العيني العقاري متنازعا في شأنه، فإذا حصل التنازع رجع الاختصاص للمحكمة الابتدائية.

وكثيرا ما يطرح الإشكال من حيث الواقع بين دعاوى رفع المضرة والمنازعة في حقوق الارتفاق والخروج لعدم الصفة والدعوى الحوزية.

فالأساس في دعوى المضرّة هي القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية والقائمة على واجب عدم الإضرار بالغير قصدا أو عن غير قصد على معنى الفصل 82 و83 م.ا.ع، وحكمها أن يتوفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية. وهي لذلك دعوى شخصية، ويحق لكل شخص أصابه الضرر سواء في جسده (المصاريف والعجز الوقتي والعجز النهائي والوفاة) أو في ملكه أو فيما هو في حوزه (المصاريف والحرمان منها والإتلاف الكلي والجزئي) أن يطلب رفع المضرة إن كان ممكنا وإلا فغرم الضرر. وليس من شروطها ملكية الشيء محلّ الضرر من جهة المدعي أو من جهة المدعى عليه. وليس القصد من ذلك هي دعوى مضار الجوار المتأسسة على أحكام الفصل 99 م.ا.ع، فتلك صورة خاصة جدا من الضرر أورد لها المشرع حكمها الخاص، حيث نصّ الفصل 99 م.ا.ع على أنّه « للمجاورين حقّ القيام على أصحاب الأماكن المضرّة بالصحّة أو المكدّرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتّخاذ الوسائل اللاّزمة لرفع سبب المضرّة والإجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النّظر لا تسقط حقّ المجاورين في القيام.» وهي صورة تختلف عن المساءلة العامّة وحالة التّعسّف في استعمال حقّ الملكيّة، أي أنّ استعمال حقّ الملكيّة بدون خطأ أو تعسّف إذا أبقى بعضا من الضّرر كان سببا موجبا للمساءلة، وليس أيّ ضرر بل يشترط أن يكون ضررا غير مألوف « فليس للجيران القيام بإزالة الضّرر النّاشئ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضار التّي لا محيص عنها إذا لم تتجاوز الحدّ الاعتيادي.» (الفصل 100 م.ا.ع). فلم يرتكب المالك أيّ خطأ، ولم يتعسّف في

استعماله، فقط أنّ استعمال حقّ الملكيّة أضرّ بالجار، فلا يسأل عن هذا الضّرر إلاّ إذا كان غير مألوف أي أن يكون ضررا فاحشا. ويمكن أن تتداخل عدّة اعتبارات موضوعيّة في تقدير هذا الضّرر مثل موقع العقّار وطبيعة تخصيصه وعرف الجهة، ولا يحتجّ بالتراخيص الإداريّة لردّ المسؤوليّة. ولا تستند المسؤولية في أحكام الفصل 99 م.ا.ع إلى الإثراء بدون سبب أو إلى حالة الضّرورة أو إلى التزام الجوار (واجب قانوني) أو إلى نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ أو إلى نظريّة التّبعة، بل إنّ واجب التّعويض في مضار الجّوار يتأسّس بالقانون التّونسي على واجب قانوني فرضه الفصل 99 م.ا.ع وهو عدم الغلوّ في استعمال حقّ الملكيّة، وهو قيد فرضه المشرّع على استعمال حقّ الملكيّة، فجعل له حدودا وضوابط، فتحترم طالما أنّ صاحبها لم يخرج عن إطار حدود هذا الحقّ، لكنّ الخروج عن حدود هذا الحقّ ودون التّعسّف فيه قد يوقع ضررا والغنم بالغرم في ذلك ومن له النّما فعليه التّوابع. والواضح من ذلك أنّ الضرر في الفصل 99 م.ا.ع هو من قبيل ما يضر بصحّة الأجوار أو يكدّر راحتهم وهي بذلك دعوى شخصية تحمي الشخص وليس لها علاقة بحماية العين والسقوط الدّعوى فيها يحتكم إلى أحكام مجلّة الالتزامات والعقود بالفصول 384 وما بعد.

وما يشترط في مضار الجوار على معنى الفصل 99 م.ا.ع في نهاية الأمر هو الضرر والعلاقة السببية. فالضرر هو كلّ ما يصيب الجار بشكل يتجاوز الحدّ الطبيعي، فلا بدّ أن تتوفر صفة الجار في المتضرر ويتحقق الضرر في الحال أو المآل بشكل شخصي ومباشر وأن يتجاوز الضرر مستوى محدّد فلا يعتدّ بالأضرار المعتادة والمقبولة بحسب موقع الأطراف وطبيعة نشاطهم. ولا بدّ أن تتوفر العلاقة السببية بين الضرر واستعمال الجار لحقّ الملكية أي استعمال صاحب الأماكن المكدّرة للحقوق المرتبطة بتلك الأماكن، ولا يشترط أن يكون الجار مالكا للحقّ ملكية بل يدخل في ذلك كلّ من كانت له حقوق استعمال الحقّ، أي المالك الأصلي والمنتفع وصاحب حقّ السكنى والمكتري والمكلف بالاستعمال على وجه الإجمال بأية طريقة. وعلى المتضرر إقامة الدّليل بداية على صفته كجار وعلى تحقق الضرر وتجاوزه المستوى العادي وعلى توفر السببية بين الضرر والاستعمال.

أما المجادلة في الحقوق الارتفاقية (مثل حق الكشف: نوافذ وما شابه ذلك)، وكذلك بقية الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، طلبا أو دفعا، مجادلة عينية يحتكم فيها إلى مجلّة الحقوق العينية من حيث نشأة الحق وحدوده وموضوعه

وانقضائه. والمعلوم أنّ الحقوق الارتفاقية وهي من الحقوق العينية المتفرّعة عن الملكية تردّ إلى ثلاثة أصناف ارتفاقات طبيعية وارتفاقات قانونية وارتفاقات اتفاقية. والقاعدة أنّ الارتفاقات الطبيعية والقانونية لا تسقط الدعوى فيها، فبالإمكان المطالبة بحق عيني مهما كانت المدّة ومن الجائز طلب إزالة الحق إذا خالف الضوابط القانونية مهما كانت مدّة انجازه إذ أنّ الحقوق الارتفاقية لا تكتسب بالتقادم أصلا. ولا يمكن مطلقا تطبيق أحكام الفصول 384 م.ا.ع وما بعد في تقادم الدعوى إذ أنّ هذه الفصول خاصة بتقادم الدّعاوى الخاصة أو الناشئة عن تعمير الذمة (الواقعة والتصرف القانوني) أي المتعلقة بالحقوق الشخصية وليس بالحقوق بالعينية. فقط أنّه إذا نشأ الحق عن اتفاق سابق مخالفة للضوابط والحدود القانونية أو رتّب مالك عقارين منفعة لأحدهما على الآخر على معنى الفصل 180 م.ح.ع فإن عدم استعمال هذا الحق يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة على معنى الفصل 189 م.ح.ع.

أما دعوى كف الشغب فتختلف عن دعوى الخروج لعدم الصفة. فمقتضى دعوى كف الشغب في عقار مسجل أن تحمي المالك المرسم فقط إذا كان العقار خاضعا للمفعول المنشئ للترسيم أو المالك المرسم والخلف العام والخلف الخاص إذا كان العقار خاضعا للمفعول الاحتجاجي. ويحمي واضع اليدّ في العقارات غير المسجلة. وتقع الحماية في ردّ الشغب الصادر عن الغير سواء كان شغبا ماديا أو قانونيا مباشرا أو غير مباشر. وينضاف إلى دعوى كف الشغب دعوى تعطيل الأشغال التي تهدف إلى إيقاف الأشغال قبل نهايتها ودعوى افتكاك الحوز بالقوة التي تهدف إلى وضع حدّ لعنصر القوة غير المبرر. ويختص قاضي الناحية بالدعوى الحوزية في أشكالها الثلاثة. ومقتضى دعوى الخروج لعدم الصفة أن تقام ضد شخص ليس له الصفة في الحلول سواء كان العقار مسجلا أو غير مسجل ويرتبط الحلول بمساحة العقار دون أن يتجاوزه إلى عناصر غير مباشرة، ومن خصائصها أنها دعوى غير مقدرة تبقى من اختصاص المحكمة الابتدائية. وفعلا كانت الفقرة السادسة من الفصل 39 م.م.م.ت تنص على اختصاص قاضي الناحية بالنظر استعجاليا في دعاوى الخروج لعدم الصفة في عقار مسجل لكن المشرّع ألغى هذا الاختصاص بتنقيح الفصل 39 م.م.م.ت سنة 1986 وبقيت المبادئ العامة منطبقة في أن دعوى الخروج لعدم الصفة دعوى غير مقدرة وهي بذلك من اختصاص المحكمة الابتدائية(الفصلان 22 و 40 م.م.م.ت). ومما لاشك فيه أنه يُطلب في دعوى الخروج لعدم الصفة الوقوف على معنى خلو

الصفة توصلا للقضاء بالخروج، ومقتضى ذلك أن تقف المحـ
حق المدعى عليه في ذلك.

والقاعدة أنّ الدّعاوى الحوزية من اختصاص قاضي الناحيـ
كلّما توفرت شروطها. كما أنّ دعوى الخروج لعدم الصفة من اخـ
المحكمة الابتدائية باعتبارها ذات الاختصاص العام في القضايا غير المقدّرة.
وكذلك المنازعة في حقوق عينية.

والحقيقة أنّ الجدل في بيان الاختصاص في قضايا رفع المضرة والمنازعة في الحقوق العينية أمر محسوم على معنى الفصل 20 م.م.م.ت، حيث إنّ رفع المضرة قضية شخصية قابلة للتقدير والاختصاص فيها يحدّد بمقدار رفع الضرر، إذ أن الأعمال غير المشروعة مُكسبة بداهة لحق التعويض الذي يمكن أن يكون تعويضا عينيا والأغلب أن يكون تعويضا بمقابل، والتعويض مقدّر في جميع الصور. والقاعدة كذلك عملا بأحكام الفصل 20 م.م.م.ت أنّ الاختلاط في الدعوى بين الشخصي والعيني يردّ إلى الشخصي إذا لم يكن العيني محلّ نزاع أما إذا كان محلّ نزاع فالاختصاص للمحكمة الابتدائية. وإذا كانت الوقائع المستند إليها في المنازعة حول حقوق ارتفاقية مخالفة للقانون، وهي حقوق عينية متفرعة عن الملكية، فإنّ الدعوى فيها عينية وينعقد الاختصاص فيها للمحكمة الابتدائية ولو تضمن الملف تقديرات شخصية لرفع الضرر، إذ أن الدعوى المختلطة تلحق من حيث مرجع النظر بالدعاوى الشخصية إلا إذا كان الحق العيني العقاري غير متنازع فيه. أما إذا تبين النزاع في الحق العيني العقاري فتبقى الدّعوى عينية وينعقد الاختصاص فيها للمحكمة الابتدائية إذ لا تختص محاكم الناحية بالنزاعات الاستحقاقية المتعلقة بعقار وتبقى من مشمولات المحكمة الابتدائية. فإذا اتفقت أية منازعة في الحق العيني دون أن تخرج الحقوق العينية عن دائرة الدّعوى، كما في صورة أن تصدر رائحة كريهة من البناء، تبقى الدعوى شخصية وإن كانت مختلطة وتقدر الدّعوى بقيمة رفع المضرة، فإن كانت أقل من سبعة آلاف دينار فهي من اختصاص قضاء الناحية فإن كانت أكثر ترد إلى المحكمة الابتدائية، ويجوز التمسك في شأنها بالتقادم.

ويجوز في جميع الأحوال للمحكمة المختصة إرجاع الأمور إلى نصابها وبيان السّبب القانوني السليم، الفصل 69 م.ا.ع أو الفصل 175 م.ح.ع، بل أكثر من ذلك كان من الجائز للمحكمة أن تعتمد التكييف السليم تجاوزا لقول المدّعي توصلا لتطبيق النظام القانوني السليم تجاوزا لطلبات الأطراف في التعويض، حيث إن

وانقضائه. والمعلوم أنّ الحقوق الارتفاقية وهي من الحقوق العينية المتفرّعة عن الملكية تردّ إلى ثلاثة أصناف ارتفاقات طبيعية وارتفاقات قانونية وارتفاقات اتفاقية. والقاعدة أنّ الارتفاقات الطبيعية والقانونية لا تسقط الدعوى فيها، فبالإمكان المطالبة بحق عيني مهما كانت المدّة ومن الجائز طلب إزالة الحق إذا خالف الضوابط القانونية مهما كانت مدّة انجازه إذ أنّ الحقوق الارتفاقية لا تكتسب بالتقادم أصلا. ولا يمكن مطلقا تطبيق أحكام الفصول 384 م.ا.ع وما بعد في تقادم الدعوى إذ أنّ هذه الفصول خاصة بتقادم الدّعاوى الخاصة أو الناشئة عن تعمير الذمة (الواقعة والتصرف القانوني) أي المتعلقة بالحقوق الشخصية وليس بالحقوق بالعينية. فقط أنّه إذا نشأ الحق عن اتفاق سابق مخالفة للضوابط والحدود القانونية أو رتّب مالك عقارين منفعة لأحدهما على الآخر على معنى الفصل 180 م.ح.ع فإن عدم استعمال هذا الحق يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة على معنى الفصل 189 م.ح.ع.

أما دعوى كف الشغب فتختلف عن دعوى الخروج لعدم الصفة. فمقتضى دعوى كف الشغب في عقار مسجل أن تحمي المالك المرسم فقط إذا كان العقار خاضعا للمفعول المنشئ للترسيم أو المالك المرسم والخلف العام والخلف الخاص إذا كان العقار خاضعا للمفعول الاحتجاجي. ويحمي واضع اليدّ في العقارات غير المسجلة. وتقع الحماية في ردّ الشغب الصادر عن الغير سواء كان شغبا ماديا أو قانونيا مباشرا أو غير مباشر. وينضاف إلى دعوى كف الشغب دعوى تعطيل الأشغال التي تهدف إلى إيقاف الأشغال قبل نهايتها ودعوى افتكاك الحوز بالقوة التي تهدف إلى وضع حدّ لعنصر القوة غير المبرر. ويختص قاضي الناحية بالدعوى الحوزية في أشكالها الثلاثة. ومقتضى دعوى الخروج لعدم الصفة أن تقام ضد شخص ليس له الصفة في الحلول سواء كان العقار مسجلا أو غير مسجل ويرتبط الحلول بمساحة العقار دون أن يتجاوزه إلى عناصر غير مباشرة، ومن خصائصها أنها دعوى غير مقدرة تبقى من اختصاص المحكمة الابتدائية. وفعلا كانت الفقرة السادسة من الفصل 39 م.م.م.ت تنص على اختصاص قاضي الناحية بالنظر استعجاليا في دعاوى الخروج لعدم الصفة في عقار مسجل لكن المشرّع ألغى هذا الاختصاص بتنقيح الفصل 39 م.م.م.ت سنة 1986 وبقيت المبادئ العامة منطبقة في أن دعوى الخروج لعدم الصفة دعوى غير مقدرة وهي بذلك من اختصاص المحكمة الابتدائية(الفصلان 22 و 40 م.م.م.ت). ومما لاشك فيه أنه يُطلب في دعوى الخروج لعدم الصفة الوقوف على معنى خلو

الصفة توصلا للقضاء بالخروج، ومقتضى ذلك أن تقف المحكمة على طبيعة حق المدعى عليه في ذلك.

والقاعدة أنّ الدّعاوى الحوزية من اختصاص قاضي الناحية بصريح النصّ كلّما توفرت شروطها. كما أنّ دعوى الخروج لعدم الصفة من اختصاص المحكمة الابتدائية باعتبارها ذات الاختصاص العام في القضايا غير المقدّرة. وكذلك المنازعة في حقوق عينية.

والحقيقة أنّ الجدل في بيان الاختصاص في قضايا رفع المضرة والمنازعة في الحقوق العينية أمر محسوم على معنى الفصل 20 م.م.م.ت، حيث إنّ رفع المضرة قضية شخصية قابلة للتقدير والاختصاص فيها يحدّد بمقدار رفع الضرر، إذ أن الأعمال غير المشروعة مُكسبة بداهة لحق التعويض الذي يمكن أن يكون تعويضا عينيا والأغلب أن يكون تعويضا بمقابل، والتعويض مقدّر في جميع الصور. والقاعدة كذلك عملا بأحكام الفصل 20 م.م.م.ت أنّ الاختلاط في الدعوى بين الشخصي والعيني يردّ إلى الشخصي إذا لم يكن العيني محلّ نزاع أما إذا كان محلّ نزاع فالاختصاص للمحكمة الابتدائية. وإذا كانت الوقائع المستند إليها في المنازعة حول حقوق ارتفاقية مخالفة للقانون، وهي حقوق عينية متفرعة عن الملكية، فإنّ الدعوى فيها عينية وينعقد الاختصاص فيها للمحكمة الابتدائية ولو تضمن الملف تقديرات شخصية لرفع الضرر، إذ أن الدعوى المختلطة تلحق من حيث مرجع النظر بالدعاوى الشخصية إلا إذا كان الحق العيني العقاري غير متنازع فيه. أما إذا تبين النزاع في الحق العيني العقاري تبقى الدّعوى عينية وينعقد الاختصاص فيها للمحكمة الابتدائية إذ لا تختص محاكم الناحي بالنزاعات الاستحقاقية المتعلقة بعقار وتبقى من مشمولات المحكمة الابتدائية. فإذا انتفت أية منازعة في الحق العيني دون أن تخرج الحقوق العينية عن دائرة الدّعوى، كما في صورة أن تصدر رائحة كريهة من البناء، تبقى الدعوى شخصية وإن كانت مختلطة وتقدر الدّعوى بقيمة رفع المضرة، فإن كانت أقل من سبعة آلاف دينار فهي من اختصاص قضاء الناحية فإن كانت أكثر تردّ إلى المحكمة الابتدائية، ويجوز التمسك في شأنها بالتقادم.

ويجوز في جميع الأحوال للمحكمة المختصة إرجاع الأمور إلى نصابها وبيان السبب القانوني السليم، الفصل 99 م.ا.ع أو الفصل 174 م.ح.ع بل أكثر من ذلك كان من الجائز للمحكمة أن تعتمد التكييف السليم تجاوزا لقول المدعي توصلا لتطبيق النظام القانوني السليم تجاوزا لطلبات الأطراف في الدعوى، حيث إن

السّند القانوني الذّي تتأسّس عليه الطّلبات يختزله البعض في التّصرّف أو الواقعة القانونيّة، ومنهم من يحصره في الظّروف الواقعيّة المتمسّك بها لإثبات الحقّ، أي العناصر المنشئة للحقّ المتنازع فيه ومنهم من يجعله منحصرا في النص القانوني. وقد جعلت مجلة الإجراءات المدنية السبب منحصرا في الأسانيد القانونية ولم تأخذه بجزاء البطلان بالفصل 71 م.م.م.ت وقدرت إمكانية تغيير سبب الدعوى استئنافا بالفصل 148 م.م.م.ت، كأن يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثمّ إلى خطأ عن فعل الشّيء في طور الاستئناف، أو أن يتمسّك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف، بل إنه يمكن للمحكمة تغيير سبب الدعوى تجاوزا للسبب المبين بعريضة الدعوى ولا يعدّ ذلك من قبيل الطلبات الجديدة. كما أنّ رفض الدعوى على سبب محدّد لا يجيز إعادة رفعها علي سبب آخر إذا كانت الوقائع نفسها، ذلك أنّ المجلة انحازت إلى التعريف الواسع لسبب الدعوى، فهو إخلال المدّعى عليه بمصلحة مشروعة للمدّعى، فهو جملة الوقائع الماديّة التّي يجب أن يبرزها المتضرّر وذلك هو المعيار في تحديد سبب الدّعوى من خلال مجلة المرافعات المدنية، فلا يرغم المدعي أصلا على إدراج النّصّ القانوني، وعلى فرض أنّه استند إلى نصّ قانوني دون آخر، فلا شيء يمنع القاضي من تكييف الوقائع وتطبيق النصّ القانوني السّليم، حيث إنّ الدّفوعات القانونيّة الصرفة، وخاصّة ما يتعلّق بعنصر التّكييف فهو من مشمولات عمل المحكمة. والواضح أنّ تكييف الوقائع المستند لها من قبل المحكمة واعتماد النص الملائم لهو من مقومات عمل محكمة الأصل وليس فيه خروج عن مقتضيات الحياد على معنى الفصل 12 م.م.م.ت. وعلى ذلك الأساس كان من الممكن تطبيق النصّ القانوني الملائم قضاءً تجاوزا لما ورد في الدعوى من سند.

الباب الثاني

في كيفية ضبط مرجع النظر ودرجة الحكم

الفصل 21 ـ مرجع النظر في القضايا يتحرر بمقتضى طبيعة الدعوى ومقدار المال المطلوب فيها.

ومقدار ما يحكم فيه نهائيا يحرر بنسبة المبلغ المطلوب.

والعبرة في ذلك بالطلبات الأخيرة وذلك كله ما لم يظهر للمحكمة أن الطالب تعمد الزيادة أو التنقيص بقصد التأثير على قواعد الاختصاص وفي هذه الصورة يجوز للمحكمة أن ترد القيمة إلى نصابها وتفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى.

الفصل 22 ـ إذا كانت قيمة الشيء المتنازع فيه لا يمكن تعيينها فالمحكمة الابتدائية يمكنها وحدها النظر في الدعوى والحكم فيها يكون ابتدائيا.

الفصل 23 ـ إذا كانت قيمة الشيء غير معينة ولكن ممكن تعيينها فالمحكمة المتعهدة تعينها حسبما يقتضيه اجتهادها المطلق وذلك باعتمادها على قيمة ذلك الشيء يوم رفع الدعوى.

وللمحكمة أيضا إذا وقع نزاع أن تأذن بإثبات تلك القيمة إن وقع طلب ذلك أو تأمر أصالة منها بتقديرها بواسطة أهل المعرفة.

وإذا كان الأمر في كراء لا نزاع فيه فإن قيمة الشيء المتنازع فيه تحرر بمقدار الكراء السنوي.

الفصل 24 ـ إذا كان المبلغ المطلوب من مشمولات دين أوفر منه حل أجله فإن الاعتماد يكون على الدين الأوفر مقدارا في تعيين مرجع النظر ودرجة الحكم.

الفصل 25 ـ الغلة والبقايا وغرمات الضرر والمصاريف وغيرها من الأمور التابعة لها لا تضاف لأصل المبلغ المطلوب لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم إلا إذا كان لها أصل سابق عن الدعوى.

الفصل 26 ـ إذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإن تلك الفروع تضاف لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم.

وإذا كانت الفروع ناتجة عن أسباب متباينة فإن كلّ واحد منها يحكم فيه بانفراده ابتدائيا أو نهائيا بحسب قيمته الحقيقية.

موضوع الطلب ببساطة هو النتيجة le résultat التي يريد الطّالب تحقيقها ويقال كذلك إدّعاءات الطّلب les prétentions والأمر سيّان، وهي نتيجة ذات مضامين اجتماعية واقتصادية، ولا يهم إن كان الموضوع قد تخلّله شيء من القانون فلا يدخل ذلك في تعريف الموضوع، حيث إنّ المسألة القانونية من اختصاص القاضي الذي له تكييف الوقائع على وجه الإجمال شرط أن لا يغير الوقائع أو النتيجة المرجوة وأن يحافظ على مبدأ المواجهة بين الطرفين.

على أنّه يجب التدقيق أنّ الوقائع يمكن أن تكون سندا لعدّة مواضيع مختلفة كما أن يكون عدم تنفيذ العقد يحمل إلى طلب الفسخ أو إلى طلب التعويض أو أنّ واقعة الزواج تحمل إلى طلب ثبوت النسب أو إلى طلب النفقة، ومن أجل ذلك نصّ الفصل 523 م.ا.ع. على أنّ «من كان له القيام بدعويين مبنيتين على سبب واحد فاختار إحداهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى»، فالمقصود هو تعدّد المواضيع على ذات الوقائع، كما أنّ ما أورده الفصل 26 م.م.م.ت. من أنّ الدّعوى «يمكن أن تكون شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد» يقصد منه أنّ نفس الوقائع يمكن أن تكون سندا لعدّة مواضيع في الطّلب، وقد تكون المواضيع مستندة لأسباب متباينة.

والحقيقة أنه يجب التمييز بين موضوع النزاع وموضوع الطّلب إذ أنّ موضوع النزاع أوسع من موضوع الطلب، فبحكم إمكانية تعديل الطلب الأصلي عرضيا فإنه من الممكن النزول بمستوى الطّلب أو تعديله، ومن أجل ذلك فإنّ موضوع الطّلب أضيق من موضوع النّزاع. كما أنّه من الممكن قبول بعض الدّفوعات والنزول بمستوى موضوع الطّلب.

وفي نهاية الأمر فإنّ موضوع النزاع يحدّد من قبل الطرفين طلبا ودفعا وهو ما يحدّد موضوع الخصومة ويحرم على القاضي التدّخل بأي طريقة لتعديل أو تغيير الموضوع تكما أنّ القانون من اختصاص القاضي فإنّ تحديد الموضوع من اختصاص الطرفين، ولا يملك الطّرفان تغييره بعد ذلك إلا في حدود ما سمح به القانون حيث نصّ الفصل 142 م.م.م ت. على أن « الدعوى التي حكم فيها ابتدائيا لا يمكن الزيادة فيها ولا تغييرها لدى الاستئناف ولو رضي الخصم بذلك إلا إذا كانت الزيادة المطلوبة تتعلق بأداء أجر أو فوائض أو كراء أو بقايا ونحوها من الملحقات المتعلقة بالدعوى الأصلية والتي استحقت بعد صدور الحكم أو

بغرم ضرر تفاقم أمره بعد صدور الحكم أو بطلب الضمانات المستوجبة بعد الحكم».

وبذلك أدركنا أنّ كلمة الفروع الواردة بالفصل 26 م.م.م.ت. هي الطلبات أي المواضيع كما أنّ السبب هي الوقائع المستند إليها في الدعوى[1]، فإذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع أي عدّة مواضيع ناشئة عن سبب واحد أي الوقائع المستند إليها فإن تلك الفروع تضاف لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم، أي أنّ قيمة المواضيع تجمع لتعيين قيمة الدّعوى كما أن يطلب المدّعي التعويض عن الخسارة المادية والجسدية بحادث معين. أما إذا كانت الفروع ناتجة عن أسباب متباينة أي وقائع لا صلة بينها فإن كلّ واحد منها يحكم فيه بانفراده ابتدائيا أو نهائيا بحسب قيمته الحقيقية.

الفصل 27 ـ الدعوى الواقع القيام بها من أشخاص متعددين أو ضد أشخاص متعددين أيضا ذوي مصالح متباينة ينظر فيها فيما يخص مقدار درجة الحكم لا بمجموعها ولكن بالنظر لمصلحة كل بانفراده.

التعليق على الفصول 21 إلى 27

وردت الفصول 21 إلى 27 م.م.م.ت. في تحديد طريقة تعيين قيمة الدّعوى لتحديد مرجع نظر المحاكم، فتجاوزا لطبيعة الدّعوى فإنّ مقدار المال المطلوب في الدّعوى هو الأساس في ضبط مرجع نظر المحاكم فإذا كان الطلب أقلّ من 7 آلاف فهو من اختصاص قاضي الناحية وإن زاد يدخل في الاختصاص العام للمحكمة الابتدائية. وحتى ولو أراد المشرع أن يجعل الأحكام نهائية في بعض الصور فإنّ قيمة الدّعوى تعيّن ما يحكم به نهائيا أو ابتدائيا كما كانت الحالة قبل تنقيح مجلة المرافعات سنة 1986.

والعبرة في جميع ذلك بالطلبات الأخيرة أي بالطلبات الفرعية أو الإضافية التي يحرّرها المدّعي سواء بالزيادة في المبلغ أو بالنزول فيه. ولكن إذا رأت المحكمة أن الطالب تعمد الزيادة أو التنقيص بقصد التأثير على قواعد الاختصاص يجوز للمحكمة في هذه الصورة أن ترد القيمة إلى نصابها وتفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى[2].

(1) يراجع في تعريف السبب التعليق على الفصول 68 وما بعد م.م.م.ت.
(2) الفصل 21 م.م.م.ت.

وللطلب نظام خاص في ضبط قيمته، إذ من المفروض أنّ الحقّ الشخصي يكون مقدّرا في جميع الصور أو أن تتوفر طريقة في تقديره، ويعود للمحكمة المتعهّدة تعيين قيمة الطلب حسبما يقتضيه اجتهادها المطلق وذلك باعتمادها على قيمة ذلك الشيء يوم رفع الدعوى إذا كانت قيمة الشيء غير معينة ولكن ممكن تعيينها. وللمحكمة أيضا إذا وقع نزاع أن تأذن بإثبات تلك القيمة إن وقع طلب ذلك أو تأمر أصالة منها بتقديرها بواسطة أهل المعرفة[1]. وإذا تعذّر التعيين مطلقا تبقى المحكمة الابتدائية هي المختصة وحدها في النّزاع[2].

وحتى بالنسبة إلى طلبات الفسخ والبطلان والانقضاء فإن قيمة العقد تكون محدّدة في ضبط قيمة الطلب، وعليه فإنه إذا كان الأمر في كراء لا نزاع فيه فإن قيمة الشيء المتنازع فيه تحرر بمقدار الكراء السنوي[3]، خلافا لطلب الالتزام بدفع معين الكراء فمقداره يعين بمقدار ذات الطلب ولا نحتاج إلى قيمة العقد. وإذا كان الطّلب الأصلي أو الإضافي من مشمولات دين أوفر منه حل أجله فإن الاعتماد يكون على الدين الأوفر مقدارا في تعيين مرجع النظر ودرجة الحكم. ولا تضاف الغلة والبقايا وغرمات الضرر والمصاريف وغيرها من الأمور التابعة لها لأصل المبلغ المطلوب لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم إلا إذا كان لها أصل سابق عن الدعوى[4]. وإذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد

(1) يذكر أنّ مجلة الالتزامات نظمت يمين الاستيفاء serment supplétoire بالفصول 508 إلى 512 ونصّ الفصل 508 م.ا.ع. ضمن صور توجيه يمين الاستيفاء تقدير قيمة الدّعوى فللحاكم أن يوجه يمين الاستيفاء على أحد الخصمين أو عليهما لفصل الدعوى أو لتقدير المبلغ الذي يقع الحكم به. ومقتضى الصورة الثانية أن لا يقدّر المدّعي قيمة الطلب في الدّعاوى المقدرة مثل دعاوى رفض المضرّة أو يتعمّد الزيادة فيها. ففي هذه الصورة يجوز توجيه يمين الاستيفاء لتقدير قيمة الطّلب. ولكنّه مع ذلك ليس للقاضي توجيه يمين الاستيفاء المتعلقة بالقيمة على المدعي إلا إذا تعذر تعيينها بوجه آخر، والأغلب أن يقع اللجوء إلى الخبرة وقلما تلجأ المحكمة إلى يمين الاستيفاء، ثمّ إنّه لا يتعذر واقعا في أغلب الحالات تقدير قيمة الطلب الشخصي اختبارا وهو ما يدفع في اتجاه تجاوز اليمين الاستيفاء التي تبدو غير مواكبة للتطور الفني. ومع ذلك إذا قررت المحكمة توجيه اليمين يجب أن تأخذ بنتيجته فلها النظر فيما يترتب على اليمين وفي حط المبلغ المطلوب إن استكثرته المحكمة.

(2) يراجع التعليق على الفصول 224 و225 و226 و227 و228 م.م.م.ت. في التداخل والدعوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة.

(3) الفصل 23 م.م.م.ت.

(4) الفصل 25 م.م.م.ت.

فإن تلك الفروع تضاف لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم[1]. وإذا كانت الفروع ناتجة عن أسباب متباينة فإن كلّ واحد منها يحكم فيه بانفراده ابتدائيا أو نهائيا بحسب قيمته الحقيقية[2]. كما أنّ الدعوى الواقع القيام بها من أشخاص متعددين أو ضد أشخاص متعددين أيضا ذوي مصالح متباينة ينظر فيها فيما يخص مقدار درجة الحكم لا بمجموعها ولكن بالنظر لمصلحة كل بانفراده[3].

على أنّ كلمة السبب قد تردّدت كثيرا في هذه الفصول وغيرها وعادة ما تقدم طبق مفاهيم غير دقيقة والمطلوب أن تعطى مفهومها الصحيح.

إن السّبب الذّي تتأسّس عليه الطّلبات يختزله البعض في **القاعدة القانونية التي يرغب الأطراف في تطبيقها** فللسبب مفهوم قانوني في هذه الحالة فهو في نهاية الأمر النصّ القانوني، ومنهم من يحصره في **الظّروف الواقعيّة** المتمسّك بها لإثبات الحقّ، أي جملة العناصر المنشئة للحقّ المتنازع فيه وهي وقائع الدّعوى وحاولت نظرة ثالثة أن تكون الوسطى وجعلت السبب يجمع **الواقع والقانون** فيرتبط السبب بالتّصرّف أو الواقعة القانونيّة أي مصادر الحقّ المباشرة، العقد والتصرف الانفرادي والعمل غير المشروع والعمل المشروع (الإثراء بدون سبب والدفع غير المستحق والفضالة) والقانون. فإمّا أن يكون للسبب مفهوم قانوني أو مفهوم واقعي أو الاثنين معا. ففي صورة الواقع لا يسعى الأطراف إلى أي تكييف بل تقدم الوقائع كما هي وهو سبب الطّلب، وفي صورة القانون فإنّ الأطراف يقومون بعملية التكييف، أما في صورة الواقع والقانون فيقدّم الأطراف وقائع مكيّفة.

وقد كانت المدرسة التقليدية تعتمد القانون في السبب وتطورت المدرسة الحديثة في اتجاه اعتماد معيار الوقائع[4]، والحقيقة أنّ السبب في الطّلب لا يمكن أن يتّخذ إلا الجانب الواقعي فهو ما يدخل في إطار سيطرة الأطراف على الدّعوى أما ما يدخل في إطار التكييف أو إعادة التكييف فهو في دائرة مهام القاضي وحتى لو جاء بالطلب ما يرقى لمستوى القانون فهو لمساعدة القاضي على اعتماد التكييف السليم، ولا يكون ذلك محدّدا لسبب الطّلب. فلو كان الجانب

(1) يراجع التعليق على الفصل 26 م.م.م.ت.

(2) الفصل 26 م.م.م.ت.

(3) الفصل 27 م.م.م.ت.

(4) وهي نظرية رجل القانون:
Motulsky : la cause est factuelle, Chronique D. 1972.91.

القانوني هو المحدّد للسبب لقلنا إنّ القاضي يتدخّل في تعيين سبب الطّلب وهو أمر يتناقض مع مبدأ سيطرة الأطراف على سبب الطّلب. فللأطراف سبب الطلب وهي الوقائع وللقاضي تطبيق القانون وهو التكييف، وبالتالي فإن تكييف الوقائع يدخل ضمن مهام القضاء فله تكييف الوقائع وتطبيق النص القانوني السليم وليس للأطراف سلطة في ذلك، وبالتالي هناك فرق كبير بين سبب الطّلب وتكييف الوقائع، الأول يحمل إلى الوقائع والثاني يحمل إلى القانون.

وتبدو الأهمية واقعة في تحديد وضبط إطار سبب الطّلب إذ على أساسه يتحدّد اتصال القضاء (الفصل 481 و532 م.ا.ع.) والتخلي بسبب الارتباط أو سبق نشر ذات القضية(الفصل 15 م.م.م.ت.) وضبط مرجع النظر عموما (الفصل 26 م.م.م.ت.) وضبط تعهّد الدّوائر المجتمعة (الفصل 191 م.م.م.ت.) ونظر محكمة التعقيب في الأصل (الفصل 176 م.م.م.ت.)

وقد تردّدت كلمة سبب الدّعوى بعدة فصول بمجلة المرافعات (الفصول 26 ـ 148 ـ 176 ـ 191 ـ 226) ومجلة الالتزامات وخاصة الفصلان 481 و523 م.ا.ع، في حين نصّ الفصل 70 م.م.م.ت. في باب الإجراءات أمام المحكمة الابتدائية على الوقائع والأسانيد القانونية ولم يرد بالفصول الخاصة بالإجراءات أمام قاضي الناحية (الفصول 43 إلى 50 م.م.م.ت.) أي إشارة لسبب الدّعوى بل اعتمدت المجلة مفهوم **موضوع الدّعوى والطلبات** لاغير. وهو نفس الاتجاه المعتمد بالقضايا الشغلية وقضايا الضمان الاجتماعي[1] وقضايا إنقاذ المؤسسات والأحوال الشخصية، فليس للمدّعي بيان القاعدة القانونية المراد تطبيقها.

والواضح أنّ مجلة الإجراءات المدنية جعلت السبب منحصرا عموما أمام المحكمة الابتدائية في الوقائع القانونية والأسانيد القانونية من خلال الفصل 70 م.م.م.ت. ولم تأخذ السند القانوني بجزاء البطلان بالفصل 71 م.م.م.ت. بمعنى لا شيء يحمل على المدّعي إن لم يذكر القاعدة القانونية، وهو ما يفيد أنّ المشرع التونسي انحاز صراحة لنظرية سبب الوقائع في مفهومها الواسع بمعنى كلّ الوقائع. فللأطراف تعيين السبب ويبقى للمحكمة التكييف، وحتى لو جاء بالطلب ذكر للقاعدة القانونية المراد تطبيقها فهو من قبيل تقديم المساعدة للقاضي على تعيين القاعدة المنطبقة ولا يعتبر ذلك من قبيل السبب بل هو من قبيل الوسائل المدعمة للسبب

(1) الفصل 9 من القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 المتعلق بإحداث مؤسسة قاضي الضمان الاجتماعي.

تلك هي القاعدة العامة الواردة بمجلة الإجراءات وكذلك بنصوص خاصة. وعلى أساسها يجب فهم معنى السبب في الطّلب إلا إذا جاء المشرع بنص صريح في المخالفة، فيكون بذلك السبب الوارد بالفصل 26 م.م.م.ت. هي جملة الوقائع المستند إليها وكذلك الفصل 523 م.ا.ع. في تعيين تعدّد الدعاوى على أساس نفس السبب حيث نصّ على أنّ «من كان له القيام بدعويين مبنيتين على سبب واحد فاختار إحداهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى»، فالوقائع تحتمل أكثر من موضوع.

ومع ذلك فإنّ السبب قد يرد في مواطن خاصة للدّلالة على مفهوم محدّد سواء في مستواه القانوني أو مستواه المختلط أي مصدر الحق. فقدرت مجلة المرافعات إمكانية تغيير سبب الدعوى استئنافا بالفصل 148 م.م.م.ت، حيث نصّ على أنّه « يمكن تغيير السبب المبني عليه المطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي باقيا على حاله بدون تغيير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الدرجة الأولى». فكأنّ المشرّع جعل السبب في الواقع والقانون وسمح بتغيير المستوى القانوني دون الوقائع. ولا ينطبق هذا المعنى إلا في حدود دائرة الاستئناف كأن يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثمّ إلى خطأ عن فعل الشّيء في طور الاستئناف، أو أن يتمسّك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف.

كما أنّ الطّلبات العرضية أو الإضافية يمكن تغيير سندها القانوني حيث نصّ الفصل 226 م.م.م.ت. على أنّه «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». ويدخل في ذلك معنى تغيير القاعدة القانونية وتغيير موضوع الطّلب.

وقد تأتي الطّلبات على صيغة السبب القانوني لا غير كما هي الصورة بالفصلين 176 و191 م.م.م.ت. في تعيين تعهّد محكمة التعقيب، ولكنّ ذلك يبقى خارجا عن مفهوم سبب الطلب المقصود بل المقصود هي أسباب الطّعن أمام محكمة التعقيب.

وما يحكم اتصال القضاء على معنى الفصل 481 م.ا.ع. هو الواقع والقانون حيث بتقديم السبب من الطرفين أي وقائع الطلب يحمل على القاضي واجب التكييف ويعتمد القاعدة القانونية المناسبة فيصدر الحكم بوقائع محدّدة وسند قانوني معين وذلك هو معنى السبب في اتصال القضاء. فكلّما جاء طلب جديد

واستند إلى نفس الوقائع يتحقّق اتصال القضاء على فرض أنّ الطلب الثاني حافظ على نفس الموضوع والأطراف. فإن كانت وقائع أخرى أو تغير الموضوع انعدم اتصال القضاء.

كما أنّ رفض الدعوى على سبب محدّد لا يجيز إعادة رفعها علي سبب آخر إذا كانت الوقائع نفسها، ذلك أنّ المجلة انحازت إلى التعريف الواسع لسبب الدعوى، فهو إخلال المدّعى عليه بمصلحة مشروعة للمدّعى، فهو جملة الوقائع الماديّة التّي يجب أن يبرزها المتضرّر وذلك هو المعيار في تحديد سبب الدّعوى من خلال مجلة المرافعات المدنية، فلا يرغم المدعي أصلا على إدراج النّصّ القانوني، وعلى فرض أنّه استند إلى نصّ قانوني دون آخر، فلا شيء يمنع القاضي من تكييف الوقائع وتطبيق النصّ القانوني السّليم، حيث إنّ الدّفوعات القانونيّة الصرفة، وخاصّة ما يتعلّق بعنصر التّكييف فهو من مشمولات عمل المحكمة. ويتوقف صحّة هذا التّوجّه في الإجراءات بطبيعة الحال على اعتبار أن إعادة التكييف من قبل المحكمة واعتماد التكييف السليم والصحيح تجاوزا لصيغة الطلب تفترض أن يورد المدّعي في دعواه نصّا قانونيّا ليس له علاقة بالوقائع وأن لا يتعارض التكييف مع موضوع الطّلب.

وفي النهاية فإنّ سبب الطّلب في مجلة الإجراءات المدنية التونسية هو جملة الوقائع المستند إليها في الطلب وما يتمسك به من قواعد قانونية فهو من قبيل وسائل الدّفاع لا غير. ويذكر أنّه كثيرا ما يقع الخلط بين السبب la cause والوسيلة le moyen، فالسبب هو جملة الوقائع المستند إليها والوسيلة هي الطريقة التي تسند السبب والمعتمدة في إثبات صحّة الوقائع وقد تكون وسيلة واقعية أو قانونية، والوقائع ملك للأطراف والقانون ملك للقاضي، ومع ذلك فإن القاضي لا يملك أن يستجلب القاعدة القانونية إلا في حدود ما سمحت به الوقائع المعروضة من قبل الأطراف، فليس له أن يطبق قانون لا تحتمله الوقائع المعروضة أمامه وإلا اعتبر خروجا عن واجب المواجهة بين الأطراف. والاستثناء في ذلك هو النّظام العام فكلما كانت القاعدة القانونية آمرة لها علاقة بالنظام إلا وأمكن تطبيقها مباشرة حتى ولو كانت الوقائع خالية من أي إشارة إليها.

الفصل 28 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980) ـ دعوى المعارضة هي التي يقوم بها المطلوب للمدافعة عن نفسه في دعوى موجهة عليه بقصد معارضة طالبه بما يطلبه منه أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطالب غرم في مقابل الضرر المتسبب عن القضية ولا تضاف تلك الدعوى للدعوى الأصلية

فيما يخص تحرير مقدار درجة الحكم لكن إذا كانت إحدى الدعويين تتجاوز مقدار ما يحكم فيه نهائيا فإن الحكم يكون ابتدائيا في الكل.

الفصل 29 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ 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.

التعليق على الفصلين 28 و29

يراجع التعليق على الفصول 224 و225 و226 و227 و228 م.م.م.ت. في التداخل والدعوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة.

الباب الثالث

في مرجع النظر الترابي

الفصل 30 ـ المطلوب شخصا كان أو ذاتا معنوية تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقره الأصلي أو مقره المختار.

أما في حال تعدد المطلوبين فالطالب مخير في رفع نازلته لحاكم الجهة التي بها مقر أحدهم.

الفصل 31 ـ ألغي بالقانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998.

الفصل 32 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ ترفع لدى المحاكم المنتصبة بتونس القضايا التي تكون الدولة طرفا فيها باستثناء القضايا المتعلقة بنظام تعويض الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

الفصل 33 ـ الدعاوى الموجهة على الجمعيات وعلى الشركات والخلافات المتعلقة بتصفيتها أو قسمة مكاسبها والخلافات الواقعة بين الشركاء أو مديري

الشركة والشركاء ترفع للمحكمة التي بدائرتها مقر الجمعية أو الشركة أو مقر فرعهما أو نيابتهما اللذين يهمهما الأمر.

الفصل 34 ـ الدعاوى المتعلقة بالتركة ترفع لدى المحكمة التي افتتحت بدائرتها التركة.

وإن افتتحت التركة خارج التراب التونسي فترفع للمحكمة التي بدائرتها جل التركة مع مراعاة الفصل 2 خامسا منه[1].

الفصل 35 ـ جميع الدعاوى المتعلقة بالفلس ترفع للمحكمة التي بدائرتها محل الاستغلال الأصلي.

الفصل 36 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ للطالب في الصور التالية الخيار في رفع دعواه لدى المحكمة المنصوص عليها بالفصلين 30 و31 أو لدى المحاكم الآتية :

1) في صورة التعيين بعقد لمكان العمل المحكمة التي بدائرتها ذلك المكان.

2) في صورة الدعوى المتعلقة بالمنقول المحكمة التي بدائرتها وجد المنقول المتنازع فيه.

3) في صورة الجنحة أو شبه الجنحة المحكمة التي ارتكب بدائرتها الفعل الضار وفي صورة الجريمة تلك المحكمة أو المحكمة التي بدائرتها تم الإيقاف.

4) في صورة الكمبيالة أو السند للأمر المحكمة التي تم إنشاؤها بدائرتها أو المحكمة التي كان من الواجب أن يقع بدائرتها الأداء.

5) في قضايا النفقات المحكمة التي بدائرتها مقر الدائن بالنفقة.

الفصل 37 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ دعاوى الضمان ترفع للمحكمة المنشورة لديها الدعوى الأصلية أو التي سبق لها أن نظرت في تلك الدعوى وذلك في حدود اختصاصها الحكمي.

(1) يراجع 6 ثالثا من مجلة القانون الدولي الخاص لبيان اختصاص المحاكم التونسية بالنسبة إلى التركة حيث تختص المحاكم التونسية إذا تعلقت الدعوى بتركة افتتحت بالبلاد التونسية أو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية. والفصل 54 من نفس المجلة في بيان القانون المنطبق حيث يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقرّ له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا. وإذا لم يسند القانون المنطبق على التركة أملاكا كائنة بالبلاد التونسية لوارث من الأشخاص الطبيعيين، فإن هذه الممتلكات تؤول للدولة التونسية.

الفصل 38 ـ ترفع للمحكمة التي بدائرتها العقار :

أولا : الدعاوى الشخصية التي يقع القيام بها بمناسبة الأضرار التي تلحق العين.

ثانيا : الدعاوى الحوزية.

ثالثا : الدعاوى الاستحقاقية.

التعليق على الفصول 30 إلى 38

وردت الفصول 30 إلى 38 م.م.م.ت. في بيام مرجع النظر الترابي للمحاكم. وقد ألغي الفصل 31 منها بعد صدور مجلة القانون الدولي الخاص بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998. ومع ذلك لم ينقح المشرع الفصل 34 في فقرته الثانية الخاصة بالتركة التي افتتحت خارج البلاد التونسية والذي له علاقة بالقانون الدولي الخاص[1].

والقاعدة المعلومة في الاختصاص الترابي المحلّي أنّ مرجع النظر الترابي لا يتعلق بالنظام العام خلافا لمرجع النظر الحكمي، وحان الوقت لمزيد التدقيق في هذا المبدأ.

فالقاعدة الأصلية أوردها الفصل 30 م.م.م.ت. وهو أنّ الدّعوى تنشر بمحكمة مقرّ المطلوب سواء كان مقرا أصليا أو مختارا[2] وفي صورة التعدّد فترفع لمحكمة مقرّ أحدهم. فالأصل أن من بدأ التشكي يتحمل التنقل إلى محكمة المشتكى به وهي قاعدة إجرائية قديمة[3]. لذلك يقال إنّ قاعدة محكمة المطلوب شرّعت لمصلحته فإن شاء تمسّك بها وإن شاء تنازل عنها.

ولكنّ الطالب له الخيار في أن يرفع الدّعوى لمحكمة مقر المطلوب أو المحكمة التي بدائرتها مكان العمل المعين بالعقد المبرم بين الطرفين. ولا يمكن للمطلوب

(1) ومن المفروض أن تلغى هذه الفقرة ويعتدّ بالفصلين 6 ثالثا و54 من مجلة القانون الدولي الخاص حيث جاء الفصل 6 ثالثا من مجلة القانون الدولي الخاص لبيان اختصاص المحاكم التونسية بالنسبة إلى التركة، فتختص المحاكم التونسية إذا تعلقت الدعوى بتركة افتتحت بالبلاد التونسية أو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية. وبيّن الفصل 54 من نفس المجلة القانون المنطبق موضوعا حيث يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقرّ له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا. وإذا لم يسند القانون المنطبق على التركة أملاكا كائنة بالبلاد التونسية لوارث من الأشخاص الطبيعيين، فإن هذه الممتلكات تؤول للدولة التونسية.

(2) يراجع التعليق على الفصل 7 م.م.م.ت. في تحديد معنى المقر.

(3) نور الدين الغرواني: التعليق على مجلة الإجراءات المدنية، 1996، ص 287 وما يليها.

أن يعترض. وله الخيار كذلك في أن يرفع الدعوى لمحكمة مقرّ المطلوب أو المحكمة التي بدائرتها وجد المنقول المتنازع فيه إذا كانت الدّعوى تتعلق بهذا المنقول. وله الخيار بين مقر المطلوب ومقر المحكمة التي ارتكب بدائرتها الفعل الضار في حالة الجنحة أو شبه الجنحة وفي صورة الجريمة تلك المحكمة أو المحكمة التي بدائرتها تم الإيقاف. وله الخيار كذلك بين مقر المطلوب ومقر المحكمة التي تم إنشاء الكمبيالة أو السند للأمر بدائرتها أو المحكمة التي كان من الواجب أن يقع بدائرتها الأداء. وله الخيار نهاية بين مقر المطلوب ومقر المحكمة التي بدائرتها مقر الدائن بالنفقة في قضايا النفقات[1]. ففي جميع هذه الصور لا يمكن للمطلوب أن يعترض على صور الخيار التي أوردها المشرع صراحة. وإذا رفعت المحكمة إلى مقر آخر غير المقرات المعينة قانونا فللمطلوب أن يتمسك بها قبل الخوض في الأصل وبإمكانه أن يتنازل. وتلك هي تطبيقات مبدأ عدم ارتباط مرجع النظر الترابي بالنظام العام. وعند ذلك تقف التطبيقات.

فبعد أن أورد المشرع المبدأ بالفصل 30 م.م.م.ت. وبين صور الخيارات بالفصل 36 م.م.م.ت. جاء بالاستثناءات للمبدأ، وهي استثناءات ترتبط بالنظام العام فلا يجوز مخالفتها تماما مثل مرجع النظر الحكمي في المادة المدنية ومرجع النظر الترابي في المادة الجزائية.

فلا ترفع القضايا التي تكون الدولة طرفا فيها إلا لدى المحاكم المنتصبة بتونس باستثناء القضايا المتعلقة بنظام تعويض الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية[2]. ولم يحدّد المشرع طبيعة الطرف أصليا أو منظما أو متداخلا. ولا ترفع الدعاوى الموجهة على الجمعيات وعلى الشركات والخلافات المتعلقة بتصفيتها أو قسمة مكاسبها والخلافات الواقعة بين الشركاء أو مديري الشركة والشركاء إلا لدى المحكمة التي بدائرتها مقر الجمعية أو الشركة أو مقر فرعهما أو نيابتهما اللذين يهمهما الأمر[3]. ولا ترفع الدعاوى المتعلقة بالتركة إلا لدى المحكمة التي افتتحت بدائرتها التركة. وإذا افتتحت التركة خارج التراب التونسي فترفع للمحكمة التي بدائرتها جل التركة[4]. و جميع الدعاوى المتعلقة بالفلس ترفع للمحكمة التي بدائرتها محل الاستغلال الأصلي[5]. ولا

(1) الفصل 36 م.م.م.ت.
(2) الفصل 32 م.م.م.ت.
(3) الفصل 33 م.م.م.ت.
(4) الفصل 34 م.م.م.ت.
(5) الفصل 35 م.م.م.ت.

ترفع دعاوى الضمان إلا للمحكمة المنشورة لديها الدعوى الأصلية أو التي سبق لها أن نظرت في تلك الدعوى وذلك في حدود اختصاصها الحكمي[1]. كما ترفع وجوبا للمحكمة التي بدائرتها العقار الدعاوى الشخصية التي يقع القيام بها بمناسبة الأضرار التي تلحق العين والدعاوى الحوزية والدعاوى الاستحقاقية[2]. وليس ذلك إلا تطبيقا للقاعدة في أنّ القضايا المتعلقة بالعقار ترفع للمحكمة التي يوجد العقار بدائرته.

ففي جميع هذه الصور يرتبط الاختصاص الترابي بالنظام العام ومن الممكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها وليس للطالب أو المطلوب مخالفته كما ليس لهذا الأخير حق التنازل.

ومن الممكن لهذا الاختصاص أن يثير عدّة إشكاليات في حالة التنازع إذ من الممكن أن تجمع الدعوى المكلف العام بنزاعات الدولة والعقار، فهل يقدّم العقار أو الدولة في تحديد مرجع النظر ؟ وقد بيّن الواقع عدّة حلول متناقضة فقد يقدّم العقار في عدة صور كما هي الحالة بالنسبة إلى التسجيل العقاري وقد يقدم المكلف في بعض الصور الأخرى. والأصل أن تقدّم مصالح الدّولة في جميع الصور ويكون الاختصاص لمحكمة تونس.

ولكنّ الواقع والقانون لم يحافظ على هذا التنظيم، فقد سارت المحاكم في أغلبها على قاعدة أنّ مرجع النظر الترابي ليس له علاقة بالنظام العام وبالتالي لا جزاء إذا رفعت الدّعوى على قاعدة مخالفة الاستثناءات ولم يدفع الخصم بالقاعدة الواجد اعتمادها في تحديد مرجع النظر. كما أنّ المشرع نفسة سمح بالخيار في عدّة مناسبات بين الاستثناءات وباقي القواعد، فقد أورد الفصل الثالث من مجلة التأمين على سبيل المثال على أنّ المحكمة المختصة في الدعاوي الناشئة عن عقد التأمين هي المحكمة التي بدائرتها مقر المؤمن له إذا رفعت الدعوى من طرف المؤمن، وإذا رفعت الدعوى من طرف المؤمن له فإن المحكمة المختصة تكون حسب خياره أما المحكمة التي بدائرتها مقره أو المحكمة التي بدائرتها مقر المؤمن أو المحكمة التي بدائرتها المنقولات موضوع التأمين أو المحكمة التي بدائرتها حصل الضرر. فقط بالنسبة للعقارات فترفع الدّعوى للمحكمة التي بدائرتها العقارات المعينة. ونجد بعض التطبيقات الخاصة في عدّة نصوص أخرى.

(1) الفصل 37 م.م.م.ت.
(2) الفصل 38 م.م.م.ت.

الباب الرابع

في مرجع النظر الحكمي

القسم الأول

في مرجع نظر حاكم الناحية

الفصل 38 مكرر (أضيف بالقانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994) ـ يبذل قاضي الناحية ما في وسعه للصلح بين الأطراف.

التعليق على الفصل 38 مكرر

أضاف المشرع سنة 1994 الفصل 38 مكرر لمجلة الإجراءات المدنية ليؤكّد على الدور الذي يجب أن يلعبه قاضي الناحية في الصلح، فقد أصبح عرض الصلح منذ تلك السنة إجراء وجوبيا أمام قاضي الناحية، فالواجب أن يستدى الأطراف بداية للصلح وعند الاقتضاء للحكم، والتغافل عن هذا الإجراءات إسقاط لإجراء أساسي. وليس ذلك فقط بل أصبح من الواجب على قاضي الناحية أن يبذل ما في وسعه للصلح بين الطرفين. وهذا هو مضمون الفصل 38 مكرر. فلا يجب أن يبخل قاضي الناحية في سعيه لدفع الأطراف للصلح. وليس الصلح[1] أمرا حديثا في الإجراءات بل هو أمر يندب إليه الفقه الإسلامي[2]

(1) الصلح la transaction: يقال لغويا تصالح القوم، أي توافقوا وزال ما بينهم من خلاف، واصطلح القوم اصطلاحا أي تصالحوا واتفقوا على شيء والصلح تالمصالحة وهو إنهاء حالة الحرب أو الخصومة.

(2) القوانين الفقهية لأبي قاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (693 ـ 741 هـ)، نشر دار العربية للكتاب، ص 342 وما بعدها. الإصلاح بين الناس مندوب ولا بأس أن يشير الحاكم بالصلح على الخصوم ولا يجبرهم عليه ولا يلح فيه إلحاحا يشبه الإلزام وإذا ندبهم إلى الصلح ما لم يتبين له أن الحق لأحدهما، فإن تبين أنفذ الحكم لصاحب الحق.

والصلح على نوعين:

النوع الأول: إسقاط وإجراء وهو جائز مطلقا

النوع الثاني: صلح على عوض فهذا يجوز إلا أن أدّى إلى حرام وحكمه حكم البيع سواء كان في عين أو دين فيقدر المدّعى به والمقبوض عن الصلح كالعوضين فيما يجوز بينهما، ويمتنع فيه الجهالة والغرر والربا والضع على التعجيل وما أشبه ذلك، ويجوز الصلح على الذهب بالفضة وعلى الفضة بالذهب بشرط حلول الجميع وتعجيل القبض، ويجوز الصلح على إقرار اتفاق وعلى الإنكار خلافا للشافعي ومن وافقه. الصلح من وجب عليه اليمين على

وله نظامه الخاص بين المذاهب[1]. وقد تعدّدت الآيات الة الصلح، مثل قوله تعالى في سورة النساء ﴿لاَّ خَيْرَ فِي أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذلِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا[2]﴾ وقوله تعالى ﴿أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا خَيْرٌ[3]﴾. وقال اللّه تعالى في سورة الحجرات[4] ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْ حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾. كما أنّ السنّة النبوية الشريفة حثت إجمالا على الصلح[5] وعملت به في عدّة مناسبات[6]. ويقال من الناحية الاجتماعية «صلح مجحف خير

أن يفتدى منها، ويحل لمن بذل له شيء في الصلح أن يأخذه إن علم أنه مطالب بالحق فإن علم أنه مطالب بالباطل لم يجز له أخذه.

(و)من أدعى على رجل حقا فأنكره فصالحه ثم ثبت الحق بعد الصلح باعتراف أو بينة فله الرجوع في الصلح إلا إن كان عالما بالبينة وهي حاضرة ولم يقم بها فالصلح له لازم.

(و)إذا كان أحد المتصالحين قد أشهد قبل الصلح إشهاد تقية أن صلحه إنما هو لما يتوقعه من إنكار صاحبه أو غير ذلك فإن الصلح لا يلزمه إذا ثبت أصل حقه».

(1) السيّد سابق: فقه السنة، المجلّد الثالث، ص. 218 إلى 223. وما ورد في هذه الصفحات أنّ الصلح هو عقد ينهي الخصومة بين المتخاصمين، وهو مشروع بالكتاب والسنة، وركنه الإيجاب والقبول، ويشترط في المصالح أن يكون ممن يصحّ تبرعه، ويصح صلح المميز إذا كان فيه نفع له، ويشترط في المصالح به أن يكون مالا متقوما مقدور التسليم أو يكون منفعة وأن يكون معلوما علما نافيا للجهالة الفاحشة ويشترط في المصالح عنه أي الحق المتنازع فيه أن يكون مالا متقوما أو يكون منفعة وأن يكون حق من حقوق العباد يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال كالقصاص. والصلح يمكن أن يكون عن إقرار أو إنكار أو سكوت خلافا للشافعي وابن حزم فلا يقولان بالصلح عن إنكار أو سكوت، ولا يصح الصلح عن الدين المؤجل ببعضه حالا عند الحنابلة وابن حزم.

(2) سورة النساء الآية 113.

(3) سورة النساء الآية 128.

(4) سورة الحجرات، الآية 9

(5) صحيح البخاري لأبي عبد اللّه محمد بن إسماعيل البخاري (194 ـ 256 هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

روى أبو هريرة أن الرسول صلى اللّه عليه وسلم قال «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلال أو أحلّ حراما».

(6) وأحسن ما يذكر في هذا الباب هو صلح الحديبية « لما صالح رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم أهل الحديبية كتب علي بينهم كتابا فكتب محمد رسول اللّه، فقال المشركون لا تكتب محمد رسول اللّه، لو كنت رسولا لم نقاتلك فقال لعلي إمحه فقال علي ما أنا بالذي أمحاه، فمحاه رسول اللّه بيده وصالحهم على أن يدخل مكة هو وأصحابه ثلاثة أيام ولا يدخلها إلا

الباب الرابع

في مرجع النظر الحكمي

القسم الأول

في مرجع نظر حاكم الناحية

الفصل 38 مكرر (أضيف بالقانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 مـــاي 1994) ـ يبذل قاضي الناحية ما في وسعه للصلح بين الأطراف.

التعليق على الفصل 38 مكرر

أضاف المشرع سنة 1994 الفصل 38 مكرر لمجلة الإجراءات المدنية ليؤكّد على الدور الذي يجب أن يلعبه قاضي الناحية في الصلح، فقد أصبح عرض الصلح منذ تلك السنة إجراء وجوبيا أمام قاضي الناحية، فالواجب آن يستدى الأطراف بداية للصلح وعند الاقتضاء للحكم، والتغافل عن هذا الإجراءات إسقاط لإجراء أساسي. وليس ذلك فقط بل أصبح من الواجب على قاضي الناحية أن يبذل ما في وسعه للصلح بين الطرفين. وهذا هو مضمون الفصل 38 مكرر. فلا يجب أن يبخل قاضي الناحية في سعيه لدفع الأطراف للصلح. وليس الصلح[1] أمرا حديثا في الإجراءات بل هو أمر يندب إليه بالفقه الإسلامي[2]،

---

(1) الصلح la transaction: يقال لغويا تصالح القوم، أي توافقوا وزال ما بينهم من خلاف، واصطلح القوم اصطلاحا أي تصالحوا واتفقوا على شيء، والصلح كالمصالحة وهو إنهاء حالة الحرب أو الخصومة.

(2) القوانين الفقهية لأبي قاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (693 ـ 741 هـ)، نشر دار العربية للكتاب، ص. 312 وما بعده «الإصلاح بين الناس مندوب ولا بأس أن يشير الحاكم بالصلح على الخصوم ولا يجبرهم عليه ولا يلح فيه إلحاحا يشبه الإلزام وإنما يدعوهم إلى الصلح ما لم يتبين له أن الحق لأحدهما، فإن تبين أنفذ الحكم لصاحب الحق.

والصلح على نوعين:

النوع الأول: إسقاط وإجراء وهو جائز مطلقا.

النوع الثاني: صلح على عوض فهذا يجوز إلا أن أدّى إلى حرام وحكمه حكم البيع سواء كان في عين أو دين فيقدر المدّعى به والمقبوض عن الصلح كالعوضين فيما يجوز بينهما، ويمتنع فيه الجهالة والغرر والربا والوضع على التعجيل وما أشبه ذلك، ويجوز الصلح على الذهب الفضة وعلى الفضة بالذهب بشرط حلول الجميع وتعجيل القبض، ويجوز الصلح على إقرار اتفاق وعلى الإنكار خلافا للشافعي، ومن ادّعى عليه حق وجبت عليه اليمين على

وله نظامه الخاص بين المذاهب[1]. وقد تعدّدت الآيات القرآنية التي تحث على الصلح، مثل قوله تعالى في سورة النساء ﴿لاَّ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاء مَرْضَاتِ اللّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا[2]﴾ وقوله تعالى ﴿أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ[3]﴾. وقال اللّه تعالى في سورة الحجرات[4] ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾. كما أنّ السنّة النبوية الشريفة حثت إجمالا على الصلح[5] وعملت به في عدّة مناسبات[6]. ويقال من الناحية الاجتماعية «صلح مجحف خير

أن يفتدى منها، ويحل لمن بذل له شيء في الصلح أن يأخذه إن علم أنه مطالب بالحق فإن علم أنه مطالب بالباطل لم يجز له أخذه.

(و)من أدعى على رجل حقا فأنكره فصالحه ثم ثبت الحق بعد الصلح باعتراف أو بينة فله الرجوع في الصلح إلا إن كان عالما بالبينة وهي حاضرة ولم يقم بها فالصلح له لازم.

(و)إذا كان أحد المتصالحين قد أشهد قبل الصلح إشهاد تقية أن صلحه إنما هو لما يتوقعه من إنكار صاحبه أو غير ذلك فإن الصلح لا يلزمه إذا ثبت أصل حقه».

(1) السيّد سابق: فقه السنة، المجلّد الثالث، ص. 218 إلى 223. وما ورد في هذه الصفحات أنّ الصلح هو عقد ينهي الخصومة بين المتخاصمين، وهو مشروع بالكتاب والسنة، وركنه الإيجاب والقبول، ويشترط في المصالح أن يكون ممن يصحّ تبرعه، ويصح صلح المميز إذا كان فيه نفع له، ويشترط في المصالح به أن يكون مالا متقوما مقدور التسليم أو يكون منفعة وأن يكون معلوما علما نافيا للجهالة الفاحشة ويشترط في المصالح عنه أي الحق المتنازع فيه أن يكون مالا متقوما أو يكون منفعة وأن يكون حق من حقوق العباد يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال كالقصاص. والصلح يمكن أن يكون عن إقرار أو إنكار أو سكوت خلافا للشافعي وابن حزم فلا يقولان بالصلح عن إنكار أو سكوت، ولا يصح الصلح عن الدين المؤجل ببعضه حالا عند الحنابلة وابن حزم.

(2) سورة النساء الآية 113.

(3) سورة النساء الآية 128.

(4) سورة الحجرات، الآية 9

(5) صحيح البخاري لأبي عبد اللّه محمد بن إسماعيل البخاري (194 ـ 256 هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

روى أبو هريرة أن الرسول صلى اللّه عليه وسلم قال «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلال أو أحلّ حراما».

(6) وأحسن ما يذكر في هذا الباب هو صلح الحديبية « لما صالح رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم أهل الحديبية كتب علي بينهم كتابا فكتب محمد رسول اللّه، فقال المشركون لا تكتب محمد رسول اللّه، لو كنت رسولا لم نقاتلك فقال لعلي إمحه فقال علي ما أنا بالذي أمحاه، فمحاه رسول اللّه بيده وصالحهم على أن يدخل مكة هو وأصحابه ثلاثة أيام ولا يدخلها إلا

من حكم منصف[1]، وقال Carbonnier «الصلح عقد صغير وهو دعوة للضحك والسخرية[2]»، فهو ليس إلا نتيجة للتصريح والقبول، فليس فيه الخصب، لذلك ينقاد الطرفان عن طواعية لأركانه، ولا يمكن للحكم القضائي أن يرقى لمستوى الصلح حيث إنّ الأحكام تخلف الغبطة لدى البعض والحسرة عند الآخرين، وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه قوله «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإنّ فصل القضاء يورث الضغائن[3]»، على خلاف الصلح فهو يمثل السلم الاجتماعي والأمن ويورث المحبة.

والصلح قديم قدم الإنسان تداولته الحضارات الإنسانية كإجراء يعكس طبيعة البشر وقد اعتمدته التشاريع القديمة والحديثة على حدّ السواء. و لا يكاد يخلو تشريع من هذا النّظام[4].

بجلبان السلاح، سألوه ما جلبان السلاح فقال القرابة بما فيه». صحيح البخاري، المرجع السابق.

ويذكر أن نفرين اختصما إلى الرسول صلّى اللّه عليه وسلم في مواريث قديمة، فقال الرسول « إنكم تختصمون إلى رسول اللّه وإنما أنا بشر ولعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض. وإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها إسطاما في عنقه يوم القيامة». فقال الرجلان حقي لأخي، فقال الرسول صلى اللّه عليه وسلم « أما إذ قلتما فاذهبا فاقتسما ثم توخيا الحق ثمّ استهما ثمّ ليحلل كلّ واحد منكما صاحبه»بمعنى فاذهبا واقتسما المشترك وليقصد كل واحد منكم الحق وارضيا بنتيجة القرعة وليبرئ كل واحد الآخر. وأورد أبو داود قول الرسول صلى الله عليه وسلم «وإنما أقضي بينكم رأيي فيما لم ينزل علي فيه». السيد السابق، المرجع السابق، ص. 220.

(1) « Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès »

(2) Carbonnier : Variation sur les petits contrats flexibles, droit 1988, p. 292.

(3) ياسين محمد يحيى : عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة فقهية وتشريعية، دار الفكر العربي ص. 142، كما روى قول عمر لمعاوية « واحرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء».

كذلك ظافر القاسمي : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، السلطة القضائية، دار النفائس، ص. 465.

(4) إن الصلح كوسيلة لحسم النزاعات قديم في تاريخ الإنسانية « فقد كان البربر الأمازيغ يحتكمون إلى ما يعرف قضاء الجماعة وهو قضاء يعتمد في المنازعات على تحكيم رؤساء القبائل وعلية القوم ويقوم أساسا على تطبيق قواعد العرف والعادات المألوفة لديهم في مختلف المعاملات وخاصة التجارية وعند القرطاجنيين كان الاحتكام للأشفاط les suffetes في إطار نظام القضاء البلدي أما الرومان الذين استقروا ببلادنا فإنهم وإن اعتمدوا على القواعد المقننة (قانون الألواح الأثني عشر) إلا أن قواعد العرف والعادة واعتماد الصلح بقيت الأسلوب الأكثر اتباعا في حل النزاعات لديهم» . فاطمة الزهراء بن محمود: الصلح في العمل القضائي، محاضرة افتتاح السنة القضائية 1993 ـ 1994.

وتشهد السياسات التشريعية في يومنا هذا رغبة مؤكدة في إرساء الصلح وما يشتبه به من طرق بديلة في حسم النزاعات خاصة في الميادين المتعلقة بالأحوال الشخصية[1] والعلاقات التجارية والاقتصادية[2] لما لهذه المحاور من روابط وأثر في استقرار المجتمعات ونمو الثروة[3]. بل إنّ الطرق البديلة في حسم النزاعات هي الأساس والأصل في النظام الإجرائي الألماني في أيامنا.

وقد جاء الإسلام ليعمق هذا الاتجاه وله في ذلك نظام خاص، كما تقدّم. والصلح هو أول حق يقره المجتمع الدولي لحسم النزاعات والخلافات التي قد تنشب بين الدول فقد اقتضت المادة 33 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة المؤرخ في 26 ـ 06 ـ 1945 أنه « يجب على الأطراف في نزاع من شأنه استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدوليين للخطر أن يلتمسوا حله بدءا بطريق المفاوضات والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية وأن يلجؤوا إلى الوكالات والتنظيمات الاقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها». كما ورد بالفصل 19 من ميثاق الوحدة الافريقية المؤرخ في 25 ـ 05 ـ 1963 والمادة 12 من ميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي المؤرخ في 04 ـ 03 ـ 1972 مبادئ مماثلة تحث على التسوية الصلحية وأنشأت للغرض لجانا تساعد على تحقيق المصالحة.

(1) ولعل أهمية هذا الإجراء هي التي جعلت المشرع التونسي منذ سن مجلة الأحوال الشخصية يعتمد طريقة الوساطة (la médiation) في تسوية النزاعات الزوجية حيث نص الفصل 25 من المجلة على أنه إذا شكا أحد الزوجين من الأضرار ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعين حكمين وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى المحاكم في كلّ الأحوال.

(2) مراد الملولي: موقع المنشأة الاقتصادية في ظل قانون الأعمال التونسي وقانون الحسابية، القضاء والتشريع نوفمبر 1995، ص 7 وما بعده.

(3) يعتبر الصلح بفرنسا مبدأ عاما وأقر المشرع منذ سنة 1790 وجوبيته ليس فقط أمام قاضي السلم بل كذلك أمام أغلب المحاكم. وعرف القانون الفرنسي مؤسسة قاضي السلم منذ سنة 1790 وهو «ليس مجرد قاضي أو محكم بل هو أب « ويتم انتخابه ويتعهد بالنزاعات الصغيرة ويجري مع اثنين من مساعديه بمكتب السلم والمصالحة محاولة صلحية بين طرفي القضية وتشكل تلك المحاولة الصلحية إجراءً مسبقا لكل نزاع سواء كان من اختصاصه ام لا وتواصل العمل بقاضي السلم إلى حدود سنة 1949 متى تمّ إلغاء هذه المؤسسة وأحدث محاكم النواحي وأصبحت المحاولة الصلحية ليست وجوبية بل يجريها القاضي بطلب من الأطراف، حيث إنه في سنة 1949 ألغي العنوان الأول من الكتاب الثاني من م.م.م.ف. المتعلق بالصلح وذلك بموجب القانون المؤرخ في 9 فيفري 1949 لكن هذا القانون مكن القاضي من إجراء محاولة الصلح بحجرة الشورى عند الاقتضاء ونص المشرع سنة 1993 على انه «يدخل في وظيفة القاضي محاولة الصلح بين الطرفين» (الفصل 21 من م.م.م.ف. جديد) وبالتالي لم يعد الصلح وجوبيا بل إنه اختياريا يمكن أن تلجا إليه المحكمة أو الأطراف وتحلى محاضر الصلح بالصيغة التنفيذية. والواضح ان الفصل 21 م.م.م.ف. ينطبق على جميع المحاكم. كما مكن المشرع الفرنسي القاضي أن يقضي طبق قواعد العدل والإنصاف إذا طلب منه الأطراف ذلك فيكون محكما مصالحا (الفصل 12 م.م.م.ف.).

والقاعدة في جميع ذلك أن يتدخل المشرع بإجراءات خاصة تسمح بفصل النزاع بأدوات أساسها الرضا والقبول قبل المرور إلى باب الإجراءات القضائية سواء على المستوى الوطني[1] أو الدولي[2]. وفي هذا الباب يأتي تنقيح مجلة الإجراءات سنة 1994 لإقرار وجوبية الصلح أمام قاضي الناحية.

والصلح قانونا وكما عرفه الفصل 1458 م.ا.ع. هو « عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة، ويكون ذلك بتنازل كلّ من المتصالحين عن شيء من مطالبة أو تسليم شيء من المال أو الحق». ويستنتج من هذا الفصل أنّ الصلح يقوم على ثلاثة عناصر[3]:

1 ـ **وجود نزاع**: النزاع شرط من شروط الصلح بالفصل 1458 م.ا.ع. ومن صفاته أن يكون جديا فإذا غاب النزاع لا يصحّ اعتبار الاتفاق صلحا، كما إذا تنازل الأجير عن قسط من أجره غير المتنازع فيه حتى يمكن المستأجر من خلاصه، فمثل هذا التصرف يعتبر إبراءً وليس صلحا. ولا يشترط النزاع في الحال أو المآل بل يكفي أن يكون محتملا، فيكون الصلح حاصلا للتوقي من هذا النزاع. فإذا كان النزاع مطروحا أمام القضاء وحسمه الطرفان صلحا سمي هذا الصلح صلحا قضائيا. وإذا لم يكن النزاع مطروحا أمام القضاء كان النزاع محتملا والصلح فيه يسمى صلحا غير قضائي، إذ العبرة في النزاع هو ما يكون في ذهن أحد الطرفين من أن حقوقه قد تكون محلّ نزاع وإن كان القانون مسندا لوجهة نظره أو أنه يسعى

وإلى جانب ذلك أنشأ المشرع الفرنسي سلك المصالحين بمقتضى الامر عدد 381 المؤرخ في 20 مارس 1978 حسب ما هو منقح في 1981 و1993 وتتمثل مهمة المصالح حسب الأمر المذكور في حث أطراف التداعي على الجنوح إلى الصلح وإيجاد تسوية صلحية للنزاع القائم بينهما وتدوين بنودها صلب محضر ويحيله إلى قاضي الناحية لإكسائه بالصيغة التنفيذية.

وفي نفس الاتجاه الفصل 64 من قانون المرافعات المصري.

(1) محمد الصالح بن حسين: المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية بين الإنقاذ والتأهيل، القضاء والتشريع نوفمبر 1995، ص 27 وما بعده.

صابر الغربي: تدخل القاضي في تسيير الشركات، القضاء والتشريع أكتوبر 1995، ص. 5 وما بعده.

(2) عامر بورورو : الصلح في نزاعات التأمين الجوي، القضاء والتشريع، جانفي 1997 ، ص. 7 وما بعده.

علي كحلون: دور مجلة الاستثمارات في تنمية المؤسسات الاقتصادية ، القضاء والتشريع أكتوبر 1994 ص. 181..

(3) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس، ص. 508 وما بعده نشر دار النهضة العربية القاهرة.

لتفادي الإجراءات القضائية، وبالتالي كان المعيار لتحديد النزاع من عدمه معيارا ذاتيا يرجع في تعريفه لنية الطرف حال إبرامه، المهم أن يكون جديا بذلك المعنى سواء تعلق بالقانون أو الوقائع إذ أنّ النزاع يمكن أن يكون في القانون كما يجوز أن يكون في الوقائع[1].

2 ـ **نية رفع النزاع وقطع الخصومة**: أي أن يقصد الطرفان رفع النزاع إذا كان قائما أمام المحكمة، أو أن يقصد الطّرفان قطع الخصومة المستقبلية بمعنى حسم النزاع الذي لم تنظر فيه المحكمة بعد، فيكون هذا الصلح بنية توقي نشره وذلك بقطعه صلحيا[2].

3 ـ **تنازل كلّ من المتصالحين عن شيء من مطالبة أو تسليم شيء من المال أو الحق**: والتنازل من التفاعل بمعنى أن يتنازل كلّ واحد من جانبه عن شيء معين أي أن التضحية يجب أن تكون من الجانبين، فإذا كانت التضحية من جانب واحد، لا يمكن للاتفاق أن يسمى صلحا، كما في صورة التسليم بحق الخصم acquiescement وترك الإدعاء désistement حيث إنّ التضحية تكون من جانب

(1) يراجع في تعريف النزاع، علي كحلون: القضاء العقاري، طرق فصل النزاعات العقارية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2013، ص. 3 وما بعده.

علي كحلون: البطلان الإجرائي في العمل القضائي، القضاء والتشريع، نوفمبر 2009، ص 49 وما بعد. تاريخيا اعتمد القانون الروماني نظرية واسعة لتعريف النزاع إذ يكفي الشكّ لإقامة الصلح وهي النظرية التي اعتمدها القانون الألماني:

« La transaction est la convention qui met fin à une certitude au moyen de concessions réciproques »

وانتشر تطبيق هذه النظرية خاصة في إيطاليا واستمر العمل على اشتراط النزاع المقترن بالشك وهو إمكانية الفوز بالقضية في صورة نشرها. وقد وجدت هذه النظرية نقدا لاذعا من قبل رجال القانون بفرنسا:

Boyer M. La notion de transaction, thèse Toulouse.

واكتفت التطبيقات القضائية في أغلبها بوجود نزاع جدي سواء كان قائما أو محتملا بدون النظر لفكرة الشكّ وهو الاتجاه الذي اعتمده التشريع التونسي تقريبا.

(2) إنّ الصياغة العربية للفصل 1458 م.ا.ع. كانت رديئة تأثرا بالمجلة العثمانية وتحديدا الفصل 1531 منها الذي نصّ على أنّ الصلح هو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما» بينما كانت الصياغة الفرنسية للفصل 1458 م.ا.ع. كما يلي:

« La transaction est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation »

أي لغة يجب القول بأن الصلح هو عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وهو ما يوافق الفصل 2042 من المجلة المدنية الفرنسية.

واحد. ولا يجب أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة بل يكفي أن يتحقق التنازل ولو كان بسيطا ليكون العقد صلحا.

والحقيقة أنّ مفهوم التنازل يبقى نظريا وتطبيقيا صعب الإدراك حيث من الممكن اعتماد مفهوما ذاتيا فينظر إلى نية المتعاقد يوم إجراء الصلح وهو ما يمثل الادعاءات الحقيقية prétentions réelles ، غير أنه من الأفضل اعتماد مفهوم موضوعي وهو ما يمثل الادعاءات المشروعة prétentions légitimes أي حقوق الأطراف في النزاع لسهولة إدراكه ومعرفته.

كما أنّ مفهوم التبادل في التنازل يبقى غامضا إلى حدّ كبير حيث يقصد بالتبادل في التنازل مبدئيا أن لا يكون التنازل من جانب واحد مثل ترك الادّعاء أو التسليم بحق الخصم، ويجوز أن يظهر ترك الادّعاء في عدّة أشكال أهمها إسقاط الدّعوى désistement d'action بمعنى إسقاط الحق المتنازع فيه فيلزم المعنى بأداء المصاريف وإحالة أوراق الحق للطرف الآخر والرجوع في الخصومة désistement d'instance بمعنى التنازع عنها وعن جميع إجراءاتها بما في ذلك عريضة افتتاح الدّعوى فتطرح القضية بطلب منه ويبقى الحق قائما مع إلزامه بدفع المصاريف والتنازل عن عمل إجرائي في الخصومة désistement d'un acte de procédure الذي لا يخضع لموافقة الطرف الآخر كالرجوع في الاستئناف مثلا[1]. كما يعدّ التسليم بحق الخصم acquiescement تصرفا من جانب واحد يخضع بمقتضاه أحد طرفي النزاع للمطالبة القضائية أو يعدل عن ممارسة طرق الطعن المخولة له.

وتعدّ جميع هذه التصرفات أحادية الجانب ولا تدخل في معنى التبادل، فقط إذا تضمن التسليم بالحق أية تنازلات من الجانب الآخر كأن يتفقا على المصاريف كان الاتفاق صلحا. على أنّ فقه القضاء وخاصة بفرنسا قد تطور بشكل كبير نحو عدم التشدد في توفر التنازلات المتبادلة خاصة في القانون الاجتماعي مما أدى ببعض رجال القانون للحديث عن الصلح بدون تنازلات[2]. ومهما كانت الصورة فعلى القاضي المتعهّد أن يكيف العقد بالنظر إلى جملة هذه العناصر إضافة إلى بقية مقومات الصلح حتى يكون الصلح صلحا حيث يمكن أن يستر الصلح بيعا أو هبة أو غيرهما وعلى القاضي إرجاع الأمور إلى نصابها لذلك نصّ الفصل 1477

(1) الفصل 155 م.م.م.ت.

(2) Henry Blaise : Une transaction sans concession, Revue de droit social, n° 5 mai 1988, p. 432 et suiv.

م.ا.ع. على أنه « إذا كان ما عقده الطرفان وعبرا عنه بالصلح هو في الحقيقة هبة أو بيع أو غير ذلك من العقود فالحكم فيه على ما أراده الطرفان في الحقيقة من حيث صحة العقد وما يترتب عليه».

وعلى ذلك الأساس فإنّ موضوع الصلح هو النزاع ذاته أو الحالة التنازعية، والتزامات الطرفين فيه هي التنازل مقابل تنازل آخر. بقي أن نتساءل إن كان هذا التنازل يشمل الحق في حدّ ذاته أم الدّعوى المرتبطة بهذا الحقّ ؟ وللإجابة عن هذا السؤال ترى النظرية التقليدية أنّ التنازل يشمل الحقّ في حدّ ذاته أي الحق في مفهومه المادي أما النظرية الحديثة ويتزعمها رجل القانون Boyer فترى أنّ التنازل لا يشمل الحق في مفهومه المادي بل يشمل حقّ الادّعاء فحسب أي الحق في مفهومه الإجرائي. أما المشرع التونسي وبقراءة حرفية للفصل 1458 م.ا.ع. يبدو مبدئيا أنّه اعتمد مفهوم التنازع عن حق التداعي فحسب إذ نصّ على التنازل على شيء من مطالبة والمطالبة القضائية لها مفهوم إجرائي يختلف عن الدّعوى وعن الخصومة رغم أنّ النصّ الفرنسي استعمل كلمة prétention أي ادّعاء وهي عبارة غامضة لا تتبلور حقيقتها إلا إذا أصبح الادعاء دعوى قضائية حقيقة، لكنّه بقراءة الفصول الواردة بمجلة الالتزامات وخاصة الفصول 1459 و1469 و 1467 ندرك جيدا أن المشرع اعتمد النظرية القائلة بأن التنازل يشمل الحق المادي إلا إذا قصد الطرفان صراحة التنازل عن حق الادّعاء. والحقيقة أنّ صياغة الفصل 1458 م.ا.ع. ذاتها يمكن أن تؤدي إلى نفس المعنى إذ الصلح يحمل « **تنازل كلّ من المتصالحين عن شيء من مطالبة أو تسليم شيء من المال أو الحق**»، فيفهم من المطالبة المعنى الإجرائي للطلبات ويفهم من تسليم شيء من المال أي التنازل عن عقار أو منقول أي شيء محسوس ويفهم من الحق التنازل عن أشياء غير مادية إذ الحق لا يكون إلا غير مادي ويمكن أن يكون على أشياء مادية أو غير مادية.

ويتميز الصلح بهذا التعريف عن بقية المؤسسات القريبة، فزيادة على أنّ الصلح يتميز عن التسليم بحق الخصم وترك الإدّعاء التي تبقى مجرّد إمكانيات إجرائية قد يكون لها تأثير على أصل الحق فهو يتميز عن الاعتراف بدين reconnaissance de dette والوصل القاطع لكلّ حساب reçu pour solde de tout compte والإبراء والإسقاط وإجازة العقد القابل للإبطال وتوجيه اليمين الحاسمة وعدة مؤسسات أخرى مشابهة، حيث إن الصلح يفترض التنازل من الجانبين ولو كان تنازلا بسيطا والتضحية المتبادلة فكلّما تخلف هذا الركن ما كان يجوز أن نسمي العمل صلحا.

ويتميز الصلح كذلك عن التحكيم والتسوية والوساطة وتقييم القضية والاختبار والمحاورة[1]، إذ أنّ هذه المؤسسات تفترض تدخّل طرف ثالث سواء لاقتراح الحلّ أو لمساعدتهم على إيجاده أو للدفاع عن وجهة نظر محدّدة أو لتقديم وجهة نظر فنية لا غير، ويتميز الصلح بوضوح عن التحكيم بحكم أنّ الصلح ليس إلا عقدا يلزم معاقديه بينما التحكيم ينتهي إلى قرار تحكيمي يصدر عن المحكمين ويمكن إلزام الأطراف بأحكامه بعد اكتسابه الصيغة التنفيذية، أما الصلح فيحافظ على صبغته التعاقدية[2].

(1) يختلف الصلح عن عدّة طرق بديلة لحسم النزاعات، وهي التحكيم والتسوية والوساطة والمحاور والخبير وتقييم النزاع.
فالتحكيم هي طريقة بديلة لحسم النزاعات خارج إطار القضاء، حيث يعين الطرفان المتنازعات محكمين لحسم النزاع ويصدر عنهما قرارا تحكيما يمكن تنفيذه بالقوة العامة بعد تحليته بالصيغة التنفيذية. ويتأسس التحكيم على رضاء الطرفين بالمحكمين إما قبل حصول النزاع أو بعده ويعود لهما تعيين القانون المنطبق ولغة التعامل والإجراءات المتبعة، وقد عرّف الفصل الأول من مجلة التحكيم التونسية التحكيم بأنه «طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم». وبذلك فإنّ للتحكيم مهام قضائية في أنه يطلب منه حسم النزاع ومهام تعاقدية في أنه مكلف من قبل الأطراف المتنازعة.
أما المصالحة أو التسوية La conciliation فهي طريقة لحسم النزاعات برضاء الطرفين بمساعدة طرف ثالث وهو المصالح conciliateur حيث يقترح المصالح الحل فيقبله الطرفان ، وعادة ما يضمن اتفاق الأطراف بمحضر ليس له قيمة القرارات التحكيمة بحكم رضاء الطرفين برأي المصالح. أما تقييم القضية وهو إجراء معتمد قانونا بالقانون الألماني فيسمح للقاضي المتعهّد قبل المرور إلى الإجراءات التنازعية تقييم القضية بمعنى أن يعلن رأيه للطرفين بالجلسة فإن قبله الطرفان ختمت الإجراءات بالصلح وإن تعذر يمر القاضي إلى الإجراءات التنازعية. أما الوساطة فهو تطبيق يسمح لطرف ثالث يدعى الوسيط médiateur بتسهيل تنقل المعلومة بين الطرفين مما يسمح للطرفين التوصل لحل محدّد.
أما المحاور فهو يدافع عن وجهة نظر معينة وهو الطرف الذي يعينه ويسعى إلى تحقيق وجهة نظر من عينه. أما الخبير فهو شخص مختص في نقاط فنية معينة.
وعليه فإنّ التسوية تهدف إلى اقتراح الحل بينما يساعد الوسيط الأطراف على التوصل إلى حلّ محدّد في حين أن قرار التحكيم ملزم للطرفين، ويبقى المحاور مجرد نائب لوجهة نظر محدّدة ويبقى الخبير شخصا له مجرد كفاءات فنية في نقاط محدّدة.
ولكنه عادة ما تختلط الإجراءات من حيث الواقع إذ من الممكن في بعض الأحيان المرور من إجراء إلى آخر برضاء الطرفين أو طبق نظام محدّد. كما أنّ تدخل الغير يمكن أن يدفع الطرفين إلى إبرام عقد صلح في نهاية الأمر،

(2) القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم.
عبد المجيد الفاهم : الفصل 18 من مجلة التحكيم، القضاء والتشريع ديسمبر 1996، ص. 23.

ومن باب أولى فإنّ الصلح يختلف عن الحكم القضائي حيث إنّ الصلح والحكم يتشابهان في أنّ كلا منهما يحسم النزاع، والدفع بالصلح كالدفع بالأمر المقضي به[1]، وقد نصت المادة 2052 من المجلة المدنية الفرنسية على «أنّ الصلح فيما بين المتعاقدين له قوة الأمر المقضي به»، لكنهما يختلفان جليا من كون الصلح يمكن أن يحسم نزاعا محتملا غير منشور أمام المحاكم أما الحكم فلا يتعلّق إلا بقضية منشورة وتحسم حسب الإجراءات المبينة بمجلة المرافعات المدنية في حين أنّ الصلح يبقى خاضعا لأحكام الإرادة وتبادل الرضا ولا يمكن أن يطعن فيه إلا بناءً على عيوب الرضا، في حين أن الحكم أنّ الحكم يطعن فيه طبق طرق الطعن العادية وغير العادية الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتّجارية. كما

رشيد الصباغ: طرق الطعن في التحكيم الداخلي، القضاء والتشريع، ماي 1995، ص. 7.
نور الدّين الغزواني: القضاء والتشريع ديسمبر 1994، ص. 7.
محمد العربي هاشم: القانون المنطبق على عقد التّجارة الدولي، القضاء والتشريع ديسمبر 1994، ص. 23.
الحبيب سليم: المؤسسات العمومية والتحكيم، القضاء والتشريع، ديسمبر 1994، ص. 27.
سامي القلال: النظام العربي الأوروبي للتوفيق والتحكيم والخبرة، القضاء والتشريع 1994، ص. 37.

(1) نميّز عادّة بين ثلاثة أنواع من الدّفوع: الدّفوعات الشكليّة والدّفوعات الموضوعيّة والدّفوع بعدم القبول (fins de non recevoir). فأمّا الدّفوعات الموضوعيّة فتوجّه إلى « ذات الحقّ المدّعي فيه....وتشمل كلّ دفع يترتّب على قبوله رفض طلب المدّعي، ولهذا لا يتصوّر حصرها.»أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية. ص 219 فقرة عدد 201. ويمكن أن يأتي ضمن هذا الباب مسألة الإثبات وما يتعلّق بها من نزاهة. أمّا الدّفوعات الشكليّة، « فهي توجّه إلى الخصومة وإلى بعض إجراءاتها دون التّعرّض لذات الحقّ المدّعى به أو المنازعة فيه، ويقصد بها تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقّتة.» أحمد أبو الوفاء، المرجع السّابق، ص 220 فقرة عدد 202. ويأتي في هذا الباب المسائل المتعلّقة بمبدأ المواجهة والدّفع بعدم الاختصاص أو البطلان أو التّخلّي أو سقوط الخصومة. وأمّا الدّفع بعدم القبول « فلا يوجّه إلى ذات الحقّ المدّعى فيه، فلا تعدّ دفوعا موضوعيّة.ولاتوجّه إلى إجراءات الخصومة فلا تعدّ دفوعات شكليّة، وإنّما ترمي إلى إنكار وجود الدّعوى لعدم توافر أحد الشّروط التّي يتطلّبها القانون لقبولها.....سواء كانت هذه الشّروط من الشّروط العامّة التّي يتعيّن توافرها لسماع الدّعوى أو من الشّروط الخاصّة بالدّعوى المقدّم بشأنها الدّفع.» أحمد أبو الوفاء، المرجع السّابق، ص 225 فقرة عدد 204. ويأتي في هذا الباب الأهليّة والصّفة والمصلحة في القيام والصّلح المتقدّم عن الدّعوى وقاعدة الجزائي يوقف المدني ومواعيد السّقوط وآجال التّقادم. وإن كان الأستاذ أبو الوفاء يرى أنّ الدّفع بانعدام المصلحة هو دفع موضوعي(ص 227 فقرة عدد 204)، على خلاف الرأي السّائد(Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, op.cit.,p.181).

أنّ الصلح يخضع في تفسيره لأحكام العقود[1] بينما تفسر الأحكام طبق إجراءات مجلة الإجراءات[2]. ولا يجوز تنفيذ عقد الصلح بالقوة العامة، ما لم يكن مصادقا عليه ومأذونا بتنفيذه من المحكمة، إلا برفع دعوى قضائية وصدور الحكم في شأنها، أما الحكم القضائي فينفذ طبق الضوابط الواردة بمجلة المرافعات.

كما أنّ الصلح المدني يختلف عن الصلح الجزائي[3]، إذ الأصل أن تتوفر الإرادة والتنازلات المتبادلة في الصلح المدني، وعلى ذلك الأساس فهو خيار الطرفين دون إلزام أو إكراه، أما الصلح الجزائي في جملة المواطن التي حدّدها المشرع سواء الصلح مع الإدارة أو الصلح بالوساطة أمام النيابة[4] أو الحكم بالتعويض الجزائي[5]، فهي آليات تسمح بتعويض المتضرر ولا تبقي على خيار المتهم أو المحكوم عليه جزائيا، ثمّ إن التتبعات يمكن أن تستأنف إذا لم ينفذ المحكوم عليه أو المتهم الالتزامات وبالتالي فلا خيار في الالتزامات[6].

ومن خصائص عقد الصلح أنه من عقود التراضي وهو ملزم لجانبين وهو عقد بعوض ومحدّد كاشف للحقوق من حيث المبدأ لا منشئا لها وهو عقد غير قابل للتجزئة. وقد حدّدت الفصول 1458 إلى 1477 م.ا.ع. شروط وآثار هذا العقد.

والملاحظ من خلال بيان مقومات الصلح وخصائصه أن للأطراف دورا هاما في تفادي النزاعات ربحا للوقت والمال حيث إنّه طريقة تسمح بحسم النزاعات دون كلفة وبالتالي فهو إجراء يهم أولا وبالذات أطراف النزاع. غير أنّ التوجهات الحديثة في التقاضي جعلت المشرع يتدخل في عدّة مناسبات لحث الأطراف على تحقيق الصلح قبل المرور إلى الإجراءات القضائية الحكمية خاصة في المجالات التي اعتبرها المشرع هامة مثل الأحوال الشخصية والاقتصادية، بل اقتضت بعض الإجراءات ضرورة حضور الأطراف أمام القاضي لإجراء محاولة صلحية أو توفيقية قبل النظر في الأصل، وتجاوزت التشاريع الحديثة إطار الصلح التقليدي من كونه يعبر عن نتيجة لمفاوضات الأطراف ودفعت بالقاضي نفسه بأن

(1) الفصول 513 وما يعده.
(2) الفصل 124 م.م.م.ت.
(3) نبيل الراشدي: عقد الصلح في القانون المدني، رسالة للإحراز على شهادة ختم الدروس القضائية 1992/ 1993.
(4) الفصول 335 مكرر إلى 335 سابع م.إ.ج.
(5) الفصل 5 م.ج. والفصل 336 ثالثا م.إ.ج.
(6) علي كحلون: التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية، وكذلك دروس في الإجراءات الجزائية، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص.

يقوم بدور إيجابي ويبذل جهدا في تحقيق الصلح بين الطرفين وربما كانت هذه الجلسة وجوبية في بعض الأحيان واختيارية في أخرى.

من ثمّ فإنّ سواء كان الصلح قضائيا أو غير قضائي وباعتباره وسيلة لفصل النزاعات يوجب تدخل طرفي النزاع في بعض الصور وتدخل طرفي النزاع والقاضي في أخرى أو هياكل إدارية[1]، وهذه الطريقة ونظرا لتدخل طرف أجنبي تسمى تسوية صلحية أو توفيقية التي ربما تحقق المصالحة وتستر صلحا في أغلب الأحيان، إذ تعرّف المصالحة عادة «بأنها التسوية التي توصل إليها الطرفان عن طريق طرف أجنبي عن النزاع[2]». معنى ذلك أنّ هناك عدّة طرق قد تؤدّي لتحقيق الصلح وكان المشرع قد كشف عن الوسائل الموصلة لذلك والطرق الإجرائية الممكنة وذلك بإقرار جلسات صلحية معينة وفي ميادين محدّدة وقد تنتهي المحاولات بإبرام عقد الصلح أو تقريب وجهات النظر فتطرح القضية أو أن يقضى اتفاقا[3].

وعليه فإنّ الصلح ليس مجرد عقد ملزم لجانبين بل هو كذلك طريقة لحسم النزاعات سواء كانت منشورة أمام المحاكم أم غير منشورة، ففي الصلح جملة من الجوانب الموضوعية والإجرائية. ولم يرد بالفصول 1458 إلى 1477 م.ا.ع. إلا ما يتعلق بالجوانب الموضوعية لعقد الصلح شروطا وآثارا، ولم ترد الحلول واضحة في شأن الآثار إذا كان النزاع منشورا أمام المحاكم، كما أنّ مجلة المرافعات لم تورد بابا خاصا بآثار الصلح في الدّعوى، ولكنّ الصلح وباعتباره

(1) والأمثلة كثيرة مثل مؤسسة الموفق الموفق الإداري وكذلك الموفق العائلي صلب المنظمة التونسية للتربية والأسرة، ومثل تفقدية الشغل واللجان الاستشارية والمكتب الجهوي للتصالح والمركز الجهوي للتصالح في إطار النزاعات الفردية والجماعية للشغل (الفصول 21 و376 و151 وما بعده م.ش.
(2) إذا تدخل طرف ثالث في عملية الصلح سميت العملية تسوية أو مصالحة وعرف رجل القانون Pierre Louvrat المصالحة بأنها تلك «التسوية التي توصل إليها الطرفان عن طريق طرف أجنبي عن النزاع».
Pierre Louvrat :conciliation in jurisclasseur, procédure civile, fascicule 10, édit. 1986, D. 6.
(3) وقد أشار المشرع إلى أغلب الطرق في الصلح بسعي من الأطراف أو بتدخل من القاضي أو الإدارة والوساطة (الفصل 25 م.أ.ش.)والمحكم المصالح (الفصل 14 من مجلة التحكيم) والقاضي المصالح حسب التحرير الجديد للفصل 40 م.م.م.ت.، لكنّ المشرع لم يعتمد سلك المصالحين ولم ينص صراحة وبصفة عامة أنّ الصلح من وظائف القاضي لكن ذلك يمكن أن يستخلص من عدة نصوص خاصة.

طريقة من طرق حسم النزاعات قد عرف عدّة تطبيقات تتجاوز إطار المبادئ العامة الواردة بمجلة الالتزامات[1]. وقد أوردت الفصول 1458 إلى 1477 م.ا.ع. أحكام عقد الصلح من حيث الشروط والآثار[2]. فالمفروض أن تتوفر أهلية التفويت في الصلح ويخلو عيوب من الرّضا. وتتوفر فيه الشروط العامة في المحلّ والسبب.

(1) الصلح كوسيلة لحسم النزاع يمثل أهم ملامح السياسات التشريعية الحديثة، وقد أقره التشريع في تونس بصفة وجوبيّة في بعض الأحيان وجعله اختياريا في أخرى وقد يبرم تلقائيا من الأطراف أو دفعا من القاضي أو سعيا من القاضي وقد يتداخل في الصلح طرف ثالث قد يكون القاضي أو مؤسسات معينة.
وقد شملت الوجوبية عدّة مجالات أهمها النزاعات الأسرية (الفصل 32 م.أ.ش وما بعده) والنزاعات الشغلية وتشمل النزاعات الفردية للعمل على مستوى تفقدية الشغل (الفصل 21 م.ش) ودائرة الشغل (الفصل 207 م.ش) وعلى مستوى السلطة البحرية (الفصول 151 وما بعده م.ش.ب) والنزاعات الجماعية للعمل على مستوى تفقدية الشغل (الفصل 376 م.ش) وعقلة الأجور والمرتبات (الفصل 362 م.م.م.ت) ومادة توزيع الأموال (الفصول 463 وما بعد م.م.م.ت) وما يطرأ على الفلسة من حلول (الفصول 507 وما بعده م.ت) والإجراءات المتبعة أمام محكمة الناحية (الفصول 38 مكرر م.م.م.ت وما بعده). وتبقى اختيارية الصلح رهينة تدخّل القاضي والمتقاضين وإن نصّ المشرع عليها صراحة بالفصل 40 م.م.م.ت والفصل 91 م.م.م.ت والمرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المتعلق بالمسح الإجبار ي وبالقانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بالمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وبقانون 21 ـ 2 ـ 1994 المتعلق بالتعويض عن الأمراض المهنية وحوادث الشغل، غير أنه لا وجود بالقانون التونسي لنص عام يكرس الصلح كوظيفة من وظائف القاضي، وإن كانت السياسة التشريعية في المدّة الأخيرة قد اعتمدت جملة من المبادئ تدخل في سياق الصلح وما شابهه خاصة منها اعتماد طريقة التحكيم الداخلي كطريقة لحسم النزاع بقانون 1993 المتعلق بمجلة التحكيم وتقنين مؤسسة القاضي المصالح عبر تنقيح الفصل 40 م.م.م.ت وكان الفصل 25 م.إ.ش اعتمد منذ زمن الوساطة المعمول بها بعدة تشاريع وليس بميدان الأحوال الشخصية فحسب. وعلى ذلك يستحسن التنصيص على قاعدة عامة على غرار الفصل 21 من مجلة المرافعات الفرنسية الذي ينص على أنّه « يدخل في وظيفة القاضي المصالحة بين الطرفين» وبالإمكان كذلك تعميم تجربة سلك المصالحين conciliateur. وبالتالي فإن الصلح لم يبق مجرد ذلك العقد الصغير كما قال carbonnier الذي لا يوحي إلاّ بتداخل طرفي النزاع بل إنه عقد من الحجم الكبير الذي أصبح يتطلب تدخل طرف ثالث سواء إداريا أو قضائيا وهو ما دفع حديثا لاستعمال مصطلح التسوية الصلحية أو التوفيقية وهو مفهوم إجرائي يتطلب تدخل طرف ثالث. ويمكن لهذه التسوية أن تحقق الصلح في مفهومه التعاقدي أو أن يكتفي بالمصالحة فتطرح القضية إذا كان النزاع قائما منشورا أمام القضاء أو أن يقضى اتفاقا أو أن تصادق المحكمة على الصلح.
(2) علي كحلون: الصلح في المادة المدنية، مجلة القضاء والتشريع، 1998.

ويكون الصلح قضائيا أو غير قضائي، فإن كان غير قضائي ينتهي الأمر بصفة نهائية بتحرير عقد الصلح وإن كان النزاع قائما مطروحا أمام القضاء ينتهي الأمر بإمضاء الصلح أو بالتصديق عليه على فرض أن الصلح قد وقع بصرف النظر عن الأحكام الصادرة بالطرح أو لصالح الدعوى أو ضدها، حيث تسعى بعض المحاكم إلى طرح القضية كلما عاينت الصلح عوض إمضاء الصلح بعد تحرير بنوده[1].

ويعتبر هذا الحكم القاضي بإمضاء الصلح بين الطرفين أو بالتصديق بمثابة حجة رسمية لتصديق القاضي عليه في إطار سلطته الولائية ولكنه لا يعتبر حكما وإن تعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام فهو لا يخرج عن كونه عقدا ولا يتعدّى دور القاضي مهمة الإشهاد على ما حدث أمامه، ويمكن الطعن في حكم التصديق ولكن ليس بالطرق المعلومة في طعن الأحكام وإنما بطريقة الدعوى الأصلية فيجوز حينئذ طلب إبطاله لنقص في الأهلية أو لغلط أو تدليس وغير ذلك من الأسباب. على أنّه يجوز تنفيذ حكم التصديق جبرا إذا أذنت المحكمة بتنفيذه حيث ولئن كان الحكم مجرد عقد فإن إمضاءه من طرف القاضي والإذن بتنفيذه يعطيه شكل الأحكام وينفذ ليس بناءً على إجراءات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الواردة بمجلة المرافعات المدنية وإنما بناء على نصوص خاصة[2] تسمح للقاضي بالإذن بالتنفيذ معنى ذلك أنه في غياب النصوص الخاصة لا يسمح بالتمتع بإجراءات التنفيذ إلا بمقتضى قضية أصلية[3]. وقد تلافى المشرع

(1) وقد تسمح بعض النصوص بمثل هذا الاتجاه كما هي الصورة في الأحوال الشخصية وعقلة الأجور.
(2) لذلك نصّ القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية بفصله 74 على أنّ قاضي الناحية يصادق على التسوية ويأذن بالتنفيذ وبمجرد حصول المصادقة يكتسب كتب الاتفاق قوة السند التنفيذي ويصبح قابلا للتنفيذ الجبري عند الاقتضاء ونص الفصل 520 من المجلة التجارية في الحلول الطارئة على الفلسة بأن الحكم بإمضاء الصلح يصيره نافذا جبرا ونص الفصل 207 من مجلة الشغل على أنه وفي صورة امتناع المدين عن الدّفع في الحال فإن مضمون محضر الجلسة الممضى من طرف الرئيس والكاتب له قيمة حكم قابل للاستئناف مهما كان مقدار المبلغ المعترف به.
(3) إنّ مجرّد المصادقة أو إمضاء الصلح من طرف القاضي يدخل في إطار سلطته الولائية فهو لا يقوم بفصل النزاع المنشور أمامه وبالتالي فإن الحكم الصادر ليس له نفوذ الأمر المقضي به وهو غير قابل للتنفيذ إلا بمقتضى قضية أصلية لأن حكم التصديق يبقى مجرد عقد عدلي وإن ورد في شكل الأحكام غير أنّ من رجال القانون من يعتبر أن مجرد المصادقة أو إمضاء الصلح كفيل بأن تعطى العقد العدلي قوة السند التنفيذي ولو جبرا وليس في ذلك سند إذ أنّ النزاع في مثل هذه الصورة قد حسم صلحا وترفع ولاية المحكمة على النزاع. واعتمدت بعض

الفرنسي هذا النقص ونصّ صراحة على أنّ الصلح الواقع أمام القاضي يعتبر سندا قابلا للتنفيذ حيث أكّد الفصل 131 من مجلة المرافعات المدنية الفرنسية على ما يلي:

« Les extraits du procès verbal constatant la conciliation peuvent être délivrés, ils valent titre exécutoire »

وقد وضع المشرع بذلك حدّا للنقاش في معرفة الطبيعة القانونية للصلح العدلي وطرق تنفيذه وإن كان المشرّع الفرنسي يعترف بصراحة بأنّ الصلح له نفوذ المقضي به بين الطرفين المتعاقدين، غير أنّ المشرّع التونسي حافظ على طبيعة الصلح من كونه لا يخرج عن إطاره أنّه مجرد عقد عدلي وثّقه القاضي في إطار سلطته الولائية[1]. والمعلوم أنّ القانون التونسي لا يسمح بالتحلية بالصيغة التنفيذية إلا الأحكام التي أحرزت على قوة اتصال القضاء وهي التي لم تكن ولم تعد قابلة للطعن بإحدى الوسائل المعطلة للتنفيذ والأحكام التي أذن بتنفيذها الوقتي ولو لم تحرز على قوة اتصال القضاء عملا بأحكام الفصل 286 م.م.م.ت وهي المعروفة بالسندات الحكمية. غير أنّه يجوز تحلية السندات القضائية غير الحكمية بالصيغة التنفيذية إذا نصّ المشرع على ذلك صراحة مثل الإجراءات المتعلقة بالأمر بالدفع (الفصل 64 م.م.م.ت) والأذون على العرائض (الفصل 220 م.م.م.ت) باعتبار أنها استثناء للقاعدة ولم يعتمد المشرع التونسي نظرية موسعة تمكن من تحلية السندات التنفيذية غير القضائية بالصيغة التنفيذية إلا في صور خاصة جدا مثل بطاقات الجبر والإلزام[2].

التشاريع حلولا واضحة حتى تنهي هذا الجدل من ذلك المادة 124 من قانون المرافعات المصري التي أشارت بصراحة إلى أن التصديق على الصلح يعطيه قوة السند التنفيذي، غير أنّ المشرع التونسي لم يعتمد حلا واضحا وعاما بل جاءت النصوص متناثرة وخاصة بكل مجال معين وبالتالي فإن تنفيذ حكم التصديق لا يجوز إلا إذا أذنت المحكمة بذلك وفي حدود النصوص الخاصة وأحكامها وإلا وجب نشر قضية أصلية.

(1) حمادي الرائد: اتصال القضاء في المادة المدنيّة، مذكرة للإحراز على شهادة الدّراسات المعمقة في القانون الخاص، أكتوبر 1991.

(2) الفصل 29 من مجلة المحاسبة العمومية لسنة 1973 كما هي معدّلة.
عبد اللّه هلالي: القضاء المستعجل، القضاء والتشريع، 1984، ص2.
علي كحلون: طرق التنفيذ، واستخلاص الدّيون العامة والخاصة، وكذلك قانون التأمينات وطرق استخلاص الدّيون العامة والخاصة، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2011 و2013.

فقد أقرّ المشرّع صراحة أو ضمنا أنّ السندات التي سبق الحديث عنها (الأمر بالدفع والأذون على العرائض) تعدّ سندات تنفيذية يجوز الاستشكال في تنفيذها اعتمادا على الفصول 210 و211 و290 و403 م.م.م.ت إلا أنّ هناك وثائق لم يقر المشرّع لها بصفة السند التنفيذي أصلا رغم أنّ جلّ التشريعات الأجنبية اعتبرتها كذلك ومن ذلك المحرّرات الموثقة وهي المحررات التي يحرّرها موظفون مختصون وتكون واجبة التنفيذ بذاتها بدون اللجوء إلى القضاء لإكسائها بالصيغة التنفيذية وقد تبنى المشرع المصري على سبيل المثال هذا الاتجاه واعتبر هذه السندات تنفيذية بالفصل 10 من قانون الإثبات واعتبرها محرّرات رسمية ونصّ على أنّه «إذا حصل نزاع في تنفيذها فإنّه يلجأ إلى القضاء المختص في الإشكال[1]». والصلح كعقد هو من قبيل السندات القضائية غير الحكمية وهي محرّرات موثقة من طرف القاضي غير أنّ المشرع لم ينص على أنّ ذلك يعتبر من قبيل السندات التنفيذية القابلة للتنفيذ مباشرة باستثناء الحالات التي أشرنا إليها. وعليه فإنّه في صورة إذا لم يذعن المتصالح لبنود الصلح تلقائيا كان من اللازم نشر قضية أصلية لإلزامه بذلك ويصبح عندئذ الصلح مجرّد وثيقة تضاف إلى الملف مثلها مثل أية وثيقة أخرى يقدّر القاضي قيمتها.

والأصل أنّ حكم التصديق ليس بحكم قضائي، ومن باب أولى ليس له حجية الأمر المقضي به، ولم يقدم المشرع على جعله كذلك، خلافا للمشرع الفرنسي الذي سوى بين حجية الأمر المقضي به ونتيجة الصلح بين الطرفين[2]. لذا أكدت محكمة التعقيب منذ مدّة على أنّ « الحكم الصادر بإمضاء الصلح الواقع بين الطرفين بمحض إرادتهم هو مجرّد مصادقة من المحكمة على الاتفاق الحاصل بين الخصوم في موضوع القضية وبما أنه لا يبت في الخلاف المنشور لديه لم تكن له قوة التنفيذ المستند للأحكام الحاسمة للخلاف وإنما له قوة العقد الواقع بين الطرفين[3]». ذلك أنّ حكم التصديق يختلف عن الحكم القضائي من عدّة نواحي، وإن كانت هناك بعض العناصر تجمعهما من أن كلاهما حاسم للنزاع

(1) عبد العزيز الهمامي: الإشكال التنفيذي، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 1994/1995.

(2) L'article 2052 du code civil français prévoit que : « Les transactions ont entre les parties, l'autorité de la chose jugée n dernier ressort »

(3) قرار تعقيبي عدد 7619 بتاريخ 28 جوان 1955 القضاء والتشريع عدد 9 ـ 10 ـ 1960، ص 147.

والدفع بالصلح كالدفع بقوة الأمر المقضي به، حيث إنّ الصلح يختلف عن الحكم من حيث الإجراءات وطرق الطعن وقواعد التفسير وإجراءات التنفيذ.

وحكم التصديق هذا ويسمى بالفرنسية jugement d'homologation يجب تمييزه عن الحكم الاتفاقي jugement convenu , d'expédient وصورة الحكم الاتفاقي هي أن يعمد الخصمان أثناء النظر في الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع فيصدر الحكم متضمنا لما اتفق عليه الطرفان من حيث موضوعه كما إذا نشر أحدهما قضية يطالب بإلزام الطرف الآخر بدفع مبلغ معين فإن تصالح الطرفان بعد تعديل المبلغ وصدر الحكم بإلزام الطرف الآخر بدفع المبلغ المتفق عليه يكون الحكم قد صدر اتفاقا أي أنّ أساسه هو الصلح دون أن تحرر بنوده من حيث الشكل ويعتبر الحكم الاتفاقي حكما قضائيا يخضع للإجراءات العادية المعتمدة في باب الطعن في الأحكام وتفسيرها وتنفيذها والسبب في ذلك أنّ المحكمة لم تكتف بإمضاء الصلح بل ألزمت أحدهما بمضمون محدّد وإن كان منطلقه هو رضاء الطرفين، فحكم التصديق هو مجرد إمضاء وتوثيق لبنود الصلح والحكم الاتفاقي هو الإلزام بحكم قضائي.

ومع ذلك فإنه يجب التمييز بعناية بين الحكم الاتفاقي والتسليم بحق الخصم أو **امتثال الخصم l'acquiescement**، **ورغم أنّ** مجلة الإجراءات المدنية لم تنظم معنى امتثال الخصم في الخصومة أو التسليم بحق الغير على غرار بعض القوانين المقارنة[1]، فإنه أصبح من المعروف عموما أنّ امتثال الخصم يمكن أن يكون امتثالا للطلب فيوافق الخصم على موضوعه الطلب خلال سير الخصومة أو امتثالا للحكم فيسعى الخصم إلى تطبيق الحكم قبل فوات أجل الطعن. وهو من أعمال التفويت ويوجب بالتالي أهلية التفويت، وينجر عنه اعترافا بحقوق المدّعي خلال نشر الخصومة فيصدر الحكم اتفاقا ويمنع على المدّعي إعادة التداعي في شأن ذلك النزاع، أما إذا امتثل المحكوم عليه للحكم فينجر عنه

(1) الفصول 384 و408 إلى 410 من المجلة الإجرائية الفرنسية.

Article 408 « L'acquiescement à la demande emporte reconnaissance du bien - fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation à l'action. Il n'est admis que pour les droits dont la partie a la libre disposition ».

Article 409 «L'acquiescement au jugement emporte soumission aux chefs de celui - ci et renonciation aux voies de recours sauf si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours. Il est toujours admis, sauf disposition contraire ».

Article 410 « L'acquiescement peut être exprès ou implicite. L'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement, hors les cas où celui - ci n'est pas permis ».

تنازل المحكوم عليه عن ممارسة الطعن. والفرق بين المؤسستين دقيق وهو أنّ الحكم الاتفاقي يكون نتيجة تفاوض واتفاق بين الطرفين بينما التسليم بحق الغير هو نتيجة إرادة منفردة، ولو أنّ الحكم من حيث التطبيق سيكون لصالح المدّعي اتفاقا أو تسليما من المدّعى عليه.

وبعد فإنّ كان الصلح مصادقا عليه من قبل المحكمة، تجاوزا للحكم الاتفاقي، فإنه ينتج آثارا هامة من حيث أنّه حاسم للنزاع مثبت للحق ولأثر التثبيت هذا أثر كاشف لا ينشئ حقا جديدا وأثر نسبي في حدود علاقة الأطراف المتعاقدة.

ولكنه بالرغم من أهمية هذا الواجب والأثر فإنّه يستعصى قانونا مراقبة درجة السعي التي فرضها المشرع على قاضي الناحية، إذ يكفي أن يُستدعى الأطراف للصلح وعند الاقتضاء للحكم وأن تعقد جلسة صلحية وينصّ بمحضر الجلسة على وقائع هذه الجلسة ليس أكثر، خاصة أمام كثرة الملفات المنشورة. وليس لمحكمة التعقيب أن تنقض أو تراجع حكما بعلّة عدم السعي إذا توفر ما تقدّم. ويبقى الفصل 38 مكرر مجرّد التزاما أدبيا لا جزاء له إلا ما دخل في ضمير القاضي المختص. وكان ينتظر واقعا أن تفعّل المحاولات الصلحية في الإجراءات لأنّها الأسهم والأحسن في حسم النزاعات.

الفصل 39 (نقح بالقانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994)

- ينظر قاضي الناحية ابتدائيا إلى نهاية سبعة آلاف دينار في الدعوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول ومطالب أداء الديون التجارية.

وينظر أيضا في حدود اختصاصه في إصدار الأوامر بالدفع والأذون على العرائض.

ويختص بالحكم ابتدائيا :

أولا : في قضايا النفقات التي ترفع إليه بصفة أصلية ينفذ الحكم بقطع النظر عن الاستئناف،

ثانيا : في دعاوى الحوز.

ولا ينظر استعجاليا إلا :

أولا : في مطالب العقل التحفظية عندما يكون المبلغ المطلوب من أجله العقلة لا يتعدى حدود نظره،

ثانيا : في مطالب إجراء المعاينات المتأكدة،

ثالثا : في الصعوبات الناشئة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ولو وقع نقضها استئنافيا،

رابعا : في مطالب توقيف تنفيذ أحكامه المعترض عليها،

خامسا : في مطالب التمكين من نسخة تنفيذية أخرى من الأحكام الصادرة عنه حسب مقتضيات الفصل 254.

التعليق على الفصل 39

يبيّن الفصل 39 اختصاص قاضي الناحية الحكمي، ولكنه لم يستوعب كامل اختصاصاته إذ يتوفر بالنصوص الخاصة عدة أحكام خاصة بقاضي الناحية. وتنطبق القاعدة العامة في أنّ الاختصاص يحدّد بمقدار الطلب وطبيعة الدّعوى.

فالعام بالفصل 39 م.م.م.ت.أنّ جميع الأحكام التي تصدر عن قاضي الناحية تعدّ ابتدائية بعد تنقيح هذا الفصل سنة 1994 بمقتضى القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي[1] 1994. وقلما يصدر الحكم نهائيا إلا في الحالات الخاصة وبمقتضى نصوص خاصة كما هي الصورة بالنسبة إلى القانون 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية وكذلك القانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي حيث ينظر قاضي الناحية نهائيا مهما كان مقدار الطلب في النزاعات المتعلقة بإسداء العلاج ومصاريف الدفن والغرامات اليومية وتحديد الأجر وذلك في ظرف 15 يوما من تاريخ رفع الدّعوى[2].

(1) قبل هذا التنقيح كان من الممكن، عملا بأحكام الفصل 39 م.م.م.ت. قديم، لقاضي الناحية أن ينظر نهائيا في الدعاوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بمنقول ومطالب أداء الديون التجارية التي لا تتجاوز أهميتها 500 دينار ويحكم ابتدائيا في نفس الدعاوى إلى نهاية ألف دينار ويحكم نهائيا في دعاوى النفقة إذا كان المبلغ السنوي المحكوم به لا يتجوز 120 دينارا.

(2) وقد أصبحت الحالات التي يجيز فيها المشرع إمكانية صدور الحكم نهائيا من قبل محكمة البداية نادرة بعد تنقيحات 1986 و1994 حيث أصبحت جميع الأحكام التي تصدر عن المحكمة الابتدائية ومحكمة الناحية ابتدائية باستثناء صورة الفصل 40 م.م.م.ت. من أنّ الأحكام التي تصدر عن المحكمة التجارية طبق مبادئ العدل والإنصاف لا تقبل الاستئناف بل تقبل التعقيب فقط وهو غير معطّل للتنفيذ ومع ذلك لم ينقح الفصل 146 م.م.م.ت الوارد في شأن إصلاح الأحكام النهائية. ولكنّ الأحكام التي تصدر عن المحكمة الشغلية يمكن أن تكون نهائية في بعض الصور حيث نصّ الفصل 216 من المجلة الشغلية كما هو منقح بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 على ما يلي « تنظر دوائر الشغل ابتدائيا في جميع الدعاوى الداخلة في اختصاصها مهما كان مبلغ المطلب غير أنها تنظر نهائيا في الدعاوى المتعلقة بتسليم الوثائق التي يتعين على المؤجر تسليمها لفائدة العامل طبقا للأحكام القانونية أو التعاقدية. تطبق محاكم الحق العام التي تتعهد بالنزاعات طبقا للفصل 185 من هذه المجلة نفس القواعد المنصوص عليها بهذا الفصل.» كما نصّ

فطالما أن مقدار الطّلب لا يتجاوز سبعة آلاف دينار سواء كانت الدّعوى شخصية أو متعلقة بمنقول أو بالديون التجارية ينعقد اختصاص قاضي الناحة ويكون الحكم ابتدائيا حيث ينظر قاضي الناحية ابتدائيا إلى نهاية سبعة آلاف دينار في الدعوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول ومطالب أداء الديون التجارية. ونفس المقدار يحدّد اختصاص قاضي الناحية في الأوامر بالدفع والأذون على العرائض حيث ينظر أيضا في حدود اختصاصه في إصدار الأوامر بالدفع والأذون على العرائض.

ويتعهّد قاضي الناحية بعدّة قضايا موضوعا بحسب طبيعتها، ويصدر الحكم فيها ابتدائيا، وهي القضايا الحوزية بأنواعها ومهما كانت طبيعة العقار مسجلا أو غير مسجّل وقضايا النفقات التي ترفع إليه بصفة أصلية.

وله اختصاص محدود في المادة الاستعجالية حيث لا ينظر استعجاليا إلا في مطالب العقل التحفظية عندما يكون المبلغ المطلوب من أجله العقلة لا يتعدى حدود نظره، وفي مطالب إجراء المعاينات المتأكدة، وفي الصعوبات الناشئة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ولو وقع نقضها استئنافيا، وفي مطالب توقيف تنفيذ أحكامه المعترض عليها، وفي مطالب التمكين من نسخة تنفيذية أخرى من الأحكام الصادرة عنه حسب مقتضيات الفصل 254 م.م.م.ت. معنى ذلك أنّ قاضي الناحية ليس له نظر عام في المادة الاستعجالية التي تبقى من أنظار رئيس المحكمة الابتدائية[1].

الفصل 76 من القانون 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية وكذلك القانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي أنّ قاضي الناحية ينظر نهائيا مهما كان مقدار الطلب في النزاعات المتعلقة بإسداء العلاج ومصاريف الدفن والغرامات اليومية وتحديد الأجر وذلك في ظرف 15 يوما من تاريخ رفع الدّعوى.

(1) وقد حاول المشرع في فترة معينة توسيع اختصاص قاضي الناحية في المادة الاستعجالية نتيجة تطور فقه القضاء في اتجاه معين وحقيقة هذا التّوجّه كانت إلى درجة عالية من التأثير إلى أن خصّص جانب من الفقه والقضاء قاضي النّاحية بالنّظر في جميع القضايا المتعلّقة بعقّار مسجّل سواء كانت لطلب الاخراج لعدم الصّفة أو لطلب الخروج من عقّار مسجّل أو لكفّ الشّغب. قرار تعقيبي مدني عدد 1779 المؤرّخ في 1 أفريل 1975 نشريّة محكمة التّعقيب،ج 1، ص 182 « إذا أسست الدّعوى على طلب كفّ الشّغب والخروج من محلّ التّداعي فالقيام لايكون إلاّ أمام حاكم النّاحية المختصّ طبق الفقرة الأخيرة من الفصل 307 م.ح.ع.». قرار تعقيبي مدني عدد 4689 مؤرّخ في 3 جوان 1980 نشريّة محكمة التّعقيب 1980 ،ج1، ص

ويختصّ قاضي الناحية موضوعا مهما كان المبلغ بالنظر في قضايا حوادث الشغل والأمراض المهنية عملا بالقانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية وكذلك القانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي، وفي عقلة مختلف الأجور وإحالتها (الفصول 353 إلى 389 م.م.م.ت.) وملفات التبني والكفالة على معنى القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني وضبط التركات على معنى الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم وإسناد الجنسية عملا بأحكام مجلة الجنسية وإقامة حجة الوفاة على معنى القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أول أوت 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية وتسليم شهادة التطابق بين اللقب الأصلي واللقب المسند على معنى القانون عدد 31 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001[1]. كما أسندت مجلة الغابات لقاضي الناحية عدّة اختصاصات. فكلما كان الأمر يستدعي التدخل السريع إلا وأسند الاختصاص لقاضي الناحية ومن أجل ذلك عرفت مؤسسة الناحية عدة تسميات ومنها قاضي السلم.

147 « يعدّ من أنظار حاكم النّاحية كلّ دعوى ترمي إلى صدّ المالك في التّصرّف في ملك مسجّل سواء وقع التّعبير عنها بطلب الخروج للاستيلاء على عقّار مسجّل أو طلب الخروج لعدم الصّفة أو كفّ الشّغب عنه لأنّ عبارة الفصل 307 م.ح.ع لم تقتصر على كفّ الشّغب بل قالت بالشّغب الحاصل في الانتفاع وهو وصف لا يوجد في الدّعاوى الحوزيّة.» بل ذهب البعض إلى حدّ القول بتدخّل حاكم النّاحية استعجاليّا للقضاء بالخروج لعدم الصّفة، وأكّدت محكمة التّعقيب أنّه يختصّ « ....بالنّظر في دعاوى كفّ الشّغب الحاصل في الانتفاع بعقّار مسجّل مهما كانت الصّيغة التّي رفعت بها» قرار تعقيبي مدني عدد 1729 مؤرّخ في 26 فيفري 1980 نشريّة محكمة التّعقيب 1980 ،ج1 ، ص50. وكان اقتناع المشرّع بهذا التّوجّه إلى درجة جعلته يقر ضرورة إضافة فقرة سادسة للفصل 39 م.م.م.ت في بيان الحالات التّي يتدخّل فيها حاكم النّاحية استعجاليّا « سادسا: كما يتولّى النّظر استعجاليّا حسب اختصاصه في دعوى الخروج من العقّارات المسجّلة.» إلاّ أنّ هذه الفقرة ألغيت أخيرا بموجب تنقيح 1986 بحكم التّأويلات المتناقضة التّي تسبّبت في ظهورها، حيث رأى البعض إمكانيّة النّظر استعجاليّا في حالة الخروج لعدم دفع معاليم الكراء. وإذا كان النّظر استعجاليّا لايطرح جملة من النّقاشات باعتبار حدود تدخّل حاكم النّاحية في ذلك نصّا، فإنّ النّظر في دعوى الخروج من العقّار المسجّل لايبدو أنّه مستقلا عن دعوى كفّ الشّغب إذا اعتبرنا أنّ الفصل 307 م. ح.ع وضع لحماية المالك المرسّم لاغير.

(1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 30 مارس 2001، عدد 26، ص. 831.

القسم الثاني

في مرجع نظر المحكمة الابتدائية

الفصل 40 (نقح بالقانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995)

ـ تنظر المحكمة الابتدائية، ابتدائيا في جميع الدعاوى عدا ما خرج عنها بنص خاص.

وتنظر استئنافيا في الأحكام الصادرة ابتدائيا عن قضاة النواحي التابعين لدائرتها أو التي وصفت غلطا بكونها نهائية.

وتتألف هيئة المحكمة الابتدائية من رئيس وقاضيين وعند التعذر يعوض الرئيس بقاض ويقوم بوظائف كاتب جلسة أحد كتبة المحكمة.

ويمكن بمقتضى أمر إحداث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية تكون مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية، وتسند رئاستها لرئيس المحكمة أو لوكيله.

وتعتبر دعاوى تجارية على معنى أحكام هذا الفصل الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري.

ويعوض في تركيبة الدائرة التجارية القاضيان العضوان بتاجرين يكون رأيهما استشاريا ويتم تعيينهما لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير العدل مع نائبين لهما أو عدة نواب يرجع لهم في صورة غياب أو تعذر حضور التاجر الأصلي أو اختلال شروط تعيينه من ضمن قائمة التجار المرشحين من المنظمة المهنية الأكثر تمثيلا لهم.

وتكون الدائرة المذكورة متكونة من رئيس وقاضيين بالإضافة إلى التاجرين المشار إليهما بالفقرة السابقة عند النظر في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها أو النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أو تفليسها أو عند النظر استئنافيا فيما يدخل في اختصاصها.

ولا يتوقف نظر الدائرة في صورة تعذر حضور العضوين التاجرين أو أحدهما.

وتحدد بأمر شروط وتراتيب تعيين العضو التاجر.

ويجب أن يكون كل تاجر مرسم بالقائمة المشار إليها بالفقرة السادسة من هذا الفصل متمتعا بحقوقه السياسية والمدنية ومرسما بالسجل التجاري منذ ما لا يقل عن عشر سنوات.

ولرئيس الدائرة التجارية تكليف أحد أعضائها بمحاولة الصلح بين الأطراف، كما يجوز للأطراف أن يطلبوا من الدائرة في أي طور من أطوار القضية النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف.

ويكون الحكم في هذه الصورة غير قابل للاستئناف ويقبل الطعن بالتعقيب.

التعليق على الفصل 40

تعدّ المحكمة الابتدائية هي محكمة الحق العام، فهي مختصة بجميع القضايا المدنية والتجارية والعينية عدا ما خرج عنها بنصّ صريح. والقاعدة الأساسية أنّ جميع الدّعاوى المدنية ويلحق بذلك التجارية هي دعاوى مقدرة بطبيعتها حيث إنّ الحقوق الشخصية وهي علاقة دائنية بين المدين والدّائن هي حقوق قابلة للتقدير بطبيعتها، بما في ذلك دعاوى البطلان والإبطال والفسخ والانقضاء وما شابه ذلك إذ يرجع في ذلك دوما لقيمة المعاملة. وبالتالي تختص المحكمة بالنظر في جميع الدّعاوى المدنية والتجارية التي لها من القيمة ما يتجاوز 7 ألاف دينار. أما الدّعاوى العينية وهي قضايا غير مقدرة فتعود لها بالنظر باستثناء ما خرج عنها بنصّ صريح مثل اختصاص قاضي الناحية بالدعاوى الحوزية. وتختص المحكمة الابتدائية على وجه التخصيص بدعاوى الأحوال الشخصية والدّعاوى الشغليّة ودعاوى الضمان الاجتماعي وتتعهّد كذلك بالقضايا الجبائية عملا بمجلة الحقوق والإجراءات الجبائية لسنة 2000.

وتنظر المحكمة الابتدائية، ابتدائيا في جميع الدعاوى عدا ما خرج عنها بنص خاص. ولا تقضي نهائيا إلا في بعض الدعاوى استثناءً مثل بعض الصور في قضاء الشغل وفي القضايا التجارية عندها يطلب منها الحسم طبق قواعد الإنصاف.

ولكنّها تعدّ محكمة استئناف بالنسبة إلى قاضي الناحية، وتتعهّد بالأحكام الابتدائية المستأنفة وكذلك بالأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية[1]. كما تعتبر المحكمة الابتدائية محكمة استئناف لبعض المؤسسات الموجودة بالمحكمة الابتدائية مثل القاضي الاجتماعي حيث تستأنف أحكام القاضي الاجتماعي عملا بالفصل 17 من القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 إلى المحكمة الابتدائية.

أما عن تأليف المحكمة الابتدائية فهي تتألف من عدة دوائر مختصة في الأحوال الشخصية والشغلي والمدني والتجاري والجباية وأصبحت تتألف كذلك من

(1) يراجع الفصل 146 م.م.م.ت.

عدّة مؤسسات فردية مثل قاضي الضمان الاجتماعي وقاضي المؤسسة وقاضي السجل التجاري وتتألف كلّ دائرة بالمحكمة الابتدائية من رئيس وقاضيين وعند التعذر يعوض الرئيس بقاض ويقوم بوظائف كاتب جلسة أحد كتبة المحكمة.

والواضح أنّ للمادة التجارية خصوصيتها وتتطلّب الاختصاص في معالجتها، ولذلك أنشأ المشرع داخل المحكمة الابتدائية دوائر تجارية تعنى بالقضايا التجارية بين التجار لا غير، فالمفروض أن يكون المدّعي والمدعى عليه تاجرين حتى تتعهّد هذه الدّوائر، والمفروض أن يكون التاجر أتى عملا بطبيعته أو بشكله تجاريا، فلا يمكن أن تتعهد الدائرة التجارية بنزاع بين تاجر ومدني أي بالنزاعات المختلطة[1]، فلا يمكن أن تتعهد بحادث مرور أو بحادث شغل، وإن كان ذلك يعدّ فعلا تجاريا بالنسبة إلى التاجر إذا كان مرتبطا بنشاطه التجاري ولكنه وقع على غير تاجر. كما أنّ الدائرة التجارية لا تختصّ بالنظر في الالتزامات القانونية المحمولة على التاجر مثل الضمان الاجتماعي والجباية فقد وردت في شأنها نصوص خاصة وتتعهد بها المحكمة الابتدائية[2] وقاضي الضمان الاجتماعي[3].

وهو اختصاص حكمي يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة التعقيب ويمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. وتتركب هيئة المحكمة من قاضي عدلي واحد في بعض الأحيان وفي الأخرى تكون التركيبة ثلاثية بحسب طبيعة القضايا. ومن مميزاتها أنّها يمكن أن تقضي طبق قواعد العدل والإنصاف إذا طلب منها ذلك، تجاوزا للقواعد القانونية.

وتبقى هذه الإمكانية واردة بالنسبة إلى بعض المحاكم دون أخرى حيث يمكن بمقتضى أمر إحداث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية تكون مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية، وتسند رئاستها لرئيس المحكمة أو لوكيله. وإذا لم يقع إحداث دوائر تجارية تبقى مع ذلك المحكمة مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية عن طريق إحدى الدّوائر.

(1) يختلف هذا الحلّ عن بعض التطبيقات المقارنة مثل التشريع الفرنسي الذي يأخذ بمعيار المطلوب في الدّعوى، فإذا كان المطلوب تاجرا يصح للمدّعي الخيار بين المحكمة التجارية أو المدنية أما إذا كان المطلوب مدنيا فلا يمكن رفع الدّعوى إلا أمام المحكمة المدنية.

(2) قانون عدد 82 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بإصدار مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية.

(3) القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 المتعلق بإحداث مؤسسة قاضي الضمان الاجتماعي، الرائد الرسمي عدد 14 لسنة 2003 بتاريخ 18 فيفري 2003، ص 452.

ولا تعتبر جميع النزاعات ذات الصبغة التجارية دعاوى تجارية تختص بها الدوائر التجارية بل تعتبر دعاوى تجارية تعود لاختصاص هذه الدوائر الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري كما تقدم.

وتتركب الدّائرة التجارية من ثلاثة أعضاء ويعوض في تركيبة الدائرة التجارية القاضيان العضوان بتاجرين يكون رأيهما استشاريا ويتم تعيينهما لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير العدل مع نائبين لهما أو عدة نواب يرجع لهم في صورة غياب أو تعذر حضور التاجر الأصلي أو اختلال شروط تعيينه من ضمن قائمة التجار المرشحين من المنظمة المهنية الأكثر تمثيلا لهم. على أنّ الدائرة تكون متكونة من رئيس وقاضيين بالإضافة إلى التاجرين المشار إليهما عند النظر في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها أو النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أو تفليسها أو عند النظر استئنافيا فيما يدخل في اختصاصها. ولا يتوقّف نظر الدائرة في صورة تعذر حضور العضوين التاجرين أو أحدهما[1]. ويجب أن يكون كل تاجر مرسم بالقائمة متمتعا بحقوقه السياسية والمدنية ومرسما بالسجل التجاري منذ ما لا يقل عن عشر سنوات.

وتبدو الإجراءات الصلحية ممكنة وغير واجبة أمام هذه الدائرة حيث لرئيس الدائرة التجارية تكليف أحد أعضائها بمحاولة الصلح بين الأطراف، والأصل أنّ الدائرة التجارية تطبق القانون لحسم الإشكال والنزاعات ولكنّه مع ذلك يجوز للأطراف أن يطلبوا من الدائرة في أي طور من أطوار القضية النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف. ويكون الحكم في هذه الصورة غير قابل للاستئناف ويقبل الطعن بالتعقيب.

القسم الثالث

في مرجع نظر المحاكم الاستئنافية

الفصل 41 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ تختص المحاكم الاستئنافية بالنظر فيما يلي :

أولا : في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية التابعة لدائرتها.

(1) وقد حدّدت بأمر شروط وتراتيب تعيين العضو التاجر.

ثانيا : في استئناف الأحكام الاستعجالية الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية وكذلك الأوامر بالدفع.

ثالثا : في استئناف الأحكام المتعلقة بمرجع النظر ولا يمكن استئناف الأحكام التي تصدر أثناء النشر تحضيرية وتمهيدية وكذلك الأحكام الصادرة بصحة القيام أو الصادرة برفض التمسك بمقتضيات الفصول 13 و14 و15 و18 إلا مع الحكم الصادر في الأصل.

وتتألف كل دائرة من رئيس ومستشارين بقاضيين من الرتبة الأولى.

ويقوم بوظائف كاتب جلسة أحد كتبة المحكمة.

التعليق على الفصل 41

ورد الفصل 41 م.م.م.ت. في بيان اختصاص محكمة الاستئناف. وهي محكمة توجب على مستوى كلّ ولاية تقريبا خاصة بعد أن تقرر تعميم محاكم الاستئناف على مستوى كلّ ولاية. وهي تتألف من عدّة دوائر مختصة وتتألف كل دائرة من رئيس ومستشارين بقاضيين من الرتبة الأولى. ويقوم بوظائف كاتب جلسة أحد كتبة المحكمة.

وتعدّ محكمة الاستئناف الدرجة الثانية بالنسبة إلى المحكمة الابتدائية وهي تكريس لمبدأ التقاضي على درجتين حيث تنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية التابعة لدائرتها وفي استئناف الأحكام الاستعجالية الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية وكذلك الأوامر بالدفع.

ويمكن استئناف جميع الأحكام الابتدائية مهما كانت المحكمة التي أصدرتها. ويشترط في جميع ذلك أن تكون الأحكام المستأنفة ابتدائية معنى ذلك أنّه لا يمكن استئناف الأحكام إذا نصّ المشرع صراحة على عدم إمكانية استئنافها، كما هي الصورة بالنسبة إلى الأحكام الصادرة في البيوعات العقارية على معنى الفصل 441 م.م.م.ت، حيث إنّ «الأحكام الصادرة في تلك الدعاوى تكون غير قابلة للاستئناف».

على أنّه من الممكن استئناف الأحكام الموصوفة غلطا بأنّها نهائية، وعلى العكس لا يجوز استئناف الأحكام الموصوفة غلطا بأنها ابتدائية، والقاعدة أنّه يعتدّ بالوصف المطابق للقانون ولو ورد بالحكم مخالفة لذلك. وقد ذهب فقه القضاء

إلى إمكانية استئناف الأحكام النهائية في صورة إذا انبنى الحكم على مخالفة واضحة للإجراءات الأساسية أو تجاوزت المحكمة سلطاتها مراعاة لموجبات المحاكمة العادلة. كما ذهبت إلى إمكانية استئناف الأحكام التمهيدية مباشرة ودون انتظار الحكم في الأصل إذا انبنى الحكم على غرق واضح للإجراءات الأساسية.

ويشترط أن تكون الأحكام الابتدائية نهائية، فلا يمكن الطعن بالاستئناف في الأحكام التحضيرية أو التمهيدية إلا مع الأصل، ولو أنّه من الممكن الطعن بالاستئناف استنادا إلى اعتبارات شكلية حيث إنه من الممكن استئناف الأحكام المتعلقة بمرجع النظر أي الاختصاص ولا يمكن استئناف الأحكام التي تصدر أثناء النشر تحضيرية وتمهيدية وكذلك الأحكام الصادرة بصحة القيام أو الصادرة برفض التمسك بمقتضيات الفصول 13 و14 و15 و18 م.م.م.ت. إلا مع الحكم الصادر في الأصل.

ويعرف الحكم النهائي définitif هو الحكم الحاسم أو القاطع للنزاع بمعنى الحكم الذي يبتّ في أصل النزاع سواء كان طلبا أو دفعا[1]، وهو ما يتجاوز مستوى تحقيق الدّعوى، فالإجراء المعتمد لتحقيق الدّعوى مثل الإذن بتكليف خبير أو سماع شاهد ليس قرارا نهائيا على خلاف القرار الذي يبت قانونا في أصل النزاع فهو قرارا نهائيا. ومن آثاره أنه يتصل به القضاء ويرفع يد القاضي عنه. ولا يعني ذلك أن الحكم الحاسم أو القطعي أو النهائي لا يجوز الطعن فيه بل من الممكن ذلك إذا لم تنقض آجال الطعن. ولكنّ صفة النهائية أو الحسم أو القطع لا ترتبط ضرورة بالطلبات بل تشمل الدّفوعات كما لا ترتبط بالطلب الأصلي بل تشمل الطلب العرضي أو الإضافي ولا تشمل الدّفع الموضوعي فقط بل يدخل في ذلك الدفع الشكلي والدّفع بعدم القبول.

أما الأحكام الوقتية فهي الأحكام التي تعدّ بطبيعتها وقتية مثل الأذون على العرائض والأحكام الاستعجالية فلها نظر وقتي أو عاجل للنزاع فهي لا تحسم أصل النزاع. والقاعدة أنّ هذه الأحكام لا يتصل بها القضاء ولا ترفع يد

(1) كثيرا ما تترجم كلمة définitif إلى عبارة حكم نهائي والأفضل بل الأدق أن تعتمد عبارة الحكم الحاسم. وقد أدى ذلك إلى الخلط بين المفاهيم سواء بمجلة الإجراءات أو مجلة الالتزامات.

القاضي[1]، فقط أنّه يشترط بالنسبة إلى القضاء الاستعجالي لإعادة نشر القضية أن تتغيّر الوقائع. وقد جعل المشرع إمكانية الطعن في الأحكام الاستعجالية أمرا ممكنا صراحة[2]، كما أنّ الأذون على المطالب لها طريقة خاصة في الطّعن[3].

وتعدّ أحكام وقتيّة كذلك الأحكام التي تأذن بإجراء وقتي مثل الأحكام الحوزية والأحكام التي تأذن بتعويض وقتي ويمكن أن تصدر هذه الأحكام أثناء نشر القضية الأصلية مثل إسناد الحضانة. ومن طبيعة هذه الأحكام أنها يتصل بها القضاء وقتيا بمعنى أنّه من الممكن إعادة نشرها إذا تغيرت الظروف. والقاعدة أنه يمكن استئناف هذه الأحكام إلا الأحكام التي تصدر أثناء نشر القضية فلا يمكن الطعن فيها إلا مع الأصل.

أما الأحكام التحضيرية فهي القرارات التي تتخذها المحكمة أثناء نشر القضية لتحقيق الدّعوى المدنية، سواء بتكليف خبير أو سماع بينة وما شابه ذلك. والأصل أنّ الحكم التحضيري لا يفصل في جانب من النزاع بل له علاقة بالوقائع والتحقيق فيها. أما الأحكام التمهيدية فهي كذلك أحكام تتخذ أثناء نشر القضية ولكن ما يميزها أنها تظهر اتجاه المحكمة كما أن تكلف المحكمة الخبير بتحديد مقدار التعويض على ضوء البيانات التي سبق مناقشتها من قبل الطرفين، فهو بمثابة الفصل الجزئي في الدّعوى.

ويذكر أن القانون الفرنسي كان السبب في ظهور هذا التمييز بين الأحكام التحضيرية والتمهيدية ومنه نقل لعدّة تشاريع[4]، ولو أنّ القانون الفرنسي تجاوز جزئيا هذا التمييز بعد اعتماد مجلة الإجراءات المدنية الحديثة، وأصبحت هذه الأحكام تعرف بالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع les jugements avant dire droit [5] وهي تهدف عملا بأحكام الفصل 482 من مجلة الإجراءات الفرنسية الحديثة إما لتحقيق الدعوى المدنية مثل استدعاء شاهد أو

(1) يلاحظ أن إجراءات الأمر بالدفع تعدّ فعلا إجراءات استيفائية على معنى الفصول 59 إلى 67 م.م.م.ت. ورغما عن ذلك فإنه في صورة رفض المطلب لا يجوز إعادة طلب الأمر بالدفع من جديد على معنى الفصل 64 م.م.م.ت.

(2) الفصول 201 إلى 212 م.م.م.ت.

(3) الفصول 213 إلى 223 م.م.م.ت.

(4) مثل القانون المصري، أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، عدد 558.

(5) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, op.cit.,p. 895, n° 1203 et suiv.

تكليف خبير أو اتخاذ قرارات وقتيّة لحماية حق المتقاضين من جراء طول نشر القضية. وما يميز الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع أنه يتصل بها القضاء إذا كانت **حاسمة** وبتّت في مسائل كانت محلّ جدل بين الطرفين فلا يمكن أن يتراجع عنها القاضي ولكنها لا ترفع يد القاضي عن النزاع ولا يجوز الطعن فيها مباشرة على خلاف الأحكام المتعلقة بالتحقيق فلا يتصل بها القضاء مع أنها لا ترفع يد القاضي ولا يجوز الطعن فيها مباشرة. وتبقى الصعوبة منحصرة حول التمييز بين الأحكام الحاسمة أو القطعية والأحكام غير الحاسمة وهو التمييز التقليدي بين الأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية. ولكنّ المجلة الحديثة تجاوزت هذه المفاهيم التقليدية واعتمدت مفهوم الأحكام المختلطة mixte، إلى جانب مفهوم الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع على ما تقدم من شرح، وتعرّف الأحكام المختلطة بأنها تحسم جزءً من الطلبات الأصلية وتكون في نفس الوقت أحكاما صادرة قبل الفصل في الموضوع مثل أن تقرر المحكمة مسؤولية المطلوب وتعين من يقدّر قيمة الضرر، فتقرير المسؤولية فصل لجزء من النزاع وتعيين خبير حكم قبل الفصل في الموضوع. وتعدّ الأحكام المختلطة متجاوزة لمعنى الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لأنه لا يكتفي بمسائل تحقيق الدّعوى أو بتقرير أحكام وقتية. وحكمها أنها يتصل بها القضاء وترفع يد القاضي ويجوز الطعن فيها مباشرة قبل الحكم في كامل القضية. وإذا كان الطعن في القرارات التحقيقية والوقتية غير جائز فإنّ قبول الطعن في الأحكام المختلطة يمكن أن ينتهي بنقض جملة هذه المسائل إذا كانت مرتبطة بالحكم المختلط. وهكذا تطور المشرع، فتخلى عن التمييز بين الأحكام التحضيرية والتمهيدية واعتمد التمييز بين الأحكام الصادرة قبل فصل الموضوع والأحكام المختلطة، ورغم وضوح المشرع في التمييز بينهما فإنّ التطبيق أظهر عدّة صعوبات[1].

غير أنّ مجلة الإجراءات التونسية لم تتميز بين الأحكام التحضيرية والتمهيدية ولم تعتمد أي نظام للأحكام الصادرة قبل فصل الموضوع بل أنّ المشرع قرّر بالفصل 41 م.م.م.ت. فقرة ثالثة أنّه « لا يمكن استئناف الأحكام التي تصدر أثناء النشر تحضيرية وتمهيدية وكذلك الأحكام الصادرة بصحة القيام أو الصادرة برفض التمسك بمقتضيات الفصول 13 و14 و15 و18 إلا مع الحكم الصادر في الأصل»، فلا يمكن بالتالي استئناف الأحكام الصادرة قبل الحكم في الأصل مباشرة بعد صدورها ويجوز الطعن فيها بعد صدور الحكم في الأصل مع الحكم الأصلي. ولا نجد استثناء بالمجلة إلا ما قرّره المشرع بالفصل 240 م.م.م.ت.

(1) Jean Vincent, S.Guinchard ; op. cit. n° 1212 et suiv.

من أنّ « الحكم الصادر بتعطيل النظر أو بعدم تعطيله «وذلك بسبب القيام بدعوى الزور الجنائي» قابل للاستئناف». والواضح أنّ هذا الاتجاه يضمن وضوح الإجراءات وسرعتها إذ أنّ تقرير الطعن في الأحكام الفرعية بمجرد صدورها ودون انتظار صدور الحكم في الأصل من شأنه أن يعطّل السريان العادي للقضية ويساهم بطريقة مؤكدة في تعقيد المسار العادي للإجراءات.

ولكن مع ذلك لا يمكن أن نرفع عن الأحكام التمهيدية أو التحضيرية أي أثر، فكلّما بتّت المحكمة في عناصر قانونية بطريقة حاسمة لا يصحّ الرجوع عنها كما أن تقرر تكليف خبير لتقدير قيمة الضرر وجعل المطلوب متحملا لكامل المسؤولية وغير ذلك من الصور، فالأكيد أنّ القضاء اتصل بهذه العناصر ولا يصحّ بعد ذلك التراجع عما تقرّر ويمكن أن يكون ذلك سببا في الطعن بعد صدور الحكم في الأصل.

ومن أجل ذلك وبعد أنّ نصّ الفصل 482 م.ا.ع. في آخره على أنّ القرارات والأحكام الوقتية أو التحضيرية التي تصدر أثناء نشر القضية لا تعتبر من الأحكام التي لا رجوع فيها أي لا يتصل بها القضاء أورد في نهاية الفصل أنّ القرارات والأحكام الوقتية أو التحضيرية التي تصدر أثناء نشر القضية لا يتصل بها القضاء بشرط أن لا **تتضمن شيئا من الحكم في أصل الحقوق المتنازع فيها**، بمعنى أنّها إذا كانت حاسمة أي بتت في أصل الحقوق على ما تقدّم من شرح فيتصل بها القضاء.

القسم الرابع

في مرجع نظر محكمة التعقيب

الفصل 42 ـ تنظر محكمة التعقيب في جميع الأحكام النهائية.

التعليق على الفصل 42

لم تظهر محكمة التعقيب قبل الحماية حيث كان التنظيم القضائي خلال تلك الفترة يتوزّع بين المحاكم الشرعية[1] و محكمة الوزارة[2] و محكمة

(1) تكونت في غضون سنة 1856 و كانت تنظر في الأحوال الشخصية و الاستحقاق وفق المذهبين المالكي والحنفي و يستند القاضي الشرعي في أحكامه إلى الشريعة الإسلامية و يعتمد المشهور من الآراء في مذهبه و يستعين بآراء المفتين من ذوي كفاءة العلمية والفقهية.
(2) تمثلت وظيفتها في تحضير القضايا للحكم فيها من طرف الباي ، بها قسمان أحدهما مدني و الآخر جزائي لإنشاء لوائح الأحكام (المعاريض).

الدربية[1] ومجالس العمال [2]ومحكمة الأحبار [3]والمحاكم القنصلية [4]. لكنّه مع إبرام عهد الأمان بتاريخ 10 سبتمبر 1857 وصدور دستور 26 أفريل 1861ظهرت بوادر قضاء التعقيب حيث أنشئت بموجب ذلك عدّة مؤسّسات من بينها المجلس الأكبر، وأنشئ داخله مجلس مصغر للنظر في القضايا المحالة من مجلس التحقيق وخصه المشرع بصلاحيات قضائية جنائية بأن جعل من مشمولات نظره البت في الشكايات المرفوعة من مجلس التحقيق « ليطابق الحكم على القانون»، وهي مهام شبيهة بقضاء التعقيب اليوم. لكنّ عهد الأمان لم يدم طويلا وسرعان ما توقف العمل بعهد الأمان وبدستور 1861 مع نهاية سنة 1864.

ومباشرة بعد انتصاب الحماية في تونس صدر أمر 18 مارس 1896 المتعلق بتأسيس المحاكم التونسية وأحدث من خلاله ما عرف «بمجلس التعقيب» وهو عبارة عن دائرة من دوائر مجلس الوزارة تقدم إليه مطالب التعقيب[5] التي كانت تسمى بمطالب «الاستجلاب» و كانت مهمة استجلاب القضايا و نشرها لدى مجلس الوزارة من خصائص الوزير الأكبر[6]. وأقرّ الأمر العلي المؤرخ في 29 ديسمبر 1910 المتعلق بمجلة المرافعات المدنية «استجلاب» النوازل «للجنة التمييز» بطلب من الخصوم[7]، و يبدو مصطلح التمييز مرادفا لمعنى التعقيب.

(1) تكونت بالتوازي مع محكمة الوزارة و اعتبرتها بعض المراجع "النواة الأولى للقضاء العدلي بتونس" يرأسها قاضي يطلق عليه اسم "فريك" و مرجع نظرها محدد بالجنح التي لا تتجاوز عقوبتها ستة أشهر.

(2) انتشرت بمختلف الجهات و كان العامل "القايد" يقضي في المخالفات.

(3) تنظر في الحالة الشخصية لليهود و يستمد الحبر الأكبر أحكامه من الشريعة الموسوية و ما اشتهر من آراء الأحبار القدامى و الأحكام التي تصدرها هذه المحكمة نهائية.

(4) تتعهد بالنظر في قضايا رعايا الدول المتمتعة بامتيازات قنصلية و لما انتصبت الحماية استوعبتها المحاكم الفرنسية.

(5) الفصل 34 « تعقيب الأحكام الصادرة في النوازل القابلة للتعقيب يكون لدى مجلس الوزارة بمكتوب لوزيرنا الأكبر يوجه في أجل نهايته عشرة أيام بالنسبة للنوازل الجناحية و عشرون يوما للنوازل المدنية»

الفصل 35 « مطلب رفع النازلة لدى مجلس التعقيب يسلم لكاتب المحكمة التي أصدرت الحكم الابتدائي أو للعامل الذي يتبعه طالب التعقيب أو لمراقب عمله...»

(6) الفصل 39 " يحق لوزيرنا الأكبر أن يجلب من تلقاء نفسه أي نازلة من مشمولات أنظار المجالس الأفاقية و لو كانت منشورة لدى أحدها. و ينشرها لدى مجلس الوزارة كما يحق له إعادة أي حكم صدر من المجالس الأفاقية و لو مضت آجال تعقيبه أو وقع تنفيذه..."

(7) وهي التسمية الواردة بالفصل 105 من المجلة.

وأصبحت لجنة التمييز بعد ذلك تدعى «لجنة القضايا» بموجب أمر 26 أفريل 1921 المتعلق بالتفريق بين السلطتين الإدارية و القضائية. كما ورد أخيرا بمجلّة الإجراءات الشرعية الصادرة بتاريخ 2 سبتمبر 1948نظام خاص سمّي «نظام مراقبة للأحكام وتنظيم الطعن بالتعقيب[1]». وأشارت المجلّة من خلاله إلى آليات الإحالة و ذلك بإرجاع القضية أمام الهيئة ذاتها التي أصدرت الحكم بتركيبة أخرى أو أمام هيئة أخرى مختصة[2]. وبعد توحيد القضاء بموجب أمر 3 أوت 1956 وإلغاء المحاكم الفرنسية بموجب اتفاقية 9مارس 1957 وإحالة صلاحياتها إلى المحاكم التونسية بداية من 01 جويلية 1957 تقرّر أن تتخلي محكمة التعقيب الفرنسية لفائدة محكمة التعقيب التونسية عن المطالب المرفوعة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية بالبلاد التونسية، وألغيت بالتالي محكمة الأحبار بموجب القانون المؤرخ في 27 سبتمبر 1957. وتمّ تخصيص بناية خاصة بمحكمة التعقيب انطلاقا من تاريخ 3 أوت 1956 وأورد هذا الأمر تنظيما خاصا بمحكمة التعقيب بقي إلى حدّ صدور مجلة المرافعات المدنية والتجارية في 5 أكتوبر 1959ومجلة الإجراءات الجزائية بتاريخ24 أوت 1968.

والملخّص في جميع ذلك أنّ محكمة التعقيب لم تنظّم بصفة فعلية إلا انطلاقا من أمر 3 أوت 1956 وتأكّد تنظيمها بصدور مجلة المرافعات المدنيّة سنة 1959 والمرافعات الجزائية سنة 1968، مع أنّها عرفت تطبيقات أوليّة من خلال عدّة نصوص صدرت قبل ذلك التاريخ، سواء من خلال المجلس الأكبر

(1) المادة 7 « نظر المحاكم الشرعية كما يأتي:
يحكم قاضي الناحية في البلدان التي ليس بها مجالس شرعية و القاضي في البلدان التي بها مجالس في الأحوال الشخصية .....حكما نهائيا قابلا للتعقيب.
و يحكم شيخا الإسلام يوم نوبتهما و الشيخان القاضيان بالحاضرة بصفة فردية في نوازل الأحوال الشخصية والدعاوى الاستحقاقية حكما نهائيا قابلا للتعقيب أيضا.
و تحكم المجالس الشرعية بالآفاق في القضايا العقارية....و في قضايا ريع الأوقاف و في ما يعرضه عليها المشائخ القضاة بجهاتهم من القضايا الفردية حكما نهائيا قابلا للتعقيب.
و يحكم المجلس الشرعي بالحاضرة فيما تحكم فيه المجالس الشرعية و لا يكون حكمه قابلا للتعقيب إلا إذا صدر معروض سام في تعقيبه بطلب من شيوخ المجلس بعد اتجاه سببه لديهم. ويحكم مجلس التعقيب بالحاضرة في الأحكام الفردية مطلقا سواء كانت صادرة من المحكمة الشرعية بالحاضرة أو من المشائخ القضاة بالآفاق
و في الأحكام المجلسية الصادرة من المجالس الشرعية بالآفاق...»

(2) المادة 80 " إذا قبل تعقيب الحكم ترجع النازلة إلى الناحية الحاكمة أو غيرها من المحاكم الشرعية التي لها أهلية النظر لتعيد النظر في القضية لكن يلزم إعادة النظر من غير الأشخاص الحاكمين أولا..."

في عهد الآمان سنة 1857أو من خلال مجلس التعقيب الوارد بالأمر الخاص ببعث المحاكم التونسية سنة 1896 أو من خلال لجنة التمييز المنصوص عليها بقانون المرافعات المدنية لسنة 1910 أو من خلال لجنة القضايا المشار إليها بأمر 1921 الخاص بفصل السلطة الإدارية عن السلطة القضائية أو من خلال نظام مراقبة الأحكام الوارد بمجلة الإجراءات الشرعية لسنة1948.

ويترأس محكمة التعقيب رئيسا أوّلا ، له مهام إداريّة وأخرى قضائيّة. وإضافة إلى ذلك فهو عضو بالمجلس الأعلى للقضاء[1]، ورئيس جلسة أداء اليمين بالنسبة إلى القضاة المعيّنين لأوّل مرّة[2]، ورئيس لجنة الطّعون في قرارات مجلس التأديب المنبثق عن المجلس الأعلى للقضاء[3]، ورئيس مجلس تنازع الاختصاص بالتناوب مع رئيس المحكمة الإداريّة[4]، وعضو بالمجلس الدّستوري قديما قبل إلغائه[5].

وتعمل محكمة التعقيب طبق نظام الدّوائر، حيث يتوزّع نشاطها على دوائر مدنيّة وأخرى جزائيّة، وقد كانت هذه الدّوائر قليلة العدد في بداية إحداث محكمة التعقيب، حيث لم يتجاوز العدد ثلاث دوائر. ثمّ ارتفع الرقم و أصبحت الدوائر

(1) الفصل 6 من القانون الأساسي عدد 81 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967 المتعلق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاء.

(2) الفصل 11 من القانون الأساسي عدد 81 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967 المتعلق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاء.

(3) الفصل60 من القانون الأساسي عدد 81 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967 المتعلق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاء.

(4) الفصل 5 من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص.

(5) الفصل 75 من الدستوري التونسي المنقح بالقانون الدستوري عدد 76 لسنة 1998 المؤرخ في 02 نوفمبر 1998 وبالقانون الدستوري عدد 51 لسنة 2002 المؤرخ في 01 جوان 2002. علما أن دستور 1959 وقع تعليقه ثمّ ألغي العمل به، ويعمل المجلس التأسيسي المنتخب للغرض على إعداد مشروع دستور جديد.

الفصل 27 ـ من القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية: « يقر المجلس الوطني التأسيسي ما تم من تعليق العمل بدستور الأول من جوان 1959 ويقرر إنهاء العمل به بصدور هذا القانون التأسيسي».

تعدّ اليوم أكثر من 22 دائرة، منها دوائر ذات اختصاص مدني (بجميع فروعه) والبقيّة ذات اختصاص جزائي. وتتركّب كلّ دائرة من رئيس ومستشارين. ويمثّل النيابة العموميّة لدى محكمة التعقيب وكيل الدولة العام لدى محكمة التّعقيب ومساعد الوكيل الدولة العام والمدّعون العموميون. ويشرف وكيل الدولة العام على جهاز النيابة العموميّة بمحكمة التعقيب، وإضافة إلى ذلك فهو عضو بالمجلس الأعلى للقضاء[1]، وعضو بلجنة الطّعون في قرارات مجلس التأديب المنبثق عن المجلس الأعلى للقضاء[2]، وتعقد جلسة أداء اليمين بالنسبة إلى القضاة المعيّنين حديثا بحضوره أو بحضور نائبه[3].

ولا تعدّ محكمة التعقيب درجة ثالثة في التنظيم القضائي، إنما هي محكمة واحدة بالبلاد تعنى بحسن تطبيق القانون من خلال جميع المطالب التي ترفع إليها طبق إجراءات الطعن بالتعقيب، فهي محكمة قانون. ولذلك نصّ الفصل 42 م.م.م.ت. على أنّ محكمة التعقيب تنظر في جميع الأحكام النهائية.

(1) الفصل 6 من القانون الأساسي عدد 81 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967.

(2) الفصل 60 من القانون الأساسي عدد 81 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بتنقيح واتمام القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967.

(3) الفصل 11 من القانون الأساسي عدد 81 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بتنقيح واتمام القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967.

الجزء الثاني

في الإجراءات لدى حكام النواحي

الباب الأول

في إجراءات رفع الدعوى وتقييدها

الفصل 43 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ ترفع الدعوى لدى قاضي الناحية بعريضة كتابية يسلمها الطالب أو من يمثله لكتابة المحكمة.

وتكون هذه العريضة مشتملة على اسم ولقب ومهنة ومقر كل من الطالب والمطلوب وعند الاقتضاء عدد الترسيم بالسجل التجاري ومكانه واسم من يمثله إن وجد ولقبه ومهنته ومقره.

وإذا كان الطالب أو المطلوب شخصا معنويا يجب أن تشتمل العريضة على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.

كما يجب أن تشتمل عريضة الدعوى على موضوع الدعوى وطلبات المدعي.

ويجب على كاتب المحكمة أن يرسم تلك العريضة في يوم تلقيها بالدفتر المعد لذلك ثم يقدمها للقاضي.

الفصل 44 (نقح بالقانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994) ـ عندما يتلقى القاضي عريضة الدعوى يأذن الكاتب باستدعاء الأطراف للصلح، وعند التعذر للحكم و يكون الاستدعاء بواسطة أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية للحضور لديه في اليوم الذي يعينه لذلك.

كما يمكن للحاكم إذا رأى في ذلك مصلحة أن يأذن بطلب من المدعي أو بدونه باستدعاء المطلوب بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة العدل المنفذ.

الفصل 45 (نقح بالقانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994) ـ عندما يحضر الطرفان لدى قاضي الناحية طوعا منهما أو بعد استدعائهما كما

يجب أن يدعوهما للصلح، فإن استجابا له قضى بإمضائه وإلا أمكنه القضاء بينهما في الحال بمحضر الكاتب بعد سماع مقالهما وتلقي مؤيداتهما.

وإذا رأى القاضي أن القضية لم تتهيأ للحكم يأذن بإتمام الإجراء اللازم لفصلها في أجل يحدده وينبه شفاهيا على الأطراف بالحضور في الجلسة التي يعينها.

الفصل 46 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ يضمن بالاستدعاء اسم ولقب وحرفة ومقر الطالب والمطلوب وموضوع الدعوى والمحكمة الراجع لنظرها فصل النازلة وتاريخ اليوم المعين للحضور. ويبين بالجذر اسم المبلغ وصفته وتاريخ التبليغ ويمضي عليه المستدعى إن كان يحسن الإمضاء أو ينص على عجزه أو امتناعه كما يمضي عليه المبلغ وهذا الجذر يضيفه كاتب المحكمة لملف القضية.

تنطبق أحكام الفصول 6 و7 و8 و9 و10 أعلاه على الاستدعاءات لدى محكمة الناحية بقدر ما لا تتخالف مع القواعد الخاصة بهذه المحكمة.

الفصل 47 ـ النوازل المعروضة على حاكم الناحية تقيد على ترتيب قبولها وتاريخها بدفتر معد لهذا الشأن وينص بهذا الدفتر على أسماء الخصوم وموضوع الدعوى وتاريخ الحكم ونصه.

الفصل 48 ـ في صورة استدعاء الخصوم كتابة ينبغي أن يكون الأجل المعين للحضور لا يقل عن ثلاثة أيام بين يوم بلوغ الاستدعاء واليوم المعين للحضور.

وبعدم مراعاة هذا الأجل ينعدم العمل بالاستدعاء.

غير أنه إذا كان هناك تأكد يقتضي النظر في القضية على وجه السرعة وبصورة لا يناسبها الأجل أعلاه فإنه يمكن للحاكم أن يأذن بوقوع الاستدعاء للمرافعة لديه من ساعة إلى أخرى وينص على ذلك في الاستدعاء.

الفصل 49 ـ يحضر الخصوم بأنفسهم أو بواسطة محام لدى حاكم الناحية في اليوم المعين بالاستدعاء أو المتفق عليه بينهم.

وإذا لم يحضر الطالب بنفسه أو بواسطة محام فإن النازلة تطرح وإذا لم يحضر المطلوب بعد بلوغ الاستدعاء إليه بنفسه أو بواسطة محام فإنه يحكم في النازلة كما لو كان حاضرا.

الفصل 50 ـ تنطبق القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية على قضايا محاكم النواحي بقدر ما لا تتخالف مع الأحكام الخاصة بها.

التعليق على الفصول 43 إلى 50

تبدو الإجراءات أمام قاضي الناحية بسيطة مقارنة بالإجراءات المعتمدة أمام المحكمة الابتدائية ولو أنّ القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنطبق على قضايا محاكم النواحي بقدر ما لا تتخالف مع الأحكام الخاصة بها[1].

فلا يمكن لإجراءات الابتدائية أن تنطبق في المواطن التي أورد فيها المشرّع قواعد خاصة، وما يتجاوز ذلك يمكن اعتماد إجراءات الابتدائية فيه، وعلى الأخصّ إمكانيّة الدّفع قبل الخوض في الأصل وتسليط المحكمة للجزاء في صورة الخلل الشكلي والتحقيق في الدّعوى المدنية والمرور بمراحل الدّعوى من التحضيري إلى المرافعة إلى المفاوضة والتصريح بالحكم وتحرير لائحة الحكم ونسخته وإمكانية شرحه وإصلاحه، كلّ ذلك يدخل في إطار الإجراءات التي يمكن أن تنطبق على القضية المنشورة أمام قاضي الناحية. فلا يمكن استثناء الخلل الشكلي من الجزاء بل يجب على قاضي الناحية التصريح بالبطلان أو الإبطال أو السقوط بحسب طبيعة الإجراءات كلما وقف على خلل أو أثير عند الاقتضاء من الخصوم مع مراعاة صور التصحيح الواردة بباب إجراءات المحكمة الابتدائية. كما يجب على المدّعى عليه الدّفع في الوقت المناسب طبق الإجراءات العامة الواردة بمجلة المرافعات، وتبقى القواعد الخاصة بتحقيق الدّعوى (اختبار وشهود ...) ومراحل القضية من الإجراءات التي لا تتخالف مع الأحكام الواردة بباب قضاء الناحية ويمكن التعويل عليها من قبل قاضي الناحية.

ومع ذلك تبدو الإجراءات المعتمدة أمام قاضي الناحية بسيطة وفيها جانب من الخصوصية سواء على مستوى عدم وجوبية المحامي ونيابة الخصوم أو على مستوى طريقة رفع الدّعوى وتقييدها واستدعاء الأطراف وحضور الخصوم والأجل في ذلك. وتتميز إجراءات الناحية كذلك بوجوبية مرحلة الصلح.

ـ **نيابة الخصوم**: خلافا للإجراءات المعتمدة أمام المحكمة الابتدائية، فإنّ إنابة المحامي غير وجوبية أمام قاضي الناحية ويمكن للمدّعي أو المدّعى عليه مباشرة القضية من الأول إلى الآخر بنفسهما سواء على مستوى تقديم عريضة الدّعوى أو على مستوى الحضور أمام القاضي. ولكنّه من الممكن بطبيعة الحال للطرفين تكليف محامي لرفع الدّعوى ومتابعة القضية والحضور للترافع ويمكن أن يعتبر في هذه الصورة مقر المحامي مقرا مختارا لمنوبه في درجة التقاضي التي

(1) الفصل 50 م.م.م.ت.

هو نائب فيها[1]. ولا يمكن تكليف غير المحامي للنيابة، فقد كان الحلّ ممكنا في إطار قانون المحاماة القديم ولكنّ قانون المحاماة الجديد لسنة 2011 ألغى هذه الإمكانية[2].

وتبرر هذه القاعدة عادة بخصوصية التقاضي أمام قاضي الناحية فهو قاضي المنطقة ويسعى في قضائه إلى ملامسة شعور الطرفين وتقريب وجهات النظر توصلا لإبرام الصلح بين الطرفين أو الوصول إلى حكم عادل يرضي الطرفين، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بحضور الخصم بنفسه. وقد لا يحتاج الطرف إلى تكليف محامي بحكم طبيعة القضايا التي عادة ما تطرح أمام قاضي الناحية فهي من القضايا اليومية التي يمكن أن تعترض أي شخص وقد تتّخذ في معظم حالاتها شكلا عائليا ولا تحتاج أصلا إلى تدخل من هو خارج إطار هذا النزاع.

ـ **إجراءات رفع الدّعوى**: ترفع الدعوى لدى قاضي الناحية بعريضة كتابية يسلمها الطالب أو من يمثله لكتابة المحكمة حيث يتولى الطالب نفسه تحرير العريضة أو يكلف من يحرّرها ثمّ يقدّمها مباشرة إلى كتابة المحكمة ولا يحتاج من حيث المبدأ إلى تكليف محامي لتقديمها.

على أنّه يشترط أن تشتمل العريضة على اسم ولقب ومهنة ومقر كل من الطالب والمطلوب وعند الاقتضاء عدد الترسيم بالسجل التجاري ومكانه واسم من يمثله إن وجد ولقبه ومهنته ومقره. وإذا كان الطالب أو المطلوب شخصا معنويا يجب أن تشتمل العريضة على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة

(1) الفصلان 43 و49 م.م.م.ت.

(2) أجاز الفصل 26 من قانون المحاماة لسنة 1989 قبل إلغائه «للمتقاضين في القضايا التي لا يوجب القانون تكليف محام بها أن ينيبوا عنهم بتوكيل خاص أصولهم أو فروعهم أو أزواجهم بعد الإدلاء بما يثبت صفتهم». وبالتالي من المفروض أن يكون التوكيل بالحجّة العادلة وفي حدود قائمة الأشخاص المذكورين بالفصل 26.
غير أنّ هذه الصيغة لم تعتمد بالمرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة والذّي ألغي بموجبه قانون 1989. وقد نصّ الفصل 2 فقرة أولى من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 على أنّ المحامي يختصّ «دون سواه بنيابة الأطراف على اختلاف طبيعتهم القانونية ومساعدتهم بالنصح والاستشارة وإتمام جميع الإجراءات في حقهم والدفاع عنهم لدى المحاكم وسائر الهيئات القضائية والإدارية والتأديبية والتعديلية وأمام الضابطة العدلية كل ذلك وفق ما تقتضيه الأحكام التشريعية المتعلقة بالإجراءات المدنية والتجارية والجبائية والجزائية». وبالتالي لا يجوز تكليف غير المحامي للحضور أمام المحكمة إلا ما استثنته بعض القوانين الخاصة في حضور من ينوب الإدارة من أعوانها.

وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه. كما يجب أن تشتمل عريضة الدعوى على موضوع الدعوى وطلبات المدعي[1].

ويلاحظ أنّ المشرع تحاشى الإشارة إلى واجب ذكر سبب الدّعوى بالعريضة وركز على هوية الخصوم وموضوع الدّعوى وطلبات الأطراف. والقصد من ذلك أن يعفي الطالب من ذكر النصّ القانوني المنطبق وهي حجّة أخرى تبيّن معنى سبب الدّعوى في التشريع التونسي، فهو ليس النصّ القانوني وإنما جملة الوقائع المستند إليها وهو ما قصده المشرع من خلال اشتراط واجب ذكر موضوع الدّعوى.

كما أنّ المشرع تحاشى ذكر جزاء الخلل الذي يمكن أن تتضمّنه عريضة الدّعوى، ولا يعني ذلك أنّها تبقى بدون جزاء بل يتعين تطبيق الإجراءات الواردة بباب المحكمة الابتدائية. ولما كانت عريضة الدّعوى تقدّم مباشرة من الطالب إلى كتابة المحكمة فإنّ الطالب يعفى من واجب تبليغ المستندات والتنبيه على المطلوب بتقديم جوابه يوم أول جلسة، كما يعفى من تحديد تاريخ الجلسة والمحكمة المختصة ومراعاة أجل الحضور فلا جزاء في ذلك، ولكنّ الخلل الذي يصيب هوية الأطراف قد يؤدّي إلى بطلان العريضة إذا لم يحضر المطلوب أول جلسة طبق الإجراءات الواردة بباب المحكمة الابتدائية. كما أنّ تناقض الطلبات أو عدم تحرير موضوع الدّعوى كما يجب قد يؤدّي إلى رفض الدّعوى بسبب عدم تحرير الدّعوى كما يجب.

ـ **تقييد عريضة الدّعوى**: تقدّم عريضة الدّعوى من الطالب إلى كتابة المحكمة ويجب على كاتب المحكمة أن يرسم تلك العريضة في يوم تلقيها بالدفتر المعد لذلك ثم يقدمها للقاضي[2].. فلا يلزم الطالب بتقديم عريضة الدّعوى في أجل محدّد بل تقيد مباشرة بعد تقديمها ويعلم المدّعي في يومها بتاريخ الجلسة. ولا يلزم يوم التقييد تقديم الرسوم والمستندات. وبالتالي فلا جزاء في ذلك. ويبقى التقييد بالتالي واجب محمول على كاتب محكمة الناحية حيث تقيّد النوازل المعروضة على حاكم الناحية على ترتيب قبولها وتاريخها بدفتر معد لهذا الشأن وينص بهذا الدفتر على أسماء الخصوم وموضوع الدعوى وتاريخ الحكم ونصه في مرحلة لاحقة.

(1) الفصل 43 م.م.م.ت.

(2) الفصل 43 م.م.م.ت.

ـ **استدعاء الأطراف وأجل الحضور**: يستدعى المطلوب من حيث المبدأ من قبل كاتب المحكمة بالطرق الإدارية أي عن طريق الحرس والشرطة والعمدة وقد يكون الاستدعاء عن طريق أحد أعوان المحكمة أو عن طريق مكتوب مضمون الوصول.

والمهم أن يضمن بالاستدعاء اسم ولقب وحرفة ومقر الطالب والمطلوب وموضوع الدعوى والمحكمة الراجع لنظرها فصل النازلة وتاريخ اليوم المعين للحضور. ويوجه الاستدعاء حسب الطريقة التي يراها قاضي الناحية صالحة والأغلب أن يتمّ ذلك عن طريق الحرس والشرطة والعمدة. ومن تولى التبليغ يبين بجذر الاستدعاء اسمه وصفته وتاريخ التبليغ ويمضي عليه المستدعى إن كان يحسن الإمضاء أو ينص على عجزه أو امتناعه كما يمضي عليه المبلغ وهذا الجذر يعاد إلى المحكمة ويضيفه كاتب المحكمة إلى ملف القضية.

ولكن من الممكن أن يتولى الطالب استدعاء المطلوب بواسطة عدل تنفيذ سواء من البداية بمبادرة شخصية أو بتكليف من قاضي الناحية وعندئذ تنطبق أحكام الفصول 6 و7 و8 و9 و10 م.م.م.ت. على الاستدعاءات لدى محكمة الناحية بقدر ما لا تتخالف مع القواعد الخاصة بهذه المحكمة[1]، بمعنى أنّ محضر الاستدعاء يجب أن يتضمن البيانات الواردة بالفصل 6 م.م.م.ت. ويراعى في ذلك المقر الأصلي والمقر المختار على معنى الفصل 7 م.م.م.ت. ويسلم الاستدعاء للأطراف المحدّدين بالفصل 8 م.م.م.ت. مع ضرورة القيام بالإجراءات المحدّدة في صورة عدم تبليغ الاستدعاء شخصيا وإذا غادر المطلوب المقر أو أصبح مجهول المقر تعتمد الإجراءات الواردة بالفصلين 9 و10 م.م.م.ت. والقاعدة أنّ إجراءات التبليغ من الإجراءات الأساسية وجزاؤها البطلان.

ويجب مراعاة أجل الحضور أمام قاضي الناحية وهو ثلاثة أيام عن تاريخ الجلسة، فإذا تولت كتابة المحكمة استدعاء الخصوم كتابة ينبغي أن يكون الأجل المعين للحضور لا يقل عن ثلاثة أيام بين يوم بلوغ الاستدعاء واليوم المعين للحضور. وقد وضع المشرع الجزاء في صورة عدم مراعاة هذا الأجل، فلم يعتمد المشرع جزاء البطلان بل نصّ صراحة على انعدام العمل بالاستدعاء حيث إنه «بعدم مراعاة هذا الأجل ينعدم العمل بالاستدعاء[2]». وهو ما يفيد أنّ المحكمة

(1) الفصل 47 م.م.م.ت.
(2) الفصل 48 م.م.م.ت.

ستضطرّ وجوبا إلى تكليف المدّعي بإعادة استدعاء المطلوب مع مراعاة أجل الحضور.

غير أنه إذا كان هناك تأكد يقتضي النظر في القضية على وجه السرعة وبصورة لا يناسبها الأجل المذكور أعلاه فإنه يمكن لقاضي الناحية أن يأذن بوقوع الاستدعاء للمرافعة لديه من ساعة إلى أخرى وينص على ذلك في الاستدعاء[1]. فقد يكون الاستدعاء لمساء يوم تقديم العريضة كما هو العمل بالإجراءات الاستعجالية، وتلك هي خصوصية قضاء الناحية.

ـ **حضور الأطراف بأول جلسة**: يحضر الخصوم بأنفسهم أو بواسطة محام لدى حاكم الناحية في اليوم المعين بالاستدعاء أو المتفق عليه بينهم. وإذا لم يحضر الطالب بنفسه أو بواسطة محام فإن النازلة تطرح وذلك هو جزاء عدم الحضور.

ويجب أن تتأكد المحكمة يوم الجلسة من بلوغ الاستدعاء شخصيا للمطلوب وإذا لم يحضر المطلوب بعد بلوغ الاستدعاء إليه شخصيا أو إلى محاميه فإنه يحكم في النازلة كما لو كان حاضرا[2].

والواضح أنّ المشرع أراد التأكد مبدئيا من بلوغ الاستدعاء شخصيا للمطلوب أو لمن ينوبه وهو ما يحمل المحكمة إلى اتخاذ قرار بإعادة الاستدعاء إلى أن يبلغ الاستدعاء شخصيا أو يحضر المطلوب نهاية. ولكنه لا شيء يمنع المحكمة من النظر في الأصل إذا تعذر التبليغ شخصيا إذ أن الاستدعاء يمكن أن يسلم طبق الفصل 8 م.م.م.ت. إلى شخص المستدعى أو وكيله أو مساكنه أو من هو في خدمته، ويكون التبليغ سليما ومطابقا للقانون في مثل هذه الصور.

ـ **خصوصية إجراءات الصلح أمام قاضي الناحية**: أراد المشرّع أن يجعل الصلح أمام قاضي الناحية إجراءً أساسيا بمناسبة تنقيح الفصلين 44 و45 م.م.م.ت. بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994.

فمباشرة بعد تلقى القاضي عريضة الدعوى يأذن الكاتب باستدعاء الأطراف للصلح، وعند التعذر للحكم و يكون الاستدعاء بواسطة أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية للحضور لديه في اليوم الذي يعينه لذلك. كما يمكن للحاكم إذا رأى في ذلك مصلحة أن يأذن بطلب من المدعي أو بدونه باستدعاء المطلوب

(1) الفصل 48 م.م.م.ت.
(2) الفصل 49 م.م.م.ت.

بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة العدل المنفذ[1]، معنى ذلك أنّ كاتب المحكمة ملزم بأن يذكر بالاستدعاء مهما كانت الطريقة المعتمدة بأن يحضر الطرفان للصلح وعند الاقتضاء للحكم في صورة فشل الصلح.

وعندما يحضر الطرفان لدى قاضي الناحية طوعا منهما أو بعد استدعائهما كما يجب يدعوهما للصلح، فإن استجابا له قضى بإمضائه وإلا أمكنه القضاء بينهما في الحال بمحضر الكاتب بعد سماع مقالهما وتلقي مؤيداتهما. وإذا رأى القاضي أن القضية لم تتهيأ للحكم يأذن بإتمام الإجراء اللازم لفصلها في أجل يحدده وينبه شفاهيا على الأطراف بالحضور في الجلسة التي يعينها[2].

والواضح من خلال ذلك أنّه بحضور الطرفين يوم الجلسة يعرض القاضي الصلح على الطرفين ويسعى إلى تحقيقه فإن ركنا إليه يمضيه بعد تحديد بنوده ويعدّ هذا الحكم من قبيل أحكام المصادقة، وإذا لم يتحقق الصلح يمكن أن يقضي في الأصل إذا كانت القضية مهيأة للفصل وإلا فإنه يتقرر تأخير القضية للتحقيق فيها طبق القانون.

وما يلاحظ أنّ الجلسة الصلحية هي جلسة علنية وليس من المحبّذ أن تقع بحجرة الشورى كما سار العمل على ذلك وأنّ وجوبية المرور بجلسة الصلح وعرضه على الطرفين من الإجراءات الأساسية ولكن هذا الواجب ليس من قبيل تحقيق نتيجة بل ببذل عناية، فما يدخل في الإجراءات الأساسية هو ضرورة انعقاد هذه الجلسة وعرض الصلح أما نتيجتها فليس له علاقة بالإجراءات الأساسية.

والواضح كذلك من الناحية الواقعية أنه لا يمكن إجراء الصلح إلا بحضور المطلوب شخصيا فلا يكفي حضور محاميه كما أنّ عدم حضوره يحمل قطعا إلى تأخير القضية والمرور إلى الحكم في الأصل. ولكنّ حضور المطلوب في مرحلة متأخرة يلزم المحكمة كذلك بعرض الصلح عليه وإن الإغفال عن عرض الصلح يعدّ إخلالا بإجراء أساسي كما ذهبت إلى ذلك محكمة التعقيب في عدّة مناسبات.

(1) الفصل 44 م.م.م.ت.
(2) الفصل 45 م.م.م.ت.

الباب الثاني

في الدعاوى الحوزية

الفصل 51 ـ توصف «بدعوى حوزية» القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو «حق عيني على عقار» وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال.[1][1]

الفصل 52 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ يمكن لمن هو حائز بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو حق عيني على عقار أن يقوم بالدعوى الحوزية :

أولا : إذا كان يقصد بقيامه استبقاءه على حوزه أو الاعتراف له به في صورة وقوع الشغب أو استرجاع حوزه في صورة افتكاكه منه.

ثانيا : إذا كانت له مصلحة في صدور الإذن بتعطيل الأشغال التي قد ينجر عنها شغب لو وقع إتمامها.

ثالثا : إذا كان يقصد بقيامه استرجاع حوزه أو انتفاعه في صورة افتكاكه منه بالقوة.

الفصل 53 ـ الشغب في هذا الموضوع هو كل أمر ينجر منه رأسا ومن نفسه أو بطريق الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير.

الفصل 54 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ فيما عدا صورة افتكاك الحوز بالقوة فإن القيام بدعوى الحوز لا يقبل إلا :

1) إذا كان الطالب حائزا منذ عام على الأقل حال وقوع الشغب أو افتكاك الحوز أو إتمام الأشغال التي من شأنها أن ينجر عنها شغب ولم يسكت مدة عام من بعد وقوع ذلك الشغب أو افتكاك الحوز من يده أو إتمام تلك الأشغال.

2) إذا كان الحوز مستمرا بدون التباس ولا انقطاع ولا شغب مشاهدا بصفة مالك.

الفصل 55 ـ إذا وقع افتكاك الحوز بالقوة فالذي افتك منه له القيام لدى المحكمة الزجرية بطلب غرم ما حصل له من الضرر واسترجاع حوزه أو القيام لدى المحكمة المدنية بطلب ذلك.

(1) إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 26 بتاريخ 24 ماي 1963، ص882.

الفصل 56 ـ في الصورة المقررة بالفقرة الأولى من الفصل 52 إذا أبدى المطلوب دعوى في الحوز الذي يطلبه الطالب وأدلى كل منهما بالحجة على حوزه فالحاكم له إما أن يبقي كلا منهما على حوزه أو يكلف بالمتنازع فيه أو ينيط حفظ الشيء المتنازع فيه بعهدة أحد الخصوم بشرط المحاسبة على استغلاله إن اقتضى الحال ذلك.

الفصل 57 ـ لا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت الحق الملكي أو نفيه ولكن للحاكم أن يتأمل من الأدلة المدلى بها على هذا الحق بقدر ما يفيده فيما يخص الحوز.

الفصل 58 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ القائم بدعوى الاستحقاق لا يقبل منه القيام بدعوى الحوز على أساس شغب أو افتكاك حوز متقدمين عن قيامه بدعوى الاستحقاق.

ودعوى الاستحقاق التي رفعها المقام عليه بدعوى الحوز قبل القيام عليه بهذه الدعوى لا تأثير لها على دعوى الحوز.

ومن وقع القيام عليه بدعوى الحوز لا يمكنه القيام بدعوى استحقاقية إلا بعد البت في دعوى الحوز وليس له في صورة صدور الحكم ضده في الدعوى المذكورة أن يقوم بدعوى استحقاقية إلا بعد أن يذعن لما اقتضاه ذلك الحكم.

التعليق على الفصول 51 إلى 58

الدّعوى الحوزيّة هي الدّعوى التّي تهدف إلى حماية الحوز في حدّ ذاته وليس لها علاقة بحماية الحقوق العينيّة، فهي تهدف إلى حماية وضع مادي يتمثّل في الحيازة والتصرّف[1]. والأساس في ذلك هو تدعيم الوضعيّات المكتسبة والمستقرّة إذ غالبا ما يكون الحائز هو المالك، ثمّ إنّ حماية الحوز فيه منفعة اقتصاديّة ثابتة لأنّ الإنتاج يرتبط بمباشرة الحوز وخدمة الأرض، فكانت الدّعوى الحوزيّة مراعاة لجملة هذه الاعتبارات الاجتماعيّة والاقتصاديّة[2]. وبذلك فهي

(1) Patrice Jourdain : Les biens, op. cit., p.20 et suiv.

(2) يعود ظهور الدّعاوى الحوزيّة إلى القانون الكنسي خلال القرن الثّالث عشر تقريبا، ولم يكن القانون الرّوماني يعرف هذه الدّعاوى، وأوّل ما ظهر منها دعوى استرداد الحوز ثمّ تلتها دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى منع التعرّض التّي كانت مندمجة بدعوى وقف الأعمال الجديدة. واعتمد المشرّع الفرنسي هذه التقسيمات الثّلاثة للدّعوى الحوزيّة، ومنه انتقلت إلى أغلب الأنظمة القانونيّة.
عبد الرزّاق السّنهوري، المجلّد التّاسع، ص 908، المرجع السّابق.

تختلف عن دعاوى الحقّ في طبيعتها القانونيّة ونظامها القانوني. فهي دعوى عينيّة وليست دعوى شخصيّة بمعنى أنّ لها علاقة بالحقوق العينيّة وليس بالحقوق الشخصيّة، وهي دعوى عينيّة عقّاريّة وليست دعوى منقولة، لأنّ الحوز أساس الحماية لا يمكن أن يكون إلاّ على عقّار وليس على منقول، وهي دعوى ذات طابع متأكّد بمعنى أن تحصل حماية الحائز حتّى في مواجهة المالك ويمكن أن تتحقّق الحماية في آجال قصيرة إذا افتكّ الحوز بالقوّة سواء على المستوى المدني أو الجزائي، ذلك أنّ افتكاك الحوز بالقوّة يمثّل جريمة جزائيّة على معنى الفصل 255 م.ج، وهي دعوى وقتيّة لأنّ الحائز يمكن له بعد أن استصدر حكما في حماية الحوز أن يطلب استحقاقه للعقّار. بقي أنّ للدعوى الحوزيّة عدّة أنواع (أ) وتخضع لجملة من الشّروط (ب)

أ ـ أنواع الدّعوى الحوزيّة

توصف بدعوى حوزيّة على معنى الفصل 51 م.م.م.ت «القضيّة التّي خوّل القانون القيام بها لحائز عقّار أو حقّ عيني على عقّار وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال». ونصّ الفصل 52 م.م.م.ت على أنّه «يمكن لمن هو حائز بنفسه أو بواسطة غيره لعقّار أو حقّ عيني على عقّار أن يقوم بالدّعوى الحوزيّة:

أوّلا: إذا كان يقصد بقيامه استبقاءه على حوزه أو الاعتراف له به في صورة وقوع الشّغب أو استرجاع حوزه في صورة افتكاكه منه.

ثانيا: إذا كانت له مصلحة في صدور الإذن بتعطيل الأشغال التّي قد ينجرّ عنها شغب لو وقع إتمامها.

ثالثا: إذا كان يقصد بقيامه استرجاع حوزه أو انتفاعه في صورة افتكاكه منه بالقوّة». وبذلك تنقسم الدّعاوى الحوزيّة إلى ثلاثة أنواع، دعوى كفّ الشّغب(1)، ودعوى تعطيل الأشغال (2)، ودعوى استرجاع الحوز المفتكّ بالقوّة(3).

1 ـ دعوى كفّ الشّغب

وهي الدّعوى المعروفة كذلك بدعوى الاستبقاء على الحوز، وتهدف إلى دفع الشّغب القانوني والشّغب المادي. ويعرف الشّغب المادي بالأعمال الماديّة التّي يأتيها الغير والتّي يكون لها تأثير على حوز العقّار، ويعتدّ بالشّغب المادي سواء كان مباشرا أو غير مباشر، فيكون مباشرا إذا تسلّط الشّغب على العقّار مباشرة، كما في صورة إذا تولّى الغير حرث الأرض موضوع الحوز، ويكون غير مباشر

إذا كان الشّغب نتيجة لعمل مادي وقع خارج العقّار موضوع الحوز وكان له تأثير على وضع الحوز، كما في صورة أن يعمد الجار إلى حفر خندق خارج العقّار فتتجمّع به المياه وتنساب نهاية إلى أرض المدّعي. أمّا الشّغب القانوني فينصرف الطّلب فيه إلى مسائل قانونيّة تتجاوز مسألة الحوز المادي، كما في صورة إذا طالب الغير من المتسوّغ أداء معيّنات الكراء له وليس إلى المالك. وهو في نهاية الأمر «كلّ أمر ينجرّ منه رأسا ومن نفسه أو بطريق الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير»[1]. ويشترط في دعوى كفّ الشّغب أن يكون الشّغب، سواء كان قانونيّا أو فعليّا، قد وقع فعليّا. وهو ما يميّز دعوى كفّ الشّغب عن دعوى تعطيل الأشغال متى يكون الشّغب محتملا[2].

2 ـ دعوى تعطيل الأشغال

وتعرف كذلك بدعوى وقف الأعمال الجديدة، وهي تهدف إلى تعطيل أعمال بصدد الإنجاز والتّصدّي لأشغال لو تمّت من شأنها أن تحدث شغبا للحائز. فهو شغب لم يقع بعد ولكنّه شغب احتمالي، ولذلك يقال دوما إنّ دعوى وقف الأعمال الجديدة هي دعوى وقائيّة أو دعوى حمائيّة، بمعنى أنّها تهدف إلى التوقّي من أفعال قد تحدث في المستقبل. فلا يمكن القيام بدعوى تعطيل الأشغال إذا ما حصل الشّغب فعلا، بل يمكن في هذه الصّورة طلب كفّ الشّغب، معنى ذلك أنّ دعوى تعطيل الأشغال تتوقّف على شرطين أساسيّين؛ أوّلهما بداية الأشغال وعدم نهايتها مع احتمال وقوع الشّغب إذا افترضنا نهاية الأشغال، وثانيهما أن

(1) الفصل 53 م.م.م.ت

(2) أشار الفصل 56 م.م.م.ت بالنسبة إلى دعوى كفّ الشّغب إلى أنّه «إذا أبدى المطلوب دعوى في الحوز الذّي يطلبه الطّالب وأدلى كلّ منهما بالحجّة على حوزه، فالحاكم له إمّا أن يبقي كل منهما على حوزه أو يكلّف بالمتنازع فيه أمينا أو ينيط حفظ الشيء المتنازع فيه بعهدة أحد الخصوم بشرط المحاسبة على استغلاله إن اقتضى الحال ذلك». وتقتضي الصّورة أن يرفع الحائز دعواه بهدف طلب كفّ الشّغب فيدفع المطلوب بالحوز بدوره ويقدّم الحجّة، فيمكن حينئذ للقاضي المتعهّد أن يتّخذ أحد الحلول المشار إليها. لكنّ هذه الحلول لم تجد من حيث الواقع تطبيقات سليمة وبقيت في مستواها النّظري، إذ كثيرا ما ينتهي قاضي النّاحية المتعهّد بالقضيّة إمّا إلى قبول الدّعوى والحكم بكفّ الشّغب أو رفضها أو عدم سماعها إذا أدلى المطلوب ما يوهن الطّلب. وكثيرا ما يكلّف الأمين أو أحد الخصوم بحفظ المتنازع فيه خارج إطار الدّعوى الحوزيّة طبق الإجراءات الاستعجاليّة المعتمدة أمام المحكمة الابتدائيّة، وإن كان الفصل 56 م.م.م.ت يجيز لقاضي النّاحية المتعهّد طبق إجراءات الدّعوى الحوزيّة أن ينتهي إلى ما تنتهي إليه الإجراءات الاستعجاليّة.

تكون الأشغال «قد بدأت في عقّار القائم بهذه الأعمال نفسه وليس في عقّار الحائز رافع الدّعوى وإلاّ لكانت تعرّضا قائما تحميه دعوى منع التعرّض[1]».

3 ـ دعوى استرجاع الحوز المفتكّ بالقوّة

تتوفّر دعوى استرجاع الحوز المفتكّ بالقوّة إذا ما انتقل الحوز للغير بالقوّة. ولا يشترط أن تكون قوّة ماديّة، بل يكفي أن تكون قوّة معنويّة انتهت إلى خروج العقّار من أيدي الحائز. فقد يأتي الغير تصرّفات ماديّة عنيفة من شأنها حرمان الحائز من الحوز كما في صورة الاعتداء بالعنف الشديد، ولكنّه من الممكن أن يوهم الغير الحائز بحقّه على العقّار ويأتي طرقا احتياليّة تنتهي بخروج العقّار من الحائز أو أن يستعمل وسائل تنتهي بقهر إرادة الحائز دون أن يسلّط عليه الاعتداء. ففي جميع هذه الصّور، سواء كان الاعتداء ماديّا أو معنويّا، يمكن طلب استرجاع الحوز المفتكّ بالقوّة، وتتميّز هذه الدّعوى بأنّها تمكّن من الطّلب سواء أمام القاضي الجزائي أو القاضي المدني، حيث إنّ افتكاك الحوز بالقوّة يمثّل في نفس الوقت جريمة على معنى الفصل 255 م.ج. فيحال المظنون فيه على القاضي الجزائي لتسليط العقوبة، ويمكن كذلك نشر قضيّة مدنيّة مستقلّة أمام قاضي النّاحية لطلب استرجاع الحوز، حيث نصّ الفصل 55 م.م.م.ت على أنّه «إذا وقع افتكاك الحوز بالقوّة فالذّي افتكّ منه له القيام لدى المحكمة الزجريّة بطلب غرم ما حصل له من الضرر واسترجاع حوزه أو القيام لدى المحكمة المدنيّة بطلب ذلك».

ب ـ شروط الدّعوى الحوزيّة

يشترط في الدّعوى الحوزيّة أن يكون المدّعي حائزا للعقّار أو لحقّ عيني عقّاري (1) وأن تتوفّر في الحوز خصائصه (2) وأن تمارس الدّعوى في آجالها القانونيّة (3) وأن لا يقع الجمع بين الدّعوى الحوزيّة والدعوى الاستحقاقيّة (4).

1 ـ مفهوم الحوز لعقّار أو لحقّ عيني عقّاري

يختلف تعريف الحوز باختلاف الأسس النظريّة، وفي ذلك نظريّتان: النّظريّة الشخصيّة والنّظريّة الموضوعيّة، حيث تكتفي المدرسة الموضوعيّة بالركن المادي في الحوز أي وضع اليد وتسقط الركن المعنوي أي نيّة التملّك، في حين تشترط المدرسة الشّخصيّة قيام الركنين معا لتعريف الحوز. وقد تبنّى المشرّع التّونسي النظرة الشّخصيّة في الحوز، حيث اقتضى الفصل 54 م.م.م.ت أن يكون الحوز «بصفة مالك»، بمعنى أن يتوفّر الركن المعنوي. ويسمّى الحائز الذّي

(1) مصطفى محمّد الجمّال: المرجع السّابق، ص 282.

يتوفّر فيه الرّكن المعنوي بالحائز الأصلي في حين يسمّى الحائز الذّي لا تتوفّر به النيّة بالحائز العرضي. لكنّ الحائز الأصلي يمكن أن يمارس الحوز سواء بنفسه مباشرة أو عن طريق الغير، لذلك نصّ الفصل 52 م.م.م.ت في فقرته الأولى على أنّه «يمكن لمن هو حائز بنفسه أو بواسطة غيره لعقّار أو حقّ عيني على عقّار أن يقوم بالدّعوى الحوزيّة». فإذا باشر الحائز حوزه بنفسه اجتمع فيه الركنان، وإذا كان حوزه بواسطة كان الرّكن المادي بجانب من كلّفه بالحوز والركن المعنوي بجانبه، كما في صورة كراء الأرض.

ولا يثير الحوز الأصلي أيّ إشكال، ويحقّ للحائز بنفسه أو بواسطة في جميع الصّور رفع الدّعوى الحوزيّة حتّى وإن كان حائزا على الشّياع سواء في مواجهة الغير أو في مواجهة بقيّة الشّركاء سواء في حدود المناب المشاع أو في حدود قطعة مفرزة من الملك المشاع. ولكنّه في صورة انتزاع العقّار أو عقلته تنفيذيّا وبحكم انتقال الملكيّة للمنتزع لفائدته[1] ووضع المال تحت يد العدالة[2]، فإنّه يمنع على الحائز رفع الدّعوى الحوزيّة سواء ضدّ المنتزع لفائدته أو ضدّ الدّائن العاقل. فقط أنّ العقلة التحفّظيّة للعقّار لا تمنع الحائز من رفع الدّعوى الحوزيّة، لأنّ الأموال في هذه الصّورة تبقى في حوز المدين إلى أن تؤول العقلة التحفّظيّة إلى عقلة تنفيذيّة[3]. ولا يخلص لمن كلّف بالحوز حقّ الدّعوى، ويمنع من القيام مباشرة أمام المحكمة بواسطة الدّعوى الحوزيّة، لأنّ حوزه كان لفائدة الأصل.

وكنتيجة لنظرة المشرّع الشخصيّة للحوز يمنع الحائز العرضي من رفع دعوى الحوز لغياب الرّكن المعنوي في حوزه، كما في صورة الوكيل والحارس والمغارسي والعامل والمزارع وما شابه ذلك. وتوفّر النظرة الموضوعيّة أكثر حماية لهؤلاء لأنّها تقرّ بحقّهم في رفع دعوى الحوز على خلاف النظرة الشّخصيّة.

(1) القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرّخ في 11 أوت 1976 المتعلّق بالانتزاع للمصلحة العامّة، كما هو منقّح بموجب القانون عدد 26 لسنة 2003 المؤرّخ في 14 أفريل 2003.

(2) نصّ الفصل 309 م.م.م.ت على ما يلي:»تهدف كلّ عقلة إلى وضع ما تتناوله من الأموال تحت يد العدالة ومنع المدين من التصرّف فيها في مضرّة دائنيه. فكلّ ما يقع حينئذ من تفويت بعوض أو بدونه أو إكراء للأموال المعقولة وكذلك ما يتمّ إنشاؤه عليها من حقوق رهن أو غيرها من الحقوق العينيّة باطل ولا عمل عليه إزاء الدّائنين».

(3) نصّ الفصل 324 م.م.م.ت على ما يلي:»تبقى أموال المدين المعقولة في حوزه إلى أن تؤول العقلة التحفّظيّة إلى عقلة تنفيذيّة إلاّ إذا صدر الإذن بخلاف ذلك أو وقعت تسمية مؤتمن عدلي».

ويجب أن يمتدّ الحوز إلى عقّار أو حقوق عينيّة على عقّار، فيجوز للمالك ولصاحب حقّ الارتفاق القانوني وحقّ الارتفاق المستند لكتب وحقّ الانتفاع رفع الدّعوى الحوزيّة[1].

2 ـ خصائص الحوز

يشترط الفصل 54 م.م.م.ت في فقرته الأخيرة أن يكون الحوز مستمرّا بدون التباس ولا انقطاع ولا شغب مشاهدا بصفة مالك، وقد سبق الوقوف على معنى الاستمرار وعدم الالتباس وعدم الانقطاع وعدم المشاغبة والمشاهدة في طبيعة الحوز، بقي أنّ هذا الحوز يجب أن يكون في الدّعوى الحوزيّة بصفة مالك، بمعنى أن يتصرّف الحائز وكأنّه مالك. لكنّ ذلك، وهذه ميزة الدّعوى الحوزيّة، لا يعني أنّ الحائز هو المالك الحقيقي والفعلي، بل يكفي أن يأتي الحائز أفعالا يستشفّ منها نيّة الملكيّة. ولا يشترط أن يكون للحائز أوراق حقيقيّة تفيد تملّكه للعقّار، فقد توجّه الدّعوى من الحائز ضدّ المالك الحقيقي. «ولا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت الحقّ الملكي أو نفيه ولكن للحاكم أن يتأمّل من الأدليّة بها على هذا الحقّ بقدر ما يفيده فيما يخصّ الحوز[2]». وقد سبق الإشارة إلى أنّ المشرّع التونسي يعتمد النظرة الشخصيّة، باشتراطه هذا العنصر المعنوي في الحائز، على خلاف النظرة الموضوعيّة التّي تكتفي بعنصر وضع اليدّ.

(1) فلا يجوز حماية حقّ الارتفاق بالدّعوى الحوزيّة إذا لم يتوفّر الكتب، لأنّ الحوز لا يسري في القانون التّونسي على حقوق الارتفاق التّي ينشئها الإنسان، على خلاف بعض القوانين المقارنة. ففي القانون الفرنسي يجوز حماية الارتفاق بالدّعوى الحوزيّة لكنّه يشترط أن يكون الارتفاق مستمرّا وظاهرا، لأنّ الحقّ الظّاهر والمستمر هو وحده الذّي يمكن أن يكسب بالتّقادم. ويمكن حمايته مهما كانت الصّورة إذا كان سنده الكتب. ولم يشترط المشرّع المصري شرط الاستمرار، واشترط فقط أن يكون ظاهرا، فيصحّ حمايته بالدعوى الحوزيّة متى كان ظاهرا، وإذا كان السند عقدا أو وصيّة، جاز حمايته مهما كانت طبيعة الحقّ.
ويبقى الحقّ لمالك العقّار المرتفق به أن يرفع الدعّوى الحوزيّة لحماية حوزه ويثبت حيازته لكامل الموضع، ومن الممكن أن يدفع الطّرف الآخر بحيازته لحقّ الارتفاق إذا كان من قبيل الحقوق التّي تقبل الحوز.
ويجوز للمنتفع أن يرفع الدّعوى الحوزيّة في مواجهة الغير وحتّى في مواجهة مالك الرّقبة، ولا يعدّ المنتفع حائزا عرضيّا وإنّما حائزا أصليّا.

(2) الفصل 57 م.م.م.ت

3 ـ آجال الحوز

يشترط الفصل 54 م.م.م.ت، للقيام بدعوى الحوز، إلى جانب توفّر خصائص الحوز أن يكون «الطّالب حائزا منذ عام على الأقلّ حال وقوع الشّغب أو افتكاك الحوز أو إتمام الأشغال التّي من شأنها أن ينجر عنها شغب ولم يسكت مدّة عام من بعد وقوع ذلك الشّغب أو افتكاك الحوز من يده أو إتمام تلك الأشغال». وبذلك فرّق المشرّع بين أجل الحوز وأجل القيام بالدّعوى. فلا يجب أن يقلّ أجل الحوز عن سنة، لكنّ الحائز يمكن أن يضيف إلى حوزه حوز السّلف سواء كان عاما أو خاصّا حتّى يكتمل أجل السّنة، بمعنى أن يدخل في حساب أجل السّنة فترة الحوز التّي يكون المورّث أو البائع قد باشراها قبل نقل العقّار إلى الخلف. ويسقط القيام أمام المحكمة بعد فوات أجل سنة من تاريخ وقوع الشّغب. وهو أجل سقوط لا يقبل الوقف أو الانقطاع. ويبدو أنّ الفصل 54 م.م.م.ت جعل أوّل الشغب محدّدا في ضبط بداية الأجل، بمعنى أنّ الشغب إذا ما تكرّر فإنّه لا يعتدّ بآخره وإنّما بأوّله، فيكون أوّل ما وقع منه محدّدا في ضبط بداية الأجل. كما أنّ دعوى افتكاك الحوز بالقوّة لا تحتكم لشرط أجل السّنة، وقد أشار الفصل 54 م.م.م.ت في طالعه إلى استثناء هذه الدّعوى من شرط الأجل، ربّما بسبب عنصر القوّة المسلّط على الحائز وإمكانيّة أن تتعهّد الدّائرة الجزائيّة بالجنحة[1].

4 ـ عدم الجمع بين الدّعوى الحوزيّة والدّعوى الاستحقاقيّة

نصّ الفصل 58 م.م.م.ت على أنّ «القيام بدعوى الاستحقاق لا يقبل منه القيام بدعوى الحوز على أساس شغب أو افتكاك حوز متقدّمين عن قيامه بدعوى الاستحقاق. ودعوى الاستحقاق التّي رفعها المقام عليه بدعوى الحوز قبل القيام عليه بهذه الدّعوى لا تأثير لها على دعوى الحوز. ومن وقع القيام عليه بدعوى الحوز لا يمكنه القيام بدعوى استحقاقيّة إلاّ بعد البتّ في دعوى الحوز وليس له في صورة صدور الحكم ضدّه في الدّعوى المذكورة أن يقوم بدعوى استحقاقيّة إلاّ بعد أن يذعن لما اقتضاه ذلك الحكم». ويفهم من ذلك أنّ المشرّع ميّز بوضوح بين الدّعوى الحوزيّة والدّعوى الاستحقاقيّة ومنع الجمع بين الدعويين في ثلاث صور.

فإذا بادر المالك إلى رفع دعوى استحقاقيّة، وتظهر هذه الصّورة واقعيّا إذا قام المطلوب بمشاغبة المالك، وعوضا أن يلجأ المالك إلى طلب كفّ الشّغب أمام قاضي النّاحية يخيّر طلب الاستحقاق أمام المحكمة الابتدائيّة، بسبب أهمّية

(1) حمل الفصل 54 م.م.م.ت بعض التّناقض في صياغته في شأن دعوى افتكاك الحوز بالقوّة، فبعد أن استثناها بطالعه من شرط الأجل، أعاد ذكرها في تحديد بداية سريان الأجل، وما كان من المفروض إعادة الإشارة إليها في ذلك الباب وقد سبق استثناءها.

الحكم الاستحقاقي في مواجهة الحكم الحوزي، فمن المفروض في هذه الصّورة أن يلتزم بضوابط هذه الدّعوى وبإجراءاتها ويمنع بعد ذلك من أن ينشر دعوى حوزيّة مستندا في ذلك إلى شغب حصل قبل تاريخ رفع الدّعوى الاستحقاقيّة. فكأنّ الدّعوى الاستحقاقيّة تجبّ ما قبلها من شغب، أو أنّ المالك تنازل عن رفع الدّعوى الحوزيّة إراديّا وقد انصرف مباشرة إلى نشر قضيّة استحقاقيّة، وهي دعوى ملك تثبت الملكيّة بصفة نهائيّة، على خلاف الدّعوى الحوزيّة التّي تعدّ وقتيّة. لكنّ هذا التّحجير لا يشمل إلاّ الشّغب الحاصل قبل تاريخ نشر الدّعوى الاستحقاقيّة، بمعنى أنّ المالك يبقي على حقّه في رفع دعوى حوزيّة بالنسبة إلى الشّغب الذّي قد يحصل بعد تاريخ نشر الدّعوى الاستحقاقيّة.

كما أنّ هذا التّحجير لا يشمل إلاّ المدّعي في دعوى الاستحقاق ولا يطال المطلوب الذّي يبقي على حقّه في رفع الدّعوى الحوزيّة سواء بناء على شغب حاصل قبل تاريخ رفع الدّعوى الاستحقاقيّة أو بعدها. معنى ذلك أنّ من رُفعت ضدّه دعوى استحقاقيّة لا يمنع من نشر قضيّة حوزيّة، فلا تمنع الدّعوى الاستحقاقيّة المنشورة مسبقا المطلوب في الدّعوى أن ينشر دعوى حوزيّة في طلب كفّ شغب من قام عليه بالدّعوى الاستحقاقيّة، ذلك أنّ من رفع دعوى الاستحقاق ربّما كان محاولا مشاغبة المدّعي في دعوى الحوز، وهو حريّ بالحماية ولو بصفة مؤقّتة بواسطة الدّعوى الحوزيّة.

لكنّه إذا سبق الحائز إلى رفع دعوى حوزيّة قبل رفع الدّعوى الاستحقاقيّة، فإنّ المطلوب يمنع من نشر قضيّة استحقاقيّة إلاّ بعد البتّ في دعوى الحوز والإذعان للحكم الحوزي في صورة صدوره لفائدة الطّالب، وذلك في اتّجاه حماية الحائز في مواجهة مدّعي الملكيّة ووضع حدّ للشّغب.

وواضح أنّ المشرّع ميّز بوضوح بين الدّعوى الاستحقاقيّة والدّعوى الحوزيّة، وأراد حماية الحائز في مواجهة مدّعي الملكيّة، وإن كانت الدّعوى الحوزيّة لا تحمي الملكيّة وإنّما وضع اليد، فليس للقاضي المتعهّد بالحوز أن ينظر في ثبوت الحقّ الملكي أو نفيه وإنّما يتأمّل في الأدلّة المعروضة أمامه بقدر ما يفيده فيما يخصّ الحوز. وربّما خيّر المشرّع خدمة الأرض وإحياءها وزراعتها عن مطالب الاستحقاق المجرّدة التّي اعتبرها بمثابة الشّغب، لذلك منع الطّالب في دعوى الاستحقاق أن يستند إلى شغب حاصل قبل تاريخ رفع هذه الدّعوى وألزمه بأن يذعن للحكم الحوزي قبل نشر قضيّة استحقاقيّة وسمح للحائز بأن يرفع قضيّة حوزيّة بالرّغم من المطالبة الاستحقاقيّة وألزم القاضي بأن لا يلتفت إلى طلبات الاستحقاق في نظره في القضيّة الحوزيّة.

الباب الثالث

في الأمر بالدفع

الفصل 59 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ يمكن تطبيق إجراءات الأمر بالدفع الواردة في الفصول التالية على المطالب المتعلقة بأداء دين مهما كان نوعه إذا كان معين المبلغ وله سبب تعاقدي أو كان الالتزام فيه ناتجا عن شيك أو كمبيالة أو سند للأمر أو عن كفالة في إحدى الورقتين الأخيرتين.

الفصل 60 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ إذا تجاوز الدين مائة وخمسين دينارا فعلى الدائن قبل تقديم المطلب إنذار المدين بواسطة عدل منفذ بأنه إذا لم يوف بالدين في ظرف خمسة أيام كاملة يقع القيام ضده طبق إجراءات الأمر بالدفع. ويجب أن يرفق محضر الإنذار بنسخة من سند الدين.

وإذا كان المدين قاطنا خارج البلاد التونسية، فإن المهلة المنصوص عليها بالفقرة المتقدمة ترفع إلى ثلاثين يوما.

الفصل 61 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)
ـ يختص بالنظر في الأمر بالدفع القاضي الذي يوجد بدائرته المقر الأصلي أو المختار للمدين أو لأحد المدينين إن تعددوا ما لم يقع الاتفاق على خلافه.

ولا يمكن إصدار الأمر بالدفع إذا كان المدين مجهول المقر مطلقا على معنى أحكام الفقرة الثانية من الفصل العاشر من هذه المجلة.

الفصل 62 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ يقدم مطلب الأمر بالدفع لقاضي الناحية إذا كان مبلغ الدين لا يتجاوز حدود نظره وفيما زاد على ذلك يقدم المطلب لرئيس المحكمة الابتدائية.

الفصل 63 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ يحرر المطلب في نظيرين على ورق متنبر ويتضمن إسم كل من الطالب والمطلوب ولقبه وحرفته ومقره وبيان المبلغ المطلوب بالضبط وسببه وترفق كل الوثائق المؤيدة له مع محضر الإنذار المشار إليه بالفصل 60.

الفصل 64 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ إذا رأى القاضي أن الدين ثابت يأمر بالدفع بأحد النظيرين وإلا يرفضه ولا يقبل طلب الأمر بالدفع من جديد ويقع البت في المطلب في أجل ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه ويكسي كاتب المحكمة الأمر بالدفع الصيغة التنفيذية.

الفصل 65 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ يقع إعلام المطلوب بالأمر بالدفع وتنفيذه وفق الأحكام المقررة بوسائل التنفيذ المنصوص عليها بالفصل 285 وما بعده.

الفصل 66 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ الأوامر بالدفع قابلة للطعن بالاستئناف مهما كان المبلغ المأمور بدفعه.

الفصل 67 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ يمسك بكتابة كل من محكمة الناحية والمحكمة الابتدائية دفتر خاص ترسم به أسماء الخصوم وألقابهم ومقراتهم وتاريخ الأمر بالدفع أو تاريخ رفضه ومبلغ الدين وأسبابه وتاريخ إكساء الأمر الصيغة التنفيذية.

ويتولى الكاتب وضع ختم المحكمة على كل وثيقة قدمت لاستصدار الأمر بالدفع مع التنصيص على عدده وتاريخه.

التعليق على الفصول 59 إلى 67

ـ **الطبيعة القانونية للأمر بالدفع**: الأمر بالدفع عمل ولائي فليس فيه نزاع من حيث المبدأ ولا يحترم مبدأ المواجهة، ويرى البعض أنّ الأمر بالدفع نظريا يقترب من العمل الإداري للقاضي وليس له علاقة بالأعمال القضائية. ومع ذلك فلم يجعله المشرع التونسي عملا إداريا وألحقه بالأعمال القضائية طالما يكتسب الأمر بالدّفع حجية قضائية و يمكن تطبيقه بالقوة العامة إذا أحرز على قوة الحجية ويمكن الطعن فيه بالطرق العادية وغير العادية.

إنّ التشريع التونسي جعل الأمر طبق مجلة الإجراءات المدنية عملا قضائيا بالرغم من الطبيعة الولائية فهو من قبيل الصكوك القضائية غير الحكمية بمعنى أنها تصدر عن القاضي بالرغم من غياب النزاع. ولكنّ القوانين الجبائية وقوانين المالية العامة جعلت الأمر ممكنا من قبل الإدارة المختصة، وهو من قبيل الأعمال الإدارية غير الحكمية[1].

(1) يراجع:

ويذكر أنّ بعض القوانين المقارنة جعلت بعض الحجج الرسمية المحررة من المأمور العمومي قابلة للتنفيذ مباشرة دون تعهّد القضاء وهو من قبيل الصكوك الإدارية غير الحكمية، ولكنّ المشرع التونسي لم يعتمد هذا الحلّ سواء بمجلة الإجراءات المدنية أو بغيرها.

وقد حدّدت الفصول 59 إلى 67 م.م.م.ت. مجال تطبيق إجراءات الأمر بالدفع وشكلياته والبتّ في المطلب وتنفيذه وطرق الطّعن فيه. وقد عرفت هذه الفصول مراجعة هامة سنة 1986 بمناسبة التنقيح المعتمد بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986. وأعاد المشرع تعديلها سنة 2002 بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت [1]2002.

ـ **مجال الأمر بالدفع:** يمكن تطبيق إجراءات الأمر بالدفع الواردة على المطالب المتعلقة بأداء دين مهما كان نوعه إذا كان معين المبلغ وله سبب تعاقدي أو كان الالتزام فيه ناتجا عن شيك أو كمبيالة أو سند للأمر أو عن كفالة في إحدى الورقتين الأخيرتين[2].

فالمشترط أن يكون المطلب متعلقا بمقدار مالي، مهما كانت طبيعته مدنيا أو تجاريا، فلا يمكن طلب الأمر، طبق إجراءات الأمر بالدفع، بالقيام بعمل مادي، فقد يأتي ذلك في باب الأذون على العرائض وليس في باب الأذون بالدفع، على خلاف التشريع الفرنسي على سبيل المثال فقد جعل الأمر بالقيام بعمل معين ممكنا طبق إجراءات الأمر injonction de payer et de faire.[3]

ويجب أن يكون المبلغ معينا، فالحقّ ينشأ بمصدره ثم يقدّر ثمّ يستحق ثمّ ينفذ، فلا يكتفى بتوفر سند الدين أي مصدره بل يشترط أن يكون مقدّرا، ولكنه لا يمكن الأمر بالدفع إلاّ إذا كان الدين مستحقا ولو أنّ المشرع لم يشترط استحقاق

ـ مجلة المحاسبة العمومية
ـ مجلة الأداء على القيمة المضافة
ـ مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات
ـ مجلّة التسجيل والطابع الجبائي
ـ مجلة الجباية المحلية
ـ مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية

(1) تمّ تعديل جميع الفصول سنة 1986 وشمل التعديل سنة 2002 الفصلين 60 و61 م.م.م.ت.
(2) الفصل 59 م.م.م.ت.
(3) الفصول 1405 إلى 1425 ـ 9 من مجلة الإجراءات المدنية الحديثة.

الدين، فلا يجب أن يكون الدين معلقا على شرط أو أجل بل يجب أن يكون مستحقا بمعنى أنّه يمكن المطالبة به.

ويشترط أن يكون سبب الدين عقدا أو إرادة منفردة، وليس في ذلك جديد إذ أنّ الالتزام طبق النظرية العامة يجد مصدره في التصرفات والوقائع وبشكل استثنائي في القانون[1]، وتردّ التصرفات إلى التصرف الثنائي أي العقد والتصرف الأحادي أي الإرادة المنفردة، وقد أشار المشرع إلى التصرفات كمصدر وأسقط الوقائع فلا تدخل في مجال الأمر بالدفع، كما أسقط القانون، وضيق في إطار التصرفات الأحادية فلا يدخل في باب الأمر بالدفع إلاّ الشيك وكمبيالة وسند للأمر والكفالة في إحدى الورقتين الأخيرتين. والحقيقة أنّ الكفالة ليست من التصرفات الأحادية وتدخل في باب التصرفات الثنائية[2]، ولم يبق بالتالي في إطار التصرفات الأحادية إلا الشيك وكمبيالة وسند للأمر.

ـ **مرجع النظر في الأمر بالدفع: ترابيا** يختص بالنظر في الأمر بالدفع القاضي الذي يوجد بدائرته المقر الأصلي أو المختار للمدين أو لأحد المدينين إن تعددوا ما لم يقع الاتفاق على خلافه[3]. فالقاعدة هي الخيار بين المقر الأصلي أو المقر المختار إلا إذا اتفق الطرفان على مقر معين فلا بدّ من رفع الأمر إلى المحكمة موضوع الاتفاق، ويمكن اعتبار مقر أحد الأطراف كاف في الطّلب في صورة

---

(1) علي كحلون: النظرية العامة للالتزامات، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2015.
(2) علي كحلون: قانون التأمينات، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، سنة2011 ، ص.511 وما بعده.
الكفالة عقد يبرم بين الدائن والكفيل بغاية ضمان دفع مال المدين إذا لم يؤدّه في وقته، فهي اتفاق في نهاية الأمر، وذلك هو مصدر الكفالة، وعلى ذلك الأساس ظهرت أوّل مرّة. ولكنّه من الممكن الحديث عن كفالة قانونية إذا كان المصدر هو القانون مثل الفصل 1503 م.ا.ع والفصل 1494 م.ا.ع.، فقد ينصّ القانون على القيام بإجراء معيّن شرط تقديم كفالة معيّنة، وقد يكون مصدرها القضاء إذا كان من حقّ القاضي أن يقضي بها أو يغفل عنها. ولم ينظّم المشرع التونسي الكفالة القانونية أو الاتفاقية، ونظّم فقط الكفالة الاتفاقية. ولكنّه قد يشار ببعض الفصول المتناثرة إلى المعنى القانوني أو القضائي دون أن تكون للمشرع نيّة تنظيمهما. والملخص أنّ أصل الكفالة أنّها اتفاقية، وعلى ذلك ظهرت تاريخيا وبقيت على تلك الصورة. ونصّ الفصل 1478 م.ا.ع على أن» الكفالة عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يؤدي للدائن ما التزم به المدين إن لم يؤده». وعلى ذلك الأساس فإنّ الكفالة عقد له مواصفاته وخصائصه ولا يظهر إلا بتوفر هذه الخصائص التي يمكن اعتبارها أولية(عقد ملزم لجانب واحد وهي عقد رضائي مجاني تبرعي)، ولكنّ الكفالة تختصّ بأمر جوهري يميزها عن باقي المؤسسات القريبة وهي أنها عقد شخصي تبعي.
(3) الفصل 61 م.م.م.ت.

التعدّد[1]. **حكميا** يقدم مطلب الأمر بالدفع لقاضي الناحية إذا كان مبلغ الدين لا يتجاوز حدود نظره أي 7 آلاف دينار وفيما زاد على ذلك يقدم المطلب لرئيس المحكمة الابتدائية[2]. ولا يمكن تقديم المطلب إلى رئيس محكمة الاستئناف بطبيعة الحال أو أي محكمة أخرى عدا قاضي الناحية ورئيس المحكمة الابتدائية.

ـ **شكليات طلب الأمر بالدفع:** يحرر المطلب في نظيرين على ورق متنبر ويتضمن اسم كل من الطالب والمطلوب ولقبه وحرفته ومقره وبيان المبلغ المطلوب بالضبط وسببه وترفق كل الوثائق المؤيدة[3]. وواقعيا توجب بكتابة المحكمة مطبوعة يقع تعميرها وتضمينها البيانات المذكورة.

ويشترط أن يضاف إلى الوثائق المؤيدة محضر إنذار إذا تجاوز الدين مائة وخمسين دينارا حيث إذا تجاوز الدين مائة وخمسين دينارا فعلى الدائن قبل تقديم المطلب إنذار المدين بواسطة عدل منفذ بأنه إذا لم يوف بالدين في ظرف خمسة أيام كاملة يقع القيام ضده طبق إجراءات الأمر بالدفع. ويجب أن يرفق محضر الإنذار بنسخة من سند الدين. وإذا كان المدين قاطنا خارج البلاد التونسية، فإن المهلة ترفع إلى ثلاثين يوما[4].

ثمّ يقيد الطلب بدفتر خاص يوجد على مستوى كتابة المحكمة الابتدائية وكتابة محكمة الناحية حيث يمسك بكتابة كل من محكمة الناحية والمحكمة الابتدائية دفتر خاص ترسم به أسماء الخصوم وألقابهم ومقراتهم وتاريخ الأمر بالدفع أو تاريخ رفضه ومبلغ الدين وأسبابه وتاريخ إكساء الأمر الصيغة التنفيذية. ويتولى الكاتب وضع ختم المحكمة على كل وثيقة قدمت لاستصدار الأمر بالدفع مع التنصيص على عدده وتاريخه[5].

ـ **البتّ في المطلب:** يراقب القاضي المتعهّد بداية شكليات المطلب ويتثبت من المؤيدات والإنذار بالدفع عند الاقتضاء وسند الدّين ومصدره وطبيعته وإذا رأى القاضي أن الدين **ثابت** يأمر بالدفع بأحد النظيرين وإلا يرفضه. ويجب أن يقع البت في المطلب في أجل ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه[6]. ولكنّه مهما كانت

(1) يراجع التعليق على الفصل 7 م.م.م.ت.
(2) الفصل 62 م.م.م.ت.
(3) الفصل 63 م.م.م.ت.
(4) الفصل 60 م.م.م.ت.
(5) الفصل 67 م.م.م.ت.
(6) الفصل 64 م.م.م.ت.

الصورة لا يمكن إصدار الأمر بالدفع إذا كان المدين مجهول المقر مطلقا على معنى أحكام الفقرة الثانية من الفصل العاشر من م.م.م.ت.[1].

ويتصل القضاء بالأمر إذ أنه لا يقبل طلب الأمر بالدفع من جديد حتى في صورة الرفض[2]. وهي خصوصية أرادها المشرع للأمر بالدفع بالرغم من طبيعته الولائية. وهو بذلك يختلف عن القرارات الاستعجالية والأذون على المطالب.

ولكنه مع ذلك لا يشترط التعليل أو التلخيص في الأوامر إذ أنّ إمضاء القاضي على الورقة المتضمنة على البيانات المشار إليها كاف لإظهار موقف القاضي سلبا أو إيجابا.

ـ **تنفيذ الأمر بالدفع:** يقع إعلام المطلوب بالأمر بالدفع وتنفيذه وفق الأحكام المقررة بوسائل التنفيذ المنصوص عليها بالفصل 285 وما بعده[3]. ويكسي كاتب المحكمة الأمر بالدفع الصيغة التنفيذية[4]. وبذلك فإنّ الأمر بالدفع له نفس المواصفات للأحكام عدا أنّه لا يلخص ولا تتوفر به البيانات الواجب توفرها بالأحكام القضائية.

وبالتالي فإن الطالب يتسلم نسخة تنفيذية وتحلى بالصيغة التنفيذية ويقع إعلام المطلوب بواسطة عدل تنفيذ وإذا مرّ أجل العشرين ولم يستأنف يحرز السند على القوة التنفيذية ويمكن تنفيذه بالقوة العامة. ولم يشر المشرع إلى إمكانية التنفيذ بدون إعلام أو تسجيل بل نصّ صراحة على أنّ تنفيذ الأوامر يخضع لنفس الإجراءات العادية في تنفيذ الأحكام.

ـ **طرق الطّعن في الأمر بالدّفع:** اعتبرت مجلة الإجراءات المدنية التونسية أنّ الأمر بالدفع عملا قضائيا وبذلك فهو يقبل الطعن بالاستئناف مهما كان المبلغ المأمور بدفعه[5]. وطبق الآجال العامة في الاستئناف حيث لم يرد أجل خاص في ذلك، كما يقبل الأمر الطعن الطّعن بالطرق غير العادية طالما اعتبر مثل الأحكام القضائية الأصلية .[6].

(1) الفصل 61 م.م.م.ت.
(2) الفصل 64 م.م.م.ت.
(3) الفصل 65 م.م.م.ت.
(4) الفصل 64 م.م.م.ت.
(5) الفصل 66 م.م.م.ت.
(6) ولكن الأمر بالدفع المتعلق بكمبيالة ينفذ بعد 24 ساعة من الإعلام به وبقطع النظر عن الاستئناف عملا بأحكام الفصل 317 من المجلة التجارية كما وقع تنقيحه بمقتضى القانون عدد 28 لسنة 1996 المؤرخ في 3 أفريل 1996.

الجزء الثالث

في الإجراءات لدى المحاكم الابتدائية

الباب الأول

في إجراءات رفع الدعوى وتقييدها واستدعاء الخصوم

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 لمنوبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها.

التعليق على الفصل 68

القاعدة في تمثيل الأطراف أمام المحاكم أن يكون بواسطة محامي إذ أنّ تكليف المحامي يعدّ إجراءً وجوبيا أمام المحكمة الابتدائية[1] ومحكمة الاستئناف[2] ومحكمة التعقيب[3]. ولكنّ المشرع أورد عدّة استثناءات فلا يشترط تكليف محامي أمام قاضي الناحية[4] وبقضايا الأحوال الشخصية[5] والشغلية[6]

(1) الفصل 68 م.م.م.ت.
(2) الفصل 130 م.م.م.ت.
(3) الفصل 182 م.م.م.ت.
(4) الفصل 43 م.م.م.ت.
(5) الفصل 68 م.م.م.ت.
(6) الفصول 201 وما بعد من مجلة الشغل.

والجبائية[1] وكذلك أمام قاضي الضمان الاجتماعي[2] ويجوز بالتالي تكليف من ينوبهم أو تكليف محامي وفي بعض الصور يسمح التشريع بأن يمثل الإدارة من ينوبها مثل هي الصورة في القضايا الجبائية[3].

(1) الفصـــل 57 (جديد) من القانون عدد 82 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية: "تكون إنابة المحامي وجوبية إذا تجاوز مبلغ الأداء الموظف إجباريا أو المبلغ المطلوب استرجاعه خمسة وعشرين ألف دينار. ويمثل الإدارة خلال سير الدعوى أعوانها المؤهلين لذلك دون توكيل خاص للغرض. (نقح بالفصل الأول من القانون عدد 11 لسنة 2006 المؤرخ في 6 مارس 2006 والمتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الحقوق و الإجراءات الجبائية).
وبالنسبة للاعتراض على بطاقات الالتزام، الفصل 27 من مجلة المحاسبة» «يقع الاعتراض على بطاقات الإلزام في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلام بها للمعني بالأمر. ويجب أن يكون الاعتراض معللا وأن يتضمن تعيين القضية لجلسة معينة لدى محكمة الاستئناف التي يوجد بدائرتها المكتب الصادرة عنه بطاقة الإلزام كما يتضمن الاعتراض تعيين مقر المعترض بالمدينة المنتصبة بها المحكمة المذكورة. يقع التحقيق في الاعتراض كتابيا وبدون مرافعة وذلك بتقديم كل من الطرفين تقارير كتابية في الموضوع تبلغ للطرف الاخر قبل تسليمها للمحكمة كما أن اعتماد المحامين في مثل هذه القضايا ليس وجوبيا، بيد أنه يتيسر للمعترض أن يقدم بنفسه أو بواسطة محام رسمي بيانات شفاهية كما يتيسر ذلك للهيئة صاحبة الدين. ويصدر الحكم في القضية بعد الاستماع إلى تقرير في ذلك من طرف الحاكم المكلف تقع تلاوته بالجلسة العامة بعد أخذ رأي المدعي العمومي، ويكون الحكم الصادر نهائيا ولا يمكن الطعن فيه إلا بطريقة التعقيب. وتنطبق نفس الإجراءات على الاعتراضات على النسخ المستخرجة من جداول التحصيل « (نقحت بالقانون عدد 106 لسنة 2005 المؤرخ في 19 ديسمبر 2005).

(2) الفصل 9 من القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 المتعلق بإحداث مؤسسة قاضي الضمان الاجتماعي.

(3) النزاعات الجبائية تخضع لعدة نصوص قانونية، وكان يفضل لو أنها تجمع بمجلة موحدة، وهي على النحو التالي:
- مجلة المحاسبة القانون عدد 81 لسنة 1973 مؤرخ في 31 ديسمبر 1973 كما هي منقّحة.
- القانون عدد 61 لسنة 1988 المؤرخ في 2 جوان 1988 المتعلق بإصدار مجلة الأداء على القيمة المضافة.
- القانون عدد 114 لسنة 1989 المؤرخ في 30 ديسمبر 1989 المتعلق بإصدار مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات.
- القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بإصدار مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي.
- قانون عدد 120 لسنة 1993 مؤرخ في 27 ديسمبر 1993 يتعلق بإصدار مجلة تشجيع الاستثمارات.

فقد أجاز المشرع في هذه الحالات الاستثنائية أن يحضر الخصم بالجلسة العمومية بنفسه، كما يجوز له أن ينيب عنه محاميا أو شخصا آخر بتوكيل خاص. وبالتالي فإنّ حضور المحامي ليس وجوبيّا في مثل هذه الصّور، وبإمكان الخصم أن ينيب عنه شخصا آخر بتوكيل خاص من المفروض أن يكون توكيلا بالإشهاد أي بالحجة العادلة باعتباره توكيلا على الخصام على معنى الفصل 1118 م.ا.ع[1].

وقد منع المشرع بالفصل 26 من قانون المحاماة لسنة 1989 قبل إلغائه على «غير المحامين النيابة لدى سائر المحاكم ما عدا موظفي الإدارات العمومية المعتمدين من طرف إدارتهم طبق القانون»، ويجوز فقط حسب هذا الفصل «للمتقاضين في القضايا التي لا يوجب القانون تكليف محام بها أن ينيبوا عنهم بتوكيل خاص أصولهم أو فروعهم أو أزواجهم بعد الإدلاء بما يثبت صفتهم». وبالتالي من المفروض أن يكون التوكيل بالحجّة العادلة وفي حدود قائمة الأشخاص المذكورين بالفصل 26.

غير أنّ هذه الصيغة لم تعتمد بالمرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة والذّي ألغي بموجبه قانون 1989[2]. وقد نصّ الفصل 2 فقرة أولى من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 على أنّ المحامي يختصّ «دون سواه بنيابة الأطراف على اختلاف طبيعتهم القانونية ومساعدتهم بالنصح والاستشارة وإتمام جميع الإجراءات في حقهم والدفاع عنهم لدى المحاكم وسائر الهيئات القضائية والإدارية والتأديبية والتعديلية وأمام الضابطة العدلية كل ذلك وفق ما تقتضيه الأحكام التشريعية المتعلقة بالإجراءات المدنية والتجارية والجبائية والجزائية». وبالتالي لا يجوز تكليف غير المحامي للحضور

- القانون عدد 11 لسنة 1997 المؤرخ في 3 فيفري 1997 والمتعلق بإصدار مجلة الجباية المحلية.
- قانون عدد 82 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بإصدار مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية.

(1) أوردت مجلة الشغل إجراءات خاصة في ذلك، حيث نصّ الفصل 204 (نقح بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري1994) على أنه «يمكن للأطراف أن يستعينوا لدى دائرة الشغل إما بعامل أو بصاحب عمل مباشر لنفس مهنتهم أو بمحام أو ينيبوا عنهم أحدهم. ويمكن لرئيس الدائرة أن يأمر بحضور الأطراف شخصيا. رؤساء المؤسسات الذين ينيبون عنهم المدير المتصرف أو أحد مستخدمي المؤسسة يعتبرون حاضرين بأنفسهم أمام الدائرة. ويتعين أن يكون الوكيل حاملا لوكالة محررة على ورق عادي أو بأسفل مطلب الدعوى أو نسخته. أما المحامي فهو معفى من تقديم التوكيل».

(2) الرائد الرسمي عدد 63 لسنة 2011 بتاريخ 23 أوت 2011.

أمام المحكمة إلا ما استثنته بعض القوانين الخاصة في حضور من ينوب الإدارة من أعوانها.

وتحدّد سلطة المحامي بسلطة الوكيل على معنى مجلّة الالتزامات والعقود والمرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة[1]، بمعنى أنّ الوكيل مهما كانت طبيعته لا يصحّ له إتمام أعمال التفويت إلا بتوكيل خاص، فلا يصحّ الصلح أو الاعتراف أو البيع أو المعارضة أو التنازل أو توجيه اليمين الحاسمة وغير ذلك من أعمال التفويت إلا إذا نصّ التوكيل على ذلك صراحة. فليس له إلا القيام بالأعمال الإجرائية، ويدخل في ذلك معنى المساعدة l'assistance والنيابة la représentation [2].

(1) نصّ الفصل 1118 م.ا.ع. على انّ «التوكيل على الخصام يعتبر توكيلا خاصا وأحكام هذا القانون تجري عليه فليس لوكيل الخصام إلا ما خصص له ولا يسوغ له قبض المال ولا الإقرار ولا الاعتراف بدين ولا الصلح إلا إذا نص له على ذلك ويجب أن يكون التوكيل على الخصام بالإشهاد غير أن الوكيل إذا كان مأذونا بموجب القانون حمل على أنه وكيل في القضية التي حججها بيده ولو لم يكن بيده رسم توكيل فيها».
كما نصّ الفصل 1119 م.ا.ع. على أنّ «التوكيل العام هو إطلاق يد الوكيل في جميع أمور موكله أو التفويض له في أمر خاص. وله بمقتضى هذا التوكيل أن يفعل ما كان في مصلحة الموكل بحسب نوع المعاملة وعرف التجارة وله استخلاص ما لموكله قبل الغير وأداء ما عليه من الديون وإجراء ما من شأنه حفظ حقوق موكله والمنازعة في الحوز والقيام على مديني موكله وتعمير ذمته بالقدر الضروري لإتمام ما وكل عليه.
وأضاف الفصل 1120 م.ا.ع. أن « الوكيل المفوض مهما أطلقت يده ليس له أن يفعل ما يأتي إلا بنص صريح : وهو توجيه اليمين الحاسمة للنزاع والإقرار لدى قاض والجواب في أصل الدعوى وقبول حكم أو الإسقاط فيه والصلح والتحكيم والإبراء من دين والتفويت في عقار أو في حق عقاري وتوظيف رهن عليهما وفسخ رهن لموكله على الغير ورهن منقول والتسليم في توثقة إلا بخلاص الدين والتبرع وبيع محل تجارة بما فيه أو شراؤه والشروع في تصفيته وعقد شركة. كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه».

(2) تتجه القوانين الحديثة إلى إقرار الحق للوكيل وكذلك المحامي في إلزام الموكل بمرافعات المحامي حتى ولو كان فيها اعتراف إذا كانت له وظيفة النيابة وتميز هذه التشاريع بين وظيفة النيابة ووظيفة المساعدة القضائية التي يمكن أن تسند إلى عدول التنفيذ أو عدول الإشهاد أو الخبراء في مجالات محدّدة، والمساعدة القضائية أقل من الأولى من حيث مستوى السلطة حيث تقتصر المساعدة على إعانة المتقاضي ومساعدته على اتّخاذ الإجراء السليم في حين أنّ النيابة يبقى لها المرافعة وإلزام الموكل بجملة من التصريحات والمواقف بما في ذلك الاعتراف. مثال ذلك الفصول 411 إلى 420 من مجلة الإجراءات الفرنسية:

Article 411 « Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure ».
Article 412 « La mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger ».

وأورد الفصل 75 م.م.م.ت. نظام وقف الخصومة بسبب وفاة المحامي أو فقد الصفة وانقطاعها بسبب التخلي وعزل الوكيل، فيقتضي الأمر إما تعيين من يقوم مقام من توفي أو فقد الأهلية من قبل هيئة المحامين أو إتمام إجراءات الإعلام في حالتي التخلي أو العزل والمقتضى أن يقع التنبيه على الخصوم أو المحامي حتى لا تطرح القضية أو يسقط الطعن في حالة ممارسة الطعن وذلك في القضايا التي يجب فيها تكليف محامي[1].

Article 413 « Le mandat de représentation emporte mission d'assistance, sauf disposition ou convention contraire ».
Article 414 « Une partie n'est admise à se faire représenter que par une seule des personnes, physiques ou morales, habilitées par la loi ».
Article 415 « Le nom du représentant et sa qualité doivent être portés à la connaissance du juge par déclaration au secrétaire de la juridiction ».
Article 416 Modifié par décret n° 2012 634 - du 3 mai 2012. « Quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission. L'avocat est toutefois dispensé d'en justifier. L'huissier de justice bénéficie de la même dispense dans les cas où il est habilité à représenter ou assister les parties ».
Article 417 « La personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée, à l'égard du juge et de la partie adverse, avoir reçu pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement ».
Article 418 « La partie qui révoque son mandataire doit immédiatement soit pourvoir à son remplacement, soit informer le juge et la partie adverse de son intention de se défendre elle - même si la loi le permet, faute de quoi son adversaire est fondé à poursuivre la procédure et à obtenir jugement en continuant à ne connaître que le représentant révoqué ».
Article 419 Modifié par décret n° 2012 634 - du 3 mai 2012. « Le représentant qui entend mettre fin à son mandat n'en est déchargé qu'après avoir informé de son intention son mandant, le juge et la partie adverse ». Lorsque la représentation est obligatoire, l'avocat ne peut se décharger de son mandat de représentation que du jour où il est remplacé par un nouveau représentant constitué par la partie ou, à défaut, commis par le bâtonnier ou par le président de la chambre de discipline.
Article 420 Modifié par décret n° 2012 634 - du 3 mai 2012. . « L'avocat remplit les obligations de son mandat sans nouveau pouvoir jusqu'à l'exécution du jugement pourvu que celle - ci soit entreprise moins d'un an après que ce jugement soit passé en force de chose jugée. Ces dispositions ne font pas obstacle au paiement direct à la partie de ce qui lui est dû. »

(1) يراجع التعليق على الفصل 75 م.م.م.ت.

وتنتهي النيابة قانونا بصدور الحكم في القضية حيث نصّ 68 م.م.م.ت. على «أنّ إنابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية ومقر المحامي يعتبر مقرا مختارا لمنوبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها». ويرفع الاستئناف بعريضة كتابية يحررها محام عن الطاعن ويقدّمها لكتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر. ويعتبر مقر المحامي مقرا مختارا للمستأنف[1]. ويتوقّف اعتبار مقرّ المحامي مقرا مختارا للمنوب مع صدور الحكم إلا إذا عبّر المنوب مواصلة اعتماد المقرّ المختار في أعمال التنفيذ أو من خلال محضر الإعلام بالحكم الصادر في الغرض.

والواضح أنّ المجلة اعتبرت، ولو ضمنيّا، أنّ إنابة المحامي مستمرة مادام الحكم لم يصدر فإن صدر انتهت النيابة، وهو حلّ غير دقيق إذ من المفروض أن تتواصل النيابة إلى غاية تنفيذ الحكم إن لم يستأنف أو الإعلام بالحكم إذا استؤنف كما ذهبت إلى ذلك عدة قوانين مقارنة[2]، لتلافي الإشكاليات التي عادة ما تطرح في اعتبار مقر المحامي الوارد بالإعلام كمقر في توجيه أوراق الاستئناف والحال أنّ نيابته انتهت بصدور الحكم. فقط إذا استأنف الخصوم الحكم الابتدائي تفتح خصومة جديدة مع تكيف جديد لمن ينوب الأطراف.

ويبقى في الأخير من الممكن تحميل النائب المسؤولية القانونية بوصفه وكيلا إذا تجاوز حدود وكالته أو أضر بالموكّل طبق قواعد الوكالة الواردة بمجلة الالتزامات والمرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة وجملة من القوانين الخاصة أكدت على مسؤولية المحامي[3].

الفصل 69 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا

(1) الفصل 130 م.م.م.ت.

(2) Article 420 Modifié par décret n° 2012 634 - du 3 mai 2012. . « L'avocat remplit les obligations de son mandat sans nouveau pouvoir jusqu'à l'exécution du jugement pourvu que celle - ci soit entreprise moins d'un an après que ce jugement soit passé en force de chose jugée. Ces dispositions ne font pas obstacle au paiement direct à la partie de ce qui lui est dû. »

(3)مثل ما أورده المشرع بالفصول 377 و377 مكرر و377 ثالثا م.ح.ع. في تحرير الصكوك المتعلقة بعقارات مسجلة. و الفصل 189 مكرر من المجلّة التجارية في تحرير العقود الخاصة بالأصل التّجاري (أضيف بالقانون عدد 31 لسنة 2003 المؤرخ في 28 أفريل 2003).

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)

ـ يجب أن يبين بعريضة الدعوى اسم 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 اسمه ومقره الاجتماعي 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 71 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

ـ 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.

الفصل 72 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

ـ على محامي المدعي أن يقدم لكتابة المحكمة قبل تاريخ الجلسة بسبعة أيام أصل

العريضة المبلغة للمدعى عليه مصحوبة بالمؤيدات وكشف في نظيرين يتضمن بيانها يوقعه الكاتب ويرجع له أحدهما إثباتا لتوصله بها ويتولى كاتب المحكمة تقييد القضية بالدفتر المخصص لها بعد التحقق من خلاص المعاليم ثم يرسمها بجدول الجلسة المعينة لها ويعرضها على رئيس المحكمة لتعيين القاضي المقرر.

الفصل 73 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ إذا لم يقم محامي المدعي بتقييد القضية في الأجل المحدد له فلمحامي المدعى عليه أن يطلب تقييدها إلى نهاية اليوم السابق عن تاريخ الجلسة بعد الإعلان عن نيابته.

الفصل 74 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ إذا كلف المدعى عليه محاميا يجب على هذا الأخير أن يعلم بذلك محامي المدعي بواسطة عدل منفذ وأن يقدم نسخة من ذلك الإعلام لكتابة المحكمة لتضاف لملف القضية.

كما يجب عليه أن يبلغ محامي المدعي نسخة من تقرير جوابه مع نسخ مما له من المؤيدات.

التعليق على الفصول 69 إلى 74

بعدما وضع الفصل 68 م.م.م.ت. واجب تكليف المحامي أمام المحكمة الابتدائية أوردت الفصول 69 إلى 74 م.م.م.ت. إجراءات تحرير عريضة الدّعوى وتبليغها إلى المطلوب وتقييدها سواء من قبل المدّعي بصفة أصلية أو عن طريق المطلوب بصفة اختيارية[1].

ـ **تحرير عريضة الدّعوى:** عريضة الدّعوى هي العريضة التي تحرّر من قبل المدّعي ويضمنها الأسانيد الواقعية والقانونية لطلباته. ويجب أن يبين المدّعي بعريضة الدعوى اسم 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 اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه. ويجب أن تتضمن العريضة التنبيه على

(1) أما بالنسبة إلى جزاء الإخلال بهذه الإجراءات، فيراجع التعليق على الفصول 76 إلى 79 م.م.م.ت. في إجراءات انعقاد الجلسة الأولى.

المستدعى بتقديم جوابه كتابة مصحوبا بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعينة لها القضية وإلا فإن المحكمة تنظر فيها حسب أوراقها.

ويشترط المشرع أن تحرّر عريضة الدعوى بواسطة محامي أمام المحكمة الابتدائية فلا يملك المدّعي أو من ينوبه من الأشخاص أن يحرّر عريضة الدّعوى اللهم إلا إذا افترضنا تحريرها ماديّا من أي طرف ويتبناها محامي المدّعي بإمضائه[1]. ويلاحظ أنّ القوانين المقارنة فصلت بين مهنة المحامي الذي يتولى المرافعة في الأصل ومهنة مساعد القضاء الذي يخول له تحرير عريضة الدّعوى في حقّ المدّعي[2].

ـ **تبليغ عريضة الدّعوى والمستندات:** لا يكتفى بتحرير الدّعوى إذ بتحريرها لا تنعقد الخصومة، فلا بدّ من تبليغها إلى المدّعى عليه وعندئذ تنعقد الخصومة. وترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب، حيث إنّ إنابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية ومقر المحامي يعتبر مقرا مختارا لمنوبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها[3]. وبالتالي فإنّ مكتب محامي المدّعي سيكون هو مقر المدّعي في درجة التقاضي وإليه يوجه جواب المدّعى عليه.

ويكلف محامي المدّعي باختياره عدل التنفيذ لتبليغ نظيرا من عريضة الدّعوى للمطلوب وتكون العريضة مرفوقة وجوبا بنسخ من المؤيدات وتتعدد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين[4]. ويلاحظ أنّ التبليغ أمام المحكمة الابتدائية لا يمكن أن يكون إلا بواسطة عدل تنفيذ.

ولا بدّ أن يراعى في التبليغ أجل الحضور حيث لا يمكن أن يقل ميعاد الحضور عن واحد وعشرين يوما قبل موعد الجلسة إذا كان للخصم مقر بالبلاد التونسية وعن ستين يوما إذا كان مقره بالخارج وكذلك بالنسبة إلى الدولة والمؤسسات العمومية[5]. ويلاحظ أنّ محامي المدّعي هو الذي يختار تاريخ الجلسة من التواريخ المحدّدة من قبل المحكمة ويراعي في اختياره المدّة الكافية للحضور.

(1) الفصل 68 م.م.م.ت.
(2) مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية الحديثة.
(3) الفصل 68 م.م.م.ت.
(4) الفصل 69 م.م.م.ت.
(5) الفصل 70 م.م.م.ت.

ـ **جواب المدّعى عليه**: بعد أن يتلقى المدّعى عليه عريضة الدّعوى والمستندات يجوز له أن يكلف بدوره محاميا مع أنّ تكليف المحامي بالنسبة إلى المدّعى عليه غير لازم. على أنّه إذا كلف المدعى عليه محاميا يجب على هذا الأخير أن يعلم بذلك محامي المدعي بواسطة عدل منفذ وأن يقدم نسخة من ذلك الإعلام لكتابة المحكمة لتضاف إلى ملف القضية. كما يجب عليه أن يبلغ محامي المدعي نسخة من تقرير جوابه مع نسخ مما له من المؤيدات[1].

ويوجه جوابه إلى عنوان مكتب محامي المدّعي الذي يعتبر مقرا للمدّعي في درجة التقاضي إلاّ إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك فيوجه الجواب إلى المقرّ المختار.

ـ **تقييد القضية**: الأصل أنّ تقييد القضية واجب محمول على المدّعي وإذا تخلف المدّعي بإمكان المدّعى عليه تقييدها. ويتولى التقييد كاتب المحكمة أي إدراج القضية بيومية القضايا المحدّدة ليوم محدّد. ويرى البعض أنّ هذا التقييد هو منطلق الخصومة خلافا لمن يرى أنّ منطلقها هو التبليغ كما تقدّم.

ويتولى كاتب المحكمة تقييد القضية بالدفتر المخصص لها بعد التحقق من خلاص المعاليم القانونية ثم يرسمها بجدول الجلسة المعينة لها ويعرضها على رئيس المحكمة بعد ذلك لتعيين القاضي المقرر[2].

ويجب أن يقع التقييد قبل تاريخ الجلسة **بسبعة أيام**. ولا يتمّ التقييد إلاّ بتقديم العريضة المبلغة مصحوبة بالمؤيّدات ويضاف إلى ذلك كشف بنظيرين، وبعد تقييد القضية يسلم كشف إلى محامي المدّعي ويبقى كشف بأوراق الملف، حيث على محامي المدعي أن يقدم لكتابة المحكمة قبل تاريخ الجلسة بسبعة أيام أصل العريضة المبلغة للمدعى عليه مصحوبة بالمؤيدات وكشف في نظيرين يتضمن بيانها يوقعه الكاتب ويرجع له أحدهما إثباتا لتوصله بها[3].

على أنّه، والإمكانية تبقى واردة، إذا لم يقم محامي المدعي بتقييد القضية في الأجل المحدد له أي سبعة أيّام فلمحامي المدعى عليه أن يطلب تقييدها إلى نهاية اليوم السابق عن تاريخ الجلسة بعد الإعلان عن نيابته، أي قبل يوم واحد عن تاريخ الجلسة[4].

(1) الفصل 74 م.م.م.ت.
(2) الفصل 72 م.م.م.ت.
(3) الفصل 72 م.م.م.ت.
(4) الفصل 73 م.م.م.ت.

الفصل 75 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ إذا توفي المحامي أو فقد صفته فإن القضية تؤجل حتى يعين مجلس هيئة المحامين من يقوم مقامه مؤقتا ريثما تقع إنابة محام آخر.

ولا يجوز للمحامي أن يتخلى عن النيابة في وقت غير مناسب وعليه عند التخلي أن يعلم بذلك موكله وأن يدلي للمحكمة بما يفيد وقوع هذا الإعلام.

وعلى موكله تعيين محام جديد في ظرف خمسة عشر يوما من يوم إعلامه بالتخلي وإن لم يفعل ذلك وكان مدعيا طرحت القضية أو سقط الطعن أما إذا كان مدعى عليه فإن المحكمة تواصل أعمالها في القضية.

ويكون الأمر كذلك إذا عزل المحامي من طرف من أنابه دون أن يعوضه.

التعليق على الفصل 75

أورد المشرع مبدأ وجوبية المحامي أمام المحكمة الابتدائية بالفصل 68 م.م.م.ت. وقد سبق أن شرحنا حدود الوجوبية وكيفية تكليفه وسلطته ونهاية نيابته ومسؤوليّته والإطار القانوني في ذلك[1].

وأورد الفصل 75 م.م.م.ت. نظام وقف الخصومة بسبب الوفاة أو فقد الصفة وانقطاعها بسبب التخلي وعزل الوكيل، حيث يجوز أن يتخلى المحامي أثناء نشر الخصومة وهو ما يأتي في باب عوارض الخصومة وقد أورد الفصل 75 م.م.م.ت. حلا لمثل هذه الصور ولحالات وفاة المحامي أو فقد صفته أو طلب التخلي أو عزله حيث نصّ الفصل 75 م.م.م.ت. كما هو منقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 على أنّه «إذا توفي المحامي أو فقد صفته فإن القضية تؤجل حتى يعين مجلس هيئة المحامين من يقوم مقامه مؤقتا ريثما تقع إنابة محام آخر. ولا يجوز للمحامي أن يتخلى عن النيابة في وقت غير مناسب وعليه عند التخلي أن يعلم بذلك موكله وأن يدلي للمحكمة بما يفيد وقوع هذا الإعلام. وعلى موكله تعيين محام جديد في ظرف خمسة عشر يوما من يوم إعلامه بالتخلي وإن لم يفعل ذلك وكان مدعيا طرحت القضية أو سقط الطعن أما إذا كان مدعى عليه فإن المحكمة تواصل أعمالها في القضية. ويكون الأمر كذلك إذا عزل المحامي من طرف من أنابه دون أن يعوضه».

(1) يراجع التعليق على الفصل 75 م.م.م.ت.

فإذا توفي المحامي أو فقد صفته بعزل أو عجز وما شابه ذلك فإنّ القضية لا تودع بكتابة المحكمة بل تؤجل إلى غاية تعيين من يعوضه من قبل هيئة المحامين بصفة وقتية وللأطراف تكليف من ينوبهم بعد ذلك، فهي على علم بوضعية المحامي ولها أن تتخذ القرار في أقرب الآجال، ولا يعدّ ذلك حالة من حالات انقطاع الخصومة بل وقفها إذ لا حاجة إلى إعادة التبليغ.

أما إذا رغب المحامي في التخلي فالقاعدة أنه لا يجوز للمحامي أن يتخلى عن النيابة في وقت غير مناسب وقد يسأل مدنيا عند الاقتضاء، وإذا رغب في التخلي فلا بدّ من احترام الإجراءات في ذلك، وبذلك فهي صورة من صور انقطاع الخصومة، فعليه أن يعلم بذلك موكله وأن يدلي للمحكمة بما يفيد وقوع هذا الإعلام. وعلى موكله تعيين محام جديد في ظرف خمسة عشر يوما من يوم إعلامه بالتخلي وإن لم يفعل ذلك وكان مدعيا طرحت القضية أو سقط الطعن أما إذا كان مدعى عليه فإن المحكمة تواصل أعمالها في القضية. ويطرح الإشكال عادة في أنّ الإعلام يقع طبق الفصل 8 م.م.م.ت. ولا يكون المدّعي عالما بالتخلي فلا يتمكّن من تكليف غيره وقد يكون مهدّدا بطرح القضية أو بسقوط الطعن إلا إذا رأت المحكمة إعادة الاستدعاء إلى حين علمه شخصيا، ولو أنّ الإعلام طبق الفصل 8 م.م.م.ت. هو إعلام قانوني وينتج آثاره القانونية.

ويجوز كذلك عزل المحامي من قبل المدّعي أو المدّعى عليه، والمقتضى أن يقع إعلام المحامي ثمّ يكلف الطّرف المعني من ينوبه فإن كان مدّعيا طرحت القضية أو سقط الطعن إن لم يقع التكليف في أجل 15 يوما أو سقط الطعن وإن كان مدعى عليه تواصل المحكمة النّظر، ومن أجل ذلك نصّ الفصل 75 م.م.م.ت. في آخره على أنّ « الأمر يكون كذلك إذا عزل المحامي من طرف من أنابه دون أن يعوضه».

على أنّه لا شيء يمنع من مواصلة الخصومة بدون محامي في القضايا التي لا يفرض فيها المحامي، ويجوز للخصوم الحضور بأنفسهم والدّفاع عن موقفهم دون مساعدة كما هي الصورة أمام قاضي الناحية أو في قضايا الأحوال الشخصية أو العرفية أو الجبائية.

الباب الثاني

في جلسات التحضير

الفصل 76 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ تقع المناداة على القضية يوم الجلسة المعينة لها وتتولى المحكمة التحقق من حضور الخصوم وصفاتهم واستيفاء الإجراءات القانونية.

الفصل 77 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ للمحكمة أن تأذن بإعادة استدعاء المدعى عليه إن لم يبلغه الاستدعاء الأول شخصيا.

الفصل 78 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ على الخصم إذا تخلف عن إحدى الجلسات أن يبحث عن تاريخ الجلسة التي أخرت إليها القضية.

الفصل 79 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ إذا لم يقدم محامي المدعي مؤيدات الدعوى في الأجل المحدد تطرح القضية ما لم يكن المدعى عليه هو الذي قام بتقييدها.

ويقع تلقي جواب المدعى عليه كتابة مع ما له من الدفوع لرد الدعوى بواسطة محاميه فإذا لم يكلف محاميا كما أشير إليه بالفصل 70 أو كلفه ولم يقدم جوابه ودفوعاته فإن المحكمة تواصل النظر في القضية حسب ما تقتضيه أوراقها.

التعليق على الفصول 76 إلى 79

أوردت الفصول 76 إلى 79 إجراءات الجلسة الأولى بعد تحرير عريضة الدّعوى وتبليغها وتقييدها وجواب المدّعى عليه، وبين من خلالها مواقف كلّ من المحكمة والمدّعي والمدّعى عليه.

+**موقف المحكمة:** تقع المناداة على القضية يوم الجلسة المعينة لها وتتولى المحكمة التحقق من حضور الخصوم وصفاتهم واستيفاء الإجراءات القانونية[1]. وليس للمحكمة أن تثير جميع النقائص، فمن الإجراءات ما يتعلق بالإجراءات الأساسية ويجب إثارته تلقائيا ولكن منها ما يتعلق بمصلحة الخصوم ولا يجوز

(1) الفصل 76 م.م.م.ت.

للمحكمة إثارته. وقد نصّ المشرع صراحة على دور المحكمة في الجلسة الأولى، فلها الإذن بإعادة الاستدعاء وتلزم بوضع الجزاء المناسب في صورة الخلل، ولها أن تؤخر القضية في نهاية الأمر إن رأت ضرورة في إعادة الاستدعاء ولم تعاين ما من شأنه أن يوجب البطلان أو الطرح.

***إعادة الاستدعاء:** فللمحكمة أن تأذن بإعادة استدعاء المدعى عليه إن لم يبلغه الاستدعاء الأول شخصيا[1]. فبحكم أنّ مجلة الإجراءات المدنية لم تتبن إمكانية الحكم غيابيا في المادة المدنية رأى المشرع بمناسبة تنقيح 1986 من الصالح أن تأذن المحكمة بإعادة الاستدعاء لضمان الحضور الشخصي للمدّعى عليه. فرغم أنّ مقر أو عنوان المطلوب الذي اعتمده الطالب في استدعائه ليس له علاقة بالإجراءات الأساسية إذ الأساسي أن يتمّ التبليغ بالطريقة وطبق الإجراءات التي حدّدها المشرع أما اعتماد عنوان دون آخر فله علاقة بمصلحة الخصوم، ومع ذلك فقد سمح المشرع للمحكمة بأن تأذن بإعادة الاستدعاء إذا لم يبلغ الاستدعاء للمدّعى عليه شخصيا أي بلغه طبق الفصل 8 وما يليه م.م.م.ت.

ولكنّ هناك فرقا كبيرا بين عدم التبليغ الشخصي وعدم الحضور، فما قصده المشرع هو عدم التبليغ الشخصي. ولا يستشف من عدم حضور المطلوب عدم بلوغ الاستدعاء في جميع الصور إذ قد يكون علم بالرغم من عدم التبليغ شخصيا ولكنه خير عدم الحضور لعدم تصحيح الإجراءات كما سيأتي.

ويلاحظ أنّ هذه الإمكانية قد تكون في بعض الصور سببا من أسباب تأخير القضية ومناسبة غير مبرّرة للمحكمة لمراقبة مستوى ليس له علاقة بالإجراءات الأساسية. والأفضل أن لا تتساهل المحكمة في إعادة الاستدعاء ولو أنّ الإمكانية أقرّها المشرع صراحة.

فعادة ما تقرر المحكمة إعادة الاستدعاء لمقر معين دون آخر وكأنّ المحكمة اختارت مقرا دون آخر وحلت محلّ الأطراف في تعيين المقر الأصلي أو المختار، وهو اتجاه غير مطلوب إذ المطلوب ما قرّره المشرع وسمح به وهو أن تقرر إعادة الاستدعاء وعلى الأطراف بيان العنوان المعتمد في ذلك وليس من مهام المحكمة قطعا بيان هذا العنوان.

***الحكم بالجزاء:** شكليات تحرير عريضة الدّعوى وتبليغها وتقييدها هامة وإنّ الإخلال بها يمكن أن يؤدّي إلى بطلان عريضة الدّعوى أو طرح القضية.

(1) الفصل 77 م.م.م.ت.

.**بطلان عريضة الدّعوى:** 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 المستدعى بتقديم جوابه كتابة مصحوبا بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعينة لها القضية أو لم تبلغ إليه نسخة من مؤيدات الدعوى.

فقد بيّن المشرع الإخلالات التي يمكن أن تصيب شكليات التحرير والتبليغ وهي على ستّة: خلل الهوية وتاريخ الجلسة والمحكمة وموعد الحضور وعدم التنبيه بالجواب وعدم تبليغ مؤيّدات الدّعوى، ففي جميع هذه الصور تبطل عريضة الدّعوى. معنى ذلك أنّ ما يخرج عن هذه الصور لا يناله جزاء البطلان فلا تبطل العريضة بسبب عدم ذكر النصّ قانوني بعريضة الدّعوى.

وبالرغم من أنّ شكليات التحرير والتبليغ لها علاقة بالإجراءات الأساسية إلا أنّ المشرع سمح بتصحيح جملة من الشكليّات وهو إجراء خاص بمصلحة الخصوم. فيزول البطلان بمجرّد حضور المدعى عليه أو محاميه إذا كان الخلل من الصنف الوارد في الحالات الأربعة الأولى أي خلل الهوية والمحكمة وتاريخ الجلسة وموعد الحضور أو بتقديم الجواب عن الدعوى إذا كان الخلل من الصنف الوارد في الحالتين الأخيرتين أي في حالتي عدم التنبيه وعدم تبليغ المستندات. ففي الصور الأولى يكفي عدم الحضور وفي الصورتين الأخيرتين يجب الحضور والجواب ولا يكفي الحضور فقط.

ويبدو الرأي القائل بأنّ المدّعى عليه بإمكانه الحضور للتمسك بطلان العريضة في الحالات الأولى ولا تملك المحكمة الحكم بالبطلان قليل الأهمية إذ أنّ المشرع نصّ صراحة على أنّ مجرّد الحضور يصحح الخلل في الصور الأولى.

وإذا تبين بطلان عريضة الدّعوى لأي سبب من الأسباب المشار إليها يجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلانها وذلك عند تخلف المدعى عليه أو محاميه عن الحضور أو عن تقديم الجواب بحسب الأحوال[1].

.**طرح القضية:** وضح المشرع جزاءً خاصا وهو **طرح القضية** في حالة عدم تقييد القضية في أجلها، على خلاف الخلل الخاص بالتحرير والتبليغ. ويذكر

(1) الفصل 71 م.م.م.ت.

أنّ القاعدة في جزاء الخلل بالشكليات هو البطلان بينما جزاء خلل الأجل هو السقوط الإجرائي، وقد اعتمد المشرع جزاء الطرح عوضا عن السقوط.

فإذا لم يقدم محامي المدعي مؤيدات الدعوى في الأجل المحدد أي سبعة أيام قبل تاريخ الجلسة تطرح القضية ما لم يكن المدعى عليه هو الذي قام بتقييدها[1]. وهذا يدلّ بصفة واضحة على أنّ مستندات الدّعوى لا يمكن أن تقدّم يوم الجلسة، وحتى لو حضر محامي المدّعي وقدّمها يوم الجلسة فعلى المحكمة أن تقضي بطرح القضية إذ أنّ تقييد القضية في آجالها من الإجراءات الأساسية ولم يرد في شأنها تصحيح أكثر من أن يكون المدّعى عليه قد قيّدها فلا تطرح القضية.

***تأخير القضية:** إذا حضر المدّعي وسبق تقييد القضية وتقديم المؤيدات في موعدها وخلت من العيوب بالرغم من عدم حضور المطلوب أو أصابها خلل في الهوية أو الجلسة أو المحكمة أو موعد الحضور وحضر المطلوب أو لم يسبق التنبيه على المطلوب بتقديم جوابه يوم الجلسة أو لم تبلغ إليه المستندات وأجاب المطلوب عن الدّعوى، ففي جميع هذه الحالات، وإذا لم تر المحكمة مصلحة في إعادة الاستدعاء، تقرر المحكمة تأخير القضية للتحقيق في الدّعوى أو للمرافعة إذا كانت جاهزة.

+**موقف المدّعي:** يمكن أن يتولى المدّعي إجراءات التحرير والتبليغ والتقييد طبق القانون فلا يلتفت لحضور أو عدم حضور أو جواب أو عدم جواب المدّعى عليه أو تقييده للقضية. فإذا أصاب شكليات التحرير والتبليغ من النوع الذي يناله البطلان فيعوّل على حضور أو جواب المدّعى عليه بحسب الصور وإذا تأخر في التبليغ فيعول على تقييد المدّعى عليه.

ولا يمكن أن يعول المدّعي على أكثر ممّا سمح به المشرع في التصحيح، فلا يمكن أن يتمسك بصحة الشكليات ولم يحضر المدّعى عليه أو لم يجب في الأصل بحسب الحالات ولا يجوز التمسك بالصحة وقد غفل عن التقييد في الموعد ولا يمكن أن يقدّم المستندات يوم الجلسة أول مرّة.

+**موقف المدّعى عليه:** الأصل أن يكلّف المدّعى عليه محاميا منذ تلقيه عريضة الدّعوى ويبلغ جوابه إلى محامي المدّعى قبل تاريخ الجلسة. ولكن المدّعى عليه

(1) الفصل 79 فقرة أولى م.م.م.ت.

غير ملزم قانونا بأن يكلف محاميا أو أن يجيب عن الدّعوى. وعليه إذا تخلف عن إحدى الجلسات أن يبحث عن تاريخ الجلسة التي أخرت إليها القضية[1].

ومع ذلك فإنه لا يمكن للمطلوب أن يجيب عن الدّعوى إلا كتابة بواسطة محامي حيث يقع تلقي جواب المدعى عليه كتابة مع ما له من الدفوع لرد الدعوى بواسطة محاميه فإذا لم يكلف محاميا أو كلفه ولم يقدم جوابه ودفوعاته فإن المحكمة تواصل النظر في القضية حسب ما تقتضيه أوراقها[2].

ولكنّ المدّعى عليه يلزم في أكثر الصّور من حيث الواقع بتكليف محامي للجواب عن الدّعوى سواء قبل الخوض في الأصل أو لطلب التأخير أول جلسة للجواب في الأصل.

فالصور كثيرة تدفع المدّعى عليه للجواب قبل الخوض في الأصل كما في صورة طلب الإبطال لمخالفة القواعد التي لها علاقة بمصلحة الخصوم على معنى الفقرة الثانية من الفصل 14 م.م.م.ت. أو لطلب التخلي عن النظر بدعوى سابقية نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بقضية أخرى أو للدفع بعدم الاختصاص الترابي[3]. ففي جميع هذه الصور لا بدّ أن يقع الدّفع قبل الخوض في الأصل أي أول جلسة بالنسبة إلى المدّعى عليه والقاعدة أنه لا يمكن الجواب إلا كتابة بواسطة محامي.

وإذا لم يكن للمطلوب ما يتمسك به قبل الخوض في الأصل فعادة ما يحضر محامي المطلوب إن لم يكن حضوره مفيدا لتصحيح الإجراءات ويطلب التأخير للجواب في الأصل.

الفصل 80 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ تحيل المحكمة لجلسة المرافعة القضايا التي ترى أنها مهيأة للحكم في الأصل ويمكن أن تكون الجلسة في اليوم ذاته.

الفصل 81 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ يمكن للمحكمة أن تأذن بالمرافعة حينا ودون لزوم لإجراءات أخرى إذا كانت القضية مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خط يد معرف بالإمضاء به أو قرينة قانونية أو كان هناك تأكد يوجب النظر على وجه السرعة.

(1) الفصل 78 م.م.م.ت.
(2) الفصل 79 فقرة ثانية م.م.م.ت.
(3) الفصلان 15 و18 م.م.م.ت.

الفصل 82 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ يمكن للمحكمة أن تعين لجلسة المرافعة القضايا التي لا تستدعي أبحاثا بواسطة القاضي المقرر وأن تأذن لمحامي الأطراف بتبادل التقارير والوثائق في آجال تضبطها لهم.

الفصل 83 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ يستمر محامو الأطراف على تبادل الملحوظات بينهم دون إجراءات خاصة سوى إمضاء كل منهم كل على توصله بما قدمه له زميله وتقدم نسخ من تلك الملحوظات وكذاك الوثائق لتضاف لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة للمرافعة بعشرة أيام بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة أيام بالنسبة لمحامي المدعى عليه ولا تقبل التقارير المقدمة بعد الآجال المذكورة.

الفصل 84 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين بالفصل قبله.

التعليق على الفصول 80 إلى 84

جلسة المرافعة هي الجلسة التي يعينها القاضي لتمكين الخصوم ونوابهم من شرح وتوضيح ما سبق تقديمه بعد الانتهاء من جلسات التحضير. وتتميّز الإجراءات الادّعائية بأنّها علنية وشفاهية وتحتكم لمبدأ المواجهة، وتعدّ جلسة المرافعة هي المظهر لمبدأ الشفاهية متى يجوز لمحامي الأطراف الترافع شفاهيا أمام هيئة المحكمة. ولكنّ هذا المبدأ عرف تراجعا كبيرا إذ عادة ما يحضر محامو الخصوم ويكتفون بالتمسك بالتقارير المضافة. كما سمح المشرع من خلال تنقيح مجلة المرافعات بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 بأن يتولى القاضي المقرر «تلقي التقارير والمؤيدات من المحامين **ومطالبتهم بما يراه لازما من الإيضاحات** والوثائق الإضافية (الفصل 87 م.م.م.ت.)». وبالتالي من الممكن الحديث في هذا الإطار عن الشفاهية على مستوى تعهّد القاضي المقرر خلال مرحلة التحضير. ولكنّ ذلك ليس إلا استثناءً إذ أن المرافعة الشفاهية لا تجوز إلا خلال جلسة المرافعة.

وقد حدّدت الفصول 80 إلى 86 م.م.م.ت. والفصول 114 إلى 118 م.م.م.ت. نظام المرافعة على مستوى المحكمة الابتدائية كما حدّد الفصلان 139 و140 م.م.م.ت. نظام المرافعة على مستوى محكمة الاستئناف، وجاء

الفصل 188 م.م.م.ت. محدّدا لجلسة المرافعة أمام محكمة التعقيب، كما أشار المشرع بالفصل 163 م.م.م.ت.إلى جلسة المرافعة بالنسبة إلى التماس إعادة النظر.

وقد جاءت الفصول 80 إلى 86 م.م.م.ت. في بيان طريقة تعيين جلسة المرافعة (1) وتحديد الآثار في ذلك (2).

1 ـ تعيين جلسة المرافعة

قدمنا أنّ القضية تمرّ إجمالا عبر المرحلة التحضيرية ثمّ المرافعة ثمّ المفاوضة والتصريح بالحكم. فلا يمكن الحديث عن المرافعة وهي المجادلة الشفاهية إلا بجلسة المرافعة باستثناء ما أورده المشرع بالفصل 87 م.م.م.ت. من أنّ القاضي المقرر يمكن أن يتلقى التقارير والمؤيدات من المحامين ومطالبتهم بما يراه لازما من الإيضاحات والوثائق الإضافية عند تهيئة القضية للفصل.

على أنّ بعض القضايا لا يلزم فيها جلسة المرافعة أصلا كما هي الصورة في القضايا الاستعجالية والقضايا المنشورة أمام قاضي الناحية وقضايا الاعتراض على بطاقات الإلزام[1]، وإجمالا جميع القضايا التي لا يلزم فيها تكليف محامي.

كما أنّ بعض الحالات الخاصة لا تفرض المرور عبر جلسة التحضير كما هي الصورة في نظر محكمة التعقيب أو تعهّد محاكم الأصل طبق إجراءات الاعتراض أو التماس إعادة النظر، حيث إنّ جلسة المرافعة تعين أمام محكمة التعقيب في نفس اليوم أي في أول جلسة إذ الأصل أن لا تؤخر المحكمة القضية

(1) نصّ الفصل 27 من مجلة المحاسبة على ما يلي:» يقع الاعتراض على بطاقات الإلزام في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلام بها للمعني بالأمر. ويجب أن يكون الاعتراض معللا وأن يتضمن تعيين القضية لجلسة معينة لدى محكمة الاستئناف التي يوجد بدائرتها المكتب الصادرة عنه بطاقة الإلزام كما يتضمن الاعتراض تعيين مقر المعترض بالمدينة المنتصبة بها المحكمة المذكورة. يقع التحقيق في الاعتراض كتابيا وبدون مرافعة وذلك بتقديم كل من الطرفين تقارير كتابية في الموضوع تبلغ للطرف الاخر قبل تسليمها للمحكمة كما أن اعتماد المحامين في مثل هذه القضايا ليس وجوبيا، بيد أنه يتيسر للمعترض أن يقدم بنفسه أو بواسطة محام رسمي بيانات شفاهية كما يتيسر ذلك للهيئة صاحبة الدين.
ويصدر الحكم في القضية بعد الاستماع إلى تقرير في ذلك من طرف الحاكم المكلف تقع تلاوته بالجلسة العامة بعد أخذ رأي المدعي العمومي، ويكون الحكم الصادر نهائيا ولا يمكن الطعن فيه إلا بطريقة التعقيب. « وتنطبق نفس الإجراءات على الاعتراضات على النسخ المستخرجة من جداول التحصيل « (نقحت بالقانون عدد 106 لسنة 2005 المؤرخ في 19 ديسمبر 2005).

لجلسة المرافعة ولا تعقد المرافعة في جميع الملفات حيث لا يحدث ذلك إلا إذا طلب المحامي الترافع مسبقا[1]. كما أنّ المحكمة المتعهدة طبق إجراءات التماس إعادة النظر تفصل أولا في قبول إعادة النظر شكلا بجلسة علنية ثم تحدد جلسة أخرى للمرافعة في الموضوع بدون احتياج لإعادة الاستدعاء ولها أن تحكم في قبول الطعن شكلا وفي الموضوع بحكم واحد إذا استوفى الخصوم طلباتهم في الموضوع[2]. ونفس الصورة بالنسبة إلى الاعتراض[3].

وإذا تجاوزنا هذه الصور الخاصة تحيل المحكمة الابتدائية لجلسة المرافعة القضايا التي ترى أنها مهيأة للحكم في الأصل ويمكن أن تكون الجلسة في اليوم ذاته[4]. ويمكن للمحكمة أن تأذن بالمرافعة حينا ودون لزوم لإجراءات أخرى إذا

(1) الفصل 188 م.م.م.ت.
(2) الفصل 163 م.م.م.ت.
(3) الفصول من 168 إلى 174 م.م.م.ت. في الاعتراض
(4) الفصل 80 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)- مباشرة بعد المراقبة الشكلية، وهو جلسة اليوم الأول، المفروض أن يقدّم المدّعى عليه جوابه يوم الجلسة المعينة لها القضية والقاعدة أنّ المدّعي يعلم المدّعى عليه بعريضة الدّعوى المبلغة بأن يقدم جوابه يوم الجلسة المعينة لها القضية (الفصل 70 م.م.م.ت.)، والمفروض أنّ تؤخر القضية في ذلك اليوم للمرافعة طالما أنّ القضية لا تستدعي أبحاثا بواسطة القاضي المقرر (الفصل 82 م.م.م.ت.) ولو طلب المدّعي التأخير للجواب على ما قدّم بالجلسة إذ من الممكن تعيين جلسة المرافعة والإذن للخصوم بتبادل التقارير في آجال تحدّدها لهم (الفصل 82 م.م.م.ت.). وتلك هي غاية المشرع من خلال تنقيح 1986 وهي الرغبة في اختصار الآجال وفصل القضية في أقرب الأوقات فلا فائدة في التأخير وإبقاء القضية في مرحلتها التحضيرية طالما كانت القضية جاهزة للفصل ولا تتطلب أبحاثا إضافية.
ولكنه من الممكن من الناحية الواقعية أن تبقى القضية في مرحلتها التحضيرية ولو لم يحضر المدّعى عليه بعد استدعائه كما يجب إذ أنّ القاعدة أن تتلقى المحكمة يوم الجلسة الأولى جواب المدعى عليه كتابة مع ما له من الدفوع لرد الدعوى بواسطة محاميه فإذا لم يكلف محاميا أو كلفه ولم يقدم جوابه ودفوعاته فإن المحكمة تواصل النظر في القضية حسب ما تقتضيه أوراقها (الفصل 79 م.م.م.ت.) ويجوز في مثل هذه الصورة أن يطلب المدّعي التأخير لإضافة بطاقة الإشعار بالبلوغ إذا لم يكن التبليغ للمدّعى عليه شخصيا أو لتقديم طلبات إضافية أو الزيادة فيها فتستجيب له المحكمة وتبقي الجلسة بمرحلتها التحضيرية، وعلى الخصم إذا تخلف عن إحدى الجلسات أن يبحث عن تاريخ الجلسة التي أخرت إليها القضية (الفصل 78 م.م.م.ت.). كما أنه في صورة حضور المدّعى عليه وتقديمه جوابه عادة ما يطلب المدّعي التأخير للجواب على ما قدّم بالجلسة وتستجيب له المحكمة دون صرف القضية للمرافعة.
والواضح أنّ مثل هذه الحلول الواقعية إنما أراد المشرع تلافيها من خلال تنقيح 1986 والأصل أن تصرف القضية للمرافعة ويسمح للأطراف بتبادل التقارير في الآجال

كانت القضية مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خط يد معرف بالإمضاء به أو قرينة قانونية أو كان هناك تأكد يوجب النظر على وجه السرعة[1]. وفي جميع القضايا التي لا تستدعي أبحاثا بواسطة القاضي المقرر يمكن للمحكمة أن تصرفها لجلسة المرافعة وتأذن لمحامي الأطراف بتبادل التقارير والوثائق في آجال تضبطها لهم[2]. وبالتالي فإن تعيين جلسة المرافعة يمكن أن يكون منذ اليوم الأول ويمكن أن يؤذن بالمرافعة يوم الجلسة إذا توفرت حالة التأكد كما يمكن أن تصرف القضايا للمرافعة إذا كانت لا توجب تدخل القاضي المقرر ويمكن أن تسمح لمحامي الخصوم تبادل التقارير لأجل محدّد تعينه.

وتنطبق نفس هذه الإجراءات على جلسة المرافعة أمام محكمة الاستئناف حيث يقع تعيين القضية لجلسة المرافعة عندما يستوفي الطرفان ما لديهما من الملحوظات والمؤيدات الكتابية بالطريقة المبينة بباب الاستئناف (الفصلان 137 و138 م.م.م.ت.) وتصبح القضية جاهزة للحكم[3]. والقاعدة أنّ القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على نوازل الاستئناف بقدر ما لا تتخالف مع أحكام الواردة في باب الاستئناف[4].

2 ـ آثار تعيين جلسة المرافعة

إذا تمّ تعيين جلسة المرافعة يستمر محامو الأطراف على تبادل الملحوظات بينهم دون إجراءات خاصة سوى إمضاء كل منهم كل على توصله بما قدمه له زميله وتقدم نسخ من تلك الملحوظات وكذلك الوثائق لتضاف لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة للمرافعة بعشرة أيام بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة أيام بالنسبة لمحامي المدعى عليه ولا تقبل التقارير المقدمة بعد الآجال المذكورة[5]. ويمكن بطبيعة الحال للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين أعلاه أي عشرة أيام قبل موعد جلسة المرافعة أي

القانونية(الفصل 83 م.م.م.ت.) أو المحدّدة قضاءً (الفصل 82 م.م.م.ت.). ولكنّ القضية عادة ما تحال منذ اليوم الأول إلى القاضي المقرر لتهيئتها للفصل على معنى الفصل 85 م.م.م.ت.
(1) الفصل 81 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)-
(2) الفصل 82 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).
(3) الفصل 139 م.م.م.ت.
(4) الفصل 140 م.م.م.ت.
(5) الفصل 83 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)-

من الممكن تقديم طلبات عرضية إلى ذلك التاريخ[1]. كما أنّ بعض العوارض يمكن أن تحدث آثارها إذا حدثت قبل موعد جلسة المرافعة ويدخل في ذلك جميع عوارض الخصومة أي وفاة أحد الخصوم أو نوابهم أو فقدان الأهلية.

وإذا قرّرت المحكمة التمديد في أجل المرافعة فكأنها مدّدت في آجال جميع تلك الآثار بمعنى أنه يمكن أن تقدم التقارير قبل 10 أيام بالنسبة إلى المدعي و3 أيام بالنسبة إلى المدعى عليه ويمكن تقديم طلبات عرضية إلى حدّ ذلك التاريخ وتحدث عوارض الخصومة آثارها إلى تاريخ المرافعة الممدّد.

على أنّه لا يقبل أي عمل بعد ذلك التاريخ ولا تأثير لعوارض الخصومة بعد ذلك التاريخ، فقط أنّه يجوز للمحكمة بالرغم من تعيين تاريخ جلسة المرافعة أن تأذن لمحامي الأطراف بتبادل التقارير والوثائق في آجال تضبطها لهم تجاوزا للآجال المحدّدة قانونا[2].

وتبقى نفس هذه الآثار منسحبة على القضايا المنشورة أمام محكمة الاستئناف حيث إنّ القاعدة أنّ القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على نوازل الاستئناف بقدر ما لا تتخالف مع أحكام الواردة في باب الاستئناف[3].

الفصل 85 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ للمحكمة في القضايا التي لم تصرف للمرافعة أن تؤخرها لجلسة معينة وتحيلها للقاضي المقرر للبحث فيها وتهيئتها للحكم.

الفصل 86 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات أو إجراء توجهات واختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرر بإتمامها.

ويمكن أن تعين بالجلسة بمحضر الطرفين تاريخ إجراء الأبحاث التي أذنت بها يوما وساعة بمكتب القاضي المقرر أو على عين محل النزاع أو غير ذلك من الأماكن.

(1) الفصل 84 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ
(2) الفصل 82 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).
(3) الفصل 140 م.م.م.ت.

التعليق على الفصلين 85 و 86

خلافا لأحكام الفصل 85 م.م.م.ت. متى يجوز للمحكمة في القضايا التي لم تصرف للمرافعة أن تؤخرها لجلسة معينة وتحيلها للقاضي المقرر للبحث فيها وتهيئتها للحكم، يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات أو إجراء توجهات واختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرر بإتمامها. ويمكن أن تعين بالجلسة بمحضر الطرفين تاريخ إجراء الأبحاث التي أذنت بها يوما وساعة بمكتب القاضي المقرر أو على عين محل النزاع أو غير ذلك من الأماكن[1].

وبالتالي فإنه عوضا أن يحال الملف إلى القاضي المقرر من الجلسة الأولى إلى القاضي المقرر لتهيئته للفصل دون بيان الإجراء المطلوب ويبقى للقاضي المقرر الحرية في أن يتخذ في شأنه جميع الأعمال الواردة بباب القاضي المقرر (الفصول 87 إلى 91 م.م.م.ت.[2]) من الممكن تكليف القاضي المقرر بعمل محدّد دون أن يتعهّد بكامل الملف لتهيئته للفصل فيلتزم القاضي المقرر بتنفيذ الحكم التحضيري لا غير. فإذا كان التعهّد بتهيئة القضية للفصل يسند للقاضي المقرر سلطة واسعة على معنى الفصول 85 إلى 91 م.م.م.ت. فإنّ التعهدّ بتنفيذ حكم تحضيري محدّد لا يجيز للقاضي الخروج عن محتواه. وعادة ما تحدّد المحكمة يوم الجلسة بحضور محامي الخصوم طريقة تنفيذ الحكم التحضيري يوما ومكانا وساعة.

ويمكن أن يتخذ الحكم التحضيري بطلب من الخصوم أو بصفة تلقائية من المحكمة. والأصل أن المحكمة تتخذ هذا الإجراء منذ الجلسات التحضيرية الأولى، ولكنه من الممكن أن يسبق صرف القضية للمرافعة وحتى للمفاوضة فإذا لم تتضح القضية بالوجه الكافي يجوز للمحكمة أصالة منها أن تعيد القضية للطور التحضيري لتنفيذ حكم تحضيري محدّد. وقد نصّ المشرع صراحة على أنّه إذا لم تجد المحكمة خلال جلسة المرافعة بالملف الإيضاحات الكافية يمكنها أصالة منها الإذن بإحضار الشهود أو الخبراء بالجلسة الذين ترى منفعة في سماع شهادتهم وتأذن عند الاقتضاء بزيادة البحث كما يمكن لها الإذن بحضور الخصوم بذواتهم[3].

(1) الفصل 86 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ
(2) يراجع التعليق على الفصول 87 إلى 91 م.م.م.ت..
(3) الفصل 114 م.م.م.ت.

أما الوسائل التحضيرية فهي متعدّدة ولم يوردها المشرع على وجه الحصر بل أورد منها البعض واستعمل في النهاية بالفصل 86 م.م.م.ت. صيغة عامة قولا « وغير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة[1] ». فمن الممكن بالتالي للمحكمة أن تأذن بتتبع دعوى الزور[2] أو بالتحرير على الخصوم شخصيا أو تكلف خبيرا لإنجاز عمل فني في نقطة محدّدة[3] أو سماع الشهود[4] أو التوجه على عين المكان أو إتمام إجراءات اليمين.

الباب الثالث

في الأبحاث لدى القاضي المقرر

الفصل 87 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

ـ يتولى القاضي المقرر تهيئة القضية للحكم :

ـ بتلقي التقارير والمؤيدات من المحامين ومطالبتهم بما يراه لازما من الإيضاحات والوثائق الإضافية.

ـ بإجراء الأبحاث التي يستوجبها سيرها بسماع الطرفين شخصيا وضبط نقاط الخلاف بينهما وسماع البينات وتلقي ما لكل منهما من المؤيدات بما في ذلك توجيه اليمين الحاسمة.

ـ وإتمام التوجهات على العين والإذن بإجراء الاختبارات واتخاذ القرارات المتعلقة بالجوانب الشكلية التي لا تأثير لها على موضوع الدعوى.

ـ وله عند الاقتضاء التغيير والعدول عما قرر إجراءه وأذن باتخاذه من الوسائل.

ـ وينص بالملف على كل وسيلة يتخذها حسب تاريخها.

ـ ويحرر في النهاية تقريرا يستعرض فيه وقائع القضية وما أنجز فيها من الأعمال دون أن يبدي رأيه في الموضوع.

(1) بل أورد بالفصل 86 م.م.م.ت. بعضا من عوارض الخصومة أي إجراءات الزور المدني.

(2) وتنطبق بالتالي الفصول 234 إلى 240 م.م.م.ت في تتبع الزور المدني. يراجع باب عوارض الخصومة. يراجع التعليق على هذه الفصول.

(3) يراجع التعليق على الفصول 101 إللى 113 مكرر م.م.م.ت.

(4) يراجع التعليق على الفصول 92 إلى 100 م.م.م.ت.

الفصل 88 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

ـ يجري القاضي المقرر بنفسه أو بواسطة قاض آخر الأبحاث المأذون بها من طرف المحكمة أو التي يقررها بمقتضى الفصل 87.

وإذا كانت الأعمال مما يستدعي خبرة أو كانت من النوع الذي يتعذر عليه القيام به فإنه ينتدب لها من كان مؤهلا لإتمامها.

الفصل 89 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

ـ يواصل القاضي المقرر أعماله دون توقف على من لم يحضر من الخصوم أو من يمثلهم قانونا في الموعد المحدد أو على عدم الإدلاء بما كلفوا بتقديمه.

كما له تكليف محامي أحد الطرفين باستدعاء من يجب استدعاؤه من الأطراف بواسطة عدل منفذ وله أن يحدد المصاريف الواجب تسبقتها لإنجاز الأبحاث والاختبارات التي أذن بها والتي قررتها المحكمة.

الفصل 90 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

ـ إذا كانت الأبحاث مأذونا بها من المحكمة فلا يباشر القاضي إلا ما وقع تكليفه بإجرائه أو ما كان نتيجة حتمية لإتمامه.

الفصل 91 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)

ـ إذا وقع صلح أو مساعدة أثناء أعمال البحث فإن القاضي المقرر يدون ذلك بتقرير مفصل يوقعه الخصوم ويضعون عليه عند التعذر علامة إبهامهم أو ينص على عدم إمكان ذلك ويحيل القضية للمحكمة.

التعليق على الفصول 87 إلى 91

عرفت مؤسسة القاضي المقرر في الإجراءات المدنية أهمية كبرى وقد أراد المشرع إعادة صياغتها بمناسبة التنقيح الواقع بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986، وقد حدّدت الفصول 85 إلى 91 م.م.م.ت. كيفية تعيين وتعهّد القاضي المقرر وحدّدت أعماله.

ـ تعيين وتعهّد القاضي المقرّر: القاعدة أنّ القضية المدنية توجب نظريّا البحث بواسطة القاضي المقرر، وهي مؤسسة أوردها المشرع في باب البحث في القضايا المدنية والتجارية على غرار ما أورده المشرع بمجلة الحقوق العينية في البحث

في قضايا التسجيل العقاري وكذلك ما أورده بقانون 1972 كما هو منقح بالنسبة إلى البحث في القضايا الإدارية[1].

وقد نصّ الفصل 72 م.م.م.ت. على أنّه مباشرة بعد تقييد القضية يعرضها كاتب المحكمة على رئيس المحكمة لتعيين القاضي المقرر. والمقصد أن يعين القاضي المقرر مباشرة بعد تقييد القضية أي أن يضع رئيس الدّائرة اسم القاضي المقرر على ظهر الملف وهو أحد أعضاء الهيئة الحاكمة. وبالتالي فإنّ التعيين يقع بصفة آلية بالنسبة إلى جميع القضايا. ولكنّ الواقع بعيدا عن هذا الإجراء إذ أنّ تعيين القاضي المقرر عادة ما يتمّ بعد أن تتخذ المحكمة حكما تحضيريا في ذلك.

أما وقد سبق تعيين القاضي المقرر كما تقدّم أو لم يسبق التعيين فيجوز للمحكمة في القضايا التي لم تصرف للمرافعة أن تؤخرها لجلسة معينة وتحيلها للقاضي المقرر للبحث فيها وتهيئتها للحكم[2]. فيتعهّد حينئذ القاضي المقرر المعين بداية أو لاحقا بالملف بصفة فعلية. فقد يسبق التعيين ومع ذلك قد لا يتعهّد القاضي المقرر بالملف إذا قرّرت المحكمة صرف القضية للمرافعة مباشرة. فقط إذا رأت المحكمة أن القضية توجب جملة من التحقيقات دون تحديد فيجوز لها في هذه الصورة أن تحيل الملف للمقرر للتعهّد وتهيئتها للفصل فيولى مباشرة الأعمال التي خولها له القانون.

ـ **أعمال القاضي المقرر**: القاعدة أنّ تعهّد القاضي المقرر بصيغة تهيئة القضية للفصل تمكن القاضي المقرر من اتخاذ جميع الأعمال الواردة بالفصول 87 إلى 91 م.م.م.ت. وإذا كانت الأبحاث مأذونا بها من المحكمة أي محدّدة طبيعة فلا يباشر القاضي إلا ما وقع تكليفه بإجرائه أو ما كان نتيجة حتمية لإتمامه[3]. وبذلك فإنّ تهيئة القضية للفصل هو تعهد دون قيد أو شرط يوجب جملة من الأعمال تقتضيها طبيعة النزاع لاغير.

ولكنّ القاضي المقرّر بالمحكمة الابتدائية ليس حرّا بأن يتولى أي عمل بل لا يمكن إتمام إلاّ الأعمال التّي حدّدها الفصل 87 وما بعده. وهو ما يختلف عن مؤسسة القاضي المقرر بالمحكمة العقارية وقد قرّر المشرع في شأنها سلطة مطلقة للقاضي المقرر دون تحديد طبيعة الأعمال[4]. أمّا ما ورد بمجلة المرافعات

(1) علي كحلون: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص. 537 وما بعده.
(2) الفصل 85 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ
(3) الفصل 90 م.م.م.ت.
(4) ينصّ الفصل 328 م.ح.ع. على أنّ الحاكم المقرّر مكلّف على الخصوص بالسّهر أثناء

المدنيّة خاصة بعد تنقيح 1986 فهو توسيع لسلطات القاضي المقرر وخروج مقيد من النظام الادعائي الذي فرض على محاكم الحقّ العام منذ بداية العمل بمجلة المرافعات[1].

فقد عدّد المشرع الأعمال التي يمكن للقاضي المقرر أن يتولاها في اتجاه تهيئة القضية للحكم:

***يتلقي التقارير والمؤيدات من المحامين ومطالبتهم بما يراه لازما من الإيضاحات والوثائق الإضافية.** فلا يكتفي بتلقي التقارير والمؤيدات من المحامين بل من الممكن أن يطلب إيضاحات وهو خروج عن الإدّعاء.

***إجراء الأبحاث التي يستوجبها سيرها بسماع الطرفين شخصيا وضبط نقاط الخلاف بينهما وسماع البينات وتلقي ما لكل منهما من المؤيدات بما في ذلك توجيه اليمين الحاسمة.** ولكن إجراء الأبحاث التي يستوجبها سير القضية ليس مطلقا بل يتلخص في سماع الطرفين بما في ذلك ضبط نقاط الخلاف وسماع البينة وتلقي مؤيدات وتقارير الأطراف كما هي الصورة بالنسبة إلى محاميهم وتوجيه اليمين الحاسمة بمعنى إتمام الإجراءات إذا وجهت اليمين الحاسمة ويبقى الملف لدى المقرر إلى أن ترد نتيجة اليمين.

***إتمام التوجهات على العين والإذن بإجراء الاختبارات واتخاذ القرارات المتعلقة بالجوانب الشكلية التي لا تأثير لها على موضوع الدعوى**[2]. فله أن يقرر إجراء بحث موطني وتكليف الخبراء حيث إذا كانت الأعمال مما يستدعي خبرة أو كانت من النوع الذي يتعذر عليه القيام به فإنه ينتدب لها من كان مؤهلا لإتمامها[3]. وله أن يحدد المصاريف الواجب تسبقتها لإنجاز الأبحاث والاختبارات التي أذن بها [4]. ومن الممكن **اتخاذ القرارات المتعلقة بالجوانب الشكلية التي لا تأثير لها على موضوع الدعوى**، حيث يواصل القاضي المقرر أعماله دون توقف على من لم يحضر من الخصوم أو من يمثلهم قانونا في الموعد المحدد أو على عدم الإدلاء بما كلفوا بتقديمه. فلا تأثير لحضور الأطراف أو

إجراءات التّسجيل على أن لايقع النيل من أيّ حقّ عيني عقّاري راجع لقاصر أو غائب ويباشر لهذا الغرض جميع التّحقيقات والأبحاث اللاّزمة وله سلطة مطلقة لقيامه بهذه المهمّة.
(1) علي كحلون: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 540 وما بعدها.
(2) الفصل 87 م.م.م.ت.
(3) الفصل 88 م.م.م.ت.
(4) الفصل 89 م.م.م.ت.

عدم حضورهم أو عدم تقديم ما وعدوا بتقديمه، ولكن له أن يقرر تكليف محامي أحد الطرفين باستدعاء من يجب استدعاؤه من الأطراف بواسطة عدل منفذ، وعند ذلك يتوقف معنى اتخاذ القرارات المتعلقة بالجوانب الشكلية التي لا تأثير لها على موضوع الدعوى[1].

*تلقي الصلح حيث **إذا وقع صلح أو مساعدة أثناء أعمال البحث فإن القاضي المقرر يدون ذلك بتقرير مفصل يوقعه الخصوم ويضعون عليه عند التعذر علامة إبهامهم أو ينص على عدم إمكان ذلك ويحيل القضية للمحكمة**[2]. فالمطلوب أن يتلقى الصلح ويحدّد بنوده ويبقى الحكم بإمضاء الصلح للمحكمة.

*إنابة قاضي لإنجاز ما تقرر حيث **يجري القاضي المقرر بنفسه أو بواسطة قاض آخر الأبحاث التي قرّرها والمسموح بها قانونا طبق القائمة**[3]. فقد تكون الأبحاث المطلوبة متعلقة بشخص أو بمكان خارج الدّائرة الترابية فبإمكانه في مثل هذه الصورة إنابة قاضي آخر لإنجازها.

*الحق في تغيير القرارات، حيث إنّه للقاضي المقرر **عند الاقتضاء التغيير والعدول عما قرر إجراءه وأذن باتخاذه من الوسائل**[4]. فلا يتصل القضاء بأي قرار في هذا الطور وله التراجع والمراجعة في كلّ وقت طالما كان التعهد مستمرا.

***واجب التنصيص على الوسيلة المتخذة وتحرير تقرير في النهاية حيث يلزم القاضي المقرر أن ينص بالملف على كل وسيلة يتخذها حسب تاريخها. ويحرر في النهاية تقريرا يستعرض فيه وقائع القضية وما أنجز فيها من الأعمال دون أن يبدي رأيه في الموضوع**[5]. فالتنصيص وكتابة التقرير واجبان ولكنه يمنع من التعبير عن رأيه.

ورغم أهمية هذه المهام فإنّ المشرّع لم يمنعه صراحة من المشاركة في الحكم كما منع القاضي المقرر بالمحكمة العقارية من المشاركة في الحكم في القضايا التي كلّفوا بتقريرها. ولكنها مع ذلك تسمح للقاضي المقرر بالخروج نسبيا من النظام الادّعائي مع أنّ الأعمال الممكنة تبقى قائمة حصرية وليس فيها ما يستدعي الإطلاق في البحث أساس النظام الاستقرائي.

(1) الفصل 89 م.م.م.ت.
(2) الفصل 91 م.م.م.ت.
(3) الفصل 88 م.م.م.ت.
(4) الفصل 87 م.م.م.ت.
(5) الفصل 87 م.م.م.ت.

الباب الرابع

في شهادة الشهود

الفصل 92 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980 ثمّ بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ إذا اقتضى الحال تلقي بينة بالشهادة فإن الرئيس أو القاضي المقرر يأذن من استند إليها بإحضارها لديه في اليوم والساعة والمكان المحددة لذلك.

ويتولى الرئيس أو القاضي المقرر سماع الشهود بنفسه وعند الاقتضاء ينيب لذلك أحد القضاة المنتصبين بأقرب مركز لمكان الشاهد.

وكل الشهادات الواقع تلقيها على غير هاته الصورة تعد باطلة ولا يعتد بها.

الفصل 93 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980 ثمّ بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ إذا كان الشاهد أجنبيا موجودا خارج التراب التونسي فالقاضي المقرر أو رئيس المحكمة يرسل قرار إنابته للسلطة القضائية التابع لها الشاهد بالطرق الديبلوماسية.

أما إذا كان الشاهد تونسيا موجودا خارج التراب التونسي فتوجه النيابة بالطريقة الإدارية إلى العون الديبلوماسي أو القنصلي القريب من مركز الشاهد.

الفصل 94 ـ يقع تلقي شهادة الشهود منفردين سواء كان ذلك بمحضر الخصوم أو حال مغيبهم بعد استدعائهم كما يجب للحضور ويؤدون شهادتهم بدون استعانة بأي كتب كان يبتدئ الشهود شهادتهم ببيان أسمائهم وأعمارهم وحرفهم ومحل إقامتهم ويبينون هل لهم قرابة أو مصاهرة مع الخصوم أو هل هم في خدمة أحد الخصوم.

وعند أداء شهادتهم في النازلة يجب على الخصوم أن لا يقطعوا عنهم الكلام وبعد إتمام شهادتهم يمكن للحاكم من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يلقي عليهم أسئلة أو يقابلهم مع بعضهم بعضا.

ويحرر الحاكم ملخص أجوبتهم بتقرير وكذلك أسباب التجريح الموجهة عليهم ويقرأ على الشهود ما وقع التجريح به في شهاداتهم وذلك بمحضر الخصوم و يضم ذلك التقرير لملف النازلة.

الفصل 95 ـ «الأصم الأبكم» يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو الإشارة بصورة لا لبس فيها[1].

الفصل 96 ـ التجريح في الشهود يكون بما يأتي :

أولا : بالعداوة الواضحة.

ثانيا : إذا كان للشاهد منفعة شخصية من أداء الشهادة.

ثالثا : إذا قبل الشاهد هدية من الخصم الذي استشهد به أثناء نشر النازلة.

رابعا : إذا كان الشاهد دائنا أو مدينا لأحد الخصوم وقت أداء الشهادة.

خامسا : صغر السن لنهاية ثلاثة عشر عاما.

سادسا : إذا كان الشاهد وكيلا لمن استشهد به أو له ولاية عليه.

سابعا : القرابة غير المتناهية بالنسبة للأصول والفروع وإلى الدرجة السادسة بالنسبة للحواشي.

ثامنا : المصاهرة إلى الدرجة الرابعة.

تاسعا : إذا كان الشاهد من أتباع من استشهد به أو خدمته المأجورين.

عاشرا : إذا كان الشاهد محكوما عليه «من أجل جريمة» مخلة بالشرف.[1]

الفصل 97 ـ يعتبر التجريح فعليا إذا وقع بكل ما من شأنه أن يجعل الثقة في أقوال الشهود محل شك أو ضعف.

الفصل 98 ـ الخصم الذي يروم التجريح في شاهد يلزمه أن يصرح به ويبين أسبابه قبل تلقي الشهادة.

وإذا كان التجريح مختلفا في وجوده أو كان فعليا ولكنه متفق على وجوده فإن الحاكم لا يتوقف عن سماع الشهادة ويكلف من يدعي القدح بإثباته في موعد يحدده له ويترك أمر تقرير الشهادة للمحكمة عند النظر الحكمي.

أما إذا كان التجريح في الشاهد قانونيا معترفا بوجوده فيقع العدول عن سماعه بصفة شاهد.

ويمكن للحاكم عند الاقتضاء سماع الشاهد المقدوح فيه على سبيل الاسترشاد وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بالخلافات العائلية التي تقع بين الزوجين والتي من شأنها أن لا يطلع عليها غالبا إلا الأقارب.

(1) إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 26 بتاريخ 24 ماي 1963، ص882.

الفصل 99 ـ المتوظفون العموميون ولو مع انفصالهم على الخدمة بالمرة لا يمكنهم بدون موافقة من هم لنظره أو كانوا لنظره أداء شهادتهم في أمور عرفوها بموجب وظائفهم.

الفصل 100 ـ المحامون والأطباء وغيرهم ممن تقتضي حالتهم اعتبارهم بصفة مؤتمنين على أسرار الغير لا يجوز لهم إذا علموا بموجب هذه الصفة بواقعة أو معلومات أن يشهدوا بها ولو بعد زوال صفتهم ما لم يطلب منهم ذلك من أسرها لهم وبشرط أن لا يكون ذلك محجرا عليهم بأحكام القوانين الخاصة بهم.

التعليق على الفصول 92 إلى 100

نظريّة الإثبات نظرية متكاملة بُنيت على مرّ الأيام وارتقت إلى صياغة جملة من الأحكام العامة أصبحت تمثل النظرية العامة للإثبات، كما هو الشأن بالنسبة إلى بقية فروع القانون. وترتكز نظرية الإثبات على عنصرين أساسيّين، عنصر موضوعي وعنصر شكلي. وما يميزها أنّ العنصر الموضوعي ليس له علاقة بالنظام العام ويمكن للأطراف الاتفاق على ما يخالفه ولا يثيره القاضي من تلقاء نفسه بينما يرتبط بعض من العنصر الشكلي بالإجراءات الأساسية والبعض الآخر بمصلحة الخصوم.

أما العنصر الشكلي فيتعلّق بطريقة تلقي الإثبات من المحكمة وهو محور الإجراءات المدنية. ولو أنّ مجلة الالتزامات العقود أوردت في بعض فصولها جانب من الإجراءات المدنية.

أما العنصر الموضوعي فيردّ إلى تعداد وضبط وسائل الإثبات المقبولة وعبء الإثبات فيها. وتردّ وسائل الإثبات المقبولة إلى الإقرار والحجج المكتوبة وشهادة الشهود والقرائن واليمين، والبيّنة على من ادّعى ولا يتحول العبء إلا بالقرينة وتلك هي القاعدة العامة في عبء الإثبات. وقد أوردت الفصول 420 إلى 426 م.ا.ع. ما يتعلق بالعبء، بينما أوردت بقية الفصول 427 إلى 512 م.ا.ع. وسائل الإثبات المقبولة، وقد أوردت الفصول 473 إلى 478 م.ا.ع. ما يتعلق بالبيّنة بالشهادة وقد أعاد المشرع صياغتها بموجب التنقيح الواقع بمقتضى القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000.

والقاعدة في ذلك أنّ شهادة الشهود لا تقبل في إثبات الاتفاقات أي التصرفات الثنائية وغيرها من الأسباب القانونية أي ولو كان التصرف انفراديا مهما كان هدف التصرف سواء إحداث الالتزام أول مرة أو تحويله أو تغييره أو الإبراء منه وذلك

في صورة إذا كان قدر المال موضوع الالتزام أكثر من ألف دينار، فالمشترط حينئذ تحرير حجة رسمية أو غير رسمية للبينة فيه[1]. فلا تثبت التصرفات القانونية التي تفوق قيمتها ألف دينار إلا بالحجج المكتوبة سواء كانت رسمية أو غير رسمية حسب الصور[2].

وتأسيسا على ذلك فمن قام بدعوى في أكثر من ألف دينار لا يجوز له أن يثبتها بشهادة الشهود ولو حط من المبلغ المذكور فيما بعد إلا إذا أثبت أن مطلبه الأول كان مبنيا على غلط[3]. فلا يجوز الالتجاء إلى شهادة الشهود بعد الحطّ من قيمة الدّعوى إلى أقلّ من ألف دينار وقد كان الطّلب أولا يتجاوز الألف. والحلّ الوحيد أن يثبت المدّعي الغلط حتى يتسنى له الاحتكام لشهادة الشهود. على أنّه لا تقبل البينة بالشهود ولو فيما هو أقل من ألف دينار إذا ذكر المدعي أن ذلك المبلغ جزء من دين يتجاوز القدر المذكور ولا حجة فيه بالكتابة[4]. ولا تقبل البينة بشهادة الشهود مطلقا بين المتعاقدين ولو كان المبلغ أقلّ من ألف دينار[5] وذلك لمعارضة ما تضمنه الكتب أو لإثبات ما ليس به[6].

ويستثنى من هذه القاعدة ومحتواها إذا كانت شهادة الشهود لغاية إثبات بنود عقد مبهمة أو لإثبات واقعة قانونية أو كانت العلاقة تجارية أو كانت هناك بداية حجة مكتوبة أو توفرت حالة التعذّر المادي والمعنوي، ففي جميع هذه الصور من الممكن قبول شهادة الشهود حتى ولو كان أساس الدين تصرفا تتجاوز قيمته ألف دينار.

فالغير لا يعدّ من المتعاقدين في التصرف ويعدّ التصرف بالنسبة إليه واقعة قانونية يمكن إثباته بجميع الطّرق. ويجوز الاحتكام لشهادة الشهود لإثبات أمور من شأنها ضبط معنى فصول مبهمة أو معقدة بالكتب وتعيين مدلولها وإثبات إجراء العمل بها[7].

(1) الفصل 473 م.ا.ع.
(2) ولكنه من الممكن الأخذ بالاعتراف واليمين الحاسمة والقرائن القانونية إذا لم يشترط المشرع الحجة كشرط صحّة.
(3) الفصل 475 م.ا.ع.
(4) الفصل 476 م.ا.ع.
(5) الفصل 474 م.ا.ع.
(6) الفصل 474 م.ا.ع.
(7) الفصل 474 م.ا.ع.

وحجة الكتابة غير المكتملة هي عبارة عن كل كتب صدر من الخصم أو من نائبه أو مما انجر له حق منه يقرب به احتمال ما تضمنته الدعوى ويعد الكتب صادرا من الخصم إذا حرره بطلب منه مأمور عمومي مأذون في ذلك على الصورة التي يقتضيها القانون لصحة الاحتجاج به كما يعتبر كتبا صادرا من الخصم ما صدر منه شفاهة وضمن بحجة قضائية حكمية أو بحكم تامي الصورة[1]. فكلّ تصريح صادر عن الخصم مضمن بحجة رسمية يعدّ حجة غير مكتملة تمكن الخصم من الاحتكام لشهادة الشهود لتأكيد ما ورد بالتصريح.

وإذا فقد الخصم الكتب الذي هو حجة الدين أو الإبراء بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو اختلاس وأثبت هذه الصور بإمكانه الإثبات بشهادة الشهود وإذا فقدت أوراق الشيك وكلّ ما يتعلق بالأوراق البنكية والسندات للحامل يقع العمل بالقواعد الواردة بالمجلة التجارية. وذلك هو التعذّر المادي.

وإذا تعذر على المدعي الحصول على حجة مكتوبة وأورد المشرع بعض الصور على سبيل المثال وليس الحصر كما هي الصورة بالنسبة إلى حالة الفضالة أو الإثراء بدون سبب أو الدفع غير المستحق وهو ما يعرف بشبه العقد أو كان الدين سببه الجنحة أو شبهها أي واقعة قانونية أو حدث غلط في كتابة الحجة المستند إليها في الدّعوى أو وقع إكراه أو تغرير أو التدليس أو كانت العملية بين التجار. ففي جميع هذه الصور من الممكن الإثبات بشهادة الشهود، وهي حالات تدخل في باب التعذّر المادي[2].

وقد ترك المشرع الحرية للقاضي في معرفة الحالات التي يتعذّر فيها تحرير الكتب وقد يكون تعذرا ماديا والأغلب أن يكون معنويّا، حيث إنّ «اعتبار الأحوال التي يتعذر فيها على المدعي الحصول على حجة بالكتابة موكول لاجتهاد القاضي[3]». ويدخل في ذلك تحرير العقود بين الزوجين والأقارب وغير ذلك من الحالات التي تظهر صعوبة تحرير الكتب من الناحية النفسية وتبقى جميع هذه الحالات خاضعة لاجتهاد المحكمة المختصة إن شاءت أخذت بها وإن شاءت ردّتها مع التعليل.

وكلّ ما يدخل في بيان قاعدة قبول البينة بالشهادة واستثناءاتها يدخل في باب القواعد الموضوعية للإثبات وقد نظمته مجلة الالتزامات، أما ما يتعلق بالقواعد

(1) الفصل 477 م.ا.ع.
(2) الفصل 478 م.ا.ع.
(3) الفصل 478 م.ا.ع.

الشكلية في شهادة الشهود أي طريقة تلقي الشهادة فقد نظمته مجلة الإجراءات المدنية بالفصول 92 إلى100 م.م.م.ت. وقد حدّدت هذه الفصول طريقة تحديد موعد التحريرات وحضور الشهود والممنوعين من الشهادة وإجراءات القدح فيهم وطريقة سماعهم.

ـ **تحديد موعد التحريرات وحضور الشهود:** تتّخذ المحكمة حكما تحضيريا بسماع الشهود إذا طلب الخصوم ذلك، وليس لها أن تتخذ هذا الإجراء بصفة تلقائية إذ أنّ ذلك يخرج المحكمة من دائرة الحياد ويسقط جانبا هاما من الإجراءات الأساسية. وإذا اقتضى الحال تلقي بينة بالشهادة فإن الرئيس أي رئيس الدائرة أو قاضي الناحية أو القاضي المقرر في الصور التي سمح بها القانون يأذن من استند إليها أي من طلب سماع البينة بإحضارها لديه في اليوم والساعة والمكان المحددة لذلك والأغلب أن يكون ذلك بمكتب القاضي ولا يمنع أن يقع السماع على عين المكان[1].

ولا يمكن اتخاذ هذا الإجراء بصفة آلية ولو طلب الخصم إذا كانت البينة ممنوعة بحكم القانون وتمسك الخصم بهذا المنع، وليس للمحكمة أن تثير هذا المنع من تلقاء نفسها إذ أنّ نظرية الإثبات كما تقدّم ليس لها علاقة بالنظام العام. ويكفي اتخاذ الحكم التحضيري دون إجراء آخر، فمن المفروض أن يكون الطالب والمطلوب حاضرين بواسطة من ينوبهما الذين يحمل عليهما واجب إعلام الخصوم بموعد التحريرات. وعلى الخصوم إحضار الشهود في الموعد. ويلاحظ أنّ المشرع المدني لم يشترط ضرورة بيان أسماء الشهود قبل تحديد موعد التحرير كما هو الحال في المادة الجزائية، بل يكفي أن يطلب الخصم سماع البينة ولا يمنع القانون هذا الطلب.

ـ **الممنوع من الشهادة:** الأصل أن من تجاوز 13 سنة يمكن سماع شهادته ولا يمنع الأصم والأبكم من الشهادة إذ بإمكانه أن يشهد إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو الإشارة بصورة لا لبس فيها[2]. ويمكن للقاضي أن ينتدب من يفهم هذه الإشارات. كما لا يمنع الأجنبي من أداء الشهادة، ويشترط تكليف مترجم لنقل تصريحاته لا غير.

ولكنه يمنع على الموظف العمومي ولو مع انفصاله عن الخدمة أن يشهد في أمور عرفها بموجب الوظيفة إلا إذا تحصل على موافقة مسبقة ممن هو لنظره أو

(1) الفصل 92 م.م.م.ت.
(2) إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 26 بتاريخ 24 ماي 1963، ص882.

كان لنظره، ففي هذه الصورة فقط يمكن له أداء شهادته في أمور عرفها بموجب وظائفه[1]. كما يمنع على المحامين والأطباء وغيرهم ممن تقتضي حالتهم اعتبارهم بصفة مؤتمنين على أسرار الغير مثل عدل التنفيذ وعدل الإشهاد والمؤتمن العدلي والخبراء الشهادة أمام المحكمة فلا يجوز لهم إذا علموا بموجب هذه الصفة بواقعة أو معلومات أن يشهدوا بها ولو بعد زوال صفتهم ما لم يطلب منهم ذلك من أسرها لهم وبشرط أن لا يكون ذلك محجرا عليهم بأحكام القوانين الخاصة بهم[2].

ـ **القدح في الشهود:** القدح في الشهود أو التجريح هي الطريقة التي تهدف إلى استبعاد الشاهد أو إلى عدم الأخذ بشهادته وقد أورد الفصل 96 م.م.م.ت. قائمة التجريح في الشهود ويكون ذلك بما يأتي :

أولا : بالعداوة الواضحة.

ثانيا : إذا كان للشاهد منفعة شخصية من أداء الشهادة.

ثالثا : إذا قبل الشاهد هدية من الخصم الذي استشهد به أثناء نشر النازلة.

رابعا : إذا كان الشاهد دائنا أو مدينا لأحد الخصوم وقت أداء الشهادة.

خامسا : صغر السن لنهاية ثلاثة عشر عاما.

سادسا : إذا كان الشاهد وكيلا لمن استشهد به أو له ولاية عليه.

سابعا : القرابة غير المتناهية بالنسبة للأصول والفروع وإلى الدرجة السادسة بالنسبة للحواشي.

ثامنا : المصاهرة إلى الدرجة الرابعة.

تاسعا : إذا كان الشاهد من أتباع من استشهد به أو خدمته المأجورين.

عاشرا : إذا كان الشاهد محكوما عليه «من أجل جريمة» مخلة بالشرف.

وحسب هذه القائمة يمكن أن يكون التجريح فعليا أي يردّ إلى أمور واقعية كما في صورة العداوة والمنفعة والهدية أو قانونيّة أي يردّ إلى أمور وأسباب قانونية كما في صورة المديونية أو صغر السن أو الوكالة أو القرابة أو المصاهرة أو التبعية أو صدور حكم قضائي. ويكون التجريح قانونيا إذا كان ثابتا من الناحية القانونية

(1) الفصل 99 م.م.م.ت.
(2) الفصل 100 م.م.م.ت.

ويعتبر التجريح فعليا إذا وقع بكل ما من شأنه أن يجعل الثقة في أقوال الشهود محل شك أو ضعف[1].

والقاعدة أنّ الخصم الذي يروم التجريح في شاهد يلزمه أن يصرح به ويبين أسبابه قبل تلقي الشهادة. والعادة أن يعرض القاضي المتعهد بالتحرير الشاهد على القدح قبل التحرير عليه. وإذا كان التجريح مختلفا في وجوده سواء قانونا أو واقعا أي غير ثابت للقاضي أو كان فعليا ولكنه متفق على وجوده كما يقال إنّ هناك عداوة فإن الحاكم لا يتوقف عن سماع الشهادة أي يواصل سماع الشاهد ويكلف من يدعي القدح بإثباته في موعد يحدده له ويترك أمر تقرير الشهادة للمحكمة عند النظر الحكمي. أما إذا كان التجريح في الشاهد قانونيا معترفا بوجوده كما في صورة القرابة والمصاهرة وصغر السن فيقع العدول عن سماعه بصفة شاهد. ولكنه مع ذلك يمكن للحاكم عند الاقتضاء سماع الشاهد المقدوح فيه على سبيل الاسترشاد وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بالخلافات العائلية التي تقع بين الزوجين والتي من شأنها أن لا يطلع عليها غالبا إلا الأقارب.

ـ **طريقة سماع الشهود:** لا يمكن سماع الشاهد إلا بواسطة القاضي المختص، وكل الشهادات الواقع تلقيها على غير هذه الصورة تعد باطلة ولا يعتد بها[2]. فلا يمكن القبول بشهادة معرفة بها بالإمضاء أمام البلدية أو أمام عدل الإشهاد وغيره. فقط هو القاضي الذي يجوز له التحرير على الشاهد. ويتولى الرئيس أو القاضي المقرر سماع الشهود بنفسه بمقر المحكمة أو على عين المكان بحسب طبيعة الحكم التحضيري وعند الاقتضاء ينيب لذلك أحد القضاة المنتصبين بأقرب مركز لمكان الشاهد إذا كان الشاهد خارج الدّائرة الترابية[3]. وإذا كان الشاهد أجنبيا موجودا خارج التراب التونسي فالقاضي المقرر أو رئيس المحكمة يرسل قرار إنابته للسلطة القضائية التابع لها الشاهد بالطرق الديبلوماسية. أما إذا كان الشاهد تونسيا موجودا خارج التراب التونسي فتوجه النيابة بالطريقة الإدارية إلى العون الديبلوماسي أو القنصلي التابع للبلاد التونسية والقريب من مركز الشاهد[4].

ويقع تلقي شهادة الشهود منفردين سواء كان ذلك بمحضر الخصوم أو حال مغيبهم بعد استدعائهم كما يجب للحضور وقد قلنا إنّ صدور الحكم التحضيري

(1) الفصل 97 م.م.م.ت.
(2) الفصل 92 م.م.م.ت.
(3) الفصل 92 م.م.م.ت.
(4) الفصل 93 م.م.م.ت.

من المحكمة كاف ويحمل واجب إحضار الشهود على الخصم الذي طلب سماعهم. ويؤدي الشاهد شهادته بدون استعانة بأي كتب ويبتدئ الشاهد ببيان اسمه وعمره وحرفته ومحل إقامته ويبين هل له قرابة أو مصاهرة مع الخصوم أو هل هو في خدمة أحد الخصوم. ويلاحظ أنّ الشاهد لا يحلّف خلافا للمادة الجزائية. وعند أداء شهادتهم في القضية يجب على الخصوم أن لا يقطعوا عنهم الكلام وبعد إتمام شهادتهم يمكن للحاكم من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يلقي عليهم أسئلة أو يقابلهم مع بعضهم بعضا. ولا يمكن للخصوم إلقاء الأسئلة مباشرة على الشهود.

وبالتالي يبين الشاهد هويته في البداية ثم يعرض على التجريح ثمّ يصرّح بشهادته دون انقطاع ثمّ تعرض عليه بعض الأسئلة عن طريق القاضي ثمّ تقع المقابلة بين الشهود.

ويحرر الحاكم ملخص أجوبتهم بتقرير وكذلك أسباب التجريح الموجهة عليهم ويقرأ على الشهود ما وقع التجريح به في شهاداتهم وذلك بمحضر الخصوم و يضم ذلك التقرير لملف القضية[1]. ويجب تلقي إمضاء كلّ من حضر بالرغم من أنّ المشرع سها عن ذكر واجب الإمضاء. وإذا لم يحضر أحد في اليوم المحدّد من الواجب كذلك تحرير تقرير سلبي لتطّلع عليه المحكمة.

الباب الخامس

في الاختبار

الفصل 101 ـ إن اقتضى الحال إجراء اختبار يتولى الحاكم تعيين الخبير ما لم يتفق الطرفان على خبير معين.

الفصل 102 ـ إذا كانت الدولة أو غيرها من الهيئات العمومية طرفا في القضية يجب أن يكون الاختبار بواسطة ثلاثة خبراء إلا إذا اتفق الطرفان على خبير واحد.

الفصل 103 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980)
ـ القرار الذي يصدر بتعيين الخبير أو الخبراء يجب أن يتضمن ما يلي :
أولا : بيان المأمورية بغاية الوضوح والدقة وكذلك سائر الأعمال المطلوبة.

(1) الفصل 94 م.م.م.ت.

ثانيا : تعيين مقدار ما ينبغي تسبيقه للخبير على الحساب من مصاريف والخصم المطالب بذلك.

ثالثا : بيان الأجل المحدد لإيداع تقرير الاختبار بكتابة المحكمة.

وهذا الأجل لا يجب أن يتعدى ثلاثة أشهر وهو غير قابل للتمديد سوى مرة واحدة وبشرط أن لا يزيد التمديد عن ثلاثة أشهر أخرى وأن يتم بقرار معلل بناء على طلب صريح من الخبير أو الخبراء حسب الأحوال.

الفصل 104 ـ إن لم يقع تسبيق المصاريف من الخصم المطلوب منه ذلك ولا من غيره من الخصوم في الأجل المحدود لذلك فإن الخبير لا يكون ملزوما بإتمام المأمورية ويترتب عن ذلك سقوط حق الخصم المطلوب بالدفع في التمسك بالإذن الصادر بتعيين الخبير ما لم يقدم ما يبرر عدم الدفع.

الفصل 105 ـ يوجه كاتب المحكمة فور تسمية الخبير مكتوبا مضمون الوصول إلى هذا الأخير يدعوه فيه إلى الاطلاع على أوراق القضية بدون أن يتسلمها ما لم يرخص له الحاكم في ذلك كما يسلم له نسخة من القرار الصادر بتكليفه.

الفصل 106 ـ للخبير خلال الخمسة أيام الموالية لتسلمه المأمورية أن يطلب إعفاءه من القيام بها وعندئذ يقع تعويضه من طرف رئيس المحكمة أو من ينوبه.

الفصل 107 ـ إذا لم يتمم الخبير مأموريته في الأجل المحدد له يقع تعويضه ويبقى مطالبا بغرم ما تسبب فيه من الضرر إن لم يكن له عذر مبرر كما يقع إلزامه بترجيع ما تسبب فيه من المصاريف بلا فائدة وذلك بمجرد قرار من رئيس المحكمة يكون قابلا للتنفيذ حالا.

الفصل 108 ـ يقع التجريح في الخبير بمثل ما يقع في الشاهد ويكون ذلك في أجل أقصاه خمسة أيام مبدأه التاريخ الذي علم فيه الخصم بتسميته.

ويحكم في التجريح في الخبير بمثل ما يحكم في التجريح في الشاهد.

الفصل 109 ـ لا تأثير للتجريح في الخبير إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد تعيينه بفعل من تمسك بها غير أنه إذا كانت أسباب التجريح قد طرأت بغير فعله بعد الأجل المبين بالفصل المتقدم أو أثبت المتمسك بها أنه لم يعلم بها إلا بعد انقضائه فإنها تكون عاملة.

الفصل 110 ـ يباشر الخبير مأموريته بمحضر الخصوم أو في مغيبهم بعد استدعائهم بمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام ببلوغها.

ويجب عليه أن يحرر تقريرا مفصلا في جميع أعماله وينص بالأخص على حضور الخصوم أو عدم حضورهم مع بيان تصريحاتهم وتوقيعهم على هاته التصريحات كما يبين رأيه الفني بغاية الإيضاح والأسباب التي بني عليها.

وإذا كان الاختبار قد أجري من طرف أكثر من خبير واحد فلكل منهم أن يقدم تقريرا مستقلا برأيه ما لم يتفقوا على تقديم تقرير واحد يبين به رأي كل منهم وأسبابه.

الفصل 111 ـ يقدم الخبير تقريره مع جميع الأوراق التي حررها أو التي يكون تسلمها إلى كتابة المحكمة ويوجه خلال الأربع وعشرين ساعة مكتوبا مضمون الوصول إلى الخصوم يعلمهم فيه بتقديم تقريره.

الفصل 112 ـ رأي الخبير لا يقيد المحكمة.

الفصل 113 ـ (نقح بموجب القانون عدد 36 لسنة 2010 المؤرخ في 5 جويلية 2010 [1]) يبين الخبير المصاريف المبذولة وأجرته بالاعتماد على العناصر التالية:

1 ـ الساعات المقضاة لدراسة الملف وللقيام بالأعمال الميدانية وإعداد التقرير،

2 ـ مصاريف التنقل،

3 ـ مصاريف إعداد الوثائق اللازمة للاختبار واستدعاء الأطراف،

4 ـ مصاريف الاستعانة بالغير المأذون بها قضائيا إن كانت مؤيدة بوصولات.

ويحدد بقرار من وزير العدل أنموذج يقع تعميره من الخبير ويعرض على رئيس المحكمة أو من ينوبه للمصادقة أو التعديل.

ويعتمد قرار التسعيرة بالخصوص على مراقبة عناصر التأجير ومؤيداتها، وقيمة موضوع النزاع وتشعب الأعمال الفنية المطلوبة ومدى تقيد الخبير بنص المأمورية وآجالها ومبررات التمديد عند الاقتضاء.

---

(1) القانون عدد 36 لسنة 2010 المؤرخ في 5 جويلية 2010 المتعلق بتنقيح بعض الأحكام من مجلة المرافعات المدنية والتجارية (لفصل 113 م.م.م.ت فقط)، الرائد الرسمي عدد 55 بتاريخ 9 جويلية 2010، ص 1941. وكان الفصل القديم قبل التنقيح ينص على ما يلي» يبين الخبير مصاريفه وأجوره بذيل تقريره ويقدمه لرئيس المحكمة أو من ينوبه للمصادقة عليها أو تعديلها.
وللخبير أن لا يودع تقريره كتابة المحكمة إلا بعد خلاصه في بقية مصاريفه وأجوره المصادق عليها».

وللخبير أن لا يودع تقريره بكتابة المحكمة إلا بعد خلاصه في بقية مصاريفه وأجرته المصادق عليها.

الفصل 113 مكرر (أضيف بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريـــل 1980)ـ قرار تسعير مصاريف وأجرة الاختبار قابل للاعتراض في ظرف أجل قدره ثمانية أيام من تاريخ الإعلام به.

ويسقط الاعتراض الواقع بعد هذا الأجل.

ويتم الاعتراض بتقديم عريضة معللة يقع تبليغها حسب الأحوال أو الخبير أو إلى الطرف الذي يهمه الاختبار بواسطة أحد العدول المنفذين تتضمن دعوته للحضور بمكتب الحاكم الذي أصدر القرار في ميعاد أقصاه ثمانية أيام وإلا سقط الاعتراض.

ويقع البت في الاعتراض بحكم غير قابل للاستئناف وذلك في أجل لا يتجاوز الثمانية أيام.

والاعتراض لا يوقف أداء الأجور والمصاريف المسعرة.

وإنابة المحامي غير ضرورية في الاعتراض على قرار تسعير مصاريف وأجرة الاختبار.

التعليق على الفصول 101 إلى 113 مكرر

تعدّ الاختبارات هامّة بالنسبة إلى تحقيق الدّعوى المدنية للوقوف على جملة من المسائل الفنيّة، وقد يكون اللّجوء إلى الاختبار في بعض الصور وجوبيا بحكم عدم قدرة القاضي على الإحاطة بجملة المسائل الفنيّة، كما في صورة تحديد أسباب الوفاة أو أسباب الحريق أو نسبة العجز أو أسباب الحادث وغير ذلك من الصّور، فكلّما كان من الضروري تحديد مسألة فنيّة، في الحسابات أو الإعلامية أو الطبّ أو التشريح أو الميكانيك وغير ذلك، إلاّ وكان اللّجوء إلى الخبرة أمرا ضروريا[1]. لذلك جاءت الفصول 101 إلى 113 مكرّر م.م.م.ت. محدّدة

(1) الخبير العدلي مساعد للقضاء مهمته إبداء رأيه الفني أو إنجاز أعمال بتكليف من المحاكم. فهو خبير لأنه يتدخل في مسائل فنية وتقنية وهو خبير عدلي لأنه لا يكفي أن تكون له المؤهلات والشهائد العلمية لممارسة المهنة ذات العلاقة بل لابدّ أن يقع عليه الخيار من قبل الهيئة المختصة لإدراجه بقائمة الخبراء العدليين. وهو مساعد للقضاء لأنه ينير سبيل المحكمة بآرائه الفنية العلمية وبالتالي يساعد على تحقيق العدل وهو تطبيق القانون على جميع المتقاضين بنفس الميزان، ولكنّ مهمته لا تتجاوز المستوى الفني فلا يمكن أن يبدي

رأيا قانونيا فذلك ما يخرج عن مهامه، وقد تتعدّد المهام الفنية في أشكالها كمثل تعدّدها في الحياة الاجتماعية، في الفلاحة والبناء وحوادث المرور والتأمين والتجارة والشركات والحساب والميكانيك والتصفية العقارية والتجارية وغير ذلك من المهام الفنية. والخبير يمكن تكليفه من الخواص والإدارات والمحكمة ولا يمكن أن يسمى الاختبار مأذونا به قضائيا إلا إذا كلّف بأي طريقة من طرف المحكمة سواء طبق إجراءات الإذن على العريضة أو بمقتضى حكم تحضيري صادر عن المحكمة المتعهّدة بملفّ القضية.

ويبدو مبدئيا أنّ الإذن بالاختبار ليس ضروريا في جميع القضايا فقد لا يحتاج النظر في النزاع إلى تكليف الخبير بإنجاز تدقيق في نقطة محدّدة، وقد لا يحتاج المدّعي إلى طلب الإذن في التكليف في إطار استعداده للتقاضي. ولكنّ بعض القضايا لا يمكن حقيقة فصلها إلا بالوقوف على بعض النقاط الفنية مثل إجراء الحساب أو تحديد أسباب الحادث وما شابه ذلك، ومن ذلك جاءت أهمية الاختبارات العدلية. وتطرح الاختبارات العدليّة عدّة إشكاليات نظرية على مستوى تحديد إطار المهنة والاختبار وتطبيقية على مستوى طريقة إنجاز الاختبارات.

وقد نظم المشرع المادة بقوانين خاصة وهي:

ـ الفصول 101 إلى 113 مكرّر م.م.م.ت. كما هي منقحة بموجب القانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980 والقانون عدد 36 لسنة 2010 المؤرخ في 5 جويلية 2010.

ـ القانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993 المتعلق بالخبراء كما هو منقح بموجب القانون عدد 33 لسنة 2010 المؤرخ في 21 جوان 2010.

ـ القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرفين القضائيين.

ولكنه يمكن الإشارة إلى جملة من القوانين العامة التي لها علاقة مباشرة بالمادة وهي خاصة:

ـ الفصول 135 إلى 139 من مجلة الحقوق العينية.

ـ الفصول 1043 إلى 1053 في توقيف الأشياء المتنازع فيها.

ـ الفصول 446 إلى 596 من المجلة التجارية في إجراءات الفلسة.

ـ الفصول 21 إلى 53 من مجلّة الشركات التّجارية.

ـ القانون عدد 38 لسنة 2002 المؤرخ في 11 أفريل 2002 المتعلق بتنظيم مهنة الخبير في المساحة.

ـ قانون عدد 16 لسنة 2002 مؤرخ في 4 فيفري 2002 يتعلق بتنظيم مهنة المحاسبين.

ـ القانون عدد 82 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية وخاصة الفصلين 62 و66.

ـ القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 كما هو منقح بالقانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 والقانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية.

ـ القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين والمتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال

لإجراءات تحرير نصّ المأموريّة وتعيين الخبير وإقالته وواجبات الخبير ومراقبة أعماله[1].

ـ **نصّ المأموريّة**: فكلّما اقتضت الصورة تكليف خبير، يبادر القاضي المقرر أو هيئة المحكمة بحسب الصور بتحرير نصّ المأموريّة، ويشترط أن تتحقّق فيها الكفاية بمعنى أن يحدّد المطلوب بدقّة مع بيان الأعمال المطلوب إنجازها، ويجب أن تنحصر هذه الأعمال في المسائل الواقعيّة التي تقتضي خبرة فنيّة، وهذا ما يبيّن الطابع الاستثنائي في الاختبار، فليس كلّ الأعمال في حاجة إلى تكليف اختبار، وقد نصّ الفصل 101 م.م.م.ت. في طالعه أنّ المحكمة تعين خبيرا «إن اقتضى الحال إجراء اختبار...». ويجب تحديد أجل إنجاز المأموريّة، حيث نصّ الفصل 103 م.م.م.ت. كما هو منقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في

التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف.

ـ القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بإضافة عنوان خامس لمجلة التأمين وخاص بتأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك ونظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور.

وقد نظمت هذه النّصوص جملة القواعد الخاصة بتنظيم المهنة وطريقة إنجاز الاختبارات. فقد نظّم القانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993، كما هو منقح بموجب القانون عدد 33 لسنة 2010 مؤرخ في 21 جوان 2010 مهنة الخبراء العدليين، ويمكن اعتبارها القواعد العامة في تنظيم مهنة الخبراء. ويبقى الخبراء المؤهلون، بمقتضى قوانين خاصة، لإنجاز اختبارات عدلية خاضعين، من حيث شروط انتدابهم وإجراءات ترسيمهم بقائمة الخبراء إلى التشريع الخاص بهم، ويمكن اعتبارها القواعد الخاصة في تنظيم بعض المهن، وقد وردت بالقانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرفين القضائيين.

أما طريقة إنجاز الاختبارات في قواعدها العامة فقد أوردها المشرع بالفصول 101 إلى 113 مكرّر م.م.م.ت. وأورد القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرفين القضائيين الإجراءات الخاصة بإنجاز الاختبارات من قبل هؤلاء الخبراء. وكانت مجلّة الحقوق العينيّة نصّت بالفصول 135 إلى 139 على إجراءات تصفية التركات ونصت الفصول 21 إلى 53 من مجلة الشركات التجارية على إجراءات تصفية الشركات، كما تضمّنت مجلّة الالتزامات والعقود أحكاما خاصّة بالائتمان العقّاري بالفصول 1043 إلى 1053. وأورد قانون 1995 الخاص بإنقاذ المؤسسات جانبا من الإجراءات بالنسبة إلى المتصرف القضائي، كما أن المجلة التجارية أوردت الإجراءات الخاصة بأمين الفلسة في إطار إدارة إجراءات الفلسة.

(1) كما هو الشأن في المادة الجزائية: الفصول 101و102 و103 م.إ.ج.

3 أفريل1980 على أنّ «القرار الذي يصدر بتعيين الخبير أو الخبراء يجب أن يتضمن ما يلي:

أولا : بيان المأمورية بغاية الوضوح والدقة وكذلك سائر الأعمال المطلوبة.

ثانيا : تعيين مقدار ما ينبغي تسبيقه للخبير على الحساب من مصاريف والخصم المطالب بذلك.

ثالثا : بيان الأجل المحدد لإيداع تقرير الاختبار بكتابة المحكمة.

وهذا الأجل لا يجب أن يتعدى ثلاثة أشهر وهو غير قابل للتمديد سوى مرة واحدة وبشرط أن لا يزيد التمديد عن ثلاثة أشهر أخرى وأن يتم بقرار معلل بناء على طلب صريح من الخبير أو الخبراء حسب الأحوال». ويقع تضمين المأموريّة نهاية بالدفتر المعدّ لذلك ثم ترسل إلى الخبير المختصّ.

ـ **تعيين الخبير والتجريح فيه وإعفائه وإقالته**: إن اقتضى الحال إجراء اختبار يتولى الحاكم تعيين الخبير ما لم يتفق الطرفان على خبير معين[1]. فمن الممكن أن يكون طلب تعيين الخبير من الخصم وقد تبادر المحكمة من تلقاء نفسها بتعيين خبير معين ويجوز للخصوم الاتفاق حول خبير محدّد دون غيره وفي صورة عدم الاتفاق تبادر المحكمة بتعيين اسم الخبير المنتدب[2]. وإذا كانت الدولة أو غيرها من الهيئات العمومية طرفا في القضية يجب أن يكون الاختبار بواسطة ثلاثة خبراء إلا إذا اتفق الطرفان على خبير واحد[3]. والمقصود أنّ تنتدب المحكمة بالنسبة إلى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والدولة باعتبارها شخص عام ثلاثة خبراء إلا إذا رضيت هذه المؤسسات بتعيين خبير واحد والقصد من ذلك حماية المصلحة العامة، فليس من الضروري تعيين ثلاثة خبراء بالنسبة للمؤسسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية أو في صورة إذا تصرفت الدولة كالخواص.

(1) الفصل 101 م.م.م.ت.

(2) نصّ الفصل 101 م.إ.ج. على نظام خاص في ذلك حيث إنّه "لحاكم التحقيق أن يكلف عند الاقتضاء خبيرا أو عدة خبراء بإجراء بعض اختبارات ذات صبغة فنية يضبطها لهم. وفيما عدا صورة التأكد يعلم بذلك وكيل الجمهورية والقائم بالحق الشخصي وذا الشبهة ويكون لهم حق المعارضة في انتخاب من ذكر قبل مضي أربعة أيام محتجين بما لهم من القوادح وللحاكم أن يبت في ذلك بقرار لا يقبل الاستئناف. ولمحامي المظنون فيه أن يطلب الاطلاع على الملف قبل مضي ثمان وأربعين ساعة من تاريخ الإعلام".

(3) الفصل 102 م.م.م.ت.

وبمجرد صدور قرار التعيين من الجهة المختصة يوجه كاتب المحكمة فور تسمية الخبير مكتوبا مضمون الوصول إلى هذا الأخير يدعوه فيه إلى الاطلاع على أوراق القضية بدون أن يتسلمها ما لم يرخص له الحاكم في ذلك كما يسلم له نسخة من القرار الصادر بتكليفه[1]. والأغلب أن يحصل الخبير على نسخ من أوراق الدّعوى التي ستكون سندا في الاختبار.

وللخبير خلال الخمسة أيام الموالية لتسلمه المأمورية أن يطلب إعفاءه من القيام بها ربما بسبب نزاع سابق أو قلة الخبرة في المجال وعندئذ يقع تعويضه من طرف رئيس المحكمة أو من ينوبه، ولكن طلب الإعفاء لا يقبل إلا إذا كان خلال ذلك الأجل[2].

ويقع التجريح في الخبير بمثل ما يقع في الشاهد أي بالعداوة الواضحة أو إذا كان للخبير منفعة شخصية أو إذا قبل الخبير هدية من الخصم الذي استشهد به أثناء نشر النازلة أو إذا كان الخبير دائنا أو مدينا لأحد الخصوم وقت الاختبار أو صغر السن لنهاية ثلاثة عشر عاما أو إذا كان الخبير وكيلا لأحد الخصوم أو له ولاية عليه أو القرابة غير المتناهية بالنسبة للأصول والفروع وإلى الدرجة السادسة بالنسبة للحواشي أو المصاهرة إلى الدرجة الرابعة أو إذا كان الخبير من أتباع الخصوم أو خدمته المأجورين أو إذا كان الخبير محكوما عليه «من أجل جريمة» مخلة بالشرف[3].

ويكون التجريح في أجل أقصاه خمسة أيام كذلك مبدأه التاريخ الذي علم فيه الخصم بتسميته[4]. ويحكم في التجريح في الخبير بمثل ما يحكم في التجريح في الشاهد[5]، بمعنى أنّ الخصم الذي يروم التجريح في الخبير يلزمه أن يصرح به ويبين أسبابه قبل مباشرة المأمورية. وإذا كان التجريح مختلفا في وجوده أو كان فعليا ولكنه متفق على وجوده فإن الحاكم لا يتوقف عن تكليف الخبير ويكلف من يدعي القدح بإثباته في موعد يحدده له ويترك أمر تقرير نتيجة الاختبار للمحكمة عند النظر الحكمي. أما إذا كان التجريح في الخبير قانونيا معترفا بوجوده فيقع

(1) الفصل 105 م.م.م.ت.
(2) الفصل 106 م.م.م.ت.
(3) الفصل 96 م.م.م.ت.
(4) الفصل 108 م.م.م.ت.
(5) الفصل 108 م.م.م.ت.

العدول عن تكليفه[1]. ولا تأثير للتجريح في الخبير إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد تعيينه بفعل من تمسك بها أي بفعل المجرح غير أنه إذا كانت أسباب التجريح قد طرأت بغير فعله أي بغير فعل المجرح بعد الأجل المبين أي بعد خمسة أيام أو أثبت المتمسك بها أنه لم يعلم بها إلا بعد انقضائه فإنها تكون عاملة بمعنى أن يعتدّ بها في تكليف غيره[2].

وفي النهاية إذا لم يتمم الخبير مأموريته في الأجل المحدد له يقع تعويضه ويبقى مطالبا بغرم ما تسبب فيه من الضرر إن لم يكن له عذر مبرر كما يقع إلزامه بترجيع ما تسبب فيه من المصاريف بلا فائدة وذلك بمجرد قرار من رئيس المحكمة يكون قابلا للتنفيذ حالا[3].

والواضح من جميع ذلك أنّ جميع الأطراف بإمكانهم طلب تكليف خبير، ويمكن أن تبادر المحكمة بتكليف الخبير من تلقاء نفسها، ويمكن أن يشمل التكليف خبيرا واحدا أو عدّة خبراء. ولا يعدّ الخبير مساعدا لأيّ طرف، بل هو مساعد للعدالة. ويبقى للأطراف إمكانيّة الاعتراض على تكليف خبير محدّد، ربّما بسبب غياب عنصر الحياد أو انعدام الخبرة، على أن يقع ذلك في أجل خمسة أيام من تاريخ إعلامهم بقرار التكليف. وقد رأت محكمة التعقيب أن الأجل يبقى مفتوحا إذا لم يسبق إعلام الأطراف[4]، لكنّها سبق أن أكّدت في عدّة مناسبات

(1) الفصل 98 م.م.م.ت.
(2) الفصل 109 م.م.م.ت.
(3) الفصل 107 م.م.م.ت.
(4) قرار تعقيبي جزائي 31906، غير منشور، بتاريخ 14 جوان 2008: صدر في المادة الجزائية لكنه مفيد في شرح معنى الإعلام بقرار التعيين»وحيث نصّ الفصل 101 م.إ.ج على أنه « لحاكم التحقيق أن يكلّف عند الاقتضاء خبيرا أو عدّة خبراء بإجراء بعض اختبارات ذات صبغة فنية يضبطها لهم. وفيما عدا صورة التأكد يعلم بذلك وكيل الجمهوريّة والقائم بالحق الشخصي وذا الشبهة ويكون لهم حقّ المعارضة في انتخاب من ذكر قبل مضي أربعة أيام محتجين بما لهم من قوادح وللحاكم أن يبتّ في ذلك بقرار لا يقبل الاستئناف ».
وحيث إن القيام بالحقّ الشخصي في وقت لاحق من تاريخ تكليف الخبير لا يرفع واجب الإعلام على معنى الفصل 101م.ا.ح، ويبقى الأجل مفتوحا في صورة عدم الإعلام مادامت الأعمال الفنيّة جارية لم تنته.
وحيث إنّ العلم الفعلي لا يعوّض مطلقا شرط الإعلام، فلا تسري الآجال الناقصة ذات الآثار الهامة من تاريخ العلم الفعلي وإنّما من تاريخ الإعلام الصحيح بشكله الوارد بالفصل 101 م.ا.ج.
وحيث إن القدح في تكليف الخبير يوجب اتّخاذ قرار من قاضي التحقيق، سواء بصفة مستقلّة أو خلال ختم البحث.

على سقوط الحقّ في صورة تجاوز الأجل بعد الإعلام[1]، ورأت كذلك أنّ مجرّد حضور أعمال الاختبار يغني عن الإعلام الفعلي[2]. والحقيقة أنّه أجل حتمي لا يبدأ سريانه إلا بالإعلام الفعلي. ويعود في نهاية الأمر للمحكمة اتخاذ القرار

وحيث إنّه من الثابت أن القائم بالحق الشخصي لم يقع إعلامه بقرار التعيين، كما لم يتخذ قاضي التحقيق قرارا في رفض أو قبول الطعن.

وحيث إن القدح يتوفر قانونا كلما ظهر ما يرفع عن الخبير المنتدب شروط المعرفة الفنية أو يتوفر ما يجعل الثقة في أعمال الخبير محل شكّ أو ضعف بصفة واقعيّة أو قانونيّة.

وحيث ثبت أنّ الخبير المنتدب كان يتولّى مراقبة الحسابات في إحدى شركات المشتكى به..، وما كان من الممكن تبرير القدح بعلّة أنّ» مراقب الحسابات في الشركات التجاريّة يتمتّع باستقلاليّة تامة عن الهيكل المراقب لحساباته والأشخاص المكوّنين له» خاصة وأن تقارير المحاسبة في مثل هكذا جرائم عادة ما تكون الفيصل في ضبط قناعة المحكمة وتوجيه مآل الأبحاث.

وحيث إنّ القول « بأن اكتساب الشاكين لصفة القائمين بالحق الشخصي بصورة لاحقة لإجراء تعيين الخبير المنتدب بالطور التحقيقي لا يخول لهم الطعن في الإجراء المذكور اعتبارا وأن طعنهم كان خارج الأجل المحدد بالفصل 101 م.ا.ج»، اتجاه خطير، يتعارض مع أحكام ذات الفصل، وينتهي بفقدان الحقوق الموضوعيّة في صورة إذا اكتشف القائم بالحق الشخصي صور من القدح الحقيقيّة بعد ذلك الأجل، والحال أنّه لم يسبق إعلامه طبق القانون.

وحيث خلافا لما ورد بالقرار المنتقد، فإن القائمين بالحق الشخصي لم يجرحا في الخبير بتاريخ 23/ 04/ 2007 بعد إتمام الخبير أعماله، بل كان قبل ذلك بتاريخ 18 جانفي 2007، ولم تعقد بين الطرفين جلسات عمل كما ورد بحيثيّاته.

وحيث ولئن كانت مسألة الاختبار تعيينا وقدحا ونتيجة لا تهمّ النّظام العام أو الإجراءات الأساسيّة لتعلّقها بالحقوق الخاصّة ولا ترد تحت طائلة جزاء الفصل 199 م.ا.ج، فإنّ آثارها تمتلك ناصية القرار إذا ما أثارها صاحبها. وقد تمسّك القائمان بالحقّ الشخصي سواء أمام قاضي التحقيق أو أمام دائرة الاتهام بضرورة تغيير الخبير المنتدب، دون أن يجد الطلب النتيجة المطلوبة، فكان القرار المنتقد مخالفا لأحكام الفصل 101 م.ا.ج.

وحيث إن تجاوز مسألة طلب تغيير الخبير والتعويل على خلاصة أعماله في دفع الجريمة عن المتهمين، ودون الوقوف على الجرائم المنسوبة للمتهمين وصفا وأركانا ودون مناقشة الدفوعات الجوهريّة التي تعلّقت بسطحيّة عمل الخبير وعدم معالجته لأصل الوثائق والاكتفاء بدراسة محاضر الجلسات، يورّث القرار ضعفا في التعويل لا يمكن أن ينتهي دون الإخلال بحقّ الدفاع.

وحيث ولئن كان يحقّ لقضاة الأصل عدم الإذن بإجراء جميع ما يطلب منهم من أبحاث أو مناقشة جميع الدفوعات، فإنّه يتعيّن تقديم التعليل الكافي والمقنع، حتّى لا يُمسّ حقّ الدّفاع ومنه مبادئ حكم المواجهة والحقّ في الإثبات وواجب التعليل. وقد أهملت المحكمة شرط التعليل».

(1) قرار عدد 2534 الصادر بتاريخ 15 فيفري 1965 القضاء والتشريع 1971، ص 49.

(2) قرار عدد 5495 بتاريخ 13 جوان 1968 القضاء والتشريع 1971 ص 50.

المناسب في الاستجابة لطلب التكليف أو في رفض الطّلب أو في التراجع عن تكليف خبير معين دون آخر أو التمسّك بذات الخبير، وميزة هذا القرار أنّه لا يقبل الطعن بالاستئناف، على خلاف بعض التشاريع المقارنة، مثل القانون الفرنسي، الذي أجاز إمكانيّة الطعن بالاستئناف في هذا القرار من قبل جميع الأطراف. حيث خيرت مجلة المرافعات المدنية التونسية إجمالا إمكانية الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء النشر مع الحكم الذي يصدر نهاية[1].

- **التزامات الخبير:** يوجه كاتب المحكمة فور تسمية الخبير مكتوبا مضمون الوصول إلى هذا الأخير يدعوه فيه إلى الاطلاع على أوراق القضية بدون أن يتسلمها ما لم يرخص له الحاكم في ذلك كما يسلم له نسخة من القرار الصادر بتكليفه[2]. وواقعيا تتصل كتابة المحكمة بالخبير المعين وتدعوه فور تعيينه بالاتصال بكتابة المحكمة وذلك بتوجيه نسخة من قرار التعيين. فيحضر الخبير بالكتابة ويجوز له الاطلاع على محتوى الملف أو نسخ بعض المستندات بعد إذن المحكمة في ذلك.

وعادة ما ينصّ القرار على المصاريف التي يجب يسبّقها الخصم. وإذا لم يقع تسبقة المصاريف من الخصم المطلوب منه ذلك ولا من غيره من الخصوم في الأجل المحدود لذلك فإن الخبير لا يكون ملزوما بإتمام المأمورية ويترتب عن ذلك سقوط حق الخصم المطلوب بالدفع في التمسك بالإذن الصادر بتعيين الخبير ما لم يقدم ما يبرر عدم الدفع[3]. وربما تنتهي المحكمة برفض الدّعوى إذا أصرّ الخصم على عدم الاستجابة بقرار المحكمة بالرغم من صدور أحكام تحضيرية في ذلك.

ويباشر الخبير مأموريته بمحضر الخصوم أو في مغيبهم بعد استدعائهم بمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام ببلوغها. ويجب عليه أن يحرر تقريرا مفصلا في جميع أعماله وينص بالأخص على حضور الخصوم أو عدم حضورهم

(1) تتخذ المحكمة أثناء نشر القضية أحكاما تحضيرية ولها علاقة بتحقيق الدّعوى وإثباتها وأحكاما تمهيدية ولها جانب من الأصل وكذلك الأحكام التي لها علاقة بالشكل والدّفع بعدم القبول. وقد أقرت بعض القوانين إمكانية الطّعن في الأحكام التمهيدية والتي لها علاقة بالشكل والدفع بعدم القبول قبل صدور الحكم في الأصل ولكنّ مجلة المرافعات المدنية التونسية خيرت الطعن مع الحكم الذي سيصدر نهاية حيث لا يجوز الطعن في مثل هذه الصور إلا مع الأصل باستثناء ما أورده المشرع بالفصل 240 م.م.م.ت.

(2) الفصل 105 م.م.م.ت.

(3) الفصل 104 م.م.م.ت.

مع بيان تصريحاتهم وتوقيعهم على هذه التصريحات كما يبين رأيه الفني بغاية الإيضاح والأسباب التي بني عليها. وإذا كان الاختبار قد أجري من طرف أكثر من خبير واحد فلكل منهم أن يقدم تقريرا مستقلا برأيه ما لم يتفقوا على تقديم تقرير واحد يبين به رأي كل منهم وأسبابه[1].

ويقدم الخبير تقريره مع جميع الأوراق التي حررها أو التي يكون تسلمها إلى كتابة المحكمة ويوجه خلال الأربع وعشرين ساعة مكتوبا مضمون الوصول إلى الخصوم يعلمهم فيه بتقديم تقريره[2]. وعلى الخبير أن يحدّد أجرته ويقدمها للقاضي المختص لغاية التعديل، وله أن لا يودع تقريره كتابة المحكمة إلا بعد خلاصه في بقية مصاريفه وأجوره المصادق عليها.

وفي جميع الصور يلزم الخبير بإنجاز المهمّة في الأجل المحدّد بالمأموريّة. على أنّه يجوز التمديد في الأجل بطلب من الخبراء، وتتّخذ المحكمة في ذلك قرارا معللا إذا توفّرت الأسباب المنطقيّة. وإذا لم يقدم الخبراء تقريرهم في الأجل المسمى جاز تعويضهم فورا، وعليهم أن يقدموا نتيجة الأبحاث التي توصلوا إليها، كما عليهم أن يرجعوا الأشياء والأوراق والوثائق التي سلمت إليهم بقصد تنفيذ مأموريتهم، حيث إذا لم يتمم الخبير مأموريته في الأجل المحدد له يقع تعويضه ويبقى مطالبا بغرم ما تسبب فيه من الضرر إن لم يكن له عذر مبرر كما يقع إلزامه بترجيع ما تسبب فيه من المصاريف بلا فائدة وذلك بمجرد قرار من رئيس المحكمة يكون قابلا للتنفيذ حالا[3].

وعند انتهاء عمليات الاختبار يحرر الخبراء تقريرا يتضمن وصفا لتلك العمليات وكذلك نتائجها، وعليهم أن يشهدوا بأنهم تولوا شخصيا إتمام العمليات التي عهدت إليهم وان يمضوا تقريرهم. وإذا اختلف الخبراء في الرأي أو كانت لهم احترازات يريدون إبداءها فعلى كلّ خبير أن يقدّم تقريرا مستقلا.

والمهم في جميع ذلك أن لا تطال أعمال الخبير مسائل لها علاقة بعمل القضاء، بمعنى أن ينقاد الخبير إلى مسائل تقديريّة واجتهاديّة تدخل في اختصاص القاضي، وتبقى الإفادة في مستوى الحدود الفنيّة لا غير. فلا يمكن للخبير التصريح بصحّة الوثائق المقدمة من عدمها و تلقي الشهود أو بيان نسبة المسؤوليّة أو إثبات الحوز وغير ذلك من الصّور المشابهة. وعادة ما يتحدّث رجال القانون

(1) الفصل 110 م.م.م.ت.
(2) الفصل 111 م.م.م.ت.
(3) الفصل 107 م.م.م.ت.

في مثل هذه الصور عن «تفويض صلاحيات القاضي للخبير[1]». وكلّ ما يطلب هو تقيّد الخبير بموجبات الخبرة الفنيّة لا غير، لكنّه عادة ما يقع الخلط بين المسائل القانونيّة والفنيّة، وفي ذلك تكمن أهمية مراقبة أعمال الخبير. مع التدقيق أنّ مجلة الإجراءات المدنية سمحت فقط للخبير بالإشارة بالتقرير إلى حضور الخصوم أو عدم حضورهم مع بيان «تصريحاتهم وتوقيعهم على هذه التصريحات» كما يبين رأيه الفني بغاية الإيضاح والأسباب التي بني عليها.

وقد طرحت مسألة السرّ المهني تساؤلا هاما بالنسبة إلى أعمال الخبراء، فهل أنّ الخبير ملزم بالكشف عن الأسرار المهنيّة التي توصّل إليها من خلال أعمال الخبرة أم أنّه ملزم باحترام ضوابط السرّ المهني؟ أي هل يلزم الخبير بالكشف عن الجرائم التي أمكن له التعرّف عنها من خلال علاقته المهنيّة بالأطراف ؟ يقول البعض إجابة عن هذا التساؤل أنّ الخبير مكلّف بمهمّة فنيّة في حدود معيّنه ولا يملك الحقّ في الكشف عن هذه الجرائم، ويبقى واجب حماية السرّ المهني قائما بالنسبة إليه، لكنّ البعض الآخر يرى أنّ الخبير يعتبر مساعدا للقضاء، ويلزم من هذه الناحية بالكشف عن الأسرار المهنيّة، ولا يؤاخذ قانونا إن أورد بعضا منها بتقريره. ورغم أنّ هذا الرأي الأخير قد عرف تطبيقات قضائيّة متعدّدة إلا أنّه يبدو على المستوى القانوني مخالفا لنظام السرّ المهني حيث لا يلزم الخبير أو غيره ممن يشمله السرّ المهني أن يكشف عن موضوعه إلا إذا نصّ القانون على ذلك صراحة، وفي غياب هذه القاعدة لا يمكن خرق مبدأ المحافظة على السرّ المهني مهما كانت الصّورة وقد نصّ الفصل 8 من قانون 1993 الخاص بالخبراء العدليين صراحة على أنه « يجب على الخبير العدلي الحفاظ على سر ما أطلع عليه بموجب مأموریاته.»

ـ **مراقبة أعمال الخبير**: «رأي الخبير لا يقيّد المحكمة[2]»، فمهما كانت طبيعة استنتاجات الخبير لا يمكن أن تلزم المحكمة فلها أن تأخذها أو أن تتركها ويشترط فقط أن يكون الأخذ أو الترك بقول سليم أي أن يكون اتجاه المحكمة معلّلا.

وتبقى جميع الأعمال خاضعة لرقابة المحكمة، فبعد اطلاع المحكمة على تقرير الاختبار والاطلاع على ملاحظات الخصوم يمكن لها أن تستدعي الخبير

(1) عبد اللّه الأحمدي:القاضي والإثبات في النزاع المدني، 1991، ص 454.
(2) الفصل 112 م.م.م.ت.

للتحرير عليه حول بعض النقاط الغامضة وإن رأت لزوم تعديل الاختبار في اتجاه معين يمكن أن تطلب منه تحرير تقرير تكميلي[1].

فعلى المحكمة المتعهّدة أن توجّه أعمال الخبير في الاتّجاه المطلوب من الوجهة الفنيّة بطلب إنهاء العناصر المطلوبة فنيّا وأن تعمل على طرح العوائق التي تعيق إنجاز المأموريّة بشتى الوسائل ولها أن تطلب من الخبير إنجاز العمل في الوقت المحدّد. ويعود لها إمكانيّة تعويضه إذا أخلّ بعمله أو تأخّر عن الإنجاز في الوقت المحدّد، ولا شيء يمنعها من حضور الاختبار على عين المكان. وبعد إنهاء العمل يعود للمحكمة كذلك مراقبة العمل من حيث الشكل بالاطلاع على إجراءات استدعاء الأطراف، وتتأكّد من إنجاز العمل من قبل الخبير المعيّن بنفسه، ويبقى الاختبار في نهاية الأمر خاضعا لاجتهاد القاضي، ويمكنه في نهاية الأمر الإذن باختبار إضافي أو إعادة الاختبار. على أنّ حدود القاضي في المراقبة تقف عند الحدود الفنيّة، فلا يمكن للقاضي التدخّل في المسائل الفنيّة، بل يسعى إلى فهمها لا أكثر ولا أقلّ بهدف اتّخاذ القرار القانوني السليم.

وتشمل مراقبة المحكمة كذلك أجرة الخبير حيث يلزم الخبير بعد نهاية أعماله أن يحدّد أجرته ويعرضها على القاضي المختص لغاية التعديل وقد كان الفصل 113 م.م.م.ت. قديما ينص على ما يلي» يبين الخبير مصاريفه وأجوره بذيل تقريره ويقدمه لرئيس المحكمة أو من ينوبه للمصادقة عليها أو تعديلها. وللخبير أن لا يودع تقريره كتابة المحكمة إلا بعد خلاصه في بقية مصاريفه وأجوره المصادق عليها». وقد أمكن تعديل هذا الفصل بموجب القانون عدد 36 لسنة 2010 المؤرخ في 5 جويلية 2010 المتعلق بتنقيح بعض الأحكام من مجلة المرافعات المدنية والتجارية[2]، وأصبح ينصّ على ما يلي: يبين الخبير المصاريف المبذولة وأجرته بالاعتماد على العناصر التالية:

1 ـ الساعات المقضاة لدراسة الملف وللقيام بالأعمال الميدانية وإعداد التقرير،

2 ـ مصاريف التنقل،

3 ـ مصاريف إعداد الوثائق اللازمة للاختبار واستدعاء الأطراف،

(1) نصّ الفصل 102 م.إ.ج. في فقرته الأخيرة صراحة على هذا الدور قولا إنّه على «الخبراء أن يقوموا بمأموريتهم باتصال مع حاكم التحقيق وأن يحيطوه علما بتطور عمليات الاختبار وأن يمكنوه من كل ما يجعله قادرا في أي وقت من الأوقات على اتخاذ الوسائل اللازمة».

(2) الرائد الرسمي عدد 55 بتاريخ 9 جويلية 2010، ص 1941.

4 ـ مصاريف الاستعانة بالغير المأذون بها قضائيا إن كانت مؤيدة بوصولات.

ويحدد بقرار من وزير العدل أنموذج يقع تعميره من الخبير ويعرض على رئيس المحكمة أو من ينوبه للمصادقة أو التعديل.

ويعتمد قرار التسعيرة بالخصوص على مراقبة عناصر التأجير ومؤيداتها، وقيمة موضوع النزاع وتشعب الأعمال الفنية المطلوبة ومدى تقيد الخبير بنص المأمورية وآجالها ومبررات التمديد عند الاقتضاء.

وللخبير أن لا يودع تقريره بكتابة المحكمة إلا بعد خلاصه في بقية مصاريفه وأجرته المصادق عليها». وبالتالي فقد فرض المشرع على الخبير أن يبين العناصر الموضوعية التي كانت أساسا لطلب المصاريف وعلى المحكمة أن تراقب هذه العناصر وتجعلها الأساس في قرار التسعير، كما يدخل في ذلك أهمية المأمورية ومدى التزام الخبير بموضوعها وبأجل الإنجاز.

كما أنّ قرار تسعير مصاريف وأجرة الاختبار قابل للاعتراض في ظرف أجل قدره ثمانية أيام من تاريخ الإعلام به. ويسقط الاعتراض الواقع بعد هذا الأجل. ويتم الاعتراض بتقديم عريضة معللة يقع تبليغها حسب الأحوال أو الخبير أو إلى الطرف الذي يهمه الاختبار بواسطة أحد العدول المنفذين تتضمن دعوته للحضور بمكتب الحاكم الذي أصدر القرار في ميعاد أقصاه ثمانية أيام وإلا سقط الاعتراض. ويقع البت في الاعتراض بحكم غير قابل للاستئناف وذلك في أجل لا يتجاوز الثمانية أيام. والاعتراض لا يوقف أداء الأجور والمصاريف المسعرة. وإنابة المحامي غير ضرورية في الاعتراض على قرار تسعير مصاريف وأجرة الاختبار[1].

الباب السادس

في جلسة المرافعة والحكم

الفصل 114 ـ يفتح الرئيس المرافعة ويديرها ويختمها عندما تتضح النازلة للمحكمة بوجه كاف.

ويفتح الرئيس المرافعة بعرض ملحوظات الخصوم.

(1) الفصل 113 مكرر م.م.م.ت. أضيف بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980.

وإذا لم تجد المحكمة بالملف الإيضاحات الكافية يمكنها أصالة منها الإذن بإحضار الشهود أو الخبراء بالجلسة الذين ترى منفعة في سماع شهادتهم وتأذن عند الاقتضاء بزيادة البحث كما يمكن لها الإذن بحضور الخصوم بذواتهم.

الفصل 115 ـ لا يسمح للمحامي بالمرافعة إلا فيما تضمنته ملحوظاته الكتابية المقدمة بصفة قانونية.

الفصل 116 ـ يمكن للخصوم أن يقدموا للمحكمة الإيضاحات التي يرونها صالحة وذلك بحضور محاميهم وفي حدود الملحوظات الكتابية.

وللمحكمة أن تحجر عليهم ذلك إن رأت من شدة تأثرهم أو عدم تجربتهم ما يمنعهم من المناقشة في القضية باللياقة المطلوبة وبصورة كافية لإنارة المحكمة.

الفصل 117 ـ تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العمومية أو أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة.

الفصل 118 ـ الرئيس هو الحافظ لنظام الجلسة ويأذن بطرد من أثار التشويش وعطل سير المرافعات ويحرر تقريرا في الجلسة نفسها في شأن من يهضم جانب المجلس ويوجه مرتكب ذلك لوكيل الجمهورية.

التعليق على الفصول 114 إلى 118

أوردت الفصول 114 إلى 118 م.م.م.ت. إجراءات جلسة المرافعة. وهي الجلسة التي يعينها القاضي لتمكين الخصوم ونوابهم من شرح وتوضيح ما سبق تقديمه بعد الانتهاء من جلسات التحضير. وتتميّز الإجراءات الادّعائية بأنّها علنية وشفاهية وتحتكم لمبدأ المواجهة، وتعدّ جلسة المرافعة هي المظهر لمبدأ الشفاهية متى يجوز لمحامي الأطراف الترافع شفاهيا أمام هيئة المحكمة. ولكنّ هذا المبدأ عرف تراجعا كبيرا إذ عادة ما يحضر محامو الخصوم ويكتفون بالتمسك بالتقارير المضافة. كما سمح المشرع من خلال تنقيح مجلة المرافعات بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 بأن يتولى القاضي المقرر «تلقي التقارير والمؤيدات من المحامين **ومطالبتهم بما يراه لازما من الإيضاحات** والوثائق الإضافية (الفصل 87 م.م.م.ت.)». وبالتالي من الممكن الحديث في هذا الإطار عن الشفاهية على مستوى تعهّد القاضي المقرر خلال مرحلة التحضير. ولكنّ ذلك ليس إلا استثناءً إذ أن المرافعة الشفاهية لا تجوز إلا خلال جلسة المرافعة.

وقد حدّدت الفصول 80 إلى 86 م.م.م.ت. والفصول 114 إلى 118 م.م.م.ت. نظام المرافعة على مستوى المحكمة الابتدائية كما حدّد الفصلان 139 و140 م.م.م.ت. نظام المرافعة على مستوى محكمة الاستئناف، وجاء الفصل 188 م.م.م.ت. محدّدا لجلسة المرافعة أمام محكمة التعقيب، كما أشار المشرع بالفصل 163 م.م.م.ت.إلى جلسة المرافعة بالنسبة إلى التماس إعادة النظر

وقد جاءت الفصول 114 إلى 118 م.م.م.ت. في بيان طريقة إدارة جلسة المرافعة وما يمكن أن يعتمد خلالها من أعمال[1].

والقاعدة أنّ رئيس الجلسة هو المسؤول عن إدارة الجلسة والإذن بالإجراء المنسب وقد خصّ المشرع كلّ من القاضي والخصوم والمحامي بأحكام خاصة ولكلّ دوره في المرافعة، حيث يفتح الرئيس المرافعة ويدَيرها ويختمها عندما تتضح النازلة للمحكمة بوجه كاف. ورغم أنّ مجلة المرافعات نصت على أنّ الرّئيس يفتح المرافعة بعرض ملحوظات الخصوم[2]، فإنه من الناحية الواقعية لا يحدث هذا العرض وعادة ما يحضر المحامي ويتمسك بملحوظاته الكتابية فيقرر الرّئيس صرف القضية للمفاوضة. ولكنّه من الممكن كذلك واقعيا أن يطلب محامو الخصوم الترافع شفاهيا فيأذن الرئيس لهم بذلك وتسند الكلمة بداية إلى محامي المدّعي أو المستأنف ثمّ إلى محامي المدّعى عليه أو المستأنف عليه. على أنّه لا يسمح للمحامي بالمرافعة إلا فيما تضمنته ملحوظاته الكتابية المقدمة بصفة قانونية أي في الآجال المشار إليها[3].

ويمكن للخصوم أن يقدموا للمحكمة الإيضاحات التي يرونها صالحة وذلك بحضور محاميهم وفي حدود الملحوظات الكتابية كذلك، لكنه قلما يؤذن للخصوم بالحديث من الناحية الواقعية. وللمحكمة أن تمنعهم من الحديث على فرض الإذن المسبق إذا رأت من شدة تأثرهم أو عدم تجربتهم ما يمنعهم من المناقشة في القضية باللياقة المطلوبة وبصورة كافية لإنارة المحكمة[4].

---

(1) بينت الفصول 80 إلى 86 م.م.م.ت. كيفية تعيين جلسة المرافعات وآثار هذا التعيين. يراجع التعليق على هذه الفصول.

(2) الفصل 114 م.م.م.ت.

(3) الفصل 115 م.م.م.ت.

(4) الفصل 116 م.م.م.ت.

وتكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العمومية أو أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة[1]. ويعتبر الرئيس هو الحافظ لنظام الجلسة ويأذن بطرد من أثار التشويش وعطل سير المرافعات ويحرر تقريرا في الجلسة نفسها في شأن من يهضم جانب المجلس ويوجه مرتكب ذلك لوكيل الجمهورية[2].

وفي آخر المرافعة يمكن للمحكمة حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم وإذا لم تجد المحكمة بالملف الإيضاحات الكافية يمكنها أصالة منها إرجاع القضية للطور التحضيري والإذن بإحضار الشهود أو الخبراء الذين ترى منفعة في سماع شهادتهم للتحرير عليهم بواسطة القاضي المقرر أو المستشار المقرر وتأذن عند الاقتضاء بزيادة البحث في الاتجاه الذي تراه صالحا كما يمكن لها الإذن بحضور الخصوم بذواتهم والتحرير عليهم شخصيا بواسطة من ذكر[3].

وتبقى نفس هذه القواعد منسحبة على القضايا المنشورة أمام محكمة الاستئناف حيث إنّ القاعدة أنّ القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على نوازل الاستئناف بقدر ما لا تتخالف مع أحكام الواردة في باب الاستئناف[4].

أما أمام محكمة التعقيب فتنعقد الجلسة بحجرة الشورى بمحضر ممثل النيابة العمومية ومساعدة الكاتب، ويمكن لمحاميي الخصوم أن يحضروا للمرافعة إن طلبوا ذلك كتابة. ولا يمكن أن تقع المرافعة إلا في خصوص ما قدموه كتابة[5].

الفصل 119 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ للمحكمة تأخير التصريح بالحكم لجلسة مقبلة معينة للتأمل أو المفاوضة ولا تقبل أثناء ذلك لا ملاحظات ولا حجج غير أنه يمكن في بعض الحالات أن ترخص للخصم في تقديم ملحوظات كتابية بعد أن يطلع عليها خصمه على أن ينص على هذا الترخيص بمحضر الجلسة.

الفصل 120 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يصدر الحكم من ثلاثة قضاة بأكثرية الآراء ويطلب الرئيس من القاضيين رأيهما مبتدئا بأحدثهما عملا ويبدي رأيه أخيرا.

(1) الفصل 117 م.م.م.ت.
(2) الفصل 118 م.م.م.ت.
(3) الفصل 114 م.م.م.ت.
(4) الفصل 140 م.م.م.ت.
(5) الفصل 188 م.م.م.ت.

وإذا تكون أكثر من رأيين فإن القاضي الأحدث عملا ملزم بالانضمام لأحد الرأيين الذين أبداهما زميلاه.

الفصل 121 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ تكون المفاوضة سرية دون أن يحرر فيها أثر كتابي ولا يشارك فيها غير القضاة الذين تلقوا المرافعة وعندما تحصل الأغلبية تحرر لائحة في نص الحكم ومستنداته يمضيها القضاة المتفاوضون ولا تكون لهذه اللائحة صبغتها النهائية إلا بعد النطق بها بجلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين أمضوها.

وإذا تعذر على أحد القضاة لمانع شرعي الحضور بجلسة التصريح بالحكم بعد تمام المفاوضة وإمضاء لائحة الحكم فإنه يقع التصريح بالحكم بمحضر القاضيين الباقيين.

وإذا لم يمض القاضي المتغيب لائحة الحكم أو كان السبب المانع يتعلق بزوال صفته فإنه يجب إعادة الترافع في القضية.

التعليق على الفصول 119 و120 و121

أوردت الفصول 119 و120 و121 الإجراءات المعتمدة خلال مرحلة المفاوضة فلا بدّ من المداولة بطريقة قانونية ثمّ تحرّر لائحة الحكم و يصرّح بها بجلسة علنية.

ـ تعيين جلسة المفاوضة وآثاره: ـ للمحكمة تأخير التصريح بالحكم لجلسة مقبلة معينة للتأمل أو المفاوضة ويمكن أن تكون المفاوضة بآخر الجلسة ولا تقبل أثناء ذلك لا ملاحظات ولا حجج غير أنه يمكن في بعض الحالات أن ترخص للخصم في تقديم ملحوظات كتابية بعد أن يطلع عليها خصمه على أن ينص على هذا الترخيص بمحضر الجلسة[1]. فرغم أنّ حجز القضية للمفاوضة يمنع الأطراف من تقديم أيّة وثيقة إلا أنه يجوز للمحكمة بطريقة استثنائيّة تمكين الطرفين من إضافة ملحوظات كتابيّة أي تقارير مكتوبة بعد أن يطّلع الطّرف الآخر عليها.

ـ طريقة المفاوضة: ـ يصدر الحكم من ثلاثة قضاة بأكثرية الآراء ويطلب الرئيس من القاضيين رأيهما مبتدئا بأحدثهما عملا ويبدي رأيه أخيرا. وإذا تكون أكثر من رأيين فإن القاضي الأحدث عملا ملزم بالانضمام لأحد الرأيين الذين

(1) الفصل 119 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).

أبداهما زميلاه[1]. وتكون المفاوضة سرية دون أن يحرر فيها أثر كتابي ولا يشارك فيها غير القضاة الذين تلقوا المرافعة[2].

ـ تحرير لائحة الحكم و التصريح بالحكم: عندما تحصل الأغلبية تحرر لائحة في نص الحكم ومستنداته يمضيها القضاة المتفاوضون ولا تكون لهذه اللائحة صبغتها النهائية إلا بعد النطق بها بجلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين أمضوها. وإذا تعذر على أحد القضاة لمانع شرعي الحضور بجلسة التصريح بالحكم بعد تمام المفاوضة وإمضاء لائحة الحكم فإنه يقع التصريح بالحكم بمحضر القاضيين الباقيين. وإذا لم يمض القاضي المتغيب لائحة الحكم أو كان السبب المانع يتعلق بزوال صفته فإنه يجب إعادة الترافع في القضية[3]. فلا بدّ من تحرير لائحة الحكم طبق القانون وإمضائها من قبل القضاة والتصريح بها بجلسة علنية بحضور القضاة الذين أمضوها.

وقد أورد الفصل 121 م.م.م.ت. مفهوم لائحة الحكم وشروطها، فإذا حصلت الأغلبية أثناء المفاوضة تحرر لائحة في الحكم un projet de jugement motivé ومستنداته يمضيها الحكام الذين شاركوا في المفاوضة. ولا تكتسي هذه اللائحة صبغتها النهائية إلا بعد التصريح بها بجلسة علنية يحضرها جميع الحكام الذين أمضوها. وإذا تعذر على أحد الحكام لمانع صحي خطير الحضور بجلسة التصريح بالحكم بعد المفاوضة وإمضاء لائحة الحكم فإنه يقع التصريح بالحكم بمحضر بقية الحكام. وأما إذا لم يمض الحاكم المتغيب لائحة الحكم أو كان السبب المانع يتعلق بزوال صفته فإنه يجب حل المفاوضة وإعادة الترافع في القضية[4]. وبذلك فإنّ لائحة الحكم هي مشروع الحكم الذي يحرّر على إثر تحصيل الأغلبيّة مباشرة ويشترط فيها التعليل أي بيان **المستند القانوني** وسبق إمضائها من طرف القضاة الذين شاركوا بالمفاوضة ولا تكون نهائية إلا بعد التصريح بها في جلسة علنيّة، وإذا لم يسبق إمضاؤها وتعذر على القاضي الإمضاء لسبب ما فإنه يفرض حلّ المفاوضة وإعادة الترافع من جديد. وتتمثّل لائحة الحكم واقعيا في صيغة الحكم ومستنده المضمن بمحضر الجلسة. ويقصد بالمستند تعليل المحكمة لنصّ الحكم قبل تحريره، وهي المبرّرات القانونية والواقعية التي

(1) الفصل 120 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).
(2) الفصل 121 م.م.م.ت.
(3) الفصل 121م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).
(4) وهي نفس الصيغة التي وردت بالفصل 165 م.إ.ج

اعتمدتها المحكمة توصلا لنصّ الحكم. ويشترط أن تصاغ بوضوح وأن لا تحيل إلى قرارات سابقة حتى ولو كانت صادرة بين نفس الخصوم مع أنّه من الممكن أن تتبنى محكمة الاستئناف مستندات المحكمة الابتدائيّة. ولكنه يلاحظ أنّ المحاكم قلّما تراعي هذا الإجراء وعادة ما تحرّر لائحة الحكم دون بيان أيّ مستند، وأكثر من ذلك سار التطبيق على اعتبار نسخة الحكم بأنّها لائحة الحكم مع أنّ الأخيرة تختلف كثيرا عن الأولى.

وتعدّ هذه الصيغة في لائحة الحكم من الإجراءات الأساسيّة التي ينجر عن مخالفتها بطلان الحكم على معنى الفصل 14 م.م.م.ت. والمفيد في جميع ذلك أن يقع التمييز بين لائحة الحكم حسب هذا المعنى والنسخة الأصليّة للحكم كما سيأتي.

الفصل 122 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يجب تحرير نسخة أصلية للحكم طبق موجبات الفصل 123 في أقرب أجل وعلى كل حال ينبغي أن لا يتجاوز هذا الأجل عشرة أيام من تاريخ صدوره.

ويجب أن يقع إمضاؤها من طرف القضاة الذين أصدروا الحكم وإذا تعذر إمضاء أحدهم بعد التصريح به يمضيها من بقي منهم وينص بها على ذلك العذر المانع للإمضاء.

الفصل 123 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980)

ـ 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.

تاسعا : بيان درجة الحكم.

عاشرا : تحرير مجموع المصاريف إن أمكن ذلك.

التعليق على الفصلين 122 و123

جاء الفصل 122 م.م.م.ت. في تعريف النسخة الأصلية للحكم وشروطها. فإذا وقع التصريح بالحكم بعد المفاوضة سواء بجلسة المرافعة أو بعدها وجب تحرير نسخة أصلية للحكم un jugement طبق موجبات الفصل 123 م.م.م.ت. في أقرب أجل وعلى كل حال ينبغي أن لا يتجاوز هذا الأجل عشرة أيام من تاريخ صدوره. ويجب أن يمضي النسخة الحكام الذين أصدروا الحكم وإذا تعذر على أحدهم الإمضاء بعد التصريح بالحكم فيقع إمضاؤها من طرف من بقي منهم وينص بها على ذلك العذر[1]. وبذلك فإن نسخة الحكم الأصلية ليست لائحة الحكم المتمثلة في محضر جلسة الحكم، بل هي الوثيقة أو الحجة المتضمنة لتلخيص الحكم الذي يجب أن يتضمن بيانات الفصل 123 م.م.م.ت. أي بيان المحكمة التي أصدرته وأسماء وصفات ومقرات الخصوم وموضوع الدعوى وملخص مقالات الخصوم والمستندات الواقعية والقانونية ونص الحكم وتاريخ صدوره واسم الحاكم أو أسماء الحكام الصادر عنهم وبيان درجة الحكم وتحرير مجموع المصاريف إن أمكن ذلك[2]. وهي بيانات لم يشترطها المشرع بلائحة الحكم، فالمشترط في لائحة الحكم أن تبني نصّ الحكم على مستند، بينما يشترط في تلخيص الحكم بأن تجيب المحكمة على جميع الطلبات والدفوعات بقول حاسم ولا يكتفى بالإشارة إلى أحكام سابقة أو مقالات منشورة أو فقه قضاء سابق أو إضافة مطبوعات جاهزة مسبقا مع أنه من الممكن أن تتبنى محكمة الاستئناف مستندات محكمة البداية في صورة الإقرار كما أنّ التلخيص يجب أن يتبنى ما ورد بمستندات لائحة الحكم ويجوز التوسع فيه ويضاف إلى ذلك ملخص أقوال الخصوم وكلّ ما يدخل في التعريف بالأطراف والحكم. ويجب أن يقع إعداد هذه النسخة في أجل لا يتجاوز عشرة أيام. ويجب كذلك إمضاؤها من قبل القضاة الذين أصدروها إلا في حالة التعذّر.

وتسمّى هذه النسخة بالنسخة الأصلية للحكم la minute، لأنها النسخة التي تبقى دوما بالمحكمة ولا تسلم مطلقا للأطراف، حيث إنه يجوز لهم فقط التحصيل على نسخ مجردة أو تنفيذية من الأصل الذي يبقى محفوظا بخزينة المحكمة على الدوام ويمكن الرجوع إليه عنه الحاجة.

(1) وهي نفس الصيغة التي أوردها المشرع بالفصل 166 م.إ.ج.

(2) الفصل 123 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل1980).

وتبدو الصيغ الواردة في النسخة الأصلية للحكم مرتبطة بمفهوم الإجراءات الأساسية بما في ذلك ما يتعلّق بطبيعة البيانات الواردة بها أو بضرورة إمضائها. فقط أن أجل إعدادها ليس له علاقة بمسألة الإجراءات الأساسية بل هو أجل تنظيمي لا ينجر عنه البطلان إلا إذا أضرّ بمصلحة أحد الخصوم[1].

والواضح أنّ المشرع ميّز بعناية بين لائحة الحكم un projet de jugement motivé وبين النسخة الأصلية للحكم la minute والنسخة المجردة les expéditions de jugements والنسخة التنفيذية copie exécutoire، فإذا كانت لائحة الحكم والنسخة الأصلية على ما تقدم من شرح فإنّ النسخة المجردة هي النسخة التي تؤخذ من الأصل ويشهد كاتب المحكمة المختصة بمطابقتها لأصلها ويجوز تسليمها لكلّ من يطلبها[2].

أما النسخة التنفيذية فهي النسخة التي يتسلمها المحكوم له مرة واحدة بغاية إتمام إجراءات التنفيذ، وبذلك فهي تخضع لجملة من الضوابط، حيث إنّ كل خصم صدر في منفعته حكم له الحق في أخذ نسخة واحدة منه وهذه النسخة تسمى تنفيذية ويسلمها كاتب المحكمة الصادر منها الحكم ممضاة منه ومختوما عليها بطابع المحكمة[3]. ويجب أن تتضمن النسخة التنفيذية بطالعها بيانات ضرورية كما يأتي : الجمهورية التونسية، باسم الشعب التونسي أصدرت محكمة كذا الحكم الآتي نصه. ويجب أن يذكر بآخرها ما يأتي : «وبناء على ذلك فإن رئيس الجهورية التونسي يأمر ويأذن سائر العدول المنفذين بأن ينفذوا هذا القرار أو الحكم إن طلب منهم ذلك والوكلاء العامين ووكلاء الجمهورية بأن يساعدوا على ذلك، وسائر آمري وضباط القوة العامة بالإعانة على تحقيق تنفيذه عندما يطلب منهم ذلك بصفة قانونية. وبموجب ذلك أمضي هذا القرار أو الحكم[4].

وإذا تلفت النسخة التنفيذية التي تسلمها الخصم الذي صدر له الحكم وذلك قبل التنفيذ فلا يمكن أن يتحصل على نسخة ثانية إلا بمراعاة جملة من الإجراءات

(1) نجد نفس التمييز بين النسخة الأصلية ولائحة الحكم ونسخة الحكم بمجلة الإجراءات الجزائية، يراجع الفصول 166 و168 م.إ.ج.
يراجع في جميع ذلك علي كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، طبعة ثانية 2013، وكذلك التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية طبعة ثانية 2015، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص.

(2) الفصل 252 فقرة أخيرة م.م.م.ت.

(3) الفصل 252 م.م.م.ت.

(4) الفصل 253 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).

حيث يمكنه الحصول على نسخة ثانية بحكم استعجالي من رئيس المحكمة بعد استدعاء الخصوم كما يجب وبشرط إعطاء ضمان مالي إلا إذا اعترف المحكوم عليه بأن الحكم لم يقع تنفيذه. ولا تبرأ ساحة الضامن إلا بمقتضى المدة التي يسقط بها حق القيام بذلك الحكم أو قد وقع تنفيذه كليا أو جزئيا بدون معارضة من المحكوم عليه[1].

ويجب على كاتب المحكمة أن ينصّ بطرة أصل كل حكم أو بالنسخ المستخرجة منه على تسليم كل نسخة مجردة أو تنفيذية منه مع بيان تاريخ تسليم ذلك واسم الشخص الذي سلمت له وإلا فإن كاتب المحكمة يستوجب خطية قدرها خمسة دنانير عن كل مخالفة ثبتت عليه بدون أن يكون ذلك مانعا من غرم الضرر الذي ربما يلزم للشخص الذي عساه أن يكون قد تضرر مما ذكر[2].

كما يجب نهاية إذا سبق إصلاح الحكم أن ينص بطرة أصل الحكم وبالنسخ المعطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح حيث تنظر المحكمة المختصة في طلب الإصلاح بحجرة الشورى بدون سبق مرافعة شفاهية ويمكن لها أن تصدر حكما بالإصلاح كما تقدم. ويجب أن ينص بطرة أصل الحكم وبالنسخ المعطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح[3].

الفصل 124 ـ المحكمة التي صدر منها الحكم لها وحدها النظر في شرح حكمها بطلب من الخصوم يقدم كتابة لرئيس المحكمة.

وتتولى المحكمة شرح الحكم بحجرة الشورى من غير مرافعة بدون زيادة أو نقص على ما يقتضيه نصه.

ويكون هذا الحكم التفسيري متمما للحكم الواقع تفسيره ولا يقبل «الطعن إلا مع الحكم» الواقع تفسيره.

(1) الفصل 254 م.م.م.ت.

(2) الفصل 255 م.م.م.ت.

(3) يرفع مطلب الإصلاح على الفصل 332 مكرر م.ح.ع. إلى المحكمة العقارية المختصة وتبت فيه الهيئة بحجرة الشورى، ولا يمكن الطعن فيه بمفرده بل يتبع أصل الملف، ولكنه لا يمكن للمحكمة أن تقوم بالإصلاح المطلوب إذا انتقلت ملكية العقار المسجل إلى الغير حسن النية، وهو الغير الذي اعتمد على الترسيمات المدرجة بالسجل.

التعليق على الفصل 124

المبدأ أنّ ولاية المحكمة تنتهي على القضية بتاريخ صدور الحكم فليس لها بعد ذلك تعديل أو مراجعة الحكم أو التراجع عمّا صرحت به. فيقال إنّ ولاية المحكمة على ملفّ القضية ينتهي بصدور الحكم، وينجرّ عن ذلك أن نيابة المحامي عن أحد الخصوم تنتهي كذلك بصدور الحكم، وليس له أن يواصل إنابة هذا الطرف بعد ذلك إلا بتقديم إعلام نيابة جديد[1]. ولكنّ ذلك ليس إلا الحكم العام الذي لا يخلو من استثناء، حيث يمكن استثناءً أن تتواصل ولاية المحكمة على ملف القضية بعد صدور الحكم في صور طلب شرح الحكم أو طلب إصلاحه أو طلب المصاريف في صورة إغفال المحكمة. ويدخل الإصلاح والشرح في باب الولاية التكميلية بينما تدخل المصاريف في باب الولاية التبعية لأنها تابعة لأصل الطلبات. ويذكر أنّ إغفال المحكمة الجواب عن طلب أصلي لا يمكن المحكمة عملا بأحكام مجلة المرافعات التونسية من الجواب عن الطلب بصفة تبعية فلم تأخذ المجلة بإمكانيّة النظر التبعي في الطلب الأصلي في صورة الإغفال على غرار بعض القوانين المقارنة. ولا يمكن ان يدخل ذلك في باب الشرح أو الإصلاح، بل إنّ ذلك يدخل في باب التصحيح الذي لم يعتمده المشرع في باب الإجراءات المدنيّة.

ولذلك نصّ الفصل 124 م.م.م.ت. في باب شرح الأحكام على أنّ «المحكمة التي صدر منها الحكم لها وحدها النظر في شرح حكمها بطلب من الخصوم يقدم كتابة لرئيس المحكمة. وتتولى المحكمة شرح الحكم بحجرة الشورى من غير مرافعة بدون زيادة أو نقص على ما يقتضيه نصه. ويكون هذا الحكم التفسيري متمما للحكم الواقع تفسيره ولا يقبل «الطعن إلا مع الحكم» الواقع تفسيره[2]».

فبالرغم من صدور الحكم وانتهاء ولاية المحكمة فإنّه في صورة تقديم مطلب شرح يتعين على نفس المحكمة أن تنظر في هذا المطلب بحجرة الشورى ودون مرافعة ويمكن أن تكون المحكمة مركبة من نفس الأعضاء الذين أصدروا الحكم. ويتعين أن يرمي الطلب إلى شرح منطوق الحكم دون الخروج عما يقتضيه نصّه وهو ما يفترض أنّ منطوق الحكم لم يكن واضحا بالكيفية المطلوبة. فليس حكم الشرح إلا حكما تفسيريا لا يأتي بجديد سوى أنه يرفع اللبس. ومن أجل ذلك فإنه

(1) يراجع الفصل 68 م.م.م.ن.

(2) الفصل 124 م.م.م.ت.

لا يمكن الطعن في هذا الحكم إلا مع الأصل. ولكن إذا خرج هذا الحكم عن هذه الضوابط وأتى بجديد فإنه يعدّ حكما جديدا يجوز الطعن فيه طبق القانون. وفي ذلك ذهبت محكمة التعقيب في عدّة مناسبات كما هي الصورة بالنسبة إلى الأغلاط المادية[1].

الفصل 125 ـ على المحاكم الابتدائية أن تأذن بتنفيذ أحكامها مؤقتا بضامن أو بدونه وبدون التفات للاستئناف وذلك إذا كان هناك كتب رسمي أو خط غير مطعون في الإمضاء عليه أو اعتراف أو وعد معترف به أو قضاء سابق صيره مما اتصل به القضاء.

الفصل 126 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يمكن الإذن بالتنفيذ مؤقتا بضمان أو بدونه :

أولا : إذا كان الموضوع متعلقا بإصلاحات متأكدة أو توقيف ضرر.

ثانيا : إذا كان النزاع بين خادم ومخدوم أو فلاح وخماس أو مستأجرين فيما يخص عملهم أو خدمتهم وذلك إذا تولد الخلاف مدة الخدمة أو العمل أو التعليم.

ثالثا : إذا كان النزاع بين المسافرين وأصحاب الفنادق ووسائل النقل.

رابعا : إذا كان الحكم يتعلق بالتصفيق للكراء أو تعيين مؤتمن أو كانت للحكم صبغة معاشية.

خامسا : إذا كان الحكم صادرا بأداء أجرة حضانة أو رضاع أو بتسليم الصغير لأمه.

سادسا : إذا كان الحكم قاضيا بمنح الطالب تسبقة عن تعويض ضرر لم يقدر بعد وبشرط أن يكون الضرر ناشئا عن جنحة أو ما ينزل منزلتها ثبتت مسؤوليتها على المحكوم عليه.

سابعا : وفي كل الصور المحفوفة بالتأكد الكلي.

غير أنه يمكن بصفة استثنائية لرئيس المحكمة المرفوع لديها الاستئناف أن يأذن استعجاليا بعد سماع الطرفين بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمدة شهر واحد إذا تبين له أن إكساء الحكم النفاذ المعجل كان خرقا لأحكام هذا الفصل والفصل 125 قبله. ويتعين أن يقضي في الموضوع في غضون الشهر والقرار الصادر بوقف التنفيذ غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

(1) يراجع التعليق على الفصل 256 م.م.م.ت.

الفصل 127 ـ إذا طلب المحكوم له من المحكمة الابتدائية الإذن بالتنفيذ الوقتي في الصور المنصوص عليها بالفصل 125 وأغفلت المحكمة طلبه فله طلب ذلك من رئيس المحكمة الاستئنافية وفي هاته الصورة يقع النظر في المطلب طبق ما هو مبين بالفصل 146.

التعليق على الفصول 125 و126 و127 م.م.م.ت.

القاعدة أنّ الحكم ينفّذ إذا أذنت المحكمة بتنفيذه ولو مع استعمال طريقة من طرق الطعن المعطّلة للتنفيذ وهو الإذن القضائي في التنفيذ أو إذا نصّ المشرع على إمكانية التنفيذ بالرغم من الاستئناف أو إذا أحرز الحكم على قوة اتصال القضاء[1]، وهو الإذن القانوني في التنفيذ. وقد وردت الفصول 125 و126 و127 م.م.م.ت. في بيان صور وإجراءات التنفيذ الوقتي للأحكام من قبل المحكمة المتعهدة وهو ما يعرف بالإذن القضائي في التنفيذ الوقتي.

فمن الممكن أن تأذن المحكمة الابتدائية وقد تكون محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية بالتنفيذ الوقتي لأحكامها وبدون التفات للاستئناف وقد تشترط المحكمة تقديم ضمان أو بدونه كما أن تشترط تأمين مبلغ معين يكون كاف لتغطية قيمة التنفيذ. وقد يكون الإذن بالتنفيذ الوقتي وجوبيا بالنسبة إلى المحكمة في بعض الصور فلا تملك المحكمة ردّ الطّلب فيه وقد يكون اختياريا في أخرى فيبقى التقدير للمحكمة في قبوله أو ردّه.

ويشترط في الحالتين أن يكون الإذن مسبوقا **بطلب من أحد الطرفين** فلا تملك المحكمة الإذن بالتنفيذ الوقتي في غياب الطلب والقاعدة أنّ النزاع المدني تحكمه طلبات الأطراف. ولكنه إذا تمّ تقديم الطلب فلا بدّ للمحكمة أن تفصل فيه. وأكثر من ذلك فإذا طلب المحكوم له من المحكمة الابتدائية الإذن بالتنفيذ الوقتي في الصور الحتمية أو الوجوبية وأغفلت المحكمة طلبه فله طلب ذلك من رئيس المحكمة الاستئنافية[2]. ولا يصدر الإذن بالتنفيذ في هذه الصورة إلا بعد سماع المرافعة بجلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت. وعلى الطالب أن يستدعي

(1) نصّ الفصل 286 م.م.م.ت. على ما يلي « تنفذ بعد التحلية بالصيغة التنفيذية :
1) الأحكام التي أحرزت على قوة اتصال القضاء وهي التي لم تكن أو لم تعد قابلة للطعن بإحدى الوسائل المعطلة للتنفيذ،
2) الأحكام التي أذن بتنفيذها الوقتي ولو لم تحرز على قوة اتصال القضاء».

(2) الفصل 127 م.م.م.ت.

خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وإن لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه. والإذن الصادر بالتنفيذ الوقتي في هذه الصورة غير قابل للطعن ولو بطريق التعقيب[1].

وجوبيا يتحتم على المحكمة أن تأذن بالتنفيذ الوقتي إذا طلب منها في حالات حدّدها المشرع على وجه الحصر وذلك في صورة إذا استند النزاع إلى كتب رسمي أو خطي غير مطعون في الإمضاء عليه أو إلى اعتراف أو وعد معترف به أو إلى قضاء سابق صيره مما اتصل به القضاء بمعنى صدور حكم سابق بين الطرفين ليس في نفس الموضوع وإنما لإثبات ما يستند إليه النزاع[2].

اختياريا يمكن للمحكمة أن تأذن بالتنفيذ مؤقتا بضمان أو بدونه، إذا طلب منها ذلك، إذا كان الموضوع متعلقا بإصلاحات متأكدة أو توقيف ضرر أو إذا كان النزاع بين خادم ومخدوم أو فلاح وخماس أو مستأجرين فيما يخص عملهم أو خدمتهم وذلك إذا تولد الخلاف مدة الخدمة أو العمل أو التعليم أو إذا كان النزاع بين المسافرين وأصحاب الفنادق ووسائل النقل أو إذا كان الحكم يتعلق بالتصفيق للكراء أو تعيين مؤتمن أو كانت للحكم صبغة معاشية أو إذا كان الحكم صادرا بأداء أجرة حضانة أو رضاع أو بتسليم الصغير لأمه. أو إذا كان الحكم قاضيا بمنح الطالب تسبقة عن تعويض ضرر لم يقدر بعد وبشرط أن يكون الضرر ناشئا عن جنحة أو ما ينزل منزلتها ثبتت مسؤوليتها على المحكوم عليه وكذلك في كل الصور المحفوفة بالتأكد الكلي.

ولكنّه يمكن بصفة استثنائية لرئيس المحكمة المرفوع لديها الاستئناف أن يأذن استعجاليا بعد سماع الطرفين بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمدة شهر واحد إذا تبين له أن إكساء الحكم النفاذ المعجل كان خرقا للحالات الوجوبية أو الاختيارية في الإذن. ويتعين أن يقضي في الموضوع في غضون الشهر والقرار الصادر بوقف التنفيذ غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن[3].

وفي جميع صور التنفيذ الوقتي يبقى التنفيذ معرضا لعدّة مخاطر حيث من الممكن أن تقرر محكمة الاستئناف نقض حكم البداية وبالتالي نقض أساس التنفيذ الوقتي، ومن المفروض أن تعاد الحالة إلى صورة ما كانت عليه قبل التنفيذ حتى ولو لم تنص محكمة الاستئناف على ذلك، ومع ذلك فقد نص الفصل 150

(1) الفصل 146 م.م.م.ت.
(2) الفصل 125 م.م.م.ت.
(3) الفصل 126 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).

م.م.م.ت[1]. صراحة على أنّه «إذا وقع نقض أو تعديل حكم مشمول بالنفاذ المعجل أو كان الحكم المنقوض أو المعدل صادرا باستجابة لطلب استعجالي وجب أن ينص حكم النقض أو التعديل على ترجيع ما دفعه أو سلمه المستأنف بموجب تنفيذ الحكم المنقوض أو المعدل أو إعادة الحالة لسالف وضعها كل ذلك في حدود ما وقع نقضه أو تعديله. وعلى المحكمة تدارك ما وقع من سهو عن الترجيع أو الإعادة من تلقاء نفسها». فلها أن تنص على ضرورة إعادة الحالة بنص الحكم وحتى في صورة السهو من الممكن إصلاح الحكم، ولكنّ هذا القرار المتزامن مع صدور الحكم أو بعده يتوقف على شرط ثبوت التنفيذ الوقتي، فإذا لم يثبت أو كان محلّ نزاع بين الطرفين فإنه يتعين عدم الإشارة إلى إرجاع الحالة ولا يقبل مطلب رفع السهو في ذلك.

الفصل 128 ـ كل خصم تسلط عليه الحكم يحكم عليه بأداء المصاريف لكن للمحكمة توزيع هذه المصاريف على الفريقين أو تسلط الحكم على كل منهم في بعض الفروع.

الفصل 129 ـ إن لم يمكن تحرير المصاريف بالحكم فكاتب المحكمة مرخص له إعطاء رقيم تنفيذي فيها بعد تعيين مقدارها من طرف الرئيس وبدون لزوم لإجراءات جديدة.

التعليق على الفصلين 128 و 129

أوردت الفصول 119 إلى 129 م.م.م.ت. إجراءات مرحلة صدور الحكم بعد إنهاء المرافعة وحجز القضية للمفاوضة إلى حدّ نهاية ولاية المحكمة على القضية. وقد جاء الفصلان 128 و129 م.م.م.ت. في بيان كيفية البتّ في مصاريف القضائية. والقاعدة أنّ القضية تحكمها جملة الطّلبات والدّفوعات التي كانت محلّ جدل بين الطرفين، سواء كانت أصليّة أو عرضية، ولا بدّ أن تحسم المحكمة جميع النقاط القانونية بوجه واضح.

وكل خصم تسلط عليه الحكم يحكم عليه بأداء المصاريف لكن للمحكمة توزيع هذه المصاريف على الفريقين أو تسلط الحكم على كل منهم في بعض الفروع، كما في صورة القسمة فعادة ما توزع المصاريف بحسب نسبة المناب المشاع في الملكية[2]. والمفروض أن يتحمّل المحكوم عليه المصاريف القانونية

(1) نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986.
(2) الفصل 128 م.م.م.ت.

أي الراجعة للدولة والقضائية أي الراجعة لمساعدي القضاء من عدول ومحامين، ويعدّ الخصم قد فاز بالقضية إذا قضت له المحكمة بفرع من الفروع ورفضت له البقية.

وميزة المصاريف أنه من الممكن تعيينها حتى بعد صدور الحكم، فالقاعدة أنّ ولاية المحكمة على النزاع تنتهي بصدور الحكم باستثناء ما يتعلق بالشرح والإصلاح وكذلك تقدير المصاريف حيث من الجائز قانونا أن يسلم كاتب المحكمة رقيما تنفيذا في المصاريف بمعنى أن يسلم سندا تنفيذيا في المصاريف بعد تعيين المقدار من طرف الرئيس ودون حاجة إلى إجراءات جديدة بمعنى أن تقع الإجراءات مكتبيا دون استدعاء أي طرف وقد يكون الطلب من أحد الخصوم وذلك في صورة إذا أغفلت المحكمة تحرير المصاريف بالحكم[1].

(1) الفصل 129 م.م.م.ت.

الجزء الرابع

في طرق الطعن

الباب الأول

في الاستئناف

القسم الأول

في كيفية رفع الاستئناف

الفصل 130 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يرفع الاستئناف بعريضة كتابية يحررها محام عن الطاعن لكتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر.

ويجب أن تشتمل عريضة الاستئناف على البيانات الواجبة بعريضة افتتاح الدعوى وعلى بيان الحكم المستأنف وعدده وتاريخه ويعتبر مقر المحامي مقرا مختارا للمستأنف.

الفصل 131 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ على المستأنف أن يقدم عريضة الاستئناف مشفوعة بما يفيد خلاص المعاليم وتأمين الخطية لكتابة المحكمة وعلى الكاتب أن لا يقبلها ما لم يكن قد أدلى المستأنف بما يفيد حصوله على الإعانة العدلية.

التعليق على الفصلين 130 و131

بيّن المشرع بالفصلين 130 و131 م.م.م.ت. كيفية رفع الاستئناف. وهي مرحلة هامة من مراحل شكليات الاستئناف، إذ أنّ تقديم المطلب خطوة ضرورية لإنجاز بقية الإجراءات.

ويرفع الاستئناف بعريضة كتابية يحررها محام عن الطاعن، وبالتالي لا يمكن للمحكوم ضدّه طلب الاستئناف بنفسه بل لا بدّ من تكليف محامي. ويجب أن

ترفع العريضة إلى كتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر وليس إلى كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم إلا ما استثناه القانون، كما هي الصورة بالنسبة إلى قضايا الطلاق أو بطلان الزواج[1] أو إسناد اللقب العائلي[2]، فتقدّم عريضة الطّعن إلى المحكمة التي أصدرت الحكم.

ويجب أن تشتمل عريضة الاستئناف على البيانات الواجبة بعريضة افتتاح الدعوى وعلى بيان الحكم المستأنف وعدده وتاريخه. ويذكر أن عريضة افتتاح الدعوى يجب أن يبين بها، على معنى الفصل 70 م.م.م.ت[3]، «اسم 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 اسمه ومقره الاجتماعي 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».

ويعتبر مقر المحامي مقرا مختارا للمستأنف[4]. فيجب أن ترسل مقررات المستأنف ضدّه إلى عنوان المحامي المستأنف وجوبا. وتنتهي نيابة المحامي بصدور الحكم إلا إذا أراد المعني بالأمر مواصلة اعتماد هذا المقر، كما في صورة أن يعتمد مقر المحامي في إجراءات الإعلام بالحكم الذي سيصدر[5].

وعلى المستأنف أن يقدم عريضة الاستئناف مشفوعة بما يفيد خلاص المعاليم وتأمين الخطية لكتابة المحكمة وعلى الكاتب أن لا يقبلها ما لم يكن قد أدلى المستأنف بما يفيد حصوله على الإعانة العدلية[6]. كما تستثنى الدّولة من التأمين،

(1) الفصل 41 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أوت 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية.

(2) الفصل 3 ثالثا من القانون عدد51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003 المتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب وإتمامها.

(3) الفصل 70 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).

(4) الفصل 130 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ

(5) يراجع التعليق على الفصل 7 م.م.م.ت.

(6) الفصل 131 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963)ـ

وكذلك الصورة بالنسبة إلى قضايا الشغل والضمان الاجتماعي. ويذكر أنّ «طالب الاستئناف الذي يصدر عليه الحكم تسلط عليه خطية قدرها عشرة دنانير إن كان الحكم المستأنف صادرا من قاضي الناحية وعشرين دينارا إن كان الحكم صادرا من غيره وذلك بقطع النظر عن غرم الضرر الناشئ لخصمه من جراء الإفراط في استعمال حق الاستئناف[1]».

القسم الثاني

في إجراءات السير في الاستئناف

الفصل 132 ـ يتولى كاتب المحكمة تقييد العريضة بدفتر خاص بالاستئناف ويسلم لمقدمها توصيلا فيها ثم يبادر بإعلام كتابة المحكمة الابتدائية بوقوع الاستئناف ويطلب منها توجيه ملف القضية.

الفصل 133 ـ عندما يرد الملف لمحكمة الاستئناف يتولى الرئيس تعيين المستشار أو الحاكم لتقرير القضية عند الاقتضاء ويأذن بنشر القضية بالجلسة التي يعينها والكاتب يستدعي إليها محامي المستأنف بالطريقة المبينة بالفصل 44.

الفصل 134 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يجب على المستأنف القيام بما يأتي :

ـ استدعاء خصومه للجلسة على طريقة الفصل الخامس وذلك في أجل لا يقل عن عشرين يوما قبل تاريخ الجلسة وينخفض هذا الأجل إلى ثلاثة أيام إذا كان الحكم المستأنف صادرا في المادة الاستعجالية أو في قضايا من النوع المنصوص عليه بالفصل 81 ويكون الاستدعاء مصحوبا بنسخة من عريضة الطعن وبنظير من مستنداته التي على المستأنف تقديمها لكتابة المحكمة مع نسخة الحكم وما لديه من الوثائق مرفقة بكشف يراعى في شأنه ما ورد ذكره بالفصل 72.

ـ ويتعين بوجه خاص على المستأنف أن يذكر بمحضر استدعاء خصومه أنه يجب عليهم تقديم ردودهم على أسانيد الاستئناف بواسطة محام في أجل أقصاه يوم الجلسة.

ـ مع مراعاة أحكام الفصل 71 في خصوص ما يحصل في محضر الاستدعاء من نقص أو خطأ في بيان اسم ولقب المستأنف ضده أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو مواعيد الحضور.

(1) الفصل 151 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ

الفصل 135 ـ استدعاء محامي المستأنف للجلسة يقع تبليغه قبل انعقادها بأجل لا يقل عن ثلاثين يوما، وإذا كان الحكم المستأنف صادرا في المادة الاستعجالية أو كان متعلقا بقضايا من النوع المنصوص عليه بالفصل 86 فإن الأجل المذكور ينخفض إلى ما لا يقل عن ثمانية أيام وينص على هذا التخفيض بالاستدعاء الموجه لمحامي المستأنف.

الفصل 136 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يجب على محامي المستأنف ضده أن يقدم لكتابة المحكمة دفوعاته لأسانيد الطعن مع ما عسى أن يكون لديه من مؤيدات في أجل أقصاه يوم الجلسة.

الفصل 137 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ إذا لم يكلف المستأنف ضده محاميا حسبما أشير إليه بالفصل 134 أو كلفه ولم يقدم جوابه وما قد يكون لديه من دفوعات فإن المحكمة تواصل النظر في القضية بحسب ما تقتضيه أوراقها.

وإذا كانت الدولة والمؤسسة العمومية هي المستأنف ضدها وطلبت التأخير في أول جلسة تؤجل لمدة لا تقل عن ستين يوما.

الفصل 138 ـ على محامي المستأنف ضده أن يقدم دفاع ومستندات موكله كتابة قبل الجلسة التي أجّل إليها بثلاثة أيام في نظيرين أحدهما يضاف للملف والثاني يسلم لزميله نائب المستأنف.

ولهذا الأخير أن يطلب يوم الجلسة تمكينه من الرد على دفاع ومستندات الخصم وعندئذ يمكن تأجيله على ذلك وعليه أن يقدم الرد قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل في نظيرين أحدهما يضاف للملف والثاني يسلم لزميله نائب المستأنف ضده.

كما يمكن تأجيل محامي المستأنف ضده إن طلب ذلك على تقديم مذكرة في الرد بما رآه وعليه أن يقدم الرد قبل انتهاء الأجل بثلاثة أيام في نظيرين أحدهما يضاف للملف والثاني يسلم لزميله.

الفصل 139 ـ عندما يستوفي الطرفان ما لديهما من الملحوظات والمؤيدات الكتابية بالطريقة المبينة بالفصلين المتقدمين وتصبح القضية جاهزة للحكم يقع تعيينها لجلسة المرافعة.

الفصل 140 ـ القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على نوازل الاستئناف بقدر ما لا تتخالف مع أحكام هذا الباب.

التعليق على الفصول 132 إلى 140

أوردت مجلة الإجراءات إجراءات خاصة بالاستئناف، كما سيأتي بيانه، وتبقى «القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية منسحبة على نوازل الاستئناف بقدر ما لا تتخالف مع أحكام هذا الباب[1]». كما هي الصورة بالنسبة إلى إجراءات تحقيق الدعوى بما في ذلك سماع البينة والإذن بالاختبار ودور المحكمة في ذلك[2].

وتقتضي إجراءات الاستئناف الواردة تفصيلا بباب الاستئناف تقديم عريضة الاستئناف بداية كما تقدّم (الفصلان 130 و131 م.م.م.ت.) ويحمل بعد ذلك جملة من الإجراءات على الكتابة وعلى المستأنف ليتحدّد نهاية السير في الاستئناف.

ـ أعمال الكتابة (تلقّي العريضة والتقييد وجلب الملف وإعلام المحامي بموعد الجلسة).

+تلقّي العريضة: تقدّم عريضة الاستئناف وجوبا إلى كتابة محكمة الاستئناف المكلفة بالملفات المدنية المستأنفة، مع مراعاة بعض الحالات الاستثنائية التي سبق الإشارة إليها. ولا يقبل الكاتب المختص عريضة الطعن إذا لم يسبق تأمين مقدار الخطية ما لم يكن قد أدلى المستأنف بما يفيد حصوله على الإعانة العدلية.

+التقييد: بمجرد تلقّي العريضة والتثبت من سبق التأمين يتولى كاتب المحكمة تقييد العريضة بدفتر خاص بالاستئناف ويسلم لمقدمها توصيلا في ذلك[3].

+جلب الملف الابتدائي: بمجرد تقييد الاستئناف يبادر كاتب محكمة الاستئناف بإعلام كتابة المحكمة الابتدائية بوقوع الاستئناف ويطلب منها توجيه ملف القضية، مع إرشادها إلى السوابق بطبيعة الحال بما في ذلك عدد القضية وهوية الأطراف[4].

(1) الفصل 140 م.م.م.ت.
(2) الفصول 86 إلى 129م.م.م.ت. في الأبحاث لدى القاضي المقرر وشهادة الشهود والاختبار والمرافعة والحكم.
(3) الفصل 132 م.م.م.ت.
(4) الفصل 132 م.م.م.ت.

+إعلام محامي المستأنف بموعد الجلسة: عندما يرد الملف لمحكمة الاستئناف يتولى الرئيس تعيين المستشار أو الحاكم لتقرير القضية عند الاقتضاء ويأذن بنشر القضية بالجلسة التي يعينها.

عندئذ يتعيّن على الكاتب استدعاء محامي المستأنف بالطريقة الإدارية أي بواسطة أحد أعوان المحكمة أو السلط الإدارية[1].

ويتعيّن كذلك أن يبلّغ استدعاء محامي المستأنف للجلسة المعيّنة قبل انعقادها بأجل لا يقل عن **ثلاثين يوما**، وإذا كان الحكم المستأنف صادرا في المادة الاستعجالية أو كان متعلقا بقضايا من النوع المنصوص عليه بالفصل 81، أي إذا كانت القضية مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خط يد معرف بالإمضاء به أو قرينة قانونية أو كان هناك تأكد يوجب النظر على وجه السرعة، فإن الأجل المذكور ينخفض إلى ما لا يقل عن **ثمانية أيام** وينص على هذا التخفيض بالاستدعاء الموجه لمحامي المستأنف[2].

ويطرح الواجب المحمول على المحكمة عدّة أسئلة هامة. ما هو الجزاء إذا تقاعس الكاتب عن الإعلام وكيف تكون الصورة إذا لم يبلغ الاستدعاء إلى مقر محامي المستأنف وما هو جزاء الإخلال بهذا الأجل ؟

الواضح أنّ واجب الإعلام في الأجل إنما هو واجب تنظيمي يتحمّله كاتب المحكمة، فليس لهذا الإجراء من علاقة بالمصلحة العامة أو الخاصة، ولا يمكن بالتالي أن يتحمّل المستأنف أخطاء الكتابة، فلا يمكن بالتالي رفض الاستئناف شكلا في صورة الخلل، وإنّما من الممكن أن يلحق بالكاتب جزاء تأديبي. وعادة من حيث الواقع ما يقع إعادة تعيين الجلسة في يوم يسمح للمحامي بإتمام شكليات الاستدعاء في وقته.

ـ واجبات المستأنف: يجب على المستأنف استدعاء المستأنف ضدّه في الأجل ويرفق الاستدعاء بالوثائق الضرورية ثمّ يودع جميع ذلك بكتابة المحكمة

(1) الفصل 133 م.م.م.ت. أشار إلى أن الإعلام يتمّ حسب الفصل 44 م.م.م.ت وقد نصّ هذا الفصل على مايلي: (نقح بالقانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994) «ـ عندما يتلقى القاضي عريضة الدعوى يأذن الكاتب باستدعاء الأطراف للصلح، وعند التعذر للحكم و يكون الاستدعاء بواسطة أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية للحضور لديه في اليوم الذي يعينه لذلك.
كما يمكن للحاكم إذا رأى في ذلك مصلحة أن يأذن بطلب من المدعي أو بدونه باستدعاء المطلوب بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة العدل المنفذ».

(2) الفصل 135 م.م.م.ت.

قبل موعد الجلسة مع كشف مبين لجميع المستندات يتسلم منه محامي المستأنف نسخة بعد إمضائه من الكاتب.

فيجب على المستأنف استدعاء خصومه للجلسة المعينة والواقع الإعلام بتاريخها كما تقدّم بواسطة عدل تنفيذ وذلك في أجل لا يقل عن عشرين يوما قبل تاريخ الجلسة وينخفض هذا الأجل إلى ثلاثة أيام إذا كان الحكم المستأنف صادرا في المادة الاستعجالية أو في قضايا من النوع المنصوص عليه بالفصل 81 م.م.م.ت أي إذا كانت القضية مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خط يد معرف بالإمضاء به أو قرينة قانونية أو كان هناك تأكد يوجب النظر على وجه السرعة. ويكون الاستدعاء مصحوبا بنسخة من عريضة الطعن وبنظير من مستنداته التي على المستأنف تقديمها لكتابة المحكمة مع نسخة الحكم وما لديه من الوثائق.

ويتعين بوجه خاص على المستأنف أن يذكر بمحضر استدعاء خصومه أنه يجب عليهم تقديم ردودهم على أسانيد الاستئناف بواسطة محام في أجل أقصاه يوم الجلسة.

وتقدّم جميع تلك المستندات أي الاستدعاء المبلغ إلى المستأنف ضده وعريضة الاستئناف ونسخة الحكم الابتدائي ومستندات الاستئناف إلى كتابة المحكمة قبل موعد الجلسة مرفقة بكشف في نظيرين يتضمّن بيان جميع هذه الوثائق المقدمة ويتسلم محامي المستأنف نسخة منها بعد توقيعها من الكاتب[1].

ولم يحدّد المشرع أجلا في تقديم هذه المستندات إلى الكتابة على غرار الأجل المحدد في تقديم العريضة الابتدائية على معنى الفصل 72 م.م.م.ت، لكنّه يجب منطقيا أن تقدّم قبل تاريخ موعد الجلسة وقد أشار الفصل 134 إلى ضرورة تقديمها إلى كاتب المحكمة حتى تتمكّن المحكمة من مراقبة صحّة الإجراءات والمنطقي أن يرفض الاستئناف شكلا إذا لم يسبق تقديم هذه المستندات. ولكن المشرع لم يضع الجزاء المناسب، مع أنّ التنصيص صراحة على ضرورة تقديمها إلى كتابة المحكمة وهاجس المراقبة يحملان إلى اعتبار الصبغة الأساسية للإجراء ومقتضاها منع تقديمها يوم الجلسة وقد رأت بعض المحاكم أنّ هذا الإجراء لا يتعلق بالإجراءات الأساسية معنى ذلك أنّه من الممكن تقديمها يوم الجلسة.

(1) وهي نفس الصيغة الواردة بالفصل 72 م.م.م.ت.

وتبدو هذه الإجراءات، استدعاء المستأنف ضدّه بواسطة عدل تنفيذ ومراعاة أجل الاستدعاء ومرفقات الاستدعاء أي عريضة الطعن ونسخة الحكم والمؤيدات والتنبيه بضرورة تقديم الجواب يوم الجلسة، متعلّقة بالإجراءات الأساسية، كما أنّ أجل الاستدعاء يبدو أجلا ناقصا ينجر عن مخالفته جزاء السقوط.

ولكنّ المشرع مكّن من تصحيح الإجراءات بحضور المستأنف ضدّه أو من ينوبه في حالة نقص أو خطأ في بيان اسم ولقب المستأنف ضده أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو مواعيد الحضور، فقد نصّ الفصل 134 م.م.م.ت. في آخره صراحة على ضرورة «مراعاة أحكام الفصل[1]71 في خصوص ما يحصل في محضر الاستدعاء من نقص أو خطأ في بيان اسم ولقب المستأنف ضده أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو مواعيد الحضور[2]». معنى ذلك أن الخطأ في بيان اسم ولقب المستأنف ضده أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو مواعيد الحضور ينجر عنه رفض الاستئناف شكلا إذا لم يحضر المستأنف ضده يوم الجلسة. فإذا حضر تتواصل الإجراءات بالرغم من ذلك النقص.

وسكت المشرع عن جزاء الخلل بواجب التنبيه بضرورة تقديم الجواب يوم الجلسة وبتمكين المستأنف ضدّه من نسخ من عريضة الطعن ونسخة الحكم الابتدائي ونسخ من المؤيّدات. ولما كانت هذه الإجراءات مما يدخل في باب الإجراءات الأساسيّة فإنّه من الممكن رفض الاستئناف شكلا في صورة الخلل حتى ولو حضر المستأنف ضده وأجاب، حيث لم يورد المشرع في شأنها إجراءات التصحيح الواردة بالفصل 71 م.م.م.ت بمجرد الجواب. لكنّ «القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على نوازل الاستئناف بقدر ما لا تتخالف مع أحكام هذا الباب» على معنى الفصل 140 م.م.م.ت، وبالتالي فإن

(1) نصّ الفصل 71 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) على ما يلي: « 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».
(2) الفصل 134 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ

الجواب عن العريضة يصحّح الإجراءات حتى ولو لم يسبق التنبيه على المستأنف ضدّه أو لم يمكّن من عريضة الطعن ونسخة الحكم ونسخ من المؤيدات على معنى الفصل 71 م.م.م.ت. فقط إذا لم يحضر المستأنف ضدّه أو حضر ولم يجب يرفض الاستئناف شكلا.

على أنّ محكمة التعقيب ذهبت بدوائرها المجتمعة في عدّة مناسبات إلى أنّ الإجراءات الواردة بالفصل 134 م.م.م.ت. ليس لها علاقة بمفهوم النظام العام أو الإجراءات الأساسية، بل إنها تبقى متصلة بمعنى حقّ الدّفاع ولا يمكن أن ينجر عن الخلل فيها البطلان أو السقوط المؤدي إلى رفض الاستئناف شكلا إلا إذا ثبت الضرر للمستأنف ضدّه ووقع الدفع بذلك قبل الجواب في الأصل. وقد أهمل المشرع وضع الجزاء في حالة عدم التنبيه وعدم إحالة المستندات ونسخة الحكم قصدا لعلمه أنّ الخلل في ذلك لا يمكن أن يثار تلقائيا بل لا بدّ من إثارته من المتضرر قبل الخوض في الأصل.

ـ **سير الاستئناف:** إذا كانت إجراءات الاستدعاء سليمة يجب على محامي المستأنف ضده أن يقدم لكتابة المحكمة دفوعاته لأسانيد الطعن مع ما عسى أن يكون لديه من مؤيدات في أجل أقصاه يوم الجلسة[1]. وإذا لم يكلف المستأنف ضده محاميا حسبما هو مطلوب أو كلفه ولم يقدم جوابه وما قد يكون لديه من دفوعات فإن المحكمة تواصل النظر في القضية بحسب ما تقتضيه أوراقها. وإذا كانت الدولة والمؤسسة العمومية هي المستأنف ضدها وطلبت التأخير في أول جلسة تؤجل لمدة لا تقل عن ستين يوما[2].

معنى ذلك أنّه من الممكن لمحامي المستأنف أن يطلب في أول جلسة التأخير لتقديم الجواب. وعلى محامي المستأنف ضده في صورة التأخير أن يقدم دفاع ومستندات موكله كتابة قبل الجلسة التي أجّل إليها بثلاثة أيام في نظيرين أحدهما يضاف للملف والثاني يسلم لزميله نائب المستأنف. ولهذا الأخير أن يطلب يوم الجلسة تمكينه من الرد على دفاع ومستندات الخصم وعندئذ يمكن تأجيله على ذلك وعليه أن يقدم الرد قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل في نظيرين أحدهما يضاف للملف والثاني يسلم لزميله نائب المستأنف ضده. كما يمكن تأجيل محامي المستأنف ضده إن طلب ذلك على تقديم مذكرة في الرد بما رآه وعليه أن

(1) الفصل 136 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ
(2) الفصل 137 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ

يقدم الرد قبل انتهاء الأجل بثلاثة أيام في نظيرين أحدهما يضاف للملف والثاني يسلم لزميله[1].

ويبدو هذا الأجل (ثلاثة أيام) مجرّد أجل تنظيمي ليس فيه جزاء في صورة المخالفة. وبالتالي من الممكن تقديم الجواب مباشرة إلى هيئة المحكمة يوم انعقاد الجلسة.

وعندما يستوفي الطرفان ما لديهما من الملحوظات والمؤيدات الكتابية بالطريقة المبينة بالفصلين المتقدمين وتصبح القضية جاهزة للحكم يقع تعيينها لجلسة المرافعة[2].

ورغم أنّ باب الاستئناف لم ينظّم إجراءات تحقيق الدّعوى من قبل المحكمة وطور المرافعة والحكم، فإنّ القاعدة العامة أوردها المشرع بالفصل 140 م.م.م.ت. وهو أنّ «القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على نوازل الاستئناف بقدر ما لا تتخالف مع أحكام هذا الباب». وبذلك فإنّ ما ورد بإجراءات التحضير وطور المرافعة والحكم ينطبق على القضية الاستئنافية مادامت لا تخالف طبيعة الاستئناف.

+**تحقيق الدّعوى**: «فللمحكمة في القضايا التي لم تصرف للمرافعة أن تؤخرها لجلسة معينة وتحيلها للقاضي المقرر للبحث فيها وتهيئتها للحكم[3]». و»يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات أو إجراء توجهات واختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرر بإتمامها. ويمكن أن تعين بالجلسة بمحضر الطرفين تاريخ إجراء الأبحاث التي أذنت بها يوما وساعة بمكتب القاضي المقرر أو على عين محل النزاع أو غير ذلك من الأماكن[4]».

+**المرافعة**: «تحيل المحكمة لجلسة المرافعة القضايا التي ترى أنها مهيأة للحكم في الأصل ويمكن أن تكون الجلسة في اليوم ذاته[5]». و»يمكن للمحكمة أن تأذن بالمرافعة حينا ودون لزوم لإجراءات أخرى إذا كانت القضية مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خط يد معرف بالإمضاء به أو قرينة قانونية

(1) الفصل 138 م.م.م.ت.
(2) الفصل 139 م.م.م.ت.
(3) الفصل 85 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).
(4) الفصل 86 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).
(5) الفصل 80 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).

أو كان هناك تأكد يوجب النظر على وجه السرعة[1]». و»يمكن للمحكمة أن تعين لجلسة المرافعة القضايا التي لا تستدعي أبحاثا بواسطة القاضي المقرر وأن تأذن لمحامي الأطراف بتبادل التقارير والوثائق في آجال تضبطها لهم[2]».

و»يفتح الرئيس المرافعة ويديرها ويختمها عندما تتضح النازلة للمحكمة بوجه كاف. ويفتح الرئيس المرافعة بعرض ملحوظات الخصوم. وإذا لم تجد المحكمة بالملف الإيضاحات الكافية يمكنها أصالة منها الإذن بإحضار الشهود أو الخبراء بالجلسة الذين ترى منفعة في سماع شهادتهم وتأذن عند الاقتضاء بزيادة البحث كما يمكن لها الإذن بحضور الخصوم بذواتهم[3]».

و»لا يسمح للمحامي بالمرافعة إلا فيما تضمنته ملحوظاته الكتابية المقدمة بصفة قانونية[4]». و»يمكن للخصوم أن يقدموا للمحكمة الإيضاحات التي يرونها صالحة وذلك بحضور محاميهم وفي حدود الملحوظات الكتابية. وللمحكمة أن تحجر عليهم ذلك إن رأت من شدة تأثرهم أو عدم تجربتهم ما يمنعهم من المناقشة في القضية باللياقة المطلوبة وبصورة كافية لإنارة المحكمة[5]».

و»تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العمومية أو أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة[6]».

ويعدّ رئيس الجلسة «هو الحافظ لنظام الجلسة ويأذن بطرد من أثار التشويش وعطل سير المرافعات ويحرر تقريرا في الجلسة نفسها في شأن من يهضم جانب المجلس ويوجه مرتكب ذلك لوكيل الجمهورية[7]».

+**الحكم**: للمحكمة تأخير التصريح بالحكم لجلسة مقبلة معينة للتأمل أو المفاوضة ولا تقبل أثناء ذلك لا ملاحظات ولا حجج غير أنه يمكن في بعض الحالات أن ترخص للخصم في تقديم ملحوظات كتابية بعد أن يطلع عليها خصمه على أن ينص على هذا الترخيص بمحضر الجلسة[8].

(1) الفصل 81 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).
(2) الفصل 82 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).
(3) الفصل 114 م.م.م.ت.
(4) الفصل 115 م.م.م.ت.
(5) الفصل 116 م.م.م.ت.
(6) الفصل 117 م.م.م.ت.
(7) الفصل 118 م.م.م.ت.
(8) الفصل 119 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).

ويصدر الحكم من ثلاثة قضاة بأكثرية الآراء ويطلب الرئيس من القاضيين رأيهما مبتدئا بأحدثهما عملا ويبدي رأيه أخيرا. وإذا تكون أكثر من رأيين فإن القاضي الأحدث عملا ملزم بالانضمام لأحد الرأيين الذين أبداهما زميلاه[1].

وتكون المفاوضة سرية دون أن يحرر فيها أثر كتابي ولا يشارك فيها غير القضاة الذين تلقوا المرافعة وعندما تحصل الأغلبية تحرر لائحة في نص الحكم ومستنداته يمضيها القضاة المتفاوضون ولا تكون لهذه اللائحة صبغتها النهائية إلا بعد النطق بها بجلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين أمضوها. وإذا تعذر على أحد القضاة لمانع شرعي الحضور بجلسة التصريح بالحكم بعد تمام المفاوضة وإمضاء لائحة الحكم فإنه يقع التصريح بالحكم بمحضر القاضيين الباقيين. وإذا لم يمض القاضي المتغيب لائحة الحكم أو كان السبب المانع يتعلق بزوال صفته فإنه يجب إعادة الترافع في القضية[2].

ويجب تحرير نسخة أصلية للحكم يبيّن بها المحكمة التي أصدرته وأسماء وصفات ومقرات الخصوم وموضوع الدعوى وملخص مقالات الخصوم والمستندات الواقعية والقانونية ونص الحكم وتاريخ صدوره واسم الحاكم أو أسماء الحكام الصادر عنهم وبيان درجة الحكم وتحرير مجموع المصاريف إن أمكن ذلك[3]. ويجب تحرير النسخة في أقرب أجل وعلى كل حال ينبغي أن لا يتجاوز هذا الأجل عشرة أيام من تاريخ صدوره. ويجب كذلك أن يقع إمضاؤها من طرف القضاة الذين أصدروا الحكم وإذا تعذر إمضاء أحدهم بعد التصريح به يمضيها من بقي منهم وينص بها على ذلك العذر المانع للإمضاء. ويبقى للمحكمة بطبيعة الحال شرح حكمها[4] وإصلاح الأخطاء المادية[5] وتعيين المصاريف[6] إن لم يسبق ذكرها بنص الحكم[7].

(1) الفصل 120 م.م.م.ت.
(2) الفصل 121 م.م.م.ت.
(3) الفصل 123 م.م.م.ت.
(4) الفصل 124 م.م.م.ت
(5) الفصل 256 م.م.م.ت.
(6) الفصلان 128 و129 م.م.م.ت.
(7) كما يجوز لمحكمة الاستئناف في شخص رئيس المحكمة المرفوع لديها الاستئناف في صورة سبق الإذن بالنفاذ العاجل ابتدائيا في الحالات الوجوبية على معنى الفصل 125 م.م.م.ت. أو الحالات الاختيارية على معنى الفصل 126 م.م.م.ت. بصفة استثنائية أن يأذن استعجاليا بعد سماع الطرفين بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمدة شهر واحد إذا تبين له أن إكساء الحكم النفاذ المعجل كان خرقا لمقتضيات الفصلين. ويتعين أن يقضي في الموضوع

القسم الثالث

في أجل الاستئناف

الفصل 141 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ الأجل المضروب للاستئناف عشرون يوما تبتدئ من تاريخ بلوغ الإعلام بالحكم كما يجب للمحكوم عليه ما لم ينص القانون على تاريخ آخر أو طريقة أخرى.

ومتى وقع الإعلام فإن ميعاد الطعن يبتدئ من تاريخه في حق المعلم والواقع إعلامه معا.

وبالنسبة للأحكام الصادرة بناء على تغرير من الخصم أو ورقة مزورة أو بناء على شهادة زور أو بناء على عدم الاستظهار بحجة قاطعة منعت بفعل الخصم فإن أجل الطعن يبتدئ من تاريخ علم المحكوم عليه بثبوت الزور أو ظهور الحجة أو التغرير.

ويجب أن يوجه الإعلام لكل واحد من الخصوم على حدة وإذا كان الخصم متغيبا عن التراب التونسي يوم الإعلام يزاد في أجل الاستئناف مدة ثلاثين يوما.

وإذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية امتد الأجل إلى اليوم الموالي لانتهاء العطلة.

الفصل 142 ـ يبطل العمل بأجل الاستئناف إذا مات المحكوم عليه في أثنائه ويقع ابتداء الأجل من جديد لورثته من تاريخ إعلامهم بالحكم.

الفصل 143 ـ يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني ويجوز للمستأنف ضده إلى حد ختم المرافعة بعد أن فوت على نفسه أجل الطعن أو سبق منه قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي أن يرفع استئنافا عرضيا بمذكرة كتابية مشتملة على أسباب استئنافه ومع ذلك فإن هذا الاستئناف العرضي يبقى ببقاء الاستئناف الأصلي ويزول بزواله ما لم يكن زوال الاستئناف الأصلي مبنيا على الرجوع فيه.

في غضون الشهر والقرار الصادر بوقف التنفيذ غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن. على أنّه إذا طلب المحكوم له من المحكمة الابتدائية الإذن بالتنفيذ الوقتي في الصور الحتمية المبينة بالفصل 125 م.م.م.ت. وأغفلت المحكمة طلبه فله طلب ذلك من رئيس المحكمة الاستئنافية الذي يمكنه أن يأذن بالتنفيذ بعد استدعاء الأطراف وهذا القرار لا يقبل الطعن بأيّة طريقة(الفصل 127 م.م.م.ت.).

الأجل المضروب للاستئناف عشرون يوما. وإذا كان الخصم متغيبا عن التراب التونسي يوم الإعلام يزاد في أجل الاستئناف مدة ثلاثين يوما أي يصبح الأجل خمسين يوما.

ويبدأ سريان الأجل من تاريخ بلوغ الإعلام بالحكم كما يجب للمحكوم عليه ما لم ينص القانون على تاريخ آخر أو طريقة أخرى. كما هي الصورة بالنسبة إلى الأحكام الصادرة بناء على تغرير من الخصم أو ورقة مزورة أو بناء على شهادة زور أو بناء على عدم الاستظهار بحجة قاطعة منعت بفعل الخصم فإن أجل الطعن يبتدئ من تاريخ علم المحكوم عليه بثبوت الزور أو ظهور الحجة أو التغرير وليس من تاريخ الإعلام بالحكم.

وقد أورد المشرع لقضايا الأحوال الشخصية نظاما خاصا في ذلك حيث «تجري آجال الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة في مادة الطلاق أو بطلان الزواج في ظرف شهر من تاريخ الحكم أو القرار وذلك بالنسبة إلى جميع ما اشتمل عليه بما في ذلك الغرامة[1]». ونفس الحلّ أورده المشرع بالنسبة إلى قضايا إسناد اللقب[2].

ويجب أن يوجه الإعلام لكل واحد من الخصوم على حدة. ومن المفروض أن يوجه الإعلام بالحكم إلى مقرّ المستأنف ضدّه، وهو المحكوم له مبدئيا. والمعروف أنّ المقر إما أن يكون فعليا أو حكميا على معنى الفصل 7 م.م.م.ت[3]. ومن المفروض أن تتثبّت المحكمة من إجراءات الإعلام إلى المقر الصحيح لأنه ببساطة منطلق جريان أجل الطعن.

ومتى وقع الإعلام فإن ميعاد الطعن يبتدئ من تاريخه في حق المعلم والواقع إعلامه معا، أي المستأنف والمستأنف ضدّه.

(1) الفصل 41 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أوت 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية.

(2) الفصل 3 ثالثا من القانون عدد51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003 المتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب وإتمامها.

(3) الفصل 7 م.م.م.ت في معنى المقر.

ويعدّ أجل الطعن أجل سقوط فلا يقبل القطع أو الوقف مهما كانت الصورة. ولا يحسب اليوم الأول في الإعلام، وإذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية امتد الأجل إلى اليوم الموالي لانتهاء العطلة[1].

على أنّ المشرع أورد حالة خاصة بوفاة المحكوم عليه، فإن مات بعد إعلامه بالحكم الصادر ضدّه، فلا يسري الأجل في حقّه مطلقا بل لا بدّ من إعادة إعلام الورثة حتى يسري الحكم في حقّهم، حيث يبطل العمل قانونا بأجل الاستئناف إذا مات المحكوم عليه في أثنائه ويقع ابتداء الأجل من جديد لورثته من تاريخ إعلامهم بالحكم[2].

والجزاء في عدم مراعاة أجل الاستئناف هو السقوط، حيث يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني[3]. والفرق شاسع بين البطلان والسقوط[4]، وإن يظلّ كلاهما مرتبطا بالشكل.

على أنّه يجوز للمستأنف ضده إلى حد ختم المرافعة بعد أن فوت على نفسه أجل الطعن أو سبق منه قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي أن يرفع **استئنافا عرضيا** بمذكرة كتابية مشتملة على أسباب استئنافه ومع ذلك فإن هذا الاستئناف العرضي يبقى ببقاء الاستئناف الأصلي ويزول بزواله ما لم يكن زوال الاستئناف الأصلي مبنيا على الرجوع فيه[5]. فالمفروض أنّ يفوت الخصم طلب الاستئناف فإذا أمكن للخصم الآخر طلب الاستئناف وهو استئناف أصلي يصحّ للأول حينئذ تسجيل استئناف عرضي كتابيا قبل جلسة المرافعة، فإذا رفض الاستئناف الأصلي شكلا لأي سبب يرفض كذلك الاستئناف العرضي، ولا يبقى هذا الاستئناف العرضي منفردا إلا إذا كان زوال الاستئناف الأصلي مبنيا على طلب في الرجوع من المستأنف الأصلي.

كما يجوز تسجيل استئناف أصلي في الأجل ويتولى الخصم المقابل كذلك تسجيل استئناف أصلي فيسمى الاستئناف الثاني بالاستئناف المقابل وله نفس المقومات مثل الاستئناف الأصلي، والمفروض أن يقع ضمّ الاستئناف المقابل إلى الاستئناف الأصلي وينظر فيهما في قضية واحدة.

(1) الفصل 141 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).

(2) الفصل 142 م.م.م.ت.

(3) الفصل 143 م.م.م.ت.

(4) الفصل 13 م.م.م.ت. في السقوط والفصل 14 م.م.م.ت. في البطلان.

(5) الفصل 143 م.م.م.ت.

القسم الرابع

في آثار الاستئناف

الفصل 144 ـ الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف.

الفصل 145 ـ لا يمكن لمحكمة الاستئناف ألا تنظر في خصوص ما وقع الاستئناف في شأنه.

الفصل 146 ـ استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها إلا فيما استثناه القانون.

غير أنه يجوز لرئيس المحكمة ذات النظر أن يأذن بتوقيف تنفيذ الأحكام «الموصوفة غلطا بكونها» نهائية.

ولا يصدر الإذن بتوقيف التنفيذ إلا بعد سماع المرافعة بجلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت.

وعلى الطالب أن يستدعي خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وإن لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه.

والإذن الصادر بتوقيف التنفيذ غير قابل للطعن ولو بطريق التعقيب[1].

التعليق على الفصل 146

القاعدة أنّه يمكن استئناف جميع الأحكام الابتدائية مهما كانت المحكمة التي أصدرتها. ويشترط في جميع ذلك أن تكون الأحكام المستأنفة ابتدائية وصادرة في الأصل. معنى ذلك أنّه لا يمكن استئناف الأحكام إذا نصّ المشرع صراحة على عدم إمكانية استئنافها، كما هي الصورة بالنسبة إلى الأحكام الصادرة في البيوعات العقارية على معنى الفصل 441 م.م.م.ت، حيث إنّ «الأحكام الصادرة في تلك الدعاوى تكون غير قابلة للاستئناف». وما كان من الممكن الطعن بالاستئناف

(1) إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 26 بتاريخ 24 ماي 1963، ص882.

في الأحكام التحضيرية أو التمهيدية إلا مع الأصل، ولو أنّه من الممكن الطعن بالاستئناف استنادا إلى اعتبارات شكلية.

على أنّه من الممكن استئناف الأحكام الموصوفة غلطا بأنّها نهائية، وعلى العكس لا يجوز استئناف الأحكام الموصوفة غلطا بأنها ابتدائية، والقاعدة أنّه يعتدّ بالوصف المطابق للقانون ولو ورد بالحكم مخالفة لذلك.

وقد ذهب فقه القضاء إلى إمكانية استئناف الأحكام النهائية في صورة إذا انبنى الحكم على مخالفة **واضحة للإجراءات الأساسية** أو **تجاوزت المحكمة سلطاتها مراعاة لموجبات المحاكمة العادلة**. كما ذهبت إلى إمكانية استئناف الأحكام التمهيدية مباشرة ودون انتظار الحكم في الأصل إذا انبنى الحكم على خرق واضح للإجراءات الأساسية.

ويضع الفصل 146 م.م.م.ت. مبدأ عدم تنفيذ الحكم الابتدائي بعد استئنافه إذ أنّ الاستئناف قاعدة يوقف التنفيذ. ورغم ذلك يمكن أن يتدخّل المشرع بنصوص خاصة فيجعل الاستئناف لا يوقف التنفيذ كما هي الصورة بالنسبة إلى أحكام التفليس إلى حدّ اليوم والأحكام الصادرة في إنقاذ المؤسسات طبق قانون 1995 كما هو منقح سنة 1999 وسنة 2003 إلى حدّ تنقيح 1999. وينفذ الحكم الصادر عن قاضي الناحية في النفقات بقطع النظر عن الاستئناف[1]، وكذلك الصورة بالنسبة إلى الأحكام الاستعجالية والأذون على المطالب. ويمكن للمحكمة الإذن بالتنفيذ الوقتي رغما عن كلّ استئناف في الحالات الواردة بالفصول 125 و126 و127 م.م.م.ت.

لكنّه من الممكن أن تخطئ المحكمة سواء سهوا أو قصدا بمعنى أنّها اعتمدت ذلك الرأي صراحة في وصف الحكم بكونه نهائيا في الحالات التي يمكن أن يكون فيها الحكم نهائيا[2]، ومن الممكن أن تخطئ كذلك في اعتباره نهائيا ولو أنّ القانون لا يجيز ذلك.

(1) الفصل 39 م.م.م.ت.

(2) وقد أصبحت الحالات التي يجيز فيها المشرع إمكانية صدور الحكم نهائيا من قبل محكمة البداية نادرة بعد تنقيحات 1986 و1994 حيث أصبحت جميع الأحكام التي تصدر عن المحكمة الابتدائية ومحكمة الناحية ابتدائية باستثناء صورة الفصل 40 م.م.م.ت. من أنّ الأحكام التي تصدر عن المحكمة التجارية طبق مبادئ العدل والإنصاف لا تقبل الاستئناف بل تقبل التعقيب فقط وهو غير معطّل للتنفيذ ومع ذلك لم ينقح الفصل 146 م.م.م.ت الوارد في شأن إصلاح الأحكام النهائية. ولكنّ الأحكام التي تصدر عن المحكمة الشغلية يمكن أن تكون نهائية في بعض الصور حيث نصّ الفصل 216 من المجلة الشغلية كما هو

فإذا تحقّقت الصورة بالإمكان استئنافه بالرغم من وصفه النهائي ويجوز طلب الإذن بتوقيف التنفيذ لدى رئيس محكمة الاستئناف الذي له أن يأذن بتوقيف التنفيذ بعد استدعاء الطرفين طبق القانون وسماعهما بحجرة الشورى طبق الإجراءات الاستعجاليّة. فيقدّم المطلب إلى رئيس محكمة الاستئناف ويعين الجلسة في أقرب يوم ويكلف الطالب باستدعاء الخصم بواسطة عدل تنفيذ ويجب على الطالب أن يستدعي خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وإن لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه. ويوم الجلسة يسمع القاضي طلبات ودفوعات الأطراف ويسمح لهما بالمرافعة ويتخذ القاضي القرار في النّهاية سواء بوقف تنفيذ الحكم أو برفض المطلب. ولا يقبل الإذن الصادر بتوقيف التنفيذ أيّة طريقة من طرق الطّعن ولو بطريق التعقيب.

ولكنّه من الممكن للمحكمة أن تخطئ في وصف الحكم بأنه ابتدائيا والحال أنّه مجرد قرار تمهيدي أو تحضيري. فهل يجوز استئنافه وما هو مآل الاستئناف ؟

الرأي أنّ الخصوم يجب أن تتعاملوا مع قرار المحكمة على حقيقته القانونية وليس على وصفه المغلوط، فكما أنّ الفصل 146 م.م.م.ت. سمح باستئناف الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية، وهي غير قابلة للاستئناف، فالمفروض أن لا تستأنف القرارات التمهيدية وقد وصفت غلطا بكونها ابتدائية. وإنما يعاد الطلب إلى نفس المحكمة بمواصلة النظر حيث «لا يمكن استئناف الأحكام التي تصدر أثناء النشر تحضيرية وتمهيدية وكذلك الأحكام الصادرة بصحة القيام أو الصادرة برفض التمسك بمقتضيات الفصول 13 و14 و15 و18 إلا مع الحكم الصادر في الأصل» عملا بأحكام الفصل 41 م.م.م.ت. فإذا تمّ استئنافها الأكيد أنّ مآله هو الرفض شكلا.

منقح بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994على ما يلي « تنظر دوائر الشغل ابتدائيا في جميع الدعاوى الداخلة في اختصاصها مهما كان مبلغ المطلب غير أنها تنظر نهائيا في الدعاوى المتعلقة بتسليم الوثائق التي يتعين على المؤجر تسليمها لفائدة العامل طبقا للأحكام القانونية أو التعاقدية. تطبق محاكم الحق العام التي تتعهد بالنزاعات طبقا للفصل 185 من هذه المجلة نفس القواعد المنصوص عليها بهذا الفصل.» كما نصّ الفصل 76 من القانون 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية وكذلك القانون عدد 56 لسنة 1995 المؤرخ في 28 جوان 1995 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي أنّ قاضي الناحية ينظر نهائيا مهما كان مقدار الطلب في النزاعات المتعلقة بإسداء العلاج ومصاريف الدفن والغرامات اليومية وتحديد الأجر وذلك في ظرف 15 يوما من تاريخ رفع الدّعوى.

ولكن هل يعدّ ذلك من قبيل الدّفوعات الشكلية التي تخول إرجاع الملف إلى محكمة الدّرجة الأولى ؟ فقد نصّ الفصل 149 م.م.م.ت. على أنّه « إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع كما لها إن كان الموضوع قابلا للفصل أن تبت فيه».

الواضح أنّ استعمال صيغة الأحكام بدل صيغة القرار في المواطن التي لا يجيزها التشريع له علاقة حقيقة بالدّفوعات الإجرائية أي الشكليّة، إذ أنّ الدّفع الشكلي لا يتعلق بأصل الحقّ ولا يتعلّق بعدم قبول الدّعوى بل بإحدى شكليات الإجراءات. وهو من الشكليات التي يجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها، إذ أنّ الدّفوعات الشكليّة منها ما يجب التمسك به قبل الخوض في الأصل ومن قبل الخصوم ومنها ما يجب التمسك به من قبل الخصوم والمحكمة من تلقاء نفسها وفي جميع المراحل ومنها إذا كان يتعلّق بالإجراءات الأساسية ومنها هذه الصورة.

ولكنّ ذلك لا يكفي لإرجاع القضية إلى محكمة الدّرجة الأولى، إذ أنّ الإرجاع يقتضي أن تنقض محكمة الاستئناف حكم البداية على معنى الفصل 149 م.م.م.ت. وتعيد الملف إلى ذات المحكمة، أما رفض الاستئناف شكلا فيمنع على المحكمة الخوض في الأصل لإرجاع القضية إلى المحكمة الابتدائية.

تلك حلول واقعية اعتمدتها المحاكم خاصة في قضايا إنقاذ المؤسسات التي تقضي ابتدائيا بالبيع أو الكراء دون انتظار إنهاء إجراءات البيع والحال أنّه مجرد قرار تمهيدي وباستئناف هذا القرار عادة ما تقضي المحاكم برفض الاستئناف شكلا لا غير[1]. وكان يخيّر لو وضع المشرّع حلولا واضحة لمثل هذه الصور.

الفصل 147 ـ الدعوى التي حكم فيها ابتدائيا لا يمكن الزيادة فيها ولا تغييرها لدى الاستئناف ولو رضي الخصم بذلك إلا إذا كانت الزيادة المطلوبة تتعلق بأداء أجر أو فوائض أو كراء أو بقايا ونحوها من الملحقات المتعلقة بالدعوى الأصلية والتي استحقت بعد صدور الحكم أو بغرم ضرر تفاقم أمره بعد صدور الحكم أو بطلب الضمانات المستوجبة بعد الحكم.

(1)والمفروض أن يعاد نشر القضية أمام محكمة البداية بطلب من الخصوم ويوجه الملف إلى كتابة محكمة البداية بعد توجيه مكاتبة إلى كتابة محكمة الاستئناف، ولا يمكن أن يبادر الكاتب بالإحالة من تلقاء نفسه.

الفصل 148 ـ يمكن تغيير السبب المبني عليه المطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي باقيا على حاله بدون تغيير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الدرجة الأولى.

وكذلك يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف.

الفصل 149 ـ إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع كما لها إن كان الموضوع قابلا للفصل أن تبت فيه.

التعليق على الفصل 149

أورد الفصل 149 م.م.م.ت. حالة خاصة في صدور حكم ابتدائي على أساس دفع شكلي ووقع استئنافه، فلمحكمة الاستئناف في هذه الصورة إن رأت عدم صحّة الدفع أن تنقض حكم البداية وتعيد القضية إلى طورها الابتدائي وإن رأت أنه من الممكن النظر في الأصل فلها ذلك.

وللتذكير فإنّ الدّفوعات أورها المشرع على ثلاثة بالرغم من أنه لم يعرفها، الدّفوعات الأصلية والدّفوعات الشكليّة والدّفع بعدم القبول. فالدّفع الشكلي له مفهومه الخاص ونظامه المميز وآثاره المحدّدة. وهو في نهاية الأمر دفع موجه إلى شكليات الدّعوى ويمكن أن تثيره المحكمة أو الخصوم بحسب طبيعته وينتهي إلى إنهاء النزاع وقتيا أو يتصل به القضاء بحسب الصور[1].

فإذا توفر تعريف الدّفع الشكلي وكان هو السبب الوحيد في المناقشة فإنه من الصعب أن تبقى محكمة الاستئناف على نظرها وتخوض في الأصل إذ أنّه يمنع تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف، إلا إذا اعتبرنا أنّ الدّفع الشكلي لم يكن من قبيل الدّفوعات التي من الواجب التصريح بها أول جلسة وصحّ الدفع بها إلى تاريخ المرافعة، فالأكيد أن يكون المحكمة قد خاضت في الأصل قبل ذلك، وقد يكون الأطراف قد حرّروا طلباتهم على الوجه المطلوب، أما ما يتجاوز ذلك فلا تملك المحكمة أن تتعهد بالأصل بل كان من اللازم إرجاع القضية إلى طورها الابتدائي.

(1) يراجع التعليق على الفصول 13 إلى 18 م.م.م.ت.

ويقتضي الإرجاع أن تقضي المحكمة بنقض حكم البداية، على أنّه قد يتوفر في بعض الصور دفع شكلي وتقف المحكمة على خلله تلقائيا كما في صورة أن يوصف الحكم بأنه حكم والحال أنه مجرد قرار تمهيدي ومع ذلك لا يصح الإرجاع بل يرفض الاستئناف شكلا إذ غالبا في مثل هذه الصور ما يكون الخلل يتعلّق بشروط الاستئناف[1].

فإذا توفر الدّفع الشكلي ونقض حكم البداية صحّ الإرجاع وتبقى الخصومة نفسها مستمرة وهي حالة من حالات تعاقب الخصومات، حيث إنه إذا انعقدت الخصومة فإنها لا تنتهي إلا بحكم أو باتفاق الطرفين، وتبقى نفس الخصومة سارية المفعول أي تستمر في حالة وقف أو تأجيل النظر[2] أو التخلّي للمحكمة المختصة أو الإرجاع لمحكمة البداية أو الاستئناف أو التعقيب[3]، ولكنّ الخصومة لا تستمر في حالة رفض مطلب الاستعجالي لخوضه في الأصل، فالمفروض أنّ الدّعوى الأصلية تعدّ في مثل هذه الصورة خصومة جديدة[4].

ويبدو الأمر الهام في اعتبار نتيجة تعاقب الخصومات successions d'instances إذ مع الاعتراف بالتعاقب يعتبر بداية توجيه عريضة الدّعوى أول مرة في حساب التقادم ومواعيد السقوط أما الصورة المخالفة فتقتضي اعتبار تاريخ توجيه العريضة في الدّعوى الأخيرة. والواضح أنّ الاختلاف هام في نهاية الأمر في بيان تقادم الدّعوى من عدمها.

وعليه فإنّ الحكم بالإرجاع يبقي على نفس الخصومة كما هي أول مرّة، ولكن ذلك لا يعني أن كتابة المحكمة ستقوم بجميع الإجراءات بل يحمل على الأطراف مباشرة الإجراءات اللازمة أمام المحكمة المحال عليها، فقط أنّ الخصومة يعتدّ بتاريخ افتتاحها أول مرة أمام محكمة البداية بالرغم من الاستئناف والإرجاع.

(1) يراجع التعليق على الفصل 146 م.م.م.ت.

(2) يجب التمييز بعناية بين وقف الخصومة suspension وانقطاعها interruption، وتوقف الخصومة كلّما حدثت بعض الصور الخارجة عن الأوراق الدّاخلية للملف التي يمكن أن تؤثر على النزاع مثل تداعي جزائي وتنقطع الخصومة بحدوث عارض داخلي بأوراق الملف مثل وفاة أحد الخصوم أو من ينوبهم. فلا يوجب الوقف القيام بإجراءات جديدة بينما الانقطاع يفترض القيام بإجراءات جديدة.

(3) ولكنّ ذلك لا يعني أن كتابة المحكمة ستتولى إجراءات إعادة نشر القضايا بل إنه يحمل على الأطراف التماس وإنجاز الإجراءات الخاصة بكلّ محكمة حتى يقع مواصلة النظر.

(4) وذهب كذلك فقه القضاء بفرنسا إلى أنّ مطلب الاستئناف ينشئ خصومة جديدة وكذلك مطلب التعقيب، فقط فإنه في حالة النقض مع الإحالة تعدّ الخصومة مواصلة للاستئناف الأصلي أي الأول.

Civ.3°, 6 mars 1991, Gaz.Pal.1992,somm.1,obs,Croze et Morel.

الفصل 150 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ إذا وقع نقض أو تعديل حكم مشمول بالنفاذ المعجل أو كان الحكم المنقوض أو المعدل صادرا باستجابة لطلب استعجالي وجب أن ينص حكم النقض أو التعديل على ترجيع ما دفعه أو سلمه المستأنف بموجب تنفيذ الحكم المنقوض أو المعدل أو إعادة الحالة لسالف وضعها كل ذلك في حدود ما وقع نقضه أو تعديله.
وعلى المحكمة تدارك ما وقع من سهو عن الترجيع أو الإعادة من تلقاء نفسها.

الفصل 151 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ طالب الاستئناف الذي يصدر عليه الحكم تسلط عليه خطية قدرها عشرة دنانير إن كان الحكم المستأنف صادرا من قاضي الناحية وعشرين دينارا إن كان الحكم صادرا من غيره وذلك بقطع النظر عن غرم الضرر الناشئ لخصمه من جراء الإفراط في استعمال حق الاستئناف.

وإذا وقع الرجوع في الاستئناف أمكن للمحكمة إعفاء المستأنف من الخطية.

التعليق على الفصول 144 إلى 151

الاستئناف هو وسيلة طعن عادية موجهة ضدّ الأحكام الابتدائية. وتهدف إلى إعادة نشر القضية أمام هيئة حكمية غير التي أصدرت حكم البداية، وبذلك يعدّ الاستئناف مظهرا من مظاهر التقاضي على درجتين.

وقد حدّدت الفصول 144 إلى 151 م.م.م.ت. الآثار المرتبطة بالاستئناف ذاته وبحكم الاستئناف الذي سيصدر.

ـ الآثار المباشرة للاستئناف: يعدّ الاستئناف قانونا درجة ثانية في التقاضي، ومن محكماته أن يتعلّق به أثرا التعليق L'effet suspensif والانتقال L'effet dévolutif.

+الأثر التعليقي: لا يجوز تنفيذ الحكم المطعون فيه بالاستئناف، وذلك هو الأثر التعليقي، فيوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الاستئناف وأثناء نشر القضيّة الاستئنافيّة عملا بأحكام الفصل 146 م.م.م.ت. إلاّ في الحالات الاستثنائيّة كما في صورة الإذن بالنفاذ العاجل أو نصّ القانون على إمكانيّة التنفيذ بالرغم من الاستئناف. كما أنّ الاستئناف الواقع بعد الأجل لا يوقف تنفيذ الحكم.

وقد وضع الفصل 146 م.م.م.ت. مبدأ عدم تنفيذ الحكم الابتدائي بعد استئنافه إذ أنّ الاستئناف قاعدة يوقف التنفيذ. ورغم ذلك يمكن أن يتدخّل

المشرع بنصوص خاصة فيجعل الاستئناف لا يوقف التنفيذ كما هي الصورة بالنسبة إلى أحكام التفليس إلى حدّ اليوم والأحكام الصادرة في إنقاذ المؤسسات طبق قانون 1995 كما هو منقح سنة 1999 وسنة 2003 إلى حدّ تنقيح 1999. وكذلك الصورة بالنسبة إلى الأحكام الاستعجالية والأذون على المطالب. ويمكن للمحكمة الإذن بالتنفيذ الوقتي رغما عن كلّ استئناف في الحالات الواردة بالفصول 125 و126 و127 م.م.م.ت.

لكنّه من الممكن أن تخطئ المحكمة سواء سهوا أو قصدا بمعنى أنّها اعتمدت ذلك الرأي صراحة في وصف الحكم بكونه نهائيا في الحالات التي يمكن أن يكون فيها الحكم نهائيا[1]، ومن الممكن أن تخطئ كذلك في اعتباره نهائيا ولو أنّ القانون لا يجيز ذلك.

فإذا تحقّقت الصورة بالإمكان استئنافه بالرغم من وصفه النهائي ويجوز طلب الإذن بتوقيف التنفيذ لدى رئيس محكمة الاستئناف الذي له أن يأذن بتوقيف التنفيذ بعد استدعاء الطرفين طبق القانون وسماعهما بحجرة الشورى طبق الإجراءات الاستعجاليّة. فيقدّم المطلب إلى رئيس محكمة الاستئناف ويعين الجلسة في أقرب يوم ويكلف الطالب باستدعاء الخصم بواسطة عدل تنفيذ ويجب على الطالب أن يستدعي خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وإن لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه. ويوم الجلسة يسمع القاضي طلبات ودفوعات الأطراف ويسمح لهما بالمرافعة ويتخذ القاضي القرار في النّهاية سواء بوقف تنفيذ الحكم أو برفض المطلب. ولا يقبل الإذن الصادر بتوقيف التنفيذ أيّة طريقة من طرق الطّعن ولو بطريق التعقيب.

(1) وقد أصبحت الحالات التي يجيز فيها المشرع إمكانية صدور الحكم نهائيا من قبل محكمة البداية نادرة بعد تنقيح 1986 حيث أصبحت جميع الأحكام التي تصدر عن المحكمة الابتدائية ومحكمة الناحية ابتدائية باستثناء صورة الفصل 40 م.م.م.ت. من أنّ الأحكام التي تصدر عن المحكمة التجارية طبق مبادئ العدل والإنصاف لا تقبل الاستئناف بل تقبل التعقيب فقط وهو غير معطّل للتنفيذ ومع ذلك لم ينقح الفصل 146 م.م.م.ت الوارد في شأن إصلاح الأحكام النهائية. ولكنّ الأحكام التي تصدر عن المحكمة الشغلية يمكن أن تكون نهائية في بعض الصور حيث نصّ الفصل 216 من المجلة الشغلية كما هو منقح بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 على ما يلي « تنظر دوائر الشغل ابتدائيا في جميع الدعاوى الداخلة في اختصاصها مهما كان مبلغ المطلب غير أنها تنظر نهائيا في الدعاوى المتعلقة بتسليم الوثائق التي يتعين على المؤجر تسليمها لفائدة العامل طبقا للأحكام القانونية أو التعاقدية. تطبق محاكم الحق العام التي تتعهد بالنزاعات طبقا للفصل 185 من هذه المجلة نفس القواعد المنصوص عليها بهذا الفصل.»

ولكنّه من الممكن للمحكمة أن تخطئ في وصف الحكم بأنه ابتدائيا والحال أنّه مجرد قرار تمهيدي أو تحضيري. فهل يجوز استئنافه وما هو مآل الاستئناف ؟

الرأي أنّ الخصوم يجب أن تتعاملوا مع قرار المحكمة على حقيقته القانونية وليس على وصفه المغلوط، فكما أنّ الفصل 146 م.م.م.ت. سمح باستئناف الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية، وهي غير قابلة للاستئناف، فالمفروض أن لا تستأنف القرارات التمهيدية وقد وصفت غلطا بكونها ابتدائية. وإنما يعاد الطلب إلى نفس المحكمة بمواصلة النظر حيث «لا يمكن استئناف الأحكام التي تصدر أثناء النشر تحضيرية وتمهيدية وكذلك الأحكام الصادرة بصحة القيام أو الصادرة برفض التمسك بمقتضيات الفصول 13 و14 و15 و18 إلا مع الحكم الصادر في الأصل» عملا بأحكام الفصل 41 م.م.م.ت. فإذا تمّ استئنافها الأكيد أنّ مآله هو الرفض شكلا.

+**الأثر الانتقالي**: تنتقل الدّعوى بحالتها التّي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بجميع مسائلها الواقعيّة والقانونيّة المرتبطة بها إلى محكمة الاستئناف المتعهّدة بالقضيّة حيث إنّ «الاستئناف ينقل الدّعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف ....[1]»، فتسقط قرينة اتّصال القضاء المتّصلة بالحكم الابتدائي، ويمتدّ سلطان محكمة الاستئناف إلى جميع الأوجه سواءً كانت قانونيّة أو واقعيّة، مع مراعاة جملة من الحدود لها علاقة بموضوع الحكم الابتدائي وطلبات الأطراف وصفاتهم. فلا ينقل الاستئناف الدّعوى إلا «في خصوص ما تسلط عليه الطعن[2]»، فليس لها أن تنظر إلا في حدود المطاعن و«لا يمكن لمحكمة الاستئناف ألا تنظر في خصوص ما وقع الاستئناف في شأنه[3]» فلا يمكن لها أن تتغافل عما وقعت إثارته.

ولا يمكن التمسّك بطلبات جديدة أوّل مرّة أمام محكمة الاستئناف، كما لا يمكن تغيير الطلبات أو الزيادة فيها، في حين أنّه من الممكن التمسك بسبب جديد والاحتجاج بوسائل دفاع جديدة.

ولا يمكن تغيير أو الزيادة في الطلبات لدى الاستئناف ولو رضي الخصم بذلك إلا إذا كانت الزيادة المطلوبة تتعلق بأداء أجر أو فوائض أو كراء أو بقايا ونحوها من الملحقات المتعلقة بالدعوى الأصلية والتي استحقت بعد صدور الحكم أو

(1) الفصل 144 م.م.م.ت.
(2) الفصل 144 م.م.م.ت.
(3) الفصل 145 م.م.م.ت.

بغرم ضرر تفاقم أمره بعد صدور الحكم أو بطلب الضمانات المستوجبة بعد الحكم، فإنها من الممكن في جميع هذه الصور طلب الحكم استئنافا بحسب الطلب الجديد دون أن يكون ذلك غرقا لقاعدة عدم تغيير الطلب أو الزيادة فيه[1].

ويجوز الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف أي يجوز تقديم وسائل إثبات جديدة لم يسبق تقديمها كما يمكن تغيير السبب المبني عليه المطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي باقيا على حاله بدون تغيير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الدرجة الأولى.[2].

وليس السبب في الدّعوى أو الطلب إلا جملة الوقائع التي يستند إليها، ومع ذلك فإنّ السبب قد يرد في مواطن خاصة للدّلالة على مفهوم محدّد سواء في مستواه القانوني أو مستواه المختلط أي مصدر الحق. فقدرت مجلة المرافعات إمكانية تغيير سبب الدعوى استئنافا بالفصل 148 م.م.م.ت، حيث نصّ على أنّه « يمكن تغيير السبب المبني عليه المطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي باقيا على حاله بدون تغيير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الدرجة الأولى». فكأنّ المشرّع جعل السبب في الواقع والقانون وسمح بتغيير المستوى القانوني دون الوقائع. ولا ينطبق هذا المعنى إلا في حدود دائرة الاستئناف كأن يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثمّ إلى خطأ عن فعل الشّيء في طور الاستئناف، أو أن يتمسّك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف.

وباستثناء تلك الحدود فإنّ الأثر الانتقالي يلزم محكمة الاستئناف بمعنى أن يسقط الحكم الابتدائي برمّته بسقوط معنى اتّصال القضاء وتتعهّد المحكمة من جديد بجميع الوقائع ولا تملك المحكمة تحديد سلطاتها من تلقاء نفسها، إنّما يكون التعهّد رهين طلبات الأطراف وضوابط جملة من الأحكام القانونيّة. وذلك هو معنى الانتقال في الاستئناف، فتنتقل القضيّة برمّتها إلى محكمة الدّرجة الثّانية وبجميع وقائعها، فيسقط اتّصال القضاء الذّي كان مرتبطا بالحكم الابتدائي، ويطلب من المحكمة الاستئنافيّة قانونا معالجة جميع ما يتعلّق بالقضيّة ولا يمنعها من ذلك إلاّ ما جاء من قيد مردّه رغبة الأطراف ولزوم القانون في الموضوع والأشخاص والصّفة.

(1) الفصل 147 م.م.م.ت.
(2) الفصل 148 م.م.م.ت.

ـ آثار الحكم الاستئنافي: للحكم الاستئنافي آثار سواء على المستوى الشكلي أو الأصلي.

+من حيث الشكل: تراقب محكمة الاستئناف شكليات الاستئناف واختصاصها بالنظر في القضية، ولها في بعض الصور أن تتصدّى لمطلب الاستئناف إن لم يطلب المستأنف الرجوع في الاستئناف.

***مراقبة شكليات الاستئناف:** يمكن للمحكمة أن ترفض الاستئناف أو أن تقبله، فإذا لم تتوفر جملة الشروط الشكلية في الآجال والصفة والمصلحة وما شابه ذلك من الإخلالات الشكليّة تقضي المحكمة برفض الاستئناف شكلا. فيحرز حكم البداية قوة اتصال القضاء.

***تقنية التصدّي:** لكنّه قد يشتمل حكم البداية على إخلالات شكليّة أو أنه رفض الاختصاص أو أنه اشتمل على إجراءات باطلة أو كان باطلا برمته. وكان من المفروض في هذه الصور أن تعاد القضيّة لمحكمة البداية لتتعهّد بها من جديد بعد نقض حكم البداية. ولكنّ المشرع تبنّى اختيارا تقنية التّصدّي L'évocation بالفصل 149 م.م.م.ت. بمعنى أن تتعهّد محكمة الاستئناف بالأصل بالرغم من المطاعن الشكليّة وتبتّ فيه، أي أنّ الطّعن في حدود الشّكل لا يمنع محكمة الاستئناف من التّصدّي والحكم في الأصل حتّى لا يحرم المستأنف من درجة ثانية في التقاضي.

فقد نصّ الفصل 149 م.م.م.ت. على أنّه «إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع كما لها إن كان الموضوع قابلا للفصل أن تبت فيه». فهي حالة خاصة في صدور حكم ابتدائي على أساس دفع شكلي ووقع استئنافه، فلمحكمة الاستئناف في هذه الصورة إن رأت عدم صحّة الدفع أن تنقض حكم البداية وتعيد القضية إلى طورها الابتدائي وإن رأت أنه من الممكن النظر في الأصل فلها ذلك وهو ما يعرف بالتصدي.

وللتذكير فإنّ الدّفوعات أورها المشرع على ثلاثة بالرغم من أنه لم يعرفها، الدّفوعات الأصلية والدّفوعات الشكليّة والدّفع بعدم القبول[1]. فالدّفع الشكلي

(1) الدّفع بعدم القبول لا يناقش موضوع الطلبات ولا يجادل الشكل أو الإجراء ومع ذلك ففيه شيء من أثر الدّفع إذ أنه يهدف إلى إنكار وجود الدّعوى فينقضي الطلب بصفة نهائية دون المجادلة في محتوى الطلب أو التعرض لشكليّاته، ومن أجل ذلك يقال إنّ للدّفع بعدم

له مفهومه الخاص ونظامه المميز وآثاره المحدّدة. وهو في نهاية الأمر دفع موجه إلى شكليات الدّعوى ويمكن أن تثيره المحكمة أو الخصوم بحسب طبيعته وينتهي إلى إنهاء النزاع وقتيا أو يتصل به القضاء بحسب الصور[1]. فهو الدّفع الموجّه إلى إجراءات الدّعوى أي الشكل دون الخوض في الأصل سواء للدّلالة على أنّ الإجراءات مختلة أو أنّها انقضت أو يتعين توقيفها. وهي تهدف إلى تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة مثل الدّفع بعدم الاختصاص أو الدّفع بالبطلان أو الدّفع بالتخلي نظرا لوجود ارتباط أو الدّفع بتأجيل القضية.

فإذا توفر تعريف الدّفع الشكلي وكان هو السبب الوحيد في المناقشة فإنه من الصعب أن تبقى محكمة الاستئناف على نظرها وتخوض في الأصل إذ أنّه يمنع تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف، إلا إذا اعتبرنا أنّ الدّفع الشكلي لم يكن من قبيل الدّفوعات التي من الواجب التصريح بها أول جلسة وصحّ الدفع بها إلى تاريخ المرافعة، فالأكيد أن يكون المحكمة قد خاضت في الأصل قبل ذلك، وقد يكون الأطراف قد حرّروا طلباتهم على الوجه المطلوب، أما ما يتجاوز ذلك

القبول طبيعة مزدوجة. ورغم أنّ المشرع لم يعرفه فإنه من الممكن تقديم بعض الأمثلة التي تدخل في هذا الباب دون أن تكون القائمة حصرية. فيدخل في ذلك الدّفع بعدم توفر شروط قيام الدّعوى (الصفة والمصلحة والأهلية) والدّفع باتصال القضاء والدّفع بالتقادم والدّفع برفع الدّعوى بعد أو قبل ميعادها والدّفع بسبق الصلح والدّفع برفع الدّعوى ضدّ شركات التأمين المناسبة في حوادث المرور طبق قانون 2005 أو الدفع بعدم برفع الدّعوى قبل انقضاء آجل الصلح إذا سبق طلبه طبق نفس القانون أو الدّفع بسبق الرضا بحكم البداية بتنفيذه لردّ الطعن والدّفع بردّ الدعوى الحوزية لقيامها بعد فوات أجل السنة والدفع بردّ الدّعوى الحوزية لمن سبق نشر دعوى استحقاقيّة والدّفع بردّ الدّعوى الاستحقاقية قبل الإذعان للدعوى الاستحقاقية والدّفع بعدم قبول الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف والدّفع بعدم قبول التداخل أو الإدخال لعدم توفر شروطه والدّفع بعدم قبول الاستئناف العرضي لوروده بعد المرافعة....والقائمة لا يمكن حصرها حقيقة.

ولكنّ بعضا من رجال القانون يضعون حدّا لقائمة الدّفوعات بعدم القبول ويجعلون الدّفع بعدم القبول مقتصرا على إنكار صفة الخصم لا غير كما يرى البعض أنّ شرط المصلحة في القيام ليس له علاقة بالدّفع بعدم القبول بل هو دفع موضوعي. أحمد أبو الوفاء: المرجع السابق، ص. 227، عدد 204.

ويرى البعض الآخر أنّ قائمة هذه الدفوعات لا تتجاوز الخمسة وهي الدفع بغياب المصلحة والدفع بغياب الصفة والدفع باتصال القضاء والدفع بسبق الصلح والدفع بوجود ترابط بين الادّعاءات.

Guy Block, thèse, citée in Jean Vincent - Serge Guinchard : Procédure civile, op.cit., p.182, n°145 1 -.

(1) يراجع الفصول 13 إلى 18 م.م.م.ت.

فلا تملك المحكمة أن تتعهد بالأصل بل كان من اللازم إرجاع القضية إلى طورها الابتدائي.

ويقتضي الإرجاع أن تقضي المحكمة بنقض حكم البداية، على أنّه قد يتوفر في بعض الصور دفع شكلي وتقف المحكمة على خلله تلقائيا كما في صورة أن يوصف الحكم بأنه حكم والحال أنه مجرد قرار تمهيدي ومع ذلك لا يصح الإرجاع بل يرفض الاستئناف شكلا إذ غالبا في مثل هذه الصور ما يكون الخلل يتعلّق بشروط الاستئناف[1].

فإذا توفر الدّفع الشكلي ونقض حكم البداية صحّ الإرجاع وتبقى الخصومة نفسها مستمرة وهي حالة من حالات تعاقب الخصومات، حيث إنه إذا انعقدت الخصومة فإنها لا تنتهي إلا بحكم أو باتفاق الطرفين، وتبقى نفس الخصومة سارية المفعول أي تستمر في حالة وقف أو تأجيل النظر[2] أو التخلّي للمحكمة المختصة أو الإرجاع لمحكمة البداية أو الاستئناف أو التعقيب[3]، ولكنّ الخصومة لا تستمر في حالة رفض مطلب الاستعجالي لخوضه في الأصل، فالمفروض أنّ الدّعوى الأصلية تعدّ في مثل هذه الصورة خصومة جديدة[4].

ويبدو الأمر الهام في اعتبار نتيجة تعاقب الخصومات successions d'instances إذ مع الاعتراف بالتعاقب يعتبر بداية توجيه عريضة الدّعوى أول مرة في حساب التقادم ومواعيد السقوط أما الصورة المخالفة فتقتضي اعتبار تاريخ توجيه العريضة في الدّعوى الأخيرة. والواضح أنّ الاختلاف هام في نهاية الأمر في بيان تقادم الدّعوى من عدمها.

(1) يراجع الفصل 146 م.م.م.ت.

(2) يجب التمييز بعناية بين وقف الخصومة suspension وانقطاعها interruption، وتوقف الخصومة كلّما حدثت بعض الصور الخارجة عن الأوراق الدّاخلية للملف التي يمكن أن تؤثر على النزاع مثل تداعي جزائي وتنقطع الخصومة بحدوث عارض داخلي بأوراق الملف مثل وفاة أحد الخصوم أو من ينوبهم. فلا يوجب الوقف القيام بإجراءات جديدة بينما الانقطاع يفترض القيام بإجراءات جديدة.

(3) ولكنّ ذلك لا يعني أن كتابة المحكمة ستتولى إجراءات إعادة نشر القضايا بل إنه يحمل على الأطراف التماس وإنجاز الإجراءات الخاصة بكلّ محكمة حتى يقع مواصلة النظر.

(4) وذهب كذلك فقه القضاء بفرنسا إلى أنّ مطلب الاستئناف ينشئ خصومة جديدة وكذلك مطلب التعقيب، فقط فإنه في حالة النقض مع الإحالة تعدّ الخصومة مواصلة للاستئناف الأصلي أي الأول.
Civ.3°, 6 mars 1991, Gaz.Pal.1992,somm.1,obs,Croze et Morel.

وعليه فإنّ الحكم بالإرجاع يبقي على نفس الخصومة كما هي أول مرّة، ولكن ذلك لا يعني أن كتابة المحكمة ستقوم بجميع الإجراءات بل يحمل على الأطراف مباشرة الإجراءات اللازمة أمام المحكمة المحال عليها، فقط أنّ الخصومة يعتدّ بتاريخ افتتاحها أول مرة أمام محكمة البداية بالرغم من الاستئناف والإرجاع[1].

***مراقبة اختصاص محكمة الاستئناف:** غير أنّ محكمة الاستئناف إذا رأت أنها غير مختصّة والحال أنّ محكمة البداية تعهّدت بالقضية، فإنها تقرر نقض حكم البداية والتخلي لفائدة المحكمة المختصة، وهذا هو معنى أن تراقب محكمة الاستئناف اختصاصها. أما إذا رأت محكمة البداية أنّها غير مختصة والحال أنّها مختصة فإنّ ذلك يدخل في باب الدّفوعات الشكلية وللمحكمة أن تتعهّد بالأصل أو أن تنقض حكم البداية وتعيد القضية إلى الطور الابتدائي.

***الرجوع في مطلب الاستئناف:** ويبقى لكل مستأنف أن يرجع في استئنافه. وهذا الرجوع يجب أن يكون صريحا، ولا يمكن العدول عنه، وتقضي المحكمة على أساسه بالرجوع في مطلب الاستئناف[2].

وإذا عدل المستأنف عن مواصلة التتبع فإن الحكم الصادر بقبول رجوعه في الاستئناف يمنع من تمكينه من الاستئناف مرة ثانية ولو كان أجل الطعن مازال ممتدا وكذلك إذا كان طعنه قد رفض شكلا[3]. معنى ذلك أنّ سبق الرجوع

(1) وقد اعتمدت مجلة الإجراءات الجزائية تقنية التصدي واعتمدتها في حالة بطلان الأحكام والإجراءات، «فإذا كان الحكم المستأنف صادرا في الأصل ورأت محكمة الاستئناف أن هناك بطلانا في الإجراءات فإنها تصحح ذلك البطلان وتحكم في الأصل. وإذا كان الحكم قابلا للإبطال فإن محكمة الاستئناف تتعهد بالأصل وتبت فيه». كما تشمل تقنية التصدّي صورة عدم الاختصاص، «فإذا كان الحكم المستأنف صادرا بعدم الاختصاص ورأت محكمة الاستئناف نقضه فإنها تنقضه وتتعهد بالأصل وتبت فيه».
إنّ ما يطلب في قرار البطلان وجوبا عملا بأحكام الفصل 199 م.إ.ج في فقرته الأخيره أن يعيّن "حكم البطلان نطاق مرماه"، بمعنى أن لا يُكتفى بالتصريح بالبطلان، بل لابدّ من تعيين آثار البطلان. وقد بينت مجلّة الإجراءات الجزائيّة من خلال الفصلين 218 و219 هذه الآثار، واعتمدت في شأن الخلل الشكلي الإجرائي والاختصاص السلبي تقنية التصّدّي في المادة الجزائية évocation عوضا أن تعاد القضية إلى محكمة البداية لتواصل النظر فيها من حيث انتهت الأعمال الباطلة، والمعلوم أنّ الخلل الشكلي الإجرائي يمكن قانونا على معنى الفصل 218 م.إ.ج أن يشمل أعمال البحث الأوّلي والأعمال الحكميّة على حدّ السواء. وكان من المفروض والحالة تلك أن تتصدّى محكمة الاستئناف، فتتعهّد بالأصل بعد أن ظهر لها شيء من الخلل، وتصحّح الإجراء وتحكم في الأصل.
(2) الفصل 151 م.م.م.ت
(3) الفصل 155 م.م.م.ت.

في الاستئناف أو رفضه شكلا يمنع إعادة الاستئناف حتى ولو لم ينقض أجل الاستئناف.

+**من حيث الأصل**: يمكن لمحكمة الاستئناف أن تقر الحكم أو تنقضه كلا أو بعضا لفائدة المستأنف أو ضده. ولكن ليس على المحكمة تعكير وضعية المستأنف تطبيقا لمبدأ لا يضار الطاعن بطعنه حتى ولو أنّ المشرع لم ينص على هذا المبدأ. وللمحكمة النظر في جميع الاستئنافات الأصلية والمقابلة والعرضية، وتحمل المصاريف على من حكم ضدّه.

كما تسلط على طالب الاستئناف الذي يصدر عليه الحكم خطية قدرها عشرة دنانير إن كان الحكم المستأنف صادرا من قاضي الناحية وعشرين دينارا إن كان الحكم صادرا من غيره وذلك بقطع النظر عن غرم الضرر الناشئ لخصمه من جراء الإفراط في استعمال حق الاستئناف. وإذا وقع الرجوع في الاستئناف يمكن للمحكمة إعفاء المستأنف من الخطية[1].

وإذا وقع نقض أو تعديل حكم مشمول بالنفاذ المعجل أو كان الحكم المنقوض أو المعدل صادرا باستجابة لطلب استعجالي وجب أن ينص حكم النقض أو التعديل على ترجيع ما دفعه أو سلمه المستأنف بموجب تنفيذ الحكم المنقوض أو المعدل أو إعادة الحالة لسالف وضعها كل ذلك في حدود ما وقع نقضه أو تعديله. وعلى المحكمة تدارك ما وقع من سهو عن الترجيع أو الإعادة من تلقاء نفسها[2]. فلا بدّ من إرجاع الأمر إلى طبيعته إذا سبق الحكم بالنفاذ العاجل أو كان الاستئناف لا يوقف التنفيذ، سواء بنصّ الحكم أو بقرار إصلاح وتدارك. ولا يجب الإذن بإرجاع الحالة إلى الصورة التي كانت عليها إلاّ إذا تأكدت المحكمة من سبق التنفيذ.

القسم الخامس

في الخصوم لدى الاستئناف

الفصل 152 ـ لا يمكن أن يرفع الاستئناف إلا من الأشخاص المشمولين بالحكم المستأنف أو خلفائهم أو من ممثل النيابة العمومية في الأحوال التي عينها القانون.

(1) الفصل 151 م.م.م.ت.
(2) الفصل 150 م.م.م.ت.

كما لا يجوز رفع الاستئناف على من لم يكن خصما في الدعوى المتسلط عليها الحكم المستأنف.

الفصل 153 ـ لا يقبل التداخل لدى الاستئناف إلا إذا كان بقصد الانضمام إلى أحد الخصوم أو كان التداخل من شخص يكون له حق الاعتراض على الحكم.

الفصل 154 ـ إذا تعدد المحكوم عليهم واستأنف البعض دون الآخر وكان موضوع الحكم لا يتجزأ وجب إدخال بقية المحكوم عليهم في القضية ويكون الحكم كذلك إذا كان الطعن في الحكم من أحدهم من شأنه لو يقبل أن يجعل الحكم بتمامه فاقد الأساس.

الفصل 155 ـ إذا عدل المستأنف عن مواصلة التتبع فإن الحكم الصادر بقبول رجوعه في الاستئناف يمنع من تمكينه من الاستئناف مرة ثانية ولو كان أجل الطعن مازال ممتدا وكذلك إذا كان طعنه قد رفض شكلا.

التعليق على الفصول 152 إلى 155

أوردت الفصول 152 إلى 155 كلّ ما يتعلّق بالخصوم لدى الاستئناف وهو بعض من الشروط الأصلية في الاستئناف. فإضافة إلى جملة الشروط الشكلية في الاستئناف (المصلحة بجانب المستأنف واحترم الأجل واختصاص المحكمة) واحترام إجراءات الاستئناف (تقديم المطلب وتقييده وسير القضية أمام المحكمة)، ركّزت هذه الفصول على بيان الشرط المتعلق بالخصوم لدى الاستئناف وهو يمثّل إلى جانب الشرط المتعلق بالأحكام[1] القابلة للاستئناف جملة الشروط الأصلية.

والمبدأ أنّه لا يمكن الاستئناف إلا مما كان طرفا في القضية ولا يرفع إلا من كان طرفا فيها كذلك. فلا يمكن أن يرفع الاستئناف إلا من الأشخاص المشمولين بالحكم المستأنف. ويلحق بهؤلاء الأشخاص الخلفاء عاما كان أي الورثة أو خاصا وممثل النيابة العمومية في الأحوال التي عينها القانون[2]. كما لا يجوز رفع الاستئناف على من لم يكن خصما في الدعوى المتسلط عليها الحكم المستأنف[3].

(1) يراجع التعليق على الفصل 146 م.م.م.ت.
(2) الفصل 251 م.م.م.ت.
(3) الفصل 152 م.م.م.ت.

على أنّ عدم تجزئة النزاع قد تكون سببا في إدخال بعض الأطراف بالرغم من عدم الاستئناف من طرفهم، كما في صورة الحكم القاضي بالقسمة واستأنف البعض دون الآخرين، فإن مقتضى الحكم يدفع في اتجاه إدخال بقية المستحقين ولو لم يسبق لهم الطعن بالاستئناف خاصة وأنّ القرار الاستئنافي مدعو لكي ينطبق على الجميع. فالقاعدة أنّه إذا تعدد المحكوم عليهم واستأنف البعض دون الآخر وكان موضوع الحكم لا يتجزأ وجب إدخال بقية المحكوم عليهم في القضية ويكون الحكم كذلك إذا كان الطعن في الحكم من أحدهم من شأنه لو يقبل أن يجعل الحكم بتمامه فاقد الأساس[1].

ومن المفروض أن تشمل عريضة الاستئناف جميع الأطراف في هذه الصورة، على أنّ النقص فيها لا يؤدي إلى رفضها أو تقرير بطلانها بل من واجب المحكمة إدخال بقية الأطراف إذا كان من شأن القرار الذي سيصدر يمسّ من حقوق المحكوم ضدّهم.

والقاعدة أنّه لا يقبل التداخل لدى الاستئناف إلا إذا كان بقصد الانضمام إلى أحد الخصوم وهو ما يسمى بالتداخل الانضمامي أو كان التداخل من شخص يكون له حق الاعتراض على الحكم[2]، أي أن الحق المؤسس عليه الاعتراض لم يضمحل. أما الإدخال فإنّ المحكمة تتولاه من تلقاء نفسها في صورة عدم تجزئة النزاع.

(1) الفصل 154 م.م.م.ت.
(2) الفصل 153 م.م.م.ت.

الباب الثاني

في التماس إعادة النظر

الفصل 156 ـ 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.

الفصل 157 ـ التماس إعادة النظر يقع لدى المحكمة المطعون في حكمها ويجوز أن تكون مؤلفة من نفس الحكام الذين أصدروا الحكم المطعون فيه.

الفصل 158 ـ ميعاد الالتماس ثلاثون يوما من تاريخ الظفر بالسبب الداعي للالتماس وبمضيها يسقط الحق في الطعن.

الفصل 159 ـ يرفع الالتماس بنفس الطريقة المعتادة لرفع الدعوى بحسب المحكمة الواقع الالتماس منها.

الفصل 160 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يجب على الملتمس أن يؤمن بقباضة التسجيل عشرين دينارا بعنوان معين الخطية التي يجب تسليطها عليه في صورة رفض مطلبه وكذلك جميع المعاليم التي يقتضي القانون وجوب تأمينها.

ويعفى من ذلك الدولة والفقراء الواقع منحهم الإعانة العدلية ويتولى كاتب المحكمة تقييد القضية بدفتر النوازل ويسلم للطاعن وصلا في ذلك.

الفصل 161 ـ يجب أن تشتمل عريضة الالتماس زيادة على البيانات الواجبة بعريضة افتتاح الدعوى على بيان الحكم الملتمس فيه وأسباب الالتماس والا كانت باطلة.

الفصل 162 ـ رفع الالتماس لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه.

الفصل 163 ـ تفصل المحكمة أولا في قبول إعادة النظر شكلا بجلسة علنية ثم تحدد جلسة أخرى للمرافعة في الموضوع بدون احتياج لإعادة الاستدعاء ولها

أن تحكم في قبول الطعن شكلا وفي الموضوع بحكم واحد إذا استوفى الخصوم طلباتهم في الموضوع.

الفصل 164 ـ الحكم الذي يصدر برفض الالتماس والحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن فيهما بالالتماس.

الفصل 165 ـ يترتب على الحكم بقبول الالتماس زوال الحكم المطعون فيه في حدود ما وقع فيه الطعن وزوال كافة الآثار القانونية التي ترتبت عليه.

الفصل 166 ـ إذا حكم برفض الالتماس شكلا أو أصلا توظف على الطاعن خطية مقدارها جملة المبلغ المؤمن بصرف النظر عن غرم الضرر الناشئ لخصومه من هذا الطعن.

وإذا رجع في الالتماس أمكن للمحكمة إعفاؤه من الخطية والإذن بإرجاع المال المؤمن بعنوانها إليه.

الفصل 167 ـ تنطبق على الالتماس أحكام الإجراءات الخاصة بالمحكمة الواقع الالتماس منها.

التعليق على الفصول 156 إلى 167

التماس إعادة النظر طريقة طعن غير عادية مثلها مثل التعقيب في المادة المادية فهي لا توقف التنفيذ[1] وتوجه ضدّ الأحكام النهائية أي نهائية الدرجة أو الانتهائية[2]. وقد ظهرت هذه الطريقة la requête civile في الطعن منذ سنة 1667 بالقانون الفرنسي على أنقاض طريقة الطعن على أساس الغلط proposition d'erreur في قرارات البرلمان التي ظهرت في أواخر القرون الوسطى وكانت لا تمارس إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة من الجهة المختصة[3]. وقد كان لطريقة الالتماس أهمية قصوى نظرا لضعف طريقة التعقيب يومها. ولكنّ الالتماس عرف تراجعا كبيرا بحكم تطور طريقة التعقيب.

والواضح أنّ الفصول 156 إلى 167 م.م.م.ت. قد وضعت شروط الالتماس وحدّدت آثاره، وتأثرت في ذلك بمجلة الإجراءات المدنية الفرنسية القديمة

(1) الفصل 162 م.م.م.ت.

(2) الفصل 156 م.م.م.ت.

(3) وقد تركت مجلة الإجراءات الفرنسية الحديثة هذه التسمية في الالتماس واعتمدت طريقة المراجعة بتعريف أوسع ونصت المجلة على أربع صور يمكن أن تكون أساس المراجعة.
Vincent et Guinchard : Procédure civile,op. cit., n°1495.

حيث إنّ مجلة الإجراءات الفرنسية الحديثة تركت تسمية الإجراء بالعريضة المدنية واعتمدت طريقة المراجعة بدلها واعتمدت تعريفا دقيقا وحدّدت أربع حالات في المراجعة تتمحور حول تدليس الكتائب أو الوقائع والخديعة والظفر بحجج كانت مقطوعة من الخصم[1].

ـ **شروط التماس إعادة النّظر**: يمكن الإشارة إلى جملة من الشروط الشكلية والأصلية في قبول الالتماس.

+**الشروط الشكلية في الالتماس**: خمسة شروط شكلية وضعها المشرع لغاية قبول المطلب: الحكم النهائي والمحكمة المختصة وأجل الالتماس وتحرير العريضة وتأمين الخطية هي الشروط الخمسة التي وضعها المشرع عل المستوى الشكلي.

***شرط نهائية الحكم**: نصّ الفصل 156 م.م.م.ت على ضرورة أن يكون الحكم المطعون فيه نهائيا، وهو الحكم الذي استنفذ طرق الطعن العادية أي الاستئناف، وبالتالي لا يجوز الطعن في الأحكام الابتدائية بالتماس إعادة النظر. بل لا بدّ من استئناف الحكم المعنى بالأمر وإذا أصبح نهائيا يمكن عندئذ الطعن بإعادة النظر. ولا يمنع الطعن بالتعقيب طلب إعادة النظر بعد صدور القرار التعقيبي كما لا يمكن رفض إعادة النظر بعلة إمكانية الطعن بالتعقيب.

على أنّه لا بدّ من الإشارة إلى أنّ الفصل 156 م.م.م.ت. نصّ صراحة على الحكم نهائي الدرجة les jugements rendus en dernier ressort. وذهب البعض على ذلك الأساس إلى أنّه يجب أن تمارس طرق الطعن العادية حتى يجوز الطعن بالالتماس فإذا تقاعس الطاعن عن الطعن بالاستئناف وأصبح الحكم باتا أو سقطت الخصومة ابتدائيا أو استئنافا بسبب عدم تصرف الطاعن طبق الإجراءات فإنه لا يجوز له بعد ذلك الطعن بالالتماس[2]. بينما ذهبت بعض الاتجاهات الأخرى، ومنها مجلة الإجراءات المدنيّة الفرنسية الحديثة إلى أنّه يشترط في الحكم المطعون فيه أن يكون قد أحرز على قوة اتصال القضاء مهما كانت طبيعته وهو ما يجعل الحالات السابقة داخلة في معنى الأحكام القابلة للطعن فيها بالالتماس. ويبدو أنّ المشرع التونسي مازال في مستوى التأويل الأول بالرغم من أنّ الاتجاه الثاني يبدو أكثر إحكاما.

(1) الفصول 593 إلى 603 من مجلة الإجراءات المدنية الفرنسيّة الجديدة.

(2) أحمد أبو الوفاء: الإجراءات المدنية، المرجع السابق، عدد 632.

***المحكمة المختصّة**: التماس إعادة النظر يقع لدى المحكمة المطعون في حكمها ويجوز أن تكون مؤلفة من نفس الحكام الذين أصدروا الحكم المطعون فيه[1].

على أنّه لا يجوز منطقيا طلب إعادة النظر أمام محكمة التعقيب إذ أنّ طلب الإعادة ينبني على مسائل موضوعية لا تدخل في جائرة اختصاص محكمة التعقيب كما أنه لا يجوز الالتماس أمام المحكمة الاستعجالية.

***أجل الالتماس**: ميعاد الالتماس ثلاثون يوما من تاريخ الظفر بالسبب الداعي للالتماس وبمضيها يسقط الحق في الطعن[2].

***عريضة الالتماس**: يرفع الالتماس بنفس الطريقة المعتادة لرفع الدعوى بحسب المحكمة الواقع الالتماس منها[3]. ويجب أن تشتمل عريضة الالتماس زيادة على البيانات الواجبة بعريضة افتتاح الدعوى على بيان الحكم الملتمس فيه وأسباب الالتماس وإلا كانت باطلة[4].

***تأمين الخطية**: يجب على الملتمس أن يؤمن بقباضة التسجيل عشرين دينارا بعنوان معين الخطية التي يجب تسليطها عليه في صورة رفض مطلبه وكذلك جميع المعاليم التي يقتضي القانون وجوب تأمينها. ويعفى من ذلك الدولة والفقراء الواقع منحهم الإعانة العدلية ويتولى كاتب المحكمة تقييد القضية بدفتر النوازل ويسلم للطاعن وصلا في ذلك[5].

+**الشروط الأصلية في الالتماس**: يجب أن تتوفر صورة من صور الالتماس حيث نصّ الفصل 156 م.م.م.ت. على أنّه 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. فلا بدّ أن يتوفر التغرير من الخصم ويؤخذ التغرير بمعناه المدني الواسع[6]، فهو كلّ حيلة تدفع

(1) الفصل 157 م.م.م.ت.
(2) الفصل 158 م.م.م.ت.
(3) الفصل 159 م.م.م.ت.
(4) الفصل 161 م.م.م.ت.
(5) الفصل 160 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).
(6) علي كحلون: النظرية العامة للالتزامات، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2015 . ص 206 وما بعدها.

إلى إيقاع المحكمة في الغلط، ويكون هو الأساس في صدور الحكم وأن لا يكون الخصم الآخر عارفا بمحتوى هذا التغرير يوم نشر الدّعوى.

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. فلا بدّ أن يثبت تدليس الرسوم أو شهادة الشهود ويكون ذلك باعتراف الخصم أو صدور حكم بات في الغرض ويشترط أن يثبت ذلك قبل القيام بالالتماس.

ثالثا : إذا ظفر الطاعن بعد الحكم بورقة قاطعة في الدعوى كانت ممنوعة عنه بفعل الخصم على شرط أن يكون تاريخ الظفر بها ثابتا. فقد يعمد الخصم إلى إخفاء الحجج التي عادة ما تكون هامة لإثبات حقّ الخصم، فإذا عثر عليها الخصم وأثبت أنّ الطرف الآخر عمد إلى إخفائها وكان في ذلك تاريخ ثابت كان ذلك سبب في الالتماس.

والواضح أنّ هذه الصور الثلاثة قد أوردها المشرع على وجه الحصر فلا يمكن الاستناد إلى سبب آخر في الالتماس ومن الواضح كذلك أنّها ترتبط بالوقائع وليس لها علاقة بالمستوى القانوني. ويحمل على الطالب إثباتها كما يسمح للمطلوب ردّها.

ـ **آثار التماس إعادة النّظر**: للمطلب آثاره كما لحكم الالتماس آثاره.

+**آثار مطلب الالتماس**: رفع الالتماس لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه[1]. وتلك هي طبيعة الطعن غير العادي.

ثمّ ينشر المطلب أمام المحكمة المختصة، وتنطبق على الالتماس أحكام الإجراءات الخاصة بالمحكمة الواقع الالتماس منها[2]. والمفروض أن تعقد المحكمة جلسة أولى للنظر في صحة القيام ثم تحدّد جلسة ثانية للمرافعة.

ففي المرحلة الأولى تراقب المحكمة شكليات المطلب (الحكم النهائي والمحكمة المختصة وأجل الالتماس وتحرير العريضة وتأمين الخطية) وتتأكّد من وتوفر صورة من الصور الثلاثة في الالتماس التي أوردها المشرع على وجه الحصر وعند ذلك يتوقّف النظر في الشكل. أما التأكد من صحة محتوى أسباب الطعن فيعود للأطراف إثباتها والواضح أنّ ذلك يدخل في معنى الأصل. فإذا

(1) الفصل 162 م.م.م.ت.
(2) الفصل 167 م.م.م.ت.

رأت المحكمة أنّ الشروط الشكلية غير متوفرة يرفض المطلب شكلا دون أن تمر للأصل. وإذا توفرت الشروط الشكلية تقرر المحكمة قبول الطلب من الناحية الشكلية ويقع التنصيص على هذا القرار بمحضر الجلسة وتؤخر القضية لجلسة ثانية دون استدعاء ثاني للمرافعة في الأصل.

ولكن من الممكن أن تنظر في الشكل والأصل في جلسة واحدة أي في نفس اليوم حيث تفصل المحكمة أولا في قبول إعادة النظر شكلا بجلسة علنية ثم تحدد جلسة أخرى للمرافعة في الموضوع بدون احتياج لإعادة الاستدعاء وهو الأصل ولها أن تحكم في قبول الطعن شكلا وفي الموضوع بحكم واحد إذا استوفى الخصوم طلباتهم في الموضوع[1].

غير أنّه من الناحية الواقعية عادة ما تؤخّر القضية لعدّة جلسات للجواب وتقديم الطلبات وبعد الانتهاء من تبادل التقارير تقرّر المحكمة صرفها للمرافعة وقلّما تتّخذ المحكمة قرارا مستقلا في الشكل قبل أن تنظر في الموضوع.

+**آثار حكم الالتماس**: إذا حكم برفض الالتماس شكلا أو أصلا توظف على الطاعن خطية مقدارها جملة المبلغ المؤمن بصرف النظر عن غرم الضرر الناشئ لخصومه من هذا الطعن. وإذا رجع في الالتماس أمكن للمحكمة إعفاؤه من الخطية والإذن بإرجاع المال المؤمن بعنوانها إليه[2].

وإذا قبلت الالتماس تقرر المحكمة بطلان الحكم حيث يترتب على الحكم بقبول الالتماس زوال الحكم المطعون فيه ولكن في حدود ما وقع فيه الطعن وكذلك زوال كافة الآثار القانونية التي ترتبت عليه[3].

والحكم الذي يصدر برفض الالتماس مهما كانت صورته والحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن فيهما بالالتماس[4]. فلا يجوز الطعن بالالتماس في الحكم الصادر في الالتماس، فلا يجوز التماس على التماس. ولكنّه من الممكن إعادة التماس في نفس الحكم المطعون فيه على أساس سبب آخر غير السبب الأول.

ورغم أنّ المشرّع لم يبيّن إمكانية الطعن في الحكم الصادر في الالتماس إلا أنّه من الممكن تطبيق الإجراءات العامة ويحقّ بالتالي الطعن في الحكم بالطرق التي لم يمنعها المشرع.

(1) الفصل 163 م.م.م.ت.
(2) الفصل 166 م.م.م.ت.
(3) الفصل 165 م.م.م.ت.
(4) الفصل 164 م.م.م.ت.

الباب الثالث

في الاعتراض

الفصل 168 ـ كل إنسان لم يسبق له استدعاء للتداخل في نازلة له القيام بالاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضر بحقوقه.

الفصل 169 ـ القيام بالاعتراض على الحكم يكون مقبولا ما دام الحق المؤسس عليه ذلك الحكم لم يضمحل.

ويمكن وقوعه على كل حكم كيفما كانت طبيعته وكيفما كانت المحكمة الصادر منها ولو وقع تنفيذه.

الفصل 170 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يرفع الاعتراض للمحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه بنفس الطرق المعتادة لرفع الدعوى لديها ويجب على المعترض أن يؤمن بقباضة التسجيل معين الخطية التي يجب تسليطها عليه في صورة الحكم برفض مطلبه.

ويكون مقدارها خمسة دنانير إذا كان الحكم المعترض عليه صادرا من القاضي الفردي وعشرة دنانير إذا كان الحكم صادرا من المحكمة الابتدائية وعشرين دينارا إذا كان الحكم صادرا من محكمة الاستئناف كما يجب عليه أن يؤمن جميع المعاليم التي يقتضي القانون وجوب تأمينها.

ويعفى من ذلك الدولة والفقراء المسعفون بالإعانة العدلية.

الفصل 171 ـ تنطبق على الاعتراض أحكام الإجراءات الخاصة بالمحكمة الواقع الاعتراض لديها.

الفصل 172 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980) ـ الاعتراض لا يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا أن رئيس المحكمة أو الحاكم الراجع له النظر يمكن له تعطيل تنفيذ الحكم المطعون فيه بقرار مبني على مطلب كتابي مستقل عن مطلب الاعتراض يقع النظر فيه طبق الإجراءات المبينة في باب القضاء المستعجل.

والقرار القاضي بتعطيل التنفيذ لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب.

الفصل 173 ـ يترتب على الاعتراض إعادة نشر القضية من جديد.

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 للقسمة.

الفصل 174 ـ إذا رفض مطلب الاعتراض يحكم على المعترض بالخطية المؤمنة بدون أن يكون ذلك مانعا من الحكم عليه بغرم الضرر للخصم إن اقتضى الحال ذلك.

وإذا رجع المعترض في الاعتراض أمكن للمحكمة إعفاؤه من الخطية والإذن بإرجاع المال المؤمن بعنوانها إليه.

التعليق على الفصول من 168 إلى 174

ـ تعريف الاعتراض: الاعتراض la tierce opposition هو وسيلة طعن غير عادية تهدف إلى التراجع عن حكم سابق أو تعديله في حقّ شخص لم يشارك في الإجراءات التي أدت إلى صدور الحكم المضر بحقوقه[1]. فلا يعني ذلك أنّ المعترض لم يستدع بل لم يكن طرفا في القضية أصلا.

وهي طريقة اختيارية لمن أراد الاعتراض إن شاء أخذ بها وإن شاء تركها، ولكنّها طريقة هجومية حيث كان من الممكن البقاء بمركز الدفاع والتمسك بقاعدة نسبية الأحكام القضائية لدرء أثرها عوضا عن التماس الاعتراض عليها والدخول في نزاعات قضائية لا يعلم مصيرها. ثمّ إنّ طريقة الاعتراض تنتهي بالضرورة إلى رفع الإمكانية بالنسبة إلى المعترض في التمسّك بقاعدة الأثر النسبي للأحكام القضائية، وقد تبدو ظاهريا عديمة الجدوى[2]. ولكنّ الفقه بحث عن أسس نظرية لتبرير اللّجوء إلى طريقة الطعن بالاعتراض بالرغم من حدوده وميّز بين قوّة الحقيقة القضائية la force de vérité légale التي لا تلزم إلا الأطراف المتعاقدة والمضمون الاجتهادي للحكم la décision consécutive الذي يمكن أن ينتفع به الكافة بل يلتزم به الكافة بحكم الإضافة التي أتى بها للمنظومة القانونية بوجه عام[3].

ولكنّ الواقع يبقى بعيدا عن التحاليل النظرية فليس من الممكن أن ينطبق الحكم على طرف لم يسبق له الانضمام إلى أصل الدعوى سواء بصفة أصلية أو

(1) Dalloz action : Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz, 1998, p.1227.
(2) R .Martin : De l'utilité de la tierce opposition, Gaz.Pal. 1991, doctrine 303.
(3) Vincent et Guinchard : Procédure civile, Dalloz, 24 édi.p. 890.

عرضية أو انضمامية، فليس لهذا الشخص إلا البقاء بعيدا عن مضامينه وإن شاء الاعتراض فذلك بهدف أن تشمله حجية الحكم الصادر في الغرض.

ولكنّ جدوى الاعتراض تبدو مع ذلك متوفرة في أكثر من صورة فقد يشمل الحكم وضعية الغير أو حقوقه ولو بطريقة غير مباشرة ويستوي الأمر في الحقوق العينية والشخصية، فقد يشمل الحكم حقوق الغير إذا تعلّق الحكم بعقار مشترك أو حقوق عينية مشمولة بعدّة عقارات تابعة للغير على سبيل المثال، وقد يسعى المدين إلى التحيل بهدف الخروج عن دائرة تدخّل الدائن. فلا بدّ حينئذ من التدخّل الإيجابي لحماية الحقّ، وفي ذلك تكمن أهمية تدخّل الغير، ولا يمكن أن يكون ذلك إلا بطريقة الطعن بالاعتراض.

فإذا كانت القواعد الأصليّة مكّنت الدائن في أكثر من صورة من الطعن في التصرفات القانونية التي أتاها المدين بواسطة دعاوى مميزة مثل الدعوى البليانية فإنّ القواعد الإجرائية مكّنت بدورها الغير من الاعتراض على ما هو مضر بحقوقه. فذلك يعني أنّ الاعتراض هو في نهاية الأمر وسيلة إجرائيّة لحماية حقوق الغير في الوقت المناسب، فقد يكون الغير على علم بسبق نشر القضية ولكنّه يخيّر الانتظار لمعرفة مصير الدعوى فإن كانت في اتجاه يريده اطمأنّ وإن كان العكس اعترض، لذلك يقال إنّ الاعتراض وسيلة طعن انتظارية recours d'attente.

وليس الاعتراض إلا وسيلة طعن غير عادية فلا يجب أن تباشر إلا في الحالات التي نصّ عليها المشرع صراحة، مع أنّه تركها مبدئيا ممكنة بالنسبة إلى جميع الأحكام مهما كانت طبيعتها، ولا يمنع مباشرتها حتى ولو مازال من الممكن الطعن في الحكم بطرق أخرى، ولا توقف مبدئيا التنفيذ.

ويجب تمييز الاعتراض عن الاعتراض على الأحكام الغيابية opposition والدعوى العارضة demande incidente ou subsidiaire والمعارضة demande reconventionnelle والتداخل l'intervention. فإذا كان الاعتراض طريقة طعن غير عادية تهدف إلى التراجع عن حكم سابق أو تعديله في حقّ شخص لم يشارك في الإجراءات التي أدت إلى صدور الحكم المضر بحقوقه، فإنّ الاعتراض على الأحكام الغيابية طريقة طعن عادية ترمي إلى رجوع المحكمة عن حكم صادر عنها غيابيا في حقّ المعترض، أي أنّه استدعي ولم يحضر[1]، في حين أنّ الدعوى العارضة هي الدعوى الفرعية التي يرفعها المدّعي إضافة لأصل

(1) أحمد خليل ونبيل اسماعيل عمر: قانون المرافعات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 530 وما بعد.

الدعوى حيث 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[1]. وحق 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 غرم الضرر المتسبب عن النازلة[2]. والقاعدة أنّه يحكم في الدعاوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة الأصلية[3].

ويحق للغير الذي له مصلحة في القضية التداخل فيها في كل طور من أطوارها، وذلك هو التداخل بالقضية[4]. ويمكن للخصوم أيضا أن يطالبوا بالتداخل الجبري أو بالحضور للحكم الشخص الذي من شأنه له الحق في الخدش فيه بطريق الاعتراض على الحكم الذي سيصدر وذلك ليكون منسحبا عليه معهم. وطلب التداخل أو الإدخال يقع بنفس الطريقة التي ترفع بمقتضاها الدعوى. ويجب أن يكون قبل تعيين القضية لجلسة المرافعة. وللمحكمة أصالة منها وفي كل حين أن تأمر بإدخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضروريا لتقدير النزاع[5].

كما يجب تمييز الاعتراض عن بقية طرق الطعن العادية أي الاستئناف وغير العادية أي المراجعة والتماس إعادة النظر والتعقيب.

وقد أورد المشرع نظام الاعتراض بالفصول 168 م.م.م.ت إلى 174 م.م.م.ت وبيّن من خلالها شروط الطعن بالاعتراض (أ) وآثاره (ب))، مع الإشارة إلى أنّ المجلات القانونية المختصة في المجال التجاري وكذلك بعض القوانين الخاصة أوردت بعض التطبيقات الخاصة بالاعتراض.

أ ـ شروط الاعتراض

وضعت مجلّة الإجراءات المدنية جملة من الشروط الأصلية (1) والإجرائية (2) حتى يقبل الطعن بالاعتراض.

1 ـ الشروط الأصلية

(1) الفصل 226 م.م.م.ت.
(2) الفصل 227 م.م.م.ت
(3) الفصل 228 م.م.م.ت
(4) الفصل 224 م.م.م.ت
(5) الفصل 225 م.م.م.ت(نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963)ـ

يجب أن يرفع الطعن من الشخص المحدّد وضد الأحكام المعينة قانونا. فليس كلّ شخص بإمكانه الطعن بالاعتراض وليس كلّ حكم خاضعا لذات الطعن.

ـ الأطراف الذين يحقّ لهم الاعتراض: «كل إنسان لم يسبق له استدعاء للتداخل في نازلة له القيام بالاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضر بحقوقه[1]». فلا بدّ أن لا يستدعى الشخص لمواجهة أطراف الدعوى ولا بدّ أن يضرّ الحكم بمصالح المعترض.

+شرط الاستدعاء: لا يمكن لمن استدعي في الدعوى شخصيا أو نيابة أن يطعن بالاعتراض، ولا يعني ذلك أن يكون المعترض طرفا في الدعوى ولم يتصل بالاستدعاء أو الإعلام شخصيا، فقد ترفع الدعوى ضدّ شخص محدّد وتبلغ عريضة الدعوى طبق الفصل 8 م.م.م.ت ولا يتصل المدعى عليه بالإعلام ومع ذلك يصدر الحكم في غياب المطلوب ولا يصحّ للمدعى عليه الطعن بالاعتراض، فلم تتبن مجلّة الإجراءات المدنية التونسية إمكانية الاعتراض على الأحكام الغيابية في المادة المدنية على غرار بعض التجارب في القانون المقارن مثل القانون الفرنسي أو المصري أو اللبناني، بل المقصود من ذلك أن لا يكون الطاعن أصلا طرفا في القضية منذ البداية ولو بواسطة نائبه ولم يتداخل في القضية بطلبه أو بقوة القضاء.

غير أنّه إذا اختلفت الصفة من الممكن أن يصحّ الاعتراض، كما هي الصورة بالنسبة إلى أمين الفلسة، حيث يجوز له بوصفه من الأجوار على سبيل المثال الطعن بالاعتراض في حكم كان طرفا فيه بوصفه أمينا للفلسة. وكذلك الصورة بالنسبة إلى المقدم والوصي إذا تغيرت صفتهما أو نابا غير الأول. والحقيقة أنّ الصورة تشمل بشكل عام كلّ ما يتعلّق بالإنابة قانونية كانت أو اتفاقية، فتغير الصفة يمكن الطرف من الاعتراض، ويدخل في ذلك مساعدي القضاء بما في ذلك المحامي وعدل التنفيذ والخبير.

على أنّ الشخص المعنوي يبقى هو نفسه، ويدخل في ذلك الشخصية المعنوية للدولة، فليس من الممكن طلب الاعتراض على حكم كانت الدولة طرفا فيه حتى في صورة اختلاف من يمثّل الشخص المعنوي إلا إذا اختلفت المصالح بين الهياكل، ولا يكفي الاستناد إلى مبدأ وحدة المصالح للشخص المعنوي لرفض الاعتراض.

(1) الفصل 168 م.ا.ع.

ويشترط في النيابة قانونية كانت أو اتفاقية أن يتعلّق مضمونها بموضوع الدعوى بمعنى أن يدخل في سلطة النائب ما كان موضوعا للدعوى، فليس لأمين الفلسة أن يعترض إلا فيما دخل في موضوع الفلسة وليس لنقيب الملكية المشتركة أن يدخل إلا فيما هو مشتركا بين الشركاء وليس لوكيل الشركة أن يتداخل إلا فيما كان متصلا بمصلحة الشركة.

والواضح أنّ الخلفاء لا يصحّ لهم الاعتراض، فالخلف العام ليس إلا وارثا لحقوق السلف ولا يصحّ له بتلك الصفة الاعتراض على حكم كان السلف طرفا فيه وليس للخلف الخاص من حقوق تتجاوز ما صحّ للسلف، فلا يمكن له الاعتراض على حكم كان السلف طرفا فيه إلا إذا أصبح الخلف الخاص في وضعية الغير. ولا يصحّ الاعتراض من الدائن العادي لسبق نيابة المدين وكذلك الصورة بالنسبة إلى الدائن المرتهن والدائن الذي يتمتع بتأمين والدائن المتضامن إلا إذا كانت للدائن أسباب شخصية في الاعتراض، فيجوز حينئذ الاعتراض من الدائن. وتعرّف الأسباب الشخصية بأنها الأسباب التي لا يجوز للمدين التمسك بها. وينضاف إلى ذلك حالات التدليس التي يمكن أن تنسب للنائب، فكلّما توفر من الأدلّة ما يمكن نسبته إلى النائب إلا وكان الحق للمناب في الاعتراض على الحكم الصادر في الغرض

وعلى ذلك الأساس يعدّ غيرا عن الدعوى وبإمكانه الاعتراض كلّ شخص لم يحضر بنفسه أو بواسطة، شرط أن تتوفر الشروط الداخلة في معنى النيابة على ما تقدّم من تفصيل.

+**شرط المصلحة**: المصلحة في الاعتراض أن يثبت المعترض الضرر الذي أصابه من الحكم وشرطه أن يكون شخصيا مشروعا ثابتا، حاليا أو مستقبلا، ماديا أو معنويا. وتلك مسألة واقعية تبقى خاضعة لقاضي الموضوع شرط التعليل. والأصل أنّ المحكمة بإمكانها أن تثير أسباب عدم القبول لتعلّقها بالإجراءات الأساسية، تجاوزا لموقف الأطراف، والمصلحة من شروط عدم القبول[1].

ـ **الأحكام القابلة للاعتراض**: «يمكن وقوع (الاعتراض) على كل حكم كيفما كانت طبيعته وكيفما كانت المحكمة الصادر منها ولو وقع تنفيذه[2]». فما يحمل إلى معنى الحكم هو أن يكون الحكم صادرا عن محكمة موضوعية، وقد يكون حكما ابتدائيا أو نهائيا وقد يصدر عن محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية

(1) أحمد أبو الوفاء: المرافعات المدنية والتجارية، ص 119 وما بعد.
(2) الفصل 169 فقرة ثانية م.م.م.ت

أو محكمة الاستئناف. ولا فرق بين محاكم الحق العام والمحاكم الاستثنائية (مجلس المنافسة ـ الهيئة الوطنية للاتصالات) أو المختصة (قاضي الشغل قاضي المؤسسة قاضي السجل التجاري قاضي الضمان الاجتماعي)، ولا فرق كذلك بين الأحكام المحلية وأحكام الإذن بتنفيذ الأحكام الأجنبية ولا فرق كذلك بين الأحكام الصادرة في الأصل وأحكام الإصلاح والأحكام التفسيرية، إلا إذا أورد المشرع في شأنها نصّا خاصا، كما هو الحال بالنسبة إلى المحكمة العقارية حيث منع المشرع صراحة الاعتراض في الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة[1] أو بالنسبة إلى قرارات التحكيم التي لا تقبل الطعن إلا بالإبطال[2]. والقاعدة كذلك

(1) الفصل 332 م.ح.ع
(2) الفصل 78 ـ
1) لا يجوز الطعن في حكم التحكيم إلا بطريق الإبطال. ويتم ذلك وفقا للفقرتين الثانية والثالثة من هذا الفصل.
2) لا يجوز لمحكمة الاستئناف بتونس أن تبطل حكم التحكيم إلا في الصورتين الآتيتين :
أولا ـ إذا قدم طالب الإبطال دليلا يثبت أحد الأمور التالية :
أ) أن أحد أطراف اتفاقية التحكيم المشار إليها بالفصل 52 من هذه المجلة لا يتوفر فيه شرط من شروط الأهلية، أو أن هذه الاتفاقية غير صحيحة في نظر القانون الذي أخضعها له الأطراف، أو في نظر قواعد القانون الدولي الخاص إن لم يعينوا القانون المنطبق.
ب) أن طالب الإبطال لم يقع إعلامه على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه.
ج) أن حكم التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم أو الشرط التحكيمي.
على أنه إذا كان من الممكن فصل نص الحكم المتعلق بالمسائل المعروضة على التحكيم عن نصه المتعلق بالمسائل غير المعروضة على التحكيم، فجزؤه القاضي بالحكم في المسائل غير المعروضة على التحكيم هو وحده الذي يجوز إبطاله.
د) إن تشكيل هيئة التحكيم أو ما وقع اتباعه في إجراءات التحكيم كان مخالفا لمقتضيات اتفاقية تحكيم بصفة عامة أو لنظام تحكيم مختار أو لقانون دولة وقع اعتماده أو لقواعد أحكام هذا الباب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم.
ثانيا ـ إذا رأت المحكمة أن حكم التحكيم يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص.
3) لا يجوز تقديم طلب الإبطال بعد ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطالب لحكم التحكيم أو من يوم البت في المطلب من قبل هيئة التحكيم إن قدم لها هذا الطلب وفقا للفصل 77 من هذه المجلة.
4) يجوز للمحكمة المتعهدة بطلب الإبطال ـ عند الاقتضاء وبطلب من أحد الأطراف ـ أن توقف إجراءات الإبطال لمدة تحددها تمكينا لهيئة التحكيم من استئناف إجراءات التحكيم

أنّه إذا جعل المشرع الدعوى مختصّة بفرد محدّد دون غيره، ما كان من الممكن قبول الاعتراض في شأنها من الغير، كما هي الصورة بالنسبة إلى طلب الطلاق من الزوجة أو الزوج فلا يصحّ الاعتراض من الغير. غير أنّه إذا جعل المشرع للحكم مفعولا عاما بمعنى أنه يعارض به الكافة، مثل حكم النسب، الأكيد أنه يصحّ الاعتراض عليه حتى ولو كانت الدعوى مختصّة بفرد دون غيره.

وإذا تجاوزنا تلك الحدود فإنّه من الممكن أن يخضع للاعتراض جميع الأحكام مهما كانت المواد التي ترتبط بها بما في ذلك الحالة الشخصية والحالة المدنية والجنسية والحقوق العينية والشخصية والفلسة، إلا إذا توفر النصّ الصريح في المنع بطبيعة الحال.

ولكنّه لا يمكن الاعتراض على حكم لم يصدر بعد، حيث من الممكن في هذه الصورة التداخل بالقضية أو انتظار صدور الحكم ليخلص للغير حق الاعتراض. كما أنّه لا يجوز الطعن بالاعتراض في القرارات التعقيبية بالاعتراض، فإذا قررت المحكمة رفض مطلب التعقيب تبقى الإمكانية ممكنة في الاعتراض على القرار الاستئنافي وإذا قبلت الطعن وقرّرت النقض مع الإحالة ما كان من الممكن الاعتراض قبل صدور القرار الاستئنافي[1]. وقد عدّد المشرع فعلا بالفصل 170 م.م.م.ت المحاكم التي يمكن رفع الاعتراض أمامها وهي القاضي الفردي أو المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف.

كما أنّ الأحكام الاستعجالية ونظرا لطبيعتها، فليس لها مساس بالأصل ولا يمكن أن تضر بحقوق الغير، ما كان من الممكن أن تخضع مبدئيا لطريقة الطعن بالاعتراض. غير أنّ تنامي دور القاضي الاستعجالي وإمكانية شموله لحق

أو اتخاذ ما ترى من شأنه إزالة أسباب الإبطال.

5) إذا قضت المحكمة المتعهدة ببطلان الحكم كلا أو جزءا ـ فإنه يجوز لها عند الاقتضاء وبطلب من جميع الأطراف ـ أن تحكم في موضوع النزاع، ويكون لها صفة المحكم المصالح المنصوص عليها بالفصل 14 من هذه المجلة إن توفرت هذه الصفة في هيئة التحكيم.

وإذا قررت رفض الطعن فإن حكم الرفض يقوم مقام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم المطعون فيه.

6) يجوز للأطراف الذين ليس لهم بتونس مقر أو محل إقامة أصلي أو محل عمل أن يتفقوا صراحة على استبعاد الطعن كليا أو جزئيا فيما تصدره هيئة التحكيم.

وإذا طلبوا الاعتراف بالحكم التحكيمي الصادر وتنفيذه داخل التراب التونسي وجب تطبيق أحكام الفصول 80 81 و82 من هذه المجلة.

(1) Dalloz action :op.cit., p.1228.

الغير وعمومية الصيغة المعتمدة قانونا تدفع في اتجاه القول بخضوع الأحكام الاستعجالية لإجراء الطعن بالاعتراض، وفي ذلك ذهب فقه القضاء.

ويدخل في باب الاعتراض جميع الأحكام التنازعية أي القرارات القضائية الحكمية أما القرارات الاستيفائية أي القرارات القضائية غير الحكمية فقد أورد المشرع في شأنها أحكاما خاصة وإن بقيت خاضعة لإجراء الاعتراض[1].

ولا يدخل في باب الاعتراض إلا الأحكام ذات الطبيعة القضائية، تنازعية كانت أو استيفائية، فما بقي في مستوى العمل الإداري كما في صورة التحرير على شاهد أو تحرير بنود الصلح بين الطرفين فلا يقبل الاعتراض.

2 ـ الشروط الإجرائية

الاعتراض **إجراء أصلي** يسعى إليه الغير في الأجل المحدّد مع مراعاة الشكليات الضرورية. ولكنّه يمكن أن يكون بصفة **عرضية** بمناسبة تمسك المدّعي بحكم لم يكن المدّعى عليه طرفا فيه. لكنّ المشرع لم ينظّم الاعتراض بصفة عرضية ربما لظنّه أنّ ذلك يدخل في باب التقاضي العادي، فطالما أنّ المطلوب لم يكن طرفا في الدعوى التي صدر في شأنها الحكم فليس من الممكن معارضته بذلك الحكم وللمطلوب ردّ الدعوى الأصلية بجميع الطرق القانونية الممكنة، ولذلك لم ير المشرع التونسي من فائدة في تنظيم المسألة العرضية بقواعد خاصة، طالما أنه سبق تنظيم ما يعرف بدعوى المعارضة التي تمكن المدعى عليه من ردّ الدعوى الأصلية. وعلى ذلك الأساس لم يتحدّث المشرع إلا عن الاعتراض الأصلي ووضع لذلك آجلا محدّدا وشكليات مميزة.

ـ **مهلة الاعتراض**: «القيام بالاعتراض على الحكم يكون مقبولا ما دام الحق المؤسس عليه ذلك الحكم لم يضمحل[2]». فلم يضع المشرع أجلا محدّدا في الاعتراض بل جعله مرتبطا بأجل تقادم الحق الذي سيكون أساس الاعتراض. والفيصل في ذلك هي الفصول 384 إلى 413 م.ا.ع في تقادم الحق. والأجل المبدئي في ذلك هو 15 سنة من وقت حصول الحق، ويتعيّن مراعاة بداية تقادم الحق وصور وقف الأجل وقطعه. كما أورد المشرع عدّة آجال خاصة سواء بمجلة

---

(1) الفصول 213 إلى 223 م.م.م.ت.

(2) الفصل 169 فقرة أولى.

الالتزامات والعقود[1] أو بالمجلات الخاصة مثل المجلة التجارية[2] ومجلة المرافعات المدنية[3] أو بنصوص خاصة[4]. وللوقوف على أجل الاعتراض لا بدّ من مراعاة جملة تلك الآجال، عامة كانت أو خاصة، الداخلة في معنى تقادم الحق الأصلي.

والملاحظة في جميع ذلك أنّه بالرغم من أنّ الاعتراض وسيلة طعن غير عادية وأنّ آجال الطعن تتعلق بالنظام العام والإجراءات الأساسية ولا تقبل القطع أو الوقف، فإنّ مجلة المرافعات المدنية قد ربطت الاعتراض بآجال موضوعية تقبل القطع والوقف.

ـ شكليات الاعتراض : يرفع الاعتراض للمحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه بنفس الطرق المعتادة لرفع الدعوى لديها ويجب على المعترض أن يؤمن بقباضة التسجيل معين الخطية التي يجب تسليطها عليه في صورة الحكم برفض مطلبه. ويكون مقدارها خمسة دنانير إذا كان الحكم المعترض عليه صادرا من القاضي الفردي وعشرة دنانير إذا كان الحكم صادرا من المحكمة الابتدائية وعشرين دينارا إذا كان الحكم صادرا من محكمة الاستئناف كما يجب عليه أن يؤمن جميع المعاليم التي يقتضي القانون وجوب تأمينها. ويعفى من ذلك الدولة والفقراء المسعفون بالإعانة العدلية[5]. وتنطبق على الاعتراض أحكام الإجراءات الخاصة بالمحكمة الواقع الاعتراض لديها[6].

وعلى ذلك الأساس فللمدّعي أن يوجه الدعوى ضدّ من يريد من الغير إلا إذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة فمن المفروض أن توجه الدعوى على جميع الأطراف المعنيين بذلك[7]. ويجب مراعاة الإجراءات العادية المعتمدة أمام المحكمة المختصة سواء كانت محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف أو القاضي الفردي في بعض الصور سواء على مستوى تقديم عريضة الدعوى أو سير الخصومة أو صدور الحكم أو الطعن فيه. فليس الحكم الاعتراضي حكما جديدا في حقيقة الأمر فهو حكم يبقى خاضعا للإجراءات

(1) الفصول 402 إلى 413 م.ا.ع.
(2) الفصول 500 وما بعد من المجلة التجارية.
(3) الفصول 213 إلى 223 م.م.م.ت في إجراءات الإذن على العربضة.
(4) قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية.
(5) الفصل 170 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ
(6) الفصل 171 م.م.م.ت.
(7) الفصل 193 م.م.م.ت.

المتبعة أمام المحكمة التي أصدرته، فإن كانت أحكامها قابلة للطعن فالأمر كذلك بالنسبة إلى القضية الاعتراضية والعكس بالعكس ولا يصح الطعن إلا بجانب من له المصلحة في ذلك. والواضح أنّ تعهد المحكمة التي أصدرت الحكم بالاعتراض مسألة تهم النظام العام لتعلّقها بالاختصاص ويمكن للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها ويمكن كذلك التمسك بها لأول مرة أمام محكمة التعقيب.

ب ـ آثار الاعتراض

لمطلب الاعتراض آثاره (1) كما أنّ للحكم الذي سيصدر آثاره كذلك (2).

1 ـ آثار مطلب الاعتراض

ـ الأثر التعليقي: effet suspensif الاعتراض لا يوقف من حيث المبدأ تنفيذ الحكم المعترض عليه، فتلك هي طبيعة الطعن غير العادي. إلا أنه يجوز بصفة استثنائية لرئيس المحكمة أو الحاكم الراجع له النظر تعطيل تنفيذ الحكم المطعون فيه بقرار مبني على مطلب كتابي مستقل عن مطلب الاعتراض يقع النظر فيه طبق الإجراءات المبينة في باب القضاء المستعجل. أي أنّه من الممكن طلب توقيف التنفيذ أمام القاضي المتعهد بالقضية طبق إجراءات القضاء الاستعجالي فيتوقف حينئذ تنفيذ الحكم. والقرار القاضي بتعطيل التنفيذ لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب[1].

ـ الأثر الناقل: effet dévolutif يترتب على الاعتراض إعادة نشر القضية من جديد[2]. وذلك هو الأثر الناقل للطعن بمعنى أن تسقط جميع النقاط التي سبق القضاء في شأنها ويعاد نشر القضية والنظر فيها من جديد واقعا وقانونا.

2 ـ آثار حكم الاعتراض

ـ الرجوع في الطعن: يمكن للطاعن الرجوع في الطعن قبل البت فيه، وإذا رجع المعترض في الاعتراض أمكن للمحكمة إعفاؤه من الخطية والإذن بإرجاع المال المؤمن بعنوانها إليه

ـ قبول مطلب الاعتراض: يمكن للمحكمة المختصة أن تقبل الاعتراض شكلا وتقضي في الأصل إما بالرجوع في الحكم أو بتعديله، ولا تأثير للحكم بقبول مطلب الاعتراض على غير حقوق المعترض ولا ينتفع بذلك من صدر عليه

(1) الفصل 172 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980)ـ
(2) الفصل 173 م.م.م.ت.

الحكم المعترض عليه إلا إذا كان موضوع النزاع غير قابل للقسمة[1]. فلا يتصل القضاء بالحكم إلا في حدود حقوق من اعترض وليس لهذا الحكم من أثر على من صدر عليهم الحكم من حيث الأصل أي في الحكم الأصلي والاستثناء في ذلك هو عدم قابلية الحكم للتجزئة، فمتى توفرت عناصر عدم التجزئة كان للحكم الاعتراضي أثره على جميع الأطراف بما في ذلك من صدر ضدّه الحكم الأصلي. وتستخرج عدم التجزئة من «استحالة تنفيذ الحكمين في نفس الوقت[2]»، والنتيجة في ذلك هو اعتماد الحكم الاعتراضي بدلا من الحكم الأصلي وذلك بالنسبة إلى جميع الأطراف الواردة أسماؤهم بالحكم الاعتراضي. فذلك يعني أنّ اتصال القضاء لا يشمل المعترض فقط بل كذلك المعترض ضدّهم، وكذلك الصورة بالنسبة إلى حكم القسمة وقبول دعوى الإبطال بعد رفضها وقبول التفليس وغير ذلك من الصور والحالات ، فكلّما كان للحكم الاعتراضي أثره العام erga omnes في مواجهة الكافة إلا وتوفرت معاني عدم التجزئة وأمكن بالتالي سحب أثر الحكم الاعتراضي على المحكوم ضدهم.

ـ **رفض المطلب**: إذا رفض مطلب الاعتراض شكلا أو أصلا يحكم على المعترض بالخطية المؤمنة بدون أن يكون ذلك مانعا من الحكم عليه بغرم الضرر للخصم إن اقتضى الحال ذلك[3].

(1) الفصل 173 م.م.م.ت.

(2) Civ. 27 juin 1990, Bull . civ. II, n° 158.

(3) الفصل 174 م.م.م.ت.

الباب الرابع

في التعقيب

القسم الأول

في نظر محكمة التعقيب

الفصل 175 ـ يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائية الدرجة وذلك في خصوص الحالات الآتية :

أولا : إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

ثانيا : إذا كان الحكم صادرا فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته.

ثالثا : إذا كان هناك إفراط في السلطة.

رابعا : إذا لم تراعى في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط.

خامسا : إذا كانت هناك أحكام نهائية متناقضة في نصها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب.

سادسا : إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو أغفل الحكم الاستئنافي بعض الطلبات التي حكم فيها ابتدائيا أو كان نص الحكم مشتملا على أجزاء متناقضة.

سابعا : إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية بدون أن يقع تمثيله في القضية تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير واضح في الدفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه.

التعليق على الفصل 175

التعقيب ليس درجة ثالثة في الطعن بل هو وسيلة طعن غير عادية تهدف إلى مراقبة سلامة تطبيق القانون وتوحيد الاجتهادات الفقهيّة. فهو وسيلة لضمان شرعيّة الأحكام من الوجهة القانونية وليس لمحكمة التعقيب من سلطة على وقائع الملفّ، فليس لها أن تعدّلها أو تغيّرها.

ولما كان الطعن بالتعقيب طريقة غير عادية في الطعن فإنّ الطعن لا يصحّ إلا في حالات معينة. كما أنه لا يمكن تعقيب جميع الأحكام بل لا بدّ أن تكون أحكاما نهائية الدرجة (انتهائية) وصادرة في الأصل مهما كانت المحكمة التي أصدرته[1].

(1)وليست طريقة التعقيب بأقدم الطّرق في الطعن غير العادي بل سبقتها طريقة الالتماس على أساس الغلط، ولم يكن للتعقيب من أهمية تذكر في بدايته، ولكنّ الأمور سارت بعكس بدايتها وأصبح للطعن بالتعقيب أهمية قصوى تتجاوز بقية الطرق.
لم تظهر محكمة التعقيب قبل الحماية حيث كان التنظيم القضائي خلال تلك الفترة يتوزّع بين المحاكم الشرعية و محكمة الوزارة و محكمة الدربية ومجالس العمال ومحكمة الأحبار والمحاكم القنصلية. لكنّه مع إبرام عهد الأمان بتاريخ 10 سبتمبر 1857 وصدور دستور 26 أفريل 1861ظهرت بوادر قضاء التعقيب حيث أنشئت بموجب ذلك عدّة مؤسّسات من بينها المجلس الأكبر، وأنشئ داخله مجلس مصغر للنظر في القضايا المحالة من مجلس التحقيق وخصه المشرع بصلاحيات قضائية جنائية بأن جعل من مشمولات نظره البت في الشكايات المرفوعة من مجلس التحقيق « ليطابق الحكم على القانون»، وهي مهام شبيهة بقضاء التعقيب اليوم. لكنّ عهد الأمان لم يدم طويلا وسرعان ما توقف العمل بعهد الأمان وبدستور 1861 مع نهاية سنة 1864.
ومباشرة بعد انتصاب الحماية في تونس صدر أمر 18 مارس 1896 المتعلق بتأسيس المحاكم التونسية وأحدث من خلاله ما عرف «بمجلس التعقيب» وهو عبارة عن دائرة من دوائر مجلس الوزارة تقدم إليه مطالب التعقيب التي كانت تسمى بمطالب «الاستجلاب» و كانت مهمة استجلاب القضايا و نشرها لدى مجلس الوزارة من خصائص الوزير الأكبر. وأقرّ الأمر العلي المؤرخ في 29 ديسمبر 1910 المتعلق بمجلة المرافعات المدنية «استجلاب» النوازل «للجنة التمييز» بطلب من الخصوم، و يبدو مصطلح التمييز مرادفا لمعنى التعقيب. وأصبحت لجنة التمييز بعد ذلك تدعى «لجنة القضايا» بموجب أمر 26 أفريل 1921 المتعلق بالتفريق بين السلطتين الإدارية و القضائية. كما ورد أخيرا بمجلّة الإجراءات الشرعية الصادرة بتاريخ 2 سبتمبر 1948نظام خاص سمّي «نظام مراقبة للأحكام وتنظيم الطعن بالتعقيب «. وأشارت المجلّة من خلاله إلى آليات الإحالة و ذلك بإرجاع القضية أمام الهيئة ذاتها التي أصدرت الحكم بتركيبة أخرى أو أمام هيئة أخرى مختصة. وبعد توحيد القضاء بموجب أمر 3 أوت 1956 وإلغاء المحاكم الفرنسية بموجب اتفاقية 9مارس 1957 وإحالة صلاحياتها إلى المحاكم التونسية بداية من 01 جويلية 1957 تقرّر أن تتخلى محكمة التعقيب الفرنسية لفائدة محكمة التعقيب التونسية عن المطالب المرفوعة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية بالبلاد التونسية. وهذا التاريخ هو التاريخ الفعلي لبداية التعقيب في تونس.
وأصبحت محكمة التعقيب في النهاية محور التنظيم القضائي تتعهّد بجميع مطالب التعقيب إلى جانب عدّة اختصاصات إضافية حيث إنّها تنظر استئنافيا في قضايا التعديل بين المحاكم (الفصل 198 م.م.م.ت.) وفي مؤاخـذة الحكام (الفصلان 199 و200 م.م.م.ت.).

وقد حدّد الفصل 175 م.م.م.ت حالات التعقيب بعدما بيّن طبيعة الأحكام التي يمكن تعقيبها، ولو أنه لم ينصّ بصراحة على الأحكام الصادرة في الأصل وأكّد على نهائية الحكم المطعون فيه. كما أنّ الفصل لم يشر إلى المصلحة في التعقيب وهو شرط لازم في التعقيب تطبيقا للقواعد العامة.

***الشروط الخاصة بالأحكام القابلة للتعقيب:** مدنيا تختصّ محكمة التعقيب بالنظر في القضايا التي تكون محلّ طعن بالتعقيب، وهي الأحكام النهائية الصّادرة عن محاكم النواحي[1]، والأحكام النهائية الصّادرة عن المحكمة الابتدائية[2]، والأحكام الصّادرة استئنافيا عن المحاكم الابتدائية بوصفها محاكم استئناف[3]، وعن محاكم الاستئناف بموجب استئناف الأحكام الابتدائية[4] وبموجب استئناف الأحكام الاستعجالية الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية وبموجب استئناف الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية.

ويسوغ القيام بطلب تعقيب الأحكام والقرارات الصادرة في الأصل نهائيا ولو تم تنفيذها. ويجب أن يكون القرار المطعون فيه نهائيا وصادرا في الأصل.

.**الأحكام النهائية:** هي الأحكام التي استنفذت طرق الطعن العادية أي الاستئناف أو الأحكام التي نصّ المشرع على أنها تصدر نهائيا من محكمة البداية، فكلاهما أحرزا على قوّة اتصال القضاء. فأما الأحكام القابلة للطعن فيها بالاستئناف فلا يمكن تعقيبها إلا بعد استنفاذ الطرق العادية في الطعن أي الاستئناف، فطالما كان من الممكن الطعن فيه بالاستئناف فلا يجوز الطعن بالتعقيب. أما إذا فوت الخصم آجال الطعن بالطّرق العادية فيصبح الحكم باتا، ولا يصحّ الطعن فيه بالتعقيب. بقي أنه من الممكن تعقيب الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية.

.**الأحكام الصادرة في الأصل:** هي القرارات الحكمية القضائية، أي القرارات التي بتت في الموضوع. فتستثنى القرارات الحكمية غير القضائية أي التي لم تتناول الموضوع بالحكم وكذلك القرارات الإدارية التي قد يتخذها رئيس المحكمة. وبالتالي فإنه لا يجوز تعقيب الأحكام التحضيريّة أو عوارض القضية

(1) في مادّة فواجع الشغل (إسداء العلاج والغرامات اليومية ومصاريف الدفن) (القانون عدد 28 لسنة 1994 الصّادر في 21/2/1994).
(2) أحكام دائرة البيوعات العقارية الفصل (427 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية).
(3)الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
(4) الفصل 41 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

مثل قبول أو رفض الدفع بعدم القبول إلا مع الأصل. فلم تعتمد مجلة الإجراءات المدنيّة نظاما خاصا بتعقيب الفروع أو العوارض بعيدا عن أصل القضية.

***الشروط الخاصة بحالات التعقيب:** لا يقبل الطعن إلا إذا توفرت صورة من أسباب الطعن بالتعقيب، وهي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله و خرق قواعد الاختصاص الحكمي والإفراط في السلطة وعدم مراعاة الصيغ الشكلية في الإجراءات أو الأحكام والتي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط وتناقض الأحكام الصادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب والقضاء بغير طلبات الخصوم أو تناقض أجزاء الحكم وصدور حكم على فاقد أهلية دون تمثيله تمثيلا صحيحا[1]. وهي المطاعن التي أوردها المشرع على سبيل الحصر والتي من المفروض أن يتناولها الطاعن في مستندات طعنه[2].

.**حالة عدم الاختصاص:** وهي الحالة التي تشمل عدم اختصاص محكمة القرار المنتقد في النظر في القضية موضوع الطعن كما في صورة أن تنظر محكمة الناحية في القضايا الاستحقاقية وتؤيدها المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئناف أو تنظر المحكمة الابتدائية في كف إحدى القضايا الحوزية وهي من اختصاص محكمة الناحية وتؤيّدها محكمة الاستئناف في ذلك. وتمتدّ حالة عدم الاختصاص كذلك إلى مخالفة المحكمة شروط انعقاد المحكمة، كما أن لا تشارك النيابة العمومية في جلسة الحكم في الصور التي اشترط المشرع حضورها أو لا تقع الإشارة بنسخة الحكم إلى أسماء القضاة، وغير ذلك من الحالات في نظام لائحة الحكم ونسخة الحكم الأصليّة.

.**الإفراط في السلطة:** إنّ تجاوز السلطة مفهوم يختلف عن معنى عدم الاختصاص، حيث إن انعدام الاختصاص يخرج القضية أصلا من دائرة اختصاص و تعهّد المحكمة، أي أن المحكمة تكون غير مختصة منذ البداية، كما أن تتعهد المحكمة الابتدائية بقضية في كف الشغب، في حين أن تجاوز السلطة هو مفهوم ينصرف إلى كلّ ما تأتيه المحكمة من عمل يتجاوز حدود نظرها بالرغم من اختصاصها بالنظر في النزاع موضوع التعهد، وينصرف المفهوم عادة إلى تدخل

(1) الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

(2) يلاحظ أنّ بعض القوانين المقارنة، مثل القانون المصري، أوردت مسألة الطلبات زيادة أو تعديلا وتناقض أجزاء الحكم والقضاء دون تمثيل ضمن حالات التماس إعادة النظر وليس ضمن أسباب التعقيب.
أحمد أبو الوفاء: الإجراءات المدنية، المرجع السابق، عدد 634.

المحكمة في العمل الإداري، كما أن تتخذ محكمة الناحية في إطار نظرها في قضية افتكاك الحوز بالقوة، وهي مختصة بالنظر في هذه القضية، إجراء يقضي بإلزام الإدارة بالقيام بعمل محدّد أو أن تشمل المحكمة بالحكم أشخاصا ليسوا أطرافا بالدعوى وغير ذلك من الصور.

.**مخالفة القانون:** ويقال كذلك خرق القانون وهو المخالفة الواضحة للقانون. ولم يبيّن المشرع إن كان الخرق يشمل القواعد الأصلية أو الشكلية. ولكنّه من المؤكد أنّ الفقرة الأولى من الفصل 175 م.م.م.ت. تشمل أساسا القواعد الأصلية باعتبار أنّ الفقرات التالية لذات الفصل أشارت للحالات الخاصة بخرق القواعد الشكلية.

ولكنّه يجب مهما كانت الصورة أن تكون الدفوعات أو المطاعن قانونية بمعنى أن الطعن يجب أن يكون في خرق قاعدة قانونية صرفة، فلا يقبل التمسك لأول مرّة من حيث المبدأ بمطاعن مختلطة بين القانون والواقع، ولا يقبل مطلقا الدفع بأمور واقعية أو موضوعيّة. حيث إنّ كلّ مطعن يرمي إلى مناقشة محكمة الموضوع في صحّة ما اعتمدته من العناصر لتبرير قضائها، هو طعن مرفوض لتعلّقه بجدل موضوعي مشروع يبقى داخل إطار الاجتهاد المطلق لقضاة الأصل، وليس لمحكمة التعقيب أن تنقض مجرّد الجدل طالما كان له أصل ثابت بالملفّ، وهي محكمة قانون تسهر على حسن تطبيقه وتأويله.

ومن المفروض كذلك أن لا تقبل المطاعن القانونية أول مرّة أمام محكمة التعقيب، إذا كان من الممكن التمسّك بها أمام محكمة القرار المنتقد. ولكنّه يجوز التمسك بجميع العناصر القانونية استثناءً للقاعدة إذا كانت قواعد آمرة لها علاقة بمفهوم النظام العام، فإذا كان للمطاعن علاقة بالنظام العام يجوز التمسك بها أوّل مرة أمام محكمة التعقيب حتى ولو لم يسبق الدفع بها أو مناقشتها أمام محكمة الأصل.

.**الخطأ في تطبيق القانون وتأويله:** هو الخطأ في تأويل القاعدة القانونية، وهذا هو الفرق بين خرق القانون والخطأ في تطبيقه. حيث إنّ القواعد القانونية تستجيب لقواعد تأويل، ويجب على محكمة القرار المنتقد أن تتقيّد بحدود التأويل في القواعد الأصليّة.

ولا يعني ذلك أنّه يمنع تأويل القواعد القانونية خشية الخطأ، بل كثيرا ما تضطرّ المحكمة إلى إعمال قواعد التأويل، ويكون تأويلها سليم المبنى. لكنّ كلّ خطأ

في التأويل، يحمل حتما إلى نقض القرار المنتقد، ويظهر من خلال ذلك أهمية دور محكمة التعقيب، حيث إنّ التأويل يبقى مسألة قانونيّة في نهاية الأمر ويخضع بذلك لرقابة محكمة التعقيب.

.**عدم مراعاة الصيغ الشكلية في الإجراءات أو الأحكام والتي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط**: الإجراء فيه جانب من الشكل والأجل وجزاء الخلل في الشكل هو البطلان إذا كان له علاقة بالإجراءات الأساسية والنظام العام، وجزاء الخلل بالأجل هو السقوط إذا كان أجلا حتميا ناقصا. والأصل أنّ المحكمة تثير البطلان والسقوط بدون طلب. فإذا لم تراع محكمة الأصل هذا الجزاء كان ذلك سببا صحيحا في الطعن بالتعقيب. ولكنّ ذلك لا يعني أنّ مخالفة بقية الشكليات والآجال لا يمكن أن تكون سببا في الطعن، بل العكس هو الصحيح، شرط أن تكون المحكمة خالفت النظام القانوني للإجراء.

.**تناقض الأحكام الصادرة نهائيا بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب**: سبق صدور عدة أحكام في نفس الموضوع وعلى أساس نفس السبب وبين نفس الأطراف يكون سببا في التعقيب إذا أحرزت الأحكام على قوة اتصال القضاء أي استنفذت طرق الطعن العادية. ومن الممكن أن تكون هذه الصورة من صور التعديل بين المحاكم[1].

.**القضاء بغير طلبات الخصوم**: إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو أغفل الحكم الاستئنافي بعض الطلبات التي حكم فيها ابتدائيا أو كان نص الحكم مشتملا على أجزاء متناقضة كان ذلك سببا في التعقيب. فنظر المحكمة محكوم بطلبات الأطراف، فلا يمكن النظر في أمر لم يكن محلّ طلب فلا تقضي المحكمة في حقّ لم يكن محلّ طلب إلا إذا كان له علاقة بالنظام العام، وفي المقابل لا يمكن أن تتغافل المحكمة عن طلب سبق تقديمه، ولا تملك محكمة الموضوع تجاوز الطلب إذا سبق تقديمه أو تعديله. والمفروض أن يتضمّن الحكم المطعون فيه إجابة على كامل الطلبات دون تجاوز أو تعديل أو زيادة أو نقصان، ويجب أن تكون الصيغة واضحة دون تناقض، فإذا تضمّن الحكم أجزاء متناقضة كان ذلك سببا في التعقيب.

.**صدور حكم على فاقد أهلية دون تمثيله تمثيلا صحيحا**: إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية بدون أن يقع تمثيله في القضية تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير

(1) الفصل 198 م.م.م.ت.

واضح في الدفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه كان ذلك سببا في التعقيب. فاقد الأهلية سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا لا يتصرّف بمفرده بل يلزمه دوما شخصا يمثله طبق القانون[1]. ومن يمثل

(1) يمكن تعريف الأهليّة بوجه عام بأنّها قدرة الإنسان على الالتزام والإلزام وعلى مباشرتهما شخصيّا بما يترتّب عن تصرّفه من حقوق وواجبات، وانعدام الأهليّة أو نقصها يسمّى الحجر، ونفرّق قانونا بين أهليّة الوجوب (jouissance) وهي صلاحيّة الشّخص للتّمتّع بالحقوق وتحمّل الواجبات التّي يقرّها القانون، وأهليّة الأداء (exercice) وهي صلاحيّة من له أهليّة الوجوب في ممارسة ذلك الحقّ بنفسه.

والأهليّة مفترضة مبدئيّا لدى جميع النّاس، وهي الأصل في جميعهم، ما لم يصرّح القانون بخلافه. فترِد أهليّة الوجوب كاملة إلاّ في حالات استثنائيّة مثل ما أشار إليه المشرّع بالفصول 566 و 567 و 568و 569 م.ا.ع من حرمة أعضاء المجالس الحكميّة وكتّاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام وأعضاء الإدارة والمقدمين والمتصرفين وأمناء التفليس والسماسرة والخبراء في كسب الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم أو ما هو لنظرهم بالشّراء أو بالإحالة، أو ما أشار إليه الفصل 549 م.ا.ع من حرمة من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير في أن يعقد لنفسه ولو بواسطة. «فكلّ شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه»، و«كل إنسان ذكرا كان أو أنثى تجاوز عمره ثماني عشرة سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى هذا القانون»، و«إذا أتم الصغير المولى عليه الثمانية عشر عاما كاملة 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» و«اختلاف الأديان لا يترتب عليه فرق في أهلية التعاقد ولا فيما لغير المسلمين وعليهم من الحقوق الناشئة من الالتزامات الصحيحة».

وتفتقد أهليّة الأداء لمن تعذّر عليه التّعاقد بنفسه لصغر في السّن أو لجنون أو لضعف في العقل أو لسفه. ويعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة، والمجنون «هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها»، «أما ضعيف العقل فهو الشخص الغير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات»، والسفيه» هو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف». وفي ذلك أحكام خاصة.

وقد وضع المشرّع التّونسي تنظيما ميّز من خلاله بين أعمال الصّغير غير المميّز والمحجور عليه لجنون والذوات المعنوية من ناحية وأعمال الصّغير المميّز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه من ناحية أخرى، بعد أن حدّد سنّ الرّشد، وهو ثماني عشرة سنة كاملة على معنى الفصل 153 م.أ.ش، فيكتسب المرء أهليّته كاملة ما لم يصدر حكم بالتّحجير سواء لجنون أو لضعف في العقل أو لسفه.

ـ الصّغير غير المميّز والمحجور عليه لجنون والذوات المعنوية: عملا بأحكام الفصل 156 م.أ.ش يعتبر صغيرا غير مميّز من لم يبلغ سنّ الثّالثة عشرة، وتكون جميع أعماله باطلة بدون استثناء سواء كانت من قبيل أعمال التّبرّع أو الإدارة أو التّصرّف، ويلحق بالصّغير غير المميّز المجنون الذّي حكم بالتّحجير عليه وكذلك الذوات المعنوية المنزلة قانونا منزلة الصغير.

فجميع أعمالهم باطلة بطلانا مطلقا وهم في حكم انعدام الأهلية مطلقا، ولا يمكن لهم التّعاقد إلاّ بواسطة وليّهم القانوني سواء كان الأب أو الأم أو المقدّم المعيّن قضاء أو الممثل القانوني حيث نصّ الفصل 5 م.ا.ع على أنّ «الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم. أولا : الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة. ثانيا : الرشيد الذي اختل شعوره بما أخرجه من الإدراك. ثالثا : الذوات المعنوية المنزلة منزلة الصغير قانونا».

ويجوز للوليّ بصفة عامّة أن يبرم في حقّ القاصر عقود الاغتناء لفائدة القاصر وأعمال الإدارة بدون توقّف على إذن خاصّ، أمّا أعمال التّبرّع لصالح الغير فهي ممنوعة ولا يصحّ أصلا أن يأذن القاضي بها، وتخضع أعمال التّصرّف مثل البيع والمعاوضة والصّلح والمقاسمة وغيرها لإذن خاص يصدره رئيس المحكمة الابتدائيّة، «فالأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفيه والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكل لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا بإذن خاص من القاضي المختص ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة للمذكور آنفا، و»ما تممه الولي في مصلحة الصغير أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي على الصور المقررة بالقوانين تعتبر مثل الأعمال الصادرة من الرشيد المتولي مباشرة حقوقه بنفسه وهذه القاعدة لا تنسحب على ما كان من قبيل التبرع المحض فإنه باطل ولو بالإذن المطلوب قانونا كما يبطل الإقرار الحكمي بأمور لم تصدر من الولي نفسه.

- الصّغير المميّز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه أو لتفليس: الصّغير المميّز هو الذّي تجاوز سنّ الثّالثة عشرة، وتكون أعماله نافذة إذا كانت من قبيل النّفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضّرر المحض، ويتوقّف نفاذها في غير الصّورتين المذكورتين على إجازة الوليّ (الفصل 156 م.أ.ش)، وبالتّالي فبإمكان الصبيّ المميّز أن يبرم عقود الاغتناء بدون إجازة وليّه، ويكره عليه أعمال الهبات لفائدة الغير ولو بمصادقة الوليّ، أمّا أعمال الإدارة والتصرف فهي خاضعة لإجازة الولي، وتتوقّف أعمال التّصرّف في حقه على توفّر الإذن الخاص (الفصل 15 م.ا.ع) تجاوزا لأعمال الإدارة التي يجوز أن يأتيها الولي بدون إذن، وتدخل في مثل هذا الحكم أعمال ضعيف العقل المحجور عليه بحكم (160 ـ 162 م.أ.ش)، والسّفيه المحجور عليه بحكم كذلك (الفصل 164 م.أ.ش) والمفلس (الفصل 6 م.ا.ع).

وعلى ذلك الأساس فإنّ أهلية الصّغير المميّز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه أو لتفليس هي أهلية مقيدة فلا تقع أعمالهم نافذة من حيث المبدأ إلا أن تصحبهم إرادة الولي، «فللأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم الصغير الذي عمره بين الثالثة عشرة والثماني عشرة سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه. والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم فيها مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها. والمحجور عليهم لتفليسهم. وكذلك كل من يمنع عليه القانون عقدا من العقود»، مع إمكانية أن يبحث القاصر على أعمال نافعة ولو بدون مصادقة الولي. فبعض من الأعمال النافعة تبقى نافذة ولو بدون موافقة الولي «فلمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشرة عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول

هبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتهما بدون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك»، وتبقى أعمال الإدارة والتصرف فاعلة إذا ما صادق عليها الولي حيث إنّ» الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما والسفيه إذا عقد عقدا بلا إذن الأب أو الولي لا يلزمه شيء من جراء ذلك وله أن يطلب فسخه على الشروط المبينة بهذا القانون. لكن يصح العقد إذا أجازه الأب أو الولي على الصورة المطلوبة قانونا».

ولكنّ الطرف الآخر في العقد إذا كان راشدا وله الأهلية الكاملة ليس له أن يدفع بعدم أهلية المعاقد الآخر توصلا لإبطال الاتفاق، «فمن كان أهلا للتعاقد ليس له أن يحتج بعدم أهلية من عاقده». فلا يمكن أن يصلح عيب الأهلية كسبب في حلّ العلاقة التعاقدية إذا تمسك به من ليس به علّة. وعلى العكس يبقى الحق للولي أو للصغير بعد رشده طلب الإبطال على أساس عدم الأهلية، «فللولي أو المولّى عليه بعد رشده القيام بفسخ عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيدا أو مأذونا من وليه أو أنه تاجر. لكن هذا لا يمنع من بقاء المولّى عليه عامر الذمة بقدر ما انتفع به من جراء تلك العقدة حسب ما هو مقرر بهذا القانون (م.ا.ع) «، حيث إنّه «إذا تمم الرشيد ما التزم به للصغير أو القاصر فهما ملزومان بقدر ما انتفعا به من جراء ذلك والمنفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أنفقا المال الذي أخذاه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عندهما».

ـ ترشيد القاصر بحكم القانون أو بحكم القضاء: ويذكر أنّ ترشيد الصّغير على معنى الفصل 158 م.أ.ش يجعل من أعماله نافذة، حيث نصّ الفصل 158 م.أ.ش على أنّه يمكن للحاكم ترشيد الصّغير ترشيدا مقيّدا أو مطلقا، كما يمكن له الرّجوع في هذا التّرشيد إن قام لديه موجب في ذلك حيث إنّ «الإذن بتعاطي التجارة يجوز الرجوع فيه في كل وقت لأسباب قوية بإجازة من المحكمة بعد سماع مقال الصغير»، و»ليس لولي الصغير أو المحجور عليه أن يستمر على تعاطي التجارة في حق من هو لنظره ما لم يكن مأذونا في ذلك من القاضي الذي له النظر ولا يصدر هذا الإذن إلا لمصلحة واضحة للصغير أو المحجور عليه».

واشترط الفصل 159 م.أ.ش أنّه لا يمكن ترشيد الصّغير إذا لم يتمّ الخامسة عشرة. ويبدو هذا الفصل ظاهريا متناقضا مع الفصل 6 من المجلة التجارية حيث أورد المشرع بهذا الفصل أنه «لا يجوز للقاصر الذي بلغ الثمانية عشر عاما كاملة ذكرا أو أنثى أن يتعاطى التجارة أو أن يعتبر رشيدا بالنظر للتعهدات التي التزم بها في أعمال تجارية إذا لم يحصل على ترشيده المطلق». والحقيقة أنه لا تضارب بين الفصلين، فلا يمكن أن يرشد القاصر قضائيا إجمالا إلا إذا أتمّ الخامسة عشرة من عمره، وبعد ذلك لا يمكن أن يرشد القاصر مطلقا في أعماله التجارية إلا إذا أتمّ الثمانية عشر من عمره، وذلك ما اقتضاه الفصل 6 من المجلة التجارية. وانتهى المشرع أخيرا إلى إلغاء الفصل 6 من المجلة التجارية بموجب القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 رفعا لكل التباس.

وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السّابعة عشرة من عمره فيما يتعلّق بحالته الشّخصيّة ومعاملاته المدنيّة أو التّجاريّة عملا بأحكام الفصل 153 م.أ.ش كما هو منقح بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، غير أنه بالرغم من تنقيح الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية بموجب القانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007 بأن جعل المشرع سنّ الزواج بالنسبة إلى الذكر والأنثى ثماني عشرة سنة كاملة،

فاقد الأهليّة من المفروض أن ينتدب من يدافع على فاقد الأهليّة أحسن دفاع، فإن وقع الخلل في التمثيل أو الدّفاع كان ذلك سببا في التعقيب بشرط أنّ يكون هذا الخلل هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه.

الفصل 176 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)- تقتصر محكمة التعقيب على النظر في خصوص موضوع الطعن وتقرر قبوله أو رفضه وفي صورة القبول تقرر إبطال الحكم أو نقضه كليا أو جزئيا وتصرح بإرجاع القضية إلى محكمة الأصل لإعادة النظر فيما تسلط عليه النقض.

وإذا كان الطعن للمرة الثانية لغير السبب الأول الواقع من أجله النقض ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه فإنها تبت في الموضوع إذا كان مهيأ للفصل.

الفصل 177 - يمكن لها في بعض الحالات أن تقتصر على التصريح بحذف الجزء المنقوض من منطوق الحكم بدون إحالة إذا رأت أن مجرد الحذف يغني عن إعادة النظر كما لها أن تقتصر على النقض بدون إحالة كلما لم يبق موجب لإعادة النظر.

الفصل 178 - إذا قررت محكمة التعقيب نقض الحكم مع الإحالة فإنها ترجع القضية إلى المحكمة التي نقض حكمها لتعيد النظر فيها بواسطة حكام لم يسبق منهم الحكم في النازلة.

ويمكن لها في بعض الحالات أن تحيل القضية على محكمة أخرى متساوية الدرجة إذا رأت ما يدعو لذلك.

إلا أنه لم يشمل الفصل 153 م.إ.ش بالتنقيح وبقي الفصل على صيغته الواردة سنة 1993 وهو أن «زواج القاصر يرشده إذا تجاوز السّابعة عشرة من عمره فيما يتعلّق بحالته الشّخصيّة ومعاملاته المدنيّة أو التّجاريّة». وربما كان الحلّ يقتضي اعتماد النصّ المتأخر إعمالا لقاعدة الفصل 542 م.ا.ع، ولكنّ المشرع ربّما رأى انعدام الفائدة من تنقيح الفصل 153 م.إ.ش ذلك أنه من الممكن أن يبرم عقد الزواج في أقل من سن الثمانية عشر عاما إذا سلمت السلط القضائية الإذن في ذلك على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 5 م.إ.ش، وإذا كان الزواج في أقل من ذلك يمكن أن يرشد القاصر قانونا إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره.

والأصل أنّ تصرّفات الصّغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة، غير أنه خلافا للقاعدة الواردة أعلاه في إمكانية طلب الإبطال، فليس للصغير لمن تمّ ترشيده أن يطلب الإبطال بسبب عيب الأهلية، حيث إنّ «الصغير المأذون حكما بتعاطي التجارة أو الصناعة لا يسوغ له طلب فسخ ما التزم به من جراء تجارته إذا كان ذلك داخلا فيما أبيح له من التصرف.. « ويعتبر الإذن إذا كان مطلقا «...شاملا لجميع الأعمال اللازمة لتعاطي التجارة المقصودة به»، كما أنّ «...عزل الصغير عن التجارة لا يؤثر في الأعمال.

التعليق على الفصول 176 و177 و178

حدّدت الفصول 176 و177 و178 م.م.م.ت. آثار القرار التعقيبي في الإجراءات العادية كما حدّد الفصل 191 م.م.م.ت. آثار قرار الدّوائر المجتمعة.

والقاعدة في جميع ذلك أنّ محكمة التعقيب ملزمة بالبتّ في كافة المطاعن وتصدر بعد المفاوضة قرارا ممضى من جميع قضاتها[1].

وتقضي محكمة التعقيب في الطعون المرفوعة إليها إما بالرجوع في التعقيب إذا طلب المعقب الرّجوع في طعنه قبل انعقاد الجلسة أو ضمّ مطلب التعقيب لسابقه إذا شمل الحكم المطعون فيه طعنا موازيا من أحد الخصوم أو الرفض شكلا إذا اعترى إجراءات الطعن خللا[2] أو وقع الطعن بالتّعقيب للمرّة الثانية[3] أو قبول المطلب شكلا ورفضه أصلا إذا استكمل الطعن شكلياته وكانت أسبابه غير وجيهة أو كان الطعن صادرا عن غير ذي مصلحة أو قبول الطعن شكلا وأصلا إذا انبنى الطعن على أسباب صحيحة فتقضي المحكمة بـالنقض بدون إحالة إذا كانت المطاعن كلها أو بعضها وجيهة وكان حذف الجزء المنقوض يغني عن إعادة النظر أو إذا رأت المحكمة أن كل المطاعن أو بعضها وجيهة أو أنّ نقض الحكم المطعون فيه أو إبطاله كليا أو جزئيا لا يبقى معه موجب لإعادة النظر[4]أو النقض جزئيا أو كليا مع الإحالة على المحكمة التي أصدرت الحكم للنظر فيما تسلط عليه النقض بهيئة أخرى أو على محكمة أخرى مساوية في الدرجة إذا رأت ما يدعو لذلك[5]. على أنّه إذا كان الطعن للمرة الثانية لغير السبب الأول الواقع من أجله النقض ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه فإنها تبت في الموضوع إذا كان مهيأ للفصل، فهي إحدى التطبيقات لتقنية التصدي أمام محكمة التعقيب[6].

أما القرار الذي يصدر بقبول طعن وكيل الدّولة العام الواقع لمصلحة القانون إذا كان نص القرار المنتقد متضمنا لخرق قاعدة قانونية ولم يقم أحد طرفيه بالطعن فيه في الإبان فتقتصر محكمة التعقيب فيه على تصحيح الخطأ القانوني

---

(1) الفصل 189 م.م.م.ت.
(2) الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
(3) الفصل 196 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
(4) الفصل 177 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
(5) الفصل 178 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
(6) الفصل 176 م.م.م.ت.

بدون إحالة ولا يمكن لهذا القرار أن يمس بحقوق الخصوم المكتسبة بالحكم المطعون فيه. ويذيل الحكم المنقوض بنص ذلك القرار[1].

وإذا قرّرت المحكمة النقض والإحالة يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض فقط ولا تنظر المحكمة إلا في حدود المطاعن المقبولة ولها الاجتهاد في شأنها ويجوز أن يكون القرار الصادر عن محكمة الإحالة محلّ طعن ثانية أمام محكمة التعقيب.

وإذا تعهّدت محكمة التعقيب بموجب الطعن ثانية على أساس نفس السبب فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيأ للفصل ولا تعيد الملف إلى محكمة الإحالة. وإذا رأت إرجاع القضية فإن قرارها يكون واجب الاتباع من طرف محكمة الإحالة[2]، فلا تملك محكمة الإحالة حينئذ الاجتهاد وتلزم باحترام قرار المجتمعة دون زيادة أو نقصان.

وتحجز الخطية في حقّ كلّ من رفض طعنه وعلى العكس تعاد لمن قبل طعنه، كما أنّ الخطية ترجع في حالة طلب الرجوع في التعقيب[3].

ومن رفض طعنه لأي سبب من الأسباب ليس له أن يقوم بالطعن في نفس الحكم مرة ثانية ولو كان أجل الطعن مازال ممتدا أو كان طعنه قد رفض شكلا[4]، أي أنّه يمنع إعادة الطعن حتى ولو كان الرفض لأسباب شكلية.

القسم الثاني

في الخصوم لدى محكمة التعقيب

الفصل 179 ـ لا يقبل الطعن لدى محكمة التعقيب إلا ممن كان طرفا في الحكم المطعون فيه أو من خلفائه.

(1) الفصلان 180 و181 م.م.م.ت.
(2) الفصل 191 م.م.م.ت.
(3) الفصل 184 م.م.م.ت.
(4) الفصل 196 م.م.م.ت.

ولا يقبل منه الطعن إلا إذا كان متعلقا بسبب يخصه شخصيا غير أنه يمكن لأحد المحكوم عليهم أن يؤسس طعنه على سبب يخص البعض منهم إذا كان موضوع الحق غير قابل للتجزئة.

الفصل 180 ـ يمكن لوكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب أن يقوم لديها بالطعن في الحكم لمصلحة القانون إذا كان نصه متضمنا لخرق قاعدة قانونية ولم يقم أحد طرفيه بالطعن فيه في الإبان.

الفصل 181 ـ القرار الذي يصدر بقبول ذلك الطعن يقتصر فيه على تصحيح الخطأ القانوني بدون إحالة ولا يمكن أن يمس بحقوق الخصوم المكتسبة بالحكم المطعون فيه.

ويذيل الحكم المنقوض بنص ذلك القرار.

التعليق على الفصول 179 و180 و181

لا يصحّ التعقيب إلا من قبل من كان طرفا في القضية الأصلية. وقد أقرّ المشرع طريقتين في التعقيب، الطريقة العادية ووضعها المشرع لمصلحة الأطراف بهدف طلب نقض الأحكام وأخرى استثنائية وضعها المشرع لمصلحة القانون وأسند الاختصاص فيها لوكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب[1].

وقد أورد المشرع بالفصول 179 و180 و181 م.م.م.ت. الأطراف الذين بإمكانهم الطعن بالتعقيب، وهم على التوالي أطراف القضية وخلفاؤهم ووكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب. وبالتالي يخول الطعن بالتعقيب للطرف الأصلي أو خلفاؤه[2] وللمتداخل وخلفاؤه[3] ووكيل الدولة العام لدى محكمة التعقب وذلك لمصلحة القانون إذا لم يقم أحد من أطراف القضية بالطعن في الحكم في الآجال[4].

والأصل أنّه لا يقبل ممن خول لهم المشرع الطعن أن يؤسس الطعن على سبب لا يخصه فالمفروض أنّ الطعن لا يقبل إلا إذا كان متعلقا بسبب يخصه شخصيا، ولكنّه يجوز استثناءً للقاعدة لأحد المحكوم عليهم أن يؤسس طعنه

(1) الفصلان 180 و181 م.م.م.ت.
(2) الورثة أو من آل إليه الحق من أحد أطراف الحكم (الفصل 179 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية).
(3) الفصل 179 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
(4) الفصل 180 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

على سبب يخص البعض منهم إذا كان موضوع الحق غير قابل للتجزئة كما في صورة القسمة.

كما أنّ الطّعن الواقع لمصلحة القانون إضافة إلى أنّه لا يتقيّد بأي أجل فهو يتميّز بأنّه يرمي إلى تصحيح الخطأ القانوني بدون حاجة إلى إحالة ولا يمكن أن يمس بحقوق الخصوم المكتسبة بالحكم المطعون فيه. ويبقى القرار الصادر في الغرض مضاف إلى أصل القرار.

القسم الثالث

في إجراءات التعقيب

الفصل 182 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 وبالقانون عدد 18 لسنة 2007 المؤرخ في 22 مارس 2007) ـ يرفع الطعن بعريضة كتابية يقدمها محام إلى كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

والكاتب الذي يتلقاها يوقعها وينص على تاريخ تقديمها ويقيدها حالا بدفتر خاص معد للغرض ويسلم وصلا فيها متضمنا تاريخ تقديمها ويعلم بها فورا كتابة محكمة التعقيب بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا ثم يوجه إليها ملف القضية.

وتتم مباشرة الإجراءات اللاحقة لتلقي عريضة الطعن لدى كتابة محكمة التعقيب التي تتولى تقييد القضية بالدفتر المعد للغرض.

الفصل 183 ـ يجب أن تحتوي عريضة الطعن على جميع البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم ومقراتهم وعلى بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه والمحكمة التي أصدرته.

الفصل 184 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ لا يقبل كاتب المحكمة عريضة الطعن إلا إذا قدم له الطاعن وصلا من قابض التسجيل يفيد تأمينه ثلاثين دينارا بعنوان الخطية الواجب تسليطها عليه إن لم يكسب دعواه وكذلك جميع المعاليم التي يقتضي القانون وجوب تأمينها ويعفى من هذا التأمين الدولة والفقراء المسعفون بالإعانة العدلية.

وإذا وقع الرجوع في التعقيب أمكن إعفاء المعقب من الخطية وإرجاعها إليه.

الفصل 185 (نقح بالقانون عدد 54 لسنة 1967 المؤرخ في 8 ديسمبر 1967) ـ على الطاعن خلال أجل لا يتجاوز 30 يوما من تاريخ تقديم عريضة الطعن أن يقدم لكاتب المحكمة ما يأتي وإلا سقط طعنه :

أولا : محضر إعلامه بالحكم المطعون فيه إن وقع إعلامه به.

ثانيا : نسخة من الحكم المطعون فيه مشفوعة بنسخة رسمية من الحكم الابتدائي إذا كانت أسباب هذا الحكم متممة له ولم تكن مدرجة به.

ثالثا : مذكرة من محاميه في بيان أسباب الطعن بصورة توضح نوع الخلل المقصود من الطعن وتحديد مرماه مع ما له من المؤيدات.

رابعا : نسخة من محضر إبلاغ خصومه نظيرا من تلك المذكرة بواسطة العدل المنفذ.

الفصل 186 ـ على المعقب ضده إذا أراد الدفع أن يقدم بواسطة محام إلى كتابة المحكمة مذكرة في دفاعه ومؤيداته بعد إطلاع محامي الطاعن عليها وذلك خلال مدة لا تتجاوز الثلاثين يوما من تاريخ محضر إعلامه بعريضة أسباب الطعن.

الفصل 187 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ على الكاتب بعد انقضاء الأجل المذكور بالفصل قبله أن يحيل ملف القضية على وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب ليتولى بنفسه أو بواسطة أحد المدعين العامين لدى تلك المحكمة تحرير ملحوظات كتابية فيما يراه حول صحة الطعن من عدمه ولا يثير سببا جديدا إلا إذا كان متعلقا بالنظام العام ثم يحيل هذه الملحوظات مع الملف على الرئيس الأول لمحكمة التعقيب الذي يعينها للجلسة ويتولى الكاتب إعلام المحامين كتابة بتاريخها قبل انعقادها بثمانية أيام على الأقل.

الفصل 188 ـ تنعقد الجلسة بحجرة الشورى بمحضر ممثل النيابة العمومية ومساعدة الكاتب، ويمكن لمحامي الخصوم أن يحضروا للمرافعة إن طلبوا ذلك كتابة.

ولا يمكن أن تقع المرافعة إلا في خصوص ما قدموه كتابة.

الفصل 189 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ على المحكمة أن تبت في كافة المطاعن وتصدر بعد المفاوضة قرارا ممضى من جميع قضاتها.

الفصل 190 ـ تتألف كل دائرة من محكمة التعقيب من رئيس ومستشارين اثنين بمساعدة كاتب، وحضور ممثل النيابة العمومية بالجلسة واجب.

ويمكن للرئيس الأول أن ينيب لرئاسة الجلسة أقدم مستشاري الدائرة إذا اقتضت الضرورة ذلك. ويجب أن لا يشارك في إصدار القرار من سبقت مشاركته في الحكم في القضية.

التعليق على الفصول 182 إلى 190

بيّنت الفصول 182 إلى 190 م.م.م.ت. الإجراءات العاديّة في التعقيب. وتقتضي الإجراءات العادية في التعقيب تقديم المطلب ثمّ إحالة ملف القضية على محكمة التعقيب ثمّ تقديم مستندات التعقيب وتبليغها وتحرير وكالة الدولة العامة لملحوظات كتابيّة وانعقاد الجلسة نهاية.

***تقديم مطلب التعقيب:** يرفع الطعن بالتعقيب بعريضة كتابية تقدم بواسطة محام إلى كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه[1]. ويجب أن يقدم المطلب بواسطة محامي ولا تقبل المطالب المقدمة مباشرة من الخصم. ووقع الخيار على تقديم المطلب إلى كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم بعد أن كان المطلب قبل سنة 2007 يقدم إلى كتابة محكمة التعقيب. ويجب أن يتضمن المطلب أسماء الخصوم ومقراتهم وعدد الحكم المطعون فيه وتاريخه والمحكمة التي أصدرته.

ولا يقبل كاتب المحكمة عريضة الطعن إلا إذا قدم له الطاعن وصلا من قابض التسجيل يفيد تأمينه ثلاثين دينارا بعنوان الخطية الواجب تسليطها عليه إن لم يكسب دعواه وكذلك جميع المعاليم التي يقتضي القانون وجوب تأمينها ويعفى من هذا التأمين الدولة والفقراء المسعفون بالإعانة العدلية. وإذا وقع الرجوع في التعقيب يمكن للمحكمة إعفاء المعقب من الخطية وإرجاعها إليه.

وبمجرد قبول مطلب التعقيب أي عريضة الطعن يوقعها وينص على تاريخ تقديمها ويقيدها حالا بدفتر خاص معد للغرض ويسلم وصلا فيها متضمنا تاريخ تقديمها ويعلم بها فورا كتابة محكمة التعقيب بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا ثم يوجه إليها ملف القضية. وتتم مباشرة الإجراءات اللاحقة لتلقي عريضة الطعن لدى كتابة محكمة التعقيب التي تتولى تقييد القضية بالدفتر المعد للغرض.

***إحالة مطلب التعقيب والملفّ إلى محكمة التعقيب:** فبعد أن جعل المشرع تقديم المطلب إلى كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار بتنقيحه الفقرة الأولى من الفصل 182 م.م.م.ت.، أضاف فقرة ثانية إلى الفصل 182 م.م.م.ت، بموجب نفس القانون عدد 18 لسنة 2007 المؤرخ في 22 مارس 2007 وفرض

(1) الفقرة الأولى من الفصل 182 م.م.م.ت، نقحت الفقرة الأولى بموجب القانون عدد 18 لسنة 2007 المؤرخ في 22 مارس 2007. وكان مطلب التعقيب يقدّم قبل ذلك التاريخ إلى كتابة محكمة التعقيب.

بموجب ذلك على الكاتب الذي يتلقى العريضة أن يوقعها وينص على تاريخ تقديمها ويقيدها حالا بدفتر خاص معد للغرض ويسلم وصلا فيها متضمنا تاريخ تقديمها ويعلم بها فورا كتابة محكمة التعقيب بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا ويحيل ملف القضية إلى كتابة محكمة التعقيب.

فقد خصّ المشرع كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم بتلقي عريضة التعقيب وتضمينها وإعلام كتابة محكمة التعقيب بذلك وتمارس بقية الإجراءات أمام كتابة محكمة التعقيب. لذلك فرض المشرع توجيه ملف القضية نهاية إلى كتابة محكمة التعقيب.

***تقديم مستندات التعقيب وتبليغها:** يجب على محامي المعقب أن يقدم خلال أجل قدره ثلاثون يوما من تاريخ تقديم عريضة الطعن لكتابة محكمة التعقيب وإلا سقط طعنه، محضر إعلامه بالحكم المطعون فيه إن وقع إعلامه به ونسخة من الحكم المطعون فيه مشفوعة بنسخة مجردة من الحكم الابتدائي إذا اقتصرت محكمة الاستئناف على تبني أسباب هذا الحكم ولم تدرجها بقرارها ومذكرة من محاميه في بيان أسباب الطعن ونسخة من محضر إبلاغ خصومه نظيرا من تلك المذكرة بواسطة عدل منفذ[1]. وذلك بعد خلاص المعاليم القانونيّة إلا في حالات الإعفاء بالنسبة إلى القضايا المرفوعة من الدّولة وقضايا المسعفين بالإعانة العدلية والقضايا الشغلية قضايا حوادث الشغل والأمراض المهنية وقضايا الضمان الاجتماعي.

ويجوز للمعقّب ضدّه أن يردّ على مستندات الطعن وتقدم مذكرة الرد لكتابة المحكمة في أجل قدره ثلاثون (30) يوما من تاريخ إعلام المعقب ضدّه بعريضة أسباب الطعن وذلك بعد اطلاع محامي الطاعن عليها وله أن يرفقها بماله من مؤيدات[2].

***تحرير طلبات وكالة الدولة العامة لدى محكمة التعقيب:** فعلى الكاتب أن يحيل ملف القضية على وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب الذي يتولى بنفسه أو بواسطة أحد المدعين العموميين لدى المحكمة المذكورة تحرير

(1) الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
يبلّغ المعقب للمعقب ضده طبق الصيغ الواردة بالفصول 6 و 7 و8 و9 و10 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية مستندات التعقيب ونسخا من المؤيدات ونسخة الحكم المطعون فيه.

(2) الفصل 186 م.م.م.ت.

ملحوظاته الكتابية ولا يثير أي مطعن لم يتمسك به الأطراف إلا إذا كان متعلقا بالنظام العام. ثم يحيل هذه الملحوظات مع الملف على الرئيس الأول لمحكمة التعقيب[1].

فبعد انتهاء الآجال القانونية وتقديم الوثائق وورود الملف الاستئنافي والرّد على المستندات وانقضاء أجل الرّد يحيل كاتب محكمة التعقيب الملف إلى وكيل الدولة العام لتحرير ملحوظات كتابية فيما يراه حول صحّة الطعن من عدمه. وبعد تقديم النيابة العمومية طلباتها يحال الملف إلى الرئيس الأول لتعيين الدائرة التي ستنظر في الملف وتحديد تاريخ انعقاد الجلسة.

ولا يمكن إحالة الملف إلى كتابة وكالة الدولة العامة إلا بعد انقضاء الآجال القانونية، أي ثلاثين يوما بداية من تاريخ تقديم المطلب ويضاف إلى ذلك ثلاثين يوما لحقّ الردّ. والملخص في ذلك أن لا يحال الملف إلى كتابة وكالة الدولة العامة قبل شهرين من تاريخ تقديم المطلب.

ويجب أن تنظم النيابة العمومية على مستوى محكمة التعقيب لطلبات الأطراف، فهي طرف انضمامي، على خلاف بقية الأطراف، وعلى ذلك الأساس فهي غير حرّة في إثارة أيّ مطعن، بل لا بدّ أن تناقش مستندات التعقيب، إما سلبا أو إيجابا. ولا يمكن لها إثارة مطاعن جديدة إلا إذا كانت لها علاقة بمفهوم النظام العام، مثل مسألة الاختصاص وغير ذلك من الحالات.

وبعد الفراغ من تقديم الملحوظات الكتابيّة يحال الملف إلى رئيس محكمة التعقيب لتعيين موعد الجلسة.

***انعقاد جلسة الدوائر التعقيبية:** بعد تعيين موعدها طبق القانون يتولى االكاتب إعلام المحامين كتابة بتاريخها قبل انعقادها بثمانية أيام على الأقل[2].

وتتركب الهيئة التعقيبية المختصّة من رئيس دائرة ومستشارين اثنين ومدع عام وكاتب جلسة ويمكن للرئيس الأول أن ينيب لرئاسة الجلسة أقدم مستشاري الدائرة عند الاقتضاء[3].

وتعقد الجلسة بحجرة الشورى ولا يشارك في إصدار القرار من سبق منه إبداء الرّأي في الحكم ويمكن لمحاميي الخصوم المرافعة في القضية متى قدّموا

(1) الفصل 187 م.م.م.ت.
(2) الفصل 187 فقرة أولى م.م.م.ت.
(3) الفصل 190 م.م.م.ت.

مطلبا كتابيّا في ذلك ولا يسوغ للمحامي المرافعة إلا في حدود ما قدّمه كتابة[1]، حيث تعقد محكمة التعقيب جلساتها وتصدر قراراتها بحجرة الشورى. ويمكن أن يسمح للمحامين بالحضور للمرافعة بالجلسة إن طلبوا ذلك كتابة. ولا يمكن لهم المرافعة إلا في خصوص ما قدموه كتابة من المطاعن. وتصدر المحكمة قرارها بعد المفاوضة، أي أنها لا تؤخّر القرار إلى جلسة مقبلة من حيث المبدأ، بل يجب أن يصدر القرار في نفس اليوم مباشرة بعد المفاوضة. ويجب أن يمضي مسودة القرار جميع الحكام الذين أصدروه[2]. والمقصود بذلك لائحة الحكم أي مشروع القرار المضمن بمحضر الجلسة، والذي يجب تمييزه عن نسخة القرار الأصلية التي يجب إمضاؤها كذلك من قبل القضاء الذين شاركوا في القرار بعد إعدادها أي بعد تلخيص القرار كما يجب. وتبقى النسخة الأصلية بأوراق الملف، على أن لا تسلم للأطراف إلا نسخة من الأصل.

الفصل 191 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيأ للفصل.

وإذا رأت إرجاع القضية فإن قرارها يكون واجب الاتباع من طرف محكمة الإحالة.

التعليق على الفصل 191

في بعض الصور لا يكفي انعقاد جلسة إحدى الدوائر المدنية للنظر في المطلب، بل يطلب انعقاد الدوائر المجتمعة. فإذا توفرت حالة من حالات انعقاد الدوائر المجتمعة تنعقد جلسة جميع الدوائر المجتمعة.

وتجتمع الدوائر المجتمعة بإذن من الرئيس الأول. فكلّما وقف على حالة من حالات انعقاد جلسة الدوائر المجتمعة إلا وقرّر إحالة الملفّ على الدوائر

(1) الفصل 188 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
(2) الفصل 189 م.م.م.ت.

المجتمعة ويتّخذ في ذلك قرارا يعين بموجبه موعد الجلسة، ويقوم الكاتب بالمناسبة بإعلام جميع الأطراف بذلك بالطرق الإدارية[1].

وتتألف الدّوائر المجتمعة المنتصبة للنظر في المادة المدنية من الرّئيس الأوّل ورؤساء الدّوائر وأقدم مستشار من كل دائرة على أن لا يقل عدد أعضاء الهيئة عن الثلثين من كل صنف ويرجّح رأي الرّئيس الأوّل عند تعادل الآراء.

وقد بيّن الفصل 191 صورة من صور انعقاد الدّوائر المجتمعة وهي الطّعن الثاني لنفس السبب. فإذا كان القرار بالنقض مع الإحالة وحكمت محكمة الإحالة بما يخالفه ثم وقع الطعن في هذا الحكم بنفس المطاعن الأولى فإن محكمة التعقيب المتألفة من دوائرها المجتمعة تتولى فصل الخلاف القائم بينها وبين محكمة الإحالة[2]. وما يشترط في ذلك على وجه الخصوص أن تكون المطاعن هي نفسها في الطعن الأول والطعن الثاني أي أن السبب القانوني هو نفسه في المرة الأولى والمرّة الثانية. فإذا تبيّن أنّ المطاعن مختلفة فلا سبيل إلى انعقاد الدوائر المجتمعة وتتعهّد بالقضية إحدى الدوائر الجزائية، ويمكن أن يقع الطعن في نفس القضية لأكثر من مرة إذا اختلفت الأسباب، ولا تنعقد الدوائر المجتمعة إلاّ إذا كانت أسباب الطعن هي نفسها في المطعن الأوّل والمطعن الثاني.

الفصل 192 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ تنظر الدوائر المجتمعة أيضا :

1) إذا كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر.

2) عند وجود خطأ بين في قرار صادر عن إحدى الدوائر في أول الفقرة ويعتبر الخطأ بينا :

1) إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

2) إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق.

3) متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

الفصل 193 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ تتركب الدوائر المجتمعة من الرئيس الأول ورؤساء الدوائر وأقدم

(1) قد يكون قرار إحالة الملف على الدوائر المجتمعة على إثر الطعن بالتعقيب مباشرة وقد يحال المطلب بداية على إحدى الدوائر بالمحكمة، فإذا تفطّنت الدائرة لوجود حالة من حالات انعقاد الدوائر فإنها تحرر تقريرا في ذلك تحيله على لرئيس الأول ليقرّر ما يراه.

(2) الفصل 191 م.م.م.ت.

مستشار في كل دائرة على أن لا يقل عدد أعضاء الهيئة عن الثلثين من كل صنف وتعقد جلساتها بمحضر وكيل الدولة العام وبمساعدة كاتب المحكمة وتجتمع بدعوة من الرئيس الأول ويكون رأيه مرجحا عند تعادل الآراء.

وله دعوتها بطلب من أحد الخصوم للنظر في تصحيح خطإ بين حاصل في قرار إحدى الدوائر وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره وبعد أخذ رأي وكيل الدولة العام في الموضوع.

وفي هذه الصورة تبت الدوائر المجتمعة طبق أحكام 176 ـ 177 ـ 178 ـ 197.

التعليق على الفصلين 192 و193

أورد المشرع بالفصلين 192 و193 م.م.م.ت. صورتي توحيد الآراء بين الدوائر التعقيبية والغلط البين في اجتماع الدّوائر المجتمعة. والمجمل أنّ الدوائر المجتمعة تجتمع في ثلاث حالات: الطعن الثاني لنفس السبب[1] وتوحيد الآراء والغلط البين. وقد جاء الفصلين في الحالتين الأخيرتين.

.حالة توحيد الآراء بين الدوائر: تجتمع الدوائر المجتمعة كلما كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين مختلف الدوائر[2]. والمقصود بذلك دوائر محكمة التعقيب وليس دوائر محاكم الأصل. حيث إنّ صورة توحيد الآراء تنصرف إلى توحيد الاتّجاهات بين مختلف الدّوائر التعقيبيّة في مسائل قانونيّة صرفة. فالهدف هو توحيد الاتّجاهات بمعنى الاستقرار على رأي واحد حتّى يتّبع نهاية، فيذهب ذلك الاختلاف، وهو استقرار في فهم القاعدة القانونيّة وتأويلها، فتُستبعد مناقشة المسائل الواقعيّة. وليس لأطراف الملفّ علاقة بهذه الحالة. وقد رأت محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة بتاريخ 29 ديسمبر 2005 تحت عدد 11900 أنّ فقه قضاء محكمة التّعقيب « استقرّ على حصر تلك الصّورة في الاختلافات القانونيّة المتّصلة بعمل الدوائر والمتعلّقة بنزاع مازال منشورا أمام إحدى الدّوائر، حيث إنّ توحيد الآراء إجراء تنسيقي داخلي تتولاّه محكمة التّعقيب من تلقاء نفسها بمبادرة من الرّئيس الأوّل لتوحيد عمل الدّوائر أو لتوحيد الآراء بشأن تأويل نصّ أو تفسير قاعدة قانونيّة معيّنة، بصرف النّظر عن الوقائع أو التّصرّفات القانونيّة التّي

(1) الفصل 191 م.م.م.ت.

(2) الفصل 192 فقرة أولى م.م.م.ت.

أثير بمناسبتها الاختلاف، ولذلك فإنّ الخصوم ليس لهم الصّفة لإثارته لأنّه ليس بسبب من أسباب الطّعن بالتعقيب[1]»

.الخطأ البين في المادة المدنيّة: أراد المشرع بمناسبة التنقيح الهام لمجلة الإجراءات المدنية سنة 1986 بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 تنظيم الخطأ البين في المادة المدنية، ونص الفصل 192 م.م.م.ت على أن الدوائر المجتمعة تنظر أيضا، إلى جانب تعهدها بالطعن الثاني وتوحيد الآراء القانونية بين الدوائر، «عند وجود خطأ بين في قرار صادر عن إحدى الدوائر». وبين المشرع طبيعة هذه الأخطاء فيعتبر «الخطأ بينا 1) إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح 2) أو إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق 3) أو متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع».

وقد أراد المشرع بهذه القواعد أن يتلافى الأخطاء التي تقع من قبل المحكمة بمناسبة النظر في شكليات المطلب. فإذا حصل خلل من ذلك النوع، فللرئيس الأول لمحكمة التعقيب دعوة الدوائر المجتمعة للانعقاد بطلب من أحد الخصوم للنظر في تصحيح خطأ بين حاصل في قرار إحدى الدوائر وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره وبعد أخذ رأي وكيل الدولة العام في الموضوع[2]. وفي هذه الصورة تبت الدوائر المجتمعة طبق أحكام الفصول 176- 177- 178- 197م.م.م.ت. أي طبق الحلول المعتمدة تعقيبا وطبق الإجراءات العادية المعتمدة في التعهّد والنظر في المطالب التعقيبية العادية، إذ أنّ القاعدة العامة الواردة بالفصل 197 م.م.م.ت. وهو أنّ قواعد الإجراءات المبينة بهذا القانون أي بمجلة الإجراءات المدنية تنطبق على قضايا محكمة التعقيب فيما لا يتخالف مع أحكام هذا الباب أي الباب المتعلق بالتعقيب لكن بقدر ما لا يتنافى مع طبيعة نظرها[3].

(1) قرارات الدّوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2005، مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، ص 75.

(2) الفصل 193 م.م.م.ت(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).

(3) وقد طرح السؤال واقعيا إن كان قرار الرئيس الأول القاضي بالإحالة واستدعاء الأطراف إداريا كاف لتعهّد الدوائر المجتمعة أو أنّ الطالب يلزم باستدعاء الطرف المقابل وتبليغ مستندات الطلب في الآجال العامة المعتمدة أمام محكمة التعقيب ولو أنّ المشرع لم يورد إجراءات خاصة للخطأ البين وأحال على الفصول العامة المعتمدة أمام محكمة التعقيب فيما لا يتعارض مع خصوصية الخطأ البين. وقد ذهبت محكمة التعقيب في معظم الحالات إلى

الفصل 194 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ 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 مال أو برفع عقلة أجرتها الدولة لاستخلاص أموالها.

وبصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه الطاعن ذلك أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه مدة شهر إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل 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.

التعليق على الفصل 194

المبـــدأ أنّ مطلب الطعن بالتعقيب لا يوقف التنفيذ[1]، إلا في حالة صدور الحكم بإعدام ورقة مرمية بالزور أو محو أثارها وفي صورة الأحكام القاضية بالطلاق أو فساد عقد الزواج وفي حالة الأحكام الصادرة على الدولة بأداء مال أو رفع عقلة أجرتها لاستخلاص أموالها. ويجوز كذلك للرّئيس الأوّل لمحكمة التعقيب أن يأذن بتوقيف التنفيذ بطلب من الطاعن متى كان من شأن التنفيذ استحالة الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجرائه، حيث يمكن بصورة استثنائية للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه الطاعن ذلك أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه مدة شهر إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل 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[2].

والغريب أنّ محكمة التعقيب تطبق قاعدة الفصل 194 م.م.م.ت. وهي قاعدة إجرائية خاصة حتى في صورة الدعوى المدنية المرطبة بجريمة، والحال أنّه لا

عدم رفض المطلب بحجة عدم التبليغ. وهو حل واقعي أكثر منه قانوني.

(1) الفصل 194 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

(2) الفصل 194 فقرة ثانية م.م.م.ت.

يصحّ الرجوع إلى أحكام الإجرائية المدنية إلا إذا نصّ المشرع على ذلك صراحة أو كانت القاعدة المعتمدة من قبيل الأحكام العامة[1].

الفصل 195 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ يجب على من يريد الطعن بالتعقيب أن يرفع طعنه في أجل لا يتجاوز العشرين يوما من تاريخ إعلامه بالحكم بصفة قانونية ما لم ينص القانون على أجل آخر ويسقط الطعن بمضي الأجل المذكور.

وإذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية امتد الأجل إلى اليوم الموالي لانتهاء العطلة ولا يتقيد وكيل الدولة العام بأي أجل.

الفصل 196 ـ من رفض طعنه في حكم ليس له أن يقوم بالطعن في نفس الحكم مرة ثانية ولو كان أجل الطعن مازال ممتدا أو كان طعنه قد رفض شكلا.

التعليق على الفصلين 195 و196

المعلوم أنّ آجال الطعن آجال سقوط لا تقبل الوقف أو القطع. ولكنه مع ذلك من الممكن تطبيق المبادئ العامة الإجرائية حتى ولو أنّ المشرع لم ينصّ صراحة على ذلك كما هي الحال بالنسبة إلى مبدأ القوة القاهرة فيعتدّ بآثارها حتى ولو غفل المشرع عن ذكرها.

والأجل المبدئي في التعقيب المدني هو **عشرون يوما** (20) من تاريخ الإعلام بالحكم المطعون فيه بصفة قانونية ما لم ينص القانون على أجل خاص[2]. كما هي الصورة بالنسبة إلى قضايا الطّلاق وبطلان الزواج فالأجل ثلاثون يوما (30) من تاريخ صدور الحكم[3]. وكذلك قضايا إسناد اللقب العائلي[4]. وإذا كان المقصود بالإعلام يقيم بالخارج يكون الأجل خمسون يوما[5]. ويحسب أجل التعقيب بداية من اليوم الموالي للإعلام بالحكم المطعون فيه بواسطة عدل منفذ[6]. وإذا كان اليوم الأخير يوم عطلة امتد الأجل إلى اليوم الموالي وإذا لم يقع

(1) علي كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص. 54. وما بعدها. وكذلك التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص. 476 وما بعدها.
(2) الفصل 195 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
(3) الفصل 41 من قانون الحالة المدنية الصادر في 1 ـ 8 ـ 1957.
(4) الفصل 3 مكرر فقرة 4 من القانون عدد75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 والمنقّح بالقانون 51 لسنة 2003 الصّادر في 7 جويلية 2003.
(5) الفصل 141 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
(6) القانون عدد31 لسنة 1965 المؤرخ في 24 جويلية 1965 والفصل 140 من مجلة

الإعلام بالحكم امتد الأجل إلى عشرين سنة من تاريخه. أما تعقيب الوكيل العام فلا يحتكم لأي أجل ويجوز تقديمه خارج الآجال القانونية[1].

ومن رفض طعنه لأي سبب من الأسباب ليس له أن يقوم بالطعن في نفس الحكم مرة ثانية ولو كان أجل الطعن مازال ممتدا أو كان طعنه قد رفض شكلا[2]، أي أنّه يمنع إعادة الطعن حتى ولو كان الرفض لأسباب شكلية.

الفصل 197 ـ تنطبق قواعد الإجراءات المبينة بهذا القانون على قضايا محكمة التعقيب فيما لا يتخالف مع أحكام هذا الباب وبقدر ما لا يتنافى مع طبيعة نظرها.

التعليق على الفصل 197

الأصل أنّ المشرع بيّن الإجراءات المتعلّقة بالتعقيب في باب التعقيب، وفعلا وردت الأحكام مفصلّة في باب الشروط الشكلية والأصلية والإجراءات والآثار. ومع ذلك فإنّه من الوارد أن يسكت المشرع في بعض الجزئيات كما هو الحال بالنسبة إلى إجراءات الغلط البين حيث أحال المشرع إلى الإجراءات العادية في التعقيب لتنطبق على إجراءات الغلط البين فيما لا يتخالف مع طبيعة الطّعن. وبالتالي فإنه من الممكن تطبيق أية قاعدة وردت بالمجلة على نظام التعقيب.

ويشار كذلك إلى أنه تطبيقا لهذا المبدأ من الممكن الرّجوع إلى المبادئ العامة الإجرائية كلّما كان الباب يسمح بذلك حتى ولو لم ينصّ المشرع صراحة على هذا المبدأ. ويلاحظ أنّ المبادئ العامة أصبح لها مصادر متنوعة فقهية وقضائية واتفاقية كما لها مضامين متعدّدة وقد كرّس المشرع أغلبها سواء بمجلة الإجراءات المدنية أو الجزائية وكذلك بدستور 2014.

ويصحّ القول إنّ إنهاء أيّ عمل قانوني يتطلّب جانبا من الشكليّات لا يمكن النّزول عنه. ولم يعد من الممكن الإبقاء على الحريّة المطلقة في الأبحاث مهما كانت المادة التّي بين أيدينا. فحتّى العمل الإداري لا يخلو من شكليّات ضروريّة لإنجازه[3]. فيقتضي إعداد القرار الإداري أن يصدر عن سلطة إداريّة مختصّة

الالتزامات والعقود.
(1) الفصلان 180 و195 م.م.م.ت.
(2) الفصل 196 م.م.م.ت.
(3) تردّ الأنشطة الإداريّة بشكل عام إلى الضّبط الإداري والمرفق العام. ولممارسة هذه الأنشطة

ويتّبع إجراءات خاصّة، غير أنّه لا وجود لإجراءات موحّدة، فلكلّ عمل إجراءاته وتفصيلاته، فمثلا تقتضي مؤاخذة الموظّف إداريّا ضمان حقّ الدّفاع، في حين لا تحتاج بعض الأعمال الأخرى إلى التّعليل إلاّ في الحالات المحدّدة نصّا. فلا وجود لمجلّة إجراءات إداريّة يمكن الاحتكام إليها لتحديد ضوابط العمل الإداري، لكنّ رجال القانون عادة ما يُذكّرون بالمبادئ العامة في ذلك، بمعنى أنّ العمل الإداري يمكن أنّ تتّخذه الإدارة من تلقاء نفسها أو بطلب من المنظورين ويمكن أن يُتّخذ القرار بعد إعلام الغير أو خلافة وتقتضي بعض الأعمال الاستشارة المسبّقة. وقولهم في ذلك إنّ المبادرة والإعلام والاستشارة تُعدّ من المبادئ الإجرائيّة العامة التّي عادة ما يحتكم إليها في تحديد بعض من الحدود الإجرائيّة في إعداد العمل الإداري[1]. فتتقيّد السلطة التّقديريّة دوما بضرورة

تأتي الإدارة أعمالا ماديّة وأخرى قانونيّة. ولا تخرج الأعمال القانونيّة عن إطار القرار الإداري والعقد الإداري. فتلجأ الإدارة إلى إبرام اتّفاقيّات تبرز من خلالها مميّزات السلطة العامة وهذا هو العقد الإداري، لكنّ الإدارة يمكن أن تبرم عقودا تبقى خاضعة للقانون الخاص، ويبقى القرار الإداري هو الآليّة الهامّة في ممارسة النّشاط الإداري باعتباره تعبيرا منفردا عن إرادة الإدارة وإن تدخّلت عدّة إدارات في صياغته، لكنّ بعضا من الأعمال الماديّة ما يحمل في طيّاته عمل قانوني مثل سكوت الإدارة. ويرتبط القرار بالسّلطة الإداريّة بمعنى أن يصدر عن سلطة إداريّة والأغلب أن يكون تنفيذيّا أي قابل للتّنفيذ، معنى ذلك أنّ هناك قرارات إداريّة لا تعدّ تنفيذيّة مثل الأعمال التّحضيريّة (اقتراحات) والأعمال النّموذجيّة والأعمال ذات الطّابع الإرشادي. ويتميّز القرار الإداري عن الأعمال الخاصّة التّي عادة ما تنشأ عن تبادل الإيجاب والقبول، في حين أنّ القرار الإداري يُعدّ تعبيرا عن امتيازات السلطة الإداريّة. وتتوزّع القرارات عادة بين قرارات ترتيبيّة وأخرى فرديّة. فقط أنّ القرارات الترتيبيّة الصادرة عن الخواص الذين يشرفون على مرفق عام تعتبر قرارات إداريّة، كما أنّ القرارات غير التّرتيبيّة المتّخذة من قبل الشخص العام في إطار الملك الخاص للدولة أو المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصّناعيّة والتّجاريّة لا تعدّ قرارات إداريّة.

René Chapus : Droit administratif géneral.op.cit., p. 466 et suiv.
G.vedel;Pierre Delvolvé :Doit administratif,op.cit., p.1096 et suiv.
M.Haurriou :Précis élémentaire de droit administratif, op.cit.,p.729 et suiv.
Yadh Ben Achour : Droit administratif, C.E.R.P - C.N.U.D.S.T 1982, p. 327 et suiv.

عبد اللّه طلبة: مبادئ القانون الإداري، المرجع السّابق، ص 225 وما بعد.
توفيق بوعشبة: مبادئ القانون الإداري، المرجع السّابق، ص 266 وما بعد.
محمّد رضا جنيّح: قانون إداري، مركز النّشر الجامعي 2004، ص 181 وما بعد.

(1) ولا يمكن تطبيق القرار الإداري ومواجهة الغير به إلّا بعد نشره بالنسبة إلى القرارات التّرتيبيّة أو الإعلام به بالنسبة إلى القرارات الفرديّة. ومن القواعد العامة في القانون الإداري عدم رجعيّة القرار الإداري إلاّ إذا نصّ المشرّع صراحة على ذلك أو كان تنفيذا لحكم قاضي بإلغاء القرار الإداري أو في حالة السحّب لقرار مشروع، وجميعها من الحالات الاستثنائيّة لمبدأ

احترام المبادئ الشّكليّة وموجبات الإجراءات بشكل عام، وهي تمثّل في نهاية الأمر حدود السّلطة التّقديريّة. فقط أنّ رجال القانون الإداري يميّزون بين هذه السّلطة التّقديريّة والسّلطة المقيّدة متى تكون الإدارة مقيّدة باتّخاذ قرار في اتّجاه معيّن.

ولكنّ الصّورة أعمق بالنسبة إلى الأعمال القضائيّة، فقد أصبحت بشكل عام يوما بعد يوم خاضعة لجملة من المبادئ العامة مافتئت تتسع نتيجة تراكم المعارف النظرية وحذق الإنسان في اتّجاه جمع مدلولات الشموليّة وميله إلى التجريد واكتشافه لما يستجيب لهذا التعريف. وقد عكست آلية الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية هذا الاتجاه في أكثر من صورة. واستوعبت الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والأعراف الدولية خلاصة هذه المبادئ.

والمبدأ ببساطة «أمر مستنبط من شرعة ما أو نتاج لجهد فكري أو عادة ثُبت صحتها وأهميتها بما حققته من نفع للإنسان واستقر حال الناس على العمل بها، وبفعل التطور ضُمنت لما تعارف عليه الناس من تشاريع كضامن لسوية الناس بحفظ مصالحهم وتجمعهم[1]».

والحقيقة أنّ القوانين مهما كانت طبيعتها تجتمع على مبادئ عامة سميت بالمبادئ العامة للقانون. فقد ورد بالدستور أهم المبادئ الأساسية[2]، وكذلك

عدم الرّجعيّة. ويتمتّع القرار الإداري بالقوّة التّنفيذيّة منذ نشره أي لا يحتاج للتّحلية بالصيغة التّنفيذيّة لتنفيذه، وهو بذلك يُعدّ من قبيل السّندات التنفيذيّة غير القضائيّة. ويتمتّع بقرينة المطابقة مع القانون وبقرينة المشروعيّة والبعض قال بحجيّة الشيء المقضي به. ويُطلب بداية الإذعان لهذا القرار حتّى في صورة الطّعن. وفي حالة عدم الانصياع يمكن للإدارة تسليط عقوبات إداريّة أو أن تطلب تسليط عقوبات جزائيّة أو أن تسعى إلى تنفيذ القرار جبرا.
وينتهي القرار الإداري بالإلغاء أو السّحب، والقاعدة أنّه يجوز إلغاء القرارات الترتيبيّة على خلاف القرارات الفرديّة، كما أنّه يُتّجه التّمييز بين القرارات التّي تنشئ حقّا والعكس، ففي الثّانية فقط يمكن السّحب في كلّ وقت، أمّا في الأولى فلا يجوز السّحب إلاّ إذا كان القرار غير سليم ويُفرض أن يقع قرار السحب في آجال الطّعن. عبد اللّه طلبة، المرجع السّابق، ص 269 وما بعد.

(1) من التعريفات المتداولة بشبكة الإنترنات.

(2) أورد دستور 1959 ضمان حرمة الفرد وحرية المعتقد (الفصل 5)، المساواة بين الأفراد (الفصل 6)، التمتع بالحقوق كاملة (الفصل 7) حرية الفكر والتعبير والنشر والاجتماع (الفصل 8)، حرمة المسكن وسرية المراسلات (الفصل 9)، حرية التنقل (الفصل 10)، حق البقاء بأرض الوطن (الفصل 11)، قرينة البراءة (الفصل 12)، شخصية العقوبة (الفصل 13)، حق الملكية (الفصل 14)، سلامة الوطن (الفصل 15)، أداء الضرائب والتكاليف العامة (الفصل 16) تحجير تسليم المتهمين (الفصل 17). كما أورد دستور 2014 نفس المبادئ.

الصورة بالنسبة إلى جميع أصناف القانون، وقد أوردت مجلة الالتزامات والعقود جملة من المبادئ العامة انطلاقا من الفصول 539 إلى 562 م.ا.ع[1].

وتجتمع هذه المبادئ العامة على واحدة، وهو أنها مبادئ مجردة عامة شاملة والأغلب أنها خالدة أو تكاد، فما أن تعتمد حتى يستعصى تركها، ويعود مصدرها وضعيا بصفة قانونية إلى فكرة الهرم في النصوص القانونية واستقرار توجهات التشريع وبصفة علمية إلى إفرازات التطور الاجتماعي والاقتصادي والتاريخي وطبيعيا إلى استقرار منطق العقل بقول محدّد والتناغم مع فطرة الإنسان السوي وإلى المثل العليا في التشاريع السماوية، فمرجعها الأساسي إلى النصوص الدستورية ومحتوى الاتفاقات الدولية وعقل البشر وفطرة الإنسان وخلاصة الأديان. ولا يشترط أن تكون مكتوبة، فقد يتواتر المبدأ ويستقر دون حاجة إلى كتابة مثل مبدأ نزاهة وسائل الإثبات. وحكمها، وهذا هو الهام، أنها تهيمن على جميع الأحكام القانونية وترقى على جميع التوجهات، ويمكن تبعا لذلك الأخذ

(1) فإذا صرح القانون بالنهي عن شيء معين كان إتيانه باطلا لا ينبني عليه شيء (الفصل 539 م.ا.ع) وإذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا (الفصل 541 م.ا.ع) ولا تنسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها (الفصل 542 م.ا.ع) والعادة والعرف لا يخالفان النص الصريح (الفصل 543 م.ا.ع) ومن استند على عرف كان عليه إثباته ولا يحتج به إلا إذا كان عاما أو غالبا غير مناف للنظام العام والأخلاق الحميدة (الفصل 544 م.ا.ع) و جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفي حتى على العوام وذلك بعد نشره ومضي المدة المعينة لإجراء العمل به (الفصل 545 م.ا.ع) وإذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع (الفصل 546 م.ا.ع) ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح (الفصل 547 م.ا.ع) وما يصدر من شخص لا يكون حجة له (الفصل 548 م.ا.ع) ومن كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة (الفصل 549 م.ا.ع) ولا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق (الفصل 551 م.ا.ع) ولا يجوز للمفلس أن يتبرع (الفصل 552 م.ا.ع) والدائن يقدم على الوارث ولا إرث إلا بعد أداء الدين (الفصل 553 م.ا.ع) والخراج بالضمان أي من له النما فعليه التوا (الفصل 554 م.ا.ع والتعدي على الشخص لا يكون وجها له في الإضرار بغيره (الفصل 555 م.ا.ع والأصل ارتكاب أخف الضررين (الفصل 556 م.ا.ع) وإذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق بينهما قدمت العامة (الفصل 557 م.ا.ع) والأصل في كل إنسان الاستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك (الفصل 558 م.ا.ع) والأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلافه (الفصل 559 م.ا.ع) والأصل براءة الذمة حتى يثبت تعميرها (الفصل 560 م.ا.ع) وكل التزام يحمل على أنه مجرد حتى يثبت خلافه (الفصل 561 م.ا.ع) والأصل بقاء ما كان على ما كان وعلى من إدعى تغييره الإثبات (الفصل 562 م.ا.ع).

بالمبدأ العام أينما وجد، وعلى ذلك الأساس نص الفصل 535 م.ا.ع. على أنه «إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون».

وتعرّف القواعد العامة القانونية بأنّها «أحكام عمومية كلية مصاغة صياغة موجزة مجرّدة تندرج تحتها أحكام فرعية جزئية كثيرة[1]»، فهي ببساطة قول مقتضب لجزئيات لا حدّ لها، فهي « حكم كلّي أو غالب ينطبق على جزئيات كلّها أو أكثرها[2]». وهي تعبّر في نفس الوقت على تطور التطبيق وحسن نسق المنظومة وقدمها[3].

ولكن ما يميزها أنّها إفراز لواقع معين وثقافة محدّدة فالمبدأ العام لمنظومة محدّدة قد لا يصلح في أخرى. وهي بذلك تختلف عن قواعد القانون الطبيعي التي عادة ما تتميز بخلود قواعدها ولو تغيرت بعض مضامينها. ولو أنّه يصعب الفصل في أكثر الصور بين المبدأ العام والقاعدة الطبيعية، فقد يصفو المبدأ العام إلى حدّ التناسق مع الفطرة أي وضعية الإنسان الطبيعية. وقد تكون هذه القواعد مكتوبة ومصاغة صياغة حسنة ودقيقة وقد تكون مجرّد قواعد غير مكتوبة عادة ما يساهم التطبيق وفقه القضاء في صياغة أحكامها مثل مبدأ الرضائية في العقود والوفاء بالعهد ولا يضار الطاعن بطعنه وغير ذلك من القواعد[4].

وتصلح هذه القواعد العامة لجميع التصنيفات القانونية فهي تصلح للقانون المدني كما تصلح للقانون التجاري والقانون الإداري والقانون الشغلي والقانون

(1) أحمد بن طالب: القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب، خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959 ـ 2009، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس وحدة البحث «قانون مدني».

(2) سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة «مجلة الأحكام العدلية»، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، المرجع السابق، ص 2.

(3) المعروف أنّ الفقه الإسلامي بلغ مستوى من النضج والدقة وانتهت العلوم الإسلامية إلى وضع جملة من القواعد العامة أو الأحكام الأصولية تكون السند في الاجتهاد واستخراج الأحكام الشرعية والمقصود بذلك علم أصول الفقه وعلم مقاصد الشريعة وللفقه باعتباره جملة من الأحكام التفصيلية قواعد عامة فقهية كذلك.

(4) Jean –Pierre Gridel : Le role de la cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux du droit, colloque de beyrouth organisé en octobre 2001 par l'université Saint –Joseph, Faculté de droit et des sciences politiques et le centre d'études des droits du monde arabe (CEDROMA), éditions Bruylant, Bruxelles 2005, p. 73 et suiv.

العقاري والقانون الجزائي وغير ذلك من التصنيفات، فهي عامة بمعنى أن تنطبق أحكامها في جميع المجالات القانونية[1].

على أنّه يجب التمييز بعناية بين هذه القواعد العامة الواردة بآخر الكتاب الأوّل من مجلة الالتزامات والأحكام العامة الخاصة بكلّ صنف من الأصناف القانونية، فللقانون التجاري أحكامه العامة وللقانون العقاري أحكامه العامة وللقانون الإداري أحكامه العامة وكذلك الصورة بالنسبة إلى بقية الأصناف. ويجب التأكيد كذلك على أن اتجاه التطور في القانون قد انتهى إلى صياغة النظريات العامة التي تتصف تعريفا بالتجريد والشمولية بالنسبة إلى كلّ تنظيم مميز، وكذلك النظرية العامة للالتزامات موضوع الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والنظرية العامة للأموال الواردة أحكامها بمجلة الحقوق العينية، والحقيقة أنه لا تخلو أية مؤسسة من أحكام عامة. فلذلك يمكن الحديث عن الأحكام العامة للعقد والأحكام العامة للمسؤولية والأحكام العامة للكفالة والأحكام العامة للمغارسة وغيره ذلك. وبالتالي فلكلّ صنف من الأصناف القانونية أحكامه العامة ولكلّ مؤسسة من المؤسسات القانونية الدّاخلة ضمن الصنف القانوني لها بدورها قواعدها العامة، ولا تنطبق تلك القواعد العامة من حيث المبدأ إلا داخل ذلك الصنف أو داخل تلك المؤسسة، وما يميز الأحكام العامة الواردة بآخر الكتاب الأول من مجلة الالتزامات أنها عامة تشمل جميع الأصناف والمؤسسات.

وقد استحسن أغلب رجال القانون جملة هذه القواعد العامة ورأوا فيها سندا للقاضي في فهم القاعدة القانونية واستنباط الحلول بالرغم من أصولها الفقهية وكان لفقه القضاء عدّة مناسبات في تطبيق هذه القواعد[2].

على أنّه يجب التمييز بعناية بين القواعد الأصولية والقواعد الكلية، فالقواعد الأصولية هي جملة القواعد العامة أو الآليات التي تسمح باستخراج واستنباط الأحكام انطلاقا من الأحكام الفرعية بينما القواعد العامة الكلية هي الأحكام العامة المجردة والشمولية التي تنطبق على أغلب الأحكام التفصيلية أو أغلبها وتستعمل عادة للاستدلال والتعليل[3]. وأقل من القاعدة الكلية ما يسمّى «الضابط» حيث إنّ

(1) Mohamed Charfi : Introduction à l'étude du droit, Centre d'étude de recherches et de publications, 1983, p.229 230 -.

(2) أحمد بن طالب: المرجع السابق.
Mohamed Charfi : Introduction à l'étude du droit, Centre d'étude de recherches et de publications, 1983, p.229 -230-.
Nadhir Ben Ammou : Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, thèse, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1996.

(3) عبد المنعم بن محمد ساسي العبيدي: المرجع السابق، ص.7 إلى 27.

القاعدة الكلية «تجمع فروعا من أبواب شتى والضابط يجمعها من باب واحد[1]» أي أن الضابط قاعدة عامة خاصة بفرع من فروع مثل قاعدة «لا يجوز للمفلس أن يتبرع» فلا تشمل إلا التجارة، وقاعدة تدوم أي تقديم دائني المورث عن دائني الوارث فلا تشمل إلا الميراث وقاعدة منع تصرف الوكيل لنفسه فلا تشمل إلا الوكالة، بينما القاعدة الكلية تشمل جميع الفروع. وهو تفصيل أورده الفقهاء والمجتهدون من علماء الشريعة الإسلامية منذ أن فتح باب الاجتهاد واستقر الرأي على التمييز بين القواعد الأصولية الفقهية وهي مناط علم أصول الفقه[2] والقواعد العامة الفقهية وهي الأحكام الكلية التي تتسم بالتجريد والشمولية[3]، مع اعتبار مفهوم الضابط[4].

وعلى ذلك الأساس فإنّ المبادئ الواردة في باب القواعد العامة للقانون عادة ما تكون سندا في تفسير وتوضيح وبيان محتوى القاعدة القانونية أو للاستدلال والتعليل وتأييد الاتجاه المعتمد. وتلك هي ازدواجية أهداف القواعد العامة الموروثة عن الثقافة الإسلامية في الأصول والكلية ولو أنّ المبادئ العامة الواردة بمجلة الالتزامات نقلت جانبا من القواعد العامة الرومانية.

وفي هذا الاتجاه يأتي الحديث عن المبادئ العامة في المادة الإجرائية، فقد تطور التطبيق في اتجاه جمع جملة من المبادئ الأساسية أو العامة اعتبرت بمثابة المبادئ التوجيهية في القضايا المدنيّة كما هو الشأن في القضايا الجزائية، ولا تصلح الإجراءات إلا بنفاذها. ويقصد بهذه الأحكام التوجيهية جملة من المبادئ التي رسخت في المجال الإجرائي وتعد دعامة أساسية في طريق تأدية قانون الإجراءات وظيفته التي تحقق تفعيل نصوصه وبذات الوقت صون الحريات والحقوق الفردية، في إطار دولة المؤسسات القانونية. وتلك هي المبادئ التي يجوز تطبيقها دون حاجة إلى نصّ صريح كما هي الصورة في قاعدة القوة القاهرة ولا يضار الطاعن بطعنه وحق الدّفاع وحق التقاضي وغير ذلك من المبادئ العامة.

(1) سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة «مجلة الأحكام العدلية»، المرجع السابق، ص 2.

(2) الإمام الشافعي هو مؤسس هذا العلم.

(3) السيد محمد باقر الصدر: دروس في علم الأصول، دار الكتاب اللبناني بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1986. مجلد أول وثاني.

(4) يضاف كذلك علم مقاصد الشريعة إلى علم أصول الفقه للوقوف على جملة آليات استنباط الأحكام الشرعية.
الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، مجلد أول وثاني، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1991.

الباب الخامس

في التعديل بين المحاكم

الفصل 198 ـ تختص محكمة التعقيب بالنظر في مطالب التعديل بين المحاكم وذلك :

أولا : إذا حكمت محاكم متعددة متحدة الدرجة في نازلة واحدة بكونها من نظرها وذلك بأحكام لها قوة ما اتصل به القضاء.

ثانيا : إذا حكمت عدة محاكم متحدة الدرجة بعدم دخول النازلة في مشمولات أنظارها وذلك بأحكام لها قوة ما اتصل به القضاء ويقع النظر في مطالب التعديل طبق الإجراءات المبينة في باب التعقيب.

التعليق على الفصل 198

كثيرا ما تتخذ محكمتان قرارا سلبيا بعدم الاختصاص، كما أن تقرّر محكمة الناحية وهي محكمة ابتدائية بعدم اختصاصها في نزاع عيني بدعوى أنه يخرج عن طبيعة الدعوى الحوزية وتقرر بالمثل محكمة البداية عدم اختصاصها بدعوى أنّ النزاع في دعوى حوزية. فيتخلى قاضي الناحية لفائدة المحكمة الابتدائية وتتخلى هذه الأخيرة لفائدة قاضي الناحية. ويمكن أن تتخذ محكمتان قرارا إيجابيا بالاختصاص كما أن تتعهد كلّ من محكمة الناحية والمحكمة الابتدائية بنزاع في الخروج لعدم الصفة من عقار مسجل. لذلك كان لا بدّ من توفر إجراءات خاصة لحسم نزاعات الاختصاص بين المحاكم، وكان ذلك بواسطة إجراءات تسمى إجراءات التعديل أورد المشرع في شأنها الفصل 198 م.م.م.ت[1]، الذي نصّ على أنّ محكمة التعقيب «تختصّ بالنظر في مطالب التعديل بين المحاكم وذلك :

أولا : إذا حكمت محاكم متعددة متحدة الدرجة في نازلة واحدة بكونها من نظرها وذلك بأحكام لها قوة ما اتصل به القضاء.

(1) نظم المشرع إجراءات التعديل في المادة الجزائية بالفصول 291 و292 و293 م.إ.ج. كما نصّ الفصل 9 من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكريّة على أنّ كلّ خلاف يثار بين المحاكم العسكرية والمحاكم العدلية في شأن مرجع نظر يقع فصله وفقا لأحكام الفصلين 291 و292 م.إ.ج المتعلقة بالتعديل بين الحكام.

ثانيا : إذا حكمت عدة محاكم متحدة الدرجة بعدم دخول النازلة في مشمولات أنظارها وذلك بأحكام لها قوة ما اتصل به القضاء ويقع النظر في مطالب التعديل طبق الإجراءات المبينة في باب التعقيب». وبذلك وضع المشرع جملة من الشروط الموضوعيّة والإجرائية لقبول مطلب التعديل.

موضوعيّا يشترط في نظام التعديل أن تصدر أحكام متناقضة وتتعلق هذه الأحكام بمسألة لها علاقة بمرجع النظر وأن تحرز الأحكام على قوة اتصال القضاء. فيجب أن تكون الأحكام متناقضة سلبا أو إيجابا ويجب أن يكون التناقض له علاقة جوهريا وأصليا بمسألة الاختصاص، فلا يتوفر الشرط إذا جاءت مسألة الاختصاص بصفة عرضية، ولا يكتفى باتصال القضاء فقط، كما لا يشترط في الأحكام أن تكون لا رجوع فيها أي استنفذت الطرق غير العادية في الطعن، بل يشترط أن تحرز الأحكام على قوة اتصال القضاء أي أن تستنفذ الأحكام طرق الطعن العادية، فطالما مازال الحكم قابلا للطعن بالاستئناف أو الاعتراض لا يمكن قبول المطلب.

إجرائيا تختصّ محكمة التعقيب بالنظر في مطالب التعديل بين الحكام وتتعهد بها بناء على طلب من أحد الخصوم طبق الإجراءات المعتمدة في مطالب التعقيب. وتقرر نهاية إحالة القضية على المحكمة التي تراها مختصة بالنظر وتبطل الأعمال التي أجرتها المحكمة المنتزعة منها القضية. وإذا قررت محكمتان خروج القضية عن أنظارهما فالإحالة يجب أن تقع على المحكمة المختصة التي من المفروض أن تنظر في االدّعوى بهيئة أخرى. ويتولى الخصوم طلب إعادة النشر كما هو الحال في إعادة نشر القضية المنقوضة تعقيبا[1].

الباب السادس

في مؤاخذة الحكام

الفصل 199 ـ تمكن مؤاخذة الحاكم في صورة الغرر أو الاحتيال أو الارتشاء أو إذا توجهت عليه مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضرر مدنيا وتختص محكمة التعقيب بالنظر في مطالب مؤاخذة الحكام.

الفصل 200 ـ القيام بطلب مؤاخذة الحكام يكون بطلب ممضى من الطالب أو نائبه القانوني يقدمه محام للرئيس الأول.

(1) يراجع التعليق على باب التعقيب الفصول 175 م.م.م.ت. وما بعده.

ويقع البحث في الأمر المدعى فيها ويسمع مقال الحاكم المطلوب وكذلك الطالب وبعد ذلك يقع تعريفهما بما أنتجه البحث ويعين لهما أجل قدره خمسة عشر يوما لعرض ملحوظاتهما كتابة.

والبحث المذكور يجريه رئيس المحكمة أو من يعينه من المستشارين ويقع عرض أوراق القضية على وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب لإبداء ملحوظاته فيها كتابة.

وتصدر المحكمة قرارها في النازلة على ضوء ما أنتجه البحث.

والطالب الذي ترفض دعواه يحكم عليه بخطية قدرها من عشرين إلى خمسين دينارا بقطع النظر عما عسى أن يقوم به الحاكم من غرم الضرر.

وإذا اتجهت المؤاخذة يحكم على الحاكم بالغرامات والمصاريف وببطلان الأعمال التي قام بها.

أما الحكم الصادر لمصلحة الخصم الآخر فلا يحكم ببطلانه.

التعليق على الفصلين 199 و 200

اعتمد القانون التّونسي، وعلى غرار عدّة بلدان[1]، إجراءات خاصة في مؤاخذة القضاة مدنيا وبصفة شخصيّة بالفصلين 199 و 200 م.م.م.ت طبق الإجراءات

(1) نصّت مجلّة الإجراءات الجزائيّة الفرنسيّة على إجراءات خاصّة في التّعويض في مثل هذه الصّور، وهو الإجراء المعروف بـprise à partie الذّي يمكن اللّجوء إليه في أربع صور عملا بأحكام الفصل 505 ، في صورة التّغرير أو التّدليس أو الخطأ المهني الفادح في التّحقيق أو الحكم، إذا نصّ المشرّع على هذه الدّعوى صراحة، إذا نصّ المشرّع على مسؤوليّة القاضي المدنيّة، صورة رفض الحكم في النّازلة. وأشار الفصل 505 منذ سنة 1933 إلى أنّ الدّولة تحل محلّ القضاة في التّعويض ولها حقّ الرّجوع عند الاقتضاء. وينطبق هذا النّظام على ضبّاط الضّابطة العدليّة والنّيابة العموميّة عند مباشرتهم لوظيفتهم ولا تنطبق النّصوص العامّة في التّعويض (الفصول 1382 وما بعد من المجلّة المدنيّة). ولم يمدّد هذا النّظام ليشمل الخبراء الذّين يخضعون للقواعد العامّة في المسؤوليّة المدنيّة. ولا يخضعون للإجراءات الخاصّة إلاّ في حدود الأبحاث العدليّة، أمّا ما زاد على ذلك فهو من اختصاص المحكمة الإداريّة التّي عادة ما تتمسّك بدورها بالخطأ غير المغتفر في مواجهة أعوان الضّابطة العدليّة. وتقتضي الإجراءات الخاصّة في التّعويض تعهّد محكمة الاستئناف إذا كان القاضي أو الضّابط تابعا للمحكمة الابتدائيّة أو محكمة التّعقيب إذا كانوا تابعين لمحكمة الاستئناف بعد الحصول على إذن رئيس محكمة الاستئناف أو رئيس محكمة التّعقيب حسب الصّور، وفي صورة الرّفض يمكن الطّعن في هذا القرار. وإذا قضت المحكمة بالتّعويض يبقى الحكم الأصلي على حاله دون تغيير. ولا يمكن التّعويض خارج إطار هذه الإجراءات إلاّ في صورة

المعروفة بمؤاخذة الحكام prise à partie ، حيث يمكن مؤاخذة الحاكم في صورة الغرر أو الاحتيال أو الارتشاء أو إذا توجهت عليه مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضرر مدنيا. والصورة تقتضي أن يقوم في الطّلب معنى التغرير والاحتيال والارتشاء سواء بعد صدور حكم جزائي أو قبل صدوره أو إذا نصّ المشرع صراحة بنصوص خاصة على مسؤوليته المدنية. وقد نصّ الفصل 86 م.ا.ع. صراحة على « أنّه إذا أخلّ مأمور قضائي بمأموريّته فهو مسؤول بالخسارة لمن لحقه الضّرر من ذلك كلّما اقتضت **الأحكام الجزائيّة مؤاخذته**،» أي يمكن أن يلزم المأمور القضائي بالتّعويض إذا كان من الممكن إدانته على المستوى الجزائي، وذلك يعني أنّ الخطأ القضائي لا يكون موجبا للتعويض طبق إجراءات مؤاخذة الحكام إلا إذا كان متعمّدا أو غيره والأغلب أن يكون خطأ فاحشا شرط أن يأتي تحت طائلة المؤاخذة الجزائية.

وتختص محكمة التعقيب **لوحدها** بالنظر في مطالب مؤاخذة الحكام[1]. ويكون القيام بطلب مؤاخذة الحكام بطلب ممضى من الطالب أو نائبه القانوني يقدمه محام للرئيس الأول. ويقع البحث في الأمر المدعى فيه ويسمع مقال الحاكم المطلوب وكذلك الطالب وبعد ذلك يقع تعريفهما بما أنتجه البحث ويعين لهما أجل قدره خمسة عشر يوما لعرض ملحوظاتهما كتابة. ويجري رئيس المحكمة أو من يعينه من المستشارين البحث ويقع عرض أوراق القضية على وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب لإبداء ملحوظاته فيها كتابة.

تدخّل المشرّع صراحة مثل القانون عدد 70643 المؤرّخ في 17 جويلية 1970 الخاص بتعويض الإيقاف التّحفّظي في صورة ترك السّبيل أو عدم سماع الدّعوى. وكان يعتقد في البداية أنّ طلبات التّعويض عن الأخطاء القضائيّة لا يمكن أن تعالج إلاّ طبق الإجراءات الخاصّة أمام القضاء العدلي وطبق تلك الشّروط، بمعنى أنّه لا يمكن طلب التّعويض خارج تلك الشّروط وخاصّة بالنسبة إلى الأخطاء العاديّة. لكنّ فقه القضاء تطوّر في اتّجاه التّعهّد طبق المبادئ العامّة في التّعويض مع إحلال الدّولة محلّ الموظّف منذ سنة 1933 إلى أن صدر قانون 1970 سابق الذّكر. وكان المشرّع الفرنسي أقرّ منذ قانون 8 جوان 1895 في صورة خطأ ارتكبته المحاكم العدليّة يمكن لحكم المراجعة الذّي قضى بعدم سماع الدّعوى أن يحكم بالتّعويض للمتضرّر (الفصل 626 حاليّا)، كما أقرّ منذ سنة 1933 إحلال الدّولة محلّ القضاة في صورة قيام الدّعوى كما تقدّم. وانتهى قانون 1970 إلى ضمان تعويض الموقوفين الذّين قضي في شأنهم بالحفظ أو بعدم سماع الدعوى دون الإشارة إلى أيّ خطأ خارج إجراءات المراجعة أو إجراءات التّعويض الخاصّة وبعيدا عن أيّ مفهوم للخطأ. وقد أسند الاختصاص إلى لجنة تابعة لمحكمة التّعقيب وتكون أحكامها باتّة.

(1) أشار الفصل 199 م.م.م.ت في صيغته الفرنسية صراحة إلى هذا المعنى.

وتصدر المحكمة قرارها في النازلة على ضوء ما أنتجه البحث. فإذا رفضت الدعوى يحكم على المدّعي بخطية قدرها من عشرين إلى خمسين دينارا بقطع النظر عما عسى أن يقوم به الحاكم من غرم الضرر. وإذا اتجهت المؤاخذة يحكم على الحاكم بالغرامات والمصاريف وببطلان الأعمال التي قام بها. ولا يحكم ببطلان الحكم الصادر لمصلحة الخصم الآخر. وهي من الصور الخاصة التي نصّ خلالها المشرع على إجراء بطلان الأعمال القضائية.

ولكنّ هذا النّظام لا ينطبق إلا إذا كان الخطأ بمناسبة العمل القضائي أو بسببه، أما إذا ارتكب القاضي خطأ خارج إطار عمله فلا تنطبق إجراءات المؤاخذة الخاصة، بل تنطبق الإجراءات العادية، فتختص المحاكم العدلية بذلك.

ويمكن أن يذهب البعض إلى أنّ نظام مؤاخذة الحكام لا ينطبق بداهة إذا فقد القاضي صفته بعزل أو استقالة أو إعفاء أو تقاعد، فمن شأن هذه الحالات أن تفقد القاضي صفته. ويعود الاختصاص إلى المحاكم العدلية، على شرط أن تبقى ملزمة في هذه الصورة بطبيعة الخطأ القضائي المفضي للمسؤولية الشخصية في للتعويض، فلا يعتدّ إلا بالأخطاء التي تقع تحت طائلة النصّ الجزائي. فإن سبق إدانة القاضي جزائيا يكون ذلك سندا في الدّعوى المدنية.

والحقيقة أنّ نظام مؤاخذة الحكام يبقى منطبقا حتى في صورة إذا فقد القاضي صفته بعزل أو استقالة أو إعفاء أو تقاعد، فمن شأن هذه الإجراءات أن تؤاخذ الأعمال القضائية وليس شخص القاضي، فكما أنّ القانون يبقى منطبقا على الوقائع التي حدثت في زمانه حتى ولو ألغي بعد ذلك وأنّه يعتدّ بتاريخ ارتكاب الجريمة في تكييف الجريمة المرتكبة من قبل القاصر ولو أصبح راشدا ويحال العسكري على المحكمة العسكرية ولو فقه صفته وتعتبر الجريمة مرتكبة من قبل الموظف ولو فقد صفته وترفع الدعوى من الأجير ضدّ المؤجر ولو انقطعت العلاقة الشغلية كما ترفع الدّعوى ضدّ الشركة ولو فقد الشريك صفته وغير ذلك من الصّور، فإنّ القاضي يؤاخذ طبق إجراءات مؤاخذة الحكام ولم فقد صفته، ذلك أنّ إجراءات المؤاخذة لا توجب استمرارية صفة القاضي بل تنطبق على الأعمال القضائية أي أن تكون الأعمال المؤاخذة قضائية زمن ارتكابها.

وفي غير صور مؤاخذة الحكام، يبقى الخطأ القضائي في دائرة الخطأ المرفقي، ولا يمكن لمحكمة التعقيب أن تختصّ به، بل يمكن مبدئيا التماس القضاء

الإداري لطلب التعويض، إلا إذا اعتبرنا أنّ الأخطاء القضائية لا يجوز التعويض عنها خارج دائرة نظام مؤاخذة القضاء وخارج دائرة بعض القوانين الخاصة[1].

(1) تقول المبادئ العامة في التعويض عن الضرر الذي يرتكبه الموظف أنه لكلّ شخص أثبت الضرر مهما كان نوعه ومصدره له أن يطالب تعويضه ماديا ومعنويا (الفصلان 82 و83 م.ا.ع). «فمن تسبب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسيا أو معنويا فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرة. ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك». و» من تسبب في مضرة غيره خطأ سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنه هو السبب الموجب للمضرة مباشرة. وكل شرط يخالف ذلك لا عمل عليه. والخطأ هو ترك وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر». وتنسحب «المسؤولية المقررة بالفصلين أعلاه على الدولة ولو من حيث تصرفها بمقتضى ما لها من عموم النظر وعلى الإدارات البلدية وغيرها من الإدارات العمومية فيما يتعلق بالفعل أو الخطأ الصادر من نوابها أو مستخدميها حال مباشرتهم لما كلفوا به مع بقاء حق من حصل له الضرر في القيام على من ذكر في خاصة ذاتهم»(الفصل 84 م.ا.ع). و»إذا تسبب موظف أو مستخدم بإدارة عمومية في مضرة غيره مضرة حسية أو معنوية حال مباشرته لما كلف به وكان ذلك عمدا أو خطأ فاحشا منه فهو ملزوم بجبر ذلك إذا ثبت أن السبب الموجب لذلك هو تعمده أو خطؤه لكن إذا كان الخطأ غير فاحش فلا قيام لمن حصلت له المضرة على الموظف إلا إذا لم تكن له وسيلة أخرى للتوصل إلى حقه(الفصل 85 م.ا.ع)».

وعلى ذلك الأساس يمكن أن يسأل الموظّف، عن الخطأ الشّخصي الذّي غالبا «ما يتمثّل في الخطأ الذّي يصدر خارج نطاق الوظيفة أو في الخطأ الذّي يصدر عن سلوك غير عادي للموظّف أو في الخطأ الذّي يرتكبه الموظّف بسوء نيّة. كما يعدّ خطأ شخصيّا الخطأ الجسيم الذّي يرتكبه الموظّف وإن كان هذا الخطأ غير عمدي على أن يكون هذا النّوع من الخطأ واقعا في نطاق أعمال التّنفيذ المادي لما تقتضيه الخدمة أو الوظيفة الإداريّة (توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التّونسي، ص. 226 .)». ويكون القيام في هذه الصّورة ضدّ الموظّف نفسه أمام المحاكم العاديّة.

لكنّ التّطبيق بيّن عدم قدرة الموظّف عموما على دفع المبالغ المحكوم بها، فاتّجه الفقه إلى إمكانيّة الجمع بين مسؤوليّة الموظّف ومسؤوليّة الإدارة(ميّز قرار «pelletier» بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، ومكّن قرار Anguet 3 فيفري 1911 الصّادر عن مجلس الدولة الفرنسي من إمكانيّة الجمع بين الخطأين ، وأصبح من الممكن الجمع بين مسؤوليّة الإدارة ومسؤوليّة الموظّف منذ قرار lemonnier الصادر بتاريخ 26 جويلية 1918.) ، بمعنى أنّ المتضرّر يمكنه أن يطالب الإدارة بالتّعويض عن الأضرار التّي حصلت له أمام القضاء الإداري. ويمكن للإدارة في مرحلة ثانية الرّجوع على الموظّف لمطالبته بدفع المبالغ المدفوعة، ويكون ذلك بواسطة مقرّر إداري يمكن الطّعن فيه بالإلغاء أمام المحكمة الإداريّة.

لكنّه إذا وقع تتبّع الموظّف من أجل أخطاء شخصيّة والحال أنّها مجرّد أخطاء مرفقيّة، وصدرت ضدّه أحكام بالتّعويض، يجب على الإدارة أن «تتحمّل ما قد يصدر ضدّه من أحكام بغرم الضّرر»على معنى الفصل الثّامن من القانون الأساسي للوظيفة العموميّة(قانون

1983 المتعلّق بالنّظام الأساسي للوظيفة العموميّة كما وقع تنقيحه). كما يتعيّن على الإدارة اقتسام المسؤوليّة مع الموظّف إذا كان الخطأ مشتركا بين الموظّف والإدارة. ولا يمكن أن يطلب ذلك إلاّ أمام المحكمة الإداريّة صاحبة الاختصاص.

ويذكر أنّ الدّولة تحلّ محلّ الموظّف في جميع الأخطاء المرفقيّة، وقد كرّست المحكمة الإداريّة هذا التّوجّه في مسؤوليّة الطّبيب ورجال التّعليم والحادث المرتكب بواسطة الأعوان الإداريين، بل إنّ المحكمة الإداريّة توسّعت في مفهوم الخطأ المرفقي لغاية إقرار ضمان الدّولة(أقرّت المحكمة الإداريّة بضمان الدّولة في جميع الأخطاء التّي ترتكب بواسطة أعوان التّعليم ولو كانت الأفعال عمدا وأدينوا على المستوى الجزائي، وذلك بناء على أحكام الأمر المؤرّخ في 17 سبتمبر 1937 قبل إلغائه، وقد جاء بالفصل الأوّل من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة أنّ الدّولة تحلّ محلّ أعضاء التّعليم العمومي في نطاق التّشريع الجاريّ به العمل. وهو نفس الموقف الذّي اتّخذه فقه القضاء بفرنسا. (حياة لامين، حلول مسؤوليّة الدّولة محلّ مسؤوليّة أعضاء التّعليم العمومي، مذكّرة للإحراز على شهادة الدّراسات المعمّقة في العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 1996 –1997.).

ومختصر القول إنّ الموظّف يمكن أن يسأل شخصيّا أمام القضاء العادي بسبب الأخطاء الجسيمة التّي تبرز سوء نيّته في الإضرار بالغير وبسبب أعماله المقصودة، مع أنّ قانون الوظيفة العموميّة يحميه إجمالا من الدّعاوى التّي يمكن أن تثار ضدّه بسبب الأخطاء المرفقيّة، التّي تبقى من اختصاص المحكمة الإداريّة. حيث يسأل الموظّف مدنيّا إذا ألحق الخطأ الذّي ارتكبه ضررا مدنيّا سواء للإدارة أو للغير لكنّه لا يسأل شخصيّا إلاّ عن الأخطاء الشّخصيّة أمّا الأخطاء الوظيفيّة أي الأخطاء المرفقيّة فتتحمّلها الإدارة .وتكمن الصّعوبة في التمييز بين الخطأ الشّخصي من ناحية والخطأ المرفقي من ناحية أخرى، خاصّة وأنّ القانون الإداري يتميّز بضوابط وحدود لا تتأسّس على النّظريّة العامّة للمسؤوليّة،أي أنّ المعايير التّي يستعملها القانون الإداري لغاية تعريف المسؤوليّة المدنيّة لا تعود بالضّرورة إلى المبادئ العامّة المنصوص عليها بمجلّة الالتزامات والعقود . ويعرّف رجال القانون الخطأ المرفقي إجمالا بذلك الخطأ الذّي له علاقة بالمرفق والذّي يتّصل به اتّصالا وثيقا، فهو خطأ ناتج عن السّير العادي للمرفق، والذّي يمكن بطريقة أو بأخرى أن يحدث أضرارا للغير . ويعرّف الخطأ الشّخصي بأنّه ذلك الخطأ الذّي ارتكبه الموظّف والذّي ليس له علاقة بالمرفق العام فهو تصرّف شخصي ليس له علاقة بالسّير العادي للمرفق. وقد ميّز فقه القضاء بفرنسا بين الخطأ الشّخصي والخطأ المرفقي منذ قرار pellitier لعام 1873 الصّادر عن محكمة التنازع الفرنسيّة ،وقد اعتمد على معيار شخصي للدّلالة على الفرق بين الخطأين . وبالتّالي تعتبر أخطاء شخصيّة الأخطاء التّي يرتكبها الموظّف في حياته العامة خارج أوقات العمل وتعتبر كذلك أخطاء شخصيّة وإن حدثت خلال القيام بالعمل إذا «كانت ناتجة عن أغراض شخصيّة أو عن تصرّف غير عادي للموظّف.ويؤاخذ الموظّف عن الأعمال التّي يأتيها عمدا لغاية الإضرار بالغير مدنيّا دون أن يقع إدخال الإدارة في ذلك. ويلحق بالأعمال المتعمّدة الأخطاء الجسيمة وإن لم تكن ناتجة عن خطإ متعمّد. (توفيق بوعشبة المرجع السّابق ص 226).

ويبدو فعلا أنّ ما أورده المشرع سنة 2002 فيما يتعلّق بإجراءات تعويض الموقوفين والمحكوم عليهم الذّين ثبتت براءتهم بموجب القانون عدد 94 لسنة 2002 المؤرّخ في 29 أكتوبر 2002 قد استوعب جانبا كبيرا من الأخطاء المرفقية إن لم يكن جميعها[1]. حيث يمكن لكل من أوقف تحفظيا أو نفذت عليه عقوبة السجن مطالبة الدولة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه من جراء ذلك إذا صدر في شأنه قرار بحفظ التهمة إما لأن الفعلة لا تتألف منها جريمة أو لأنه لا وجود لها أصلا أو لأنه لا يمكن نسبتها إلى المتهم، أو إذا صدر ضده حكم بالسجن ثم ثبتت براءته بوجه بات للأسباب المذكورة أعلاه، أو إذا صدر ضده حكم في موضوع سبق أن اتصل به القضاء. وينتقل حق التعويض عند وفاة صاحب الحق إلى القرين والأبناء والوالدين فقط. ويرفض طلب التعويض إذا

وقد جاء بقانون 1972 حسب ما وقع تنقيحه في عدّة مناسبات، بأنّ المحكمة الإداريّة تختصّ بالدّعاوى الرّامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعمالها الإداريّة غير الشرعيّة أو من أجل الأشغال التّي أذنت بها أو من أجل أضرار غير عاديّة ترتّبت عن أحد أنشطتها الخطرة، كما تنظر في جميع الدّعاوى ذات الصّبغة الإداريّة باستثناء ما أسند منها لمحاكم أخرى بقانون خاصّ(الفصل 17 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 67 لسنة 1983 المؤرّخ في 21 جويلية 1983 والقانون الأساسي عدد 66 لسنة 1991 المؤرّخ في 2 أوت 1991 والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 1994 المؤرّخ في 21 فيفري 1994 والقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرّخ في جوان 1996.). وبالتّالي يمكن للمحكمة الإداريّة أن تنظر في دعوى التّعويض، وقد رأى فقهاء القانون الإداري أنّ مسؤوليّة الإدارة لا تتأسّس على الأحكام الواردة بمجلّة الالتزامات والعقود، بل استنبط فقه قضاء المحكمة الإداريّة المسؤوليّة المستندة إلى الخطأ التعاقدي والمسؤوليّة المستندة إلى خطأ مثبت أو إلى خطأ مفترض أو إلى نظريّة التّبعة والمخاطر، وكان مستقلاّ في إقرار التّعويضات اللاّزمة للمتضرّرين من الخطأ المرفقي، دون الرّجوع إلى الضّوابط التّي تميّز التّقاضي العدلي(أعمال الملتقى المنعقد من 27 إلى 29 نوفمبر 1996 حول إصلاح القضاء الإداري، منشورات مركز النّشر الجامعي 1991. وخاصّة محمّد الصّالح بن عيسى، الدّعوى المتعلّقة بمسؤوليّة الإدارة أمام المحكمة الإداريّة.). فقط إذا كان الخطأ متعمدا أو جسيما فيبقى النظر من اختصاص المحاكم العدلية مهما كانت الجهة المسؤولة.

وإذا أخذت إجراءات مؤاخذة الحكام محور الأخطاء الشخصية وضمنت لها إجراءات خاصة بالفصلين 199 و200 م.م.م.ت، بدل اختصاص القضاء العدلي، فذلك لا يعني ضرورة أنها منعت إجراءات الأخطاء المرفقية أمام القضاء الإداري. وما ورد بالفصل 86 م.ا.ع من أنّ المأمور القضائي مسؤول بالخسارة لمن لحقه الضرر كلما اقتضت الأحكام الجزائية مؤاخذته، لا يمنع مسؤولية الإدارة بالنسبة إلى الأخطاء المرفقية. والفرق شاسع بين الأخطاء الشخصية والأخطاء المرفقية.

(1) الرّائد الرّسمي 1 نوفمبر 2002 ص 2751 عدد 89.

كان الطالب هو المتسبب كليا أو جزئيا في الحالات التي أدت إلى إيقافه تحفظيا أو الحكم عليه بالسجن. ولا تنطبق أحكام هذا القانون كذلك على القرارات والأحكام الباتة الصادرة بالبراءة قبل تاريخ نفاذه أي الصادرة قبل سنة 2002.

وقد أورد المشرع في ذلك إجراءات خاصة تبقي على اختصاص المحاكم العدلية حيث يرفع طلب التعويض خلال أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ صيرورة القرار أو الحكم المحتج به باتا وإلا سقط الحق. وتختص محكمة الاستئناف بتونس بالنظر في مطالب التعويض. وتنظر في هذه المطالب دائرة مختصة تتألف من الرئيس الأول للمحكمة أو نائبه وعضوين بخطة رئيس دائرة لدى نفس المحكمة وتعقد جلساتها بمحضر ممثل النيابة العمومية وبمساعدة كاتب جلسة. يرفع مطلب التعويض إلى كتابة المحكمة بواسطة محام وذلك بعريضة كتابية مصحوبة بالمؤيدات ويجب أن تشتمل على العنوان المختار للطالب ووقائع الدعوى وتاريخ الإيداع بالسجن وتاريخ السراح وعدد القرار أو الحكم الذي تم على أساسه الإيداع وتاريخ وعدد القرار الصادر بالحفظ أو الحكم القاضي بالبراءة ومبلغ التعويضات المطلوبة وأسانيدها القانونية. ويتولى كاتب المحكمة تقييد العريضة بالدفتر المعد للغرض ويحيلها إلى رئيس المحكمة الذي يأذن بنشر القضية بالجلسة التي يعينها ويأذن بجلب الملف. وعلى الطالب استدعاء المكلف العام بنزاعات الدولة للحضور أمام المحكمة في أجل لا يقل عن ستين يوما قبل تاريخ الجلسة وذلك بواسطة عدل منفذ ويكون الاستدعاء مرفوقا بالوثائق المستند إليها. وتعقد المحكمة جلساتها وتصدر حكمها بحجرة الشورى. ويمكن سماع الطالب أو أن يحضر محاميه للمرافعة إن طلبا ذلك كتابة. ويجوز الطعن في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف أمام محكمة التعقيب في ظرف عشرين يوما بداية من تاريخ الإعلام به. والطعن يوقف التنفيذ. وتتألف محكمة التعقيب المنتصبة للنظر في مطالب التعويض من الرئيس الأول للمحكمة أو نائبه وعضوين بخطة رئيس دائرة لدى نفس المحكمة ويقوم بوظائف الادعاء العام وكيل الدولة العام أو نائبه وبوظيفة كاتب جلسة أحد كتبة محكمة التعقيب. وفي صورة الحكم بالنقض الكلي أو الجزئي تتولى محكمة التعقيب البتّ في أصل الدعوى. ولا يشارك في النظر في مطالب التعويض المنشورة أمام محكمة الاستئناف أو محكمة التعقيب من سبقت مشاركته في إصدار القرار أو الحكم الذي تم على أساسه الإيداع بالسجن أو من أبدى رأيه فيها بوصفه ممثلا للنيابة العمومية أو بأية صفة أخرى. وتنطبق على مطالب التعويض والطعن فيها قواعد الإجراءات الخاصة بالمحكمة المتعهدة بالنظر والمبيّنة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يخالف أحكام هذا القانون.

وتخضع قيمة التعويض لاجتهاد المحكمة حيث يقضى للطالب بتعويض جملي عن الضرر الحاصل له إذا أثبت حقيقة الضرر وجسامته وأنه حالّ وناتج مباشرة عن الإيقاف التحفظي أو عن تنفيذ عقوبة السجن. ويراعى في تقدير التعويض مدة الإيقاف أو مدة العقوبة المقضّاة فعلا بالسجن وكل الظروف الواقعية المفيدة للتقدير. ويمكن للمحكمة بطلب من المتضرر الإذن بنشر مضمون الحكم الصادر بالتعويض بصحيفتين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية يختارهما طالب التعويض. ومصاريف النشر تحمل على صندوق الدولة. وللدولة في النهاية أن ترجع بما دفعته على الشاكي أو القائم بالحق الشخصي أو شاهد الزور إذا تسبب عن سوء نيّة في صدور القرار أو الحكم مصدر الضرر.

الجزء الخامس

في الوسائل الوقتية

الباب الأول

في القضاء المستعجل

الفصل 201 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات بدون مساس بالأصل.

على أنه يجوز القضاء للطالب بضمان أو بدونه بتسبقة إما لمجابهة مصاريف علاج ضرورية أو مصاريف ذات صبغة معاشية وإما لحفظ حقوق ومصالح متأكدة، بشرط أن يكون الطلب مؤسسا على دين غير متنازع فيه بصفة جدية وأن يكون الطالب قد رفع دعوى في الأصل في شأن نفس ذلك الدين. ويرفع الطلب إلى رئيس المحكمة المتعهدة بالقضية الأصلية لدى محكمة الدرجة الأولى ويقع البت في المطلب والطعن في الحكم الصادر في شأنه وفق القواعد المتعلقة بالقضاء الاستعجالي.

الفصل 202 ـ يقضي في الأمور المستعجلة رئيس المحكمة الابتدائية أو الحاكم المعين من طرفه أو حاكم الناحية في الصور التي خصصه القانون بالنظر فيها.

الفصل 203 ـ يقدم المطلب الاستعجالي بعريضة يحررها الطالب أو من يمثله قانونا ويعلم بها خصمه بواسطة العدل المنفذ يدعوه فيها للحضور لدى الحاكم ذي النظر مع مراعاة قواعد الإجراءات المنطبقة لدى حاكم الناحية.

وتكون هاته العريضة مشتملة على بيان اسم ولقب وحرفة ومقر الطالب والمطلوب وموضوع الطلب وطلبات المدعي والمحكمة توقع الاستدعاء للحضور لديها وزمن الحضور ساعة ويوما وشهرا وسنة مع مراعاة أحكام الفصل 71. وينبغي أن لا يقل ميعاد الحضور عن ثلاثة أيام.

الفصل 204 ـ يجب على الطالب قبل الموعد المحدد للحضور أن يقدم أصل العريضة المبلغة للمطلوب لكاتب المحكمة وأن يدفع عن إذنه المعاليم القانونية الواجب دفعها.

ويتولى الكاتب حينا ترسيم العريضة بالدفتر المعد لذلك ثم يرسمها بجدول الجلسة المعينة لها.

الفصل 205 ـ إذا لم يحضر الطالب أو نائبه الرسمي فإن القضية يقع طرحها.

وإذا لم يحضر المطلوب أو من يمثله قانونا بعد بلوغ الاستدعاء إليه طبق القانون يحكم في القضية كما لو كان حاضرا.

الفصل 206 ـ يمكن للحاكم عند شديد التأكد الإذن بالاستدعاء لليوم نفسه أو للغد كما يمكن له أن يتلقى المطلب مباشرة ولو بمنزله الخاص وان يأذن باستدعاء الخصوم حينا وحتى في أيام العطل وفي هاته الصورة يمكن الاستدعاء بواسطة العدل المنفذ أو أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية «ويرجأ»[1][1] خلاص المعاليم إن اقتضى الحال.

الفصل 207 ـ يقع تنفيذ الأذون الاستعجالية بعد أربع وعشرين ساعة من تاريخ وقوع الإعلام بها ما لم يأذن بخلاف ذلك الحاكم الذي له الحق في منح آجال على وجه الفضل.

والتنفيذ يقع بدون ضمان الا إذا أذن الحاكم بوجوب تقديم ضمان.

وفي صورة شديد التأكد يمكن للحاكم أن يأذن بالتنفيذ طبقا لمسودة الحكم قبل تسجيله كما له أن يأذن بالتنفيذ بدون سابقية إعلام.

الفصل 208 ـ يرفع استئناف الأحكام الاستعجالية الصادرة من رؤساء المحاكم الابتدائية للمحكمة الاستئنافية ذات النظر.

ويرفع استئناف الأحكام الاستعجالية الصادرة من حكام النواحي للمحكمة الابتدائية ذات النظر.

أما الأحكام الاستعجالية الصادرة من رؤساء محاكم الاستئناف في المواضيع التي خصصهم القانون بالنظر فيها فهي غير قابلة للاستئناف.

الفصل 209 (نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980) ـ استئناف الأحكام الاستعجالية لا يوقف تنفيذها غير أنه بصفة استثنائية يمكن لرئيس المحكمة التي تنظر في الاستئناف أن يأذن بتوقيف الحكم المطعون فيه لمدة شهر عندما يتبين له أن فيه خرقا واضحا لأحكام الفصل 201 من هذه المجلة.

(1) إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 26 بتاريخ 24 ماي 1963، ص882.

ولا يمكن أن يصدر الإذن بإيقاف التنفيذ الا بعد سماع الخصوم والقرارات الصادرة بإذن بإيقاف التنفيذ غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب.

الفصل 210 ـ ينظر رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة :

أولا : من المحكمة الابتدائية بدون أن يقع استئنافها.

ثانيا : من المحكمة الاستئنافية سواء كان الحكم صادرا بتقرير الحكم الابتدائي أو نقضه. ويختص حاكم الناحية بالنظر في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ كافة الأحكام الصادرة منه ولو وقع نقضها من محكمة الاستئناف.

الفصل 211 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يجب على كل من يثير صعوبة عند التنفيذ أن يقدم للعدل المنفذ مشافهة أو كتابة ما له من قول في شأنها فيحرر العدل المنفذ محضرا في ذلك ويستمر في التنفيذ إلا إذا استشكل الأمر فإنه يوقف أعمال التنفيذ ويحرر محضرا يبين فيه وجه الصعوبة ويتضمن دعوة من يهمهم الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص ويسلم إلى كل واحد منهم نسخة من ذلك المحضر.

ولا يمكن توقيف أعمال التنفيذ إلا إذا سبّق مثير الصعوبة لعدل التنفيذ مصاريف نشر القضية، ويتولى هذا الأخير عندئذ عرض الأمر على القاضي المذكور بتقديم نسخة من ذلك المحضر إليه.

وإذا رفض عدل التنفيذ عرض الصعوبة على القضاء فلمثيرها أن يرفع الأمر إلى القاضي المختص بعد تأمين مبلغ خمسين دينارا بقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط عليه في صورة رفض مطلبه. وعليه استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهمه الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص وفي هذه الحالة يجب على العدل المنفذ تقديم ملحوظات في شأن الصعوبة المثارة.

وينظر القاضي في الصعوبة بعد سماع العدل المنفذ والطرفين أو من ينوبهما قانونا.

وإذا لم يحضر مثير الصعوبة فإنه يقضى في المشكل كما لو كان حاضرا.

ويكون القرار الذي يصدره القاضي في كل الحالات قابلا للتنفيذ حالا على المسودة بقطع النظر عن الاستئناف ودون لزوم للإعلام به، ويجب على كاتب المحكمة أن يسلم لمن شاء من الطرفين نسخة من نص ذلك القرار دون مصاريف خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ التصريح به.

الفصل 212 ـ يقع النظر في القضية الاستعجالية والحكم فيها طبق القواعد المبينة بالفصل 45.

ويضمن بالقرار الصادر فيها البيانات التي نص عليها الفصل 123.

التعليق على الفصول 201 إلى 212

أوردت مجلة الإجراءات المدنية إجراءات القضاء الاستعجالي بالفصول 201 إلى 212 وبيّنت من خلالها مفهوم القضاء الاستعجالي ومرجع النّظر فيه وشكليات الطّلب فيه والحكم في القضية الاستعجالية وتنفيذه وطريقة الطعن فيه.

ـ مفهوم القضاء الاستعجالي: القضاء الاستعجالي هو قضاء مؤكّد ووقتي وليس له علاقة بالأصل، لذلك نصّ الفصل 201 م.م.م.ت. كما هو منقّح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 على أنّه «يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات بدون مساس بالأصل[1]». فالقضاء الاستعجالي يعدّ من الوسائل الوقتية عملا بأحكام الفصول 201 وما بعد م.م.م.ت، يتوقف على مبدأ هام وهو عدم المساس بالأصل، وعلى ذلك الأساس فإن المساس بالأصل يؤدي حتما إلى رفض الطلب شكلا. فهناك أمور لا تنتظر إجراءات القضية الأصلية خشية ضياع الحق أو اندثار وسائل إثباته وتوجب تفعيل إجراءات استثنائية لذلك كانت الإجراءات الاستعجالية ذات الطابع المؤكّد والوقتي دون الخوض في الأصل.

+فهو قضاء مؤكّد لأنّه ببساطة لا ينتظر اتباع المسار العادي في التقاضي ويوجب اتخاذ وسائل على وجه السرعة بهدف المحافظة على الوضع القائم أو استبعاد ما من شأنه أن يمسّ من ماديته أو المحافظة على شبهة الحقّ أو وسائل إثباته، وفي غيابها يكون الخطر ورجحان المفسدة.

+وهو قضاء ليس له علاقة بالأصل بمعنى أن لا يسعى القاضي إلى معالجة مستندات الدّعوى توصلا للإقرار بالحق أو التدقيق في وسائل الإثبات الموصلة للحق ولكنّه يتخذ الإجراء المناسب تجاوزا لثبوت أو عدم ثبوت أصل الحق. مع التدقيق أنّ مفهوم المساس بالأصل مفهوم مرن حيث ولئن كان على القضاء الاستعجالي عدم الخوض في الأصل إلا أن الحذر من ذلك يجب أن لا يصحبه إفراط ولا مبالغة، ومؤدى ذلك أن لا يمنع القاضي المختص عند النظر استعجاليا

(1) الفصل 201 م.م.م.ت.

من التثبت من مؤيدات الطرفين أو التأكد من المعطيات الواردة بها، فقط أن النظر في الوثائق يجب أن يكون في حدود الصبغة الوقتية والحمائية للإجراء دون أن يتجاوزه إلى البت في أصل النزاع أو تأكيد المديونية أو القول ببطلان الرسوم وبراءة الذمة أو تعميرها.

+وهو قضاء وقتي بمعنى أنّ القضاء يتصل بالحكم وقتيا. فكلّما تغيرت الظروف وجدّت وقائع أخرى جديدة إلا وأمكن إعادة نشر القضية دون أن يعارض الطرف باتصال القضاء.

فكلّما توفرت هذه الشروط، ومن الممكن أن تتوفر في عدّة وقائع، كما أن يطلب الطّالب إرجاع التيار الكهربائي أو تسليم المفاتيح وما شابه ذلك، إلا وكانت القضية استعجالية وهي شروط عامة يجب أن تتوفر في الطّلب الاستعجالي.

ومع ذلك فقد أورد باب القضاء الاستعجالي بيانات خاصة في حالتين، صورة الحكم بتسبقة وصورة الصّعوبة التنفيذية كما أوردت م.م.م.ت. في باب التنفيذ عدّة صور ألحقتها بالقضاء الاستعجالي وخاصة ما يتعلّق بالإشكال التنفيذي حول هوية الخصوم والإشكال التنفيذي الخاص بملكية المتنازع عليه، وأورد الفصل 146 م.م.م.ت. صورة تنفيذ الأحكام الابتدائية الموصوفة غلطا بأنّها ابتدائيّة وأورد الفصل 209 م.م.م.ت. صورة الإذن بوقف تنفيذ الأحكام الاستعجالية الابتدائية، كما أخضع المشرع عدّة إجراءات بنصوص خاصة إلى القضاء الاستعجالي.

+صورة التسبقة: نصّ الفصل 201 م.م.م.ت. في فقرته الثانية «على أنه يجوز القضاء للطالب بضمان أو بدونه بتسبقة إما لمجابهة مصاريف علاج ضرورية أو مصاريف ذات صبغة معاشية وإما لحفظ حقوق ومصالح متأكدة، بشرط أن يكون الطلب مؤسسا على دين غير متنازع فيه بصفة جدية وأن يكون الطالب قد رفع دعوى في الأصل في شأن نفس ذلك الدين. ويرفع الطلب إلى رئيس المحكمة المتعهدة بالقضية الأصلية لدى محكمة الدرجة الأولى ويقع البت في المطلب والطعن في الحكم الصادر في شأنه وفق القواعد المتعلقة بالقضاء الاستعجالي[1]». وبالتالي يتعهّد القاضي الاستعجالي بطلب الحكم بالتسبقة تجاوزا لشرطي التأكد وعدم الخوض في الأصل ولو أنّ الشروط التي وضعها المشرع بالفصل 201 م.م.م.ت. من أن التسبقة تخصص لمجابهة مصاريف علاج

(1) الفصل 201 م.م.م.ت.

ضرورية أو مصاريف ذات صبغة معاشية وإما لحفظ حقوق ومصالح متأكدة تفيد قطعا أنّ الطلب متأكد وليس فيه خوض في الأصل، بل نقول إن الشروط مفترضة في طلب التسبقة. ولا بدّ بطبيعة الحال أنّ تتوفر بقية الشروط وهو أن يلزم الطالب بتقديم قضية أصلية قبل طلب التسبقة.

+**صورة الصّعوبة التنفيذيّة:** أورد الفصل 211 م.م.م.ت. حسبما هو منقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 صورة خاصة للصعوبة التنفيذية في باب القضاء الاستعجالي والقصد هي الوقائع التي تطرأ بعد صدور الحكم في الأصل وتمنع وقتيا أو ظرفيا إتمام التنفيذ وهو ما أسماه المشرّع بالصعوبات التنفيذية. فلا يدخل في معنى الصعوبة اجتهاد المحكمة أو الدفع بعدم الاختصاص الترابي أو الحكمي، بل لا بدّ من إثارة وقائع مادية حدثت بعد صدور الحكم المطلوب تنفيذه.

ويذكر أنّ الصعوبات التنفيذية تدخل ضمن الإطار العام للإشكال التنفيذي حسب ذلك التعريف وتتميز حتما عن الإشكال الموضوعي إذ أنّ الإشكال التنفيذي يحتوى ما له علاقة بالصعوبات الوقتية والصعوبات الموضوعية وينصرف المفهوم في الأخيرة إلى الدفع باستحقاق المتنازع فيه أو النزاع في هوية الخصوم أو الدّفع بعدم أهلية المحكمة مطلقا أو الدفع بالتدليس والغلط الحسي وبطلان الإعلام وكلّ ما يجعل الحكم المراد تنفيذه باطلا[1]، وهو يدخل جميعه فيما يعرف بصحة إجراءات التنفيذ. وعادة ما تكون هذه الإثارة من أحد الأطراف في الحكم كما يجوز أن يثيرها الغير.

ويشار إلى أنّ المشرع نظّم بعض الأجزاء في الإشكال التنفيذي الموضوعي وخاصة ما يتعلق باستحقاق المتنازع فيه وهوية الخصوم، ولكنّه سكت عن بقية الصور. وسار فقه القضاء على اعتباره ضمن الصور التي تسمح بتعهّد القاضي الاستعجالي.

+ **الإشكال التنفيذي الخاص بهوية الخصوم:** نصّ الفصل 290 م.م.م.ت. في باب تنفيذ الأحكام على أنّه «إذا حصل نزاع في إثبات صفة أحد الطرفين فإن العمل يكون طبق ما هو مبين بالفصلين 210 و211 مع إبقاء الحق للقائم بالتتبع في طلب إجراء عقلة تحفظية بمجرد الإعلام بالحكم». وبالتالي فإنّ المنفذ عليه يمكن أن يدفع بعدم صحة إجراءات التنفيذ بمباشرة التنفيذ على شخص لا يشمله

(1) يراجع باب بطلان الأحكام.

الحكم. ويكون الإجراء استعجاليا دون حاجة أصلا للتثبت من عنصري التأكد وعدم المساس بالأصل إذ أنّها مفترضان في مثل هذه الصورة.

+**الإشكال التنفيذي الخاص بملكية المتنازع عليه:** نصّ الفصل 403 م.م.م.ت. على أنّه «إذا ادعى الغير ملكية المعقول كلا أو بعضا فإن العدل المنفذ بعد إجرائه العقلة يستدعي الطرفين للحضور لدى حاكم الأمور المستعجلة بمكان العقلة وفقا لأحكام الفصلين 210 و211. وإذا رأى هذا الحاكم أن دعوى الاستحقاق جدية فإنه يأذن بتوقيف أعمال التنفيذ ويضرب لمدعي الاستحقاق أجلا قدره خمسة عشر يوما لرفع الأمر لمحكمة الأصل. وإذا تم نشر دعوى الاستحقاق في هذا الأجل فإن التتبعات تتوقف وجوبا إلى أن يقع النظر بصفة باتة في تلك الدعوى. وإذا لم يدل مدعي الاستحقاق بما يفيد نشر دعواه في الأجل المذكور فإنه يقع استئناف التتبعات بداية من الحد الذي انتهت إليه في أول الأمر وبدون أي إجراء آخر أو حكم. ودعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتتبعات والمعقول عنه ولم تشتمل على بيان حجج الملكية». ونص الفصل 462 م.م.م.ت. على أنّ «أحكام الفصل 403 تنطبق على مطالب استحقاق العقارات غير المسجلة». وبالتالي فكلّ من يدّعي استحقاق منقول أو عقار غير مسجل، وهو الغير بطبيعة الحال، من الممكن أن يستشكل موضوعيا التنفيذ طبق الإجراءات الاستعجالية[1].

+**صورة تنفيذ الأحكام الابتدائية الموصوفة غلطا بأنّها ابتدائيّة:** فالأصل أنّ استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها إلا فيما استثناه القانون. غير أنه يجوز لرئيس المحكمة ذات النظر أي رئيس محكمة الاستئناف أن يأذن بتوقيف تنفيذ الأحكام «الموصوفة غلطا بكونها» نهائية. ولا يصدر الإذن بتوقيف التنفيذ إلا بعد سماع المرافعة بجلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت. وعلى الطالب أن يستدعي خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وإن لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه. والإذن الصادر بتوقيف التنفيذ غير قابل للطعن ولو بطريق التعقيب[2].

+ **صورة الإذن بوقف تنفيذ الأحكام الاستعجالية:** الأصل أنّ استئناف الأحكام الاستعجالية لا يوقف تنفيذها غير أنه بصفة استثنائية يمكن لرئيس المحكمة التي تنظر في الاستئناف أن يأذن بتوقيف الحكم المطعون فيه استعجاليا لمدة شهر

(1) يلاحظ أنّ المشرع لم يشر إلى العقارات المسجلة لأنها لا تطرح نظريا نزاعات استحقاقية ويعتدّ دوما ببيانات السجل العقاري.

(2) إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 26 بتاريخ 24 ماي 1963، ص882.

عندما يتبين له أن فيه خرقا واضحا لأحكام الفصل 201 م.م.م.ت. أي لشروط القضاء الاستعجالي. ولا يمكن أن يصدر الإذن بإيقاف التنفيذ إلا بعد سماع الخصوم والقرارات الصادرة بإذن بإيقاف التنفيذ غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب[1].

+**النصوص الخاصة**: يمكن الإشارة في هذا الباب إلى عدّة نصوص وخاصة القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين والمتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات والمحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف والفصل 220 من مجلة الشغل.

ـ **مرجع النظر في القضاء الاستعجالي**: يقضي في الأمور المستعجلة رئيس المحكمة الابتدائية أو الحاكم المعين من طرفه أو حاكم الناحية في الصور التي خصصه القانون بالنظر فيها[2].

فالأصل أنّ رئيس المحكمة الابتدائية هو المرجع في اختصاص القضاء الاستعجالي، ويعود له النظر في الصعوبات التنفيذية في تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ولو وقع استئنافها، ولا ينظر قاضي الناحية استعجاليا إلا في مطالب العقل التحفظية عندما يكون المبلغ المطلوب من أجله العقلة لا يتعدى حدود نظره أي سبعة آلاف دينار وفي مطالب إجراء المعاينات المتأكدة، وفي الصعوبات الناشئة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ولو وقع نقضها استئنافيا، وفي مطالب توقيف تنفيذ أحكامه المعترض عليها، وفي مطالب التمكين من نسخة تنفيذية أخرى من الأحكام الصادرة عنه[3]. وبالتالي فإنّ اختصاص قاضي الناحية في الاستعجال قد ورد على سبيل الحصر ولا يمكن تجاوزه.

ولا يختصّ رئيس محكمة الاستئناف استعجاليا إلا في بعض الحالات المحدّدة قانونا مثل صورة الفصل 146 م.م.م.ت. في الإذن بوقف تنفيذ الأحكام الابتدائية الموصوفة غلطا بأنّها ابتدائيّة أو الإذن بوقف تنفيذ الأحكام الاستعجالية على معنى الفصل 209 م.م.م.ت.. ولا ينظر في الصعوبات التنفيذية الناتجة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف إذ أنّ ذلك يعود لرئيس المحكمة الابتدائية، حيث ينظر رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه في جميع الصعوبات

(1) الفصل 209 م.م.م.ت.
(2) الفصل 202 م.م.م.ت.
(3) الفصل 39 م.م.م.ت.

المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بدون أن يقع استئنافها وعن المحكمة الاستئنافية سواء كان الحكم صادرا بتقرير الحكم الابتدائي أو نقضه. ويختص حاكم الناحية بالنظر في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ كافة الأحكام الصادرة منه ولو وقع نقضها من محكمة الاستئناف[1].

ـ **شكليّات الطّلب الاستعجالي**: الأصل أن يقدم المطلب الاستعجالي بعريضة يحررها الطالب أو من يمثله قانونا ويعلم بها خصمه بواسطة العدل المنفذ يدعوه فيها للحضور لدى الحاكم ذي النظر مع مراعاة قواعد الإجراءات المنطبقة لدى حاكم الناحية حيث من الممكن تقديم عريضة مباشرة إلى كتابة المحكمة التي تتولى استدعاء الأطراف بالطريقة الإدارية.

وتكون هذه العريضة مشتملة على بيان اسم ولقب وحرفة ومقر الطالب والمطلوب وموضوع الطلب وطلبات المدعي والمحكمة توقع الاستدعاء للحضور لديها وزمن الحضور ساعة ويوما وشهرا وسنة وتنطبق أحكام الفصل 71 م.م.م.ت. فيما يتعلق بالغلط في الهوية والمحكمة وتاريخ الجلسة وميعاد الحضور وعدم تسليم الوثائق وعدم التنبيه بتقديم الجواب. وينبغي أن لا يقل ميعاد الحضور عن ثلاثة أيام[2].

ويجب على الطالب قبل الموعد المحدد للحضور أن يقدم أصل العريضة المبلغة للمطلوب لكاتب المحكمة وأن يدفع عن إذنه المعاليم القانونية الواجب دفعها. ويتولى الكاتب حينا ترسيم العريضة بالدفتر المعد لذلك ثم يرسمها بجدول الجلسة المعينة لها.

ويمكن بطبيعة الحال للقاضي عند شديد التأكد الإذن بالاستدعاء لليوم نفسه أو للغد كما يمكن له أن يتلقى المطلب مباشرة ولو بمنزله الخاص وأن يأذن باستدعاء الخصوم حينا وحتى في أيام العطل وفي هذه الصورة يمكن الاستدعاء بواسطة العدل المنفذ أو أحد أعوان المحكمة أو السلطة الإدارية ويرجأ خلاص المعاليم إن اقتضى الحال[3].

أما الإشكالات التنفيذية فقد أورد لها المشرع إجراءات خاصة حيث « يجب على كل من يثير صعوبة عند التنفيذ أن يقدم للعدل المنفذ مشافهة أو كتابة ما له من قول في شأنها فيحرر العدل المنفذ محضرا في ذلك ويستمر في التنفيذ إلا إذا

(1) الفصل 210 م.م.م.ت.
(2) الفصل 203 م.م.م.ت.
(3) الفصل 206 م.م.م.ت.

استشكل الأمر فإنه يوقف أعمال التنفيذ ويحرر محضرا يبين فيه وجه الصعوبة ويتضمن دعوة من يهمهم الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص ويسلم إلى كل واحد منهم نسخة من ذلك المحضر. ولا يمكن توقيف أعمال التنفيذ إلا إذا سبّق مثير الصعوبة لعدل التنفيذ مصاريف نشر القضية، ويتولى هذا الأخير عندئذ عرض الأمر على القاضي المذكور بتقديم نسخة من ذلك المحضر إليه. وإذا رفض عدل التنفيذ عرض الصعوبة على القضاء فلمثيرها أن يرفع الأمر إلى القاضي المختص بعد تأمين مبلغ خمسين دينارا بقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط عليه في صورة رفض مطلبه. وعليه استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهمه الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص وفي هذه الحالة يجب على العدل المنفذ تقديم ملحوظات في شأن الصعوبة المثارة[1]».

فقد ترفع الصعوبة من عدل التنفيذ أو الطالب أو المطلوب أو الغير، ولا يتوقف التنفيذ إلا إذا استشكل تماما.

كما أورد المشرع إجراءات خاصة بالإشكال الموضوعي الخاص باستحقاق منقول أو عقار غير مسجل حيث نصّ الفصل 403 م.م.م.ت. على أنّه «إذا ادعى الغير ملكية المعقول كلا أو بعضا فإن العدل المنفذ بعد إجرائه العقلة يستدعي الطرفين للحضور لدى حاكم الأمور المستعجلة بمكان العقلة وفقا لأحكام الفصلين 210 و211. وإذا رأى هذا الحاكم أن دعوى الاستحقاق جدية فإنه يأذن بتوقيف أعمال التنفيذ ويضرب لمدعي الاستحقاق أجلا قدره خمسة عشر يوما لرفع الأمر لمحكمة الأصل. وإذا تم نشر دعوى الاستحقاق في هذا الأجل فإن التتبعات تتوقف وجوبا إلى أن يقع النظر بصفة باتة في تلك الدعوى. وإذا لم يدل مدعي الاستحقاق بما يفيد نشر دعواه في الأجل المذكور فإنه يقع استئناف التتبعات بداية من الحد الذي انتهت إليه في أول الأمر وبدون أي إجراء آخر أو حكم. ودعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتتبعات والمعقول عنه ولم تشتمل على بيان حجج الملكية». ونص الفصل 462 م.م.م.ت. على أنّ «أحكام الفصل 403 تنطبق على مطالب استحقاق العقارات غير المسجلة».

وأورد المشرع إجراءات خاصة بالنسبة إلى وقف تنفيذ الأحكام الابتدائية الموصوفة غلطا بأنها نهائية على معنى الفصل 146 م.م.م.ت. حيث لا يصدر الإذن بتوقيف التنفيذ إلا بعد سماع المرافعة بجلسة استعجالية تعقد في أسرع

(1) الفصل 211 م.م.م.ت.

وقت. وعلى الطالب أن يستدعي خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وإن لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه. والإذن الصادر بتوقيف التنفيذ غير قابل للطعن ولو بطريق التعقيب[1].

كما أورد المشرع إجراءات خاصة بالنسبة إلى وقف تنفيذ القرارات الاستعجالية على معنى الفصل 209 م.م.م.ت. حيث ولا يمكن أن يصدر الإذن بإيقاف التنفيذ إلا بعد سماع الخصوم والقرارات الصادرة بإذن بإيقاف التنفيذ غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب[2].

ـ الحكم في القضية الاستعجالية: يقع النظر في القضية الاستعجالية والحكم فيها طبق القواعد المبينة بالفصل 45 م.م.م.ت[3]. وقد نصّ هذا الفصل على أنّه «عندما يحضر الطرفان لدى قاضي الناحية طوعا منهما أو بعد استدعائهما كما يجب أن يدعوهما للصلح، فإن استجابا له قضى بإمضائه وإلا أمكنه القضاء بينهما في الحال بمحضر الكاتب بعد سماع مقالهما وتلقي مؤيداتهما. وإذا رأى القاضي أن القضية لم تتهيأ للحكم يأذن بإتمام الإجراء اللازم لفصلها في أجل يحدده وينبه شفاهيا على الأطراف بالحضور في الجلسة التي يعينها». علما أنّ الفصل 45 نقح بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 لإضافة واجب عرض الصلح، ولم يكن هذا الواجب موجودا يوم تحرير الفصل 212 م.م.م.ت. القاضي بالإحالة إلى الفصل 45 م.م.م.ت. وهو ما يعني أنّ واجب الصلح لم يكن مطروحا أمام القاضي الاستعجالي وما قصده المشرع من هذه الإحالة أن ينظر القاضي الاستعجالي في النزاع بحضور الطرفين ويمكنه أن يتخذ القرار في وقته إذا تهيأت القضية وإلا فمن الممكن التأخير لتقرير القضية.

وإذا لم يحضر الطالب أو نائبه الرسمي فإن القضية يقع طرحها. وإذا لم يحضر المطلوب أو من يمثله قانونا بعد بلوغ الاستدعاء إليه طبق القانون يحكم في القضية كما لو كان حاضرا[4]. كما ينطبق جزاء البطلان في كلّ خلل شكلي ولم يصحح طبق أحكام الفصل 71 م.م.م.ت.

على أنّ المشرع أورد قاعدة خاصة بالنسبة إلى الصعوبة التنفيذية حيث ينظر القاضي في الصعوبة بعد سماع العدل المنفذ والطرفين أو من ينوبهما قانونا. وإذا

(1) إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 26 بتاريخ 24 ماي 1963، ص882.
(2) الفصل 209 م.م.م.ت.
(3) الفصل 212 م.م.م.ت.
(4) الفصل 205 م.م.م.ت.

لم يحضر مثير الصعوبة فإنه يقضى في المشكل كما لو كان حاضرا[1]. وبالتالي فإن عدم حضور المستشكل وقد يكون طالب التنفيذ أو المنفذ ضدّه أو الغير لا يمنع القاضي من النظر فلا تطرح القضية.

ويمكن للمحكمة في النهاية أن تقبل الدعوى وتتخذ القرار المناسب ولها كذلك أن ترفض الدّعوى. على أنّ صيغة الأحكام في الإشكالات التنفيذية لها ما يميزها حيث إذا قبلت المحكمة الطلب وكان رافع الصعوبة طالب التنفيذ فمن المفروض أن تبين الحكمة كيفية إتمام أعمال التنفيذ وإذا رفضت طلبه فإنها تقضي بالاستمرار في التنفيذ. أما إذا كان المستشكل هو المنفذ ضده وقد قبلت المحكمة الإشكال فالمفروض أن تقضي المحكمة بوقف أعمال التنفيذ وقتيا ويستمرّ الوقف إلى حين صدور حكم استعجالي آخر أو أن يصدر حكم في الأصل مع اتخاذ قرار في مآل التنفيذ. وإذا رفض طلبه تأذن عادة بالاستمرار في أعمال التنفيذ. وقد يكون المستشكل هو الغير فإذا قبلت المحكمة طلبه تبين المحكمة ما على المستشكل أن يفعله كما في صورة ادعاء ملكية موضوع التنفيذ.

ولكنّه لا يمكن للنيابة العمومية الإذن بتوقيف التنفيذ مهما كانت الصورة وإنما يعود الأمر لتقدير عدل التنفيذ بداية والمحكمة في نهاية الأمر، خلافا لبعض من الواقع.

ويضمن بالقرار الاستعجالي البيانات التي ترد في الأحكام على معنى الفصل 123 م.م.م.ت.[2]. بما في ذلك المصاريف القانونية أي المصاريف الراجعة للدولة أي مصاريف القضية المؤمنة أو الخطايا المحدّدة قانونا خلافا لما سار عليه الواقع. علما أنّ الأحكام الاستعجالية معفاة من التسجيل عملا بأحكام الفصل 9 من مجلة التسجيل الصادرة بموجب القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993.

ـ تنفيذ القرارات الاستعجاليّة: يقع تنفيذ الأذون الاستعجالية بعد أربع وعشرين ساعة من تاريخ وقوع الإعلام بها ما لم يأذن بخلاف ذلك الحاكم الذي له الحق في منح آجال على وجه الفضل. والتنفيذ يقع بدون ضمان إلا إذا أذن الحاكم بوجوب تقديم ضمان. وفي صورة شديد التأكد يمكن للحاكم أن يأذن بالتنفيذ طبقا لمسودة الحكم قبل تسجيله كما له أن يأذن بالتنفيذ بدون سابقية إعلام[3].

(1) الفصل 211 م.م.م.ت.
(2) الفصل 212 م.م.م.ت.
(3) الفصل 207 م.م.م.ت.

فالأصل أن يلخص الحكم الاستعجالي ويقع الإعلام به طبق القانون وينفذ بعد 24 ساعة بدون ضمان إذ أنّ القرارات الاستعجالية تنفذ رغما عن كلّ استئناف. ولكنّه يجوز للقاضي أن يأذن بالتنفيذ في زمن أقل من 24 ساعة ويمكن أن يشترط ضمانا كما يمكن أن يأذن بالتنفيذ على المسودة أي دون تلخيص الحكم، كما يمكنه أن يأذن بالتنفيذ دون سبق إعلام، على أنّ التنفيذ على المسودة لا يعني عدم الإعلام بل لابدّ من التنصيص على عدم الإعلام حتى يعفى المستفيد من ذلك.

على أنّ القرارات الصادرة في مادة الصعوبات التنفيذية لها ما يميزها إذ يكون القرار الذي يصدره القاضي في كل الحالات قابلا للتنفيذ حالا على المسودة بقطع النظر عن الاستئناف ودون لزوم للإعلام به، ويجب على كاتب المحكمة أن يسلم لمن شاء من الطرفين نسخة من نص ذلك القرار دون مصاريف خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ التصريح به[1]. فلا حاجة لإذن المحكمة في التنفيذ على المسودة ودون سبق إعلام بل إنّ طبيعة الصعوبة التنفيذية تحتم التنفيذ على المسودة ودون سابقة إعلام رغما عن كلّ استئناف.

ـ الطعن في القرارات الاستعجالية: يرفع استئناف الأحكام الاستعجالية الصادرة من رؤساء المحاكم الابتدائية للمحكمة الاستئنافية ذات النظر. ويرفع استئناف الأحكام الاستعجالية الصادرة من حكام النواحي للمحكمة الابتدائية ذات النظر. أما الأحكام الاستعجالية الصادرة من رؤساء محاكم الاستئناف في المواضيع التي خصصهم القانون بالنظر فيها فهي غير قابلة للاستئناف[2].

والقاعدة أنّ استئناف الأحكام الاستعجالية لا يوقف تنفيذها غير أنه بصفة استثنائية يمكن لرئيس المحكمة التي تنظر في الاستئناف أن يأذن بتوقيف الحكم المطعون فيه لمدة شهر عندما يتبين له أن فيه خرقا واضحا لشروط النظر الاستعجالي. ولا يمكن أن يصدر الإذن بإيقاف التنفيذ إلا بعد سماع الخصوم والقرارات الصادرة بإذن بإيقاف التنفيذ غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب[3].

وينطبق طلب وقف التنفيذ على القرارات الصادرة في مادة الإشكال التنفيذي والواقع استئنافها إذا ما أذنت بالاستمرار في التنفيذ أما إذا رفض الإشكال فلا يمكن بطبيعة الحال طلب وقف التنفيذ.

(1) الفصل 211 م.م.م.ت.
(2) الفصل 208 م.م.م.ت.
(3) الفصل 209 م.م.م.ت.

وهل يمكن الطعن في القرارات الاستعجالية بطرق الطّعن غير العادية ؟ رغم أهمية الاتجاه في المنع بحكم اتصال القضاء وقتيا بالحكم وبالإمكان إعادة الطلب كلّما تغيرت الظروف، فالأغلب أنّه يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر إذا أصبح الحكم نهائيا كما أنه من الممكن الاعتراض من الغير ويبقى التعقيب ممكنا في القرارات النهائية إلا في الحالات التي منعها المشرع صراحة كما في صورة وقف التنفيذ من قبل رئيس محكمة الاستئناف. وتنطبق القاعدة على القرارات الصادرة في مادة الإشكال التنفيذي.

الباب الثاني
في الأذون على المطالب

الفصل 213 ـ يمكن أن تقدم لرؤساء المحاكم الابتدائية أو حكام النواحي مطالب التحصيل على إذن وذلك في جميع الحالات التي نص عليها القانون وحسب الاختصاص المعين به.

الفصل 214 ـ يمكن للحكام المذكورين في غير تلك الحالات وبشرط وجود خطر ملم أن يصدروا أذونا على المطالب في اتخاذ جميع الوسائل لحفظ الحقوق والمصالح التي لا يمكن أن تبقى بدون حماية وذلك حسب القواعد الاعتيادية لمرجع النظر إلا إذا كانت المطالب متعلقة بنازلة منشورة فأنها تقدم لرئيس المحكمة المتعهدة بها.

الفصل 215 ـ تحرر المطالب في نظيرين على كاغذ متنبر وتقدم في يوم تاريخها مرفقة بمؤيداتها.

الفصل 216 ـ الأذون المجاب بها عن هاته المطالب لا تحتاج إلى تعليل ويلزم أن تكون ممضاة من الحاكم الذي أصدرها ومختومة بطابع المحكمة وتضمن بمجرد صدورها بدفتر مخصص لذلك.

والإجابة عن المطالب أن تكون حينا وعلى أقصى تقدير في بحر الأربع وعشرين ساعة الموالية لتاريخها.

الفصل 217 ـ يمكن للحاكم عند التأكيد الكلي الإجابة بمحله عن المطالب المعروضة عليه ولا يتوقف تنفيذ الأذون في هاته الصورة على ختمها بطابع المحكمة أو تقييدها بالدفتر الأمر الذي يقع تداركه فيما بعد.

الفصل 218 ـ تعفى من التسجيل الأذون الصادرة بموجب تلك المطالب.

الفصل 219 ـ يمكن للحاكم في كل الصور الرجوع في الأذون الصادرة منه وذلك بعد الاستماع إلى الخصوم.

ويجب على طالب الرجوع في الإذن تقديم عريضة يبلغها لخصمه بواسطة العدل المنفذ في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ علمه بالإذن ويدعوه فيها للحضور لدى الحاكم الذي أصدر الإذن في ميعاد أقصاه ثمانية أيام.

والحكم الصادر بمناسبة طلب الرجوع في الإذن يجب تعليله.

الفصل 220 ـ طلب الرجوع في الإذن لا يوقف تنفيذه.

وتنفذ الأذون الصادرة عن المطالب حالا من طرف العدول المنفذين بمجرد الإدلاء بها من طرف من يهمه الأمر.

ويجب أن يشتمل محضر التنفيذ على نص المطلب والإذن الصادر عنه.

الفصل 221 ـ يسقط الإذن على المطلب الذي لم يقدم للتنفيذ في ظرف عشرة أيام من تاريخ صدوره ويفقد مفعوله.

ويمكن للطالب استصدار إذن متى بقي سبب اتخاذه متوفرا.

الفصل 222 ـ يمكن للطالب وللأشخاص الذين استعملوا الحق المنصوص عليه بالفصل 219 أن يقوموا بالاستئناف.

الفصل 223 ـ تستأنف الأذون الصادرة من حكام النواحي للمحكمة الابتدائية وتستأنف الأذون الصادرة من رؤساء المحاكم الابتدائية لمحكمة الاستئناف.

أما القرارات الصادرة من رئيس محكمة الاستئناف فهي غير قابلة للاستئناف والاستئناف لا يوقف التنفيذ.

التعليق على الفصول 213 إلى 223

ـ **الطبيعة القانونية للإذن على العريضة:** يعتبر الإذن على العريضة من الأعمال الولائية gracieuse بمعنى أن لا نزاع فيها ولا توجب أصلا أي إجراء في المواجهة ولا يحتاج الإذن لتعليل ولا يصدر في شكل الأحكام ولا يتصل القضاء بالإذن إلا في صورة صدور حكم على إثر طلب الرجوع فيها فيتصل القضاء بذلك الحكم وقتيا تماما مثل القضايا الاستعجالية.

وقد كان الإذن بحكم طبيعته سببا في عدّة نقاشات فقهية ممن رأى أنّ هذا العمل يدخل في معنى العمل القضائي acte juridictionnel ويدفع في اتّجاه اعتماد تعريف موسع للعمل القضائي[1]، بينما رأى الآخرون أنّ الأذون لا تدخل في معنى العمل القضائي الذي يوجب توفر معنى النزاع ولو كان في المآل وإنما يبقى صورة خاصة لتعهد القاضي بحكم نصوص خاصة ويدخل في الإطار العمل الإداري للقاضي على وجه الإجمال. وتبدو الصورة الثانية أقرب إلى المنطق القانوني.

ومن أجل ذلك أوردت مجلة الإجراءات بابا خاص بالأذون وحدّدت الفصول 213 إلى 223 م.م.م.ت. الإطار القانوني للأذون وبينت من خلالها حالات الإذن ومرجع النظر فيها وشكليّاتها وإعطاء الإذن وتنفيذه والتظلّم في شأنه.

ـ حالات الإذن على العريضة: من الممكن طلب الإذن في جميع الصور التي نصّ عليها المشرع صراحة[2]. كما في صورة الإذن بالعقلة التحفظية على معنى الفصل 322 م.م.م.ت. أو الإذن بالعقلة التوقيفيّة على معنى الفصل 330 م.م.م.ت. أو الإذن بتكليف خبير على معنى القانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993 المتعلق بالخبراء كما هو منقح بموجب القانون عدد 33 لسنة 2010 المؤرخ في 21 جوان 2010 والقانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرفين القضائيين، وغير ذلك من الصور وهي كثيرة[3].

على أنّه يجوز في غير تلك الحالات، أي بدون شرط وجود نصّ صريح، إصدار أذون بشرط وجود خطر ملم وبهدف اتخاذ جميع الوسائل لحفظ الحقوق والمصالح التي لا يمكن أن تبقى بدون حماية[4]. فكلّما توفرت حالة الخطر التّي تهدّد مصالح الناس إلا وأمكن طلب الإذن في اتجاه حماية هذه الحقوق كما في صورة طلب بيع سلع قابلة للتلف وغير ذلك من الصور. ويبقى التقدير للقاضي المتعهّد بطبيعة الحال.

(1) يراجع باب العمل القضائي.
(2) الفصل 213 م.م.م.ت.
(3) علما أنّ المؤتمن العدلي لا يكلف طبق إجراءات الإذن وإنما طبق الإجراءات الاستعجالية خلافا للبقية.
(4) الفصل 214 م.م.م.ت.

ـ مرجع النظر في الأذن على العريضة: يعود الاختصاص أصالة لرئيس المحكمة الابتدائية وقاضي الناحية كلّ حسب اختصاصه حسب قيمة الدّعوى وطبيعة الطلبات حيث «يمكن أن تقدم لرؤساء المحاكم الابتدائية أو حكام النواحي مطالب التحصيل على إذن وذلك في جميع الحالات التي نص عليها القانون وحسب الاختصاص المعين به[1]». وينظر قاضي الناحية حسب الفصل 39 م.م.م.ت. في حدود اختصاصه في إصدار الأذون على العرائض.

ويجوز كذلك للحكام المذكورين في غير تلك الحالات وبشرط وجود خطر ملم أن يصدروا أذونا على المطالب في اتخاذ جميع الوسائل لحفظ الحقوق والمصالح التي لا يمكن أن تبقى بدون حماية وذلك حسب القواعد الاعتيادية لمرجع النظر إلا إذا كانت المطالب متعلقة بقضية منشورة فإنها تقدم لرئيس المحكمة المتعهدة بها[2]. فالمراجع هي قواعد الاختصاص في بيان القاضي المتعهّد إلا في صورة إذا كان النزاع منشورا أمام محكمة معينة بذاتها فالإذن يطلب من رئيس تلك المحكمة وقد يكون رئيس محكمة الاستئناف إذا كانت القضية منشورة أمام محكمة الاستئناف.

ـ شكليات الإذن على العريضة: شكليات الإذن بسيطة حيث تحرر المطالب في نظيرين على كاغذ متنبر وتقدم في يوم تاريخها مرفقة بمؤيداتها[3]. فيقدّم الإذن في ورقتين تحمل كلّ واحدة منها الطّابع الجبائي مع الوثائق المدعمة، مع أنّ مجلة التسجيل والطابع الجبائي لسنة 1993 لم تنص صراحة على ضرورة الطّابع الجبائي بالنسبة إلى الأذون.

ـ إعطاء الإذن على العريضة: بعد الاطلاع على موضوع الطّلب وتقديره من قبل القاضي المتعهّد يمضي هذا الأخير على النسختين دون تعليل سواء في حالة القبول أو الرفض حيث إنّ «الأذون المجاب بها عن هذه المطالب لا تحتاج إلى تعليل ويلزم أن تكون ممضاة من الحاكم الذي أصدرها ومختومة بطابع المحكمة وتضمن بمجرد صدورها بدفتر مخصص لذلك[4]». على أنّ الإجابة عن المطالب يجب أن تكون حينا وعلى أقصى تقدير في بحر الأربع وعشرين ساعة الموالية

(1) الفصل 213 م.م.م.ت.
(2) الفصل 214 م.م.م.ت.
(3) البفصل 215 م.م.م.ت.
(4) الفصل 216 م.م.م.ت.

لتاريخ تقديمها[1]. ويجوز للقاضي في حالة التأكيد الكلي الإجابة بمحله أي بمنزله عن المطالب المعروضة عليه[2].

ـ **تنفيذ الإذن على العريضة:** تنفذ الأذون الصادرة عن المطالب حالا من طرف العدول المنفذين بمجرد الإدلاء بها من طرف من يهمه الأمر. ولا تحتاج إلى الصيغة التنفيذية كما هو الشأن في تنفيذ الأحكام. ويجب أن يشتمل محضر التنفيذ على نص المطلب والإذن الصادر عنه[3].

والأصل أن يكون الإذن ممضى ويحمل طابع المحكمة وعدد الإدراج بالدفتر، ولكنه في صورة التأكيد الكلي والإجابة بمحل القاضي عن المطالب المعروضة عليه لا يتوقف تنفيذ الأذون في هذه الصورة على ختمها بطابع المحكمة أو تقييدها بالدفتر الأمر الذي يقع تداركه فيما بعد[4]. كما لا يتوقف التنفيذ في هذه الصورة على التسجيل بالقباضة المالية حيث « تعفى من التسجيل الأذون الصادرة بموجب تلك المطالب[5]». ولو أنّ الفصل 9 من القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 والمتعلق بإصدار مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي نصّ صراحة وإجمالا على إعفاء الأذون على العرائض من التسجيل[6].

على أنّ الإذن الذي لم يقدّم في أجل عشرة أيام من تاريخه لا يمكن تنفيذه بعد ذلك حيث يسقط الإذن على المطلب الذي لم يقدم للتنفيذ في ظرف عشرة أيام من تاريخ صدوره ويفقد مفعوله. ويجوز بطبيعة الحال للطالب استصدار إذن متى بقي سبب اتخاذه متوفرا[7]. غير أنّ طلب الرجوع في الإذن طبق الإجراءات القانونية لا يوقف تنفيذه.

ـ **الطعن في الإذن على العريضة:** نصت المجلة على طريقتين في التظلم، طلب الرجوع في الإذن والاستئناف. والأصل أنّ طلب الرجوع لا يعدّ من قبيل

(1) الفصل 216 م.م.م.ت.
(2) الفصل 217 م.م.م.ت.
(3) الفصل 220 م.م.م.ت.
(4) الفصل 217 م.م.م.ت.
(5) الفصل 218 م.م.م.ت.
(6) نصت مجلة التسجيل والطابع الجبائي صراحة على إعفاء الأحكام الاستعجالية والأذون على العرائض من معاليم التسجيل كما نصت صراحة على إعفاء المسودة والنسخ المجردة من الطابع الجبائي ولم ترد إشارة واضحة في شأن الأذون من حيث خضوعها للطابع من عدمه.
(7) الفصل 221 م.مزم.ت.

طرق الطّعن سواء كانت عادية أو غير عادية، على خلاف الاستئناف الذي يعدّ طريقة طعن عادية.

+**طلب الرّجوع في الإذن:** يمكن للقاضي في كل الصور الرجوع في الأذون الصادرة منه وذلك بعد الاستماع إلى الخصوم. ويجب على طالب الرجوع في الإذن، وهو غير المستفيد من الإذن بطبيعة الحال وقد يكون أحد الأطراف أو الغير، تقديم عريضة يبلغها لخصمه بواسطة العدل المنفذ في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ علمه بالإذن ويدعوه فيها للحضور لدى الحاكم الذي أصدر الإذن في ميعاد أقصاه ثمانية أيام. والحكم الصادر بمناسبة طلب الرجوع في الإذن يجب تعليله[1]، حيث إنّ النظر طبق إجراءات الرجوع هو نظر تنازعي تحكمه المواجهة ويتصل القضاء بالحكم الصادر في الغرض ولو وقتيا ولذلك كان من اللازم تعليله وتلخيصه كما يجب.

+**الطّعن بالاستئناف:** لا يمكن استئناف الإذن ولكنه من الممكن استئناف الحكم الصادر بمناسبة النظر في طلب الرجوع في الإذن، حيث يمكن لأطراف طلب الرجوع، وليس غيرهم، استئناف الحكم الصادر على إثر طلب الرجوع[2].

وتستأنف الأذون، موضوع الرجوع، الصادرة من حكام النواحي للمحكمة الابتدائية وتستأنف الأذون الصادرة من رؤساء المحاكم الابتدائية لمحكمة الاستئناف. أما القرارات الصادرة من رئيس محكمة الاستئناف فهي غير قابلة للاستئناف[3].

وخلافا للأصل فإنّ الاستئناف لا يوقف التنفيذ[4]. وبعد صدور القرار الاستئنافي في حالة الطعن بهذه الطريقة فإنّه من الممكن الطعن بالتعقيب، على خلاف الأذون الصادرة عن رئيس محكمة الاستئناف فإنه لا يمكن الطعن فيها بالاستئناف. وككل قضية أصلية، وبالرغم من اختلاف الاتجاهات، فإنه من الممكن مباشرة الطعن بالاعتراض أو إعادة الالتماس عند الاقتضاء.

(1) الفصل 219 م.م.م.ت.
(2) الفصل 222 م.م.م.ت.
(3) الفصل 223 م.م.م.ت.
(4) الفصل 223 م.م.م.ت.

الجزء السادس

في أحكام مشركة بين المحاكم

الباب الأول

في التداخل

الفصل 224 ـ يحق للغير الذي له مصلحة في القضية التداخل فيها في كل طور من أطوارها.

ويمكن للخصوم أيضا أن يطالبوا بالتداخل الجبري أو بالحضور للحكم الشخص الذي من شأنه له الحق في الخدش فيه بطريق الاعتراض على الحكم الذي سيصدر وذلك ليكون منسحبا عليه معهم.

الفصل 225 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ طلب التداخل أو الإدخال يقع بنفس الطريقة التي ترفع بمقتضاها الدعوى.

ويجب أن يكون قبل تعيين القضية لجلسة المرافعة.

للمحكمة أصالة منها وفي كل حين أن تأمر بإدخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضروريا لتقدير النزاع.

الباب الثاني

في الدعاوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة

الفصل 226 ـ يمكن للطالب ما دامت القضية بصدد التحضير أن يدعي في صورة دعوى عارضة أو فرعية بأية دعوى متعلقة بالدعوى الأصلية «ولا تقبل»[1][1] إلا إذا كانت أسبابها موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية.

(1) إصلاح غلط بالرائد الرسمي عدد 26 بتاريخ 24 ماي 1963، ص882.

الفصل 227 ـ 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 غرم الضرر المتسبب عن النازلة.

الفصل 228 ـ يحكم في الدعاوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة الأصلية.

التعليق على الفصول 224 و225 و226 و227 و228 م.م.م.ت. في التداخل والدعوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة.

نظمت الفصول 224 إلى 228 م.م.م.ت. التداخل والدعوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة وهي طرق إجرائية تدخل في باب الطلبات والدفوعات الأساس في ممارسة الدّعوى المدنيّة[1].

وتمارس الدّعوى المدنية أو تستعمل l'exercice بهدف حماية الحقّ المدني وتتمثل الممارسة في الطلب la demande الذي يحرّره الخصم ويطلب من القاضي الحكم بنصّه وكذلك في الدّفع la défense الذي يهدف إلى ردّ الطلب، فالطلب والدّفع هما وجها الممارسة في الدّعوى المدنية، وبذلك تستعمل الدّعوى المدنية.

ولا يعني ذلك أنّ الطلب خاص بالمدعي والدفع خاص بالمدّعي عليه، بل إنّ الطلب يمكن أن يصدر عن المدّعي أو المدّعى عليه وكذلك الدفع، فكلّ طرف يمكن أن يصدر عنه طلب أو دفع بحسب موقعه في الخصومة المدنية.

كما أنّ الطلب والدّفع يشترط فيهما جملة من الشروط الإجرائية وهو ما يشترط في عريضة الدّعوى من شكليات من حيث البيانات وآجال تبليغها وهوية من يبلغها وهوية من يتلقاها وتتضمن مضامين موضوعية أي مستندات الدّعوى، ونحن نأخذهما في هذا الإطار من وجهة المضمون، وستكون لنا مناسبة للوقوف على جوانبها الإجرائية الشكلية[2].

وللإحاطة بجوانب الممارسة أو الاستعمال يجب تفصيل ما يرتبط بالطلبات (الفقرة الأولى) والدّفوعات (الفقرة الثانية) في الدّعوى المدنية.

(1) لم ينظم المشرع في هذه الفصول كلّ ما يدخل في باب الطّلبات والدفوعات بل أبقى على عدّة فصول متناثرة بالمجلة لها علاقة بهذا الموضوع مثل الفصلين 28 و29 م.م.م.ت. والفصلين 153 و154 م.م.م.ت. ونحن نجمع شتاتها في هذا الباب.

(2) Jean Vincent - Serge Guinchard : Procédure civile, op.cit., p.164, n°136.

الفقرة الأولى:

الطلبات في الدّعوى المدنية

قبل الحديث عن نظام الطلبات (ب) وآثارها (ت) يتعين الوقوف على مفهومها الحقيقي (أ).

أ ـ مفهوم الطلبات

الطلب هو «الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء عارضا عليه ما يدعيه طالبا الحكم له به[1]»، أو هو «التصرف القانوني الذي بموجبه يقدم الشخص طلبه للقاضي[2]»، فهو بالتالي إجراء أو تصرف قانوني يصدر عن إرادة منفردة ويقدّم إلى القاضي طبق شكليات محدّدة ومضمون معين يمثل ادّعاءات الطالب.

ونميّز عادة بين الطلب الأول demande initiale والطلب العارض demande incidente. فالطلب الأوّل هو الطلب الذي تفتتح به الخصومة أي أول طلب يصدر عن المدّعي demande introductive d'instance ويتمثل في عريضة الدّعوى. فهي المبادرة أول مرة لعرض الأمر على القاضي. وجميع الطلبات التي تصدر بعد ذلك تسمى طلبات عارضة incidentes وفي ذلك عدّة صور، فإذا صدر الطلب العارض عن المدّعي سمي بالطلب الإضافي demande additionnelle وإذا صدر عن المدّعى عليه سمي بالمعارضة demande reconventionnelle وإذا صدر عن الغير تلقائيّا سمي تداخلا demande en intervention وإذا صدر عن الغير بعد طلب إدخاله من المدعي أو المدعى عليه أو المحكمة سمي بالإدخال الجبري demande en intervention forcée.

على أنّه يجب التمييز بين الطلب أول مرة والطلب الأصلي، فالطلب أول مرة هي المبادرة أول مرّة التي تهدف إلى عرض الإدّعاء على القاضي، أما الطّلب الأصلي فهو الطّلب الذي يكون سببا في ربط علاقة خصومة بين شخصين دون شرط أن يكون مفتتحا للخصومة أول مرة، وعليه فما يرد في الطّلب أول مرة والتّداخل والإدخال يعدّ طلبات أصلية بينما لا يعدّ كذلك الطلب الإضافي للمدّعي ودعوى المعارضة للمدّعى عليه إذ سبق لهما قول في الدّعوى.

(1) أحمد أبو الوفاء: المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص. 180، عدد 169.

(2) Jean Vincent - Serge Guinchard : Procédure civile, op.cit., p.168, n°138.

وإلى جانب الطّلب الأصلي والطلب العارض يوجد ما يعرف بالطلب الاحتياطي وقد جاء تحت تسمية الدعوى الفرعية بالفصل 226 م.م.م.ت. demande subsidiaire وهو الطّلب الذي يأتي في المرتبة الثانية بعد الطلب الذي يأتي في المرتبة الأولى وهو دوما مرتبط بالطلبات الأصليّة، فيمكن للمحكمة أن تمرّ إلى الطلب الثاني إذا تركت الأول ولا يقع المرور إلى الثاني إلا بعد ردّ الأول. وقد يشمل الطلب الاحتياطي الطلب أول مرة أو الطلب الأصلي أو الطلب العارض بأنواعه.

وقد أوردت الفصول 226 و227 و228 م.م.م.ت. مفهوم الدعاوى العارضة إذا كانت صادرة عن المدّعي وهي الطلبات الإضافية أو صادرة عن المدّعى عليه أي المعارضة، كما أورد الفصلان 224 و225 م.م.م.ت. مفهوم التداخل والإدخال الجبري إلى جانب الفصلين 15 و16 م.م.م.ت. كما سبق لمجلة المرافعات أن أشارت إلى مفهوم الدّعوى المعارضة بالفصلين 28 و29 م.م.م.ت. وحدّدت الفصول 21 إلى 29 م.م.م.ت. أثر الطّلب الأول والطلب العرضي في تقدير قيمة الدّعوى. لكنّ المجلّة لم تورد تمييزا واضحا بين الطّلب الأول والطّلب الأصلي والطّلب الاحتياطي أو الفرعي.

ب ـ نظام الطلبات

لكلّ طلب نظامه، الطّلب الأولي الأصلي (1) والطلب العرضي أو الفرعي الصادر عن المدّعي(2) والطّلب العرضي الصادر عن المدّعى عليه (3) والطلب الصادر عن الغير المتداخل تلقائيا والطلب الصادر عن الغير الواقع إدخاله جبرا(4).

1 ـ نظام الطّلب الأولي الأصلي

يقدّم الطّلب الأول بواسطة عريضة الدّعوى التي تبلغ إلى المدّعى عليه ثم يقع تقييدها بكتابة المحكمة في آجالها قبل أن تنشر بأول جلسة معينة لها. وقد بيّنت المجلة إجراءات تحرير العريضة وبياناتها وشكلياتها بالفصول 68 وما بعد م.م.م.ت.

وبالتالي لا بدّ من التمييز بين تاريخ توجيه العريضة الوارد باستدعاء عدل التنفيذ وتاريخ تلقّي الاستدعاء من قبل المدّعى عليه وتاريخ إيداع العريضة بكتابة المحكمة وتاريخ جواب المدّعى عليه على العريضة وتاريخ نظر المحكمة فيها في أول جلسة.

2 ـ نظام الطلب العرضي أو الفرعي الصادر عن المدّعي

نصّ الفصل 226 م.م.م.ت. على أنّه « 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».

وبالتالي فإنّ الطّلب الإضافي الصادر عن المدّعي يجب تقديمه مادامت القضية في طور التحضير أي قبل المرافعة ويكون ذلك بتقرير يرفعه محامي المدّعي بطبيعة الحال وهو يتعلق بمضامين موضوعية ليس لها علاقة بالإثبات أو الشكل فهي تهدف إلى تعديل الطّلب الأصلي سواء بالتنقيص أو الزيادة وبشرط أن تكون أسبابها متوفرة بالدّعوى الأصلية بمعنى أن الطلب الإضافي يجب أن يستند إلى وقائع الدّعوى الأصليّة، وقد نصّ الفصل 84 م.م.م.ت. صراحة على أنّه «يمكن للمدعي تغيير جزء من الدّعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين بالفصل قبله» أي بالفصل 83 م.م.م.ت. أي 10 أيام قبل تاريخ جلسة المرافعة. والواضح أنّ الطلبات لا تقدّم شفاهيا. ويقضى في الطّلب العرضي أو الاحتياطي الصادر عن المدّعي مع الأصل ولا يقضى فيه بمفرده (الفصل 228 م.م.م.ت.)، وإذا انقضى الطلب الأصلي لعدم الاختصاص أو ترك المدّعي الخصومة انقضى الطلب الإضافي أو الاحتياطي ولا يبقى الطلب العرضي بمفرده في مثل هذا الحالات إنما يجوز من حيث الأصل أن تقضي المحكمة بالطلب الإضافي أو الاحتياطي إذا تجاوزت الطّلب الأصلي.

ويذكر كذلك أنّ الدعوى التي حكم فيها ابتدائيا لا يمكن الزيادة فيها ولا تغييرها لدى الاستئناف ولو رضي الخصم بذلك إلا إذا كانت الزيادة المطلوبة تتعلق بأداء أجر أو فوائض أو كراء أو بقايا ونحوها من الملحقات المتعلقة بالدعوى الأصلية والتي استحقت بعد صدور الحكم أو بغرم ضرر تفاقم أمره بعد صدور الحكم أو بطلب الضمانات المستوجبة بعد الحكم[1]. وبالتالي فإنّ الطلبات المحرّرة ابتدائيا سواء كانت أولية أو إضافية لا يمكن الزيادة فيها أو إحداث أي تغيير في شأنها ولو رضي الخصم بذلك إلا إذا حدثت بعد صدور حكم البداية وكانت من ملحقاته الضرورية ومرتبطة به ارتباطا سببيا.

(1) الفصل 147 م.ا.ع.

3 ـ نظام الطلب العرضي الصادر عن المدّعى عليه أي المعارضة

نصّ الفصل 227 م.م.م.ت. على أنّ «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 غرم الضرر المتسبب عن النازلة».

وبالتالي فإنّ دعوى المعارضة تأتي ضمن الطّلبات العارضة ويختصّ بها المدّعى عليه وتقدم طالما كانت القضية في طورها التحضيري أي قبل المرافعة سواء بتقديم تقرير إلى ملف القضية بعد أن يطلع عليه الخصم أو يوم الجلسة فيمكن للخصم طلب التأخير للاطلاع، ولا تقدّم الطلبات شفاهيا. ويقضى في المعارضة الصادرة عن المدّعي عليه مع الأصل ولا يقضى فيها بمفرده (الفصل 228 م.م.م.ت.)، وإذا انقضى الطلب الأصلي لعدم الاختصاص انقضت جميع الطلبات العارضة ولا يبقى الطلب العرضي بمفرده في مثل هذا الحالات إنما يجوز من حيث الأصل أن تقضي المحكمة لصالح المعارضة في الحدود التي وضعها المشرع إذا تجاوزت الطّلب الأصلي. وإذا ترك المدّعي الخصومة وكانت المعارضة قائمة ولم يصادق المدّعى عليه على تركها تبقى الدّعوى المعارضة ويجوز الحكم فيها بمفردها في حدودها القانونية.

وتهدف الدّعوى المعارضة وجوبا إلى الدفاع لرد الدعوى الأصلية أو المقاصة أو طلب غرم الضرر المتسبب عن القضيّة. وقد نصّ الفصل 28 م.م.م.ت. بطريقة أوضح على أنّ دعوى المعارضة هي التي يقوم بها المطلوب للمدافعة عن نفسه في دعوى موجهة عليه بقصد معارضة طالبه بما يطلبه منه أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطالب غرم في مقابل الضرر المتسبب عن القضية. فلا يطلب المدّعى عليه شيئا لنفسه إلا في حدود المقاصة وغرم الضرر أما الدّفاع فهو أمر سلبي لردّ الدّعوى الأصلية.

+**الدّفاع لردّ الدّعوى الأصلية:** يمكن للمدّعى عليه أن يستعمل الإمكانيات القانونية لردّ طلب المدّعي بمعنى أن يثبت عدم صحة الطّلب من الوجهة القانونية وليس المقصود من ذلك أن يتقدّم المدعى عليه بطلبات جديدة، فذلك يحمل بالضرورة إلى اتساع مجال الخصومة وهو ليس هدف الدّعوى المعارضة في القانون التونسي[1]. فليس في مضمون الدّعوى المعارضة إلا تفادي الحكم

(1) يعتبر اتجاه مجلة الإجراءات المدنية التونسية تقليديا بحيث أنّ المدّعى عليه ليس له أن

لفائدة المدّعي دون أن يطلب المدّعى عليه شيئا لنفسه. وكان يخير لو سمحت المجلة للمدّعي عليه بتحرير طلبات خاصة حتى يتفادى إعادة نشر دعوى جديدة، كأن يخول المدّعى عليه طلب الفسخ أو البطلان أو الاستحقاق أو التعويض وما شابه ذلك. وفعلا ذهبت بعض التشاريع إلى هذا المآل[1]، ولكنّ الصيغة المعتمدة بالقانون التونسي لا تسمح بهذا المعنى ولو أنّ بعض القضاء ذهب في عدّة مناسبات في هذا الاتجاه.

+**المقاصة:** المقاصة أن تتقابل الديون من ناحيتين من حيث الجنس والمقدار، فيدفع الأول مقابل الثاني والعكس بالعكس. ويكون من أثر المقاصة أن ينقضي الالتزام من الجهتين. وهي بذلك وسيلة تقوم مقام الوفاء. والمقاصة، في قواعدها العامة والأصليّة، ثلاثة أنواع، إما أن تكون قضائيّة أو قانونية أو اختيارية. فإذا كانت قانونية يحكم بها القاضي بمجرّد تلاقي الدين الأول والثاني ولو دون طلب الأطراف ولا يملك القاضي رفضها، فبمجرد توفر شروطها يأخذ بها القاضي وجوبا دون أن تكون له الإمكانية في طرحها، فهي قانونية بمعنى أنه يحمل على القاضي تطبيقها وجوبا طالما ثبتت شروطها أمامه دون حاجة إلى طلب الأطراف مسبقا[2]. وإذا كانت المقاصة قضائية فلا يحكم بها القاضي إلا بعد إثبات حقوق الطرفين لتخلف أحد شروطها الأساسية ثمّ نهاية تقضي بها المحكمة إذا تمسكّ

يطالب بشيء لنفسه وإنما غايته هو ردّ الدّعوى الأصلية باستثناء طلب المقاصة والتعويض، ولكنّ هذا الاتجاه بالرغم من انه يهدف إلى عدم التوسع في الخصومة فإنه يساهم في كثرة التقاضي إذ سيجبر المدّعى عليه على إعادة نشر قضية أصلية لتقديم الطلبات لفائدته، ومن أجل ذلك ذهبت الاتجاهات الحديثة في الإجراءات إلى تمكين المدّعى عليه في إطار الدّعوى المعارضة من تقديم طلباته الخاصة وقد نصت التشاريع الحديثة مثل الفصل 64 من مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية صراحة على ذلك.

(1) يسمح القانون المصري على سبيل المثال (الفصل 125 مرافعات) بإمكانية طلب الاستحقاق أو الفسخ أو الإبطال في إطار دعوى المعارضة إذا كانت الطلبات لا تقبل التجزئة أو مرتبطة بالدعوى الأصلية أو كان فيها مصلحة للمدّعى عليه.
أحمد أبو الوفاء: المرجع السابق، ص.196.

(2) نصت المادة 1290 من المجلة المدنية الفرنسية على أن المقاصة تقع بقوة القانون ولو دون علم المدينين، أي حتى في صورة عدم طلب الأطراف.
« De plein droit par la seule force de la loi meme à l'insu des débiteurs »
لكن فقه القضاء بفرنسا عدّل من ذلك الاتجاه ورأى أن الصياغة تجاوزت مراد المشرع وتقاليد القانون الروماني والفرنسي. وجعل المقاصة خارجة عن إطار النظام العام و لا يحكم بها إلا إذا سبقها الطلب ولا يملك القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه.

بها الطرفان بداية، ويبقى الطلب خاضعا لاجتهاد القاضي إن شاء ردّه وإن شاء أخذ به.

وقد سمحت الإجراءات في إطار دعوى المعارضة بطلب المقاصة القضائية وذلك بعد إثبات الدين من الجهتين فإذا أخذت بها المحكمة انقضى دين المدّعي. فهي المقاصة التي تقع أمام القضاء تبعا لدعوى المعارضة وهي الدعوى التي يقوم بها المدعى عليه مادامت القضية بصدد التحضير للمدافعة عن حقوقه وطلب المقاصة، ولا تقبل إلا إذا كانت أسبابها موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية، ويحكم فيها مع الدعوى الأصلية[1]. ولا تجوز المقاصة القضائية إلا إذا كان الدينان متقابلين لا تصحّ فيهما المقاصة القانونية بتخلف شرط الخلو من المنازعة وشرط مقدار الدينين وتعذّرت فيهما المقاصة الاختيارية[2]. فلا تقع المقاصة القضائية إلا إذا توفرت جميع الشروط في التحقق وصلاحية المطالبة ولم يتخلف من الشروط إلا المقدار والخلو من المنازعة[3]. ولا تقع المقاصة القضائية إلا إذا تعذر الاتفاق بداية. فلو توفرت الشروط القانونية لوقعت المقاصة بحكم القانون وما احتاج الأطراف إلى تدخل القضاء، ولأمكن الدفع بالمقاصة القانونية نهاية عند الاقتضاء. ولو أمكن الاتفاق حولها رضاءً خارج شروطها، ما كان للمدعى عليه ليحتاج إلى الدعوى الفرعية أو يدفع بها أمام القضاء في صورة حصولها. ويبقى القاضي على حريته في دراسة الدعوى المعارضة والاستجابة للطلب أو رفضه، فقد يضمّ الدعوى الفرعية للدعوى الأصلية ليقضى فيها بحكم واحد، وقد يرفض الدعوى العارضة ويقضي في الأصل والعكس بالعكس. ويكون الحكم منشئا للمقاصة القضائية بمعنى أن تحدث المقاصة آثارها من تاريخ الحكم وليس من تاريخ رفع الدعوى.

+غرم الضرر الناتج عن القضية: فإذا ثبت أنّ المدّعي تعسف في رفع القضية أو سلك سلوكا غير مألوف في رفعه للقضية فإنّ المحكمة المتعهّدة بأصل النزاع هي الأقدر على تقدير أهمية هذا التعسف، ومن أجل ذلك سمح المشرع للمدعى

(1) الفصول 28 و226 و227 و228 م.م.م.ت

(2) نص الفصل 369 م.ا.ع أنّ المقاصة تتم بأمر الحاكم إذا كان كلّ منهما دائنا ومدينا.

(3) قد وضع المشرّع من خلال الفصول 369 إلى 381 م.ا.ع الإطار القانوني للمقاصة أي جملة الأحكام القانونية في جعل المقاصة قانونية وبيّن من خلالها شروطها. ويؤخذ من الفصول 369 و373 و374 م.ا.ع أنّ تتقابل الديون من الجهتين وتتماثل في النوع وأن تتحدّ في القوّة.
علي كحلون: أحكام الالتزام، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2009، ص. 223.

عليه في إطار دعوى المعارضة أن يطلب غرم الضرر الناتج عن القضية بما في ذلك أجرة المحاماة التي تحملها ومصاريف التقاضي.

أما مركز المستأنف ضدّه على مستوى محكمة الاستئناف فيحكمه معنى الاستئناف العرضي حيث ورد بالفصل 143 م.م.م.ت. أنّه «يجوز للمستأنف ضده إلى حد ختم المرافعة بعد أن فوت على نفسه أجل الطعن أو سبق منه قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي أن يرفع استئنافا عرضيا بمذكرة كتابية مشتملة على أسباب استئنافه ومع ذلك فإن هذا الاستئناف العرضي يبقى ببقاء الاستئناف الأصلي ويزول بزواله ما لم يكن زوال الاستئناف الأصلي مبنيا على الرجوع فيه». فلا يمكن للمستأنف ضده بالتالي أن يتقدّم بطلب، مع اعتبار أنه لا يمكن تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف، إلا إذا سبق تقديم استئناف عرضي طبق الضوابط الواردة بالفصل 143 م.م.م.ت.

4 ـ نظام الطلب العرضي الصادر عن الغير أي التّداخل والإدخال

يحق للغير الذي له مصلحة في القضية التداخل فيها في كل طور من أطوارها. فكلّ من له مصلحة يجوز له تلقائيا التداخل في القضية دون الإذن المسبق للمحكمة، ولا يكفي بطبيعة الحال شرط المصلحة بل لا بدّ من توفر شرطي الأهلية والصفة. وقد يرغب الغير في الانضمام إلى أحد الأطراف أو أن يحلّ محلّه أو أن يجعل الحكم الصادر منسحبا عليه أو أن ينازع في أصل الحق. ويشترط في جميع ذلك أن تكون هناك علاقة سببية بين التداخل والطّلب الأصلي.

ويردّ التداخل إجمالا إما إلى فكرة التداخل الانضمامي ويقال كذلك تداخل تبعي أو تحفظي intervention accessoire, conservatoire وهو يهدف إلى مساعدة أحد الأطراف على الدّفاع في ذات الحق في مواجهة الغير كتداخل الضامن للدفاع على حقوق المدين أو تداخل الدّائن للحفاظ على الضمان العام أي الذمة المالية أو إلى فكرة الهجوم أي التداخل الهجومي ويقال كذلك تداخل اختصام أو أصلي intervention aggressive, principale وهو تداخل يهدف إلى طلب الحق لذات المتداخل فهي مخاصمة ذاتية تهدف إما إلى ردّ الطلب الأصلي أو إلى طلب الحكم لفائدة المتداخل سواء ما سبق طلبه المدّعي أو لم يطلبه ولكن له علاقة بالطلب الأصلي كما أن يطلب الوارث تمكينه من جزء مفرز أو أن يطلب المتداخل الفسخ في عقد كان طرف فيه أو يطلب الاستحقاق وغير ذلك من الصّور.

ويمكن كذلك للخصوم أيضا أي المدّعي أو المدّعى عليه أن يطالبوا بالتداخل الجبري أو بالحضور للحكم الشخص الذي من شأنه له الحق في الخدش فيه بطريق الاعتراض على الحكم الذي سيصدر وذلك ليكون منسحبا عليه معهم[1]. فإذا بقي الغير الذي من الممكن أن يعترض على الحكم خارج إطار القضية فمن الممكن للمدّعي أو المدّعى عليه أن يطلب من المحكمة الإذن بإدخاله جبريا حتى لو رفض هذا الغير فتأذن المحكمة بإدخاله إن رأت توفر الشرط.

وقد أورد المشرع عدّة صور لمعنى الإدخال، فقد يكون طلب الإدخال في بعض الأحيان لضمان حقّ الرجوع كما هي الصورة بالنسبة إلى المشتري الذّي وجهت عليه دعوى الاستحقاق فإنه يطلب إدخال البائع في الدّعوى حتى يجوز له الرّجوع على البائع عملا بأحكام الفصل 635 م.ا.ع. وليس هذا الطلب خاص بعقد البيع بل هو مفروض في عدّة صور يتوقف فيها حقّ الرّجوع على سبق الإعلام وطلب الإدخال. وحتى لو لم ينص المشرع على وجوب الإدخال ليصح الرّجوع فإنّ الضامن من الممكن أن يدفع بعدم سبق إدخاله للتفصي من تبعات الضمان بحجة أنه كان بإمكانه أن يدافع على مركزه أكثر من المضمون.

وقد نصّ الفصل 37 م.م.م.ت. على أنّ المضمون يمكن أن يرفع دعوى أصلية لمطالبة ضامنه بالضمان ويمكن أن يطلب إدخاله في دعوى منشورة بينه وبين الغير ليلزم بالضمان وهو ما يعرف بالضمان الفرعي وجعل المشرع الاختصاص قائما للمحكمة المنشورة لديها الدعوى الأصلية أو التي سبق لها أن نظرت في تلك الدعاوى وذلك في حدود اختصاصها الحكمي، والأغلب أن يطلب المدّعى عليه الإدخال.

وللمحكمة كذلك أصالة منها وفي كل حين أن تأمر بإدخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضروريا لتقدير النزاع[2]. ليس فقط لتحديد قيمة النزاع على معنى الفصول 21 إلى 29 م.م.م.ت. لضبط مرجع النظر وإنما كلما رأت المحكمة أنّ حضور هذا الغير ضروريّ للنزاع بمعنى أن يكون إدخاله مفيدا لمصلحة العدالة أي لتلافي نزاع جديد بعد التصريح بالحكم بأن يكون الحكم منسحبا على هذا الغير.

وقد قام الجدل قديما حول إمكانية المحكمة في الإذن بالإدخال من تلقاء نفسها إذ من المفروض أنّ الدعوى ملك للطرفين وليس للمحكمة أن تخرج عن

(1) الفصل 224 م.م.م.ت. وكذلك الفصل 15 م.م.م.ت.
(2) الفصل 225 م.م.م.ت.

حيادها بطلب الإدخال، ولكنّ الاتجاهات الحديثة ذهبت إلى تمكين المحكمة ليس فقط لجعل الحكم منسحبا على الغير بل لإظهار الحقيقة بمعنى لتقديم حجة أو معلومة تفيد البحث. ومع اعتراف المشرع التونسي بإمكانية المحكمة في الإدخال تلقيا إلا أنها جعلته فقط لتقدير النزاع بمعنى أن يكون الحكم لفائدة هذا الغير أو ضده لا غير.

ويقع طلب التداخل أو الإدخال بنفس الطريقة التي ترفع بمقتضاها الدعوى أي بعريضة يحرّرها عدل تنفيذ وتوجه إلى المعني بالأمر وتتضمن مستندات الدّعوى وتاريخ الجلسة وما يتبع ذلك من بيانات واجبة في عريضة الدّعوى. ويجب أن يكون التّداخل أو الإدخال قبل تعيين القضية لجلسة المرافعة[1]. ولا تقدّم الطلبات العارضة من الغير شفاهيا بل لا بدّ من تحرير طلبات توجه إلى بقية الأطراف كما تقدم، ولا يقضى في التداخل بمفرده بل يحكم فيها مع الأصل (الفصل 228 م.م.م.ت.) وليس التداخل أو الإدخال إلا طلبا عرضيا في نهاية الأمر. وينقضي التداخل أو الإدخال إذا انقضت الخصومة بعدم الاختصاص أو ترك المدعي الخصومة وصادقه المتداخل وفي غيابهما يمكن الحكم لصالح المتداخل بمفرده بعد رفض الأصل.

على أنّ التداخل أو الإدخال على مستوى محكمة الاستئناف تحكمه قواعد خاصة أوردها الفصلين 153 و154 م.م.م.ت. حيث نصّ الفصل 153 م.م.م.ت. على أنّه « لا يقبل التداخل لدى الاستئناف إلا إذا كان بقصد الانضمام إلى أحد الخصوم أو كان التداخل من شخص يكون له حق الاعتراض على الحكم». فلا يقبل التداخل إلا إذا كان انضماميا على ما تقدّم من تعريف أو كان من شخص يجوز له الاعتراض على هذا الحكم الذي سيصدر وذلك تلافيا لإعادة نشر قضايا جديدة، كما نصّ الفصل 154 م.م.م.ت. على أنّه « إذا تعدد المحكوم عليهم واستأنف البعض دون الآخر وكان موضوع الحكم لا يتجزأ وجب إدخال بقية المحكوم عليهم في القضية ويكون الحكم كذلك إذا كان الطعن في الحكم من أحدهم من شأنه لو يقبل أن يجعل الحكم بتمامه فاقد الأساس». فرغم أنه من الممكن أن يرفع الاستئناف ضدّ بعض الأطراف الواردة أسماؤهم بالحكم الابتدائي دون البقية إذا كان من الممكن تجزئة النزاع، إلا أنّ عدم التجزئة تقتضي إدخال البقية بسعي من المحكمة أو بقية الأطراف. ولا يمكن أن تقضي المحكمة برفض الاستئناف شكلا إذا كان الاستئناف ضدّ البعض وقد سمح المشرح

(1) الفصل 225 م.م.م.ت.

صراحة بالإدخال وهو يعني نصّا أنّ الاستئناف في البداية لم يكن ضدّ الجميع، فقط إذا ثبت عدم التجزئة يمكن الإذن بالإدخال. وتتحقّق عدم التجزئة بحكم طبيعة الحقّ أو اتفاقا أو قانونا، فالمقتضى في طبيعة الحقّ أن لا يصحّ معالجة جزء من النزاع دون الأخذ بالاعتبار البقية كما في صورة القسمة، وقد يقتضي الاتفاق أو القانون عدم التجزئة.

والخلاصة في جميع ذلك أنّ الطلب الأول يخضع لإجراءات محدّدة تتمثل في إجراءات عريضة الدّعوى بينما تقدم الطلبات الإضافية والمعارضة بواسطة تقرير يقدمه محامي الأطراف يضاف إلى ملف القضية، بينما يشترط في التداخل والإدخال إجراءات عريضة الدّعوى ولا تقدم الطلبات العارضة شفاهيا ولا يحكم في الطّلبات بمفردها بل يحكم في الدعاوى العارضة والفرعية والمعارضة مع الدّعوى الأصلية[1]. مع أنه يمكن أخيرا الحكم لصالح الدّعوى العارضة بعد ردّ الأصل إذا لم يكن الطلب الأصلي مؤسسا وتنقضي الطلبات العارضة إذا انقضى الطلب الأصلي بسبب عدم الاختصاص أو ترك المدعي الخصومة وصادقه بقية الأطراف ولا يمكن أن يقع الطّعن في الدعوى العارضة بصفة منفردة بل يمكن الطّعن فيها مع الطلبات الأولوية. والواضح من خلال جميع ذلك أنّ نظام الطّلب الأصلي يختلف عن أنظمة الطلب الاحتياطي والطلب الإضافي وطلب المعارضة والتداخل والإدخال.

ت ـ آثار الطلبات

تختلف الآثار باختلاف طبيعة الطلب، فإذا كان الأصل هو أنّ الطّلب الأصلي الأول هو المحدّد لجميع الآثار في الأطراف والسبب والموضوع والقيمة والتقادم وغير ذلك من الآثار الهامة على مستوى الحقوق الموضوعية (1) فإنّ الطلبات العارضة سواء كانت ناتجة عن الطالب أو المطلوب أو الغير يمكن أن تعدّل من تلك الآثار(2).

1 ـ آثار الطلب الأول الأصلي

للطّلب الأول عدّة آثار ذاتيّة سواء بالنسبة إلى القاضي أو الأطراف وأخرى موضوعية ترتبط بذات الموضوع:

فهو الأساس في انعقاد الخصومة بين الطرفين بمجرد تلقي الخصم عريضة الدّعوى وقبل أن يقع تقييدها في أجلها، وعلى المدّعى عليه الجواب وبمجرد

(1) الفصل 228 م.م.م.ت. وكذلك الفصل 16 م.م.م.ت.

جوابه يكون قد قدّم دعواه بدوره، وإذا لم يحضر فإنه يجوز الحكم حتى في غيابه شرط أن تكون عريضة الاستدعاء سليمة من الوجهة القانونية. وإذا كانت الدّعوى ملكا للطرف فإن نشأة الخصومة تصبح ملكا للطرفين ولا يصحّ لأحدهما طلب الرّجوع أو عدم التمادي في الدّعوى دون تحميله المصاريف إلا إذا وافقه الطّرف الآخر أو سمح القانون بذلك كما هي الصورة في طرح القضية بسبب عدم تقديم المؤيّدات في الأجل على معنى الفصل 79 م.م.م.ت. أو في صورة طلب الرّجوع في الاستئناف على معنى الفصل 151 م.م.م.ت. وإنما يجوز طلب عدم التمادي في النزاع مع البت في طلبات الطرف الآخر إن وجدت وتحميل من خسر النزاع المصاريف القانونية كما يجوز التّنازل عن الدّعوى أو التّخلي عن الخصومة مع ذلك الشرط. وإذا قضت المحكمة بعدم الاختصاص تنقضي بموجبه جميع الطلبات الأصلية والعرضية. وكذلك إذا أصاب عريضة الدّعوى بعض الإخلالات الشكلية ولم يحضر الضدّ أو لم يجب في الأصل، فإنه ينجر عنها رفض الدّعوى الأصلية.

والطّلب الأول هو الأساس في تعهّد القاضي بمجرد تلقي الخصم عريضة الدّعوى وتقييدها في أجلها إذ لا يمكن للقاضي المدني أن يتعهّد تلقائيا بل لا بدّ أن يسعى الطالب إلى إثارة الدّعوى المدنية بتحرير عريضة الدّعوى وتبليغها ثمّ تقييدها ثمّ نشرها بأول جلسة[1]. والطّلب يقيّد القاضي في حكمه إذ لا يمكن القضاء بأقلّ مما طلب أو أكثر منه سواء قصدا أو عن غير قصد. وإذا غفلت المحكمة عن الاستجابة لطلب محدّد، فإنه تجاوزا لمصاريف القضية التي يمكن تحريرها حتى بعد صدور الحكم[2] وطلب شرح الحكم[3] أو إصلاحه[4] فإنه ليس للخصم إلا الطّعن في الحكم طبق القانون، كما أن الحكم بأكثر مما طلب أو أقل منه يكون سببا من أسباب الطعن بالتعقيب[5]. ولكنّه مع ذلك إذا اتصل القضاء بالحكم دون أن تقضي المحكمة في جزئية محدّدة من الطلبات فإنه لا شيء يمنع

(1) يذهب اتجاه فقه القضاء بفرنسا إلى أن تقييد القضية بكتابة المحكمة هو المحدّد لانعقاد الخصومة وتعهّد القاضي.
Jean Vincent - Serge Guinchard : Procédure civile, op.cit., p.170, n°140.

(2) الفصل 129 م.م.م.ت.

(3) الفصل 124 م.م.م.ت.

(4) الفصل 256 م.م.م.ت.

(5) الفصل 175 م.م.م.ت.

من إعادة نشر الطلب أمام نفس المحكمة لطلب الحكم في هذه الجزئية دون أن يعارض المدّعي باتصال القضاء.

ومن آثار الطلب الأول الأصلي أنه يقطع مدّة التقادم ومواعيد السقوط وذلك بتاريخ تلقي المدّعى عليه لعريضة الدّعوى بشرط أن يكون الدّائن هو من وجّهها وأن المدين هو من تلقاها ولا يشترط التلقّي الشخصي بل يكفي أن يبلغ الاستدعاء طبق القانون ولا يعاد الحساب من جديد إلا بعد نهاية الخصومة بما في ذلك ممارسة طرق الطّعن العادية وغير العادية. ويعتدّ بالقيام أمام المحكمة أو جهة قضائية أخرى مثل هيئة التحكيم وتقطع المدّة ولو كان القيام أمام محكمة غير مختصة أو أجنبية أو رفض الطلب شكلا ولذلك نصّ الفصل 396 م.ا.ع. على أنّ «مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع في الصور الآتية :

أولا ـ إذا قام الدائن على المدين وطالبه بالوفاء بما عليه قضائيا أو بطريقة أخرى بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى محكمة غير مختصة أو كان باطلا لعيب شكلي[1]».

ومن آثار الطلبات الأوليّة المبلغة إلى المدّعى عليه أنها تقوم مقام الإنذار الشرط في مماطلة المدين ولو كان الطلب في الحضور لدى محكمة غير مختصة[2]، وهي البداية في طلب غرم ضرر التأخير في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي إذا لم يسبق للدّائن إنذار المدين، فيقضى بالفائض المعيّن قانونا بتاريخ رفع الدّعوى[3]، ومن كان حائزا بحسن نية ورفعت ضدّه الدّعوى فإنه يلزم بردّ الغلّة بتاريخ القيام، خلافا للغاصب[4]، ويردّ الموهوب له الغلة بتاريخ القيام في دعوى

(1) ذهب الفصل 396 م.ا.ع. إلى اعتماد مفهوم قيام الدّائن على المدين وهو ما يمكن أن يكون سندا للبعض في اعتبار الأثر من تاريخ توجيه عريضة الدّعوى وليس من تاريخ تلقيها وفي ذلك ذهب فقه القضاء الفرنسي في بدايته، إلا أن هذا الاتجاه ترك واعتمد تاريخ تلقي العريضة في الأثر.
ويذكر كذلك أنّ مجرد القيام أمام المحكمة لا ينقطع به الأجل في التّقادم المكسب إذا رفضت الدّعوى أو وقع الرجوع فيها أو سقطت الخصومة إذ نصّ الفصل 52 م.ح.ع. على ما يلي: «لا تنقطع مدة التقادم المكسب إلا:
أولا: بالقيام لدى المحكمة المختصة ولا تأثير للانقطاع إذا رفضت الدعوى شكلا أو أصلا أو وقع الرجوع فيها أو حكم بسقوط الخصومة».
(2) الفقرة الأخيرة من الفصل 269 م.ا.ع.
(3) الفصل 278 م.ا.ع.
(4) الفصلان 43 و 44 م.ح.ع.

الرجوع في الهبة[1]، والعبرة في مقرّ الأطراف وجنسيتهم يوم رفع الدّعوى ولا تأثير لما يحدث بعد ذلك، ولا يعدّ الحقّ متنازعا فيه حقيقة إلا من تاريخ القيام[2]. ويعدّ تاريخ رفع الدّعوى هاما في بعض الصور خاصة إذا اشترط المشرع انتقال الدّعوى إلى الورثة في حقوق شخصية لا يصح فيها الانتقال كما في صورة دعوى الرجوع في الهبة بسبب الجحود على معنى الفصل 211 م.إ.ش. ويعدّ تاريخ رفع الدّعوى هو الأساس في تقدير قيمة الاستغناء في دعوى الإثراء بدون سبب على معنى الفصل 72 م.ا.ع.

والأصل أنّ الطلب الأصلي الأول هو الذي يحدّد أطراف الدّعوى وسببها وموضوعها وقيمتها ولذلك اشترط المشرع بالفصل 70 م.م.م.ت. أن تتضمن عريضة الدّعوى « اسم 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». كما حدّدت الفصول 21 إلى 27 م.م.م.ت. طريقة تعيين قيمة الدّعوى لتحديد مرجع نظر المحاكم، ومع ذلك ورغم أنّ أسباب الدّعوى تبقى دون تغيير وهي وقائع القضية في نهاية الأمر فإنّ الأطراف والموضوع وقيمة الدّعوى ومصدر الحق والنصّ القانوني يمكن أن يشملها بعض التغيير بمقتضى الطلبات العارضة.

2 ـ آثار الطلبات العرضية

ـ **تأثير الطّلب العرضي من المدّعي**: يمكن أن يؤثر الطلب العرضي الصادر عن المدّعي في أطراف الدّعوى بأن يطلب إدخال الغير ويمكن أن يؤثر بمحتوى الطلبات دون إلغائها تماما سواء بالزيادة أو النقص كما يجوز أن يغير النصّ القانوني أو مصدر الحق كما يستند في طلب الاستحقاق بداية على أساس الميراث ثم على أساس الحيازة ويجوز تقديم طلبات احتياطية أو تقديم وسائل إثبات حديثة ويجوز طلب كلّ ما هو تصحيح للطلب الأول أو ضمن تبعاته أو مكمّل له كما أن يطلب الفوائد بعدما طلب أصل الدين، ويجوز طلب غرامات وقتية أو إجراءات تحفظية أو طلبات فرعية يسمح بها ذات السبب الواحد كأن يطلب الفسخ بعد طلب التعويض، ولكنّ ذلك يتوقف على شرط أساسي وهو أن

(1) الفصل 213 م.أ.ش.
(2) الفصل 202 م.ا.ع.

تضلّ الطلبات الإضافية أو الفرعية مرتبطة **بالأسباب الموجودة وقت رفع الدّعوى أي بوقائع الدّعوى وموضوعها كما رفعت أول مرة.**

والواضح من ذلك أنّ المشرع أجاز الطلب العرضي ومكّن المدّعي من إمكانية تغيير المستندات القانونيّة واعتماد مستندات جديدة مغايرة للطلب للطّلب الأول وتقديم طلبات فرعية على ذات السبب الأول وذلك حتى تتقلص صور إمكانية رفع الدّعوى من جديد على أساس نفس الوقائع.

وكما تقدم فإنّ انقضاء الدّعوى الأصلية سواء لعدم الاختصاص أو ترك الخصومة أو التنازل عن الدّعوى ينجر عنه وجوبا انقضاء الطّلب العرضي الصادر عن المدّعي نفسه.

ويؤثر الطلب الإضافي الصادر عن المدّعي كذلك في تقدير قيمة الدّعوى وبالتالي في تحديد مرجع النظر الحكمي للمحاكم وقد وردت الفصول 21 إلى 27 في تحديد طريقة تعيين قيمة الدّعوى لتحديد مرجع نظر المحاكم، فتجاوزا لطبيعة الدّعوى فإنّ مقدار المال المطلوب في الدّعوى هو الأساس في ضبط مرجع نظر المحاكم فإذا كان الطلب أقلّ من 7 آلاف فهو من اختصاص قاضي الناحية وإن زاد يدخل في الاختصاص العام للمحكمة الابتدائية. وحتى ولو أراد المشرع أن يجعل الأحكام نهائية في بعض الصور فإنّ قيمة الدّعوى تعيّن ما يحكم به نهائيا أو ابتدائيا كما كانت الحالة قبل تنقيح مجلة المرافعات سنة 1986.

والعبرة في جميع ذلك بالطلبات الأخيرة أي بالطلبات الفرعية أو الإضافية التي يحرّرها المدّعي سواء بالزيادة في المبلغ أو بالنزول فيه. ولكن إذا رأت المحكمة أن الطالب تعمد الزيادة أو التنقيص بقصد التأثير على قواعد الاختصاص يجوز للمحكمة في هذه الصورة أن ترد القيمة إلى نصابها وتفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى[1].

وللطلب نظام خاص في ضبط قيمته، إذ من المفروض أنّ الحقّ الشخصي يكون مقدّرا في جميع الصور أو أن تتوفر طريقة في تقديره، ويعود للمحكمة المتعهّدة تعيين قيمة الطلب حسبما يقتضيه اجتهادها المطلق وذلك باعتمادها على قيمة ذلك الشيء يوم رفع الدعوى إذا كانت قيمة الشيء غير معينة ولكن ممكن تعيينها. وللمحكمة أيضا إذا وقع نزاع أن تأذن بإثبات تلك القيمة إن وقع

(1) الفصل 21 م.م.م.ت.

طلب ذلك أو تأمر أصالة منها بتقديرها بواسطة أهل المعرفة. وإذا تعذّر التعيين مطلقا تبقى المحكمة الابتدائية هي المختصة وحدها في النّزاع.

وحتى بالنسبة إلى طلبات الفسخ والبطلان والانقضاء فإن قيمة العقد تكون محدّدة في ضبط قيمة الطلب، وعليه فإنه إذا كان الأمر في كراء لا نزاع فيه فإن قيمة الشيء المتنازع فيه تحرر بمقدار الكراء السنوي[1]، خلافا لطلب الالتزام بدفع معين الكراء فمقداره يعين بمقدار ذات الطلب ولا نحتاج إلى قيمة العقد. وإذا كان الطّلب الأصلي أو الإضافي من مشمولات دين أوفر منه حل أجله فإن الاعتماد يكون على الدين الأوفر مقدارا في تعيين مرجع النظر ودرجة الحكم. ولا تضاف الغلة والبقايا وغرمات الضرر والمصاريف وغيرها من الأمور التابعة لها لأصل المبلغ المطلوب لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم إلا إذا كان لها أصل سابق عن الدعوى[2]. وإذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإن تلك الفروع تضاف لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم[3]. وإذا كانت الفروع ناتجة عن أسباب متباينة فإن كلّ واحد منها يحكم فيه بانفراده ابتدائيا أو نهائيا بحسب قيمته الحقيقية[4]. كما أنّ الدعوى الواقع القيام بها من أشخاص متعددين أو ضد أشخاص متعددين أيضا ذوي مصالح متباينة ينظر فيها فيما يخص مقدار درجة الحكم لا بمجموعها ولكن بالنظر لمصلحة كل بانفراده[5].

ـ تأثير الطّلب العرضي من المدّعى عليه: والمعارضة ليست مطلقة وإنما أراد المشرع لها تأثيرا محدودا إذ لا تتجاوز حقّ الدّفاع لردّ الدّعوى الأصلية أو المقاصة أو طلب التعويض، فلم يرد المشرع التوسع في دائرة الخصومة كما ذهب إلى ذلك القانون المقارن.

ولدعوى المعارضة تأثير هام في مرجع النظر الحكمي للمحاكم حيث نصّ الفصل 28 م.م.م.ت. على أنّ «دعوى المعارضة هي التي يقوم بها المطلوب للمدافعة عن نفسه في دعوى موجهة عليه بقصد معارضة طالبه بما يطلبه منه أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطالب غرم في مقابل الضرر المتسبب عن القضية ولا تضاف تلك الدعوى للدعوى الأصلية فيما يخص تحرير مقدار درجة الحكم

(1) الفصل 23 م.م.م.ت.
(2) الفصل 25 م.م.م.ت.
(3) الفصل 26 م.م.م.ت.
(4) الفصل 26 م.م.م.ت.
(5) الفصل 27 م.م.م.ت.

لكن إذا كانت إحدى الدعويين تتجاوز مقدار ما يحكم فيه نهائيا فإن الحكم يكون ابتدائيا في الكل».

وما يؤخذ من ذلك أنّ مقدار الدّعوى المعارضة لا يضاف إلى مقدار الدّعوى الأصلية لتحديد مرجع النظر الحكمي، فإذا كانت قيمة الدّعوى الأصلية أربعة آلاف دينار وكذلك مقدار الدّعوى المعارضة فلا يجب ضم المقدارين لإخراج الاختصاص من قاضي الناحية بل يبقى قاضي الناحية مختصا باعتبار أن المقدار الأصلي أو العرضي كلّ بانفراده لم يتجاوز حدود السبعة آلاف دينار.

ومع ذلك فإنه إذا «كانت إحدى الدعويين تتجاوز مقدار ما يحكم فيه نهائيا فإن الحكم يكون ابتدائيا في الكل» وقد كانت هذه الصيغة تسمح قبل تنقيح 1986 لقاضي الناحية بأن يقضي ابتدائيا في القضية إذا تجاوز مقدار إحدى الدعويين، الدّعوى الأصليّة أو الدّعوى المعارضة، مقدار ما يحكم فيه ابتدائيا، علما أنّ الفصل 39 م.م.م.ت. كان ينص قبل تنقيحه على أنّ قاضي الناحية يقضي نهائيا في النزاعات المدنية والدّعاوى المتعلقة بمنقول ومطالب الدّيون التجارية التي لا تتجاوز أهميتها 500 دينار وكذلك إذا كان المبلغ المطلوب في دعوى النفقة لا يتجاوز سنويا 120 دينارا، ويقضي ابتدائيا في ما زاد على ذلك. وبالتالي إذا تجاوز المبلغ المطلوب 500 دينار أو 120 دينارا في النفقة فإن الحكم يكون ابتدائيا في الكلّ. ولكنّ هذه الصيغة فقدت أهميتها بعد تنقيح 1986 إذ أصبحت جميع أحكام قاضي الناحية ابتدائية وكذلك أحكام المحكمة الابتدائية[1]، فلا عبرة في تجاوز ما يقضى به نهائيا بعد ذلك. وكان من المفروض أن ينقح المشرع الفصل 28 في اتجاه التركيز على أنّ جميع الأحكام التي تصدر سواء عن قاضي الناحية أو المحكمة الابتدائية هي أحكام ابتدائية[2].

(1) باستثناء ما أورده المشرع بالفصل 40 م.م.م.ت. من أنّ حكم المحكمة التجارية لا يقبل الاستئناف ويقبل التعقيب فقط إذا قضت المحكمة في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف. وباستثناء كذلك ما ورد بالفصل 216 من المجلة الشغلية.

(2) بعد تنقيح 1986 أصبحت جميع الأحكام التي تصدر عن المحكمة الابتدائية ومحكمة الناحية ابتدائية ومع ذلك لم ينقح هذا الفصل. ولكنّ الأحكام التي تصدر عن المحكمة الشغلية يمكن أن تكون نهائية في بعض الصور حيث نصّ 216 من المجلة الشغلية كما هو منقح بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 على ما يلي « تنظر دوائر الشغل ابتدائيا في جميع الدعاوى الداخلة في اختصاصها مهما كان مبلغ المطلب غير أنها **تنظر نهائيا في الدعاوى المتعلقة بتسليم الوثائق** التي يتعين على المؤجر تسليمها لفائدة العامل طبقا للأحكام القانونية أو التعاقدية. تطبق محاكم الحق العام التي تتعهد بالنزاعات طبقا للفصل 185 من هذه المجلة نفس القواعد المنصوص عليها بهذا الفصل.»

على أنّ تنقيح 1986 قد شمل الفصل الفصل 29 م.م.م.ت. وأصبح هذا الفصل ينصّ بعد التنقيح على أنّه « 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».

وبالتالي فإنّ مقدار إحدى الدعويين، دون أن يقع ضمهما لبعضهما، يصبح محدّدا في اختصاص قاضي الناحية، فتجاوز إحداهما مقدار 7 آلاف دينار يخرج القضية من اختصاص قاضي الناحية. وباعتبار أنّ الدعوى المعارضة تهدف إلى ردّ الدّعوى الأصلية أو المقاصة أو التعويض، فإنّ ما يمكن أن يتجاوز اختصاص قاضي الناحية يأتي في طلب غرم الضرر إذ أن المدافعة قرار سلبي والمقاصة محدّدة بالطلب الأصلي، ومن أجل ذلك ومع التركيز على أنّ تجاوز مقدار الغرم 7 آلاف دينار يخرج القضية من أنظار قاضي الناحية فإنّه إذا ظهر أنّ المدعى عليه طلب مبلغا يتجاوز السبعة آلاف فقط لإخراج القضية عن اختصاص قاضي الناحية، والأمر هين، فإنّه يجوز لهذا الأخير ردّ الأمور إلى نصابها والإبقاء على اختصاصه خاصة إذا كانت الطلبات ليس لها علاقة بحقيقة الدّعوى.

ويلاحظ نتيجة لذلك أن لا تأثير لقيمة الدّعوى المعارضة أمام المحكمة الابتدائية إذا كانت المحكمة مختصة من حيث الأصل. فهي مختصة إذا كانت قيمة النزاع الأصلي يفوق 7 آلاف وقيمة الدّعوى المعارضة أقل من ذلك وهي مختصة إذا فاقت قيمة الدّعوى المعارضة 7 آلاف وهي مختصة إذا فاقت قيمة كلّ دعوى ذلك المقدار.

والملاحظ أنّه إذا قضي بعدم الاختصاص أو ترك المدعي الخصومة أو تنازل عن الدعوى وصادقه المدعى عليه أو تصالح معه تنقضي الدّعوى المعارضة بذلك أما إذا رفض الطلب الأصلي فإنه يبقى للمحكمة النظر في الدّعوى المعارضة في حدود ما ضبطه التشريع.

- تأثير الطلب العرضي من الغير(التداخل والإدخال): تكمن أهمية التداخل أو الإدخال في أنّ المتداخل أو الشخص الذي وقع إدخاله يصبح طرفا في القضية وله الطعن في الحكم الصادر في الغرض، ومع ذلك فإنّ الآثار تختلف بحسب

إن كان تداخلا انضماميا أو هجوميا أو إدخال بطلب من الأطراف أو إدخال بطلب من المحكمة.

+**أثر التداخل الانضمامي**: التداخل الانضمامي يهدف فقط إلى تأييد أحد الخصوم فليس له طلبات شخصية، وينتج عن ذلك أنّ المنضم لا يقدّم طلبات خاصة مستقلة عن الطلب الأصلي بل إنه ينتصب للدفاع عن الطلبات الأصلية بجميع الأوجه القانونية وله أن يتمسك بجميع الدّفوعات الأصلية والشكلية وعدم القبول حتى ولو لم يتمسك بها الطرف الأصلي. ورغم أنّ المنضم لا يمثل الطرف الأصلي ولا يتحدّث باسمه ومع ذلك فإنه لا يجوز للخصم توجيه طلبات أو دفوع على المتداخل من شأنها أن تضر بمركز الطرف الأصلي، فليس في التداخل الانضمامي ما يضر الطلب الأصلي بل تقرّر للمنفعة الخالصة للطرف الأصلي. وليس للمحكمة نهاية أن تقضي فيما يتجاوز الطّلب الأصلي ويتحمل الطرف المحكوم عليه عند الاقتضاء المصاريف القانونية دون أن يحمل المنضم أية مصاريف.

وينجر عن انقضاء الدعوى الأصلية بصلح أو ترك أو تنازل عن الخصومة أو الحقّ وجوبا انقضاء التداخل الانضمامي. على أنّ المنضم بعد صدور الحكم لا يجوز له الطّعن ضدّ الطرف المنضمّ إليه بل إنه يطعن في الحكم مع من انضم إليه أو أنه ينضم إليه أمام محكمة الاستئناف بعد أن يطعن الطرف المنضم إليه. ومع ذلك فإنه يمكن أن يطعن في الحكم بمفرده إذا سبق رفض تداخله[1].

+**أثر التداخل الأصلي أو الهجومي**: أما التداخل الأصلي فهو تداخل اختصام في مواجهة بقية الأطراف ويعدّ طرفا في الخصومة مثل بقية الأطراف ويجوز له بهذه الصفة أن يحرّر طلبات شخصية أو أن يتمسك بدفوعات خاصة ولكنه مع ذلك لا يجوز له الدفع بعدم الاختصاص إذ بقيامه بالتداخل طوعا هو إقرار منه باختصاص المحكمة فهو في حكم المدّعي في هذا المستوى.

ولا تنقضي طلبات التداخل إلا إذا وقع فيها الصلح أو ترك المدّعي الخصومة أو تنازل عن الدّعوى وصادقه المتداخل، وفي غياب ذلك يمكن أن ترفض الدّعوى

(1) الاتجاهات الفقهية مختلفة فمنهم من يمنع الطعن الصادر عن المتداخل انضماميا بمفرده ومنهم من يقره بحجة أنّ المتداخل أصبح طرفا ويعارض بمنطوق الحكم وبالتالي له الحقّ في أن يستعمل وسائل الطعن المناسبة دون توقف على الطّعن الأصلي من الطرف المنضم إليه.
أحمد أبو الوفاء: المرجع السابق، ص. 203، عدد 183.

الأصلية وتقضي المحكمة لفائدة المتداخل حسب طلباته. ويجب على المحكمة أن تفصل في طلبات المتداخل جميعها وإذا حكم لفائدته تحمل المصاريف على البقية أما إذا حكم ضده فهو يتحمل المصاريف. وبعد صدور الحكم يجوز له الطعن بمفرده في مواجهة جميع الأطراف أو بعضهم بحسب طبيعة النزاع.

+**أثر الإدخال بطلب من الأطراف**: يهدف طلب المدّعي أو المدّعى في إدخال الغير إلى جعله خاضعا للحكم الذي سيصدر ومعارضته بالطلبات وتفويت الفرصة عليه في الاعتراض على الحكم. وذلك هو الأثر الأساسي للإدخال.

والواضح أنّ هذا الأثر فيه مساس بحرية الأطراف إذ سيجبر الغير على التقاضي في زمن ومكان ربّما لم يخطّط الغير لهما. ولكنّ المشرع أجازه لأنّ فيه ربح للوقت والمال بالنظر لترابط النزاع إذ لا يصحّ طلب الإدخال إلا لشخص له الحق في الاعتراض على الحكم وهو رأي أغلب التشاريع في العالم تقريبا.

ولهذا الغير أن يقدم طلباته أو أن تقدم طلبات ضدّه، وإذا كان الحكم بعدم الاختصاص أو ترك الخصومة أو التنازل عن الحق وصادقه المتداخل أو وقع الصلح من شأنه أن ينهي التداخل فإن رفض الطلب الأصلي ليس من آثاره انقضاء الطّلب الأصلي ويتحمل المتداخل المصاريف إذا قضي ضده والعكس بالعكس وبإمكانه الطعن في هذا الحكم حتى ولو قضي بإخراجه من النزاع.

+**أثر الإدخال من المحكمة**: إذا أذنت المحكمة بإدخال الغير يصبح هذا الغير طرفا في الدّعوى وبإمكانه أن يتمسك بالحكم أو أن يحتج ضده بهذا الحكم، ويمكن أن توجه طلبات ضدّه كما يجوز له الطلب ويلاقي نفس الآثار في طلب الإدخال من الغير في معنى الانقضاء وممارسة وسائل الطعن.

ولم يرتق التشريع التونسي إلى حدّ اليوم إلى جعل المحكمة بإمكانها طلب الإدخال لتقديم حجة أو أي إثبات يفيد القضية أو لمجرد سؤاله دون أن يقدّم طلبات أو توجه ضدّه طلبات ودون أن يعتبر طرفا بالقضية[1].

(1) ومع ذلك فإنّ هذه الإمكانية تبقى واردة في الإجراءات الاستقرائية المعتمدة سواء أمام المحكمة العقارية أو المحكمة الإدارية. ويرى البعض أنّه إجراء مطلوب في المفهوم الحديث للتحقيق المدني. وفعلا اعتمدت بعض التشاريع هذا الاتجاه صراحة. المادة 26 من التشريع المدني المصري الحديث.

الفقرة الثانية:

الدّفوعات في الدّعوى المدنية

يتعين قبل بيان نظام الدّفوعات (ب) وآثارها (ت) بيان مفهومها (أ).

أ ـ مفهوم الدّفوعات

يعرف البعض الدّفع بأنه «الوسيلة التي يجيب بها الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدّعيه[1]»، ويدخل في ذلك جميع الطرق المتاحة للمطلوب لمناقشة الطلبات. فلا يتضمن الدّفاع أي طلب بل يأتي جميعها على السلب، ومن أجل ذلك فإنّ الدّعوى المعارضة التي يحرّرها المطلوب في جانب منها إذا كانت تهدف إلى ردّ الطلبات الأصلية تكون من قبيل الدّفوعات وليست من قبيل الطلبات[2]، ولذلك يقال إنّ للدّعوى المعارضة طبيعة مزدوجة[3]. وتجاوزا للدّعوى المعارضة تكون الدّفوعات إما دفوعات أصلية au défense fond أو إجرائية (شكليّة) exception de procédure أو دفع بعدم القبول la fin de non - recevoir.

1 ـ الدّفوعات الأصليّة

الدّفوعات الأصلية هي التي تهدف إلى مناقشة موضوع الادّعاءات سواء من الوجهة الواقعية أو القانونية، فهي تسعى لردّ الطّلب الأصلي دون أن يطلب المطلوب حقا لفائدته، فمن الممكن أن يبيّن عدم صحة البينة أو سبق انقضاء الحقّ بأي طريقة من طرق الانقضاء أو أن سند الحق غير موجود أو كان باطلا وغير ذلك من الصور الواقعيّة، ومن الممكن أن يبيّن عدم صحة المؤسسة القانونية المستند لها في الطلب أو عدم صحة مصدر الحق من الوجهة القانونية وغير ذلك من الصور.

والواضح من ذلك أنّ الدّفوعات الأصلية لا يمكن أن تحصى أو تعدّ، فهي استغلال لجميع الطرق الواقعية والقانونية التي يجيزها القانون لردّ الدّعوى وتدخل في معنى حقّ الدّفاع إذا تعلق بأمر موضوعي، إذ أنّ حقّ الدّفاع ليس إلا

(1) أحمد أبو الوفاء: المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص. 180، عدد 169.

(2) سبق أن تعرضنا إلى مفهوم ونظام وآثار الدّعوى المعارضة في باب الطلبات.

(3) Jean Vincent - Serge Guinchard : Procédure civile, op.cit., p.174 175 -, n°141 et aussi n°1151.

استعمال الوسائل القانونية والواقعية الممكنة، فإذا اقتصر الدّفع على الجانب الموضوعي كانت الدّفوعات أصليّة.

ومع ذلك فإنّه من الممكن في بعض الصور أن يشتبه الأمر بين الدّفوعات الأصلية والطّلبات كما هي الصورة في طلب الإدخال الجبري من قبل المطلوب، ولو أنّ حقيقة طلب الإدخال ليست من الدّفع في شيء بل تعدّ قانونا ضمن الطلبات. وقد رأينا كذلك الطّبيعة المزدوجة للدّعوى المعارضة.

وبطبيعة الحال فإنّ الدّفع الأصلي يختلف عن الدّفوعات الإجرائية والدّفع بعدم القبول. ومع ذلك لم تورد مجلة المرافعات تعريفا للدفع الموضوعي.

2 ـ الدّفوعات الإجرائية

الدّفع الإجرائي هو الدّفع الموجّه إلى إجراءات الدّعوى أي الشكل دون الخوض في الأصل سواء للدّلالة على أنّ الإجراءات مختلة أو أنّها انقضت أو يتعين توقيفها. وهي تهدف إلى تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة مثل الدّفع بعدم الاختصاص أو الدّفع بالبطلان أو الدّفع بالتخلي نظرا لوجود ارتباط أو الدّفع بتأجيل القضية.

ومع ذلك فإنّ المشرع لم يعرف الدّفوعات الإجرائية وأوردت الفصول 14 إلى 18 م.م.م.ت. بعض الحالات لمثل هذه الدّفوعات حيث أورد الفصل 15 م.م.م.ت الدّفع بالبطلان والدفع بالتخلي سواء لوجود ترابط أو لسبق نشرها بمحكمة أخرى وأشار الفصلان 17 و18 م.م.م.ت. إلى الدفع بعدم الاختصاص سواء حكميا أو ترابيا، وخلط الفصل 15 م.م.م.ت بين الدّفع الإجرائي والطلب في الإدخال، إذ من المعروف أنّ طلب الإدخال ليس من قبيل الدّفوعات الإجرائية بل هو من قبيل الطّلبات. معنى ذلك أنّ الحالات الواردة بهذه الفصول ليست الحالات الحصرية للدّفوعات الإجرائية إذ من الممكن استخراج عدّة حالات منصوص عليها بفصول متناثرة بعدّة مجلات قانونيّة وقد لا تكون القاعدة مكتوبة أصلا مثل الدفع بقاعدة الجزائي يوقف المدني.

3 ـ الدّفع بعدم القبول

الدّفع بعدم القبول لا يناقش موضوع الطلبات ولا يجادل الشكل أو الإجراء ومع ذلك ففيه شيء من أثر الدّفع إذ أنه يهدف إلى إنكار وجود الدّعوى فينقضي الطلب بصفة نهائية دون المجادلة في محتوى الطلب أو التعرض لشكليّاته، ومن أجل ذلك يقال إنّ للدّفع بعدم القبول طبيعة مزدوجة.

ولا يوجد بمجلة الإجراءات التونسية أي تعريف للدّفع بعدم القبول ولم يسع المشرع أصلا إلى ضبط الصور التي يمكن أن تأتي تحت هذا الباب[1]، مع أنّ بعض الفصول أوردت صور للدفع بعدم القبول دون أن تحدّد طبيعتها مثل الفصل 19 م.م.م.ت. في المصلحة والصفة والأهلية في القيام.

ولكنّه مع ذلك من الممكن تقديم بعض الأمثلة التي تدخل في هذا الباب دون أن تكون القائمة حصرية. فيدخل في ذلك الدّفع بعدم توفر شروط قيام الدّعوى (الصفة والمصلحة والأهلية) والدّفع باتصال القضاء والدّفع بالتقادم والدّفع برفع الدّعوى بعد أو قبل ميعادها والدّفع بسبق الصلح والدّفع برفع الدّعوى ضدّ شركات التأمين المناسبة في حوادث المرور طبق قانون 2005 أو الدفع بعدم برفع الدّعوى قبل انقضاء آجل الصلح إذا سبق طلبه طبق نفس القانون[2] أو الدّفع بسبق الرضا بحكم البداية بتنفيذه لردّ الطعن والدّفع بردّ الدعوى الحوزية لقيامها بعد فوات أجل السنة والدفع بردّ الدّعوى الحوزية لمن سبق نشر دعوى استحقاقيّة والدّفع بردّ الدّعوى الاستحقاقية قبل الإذعان للدعوى الاستحقاقية والدّفع بعدم قبول الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف والدّفع بعدم قبول التداخل أو الإدخال لعدم توفر شروطه والدّفع بعدم قبول الاستئناف العرضي لوروده بعد المرافعة....والقائمة لا يمكن حصرها حقيقة[3].

ولا يعتبر القانون هو المصدر الوحيد لصور الدّفع بعدم القبول بل إنّ الاتفاقات يمكن أن تكون مصدرا في ذلك إذا اشترط السعي الوجوبي إلى الصلح المسبق

(1) المشرع الفرنسي عرّف الدّفع بعدم القبول بالفصل 122 من مجلة الإجراءات الجديدة.
« Constitue une fin de non - recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

(2) علي كحلون: دعوى التعويض في حوادث المرور، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2011، ص. 155 وما بعد.

(3) ولكنّ بعضا من رجال القانون يضعون حدّا لقائمة الدّفوعات بعدم القبول ويجعلون الدّفع بعدم القبول مقتصرا على إنكار صفة الخصم لا غير كما يرى البعض أنّ شرط المصلحة في القيام ليس له علاقة بالدّفع بعدم القبول بل هو دفع موضوعي. أحمد أبو الوفاء: المرجع السابق، ص. 227، عدد 204. ويرى البعض الآخر أنّ قائمة هذه الدفوعات لا تتجاوز الخمسة وهي الدفع بغياب المصلحة والدفع بغياب الصفة والدفع باتصال القضاء والدفع بسبق الصلح والدفع بوجود ترابط بين الادّعاءات.
Guy Block, thèse, citée in Jean Vincent - Serge Guinchard : Procédure civile, op.cit., p.182, n°145 1 -.

بين الطرفين قبل نشر الدّعوى[1]، أو تضمن العقد شرطا تحكيميا أو وساطة وغير ذلك من الشروط المانعة للنظر.

وقد تردّد فقه القضاء كثيرا بين الدّفع بعدم القبول والدّفع الشكلي فيما يخصّ الشرط التحكيمي والوساطة وقاعدة الجزائي يوقف المدني ولو أنّ طبيعتها أقرب إلى الدّفع بعدم القبول. وكذلك الصورة بالنسبة إلى شروط تعهّد القاضي الاستعجالي (الاستعجال وعدم الخوض في الأصل) فالدفع بعدم توفر الشروط ليس دفع بعدم الاختصاص وإنما دفع يرمي إلى عدم القبول إذ أنّ عدم الاختصاص يقتضي الشكّ في اختصاص عدّة محاكم في نفس الموضوع. وكذلك الصورة في حالة الدّفع بحصانة التقاضي والدفع بالشرط التحكيمي، فهو ليس دفع بعدم الاختصاص وإنما دفع بعدم قبول الدّعوى.

وقد يختلط الأمر في بعض الصور بين الدّفع بعدم القبول والدّفع الموضوعي فكلّ ما يتعلق بوسائل الإثبات ونزاهته والتعسف في استعمال الدّعوى ليس له علاقة بالدّفع بعدم القبول وإنما يظلّ مرتبطا بالدّفع الموضوعي.

كما أنّه كثيرا ما يقع الخلط بين الدّفع بعدم القبول والدفع بالبطلان، خاصة إذا أورد المشرع بعض الصيغ تدلّ على عدم القبول في صورة الإخلال الشكلي. والحقيقة أنّ الفرق واضحا بين هذه الدّفوعات إذ أنّ الدفع بعدم القبول يهدف إلى عدم القبول وليس إلى بطلان الإجراء ذاته، ولا يجب الوقوف عند الألفاظ المستعملة بل يجب تطبيق المفهوم الصحيح لكل دفع.

ب ـ نظام الدّفوعات

1 ـ نظام الدّفوعات الأصلية

القاعدة أنّ الدّفوعات الأصليّة يمكن أن تقبل في أي طور من أطوار التقاضي ابتدائيا وأمام محكمة الاستئناف وحتى محكمة التعقيب. فقد نصّ الفصل 148 م.م.م.ت. صراحة على أنّه « يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف»، بل ويمكن تقديم وسائل دفاع جديدة أمام محكمة التعقيب، إلا أنّه عادة ما يردّ هذا الدّفع بحجة أنه لم يكون محلّ مناقشة أمام محكمة الموضوع وبعض المحاكم ترى في ذلك شكلا من أشكال التعسف في استعمال الحقّ.

(1) وقبل يقي فقه القضاء بفرنسا متأرجحا في تكييف هذا الدّفع بين الدّفع بعدم القبول والدّفع الإجرائي واستقر الرأي على أنه دفع بعدم القبول.
نفس المرجع السابق، عدد 145 ـ 1.

2 ـ نظام الدّفوعات الاجرائية

يمكن التوصّل إلى ثلاثة أنظمة في الدّفوعات الإجرائية، منها ما يجب التمسك به بأول جلسة قبل الخوض في الأصل ومنها ما يمكن التمسك به قبل المرافعة ومنها ما يجوز التمسك به في جميع المراحل حتى أمام محكمة التعقيب.

ـ **التمسك بالدّفع الإجرائي قبل الخوض في الأصل**: نصت الفقرة الثانية من الفصل 14 م.م.م.ت. على أنّ «مخالفة القواعد التي لا تهم غير مصالح الخصوم الشخصية فلا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج عنها ضرر للمتمسك بالبطلان وبشرط أن يثيره قبل الخوض في الأصل» كما أضاف الفصل 15 م.م.م.ت. أنّ التمسك بالبطلان المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل 14 يجب أن يكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الأصل.

وبالتالي فإنّ الدفع بالبطلان النسبي يجب أن يكون قبل الخوض في الأصل ودفعة واحدة وبشرط إثبات الضرر. فإذا تعلق الدّفع بعريضة الدّعوى فإنّ في ذلك نظاما خاصا أورده المشرع بالفصل 71 م.م.م.ت. ومؤدّاه أن مجرد الحضور في بعض الصور يصحّح الإجراءات وفي أخرى فإن الحضور والجواب يصحّح الدّعوى[1]. وإذا كانت الشكليات تتعلق بأعمال تحضيرية مثل الاختبار أو سماع الشهود وما شابه ذلك فإن الشرط يقتضي أن يتمسك بالشكل بمجرد الاطلاع قبل الجواب في الأصل أي قبل مناقشة الأصل. ولا يجب أن يخوض في مسائل أصلية مع الدّفع وإلا اعتبر متجاوزا للدّفع.

أما طلب التخلي عن النظر في القضيّة بدعوى سابقية نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بنازلة أخرى يجب أن يكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الأصل، ولم يشترط الفصل 15 م.م.م.ت. الضرر على غرار الدّفع بالبطلان

(1) الفصل 71 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)
ـ «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.»

النسبي. والمقتضى في الجواب دفعة واحدة وقبل الخوض في الأصل أن يتمسّك المطلوب بالدفع في تقرير جوابه المقدم للكتابة قبل موعد الجلسة أو يوم أول جلسة، ولا يجب أن يخوض في مسائل أصلية مع الدّفع وإلا اعتبر متجاوزا للدّفع.

كما أنّ الدفع بعدم الاختصاص الترابي يجب أن يكون قبل الخوض في الأصل دون شرط الضرر حيث نصّ الفصل 18 م.م.م.ت. على أنّ «الخصم الذي يقع استدعاؤه لدى محكمة متحدة الدرجة مع المحكمة التي كان يجب رفع النازلة لديها له طلب التخلي عنها للمحكمة الراجع إليها النظر بشرط أن يقدم طلبه قبل الخوض في أصل النازلة وإلا فمطلبه غير مقبول». والمقتضى في الدّفع قبل الخوض في الأصل أن يتمسّك المطلوب بالدفع في تقرير جوابه المقدم للكتابة قبل موعد الجلسة أو يوم أول جلسة، ولا يجب أن يخوض في مسائل أصلية مع الدّفع وإلا اعتبر متجاوزا للدّفع.

وإذا كانت الإجراءات شفاهية والمقصود بذلك الإجراءات المعتمدة أمام قاضي الناحية حيث اعتمد المشرع بالفصول 43 إلى 50 م.م.م.ت. إجراءات مبسطة دون أن يلزم المدّعي باستدعاء المطلوب بواسطة عدل تنفيذ بل تعتمد الإجراءات الإدارية كما لا يلزم بتقييد القضية في آجال محدّدة أو تبليغ المستندات، فإنه تبعا لذلك على المطلوب أن يدفع بالخلل الإجرائي يوم حضوره وقبل أن يناقش الأصل وإلا اعتبر متخليا عن هذه الدفوعات[1].

ويجوز للمحكمة في جميع هذه الصور، عملا بالفصل 16 م.م.م.ت.، أن تقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بانفراده. فيجوز حجز القضية للمفاوضة والقضاء بالرفض أو التخلي إذا صحّ الدفع أو رفض الدّفع ومواصلة النظر من حيث الأصل إذا لم يكن مؤسسا ويجوز للمحكمة أن تواصل المرافعات وتقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل في النهاية.

ـ **التمسك بالدّفع الإجرائي قبل جلسة المرافعة**: نصّ الفصل 15 م.م.م.ت. على أنّ «طلب إدخال ممّن شأنه أن يرجع عليه بالدرك أو الضمان في النازلة يجب أن يقع قبل أن تعين القضية لجلسة المرافعة»، ويجوز كذلك الدّفع إجرائيا قبل

(1) نصّ الفصل 50 م.م.م.ت على أنّ القواعد المقررة بباب الإجراءات الخاصة بالمحكمة الابتدائية تنطبق على الإجراءات الخاصة بقاضي الناحية فيما لا يتعارض مع الأحكام الواردة بالإجراءات الخاصة بقاضي الناحية، والواضح أنّ التقييد المسبق للقضية والجواب كتابة قبل موعد الجلسة والحضور أو الجواب الذي يمكن أن يصحح الخلل لا يتناسق مع الإجراءات الواردة بالفصول 43 وما بعد الخاصة بمحكمة الناحية.

جلسة المرافعات بعدم التأخير أو التأخير للجواب إذ من المفروض أن لا يقع الدّفع بمثل هذه الدّفوعات الإجرائية إلا بعد الخوض في الأصل، ومن أجل ذلك يبقى الدّفع ممكنا إلى تاريخ المرافعات مع ضرورة مراعاة الإجراءات والآجال الواردة في باب المرافعات[1].

ويجوز للمحكمة في جميع هذه الصور، عملا بالفصل 16 م.م.م.ت.، أن تقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بانفراده. فيجوز حجز القضية للمفاوضة والقضاء بالرفض أو التخلي إذا صحّ الدفع أو رفض الدّفع ومواصلة النظر من حيث الأصل إذا لم يكن مؤسسا ويجوز للمحكمة أن تواصل المرافعات وتقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل في النهاية.

ـ التمسك بالدّفع الإجرائي في جميع المراحل: يجوز التمسك بالبطلان المطلق في جميع المراحل أثناء التحضير وبعد المرافعة وأمام محكمة الاستئناف وحتى أمام محكمة التعقيب ولأول مرة ليس من قبل الأطراف بل يجوز أن يكون تلقائيا من المحكمة ودون أن يكون هناك أي ضرر، ومن أجل ذلك نصت الفقرة الأولى من الفصل 14 م.م.م.ت. على أنّه « يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها».

كما أنّ الدّفع بعدم الاختصاص الحكمي يجوز أن يثيره جميع الأطراف بما في ذلك المحكمة في أي مرحلة من المراحل الإجرائية حيث يجوز عملا بأحكام الفصل 17 م.م.م.ت. «للطرفين في كل طور من أطوار القضية إثارة مرجع نظر المحكمة بناء على عدم مراعاة القواعد المتعلقة بمرجع النظر الحكمي».

ويتميز الدّفع بعدم الاختصاص الحكمي بأنه متى وقع الدّفع به يجب على المحكمة أن تبت في مرجع النظر إما بعدم الاختصاص بعد عرض الملف على النيابة العمومية وبالتالي التّخلي عن القضية وإما باختصاصها وتواصل النظر.

أما بقية الدّفوعات فيجوز للمحكمة، عملا بالفصل 16 م.م.م.ت.، أن تقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بانفراده. فيجوز حجز القضية للمفاوضة والقضاء بالرفض أو التخلي إذا صحّ الدفع أو رفض

(1) الفصل 83 م.م.م.ت. أمام المحكمة الابتدائية تقدم التقارير من قبل المدعي قبل 10 أيام من تاريخ المرافعة بعد أن يعرضها على المدّعى عليه أما هذا الأخير فالأجل 3 أيام فقط. ويبقى هذا الإجراء منطبقا كذلك محكمة الاستئناف الفصول 138 ـ 139 ـ 140 م.م.م.ت.

الدّفع ومواصلة النظر من حيث الأصل إذا لم يكن مؤسسا ويجوز للمحكمة أن تواصل المرافعات وتقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل في النهاية.

3 ـ نظام الدّفع بعدم القبول

لم تورد المجلة نظاما خاصا بعدم القبول، وإذا كانت لم تعرّف هذه المعنى فمن باب النتيجة أنها لن تحدّد نظامه. وقد نتردّد حول إمكانيّة تطبيق النظام الموضوعي أو تطبيق نظام الشكل أم نجعل للدّفع بعدم القبول نظاما مميزا كتميّز تعريف الدّفع بعدم القبول. والمنطق أن يكون للدّفع بعدم القبول نظامه الخاص، فهو لا يتعلّق بمحتوى الأصل ولا يتعلّق بذات إجراءات الدّعوى.

ومع ذلك فقد أوردت بعض النصوص المتفرقة نظام بعض الدّفوعات مثل الفصل 19 م.م.م.ت. في الصفة والأهلية والمصلحة في القيام والفصل 13 م.م.م.ت. في المسقطات حيث نصّ على أنّ «المسقطات كلها وجوبية تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها» والفصل 385 م.ا.ع. في الدّفع بسقوط الدّعوى إلى غير ذلك من الحالات.

والقاعدة أنه لا شيء بهذه النصوص ما يلزم بالتمسك بالدّفع قبل الخوض في الأصل وهو ما يعني أنّ هذه الدّفوعات يمكن التمسك بهذا في كلّ طور وقد نصّ الفصل 148 م.م.م.ت. صراحة على أنّه « يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف»، دون بيان طبيعة هذه الوسائل،والأغلب أن يأخذ الدّفع بعدم القبول نظام الدّفوعات الموضوعية في هذا الجانب. كما أنّه لا شيء يلزم بإثبات الضرر.

غير أنه يجب التمييز بين الدّفوعات التي ليس لها علاقة بالنظام العام والتي لها هذه الصفة، حيث يصحّ للمحكمة أن تثير الدّفوعات التي لها ارتباط بالنظام العام من تلقاء نفسها مثل التمسك بالصفة والمصلحة والأهلية والتمسك بانقضاء آجال الطعن والتمسك بعدم تقديم طلبات جديدة على خلاف الأخرى فلا يدفع بها إلا الخصوم مثل الدّفع بالتقادم أو الدّفع بسقوط الخصومة.

والواضح أنّ المشرع لم يأت بإجراءات خاصة في هذا الباب تسمح بتصحيح الإخلالات على خلاف التوجهات الحديثة التي ذهبت في هذا الاتجاه[1]. ورغما

(1) مثال الفصل 126 من مجلة الإجراءات الجديدة الفرنسية.
« Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non - recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance ».

عن ذلك فقد أوردت مجلة المرافعات بالفصل 19 صورة من صور التصحيح في نظام الدّفع بعدم القبول حيث نصت الفقرة 4 منه على أنه «إذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل عند القيام فإن تلافيه أثناء نشر القضية يصحّح الدّعوى». والواضح أنّ الصفة والمصلحة لا تقبل التصحيح على خلاف بعض التجارب التي ذهبت إلى التصحيح في مثل هذه الصورة[1].

ت ـ آثار الدّفوعات

1 ـ آثار الدّفوعات الموضوعيّة

الدّفع الموضوعي إذا ما صحّ قانونا يؤدّي إلى معنى اتصال القضاء أي أنّه يمنع على أطراف الدّعوى إعادة نشره أمام محكمة أخرى. ومع ذلك يجب التمييز بين الحكم بطرح القضية أو برفضها أو بعدم سماعها. فالحكم بالطرح يجوز إذا طلبه المعني بالأمر قبل الخوض في الأصل ولم تتصل الدّعوى بحقوق الغير أو توفي المحامي ولم يتولى المدّعي تكليف محامي آخر في الأجل[2] أو تبين أنه لم يقيد القضية في الأجل أي سبعة أيام قبل تاريخ الجلسة إلا إذا تولى المدّعى عليه تقييدها[3]، أما رفض الدّعوى فمقتضاه أن لا يقدّم المدّعي وسائل إثباته أما عدم سماع الدّعوى فمقتضاه أن الوسائل المقدمة لا تثبت الحقّ المدّعى فيه. فيتصل القضاء في الأخيرة فقط أما الطرح والرفض فلا يتصل القضاء فيهما. ويجب التمييز بين اتصال القضاء وقوة اتصال القضاء والأحكام التي رجوع فيها. فالحكم يتصل به القضاء بمجرد صدوره ويحرز على قوة اتصال القضاء إذا أصبح من الممكن تنفيذه أما إذا استنفذت وسائل الطعن العادية وغير العادية يصبح الحكم لا رجوع فيه.

2 ـ آثار الدّفوعات الشكلية

الدّفع الشكلي مهما كانت طبيعته لا يؤدّي إلى معنى اتصال القضاء حيث إنّ الحكم بطلان عريضة الدّعوى أو التخلي لفائدة المحكمة المختصة لا يمنع من إعادة نشر القضية من جديد بعد القيام أمام المحكمة المختصة وتصحيح الشكليات، كما أن بطلان الاختبار أو أي إجراء لاحق يسمع بإعادته من جديد لا غير، أما طلب التأخير أو مراعاة آجال المرافعة فلا ينتج عنه إلا تأخير القضية أو استبعاد بعض التقارير من أوراق المرافعة لا غير. وبالتالي فإن قبول الدّفع الشكلي قد ينتج عنه إما انقضاء الخصومة (وليس الحق) أو تأخيرها لا غير.

(1) المادة 115 من قانون المرافعات المصري الجديد.
(2) الفصل 75 م.م.م.ت.
(3) الفصل 79 م.م.م.ت.

وإذا قبلت المحكمة الدّفع الإجرائي وقضت على أساسه وتولى المحكوم ضدّه الاستئناف، فالمفروض أن تعيد محكمة الاستئناف القضية إلى الطور الابتدائي لمواصلة النظر إلى قبلت الطعن وأن لا تخوض في الأصل ومن أجل ذلك نصّ الفصل 149 م.م.م.ت. على أنّه «إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع...» ولكن الدّفع الشكلي قد لا يكون متعلقا بعريضة الدّعوى بل بأمر يصح فيه الدّفع الشكلي بعد الخوض في الأصل مثل مناقشة تقرير الاختبار ومن أجل ذلك نصّ الفصل 149 م.م.م.ت. في آخره على أنه « كما لها إن كان الموضوع قابلا للفصل أن تبت فيه»، وهي صورة الحال.

3 ـ آثار الدّفوعات بعدم القبول

تنتهي الدّفوعات بعدم القبول إلى عدم قبول القيام بالدّعوى، فكلّما صحّ الدّفع قضت المحكمة برفض الدّعوى، والأغلب أنه يتعذّر إعادة نشرها بحكم فوات الآجال كما في صورة الدّفع بفوات آجل الاستئناف، ولكنّ ذلك لا يمنع من إعادة نشرها إذا لم تتقادم الدّعوى فتنقضي الخصومة ويبقى من الممكن إعادة رفعها في كلّ الصور التي يتحقّق فيها رفع النقص الذي كان سببا في عدم القبول مثل الصفة فمن الممكن إعادة نشر الدّعوى إذا رفعت ممن له الصفة. وقد لا ينتهي الدّفع برفض الدّعوى برمتها بل إلى رفض الطّلب كما في صورة الدّفع برفض طلب التداخل إذا كان بعد جلسة المرافعة.

وإذا تمّ استئناف الحكم القاضي بالرفض على أساس صحة الدّفع بعدم القبول، فهل يمكن لمحكمة الاستئناف أن تتناول الأصل أم أنها تقضي بإعادة القضية إلى محكمة البداية على غرار الدفوعات الشكلية متى نصّ الفصل 149 م.م.م.ت على إمكانية الإرجاع. يبدو الأمر غامضا بمجلة المرافعات التونسية ولم يسبق لفقه القضاء أن تناول هذه النقطة بالشرح، ولكن فقه القضاء الفرنسي يميز بين الدّفوعات التي لها علاقة بالآجال وغيرها التي ليس لها هذه العلاقة، الأولى فقط تقتضي الإرجاع، أما في الثانية فمن الممكن مواصلة النظر. ويرى البعض أنّ المحكمة يجب أن تقضي بالإرجاع في جميع الصور إذ أنّ محكمة الاستئناف ليس لها أن تتعهّد بالطلبات الجديدة[1].

(1) Civ.2°, 4 mars 1998, JCP, 1998,IV, 1917.
أحمد أبو الوفاء: المرجع السابق، ص. 234، عدد 209.

الباب الثالث

في اختبار الكتائب

الفصل 229 ـ إذا وقع طلب اختبار كتب أدلى به أحد الخصوم فالمحكمة تنظر هل المقصود من ذلك التطويل وفي هاته الصورة لها كل السلطة في رفضه.

وإذا رأت قربه من الصدق ولم يمكنها الحكم فيه بدون بحث توقف النظر في أصل النازلة وتأذن بإجراء البحث.

الفصل 230 ـ المحكمة باطلاعها على نتيجة البحث تحكم إما بقبول الكتب أو رفضه ولها في صورة عدم حضور المطلوب لدى البحث أن تعتبر الكتب معترفا به.

وإذا تعددت الإمضاءات بالكتب وحضر بعض الواقع منهم الإمضاء فقط فالحكم الذي يصدر ينسحب على جميعهم.

الفصل 231 ـ يقع سماع الشهود الذين ربما شاهدوا كتابة العقد أو إمضاءه أو الذين كان لهم علم بأمور صالحة لكشف الحقيقة.

الفصل 232 ـ الأوراق الممكن قبولها بصفة أوراق معدة للتنظير هي على الأخص :

أولا : الإمضاءات الموضوعة بعقود صحيحة.

ثانيا : الكتائب والإمضاءات المعترف بها.

ثالثا : الشق الذي لم تنكر صحته من العقد المطلوب اختباره وأوراق التنظير يضع عليه الحاكم علامة إمضائه وكذلك الخصوم العارفون بالكتابة.

الفصل 233 ـ إذا ثبت بالاختبار أن الكتب كتبه أو أمضاه من أنكره فهذا المنكر يكون مستوجبا لخطية تتراوح من ثلاثة إلى عشرة دنانير بدون أن يكون ذلك مانعا من غرم الضرر لخصمه.

التعليق على الفصول 229 إلى 233

نصّ المشرع بالفصل 458 على أنّه «إذا وقع الاحتجاج بكتب غير رسمي على شخص فعليه أن يعترف به أو ينكر خطه أو إمضاءه بوجه صريح وإلا اعتبر الكتب مقبولا لديه. وللورثة أو من انجر له حق من صاحب الخط أن يقتصروا على التصريح بعدم معرفة كتابة المذكور أو إمضائه. وأضاف الفصل 459 م.ا.ع.

أنّه « إذا أنكر الخصم خطه أو إمضاءه أو صرح ورثته أو من له حق بعدم معرفتهم أذن القاضي بتحرير حقيقة الأمر وللمحكمة أن تباشر ذلك بنفسه أو تكلف به أهل الخبرة».

كما نصّ الفصل 470 جديد م.ا.ع. المنقح بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 والمتعلّق بالوثيقة الإلكترونيّة على أنّ نسخ الحجج الرسمية وغير الرسمية المأخوذة من الأصل تعتبر كأصولها إذا شهد بصحتها المأمورون العموميون المأذونون بذلك بالبلدان المأخوذة بها النسخ أو إذا أقر بصحتها الطرف المحتج بها ضده أو إذا كانت ممضاة من طرفه أو إذا تم إنجازها وفق وسائل فنية توفر كل الضمانات لمطابقتها لأصولها. وفي صورة عدم توفر هذه الشروط يتم عرضها على الاختبار لبيان مدى صحتها. وتعدّ الوثيقة الإلكترونية حجّة غير رسمية عملا بأحكام الفصل 453 مكرر م.ا.ع. «إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بإمضاء إلكتروني»، وفي صورة التشكيك في توفر الشروط يتم عرضها كذلك على الاختبار لبيان مدى صحتها. وقد أوردت مجلّة المرافعات المدنية الإجراءات التي يجب أن تتبع في مثل هذه الصور.

فقد نظّمت الفصول 229 إلى 233 م.م.م.ت. إجراءات البحث في صورة إنكار الخصم للكتب أو الإمضاء في الكتائب غير الرسمية، فإذا كانت الفصول 234 إلى 240 م.م.م.ت. نظمت ما يعرف بالزور المدني وهو يتعلق على وجه التحديد بالحجج الرسمية فإنّ الفصول 229 إلى 233 م.م.م.ت. فقد جاءت على وجه التحديد في شأن الطعن في الكتائب غير الرسمية.

فمن الممكن عرضيا أن يطعن الخصم في الكتب المقدّم من الطرف الآخر بحجة أنّه لم يمض الكتب أو أنه لا علم له بالكتب وبمن حرّره ويبقى للمحكمة سلطة التقدير في وقف الخصومة من عدمها، فإن رأت في الطلب مستوى من الجدية تأذن بإتمام الأبحاث اللازمة وتتوقف الخصومة وإن رأت أن الغاية هي تطويل النشر لا غير أو أنّه من الممكن الحكم تجاوزا للكتب موضوع النزاع ردّت الطلب. والواضح أنّ وقف الخصومة لا يرفع عن المحكمة سلطة النظر في الخصومة بل إنها توقف النظر في الأصل وتوجه عنايتها إلى الدّفع وليس في ذلك انقطاع للخصومة بل هو وقف لا غير لا ينجر عنه إعادة استدعاء الأطراف بل بمجرد الفراغ من النظر في الدّفع تواصل المحكمة النظر في الأصل على ضوء نتيجة البحث، وحتى على فرض أن قرّرت المحكمة إيداع الملف بالكتابة إلى

حين إتمام البحث فلا ينجر عن ذلك سقوط الخصومة إذ أنّ من آثار الوقف عدم سريان آجال سقوط الخصومة.

وإذا اقتنعت المحكمة بجدية الطلب يمكن لها أن تكلف خبيرا للتدقيق في إمضاءات الأطراف، خاصة بالنسبة إلى الإمضاءات الإلكترونيّة، كما يجوز لها بنفسها بواسطة أحد أعضائها[1] التدقيق وسماع البينة ويصحّ بالتالي سماع الشهود الذين ربما شاهدوا كتابة العقد أو إمضاءه أو الذين كان لهم علم بأمور صالحة لكشف الحقيقة كما يمكن على الأخص قبول الإمضاءات الموضوعة بعقود صحيحة والكتائب والإمضاءات المعترف بها للتنظير أي لمقارنتها بالكتائب موضوع الطعن. ويضع القاضي وكذلك الخصوم إمضاءاتهم على الكتائب والإمضاءات المعترف بها. وإذا لم يحضر المطلوب لدى البحث بعد استدعائه يجوز للمحكمة أن تعتبر أنّ الكتب معترفا به.

وبعد إنهاء الأبحاث الواقعة بواسطة قضاة المحكمة أو بواسطة أهل الخبرة يمكن للمحكمة بعد اطلاعها على نتيجة البحث أن تقضي إما بقبول الكتب أو رفضه ولها إذا تعددت الإمضاءات بالكتب ولم يحضر إلاّ البعض ممن أمضوا أن تعتبر الكتب منسحبا في حقّ الجميع. وإذا ثبت بالاختبار أن الكتب كتبه أو أمضاه من أنكره فهذا المنكر يكون مستوجبا لخطية تتراوح من ثلاثة إلى عشرة دنانير بدون أن يكون ذلك مانعا من غرم الضرر لخصمه. وهي من الحالات القليلة التي يجوز فيها للمحكمة المدنية أن تقضي بالخطية.

وعليه فإنّ الخصومة ستتوقف طيلة فترة البحث ثمّ يعاد سيرها العادي دون أن يقع إحالة الملف إلى الكتابة وحتى لو أذنت المحكمة بإيداع الملف بالكتابة إلى إنهاء البحث فلا تسقط الخصومة ولا تسري الآجال طيلة فترة الإيداع ويعاد نشر القضية دون إعادة استدعاء وتأخذ المحكمة بنتيجة البحث نهاية، فإما استبعاد الكتب أو اعتماده في إثبات الدعوى لا غير. ومن أجل ذلك نتحدّث عن توقف الخصومة وليس انقطاعها.

ويعدّ الدّفع بعدم الاعتراف بصحة الكتب والإمضاء على معنى الفصول 229 إلى 233 م.م.م.ت. في نهاية الأمر من قبيل الطلبات العرضية في الدّعوى وهي طلبات لها علاقة بالإثبات، ويعود للقاضي الأصلي اتخاذ الإجراءات المناسبة ويبقى القاضي الأصلي مختصا بالطلب العرضي حتى ولو كان قاضيا استعجاليا.

(1) الفصل 86 م.م.م.ت.

ومن الممكن كذلك أن ترفع قضية أصلية في صحة الكتب والإمضاء ويصدر الحكم بالصحة تلافيا لكلّ النزاعات التي يمكن أن يثيرها هذا الكتب مستقبلا وهي بالتالي عملية وقائية تنضاف إلى الطلب العرضي. ورغم أنّ المشرع لم ينظم هذه الدّعوى فإنه من الممكن رفعها أمام المحكمة الابتدائية وهي مختصة بجميع القضايا عدا ما خرج عنها بنص خاص على معنى الفصل 40 م.م.م.ت.

الباب الرابع

في الـــزور

الفصل 234 ـ الخصم الذي يود إثبات تزوير أو تدليس كتب يمكنه القيام بدعوى عارضة أثناء الدعوى الأصلية بطلب الإذن في إثبات الزور وذلك لدى المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف.

الفصل 235 ـ إن ظهر للمحكمة أن دعوى الزور لا أساس لها أو لا نفع فيما يخص النازلة فتحكم برفضها وإن ظهرت لها جدية الطعن في الكتب فإنها تأذن بإثبات الزور.

وإذا كانت المحكمة بتتبع دعوى الزور يوقف العمل بالكتب المخدوش فيه.

الفصل 236 ـ تأذن المحكمة بوضع الكتب المخدوش فيه بكتابة المحكمة وذلك بعد أن يضع الرئيس علامة إمضائه عليه منعا له من التغيير ويتولى الحاكم المكلف بالبحث التحرير على الطالب وسائل احتجاجه على الزور وعلى المطلوب أجوبته عن ذلك.

الفصل 237 ـ إثبات الزور يكون بحسب الحالة أما برسوم أو بشهود أو بعرفاء مع اتباع أحكام الفصول المتعلقة باختبار الكتائب.

الفصل 238 ـ تصدر المحكمة حكمها على ضوء الأبحاث المجراة ويكون حكمها بحذف ما يلزم حذفه وتمزيق ما يلزم تمزيقه وزيادة ما تلزم زيادته وتغييره كما تحكم بما يقتضيه الحال في ترجيع الحجج المدلى بها.

وفي صورة تعدد المطلوبين فالحكم الذي يصدر في النازلة ينسحب على جميعهم.

الفصل 239 ـ القائم بدعوى الزور الذي يصدر الحكم ضده يحكم عليه بخطية تتراوح من ثلاثة إلى عشرة دنانير بدون أن يكون ذلك مانعا من غرم الضرر لخصمه ولا من محاكمته جزائيا.

الفصل 240 ـ في صورة القيام بدعوى الزور الجنائي يعطل الحكم في النازلة إلا إذا رأت المحكمة أن النازلة يمكن الحكم فيها بقطع النظر عن الكتب المخدوش فيه.

والحكم الصادر بتعطيل النظر أو بعدم تعطيله قابل للاستئناف.

التعليق على الفصول 234 إلى 240

نظمت الفصول 234 إلى 240 م.م.م.ت. ما يعرف بالزور المدني وهو أن يدفع أحد الخصوم أثناء نشر القضية المدنية بزور الرسوم المقدمة، وهي إجراءات تتعلق أساسا بالحجج الرسمية على خلاف الفصول 229 إلى 233 م.م.م.ت. التي وردت في شأن الكتائب غير الرسمية ولكن مع ذلك من الممكن أن تخضع الكتائب غير الرسمية لإجراءات التدقيق على معنى الفصول 234 إلى 240 م.م.م.ت. إذا رميت بالتدليس إذ أن التدليس يمكن أن يطال الحجج الرسمية وغير الرسمية، فإما أن يطلب إثبات هذا الزور أمام المحكمة المدنية أو يطلب تعطيل القضية إلى حين النظر جزائيا في دعوى الزور. ففي الأولى فقط يسمى الزور مدنيا أما في الثانية فهو زور جنائي.

ومقتضى الزور المدني أن يطلب الخصم أثناء الدعوى الأصلية في إطار دعوى معارضة أو عرضية إثبات تزوير أو تدليس كتب وذلك لدى المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف. فإذا رأت المحكمة أن دعوى الزور لا أساس لها أو لا نفع فيها فيما يخص القضية المنشورة أمامها فتقضي برفضها وإذا رأت جدية الدّفع فإنها تأذن بإثبات الزور. وإذا أذنت المحكمة بتتبع دعوى الزور يوقف العمل بالكتب المخدوش فيه وتأذن المحكمة بوضع الكتب المخدوش فيه بكتابة المحكمة وذلك بعد أن يضع الرئيس علامة إمضائه عليه منعا له من التغيير ويتولى الحاكم المكلف بالبحث التحرير على الطالب وسائل احتجاجه على الزور وعلى المطلوب أجوبته عن ذلك. ويمكن إثبات الزور بجميع الطرق مع إمكانية أن تأذن المحكمة بإجراء الاختبارات الضرورية. وعلى ضوء الأبحاث

التي من المفروض أن يتولاها القاضي المقرر أو المستشار المقرر تصدر المحكمة حكمها سواء بحذف ما يلزم حذفه وتمزيق ما يلزم تمزيقه وزيادة ما تلزم زيادته وتغييره كما تحكم بما يقتضيه الحال في ترجيع الحجج المدلى بها. وفي صورة تعدد المطلوبين فالحكم الذي يصدر في النازلة ينسحب على جميعهم. وإذا لم يثبت الزور للمحكمة ترفض دعوى الزور وتسلط على القائم بها خطية تتراوح من ثلاثة إلى عشرة دنانير بدون أن يكون ذلك مانعا من غرم الضرر لخصمه ولا من محاكمته جزائيا. وعند ذلك يقف معنى الزور المدني، فهو مدني لأنّ المحكمة المدنية هي التي تتعهّد به ويقضى في شأنه في إطار الدعوى الدّعوى المدنية دون أن تكون هناك تتبعات جزائية.

أما في صورة القيام بدعوى الزور الجنائي أي القيام أمام الأجهزة الجزائية يعطل الحكم في القضية بمعنى أن تتوقف الخصومة سواء بتأخير القضية إلى حين النظر في دعوى الزور أو إيداعها بالكتابة إلى حين الفراغ من البحث وليس ذلك إلا تطبيقا لمبدأ الجزائي يوقف المدني ويعاد نشر القضية بمجرد صيرورة الحكم الجزائي باتا دون إجراءات جديدة، إلا إذا رأت المحكمة أن القضية يمكن الحكم فيها بقطع النظر عن الكتب المخدوش فيه. والحكم الصادر بتعطيل النظر أو بعدم تعطيله قابل للاستئناف.

ويذكر أن تعطيل النظر في القضية على أساس الفصل 240 م.م.م.ت. يختلف عن مفهوم توقيف النظر على أساس الفصول 241 م.م.م.ت وما بعد الواردة في باب معطلات النوازل، إذ أنّ تعطيل النظر على أساس الفصل 240 م.م.م.ت. لا ينجر عنه سقوط الخصومة ويعدّ قرارا تمهيديا وليس حكما حاسما للنزاع سواء بالإيداع أو خلافه ولو أنّ المشرع لم ينص على ذلك صراحة، ورغما عن ذلك فقد أجاز المشرع استئناف هذا القرار، وقد اعتبره المشرع في حكم الأحكام الأصلية، أما توقيف النظر على أساس معطلات النوازل، وهي حالة من حالات انقطاع الخصومة، فينجر عنه إيداع الملف بالكتابة وإذا لم يسع الأطراف إلى إعادة نشرها ينجر عنها سقوط الخصومة.

ويعدّ الدّفع بالزور على معنى الفصول 234 إلى 240 م.م.م.ت. في نهاية الأمر من قبيل الطلبات العرضية في الدّعوى وهي طلبات لها علاقة بالإثبات، ويعود للقاضي الأصلي اتخاذ الإجراءات المناسبة ويبقى القاضي الأصلي

مختصا بالطلب العرضي حتى ولو كان قاضيا استعجاليا. ومن الممكن كذلك أن ترفع قضية أصلية في الزور المدني ويصدر الحكم في الأصل تلافيا لكلّ النزاعات التي يمكن أن يثيرها هذا الكتب مستقبلا وهي بالتالي عملية وقائية تنضاف إلى الطلب العرضي. ورغم أنّ المشرع لم ينظم هذه الدّعوى فإنه من الممكن رفعها أمام المحكمة الابتدائية وهي مختصة بجميع القضايا عدا ما خرج عنها بنص خاص على معنى الفصل 40 م.م.م.ت.

ويجب كذلك تمييز الزور المدني عما يعرف بالزور الجنائي، فقد أوردت الفصول 284 إلى 287 م.إ.ج. ما يعرف بالزور الجنائي وهو مفهوم يختلف عما يعرف بالزور المدني. ويذكر بداية أن مفهوم الزور لا يختلف عما يعرف بالتدليس فالأمر سيان في القانون التونسي. فالواضح أن المجلة الجزائية التونسية لم تميز بين التدليس والتزوير كما يميز القانون المقارن فيجعل التدليس بغاية التأثير على إثبات الحقوق أي أن يستخدم المدلس في الإجراءات القانونيّة على أنّه صحيح ويجعل التزوير تغييرا للحقيقة بغاية الحصول على مردود اقتصادي لفائدة الفاعل أو لفائدة الغير. واستعملت الفصول 284 إلى 287 م.إ.ج. صيغة الزور وكان من الممكن استعمال صيغة التدليس.

وقد أرادت هذه الفصول بيان الإجراءات التي يجب أن تعتمد في حالة زور الكتائب أو تدليسها ربّما لأهمية هذه القضايا من الناحية الاقتصادية وتأثيرها على وسائل الإثبات وبالتالي على إثبات الحقوق، وربما كذلك بسبب المميزات الفنية لمثل هذه القضايا[1].

وقد شملت هذه الفصول صورتين من الزور الجنائي، إما أن تكون هناك قضية أصلية في تدليس الكتائب أو أنّه بمناسبة نشر قضية جزائية يدفع أحد الأطراف بتدليس الوثائق المقدمة أو بزور ورقة من أوراق الإجراءات التابعة للملف ويطلب تعطيل النظر إلى حين النظر في التتبع الجزائي أمام المحكمة المختصّة، وذلك هو معنى الزور الجنائي.

(1) يلاحظ أنّه بمجرد وجود مستوى فني في دعوى الزور وضع لها المشرع إجراءات خاصة وهذا ما يفسر ضرورة وضع إجراءات خاصة لوسائل الإثبات الإلكترونية. يراجع التعليق على الفصول 97 إلى 100 م.إ.ج.

ـ فمقتضى الصورة الأولى الواردة بالفصل 284 م.إ.ج.: أن يدعي أحد الأطراف تدليس كتب معين وتفتح قضية في تدليس كتب ومن المفروض أن يباشر بحث أولي ثمّ يُؤذن بفتح تحقيق في الغرض وفضل القواعد الواردة بالفصل 284 م.إ.ج. أنها حدّدت إجراءات التعامل مع الكتائب المرمية بالتدليس وذلك لحفظ الكتب والتوقي من مخاطر تغيير حقيقته.

فإما أن يكون الكتب المرمي بالتدليس بيد الشاكي أو مودعا لدى مأمور عمومي أو خصوصي. فإذا كان الكتب بيد الشاكي يقدم مع الشكاية ويفتح بحث أولي ويجب إمضاءه من طرف من قدمه ومن قبل مأمور الضابطة العدلية ثمّ بعد فتح تحقيق يقدم الكتب إلى كاتب المحكمة فيمضي في كلّ ورقة من أوراقه ويحرر تقرير في شأن حالته المادية. ويمضي على الكتب كذلك قاضي التحقيق والقائم بالحق الشخصي إن وجد والمظنون فيه يوم حضوره.

ففي جميع قضايا تزوير الكتائب يودع الكتب المرمي بالزور بكتابة المحكمة بمجرد تقديمه وكاتب المحكمة يضع إمضاءه بكل صحيفة منه ويحرر تقريرا مفصلا في الحالة المادية التي عليها ذلك الكتب ويمضي معه من قدمه وإذا امتنع هذا الأخير من الإمضاء أو كان غير قادر عليه ينص على ذلك. وزيادة على ذلك فإن الكتب المرمي بالزور يمضيه مأمور الضابطة العدلية وحاكم التحقيق والقائم بالحق الشخصي إن حضر وذو الشبهة وقت حضوره. وإذا امتنع ذو الشبهة أو القائم بالحق الشخصي عن الإمضاء أو كان غير قادر عليه ينص على ذلك بالتقرير.

وإذا كان الكتب المرمي بالزور مودعا لدى مأمور عمومي أو خصوصي فهو ملزم بتسليمه بناء على قرار من حاكم التحقيق. وإذا كان الكتب المرمي بالزور مأخوذا من مستودع عمومي فعلى الموظف الذي يسلمه أن يمضيه بالكيفية المذكورة آنفا. ولا تبرأ مسؤولية المستودع إلا بتسليم هذه الكتائب المرمية بالتدليس وإمضاءها طبق القانون. وإذا لم تسلم تلك الكتائب طوعا يجوز إجراء التفتيش والحجز طبق أحكام الفصول من 93 إلى 100 م.إ.ج.

وما يشترط في الكتب المرمي بالزور من إيداع وإمضاء يشترط كذلك في كتائب التنظير pièces de comparaison أي الكتائب التي يمكن أن تعتمد أو تساعد على معرفة حقيقة الكتائب المرمية بالزور، حيث تمضى الكتائب المدلى

بها للتنظير حسبما ذكر في شأن الكتائب المرمية بالزور أي أنها تمضى من قبل الشاكي ومأمور الضابطة والمأمور العمومي وقاضي التحقيق والقائم بالحق الشخصي والمظنون فيه كما أنّ المأمور العمومي المودعة لديه كتائب صالحة للتنظير ملزم بتسليمها بمجرد طلب من قاضي التحقيق.

وبالرغم من هذا التفصيل الذي أورده المشرع فقد سار التطبيق على أن قاضي التحقيق يحرر تقرير في شأن الكتب المرمي بالتدليس بمجرد تعهّده ويدعو الأطراف المذكورة للإمضاء على هذا الكتب. ولكنّ فضل هذا التفصيل يكمن في بيان أنّ دعوى زور الكتب لا يمكن أن تقع إلا على الأصل وأنّ الشخص الذي يحتفظ بهذه الكتائب يتحمل جانبا كبيرا من المسؤولية إذا لم يسارع إلى تسليمها إلى الجهة المعنية دون تغيير.

ـ ومقتضى الصورة الثانية الواردة بالفصل 287 م.إ.ج.: أن تقوم المصلحة لأحد الأطراف أثناء النظر في قضية جزائية في ادّعاء زور الرسوم المقدمة أو زور الوثائق الإجرائية المعتمدة بالملف، كما أن يطعن في زور المحضر على سبيل المثال. فليس للمحكمة في هذه الصورة إلاّ أن تقرر إما تعطيل النظر بعد سماع ملحوظات ممثل النيابة العمومية والخصوم وتحيل الأطراف على المحكمة المختصة بدعوى الزور، وإما أن تبت المحكمة المتعهّدة بأصل القضية عرضا في صفة الوثيقة المدعى تزويرها بمعنى أن ترفض تعطيل النظر إذا رأت المحكمة أن الدعوى قد سقطت بمرور الزمن أو لم يظهر بالملف ما يفيد التدليس.

والواضح أنّ المشرع لم ينص سواء في المآل الأول أو الثاني على إمكانية استئناف هذا القرار وهو ما يفيد أنّ الاستئناف أو التعقيب غير ممكن إلا مع الأصل، خلافا لما أورده المشرع في شأن الزور المدني على معنى الفصل 240 م.م.م.ت. ويلاحظ من الوجهة الواقعية أخيرا أنّ المحكمة في مثل هذه الصورة عادة ما تؤجل القضية وتحيل الأطراف على المحكمة المختصة ويتواصل تأخير القضية إلى حين البت نهائيا في هذا النزاع.

الباب الخامس

في معطلات النوازل

الفصل 241 ـ يعطل النظر في القضية قانونا وتودع مؤقتا بكتابة المحكمة بوفاة أحد الخصوم أو فقده أهلية الخصومة أو موت نائبه القانوني أو زوال صفة النيابة عنه إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها فيمكن للمحكمة أن تقضي فيها.

وتعتبر الدعوى متهيئة للحكم في موضوعها إذا كان الخصوم قد أبدوا طلباتهم وعينت القضية لجلسة المرافعة.

الفصل 242 ـ يترتب على التعطيل توقيف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع.

الفصل 243 ـ تستأنف القضية سيرها باستدعاء يقع من الطرف الآخر إلى من يقوم مقام الخصم الذي توفى أو فقد أهلية الخصومة أو زالت صفته أو باستدعاء منه يقع لذلك الطرف الآخر.

وكذلك تستأنف القضية سيرها إذا حضر الجلسة وارث المتوفي أو من يقوم مقام فاقد الأهلية أو مقام من زالت عنه الصفة وطلب متابعة سير القضية.

الفصل 244 ـ إذا مضت على تعطيل القضية ثلاثة أعوام بدون أن يقع طلب استئناف النظر فيها سقطت الخصومة ولكل ذي مصلحة من الخصوم أن يطلب الحكم بسقوطها.

الفصل 245 ـ تسري المدة المقررة لسقوط الخصومة في حق جميع الخصوم وان كانوا عديمي الأهلية.

الفصل 246 ـ الحكم بسقوط الخصومة لدى محكمة الدرجة الأولى يترتب عليه إلغاء جميع الإجراءات بما في ذلك عريضة الدعوى لكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى.

ويترتب على الحكم بسقوطها في الاستئناف أو في التماس إعادة النظر سقوط الطعن نفسه.

الفصل 247 ـ يقدم طلب الحكم بسقوط الخصومة للمحكمة المقامة أمامها بنفس الأوضاع المعتادة لرفع الدعوى.

كما يمكن أن يقدم في صورة دعوى معارضة إذا طلب المدعي استئناف النظر بعد انقضاء ثلاثة أعوام.

ويجب تقديمه ضد جميع المدعين أو الطاعنين وإلا كان غير مقبول.

وإذا قدمه أحد الخصوم استفاد منه الباقون.

التعليق على الفصول 241 إلى 247

يذكر أنّ الخصومة تنعقد وتمرّ بمراحل تحضيرية ومرافعة وأخيرا الحكم. ولكنّ الخصومة مع ذلك تبقى معرّضة لعدة عوارض قبل صرفها للمرافعة. ويعرف العارض بأنّه كلّ حدث يغير الأسلوب الطبيعي للخصومة قبل صرفها للمرافعة، فكلّ ما يخرج عمّا هو عادي في الخصومة يعدّ من قبيل العوارض، والعادي في الخصومة أن يقوم الطّلب الأصلي والدّفع ويسعى كلّ طرف إلى تقديم كلّ ما لديه من وسائل لإثبات ادّعاءاته ويبقى الدّور الأخير للمحكمة. ومن العوارض أن تقدم الطلبات العرضية أي الإضافية ويقع التداخل أو الإدخال تجاوزا للدّفوعات التي لها علاقة بالنظام العام والإجراءات الأساسية التي يمكن أن تثار في أي طور من الأطوار ولو أمام محكمة التعقيب لأول مرة[1]. ومن العوارض كذلك أن يقع التجريح في أحد القضاة أو أن يقع الدّفع بالزور أو بعدم صحة الكتائب المقدمة لهيئة المحكمة، ومن العوارض كذلك أن لا تقف الخصومة أو تنقطع أو تنقضي قبل صدور حكم في الأصل. حيث إنّ السير العادي هو أن تأخذ الخصومة سيرها العادي وتعرف نهاية عاديّة زمنيا دون وقف أو انقطاع وما شابه ذلك، فمن الممكن أن يقع ضمّ أو تفكيك الخصومة jonction et disjonction d'instance[2] أو

(1) يراجع التعليق على الفصول 224 إلى 228 م.م.م.ت.

(2) ضمّ أو تفكيك الخصومة jonction et disjonction d'instance: لم يورد المشرع قواعد خاصة في الضمّ أو التفكيك بالرغم من أهمية الإجراء ونص بالفصل 15 م.م.م.ت. فقط على أنّ طلب التخلي بدعوى الارتباط يجب أن يكون دفعة واحدة وقبل الجواب في الأصل وأضاف الفصل 16 م.م.م.ت. أنه يمكن للمحكمة أن تقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بانفراده.

ولكنّ المشرع لم يعرف معنى الارتباط connexité ولم يبين إن كان من الممكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها والحال أنه من حيث الواقع كثيرا ما تقرّر المحكمة إما الضم أو التفكيك دون أن يقع الطّلب من أي طرف لقيام المصلحة الإدارية في الضم أو التفكيك.

والمعروف فقها أنّ الارتباط هو العملية التي تهدف إلى ضمّ الملفات إلى بعضها ليس لقيامها على نفس السبب والموضوع وشمولها لنفس الأطراف بل لضرورة أن يصدر حكم واحد في النزاع لوجود روابط بين الملفات كما أن يطلب بالملف الأول الفسخ ويطلب

أن تتوقف الخصومة suspension d'instance[1] أو أن تنقطع interruption

بالملف الثاني التعويض على أساس نفس العقد وكما في صورة أن يقع استئناف حكم البداية من قبل عدة أطراف، فرغم غياب الوحدة في تلك العناصر إلا أنّ حسن القضاء يقتضي الضمّ. وفي بعض الأحيان تقرر المحكمة الضمّ ثمّ يتبين سوء القرار فتقرر التفكيك كما في صورة أن تقرر ضمّ الملف المحال من التعقيب بعد نقض القرار الاستئنافي إلى ملف الاعتراض على ذلك الحكم، إذ من المفروض أن يرفض الاعتراض بعد نقض القرار الاستئنافي وليس أخذ قرار بالضمّ والأحسن أن يصدر كلّ حكم على حدة وليس في قرار الضمّ من فائدة في مثل هذه الصور.

ويبقى الإشكال قائما في معرفة السند القانوني الذي يجيز للمحكمة الضم، فإن وقع طلبه من الأطراف فهو طلب عرضي وقد أجازه المشرع صراحة. ورغم غياب النص القانوني فإن المحكمة من الممكن أن تعتمده تلقائيا لأنّ قرار الضمّ أو التفكيك ليس في نهاية الأمر إلا عملا إداريا يقتضيه حسن النشاط القضائي وهو يدخل إجمالا في معنى ترتيب جدول القضايا المنشورة بالجلسة، وهو يخرج بذلك عن مراقبة محكمة التعقيب فلا يمكن أن يقع الطعن في مثل هذه القرارات بأي طريقة كانت. ولكنه مع ذلك كان يخيّر لو أنّ المجلة ضبطت هذا الإجراء بنصوص واضحة ودقيقة وهو الأفضل.

(1) وقف الخصومة d'instance suspension: الوقف هو أن يقف النظر في القضية الأصلية خلال فترة زمنية معينة، للنظر في عارض خارج عن أصل النزاع وأطرافه، سواء بترك الملف منشورا بنفس الجلسة أو بإيداعه بكتابة المحكمة، ولا تسري الآجال خلال تلك المرحلة في حساب أجل سقوط الخصومة أي لا تسقط الخصومة مهما كانت مدّة الوقف وتعود الإجراءات من حيث المبدأ دون حاجة إلى استدعاء من جديد. فهي مواصلة لنفس الخصومة وليس مباشرة لخصومة جديدة فلم يقع أي تغيير في وضع الخصوم والموضوع والسبب.

والواضح أنّ مجلة الإجراءات المدنية لم تنظم عدة نقاط هامة لها علاقة بوقف الخصومة، فلم تنظم أثر طلب تأخير القضية وتركها لاجتهاد القاضي إن شاء استجاب لطلب التأخير وإن شاء رفض دون أن يحدث ذلك أي أثر ولم تنظم كذلك ما يعرف بالتشطيب على القضية من جدول الجلسة في صورة عدم تنفيذ حكم تحضيري بل عادة ما تقضي المحكمة برفض الدّعوى إن تقاعس الطرف وإذا لم يقع تقييدها من قبل المدّعي تطرح القضية ما لم يكن المدّعى عليه قد قام بتقييدها. ولم تنظم وقف النظر لحين الفصل في مسألة أولية. ولم تورد كذلك بابا خاصا بحالات وقف الخصومة على غرار القوانين المقارنة.

فقد ذهبت بعض القوانين المقارنة إلى تنظيم وقف الخصومة بطلب من أطراف القضية أنفسهم ربما لإجراء صلح وما شابه ذلك ولم يترك الحرية للقاضي إن شاء قرر التأخير أو ضده، وحدّد آثار هذا الوقف. يذهب القانون المصري إلى إمكانية وقف الخصومة بطلب من الطرفين لمدة ستة أشهر وإذا لم يستمر نشر القضية بعد ثمانية أيام من تاريخ الوقف تعتبر الخصومة كأن لم تكن إذا كانت القضية منشورة على مستوى المحكمة الابتدائية ويسقط الاستئناف إذا كان الملف منشورا على مستوى محكمة الاستئناف. (أحمد أبو الوفاء: المرجع السابق، ص.580 وما بعد.). كما نظمت بعض القوانين الأخرى إجراءات التشطيب في حالة عدم إنجاز حكم تحضيري دون حاجة إلى تأخير القضية وانتظار موقف

d'instance أو أن تنقضي تماما قبل صدور حكم في الأصل l'extinction d'instance. وتلك هي العوارض المرتبطة بالسير العادي للخصومة.

وقد أوردت مجلة المرافعات المدنية بالفصول 241 إلى 247 بابا خاصا حول معطلات النوازل وهي ترجمة غير دقيقة لمعنى انقطاع الخصومة الوارد بالنصّ الفرنسي للمجلة، فالأصلح والأدق أن يعتمد مفهوم انقطاع الخصومة. فعلى خلاف وقف الخصومة فإن انقطاعها (**انقطاع الخصومة** interruption d'instance) يحمل تغييرا هاما في وضع الأطراف أو من ينوبهم ويقتضي الانقطاع ليس مواصلة الخصومة بل استئنافها باستدعاء يوجه من الخصوم.

ويفهم من الفصل 241 م.م.م.ت. أنّ حالات انقطاع الخصومة تتمثل فيما يلي:

- وفاة أحد الخصوم: المدّعي أو المدعى عليه والمتداخلين.
- فقد أهلية الخصومة: مثل صدور حكم بالتفليس.
- موت النائب القانوني أو زوال صفته: الأب أو الأم أو المقدم أو الوصي.

ويجب إضافة صورتين لم تردا بالفصل 241 م.م.م.ت. وهما:

- صورة بلوغ أحد الخصوم سنّ الرشد: وهو 18 سنة.
- صورة وفاة المحامي أو فقدان صفته أو تخلي المحامي أو عزله.

الخصم. الفصول 377 إلى 383 من مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية الجديدة نظمت مسألة التشطيب وتأخير القضية. حيث من الممكن للمحكمة أن تؤخر القضية لتمكين الأطراف من إجراء الصلح لأجل محدّد أو لإتمام أي عمل آخر تحدّده وبين المجلة أثر هذا التأخير حيث تودع القضية بالكتابة ولا ينالها سقوط الخصومة ويمكن مواصلة النظر فيها بطلب من الأطراف أو بسعي من المحكمة. واعتبرت المجلة أنّ عدم تنفيذ إجراءات اتخذته المحكمة من قبيل وقف الخصومة ويمكن للمحكمة أن تأذن بالتشطيب على القضية من جدول الجلسة ولا يعاد نشرها إلا إذا أنجز الخصم الحكم التحضيري على فرض أن الخصومة لم تسقط.كما مكنت المجلة من وقف الخصومة بطلب من الطرفين على أن يستمر نشرها بطلب من أحد الخصوم.

كما نظم القانون المصري حالة وقف القضية لتنفيذ حكم تحضيري وإذا استمر الوقف مدة معينة دون التنفيذ اعتبرت الخصومة كأن لم تكن بحكم من المحكمة بعد تسجيل طلب من أحد الأطراف، المواد 82 ـ 80 ـ 99 من قانون المرافعات. ولكن مع ذلك يمكن أن نجد بعض حالات الوقف المتناثرة بفصول المجلة مثل حالة الوقف لاختبار الكتائب (الفصول 229 إلى 233 م.م.م.ت.) أو حالة الوقف لتتبع الزور المدني (الفصول 234 إلى 240 م.م.م.ت.) أو حالة الوقف للنظر في إجراءات التجريح (الفصول 284 إلى 250 م.م.م.ت.) وقد سبق التعرض لهذه الحالات.

والملاحظ أنّ الانقطاع في جميع هذه الصور، باستثناء حالتي تخلي المحامي أو عزله من الأطراف، يحدث بصفة آلية وبموجب قوة القانون فلم يشترط المشرع أي شكل في الإعلام وما شابه ذلك. فبمجرد معاينة حالة الانقطاع من القاضي يأذن بإيداع القضية مؤقتا بكتابة المحكمة ويذكر السبب، فيحتج الخصوم في حالة الوفاة بمضمون وفاة وفي حالة فقد الأهلية بحكم صادر في الغرض مثل حكم التفليس وفي حالة زوال صفة النائب بحكم يصدر في الغرض وفي حالة فقد الصفة يحتج بقرار صادر في الغرض، إلا إذا حضر الجلسة وارث المتوفي أو من يقوم مقام فاقد الأهلية أو مقام من زالت عنه الصفة وطلب متابعة سير القضية بشرط أن يقع الاحتجاج بما يثبت ذلك وبشرط أن تكون الحقوق من الممكن أن تنقل إلى الورثة. ويمكن إضافة أن يحضر من ترشد وطالب مواصلة القضية ولو أن المشرع لم ينص على ذلك، إذ أنّ الأصل أنّ من بلغ سنّ الرشد يمكن مباشرة نشاطه بمفرده. وواقعيا يحضر المحامي بالجلسة ويقدم نيابته عن الخصوم ويطلب مواصلة النظر ويبدو أنّ ذلك يكفي لمواصلة الإجراءات.

ويجوز أن يتخلى المحامي أثناء نشر الخصومة وهو ما يأتي في باب عوارض الخصومة وقد أورد الفصل 75 م.م.م.ت. حلا لمثل هذه الصور ولحالات وفاة المحامي أو فقد صفته أو طلب التخلي أو عزله حيث نصّ الفصل 75 م.م.م.ت. كما هو منقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 على أنّه «إذا توفي المحامي أو فقد صفته فإن القضية تؤجل حتى يعين مجلس هيئة المحامين من يقوم مقامه مؤقتا ريثما تقع إنابة محام آخر. ولا يجوز للمحامي أن يتخلى عن النيابة في وقت غير مناسب وعليه عند التخلي أن يعلم بذلك موكله وأن يدلي للمحكمة بما يفيد وقوع هذا الإعلام. وعلى موكله تعيين محام جديد في ظرف خمسة عشر يوما من يوم إعلامه بالتخلي وإن لم يفعل ذلك وكان مدعيا طرحت القضية أو سقط الطعن أما إذا كان مدعى عليه فإن المحكمة تواصل أعمالها في القضية. ويكون الأمر كذلك إذا عزل المحامي من طرف من أنابه دون أن يعوضه».

فإذا توفي المحامي أو فقد صفته بعزل أو عجز وما شابه ذلك فإنّ القضية لا تودع بكتابة المحكمة بل تؤجل إلى غاية تعيين من يعوضه من قبل هيئة المحامين بصفة وقتية وللأطراف تكليف من ينوبهم بعد ذلك، فهي على علم بوضعية المحامي ولها أن تتخذ القرار في أقرب الآجال، ولا يعدّ ذلك حالة من حالات انقطاع الخصومة بل وقفها إذ لا حاجة إلى إعادة التبليغ.

أما إذا رغب المحامي في التخلي فالقاعدة أنه لا يجوز للمحامي أن يتخلى عن النيابة في وقت غير مناسب وقد يسأل مدنيا عند الاقتضاء، وإذا رغب في التخلي فلا بدّ من احترام الإجراءات في ذلك، وبذلك فهي صورة من صور انقطاع الخصومة، فعليه أن يعلم بذلك موكله وأن يدلي للمحكمة بما يفيد وقوع هذا الإعلام. وعلى موكله تعيين محام جديد في ظرف خمسة عشر يوما من يوم إعلامه بالتخلي وإن لم يفعل ذلك وكان مدعيا طرحت القضية أو سقط الطعن أما إذا كان مدعى عليه فإن المحكمة تواصل أعمالها في القضية. ويطرح الإشكال عادة في أنّ الإعلام يقع طبق الفصل 8 م.م.م.ت. ولا يكون المدّعي عالما بالتخلي فلا يتمكّن من تكليف غيره وقد يكون مهدّدا بطرح القضية أو بسقوط الطعن إلا إذا رأت المحكمة إعادة الاستدعاء إلى حين علمه شخصيا، ولو أنّ الإعلام طبق الفصل 8 م.م.م.ت. هو إعلام قانوني وينتج آثاره القانونية.

ويجوز كذلك عزل المحامي من قبل المدّعي أو المدّعى عليه، والمقتضى أن يقع إعلام المحامي ثمّ يكلف الطّرف المعني من ينوبه فإن كان مدّعيا طرحت القضية أو سقط الطعن إن لم يقع التكليف في أجل 15 يوما أو سقط الطعن وإن كان مدعى عليه تواصل المحكمة النّظر، ومن أجل ذلك نصّ الفصل 75 م.م.م.ت. في آخره على أنّ « الأمر يكون كذلك إذا عزل المحامي من طرف من أنابه دون أن يعوضه».

على أنّه لا شيء يمنع من مواصلة الخصومة بدون محامي في القضايا التي لا يفرض فيها المحامي، ويجوز للخصوم الحضور بأنفسهم والدّفاع عن موقفهم دون مساعدة كما هي الصورة أمام قاضي الناحية أو في قضايا الأحوال الشخصية أو العرفية أو الجبائية.

على أنّ انقطاع الخصومة بتلك الأسباب لا يحدث إلا إذا وقع العارض قبل صرف القضية للمرافعة أما إذا حدث بعد ذلك فلا تأثير له حيث يجوز للمحكمة أن تقضي في الأصل «إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها» و «تعتبر الدعوى متهيئة للحكم في موضوعها إذا كان الخصوم قد أبدوا طلباتهم وعينت القضية لجلسة المرافعة[1]». ولا تكون المرافعة فعلية إلا إذا سمح لمحامي الأطراف بالمرافعة الشفاهية. فقد تصرف القضية للمرافعة ثمّ يقع التمديد فيها لتاريخ لاحق لتمكين الخصم من الجواب على تقرير قدم في الأجل، فلا يحسب

(1) آخر الفصل 241 م.م.م.ت.

القرار الأول بل يعتمد التاريخ الفعلي للمرافعة متى يسمح لمحامي الطرفين بالترافع[1].

ولا يقوم الانقطاع بالتالي إلا إذا حدثت واحدة من تلك الصور بعد تاريخ توجيه عريضة الدّعوى وقبل جلسة المرافعة. أما إذا حدثت قبل توجيه عريضة الدّعوى الافتتاحيّة فإنّ القيام يكون مختلا لغياب الأهلية أو الصفة وإذا حدثت بعد تاريخ جلسة المرافعة فلا تأثير لها.

وإذا لم يحضر أحد بالجلسة ولم يطلب أحد مواصلة النظر بعد تصحيح الوضعية تقرر المحكمة إيداع الملف بكتابة المحكمة، ويترتب على التعطيل توقيف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع. فلو أنّ المحكمة لم تتفطن لحالات الانقطاع الآلية فإنّ الأحكام التي ستصدر لا يعارض بها من كان من الخصوم في تلك الوضعية، فلا يمكن معارضة فاقد الأهلية والورثة ومن هو في حكم بقية الحالات ويمكن أصلا للأطراف طلب بطلان هذه الأحكام لبطلان جميع الإجراءات الواقعة أثناء الانقطاع[2].

وبعد إيداع القضية بكتابة المحكمة، على فرض أنه لم يحضر بالجلسة وارث المتوفي أو من يقوم مقام فاقد الأهلية أو مقام من زالت عنه الصفة ولم طلب متابعة سير القضية، تستأنف القضية سيرها من جديد باستدعاء يقع من الطرف الآخر إلى من يقوم مقام الخصم الذي توفى أو فقد أهلية الخصومة أو زالت صفته أو باستدعاء منه يقع لذلك الطرف الآخر. فاستئناف القضية محمول على الطرفين بتحرير عريضة مع تعيين تاريخ الجلسة وتبلغ بواسطة عدل التنفيذ طبق الإجراءات القانونية. وتلك هي إجراءات انقطاع الخصومة الواردة بالفصول 241 إلى 243 م.م.م.ت.

ومن الممكن أن تنقضي الخصومة قبل موعدها أي قبل صدور حكم في الأصل (**انقضاء الخصومة l'extinction d'instance**)، وفي ذلك عدّة صور. ورغم أنّ مجلة الإجراءات المدنية لم تورد بابا خاصا بانقضاء الخصومة فإنّه من الممكن الإشارة إلى بعض الحالات المتناثرة بالمجلة، فمن الممكن أن تسقط

(1) لكنه من الممكن أن تصرف القضية للمفاوضة بعد المرافعة ويتبن بعد ذلك توفر حالة من هذه الحالات قبل تاريخ المرافعة فلا بدّ حينئذ من إيداع الملف بكتابة المحكمة مؤقتا لذلك السبب.

(2) وربما تعدّ هذه الصورة من الحالات القليلة التي يجوز فيها بطلان الأحكام بقضية أصلية!

péremption الخصومة d'instance أو ترك désistement d'instance [1]أو

(1) +ترك الخصومة désistement d'instance: ترك الخصومة هو التخلي أو الرجوع عنها والرغبة في عدم مواصلتها في مرحلة معيّنة من مسارها. ولكنّ الترك قد لا يشمل الخصومة بل يشمل إجراء من إجراءاتها ونتحدّث عندئذ عن ترك الإجراء désistement d'un acte de procédure وقد يشمل الترك ليس الخصومة بل الدّعوى بأكملها فنتحدّث عندئذ عن ترك الدّعوى désistement d'action. وبالتالي هناك فرق كبير بين ترك الخصومة وترك الإجراء وترك الدّعوى. إذ أنّ ترك الخصومة ليس إلا رجوعا عن خصومة قائمة مع إبقاء الحق لصاحبه وبإمكانه إعادة نشر الدّعوى إذا لم تتقادم أما ترك الإجراء فلا ينتهي إلا بتجاوز الطلب في شأن إجراء معين أما ترك الدّعوى فهو تنازل عن أصل الخصام ولا يصح بالتالي إعادة نشر القضية من جديد.

وقد استقر الرأي لدى رجال القانون(Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, op.cit., p.878 ,881 - n°1176 - 1183.) أنّ ترك الخصومة هو الطّلب الذي يتقدّم به المدّعي مباشرة أو عن طريق وكيله بحسب طبيعة الإجراءات لدى هيئة المحكمة بهدف التعبير عن موقفه في اتجاه عدم التمادي في الخصومة ربما بسبب أنّه يشعر أنّه تسرع في رفعها أو ربّما خشية الهزيمة وما شابه ذلك أو ربّما للاستعداد كما يجب للخصومة. ويمكن تقديم هذا الطلب في جميع القضايا وفي جميع المراحل ابتدائيا واستئنافا إلا ما استثناه القانون صراحة خاصة إذا كان موضوع الدّعوى له علاقة بالنظام العام. ويتوقف الاستجابة لطلب الترك على موافقة الطرف الآخر أي المطلوب أو المستأنف ضده ويمكن تجاوز هذه الموافقة إذا لم يحرر الطرف الآخر أي طلب ويشترط أن لا يكون لمن ترك الخصومة تحفظات بطبيعة الحال ويصحّ للمتداخل التلقائي بصفة انضمامية أن يتخلى دون موافقة أي طرف وتعاين المحكمة هذا الترك وتسجله على من تقدم به وتقضي به في نهاية الأمر. كما يمكن الرجوع في طريقة الطعن بالاستئناف أو بالاعتراض أو بالتعقيب، بشرط أن لا يحرر المستأنف استئنافا عرضيا وأن لا يقدّم المعترض عليه طلباته وأن لا يقدم المعقب ضده مطلبا في التعقيب خاصا به. وإذا قبلت المحكمة الترك أو الرجوع عاد الطرفان إلى تاريخ ما قبل بداية الخصومة ولا تعتبر آجال التقادم قد انقطعت ولا يعتبر الإنذار واقعا لبداية حساب غرامات التأخير وتنقضي الخصومة ولا تنقضي الدّعوى إذ من الممكن إعادة نشر قضية إذا لم تتقادم الدّعوى. أما الرجوع في مطلب الاستئناف فهو إقرار بالحكم الابتدائي والرجوع في الاعتراض إقرار بصحة الحكم المعترض عليه وكذلك الرجوع في التعقيب فهو إقرار بالقرار الاستئنافي. ومع ذلك فإنّ المتخلي عن الخصومة يتحمل جميع مصاريف الخصومة إذ برجوعه إقرار في أنه استعجل التقاضي وهو الخطأ في التقاضي.

ويختلف الرجوع في الخصومة أو تركها عن الرجوع أو ترك الدّعوى، إذ أنّ الترك في الدّعوى هو ترك لأصل الحقّ وهو التنازل عن الحق من قبل المدّعي لفائدة المدّعى عليه وليس من مصلحة المدّعى عليه رفض هذا التنازل وعادة ما يكون هذا الحق سندا في القضاء ضدّ المدّعي بعدم سماع دعواه وفي الأنظمة التي تقر بإمكانية الحكم لفائدة المدّعى عليه في إطار الدّعوى المعارضة مثل النظام الفرنسي فإنه يقضى لفائدة المدّعى عليه، على أنه لا يمكن أن يصدر هذا الحقّ إلا ممن كانت له أهلية التفويت ولا يصح للوكيل دون أن يكون له تفويضا خاصا أن يقرر التنازل (بعض التشاريع صيغة معينة في

التنازل عن الحق وتضع إجراءات دقيقة لذلك. المادة 141 من القانون الإجرائي المصري.). أما الرجوع أو ترك عمل من أعمال الإجراءات فهو ترك لمواصلة النظر في إجراء سبق تقريره مثل أن يتراجع عن طلب التحقيق في الزور المدني أو اختبار الكتائب، وليس له تأثير على الخصومة أو أصل الحقّ.

ولم تنظم مجلة المرافعات المدنية ترك الخصومة ولا ترك الإجراء ولا ترك الدّعوى ولم يرد باب خاص في ذلك وهذا نقص كبير بقيت عليه المجلة إلى حدّ هذا التاريخ، إذ أنّ معظم المجلات الحديثة(مثل الفصول 394 إلى 405 من المجلة المدنية الفرنسية، وقد أوردت فعلا المبادئ العامة المعلومة في باب ترك الخصومة)نظمت هذا الجانب بأحكام دقيقة حتى لا يبقى المجال مهمشا عرضة لتأويلات متناقضة كما هو الحال في التطبيقات القضائية في البلاد التونسية.

ولكنه مع ذلك فقد جاءت بعض الفصول في طرح القضية إذا لم يسبق تقييدها في آجالها (الفصل 79 م.م.م.ت.) أو لم يحضر المدعي أو من ينوبه أمام قاضي الناحية أول جلسة (الفصل 49 م.م.م.ت.) وفي الرجوع في مطلب الاستئناف (الفصل 151 م.م.م.ت.) وفي الرجوع في الاعتراض (الفصل 174 م.م.م.ت.) وفي الرجوع في التماس إعادة النظر (الفصل 166م.م.م.ت.) والرجوع في مطلب التعقيب (الفصل 183 م.م.م.ت.). وعادة ما يستعمل المشرع كلمة الرجوع لترجمة عبارة désistement d'instance مثل الفصل 52 م.ح.ع. ولكنها فصول لا تفي بحاجة إجراءات ترك الخصومة وكان من المفروض أن تتوفر عدّة فصول في هذا النظام نظرا لأهمية الآثار في ذلك.

وقد استقرّ الرأي تطبيقيا لدى المحاكم التونسية أنه بإمكان طلب الطرح أمام المحكمة الابتدائية إذا لم يحرّر المطلوب طلباته ويعود الطرفان إلى تاريخ ما قبل افتتاح الخصومة ولا ينقطع التقادم بهذا الترك(الفصل 52 م.ح.ع. في انقطاع التقادم المكسب، والفصل 396 م.ا.ع. في انقطاع التقادم المسقط.)وإذا تراجع الطالب أو المطلوب عن الإجراء تسجل الرجوع وتواصل النظر أما إذا تنازل عن الدّعوى بمعنى أنه يتنازل عن الحق فإنه يقضى بعدم سماع الدّعوى لأن الدعوى المعارضة لا ترمي في القانوني التونسي إلا إلى ردّ الدعوى الأصلية أو طلب المقاصة أو طلب تعويض الضرر، ولا يجوز ترك الخصومة في طلبات لها علاقة بالنظام العام فلا يجوز لممثل إدارة الجباية على سبيل المثال أن يتنازل عن مداخيل الدّولة من الضريبة. أما على مستوى الاستئناف فإنه يجوز الرجوع في الطلب وتواصل المحكمة النظر إذا قدم المستأنف ضده استئنافا عرضيا تطبيقا للفصل 143 م.م.م.ت. ويجوز الرجوع في طلب الاعتراض وطلب التعقيب والإعفاء من الخطية مع تحميل الطاعنين المصاريف القانونية. أما إذا لم يتيسّر الرجوع في الطعن وطلب الرجوع في الخصومة استئنافا فإنه من المفروض أن يوافق الطّرف المستأنف ضده لأنه عادة ما يكون منتفعا بحكم البداية فلا يصح نقضه والقضاء بترك الخصومة، فإذا وافق فإنه من الواجب نقض حكم البداية وتسجيل رجوع المستأنف في الخصومة أو تركها ليعود الأطراف إلى يوم ما قبل افتتاح الخصومة. واستقر العمل على أنّ المتداخل بإمكانه طلب إخراجه فإذا لم يوجه ضده أي طلب تقرر المحكمة الإخراج. وعادة ما يعبر التطبيق عن الترك بلفظ رفع الطّلب، وهي صيغة لم تأت بها مجلة المرافعات كما لم تعتمدها القوانين المقارنة والأفضل أن يسجل على المستأنف رجوعه في الخصومة.

أن يقع الصلح بين الطرفين transaction. ولم ينظم المشرع من ذلك إلا سقوط الخصومة بالفصول 244 إلى 247 م.م.م.ت. وسكت تماما عن بقية الصور، وأوردت مجلة الالتزامات والعقود بابا خاصة بالصلح في إطار حديثها عن العقود الخاصة (الفصول 1458 وما بعد م.ا.ع.)[1]. الأمر الذي دفع فقه القضاء إلى اعتماد حلول واقعية قد لا تتماشى مع الأبعاد النظرية لمعنى انقضاء الخصومة، كما أن يقع الحديث عن رفع الطّلب لمعنى ترك الخصومة في غياب شروط ترك الخصومة أو أن يطلب رفعها والحال أنّ الطرفين ركنا إلى الصلح[2].

والهام أنّ المشرع أورد الفصول 244 إلى 247 م.م.م.ت. في معنى سقوط الخصومة تحت باب معطلات النوازل، وهو تعبير غير دقيق كما تقدّم. والقصد من ذلك أن تنقضي جميع إجراءات الخصومة بعدما تبين عدم حرص الأطراف. فبعد الوقوف على سبب من أسباب الانقطاع وأودعت القضية بكتابة المحكمة فالمفروض أن يسعى الأطراف إلى إعادة نشرها فإن لم يقع هذا السعي فلا بدّ من جزاء وهو سقوط الخصومة[3].

(1) عادة ما تورد المجلات المقارنة بابا خاصا بانقضاء الخصومة كما هي الصورة بالمجلة الفرنسية حيث حدّد الفصلان 384 و385 صور انقضاء الخصومة:

Article 384 « En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie.

L'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement. Il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui - ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence ».

Article 385 « L'instance s'éteint à titre principal par l'effet de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de la citation. Dans ces cas, la constatation de l'extinction de l'instance et du dessaisissement de la juridiction ne met pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance, si l'action n'est pas éteinte par ailleurs ».

(2) يراجع التعليق على الفصل 38 مكرر م.م.م.ت.

(3) سقوط الخصومة تقليد قديم وقد عرفه القانون الروماني وكان له علاقة بالنظام العام والأجل في السقوط ثلاث سنوات، لكنّ التطبيقات الحديثة جعلت السقوط في سنتين وأبقته متعلقا بمصلحة الخصوم ولا يهمّ النظام العام.. واختلفت النظريات في تأسيس سقوط الخصومة فمنهم من يرى أنّها حماية للمدّعى عليه فلا يبقى مهدّدا بالخصومة أكثر من اللازم ويرى البعض الآخر أنه جزاء التراخي من المدّعي، ويرى فكر ثالث إنها المصلحة العامة إذ لا يجب أن تتكاثر القضايا بدون سبب. وطالما أنّ سقوط الخصومة في القانون التونسي لا يتعلق بالنظام العام ويجوز للمدعى عليه رده بطلب معارضة فلا شكّ أنّ المشرع التونسي انحاز إلى

والقاعدة أنّ سقوط الخصومة لا يتعلق بالنظام العام بل يرتبط بمصلحة الخصوم ولا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، فلكل ذي مصلحة من الخصوم أن يطلب الحكم بسقوطها برفع قضية أمام المحكمة المقام أمامها الخصومة، سواء كانت ابتدائية أو استئنافية، مع اعتماد نفس الإجراءات العادية في رفع الدّعوى أي التبليغ بواسطة عدل التنفيذ ومراعاة آجال الحضور. ويجب تقديم مطلب السقوط ضد جميع المدعين أو الطاعنين وإلا كان غير مقبول. ولكنه من الممكن تقديمه ليس من جميع الأطراف بل يمكن أن يقدّمه أحد الخصوم ومع ذلك يستفيد منه الجميع. ويمكن كذلك إذا طلب المدعي استئناف النظر بعد انقضاء ثلاثة أعوام أن يطلب الخصم عرضيا بسقوطها، ورغم أنّ المشرع لم يشر إلى ذلك صراحة فإن هذا الطّلب لا يصحّ إلا إذا وقع قبل جلسة المرافعة والأمر يتعلّق بمصلحة الخصوم وبدعوى معارضة صادرة عن المطلوب، فلا شكّ أنّ الدعوى المعارضة لا تقبل إلا إذا كانت القضية مازالت في طورها التحضيري ولم تصرف للمرافعة.

والواضح أنّ سقوط الخصومة يشمل تلك الحالات المشار إليها في باب انقطاع الخصومة أي وفاة أحد الخصوم أو فقد أهلية الخصومة أو موت النائب القانوني أو زوال صفته أو صورة بلوغ أحد الخصوم سنّ الرشد أو صورة وفاة المحامي أو فقدان صفته أو تخلي المحامي أو عزله إذا سبق إيداع الملف بكتابة المحكمة.

فلا تنقطع الخصومة ولا تسقط في حالات وقف الخصومة سواء التي نصّ عليها المشرع صراحة مثل التجريح أو اختبار الكتائب أو تتبع الزور المدني أو إذا قررت المحكمة على سبيل المثال وقف النظر إلى حين تنفيذ حكم تحضيري على وجه العموم، كما لا تسقط الخصومة في حالة التخلي لمحكمة أخرى أو في حالة الاستئناف أو التعقيب أو الإحالة بعد النقض من قبل محكمة التعقيب بالرغم من فرضية بقاء الملف بالكتابة لفترة تتجاوز فترة السقوط حيث إنّ سقوط الخصومة يشمل حالات **الخصومة الحقيقيّة** وليس صور **استمرار الخصومة** كما هي الحالة في صورة التخلي والاستئناف والتعقيب.

فكرة حماية المدّعى عليه، ولكنه في نفس الوقت هو جزاء التراخي من المدّعي. ونجد في هذا الإجراء نفس المصلحة العامة إذ أنّ أثر السقوط ينسحب على جميع الأطراف الدّعوى الأصليّة.

وأجل السقوط في الخصومة هو ثلاثة أعوام[1]، فإذا مضت على تعطيل القضية ثلاثة أعوام بدون أن يقع طلب استئناف النظر فيها سقطت الخصومة، وتسري هذه المدة المقررة لسقوط الخصومة في حق جميع الخصوم وإن كانوا عديمي الأهلية ولا يقبل هذا الأجل الوقف أو الانقطاع بالأسباب العامة للتقادم[2]. ويبدأ أجل الثلاث سنوات من تاريخ قرار إيداع الملف بكتابة المحكمة.

فإذا توفر الأجل وكانت الإجراءات سليمة تقضي المحكمة الابتدائية ابتدائيا بسقوط الخصومة ويترتب على الحكم بسقوط الخصومة لدى محكمة الدرجة الأولى إلغاء جميع الإجراءات بما في ذلك عريضة الدعوى لكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى. ولا تلغى إلا الأعمال الإجرائية في مفهومها الضيق، فما يدخل في الإثبات لا يناله السقوط مثل تقرير الاختبار أو نتيجة اليمين وما شابه ذلك. ويتحمل المدّعي مصاريف القضية.

ويترتب على الحكم بسقوطها في الاستئناف أو في التماس إعادة النظر سقوط الطعن نفسه أي سقوط الاستئناف أو سقوط التماس إعادة النظر[3]. ويتحمل الطاعن مصاريف القضية. ولا يستطيع الطاعن إعادة الطعن ويكون للسقوط أثر هام في هذه الحالة ويشمل أصل الحق إذ سيبقى الحكم الابتدائي على حاله ويتصل به القضاء[4].

(1) اعتمد المشرع التونسي أجل الثلاث سنوات تأثيرا بالقانون الفرنسي، ومع ذلك فقد تخلى القانون الفرنسي عن هذا الأجل واعتمد أخيرا بمجلة الإجراءات المدنية الجديدة(الفصل 386) أجل السنتين. وتعتمد بعض القوانين الأخرى مدة سنة مثل القانون المصري ويجعل الخصومة خاضعة للتقادم وليس للسقوط بمضي ثلاث سنوات في جميع الأحوال على آخر إجراء صحيح فيها . أحمد أبو الوفاء: المرجع السابق، عدد 481.

(2) ولكن على فرض أنّه بعد إيداع الملف بالكتابة بسبب من أسباب انقطاع الخصومة مثل بلوغ سن الرشد وحدث في الأثناء سبب من أسباب انقطاع الخصومة مثل وفاة أحد الخصوم فإنّ أجل الثلاث سنوات ينقطع ولا يسري الأجل في حقّ الورثة إلا من تاريخ إعادة نشر القضية. كما يشار إلى أنّ آجال السقوط عموما ولئن كانت لا تقبل القطع أو الوقف إلا أنّ سريان الأجل يقف بقوة قاهرة تطبيقا للمبادئ العامة.

(3) ورغم أنّ الفصل 246 م.م.م.ت. لم يدقق وجعل سقوط الخصومة في التماس إعادة النظر سقوطا للطعن نفسه، ومع ذلك فإنه من الواجب التمييز في التماس إعادة النظر بين مرحلتين تقتضيها إجراءات الالتماس، فإذا حدث سقوط الخصومة قبل قبول الالتماس فإنه ينجر عنه سقوط الطعن بطبيعة الحال ويبقى الحكم المطعون فيه. لكن إذا حدث السقوط بعد قبول الالتماس، والقبول من آثاره زوال الحكم المطعون فيه، فإن السقوط لا تأثير له على الطعن.

(4) أما إذا وقع الطعن بالتعقيب في القرار القاضي بسقوط الاستئناف أو الالتماس وقضت محكمة التعقيب بالنقض عاد الأطراف إلى مرحلة ما قبل نظر محكمة الاستئناف ولا بدّ

ويسري السقوط في الخصومة على جميع الأطراف ولو أنّ القيام كان من البعض دون الآخر حيث إنه إذا قدم المطلب من أحد الخصوم استفاد منه البقية على معنى الفصل 247 م.م.م.ت.

ويشمل السقوط جميع القضايا ولو تعلقت بالنظام العام أو بحقوق لا تمحى إذ أنّ سقوط الخصومة لا تأثير له على الحقوق الموضوعية بل يشمل فقط إجراءات الخصومة انطلاقا من عريضة الدّعوى وإلى حدّ قرار الإيداع بكتابة المحكمة.

الباب السادس

في التجريح في الحكام

الفصل 248 ـ تحجر مباشرة الوظائف العدلية أصالة على الحكام :

أولا : في النوازل التي هم فيها خصوم أو لهم مشاركة مع الخصوم أو مشاركة في التزام لأحد 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 إلى الدرجة» 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 ـ كل حاكم يعلم موجب تجريح فيه بينه وبين أحد الخصوم يجب عليه التصريح به والمحكمة تنظر هل يلزم تخلي ذلك الحاكم على النظر في القضية.

من إعادة نشر القضية الاستئنافية قبل فوات الثلاث سنوات من تاريخ النقض وإلا كان من الممكن بالنسبة إلى المستأنف ضدّه التمسك بسقوط الخصومة.

ولا يقبل التجريح في الحاكم من الخصم الذي مع معرفته بسبب التجريح باشر الخصام أو حرر مقالة في النازلة لديه بدون القيام بالتجريح.

الفصل 250 ـ طلب التجريح في حاكم يعرض على رئيس المحكمة بطلب ممضى من الطالب أو نائبه القانوني وبمجرد ما يتلقى الرئيس ذلك المطلب يستفسر الحاكم المجرح فيه وعند الاقتضاء الخصم القائم بالتجريح ويحرر في ذلك تقريرا يحيله مع ما تجمع لديه من الأوراق على المحكمة متركبة من حكام غير الحاكم المجرح فيه.

وإذا كان المجرح فيه هو رئيس المحكمة فالأعمال المقررة أعلاه يجريها أقدم حكام المحكمة.

وإذا كان المجرح فيه حاكم ناحية فمطلب التجريح يقدم لرئيس المحكمة الابتدائية الراجع إليها.

«وفي جميع الحالات يلزم الحاكم» المجروح فيه أن لا يباشر النازلة.

والقائم بالتجريح المحكوم ضده يحكم عليه بخطية تتراوح بين عشرة وعشرين دينارا بقطع النظر عما عسى أن يقوم به عليه الحاكم من غرم الضرر والحكم المذكور غير قابل للاستئناف.

التعليق على الفصول 248 إلى 250

التجريح la récusation هو القدح الذي يرمي إلى منع القاضي من النظر في النزاع، فكما أوردت المجلة عدّة أسباب في التجريح في الشاهد[1] والخبير[2] أوردت كذلك عدّة صور تكون سببا في التجريح في القاضي. وقد بيّنت الفصول 248 إلى 250 م.م.م.ت. حالات التجريح وإجراءاته وآثاره في المادة المدنية على غرار ما أورده المشرع بمجلة الإجراءات الجزائية في التجريح في القاضي الجزائي، وإن كانت هناك بعض الخصوصيات لكلّ مادة، حيث إنّ النظر في التجريح في المادة الجزائية يعود لرئيس محكمة الاستئناف أو رئيس محكمة التعقيب بعد استشارة النيابة العمومية بينما يعود النظر في التجريح في المادة المدنية إلى هيئة ثلاثية تشكل للغرض كما أنّ مطلب التجريح لا ينتج عنه آليا التنحي في المادة الجزائية بينما تلك هي الصورة المعتمدة في المادة المدنية[3].

(1) الفصل 96 م.م.م.ت.

(2) الفصل 108 م.م.م.ت..

(3) أورد المشرع بالفصول 296 إلى 304 م.إ.ج. نظام التجريح في المادة الجزائية. وقد حدّد

من خلالها حالات التجريح وإجراءاته وآثاره.

ـ حالات التجريح في المادة الجزائية: أسباب التجريح هي نفسها الواردة بمجلة المرافعات المدنية حيث لا يجوز للقضاة أن ينظروا في القضايا التي هم فيها خصوم أو لهم مشاركة مع الخصوم أو مشاركة في التزام لأحد الخصوم أو كان عليهم فيها مرجع الدرك أي الغرم وكذلك في قضايا نسائهم ولو بعد انفصال الزواج وفي قضايا أقاربهم أو مصاهريهم بدون نهاية بسلسلة النسب المستقيم وحواشيهم إلى الدرجة السادسة بالنسبة للأقارب وإلى الدرجة الرابعة بالنسبة للأصهار وفي القضايا التي لزمهم القيام فيها بصفة نائب قانوني عن أحد الخصوم وفي القضايا التي وقع سماعهم فيها بصفة شهود أو التي باشروها بصفة حكام أو محكمين أو سبق منهم إعطاء رأي فيها وفي القضايا التي يثبت فيها أنه كان دائنا أو مدينا لأحد الخصوم أو إذا كان أحد الخصوم مستخدما عندهم أو إذا سبق خصام بينهم وبين أحد الخصوم.

ولكنّ هذه الأسباب بالرغم من توفرها لا يجوز التمسك بها في مواجهة أعضاء النيابة ولا يجوز التمسك بها كذلك ممن سبق له مباشرة القضية أمام القاضي المقدوح فيه.

ـ إجراءات التجريح في المادة الجزائية: التجريح يمكن أن يكون بطلب من أحد الأطراف المشمولة في القضية أو بطلب من القاضي نفسه.

+ طلب التجريح من أطراف القضية: يمكن أن يقدّم طلب التجريح من قبل المتهم أو القائم بالحق الشخصي أو غيرهما ممن شملته القضية وذلك بتحرير عريضة وتقديمها إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف. ويجب أن تكون العريضة ممضاة من الطالب ومبينة للأمور التي يمكن أن تكون سببا في التجريح ومرفوقة بالمؤيدات اللازمة. وبمجرد رفع الطلب يعلم الرئيس الأول بالطريقة الإدارية رئيس المحكمة التابع لها الحاكم بعريضة التجريح. ويتلقى بيانات الطالب والقاضي حول أسباب التجريح.

وإذا كان المطلب يرمي إلى التجريح في الرئيس الأول لمحكمة استئناف أو رئيس دائرة بمحكمة التعقيب أو مستشار بها يجب أن يقدم في شكل عريضة إلى الرئيس الأول لمحكمة التعقيب الذي يتولى بدوره إعلام الطرف المعني وسماع الطالب والقاضي.

+التجريح التلقائي: المبدأ أنه لا يسوغ لأي حاكم أن يجرح في نفسه في المادة الجزائية إلا بعد استئذان الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف. ولا يسوغ كذلك لرؤساء الدوائر بمحكمة التعقيب والمستشارين بها أن يجرحوا في أنفسهم إلا بعد استئذان الرئيس الأول بالمحكمة المذكورة.

ـ آثار التجريح في المادة الجزائية: بداية لا ينجر عن مجرّد تقديم عريضة التجريح تخلي الحاكم المجرح فيه عن النظر في القضية بل إنه يواصل النظر. ولكن للرئيس الأول بعد أخذ رأي المدعي العمومي أن يأذن بإيقاف سير أعمال التحقيق أو المرافعات أو المحاكمة وذلك إلى حين البت في المطلب. كما لا يجوز تخلي القاضي عن النظر تلقائيا إلا إذا أذن له الرئيس الأول.

ويبت الرئيس الأول بمفرده في العريضة بعد أخذ رأي الوكيل العام وليس في ذلك هيئة خاصة كما هو الشأن في المادة المدنية. ويمكن أن يتخذ في ذلك عدة قرارات. والقاعدة أنّ كلّ مطلب تجريح موجه ضدّ النيابة العمومية مآله الرفض حيث لا يقبل التجريح في أعضاء قلم الادعاء العمومي ويرفض كذلك كلّ مطلب إذا ثبت أنّ الطالب مع علمه بسبب

والواضح أنّ غاية المشرع هي ضمان حياد القاضي إذ أنّ النظر في القضية مع وجود سبب من أسباب القدح يحطّ من مستوى الحياد المطلوب قانونا.

وقد أوردت الفصول 248 إلى 250 م.م.م.ت. نظام التجريح في المادة المدنية على غرار ما أورده المشرع بالفصول 296 إلى 304 م.إ.ج. في المادة الجزائية. وقد حدّدت الفصول 248 إلى 250 م.م.م.ت حالات التجريح وإجراءاته وآثاره في المادة المدنية.

ـ **حالات التجريح**: لا يجوز للقضاة أن ينظروا في القضايا التي هم فيها خصوم أو لهم مشاركة مع الخصوم أو مشاركة في التزام لأحد الخصوم أو كان عليهم فيها مرجع الدرك وكذلك في قضايا نسائهم ولو بعد انفصال الزواج وفي قضايا أقاربهم أو مصاهريهم بدون نهاية بسلسلة النسب المستقيم وحواشيهم إلى الدرجة السادسة بالنسبة للأقارب وإلى الدرجة الرابعة بالنسبة للأصهار وفي القضايا التي لزمهم القيام فيها بصفة نائب قانوني عن أحد الخصوم وفي القضايا التي وقع سماعهم فيها بصفة شهود أو التي باشروها بصفة حكام أو محكمين أو سبق منهم إعطاء رأي فيها وفي القضايا التي يثبت فيها أنه كان دائنا أو مدينا لأحد الخصوم أو إذا كان أحد الخصوم مستخدما عندهم أو إذا سبق خصام بينهم وبين أحد الخصوم.

والواضح أنّ هذه الحالات تخرج القاضي عن واجب الحياد إذ أنه يصبح معنيا شخصيا بالنزاع المطروح أمامه.

ـ **إجراءات التجريح**: التجريح يمكن أن يكون بطلب من الغير أو تلقائيا أي بطلب من القاضي نفسه.

فمقتضى التجريح التلقائي أن يصرح القاضي لرؤسائه المباشرين بوجود صورة من صور التجريح. أما الطلب من الغير فيحرر في شأنه مطلب ويمضى من الطالب

التجريح باشر لدى القاضي المجرح فيه عملا من أعمال الإجراءات أو قدم له ملحوظات في القضية بدون القيام بالتجريح. ويواصل القاضي المجرّح فيه النظر.
وتجاوزا لهذه القاعدة، يجوز للرئيس الأول أن يرفض الطلب إذا لم يثبت التجريح ويحكم على القائم بالتجريح المحكوم برفض مطلبه بخطية تتراوح بين عشرين دينارا ومائة دينار. كما يمكن أن يقرر ثبوت التجريح ويتخلى القاضي عن النظر في القضية. وكلّ قرار صادر بشأن التجريح لا يقبل الطعن بأية وسيلة من الوسائل، ويكون نافذ المفعول بمجرد صدوره. ونفس الآثار المرتبطة بقرار الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف تبقى مرتبطة كذلك بقرار الرئيس الأول لمحكمة التعقيب في صورة إذا كان التجريح يشمل من هو تابع لمحكمة التعقيب أو أحد رؤساء محكمة الاستئناف.

أو من ينوبه ويقدّم إلى رئيس المحكمة وقد يكون رئيس المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف أو محكمة التعقيب وبمجرد ما يتلقى الرئيس ذلك المطلب يستفسر الحاكم المجرح فيه وعند الاقتضاء الخصم القائم بالتجريح ويحرر في ذلك تقريرا يحيله مع ما تجمع لديه من الأوراق على المحكمة التي تتركب من حكام غير الحاكم المجرح فيه. وإذا كان المجرح فيه هو رئيس المحكمة فالأعمال المقررة أعلاه يجريها أقدم حكام المحكمة. وإذا كان المجرح فيه حاكم ناحية فمطلب التجريح يقدم لرئيس المحكمة الابتدائية الراجع إليها.

ـ **آثار التجريح**: إذا كانت الإثارة من القاضي نفسه تنظر المحكمة حينئذ إن كان يلزم تخلي ذلك الحاكم على النظر في القضية، أي أنّ التخلي ليس آليا.

أما إذا كان الطلب من الخصوم يرفض وجوبا إذا ثبت أنّ الطالب مع معرفته بسبب التجريح باشر الخصام أو حرر مقالة في القضية لديه بدون القيام بالتجريح. ولا تمنع هذه الصورة مباشرة القضية من قبل القاضي المعني. وإذا رفع الطلب من البداية قبل المباشرة فيمكن أن تقضي المحكمة بعدم وجود التجريح ومع ذلك لا يجوز النظر في القضية حيث يلزم القاضي المجرح فيه في جميع الحالات أن لا يباشر النازلة. ويحكم على القائم بالتجريح المحكوم ضده بخطية تتراوح بين عشرة وعشرين دينارا بقطع النظر عما عسى أن يقوم به عليه الحاكم من غرم الضرر . أما إذا قضت بوجود التجريح فلا يمكن بطبيعة الحال للقاضي أن ينظر في القضية. وهذا الحكم مهما كانت طبيعته غير قابل للاستئناف.

والملاحظة الهامة في ذلك أنّ التجريح ينجرّ عنه وقف الخصومة بمعنى أن يوقف النظر في الطلب الأصلي إلى حين النظر في إجراءات التجريح، فتبقى القضية منشورة بالجلسة دون إيداعها بالكتابة أو أنها تودع إلى كتابة المحكمة ولو أن المشرع لم ينص على ذلك إلى حين النظر في التجريح دون أن تسقط الخصومة مهما كان أجل الوقف وذلك هو معنى وقف الخصومة.

الباب السابع

في دور النيابة العمومية

الفصل 251 (نقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963) ـ لممثل النيابة العمومية الحق في القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام.

كما له أن يحضر بكل جلسة وأن يطلع على كل قضية يرى لزوم تداخله فيها.

وللمحكمة أن تقرر من جهتها تمكينه من الاطلاع على القضايا مع طلب إبداء ملحوظاته إن رأت في ذلك فائدة.

ويجب على رئيس المحكمة أن ينهي قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل إلى ممثل النيابة العمومية قصد الاطلاع عليها ملفات القضايا المتعلقة :

أولا : بالدولة أو الهيئات العمومية،

ثانيا : بالاحتجاج بعدم الاختصاص بالنظر الحكمي،

ثالثا : بعديمي الأهلية أو المفقودين،

رابعا : بالتجريح في الحكام أو مؤاخذتهم،

خامسا : بمخالفة القانون الجزائي أو دعاوى الزور.

ومن واجب ممثل النيابة العمومية تقديم ملاحظاته كتابة وتعفى القضايا التي بها ممثل النيابة العمومية من المعاليم.

التعليق على الفصل 251

النّيابة العمومية جهاز إداري وقضائي هام في تنظيم الإجراءات الجزائية، وقد أوكل له المشرّع مهمة ممارسة الدّعوى العمومية[1]، فليس من الممكن للخصوم إثارة الدّعوى العمومية إلا في حالات استثنائية وطبق إجراءات مميزة في القيام على المسؤولية الخاصة، ومع ذلك تبقى الممارسة للنيابة العمومية تجاوزا لإثارة الدّعوى العمومية من قبل الخواص.

ولما كانت الدّعوى المدنيّة شأنا خاصا للخصوم، فليس للنيابة العمومية حقّ الممارسة في الدّعوى المدنيّة، وللخصوم ممارسة الدّعوى المدنيّة من خلال الطلبات والدّفوعات[2]. ومع ذلك كان للنيابة العمومية دور يذكر في الدّعوى المدنية من خلال الحقّ في رفع بعض القضايا المدنية والحضور بالجلسات

(1) علي كحلون: دروس في الإجراءات الجزئيّة، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، طبعة ثانية 2013، ص. 113 وما بعدها.
وكذلك التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، طبعة ثانية 2015، ص. 57 وما بعدها.

(2) يراجع التعليق على الفصول 224 إلى 228 م.م.م.ت.

والاطلاع على الملفات. وقد جاء الفصل 251 م.م.م.ت. في بيان دور النيابة العمومية في الدّعوى المدنيّة.

ـ **حقّ رفع القضايا:** «لممثل النيابة العمومية الحق في القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام[1]». فللنيابة العمومية مثلها مثل الخصوم أن ترفع الدّعاوى المدنية المناسبة، ويشترط أن تحترم الإجراءات الواردة بمجلة الإجراءات المدنية في رفع الدّعوى واستدعاء الخصوم وتقييد القضية، فهي مجرد خصم في الدّعوى العموميّة مثلها مثل بقية الخصوم. ولكنّها تنتفع بامتياز هام وهو أنّها تعفى من تأمين المعاليم القانونية حيث «تعفى القضايا التي بها ممثل النيابة العمومية من المعاليم[2]».

ولا يجوز لها تقديم الدّعوى المدنية إلا إذا قامت مصلحة شرعية تهم النظام العام، فلا بدّ أن يكون للدعوى المدنية علاقة بالنظام العام، ويؤخذ مفهوم النظام العام من المفاهيم العامة المعتمدة بالقانون الخاص الدّاخلي كما في صورة إثبات حقوق القصر خاصة في مجال الأحوال الشخصية، ويعود للنيابة العمومية تقدير مفهوم النظام العام في مرحلة أولى وللمحكمة المتعهّدة بالقضية في مرحلة أخيرة.

فليس مفهوم النّظام العام خاصا بالقانون المدني فحسب بل له تعريفات متعدّدة بالقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقانون الداخلي أصلا وإجراءً. فإذا كان النظام العام في القانون الدولي الخاص يحمل إلى مراعاة ضوابط التراث الثقافي والحضاري والتوجهات التشريعية وحماية المصالح الاقتصادية للبلاد في مواجهة الأنظمة القانونية المقارنة، فتستبعد القاعدة الدولية مراعاة لخصوصية البلاد، فإن النظام العام الداخلي من شأنه المحافظة على التوجهات الهامة والأساسية بقواعد ذات طبيعة آمرة، تجاوزا للقواعد الاستيفائية والتفسيرية، حفظا للاعتبارات الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية في مواجهة إرادة الخواص في اتفاقاتهم. فهو بمثابة الضابط لطريقة عيش المجتمع في لحظة تاريخية معينة[3]، وهو بذلك آلية هامة لتوجيه الإرادة البشرية في مسلك محدّد ولتحديد الخيارات. فهو في نهاية الأمر ما يرتبط بحق المجتمع على حساب حقوق الأفراد وما يرتبط بالمصلحة العامة، ولكن ذلك لا يعني أن النظام العام هو القانون العام، فإذا كانت قواعد القانون العام دستوريا وإداريا لها طبيعة النظام

(1) الفصل 251 م.م.م.ت.
(2) الفصل 251 م.م.م.ت.
(3) Carbonnier.Jean: Les obligations, op. cit., p. 131 et suiv, n° 32 et suiv.

العام ضرورة فإن القانون العام لا يمثل النظام العام، فثمة من قواعد النظام العام ما يرتبط بالقانون المدني على ذلك التعريف. فهو بذلك بمثابة النظام القانوني الذي يعلو إرادة الأطراف بحكم طبيعته المميزة وأهدافه العامة، وله مصادره الخاصة ومحتواه المميز.

. **مصادر النظام العام**: ليس النظام العام من حيث المصدر هو القانون المكتوب أي النص القانوني، فكما يمكن أن ترد قاعدة النظام العام بالفصل القانوني يمكن أن تتمثل في مبدأ عام غير مكتوب، فكثيرا ما ينص المشرع صراحة على أنه لا يجوز مخالفة النص القانوني أو أن التصرف باطل إذا ما خالف القاعدة أو أنه يمنع القيام بعمل معين وذلك هو معنى النظام العام المكتوب ordre public textuel وكان ذلك هو الأساس في تحديد قواعد النظام حيث ما كان من الممكن التضييق على حرية الإرادة إلا بقواعد آمرة مكتوبة. ولكن التطور حصل في اتجاه الاعتراف بمصادر غير مكتوبة وذلك هو معنى النظام العام الضمني ordre public virtuel، فعلى القاضي أن يجعل حدّا للاتفاقات إعمالا لجملة المبادئ الأساسية والأحكام الجوهرية والمصالح العامة في جميع المواد المدنية، فكأن المشرع بخياراته الأساسية في الأحوال الشخصية وقانون التأمين والقانون المدني والقانون العقاري وغير ذلك، قد وضع الملامح الأساسية للمادة التي لا يجوز قطعا مخالفتها أو مناقضتها اتفاقا، وذلك هو مجال النظام العام الضمني ومجال تدخل القاضي. وعلى ذلك فإنه من الممكن الحديث عن نظام عام أسري ونظام عام عقاري ونظام عام مدني وغير ذلك.

.**مضامين النظام العام**: كان مبدأ سلطان الإرادة مع بداية القرن التاسع عشر هو الأساس، وما كان من الممكن القول بتحديد إرادة الأطراف إلا في حدود ما تأتيه الإرادة من حدّ ذاتي. ولم يكن لتدخل القاضي أي معنى إلا في حدود بعض القواعد السلبية المانعة والمحافظة حماية للأسس الاجتماعية التقليدية للدولة في غياب النص الصريح وقد أضربت الدولة خلال تلك المرحلة عن التدخل سواء توجيها أو حماية وانحصر دورها في مهام الشرطي الحافظ للأمن Etat - gendarme وقلت أو انعدمت القواعد الآمرة الهادفة لضمان مصالح الخصوم[1].

(1) محمد بقبق: التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 53 وما بعد.
عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص 399 وما بعد، عدد 228 وما بعد.
François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: Les obligations, op. cit., p. 298, n° 351.

وعلى ذلك الأساس انحصر النظام العام التقليدي في بعض القواعد الجامدة في منع الاعتداء على البناء الذي يقوم عليه المجتمع، ويدخل في ذلك الدولة والعائلة والذات البشرية. فلا يمكن أن تغير الاتفاقات من القواعد الدستورية أو الإدارية أو القضائية للدولة مثل الحريات العامة (التجمعات والمعتقد والإقامة والعمل والتنقل والحرمة الجسدية والأدبية والزواج) والانتخابات ووظائف الدولة والالتزامات الجبائية وعدم تطبيق القانون الجزائي ومخالفة الاختصاص الحكمي للمحاكم[1]. ولا يمكن للاتفاقات أن تخالف النظام العام العائلي سواء في مستوى الأهلية (سن الأهلية والولاية) أو الحالة المدنية (السن والجنسية والاسم والنسب) أو حتى بالنسبة إلى العلاقة بين الزوجين فيما يتجاوز العلاقة المالية (واجبات الزوجين والطلاق وتربية الأطفال). ولا يمكن للاتفاقات أن تعارض مبدأ استقلالية الفرد أو أن تلزمه باتفاقات خالدة أو أن تلحق الضرر بالحرمة الجسدية والأدبية للشخص أو أن تخرق حدود الحياة الخاصة للفرد (اسمه وصورته وهويته وبياناته) إلا ما استثناه القانون[2].

ولكنه مع تطور الأفكار الفلسفية وإفلاس النظم القائمة على مبدأ سلطان الإرادة والآثار السلبية التي انتهى إليها تطبيق هذا الاتجاه، تغيرت المفاهيم والتوجهات والمواقف وطغت الأفكار الاشتراكية أو الاجتماعية أو الليبرالية الجديدة وأصبح للدولة مع بداية القرن العشرين دورها الريادي في التوجيه والإحاطة في جميع المجالات وخاصة منها المجال الاقتصادي Etat - providence.

وعلى ذلك الأساس اتخذ النظام العام شكلا جديدا، فبعد أن كان جامدا محافظا سلبيا قضائيا أصبح متحركا مجدّدا إيجابيا تشريعيا، أي أن المشرع تدخل في عدة مجالات بطريقة إيجابية وليس بمجرد وضع قواعد مانعة، ليس فقط لحماية المصالح التقليدية وإنما لتوجيه الاقتصاد أو لحمايته ومن ورائه حماية الطرف الضعيف. وأصبح من الممكن الحديث عن نظام عام اقتصادي سواء كان للتوجيه ordre public économique de direction أو الحماية ordre public économique de protection ونظام عام مهني ordre public professionnel.

Carbonnier.Jean: Les obligations, op. cit., p. 132 et suiv., n° 32 et suiv.
Henri et leon Mazeaud, jean Mazeaud, et François Chabas: Leçons de droit vivil, Les obligations, op. cit., p. 241 et suiv., n° 245 et suiv.

(1) مجموعة النصوص المتعلقة بالتنظيم السياسي والحريات العامة، منشورات المطبعة التونسية للجمهورية التونسية.
(2) علي كحلون: الإطار القانوني للإعلامية في تونس، المجلة القانونية التونسية 2005 ، ص. 273 وما بعد، و2006 ، ص. 89 وما بعد.

ويقصد بالنظام العام المهني، وهي أصل الحماية في الجوانب الاقتصادية، أن تتوفر القواعد الضابطة للمهنة، مثل مهنة الأطباء أو مهنة الصيادلة وغير ذلك من المهن الحرة، وذلك بهدف ضمان الممارسة العادية والطبيعية للمهنة وإقصاء صور التعسف فيها ومن وراء ذلك حماية الخواص والأفراد الطالبين لهذه الخدمات. وعلى ذلك الأساس رُؤى أن تبطل الاتفاقات الخاصة بالحرفاء أو تمارس المهنة خلافا لقواعدها أو العمل بقاعدة النسبة في مهنة المحاماة[1]. وفعلا يتوفر اليوم لكل مهنة نظامها القانوني و قواعدها الأخلاقية في الممارسة[2]. وفعلا قدم مفهوم النظام العام المهني لظهور ما عرف بالنظام العام الاقتصادي بنوعيه، توجيها وحماية، مع بداية القرن العشرين.

ويقصد بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي أن توجه المعاملات التعاقدية فيما ينفع المصلحة الاجتماعية توصلا لتحقيق الأبعاد والمرامي الاقتصادية، ويدخل في ذلك كلّ ما يتعلق بالأذون الإدارية، وهي عديدة[3]، وتحديد الأسعار على معنى القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والإسعار، وتوجيه السوق على معنى ذات القانون فلا يفترض مراعاة الشروط الخاصة بذات المعاملة بل يتحتم كذلك إعمالا لهذا الاتجاه مراعاة قواعد المنافسة المشروعة، فلا يصح احتكار السوق أو استغلال المراكز الاقتصادية أو القيام بأي

(1) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: Les obligations, op. cit., p. 298, n° 351.
Carbonnier.Jean: Les obligations, op. cit., p.300, n° 356.
ولو أنّ المرسوم الجديد عدد 79لسنة 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة في تونس قد أقرّ العمل بالنسبة.

(2) مثل مجلة واجبات الطبيب الصادرة بموجب القانون عدد 1155 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بمجلة واجبات الطبيب، الرائد الرسمي عدد 40 بتاريخ 28 ماي و1 جوان ص 764. وكذلك القانون عدد 87 لسنة 1989 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، الرائد الرسمي عدد 61 بتاريخ 12 سبتمبر 1989 ص 1371. وقد ألغي القانون عدد 87 بموجب المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 أوت 2011 الرائد الرسمي عدد 63 يتاريخ 23 أوت 2011 ص 1591، ويشار إلى أنّ الفصل 38 منه تضمن إمكانية العمل بالنسبة. وكذلك القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحوير التشريع الخاص بالبعث العقاري، كما هو منقح بموجب القانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرخ في 11 نوفمبر 2000 والقانون عدد 62 لسنة 2009 المؤرخ في 31 جويلية 2009.

(3) علي كحلون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 320، هامش عدد 5.

نشاط من شأنه الإخلال بضوابط المنافسة المشروعة[1]. ويدخل في هذا الباب كذلك مراجعة بنود العقد ومعين الكراء على معنى القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلات معدة للسكنى والحرفة أو الإدارة العمومية[2] وكذلك القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين والمتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف[3]. فلا تصحّ المراجعة إلا في حدود الضوابط التشريعية وطبق الإجراءات المحدّدة.

ويقصد بالنظام العام الحمائي أن يضع المشرع القواعد الآمرة في اتجاه ضمان التوازن الطبيعي بين التزامات الأطراف حماية للطرف الضعيف، وكذلك الصورة بالنسبة إلى عقد الكراء[4] وعقد التأمين[5] وعقد الشغل[6] حيث يلزم الأطراف باتباع مضمون معين تجاوزا لرغبة الأطراف بل للحدّ من تعسف الطرف القوي وإسقاط الشروط المجحفة، فتأتي تلك القواعد الفوقية ذات الطبيعة الآمرة مهيمنة على أصل القواعد العامة التي عادة ما تكون مجرد قواعد استيفائية. وربما كان التشريع الخاص بحماية المستهلك على معنى قانون 7 ديسمبر 1992[7] هو الأساس اليوم في إدراك معنى النظام العام الاقتصادي الحمائي، حيث فرضت السياسة الاقتصادية الجديدة المتأثرة بأبعاد تضامنية وتكافلية اعتماد جملة من الأحكام في اتجاه ضمان سلامة المنتوجات ونزاهة المعاملات وضمان المنتوج

(1) الفصلان 5 و6 من قانون المنافسة والأسعار، وقد جعل المشرع من خلال القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والإسعار الاختصاص منعقدا لهيئة مختصة في حالة النزاع تسمى مجلس المنافسة.

(2) الرائد الرسمي عدد 13 بتاريخ 20 فيفري 1976، ص 520.

(3) الرائد الرسمي عدد 38 بتاريخ 31 ماي و3 جوان 1977 ص 1549.

(4) القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلات معدة للسكنى والحرفة أو الإدارة العمومية وكذلك القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين والمتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف.

(5) مجلة التأمين الصادرة بموجب القانون عدد 24 لسنة 1992 المؤرخ في 9 مارس 1992 المتعلق بإصدار مجلة التأمين كما هي منقحة في عدة مناسبات.

(6) مجلة الشغل الصادرة بموجب القانون عدد 27 لسنة 1966 المؤرخ في 30 أفريل 1966 المتعلق بإصدار مجلة الشغل كما هي منقحة في عدة مناسبات.

(7) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 15 ديسمبر 1992، عدد 83، ص 1583.

وإعلام المستهلك، ولم تبق المعالجة في مستواها المدني بل وضع المشرع جملة من الأحكام الجزائية لفرض مراعاة تلك الجوانب.

هذا وقد ذهب الفقه وفقه القضاء إلى التمييز بيت النظام العام الاقتصادي التوجيهي والنظام العام الحمائي على أساس الجزاء، فجزاء الأول البطلان المطلق وجزاء الثاني البطلان النسبي. ولكنه من الصعب في حقيقة الأمر في معظم الصور أن نميز بين الحالتين، فلا نعلم إن كانت القواعد الخاصة بعقد الكراء التجاري أو المدني مرتبطة بالأول أو بالثاني[1]، وربما كان الصواب هو القول بالبطلان المطلق مع ضرورة الرجوع لأصل النص المنظم في أغلب الصور لتحديد الجزاء المناسب، وذلك يعني أنه بإمكان أي شخص أن يثير هذا الدفع ويجوز كذلك للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها ويمكن التمسك به أول مرة أمام محكمة التعقيب[2].

والحقيقة أن مفهوم النظام العام لم يبق في حدوده الاقتصادية وأصبح من الممكن الحديث عن نظام عام عقاري ويدخل في ذلك كلّ ما يرتبط بقيود الملكية لفائدة المصلحة الخاصة (حق البقاء وحق الأولوية في الشراء وتنظيم ملكية الأجانب ونظام الشيوع العام والإجباري) أو المصلحة العامة (التهيئة الفلاحية والعمرانية واعتبارات الملكية العامة)[3]. ويمكن الحديث كذلك حتى عن نظام عام ثقافي بموجب جملة القواعد الآمرة ذات العلاقة بما في ذلك ضرورة استعمال اللغة العربية في بعض المجالات، كما يجوز الحديث عن نظام عام اجتماعي إشارة للعلاقة بين الأعراف والعاملين وعن نظام عام مالي إشارة لواجبات الأطراف في اعتماد الفائدة القانونية[4] واحترام الضوابط المالية في العقد على وجه الإجمال بما في ذلك العملة المستعملة وسقف الأثمان وعن نظام عام مدني ويدخل في ذلك معنى حماية حسن النية في المعاملات العقدية ورفض الاتفاقات المسقطة لحق التقاضي وتحمل المسؤولية في حالة العمد

(1) François Terré, Philippe Simler, Yves lequette: Les obligations, op. cit., p. 298, n° 351.
Carbonnier.Jean: Les obligations, op. cit., p. 304, n° 360.
(2) Carbonnier.Jean: Les obligations, op. cit., p.134, n°33.
(3) علي كحلون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، عدد 299 وما بعد.
(4) الفصل 1100 م.ا.ع والقانون عدد 64 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 المتعلق بنسبة الفائدة المشطة كما هو منقح بموجب القانون عدد56 لسنة 2008 المؤرخ في 4 أوت 2008. الرائد الرسمي عدد 63 بتاريخ 5 أوت 2008 ص 2821.

والخطأ الفاحش وغير ذلك من القواعد ذات الصلة[1]. ولكنه يمكن بطريقة أو بأخرى ردّ هذه التفصيلات للنظام العام سواء في شكله العام القديم أو في شكله الاقتصادي الحديث لارتباطها بعلاقة مالية في نهاية الأمر[2].

ففي جميع هذه الصور يجوز للنيابة العمومية أن تكون مدّعية في الدّعوى المدنية، ولكنّه من الممكن أن تكون النّيابة العمومية مطلوبة في عدّة صور ولو أن الفصل 251 م.م.م.ت. لم ينصّ على ذلك. فكلّما توفر النصّ القانوني للطالب في رفع الدّعوى المدنيّة ولم يوجد المطلوب توجه الدّعوى وجوبا على النّيابة العمومية باعتبارها تمثّل المجتمع.

ولكن هل يشترط أن يكون للدعوى المدنيّة علاقة بمفهوم النظام العام ؟ فقد سار التطبيق على قبول الدّعوى المدنية الموجّهة على النيابة حتى ولو كان النزاع ليس له علاقة بمفهوم النظام العام، كما في صورة أن ترفع دعوى استحقاقية على أساس الحيازة في مواجهة النيابة. والحقيقة أنّه من المفروض أن لا تقبل الدّعوى المدنية الموجهة على النيابة إلا إذا كانت لها علاقة بالنظام العام. فكما أنّ النيابة العمومية لا تكون مدّعية إلا إذا توفرت المصلحة المشروعة التي لها علاقة بالنظام العام فمن المطلوب أن لا تقبل الدّعوى الموجّهة على النيابة إلا إذا كانت لها علاقة بالنظام العام. فذلك هو مقتضى القياس التماثلي أو الطردي بمعنى أن الحالات المتماثلة تجد نفس الحكم.

- **حقّ الحضور بالجلسات:** «كما له أن يحضر بكل جلسة[3]»، أي لممثل النّيابة العموميّة الحضور بكلّ جلسة. ومع ذلك فإنّ الفصول الواردة في تنظيم وتركيبة محكمة الناحية والمحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف لم تذكر عضو النيابة وهو ما يفيد أنّ النيابة العمومية ليست ضمن تركيبة هذه المحاكم. ولكنّ المشرع نصّ صراحة بأن الادّعاء العام يعتبر ضمن تركيبة الدّوائر التعقيبيّة[4]، كما نصّ بفصول خاصة خارج إطار مجلّة المرافعات أنّ النيابة العمومية ضمن تركيبة الهيئة، كما في صورة الهيئة المعتمدة في إنقاذ المؤسسات الاقتصادية أو التفليس[5].

(1) الفصل 244 م.ا.ع.
(2) هذا ما سبق أن قلناه سواء في كتاب مصادر الالتزامات، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص. 219 وما بعده، أو في كتاب النظرية العامة للالتزامات، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، سنة 2015، ص. 235 وما بعده.
(3) الفصل 251 م.م.م.ت.
(4) الفصل 190 م.م.م.ت.
(5) المجلة التجارية وقانون 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات الاقتصادية كما هو منقح في

والخلاصة في ذلك أنّ النيابة العمومية ليست ضمن تركيبة الهيئة التي تنظر في القضايا المدنية أي محكمة الناحية والمحكمة الابتدائية بجميع دوائرها ومحكمة الاستئناف، وتعتبر النيابة عضوا ضمن تركيبة الدوائر التعقيبية وكذلك ضمن الدوائر التي ورد فيها نصّ خاص.

ولكن هل يجوز للنيابة أن تطلب الحضور في الجلسات المدنية التي لم يرد في شأنها نص خاص ؟ والجواب هو أنّ لها الحضور إذا طلبت ذلك وهو ما أورده المشرع صراحة بالفصل 251 م.م.م.ت. قولا «كما له أن يحضر بكل جلسة[1]»، أي لعضو النيابة أن يحضر بكلّ جلسة والأمر متروك لاجتهاد النيابة العمومية بحسب ما تراه مفيدا حماية للمصلحة المشروعة التي لها علاقة بالنظام العام سبب تدخّلها.

ـ حقّ الاطّلاع على الملفات: وله «أن يطلع على كل قضية يرى لزوم تداخله فيها[2]». فللنيابة العمومية حقّ الاطلاع على جميع الملفات المدنية إذا أرادت التداخل طبق الإجراءات القانونية المدنيّة، بمعنى أنّ لها حقّ الاطلاع قبل أن تقرّر التداخل، وهو سعي بمبادرة من النّيابة العمومية.

ولكنّ إحالة الملفّ إلى النيابة بغاية الاطّلاع يمكن أن لا يكون بطلب من النّيابة بل بمبادرة من هيئة المحكمة خلال نشر القضية. ولهذه الإحالة صورتان صورة اختيارية وأخرى وجوبية.

***اختياريّا:** «للمحكمة أن تقرر من جهتها تمكينه من الاطلاع على القضايا مع طلب إبداء ملحوظاته إن رأت في ذلك فائدة[3]». فكلّما رأت المحكمة فائدة في اطّلاع النيابة العمومية على ملفّ القضية، دون لزوم أن يكون للنزاع علاقة بالنظام العام، تتّخذ المحكمة حكما تحضيريا بإحالة الملف إلى النيابة للاطلاع ويجوز لها طلب ملحوظات كتابية. فتتولى حينئذ الكتابة فرز الملفات وإحالة الملفات التي تضمنت مثل هذا الحكم التحضيري إلى عضو من أعضاء النيابة لتنفيذ مقتضياته. ورغم أهمية هذا الإجراء فعادة ما تكتفي النيابة بالإمضاء وطلب تنفيذ القانون.

1999 و2003.

(1) الفصل 251 م.م.م.ت.

(2) الفصل 251 م.م.م.ت.

(3) الفصل 251 م.م.م.ت.

***وجوبيّا:** تجبر المحكمة على إحالة الملف إلى النيابة للاطلاع وتقديم ملحوظات، فلم تبق الإحالة مجرد اجتهاد من المحكمة بل فرضها المشرع في صور معينة كما أوجب المشرع على النيابة تقديم ملحوظاتها في هذه الحالة. فالواجب أن ينهي رئيس المحكمة، قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل إلى ممثل النيابة العمومية قصد الاطلاع عليها، ملفات القضايا المتعلقة بصور محدّدة.

وقد أورد الفصل 251 م.م.م.ت. هذه الصور على سبيل الحصر، وهي تتعلّق بالدولة أو الهيئات العمومية، وبالاحتجاج بعدم الاختصاص بالنظر الحكمي، وبعديمي الأهلية أو المفقودين، وبالتجريح في الحكام أو مؤاخذتهم، وبمخالفة القانون الجزائي أو دعاوى الزور. فإذا كان النزاع يتعلّق بهذه الصور بمعنى أنّ القضية تتعلق بنزاع له علاقة بهذه النقاط إلا وكانت الإحالة وجوبية. ويقصد بالدولة الشخص المعنوي العام الذي يتدخل بامتيازات السلطة العامة وليست الدّولة كشخص معنوي خاص والقصد كذلك من الهيئات العمومية هي المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ولا يدخل في ذلك المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية أو الشركات العامة أو المنشآت العامة. ويشترط أن يقع الدّفع فعلا بعدم الاختصاص الحكمي حتى يقع الوجوب فلا تجب الإحالة إذا أثارت المحكمة الاختصاص الحكمي من تلقاء نفسها فلا بدّ من الاحتجاج بعدم الاختصاص بالنظر الحكمي. وتعتبر مسألة الأهلية عموما والمفقودين من المسائل التي لها علاقة بالنظام العام[1]، وكذلك كلّ ما يدخل في باب التجريح في الحكام[2]، أو مؤاخذتهم[3]، ومخالفة القانون الجزائي أو دعاوى الزور[4]. لذلك كانت هذه الصور ضمن حالات الوجوب.

والهام في جميع ذلك أنه «من واجب ممثل النيابة العمومية تقديم ملاحظاته كتابة[5]»، فلم يبق الخيار للنيابة العمومية في تحرير أو عدم تحرير ملحوظات كتابيّة بل فرض المشرع واجب التحرير في مثل هذه الصور. فعلى النيابة بالتالي تحرير طلباتها كتابة ولا تكتفي بطلب تطبيق القانون. ومع ذلك فإنه يلاحظ من حيث الواقع أنّ النيابة تكتفي دوما بطلب تطبيق القانون وهي مخالفة لأحكام الفصل 251 م.م.م.ت.

---

(1) يراجع التعليق على الفصل 19 م.م.م.ت.

(2) يراجع التعليق على الفصول 248 إلى 250 م.م.م.ت.

(3) يراجع التعليق على الفصلين 199 و200 م.م.م.ت.

(4) يراجع التعليق على الفصول 234 إلى 240 م.م.م.ت.

(5) الفصل 251 م.م.م.ت.

الباب الثامن

في إعطاء نسخ تنفيذية ومجردة من الأحكام وسقوط العمل بالأحكام

الفصل 252 ـ كل خصم صدر في منفعته حكم له الحق في أخذ نسخة واحدة منه وهذه النسخة تسمى تنفيذية ويسلمها كاتب المحكمة الصادر منها الحكم ممضاة منه ومختوما عليها بطابع المحكمة. أما النسخ المجردة فتسلم لكل من يطلبها.

الفصل 253 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ كل نسخة تنفيذية من حكم يكتب بطالعها ما يأتي :

الجمهورية التونسية،

باسم الشعب التونسي أصدرت محكمة كذا الحكم الآتي نصه. ويذكر بآخرها ما يأتي :

وبناء على ذلك فإن رئيس الجهورية التونسي يأمر ويأذن سائر العدول المنفذين بأن ينفذوا هذا القرار أو الحكم إن طلب منهم ذلك والوكلاء العامين ووكلاء الجمهورية بأن يساعدوا على ذلك، وسائر آمري وضباط القوة العامة بالإعانة على تحقيق تنفيذه عندما يطلب منهم ذلك بصفة قانونية.

وبموجب ذلك أمضي هذا القرار أو الحكم.

الفصل 254 ـ إذا تلفت النسخة التنفيذية التي تسلمها الخصم الذي صدر له الحكم وذلك قبل التنفيذ فيمكنه الحصول على نسخة ثانية بحكم استعجالي من رئيس المحكمة بعد استدعاء الخصوم كما يجب وبشرط إعطاء ضمان مالي إلا إذا اعترف المحكوم عليه بأن الحكم لم يقع تنفيذه.

ولا تبرأ ساحة الضامن إلا بمقتضى المدة التي يسقط بها حق القيام بذلك الحكم أو قد وقع تنفيذه كليا أو جزئيا بدون معارضة من المحكوم عليه.

الفصل 255 ـ ينص كاتب المحكمة بطرة أصل كل حكم أو بالنسخ المستخرجة منه على تسليم كل نسخة مجردة أو تنفيذية منه مع بيان تاريخ تسليم ذلك واسم الشخص الذي سلمت له وإلا فإن كاتب المحكمة يستوجب خطية قدرها خمسة دنانير عن كل مخالفة ثبتت عليه بدون أن يكون ذلك مانعا من غرم الضرر الذي ربما يلزم للشخص الذي عساه أن يكون قد تضرر مما ذكر.

التعليق على الفصول 252 إلى 255

جاء الفصل 122 م.م.م.ت. في تعريف النسخة الأصلية للحكم وشروطها. فإذا وقع التصريح بالحكم بعد المفاوضة سواء بجلسة المرافعة أو بعدها وجب تحرير نسخة أصلية للحكم un jugement طبق موجبات الفصل 123 م.م.م.ت. في أقرب أجل وعلى كل حال ينبغي أن لا يتجاوز هذا الأجل عشرة أيام من تاريخ صدوره. ويجب أن يمضي النسخة الحكام الذين أصدروا الحكم وإذا تعذر على أحدهم الإمضاء بعد التصريح بالحكم فيقع إمضاؤها من طرف من بقي منهم وينص بها على ذلك العذر[1]. وبذلك فإن نسخة الحكم الأصلية ليست لائحة الحكم المتمثلة في محضر جلسة الحكم، بل هي الوثيقة أو الحجة المتضمنة لتلخيص الحكم الذي يجب أن يتضمن بيانات الفصل 123 م.م.م.ت. أي بيان المحكمة التي أصدرته وأسماء وصفات ومقرات الخصوم وموضوع الدعوى وملخص مقالات الخصوم والمستندات الواقعية والقانونية ونص الحكم وتاريخ صدوره واسم الحاكم أو أسماء الحكام الصادر عنهم وبيان درجة الحكم وتحرير مجموع المصاريف إن أمكن ذلك[2]. وهي بيانات لم يشترطها المشرع بلائحة الحكم، فالمشترط في لائحة الحكم أن تبني نصّ الحكم على مستند، بينما يشترط في تلخيص الحكم بأن تجيب المحكمة على جميع الطلبات والدفوعات بقول حاسم ولا يكتفى بالإشارة إلى أحكام سابقة أو مقالات منشورة أو فقه قضاء سابق أو إضافة مطبوعات جاهزة مسبقا مع أنه من الممكن أن تتبنى محكمة الاستئناف مستندات محكمة البداية في صورة الإقرار كما أنّ التلخيص يجب أن يتبنى ما ورد بمستندات لائحة الحكم ويجوز التوسع فيه ويضاف إلى ذلك ملخص أقوال الخصوم وكلّ ما يدخل في التعريف بالأطراف والحكم. ويجب أن يقع إعداد هذه النسخة في أجل لا يتجاوز عشرة أيام. ويجب كذلك إمضاؤها من قبل القضاة الذين أصدروها إلا في حالة التعذّر.

وتسمّى هذه النسخة بالنسخة الأصلية للحكم la minute، لأنها النسخة التي تبقى دوما بالمحكمة ولا تسلم مطلقا للأطراف، حيث إنه يجوز لهم فقط التحصيل على نسخ مجردة أو تنفيذية من الأصل الذي يبقى محفوظا بخزينة المحكمة على الدوام ويمكن الرجوع إليه عنه الحاجة.

---

(1) وهي نفس الصيغة التي أوردها المشرع بالفصل 166 م.إ.ج.

(2) الفصل 123 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980).

وتبدو الصيغ الواردة في النسخة الأصلية للحكم مرتبطة بمفهوم الإجراءات الأساسية بما في ذلك ما يتعلّق بطبيعة البيانات الواردة بها أو بضرورة إمضائها. فقط أن أجل إعدادها ليس له علاقة بمسألة الإجراءات الأساسية بل هو أجل تنظيمي لا ينجر عنه البطلان إلا إذا أضرّ بمصلحة أحد الخصوم[1].

والواضح أنّ المشرع ميّز بعناية بين لائحة الحكم un projet de jugement motivé وبين النسخة الأصلية للحكم la minute والنسخة المجردة les expéditions de jugements والنسخة التنفيذية copie exécutoire، فإذا كانت لائحة الحكم والنسخة الأصلية على ما تقدم من شرح فإنّ النسخة المجردة هي النسخة التي تؤخذ من الأصل ويشهد كاتب المحكمة المختصة بمطابقتها لأصلها ويجوز تسليمها لكلّ من يطلبها[2].

أما النسخة التنفيذية فهي النسخة التي يتسلمها المحكوم له مرة واحدة بغاية إتمام إجراءات التنفيذ، وبذلك فهي تخضع لجملة من الضوابط، حيث إنّ كل خصم صدر في منفعته حكم له الحق في أخذ نسخة واحدة منه وهذه النسخة تسمى تنفيذية ويسلمها كاتب المحكمة الصادر منها الحكم ممضاة منه ومختوما عليها بطابع المحكمة[3]. ويجب أن تتضمن النسخة التنفيذية بطالعها بيانات ضرورية كما يأتي : الجمهورية التونسية، باسم الشعب التونسي أصدرت محكمة كذا الحكم الآتي نصه. ويجب أن يذكر بآخرها ما يأتي : «وبناء على ذلك فإن رئيس الجهورية التونسي يأمر ويأذن سائر العدول المنفذين بأن ينفذوا هذا القرار أو الحكم إن طلب منهم ذلك والوكلاء العامين ووكلاء الجمهورية بأن يساعدوا على ذلك، وسائر آمري وضباط القوة العامة بالإعانة على تحقيق تنفيذه عندما يطلب منهم ذلك بصفة قانونية. وبموجب ذلك أمضي هذا القرار أو الحكم[4].

وإذا تلفت النسخة التنفيذية التي تسلمها الخصم الذي صدر له الحكم وذلك قبل التنفيذ فلا يمكن أن يتحصل على نسخة ثانية إلا بمراعاة جملة من الإجراءات

(1) نجد نفس التمييز بين النسخة الأصلية ولائحة الحكم ونسخة الحكم بمجلة الإجراءات الجزائية، يراجع الفصول 166 و168 م.إ.ج.
يراجع في جميع ذلك علي كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، طبعة ثانية 2013، وكذلك التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية طبعة ثانية 2015، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص.

(2) الفصل 252 فقرة أخيرة م.م.م.ت.

(3) الفصل 252 م.م.م.ت.

(4) الفصل 253 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).

حيث يمكنه الحصول على نسخة ثانية بحكم استعجالي من رئيس المحكمة بعد استدعاء الخصوم كما يجب وبشرط إعطاء ضمان مالي إلا إذا اعترف المحكوم عليه بأن الحكم لم يقع تنفيذه. ولا تبرأ ساحة الضامن إلا بمقتضى المدة التي يسقط بها حق القيام بذلك الحكم أو قد وقع تنفيذه كليا أو جزئيا بدون معارضة من المحكوم عليه[1].

ويجب على كاتب المحكمة أن ينصّ بطرة أصل كل حكم أو بالنسخ المستخرجة منه على تسليم كل نسخة مجردة أو تنفيذية منه مع بيان تاريخ تسليم ذلك واسم الشخص الذي سلمت له وإلا فإن كاتب المحكمة يستوجب خطية قدرها خمسة دنانير عن كل مخالفة ثبتت عليه بدون أن يكون ذلك مانعا من غرم الضرر الذي ربما يلزم للشخص الذي عساه أن يكون قد تضرر مما ذكر[2].

كما يجب نهاية إذا سبق إصلاح الحكم أن ينص بطرة أصل الحكم وبالنسخ المعطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح حيث تنظر المحكمة المختصة في طلب الإصلاح بحجرة الشورى بدون سبق مرافعة شفاهية ويمكن لها أن تصدر حكما بالإصلاح كما تقدم. ويجب أن ينص بطرة أصل الحكم وبالنسخ المعطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح[3].

الفصل 256 ـ الغلط في الرسم والغلطات المادية في الاسم أو الحساب وغير ذلك من الاختلالات المبينة من نوع ما ذكر يجب على المحكمة دائما إصلاحها ولو من تلقاء نفسها.

ويحكم في إصلاح الغلط أو الاختلال بدون سبق مرافعة شفاهية.

ويجب أن ينص بطرة أصل الحكم وبالنسخ المعطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح.

(1) الفصل 254 م.م.م.ت.

(2) الفصل 255 م.م.م.ت.

(3) يرفع مطلب الإصلاح على الفصل 332 مكرر م.ح.ع. إلى المحكمة العقارية المختصة وتبت فيه الهيئة بحجرة الشورى، ولا يمكن الطعن فيه بمفرده بل يتبع أصل الملف، ولكنه لا يمكن للمحكمة أن تقوم بالإصلاح المطلوب إذا انتقلت ملكية العقار المسجل إلى الغير حسن النية، وهو الغير الذي اعتمد على الترسيمات المدرجة بالسجل.

التعليق على الفصل 256

المبدأ أنّ ولاية المحكمة تنتهي على القضية بتاريخ صدور الحكم فليس لها بعد ذلك تعديل أو مراجعة الحكم أو التراجع عمّا صرحت به. فيقال إنّ ولاية المحكمة على ملفّ القضية ينتهي بصدور الحكم، وينجرّ عن ذلك أن نيابة المحامي عن أحد الخصوم تنتهي كذلك بصدور الحكم، وليس له أن يواصل إنابة هذا الطرف بعد ذلك إلا بتقديم إعلام نيابة جديد[1]. ولكنّ ذلك ليس إلا الحكم العام الذي لا يخلو من استثناء حيث يمكن أن تتواصل ولاية المحكمة على ملف القضية بعد صدور الحكم في صور طلب شرح الحكم[2] أو طلب إصلاحه أو طلب المصاريف في صورة إغفال المحكمة[3].

وقد نصّ الفصل 256 م.م.م.ت. على أنّ «الغلط في الرسم والغلطات المادية في الاسم أو الحساب وغير ذلك من الاختلالات المبينة من نوع ما ذكر يجب على المحكمة دائما إصلاحها ولو من تلقاء نفسها. ويحكم في إصلاح الغلط أو الاختلال بدون سبق مرافعة شفاهية. ويجب أن ينص بطرة أصل الحكم وبالنسخ المعطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح[4]».

ولم يكن يتوفر بمجلة الحقوق العينية وإلى حدود سنة 1995 نص يسمح للمحكمة العقارية بإصلاح الأحكام القاضية بالتسجيل أو الأمثلة المتعلقة بها، وكانت المحكمة العقارية عادة ما تعود إلى الإجراءات العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية أي الفصل 256 م.م.م.ت. لإتمام الإصلاح، ولكن المشرع انطلاقا من سنة 1995 اعتمد نصّا خاصا بمجلة الحقوق العينية[5].

(1) يراجع الفصل 68 م.م.م.ن.
(2) يراجع الفصل 124 م.م.م.ن.
(3) يراجع الفصل 129 م.م.م.ت.
(4) الفصل 256 م.م.م.ت.
(5) نصّ الفصل 332 مكرر م.ح.ع. على أنّ «المحكمة العقارية تنظر في مطلب إصلاح الغلطات المادية والمتعلقة بالحالة المدنية أو الحساب أو الأرقام الحاصلة في حكم التسجيل أو في الأمثلة الهندسية المعدة من ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط وتبت في هذه المطالب وتصدر إذنا في إصلاح الحكم أو المثال أو ترفض المطلب ولا يقبل مطلب الإصلاح إذا ثبت اكتساب حقوق عينية على العقار من قبل الغير عن حسن نية». وقد أورد «تورنس» في قانون 1861 عبارة الغلط بالفصول 44 و123 و126. أما الفصل 44 فيتحدّث عن القوة الثبوتية المطلقة للترسيم ولا يستثن من ذلك إلا التدليس وسبق تسجيل العقار والغلط المادي الذي جعله في ارتفاقات المرور والسهو و التحريرات والتحديدات المغلوطة servitudes de passage et autres omises ou mal indiquées et des délimitations erronées. أما

ويختلف الغلط المادي الذي لا يتجاوز معنى إصلاح الأرقام والكتابة فهو انعكاس مغلوط لما هو صحيح بالذهن، عن السهو الذي يعبر عن عدم تحرير ما كان صحيحا بالذهن، ويختلف كذلك عن الغلط المعيب للرضاء وهو انعكاس مغلوط للحقيقة بالذهن والخطأ التعاقدي وهو عدم مراعاة الالتزام التعاقدي والخطأ التقصيري وهو الخروج عن الواجب القانوني والغلط في تأويل العقد والقانون وهو الخروج عن ضوابط التأويل والغلط الحسي الوارد بالفصل 484 م.ا.ع. الذي يمكن أن يؤدّي إلى التماس إعادة النظر والغلط في اجتهاد المحكمة الموجب للطعن وهو عدم فهم المحكمة لواقع القضية أو الطلبات.

ويختلف مفهوم الإصلاح rectification الوارد بهذا الفصل عن مفهوم تصحيح الوثائق régularisation ومفهوم التّعديل modification. فالإصلاح يقصد به تدارك الأغلاط الماديّة التّي لا تخرج عن الغلط في الحساب والحالات المدنيّة والأرقام والأغلاط اللغوية بشكل عام التّي تسرّبت للأحكام ويقصد بالتّعديل إبقاء التّرسيم على حالته وإضافة تنصيصات جديدة، فالمحررات صحيحة ولكنه طرأت بعض المستجدّات يتعين إضافتها، ويقصد بالتّصحيح تدارك النّقائص لجعل الكتائب مطابقة لما يقتضيه القانون، فما يوجد بالذهن صحيح وأدرج كما هو ولكن التنصيصات لا تتطابق مع الحقيقة، أي أنّ الكتب تضمّن تنصيصات مغلوطة أو غير مطابقة للحقيقة أو أنّه سهى عن ذكرها أصلا[1].

الفصل 123 فيتحدّث عن إمكانية استرجاع العقار عينا من قبل صاحبه في حالة التدليس وغلط التحديد وسبق تسجيل العقار . أما الفصل 126 فيحدّث عن التعويض في حالة التدليس والغلط والسهو إذا تعذر استرجاع العقار بطبيعة الحال.
ولم يرد نصّ خاص بالقانون العقاري لسنة 1885 يعنى بالغلط المادي ونظم المشرع الغلط المادي بنص مستقل صدر بتاريخ 25 فيفري 1897 سرعان ما تمّ تنقيحه بموجب أمر 19 مارس 1897، حيث أورد أمر 25 فيفري 1897 أنه من الممكن إصلاح السهو أو الغلط المادي في حكم التسجيل أو الرسم العقاري من قبل المجلس المختلط وحدّد الإجراءات في ذلك ثمّ جاء بأمر 19 مارس 1897 أن الغلط المادي والسهو يجب أن يتعلق بتصرف من شارك في التسجيل وله علاقة بغلط الكتابة أو الأرقام والأمثلة وأكد على أن الغلط أو السهو لا يمكن أن يشمل بحال أصل الحقّ ووضع أجلا لتقديم الطلب، شهر من تاريخ التسجيل.
وبصدور مجلة الحقوق العينية أوردت الفصل 391 م.ح.ع. ومكنت من خلاله مدير الملكية العقارية من رفع الغلط المادي والسهو وإذا امتنع يمكن رفع الأمر إلى رئيس المحكمة العقارية. ولم يرد نص خاص بإصلاح حكم التسجيل أو ل مرّة. ولم يعتمد هذا النص إلا سنة 1995 بإضافة الفصل 332 مكرر لمجلة الحقوق العينية، كما اعتمد المشرع نصا بإجراءات التحيين وهو الفصل 26 من القانون عدد 34 لسنة 2001 كما هو منقح سنة 2009.
(1) وقد أشار المشرّع بمجلة الحقوق العينية وكذلك بقانون التحيين عدد 34 لسنة 2001 كما

وقد أورد الفصل 256 م.م.م.ت. صور الأغلاط المادية التي يمكن أن تكون سندا في طلب الإصلاح وهو الغلط في الرسم والغلطات المادية في الاسم أو الحساب وغير ذلك من الاختلالات المبينة من نوع ما ذكر[1]. فكلّ غلط في اللغة وفي رسم المعاني وتحرير الاسم والحساب يدخل في باب الغلط المادي[2]، ولم يورد المشرع هذه الأمثلة على وجه التحديد بل على وجه الذّكر إذ أنه يدخل في معنى الغلط المادي غير ذلك من الخلل من نوع ما ذكر، فهو في نهاية الأمر غلط في الشكل وليس له علاقة بالأصل والمضمون وهو غلط في لائحة الحكم أو نسخة الحكم وليس في الوثائق المقدمة.

وإذا وقفت المحكمة، مهما كانت درجة المحكمة ابتدائية أو استئنافية أو تعقيبية، على نوع من هذه الأغلاط في الحكم أو القرار الصادر عنها يتعين عليها دائما إصلاحها ولو من تلقاء نفسها. على أنّه لا يمكن للمحكمة أن تصلح إلا الحكم الصادر عنها فلا يجوز للمحكمة الابتدائية أن تصلح حكما صدر عن محكمة الناحية ولا يجوز لمحكمة التعقيب أن تصلح غلطا ماديا بحكم البداية كما لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تصلح حكم البداية، بل عادة ما تتخذ المحكمة، إذا وقفت على غلط في حكم البداية، حكما تحضيريا تطلب من الأطراف طلب إصلاحه وتقديم نسخة بعد إصلاحها وربما إعادة استدعاء الأطراف إذا شمل

هو منقح 2009 إلى معظم الحالات والصّور التّي تطلب التّصحيح، من ذلك السّهو والنّقص والغلط والخلل وعدم التّطابق. ولا يتعلّق التّصحيح بالرّسوم العقاريّة أو الأحكام أو الأمثلة الهندسيّة، بل يشمل الوثائق ومستندات المطلب.

يراجع علي كحلون: التعليق على مجلة الحقوق العينية، الطبعة الثالثة، 2015. نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص. وتحديدا التعليق على الفصل 332 مكرر م.ح.ع.

(1) وقد أورد المشرع كذلك بالفصل 332 مكرر م.ح.ع. صور الأغلاط المادية التي يمكن أن تكون سندا في طلب الإصلاح وهي المتعلقة بالحالة المدنية أو الحساب أو الأرقام الحاصلة في حكم التسجيل أو في الأمثلة الهندسية المعدة من ديوان قيس الأراضي، فلا يمكن أن يطال الإصلاح مساحة العقار لخروجه عن معنى الأغلاط المادية. وواضح أن نطاق الفصل 332 مكرر هي الأغلاط التي تتسرب إلى نص الحكم القاضي بالتسجيل والأمثلة الهندسية المتعلقة بها. فكما أن إدارة الملكية العقارية يمكن أن تصلح الأغلاط المادية المتعلقة برسوم الملكية وبالترسيمات على معنى الفصل 391 م.ح.ع فإن المحكمة العقارية يمكن أن تتولى الإصلاح إذا تسرب الغلط لحكم التسجيل أو المثال الهندسي.

(2) يبدو المشرع بصيغة النصّ العربي للفصل 256 م.م.م.ت. أنه قد ميز بين الغلط المادي والاخلالات، ولكن الحقيقة أنّ الفصل لا يميز بينهما وإنما كانت الترجمة للنص الفرنسي غير دقيقة. والواضح أنّ الفرنسي لا يميز بين تلك المعاني.

الغلط هوية أحد الخصوم، ويمكن أن ينجر عن تقاعس الطالب أو المستأنف رفض الدّعوى أو رفض الاستئناف.

وتنظر المحكمة المختصة في طلب الإصلاح بحجرة الشورى بدون سبق مرافعة شفاهية. ويجب أن ينص بطرة أصل الحكم وبالنسخ المعطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح[1].

والقاعدة أنّ حكم الإصلاح تماما مثل حكم التفسير لا يقبلان الطعن إلا مع الحكم الواقع إصلاحه أو تفسيره (الفصل 124 م.م.م.ت)، وفي ذلك ذهبت محكمة التعقيب[2]. وهي نفس الصورة بالنسبة إلى الفصل 332 مكرر م.ح.ع[3].

ولكنّ محكمة التعقيب ذهبت منذ مدّة إلى قبول الطعن بتعقيب قرارات الإصلاح إذا أمكن تكييفها بأنها عبارة عن أحكام أصلية تجاوزت حدود مفهوم الإصلاح كما هي الصورة بالنسبة إلى القرار التعقيبي عدد 2267 بتاريخ 09 ماي 1978 [4]حيث قضت محكمة البداية برفض الدعوى الحوزية على أساس أن العقار له طبيعة اشتراكية وباستئنافه تقرر حكم البداية مع تغيير سنده بعدما تبين الصبغة الخاصة للعقار وعدم قدرة المدعي على إثبات الحوز بالرغم من إذن المحكمة بإتمامه، وبتقديم مطلب الإصلاح قبلت محكمة الاستئناف إصلاحه بما صوابه « قضت المحكمة نهائيا بقبول مطلب الاستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي وبعدم سماع دعوى المستأنفين وإبقاء محل النزاع بيد المستأنف ضدهما وحمل المصاريف للدرجتين على المستأنفين وتخطئتهم بالمال المؤمن والتنصيص على هذا الإصلاح بأصل الحكم والنسخ المستخرجة منه»، والواضح أنّ هذا القرار يتجاوز مفهوم الإصلاح وبالإمكان الطعن بالتعقيب

(1) يرفع مطلب الإصلاح على الفصل 332 مكرر م.ح.ع. إلى المحكمة العقارية المختصة وتبت فيه الهيئة بحجرة الشورى، ولا يمكن الطعن فيه بمفرده بل يتبع أصل الملف، ولكنه لا يمكن للمحكمة أن تقوم بالإصلاح المطلوب إذا انتقلت ملكية العقار المسجل إلى الغير حسن النية، وهو الغير الذي اعتمد على الترسيمات المدرجة بالسجل.

(2) القرار عدد 74907 بتاريخ 14 فيفري 2000 نشرية محكمة التعقيب 2000، ص 159، قرار تعقيبي عدد 8221 بتاريخ 14 جوان 2001 نشرية محكمة التعقيب 2001، ص 74، قرار تعقيبي عدد 12630 بتاريخ 17 جانفي 2002، نشرية محكمة التعقيب 2002، ص 64.

(3) الواضح أنّ إجراءات التعقيب المعتمدة سنة 1995 بمجلة الحقوق العينية لا تشمل إلا أحكام التسجيل العقاري سواء كانت مسحية أو اختيارية ويخرج عن ذلك قرارات الإصلاح حيث إنّ لها حكمها الخاص الوارد بالفصل 332 م.ح.ع.

(4) نشرية محكمة التعقيب 1978 ص 252.

في شأنه، حيث أوردت محكمة التعقيب سنة 1965 بالقرار عدد 3565 بتاريخ 25 جانفي 1965 [1]، أنه « ولئن أجاز الفصل 256 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الرجوع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتصحيح الغلط المادي الواقع في منطوقه إلا أنه يجب أن يكون لهذا الغلط المادي أساس في الحكم يدل على الواقع الصحيح فيه في نظر الحكم حيث يبرز هذا الخطأ إذا ما قورن بالأمر الصحيح الثابت فيه حتى لا يكون التصحيح ذريعة للرجوع عن الحكم بتعديله أو تغييره والمساس بحجيته. وقد تبين أنّ المطلب الذي تقدم به المعقب عليهما إلى محكمة الاستئناف لم يكن لإصلاح غلط على معنى الفصل 256 المشار إليه وإنما كان يرمي في الحقيقة إلى تغيير في جوهر موضوع التداعي الذي هو في تنفيذ اتفاق حرر في شأنه الكتب المحتج به والذي لا يتعلق صراحة بالرسم عدد 34452 الواقع المناقشة في شأنه ابتدائيا واستئنافيا من نفس الخصوم. ولما استجابت تلك المحكمة لذلك المطلب تكون قد تجاوزت حدود اختصاصاتها وخرقت أحكام الفصلين 256 و124 من م.م.م.ت. واستوجب حكمها النقض بدون إحالة تطبيقا للفصلين 175 و177 من نفس المجلة». والملخص في ذلك أنّه كلما خرجت محكمة الأصل عن مفهوم الغلط المادي اعتبر القرار خرقا للفصل 256 م.م.م.ت. يمكن صاحب المصلحة الطعن فيه بالتعقيب بمفرده[2].

الفصل 257 ـ يبطل العمل بالحكم بمضي عشرين سنة مسيحية من تاريخ يوم صدوره[3].

(1) نشرية محكمة التعقيب 1965، ص 5.

(2) وقد تبنت محكمة التعقيب هذا الاتجاه في الطعن في قرار إصلاح أحكام التسجيل، حيث بالرغم من الإشارة إلى أنّ التعقيب لا يتعلّق إلا بأحكام التسجيل والترسيم إلا أنّها قبلت الطعن بالتعقيب في مطالب الإصلاح إذا رأت أن قرار الإصلاح ليس إلا حكما جديدا يتجاوز معنى الغلط المادي الوارد بالفصل 332 مكرر م.ح.ع. ويمكن الطعن فيه بمفرده. قرارات تعقيبية عدد 67677 بتاريخ 6 ـ 11 ـ 2012 وعدد 67409 بتاريخ 6 ـ 11 ـ 2012 وعدد 75258 بتاريخ 13 ـ 05 ـ 2013 ، غير منشورة، القانونية جانفي 2014: قبلت النظر في تعقيب قرارات الإصلاح إذا تجاوزت المحكمة مفهوم الخطأ المادي كما هو مبين بالفصل 332 مكرر م.ح.ع. وقد تعلق القرار الأول بإضافة حق مرور أما 2 و3 فقد تمّ إضافة مستحق. انظر التعليق على هذه القرارات، رياض الجمل، القانونية عدد جانفي 2014، ص.10. وانظر في الغلط المادي في نظام الإشهار العيني، الهادي بوكسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 2014.

(3) يراجع التعليق على الفصول 252 إلى 255 م.م.م.ت.

لا يمكن أن يقدّم الحكم للتنفيذ بعد عشرين سنة من تاريخ صدوره حيث «يبطل العمل بالحكم بمضي عشرين سنة مسيحية من تاريخ يوم صدوره[1]»، وهو أجل سقوط لا يقبل الوقف أو الانقطاع، وكان أولى أن يستعمل المشرع عبارة السقوط وليس البطلان إذ أن جزاء الخلل بالآجال هو السقوط. وقد أصبح من الشائع أمام محكمة التعقيب أنّ هذا الحكم نسخ ما ورد بالفصل 394 م.ا.ع. من أنه «لا محلّ لسقوط الدعوى بمرور الزمان في الحقوق الناشئة عن حكم انتهائي».

(1) الفصل 257 م.م.م.ت.

الجزء السابع

في التحكيم

ألغيت الفصول من 258 إلى 284 بمقتضى القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم.

الجزء الثامن

في وسائل التنفيذ(1)

(1) طرق التنفيذ هي الطّريقة القانونية التي يتّبعها الدّائن لتنفيذ السندّ التنفيذي بالوسائل القانونية. وتكمن قانونية هذه الطريقة في أنها تباشر على ممتلكات المدين بواسطة مأمور عمومي وهو عدل التنفيذ وتحت رقابة القضاء المختص. فلا يمكن للدّائن أن يستخلص حقّه بنفسه، "إذ التعدّي على الشخص لا يكون وجها له في الإضرار بغيره(الفصل 555 م.ا.ع.)". فلا بدّ أن تباشر التنفيذ جهة مختصّة خولها القانون إتمام أعمال التنفيذ. وبالتالي فإنّ طرق التنفيذ تفترض من حيث المبدأ صدور حكم في الغرض أو ما يقوم مقامه وإحراز هذا الحكم على قوّة الشيء المقضي به وتسليم هذا الحكم لعدل التنفيذ بغاية تنفيذه. وإنّ في ذلك عدّة طرق في التنفيذ.

والواضح أنّ مجال طرق التنفيذ يتجاوز مجال القانون المدني، فعادة ما يكتفي القانون المدني بشرح أثر الالتزام أي تنفيذه من قبل المدين، مع بيان أن التنفيذ من قبل المدين يمكن أن يكون رضائيا أي باتفاق الطرفين أو جبريا بتدخل القضاء أو عينيا بالقضاء بعين الالتزام أو بمقابل أي بالتعويض إذا استعصى التنفيذ العيني وبمكن أن يتدخّل القضاء بطريقة غير مباشرة لحمل المدين على تنفيذ الالتزام بالقضاء بغرامة تهديدية، فهو في نهاية الأمر بيان لمضمون الالتزام من قبل المدين.

كما أنّ للقانون المدني طرقه في الإبقاء على عناصر الذمة المالية للمدين بواسطة ما يعرف بدعاوى الضمان العام: الدعاوى البليانية والصورية وغير المباشرة والإعسار، وهي مجرد دعاوى علاجية تتجاوز معنى الحفظ ولكنها لا تصل إلى معنى التنفيذ، إلى جانب عدّة طرق أخرى تهدف إلى ضمان حقوق الدّائنين مثل العربون أو أن تقدّم الملكية كحقّ عيني ضمانا للدّائنين.

وللقانون المدني كذلك طرقه في تأمين الحق بشكل تفاضلي بين الدّائنين يقوم بالأساس على تخصيص مال محدّد للدّائنين، تجاوزا لمفهوم الضمان في شكله العام وأثر الالتزام.

في حين أنّه يبدأ الحديث عن طرق التنفيذ بعد صدور الحكم أو القرار وإحرازه على قوة الشيء المقضي به، ورفض المدين الإذعان لما تقرّر قضاءً. عندئذ فقط يمكن الحديث عن طرق التنفيذ، فهو بيان لطريقة تنفيذ السند التنفيذي. فإذا كان القانون المدني يُعنى بتنفيذ مضمون الالتزام رضائيا أو جبريا، عينيا أو بمقابل، فإنّ طرق التنفيذ تعنى بطريقة تنفيذ السند الصادر في الغرض.

ولا يمكن تنفيذ السند التنفيذي إلا على ممتلكات المدين، عقارا كان أو منقولا، أي ما يدخل في إطار الذمة المالية للمدين من حقوق عينية وشخصية، وقلّما يطال التنفيذ شخص المدين، حيث إنّ طرق التنفيذ تشمل ممتلكات المدين فقط ولا تطال شخصه إلا بطريقة استثنائية.

فقد بدأ التطبيق بالتنفيذ على شخص المدين، وقد كانت الفكرة السائدة بالقانون الروماني هي التنفيذ على شخص المدين فيحق للدّائن حبس المدين وحتى تعذيبه وربّما قتله بغاية استخلاص ما له عليه من دين. ثمّ انتقل التنفيذ بعد ذلك إلى الذمة المالية أي إلى ممتلكات

المدين. وهي نفس الفكرة التي سيطرت بالفقه الإسلامي فلا يمكن حبس المدين من جراء عدم الوفاء بدين مدني إلا إذا ثبتت مماطلته، أي أنّه رفض الوفاء بالرغم من يسره، والقاعدة الفقهية العامة أنه من كان بحالة عسر فنظرة إلى ميسرة أي أن يؤجّل الدّفع على المدين. وهي نفس القاعدة المعمول بها حاليا في القوانين الحديثة، فلا يمكن من حيث المبدأ حبس المدين من أجل حقّ مدني. ذلك أنّ التنفيذ على الشخص هو مجال القانون الجزائي، فيمكن أن تشمل العقوبة الجزائية حياة المحكوم عليه أو حريته بحبسه أو ماله بالخطية. في حين أنّ طرق التنفيذ لا تشمل إلا ممتلكات المدين دون شخصه.

ولكنّ ذلك ليس إلا المبدأ فكثيرا هي الاستثناءات التي تجيز حبس المدين من أجل حقّ مدني، مثل صورة عدم دفع النفقة، فإنّه يمكن أن تطال العقوبة شخص المدين بالنفقة في صورة عدم الأداء على معنى الفصل 53 مكرر م.أ.ش وكذلك الصورة في حالة عدم إحضار محضون على معنى القانون عدد 22 لسنة 1962 المؤرخ في 24 ماي 1962 ويجوز سجن المفلس وقائيا على معنى الفصل 455 من المجلة التجارية ويمكن الجبر بالسجن على معنى الفصول 343 وما بعد م.إ.ج إذا لم يوف المحكوم عليه قيمة الخطايا ومصاريف صندوق الدولة.

على أنّ طريقة التنفيذ يمكن أن تكون مباشرة أو عينية أو عن طريق العقلة أو الحجز، فإذا كانت مباشرة أو عينية فذلك يعني أنّ المحكوم له أمكن له تنفيذ الحكم على منقول أو عقار طبقا لمضمون السّند التنفيذي دون حاجة إلى إجراء عقلة على أموال المدين، كما أن يقضى بكفّ الشغب أو يقضى باستحقاق العقار، فينتقل عدل التنفيذ إلى عين المكان وينفّذ الحكم طبق بياناته وكذلك الصورة إذا قضت المحكمة بإلزام المدين بدفع مبلغ معين وسلّم المدين المبلغ للمأمور العمومي. ففي جميع هذه الصور وغيرها كثير أمكن تنفيذ الحكم طبق نصّه وذلك هو التنفيذ العيني أو المباشر. أما إذا رفض المحكوم عليه أو استحال عليه الإذعان للسند مباشرة فإنّه يجب مواصلة التنفيذ بعقلة أو حجز ممتلكات المدين بغرض تمكين الدّائن من حقّه المحكوم به. وذلك هو التنفيذ عن طريق العقلة أو الحجز.

والواضح أنّه لا يمكن في جميع الصّور إجراء العقلة، بل لا يمكن إجراؤها إلا إذا كان السند فيه إلزام للمدين بأداء مبلغ مالي أو كان بذمة المدين مصاريف قضائية ناتجة عن أعمال التنفيذ. أما إذا كان في السند التنفيذي إلزام بالقيام بعمل أو بعدم القيام به فقط وامتنع المحكوم عليه من التنفيذ أو استحال عليه فإنّ «عدل التنفيذ يثبت ذلك في محضر ويحيل القائم بالتتبع على القيام لدى المحكمة ذات النظر لما يسمح به القانون(الفصل 300 م.م.م.ت.)»، دون أن يجري أية عقلة.

وإذا اقتضت الصورة المرور إلى إجراء العقلة فالأصل أن يكون الدين بالسند ثابتا مستحقّ الأداء حتى يجوز إجراء العقلة التنفيذية. ولكنّه مع ذلك أجاز المشرع استثناء للقاعدة أن تعقل أموال المدين تحفظيا بإذن القضاء حتى وإن لم يكن الدين مستحق الأداء، وتلك هي العقلة التحفظية والعقلة التوقيفية.

والخلاصة أنّ طرق التنفيذ هي جملة الإجراءات المحدّدة قانونا لتنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية على ممتلكات المدين مباشرة أو عن طريق الحجز بواسطة الجهاز المختصّ تحت إشراف القاضي المختص. وبذلك فإنّ طرق التنفيذ تتميز عن طرق تنفيذ الالتزام

ودعاوى الضّمان العام والتأمينات. ومن خلال هذا التعريف يمكن استخراج المبادئ العامة في طرق التنفيذ.

وقد نظّم المشرع طرق التنفيذ بالجزء الثامن من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية انطلاقا من الفصل 285 م.م.م.ت إلى غاية الفصل 490 م.م.م.ت فأورد في البداية الأحكام العامة ونظم إجراءات العقلة التحفظية في المنقول والعقار وحدّد نظام العقلة التوقيفية بشكل عام وفي بعض الحالات الخاصة مثل عقلة الأجور ثمّ أورد إجراءات العقلة التنفيذية في المنقول والعقار وانتهى إلى بيان نظام توزيع الأموال وترتيب درجات الدائنين.

ولم تبق إجراءات طرق التنفيذ على حالها إذ منذ دخول مجلة الإجراءات المدنية حيز التنفيذ في غرة جانفي 1960 بعدما صدر القانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 المتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، تدخّل المشرع في عدّة مناسبات لتعديل هذه الإجراءات في عدّة مناسبات:

ـ سنة 1980 بموجب القانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980 في اتجاه تنقيح الفصل 427.

ـ سنة 1986 بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 في اتجاه تنقيح الفصول 330 و333 و354 و412 و422 و437.

ـ سنة 1998 بموجب القانون 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص في اتجاه إلغاء الفصول 316 إلى 321 م.م.م.ت.

ـ سنة 2001 بموجب القانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001 في اتجاه تنقيح الفصلين 452 و455.

ـ سنة 2002 بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 (أضاف الفصل 287 مكرر والفقرتين الثانية والثالثة للفصل 333 والفصل 394 مكرر وعدد9 من الفصل 412، وتنقيح الفصول 289 و332 و335 و336 و337 و394 و396 و397 و399 و400 و404 و405 و406 و409 و411 و425 و442 والفقرة الثانية من 444 والفقرة الأولى والرابعة من 450).

ـ سنة 2005 بموجب القانون عدد 79 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 في اتجاه تنقيح الفقرة الخامسة من الفصل 425.

على أنّ مجلة الإجراءات المدنية لم تستوعب جميع أحكام طرق التنفيذ بل جاء بمجلة التجارية البحرية والمجلة التجارية ومجلة المحاسبة العامة شيء منها كما تضمنت بعض القوانين الخاصة جانبا من هذه الإجراءات.

ويتميّز الإطار القانوني لإجراءات التنفيذ، وهي من الإجراءات، بعنصرين أساسيّين يبرز طبيعة هذه القواعد، وهو أنّها قواعد **آمرة في أغلبها وتتسم بطابعها الشكلي**، وذلك بغاية أن لا يتعسّف الأطراف والمكلفون بالتنفيذ في اختيارهم لإجراء دون آخر.

فهي قواعد شكلية بمعنى أن تنهى طبق شكليات معيّنة وفي آجال مضبوطة. فالنظام كلّه عبارة عن قوالب إجرائية وفترات زمانية. وفي ذلك تمكن أهمية الشكليات، فهي التي تحمي الحق الأصلي حتّى لا يتخير الأطراف شكليات مخصوصة دون أخرى وحتى يكون مسلك الحقّ بائنا فيطمئن الدّائن على حقّه، فمن أنهى الإجراءات التحفظية طبق الشكليات المحدّدة يجعل الدّائن مطمئنا على حفظ الحقّ ومن أنهى الإجراءات التنفيذية كما يجب

الباب الأول

أحكام عامة

الفصل 285 ـ وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ لا يترتب عنها هذا التعطيل إلا إذا استعملت في الأجل القانوني.

يعلم علم اليقين أنّه سيحصّل على حقّه. فلا يستهان بالشكل بعلّة حفظ الحقّ الأصلي، حيث إنّ الحقّ تتفرع به الجزئيات إلى شكل وأصل.

وهي قواعد آمرة بمعنى أنّها تلزم الأطراف قهرا، فهي ليست مجرد قواعد استيفائية. والواضح من ذلك أنّ أغلب قواعد طرق التنفيذ تتّصل بالنّظام العام، فليس من الممكن للأطراف مخالفة أحكامها، فإذا فرض المشرع طريقة البيع بالمزاد العلني فلا يمكن للأطراف الاتفاق على إتمام البيع دون إتمام إجراءات البيع وإذا تقرر إتمام الإشهارات في البيع أمام دائرة البيوعات العقارية بالمحكمة الابتدائية في عقلة العقارات فليس من الممكن إتمام البيع على ما يخالف تلك الإجراءات وليس من الممكن تسليم المعقول إلى الدّائن دون إتمام إجراءات البيع. والأمثلة كثيرة في ذلك.

وإنّ لهذه الشكليات والطبيعة الآمرة آثارا هامة في أنّ الإخلال بها يؤدي في أغلب الأحيان إلى سقوط الحقّ الموضوعي(يراجع التعليق على الفصل 14 م.م.م.ت.). كما أنّ التأويل فيها لا يمكن أن يكون إلا ضيّقا وإن كان لا يمنع استعمال طرق التأويل الواردة بمجلة الالتزامات لإدراك إرادة المشرّع الحقيقية. وبالإضافة إلى عدم إمكانية مخالفة هذه القواعد اتفاقا، فإنّه في صورة التنازع بين القوانين زمانيا ينطبق القانون الجديد فوريا على الأعمال الجارية إذا كانت لها طبيعة إجرائية بحتة، أي ليس فيها ما يتّصل بالأصل.

على أنّ جميع النصوص الواردة في طرق التنفيذ مهما كان مصدرها تجتمع على واحدة وهو أنّها تنظم إما جانبا من الإجراءات التحفظية أو من الإجراءات التنفيذية الجبرية، وإنّ في ذلك جملة من القواعد العامة يمكن تجميعها في إطار النظرية العامة لطرق التنفيذ وقد أورد المشرع أهم أحكامها بالفصول 285 إلى 315 م.م.م.ت.. وتعرف النظرية العامة بأنّها جملة الأحكام العامة التي تجتمع عليها التطبيقات والتي من الممكن تقديمها في إطار متناسق يستوعب جميع إجراءات طرق التنفيذ، فقوام النّظرية العامة الشمولية والتجريد والعمومية. وقد أصبح اليوم من الممكن الحديث عن نظرية عامة في قانون طرق التنفيذ باستخراج الأحكام العامة وتقديمها في شكل منظم، حيث تقوم إجراءات طرق التنفيذ على عناصر محدّدة وتقتضي تدخل هياكل خاصة.

وقد وردت الفصول 285 إلى 301 م.م.م.ت. في بيان الأحكام العامة في تنفيذ الأحكام القضائية أو السندات القضائية فبيّن طبيعة السند وشكلية الإعلام والمخول لهم التنفيذ والمنفذ ضدّهم ونزاعات الهوية ووقت التنفيذ وشكليات التنفيذ وطريقته وموضوع التنفيذ والجهة التي تتحمل المصاريف. في حين خصّصت المجلة الفصول 302 إلى 315 م.م.م.ت. للأحكام العامة الخاصة بالعقلة التنفيذية فبينت طبيعة الدين سند العقلة وكيفية إجراء العقلة وموضوعها وآثارها وإجراءات التبتيت.يراجع في جميع ذلك: علي كحلون، أحكام الالتزام، النظريّة العامة للالتزامات، قانون التأمينات، طرق التنفيذ، المراجع السابقة.

عادة ما تقسم طرق الطعن بسبب هدفها أو بسبب طبيعتها، فمن حيث السبب عادة ما نميز بين طرق الطعن التي ترمي إلى التراجع عن الحكم أمام نفس المحكمة voie de rétractationوهي آليات الاعتراض والمراجعة والتماس إعادة النظر وطرق الطعن التي ترمي إلى إعادة الأبحاث أمام محكمة أعلى درجة وهي آلية الاستئنافvoie de réformation ، ومن حيث طبيعة طرق الطعن نميز بين الطرق العادية وهي الاستئناف لأنها طريقة مفتوحة لجميع المتقاضين ومن أثرها وقف التنفيذ والطرق غير العادية وهي التعقيب والاعتراض والمراجعة والتماس إعادة النظر التي لا تفتح إلا لمن توفرت به جملة من الشروط ومن شأنها عدم وقف التنفيذ.

والواضح أنّ طريقة المراجعة لم تعد موجودة بالقانون المدني التونسي[1]، فقد اعتمدها المشرع بالنسبة إلى قضايا التسجيل العقاري سنة 1995 ثم تراجع عنها سنة 2008 كما أنّ طريقة الاعتراض المعتمدة بمجلة المرافعات التونسية هي الاعتراض من الغير الذي لم يكن طرفا في القضية أصلا فهو اعتراض من الغير على خلاف التجارب التي تعتمد إمكانية الاعتراض من أطرف القضية الذين لم يبلغ لهم الاستدعاء شخصيا وهي طريقة عادية في الاعتراض كما هو الشأن بالنسبة إلى الإجراءات الجزائية. ويشار كذلك إلى آلية طلب الرجوع في الأذون على أنها ضمن وسائل الطعن ولكنها لا تدخل في هذا التصنيف، كما أنّ الطعن بالتعقيب لا يدخل في معنى إعادة العرض أو إعادة البحث وله مميزاته باعتبار أنّ محكمة التعقيب محكمة قانون وليست محكمة وقائع.

والقاعدة في جميع ذلك أنه لا يجوز استعمال طريقة طعن غير منصوص عليها قانونا فلا بدّ من تدخل القانون لبيان طريقة الطعن وإجراءاتها، فلا يجوز استعمال طريقة غير منصوص عليها. كما أنّ التعسف في استعمال طرق الطعن المسموح بها يعدّ سببا في المؤاخذة المدنيّة طبقا للقواعد العامة المدنية.

تلك هي وسائل الطّعن والمعطّل فيها للتنفيذ هي طرق الطعن العادية أي الاستئناف، فلا ينجر عن التعقيب أو التماس إعادة النظر أو الاعتراض أو طلب الرجوع في الإذن وقف التنفيذ إلا بصدور إجراءات خاصة[2]، فإذا أمكن للخصم

(1) المراجعة معتمدة جزائيّا بقضايا الأطفال.
علي كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية 2013، ص. 524 وما بعده.

(2) يراجع التعليق على أبواب التعقيب والتماس إعادة النظر والاعتراض.

الاستفادة من هذه الإجراءات الاستثنائية من الممكن بطبيعة الحال وقف التنفيذ. ولكنّه لا يترتب عن الوسائل المعطلة للتنفيذ تعطيل التنفيذ إلا إذا استعملت وسيلة الطعن في الأجل القانوني. فإذا استأنف الخصم بعد الأجل القانوني، 20 يوما من تاريخ الإعلام بالحكم، فلا شيء يمنع من التنفيذ حتى ولو قدّم ما يفيد الاستئناف. وذلك هو مضمون الفصل 285 م.م.م.ت.

الفصل 286 ـ تنفذ بعد التحلية بالصيغة التنفيذية :

1) الأحكام التي أحرزت على قوة اتصال القضاء وهي التي لم تكن أو لم تعد قابلة للطعن بإحدى الوسائل المعطلة للتنفيذ،

2) الأحكام التي أذن بتنفيذها الوقتي ولو لم تحرز على قوة اتصال القضاء.

التعليق على الفصل 286

نصّ الفصل 286م.م.م.ت. على أنّ الحكم ينفّذ إذا أذنت المحكمة بتنفيذه ولو مع استعمال طريقة من طرق الطعن المعطّلة للتنفيذ أو إذا أحرز الحكم على قوة اتصال القضاء. ولكنّ الفصل لم يشر إلى بقية الحالات الممكنة في التنفيذ، فمن الممكن أن ينصّ المشرع على إمكانية التنفيذ بالرغم من الاستئناف. وتلك هي الحالات الثلاثة التي يكون فيها الحكم قابلا للتنفيذ. ولكن لا ينفذ الحكم بالرغم من أنّه أصبح قابلا للتنفيذ إلا بعد التحلية بالصيغة التنفيذة، وذلك هو الشرط الأوّل في التنفيذ. ولكنّ ألا يجب أن يكون السند القابل للتنفيذ حكما، وهو ما نصّ عليه الفصل 286. وبالتالي فلا بدّ أن يتوفّر الحكم بداية (I) ويحلّى بالصيغة التنفيذية ثانيا (II) ويكون قابلا للتنفيذ ثالثا(III)، وذلك ما أورده مضمون الفصل 286 م.م.م.ت. في بيان الحكم القابل للتنفيذ.

I ـ تعريف الحكم

ليس للأحكام نفس الطبيعة، فمنها ما يجوز الطعن فيه ومنها ما يكون نهائي الدّرجة أو لا رجوع فيه ومنها ما يكون تنازعيا ومنها ما يكون استيفائيا ومنها ما يكون حاسما ومنها ما يكون وقتيا أو تحضيريا أو تمهيديا ومنها ما يكون اتفاقيا ومنها ما يكون عاديا، ومن أجل ذلك يجب التمييز بين الأحكام ابتدائية الدرجة ونهائية الدّرجة من ناحية(أ) وبين الأحكام التنازعية والاستيفائية من ناحية أخرى (ب) وبين الأحكام الحاسمة والوقتية والتحضيرية والتمهيدية من ناحية ثالثة (ت) وبين الأحكام العادية والاتفاقية والمصادقة من ناحية رابعة (ث).

ولا يعتدّ في جميع ذلك بأسباب الحكم motifs بل بمنطوقه dispositif ، فليست الأسباب إلا تبريرا لمنطوق الحكم، إلا إذا كانت أسبابا حاسمة motifs décisifs بمعنى أنها **السند الضروري للمنطوق** أي أن ترتبط الأسباب بالمنطوق «ارتباطا وثيقا لا يقوم المنطوق بدونها[1]» فيجوز حينئذ اعتمادها ما لم يقرر المشرع خلاف ذلك، كما لا يعتدّ بوصف المحكمة للحكم بل يعتدّ بالحقيقة القانونية، فلا يعتدّ بالابتدائي أو النهائي إلا ما كان مطابقا للقواعد القانونية. فلو أنّ المحكمة أخطأت في اعتبار الحكم نهائيا والحال أنّ القانون يجعله ابتدائيا فلا يمنع هذا الوصف إمكانية الاستئناف.

ويلاحظ أنّ مجلة الإجراءات المدنية لم تعتمد وصف الأحكام المدنية بالحضوريّة أو الغيابية خلافا لما ورد بمجلة الإجراءات الجزائية إذ أنّ جميع الأحكام المدنية تعدّ قانونا حضورية ويشترط أن تبلّغ الاستدعاءات طبق القانون لا غير، وتعدّ الإجراءات سليمة ولو بلغت الاستدعاءات طبق الفصل 8 م.م.م.ت. أي لم تبلغ إلى شخص المطلوب. والواضح أنّ صدور الحكم غيابيا في حالة عدم بلوغ الاستدعاء إلى شخص المطلوب وتمكين المطلوب من الاعتراض في الآجال القانونية يضمن الإعلام الشخصي للمطلوب ويحدّ من صور التحيل في التبليغ ولكنّه من جهة أخرى يساهم في تعطيل وطول نشر القضايا[2].

أ ـ الأحكام ابتدائية الدّرجة ونهائية الدرجة والأحكام التي لا رجوع فيها

الحكم الابتدائي هو الحكم الذي يصدر عن المحكمة الابتدائية ويكون قابلا للطعن فيه بواسطة طرق الطعن العادية وبالتالي لا يمكن تنفيذه، أما الحكم نهائي الدرجة أو الانتهائي هو الحكم الذي يصدر عن محكمة الاستئناف ويكون قابلا للطعن فيه بواسطة طرق الطعن غير العادية ولكنه من الممكن تنفيذه. أما الأحكام التي لا رجوع فيها فهي الأحكام الباتة التي لا تقبل الطعن بواسطة طرق الطعن العادية وغير العادية وتكون نافذة بطبيعتها.

وعادة ما يقع الخلط بين الأحكام نهائية الدّرجة ويقال لها «انتهائيّة» والأحكام النهائية، فإذا كانت الأحكام نهائية الدرجة en dernier ressort تفيد أن الحكم صدر عن دائرة استئنافية بعدما ما وقع الطعن بهذه الطريقة ويجوز بالتالي تنفيذه مع أنّ هذا الحكم يبقى خاضعا لإجراءات الطعن بطرق غير عادية فإنّ الحكم

(1) أحمد أبو الوفاء، الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص. 751، عدد 561.

(2) تعتمد عدة قوانين الطبيعة الغيابية للأحكام المدنية مثل القانون المصري والقانون الفرنسي وقد فكر المشرع في فترة معينة اعتماد هذا الاتجاه لكنه لم يعتمد إلى حدّ هذا التاريخ.

النهائي définitif كما سيأتي هو الحكم الحاسم أو القطعي للنزاع بمعنى الحكم الذي يبتّ في أصل النزاع سواء كان طلبا أو دفعا[1]، وهو ما يتجاوز مستوى تحقيق الدّعوى، فالإجراء المعتمد لتحقيق الدّعوى مثل الإذن بتكليف خبير ليس قرارا نهائيا على خلاف القرار الذي يبت قانونا في أصل النزاع فهو قرارا نهائيا. ومن آثاره أنه يتصل به القضاء ويرفع يد القاضي عنه. ولا يعني ذلك أن الحكم الحاسم أو النهائي لا يجوز الطعن فيه بل من الممكن ذلك إذا لم تنقض آجال الطعن. ولكنّ صفة النهائية أو الحسم لا ترتبط ضرورة بالطلبات بل تشمل الدّفوعات كما لا ترتبط بالطلب الأصلي بل تشمل الطلب العرضي أو الإضافي ولا تشمل الدّفع الموضوعي فقط بل يدخل في ذلك الدفع الشكلي والدّفع بعدم القبول.

ومع ذلك فإن مجلّة الإجراءات المدنية التونسية لم تكن واضحة بالدرجة الكافية في التمييز بين الأحكام النهائية أو الحاسمة والأحكام نهائية الدرجة، بل إنها كانت غامضة في أكثر من صورة[2].

وأكثر من ذلك أنّ مجلة الالتزامات والعقود كانت غامضة في باب القرائن القانونية المتعلقة بمفهوم اتصال القضاء، فكثيرا ما يقع الخلط بين مبدأ اتصال القضاء أو حجية الأمر المقضي به (L'autorité de la chose jugée) وقوة اتصال القضاء أو قوّة الأمر المقضي به (La force de la chose jugée). فلم تعتمد مجلة الالتزامات المصطلحات القانونية الدّقيقة في التمييز بين تلك المفاهيم، إذ اعتمدت مفهوم الحكم الذي لا رجوع فيه للدّلالة على مفهوم حجية الشيء المقضي به L'autorité de la chose jugée وقوة الأمر المقضي به La force de la chose jugée[3]. والمتّفق عليه فقها وقضاء أنّ الحكم يتصل به القضاء أو يكتسب حجية الأمر المقضي به منذ صدوره ابتدائيا بصرف النظر عن إجراءات التنفيذ. ويصبح الحكم عبارة عن قرينة قانونية تغني صاحب الحق عن

(1) كثيرا ما تترجم كلمة définitif إلى عبارة حكم نهائي والأفضل بل الأدق أن تعتمد عبارة الحكم الحاسم. وقد أدى ذلك إلى الخلط بين المفاهيم سواء بمجلة الإجراءات أو مجلة الالتزامات.

(2) نصّ الفصل 156 م.م.م.ت. في باب التماس إعادة النظر على "الحكم النهائي" ترجمة للنص الفرنسي الذي نص على : les jugements rendus en dernier ressort، وقد ذهب التطبيق على أنّ المقصود بالنهائية بالفصل 156 م.م.م.ت هي الأحكام التي لا تقبل الطعن بالطرق العادية وغير العادية.

(3) الفصول 481 إلى 484 م.ا.ع.
يراجع التعليق على هذه الفصول من طرفنا، ويراجع كذلك الصيغة الفرنسية لهذه الفصول.

أيّة بيّنة أخرى (الفصل 485 م.ا.ع)، أساسها أنّ الحكم صدر على سند صحيح يعفى من إعادة نشر القضيّة حتى لا يبقى النزاع منشورا إلى الأبد. فالدفع باتصال القضاء هو تمسّك بقرينة قانونية لا تقبل الدليل المعاكس وبالتالي فهو تمسك بعنصر إثبات حسب ما نصّ المشرّع على ذلك صراحة صلب الفصل 490 م.ا.ع. لكن الحقيقة تفيد أنّ الدفع باتّصال القضاء هو دفع بقاعدة موضوعية تمنع إعادة نشر النزاع المقطوع قضاء بين نفس الخصوم وفي ذات السبب والموضوع، سنّها المشرّع لغاية حسن سير العدالة. لكنّه كثيرا ما يقع الخلط بين القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية. أما إذا أصبح الحكم نهائيا (définitif) والمقصود بذلك نهائي الدرجة أي لا يمكن الطعن فيه إلاّ بالوسائل غير العادية يحرز الحكم على قوّة اتصال القضاء أو قوة الأمر المقضي به. وإذا استنفذت طرق الطعن العادية وغير العادية أصبح الحكم لا رجوع فيه (irrévocable).

ب ـ الأحكام التنازعية والاستيفائية

الأحكام التنازعية contentieuses هي التي تحسم نزاعا بين الطرفين بالمفهوم القانوني لعبارة النزاع بمعنى أن ينهض من جانب ادعاء ودفع من الجانب الآخر حول موضوع محدّد، فتقع المواجهة بين الطرفين. وتعدّ هذه الأحكام هي المعنيّة باتصال القضاء. أما الأحكام الاستيفائية gracieuses فهي إجابة القاضي على الطلب بعد تقديم الوثائق المطلوبة دون أن يتوفر النزاع مثل أن يأذن القاضي بتكليف خبير ودون أن تقع المواجهة بين الطرفين. ومن خصائصها أنها لا يتصل بها القضاء.

ت ـ الأحكام الحاسمة أو القطعيّة والوقتية والتحضيرية والتمهيدية

الحكم النهائي définitif كما تقدّم هو الحكم الحاسم أو القاطع للنزاع بمعنى الحكم الذي يبتّ في أصل النزاع سواء كان طلبا أو دفعا[1]، وهو ما يتجاوز مستوى تحقيق الدّعوى، فالإجراء المعتمد لتحقيق الدّعوى مثل الإذن بتكليف خبير أو سماع شاهد ليس قرارا نهائيا على خلاف القرار الذي يبت قانونا في أصل النزاع فهو قرارا نهائيا. ومن آثاره أنه يتصل به القضاء ويرفع يد القاضي عنه. ولا يعني ذلك أن الحكم الحاسم أو القطعي أو النهائي لا يجوز الطعن فيه بل من

(1) كثيرا ما تترجم كلمة définitif إلى عبارة حكم نهائي والأفضل بل الأدق أن تعتمد عبارة الحكم الحاسم. وقد أدى ذلك إلى الخلط بين المفاهيم سواء بمجلة الإجراءات أو مجلة الالتزامات.

الممكن ذلك إذا لم تنقض آجال الطعن. ولكنّ صفة النهائية أو الحسم أو القطع لا ترتبط ضرورة بالطلبات بل تشمل الدّفوعات كما لا ترتبط بالطلب الأصلي بل تشمل الطلب العرضي أو الإضافي ولا تشمل الدّفع الموضوعي فقط بل يدخل في ذلك الدفع الشكلي والدّفع بعدم القبول.

أما الأحكام الوقتية فهي الأحكام التي تعدّ بطبيعتها وقتية مثل الأذون على العرائض والأحكام الاستعجالية فلها نظر وقتي أو عاجل للنزاع فهي لا تحسم أصل النزاع. والقاعدة أنّ هذه الأحكام لا يتصل بها القضاء ولا ترفع يد القاضي[1]، فقط أنّه يشترط بالنسبة إلى القضاء الاستعجالي لإعادة نشر القضية أن تتغيّر الوقائع. وقد جعل المشرع إمكانية الطعن في الأحكام الاستعجالية أمرا ممكنا صراحة[2]، كما أنّ الأذون على المطالب لها طريقة خاصة في الطّعن[3].

وتعدّ أحكام وقتيّة كذلك الأحكام التي تأذن بإجراء وقتي مثل الأحكام الحوزية والأحكام التي تأذن بتعويض وقتي ويمكن أن تصدر هذه الأحكام أثناء نشر القضية الأصلية مثل إسناد الحضانة. ومن طبيعة هذه الأحكام أنها يتصل بها القضاء وقتيا بمعنى أنّه من الممكن إعادة نشرها إذا تغيرت الظروف. والقاعدة أنه يمكن استئناف هذه الأحكام إلا الأحكام التي تصدر أثناء نشر القضية فلا يمكن الطعن فيها إلا مع الأصل.

أما الأحكام التحضيرية فهي القرارات التي تتخذها المحكمة أثناء نشر القضية لتحقيق الدّعوى المدنية، سواء بتكليف خبير أو سماع بينة وما شابه ذلك. والأصل أنّ الحكم التحضيري لا يفصل في جانب من النزاع بل له علاقة بالوقائع والتحقيق فيها. أما الأحكام التمهيدية فهي كذلك أحكام تتخذ أثناء نشر القضية ولكن ما يميزها أنها تظهر اتجاه المحكمة كما أن تكلف المحكمة الخبير بتحديد مقدار التعويض على ضوء البيانات التي سبق مناقشتها من قبل الطرفين، فهو بمثابة الفصل الجزئي في الدّعوى.

(1) يلاحظ أن إجراءات الأمر بالدفع تعدّ فعلا إجراءات استيفائية على معنى الفصول 59 إلى 67 م.م.م.ت. ورغما عن ذلك فإنه في صورة رفض المطلب لا يجوز إعادة طلب الأمر بالدفع من جديد على معنى الفصل 64 م.م.م.ت.

(2) الفصول 201 إلى 212 م.م.م.ت.

(3) الفصول 213 إلى 223 م.م.م.ت.

ويذكر أن القانون الفرنسي كان السبب في ظهور هذا التمييز بين الأحكام التحضيرية والتمهيدية ومنه نقل لعدّة تشاريع[1]، ولو أنّ القانون الفرنسي تجاوز جزئيا هذا التمييز بعد اعتماد مجلة الإجراءات المدنية الحديثة، وأصبحت هذه الأحكام تعرف بالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع les jugements avant dire droit [2] وهي تهدف عملا بأحكام الفصل 482 من مجلة الإجراءات الفرنسية الحديثة إما لتحقيق الدعوى المدنية مثل استدعاء شاهد أو تكليف خبير أو اتخاذ قرارات وقتيّة لحماية حق المتقاضين من جراء طول نشر القضية. وما يميز الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع أنه يتصل بها القضاء إذا كانت **حاسمة** وبتّت في مسائل كانت محلّ جدل بين الطرفين فلا يمكن أن يتراجع عنها القاضي ولكنها لا ترفع يد القاضي عن النزاع ولا يجوز الطعن فيها مباشرة على خلاف الأحكام المتعلقة بالتحقيق فلا يتصل بها القضاء مع أنها لا ترفع يد القاضي ولا يجوز الطعن فيها مباشرة. وتبقى الصعوبة منحصرة حول التمييز بين الأحكام الحاسمة أو القطعية والأحكام غير الحاسمة وهو التمييز التقليدي بين الأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية. ولكنّ المجلة الحديثة تجاوزت هذه المفاهيم التقليدية واعتمدت مفهوم الأحكام المختلطة mixte، إلى جانب مفهوم الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع على ما تقدم من شرح، وتعرّف الأحكام المختلطة بأنها تحسم جزءً من الطلبات الأصلية وتكون في نفس الوقت أحكاما صادرة قبل الفصل في الموضوع مثل أن تقرر المحكمة مسؤولية المطلوب وتعين من يقدّر قيمة الضرر، فتقرير المسؤولية فصل لجزء من النزاع وتعيين خبير حكم قبل الفصل في الموضوع. وتعدّ الأحكام المختلطة متجاوزة لمعنى الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لأنه لا يكتفي بمسائل تحقيق الدّعوى أو بتقرير أحكام وقتية. وحكمها أنها يتصل بها القضاء وترفع يد القاضي ويجوز الطعن فيها مباشرة قبل الحكم في كامل القضية. وإذا كان الطعن في القرارات التحقيقية والوقتية غير جائز فإنّ قبول الطعن في الأحكام المختلطة يمكن أن ينتهي بنقض جملة هذه المسائل إذا كانت مرتبطة بالحكم المختلط. وهكذا تطور المشرع، فتخلى عن التمييز بين الأحكام التحضيرية والتمهيدية

(1) مثل القانون المصري، أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، عدد 558.

(2) Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, op.cit.,p. 895, n° 1203 et suiv.

واعتمد التمييز بين الأحكام الصادرة قبل فصل الموضوع والأحكام المختلطة، ورغم وضوح المشرع في التمييز بينهما فإنّ التطبيق أظهر عدّة صعوبات[1].

غير أنّ مجلة الإجراءات التونسية لم تتميز بين الأحكام التحضيرية والتمهيدية ولم تعتمد أي نظام للأحكام الصادرة قبل فصل الموضوع بل إنّ المشرع قرّر بالفصل 41 م.م.م.ت. فقرة ثالثة أنّه « لا يمكن استئناف الأحكام التي تصدر أثناء النشر تحضيرية وتمهيدية وكذلك الأحكام الصادرة بصحة القيام أو الصادرة برفض التمسك بمقتضيات الفصول 13 و14 و15 و18 إلا مع الحكم الصادر في الأصل»، فلا يمكن بالتالي استئناف الأحكام الصادرة قبل الحكم في الأصل مباشرة بعد صدورها ويجوز الطعن فيها بعد صدور الحكم في الأصل مع الحكم الأصلي. ولا نجد استثناء بالمجلة إلا ما قرّره المشرع بالفصل 240 م.م.م.ت. من أنّ « الحكم الصادر بتعطيل النظر أو بعدم تعطيله «وذلك بسبب القيام بدعوى الزور الجنائي» قابل للاستئناف».

والواضح أنّ هذا الاتجاه يضمن وضوح الإجراءات وسرعتها إذ أنّ تقرير الطعن في الأحكام الفرعية بمجرد صدورها ودون انتظار صدور الحكم في الأصل من شأنه أن يعطّل السريان العادي للقضية ويساهم بطريقة مؤكدة في تعقيد المسار العادي للإجراءات.

ولكن مع ذلك لا يمكن أن نرفع عن الأحكام التمهيدية أو التحضيرية أي أثر، فكلّما بتّت المحكمة في عناصر قانونية بطريقة حاسمة لا يصحّ الرجوع عنها كما أن تقرر تكليف خبير لتقدير قيمة الضرر وجعل المطلوب متحملا لكامل المسؤولية وغير ذلك من الصور، فالأكيد أنّ القضاء اتصل بهذه العناصر ولا يصحّ بعد ذلك التراجع عما تقرّر ويمكن أن يكون ذلك سببا في الطعن بعد صدور الحكم في الأصل.

ومن أجل ذلك وبعد أنّ نصّ الفصل 482 م.ا.ع. في آخره على أنّ القرارات والأحكام الوقتية أو التحضيرية التي تصدر أثناء نشر القضية لا تعتبر من الأحكام التي لا رجوع فيها أي لا يتصل بها القضاء أورد في نهاية الفصل أنّ القرارات والأحكام الوقتية أو التحضيرية التي تصدر أثناء نشر القضية لا يتصل بها القضاء بشرط أن لا **تتضمن شيئا من الحكم في أصل الحقوق المتنازع فيها**، بمعنى أنّها إذا كانت حاسمة أي بتت في أصل الحقوق على ما تقدّم من شرح فيتصل بها القضاء.

(1) Jean Vincent, S.Guinchard ; op. cit. n° 1212 et suiv.

ث ـ الأحكام العادية والأحكام الاتفاقية وأحكام المصادقة

الحكم العادي هو الحكم الذي يكون نتيجة اجتهاد القاضي بعد تقديم الطرفين للمستندات ومناقشتها طبق القانون، أما حكم التصديق فهو الحكم الذي يصادق على الصلح الواقع بين الطرفين لا غير، فيحسم النزاع صلحا وليس قضاءً[1]. وحكم التصديق هذا ويسمى بالفرنسية jugement d'homologation يجب تمييزه عن الحكم الاتفاقي jugement convenu , d'expédient وصورة الحكم الاتفاقي هي أن يعمد الخصمان أثناء النظر في الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع فيصدر الحكم متضمنا لما اتفق عليه الطرفان من حيث موضوعه كما إذا نشر أحدهما قضية يطالب بإلزام الطرف الآخر بدفع مبلغ معين فإن تصالح الطرفان بعد تعديل المبلغ وصدر الحكم بإلزام الطرف الآخر بدفع المبلغ المتفق عليه يكون الحكم قد صدر اتفاقا أي أنّ أساسه هو الصلح دون أن تحرر بنوده من حيث الشكل ويعتبر الحكم الاتفاقي حكما قضائيا يخضع للإجراءات العادية المعتمدة في باب الطعن في الأحكام وتفسيرها وتنفيذها والسبب في ذلك أنّ المحكمة لم تكتف بإمضاء الصلح بل ألزمت أحدهما بمضمون محدّد وإن كان منطلقه هو رضاء الطرفين، فحكم التصديق هو مجرد إمضاء وتوثيق لبنود الصلح والحكم الاتفاقي هو الإلزام بحكم قضائي.

II ـ التحلية بالصيغة التنفيذية

لا ينفذّ الحكم الذي أحرز على قوة اتصال القضاء أو أصبح قابلا للتنفيذ قضاءً أو قانونا إلا بعد التحلية بالصيغة التنفيذية، بمعنى أن يتسلّم المحكوم له نسخة تنفيذية وتتضمن هذه النسخة بطالعها بيانات ضرورية كما يأتي : الجمهورية التونسية، باسم الشعب التونسي أصدرت محكمة كذا الحكم الآتي نصه. ويجب أن يذكر بآخرها ما يأتي : «وبناء على ذلك فإن رئيس الجمهورية التونسي يأمر ويأذن سائر العدول المنفذين بأن ينفذوا هذا القرار أو الحكم إن طلب منهم ذلك والوكلاء العامين ووكلاء الجمهورية بأن يساعدوا على ذلك، وسائر آمري وضباط القوة العامة بالإعانة على تحقيق تنفيذه عندما يطلب منهم ذلك بصفة قانونية. وبموجب ذلك أمضي هذا القرار أو الحكم[2]». فهذه النسخة المحلاة

(1) يراجع انتهاء الخصومة بموجب الصلح.

(2) يراجع التعليق على الفصل 253 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).

بالصيغة التنفيذية هي القابلة للتنفيذ بعد إحراز الحكم على قوة اتصال القضاء أو أنها أصبحت قابلة للتنفيذ قضاءً أو قانونا.

III ـ الحكم القابل للتنفيذ

يكون الحكم قابلا للتنفيذ إذا أذنت المحكمة بذلك أو سمح القانون بذلك أو إذا أحرز الحكم على قوة اتصال القضاء.

+**الإذن القضائي بالتنفيذ الوقتي**: من الممكن أن تأذن المحكمة الابتدائية وقد تكون محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية بالتنفيذ الوقتي لأحكامها وبدون التفات للاستئناف وقد تشترط المحكمة تقديم ضمان أو بدونه كما أن تشترط تأمين مبلغ معين يكون كاف لتغطية قيمة التنفيذ. وقد يكون الإذن بالتنفيذ الوقتي وجوبيا بالنسبة إلى المحكمة في بعض الصور فلا تملك المحكمة ردّ الطّلب فيه وقد يكون اختياريا في أخرى فيبقى التقدير للمحكمة في قبوله أو ردّه.

ويشترط في الحالتين أن يكون الإذن مسبوقا **بطلب من أحد الطرفين** فلا تملك المحكمة الإذن بالتنفيذ الوقتي في غياب الطلب والقاعدة أنّ النزاع المدني تحكمه طلبات الأطراف. ولكنه إذا تمّ تقديم الطلب فلا بدّ للمحكمة أن تفصل فيه. وأكثر من ذلك فإذا طلب المحكوم له من المحكمة الابتدائية الإذن بالتنفيذ الوقتي في الصور الحتمية أو الوجوبية وأغفلت المحكمة طلبه فله طلب ذلك من رئيس المحكمة الاستئنافية[1]. ولا يصدر الإذن بالتنفيذ في هذه الصورة إلا بعد سماع المرافعة بجلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت. وعلى الطالب أن يستدعي خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وإن لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه. والإذن الصادر بالتنفيذ الوقتي في هذه الصورة غير قابل للطعن ولو بطريق التعقيب[2].

وجوبيا يتحتم على المحكمة أن تأذن بالتنفيذ الوقتي إذا طلب منها في حالات حدّدها المشرع على وجه الحصر وذلك في صورة إذا استند النزاع إلى كتب رسمي أو خطي غير مطعون في الإمضاء عليه أو إلى اعتراف أو وعد معترف به أو إلى قضاء سابق صيره مما اتصل به القضاء بمعنى صدور حكم سابق بين الطرفين ليس في نفس الموضوع وإنما لإثبات ما يستند إليه النزاع[3].

(1) الفصل 127 م.م.م.ت.
(2) الفصل 146 م.م.م.ت.
(3) الفصل 125 م.م.م.ت.

اختياريا يمكن للمحكمة أن تأذن بالتنفيذ مؤقتا بضمان أو بدونه، إذا طلب منها ذلك، إذا كان الموضوع متعلقا بإصلاحات متأكدة أو توقيف ضرر أو إذا كان النزاع بين خادم ومخدوم أو فلاح وخماس أو مستأجرين فيما يخص عملهم أو خدمتهم وذلك إذا تولد الخلاف مدة الخدمة أو العمل أو التعليم أو إذا كان النزاع بين المسافرين وأصحاب الفنادق ووسائل النقل أو إذا كان الحكم يتعلق بالتصفيق للكراء أو تعيين مؤتمن أو كانت للحكم صبغة معاشية أو إذا كان الحكم صادرا بأداء أجرة حضانة أو رضاع أو بتسليم الصغير لأمه. أو إذا كان الحكم قاضيا بمنح الطالب تسبقة عن تعويض ضرر لم يقدر بعد وبشرط أن يكون الضرر ناشئا عن جنحة أو ما ينزل منزلتها ثبتت مسؤوليتها على المحكوم عليه وكذلك في كل الصور المحفوفة بالتأكد الكلي.

ولكنّه يمكن بصفة استثنائية لرئيس المحكمة المرفوع لديها الاستئناف أن يأذن استعجاليا بعد سماع الطرفين بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمدة شهر واحد إذا تبين له أن إكساء الحكم النفاذ المعجل كان خرقا للحالات الوجوبية أو الاختيارية في الإذن. ويتعين أن يقضي في الموضوع في غضون الشهر والقرار الصادر بوقف التنفيذ غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن[1].

+**الإذن القانوني بالتنفيذ الوقتي**: تنصّ القوانين صراحة في بعض الصور على أنّ حكم البداية ينفذ رغما عن كلّ استئناف، كما هي الصورة بالنسبة إلى أحكام التفليس إلى حدّ اليوم والأحكام الصادرة في إنقاذ المؤسسات طبق قانون 1995 كما هو منقح سنة 1999 وسنة 2003 إلى حدّ تنقيح 1999 والأحكام المتعلقة بالنفقة والصادرة عن قاضي الناحية على معنى الفصل 39 م.م.م.ت. وكما هي الصورة بالنسبة إلى القضاء الاستعجالي حيث نصّ الفصل 207 م.م.م.ت. على أنّه «يقع تنفيذ الأذون الاستعجالية بعد أربع وعشرين ساعة من تاريخ وقوع الإعلام بها ما لم يأذن بخلاف ذلك الحاكم الذي له الحق في منح آجال على وجه الفضل. والتنفيذ يقع بدون ضمان إلا إذا أذن الحاكم بوجوب تقديم ضمان. وفي صورة شديد التأكد يمكن للحاكم أن يأذن بالتنفيذ طبقا لمسودة الحكم قبل تسجيله كما له أن يأذن بالتنفيذ بدون سابقية إعلام». وبالتالي ينفذ القرار الاستعجالي مباشرة بعد الإعلام به في ظرف 24 ساعة مع مراعاة إمكانية أن يقع التنفيذ دون إعلام وعلى المسودة إذا أذن القاضي بذلك. كما أنّ الأذون على المطالب تنفذ عملا بأحكام الفصل 220 م.م.م.ت. حالا من طرف العدول

(1) الفصل 126 م.م.م.ت.(نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986).

المنفذين بمجرد الإدلاء بها من طرف من يهمه الأمر. في حين أنّ الأوامر بالدفع على معنى الفصول 59 إلى 67 م.م.م.ت. يقع إعلام المطلوب بها وتنفيذها وفق الأحكام المقررة بوسائل التنفيذ المنصوص عليها بالفصل 285 وما بعده أي أن الاستئناف يعطل التنفيذ.

وفي جميع صور التنفيذ الوقتي يبقى التنفيذ معرضا لعدّة مخاطر حيث من الممكن أن تقرر محكمة الاستئناف نقض حكم البداية وبالتالي نقض أساس التنفيذ الوقتي، ومن المفروض أن تعاد الحالة إلى صورة ما كانت عليه قبل التنفيذ حتى ولو لم تنص محكمة الاستئناف على ذلك، ومع ذلك فقد نص الفصل 150 م.م.م.ت[1]. صراحة على أنّه «إذا وقع نقض أو تعديل حكم مشمول بالنفاذ المعجل أو كان الحكم المنقوض أو المعدل صادرا باستجابة لطلب استعجالي وجب أن ينص حكم النقض أو التعديل على ترجيع ما دفعه أو سلمه المستأنف بموجب تنفيذ الحكم المنقوض أو المعدل أو إعادة الحالة لسالف وضعها كل ذلك في حدود ما وقع نقضه أو تعديله. وعلى المحكمة تدارك ما وقع من سهو عن الترجيع أو الإعادة من تلقاء نفسها». فلها أن تنص على ضرورة إعادة الحالة بنص الحكم وحتى في صورة السهو من الممكن إصلاح الحكم، ولكنّ هذا القرار المتزامن مع صدور الحكم أو بعده يتوقف على شرط ثبوت التنفيذ الوقتي، فإذا لم يثبت أو كان محلّ نزاع بين الطرفين فإنه يتعين عدم الإشارة إلى إرجاع الحالة ولا يقبل مطلب رفع السهو في ذلك.

+**إحراز الحكم على قوة اتصال القضاء**: تجاوزا للأذون القانونية والقضائية ينفذ الحكم إذا أحرز على قوة اتصال القضاء وهو الحكم الذي لم يعد قابلا للطعن فيه بإحدى الوسائل المعطلة للتنفيذ، والاستئناف هو المعطل للتنفيذ وهو من الطرق العادية في الطعن[2]. ويحرز الحكم على قوته ويصبح قابلا للتنفيذ إذا كان نهائيا سواء كان صادرا عن محكمة ابتدائية في الصور التي نصّ عليها المشرع أو عن محكمة استئناف أو صدر ابتدائيا وسبق الإعلام به وفوت المطلوب الطعن في الآجال القانونية[3].

(1) نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986.

(2) الفصل 286 م.م.م.ت.

(3) يجب التمييز بعناية بين اتصال القضاء وقوة اتصال القضاء والأحكام التي لا رجوع فيها واعتبار الحكم وسيلة إثبات:
أوردت الفصول 480، 481، 482،484 و485 م.ا.ع. النّظام القانوني لحجية الشيء المقضي به أو مبدأ اتصال القضاء باعتباره قرينة قانونية لا تقبل الحجة المضادة على معنى

الفصل 485 م.ا.ع، فإذا قامت قرينة قانونية بصحة دعوى أغنيت صاحبها عن كل بينة أخرى ولا تقبل بيّنة لمعارضة القرينة القانونية، والمعلوم كذلك أن القرينة القانونية تتميز إجمالا عن القرينة البسيطة بحكم قوتها وعدم إمكانية إثبات ما يخالف مضمونها، رغم أن المشرّع في بعض الصور الاستثنائية لم يسند إلى القرينة القانونية قوتها النظرية المذكورة. ورغما عن ذلك يتمسك فقه القضاء والفقهاء على حد السواء بهذا المبدأ لكونه الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها التنظيم القضائي بحيث إن حجية الشيء المحكوم فيه قرينة قانونية لا تقبل الدليل المعاكس، ومؤداها أن الحكم صدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع، والغرض من هذا المبدأ القانوني وضع حد للنزاع حتى لا يتكرر ولا تتناقض الأحكام في الخصومة الواحدة. وهو من الدفوع الجوهرية في عدم القبول الواجب على القاضي تحقيقها حتى لا تتضارب الأحكام في نزاع واحد بين نفس الخصوم والسبب المتحد.

إلاّ أنّ اتصال القضاء لا يحصل إلاّ إذا توفرت الشروط الواردة بالفصل 481 م.ا.ع. وهو أن يكون الحكم قضائيا حكميّا فتستبعد القرارات الولائية، وقطعيا فتستبعد القرارات التمهيدية والتحضيرية والوقتية. ويشترط وحدة الخصوم والموضوع والسبب. على أنّ اتصال القضاء لا يتعلّق إلا بمنطوق الحكم ولا يشمل مستندات الحكم وأسبابه، ولا يمتدّ اتصال القضاء للمستندات والأسباب إلا إذا كانت ضرورية لمنطوق الحكم، فكلّ ما يأتي لتبرير الحكم يدخل في باب الأسباب العرضية التي لا ترتبط بالمنطوق أما الأسباب الجوهرية التي تكمّل المنطوق أي التي تكون جزءا لا غنى عنه فترتبط بالمنطوق ويتصل به القضاء. ويمتدّ اتصال القضاء إلى الورثة وإلى من انجر له حق من الخصوم أي الخلف الخاص فيمكن معارضتهم باتصال القضاء ويعتبرون كالخصوم أنفسهم إلا إذا كان هناك تدليس أو تواطؤ، بمعنى أن يتحصّل الخصم على حكم دون أن يسلك الطرق القانونية المسموح بها، فلا يجوز حينئذ معارضتهم باتصال القضاء، كما لا يجوز للوارث أو الخلف الخاص أن يتمسك باتصال القضاء ضدّ الخصوم إذا تمسك بحقّ خاص به، فلا تقوم الحجية إلا إذا تمسّك بحق خاص بالسلف(الفصل 481 م.ا.ع.).

على أنّه يجب التمييز بعناية بين مبدأ اتصال القضاء أو حجية الأمر المقضي به (L'autorité de la chose jugée) وقوة اتصال القضاء أو قوّة الأمر المقضي به (La force de la chose jugée). فالمتّفق عليه فقها وقضاء أنّ الحكم يتصل به القضاء أو يكتسب حجية الأمر المقضي به منذ صدوره ابتدائيا بصرف النظر عن إجراءات التنفيذ. ويصبح الحكم عبارة عن قرينة قانونية تغني صاحب الحق عن أيّة بيّنة أخرى (الفصل 485 م.ا.ع)، أساسها أنّ الحكم صدر على سند صحيح يعفى من إعادة نشر القضيّة حتى لا يبقى النزاع منشورا إلى الأبد. أما إذا أصبح الحكم نهائيا (définitif) والمقصود بذلك نهائي الدرجة أي لا يمكن الطعن فيه إلاّ بالوسائل غير العادية يحرز الحكم على قوّة اتصال القضاء أو قوة الأمر المقضي به أي يصبح قابلا للتنفيذ. وإذا استنفذت طرق الطعن العادية وغير العادية أصبح الحكم لا رجوع فيه (irrévocable).

وأكثر من ذلك يجب التمييز بين مفهوم اتّصال القضاء ومفهوم قوة الحكم في الإثبات (force probante du jugement) الوارد بالفصل 443 م.ا.ع. فقوّة الحكم في الإثبات تعني أنّ الحكم بما يشتمل عليه من وقائع وأسباب ومنطوق وثيقة رسمية لا تقلّ في قوة

وقد أصبحت الحالات التي يجيز فيها المشرع إمكانية صدور الحكم نهائيا من قبل محكمة البداية نادرة بعد تنقيحات 1986 و1994 حيث أصبحت جميع الأحكام التي تصدر عن المحكمة الابتدائية ومحكمة الناحية ابتدائية باستثناء بعض الصور مثل صورة الفصل 40 م.م.م.ت. من أنّ الأحكام التي تصدر عن المحكمة التجارية طبق مبادئ العدل والإنصاف لا تقبل الاستئناف بل تقبل التعقيب فقط وهو غير معطّل للتنفيذ ومع ذلك لم ينقح الفصل 146 م.م.م.ت الوارد في شأن إصلاح الأحكام النهائية. ولكنّ الأحكام التي تصدر عن المحكمة الشغلية يمكن أن تكون نهائية في بعض الصور حيث نصّ الفصل 216 من المجلة الشغلية كما هو منقح بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994على ما يلي « تنظر دوائر الشغل ابتدائيا في جميع الدعاوى الداخلة في اختصاصها مهما كان مبلغ المطلب غير أنها تنظر نهائيا في الدعاوى المتعلقة بتسليم الوثائق التي يتعين على المؤجر تسليمها لفائدة العامل طبقا للأحكام القانونية أو التعاقدية. وتطبق محاكم الحق العام التي تتعهد بالنزاعات طبقا للفصل 185 من هذه المجلة نفس القواعد المنصوص عليها بهذا الفصل.» كما أنّ بعض الأحكام التي تصدر عن قاضي الناحية في حوادث الشغل والأمراض المهنية يمكن أن تكون نهائية[1].

ولكنّه من الممكن أن تخطئ المحكمة سواء سهوا أو قصدا بمعنى أنّها اعتمدت ذلك الرأي صراحة في وصف الحكم بكونه نهائيا في الحالات التي

الإثبات عن الأوراق الرسمية الأخرى. وهو في هذا المعنى حجة على الكافة لا على الخصوم فحسب. فما دوّنه القاضي من الوقائع على أنّه وقع تحت سمعه أو بصره لا يجوز إثبات عكسه إلاّ عن طريق الطعن بالتزوير. وما دونه رواية عن الغير يعتبر صحيحا إلى أن يثبت عكسه، ويجوز الإثبات هنا بجميع الطرق، لأنّ صاحب الشأن لم يشترك في تحرير الحكم فهو من الغير. لكن التطبيق عادة ما يسيء لحدود قوة الأحكام في الإثبات وقد لا يفصل البعض بين ما دونه القاضي على أنّه حصل أمامه وما حرّره رواية عن الغير. وربما يذهب البعض إلى التفكير بأن القرينة القانونية التي سلّطها المشرّع على الأمر المقضي به حتى لا ينشر النزاع من جديد بين نفس الأطراف تجعل من الحكم دوما حجة رسمية لا تقبل الدحض في جميع الصور. وهو خلط كبير بين حجية الشيء المقضي به وقوة الحكم في الإثبات ساهمت فيه بدرجة كبيرة رداءة تحرير فصول مجلّة الالتزامات والعقود. فالمعلوم أنّ مبادئ اتصال القضاء تهدف أساسا لعدم الوقوع في تضارب الأحكام، ولا يتجاوز أثرها الطرفين في المادة المدنية، أما مبادئ الحجة الرسمية فتبين مدى حجية الرسم في حد ذاته، ويمتدّ أثرها إلى الغير.

(1) يراجع التعليق على الفصل 39 م.م.م.ت.

يمكن أن يكون فيها الحكم ابتدائيا، ومن الممكن أن تخطئ كذلك في اعتباره نهائيا ولو أنّ القانون لا يجيز ذلك.

فإذا تحقّقت الصورة بالإمكان استئنافه بالرغم من وصفه النهائي ويجوز طلب الإذن بتوقيف التنفيذ لدى رئيس محكمة الاستئناف الذي له أن يأذن بتوقيف التنفيذ بعد استدعاء الطرفين طبق القانون وسماعهما بحجرة الشورى طبق الإجراءات الاستعجاليّة. فيقدّم المطلب إلى رئيس محكمة الاستئناف ويعين الجلسة في أقرب يوم ويكلف الطالب باستدعاء الخصم بواسطة عدل تنفيذ ويجب على الطالب أن يستدعي خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وإن لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه. ويوم الجلسة يسمع القاضي طلبات ودفوعات الأطراف ويسمح لهما بالمرافعة ويتخذ القاضي القرار في النّهاية سواء بوقف تنفيذ الحكم أو برفض المطلب. ولا يقبل الإذن الصادر بتوقيف التنفيذ أيّة طريقة من طرق الطّعن ولو بطريق التعقيب[1].

ولكنّه من الممكن للمحكمة أن تخطئ في وصف الحكم بأنه ابتدائيا والحال أنّه مجرد قرار تمهيدي أو تحضيري. فهل يجوز استئنافه وما هو مآل الاستئناف ؟ والرأي أنّ الاستئناف يرفض شكلا وعلى الأطراف الرجوع للمحكمة الابتدائية لطلب مواصلة النظر ولا ينفذ هذا القرار[2].

وعلى كلّ لا يمكن أن يقدّم الحكم للتنفيذ بعد عشرين سنة من تاريخ صدوره حيث «يبطل العمل بالحكم بمضي عشرين سنة مسيحية من تاريخ يوم صدوره[3]»، وهو أجل سقوط لا يقبل الوقف أو الانقطاع، وكان أولى أن يستعمل المشرع عبارة السقوط وليس البطلان إذ أن جزاء الخلل بالآجال هو السقوط. وقد أصبح من الشائع أمام محكمة التعقيب أنّ هذا الحكم نسخ ما ورد بالفصل 394 م.ا.ع. من أنه «لا محلّ لسقوط الدعوى بمرور الزمان في الحقوق الناشئة عن حكم انتهائي».

(1) نصّ الفصل 146 م.م.م.ت. على أنّ « استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها إلا فيما استثناه القانون. غير أنه يجوز لرئيس المحكمة ذات النظر أن يأذن بتوقيف تنفيذ الأحكام «الموصوفة غلطا بكونها» نهائية. ولا يصدر الإذن بتوقيف التنفيذ إلا بعد سماع المرافعة بجلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت».

(2) يراجع التعليق على الفصل 146 م.م.م.ت.

(3) الفصل 257 م.م.م.ت.

الفصل 287 ـ يعلم العدل المنفذ المحكوم عليه بالحكم الذي طلب منه تنفيذه ويضرب له أجلا قدره عشرون يوما بداية من الإعلام للإذعان إلى الحكم وتباشر عمليات التنفيذ عند انتهاء هذا الأجل.

ويمكن للقائم بالتتبع بمجرد الإعلام أن يطلب إجراء عقلة تحفظية على مكاسب المحكوم عليه.

ويحط الأجل المشار إليه بالفقرة الأولى أعلاه إلى أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى تنفيذ القرارات الاستعجالية أو الأحكام الصادرة في القرارات الاستعجالية المستأنفة.

التعليق على الفصل 287

لا ينفّذ الحكم إلاّ بعد إعلام المحكوم ضدّه ولا تباشر أعمال التنفيذ إلاّ بعد فوات فترة الإذعان. وقد ورد الفصل 287 م.م.م.ت. في بيان فرض الإعلام وفترة الإذعان.

الإعلام هو الإجراء الذي يتمثل في تبليغ نسخة من الحكم إلى علم الخصم بواسطة عدل التنفيذ، بمعنى أن ينتقل عدل التنفيذ إلى مقر المبلغ إليه ويعلمه بصدور الحكم ويسلمه نسخة منه. فبالرغم من صدور الحكم بحضور الطرفين وإمكانية إشهاره كما تقدّم فلا يغني ذلك عن واجب الإعلام لأنّه شرط لازم لمباشرة أعمال التنفيذ ولأنّ آجال الطعن لا تبدأ في السريان إلا بتحقيقه، ومتى وقع الإعلام فإن ميعاد الطعن يبتدئ من تاريخه في حقّ المعلم والواقع إعلامه معا[1]، ولا يستثنى من ذلك إلا الصكوك التي أذنت المحكمة بتنفيذها بدون إعلام كما هي الصورة بالنسبة إلى الأحكام الاستعجالية[2]، ولا تحتاج الأذون على العرائض على معنى الفصل 220 م.م.م.ت. سبق الإعلام لتنفيذها بل إنها تنفذ حالا بمجرد تقديمها.

وقد أورد المشرّع الأحكام العامة للإعلام بالفصول 5 إلى 11 م.م.م.ت. وبيّن المشرع من خلالها صفة المبلغ ومضمون محضر التبليغ ولمن يقع الإعلام وشكليات التبليغ وأقرّ حماية جزائيّة لإجراءات التبليغ[3].

(1) الفصل 141 م.م.م.ت.
(2) الفصل 207 م.م.م.ت.
(3) يراجع التعليق على الفصول 5 إلى 11 م.م.م.ت.

ومع ذلك فإنّه من الممكن للقائم بالتتبع بمجرد الإعلام أن يطلب إجراء عقلة تحفظية على مكاسب المحكوم عليه[1]، دون انتظار فوات فترة الإذعان حفظا لحقوق المحكوم لفائدته، حيث إنّ فترة الإذعان مقدّمة لإتمام التنفيذ الجبري سواء بتنفيذ مقتضيات السند مباشرة أو إجراء عقلة تنفيذية، أما أعمال التحفظ فيمكن إجراؤها عموما دون انتظار فوات فترة الإذعان[2].

أمّا أجل الإذعان فهو عشرون يوما عموما وفي القرارات الأحكام الاستعجالية ينزل إلى أربع وعشرين ساعة. فعلى العدل المنفذ أن يعلم المحكوم عليه بالحكم الذي طلب منه تنفيذه ويضرب له أجلا قدره عشرون يوما بداية من الإعلام للإذعان إلى الحكم وتباشر عمليات التنفيذ عند انتهاء هذا الأجل. ويحط أجل العشرين إلى أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى تنفيذ القرارات الاستعجالية أو الأحكام الصادرة في القرارات الاستعجالية المستأنفة[3].

الفصل 287 مكرر (أضيف بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ على العدل المنفذ الإعلام بالحكم في ظرف خمسة أيام من تاريخ تسلمه له من المحكوم له. وعليه أن يباشر أعمال التنفيذ إثر انتهاء أجل الإذعان وفي أجل لا يتجاوز عشر أيام من تاريخ انتهاء الأجل القانوني للإذعان.

وعلى العدل المنفذ الذي قبض أموالا بموجب أي عمل تنفيذي أن يسلمها إلى الدائن المحكوم له في ظرف خمسة عشر يوما على أقصى تقدير، وعند التعذر يودعها باسم الدائن بصندوق الودائع والأمانات في ظرف ستة أيام عمل من انقضاء الأجل، كما عليه إرجاع ما قد يكون قبضه زائدا للمدين بنفس الصيغة وإلا تحمل الفائض القانوني في المادة التجارية وذلك بقطع النظر عن التتبعات التأديبية.

وعلى العدل المنفذ أيضا أن يفتح حسابا جاريا خاصا بأموال حرفائه، ويخضع هذا الحساب إلى مراقبة وكيل الجمهورية.

وفي كل الحالات يجب على العدل المنفذ إعلام الدائن في أجل أقصاه خمسة أيام بنتيجة أعماله.

(1) الفصل 287 م.م.م.ت.
(2) علي كحلون: طرق التنفيذ، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2013، ص. 43 ومابعده.
(3) الفصل 287 م.م.م.ت.

التعليق على الفصل 287 مكرر

أضيف الفصل 287 مكرر بمقتضى القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 في اتّجاه بيان **الآجال** التي تلزم عدل التنفيذ في إتمام الإعلام والتنفيذ وتسليم المتحصل من التنفيذ حيث على العدل المنفذ الإعلام بالحكم في ظرف خمسة أيام من تاريخ تسلمه له من المحكوم له. فلا يجب أن يتجاوز 5 أيام ليتمّم الإعلام ويجب أن يباشر أعمال التنفيذ مباشرة إثر انتهاء أجل الإذعان وفي أقصى الحالات لا يجب أن يتجاوز عشر أيام من تاريخ انتهاء الأجل القانوني للإذعان. ويلزم العدل كذلك بتسليم الأموال التي قبضها بمقتضى التنفيذ إلى المحكوم في ظرف خمسة عشر يوما على أقصى تقدير، وإذا تعذّر عليه التسليم لأي سبب يجب على العدل أن يودع هذه المبالغ باسم الدائن بصندوق الودائع والأمانات في ظرف ستة أيام عمل من انقضاء الأجل، كما عليه إرجاع ما قد يكون قبضه زائدا للمدين بنفس الصيغة وإلا تحمل الفائض القانوني في المادة التجارية وذلك بقطع النظر عن التتبعات التأديبية. وللغرض فرض المشرّع على العدل أن يفتح حسابا جاريا خاصا بأموال حرفائه، ويخضع هذا الحساب إلى مراقبة وكيل الجمهورية. ومهما كانت الصورة وفي كل الحالات يجب على العدل المنفذ إعلام الدائن في أجل أقصاه خمسة أيام بنتيجة أعماله.

والواضح أنّ المشرع أراد أن تكون آجال الإعلام والتنفيذ والتسليم والإعلام بنتيجة التنفيذ واضحة ودقيقة والواضح كذلك أنّ هذه الآجال تعدّ آجالا تنظيمية ينجر عنها وجوبا المسائلة التأديبية في صورة المخالفة.

والحقيقة أنّ ما أضافه الفصل 278 مكرر إنّما هو بعض من التزامات عدل التنفيذ لأنّه الجهة التي أوكل إليها المشرّع مهمّة التنفيذ.

فعادة ما يسند مهمّة إنجاز أعمال التنفيذ إلى هيكل مختصّ، وهياكل التنفيذ متعدّدة حيث عادة ما يخصّص المشرع جهة معينة تباشر التنفيذ تحت مراقبة القضاء كما هي الصورة بالنسبة إلى مأموري المصالح المالية في تتبع استخلاص الديون العمومية [1] أو أعوان الديوانة[2] وأعوان الغابات[3] أو المحامي القائم بالتتبع في العقلة العقارية[4].

(1) الفصل 28 من مجلة المحاسبة.
(2) مجلة الديوانة.
(3) مجلة الغابات.
(4) الفصول 410 وما بعد م.م.م.ت.

ولكنّ التنفيذ بالمادة المدنية والتجارية لا يباشره إلا عدل التنفيذ[1]، وقد

الأحكام التشريعية والترتيبية المتعلقة بمأموري المصالح المالية:
5) أحكام الفصول 71 و 72 و 73 من القانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بقانون المـالية لسنة 2003. في أنشاء خطة مأمور المصالح المالية.
6) قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 يتعلق بضبط شروط ترسيم حاملي بطاقات الجبر ضمن جدول مأموري المصالح المالية.
7) قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 يتعلق بضبط واجبات مأموري المصالح المالية وكيفية أدائهم لمهامهم.
8) قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 يتعلق بضبط تعريفة تأجير مأموري المصالح المالية.
9) قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 يتعلق بضبط جدول مأموري المصالح المالية ودوائر اختصاصهم.

(1) ولكنّ أعمال عدل التنفيذ تبقى خاضعة للمراقبة القضائية سواء من قبل هيئة المحكمة أو من قبل النيابة العمومية. فليس التنفيذ في الحقيقة إلا عملية قانونية تباشر بإذن القضاء وتحت مراقبته. فالدور الهام يبقى للقضاء ولوكيل الجمهورية وللوكيل العام في المراقبة القضائية والإدارية، ويحمل واجب إتمام إجراءات التنفيذ في النهاية على عدل التنفيذ.
فقد حمّلت مجلة الإجراءات المدنية والتجارية وكذلك بعض النصوص الخاصة قاضي الناحية ورئيس المحكمة الابتدائية واجب مراقبة أعمال التنفيذ من الوجهة القضائية. فيخلص لهما كلّ بحسب اختصاصه الإذن بإجراء العقلة التحفظية والعقلة التوقيفية إذا لم يكن بيد القائم بالتتبع سند تنفيذي. وإذا تعرضّ عدل التنفيذ لصعوبة تنفيذية فليس من اختصاص المباشر للتنفيذ حسمها بل لا بدّ من إرجاع الأمر للقاضي المختصّ، وفي ذلك يكمن دور المراقبة القضائية، حيث إنّ جميع الصعوبات دون استثناء يجب أن ترفع إلى القاضي المختص، وقد تتعدّد الصعوبات التنفيذية، فمنها ما يتعلّق بصفة الأطراف ومنها ما يتعلق بملكية الغير للمعقول ومنها ما يتعلق بالمكاسب التي من الممكن أن تعقل وغير ذلك من الصعوبات. وعلى القاضي أن يجد الحلّ المناسب استعجاليا حتى تتواصل إجراءات التنفيذ.
وقد ذهبت بعض التجارب المقارنة إلى تنظيم قضاء مختص في المادة المدنية على غرار قاضي تنفيذ العقوبات في المادة الجزائية. فيخلص لهذا القاضي فقط مراقبة أعمال التنفيذ من الوجهة القضائية وليس له من مهام سوى النظر في الصعوبات التنفيذية وما يرتبط بها من إجراءات، غير أنّ المشرع التونسي ولو أنه نظم قاضي تنفيذ العقوبات في المادة الجزائية فإنه لم ينظم بعد قاضي التنفيذ في المادة المدنية وجعل أعمال التنفيذ تابعة للقاضي الاستعجالي سواء كان قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية.
ويعود عدل التنفيذ إداريا إلى الوكيل العام بمحكمة الاستئناف المنتصب بها، فله أن ينجز بواسطة وكيل الجمهورية ما يشاء من الأعمال الإدارية، ويعود له اقتراح عدد العدول بمرجع النظر أو تسمية عدل تنفيذ أول أو قبول الاستقالة، أو تعيين نائبا لمن توفي أو استحال عليه الممارسة، أو الإذن بانتداب من يساعد العدل من الكتبة المحلفين، ويجب إعلامه بعنوان

خصّصت بعض التشاريع المقارنة هيكلا مختصا في البيوعات بالمزاد العلني[1]، ولكنّ العمل بتونس ذهب في اتّجاه تخصيص عدل التنفيذ بجميع أعمال التنفيذ من بدايتها إلى نهايتها، حيث إنّه عملا بالفصل 5 م.م.م.ت «كلّ .....تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

وعلى ذلك الأساس يرجع إلى عدل التنفيذ الإعلام بالحكم بداية[2] وتنفيذه على عين المكان وإذا منع من التنفيذ يطلب الاستعانة القوة العامة، وإذا ما أمكن

مكاتب العدول وبكلّ تغيير يطرأ عليه وله أن يحرر التقارير المناسبة ويحيلها إلى وزير العدل الذي يعود له تنظيم المهنة.

ويعتبر وكيل الجمهورية هو الممثل للنيابة العمومية على مستوى المحكمة الابتدائية وله من يساعده في مهامه. وبعدّ وكيل الجمهورية، تحت إشراف الوكيل العام بمحكمة الاستئناف المنتصب بها عدل التنفيذ، هو الرّئيس الإداري المباشر لعدل التنفيذ من الوجهة الإدارية بحكم تمثيلة لوزارة العدل على مستوى دائرة المحكمة، حيث «يرجع العدل المنفذ بالنظر إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف وهو تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية بالدائرة التي بها مركز انتصابه»، عملا بأحكام الفصل الثالث من القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 المتعلق بتنظيم مهنة العدول المنفذين. وله بمقتضى هذه الصفة مراقبة عمل عدل التنفيذ من الوجهة الإدارية، فيخلص له العلم بمكان مكتبه أو نقلته وبظروف تنظيمه ومدى مراعاته لقانون المهنة. وتنظم عادة النيابة العمومية زيارات دورية لمكاتب عدول التنفيذ تتفقّد من خلالها وضعية الانتصاب وطريقة نشاط عدل التنفيذ وطريقة مسك الحساب الجاري الخاص بالتنفيذ وتحرّر في ذلك تقارير تحال إلى مجلس التأديب إذا رأى ما يستوجب المؤاخذة التأديبية. كما يلزم عدل التنفيذ بتقديم دفاتره لمراجعتها من قبل وكيل الجمهورية وإمضائها في أوقات معينة. كما يعود له ختم الدفاتر والإذن بإيداعها بكتابة المحكمة في حالة حجز نهائي أو وفاة.

وتتلقى النيابة العمومية كذلك جميع الشكايات الخاصة بخرق عدل التنفيذ لقانون المهنة فيستدعى عادة عدل التنفيذ للجواب عن الشكاية وتباشر الأبحاث الضرورية، فإن كانت الشكاية واهية تحفظ، وإذا جاء بها خلل مهني يحرر في ذلك تقرير ويحال على جهة المؤاخذة التأديبية، وإذا جاء بها ما يستدعي المؤاخذة الجزائية تحال على المحكمة المختصة بعد إنهاء الأبحاث الضرورية وربما يفتح بحث تحقيقي في الغرض.

وباعتبار وكيل الجمهورية ممثلا للحقّ العام، فإنه يعود له الإذن بالقوة العامة إذا استعصى على عدل التنفيذ مواصلة التنفيذ. ويجب للغرض أن يرفع عدل التنفيذ عريضة في الغرض إلى وكيل الجمهورية مرفقة بأصل أوراق التنفيذ وخاصة بما يفيد محاولة التنفيذ. ولا يمتنع وكيل الجمهورية عن الإذن بالقوة العامة إلا إذا كان في التنفيذ ما يعكّر أو يضرّ بالأمن العام.

(1) مثل القانون الجزائري.

(2) يسلم النظير إلى المعني بالأمر أو من ينوبه، فإذا رفض من ينوبه أو لم يجده يودع النظير بمحكمة الناحية ومركز الأمن ويعلم المعني برسالة مضمونة الوصول على معنى الفصل 8 م.م.م.ت، وإذا كان المقصود بالإعلام خارج البلاد وكان معلوم المقر يوجه الإعلام بالخارج صحبة رسالة مضمونة الوصول على معنى الفصل 9 م.م.م.ت وإذا أصبح مجهول المقر يعلق

التنفيذ المباشر نهاية يجوز له عقلة مال المدين عقلة منقولات أو عقلة عقارية وتباشر إجراءات عقلة المنقولات من قبله إلى أن يقع البيع بالمزاد العلني على خلاف العقلة العقارية التي يباشرها المحامي القائم بالتتبع بعدما يحرّر عدل التنفيذ محضر العقلة. ويجوز لعدل التنفيذ أن يجري بالمثل العقل التحفظية لحفظ المال في انتظار أن تباشر إجراءات العقلة التنفيذية نهاية.

ولعدل التنفيذ صفة المأمور العمومي وهو مساعد للقضاء يخضع في ممارسة لمهنته للقانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 المتعلق بتنظيم مهنة العدول المنفذين[1]. ولذلك فهو يعمل تحت إشراف وزارة العدل والوكيل العام ووكيل الجمهورية. حيث يعود لوزير العدل تنظيم المهنة ويعود لكلّ من الوكيل العام ووكيل الجمهورية المراقبة الإدارية الفعلية[2].

وتمثّل الهيئة الوطنية لعدول التنفيذ جميع العدول المنفّذين بالجمهورية، فبالإضافة ما للهيئة من دور في إبداء الرأي في العديد من المسائل، في إسناد الصفة الشرفية أو ترقية العدل إلى رتبة عدل أول أو رفع العزل، فلها وحدها تمثيل العدول، حيث إنّ غرف العدول المنفذين والهيئة الوطنية هي التي تمثل جملة العدول في الجمهورية، وقد أحدثت غرفة للعدول المنفذين بمركز كل محكمة استئناف تضم وجوبا جميع العدول المنفذين ويمكن لهذه الغرف أن تنتظم في هيئة وطنية للعدول المنفذين، وهي منظمة فعلا كذلك. وتتمتع غرف العدول المنفذين بأهلية التقاضي والاكتساب والملكية والتصرف بالنسبة إلى اشتراكات أعضائها أو المبالغ التي استخلصت بواسطتها و المحلات المعدة لإدارتها واجتماع أعضائها والأثاث اللازم لها و العقارات اللازمة للقيام بمهامها . وعلى العدول المنفذين المباشرين أن يدفعوا كل سنة معلوم اشتراك تعين مقداره الجلسة العامة للغرفة المعنية. وتعمل غرف العدول المنفذين بنظام داخلي يصادق عليه وزير العدل. وتختص غرفة العدول المنفذين بضبط الميزانية و تنظيم الملتقيات

النظير بالمحكمة بآخر مقر وإذا أصبح مجهول المقر مطلقا يعلق بمركز الولاية للمحكمة المتعهّدة على معنى الفصل 10 م.م.م.ت ويسلم النظير إلى المكلف العام بنزاعات الدولة الذي ينوب الدولة باستثناء إدارة الضرائب فينوبها أعوانها ويسلم النظير إلى مقر الشركة أو مقر فرعها المعني على معنى الفصل 11 م.م.م.ت.

(1) ألغيت جميع الأحكام السابقة المخالفة لهذا القانون وخاصة الأمر المؤرخ في 24 جوان 1957 المتعلق بإعادة تنظيم خطة العدالة وإحداث هيئة عدول منفذين وكتبة لهم محلفين.

(2) تتميز مهنة عدل التنفيذ بصبغتها الرسميّة فهو مأمور عمومي، مثل عدل الإشهاد، على خلاف بعض المهن الأخرى مثل المحاماة والخبراء.

العلمية والمهنية ومحاضرات الرسكلة وتمثيل العدول المنفذين في المؤتمرات الدولية بعد موافقة الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف المختص ويختص رئيس الغرفة بتمثيل العدول المنفذين لدى السلط.

وقد حدّد قانون المهنة شروط الترسيم بجدول عدول التنفيذ ومهامه وحقوقه وواجباته وإجراءات تأديبه.

ـ شروط الترسيم بجدول عدول التنفيذ: يضبط عدد العدول المنفذين بكل دائرة من دوائر محاكم الاستئناف بأمر يتخذ بناء على اقتراح من وزير العدل. ولا يمكن لعدل التنفيذ أن يباشر المهنة إلا بعد ترسيمه بجدول عدول التنفيذ. ويضبط هذا الجدول بقرار من وزير العدل. ولا يمكن للمترشح أن يدرج اسمه بهذا الجدول إلا بعد أن يجتاز المناظرة بنجاح[1] وينهي فترة تدريب ينظمها المعهد الأعلى للقضاء مدتها ستة أشهر، تختم بشهادة تأهيل للمهنة. ويتّخذ وزير العدل نهاية قرارا في الترسيم بالجدول وفي تحديد مكان انتصاب العدل. ويضبط بقرار من وزير العدل نظام المناظرة ونظام التدريب وشروط منح شهادة التأهيل.

على أنّه من الممكن أن يرسم بدون شرط السن وبدون مناظرة وتدريب بجدول العدول المنفذين القضاة والمحامون المرسّمون بالجدول الأصلي، كما يمكن أن يرسم بدون شرط السن وبدون مناظرة الأعوان العموميون المحرزون على الأستاذية في العلوم القانونية الذين مارسوا لاحقا نشاطا قانونيا أساسيا لمدة لا تقل عن عشرة أعوام.

ويؤدي العدل المنفذ قبل أن يباشر مهامه أمام محكمة الاستئناف التي بها مركز انتصابه اليمين التالية» أقسم بالله العظيم أن أباشر مهامي بإخلاص ونزاهة وأن أحافظ على شرف المهنة وعلى السر المهني.» ويودع العدل المنفذ قبل أن يباشر مهامه بوزارة العدل إمضاءه على ورقة مقابل وصل في ذلك يقيد عدده بأسفل

(1) يجب أن تتوفر في المترشح لمناظرة الترسيم بهذا الجدول الشروط التالية: أن يكون من ذوي الجنسية التونسية منذ خمسة أعوام على الأقل. أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ونقي السوابق العدلية. أن يكون محرزا على شهادة الأستاذية في العلوم القانونية من إحدى كليات الحقوق أو شهادة أجنبية معادلة لها. أن لا تتجاوز سنه خمسين سنة. أن يكون قد سوى وضعيته تجاه الخدمة الوطنية.
وقد أعفى القانون بصفة استثنائية ولمدة 3 سنوات من تاريخ صدور هذا القانون وبمقتضى قرار صادر عن وزير العدل المترشحين لمناظرة الترسيم بجدول العدول المنفذين من الأستاذية في العلوم القانونية بشرط أن يكونوا قد اجتازوا بنجاح امتحان السنة الثانية في العلوم القانونية في إحدى كليات الحقوق أو تحصلوا على شهادة أجنبية معادلة لها.

إمضائه. وعلى العدل المنفذ الواقع تسميته إتمام الإجراءات اللازمة لمباشرة مهامه في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إعلامه بالترسيم بالجدول وإلا اعتبر متخليا ويشطب على اسمه بقرار من وزير العدل بعد إنذاره بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ وانقضاء أجل عشرة أيام دون إتمام الإجراءات المذكورة.

ويمكن أن تمنح بقرار من وزير العدل صفة عدل منفذ أول للعدل المنفذ الذي له أقدمية لا تقل عن عشر سنوات عمل فعلي وذلك بناء على اقتراح من الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الراجع له بالنظر بعد أخذ رأي الهيئة الوطنية للعدول المنفذين.

وبذلك فإنّ كلّ عدل مرسّم بالجدول ومباشر لعمله يعدّ عدلا مباشرا لمهامه، أي في وضعية المباشرة. غير أنّه من الممكن أن يكون العدل في وضعية عدم المباشرة. ولو أنه سبق ترسيمه، وذلك إذا اتخذ في شأنه إجراء تأديبي أو بسبب عجز بدني[1] أو إذا طلب العدل إحالته على عدم المباشرة بشرط أن لا تتجاوز المدة خمس سنوات. ويفرض في هذه الصورة الأخيرة على العدل المنفذ أن يدلي كل سنة بالوثائق اللازمة لإثبات نوع أشغاله وبجميع عناصر الإرشاد التي تسمح لوزير العدل تقدير إمكانية إبقائه في هذه الوضعية وإلا اعتبر مستقيلا.

وعند انتهاء وضعية عدم المباشرة يرجع العدل المنفذ إلى خطته بمكان انتصابه الأصلي إذا ما حصل شغور. وإذا كان وجوده في تلك الوضعية بسبب عجز بدني أو بسبب سبق تعيينه لمهمة عمومية فيتمتع بالأسبقية على غيره للرجوع بمكان انتصابه الأصلي.

ويبقى الحق للعدل المنفذ أن يستقيل من المهنة وتقدم الاستقالة بطلب كتابي إلى وزير العدل. وتعتبر الاستقالة مقبولة بعد ستة أشهر من استلام الطلب ما لم يصدر خلال تلك المدة قرار في قبولها ولا تحول الاستقالة دون التتبعات التأديبية. ويمكن أن تمنح بقرار من وزير العدل الصفة الشرفية لكل عدل منفذ قبلت استقالته أو تمتع بالتقاعد وذلك بناء على اقتراح من الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الراجع له بالنظر بعد أخذ رأي الهيئة الوطنية للعدول المنفذين.

ـ مهام عدل التنفيذ: تتلخّص مهام عدل التنفيذ في تحرير وإبلاغ الاحتجاجات والإنذارات والإعلامات والتنابيه والاستدعاءات وتنفيذ السندات التنفيذية

(1) الصور المنصوص عليها في الفصلين 38 و 39 من قانون المهنة.

القضائية والإدارية وإجراء المعاينات المادية والقيام بالإجراءات في البيوعات المرخص فيها من طرف المحاكم ومباشرة البيوعات الاختيارية المطلوبة منه أو المخول له إتمامها بمقتضى قوانين خاصة أو بمناسبة القيام بأعمال التنفيذ. وبالتالي فإنّ كلّ ما يدخل في التنفيذ، أي تنفيذ الأحكام وإجراء العقل، يدخل في مهام عدل التنفيذ. وله أن يستعين في أعمال التبليغ بكتبة محلّفين للغرض[1].

وبباشر عدل التنفيذ مهامه على مستوى كامل الولاية المنتصب بها لا غير، باستثناء أنّ العدول المنفذين المنتصبين بدوائر المحاكم الابتدائية بتونس أو أريانة أو بن عروس لهم أن يباشروا نشاطهم بكامل تلك الدوائر.

ويحمل العدل المنفذ في مباشرته لنشاطه بطاقة مهنية تسلمها له وزارة العدل يتعين عليه إرجاعها بمجرد انتهاء مباشرته لمهنته ويحمل عند الحضور أمام هيئة قضائية شارة خاصة تضبط بقرار من وزير العدل.

ـ حقوق وواجبات عدل التنفيذ: من حقوق عدل التنفيذ أن يمسك الدفاتر الضرورية وأن يمارس مهنته بكلّ حرية في حدود الضوابط القانونية وأن يتحصّل على أجر.

فيمسك العدل المنفذ في ممارسته لمهنته دفترين مرقمين ومختومين يتسلمهما من وزارة العدل يكون الأول عاما لكل الأعمال والثاني خاصا بالتنفيذ. ويحتوي الدفتر العام على أودية يضمن بها يوما فيوما ودون بياض أو إقحام ومع إتباع أعداد ترتيبية جميع ما يقوم به من أعمال طبق هذا القانون ما عدا أعمال التنفيذ[2]. ويضع

(1) يمكن للعدل المنفذ أن يستعين بكاتب محلف أو أكثر للقيام بأعمال التبليغ المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 13 من هذا القانون. ويجب أن تُمضى هذه الأعمال أولا من طرف العدل المنفذ بالنسخ ويوقع العدل المنفذ على التنصيصات التي يثبتها الكاتب المحلف بالأصل. ويتبع الكتبة المحلفون ترابيا لمكاتب العدول المنفذين الملحقين بها. ويكون العدل المنفذ مسؤولا مدنيا عن المبطلات والخطايا والترجيع والمصاريف والتعويضات المستهدف لها بعمل كاتبه المحلف أثناء مباشرة النيابة عنه. و يؤدي الكتبة المحلفون اليمين طبق أحكام الفصل 9 من قانون المهنة، ويجب أن يكونوا تونسيي الجنسية منذ خمسة أعوام على الأقل ولا يقل سنهم عن عشرين عاما وليس لهم سوابق عدلية من أجل جرائم قصدية و لا يقل مستواهم الثقافي عن السنة السابعة ثانوي ومتحصلين على ترخيص من الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الراجعة له بالنظر المكاتب الملحقين به. ويعدّ الكاتب المحلّف شبه موظّف على معنى الفصل 82 من المجلة الجنائية.

(2) ينص العدل المنفذ بالدفتر العام على ما يلي: ـ العدد الرتبي للعملية الذي يوضع على المحضر والنظائر. ـ نوع العملية. ـ التاريخ الذي كلف به العدل المنفذ بالقيام بالعملية. ـ اسم الطالب والمطلوب ـ تاريخ القيام بالعملية. ـ مصاريف المحضر طبق القانون. ـ

العدل المنفذ على صفحات الدفترين الطابع الجبائي حسب التشريع الجاري به العمل في مادة التسجيل والطابع الجبائي.

وينص عدل التنفيذ بدفتر التنفيذ على العدد الرتبي لملف التنفيذ ونوع السند ومرماه و تاريخ تكليف العدل المنفذ وتاريخ محاضر الإعلام والعقل ومطالب المساعدة بالقوة العامة والبيع والمآل النهائي للتنفيذ. ويجب على العدل المنفذ الاحتفاظ بنسخة من رسم كل عملية يقوم بها وتنظم النسخ المحتفظ بها حسب أعداد رتبية للمراجعة والمراقبة. ويعاقب العدل بخطية قدرها عشرون دينارا في صورة عدم التنصيص على العملية بالدفتر الخاص بها وكل إخلال بأي موجب من الموجبات الأخرى المفروضة يعاقب عليه بخطية قدرها عشرة دنانير.

ولتمكين وكيل الجمهورية من المراقبة المباشرة، يجب على العدل المنفذ عرض الدفترين كل ثلاثة أشهر على مراقبة وتوقيع وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بمركز انتصابه، ويكون عرض الدفترين في بحر الخمسة عشر يوما الأولى من أشهر جانفي وأفريل وجويلية وأكتوبر، على أن يقع إعادة الدفترين للعدل المنفذ في ظرف أربع وعشرين ساعة من تاريخ العرض. ويجوز في كلّ وقت لوكيل الجمهورية أن يطلب عرض الدفترين لمراجعتهما، على أن يقع إرجاع الدفترين في ظرف أربع وعشرين ساعة من تاريخ التسليم. وإذا امتنع عدل المنفذ عن عرض أو تقديم دفتريه، يحرر في شأنه تقرير، ويعاقب بخطية قدرها مائة دينار.

ويباشر العدل المنفذ مهنته منفردا أو بالاشتراك مع أحد زملائه أو ضمن شركة مهنية تخضع للتشريع الجاري به العمل، ولكن ليس له أن يمارس مهامه ضد الدولة أو الجماعات الجهوية أو المحلية أو المؤسسات العمومية إذا كان عضوا بمجلس جهوي أو بلدي أو قروي. وله الحق في طلب مساعدة القوة العامة أثناء مباشرته لمهامه. وله في صورة صعوبة تنفيذية أن يعرض الأمر على القاضي المختص و يكون الشأن كذلك فيما يتعلق بالتتبعات العقارية وعليه الحضور كلما استدعاه القاضي لذلك الغرض.

ويستحق العدل المنفذ عن كل عمل يقوم به أجرا حسب تعريفة تضبط بقرار مشترك من وزيري العدل والمالية[1]. ويسبق الطالب أجرة العدل المنفذ ويتسلم

تاريخ التسجيل ومبلغ المعاليم المستخلصة ـ الملاحظات عند الاقتضاء.

(1) قرار من وزيري العدل والمالية مؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتعلق بضبط أجور العدول المنفذين.

في ذلك وصلا من مقتطع يتسلمه العدل المنفذ من وزارة العدل غير أنه إذا تعلق التنفيذ بحكم صادر في قضية منح صاحبها الإعانة العدلية فعلى العدل المنفذ إجراء التنفيذ بدون التوقف على هذه التسبقة. وليس له عند عدم اتصاله بكامل أجره أن يجري حق الحبس على ما قد يكون سلم إليه من الوثائق وغيرها مما أستوجبه عمله إلا بإذن على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية الراجع له بالنظر، وله أن يمتنع من تسليم محرراته ما لم تدفع له كامل أجرته وما تقتضيه من معاليم. لذلك عادة ما يقال إنّ حق الحبس الواقع بين أيدي العدل ليس في الحقيقة من قبيل الحبس الذي يرتقي إلى مرتبة الحقّ العيني بحكم سبق الإذن فيه، والحال أنّ حقّ الحبس الحقيقي لا يتمثّل فيه الإذن المسبق. ويجبر الطالب نهاية بإذن من رئيس المحكمة الابتدائية التابع لدائرتها العمل الذي وقعت مباشرته على دفع أجرة العدل المنفذ وما تقتضيه من معاليم. ويسقط حق قيام العدل المنفذ بطلب ما يستحقه من أجرة عن أعماله بمضي عام ابتداء من تاريخ آخر عمل.

ويجب على العدل المنفذ أن ينص أسفل الأصل والنسخ من كل محضر على مقدار الأجر المقبوض مع بيان مفصل في جميع المصاريف وإلا عوقب بخطية تساوي ضعف معلوم هذا الأجر. وإذا تعمد العدل المنفذ تسلم أموال زائدة عن أجره القانوني فإنه يعاقب بخطية قدرها ثلاثة آلاف دينار. ولا يحول استخلاص الخطايا التي يستهدف لها العدل المنفذ أثناء مباشرة وظيفته دون مساءلته جزائيا وتأديبيا أو مدنيا.

وإذا حصل خلاف بين العدل المنفذ وحريفه حول ما يستحقه بعنوان أصل الأجر والمعاليم يقع فصله بقرار غير قابل للطعن من طرف رئيس المحكمة الابتدائية التابع لدائرتها العمل الذي وقعت مباشرته. ويجبر العدل المنفذ بقرار من رئيس المحكمة المذكورة على إرجاع ما قد يكون قبضه زائدا ويتعهد رئيس المحكمة بالنظر في الشكاية وفي فصل الخلاف بمقتضى إذن على عريضة في أجل لا يتجاوز خمسة أيام.

وليس للعدل أن يحتفظ بالأموال الراجعة لحريفه، فقد فرض التشريع أن يسلمها له في ظرف خمسة عشر يوما على أقصى تقدير وعند التعذر يودعها باسم ذلك الحريف في صندوق الأمانات والودائع بالخزينة العامة في ظرف ستة أيام عمل من انقضاء ذلك الأجل وإلا تحمل الفائض التجاري وذلك بغض النظر عن

التتبعات التأديبية. ويجب على العدل المنفذ أن يفتح حسابا جاريا خاصا بأموال حرفائه ويخضع هذا الحساب لمراقبة وكيل الجمهورية.

ومن واجبات عدل التنفيذ الإقامة بمكان النشاط وممارسة المهنة في حدود الدائرة المحدّدة وأن لا ينتقل من مكان عمله إلا بإذن وأن يهيئ مكانا محترما وأن ينجز الأعمال التي تطلب منه وأن لا يحيل لنفسه الحقوق المتنازع في شأنها وأن لا يجمع بين نشاطه ومهن أخرى ممنوعة ويعدّ العدل مؤتمنا على جميع الوثائق التي تسلمّ له بمناسبة قيامه بنشاطه وكلّ عمل مخالف يتحمل فيه المسؤولية مهما كانت طبيعتها مدنية أو جزائية أو تأديبية.

فالعدل المنفذ ملزم بالإقامة بالمكان المعين له بقرار تسميته. غير أنّه يجوز له طلب الانتقال مؤقتا أو بصفة دائمة. مؤقتا يمكن له تغييره بترخيص معلل من وكيل الجمهورية التابع له مركز انتصابه. بصفة دائمة لا ينقل العدل المنفذ إلا في صورة الشغور وبطلب صريح منه وعند تعدد المطالب لنفس المركز يقدم من كان أقدم في التسمية وعند تساوي الأقدمية يقدم الأكبر سنا وعند التساوي في العمر تجرى القرعة، والواضح أنّه يعود لوزير العدل الموافقة على نقلة العدل. ويمكن له مباشرة نشاطه بصفة استثنائية ولأسباب مبررة خارج دائرة اختصاصه الترابي وفي حدود الدائرة الاستئنافية برخصة معللة من الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الراجع له بالنظر.

ويجب أن يكون مكتب العدل المنفذ لائقا بالمهنة وفي وضعية تضمن المحافظة على السر المهني وله وضع لافتة من الحجم الاعتيادي بواجهة محل عمله مبين بها الاسم والمهنة فقط. وعليه إعلام الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الراجع له بالنظر بعنوان مكتبه وبكل تغيير يطرأ عليه. ولا يجوز للعدل المنفذ أن يكون له أكثر من مكتب.

ومن المفروض أن لا يرفض العدل القيام بعمل طلب منه ويدخل في مهامه، فهو مجبر على القيام بما يطلب منه من الأعمال ولا يمكنه رفض ذلك إلا إذا كان له مانع قانوني أو عذر مقبول أو قدح ناشئ عن القرابة أو المصاهرة أو الروابط العائلية حسبما يقتضيه القانون.

ويحجر على العدل المنفذ قبول إحالة الحقوق المتنازع فيها[1] أو المشاركة في أية قضية قام بعمل لأحد طرفيها في موضوعها أو ضمان بأي عنوان كان

(1) الفصل 576 م.ا.ع.

القروض التي كلف بمعاينتها أو إعارة اسمه في أي ظرف من الظروف ولو في غير الأعمال المبينة آنفا.

ولا يجوز الجمع بين مهنة العدل المنفذ مع أية وظيفة عمومية من شأنها أن تستوجب إعطاء منحة من مال الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ما عدا وظيفة تدريس القانون أو القيام بمهمة عرضية محدودة لا تتعدى خمسة أعوام. وإذا كلف العدل المنفذ بمهمة عمومية غير محدودة في الزمن تحول دون ممارسته لمهنة التنفيذ فإنه يحال على عدم المباشرة. ولا يجوز الجمع بين ممارسة مهنة التنفيذ ومهنة الإشهاد. ويحجر على العدل المنفذ تعاطي التجارة بأنواعها طبقا لأحكام المجلة التجارية أو مباشرة المسؤولية في شركات أو مؤسسات صناعية أو تجارية أو مالية من شأنها أن تكسبه صفة التاجر أو ممارسة أي نشاط آخر يتنافى مع شرف المهنة.

ويعتبر العدل المنفذ مؤتمنا على الأحكام والأمثلة والحجج التي يسلمها له الأطراف أو القضاء وعليه أن يعطي وصلا في ذلك مستخرجا من مقتطع يتسلمه من وزارة العدل. وإذا ارتكب العدل المنفذ بمناسبة مباشرته لمهامه خطأ مضرا بأحد الطرفين فإنه يكون مسؤولا عنه حسب قواعد القانون العام. وهو يشبه أثناء ممارسته لمهامه بالموظف على معني الفصل 82 من المجلة الجنائية.

وأخيرا فإنه في صورة وفاة العدل المنفذ أو انقطاعه عن المباشرة لأي سبب من الأسباب أو في صورة الاستحالة الوقتية المبررة يعين الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف نائبا له من بين عدول الدائرة القضائية ويعلم بذلك وزير العدل. ويجب في كل هذه الصور تقديم دفاتر العدل حالا إلى وكيل الجمهورية الذي يضع بها بيانا ينص فيه على سبب الختم ويأذن بإيداعها بكتابة المحكمة.

ـ إجراءات التأديب: التأديب هو الإخلال بواجبات المهنة والنيل من شرفها، فكل خرق للقوانين والتراتيب وقواعد المهنة وكل عمل ينال من شرفها يرتكبه العدل المنفذ ولو خارج نطاق العمل يستوجب التأديب. وقد يكون الفعل في نفس الوقت خطأ تأديبيا وتقصيريا وجزائيا.

على أنّه يسقط حق التتبع التأديبي بمرور ثلاثة أعوام من تاريخ ارتكاب المخالفة التأديبية وتخضع هذه المدة لأسباب القطع والتعليق المنصوص عليها بمجلة الإجراءات الجزائية. وإذا كانت المخالفة المنسوبة إلى العدل المنفذ تكتسي في نفس الوقت صبغة تأديبية وجزائية فإن الدعوى التأديبية تسقط بنفس

الآجال المقررة للدعوى الجزائية. ولا يحول التتبع التأديبي دون إجراء التتبعات الجزائية أما التتبع الجزائي فيعلق التتبع التأديبي.

ويمارس سلطة التأديب مجلس التأديب المختص طبق إجراءات معينة ويخلص له اقتراح العقوبات المناسبة، حيث يتوفّر على مستوى كلّ محكمة استئناف مجلس تأديب يرأسه الرّئيس الأول للمحكمة[1]. ويعود له التصريح برأيه في شأن العقوبات المناسبة التي يمكن اتخاذها من قبل وزير العدل في مواجهة المخالف بعد إنهاء الأبحاث الضرورية.

وتنقسم العقوبات التأديبية التي يمكن أن تنال العدل المنفذ على درجتين، عقوبات من الدرجة الأولى تتمثل في الإنذار والتوبيخ وعقوبات من الدرجة الثانية تتمثل في التوقيف عن العمل مدة أقصاها ستة أشهر و العزل.

ويسلط العقوبات من الدرجة الأولى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بناء على تقرير من وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية المنتصب بدائرتها العدل المنفذ المخالف أو بناء على شكاية من ذي مصلحة وذلك بعد أن يطلب من العدل المنفذ المخالف تقديم ملحوظات كتابية في أجل ثلاثة أيام. وإذا كانت الأفعال المنسوبة إلى العدل المنفذ تستدعي إحدى العقوبات من الدرجة الثانية فإن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف يحيل الملف إلى وزير العدل الذي له حق تسليط هذه العقوبات بعد أخذ رأي مجلس التأديب.

ويحال العدل المنفذ على مجلس التأديب بقرار من وزير العدل. وله أن يحجر وقتيا على العدل المنفذ الواقع تتبعه جزائيا مباشرة المهنة إلى حين فصل القضية الجزائية. كما له أن يحجر وقتيا على العدل المنفذ الواقع تتبعه تأديبيا مباشرة المهنة مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر.

ويتولى رئيس مجلس التأديب بمجرد اتصاله بالملف التأديبي تعيين القاضي المقرر لإجراء الأبحاث ويستدعي القاضي المقرر بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ العدل المنفذ للحضور شخصيا لديه في أجل قدره ثمانية أيام، ويمكنه من الإطلاع على الملف وأخذ نسخ من الوثائق المظروفة به، ويمنحه أجلا قدره ثمانية أيام لتقديم ما له من بيانات ومؤيدات. كما يتلقى من ممثل النيابة

(1) أحدث بمركز كل محكمة استئناف مجلس تأديب يتركب من: ـ الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف المنتصب بدائرته العدل المنفذ المحال، أو من ينوبه، رئيسا، ـ مستشار لدى محكمة الاستئناف يعينه الرئيس الأول عضوا مقررا، ـ نائب عن وزارة المالية عضوا، ـ ممثلين عن غرفة العدول المنفذين يعينان بقرار من وزير العدل أعضوين.

العمومية ملاحظاته في الموضوع. ويحرر القاضي المقرر تقريرا في نتيجة أعماله دون إبداء رأيه في الموضوع، يحيله على رئيس مجلس التأديب في أجل أقصاه شهران من تاريخ إبلاغه قرار التعيين. ويعين رئيس مجلس التأديب تاريخ انعقاد المجلس ويدعو له أعضاءه ويستدعي العدل المنفذ بنفس الطريقة المبينة بالفصل المتقدم قبل تاريخ الجلسة بعشرة أيام على الأقل. وللعدل المنفذ الحق في الإطلاع على ملفه كما له أن يستعين في الدفاع عن نفسه بمحام أو بأحد زملائه. ويعقد مجلس التأديب جلسته بحجرة الشورى. وإذا لم يحضر العدل المنفذ أو حضر وأمسك عن الجواب فللمجلس مواصلة النظر والبت في الموضوع دون توقف على ذلك. ويقترح مجلس التأديب على وزير العدل العقوبة المناسبة. ويتولى وزير العدل إعلام العدل المنفذ المعني بالأمر بالقرار الذي يتخذه بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما.

على أنّه من الممكن رفع العقوبة بعد أجل معين حيث يجوز لوزير العدل أن يرفع عقوبة العزل عن العدل المنفذ بقرار ينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وذلك بعد مرور خمسة أعوام على الأقل من تاريخ قرار العزل بعد أخذ رأي الهيئة الوطنية للعدول المنفذين. لكن إذا كان العزل نتيجة محاكمة جزائية، فلا يتسنى رفعه إلا إذا ردت للمعني بالأمر حقوقه المدنية أو تمتع بالعفو العام أو ألغيت العقوبة بوسيلة إعادة النظر.

الفصل 288 ـ حق طلب التنفيذ مخول للمحكوم له ولممثله القانوني و لوكيله ولمحاميه ولخلفائه وكذلك لدائنيه بالشروط الواردة بالقانون.

التعليق على الفصل 288

أربعة عناصر تتدخّل في عملية التنفيذ، مهما كانت طبيعة السند ومهما كانت طبيعة التنفيذ ومهما كانت طبيعة العقلة، طالب التنفيذ والمدين المنفذ ضدّه والحقوق المطلوب تنفيذها والمكاسب الخاضعة للتنفيذ، وتلك هي عناصر الأحكام العامة في التنفيذ. وقد أورد الفصل 288 م.م.م.ت. ما يدخل في باب طالب التنفيذ حيث يخوّل طلب التنفيذ للمحكوم له ولممثله القانوني و لوكيله ولمحاميه ولخلفائه وكذلك لدائنيه بالشروط الواردة بالقانون.

فطالب التنفيذ إجمالا هو الذي يقدّم السند بغاية طلب تنفيذه ويتّخذ طالب التنفيذ صفة الدّائن العاقل إذا لم يتسنّ التنفيذ المباشر ومرّ عدل التنفيذ إلى إجراءات الحجز والعقلة. وقد سبق الإشارة إلى أنّ التنفيذ يقتضي العقلة إذا كان

مضمون السند في الإلزام بدفع مبالغ مالية وامتنع المدين عن الأداء، أما في غير ذلك من الصور فلا يكون التنفيذ إلا مباشرا، أي إذا رضي المنفذ ضده بالأداء أو كان التنفيذ في القيام بعمل أو بعدم القيام به وكان ممكنا من حيث الواضع.

والأكيد أنّ المحكوم له بالسند له صفة طالب التنفيذ والدّائن العاقل. ولكنّ الأمر لا يتوقّف عند ذلك الحدّ، إذ يمكن أن يكون طالب التنفيذ المحكوم له أو الورثة أو الدائنين أو الوكيل أو الممثل القانوني. فجميعهم ينضوي تحت إطار طالب التنفيذ، حيث إنّ « حقّ طلب التنفيذ مخول للمحكوم له ولممثله القانوني ولوكيله ولخلفائه وكذلك لدائنيه بالشروط الواردة بالقانون[1] ». فالوكيل هو من ضمن وكالة الغير وكالة عامة أو خاصة[2]، والنائب هو من كان بإمكانه تمثيل الغير اتفاقا مثل الوكيل أو قانونا مثل الولي والمقدم[3]. وينوب الدّائن العادي المدين في الدعوى غير المباشرة في مواجهة مدين المدين على معنى الفصل 306 م.ا.ع. ويجوز لجميع الدّائنين ممتازا أو مرتهنا أو عاديا طلب إجراء عقلة على أملاك المدين تجاوزا لمراتب الدّائنين التي يبقى لها الأهمية في حالة التوزيع. وتنتقل إلى الورثة ما بقي من التركة بعد دفع الديون ولهم طلب تنفيذ الأحكام الصادرة لفائدة المورث[4]. ومن أحيل له الحقّ، وأصبح من الخلف الخاص، فلا يمكن مباشرة التنفيذ ضدّ المدين إلا بعد إعلامه بالإحالة أو قبول المدين بالإحالة بكتب ثابت التاريخ على معنى الفصل 205 م.ا.ع[5].

ومن المفروض أن يكون للطالب المصلحة والأهلية والصفة في التنفيذ. فالمصلحة ثابتة للطالب في سعيه إلى استخلاص حقه، ومن توفرت بجانبه الأهلية من الممكن أن يطلب إجراء عقلة على أموال المدين. ومن المفروض أن تتوفر أهلية التفويت في من يطلب إجراء عقلة عقارية، حيث إنّ القائم بالتتبع في هذه العقلة من الممكن أن يجد نفسه مشتريا للعقار بالثمن الافتتاحي على معنى الفصل 425 فقرة رابعة، وبالتالي كان من الواجب أن تتوفر به أهلية التفويت، ويطرح الإشكال بالنسبة إلى النائب في حقّ القاصر نيابة قانونية حيث إذا كان

(1) الفصل 288 م.م.م.ت.
(2) الفصول 1104 إلى 1194 م.ا.ع.
(3) أمر 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم.
(4) علي كحلون: القانون العقاري الخاص، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2010، الطبعة الثانية، ص 266 وما بعد.
علي كحلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 163 وما بعد.
(5) المرجع السابق، ص 174 وما بعد.

من الممكن بالنسبة إليه إتمام أعمال الإدارة دون إذن فإنه لا يصحّ له إتمام أعمال التفويت إلا بعد التحصيل على إذن على معنى الفصل 15 م.ا.ع. والقيام بعقلة عقارية من أعمال التفويت على خلاف طلب عقلة المنقول أو طلب إجراء عقلة تحفظية أو توقيفية، فليس فيها ما يتطلب أهلية التفويت، بل تبقى مجرد أعمال إدارة. وتتوفر الصفة في طلب التنفيذ والعقلة في المحكوم له والوكيل والنائب والمحال له والورثة والدّائنين على ما تقدّم من شرح، ومن المفروض أن يقع إثبات هذه الصفة أمام من يتولى التنفيذ، أي عدل التنفيذ، و» إذا حصل نزاع في إثبات صفة أحد الطرفين فإن العمل يكون طبق ما هو مبين بالفصلين 210 و211 مع إبقاء الحق للقائم بالتتبع في طلب إجراء عقلة تحفظية بمجرد الإعلام بالحكم»، معنى ذلك أن الخلل في إثبات صفة أحد الأطراف يمثل نوعا من الإشكال التنفيذي يسمح لعدل التنفيذ توقيف التنفيذ وإحالة الأطراف على قاضي الأمور المستعجلة.

الفصل 289 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يقع التنفيذ عند وفاة المحكوم عليه على وارثه بعد إعلامه بالحكم وانتهاء الأجل الوارد بالفصل 287 ولو سبق أن تم ذلك الإعلام ومنح ذلك الأجل للمحكوم عليه نفسه.

وإذا تعذرت معرفة الوارث بالرغم من الاسترشاد عنه من قبل طالب التنفيذ، ولم يدل أحد بحجة وفاة المورث فإنه بعد مضي ثلاثين يوما من العلم بواقعة الوفاة تبلغ سائر المحاضر المتعلقة بالتنفيذ لوارث المحكوم عليه المتوفى دون بيان اسمه، وذلك بآخر مقر معلوم للمورث، ويكون هذا الإعلام كافيا للتمادي في التنفيذ.

والتنفيذ المشروع فيه ضد المحكوم عليه يستمر عند الاقتضاء ضد وارثه دون لزوم لإعلامه بالحكم من جديد أو لضرب أجل جديد له.

التعليق على الفصل 289

قدّمنا أنّ أربعة عناصر تتدخّل في عملية التنفيذ، مهما كانت طبيعة السند ومهما كانت طبيعة التنفيذ ومهما كانت طبيعة العقلة، طالب التنفيذ والمدين المنفذ ضدّه والحقوق المطلوب تنفيذها والمكاسب الخاضعة للتنفيذ، وتلك هي عناصر الأحكام العامة في التنفيذ. وقد أورد الفصل 289 م.م.م.ت. جانبا ممّا يدخل في باب المدين المنفّذ ضدّه.

فالمدين المنفذ ضدّه هو المدين للقائم بطلب التنفيذ. وقد يقع التنفيذ ضدّه مباشرة أو ضدّ من ينوبه نيابة اتفاقية أو قانونية، وإذ توفي يمكن التنفيذ ضدّ الورثة، وقد أصبح الفصل 289 م.م.م.ت بعد تنقيح 2002 بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ينصّ على أنّه «يقع التنفيذ عند وفاة المحكوم عليه على وارثه بعد إعلامه بالحكم وانتهاء الأجل الوارد بالفصل 287 (أي أجل التنفيذ وهو 20 يوما بعد الإعلام بالحكم) ولو سبق أن تم ذلك الإعلام ومنح ذلك الأجل للمحكوم عليه نفسه. وإذا تعذرت معرفة الوارث بالرغم من الاسترشاد عنه من قبل طالب التنفيذ، ولم يدل أحد بحجة وفاة المورث فإنه بعد مضي ثلاثين يوما من العلم بواقعة الوفاة تبلغ سائر المحاضر المتعلقة بالتنفيذ لوارث المحكوم عليه المتوفى دون بيان اسمه، وذلك بآخر مقر معلوم للمورث، ويكون هذا الإعلام كافيا للتمادي في التنفيذ. والتنفيذ المشروع فيه ضد المحكوم عليه يستمر عند الاقتضاء ضد وارثه دون لزوم لإعلامه بالحكم من جديد أو لضرب أجل جديد له». وهي طريقة رآها المشرّع مفيدة في التنفيذ حيث إنّ وفاة المحكوم ضدّه وعدم معرفة عنوان الورثة كثيرا ما يكون عائقا في التنفيذ.

ويصحّ في عدّة حالات التنفيذ على غير المدين أو نائبة أو وارثة، كما في صورة الرهن العقاري أو الكفيل الضامن، حيث إنّه إذا كان الكفيل متضامنا من الممكن عقلة أملاكه دون أن يخلص له الدّفع بالتجريد على معنى الفصل 1499 م.ا.ع. كما أنّ انتقال العقار المرهون للغير لا يمنع الدّائن الراهن من بيع العقار بين أيدي الغير تطبيقا لمعنى التتبع في الرهن على معنى الفصل 270 م.ح.ع.

على أنّه قد لا يجوز التنفيذ أصلا ضدّ المدين إذا كان المدين متمتعا بحصانة التنفيذ، وذلك في حالة الحصانة الدبلوماسية حيث لا يجوز التنفيذ ضدّ البعثات الدبلوماسية ولا يجوز كذلك عقلة أموال الدولة والمؤسسات العامة الإدارية والجماعات العمومية المحلية على معنى الفصل 37 من مجلة المحاسبة.

الفصل 290 ـ إذا حصل نزاع في إثبات صفة أحد الطرفين فإن العمل يكون طبق ما هو مبين بالفصلين 210 و211 مع إبقاء الحق للقائم بالتتبع في طلب إجراء عقلة تحفظية بمجرد الإعلام بالحكم.

التعليق على الفصل 290

الإشكال التنفيذي مفهوم يجمع مجرّد الصعوبة الوقتية التي تطرأ بعد صدور الحكم والإشكال الموضوعي ويشار إلى أنّ المشرع نظّم بعض الأجزاء في الإشكال التنفيذي الموضوعي وخاصة ما يتعلق باستحقاق المتنازع فيه وهوية الخصوم، ولكنّه سكت عن بقية الصور. وسار فقه القضاء على اعتبارها ضمن الصور التي تسمح بتعهّد القاضي الاستعجالي. وقد استقرّ الرأي على اعتبار ما ورد بالفصل 290 م.م.م.ت. أنّه ضمن **دائرة الإشكال التنفيذي الموضوعي وهو إشكال خاص بهوية الخصوم**، «فإذا حصل نزاع في إثبات صفة أحد الطرفين فإن العمل يكون طبق ما هو مبين بالفصلين 210 و211 مع إبقاء الحق للقائم بالتتبع في طلب إجراء عقلة تحفظية بمجرد الإعلام بالحكم». وبالتالي فإنّ المنفذ عليه يمكن أن يدفع بعدم صحة إجراءات التنفيذ بمباشرة التنفيذ على شخص لا يشمله الحكم. ويكون الإجراء استعجاليا دون حاجة أصلا للتثبت من عنصري التأكد وعدم المساس بالأصل إذ أنّها مفترضان في مثل هذه الصورة[1].

الفصل 291 ـ إجراء أي عمل تنفيذي ليلا في أيام الأعياد الرسمية يكون باطلا إلا في صورة الضرورة وبمقتضى إذن من قاضي الأذون على العرائض.

ويشمل الليل من أول أفريل إلى 30 سبتمبر الساعات التي بين الثامنة مساء والخامسة صباحا ومن أول أكتوبر إلى 31 مارس الساعات التي بين السادسة مساء والسابعة صباحا.

الفصل 292 ـ لا يمكن علاوة على ذلك إجراء أي عمل من أعمال التنفيذ :

أولا : ضد المسلمين : يوم الجمعة والأيام الأخيرة من رمضان بداية من اليوم السابع والعشرين منه واليوم الثالث من عيد الفطر واليوم الثاني من عيد الأضحى واليوم الموالي ليوم المولد،

ثانيا : ضد الإسرائيليين : يوم السبت ويومي روشانة وكبور واليومين الأولين واليومين الأخيرين من سوكوت (عيد الحويدة) ويوم بوريم (عيد استير) واليومين الأخيرين من بيسح (عيد الفطيرة) ويومي سبعوت (عيد العنصرة)،

ثالثا : ضد المسيحيين : يوم الأحد ويوم الخميس من عيد الصعود واليوم الخامس عشر من أوت (عيد النزول) ويوم أول نوفمبر واليوم الخامس والعشرين من ديسمبر (عيد الميلاد).

(1) يراجع التعليق على الفصلين 210 و211 م.م.م.ت.

التعليق على الفصلين 291 و292

ورد الفصلان 291 و292 م.م.م.ت. في بيان زمن التنفيذ، حيث تفرض إجراءات التنفيذية مراعاة بعض الأعياد والأوقات. فلا يمكن إجراء أي عمل تنفيذي ليلا أو في أيام الأعياد الرسمية وإن أي عمل من ذلك يكون باطلا إلا في صورة الضرورة وبمقتضى إذن من قاضي الأذون على العرائض. ويشمل الليل من أول أفريل إلى 30 سبتمبر الساعات التي بين الثامنة مساء والخامسة صباحا ومن أول أكتوبر إلى 31 مارس الساعات التي بين السادسة مساء والسابعة صباحا[1]. ولا يمكن علاوة على ذلك إجراء أي عمل من أعمال التنفيذ :

أولا : ضد المسلمين : يوم الجمعة والأيام الأخيرة من رمضان بداية من اليوم السابع والعشرين منه واليوم الثالث من عيد الفطر واليوم الثاني من عيد الأضحى واليوم الموالي ليوم المولد،

ثانيا : ضد الإسرائيليين : يوم السبت ويومي روشانة وكبور واليومين الأولين واليومين الأخيرين من سوكوت (عيد الحويدة) ويوم بوريم (عيد استير) واليومين الأخيرين من بيسح (عيد الفطيرة) ويومي سبعوت (عيد العنصرة)،

ثالثا : ضد المسيحيين : يوم الأحد ويوم الخميس من عيد الصعود واليوم الخامس عشر من أوت (عيد النزول) ويوم أول نوفمبر واليوم الخامس والعشرين من ديسمبر (عيد الميلاد)[2].

فجميع الأعمال التنفيذية مهما كانت طبيعتها وتدخل في تعريف معنى طرق التنفيذ كما تقدّم، ولو كانت تحفظية، والواقعة خلال تلك الفترة الزمنية تعدّ باطلة قانونا ومن الممكن أن تلحق بعدل التنفيذ جملة من العقوبات التأديبيّة.

الفصل 293 ـ لا يجوز إجراء التنفيذ بمحضر القائم بالتتبع.

الفصل 294 ـ للعدل المنفذ إذا كانت عمليات التنفيذ تتطلب ذلك أن يدخل إلى المحلات التي يجب أن تجري فيها تلك العمليات.

وإذا حيل بينه وبين الدخول إليها أو كانت الأبواب موصدة فإن له أن يقيم حارسا على الأبواب لمنع كل استيلاء ثم يطلب فورا مساعدة رئيس مركز الشرطة أو الحرس الوطني ويفتح بمحضره أبواب الدور والبيوت وكذلك الأثاث كلما استلزمت عمليات التنفيذ ذلك ورئيس مركز الشرطة أو الحرس الوطني الذي

(1) الفصل 291 م.م.م.ت.
(2) الفصل 292 م.م.م.ت.

يكون قد ساعد على عمليات التنفيذ يمضي محضر التنفيذ المحرر من طرف العدل المنفذ.

الفصل 295 ـ يستعين العدل المنفذ في أعماله عند الاقتضاء بامرأة من الثقات.

الفصل 296 ـ إذا لم يتم التنفيذ في نفس اليوم أمكن مواصلته في اليوم أو الأيام الموالية.

ويجب التوقيع على المحضر كلما توقفت عمليات التنفيذ.

التعليق على الفصول 293 إلى 296

وردت الفصول 293 إلى 296 م.م.م.ت. في بيان كيفية التنفيذ حيث تقوم الإجراءات التنفيذية على قاعدة هامة أوردها الفصل 293 م.م.م.ت. وهو أنّه «لا يجوز إجراء التنفيذ بمحضر القائم بالتتبع». فيجب أن يتأكّد عدل التنفيذ من عدم حضور القائم بالتتبع خوفا من إثارة الفتنة إذا ما شاهده المحكوم عليه.

وبهدف إتمام التنفيذ فلعدل التنفيذ الحق في الدّخول إلى المحلات والاستعانة بالقوة العامة. فإذا كانت عمليات التنفيذ تتطلب الدّخول إلى المساكن الخاصة فعدل التنفيذ أن يدخل إلى المحلات التي يجب أن تجري فيها تلك العمليات ولا يعدّ ذلك اعتداءً على الحياة الخاصة. وإذا حيل بينه وبين الدخول إليها أو كانت الأبواب موصدة فإن له أن يقيم حارسا على الأبواب لمنع كل استيلاء ثم يطلب فورا مساعدة رئيس مركز الشرطة أو الحرس الوطني ويفتح بمحضره أبواب الدور والبيوت وكذلك الأثاث كلما استلزمت عمليات التنفيذ ذلك ورئيس مركز الشرطة أو الحرس الوطني الذي يكون قد ساعد على عمليات التنفيذ يمضي محضر التنفيذ المحرر من طرف العدل المنفذ[1]. ومن الممكن أن يستعين العدل المنفذ في أعماله عند الاقتضاء بامرأة من الثقات[2].

وإذا لم يتمكّن من مصاحبة أعوان الأمن مباشرة فبإمكانه أن يتحصّل على إذن خاص في ذلك يسلّمه وكيل الجمهورية بعد أن يتقدّم بمطلب خاص في الغرض مع الاحتجاج بأوراق التنفيذ وخاصة ما يفيد محاولة التنفيذ وتعرض الغير لأعمال التنفيذ.

(1) الفصل 294 م.م.م.ت.
(2) الفصل 295 م.م.م.ت.

وإذا باشر عدل التنفيذ أعمال التنفيذ ولم يتمكّن من إنهائها في نفس اليوم فإنّه من الممكن مواصلتها في اليوم أو الأيام الموالية. ويجب التوقيع على المحضر كلما توقفت عمليات التنفيذ واقتضت الإجراءات مواصلتها[1].

الفصل 297 ـ إذا كان التنفيذ متوقفا على قيام المحكوم له بأمر فإنه لا يمكن الشروع في التنفيذ إلا بعد إثبات وقوع ذلك.

الفصل 298 ـ إذا كان الحكم قاضيا بتسليم أشياء منقولة وبقيت هذه الأشياء غير موجودة فإن للقائم بالتتبع إن كان الأمر يتعلق بمثليات أن يطلب إجراء عقلة تنفيذية على مكاسب المحكوم عليه لاستيفاء قيمة الأشياء المحكوم بتسليمها من محصول البيع.

وعلى القائم بالتتبع إن كان الأمر يتعلق بأشياء معينة أن يطالب بقيمتها لدى المحكمة المختصة.

الفصل 299 ـ إذا كان الحكم قاضيا بتسليم أو ترك عقار فإن الأشياء المنقولة الموجودة به والتي لا يشملها التنفيذ ترجع للمحكوم عليه أو توضع تحت طلبه مدة ثمانية أيام وإن لم يقع رفعها في هذا الأجل فإنها تباع حسب الصيغ المقررة لبيع المنقولات المعقولة ويؤمن ثمنها.

الفصل 300 ـ إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ التزام بإتمام عمل أو استحال عليه ذلك أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل فإن العدل المنفذ يثبت ذلك في محضر ويحيل القائم بالتتبع على القيام لدى المحكمة ذات النظر بما يسمح به القانون.

الفصل 301 ـ تحمل مصاريف التنفيذ على المحكوم عليه عدا ما استثناه القانون.

وتحمل مصاريف العقلة التنفيذية والبيع على المبتت له وتعتبر هذه المصاريف ممتازة وتدفع زيادة على الثمن.

التعليق على الفصول 297 إلى 301

وردت الفصول 297 إلى 301 م.م.م.ت. في بيان موضوع التنفيذ، وبالتحديد في بيان تنفيذ الأحكام القضائية والقاعدة أنّه يجب تنفيذ الحكم بحسب نصّه أي حسب سند التنفيذ، حيث يمكن أن يصدر الحكم المقدّم للتنفيذ بتمكين المدّعي

(1) الفصل 296 م.م.م.ت.

من حقّه عينا أو تعويضا، فإن كان القضاء عينا فينصرف الحكم إما إلى إلزام المدّعى عليه بتسليم شيء أو القيام بعمل أو عدم القيام بعمل ويجوز للمحكمة أن تكلّف المدّعي بالتنفيذ العيني أو أن تكلّف الغير بذلك.

والأصل أن يمكّن الدّائن من التنفيذ مباشرة دون طلب تدخّل المدين وباستعمال القوة العامة إن اقتضى الحال. وأوّلها أن يرفع الدائن دعواه إلى المحكمة المختصّة فيستصدر حكما بالتنفيذ العيني، كأن تأمر المحكمة بالخروج من محلّ النزاع، ويسلّم السند التنفيذي، بعد أن يصبح قابلا للتنفيذ، إلى هياكل التنفيذ أي عدل التنفيذ الذي يبادر إلى تنفيذ الحكم، فإذا اعترض المدين يطلب عدل التنفيذ الإذن بالقوّة العامة من وكيل الجمهوريّة، وينفّذ الالتزام حينئذ قهرا تحت إشراف السلطة العامة من شرطة وحرس[1]. والصورة مماثلة في صورة الحكم بالتعويض أو بأداء مصاريف، حيث يتولّى عدل التنفيذ طلب مقدار التعويض أو المصاريف من المدين، فإن لم يستجب يبادر مباشرة إلى عقلة أملاك المدين تنفيذيا، وفي صورة المعارضة يستنجد عدل التنفيذ بالقوة العامة بعد الإذن له من قبل وكيل الجمهوريّة طبق القانون. وقد تسمح المحكمة للدّائن نفسه بتنفيذ الالتزام ويرجع بعد ذلك على المدين بالمصاريف، وقد يقوم الحكم مقام تنفيذ الالتزام، كما أن يقوم الحكم مقام عقد الملكيّة في صورة رفض المدين تحرير الكتب النهائي أو التكميلي، فيعفى الدائن من طلب تدخّل عدل التنفيذ.

فإذا كان التنفيذ متوقفا على قيام المحكوم له بأمر فإنه لا يمكن الشروع في التنفيذ إلا بعد إثبات وقوع ذلك[2]. وإذا كان الحكم قاضيا بتسليم أشياء منقولة وبقيت هذه الأشياء غير موجودة فإن للقائم بالتتبع إن كان الأمر يتعلق بمثليات أن يطلب إجراء عقلة تنفيذية على مكاسب المحكوم عليه لاستيفاء قيمة الأشياء المحكوم بتسليمها من محصول البيع. وعلى القائم بالتتبع إن كان الأمر يتعلق بأشياء معينة أن يطالب بقيمتها لدى المحكمة المختصة[3]. وإذا كان الحكم قاضيا بتسليم أو ترك عقار فإن الأشياء المنقولة الموجودة به والتي لا يشملها التنفيذ ترجع للمحكوم عليه أو توضع تحت طلبه مدة ثمانية أيام وإن لم يقع رفعها في هذا الأجل فإنها تباع حسب الصيغ المقررة لبيع المنقولات المعقولة ويؤمن

(1) يراجع القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرّخ في 13 مارس 1995 المتعلّق بعدول التنفيذ.
(2) الفصل 297 م.م.م.ت.
(3) الفصل 298 م.م.م.ت.

ثمنها[1]. وإذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ التزام بإتمام عمل أو استحال عليه ذلك أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل فإن العدل المنفذ يثبت ذلك في محضر ويحيل القائم بالتتبع على القيام لدى المحكمة ذات النظر بما يسمح به القانون وذلك بهدف طلب التعويض[2]. وتحمل مصاريف التنفيذ على المحكوم عليه عدا ما استثناه القانون[3]. أما إذا تعلّقت الإجراءات بعقلة تنفيذية فتحمل مصاريف العقلة التنفيذية والبيع على المبتت له وتعتبر هذه المصاريف ممتازة وتدفع زيادة على الثمن[4].

الفصل 302 ـ لا يجوز إجراء عقلة تنفيذية إلا بمقتضى سند تنفيذي ومن أجل دين ثابت ومعلوم المقدار وحال وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة.

التعليق على الفصل 302

ورد الفصل 302 م.م.م.ت. في بيان طبيعة السند الذي يعتمد في إجراء العقلة التنفيذية وهي العقلة التي تفضي مباشرة إلى بيع المعقول على خلاف العقل التحفظية. فلا يجوز إجراء عقلة تنفيذية إلا بمقتضى سند تنفيذي[5]، فلا بدّ من سند يسمح بالتنفيذ. ولا تخرج السندات عن ثلاثة، إما أن تكون سندات حكمية قضائية أو سندات قضائية غير حكمية أو سندات غير قضائية وغير حكمية. فالسندات القضائية الحكمية هي السندات الصادرة في أصل النزاع عن المحاكم العدلية. أما السندات القضائية غير الحكمية فهي السندات الصادرة عن المحاكم في إطار الإجراءات الاستيفائية أي لا تقتضي المواجهة بين الطرفين مثل الإذن على العريضة أو الأمر بالدفع. والسندات غير القضائية وغير الحكمية هي الصكوك التي تتخذها الإدارة في إطار مباشرة نشاطها[6].

ويشترط في السندات القضائية أن تكون قد أحرزت على قوة الشيء المقضي به إلا إذا أذن بتنفيذها بصفة وقتية، حيث تنفذ بعد التحلية بالصيغة التنفيذية على

(1) الفصل 299 م.م.م.ت.
(2) الفصل 300 م.م.م.ت.
(3) الفصل 301 م.م.م.ت.
(4) الفصل 301 م.م.م.ت.
(5) الفصل 302 م.م.م.ت.
(6) علي كحلون: الصلح في المادة المدنية، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 1998، ص. 37 وما بعد. وقد تعرّض الكاتب في هذا المقال الى التمييز بين السندات الثلاثة وبيّن نظامها.

معنى الفصل 286 ـم.م.م.ت[1]. الأحكام التي أحرزت على قوة اتصال القضاء وهي التي لم تكن أو لم تعد قابلة للطعن بإحدى الوسائل المعطلة للتنفيذ، والأحكام التي أذن بتنفيذها الوقتي ولو لم تحرز على قوة اتصال القضاء. فإذا صدر الحكم وأعلم به المحكوم عليه ولم يسع إلى الطعن فيه طبق القانون أحرز الحكم على قوة تنفيذه، حيث إنّ «وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ لا يترتب عنها هذا التعطيل إلا إذا استعملت في الأجل القانوني[2]». فإذا توفرت جملة هذه الشروط يكون السند تنفيذيا.

وعلى ذلك الأساس قد يتمثّل السند التنفيذي في حكم قابل للتنفيذ أي حكم أحرز على قوة الشيء المقضي به أو أذن بتنفيذه[3]، أو حكم أجنبي سبق تحليته بالصيغة التنفيذية[4]، أو قرار تحكيمي، سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا، سبق الاعتراف بتنفيذه[5]، أو بطاقات إلزام صادرة عن الإدارة على معنى مجلة المحاسبة[6].

(1) يراجع التعليق على الفصل 286 م.م.م.ت.
(2) يراجع التعليق على الفصل 285 م.م.م.ت.
(3) الفصل 286 م.م.م.ت.
(4) الفصول من 11 إلى 18 من مجلة القانون الدولي الخاص.
(5) الفصل 33 في التحكيم الداخلي والفصل 81 في التحكيم الدولي من مجلة التحكيم.
(6) الإجراءات الخاصة باستخلاص الأموال العمومية: استخلاص الأموال العمومية بصفة جبرية لا يخضع لمجلة الإجراءات المدنية وإنّما يخضع لأحكام خاصة. وخصوصيّة هذه الإجراءات تكمن في طبيعة السندات القابلة للتنفيذ (أ) وطبيعة أطراف التنفيذ (ب) وهياكل التنفيذ (ت) وإجراءاته (ث).

أ ـ السندات العامة في التنفيذ

تعتمد الإدارة بوجه عام على سندات خاصة في التنفيذ الجبري تعرف بالسندات غير القضائية وغير الحكمية وهي القرارات التي تتخذها الإدارة على وجه الإجمال أي الدولة والمؤسسات العامة والجماعات المحلية. وتكون قابلة لتنفيذ بحسب طبيعتها وتسمى بطاقات تنفيذية titre ayant force exécutoire على معنى مجلة المحاسبة(الفصول 26 إلى 39 من مجلة المحاسبة.). وهي متعدّدة بحسب كلّ صنف من أصناف الديون مثل قرار التوظيف الإجباري(مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائية، الفصول 52 إلى 69.) ونسخ من الزمام الممضى من قبل رئيس الجماعة المحلية في استخلاص الأداء البلدي على العقارات(القانون عدد 11 لسنة 1997 المؤرخ في 3 فيفري 1997 المتعلق بإصدار مجلة الجباية المحلية.). على أنّه إذا وجدت أصناف لم تتخذ في شأنها طريقة خاصة فإن الطريقة الجبرية تكون بمقتضى بطاقة إلزام états de liquidation يصدرها المحاسب المختص ويوقعها وزير المالية لتصير نافذة. ومع أنّه من الممكن الاعتراض على بطاقة الالتزام في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلام بها المعنى بالأمر أمام محكمة الاستئناف

التي يوجد بدائرتها المكتب المصدر للبطاقة فإنّ هذا الاعتراض لا يحول دون تنفيذها. ونفس الإجراءات تنطبق على النسخ المستخرجة من جداول التحصيل extrait de rôle. (الفصل 27 من مجلة المحاسبة. « يقع الإعتراض على بطاقات الإلزام في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلام بها للمعني بالأمر.

ويجب أن يكون الإعتراض معللا وأن يتضمن تعيين القضية لجلسة معينة لدى محكمة الإستئناف التي يوجد بدائرتها المكتب الصادرة عنه بطاقة الإلزام كما يتضمن الإعتراض تعيين مقر المعترض بالمدينة المنتصبة بها المحكمة المذكورة.

يقع التحقيق في الإعتراض كتابيا وبدون مرافعة وذلك بتقديم كل من الطرفين تقارير كتابية في الموضوع تبلغ للطرف الاخر قبل تسليمها للمحكمة كما ان إعتماد المحامين في مثل هذه القضايا ليس وجوبيا، بيد أنه يتيسر للمعترض أن يقدم بنفسه أو بواسطة محام رسمي بيانات شفاهية كما يتيسر ذلك للهيئة صاحبة الدين.

ويصدر الحكم في القضية بعد الإستماع الى تقرير في ذلك من طرف الحاكم المكلف تقع تلاوته بالجلسة العامة بعد أخذ رأي المدعي العمومي، ويكون الحكم الصادر نهائيا ولايمكن الطعن فيه إلا بطريقة التعقيب.

« وتنطبق نفس الإجراءات على الإعتراضات على النسخ المستخرجة من جداول التحصيل « (نقحت بالقانون عدد 106 لسنة 2005 المؤرخ في 19 ديسمبر 2005). »).

ب ـ طبيعة أطراف التنفيذ

يمكن أن تكون الدولة أو المؤسسات العمومية أو الجماعات المحلية منتفعة بإجراءات التنفيذ كطالبة، ويوجه طلب التنفيذ في استخلاص حقوق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات الإدارية في مواجهة الذوات الطّبيعية أو المعنوية بأصنافها.

على أنّه لا يجوز إجراء أية عقلة ولو كانت بمقتضى أحكام أو بطاقات تنفيذية على الأموال ولا على الديون المنجزة عن ضرائب أو غيرها ولا على السندات والقيم والمكاسب المنقولة وغير المنقولة بدون أي استثناء التي تملكها الدولة أو المؤسسات العمومية أو الجماعات العمومية المحلية. وكل ما يقع من عقل وأعمال تنفيذية وغيرها خلافا للأحكام المقررة أعلاه يعتبر باطلا بطلانا مطلقا(الفصل 37 من مجلة المحاسبة.). ولا يجوز لأصحاب الديون المتخلدة بذمة الدولة أو « المؤسسات العمومية « أو الجماعات العمومية المحلية المتحصلين على وثائق تنفيذية المطالبة بها إلا لدى الإدارة المختصة(الفصل 38 من مجلة المحاسبة.). فليس من الممكن عقلة الأموال العامة أو التنفيذ جبرا على أموال الهياكل العامة.

بقي أنّ المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية تخرج من هذا الاستثناء ويمكن بالتالي التنفيذ على أموالها جبرا وعقلة.

ويبدو كذلك أنّ تصرف الدولة بوصفها شخص خاص لا يتمتّع بامتيازات السلطة العامة كما هي الصورة بالنسبة إلى ملك الدولة الخاص لا يمنع الخواص من التنفيذ، كما في صورة أن يقوم النزاع في أرض تدّعي الدّولة ملكيتها باعتبارها تابعة لملك الدولة الخاص ويدّعي الغير حيازتها وتقادمه في ذلك، فمن الممكن أن يقضى له أو تقضي المحكمة العقارية بتسجيل العقار للخواص وينفّذ الحكم جبرا.

ورغما عن ذلك وكقاعدة عادة وحتّى لو أراد المحكوم لفائدته المطالبة بما لديه من حقّ

وتنفيذ الحكم في مواجهة الدولة فهو ملزم بتقديم ضمان يضبط مبلغه رئيس محكمة التعقيب في صورة إذا أرادت الدولة الطعن بالتعقيب(نصّ الفصل 10 من القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرخ في 7 مارس 1988 المتعلق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم على إمكانية التنفيذ ضدّ الدولة ولكنّه وضع بعض الشروط تتمثل في تقديم ضمان يضبط مبلغه رئيس محكمة التعقيب في صورة إذا أرادت الدولة الطعن بالتعقيب.).

ت ـ هياكل التنفيذ

كقاعدة عامة ينوب المكلف العام بنزاعات الدّولة، الدّولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة العامة وجوبا، ولا ينوب المؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة أي المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية والمؤسسات التي لا تكتسي صبغة إدارية أو الشركات الوطنية إلا بطلب منها، وذلك في تنفيذ الأحكام الصادرة لفائدة الدولة أو المؤسسات الإدارية بشكل عام(القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرخ في 7 مارس 1988 المتعلق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم). وينوب الجماعات المحلية ممثلها القانوني. وعادة ما ينصّ المشرع على أحكام خاصة في تنفيذ السندات الإدارية.

ويتولى التنفيذ لاستخلاص الأموال العمومية عدول التنفيذ أو إداريون مكلّفون للغرض في مجالات محدّدة(نصّ الفصل 28 من مجلّة المحاسبة على ما يلي:(نقح بالقانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002). «يتولى العدول المنفذون ومأمورو المصالح المالية المنصوص عليهم بالفصل 28 مكرر من هذه المجلة القيام بالأعمال المتعلقة بتتبع استخلاص الديون العمومية.

ويمكن لأعوان المراقبة الجبائية وأعوان مصالح الاستخلاص المحلفين والحاملين لبطاقة مهنية القيام بأعمال تتبع استخلاص الديون العمومية السابقة لتبليغ السند التنفيذي إلى المدين».

غير أنّ المشرع أحدث بموجب القانـون عدد 18 لسنة 2012 مؤرخ في 25 سبتمبر 2012 المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة المحاسبة العمومية سلك خاص بعدول الخزينة تابع لوزارة المالية الذين حلوا محل مأموري المصالح المالية ونقحت بالمناسبة الفصول 28 و28 مكرر و28 ثالثا و28 رابعا. الرائد الرسمي عدد 77 لسنة 2012 بتاريخ 28 سبتمبر 2012.

وأصبح الفصل 28 ينصّ على ما يلي: « يتولى العدول المنفذون وأعوان تنفيذ خاصون يطلق عليهم تسمية عدول الخزينة، القيام بالأعمال والإجراءات الضرورية لاستخلاص الديون الراجعة للدولة وللجماعات المحلية وللمؤسسات العمومية التي تخضع ميزانيتها وتصرفها المالي والمحاسبي إلى أحكام القانون الأساسي للميزانية وإلى أحكام هذه المجلة.

كما يمكن لوزير المالية، أو من فوّض له وزير المالية في ذلك، تكليف أعوان المراكز المحاسبية بالقيام بالأعمال والإجراءات المذكورة بالفقرة السابقة، وذلك طبقا لشروط تحدد بمقتضى أمر».)، كما هي الصورة بالنسبة إلى أعوان المالية في تبليغ قرارات التوظيف الإجبارية(الفصـــل 10 من مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائية «تبلّغ مطالب وإعلامات

مصالح الجباية المنصوص في شأنها على أجل محدّد للرد عليها عن طريق أعوان هذه المصالح أو العـــدول المنفذين أو مأموري المصالح الماليـــــة أو بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ. ويخضع التبليغ إلى أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية (عوّضت عبارة «حامل بطاقات الجبر» بعبارة «مأمور المصالح المالية» بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 73 من قانون المالية لسنـــة 2003 ».)أو أعوان الديوانة على معنى مجلة الديوانة(الفصل 321 من مجلة الديوانة.) أو أعوان الجماعات المحلية على معنى مجلة الجباية المحلية(القانون عدد 11 لسنة 1997 المؤرخ في 3 فيفري 1997 المتعلق بإصدار مجلة الجباية المحلية.) أو المكلف العام بنزاعات الدولة في استخلاص الدّيون التي كلّف بها(الفصل 5 من القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرخ في 7 مارس 1988 المتعلق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم.)أو الأعوان المختصين بشكل عام في استخلاص الديون المكلف بجبايتها محاسبو الدولة والمؤسسات العامة الإدارية والجماعات العمومية المحلية، حيث يتولى العدول المنفذون ومأمورو المصالح المالية المنصوص عليهم بالفصل 28 مكرر من مجلة المحاسبة القيام بالأعمال المتعلقة بتتبع استخلاص الديون العمومية.

وقد نصّ الفصل 28 مكرر من مجلة المحاسبة كما أضيف بالقانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 على أنّ لمأمور المصالح المالية صفة المأمور العمومي وهو مساعد لمصالح استخلاص الديون العمومية ومصالح المراقبة الجبائية. ويكون مأمور المصالح المالية في وضعية تبعية للمصالح الإدارية التي يساعدها دون أن تكون له صفة العون العمومي. ويرجع مأمور المصالح المالية بالنظر إلى المحاسب العمومي الذي تم إلحاقه به. ويضبط جدول مأموري المصالح المالية ودائرة اختصاص كل مأمور بقرار من وزير المالية. ويستوجب الترسيم بهذا الجدول أن تتوفر في المعني بالأمر الشروط التالية: · أن يكون من ذوي الجنسية التونسية منذ خمسة أعوام على الأقل، وأن يكون مقيما بالبلاد التونسية، وأن يكون متمتعا بحقوقه المدنية ونقي السوابق العدلية، وأن يكون قد أنهى بنجاح السنة الثانية على الأقل من التعليم العالي في العلوم القانونية أو ما يعادل ذلك، وأن لا يتجاوز سنه خمسين سنة، و أن يكون قد سوى وضعيته تجاه الخدمة الوطنية، وأن يشارك في دورات التكوين الأساسي والرسكلة التي تضبطها وزارة المالية.

وقد أحدث سلك مأموري المصالح المالية بموجب القانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بقانون المالية لسنة 2003 تعويضا لسلك حاملي بطاقات الجبر . ونصّ الفصل 73 من القانون المذكور على أنّه يرسم حاملو بطاقات الجبر الذين يكونون في حالة مباشرة لمهامهم في تاريخ 31 ديسمبر 2002 ضمن جدول مأموري المصالح المالية حسب شروط تضبط بقرار من وزير المالية (صدر هذا القرار بتاريخ 19 فيفري 2003 – الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 16 الصادر في 25 فيفري 2003 الصفحة 494). وتعوّض عبارة «حامل بطاقات الجبر» أينما وجدت بالتشريع الجاري به العمل بعبارة «مأمور المصالح المالية « وذلك مع مراعاة قواعد اللغة.

ونصّ الفصل 28 ثالثا (أضيف بالقانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002) على أنّه لا يمكن لمأمور المصالح المالية أن يباشر أعماله إلا بعد أن يدلي بنسخة من وثيقة أدائه اليمين القانونية.

يمكن لوزير المالية شطب من جدول مأموري المصالح المالية كل شخص مرسم بالجدول قام بخرق القوانين والتراتيب وقواعد المهنة أو قام بعمل ينال من شرفها.
تضبط بقرار من وزير المالية واجبات مأمور المصالح المالية وكيفية أدائه لمهامه.
ونصّ الفصل 28 رابعا (أضيف بالقانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002) على أنّ تعريفة تأجير الأعمال التي يقوم بها مأمور المصالح المالية تضبط بقرار من وزير المالية.
وقد ضبط قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 شروط ترسيم حاملي بطاقات الجبر ضمن جدول مأموري المصالح المالية وضبط قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 واجبات مأموري المصالح المالية وكيفية أدائهم لمهامهم وضبط قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 تعريفة تأجير مأموري المصالح المالية وضبط قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 جدول مأموري المصالح المالية ودوائر اختصاصهم.
فقد جاء بقرار وزير المالية المؤرّخ في 19 فيفري 2003 المتعلق بضبط شروط ترسيم حاملي بطاقات الجبر ضمن جدول مأموري المصالح المالية أنّه يرسّم بجدول مأموري المصالح المالية حامل بطاقات الجبر الذي يكون في حالة مباشرة لمهامه في تاريخ 31 ديسمبر 2002 والذي تتوفر فيه الشروط التالية : لا يتجاوز سنّه 65 سنة في تاريخ 31 ديسمبر 2002 ، ولا يقل مستواه التعليمي عن السنة السابعة من التعليم الثانوي أو ما يعادل ذلك، ولا يكون له نشاط تجاري على معنى المجلة التجارية أو نشاط غير تجاري على معنى الفصل 21 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات ، ولا يكون متمتعا بجراية تقاعد . ويرسم بجدول مأموري المصالح المالية حامل بطاقات الجبر الذي يكون في حالة مباشرة في تاريخ 31 ديسمبر 2002 والذي تتوفر فيه جميع الشروط المنصوص عليها بالفصل الأول من هذا القرار باستثناء شرط المستوى التعليمي شريطة الإجتياز بنجاح لإختبار مهني شفاهي تجريه وزارة المالية والمشاركة في دورة تكوينية تنظمها وزارة المالية .
و تشرف على الاختبار المشار إليه لجنة يعيّن أعضاءها وزير المالية وتتكون من ممثل عن وزير المالية : رئيس والمستشار القانوني لوزارة المالية : عضو ، وممثل عن الوزارة الأولى : عضو ، وممثل عن الإدارة العامة للمحاسبة العمومية بوزارة المالية : عضو ، وممثل عن الإدارة العامة للدراسات والتشريع الجبائي بوزارة المالية : عضو، وممثل عن الإدارة العامة للمراقبة الجبائية بوزارة المالية : عضو . وتؤمّن الإدارة العامة للمحاسبة العمومية كتابة اللجنة . ويجرى الاختبار المهني المشار إليه حول استخلاص الديون العمومية و يتضمن برنامج الامتحان العناصر التالية : ـ دور مأمور المصالح المالية في إجراءات الاستخلاص، واجبات مأمور المصالح المالية وعلاقته مع المحاسب العمومي والمطالبين بالديون العمومية ، ـ إجراءات الاستخلاص الودّي للديون العمومية ، ـ إجراءات الاستخلاص الجبري للديون العمومية ، ـ أصناف سندات التتبع ، ـ إجراءات تبليغ سندات التتبع الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية ، ـ إجراءات الاستخلاص الخاصة بالديون العمومية الواردة بمجلة المحاسبة العمومية .
وإثر الاختبار وبعد المداولة تعد اللجنة قائمة المترشحين الذين تحصلوا على عدد 20/ 10

على الأقل وتم قبولهم للمشاركة في الدورة التكوينية المشار إليها.
وحدّد قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 واجبات مأموري المصالح المالية وكيفية أدائهم لمهامهم ، حيث يتولى مأمور المصالح المالية تبليغ الإعلامات الأولية والإعلامات مضمونة الوصول المشار إليها إلى مديني الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الملحقة ميزانياتها ترتيبيا بميزانية الدولة وتبليغ السندات التنفيذية الصادرة عن المحاسبين العموميين المكلفين بالاستخلاص إلى المدينين المذكورين أعلاه والتنبيه عليهم بدفع الديون المتخلدة بذمتهم قبل اللجوء إلى أعمال التنفيذ على مكاسبهم ، والقيام بالأعمال التحفظية والتنفيذية على المكاسب المنقولة للمدينين باستثناء الأصول التجارية وإتمام إجراءات بيعها ، وتبليغ الاعتراضات الإدارية إلى الأشخاص الذين توجد بذمتهم أموال عائدة لمديني الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الملحقة ميزانياتها ترتيبيا بميزانية الدولة وتبليغ مطالب واستدعاءات وإعلامات مصالح المراقبة الجبائية وقرارات التوظيف الإجباري والأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم في النزاعات المتعلقة بأساس الأداء عملا بأحكام الفصلين 10 و 58 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية وإنجاز كل الأعمال الأخرى التي تدخل في إطار مهامه . ويحمل مأمور المصالح المالية بطاقة مهنية يصدرها المدير العام للمحاسبة العمومية ويجب عليه الاستظهار بها خلال ممارسته لمهامه . ويتعين على مأمور المصالح المالية إرجاع البطاقة المهنية بمجرد انتهاء مباشرته لمهامه إلى المحاسب العمومي المعين لديه . ويجب على مأمور المصالح المالية مسك دفتر توفره الإدارة يسجل به يوميا دون بياض أو تشطيب الأعمال التي عهدت إليه ومآلها مع التنصيص خاصة على تاريخ تسلم الملف ، ومراجع الفصول المثقلة بسجلات المحاسب العمومي ، طبيعة الديون ومبلغها ، والأعمال الإجرائية التي تم تنفيذها وتاريخها ، والاستخلاصات المحققة . ويباشر مأمور المصالح المالية مهامه في كنف القانون والتراتيب الجاري بها العمل ويحجر عليه القيام بأي عمل من شأنه أن يخل بحياده تجاه المدين أو أن يعرّض نزاهته إلى القدح . ويتعيّن على مأمور المصالح المالية الامتثال لأوامر المحاسب العمومي المعين لديه في كل ما يتعلق بالمهام الموكولة إليه ولا يمكنه رفضها إلا إذا كان له مانع قانوني أو عذر مقبول أو قدح ناشئ عن القرابة أو المصاهرة مع المدين حسب ما تقتضيه القوانين والتراتيب الجاري بها العمل.
ويتعين على مأمور المصالح المالية التفرغ كلّيا للقيام بالأعمال الموكولة إليه ويحجّر عليه قبول أموال من مديني الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الملحقة ميزانياتها ترتيبيا بميزانية الدولة ، أو إعارة اسمه في أي ظرف من الظروف ولو في غير الأعمال المبينة آنفا ، أو القيام في أي حال من الأحوال بالأعمال الموكولة إليه بواسطة الغير ، أو تعاطي التجارة بأنواعها على معنى أحكام المجلة التجارية أو تعاطي الأنشطة غير التجارية ، على معنى أحكام الفصل 21 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات ، أو مباشرة المسؤولية في ذوات معنوية من شأنها أن تكسبه صفة التاجر ، أو الشراء باسمه أو بواسطة الغير للممتلكات المباعة في إطار إجراءات التنفيذ التي يقوم بها . ويتحمّل مأمور المصالح المالية شخصيا مسؤولية الأخطاء التي يرتكبها تجاه الغير . ويتعين عليه الالتزام بواجب المحافظة على السرّ المهني وإعلام المحاسب العمومي بنتائج الأعمال الموكولة إليه يوما بيوم والحضور يوميا بالمركز المحاسبي المعين

به والإمضاء على ورقة الحضور المعدة للغرض وإعلام المحاسب العمومي الراجع إليه بالنظر في الإبان بالموانع التي تحول دون حضوره ومدّه بالمبررات عند الاقتضاء . ويعتبر مأمور المصالح المالية متخلّيا عن مباشرة مهامه في صورة تعمّده عدم الالتحاق بمركز عمله دون مبرر شرعي . ويجب عليه أن يتجنب كل ما من شأنه أن يخل بشرف المهنة كما يتعين عليه التحلي بالمظهر والهندام اللائق . وكل إخلال بمقتضيات هذا القرار يعرض صاحبه للشطب من جدول مأموري المصالح المالية علاوة على العقوبات المنصوص عليها بالقوانين والتراتيب الجاري بها العمل .

وحدّد قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 تعريفة تأجير مأموري المصالح المالية ، حيث يتكون تأجير مأمور المصالح المالية من مبلغ قار بعنوان تبليغ الإعلامات الأوّلية والإعلامات مضمونة الوصول وتبليغ أعمال مصالح المراقبة الجبائية بحساب 0.800 دينار عن كل تبليغ ، ومبلغ قار بعنوان تبليغ سندات التنفيذ وأعمال التنفيذ الموالية له بحساب دينارين عن كل تبليغ أو عمل تنفيذي ، ومبلغ متغيّر يحتسب على أساس 1 ٪ من المبلغ الشهري للاستخلاصات المحققة ابتداء من تاريخ تبليغ الإعلام مضمون الوصول مع حد أقصى بـ 100 دينار بعنوان كل عملية استخلاص . ولا يمكن أن يتجاوز التأجير الشهري القار الخام المحتسب 500 دينار ويغطي هذا التأجير كافة المصاريف بما فيها مصاريف التنقل التي يستوجبها تبليغ أعمال التتبع . ولا يمكن أن يقل التأجير الشهري الجملي الخام المحتسب عن مبلغ 250 دينارا شريطة القيام بـ 200 عملية تبليغ على الأقل ولا يمكن أن يتجاوز 1500 دينار . ويصرف تأجير مأمور المصالح المالية من قبل المحاسب العمومي المعين لديه عن طريق تسبقات الخزينة التي تسوى على اعتمادات ميزانية وزارة المالية طبقا للأمر عدد 572 لسنة 1970 المؤرخ في 20 نوفمبر 1970 والمتمم بالأمر عدد 180 لسنة 1983 المؤرخ في 24 فيفري 1983 .

وضبط قرار وزير المالية المؤرخ في 19 فيفري 2003 جدول مأموري المصالح المالية ودوائر اختصاصهم ، يقع تعيين مأموري المصالح المالية بالمراكز المحاسبية داخل كل ولاية بمقررات فردية صادرة عن وزير المالية أو من فوّض له وزير المالية في ذلك .

وقد أصبحت الفصول 28 مكرر و28 ثالثا و28 رابعا محررة كما يلي بعد تنقيح 2012:

الفصل 28 مكرر (جديد) : يخضع عدول الخزينة المشار إليهم بالفصل السابق، إلى القانون عدد 112 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 والمتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، ويضبط نظامهم الأساسي الخاص بأمر.

يباشر عدول الخزينة مهامهم تحت سلطة أمين المال الجهوي المبين بالفصلين 192 و192 مكرر من هذه المجلة ورقابة المحاسب العمومي المعينين لديه.

ولا يمكن لعدول الخزينة مباشرة مهامهم إلا بعد تأدية اليمين أمام المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر أمين المال الجهوي الراجعين له بالنظر.

ويسلم وزير المالية، أو من فوّض له وزير المالية في ذلك، بطاقة مأمورية لعدول الخزينة يستظهرون بها متى طلب منهم ذلك بمناسبة مباشرتهم لمهامهم، وينصون عليها بالحجج التي يقومون بتحريرها. وتكتسي هذه الحجج صبغة الحجة الرسمية.

الفصل 28 ثالثا (جديد) ـ يمارس عدول الخزينة وظائفهم في حدود الدائرة الترابية لأمين

المال الجهوي الراجعين له بالنظر. غير أنه يحق لعدول الخزينة المعينين لدى محاسب عمومي منتصب بولاية تونس أو أريانة أو بن عروس أو منوبة، ممارسة وظائفهم بكامل تلك الدوائر.

كما يجوز بصفة استثنائية لعدول الخزينة مباشرة مهامهم لفائدة المحاسب العمومي المعينين لديه خارج الدائرة الترابية المشار إليها أعلاه، وذلك بعد الحصول على رخصة كتابية من أمين المال الجهوي الراجعين له بالنظر بناء على طلب معلل من المحاسب العمومي المذكور.

الفصل 28 رابعا (جديد) ـ يجب على عدول الخزينة الحضور بالمركز المحاسبي لمساعدة المحاسب العمومي المعينين لديه في إنجاز المهام الموكولة إليه بمقتضى هذه المجلة، وذلك فور الانتهاء من أعمال التبليغ والتتبع وغيرها من الإجراءات الضرورية لاستخلاص الديون المشار إليها بالفصل 28 من هذه المجلة، أو في غياب مثل هذه الأعمال والإجراءات.

ويمكن لأعوان المراقبة الجبائية وأعوان مصالح الاستخلاص المحلفين والحاملين لبطاقة مهنية القيام بأعمال تتبع استخلاص الديون العمومية السابقة لتبليغ السند التنفيذي إلى المدين(الفصل 28 من مجلة المحاسبة(نقح بالقانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002).).

ث ـ إجراءات التنفيذ

إذا عهد التنفيذ إلى عدل التنفيذ أو شخص إداري كما هي الصورة بالنسبة إلى أعوان المالية أو الديوانة لاستخلاص الأموال العمومية تنطبق من حيث المبدأ الإجراءات الواردة بمجلة المرافعات المدنية إلا إذا نصّ القانون على إجراءات خاصة(الفصول 24 إلى 39 من مجلة المحاسبة.).

1 ـ الإجراءات الخاصة بمجلة المحاسبة

فقد أوردت مجلة المحاسبة شكليات خاصة حيث يتولّى المحاسب العمومي المكلّف بالاستخلاص حال تعهّده بالدين تبليغ إعلام للمدين يتضمّن دعوته لخلاص جملة المبالغ المطلوبة منه وذلك بواسطة الهياكل المشار إليها سابقا (الفصل 28 من المجلة) أو بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ. وينتفع المدين بأجل ثلاثين يوما تحتسب من تاريخ تبليغ الإعلام المذكور لتسوية وضعيته. و بانتهاء الأجل المذكور يتولى المحاسب العمومي تبليغ المدين السند التنفيذي. ويتحمل المدين مصاريف الإعلام حسب تعريفة الخدمات البريدية(الفصل 28 خامسا (جديد) من مجلة المحاسبة (أضيف بالقانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 . و نقح بالقانون عدد 77 لسنة 2008 المؤرخ في 22 ديسمبر 2008 ثم بالقانون عدد 71 لسنة 2009 المؤرخ في 21 ديسمبر 2009).)، ومصاريف التتبع وخطايا التأخير إضافة إلى أصل الدين(الفصل 26 مكرر من مجلة المحاسبة (أضيف بالقانون عدد 80 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 003).).

وإذا ثبت أنّ المدين توقف عن نشاطه أو شرع في تبديد أملاكه أو إذا قام دائن آخر بأعمال تنفيذية ضده أو بافتتاح إجراءات توزيع أمواله تتمثل أعمال التتبع السابقة لتبليغ السند التنفيذي في توجيه إعلام مقابل وصل بالاستلام إلى المدين ويتضمن الإعلام مجموع المبالغ المطلوبة من المدين مع دعوته إلى تسديدها في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ

استلامه. ويبلغ السند التنفيذي وتباشر أعمال التتبع بانتهاء هذا الأجل(الفصل 28 سادسا مجلة المحاسبة.).

ويذكر كذلك أنّ بطاقات الإلزام في شكلها العام الوارد بمجلة المحاسبة قابلة للاعتراض في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلام ولو أنّ الاعتراض لا يوقف التنفيذ(). حيث نصّ الفصل 26 من مجلة المحاسبة على أنّه يقع جبر المطلوبين بالطرق القانونية على تسديد ما بذمتهم من ديون عمومية ويكون ذلك بمقتضى بطاقة تنفيذية.

طريقة الجبر تضبطها التراتيب الخاصة بكل صنف من أصناف تلك الديون.

وإن وجدت أصناف لم تتخذ بشأنها طريقة خاصة فإن جبايتها الجبرية تكون بمقتضى بطاقة إلزام يصدرها المحاسب المختص ويوقعها « وزير المالية أو من فوض له وزير المالية في ذلك « لتصير نافذة.

وتنفذ بطاقات الإلزام تنفيذا وقتيا ولا يحول دون تنفيذها اعتراض المطلوب عليها.

وانتهى الفصل 27 من مجلة المحاسبة إلى أنّه يقع الاعتراض على بطاقات الإلزام في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلام بها للمعني بالأمر.

ويجب أن يكون الاعتراض معللا وأن يتضمن تعيين القضية لجلسة معينة لدى محكمة الاستئناف التي يوجد بدائرتها المكتب الصادرة عنه بطاقة الإلزام كما يتضمن الاعتراض تعيين مقر المعترض بالمدينة المنتصبة بها المحكمة المذكورة.

يقع التحقيق في الاعتراض كتابيا وبدون مرافعة وذلك بتقديم كل من الطرفين تقارير كتابية في الموضوع تبلغ للطرف الآخر قبل تسليمها للمحكمة كما أن اعتماد المحامين في مثل هذه القضايا ليس وجوبيا، بيد أنه يتيسر للمعترض أن يقدم بنفسه أو بواسطة محام رسمي بيانات شفاهية كما يتيسر ذلك للهيئة صاحبة الدين.

ويصدر الحكم في القضية بعد الاستماع إلى تقرير في ذلك من طرف الحاكم المكلف تقع تلاوته بالجلسة العامة بعد أخذ رأي المدعي العمومي، ويكون الحكم الصادر نهائيا ولا يمكن الطعن فيه إلا بطريقة التعقيب.

« وتنطبق نفس الإجراءات على الاعتراضات على النسخ المستخرجة من جداول التحصيل « (نقحت بالقانون عدد 106 لسنة 2005 المؤرخ في 19 ديسمبر 2005).

ويقع بيع المكاسب المعقولة في نهاية الأمر بعد إجراء العقلة بالمزاد العلني حسب الصيغ المنصوص عليها « بمجلة المرافعات المدنية والتجارية « باستثناء أنّه «في صورة عدم مشاركة أحد في البتة أو كانت العروض المقدمة غير مرضية يجوز للدولة أو المؤسسة أو المجموعة القائمة بالتتبعات أن تطلب التبتيت لفائدتها بالثمن الافتتاحي المقرر. وفي هذه الحالة لا تكون الدولة أو المؤسسة أو المجموعة المبتت لها مطلوبة بتعجيل الثمن إذ يتم تسديده طبقا للإجراءات المقررة بالقوانين أو التراتيب الخاصة بها»(الفصل 32 من مجلة المحاسبة.).

2 ـ الإجراءات الخاصة بمجلة الجباية المحلية

كما أوردت مجلة الجباية المحلية شكليات خاصة بالنسبة إلى استخلاص المعاليم الموظفة على العقارات المبنية وغير المبنية والمؤسسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية والمهنية والنزل والعروض ومساهمة المالكين الأجوار في نفقات الأشغال الأولية والإصلاحات

الكبرى المتعلقة بالطرقات والأرصفة وقنوات تصريف المواد السائلة ومحلات بيع المشروبات والرخص بأنواعها والأسواق والإيواء والحراسة والإشغال الوقتي للطريق العام وبناء القبور. وقد أوردت مجلة الجباية المحلية شكليات خاصة في شأن استخلاص معاليم العقارات بالفصول 10 ـ 11 ـ 12 ـ 13 ـ 23 ـ 24 ـ 25 ـ 26. وذلك بإمكانية الاعتراض لدى لجنة خاصة بالبلدية وأمام قاضي الناحية(القانون عدد 11 لسنة 1997 المؤرخ في 3 فيفري 1997 المتعلق بإصدار مجلة الجباية المحلية.).

فبعد أنّ حدّد القانون عدد 11 لسنة 1997 نظام المعلوم على العقارات المبنية بتحديد العقارات الخاضعة للمعلوم وأساس تحديده ونسبته وطريقة استخلاصه بواسطة زمام سنوي ممضى من قبل رئيس الجماعة المحلية وبين الملزمين بالدفع، المالك و لو كان على الشياع والحائز والمتسوغ عند الاقتضاء، وطرق ضمان دفعه وتمديد الالتزام حتى بالنسبة إلى المشتري ومحرر العقد، انتهى إلى بيان نظام النزاعات. فمن المفروض أن تقع المنازعة في أجل شهر من تاريخ إعلام المعني بمبلغ المعلوم أمام لجنة المراجعة التابعة للجماعة المحلية وبعد اتخاذ القرار من هذه اللجنة وإعلام المعني بالأمر بواسطة رسالة مضمونة الوصول يجوز طلب مراجعته أمام قاضي الناحية في أجل شهرين من تاريخ انتهاء أجل إبلاغ قرارات لجنة الاعتراض (شهران). ولا يتعهّد قاضي الناحية إلا بعد إثبات سبق الاعتراض أمام لجنة الاعتراض. ولا يوقف طلب المراجعة استخلاص المعلوم. ويكون الحكم الصادر عن قاضي الناحية نهائيا.

وينطبق هذا النّظام على نظام استخلاص المعلوم الموظف على الأراضي غير المبنيّة.

ويدفع المعلوم على المؤسسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية والمهنية بتصريح يقدّم إلى القباضة المالية بحسب نموذج معد من الإدارة. ويخضع نظام المراقبة والعقوبات والنزاعات والتقادم لمجلة الضريبة على دخل الأشخاص والشركات ولمجلة الحقوق والإجراءات الجبائية وللنظام الوارد بمجلة الجباية المحلية بحسب طبيعة االشخص أو المؤسسة الخاضعة للمعلوم.

ونفس هذا النّظام ينطبق على نظام المعلوم على النّزل (2 في المائة) واستخلاص معلوم الإجازة الموظف على محلات بيع المشروبات المستهلكة على عين المكان (المقاهي والحانات وقاعات الشاي وغير ذلك).

ويخضع المعلوم على العروض (عروض مسرحية أو موسيقية، معارض وتظاهرات) لترخيص مسبق ويدفع المعلوم يوم تسليم الترخيص، وإذا لم يدفع توظف على المخالف خطية تساوي ضعف المعلوم إضافة إلى العقوبات الجزائية من أجل التنظيم بدون رخصة.

ويتحمّل الأجوار المساهمة في نفقات الأشغال الأولية والإصلاحات الكبرى المتعلقة بالطرقات والأرصفة وقنوات تصريف المواد السائلة. ويحدد هذا المعلوم من قبل الجماعة المحلية المعنية على أساس قيمة الأشغال ويعلم الأجوار بهذه القيمة بمكاتيب مضمونة الوصول ويجوز الاعتراض على هذا المعلوم أمام لجنة خاصة بمقر الجماعة في أجل لا يتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ الإعلام وتتخذ اللجنة قرارات في ذلك ويقع إعداد زمام استخلاص يكتسي الصبغة التنفيذية بعد إمضائه من قبل رئيس البلدية. ويتم الإعلان عن بدء عملية الاستخلاص بواسطة معلقات وإعلانات بالرائد الرسمي. ويجوز الطعن في قرارات اللجنة في أجل ستين يوما من تاريخ إبلاغ قرار اللجنة إلى المعنى الأمر. علما

أن هذا القرار يبلغ إلى المعني في أجل شهر من قبل الجماعة المحلية. ويكون الطعن أمام المحاكم المختصة (لم يذكر المشرع محكمة الناحية) ولا يقبل الطعن إلا إذا سبق طلب الاعتراض على قرار اللجنة ولا يوقف الطعن التنفيذ ويكون قرار المحكمة نهائيا.

وتستخلص المعاليم المختلفة (معلوم التعريف بالإمضاء، ومعلوم الإشهاد بمطابقة النسخ للأصل ومعاليم تسليم الشهادات ومعاليم الرخص الإدارية والمعاليم الواجبة داخل الأسواق والمعلوم على رقم معاملات وكلاء البيع ومزودي سوق الجملة والمعلوم على الدلالة والمعلوم على الوزن والكيل العمومي ومعلوم البيع بالتجول داخل الأسواق ومعلوم الإيواء والحراسة ومعلوم المراقبة الصحية على منتوجات البحر ومعاليم منح لزمة الملك البلدي ومعلوم المراقبة الصحية على اللحوم ومعلوم الإشغال الوقتي للطريق العام ومعلوم إشغال الملك العمومي البحري ومعلوم منح التربات بالمقابر والمساهمة في إنجاز مآو جماعية لوسائل النقل ومعاليم عن خدمات عمومية مقابل دفع أجر) من طرف وكيل المقابيض أو قابض المالية مقابل تسليم وصل مقتطع من دفتر ذي جذاذات يتضمن عددا رتبيا وتاريخ التسليم ومبلغ المعاليم المستخلصة، وذلك بعد ضبط المعاليم طبق الطرق القانونية (بموجب أمر أو قرار من المجلس البلدي مصادق عليه من قبل سلطة الإشراف بحسب الصور)، والواضح أنّ المشرع لم يبين بالنسبة إلى هذه المشاريع إجراءات خاصة بالمنازعة وذلك يعني أنّه من الممكن تطبيق الإجراءات العامة في المنازعة الإدارية أي بواسطة الطعن أمام المحكمة الإدارية. القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 67 لسنة 1983 المؤرّخ في 21 جويلية 1983 والقانون الأساسي عدد 66 لسنة 1991 المؤرّخ في 2 أوت 1991 والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 1994 المؤرّخ في 21 فيفري 1994 والقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرّخ في جوان 1996..

3 ـ الإجراءات الخاصة الواردة بمجلة الحقوق والإجراءات الجبائية

وكذلك فعلت مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية بالنسبة إلى استخلاص الآداءات والمعاليم والضرائب والأتاوى وغيرها من المواد الجبائية الراجعة للدولة(القانون عدد 82 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية.)، حيث ضبطت مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية الصادرة سنة 2000 والمنقحة في عدة مناسبات حقوق المطالب بالأداء وواجباته والإجراءات المتعلقة بها في مستوى المراقبة والنزاعات في مادة الأداءات والمعاليم والضرائب والأتاوى وغيرها من الموارد الجبائية الراجعة للدولة والمعبر عنها بالأداء باستثناء المعاليم الديوانية التي تبقى خاضعة لمجلة الديوانة.

ويتلخّص من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية أنّ إدارة الجباية لها كلّ الصلاحيات في المراقبة توصلا لتحديد الملزمين بالأداء وضبط المقادير في ذلك ولأعوان الجباية كل الصلاحيات في التفتيش وتجاوز السرّ المهني الذي يلزم الإداريين والمؤسسات المالية. ولا تسقط الحقوق الجبائية إلا بعد فوات عشر سنوات إذا لم يقع التصريح في الأجل وإذا وقع التصريح فلها الرجوع إلى أربع سنوات لتصويب الخلل وينقطع التقادم بالإعلام أو الاعتراف أو تبليغ قرار التوظيف الإجباري.

وللإدارة أن تقوم بالمراقبة الأولية لبعض العقود والعمليات دون إعلام مسبق ولها أن تتولى

المراقبة المعقمة كلما توفرت الحجج على تغير الحالة ويلزم في هذه الصورة إعلام المعني بالأمر لتتولى الإدارة البحث طبق القانون لتتوصل في نهاية الأمر إلى نتيجة تبلغ إلى المعني بالأمر الذي بإمكانه الاعتراض عليها لدى الإدارة في أجل لا يتجاوز 15 يوما فإذا توصل الطرفان إلى صلح يحرر اعتراف بدين وإذا لم يتّفق الطرفان أو لم يجب المعني عن نتائج المراقبة تتخذ الإدارة قرارا في التوظيف الإجباري ممضى من وزير المالية أو من ينوبه. ويبلغ هذا القرار بواسطة أعوان الجباية أو عدل التنفيذ أو مأمور المصالح المالية أو بواسطة مكتوب مضمون الوصول ويجوز للمعني أن يعترض على هذا القرار أمام المحكمة الابتدائية في أجل لا يتجاوز شهرين من تاريخ الإعلام، ولا يوقف الطعن التنفيذ إلا إذا دفع الخاضع للضريبة 20 في المائة من المبلغ.

وتختصّ المحكمة الابتدائية بمقر إدارة الجباية بالنظر في الاعتراضات على قرارات التوظيف الإجباري وفي كلّ ما يتّصل به من إعلامات واستدعاءات وتبقى كذلك مختصة بالنظر في مطالب إرجاع المبالغ الزائدة في أجل لا يزيد عن 5 سنوات. وترفع الدعوى بواسطة محامي إذا تجاوز المبلغ 25 ألف دينار وتستدعى الإدارة خلال أجل لا يقل عن 30 يوما لموعد الجلسة ويمثل الإدارة أعوانها دون توكيل خاص. وتمر القضية بمرحلة صلحية، بواسطة القاضي المقرر، التي من المفروض أن لا تتجاوز 90 يوما فإذا توصل الطرفان إلى الصلح تطرح القضية وفي صورة العكس تصدر المحكمة حكمها بعد إجراء الأبحاث وبإمكانها أن تستعين بأعوان الجباية أو بأحد الخبراء ويجوز للمحكمة أن ترفض الاعتراض شكلا أو أصلا أو أن تقبله فتنزل بالمبلغ إذا توفرت الحجة. ويستأنف الحكم في أجل لا يتجاوز 30 يوما من تاريخ الإعلام بالحكم ومن الجائز إعادة الأبحاث طبق نفس الإجراءات المنطبقة أمام المحكمة الابتدائية. ويمكن للإدارة طلب التخفيض في المطلب أو الزيادة فيه طالما لم يصدر حكم في الغرض. ويبقى التعقيب ممكنا في النهاية أمام المحكمة الإدارية طبق الإجراءات المنطبقة على هذه المحكمة(الفصول 67 إلى 76 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 67 لسنة 1983 المؤرّخ في 21 جويلية 1983 والقانون الأساسي عدد 66 لسنة 1991 المؤرّخ في 2 أوت 1991 والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 1994 المؤرّخ في 21 فيفري 1994 والقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرّخ في جوان 1996. تنظر الجلسة العامة بالمحكمة الإدارية في مطالب التعقيب ويرفع الطعن بالتعقيب بواسطة محامي في أجل شهر من تاريخ الإعلام بالحكم بواسطة عريضة تتضمن البيانات الضرورية، ويجب على الطاعن في أجل لا يتجاوز ستين يوما من تاريخ تقديم المطلب أن يقدم إلى كتابة المحكمة محضر الإعلام بالحكم ونسخة منه ومذكرة محررة في المستندات وما يفيد تبليغها للضد. على أن التعقيب لا يوقف التنفيذ إلا إذا كان صادرا على الدولة لكنه. يمكن للرئيس الأول بطلب أن يأذن بتوقيف التنفيذ. وبالإمكان للجلسة العامة أن ترفض التعقيب شكلا أو أصلا أو تأن تقبله أصلا أو بصفة جزئية وتحيل القضية إلى محكمة الإحالة فإذا لم تذعن محكمة الإحالة إلى اتجاه المحكمة الإدارية ووقع الطعن من جديد على أساس نفس السبب فإنّه يجوز للجلسة العامة أن تبت في الأصل نهائيا.). وتبلغ الأحكام الجبائية من قبل الإدارة إما بواسطة أعوانها أو عدل التنفيذ أو مأمور المصالح المالية.

وإلى جانب هذه المنازعة المدنية نظمت المجلة إجراءات المنازعة الجزائية، إلى جانب العقوبات الإدارية التي يمكن أن تسلطها إدارة الجباية، فحدّدت الجرائم الجبائية وأجل تقادمها وطرق معاينتها والحكم فيها. فتعدّ جريمة جبائية جرائم التأخير في الواجب أو عدم الخصم على المورد كليا أو جزئيا وعدم توظيف الطابع الجبائي أو عدم تقديم التصاريح في الأجل مهما كان نوعها أو عدم تعليق معلوم الجولان أو التلاعب بالفواتير أو سندات المرور أو عدم مسك المحاسبة أو عدم تقديم المعلومات لمصالح الجباية والتحيل الجبائي بأنواعه. وتسقط هذه الجرائم بثلاث سنوات من تاريخ ارتكابها وينقطع الأجل بمجرد الإعلام.

ويعود لأعوان الجباية معاينة المخالفات وتحرير المحاضر في شأنها وتتحمل الإدارة وزر إثبات المخالفة وتختص المحكمة الابتدائية بالنظر فيها ويجوز الصلح في هذه القضايا أجمالا ما لم يصدر حكم نهائي وينجر عن الصلح انقضاء الدعوى العامة. ويمكن للمحكمة أن تأذن بنشر الحكم الصادر في الغرض. وتطبق العقوبات البدنية المحكوم بها بالنسبة إلى الذوات المعنوية بصفة شخصية على رؤسائها أو وكلائها أو مديريها أو على كل شخص له صفة لتمثيل الذات المعنوية وثبتت مسؤوليته في الأعمال المرتكبة، وهي من القواعد المستحدثة الجريئة التي جاءت بها المجلة.

4 ـ الإجراءات الخاصة بمجلة الديوانة

أوردت مجلة الديوانة بالنسبة إلى الخطايا الديوانية نظاما خاصا في استخلاصها(الفصول 301 وما بعد من مجلة الديوانة الجديدة.). فلا شكّ في أن مجلة الديوانة لها من الخصوصيات ما يتعدّد وتجعل التشريع الدّيواني قانونا منفردا من عدة جوانب وأصناف. وكنّا نعتقد أنّ القانون كتلة واحدة لا فرق بين فروعه وأصنافه، إلى أن حلّت تلك التصنيفات، بين ما هو عام وما هو خاص. وتجزّأ العام إلى عدد من الفروع وكذلك فعلنا بالخاص منه. ولا شكّ في أنّ الحتميّات الاقتصاديّة والاجتماعيّة والتاريخيّة، وما يتبعها من تنظيم، كانت هي الفيصل في ذلك. وقد كان القانون القمرقي غائبا لا نعرف له وجودا، ولا تدلّنا كتب التاريخ لشيء يُذكر، على خلاف ما آلت إليه الصورة في أيّامنا هذه. فقد أصبح له كيان مستقل، يتدارسه عدد قليل من رجال القانون من ذوي الخبرة والكفاءة في هذا المجال بحكم تقنيّاته التطبيقيّة، بالرغم من كثرة القضايا القمرقيّة، فانتهت الصورة إلى وضع تعريفات أصوليّة حلّت لفقه جديد في تحديد هذه المادّة.

وعادة ما يُعرّف رجال القانون القانون القمرقي بكونه فرعا من فروع القانون العام، ينطبق على إقليم وطني محدّد (الفصول 34 وما بعد من مجلّة الدّيوانة، في تحديد مفهوم الإقليم الدّيواني.)، ويتكوّن من « مجموع الأحكام القانونيّة والإداريّة المتعلّقة أساسا بمادّة توريد وتصدير السلع بالأساس.» ويهدف إلى تحديد واجبات وحقوق الأطراف وتحديد الرسوم والأداءات الواجب دفعها وتحديد الصيغ والإجراءات الخاصّة بفضّ النزاعات. فله في نفس الوقت صبغة جبائيّة واقتصاديّة وإداريّة وزجريّة. وتسهر على تنفيذه إدارة مختصّة تنشط تحت إشراف الدّولة.

(الإدارة العامّة للدّيوانة، هو الهيكل الإداري المشرف على هذا القطاع، وهي مرفق عام يعتمل تحت إشراف وزارة الماليّة.

يراجع الأمر عدد 316 لسنة 1975 المؤرّخ في 30 ماي 1975 المتعلّق بمهام وزارة الماليّة.

الأمر عدد 556 لسنة 1991 المؤرّخ في 23 أفريل 1991 المنظّم لوزارة الماليّة.

الأمر عدد 1845 لسنة 1994 المؤرّخ في 6 سبتمبر 1994 المتعلّق بتنظيم الإدارة العامة للقمارق.

تسهر إدارة الدّيوانة على استخلاص الأداءات والرّسوم الموظّفة على البضائع موضوع التّوريد والتصدير والتّصدّي لدخول بضائع خاضعة لمنع التوريد أو التّصدير وتطبيق الإجراءات الخاصّة بالمبادلات التّجاريّة مع الخارج، إلى جانب عدّة مهام إضافيّة أخرى في الإحصائيّات ومراقبة هويّة المسافرين والسهر على حسن تطبيق التّشاريع التّي تخصّ الصحّة والفلاحة والنشر والعلامات والصرف ومراقبة وسائل النقل والحرص على تنفيذ واحترام التشريع المتعلّق بالجولان ومراقبة التّجارة الخارجيّة ومقاومة الإغراق وتنفيذ مضمون الاتّفاقات الدوليّة ومراقبة الوجهة النهائيّة للسلع المورّدة والمصدّرة ومنح ومتابعة الإعفاءات ومراقبة المنتجات البترولية.

فهي تقوم بحراسة الحدود والتّصدّي لعمليّات التهريب ومراقبة المرور السليم للسلع والبضائع والأشخاص، فهي عنصر فاعل في التّجارة الخارجيّة وفي حماية الاقتصاد الوطني.

ويخضع أعوانها لنظام أساسي خاص وموحّد، يراجع:

القانون الأساسي العام للدّيوانة عدد 46 لسنة 1995 المؤرّخ في15/ 5/ 1995..

الأمر عدد 2311 المؤرّخ في 3 / 12/ 1996 المتعلّق بالنّظام الأساسي الخاص لأعوان الدّيوانة.

الأمر عدد 2312 لسنة 1996 المؤرّخ في 3/ 12/ 1996 المتعلّق بنظام تأخير أعوان الدّيوانة.

الأمر عدد 105 لسنة 1997 المؤرّخ في 20/ 1/ 1997 المتعلّق بالخطط الوظيفيّة الخاصّة بأعوان الدّيوانة.)

ويعتبر الأمر المؤرّخ في 29 ديسمبر 1955 المتعلّق بتحوير وتدوين التشريع القمرقي والمعروف بمجلّة الدّيوانة هو النصّ الأساس المنطبق في تونس منذ 29 ديسمبر 1955 إلى أن اعتمدت مجلة الديوانة الحديثة(تأجّل انطباقها إلى بداية شهر جانفي 2009.) بموجب القانون عدد 34 لسنة 2008 المؤرخ في 2 جوان 2008 ، إضافة إلى عدّة نصوص وطنيّة(عدّة نصوص لها علاقة بعمل الدّيوانة بقيت خارجة إطار هذه المجلّة:

القانون عدد 18 لسنة 1976 الصّادر في 21 جانفي 1976 المتعلّق بالصرف.

القانون عدد 120 لسنة 1993 الصّادر بتاريخ 27 ديسمبر 1993 المتعلّق بمجلّة الاستثمارات.

القانون عدد 41 لسنة 1994 المؤرّخ في 7 مارس 1994 المتعلّق بالتّجارة الخارجيّة.

القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001 المتعلّق بحماية علامات الصّنع والتّجارة والخدمات.

القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرّخ في 6 فيفري 2001 المتعلّق بحماية الرّسوم والنّماذج الصّناعيّة.) ودوليّة (تبقى الاتّفاقيّات الثّنائيّة والجماعيّة المصدر الهام في هذا الجانب. وقد صادقت تونس على عدّة اتّفاقيّات في الإعفاء من الأداء القمرقي وغيره وفي إلغاء الأداءات القمرقيّة الموظّفة عادة على السلع المورّدة والمصدّرة وفي إنشاء مناطق التبادل الحرّ سواء مع بلدان عربيّة أو مغاربيّة أو مع الاتحاد الأوروبي أو المنظّمة العالميّة للتّجارة.

ولقد أعلن عن قيام اتّحاد المغرب العربي في 17 فيفري 1989 بمناسبة اجتماع ملك ورؤساء هذه البلدان، ومن بين أهدافه « العمل تدريجيّا على تحقيق حرّية تنقّل الأشخاص وانتقال الخدمات والسلع ورؤوس الأموال فيما بينها.» وقد أنشئت عدّة لجان مختصّة منذ نشأة الاتّحاد وتمّت المصادقة على أعمالها في اتّجاه تنسيق السياسات القمرقيّة.

كما اعتمدت جامعة الدّول العربيّة منذ 22 ـ 2 ـ 1978 اتفاقيّة حول تسهيل وتطوير التّبادل التّجاري بين الدّول العربيّة ودخلت هذه الاتّفاقيّة حيّز التنفيذ وصادقت عليها تونس بتاريخ 26/ 11/ 1982 بموجب القانون عدد 41 لسنة 1981 المؤرّخ في 29/ 5/ 1981 وأعفت هذه الاتّفاقيّة بعض السلع العربيّة من الأداء القمرقي.

كما وضعت منظّمة الأمم المتّحدة للتّجارة والتنمية CNUCED، التّي أنشئت منذ سنة 1964، من خلال دوراتها ومؤتمرات عدّة، نصوصا هامّة لها علاقة بإعانة الدّول النامية وتنظيم التّجارة الدوليّة. ويستحسن التّذكير في هذا الباب باجتماع الجزائر سنة 1967 متى طالبت الدّول النامية بصياغة جملة من الضّوابط في اتّجاه جعل التّجارة الدوليّة نافعة لهذه الدّول بقدر ما تنتفع بها الدّول المتقدّمة وطالبت هذه الدّول بجملة من الامتيازات بحكم عدم التكافؤ.

وقد أصبحت تونس منذ سنة 1967 عضوا بالمنظّمة العالميّة للقمارق بمقتضى القانون عدد 8 لسنة 1967 المؤرّخ في 8 مارس 1967. والمعلوم أنّ هذه المنظّمة عوّضت بداية من سنة 1994 ما كان يُسمّى بمجلس التّعاون القمرقي الذّي سبق إنشاؤه منذ سنة 1950. وتهدف هذه المنظّمة خاصّة إلى دراسة المسائل التّي تهمّ التعاون القمرقي والنّظر في الجوانب الفنيّة والتّجاريّة والاقتصاديّة بقصد توحيد الأنظمة وتبسيط الإجراءات القمرقيّة. وقد عملت المنظّمة منذ نشأتها على إبرام جملة من الاتّفاقيّات الدّوليّة أصبحت الأساس في مصادر القانون القمرقي.) خارجة عن إطار هذه المجلّة، دون إهمال دور الفقه و فقه القضاء.

وواضح أنّ للجوانب الاقتصاديّة والماليّة والإداريّة خصوصيّة أبرزت تفرّد هذا المجال. فتحدّد المعاليم الديوانية مبدئيا بمقتضى أوامر ترتيبية تراعى في شأنها الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية. وتوظف مباشرة من قبل أعوان الديوانة التابعين لوزارة المالية. وتعدّ المعاليم الديوانية معاليم ممتازة ولها امتياز الخزينة العامة(نصّ الفصل 251 من مجلّة الدّيوانة القديمة على امتياز المعاليم الديوانية قولا إنّ « الخزينة لها بالنسبة للمعاليم والمصادرة والخطيّة والاسترجاع حقّ امتياز والأولويّة على سائر الغرماء على عقّارات ومنقولات المطلوبين باستثناء المصاريف العدليّة وغيرها من المصاريف الممتازة مما هو واجب عن ستّة أشهر للتسويغ فقط وأيضا فيما عدا المطالبة المقدّمة كما يجب من طرف المالكين للبضائع على طبيعتها التي لا تزال لحدّ إذ ذاك بظروفها». فتكون القائمة كالآتي المصاريف العدليّة وغيرها من المصاريف الممتازة المذكورة بالفصل 251 ثمّ حقّ الامتياز والأولويّة للخزينة بالنسبة إلى المعاليم والمصادرة والخطيّة والاسترجاع ثمّ مصاريف تجهيز الميت ثمّ مصاريف التّداوي ثمّ ديون الخزينة ثمّ المصاريف المعاشيّة.

غير أن الفصل 351 من المجلة الديوانية الجديدة عدّل من اتجاه الفصل 251 حيث نصت المجلة بالفصل 351 جديد على ما يلي» تتمتع الديون الديوانية من معاليم وأداءات وكذلك الخطايا والمصادرات المنصوص عليها بهذه المجلة والمبالغ التي لإدارة الديوانة الحق في استرجاعها بامتياز الخزينة الخاص المنصوص عليه بالفصل 34 من مجلة

المحاسبة العمومية على المنقولات الراجعة بالملكية للمطالبين بالأداء والتي وظفت بعنوانها المعاليم والأداءات أو الديون المشار إليها أعلاه، وعلى غلالها ومداخيلها. وإذا تعذر ممارسة الامتياز الخاص المشار إليه بالفقرة الأولى أعلاه، يكون لهذه الديون الامتياز العام للخزينة المشار إليه بالفصل 33 من مجلة المحاسبة العمومية على سائر المنقولات والعقارات الراجعة للمطالب بالأداء». وعلى ذلك الأساس يأخذ الامتياز الديواني العام مرتبة الخزينة العامة بالفصل 199 م.ح.ع أي بعد مصاريف التجهيز ومصاريف الدواء والمصاريف القضائية وقبل المصاريف المعيشية. لكن هذا الترتيب العام أورده المشرع بصفة استثنائية بالنسبة إلى الامتياز الديواني حيث لا يأخذ هذا الامتياز مرتبة الخزينة إلا إذا تعذر التقدم على سائر الامتيازات إعمالا لأحكام الفصل 34 من مجلة المحاسبة حديثا عن الامتياز الخاص).

وتعتمد بطاقات إلزام صادرة عن قابض المالية في استخلاص المعاليم والأداءات والخطايا وكلّ ما هو مستوجب الأداء لإدارة الديوانة. ويبلغ الإنذار أو التنبيه بالدفع بواسطة أعوان الديوانة أو العدول المنفذين أو مأموري المصالح المالية وفقا لمجلة المحاسبة. ويمكن استرجاع ما زاد في أجل لا يتجاوز 5 سنوات في أقصى الحالات.

ولأعوان الديوانة، الذين لهم صفة الضابطة العدلية، كلّ الصلاحيات في تفتيش البضائع والأشخاص ووسائل النقل مهما كانت طبيعتها والمنازل بعد الحصول على إذن وكيل الجمهورية. ولهم حقّ الاطّلاع على جميع الدفاتر والمستندات المتعلقة بالبضاعة. ولهم حق مراقبة الإرساليات عبر البريد دون انتهاك مبدأ سرية المراسلات. وذلك كلّما تراءى لهم ما يستدعي التدّخل لضبط المخالفات الديوانية.

وتتحمل الإدارة مسؤولية الأخطاء المرتكبة من قبل أعوان الديوانة في حالة الحجز أو الحبس أو التفتيش غير المبرر ويمكن تعويض المتضررين في حدود المقادير المحدّدة(الفصول 372 و373 و374 من مجلة الديوانة.).

ويعاين المخالفات الديوانية أعوان الديوانة وأعوان الغابات وبقية أعوان الضابطة العدلية من شرطة وحرس. ويحرر في ذلك محضر تتوفر به البيانات االضرورية ويضمن عند الاقتضاء ما وقع به العمل من حجز أو احتفاظ عند الضرورة. ولهذه المحاضر قوة إثباتية في صحة البيانات إلا إذا وقع الطعن فيها بالزور فيما عاينه العون أو بالحجة المخالفة فيما بلغه رواية عن الغير.

ويعدّ مخالفا على معنى مجلة الديوانة الماسك للبضاعة أو الناقل إلا إذا أثبت الفاعل الحقيقي وقائد السفينة والطائرة إلا إذا أثبتا أنهما قاما بواجبات الحراسة والممضون على التصاريح والوسطاء والمتعهّدون والمشاركون والمستفيدون. ويكون مالك البضاعة والمؤجرون والمكلفون غيرهم بشؤونهم مسؤولين مدنيا عن أفعال مستخدميهم في خصوص المعاليم والأداءات والمصادرات والخطايا والمصاريف. وتكون المسؤولية بين المخالفين بالتضامن.

وحدّدت الفصول 379 إلى 399 من مجلة الديوانة الجرائم الديوانية بما في ذلك جريمة التهريب والتوريد والتصدير دون إعلام. وقد تمّ تصنيف المخالفات إلى خمس درجات والجنح إلى ثلاث درجات. والمحاولة موجبة للمؤاخذة في الجنح.

ويجوز لوزير المالية أو من ينوبه من الإدارات المركزية أو الجهوية إثارة الدّعوى العمومية

بإحالة المحاضر إلى النيابة العمومية مصحوبة بطلبات الإدارة. كما يمكن استئناف و تعقيب الأحكام الصادرة في الغرض من قبل أعوان الإدارة المشار إليهم. وعلى النيابة العمومية كذلك إذا ما أحيل إليها محضر دون طلبات الإدارة أن توجهه للديوانة لتقديم طلباتها عند الاقتضاء.

وإذا توفي المخالف قبل صدور حكم نهائي أو وقوع صلح يجوز للإدارة أن تقوم ضدّ الورثة في حدود التركة أمام المحكمة المختصة بدعوى لاستصفاء الأشياء القابلة للمصادرة أو لأداء مبلغ يساوي قيمتها يضبط حسب السعر الجاري به العمل بالسوق المحلية زمن ارتكاب المخالفة وذلك في صورة تعذر حجز الأشياء المعنية.

ويمكن لإدارة الديوانة في الحالات العاجلة أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية الإذن بإجراء عقلة تحفظية على منقولات وعقارات ذوي الشبهة قبل صدور حكم بالإدانة وبناء على محضر الصلح، ولا ترفع هذه العقلة إلا إذا قدّم المعني ضمانا أو صدر حكم بالبراءة أو انقراض الدعوى العمومية.

ويجوز قبل صدور حكم طلب إذن قاضي الناحية لبيع وسائل النقل المحجوزة والمنقولات القابلة للفساد بالمزاد العلني دون إجراءات خاصة. ويمكن لقاضي التحقيق المتعهّد بالقضية أن يأذن بنفس الإجراء. وتتولى إدارة الديوانة إجراءات البيع وتؤمن المبلغ بالصندوق إلى حين صدور حكم بات. كما يمكن القيام بنفس الإجراء في حالة الصلح أو صدور حكم غيابي تبعا لإذن رئيس المحكمة الابتدائية.

ويجوز الصلح في المخالفات الديوانية قبل صدور حكم نهائي فتنقضي الدعوى العامة أما الصلح الواقع بعد صدور حكم نهائي فلا يحول دون تنفيذ العقوبات البدنية. وقد أوردت الفصول 411 إلى 420 من مجلة الديوانة تنظيما خاصا بلجنة المصالحة والاختبار الديواني وهي تتعهّد في حالة عدم موافقة مصالح الديوانة على بيانات التصريح المتعلقة بنوع البضاعة أو بمنشئها أو بقيمتها وعدم قبول المصرح معاينات الديوانة.

وتسقط الدعوى العمومية بمرور ثلاث سنوات ابتداء من ارتكاب الفعل وبنفس الشروط الواردة بمجلة الإجراءات الجزائية. أما مطالبة الإدارة بالمعاليم فلا يسقط إلا بعد مضي خمس سنوات ابتداء من غرة جانفي من السنة الموالية للسنة التي أصبحت خلالها مستوجبة الأداء وينقطع الأجل بأي عمل من أعمال التتبع. غير أنّه لا يعتدّ بأجل الخمس سنوات في حالة ثبوت التحيل والتهرب من دفع المعاليم ويعتد بأجل 15 سنة في تقادم الحقّ.

ويمكن أن تتخذ المنازعة مع إدارة الديوانة شكلا مدنيا أو جزائيا. مدنيا تختص المحاكم الابتدائية بالنظر في دعاوى الامتناع عن دفع المعاليم وعدم إبراء سندات الإعفاء بكفالة وجميع القضايا التي لها صبغة مدنية. وتبقى الإجراءات الواردة بمجلة الإجراءات المدنية منطبقة على هذه القضايا. وينوب إدارة الديوانة أعوان معينون لذلك من قبل المدير العام للديوانة دون تفويض خاص.

جزائيا تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في جميع المخالفات والجنح. وتبقى أحكام مجلة الإجراءات الجزائية منطبقة على جميع الإجراءات ابتدائيا واستئنافا وتعقيبا. وينوب إدارة الديوانة أعوان معينون لذلك من قبل المدير العام للديوانة دون تفويض خاص.

ويتّسم الجانب الجزائي في المخالفات الديوانية بشيء من الخصوصية. فلم ترد جريمة التهريب بالمجلّة الجزائيّة، بل وردت بفصول مجلّة الدّيوانة دلالة على خصوصيّتها

وتفرّدها(يراجع الفصول 197 وما بعد من المجلّة). وهيّأ لها الفصل 288 من المجلّة القديمة في فقرته الأولى والفصل 390 من المجلة الجديدة تعريفا محدّدا قولا إنّ « التهريب معناه التوريد أو التّصدير خارج مكاتب القمارق وكذلك كلّ خرق للأحكام القانونيّة أو الترتيبيّة المتعلّقة بمسك ونقل البضائع داخل التّراب القمرقي.» ويمكن أن يشمل التهريب عدّة بضائع جاءت في شأنها نصوص خاصة، كما في صورة التهريب الصرفي(الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 27 جويلية 1977.) وتهريب الذهب والمعدن(القانون عدد 17 لسنة 2005 المؤرخ في 1مارس 2005.)وتهريب المخدرات(القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992.)وتهريب الأسلحة والمواد المتفجرة(القانون عدد 33 لسنة 1969 المؤرخ في 12 جوان 1969.). ولكنّ التميّز لم يشمل فحسب الجوانب الموضوعيّة بل امتدّ إلى مجمل الضوابط الإجرائيّة، فأتى المشرّع بأشكال مميزة تشذّ عمّا يقال عادّة في ممارسة الدّعوى ومآلها. وذلك بهدف التّصدّي للجريمة القمرقيّة، وبنفيها، يُحمى الاقتصاد الوطني، فتتحقّق أهداف التّشريعات القمرقيّة. فهي خصوصية موضوعيّة من ناحية وخصوصية إجرائيّة من ناحية أخرى.

فكما أن للأفعال تصنيفات مميزة وعقوبات محددة وللمحاولة والمشاركة تعريفات خاصة في التشريع القمرقي، فإن لإجراءات التتبع والمحاكمة والإثبات والتنفيذ خصوصيته. وأصبح من الواضح أنّ الجانب الجزائي في القانون القمرقي له من الخصوصيّات ما يتعدّد نظريّا وواقعا سواء على مستوى أحكام المسؤوليّة أو على مستوى وسائل الإثبات أو على مستوى كيفيّة تحديد الخطايا وإجراء الصلح، وغير ذلك من المظاهر الإجرائيّة والموضوعيّة. وقد تبدو هذه الخصوصيّة عاديّة في القانون القمرقي، شأنها شأن بقيّة الفروع القانونيّة، فلكلّ شرعته ومذهبه وطريقته وخصائصه. ولكنّ خصوصيّة هذا المجال تبدو موغلة في التّميّز، وأصبح رجال القانون يتحدّثون عن استقلاليّة هذا الفرع، وذلك بحكم ارتباط هذا المجال بالمال والاقتصاد، وبحكم التأثيرات الدّوليّة التّي يتلقّاها والارتباط الوثيق بالتّجارة الدوليّة. فتسعى دوما الحلول القانونيّة إلى ضمان التّوازن بين ضرورة الانخراط في هذا التّمشّي وضغط المصلحة الوطنيّة. وهذا حال القانون القمرقي، فبقدر حرصه على حماية جملة من المغانم الاقتصاديّة الوطنيّة، يحرص على نفاذ جملة من التّوجّهات الدّوليّة. ولكن رغما عن ذلك، ورغم القول بالمبادلات الحرّة والتّنقّلات السهلة، تبقى المهمّة الأساسيّة للتّشريع القمرقي هي حماية الاقتصاد الوطني من آفات الإغراق والمساندة والعلامات المغشوشة وتهريب الأموال وغيرها من الجرائم، ولعلّها الشكل الجديد في مفهوم التهريب القمرقي.

وقد كانت هذه الخصوصيّة أساسا في وضع نظام خاص للتوارد بمجلة الديوانة. فقد نص الفصل 308 من المجلة القديمة على أن « كل أمر تسلط عليه تدابير زجريّة متباينة بمقتضى هذه المجلة يجب النظر فيه والحكم عليه بأقصى ما تقتضيه من طرق المؤاخذة من الوجهة الجناحية. وفي صورة تعدّد المخالفات أو الجنح القمرقية فإن العقوبات المالية يحكم بها بالنسبة إلى كلّ مخالفة من المخالفات التي يثبت ارتكابها كما يجب». كما نص الفصل 309 قديم على أنه «بقطع النظر عن تطبيق العقوبات التي اقتضتها هذه المجلة فإن جنح الشتم والاعتداء بالعنف والتمرد والإرشاء وقبول الرشوة وجنح التهريب المصحوبة بتجمهر وحمل السلاح يقع تتبعها وزجر مرتكبيها وفقا لما يقتضيه الحق العام». ويفهم من ذلك بوضوح أنه

لا توارد بين الجرائم القمرقية فيما بينها وتسلط أقصى العقوبات الزجرية ولا تضم العقوبات الماليّة على معنى الفصل 308. كما لا توارد بين الجرائم القمرقية وجرائم الحقّ العام، فبقطع النظر عن العقوبات التي اقتضتها مجلة الديوانة على معنى الفصل 309 تمر عقوبة الحق العام ويعتد بآثارها دون ضمّ. وهو نفس الاتجاه الذي اعتمدته مجلة الديوانة الحديثة بلفصلين 409 و410 فقد منعت التوارد بين الجرائم القمرقية، وأبقت على عقوبة الحق العام في جملة من الجرائم علاوة على تطبيق العقوبات المنصوص عليها بمجلّة الديوانة. ويبدو هذا الاتجاه أكثر وضوحا بالفصل 34 من مجلة الصرف التونسيّة « فإذا كانت الجرائم في حق تراتيب الصرف تكون في الوقت نفسه جرائم في حق التشريع القمرقي أو في حق أي تشريع آخر فإنه يقع معاينتها وتتبعها وزجرها طبقا لقانون القمارق أو طبقا للإجراءات المنصوص عليها بالقانون الذي وقع خرقه وذلك بقطع النظر عن العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون»، معنى ذلك أن الجريمة الديوانيّة تستقل بالعقوبة المنصوص عليها بمجلّة الديوانة بصرف النظر عن العقوبات الواردة بنصوص أخرى. وهو نفس الاتجاه المعتمد فيما يخص جريمة تهريب الأشخاص بالفصل 47 من القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 المؤرخ في 03/ فيفري / 2004 المتعلق بتنقيح القانون عدد 40 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بوثائق السفر، حيث نص على أنه « إذا ارتكبت عدة جرائم متباينة يعاقب الفاعل لأجل كل واحدة بانفرادها ولا تضم العقوبات إلى بعضها «، وقد جاء بالأعمال التحضيرية لهذا القانون «أن المشروع منع ضم العقوبات لبعضها في صورة ارتكاب عدة جرائم متباينة سواء كانت متزامنة أو مترابطة كما أن تطبيق العقوبات الواردة بهذا القانون لا تمنع تسليط العقوبات الواردة بقية النصوص التشريعية « .

وكانت لمحكمة التعقيب عدّة مناسبات في استبعاد معنى التوارد بالنسبة إلى الجرائم القمرقية، فقد أيدت محكمة التعقيب يوم 4/ 11/ 1986 قرار محكمة الاستئناف بسوسة التي قضت بعقاب المتهمة بالسجن مدة 15 يوما وخطية لتقوم مقام الاستصفاء وخطية ثانية من أجل الجنحة القمرقية وسجنها مدة شهر واستصفاء العملة المحجوزة وتخطئتها بخطية ثالثة من أجل الجنحة الصرفية، وكانت وقائع القضيّة تتلخص في إخفاء المتهمة لعملة أجنبية بمكان في جسدها أي أن الأمر يتعلق بفعل واحد في نهاية الأمر. واعتبرت محكمة التعقيب بتاريخ 15 أفريل 1930، في مجال تهريب الأسلحة والمواد المتفجرة أن «مسك الديناميت بدون رخصة تتكون منه مخالفة مختلطة إذ أنها تضر بقمرق الدولة وكذلك بالأمن العام ولذا والحالة تلك فإن الصلح الواقع مع الإدارة لا يتعلق إلا بالعقوبات المالية وأن دعوى الحق العام في تطبيق العقوبات الزجرية لا يؤثرعليها الصلح المذكور». وهو نفس الحل الذي اعتمدته محكمة التعقيب بتاريخ 10 ديسمبر 1998، في مجال تهريب المخدرات، في قرار تمثلت وقائعه في ضبط المتهم بميناء حلق الوادي وهو يحمل مادة مخدّرة من نوع التكروري، وبعد أن قضت محكمة البداية بسجنه وتخطئته من أجل مسك مادة مخدرة وسجنه كذلك مدة شهر من أجل التوريد بدون إعلام لبضاعة محجرة وتخطئته كذلك، رأت محكمة الاستئناف إلغاء عقوبة السجن بالنسبة إلى الجريمة القمرقية، غير أن محكمة التعقيب نقضت القرار بتعليل واضح في أن الفصل 241 (قديم) من مجلة الديوانة يمنع التخفيف والتوارد مع أن منع التخفيف لا يشمل في حقيقة الأمر إلا العقوبات المالية. ولكن هاجس مراعاة خصوصية الجريمة القمرية كان وراء شدة الموقف.

ويذكر أن الفصلين 308 و309 من مجلة الديوانة التونسية قد نقلا في حقيقة الأمر صيغة الفصلين 439 و440 من مجلة الديوانة الفرنسية، وقد رأت محكمة التعقيب الفرنسية في قرار مبدئي أن العقوبة الديوانية تتميز عن العقوبة الجزائية بكونها جزاء وتعويض في نفس الوقت وأبقت على خطايا الديوانة إلى جانب عقوبة المجلة الجزائية. ولكن بعضا من فقه القضاء المنعزل لم يأخذ بفكرة التوارد، فقد رأت محكمة التعقيب الفرنسيّة أنّ «الاعتداء على أعوان الديوانة يمثل جريمة ديوانية يمكن أيضا جزرها بتطبيق المجلة الجنائيّة، حيث إن هذه الجريمة لها وصفان ولا يجوز القول بازدواجية التتبع والصلح فيها يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية ولا يمكن إعادة تتبع الشخص من أجل نفس الأفعال(Cass. Crim du 7/ 3/ 1984 RSN n° 4; 1985; p.590.)». وربّما كان ذلك الحلّ منطقيا بسبب خصوصيّة مفهوم التوارد في القانون الفرنسي وبسبب غياب نصوص قانونية واضحة كما هو الحال بالنسبة إلى القانون التونسي.

غير أنه من الممكن أن يقال إن منع التوارد بالمجلة الديوانية التونسية لم يشمل إلا بعض الجرائم بالفصل 309 قديم أو 410 جديد على سبيل الحصر في الشتم والاعتداء بالعنف والتمرد والإرشاء وقبول الرشوة وجنح التهريب المصحوبة بتجمهر وحمل السلاح، وأن النص الوارد بمجلة الصرف يبقى في ذلك الإطار دون غيره، كما تبقى بقية النصوص الأخرى في مجالها فلا يعتد بها في غيرها، وليس هناك قاعدة عامة في نهاية الأمر تمنع التوارد بين الجرائم الديوانية وجرائم الحق العام. ويبدو هذا الاتجاه ظاهريا محكما إلى حدّ ما، وقد يغري فعلا بعض الاتجاهات. لكنّ الحقيقة القانونية أكثر من ذلك، حيث لا يمكن فهم الفصل 309 أو الفصل 410 إلا بالرجوع إلى جملة الأحكام والضوابط الواردة بمجلة الديوانة إبرازا لخصوصية المادة(كان الفصل 241 من المجلة القديمة ينصّ على ما يلي، «ليس للحكام أن يخففوا من وطأة المعاليم أو المصادرات أو الخطايا ولا الإذن باستعمال ذلك ضد مصلحة الإدارة وإلا فإن مسؤولية ذلك تحمل عليهم بصورة شخصية وباسمهم الخاص، ويحجر عليهم بصريح العبارة التماس المعاذير للمتهمين في خصوص نواياهم»، ولا شكّ في أن هذه القاعدة تمنع منعا مطلقا إعمال قواعد التوارد مهما كان الأساس في ذلك.).

ثمّ إن طلبات الديوانة، وهو الأهم، ليست لها طبيعة جزائية فحسب بل إن لها طبيعة تعويضية، وتلك هي الأبعاد الاقتصاديّة بمجلّة الديوانة، على رأي المختصّين، فجميع المخالفات والجنح القمرقية على معنى الفصول 379 وما بعد من المجلة لها تلك الطبيعة المزدوجة، فهي في نفس الوقت عقوبة جزائية وتعويض مستحق لما وقع من ضرر على اقتصاد البلاد، فتخرج بذلك العقوبة الديوانية عن مفهوم التوارد بين العقوبات ويكره ضمها وتبقى قائمة الذات بحكم خصوصيتها وانفرادها عن ذات الطابع الجزائي.

ويمكن للحكم في نهاية الأمر أن يقضي بالعقوبات البدنية والمالية المحدّدة ويجوز تطبيق ظروف التخفيف بحسب قواعد مجلة الديوانة(الفصل 344 من مجلة الديوانة.)، والإذن باستصفاء المحجوز ومصادرته في نهاية الأمر. ويجوز القضاء بعقوبات تكميلية مثل التحجير في أعمال البورصة أو تعاطي وظيفة وسيط أو الإذن بنشر الأحكام بالرائد الرسمي ويمكن كذلك استعمال آلية الغرامة التهديدية لحمل المخالف على تنفيذ الأحكام(الفصل 401 من المجلة.).

وتنفذ العقوبات المالية في التهريب عاجلا بصرف النظر عن الاستئناف. ويوقف التعقيب

تنفيذ الأحكام االصادرة ضدّ الديوانة ولا يسلم المحجوز إلا إذا قدّم المحكوم لفائدة كفالة مقبولة.

ويمكن لأعوان الديوانة المؤهلين طبقا للتنظيم الإداري أن يقوموا في المادة الديوانية بجميع الأعمال العدلية المتعلقة بتنفيذ الأحكام فيما يتعلق ببيع الأشياء المحجوزة أو التي وقعت مصادرتها أو المتخلي عنها. وتنفذ بطاقات الإلزام الصادرة عنها بقطع النظر عن الطعن فيها بالاستئناف. وتنفذ الخطايا بإجراءات الجبر بالسجن وتسقط العقوبات بنفس الآجال على معنى مجلة الإجراءات الجزائية. وإذا توفي المخالف قبل الوفاء بالخطايا والمصادرات والعقوبات التي صدر في شأنها حكم أو أبرم في شأنها صلح يمكن التنفيذ على الورثة في حدود التركة باستثناء الجبر بالسجن. وإذا تعمّد المخالف إحالة أملاكه للغير بهدف التهرب من الوفاء بالأحكام الصادرة ضده فإنه يمكنها طلب الحكم بالتضامن في خلاص المبالغ المستحقة ضد الأشخاص الذين شاركوا عن قصد في هذه العملية(محصول الخطايا والمصادرات الناتج عن القضايا ليس إلا مالا يعود لخزينة الدولة، لكن الفصل 363 من مجلة الديوانة نصّ على أنّه يضبط بقرار صادر عن وزير المالية المناب الراجع للخزينة العامة من محصول الخطايا والمصادرات الناتج عن القضايا الواقع تتبعها من إدارة الديوانة كما يحدد القرار طرق توزيع ما زاد على ذلك.).

5 ـ الإجراءات الخاصة بمجلة الإجراءات الجزائية

الخطية من العقوبات الجزائية التي يمكن للقاضي الجزائي الحكم بها في الجرائم على ضوء ما ورد بالقوانين الجزائية(الفصل 5 من المجلة الجزائية.)، المجلة الجزائية والقوانين الخاصة، مع مراعاة الأدنى والأقصى وحالات التخفيف(الفصول 14 إلى 53 من المجلة الجزائية.). وقد أوردت مجلّة الإجراءات الجزائية إجراءات خاصة في شأن استخلاص الخطايا، التي تعتبر في نهاية الأمر من حقوق خزينة الدّولة(343 إلى 352 م.إ.ج.).

فإذا أصبح الحكم الجزائي نهائيا يمكن أن ينفّذ وتتخذ في شأنه الإجراءات القانونية العادية، ويمكن أن يذعن المحكوم عليه طوعا لإجراءات التنفيذ ويدفع لخزينة الدولة المبالغ المحكوم بها، وإذا رفض الدفع طوعا يمكن اتخاذ إجراءات خاصة تسمى إجراءات الجبر بالسجن.

ـ الإجراءات العامة في تنفيذ الأحكام القاضية بالخطية: يتولى كاتب المحكمة بعد صدور الحكم فرز الأحكام القاضية بالخطية عن الأحكام القاضية بالسجن. وإذا تضمن نفس الحكم عقوبة جزائية وأخرى مالية، يباشر الكاتب تنفيذ الحكم بالسجن طبق إجراءات تنفيذ الأحكام القاضية بالسجن(علي كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2009 ، ص 389 وما بعد.)، كما يتولى في نفس الوقت مباشرة إجراءات تنفيذ الفرع الخاص بالخطية طبق هذه الإجراءات.

وتختلف إجراءات تنفيذ الخطايا باختلاف طبيعة الحكم إن كان حضوريا أو معتبرا حضوريا أو غيابيا حيث يجب توجيه الإعلام في نظيرين بداية بالنسبة إلى الأحكام المعتبرة حضورية والغيابية فقط، ويتعين تحرير المضمون في النهاية بالنسبة إلى جميع الأحكام مهما كانت طبيعتها وتوجيهه إلى القباضة المختصة.

فإذا كان الحكم حضوريا، تختلف الصورة حسب إن كان الحكم ابتدائيا أو نهائيا. فإن كان الحكم ابتدائيا حضوريا يوجه الكاتب المضمون التنفيذي بعد مرور أجل عشرة أيام

من تاريخ صدور الحكم، وهو أجل الاستئناف. وإذا كان الحكم نهائيا حضوريا يحرر المضمون مباشرة بعد صدور الحكم وفي أقرب الآجال.

وإذا كان الحكم معتبرا حضوريا، تختلف الإجراءات كذلك بحسب طبيعة الحكم إن كان ابتدائيا معتبرا حضوريا أو نهائيا معتبرا حضوريا، فإذا كانت الصورة الأولى، ابتدائيا معتبرا حضوريا، يوجه الإعلام بداية، فإذا بلغ إلى شخص المحكوم عليه ولم يحضر في أجل عشرة أيام لتسجيل استئنافه يحرر المضمون ويوجه طبق القانون، وإذا لم يبلغ الإعلام إلى شخص المحكوم عليه يحرر المضمون وينص الكاتب به على أنه قابل للاستئناف. وإذا كانت الصورة الثانية، نهائيا معتبرا حضوريا، يوجه الإعلام وبمجرد رجوعه يحرر المضمون التنفيذي مهما كانت طريقة التبليغ.

وإذا كان الحكم غيابيا، تختلف الإجراءات كذلك بحسب إن كان الحكم ابتدائيا غيابيا أو نهائيا غيابيا. فإذا كانت الصورة الأولى، ابتدائيا غيابيا، يوجه الإعلام بداية، فإذا بلغ الإعلام إلى شخص المحكوم عليه، يوجه الكاتب المضمون بعد فوات أجل عشرين يوما، عشرة أيام للاعتراض وأخرى للاستئناف. وإذا لم يبلغ الإعلام إلى شخص المحكوم عليه يحرر الكاتب المضمون ويوجه إلى الجهة المختصة بمجرد رجوع الإعلام ويشار به إلى أنه قابل للاعتراض. وإذا كان الحكم نهائيا غيابيا، يوجه الإعلام بداية. فإذا بلغ الإعلام إلى شخص المحكوم عليه، يوجه الكاتب المضمون بعد فوات أجل عشرة أيام فقط، وهو أجل الاعتراض، فإذا لم يبلغه الإعلام يوجه المضمون بمجرد رجوع الإعلام ويشار به إلى أنه قابل للاعتراض.

وإذا تضمن الحكم عدّة متهمين وقام البعض بالطعن بالاستئناف أو الاعتراض فإنه يجب بداية مباشرة إجراءات التنفيذ في خصوص من لم يطعن قبل إحالة الملف إلى محكمة الطعن.

وإذا صدر الحكم بالتضامن بين المحكوم عليهم في خصوص دفع معلوم الخطية، فإنه يتعين توجيه الإعلام إلى كلّ واحد من المتهمين، ولا يحرر إلا مضمون تنفيذي واحد تدرج به أسماء كافة المحكوم عليهم، وإذا وقع الاعتراض أو الاستئناف على الحكم من أحدهم فقط يتوقف التنفيذ في حق الجميع.

وفي صورة الاعتراض على الحكم الغيابي يتولى الكاتب مكاتبة القباضة المختصة بالاعتراض حتى تتوقف عن إتمام إجراءات التنفيذ، وتضاف نسخة من هذا المكتوب إلى ملف القضية. أما إذا وقع الاستئناف بعد توجيه مضامين الخطية، فيقوم كاتب المحكمة بإعلام القباضة المالية ويضيف نسخة من المكتوب إلى ملف القضية حتى يقع طرح الخطايا المدفوعة عند مباشرة إجراءات التنفيذ من قبل محكمة الاستئناف.

وإذا صدر الحكم بتأجيل التنفيذ فإنّ ذلك لا يشمل الخطايا المحكوم بها في جرائم الجباية والغابات، وبالتالي تباشر إجراءات التنفيذ بالنسبة إلى هذه الخطايا بالرغم من قرار التأجيل(الفقرة 16 من الفصل 53 م.إ.ج).

ويقتضي تحرير المضمون الإشارة إلى جميع البيانات الخاصة بالمحكوم عليه والمحكمة والخطية والقباضة المالية، مع ضرورة التنصيص على طبيعة الحكم إن كان باتا أو قابلا للاعتراض أو الاستئناف وتعمير الإطار الخاص بالمحكمة أسفل المضمون والذي من المفروض أن تعيده القباضة المالية بعد التنفيذ الفعلي(كانت النية تهدف من وراء تعمير

الإطار الخاص بالمحكمة أن تعيده القباضات المالية عند خلاص كامل مبلغ الخطية حتى تتمكن النيابة العمومية من متابعة تنفيذ الخطايا.). وتدرج قيمة الخطية المحكوم بها ويضاف إلى مقدارها الديسمات وهي 50 بالمائة من قيمة الخطية المحكوم بها حسب الفصل الثاني من الأمر المؤرخ في 17 جوان 1954 والمعلوم القار وهو 500 مليم بالنسبة إلى المخالفات وديناران بالنسبة إلى الجنح والجنايات، يوظف على كلّ ملف مهما كان عدد المحكوم عليهم حيث يجب تقسيم المبلغ على عدد المحكوم عليهم في صورة تعدّدهم، وهو معلوم اقتضاه القانون مقابل إعفاء الأحكام الجزائية التي ليس بها قيام بالحق الشخصي من التسجيل بالقباضة المالية(الفصل 9 عدد 5 من القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بإصدار مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي.).

وتوجه المضامين أخيرا بواسطة البريد المضمون الوصول إلى القباضة المالية المختصة بحسب طبيعة الخطايا إن كانت عامة أو ديوانية أو صحية تبعا لمقر المحكوم عليه، على أن يكون ذلك في الخامس عشر من كلّ شهر حسب ما اقتضته الإجراءات التنظيمية بين المحاكم والقباضات المالية. وقد اقتضت الإجراءات كذلك توجيه المضامين رفقة جدول إحالة وقائمة مفصلة في المضامين ومكتوب خاص بإعلان الإحالة. ويدرج بجدول الإحالة اسم المحكمة والقباضة الموجه إليها وعدد المضامين وعدد الجدول ومبالغ الخطايا ويكون ممضى ومؤرخ من قبل كاتب التنفيذ ويحمل طابع المحكمة. وتحمل القائمة المفصلة تفصيلا للمضامين بحساب سبعة مضامين بكل صفحة، على أن تبقى فراغات بين كلّ تنصيص وتنصيص. ويتضمن مكتوب الإعلان عدد المضامين وعدد الجدول وتاريخه ومقدار الخطايا واسم القباضة الموجه إليها ويوجه الإعلان إلى الإدارة العامة للمحاسبة العمومية(وفي صورة تسرب خطأ إلى البيانات وخاصة ما يتعلق بمقدار الخطايا عادة ما يقع إرجاع الوثائق إلى كاتب المحكمة حتى يقع إصلاحها في الوقت المناسب).

ـ الإجراءات الخاصة في التنفيذ الجبري للخطية: الأصل أن تنفذ الخطايا طوعا، فمباشرة بعد إتمام الإجراءات العامة في التنفيذ وصيرورة الحكم القاضي بالخطية باتا تدعو القباضة المالية المحكوم عليه بغاية الوفاء بالمبالغ المحكوم بها(مباشرة بعد اتصال القابض بمضمون الحكم يوجه تنبيها بواسطة أعوان الأمن إلى المحكوم عليه مع بطاقة إرشادات تعمر من قبل المصالح الأمنية لبيان الحالة المادية للمحكوم عليه.)، وعادة ما يستجيب هذا الأخير لمقتضيات الحكم ويدفع لخزينة الدولة ما ورد بالمضمون التنفيذي.

وتعدّ العقوبات المالية المحكوم بها بوجه بات حقوقا راجعة لخزينة الدولة(الفصل 343 م.إ.ج (نقّح بالقانون عدد 90 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999) ـ تستخلص الخطية والمصاريف لصندوق الدولة من مكاسب المحكوم عليه وعند الاقتضاء عن طريق الجبر بالسجن أو العمل لفائدة المصلحة العامة بطلب من المعني بالأمر يقدم للنيابة العمومية.)، ويلزم المحكوم عليهم بالوفاء بصفة رضائية وعند الاقتضاء يقع جبرهم بالطرق القانونية على تسديد ما بذمتهم من ديون عمومية ويكون ذلك بمقتضى بطاقة تنفيذية أي بطاقة إلزام يصدرها المحاسب المختص ويوقعها وزير المالية. فمباشرة بعد توجيه المضمون التنفيذي إلى القباضة المالية المختصة(وتختلف القباضة المالية المختصة باختلاف طبيعة الخطايا، فإذا كانت الخطايا عامة توجه المضامين إلى القباضات العادية. أما إذا كانت الخطايا ديوانية فيجب توجيه المضامين إلى قباضة الديوانة وإذا كانت النمخالفات صحية توجه المضامين

إلى القباضات البلدية أو المالية المكلفة باستخلاص خطايا المخالفات الصحية) ، تبادر الإدارة إلى تضمين المضامين بالمكان المخصّص لذلك وتدعو المعني بالأمر إداريا لدفع المعاليم المحكوم بها، وفي صورة عدم حضوره ينذر. وإذا لم يوف المحكوم عليه الدين طوعا، تتخذ في مواجهته الوسائل الجبرية، فتحرر بطاقة الإلزام طبق القانون ويعلم بها المدين ويجوز تنفيذها بالرغم من إمكانية الاعتراض عليها حيث يجوز في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلام بها الاعتراض على بطاقة الإلزام أمام محكمة الاستئناف التي يوجد بدائرتها المكتب الصادر عنه البطاقة. ويخضع الإعلام بالبطاقة وتنفيذها لنفس الإجراءات الواردة بمجلة الإجراءات المدنية، غير أنّ العقل التوقيفية والاعتراضات لا تخضع للإجراءات الواردة بمجلة الإجراءات المدنية وإنما اكتفت مجلة المحاسبة العمومية بإنذار إداري(الفصل 30 من مجلة المحاسبة العمومية.). ويقع بيع المكاسب المعقولة طبق الإجراءات الواردة بمجلة الإجراءات المدنية، وإذا لم يشارك أي طرف في البتة أو كانت العروض المقدمة غير مرضية يجوز للدولة أن تطلب التبتيت لفائدتها. وتتمتع الدولة بامتياز عام في استخلاص ديونها عملا بأحكام الفصل 33 من مجلة المحاسبة العمومية، ويلزم، على ذلك الأساس، كلّ من تتوفر بحوزته أموالا راجعة للمدين أن يسلمها للدولة(الفصول 24 إلى 39 من مجلة المحاسبة العمومية.).

لكنّه قد يرفض المحكوم عليه الدفع ويستعصى على القباضة المالية استخلاص ما للدولة من حقّ بالرغم من إنهاء جميع المحاولات في البحث عن مكاسب المحكوم عليه، حينئذ ترفع القباضة المالية الأمر من جديد إلى النيابة العمومية في اتجاه طلب توقيع إجراءات الجبر بالسجن أو أن يطالب المعني بالأمر توقيع العمل لفائدة المصلحة العامة بدلا من الجبر بالسجن، حيث «تستخلص الخطية والمصاريف لصندوق الدولة من مكاسب المحكوم عليه وعند الاقتضاء عن طريق الجبر بالسجن أو العمل لفائدة المصلحة العامة بطلب من المعني بالأمر يقدم للنيابة العمومية(الفصل 343 م.إ.ج (نقّح بالقانون عدد 90 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999).) ".

ويبقى المطلب خاضعا لاجتهاد النيابة العمومية حيث بالإمكان الموافقة على الجبر بالسجن كما يمكن رفضه إذا ظهر أنّ العقوبة سقطت بمرور الزمن على سبيل المثال أو أن القباضة المالية لم تسع إلى البحث عن مكاسب المدين. كما أن طلب المحكوم عليه في قضاء الخطية عن طريق العمل لفائدة المصلحة العامة يبقى بدوره خاضعا لاجتهاد النيابة العمومية، فلا يمكن أن تأخذ به إلا إذا توفرت الشروط القانونية. فإذا رفض الطلب تعاد الوثائق المقدمة إلى القباضة المالية دون إجراء آخر وإذا صادقت النيابة العمومية على إجراء الجبر فإنها تتخذ قرارا يضمن بدفتر الجبر بالسجن يحال إلى الضابطة العدلية بهدف التنفيذ فإن لم تتمكن من إلقاء القبض على المحكوم عليه يدرج بالتفتيش، وتبقى ملحوظة التفتيش فاعلة إلى أن يُلقى القبض على المحكوم عليه أو أن تسقط العقوبة بمرور الزمن. كما أن قضاء العقوبة لفائدة المصلحة العامة يبقى خاضعا لمراقبة قاضي تنفيذ العقوبات بالمحكمة الابتدائية على معنى الفصول 336 وما بعد م.إ.ج، فإذا قبل الطلب في ذلك يحال المطلب إلى قاضي تنفيذ العقوبات لمباشرة متابعة تنفيذ العمل لفائدة العامة.

وينفذ الجبر بالسجن بحساب يوم واحد عن كل ثلاثة دنانير أو جزء الثلاثة دنانير على أن لا تزيد مدته على عامين حتى لو صدر ضدّ المحكوم عليه عدة أحكام وتنفذ عقوبة العمل

ووَضْع شرط السند التنفيذي في العقلة التنفيذية يجعلها مختلفة عن العقلة التحفظية والعقلة التوقيفية، حيث من الممكن أن تجرى هذه العقل حتى قبل صدور حكم في الغرض بشرط أن يأذن القاضي المختص، قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية، بإجرائها[1]، بل ذهب التشريع في بعض الأحكام الاستثنائية إلى إمكانية إجراء العقلة التحفظية بدون إذن وبدون سبق صدور حكم

لفائدة المصلحة العامة بحساب ساعتي عمل عن كل يوم سجن على أن لا تتجاوز مدة العمل القصوى ثلاثمائة ساعة(الفصل 344 م.إ.ج (نقح بالقانون عدد 90 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999).). ولا يسوغ إجراء الجبر بالسجن أو العمل لفائدة المصلحة العامة ضد المسؤول مدنيا والقائم بالحق الشخصي والمحكوم عليهم الذين سنهم دون ثمانية عشر عاما كاملة وقت ارتكابهم للأفعال التي استلزمت التتبع والمحكوم عليهم الذين دخلوا سن السبعين والزوج والزوجة في آن واحد ولو بالنسبة لاستخلاص مبالغ ناتجة عن محاكمات مختلفة(الفصل 345 م.إ.ج (نقّح بالقانون عدد 56 لسنة 1982 المؤرخ في 4 جوان 1982 ثم بالقانون عدد 90 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999).). وتحط مدة الجبر بالسجن إلى النصف، ويمكن أن تستبدل هذه المدة ما لم تتجاوز ستة أشهر بالعمل لفائدة المصلحة العامة بطلب من المحكوم عليه، إذا أدلى المحكوم عليه بشهادة فقر صادرة عن والي الجهة التي بها محل إقامته الاعتيادي تثبت عجزه عن الوفاء أو إذا دخل المحكوم عليه سن الستين دون إمكانية الجمع بين هذين الحالتين(الفصل 346 م.إ.ج (نقّح بالقانون عدد 90 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999).). على أنه إذا امتنع المحكوم عليه من مباشرة العمل لفائدة المصلحة العامة أو انقطع عنه بدون عذر شرعي فإنه يتم اتباع إجراءات الجبر بالسجن. فقط أنه يمكن تعليق تنفيذ العمل لفائدة المصلحة العامة لأسباب صحية أو عائلية أو عند إيداع المحكوم عليه السجن من أجل جريمة أخرى أو عند قضائه للخدمة الوطنية، على أن يبدأ احتساب المدة الجديدة من تاريخ زوال الموجب أو السبب القاطع(الفصل 346 مكرر م.إ.ج (أضيف بالقانون عدد 90 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999).)

والقاعدة في جميع ذلك أنه إذا انتهى الجبر بالسجن لسبب من الأسباب فلا يسوغ إجراؤه من جديد لا لأجل نفس الدين ولا لأجل عقوبات سابقة عن تنفيذه إلا إذا ترتب عن هذه العقوبات بسبب جملة مقاديرها جبر بالسجن لمدة أطول من المدة التي تم قضاؤها. وفي هذه الحالة يجب خصم مدة السجن السابقة من مدة الجبر الجديدة(الفصل 347 م.إ.ج). معنى ذلك أنه في صورة تعدد مطالب الجبر يجب تنفيذ الجبر بالسجن بالنسبة إلى العقاب الذي تتولد عنه أكبر مدة جبر فقط، وإذا قضى المحكوم عليه هذه المدة فلا يلتفت إلى بقية الأحكام إلا إذا لم تحترم قاعدة اعتبار العقاب التي تتولد عنه أكبر مدة، ففي هذه الحالة فقط « يجب خصم مدة السجن السابقة من مدة الجبر الجديدة(الفصل 347 م.إ.ج) ». كما أنّ المحكوم عليه الذي قضى مدة الجبر بالسجن لا تبرأ ذمته من المبالغ المحكوم بها التي نفذ بموجبها الجبر بالسجن، ويبقى المحكوم عليه مطالبا بالدين حتى بعد قضاء فترة الجبر بالسجن(الفصل 348 م.إ.ج).

(1) الفصل 322 م.م.م.ت بالنسبة إلى العقلة التحفظية والفصل 330 م.م.م.ت بالنسبة إلى العقلة التوقفية.

في الغرض، كما في صورة الفصل 408 من المجلة التجارية بعد تنقيحها بموجب القانون عدد 28 لسنة 1996 المؤرخ في 3 أفريل 1996 حيث من الممكن لحامل الشيك المحرر فيه شهادة بعدم الدفع أن يجري بمجرد الاستظهار بذلك الشيك عقلة تحفظية على منقولات الساحب أو المظهر.

ولا يكفي في العقلة التنفيذية أن يتوفر السند التنفيذي بل يجب أن تكون العقلة التنفيذية **من أجل دين ثابت ومعلوم المقدار وحال**. وتكون هذه الحقوق ثابتة بمعنى أن لا جدال فيها وغير متنازع فيها وغير معلقة على شرط ومعينة المقدار بمعنى أنها محدّدة القيمة ومستحقة الأداء بمعنى أنها غير معلقة على أجل ويمكن المطالبة بها حينا. وهي الشروط المفروضة لإجراء العقلة التنفيذية، حيث لا يجوز إجراء عقلة تنفيذية إلا بمقتضى سند تنفيذي ومن أجل دين ثابت ومعلوم المقدار وحال[1].

ويشار كذلك إلى أنّه بوقوع الشرط يصبح الدين ثابتا وأنّ الدين يصبح مستحقّ الأداء في عدّة صور حتى ولو كان في بدايته معلقا على أجل كما في صورة الإفلاس وانقضاء التأمينات، الرهن والكفالة أو موت الكفيل أو إفلاسه، وكذلك في حالة وفاة المدين[2]. ويجوز عندئذ مباشرة العقلة التنفيذية. وفي المقابل ما كان ليجوز ذلك حتى ولو كان الدين في أصله غير معلق على أجل إذا أمهل المدين قضاءً[3].

ويلاحظ كذلك أنّ العقلة التحفظية والعقلة التوقيفية تختلفان من هذه الناحية عن العقلة التنفيذية حيث إنّه من الممكن إجراء عقلة تحفظية لضمان كل دين يبدو أن له أساسا من حيث الأصل وأن استخلاصه مهدد بالخطر ولو كان مؤجلا أو معلقا على شرط[4]، كما أنه من الممكن الإذن بإجراء عقلة توقيفية إذا كان الدين ثابتا ولو كان استحقاقه مقترنا بأجل أو معلقا على شرط[5]. وبذلك يلاحظ أن نظامي العقلة التحفظية والعقلة التوقفية يقعان في حكم الاستثناءات مقارنة بنظام العقلة التنفيذية.

وجاء بآخر الفصل 302 م.م.م.ت. «**مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة**» بمعنى أنّ شرط السند التنفيذي تعوضه جملة من الخصوصيات في

(1) الفصل 302 م.م.م.ت.
(2) الفصل 1497 م.م.م.ت.
(3) الفصل 137 م.ا.ع. في إمهال المدين.
(4) الفصل 322 م.م.م.ت.
(5) الفصل 330 م.م.م.ت.

العقارات المسجلّة وهو السند المرسّم الذي حلّ أجله فالمفروض أنّه يكون سندا في العقلة التنفيذية يقوم مقام السند التنفيذي[1].

الفصل 303 ـ لا يجوز إجراء العقلة التنفيذية إن كان من المتوقع أن لا يتم بيع الأموال المعقولة إلا بصعوبة نظرا لقدر مصاريف العقلة والبيع.

الفصل 304 ـ عمليات التنفيذ فيما عدا الديون الموثقة برهن أو امتياز تقع على الأموال المنقولة فإن لم تكن كافية أم كانت غير موجودة فإن التنفيذ يقع على العقارات.

الفصل 305 ـ 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 لاشترائه أو صنعه أو إصلاحه.

الفصل 306 ـ ليس لمن كان مرتهنا أو صاحب امتياز خاص من الدائنين أن يطلب عند كفاية مكاسب مدينه المخصصة لضمان دينه بيع غيرها من المكاسب.

وليس له أن يعارض في عقلة المنقولات أو العقارات المخصصة لضمان دينه أو في بيعها جبريا متى طلب ذلك غيره من الدائنين وإنما له الاعتراض على المتحصل من البيع وإظهار ما له من حق الأولوية عند توزيع الثمن.

لكن له أن يعارض في عقلة المكاسب وبيعها جبريا من طرف غيره من الدائنين عندما تكون قيمة المكاسب المخصصة لضمان بدينه غير كافية لخلاصه.

الفصل 307 ـ لا يمكن إجراء عقلة تنفيذية على أكثر مما يلزم لخلاص الدائن العاقل.

الفصل 308 ـ لا يقبل العقلة :

1) ما يلزم للمعقول عنه وعائلته من الفراش والملابس وأواني الطبخ،

2) الآلات والكتب اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حد ما قيمته مائة دينارا حسب اختياره،

3) الكتب والأدوات المدرسية اللازمة لتعلم من هو في كفالة المعقول عنه من الأولاد،

4) ما يكفي من طعام المعقول عنه وعائلته مدة خمسة عشر يوما،

(1) يراجع باب العقلة التنفيذية في العقارات المسجلة، الفصل 451 م.م.م.ت.

5) الأوسمة والرسائل والأوراق الشخصية والأشياء المقدسة وما هو ضروري للقيام بالواجبات الدينية.

ويجب أن ينص بمحضر العقلة أو محاولة العقلة وعند الاقتضاء على الأشياء غير القابلة للعقلة التي بقيت في حوز المدير.

التعليق على الفصول 303 إلى 308

وردت الفصول 303 إلى 308 م.م.م.ت. في بيان المكاسب الخاضعة للتنفيذ والمبدأ أنّ جميع مكاسب المدين خاضعة للتنفيذ وبالتالي للعقلة، فالقاعدة واردة بالفصل 192 م.ح.ع وهو أنّ مكاسب المدين ضمان لدائنين يتحاصصون ثمنها إلا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض.

غير أنّ المنقولات مقدمة على العقارات في التنفيذ حيث إنّ عمليات التنفيذ تقع على الأموال المنقولة وإذا لم تكن كافية أو غير موجودة فإن التنفيذ يقع على العقارات[1]. فقط إذا سبق رهن أملاك المدين رهنا عينيا فالأكيد أنّ التنفيذ يجب أن يقع بداية على المرهون ثمّ إذا لم يستوف الدّائن حقّه جاز له عقلة بقية ممتلكات المدين طبق قاعدة تقديم المنقولات على العقارات.

ولا يمكن لمن كان له تأمين خاص على عقار أو منقول أن يعترض على عقلته وبيعه وله أن يعترض على دفع الثمن، فقط إذا كان ثمن العين لا يكفي لخلاصه من الممكن حينئذ أن يعترض على إجراء العقلة[2].

والقاعدة الثانية أنّ العقلة لا يجب أن تقع على منقول تافه لا يرجى بيعه كما لا يعقل زيادة عما يكفي لخلاص الدّين، فلا أكثر ولا أقلّ.

وإذا اقتضى الأمر عقلة العقار فيدخل في ذلك العقار الحكمي[3]، فلا يمكن عقلته منفردا بل يعقل مع العقار الطبيعي والاستثناء في ذلك هو أنه من الممكن عقلة العقار الحكمي وبيعه منفردا مثل المنقولات في ديون تعود لمن صنعه أو باعه أو لمن أقرض مالا لاشترائه أو صنعه أو إصلاحه.

(1) الفصل 304 م.م.م.ت.

(2) علي كحلون: قانون التأمينات، المرجع السابق، ص. 303.

(3) علي كحلون: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص. 2 وما بعد في تعريف العقارات الحكمية.
يراجع كذلك علي كحلون، التعليق على مجلّة الحقوق العينية، الفصول 2 إلى 11 م.ح.ع.

ولا يمكن عقلة أملاك الغير، وإذا شمل محضر العقلة ملك الغير يجوز للغير أن يستشكل الأمر أمام عدل التنفيذ القائم بالتتبع حيث إنّه «إذا ادعى الغير ملكية المعقول كلا أو بعضا فإن العدل المنفذ بعد إجرائه العقلة يستدعي الطرفين للحضور لدى حاكم الأمور المستعجلة بمكان العقلة وفقا لأحكام الفصلين 210 و211 م.م.م.ت. وإذا رأى هذا الحاكم أن دعوى الاستحقاق جدية فإنه يأذن بتوقيف أعمال التنفيذ ويضرب لمدعي الاستحقاق أجلا قدره خمسة عشر يوما لرفع الأمر لمحكمة الأصل. وإذا تم نشر دعوى الاستحقاق في هذا الأجل فإن التتبعات تتوقف وجوبا إلى أن يقع النظر بصفة باتة في تلك الدعوى. وإذا لم يدل مدعي الاستحقاق بما يفيد نشر دعواه في الأجل المذكور فإنه يقع استئناف التتبعات بداية من الحد الذي انتهت إليه في أول الأمر وبدون أي إجراء آخر أو حكم. ودعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتتبعات والمعقول عنه ولم تشتمل على بيان حجج الملكية[1]». وتنطبق إجراءات الاستشكال على إجراءات عقلة المنقولات وعقلة العقارات غير المسجلة[2].

ولا يمكن كذلك عقلة أملاك سبق عقلها، بل يُكتفى في هذه الصورة بالاعتراض على العقلة إذا سبق إجراؤها وذلك بواسطة عدل تنفيذ، ويمكّن الاعتراض الإبقاء على العقلة إلى نهايتها ولو تراجع من قام بها والمشاركة في نهاية الأمر في توزيع المال كلّ حسب مرتبته[3]. وحتى لو وقعت العقلة على عقلة دون علم فتقوم العقلة الثانية مقام الاعتراض.

واستثنى المشرع العديد من الأملاك التابعة للمدين وجعل عقلتها غير ممكنة لاعتبارات المصلحة العامة أو لاعتبارات شخصية.

فلا يجوز عقلة مكاسب النقابات المهنية أي العقارات والأثاث اللازم لنشاط النقابات ولمكتباتها ودروسها وأموال صناديقها الخاصة للإسعاف المتبادل والتقاعد فيما يخص الجرايات العمرية ورؤوس الأموال المؤمن عليها من طرف الجمعيات التعاونية [4]. ولا يجوز عقلة المبالغ الراجعة للمقاولين في أشغال

(1) الفصل 403 م.م.م.ت.
(2) الفصل 462 م.م.م.ت.
(3) الفصول 313 و314 و315 م.م.م.ت.
(4) الفصل 245 من مجلة الشغل.

لها صبغة عمومية إلا بعد إنهاء الأشغال وطرح أجور العمال وحقوق المزودين بالمواد التي استعملت في الأشغال[1]، ولا يجوز عقلة الأوراق التجارية[2].

ولا يقبل العقلة ما يلزم للمعقول عنه وعائلته من الفراش والملابس وأواني الطبخ، والآلات والكتب اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حد ما قيمته مائة دينارا حسب اختياره، والكتب والأدوات المدرسية اللازمة لتعلم من هو في كفالة المعقول عنه من الأولاد، وما يكفي من طعام المعقول عنه وعائلته مدة خمسة عشر يوما، والأوسمة والرسائل والأوراق الشخصية والأشياء المقدسة وما هو ضروري للقيام بالواجبات الدينية[3]. ولا تقبل العقلة التوقيفية النفقة إذا صدر بها حكم والتسبيقات ذات الصبغة المعاشية عن تعويض ضرر ناشئ عن جنحة أو شبهها، والمبالغ التي تمنحها الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية بعنوان إعانة فردية دورية أو عرضية مهما كان مبلغها ومستحقها. على أن عدم قابلية العقلة المشار إليه لا يمكن الاحتجاج به على الدائنين الذين أمدوا المدين المعقول عنه بالمواد الغذائية والأشياء وغير ذلك مما هو ضروري للحياة[4]. ولا يقبل الأجر العقلة إلا في حدود نسبة معينة[5]. وتخرج عن العقلة جرايات حوادث الشغل والأمراض المهنية ومنح الضمان الاجتماعي[6].

الفصل 309 ـ تهدف كل عقلة إلى وضع ما تتناوله من الأموال تحت يد العدالة ومنع المدين من التصرف فيها في مضرة دائنيه. فكل ما يقع حينئذ من تفويت بعوض أو بدونه أو كراء للأموال المعقولة وكذلك ما يتم إنشاؤه عليها من حقوق رهن أو غيرها من الحقوق العينية باطل ولا عمل عليه إزاء الدائنين.

التعليق على الفصل 309

ورد الفصل 309 م.م.م.ت. في باب الأحكام العامة لوسائل التنفيذ وهو يرمي إلى بيان الهدف من كلّ عقلة مهما كانت طبيعتها، حيث «تهدف كل عقلة

(1) الفصل 352 م.م.م.ت.
(2) الفصلان 299 و374 من المجلة التجارية.
(3) الفصل 308 م.م.م.ت.
(4) الفصل 331 م.م.م.ت.
(5) الفصلان 354 و355 م.م.م.ت.
(6) قانون 21 فيفري 1994 المتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع الخاص وقانون 28 جوان 1995 في القطاع العام وقانون 14 ديسمبر 1960 المنظم لضمان الاجتماعي.

إلى وضع ما تتناوله من الأموال تحت يد العدالة ومنع المدين من التصرف فيها في مضرة دائنيه. فكل ما يقع حينئذ من تفويت بعوض أو بدونه أو كراء للأموال المعقولة وكذلك ما يتم إنشاؤه عليها من حقوق رهن أو غيرها من الحقوق العينية باطل ولا عمل عليه إزاء الدائنين[1]».

فالهدف الأساسي من كلّ عقلة هو أن يوضع المال تحت يد العدالة لمباشرة الإجراءات التي يقتضيها القانون، والنتيجة الأساسية في ذلك أن يمنع المدين من التصرف في المعقول بمجرد إنجاز الإجراءات المطلوبة، فلا يمكن أن يأتي المدين جميع أعمال التصرف les actes des dispositions أي أعمال التفويت، وهي جميع الأعمال التي ينجر عنها انتقال الحق مثل البيع و المعاوضة والمساهمة بشركة أو إنشاء الحق مثل الرهن، ومن باب أولى جميع أعمال التبرع les donations. فكلّ ما يأتي في باب التفويت أو التبرع جزاؤه البطلان المطلق بنص القانون. فليس للمدين أن يأتي تلك الأعمال وإن أتاها فهي باطلة بطلانا مطلقا. فلم يقف المشرع في حدود جزاء عدم المعارضة بالتصرف بل نصّ صراحة على جزاء البطلان. فلا يمكن لجزاء عدم المعارضة أن يفي بحاجة العقلة.

والقاعدة أنّ أعمال التفويت والتبرع ممنوعة دون أعمال الإدارة les actes d'administration وهو ما يدخل في الاستعمال والاستغلال ضرورة أنّ عناصر الملكية تردّ عادة إلى أعمال التصرف أي التفويت والاستعمال والاستغلال. ومع ذلك فإنّ العقلة، مهما كانت طبيعتها، تمنع من حيث المبدأ أهم عمل في باب الإدارة وهو الاستغلال فلا يمكن أن يتولى المدين كراء المعقول و الكراء من الاستغلال. وإن أتاها المدين فهو عمل باطل مطلقا.

وبذلك فإنّه بمجرد إجراء العقلة ترفع يد المدين عن التصرف قانونا أو التبرع في المعقول وتمنع عليه حتى أعمال الإدارة، فذلك مقتضى العقلة التنفيذية.

وأورد المشرّع في باب العقلة التوقيفية أنّ « العقلة التوقيفية تهدف إلى جعل المبالغ المالية والمنقولات المسلطة عليها العقلة موقوفة بيد المعقول تحت يده ونصب هذا الأخير حارسا لها إلا إذا فضل تسليمها للعدل المنفذ وإذا لم يتم هذا التسليم فإنه يتحتم عليه تحت مسؤوليته الشخصية أن لا يتخلى عن المبالغ والمنقولات المذكورة إلا بموجب اتفاق على رفع العقلة أو حكم قاض بصحة العقلة التوقيفية أو بطلانها أو رفعها وذلك مع مراعاة أحكام الفصل314 [2]

(1) 309 م.م.م.ت.

(2) الفصل 333 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).

م.م.م.ت. ». فذلك يعني أن يجمد المال بمعنى أن يمنع المدين ليس فقط من التصرف قانونا في المعقول أو في استغلاله بل كذلك من استعماله، فإذا كانت كل عقلة، مهما كانت طبيعتها، تهدف إلى وضع ما تتناوله من الأموال تحت يد العدالة ومنع المدين من التصرف فيها في مضرة دائنيه. فكل ما يقع حينئذ من تفويت بعوض أو بدونه أو كراء للأموال المعقولة وكذلك ما يتم إنشاؤه عليها من حقوق رهن أو غيرها من الحقوق العينية باطل ولا عمل عليه إزاء الدائنين (الفصل 309 م.م.م.ت)، أي أن يمنع المدين من التفويت والقيام بالأعمال الهامة المرتبطة بالاستغلال، ويبقى له الحق في الاستعمال، فإن العقلة التوقيفية تهدف من حيث الواقع إلى منع المدين من الاستعمال والاستغلال والتفويت، طالما أن الحراسة تكون بيد المعقول تحت يده[1].

ويرتدّ مفهوم التجميد إلى منع المدين من التصرف في المال ونصب المعقول تحت يده حارسا لها إلا إذا فضل المعقول تحت يده تسليم المعقول إلى عدل التنفيذ. فيمنع بذلك المدين من إحالة الحقوق المعقولة بأية طريقة وتحمل مسؤولية حراسة الشيء على المعقول تحت يده. ولكن ذلك لا يعني نزع الملكية عن المدين وإنما تجميدها بمعنى أن يمنع على المالك مباشرة الأعمال الداخلة في معنى عناصر الملكيّة التصرف القانوني acte de disposition والاستغلال والاستعمال. وكل تصرف قانوني من قبل المدين جزاؤه البطلان. وتحمل المسؤولية على الحارس في صورة التفريط في المعقول.

وأورد المشرّع بالنسبة إلى العقلة التحفظيّة الفصل 324 م.م.م.ت. حيث «تبقى أموال المدين المعقولة في حوزه إلى أن تؤول العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية إلا إذا صدر بخلاف ذلك أو وقعت تسمية مؤتمن عدلي». ومع ذلك تبقى الأموال المعقولة تحفظيا خاضعة كذلك للأحكام الواردة بالفصل 309 م.م.م.ت. ولا يمكن بالتالي للمدين المعقول عنه أن يأتي أي عمل من أعمال التفويت أو الاستغلال مع أنّ الاستعمال يبقى ممكنا للمدين في هذه الصورة بشرط أن لا يأتي بأي عمل من شأنه إضعاف قيمة المعقول وبالتالي الإضرار بحقوق الدّائن العاقل. ومن الممكن عدم إبقاء المعقول بين يدي المدين وتكليف الغير بالحراسة فيمنع المدين من استعمال المعقول.

(1) اعتبرت مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية القديمة العقلة التوقيفية بمثابة الاعتراض opposition.
Pierre marette: procédure civile et voies d'execution, op. cit., p. 126.

والخلاصة في جميع ذلك أنّ العقلة لا تنزع الملكية عن المدين ولا تسقط أهليّته بل تمنع عنه أعمال الهبة والتفويت وتبقي لديه أعمال الإدارة بمعنى حفظ الملك وبإمكانه أن يكون مدّعيا فقط لحفظ هذا المال من الضياع، إلا في صورة تكليف مؤتمن عدلي فإنّه يعود لهذا الأخير رفع القضايا المناسبة.

الفصل 310 ـ على العدل المنفذ أن يسلم في الحال إلى المعقول عنه وإلى المكلف بالحراسة عند الاقتضاء نسخة من محضر العقلة ولو كانت تحفظية ومن محضر تحويل العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية وذلك كلما وقعت العقلة أو التحويل بمحضرهما وإذا تمت العقلة أو التحويل في غير محضرهما وجب إعلامهما بذلك.

التعليق على الفصل 310

ورد الفصل 310 م.م.م.ت. في بيان أهمية الإعلام في العقلة، فمن الإجراءات الأساسيّة أن يعلم العدل المنفذ المباشر للعقلة المعقول عنه أو المكلف بالحراسة بالعقلة ويجب أن يقع الإعلام في الحال إذا كان المدين المعقول عنه والحارس حاضرين ويسلمّ العدل إليهما نسخة من محضر العقلة يوم إجراء العقلة وإن لم يحضرا يجب كذلك إعلامهما بسعي من عدل التنفيذ. وتخضع لهذا الإجراء العقل بأنواعها ولو كانت تحفظية وكذلك صورة تحويل العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية.

الفصل 311 ـ بيع المكاسب المعقولة لا يمكن أن يقع الا بالمزاد العمومي.

التعليق على الفصل 311

ورد الفصل 311 م.م.م.ت. في باب الأحكام العامة لوسائل التنفيذ ليؤكّد على بيع المعقول لا يمكن أن يقع إلا بالمزاد العلني. فالأصل أن البيع يخضع لرضاء الطرفين والمناقشة بين البائع والمشتري ويخضع عقد البيع للأحكام العامة الواردة في الكتاب الأول بمجلة الالتزامات والعقول والأحكام الخاصة الواردة في الكتاب الثاني من نفس المجلّة في باب عقد البيع.

ولكنّ عقلة المنقول يوجب مباشرة إجراءات المزاد العلني فلا يجوز البيع بالمراكنة وإنما لا بدّ من إتمام إجراءات الإشهار وإعلام الغير بموعد البيع حتّى يتسنّى الحضور والمشاركة في المزايدة. كما أنّ عقلة العقار توجب مباشرة إجراءات التبتيت العقاري أمام المحكمة الابتدائية. وسواء كان موضوع العقلة

منقولا أو عقارا فلا يصحّ البيع بالمراكنة بل يتحتّم إتمام إجراءات المزاد العلني وذلك هو مقتضى الفصل 311 م.م.م.ت.

وللبيع بالمزاد العلني خصوصياته إذ أنّه لا يتمّ إلا بعد إتمام شكليات محدّدة ولا يصحّ التمسك بالعيوب الخفيّة[1]، ولا يجوز إبطاله إلا بمقتضى حكم إذا ثبتت المخالفة للإجراءات الأساسية أو موضوعا إذا ثبت أنّ البيع شمل ملك الغير، وفي غير ذلك من الصّور لا يصحّ نقض البيع الواقع طبق إجراءات المزاد العلني.

الفصل 312 ـ لا يمكن للأشخاص الآتي ذكرهم المزايدة أو تكليف الغير بالمزايدة نيابة عنهم :

أولا : الأشخاص الفاقدون لأهلية الشراء سواء كانت عامة أو خاصة بالمكاسب المعروضة للبيع،

ثانيا : المعقول عنه،

ثالثا : الأشخاص الذين اشتهروا بعسرهم.

التعليق على الفصل 312

فبعدما أقرّ المشرّع أنّ بيع المعقول لا يقع إلا بالمزاد العلني بالفصل 311 م.م.م.ت. انتهى بالفصل 312 م.م.م.ت. إلى بيان الأشخاص الذين بإمكانهم المشاركة في المزايدة في البيع الواقع بتلك الطّريقة.

وإذا كان الأصل أنّه يجوز لكلّ شخص المشاركة في المزايدة فإنّه مع ذلك لا يصح لفاقد أهلية الشراء ويدخل ذلك في أهلية التفويت إجمالا ويمنع فاقد الأهليّة من أن يشارك في المزايدة ولو بواسطة اللهم إلاّ إذا كانت له الأذون التي تخول للنائب إتمام أعمال التفويت في حقّه، كما لا يجوز للمعقول عنه أن يشارك كذلك، ويلحق المنع الأشخاص الذين اشتهروا بعسرهم.

أما المعقول عنه فهو المدين بطبيعة الحال، أما فقدان أهلية الشراء فتلحق القاصر والسفيه وضعيف العقل والمجنون والشخص المعنوي إذا لم تكن للممثل القانوني القدرة على الشراء[2]، ويصعب تحديد مفهوم الشهرة بالإعسار إذا لم يسبق تفليس المزايد. فإذا سبق صدور حكم بالتفليس في مواجهة المزايد فالأكيد أنّ المفهوم يتحقّق، ولكنّ المشرّع لم يشترط سبق صدور حكم بالتفليس

(1) الفصل 674 م.ا.ع.

(2) يراجع التعليق على الفصل 19 م.م.م.ت.

بل اكتفى بمعنى الاشتهار بالإعسار. وأكثر من ذلك أنّ المشرع لم يعرّف معنى الإعسار ولم يورد بابا خاصا بالإعسار بمجلة الالتزامات والعقود أو في غيرها من المجلات. واستقرّ الفقه على اعتبار إعسار المدين أنّه عدم كفاية مكاسب المدين للوفاء بديونه، فهو مفهوم يختلف عن مفهوم الفقر أو العدم أو المماطلة في معانيها المدنيّة أو التوقف عن الدفع والإفلاس في معانيه التجاريّة، لأنّ الإعسار يقوم على فكرة المقاربة بين العناصر الإيجابية والعناصر السلبية للذمة الماليّة[1].

ولم تنظّم مجلّة الالتزامات والعقود صورة الإعسار حتى في شكلها الفردي[2]، بمعنى أن يصدر الحكم بمنع المدين من التصرف في ماله وينتفع كلّ دائن بأثر

(1) الفقر هو انعدام المال دون الوصول إلى حالة الإعسار والمماطلة أن يتأخر المدين عن الدفع في الوقت المحدد والعدم أن لا يعرف للمدين مال ظاهر أو خفي والتوقف عن الدفع أن تصبح المؤسّسة الاقتصادية غير قادرة على مجابهة الديون التي حل أجلها بما هو موجود لديها من سيولة على معنى الفصل 18 فقرة ثانية من قانون إنقاذ المؤسسات والإفلاس تصريح قضائي بعد ثبوت التوقف عن الدفع إخضاع المدين للإجراءات الجماعية على معنى الفصول 39 و46 و54 م.ت.

(2) وقد كانت صورة الإعسار تقتضي في عهد القانون الروماني، بعد أن انتقل التنفيذ إلى الذمة المالية، أن يستأذن الدائنون بالقيام بإجراءات خاصة بهدف التحوز بمال المدين missio in possessionem - l'envoi en possession وكان من أثر هذه الإجراءات رفع يد المدين عن التصرف في ماله، فإذا قام بأي تصرف يمكن للدائنين بواسطة الدعوى البليانية التي كان لها هذا الاستعمال الجماعي أن يعيدوا المال إلى الضمان العام، وكانت هذه الإجراءات منطبقة مهما كانت طبيعة الدين مدنيا أو تجاريا.
وأوجد الفقهاء الأربعة بالمدارس الإسلامية طريقة الحجز على المدين إذا أفلس وذلك بواسطة إصدار حكم خاص بالحجز، ومن آثار هذا الحكم منع المدين من التصرف في ماله في مضرة الدائنين. واعتمدت مجلّة الأحكام العدليّة هذه الطريقة وبينت إجراءات الحجز وآثاره، وهو أن يمنع المدين من التصرف في أملاكه وينتفع جميع الدائنين بهذا الإجراء.
وقد وجدت الإجراءات الجماعية في الأموال المدنية عدّة تطبيقات(اسبانيا ـ هولندا ـ النمسا ـ اليمن ـ فرنسا في بعض الحالات)فيصدر الحكم برفع يد المدين ويشهر الحكم ويقوم المصفي بتصفية أموال المدين، وبعض القوانين لا تميز أصلا بين الإجراءات الجماعية في المادة التجارية أو في المادة المدنية (ألمانيا ـ بريطانيا ـ أمريكا). ونظمت بعض القوانين طريقة الإعسار وأبقت على الإجراءات الفردية في التتبع، أي أن يصدر حكم بإعسار المدين ومن أثر هذا الحكم منع المدين من التصرف في المال مع حلول أجل الديون ويبقى لكلّ دائن حق التنفيذ الفردي، كما هو الحال بالنسبة إلى التشريع المصري.
وقد اعتمد المشروع التمهيدي لمجلة الالتزامات والعقود إجراءات جماعية في تسوية أموال المدين المفلس دون تمييز بين المال المدني أو التجاري، وقد كانت المجلّة المدنية والجنائية لسنة 1861 (26 أفريل 1961 ـ 30 أفريل 1864) وكذلك لائحة القانون التجاري التونسي بتاريخ 14 جانفي 1864 اعتمدتا إجراءات جماعية. لكنّ هذه الأحكام

الحكم بمعنى أن يصحّ لجميع الدائنين منفردين إتمام إجراءات التنفيذ دون أن تسند مهام التصفية إلى من يمثل الدائنين. وأشار القانون التونسي بفصول متناثرة إلى مفهوم الإعسار كما في صورة الفصل 312 م.م.م.ت. متى منع المزايدة في بيع المعقول على من اشتهر بعسره والفصل 1499 م.ا.ع. في منع التجريد في الكفالة، أي عدم تتبع أموال المدين بداية، في حالة إذا كان إعسار المدين مشهورا والفصل 148 م.ا.ع. في حلول الأجل بسبب الإعسار والفصل 39 م.أ.ش في إعفاء الزوج من النفقة في حالة الإعسار وإمكانية طلب الزوجة الطلاق والفصل 47 م.أ.ش في تقديم الأم على الجد في الإنفاق على ولدها في حالة إعسار الأب. ولم يضبط المشرع طريقة معينة في إثبات الإعسار، كما لم يخصص دعاوى خاصة بالإعسار، ويمكن أن يأتي الطلب ضمن فروع الدعوى، وليس في ذلك إجراءات خاصة في القانون التونسي، والأغلب أن يكون الإعسار من حيث التطبيق وسيلة دفع تتثبت المحكمة من وجوده دون أن يكون للتاريخ أهمية في ذلك، وإذا أخذت به المحكمة فليس لهذا الحكم من أثر مطلق يتجاوز علاقة الأطراف بالدعوى، وليس له من أثر على الموضوع سوى ما ورد بالنصوص الخاصة الواردة على سبيل الحصر، وقد تختلف هذه الآثار من حالة إلى أخرى، فقد يكون من أثره سقوط الأجل (الفصل 149 م.ا.ع) أو منع المدين من المزايدة (الفصل 312 م.م.م.ت) أو حرمان المدين من التمسك بمماطلة الدائن (الفصل 285 م.ا.ع) أو رجوع المدين المتضامن على بقية المتضامنين (الفصل 189 م.ا.ع) أو رجوع المحال له على المحيل (الفصل 213 م.ا.ع) أو انقضاء عدد من العقود مثل عقد الوكالة (الفصل 1157 م.ا.ع) والمغارسة (الفصل 1415 م.ا.ع) والشركة (الفصل 1318 م.ا.ع) والتبرّع (الفصل 552 م.ا.ع) أو مباشرة الوسائل التحفظية على معنى مجلة المرافعات المدنية أو العلاجية أي دعاوى الحفاظ على الضمان العام على ما تقدّم. والمهم في جميع ذلك أنّ الإعسار على تشتته وانعدام تنظمه بمجلة الالتزامات يمكّن الدائنين بصفة فرديّة من إرجاع المال إلى الضمان العام والتنفيذ عليه في المواطن الواردة بتلك النصوص الخاصة[1]. وعلى أساس هذه

لم تعتمد نهاية بمجلّة الالتزامات والعقود. وتبنى قانون المرافعات المدنية بتاريخ 24 ديسمبر 1910 إجراءات فردية وفصل بين الإجراءات المدنية والتجارية، وهو نفس الاتجاه المعتمد أخيرا بالمجلة التجارية الصادرة بتاريخ 5 أكتوبر 1959 كما هي منقحة في عدّة مناسبات (1966 ـ 1986 ـ 2002) وبقيت بذلك الإجراءات الجماعية خاصة بالتجار، أما بالنسبة إلى الديون المدنية فتخضع لإجراءات فردية.

(1) يقترح البعض تنظيم إجراءات خاصة بالإعسار على أساس النصوص القانونية الموجودة

المفاهيم فإنّ الأمر يبقى موكولا للمحكمة في حالة التبتيت العقاري وإلى عدل التنفيذ في حالة عقلة المنقول ولهما رفض المشاركة في التبتيت إذا وقع الدّفع بالإعسار ومن الممكن الاحتجاج بأحكام صادرة بالأداء في مواجهة المزايد. وإذا لم تحترم هذه الشروط الأكيد أنّ المزايدة تكون باطلة ومن الممكن الحكم بالبطلان.

الفصل 313 ـ الدائنون المخول لهم الحق في التنفيذ الجبري ليس لهم فيما يخص مكاسب المدين التي سبق أن أجريت عليها عقلة تنفيذية أو عقلة توقيفية إلا الاعتراض على المتحصل من البيع أو من الأموال المعقولة توقيفا وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة.

ويتم هذا الاعتراض بواسطة أحد العدول المنفذين الذي يتولى تحرير محضر يبلغه للمدين المعقول عنه وللعدل المنفذ المكلف بالبيع إذا كان المعقول من المنقولات أو للمحامي القائم بالتتبع إذا كان من العقارات أو للمعقول تحت يده إذا كان الأمر يتعلق بعقلة توقيفية.

ويجب أن ينص بالمحضر على السند التنفيذي الذي بمقتضاه وقع الاعتراض وعلى إعلام المدين بهذا السند وكذلك على مقدار الدين ويجب أن يحتوي بالإضافة إلى ذلك على اختيار الدائن المعترض لمقر بجهة مقر المعقول عنه والإخلال بأي إجراء من هذه الإجراءات يترتب عنه بطلانه.

الفصل 314 ـ إن الاعتراض المشار إليه بالفصل المتقدم يخول للدائن القائم به الحق أن يساهم في توزيع الثمن المتحصل من البيع أو من الأموال المعقولة توقيفيا.

ولا يمكن إبطال العقلة أو رفعها كلا أو بعضا ولا الإذن بإبطالها أو رفعها كلا أو بعضا إلا برضاء الدائنين المعترضين أو بمقتضى حكم تمكن معارضتهم به.

الفصل 315 ـ العقل الجديدة التي قد تجري على مكاسب معقولة مع عدم العلم بالعقلة الأولى تقوم مقام الاعتراض.

وذلك بإثبات الإعسار بواسطة حكم استعجالي وإشهاره بدفتر خاص، ويمكن تكليف المصفي في حالة الوفاة باستدعاء الدائنين أثناء السعي في إتمام مشروع القسمة وإقرار إجراءات جديدة في تمكين غير القائمين والمعترضين على العقلة في المشاركة في التوزيع. وتبقى الإمكانية واردة في تنظيم إجراءات جماعية بالنسبة إلى الديون المدنية على غرار الإجراءات الجماعية في المادة التجارية.
حاتم الرواتبي، المرجع السابق، ص 462 وما بعد.

الواضح من خلال الفصول 313 و314 و315 م.م.م.ت أنه لا يجوز إجراء عقلة على عقلة. فإذا سبق إجراء عقلة، يدخل ما يأتي بعدها في إطار الاعتراض، إذ يكفي تحرير محضر اعتراض بواسطة عدل تنفيذ وتضمينه البيانات الضرورية ويوجه إلى المعقول عنه حتى تتحقق المشاركة في توزيع المال المعقول. ولكن السؤال الذي عادة ما يطرح وكثيرا ما طرح على المحاكم، هو الآتي: هل يجوز للدائن العاقل إجراء عقلة ثانية تحت يد شخص آخر غير المعقول تحت يده أولا وعلى أساس نفس السندات؟

والحقيقة أنّه رغم تعدّد الآراء وتناقضها في بعض الأحيان، فإنّ العقلة التوقيفية وسيلة إجرائية مرتبطة بطرق التنفيذ(أ) تهدف إلى حفظ وتجميد المال المعقول (ب) لا يمنع القانون أو القضاء من إجرائها ولو سبق الإذن بالعقلة (ت).

أ ـ العقلة التوقيفية وسيلة إجرائية مرتبطة بطرق التنفيذ

جملة أموال المدين تعدّ قانونا الضمان العام في تنفيذ الالتزام، وللدائن جملة من الوسائل الإجرائيّة والأصليّة تمكّنه من التنفيذ. فما يضمن تنفيذ الالتزام هو وجود الضمان العام وتوفر جملة من الدعاوى للدائن تسمى بدعاوى الضمان العام. والضمان العام أن تكون جميع أموال المدين ضامنة للتنفيذ، بمعنى أن الذمة الماليّة للشخص هي الضامنة للتنفيذ، وقد أورد الفصل 192 م.ح.ع هذه القاعدة بقوله «مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها إلا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض»[1]. معنى ذلك أنّ الذمة الماليّة

---

(1) الذّمّة الماليّة هي مجموع الحقوق الماليّة والواجبات الماليّة سواء كانت ذات طبيعة عينيّة أو شخصيّة، سواء كانت حاضرة أو مستقبلية، فهي مجمل الحقوق والالتزامات ذات الطّبيعة الماليّة الموجودة والتي ستوجد مستقبلا. فيخرج عن ذلك وجوبا الحقوق التّي ليس لها قيمة ماليّة مثل حقوق الإنسان والحقوق الأدبيّة للمؤلّف والولاية وغير ذلك من الحقوق المعنويّة. وفي ذلك نظريّتان تقليديّة وأخرى حديثة.
أمّا النّظريّة التقليديّة فتغالي في ربط الذمّة الماليّة بالشخص ولا تعترف إلاّ بوجود ذمّة ماليّة واحدة، فلا يمكن الحديث عن تعدّد الذّمن مهما كانت الصّورة. لكنّ النّظريّة الحديثة فصلت بين الذمّة الماليّة والشّخص وربطت بين مفهوم الذّمّة ومفهوم التّخصيص لتبرير الحديث عن إمكانيّة تعدّد الذّمم الماليّة. وبذلك أصبح لمفهوم الذمّة مفهوم وظيفي بعدما كان مجرّد حقّ. فقد قامت النظرة التقليديّة على فكرتين أساسيّتين فكرة مجموع المال وفكرة الاندماج في الشخصيّة. ومن شأن الفكرة الأولى أن تبرّر قيام عدّة مفاهيم قانونيّة وأهمّها فكرة الضّمان

ضامنة لتنفيذ الالتزام إلا ما استثناه القانون بحكم طبيعة بعض الأموال، فتبقى خارجة عن الضمان العام مثل الأموال ذات الصبغة المعاشية وبصفة عامة كلّ الأموال التي لا يمكن حجزها أو عقلتها عملا بأحكام مجلة المرافعات المدنية. وليس لدائن أفضليّة على الآخر، فجميع الدائنين العاديين متساوون فيما بينهم[1]. ويمكن لكلّ دائن أن يتداخل بالإجراءات لطلب المشاركة في الدين حسب قيمة دينه، بما في ذلك أصحاب الحقوق العينية، إنما يرتقي صاحب الرهن أو الامتياز أو الحبس درجة عن الدائن العادي بحكم القانون بسبب التأمين الخاص الذي يتمتّع به كلّ منهم على عين محدّدة. ويعدّ كل من الرهن والامتياز والحبس من قبيل الحقوق العينيّة ويقال لها تبعيّة لأنّها تضمن دينا أصليّا، وهي عينيّة لأنّ بها ما يميّز الحقّ العيني، سلطة مباشرة وتتبّع وتفضيل. ويمكن أن تكون للدائن العادي وضعيّة أفضل إذا توفّر له التأمين الشخصي مثل الكفالة والتضامن وغير ذلك. ولكنّ الدائن العادي المحض هو الذي ليس له تأمين عيني أو شخصي، فليس له إلا الضمان العام، أي الذمة المالية التابعة لمدينه[2]. وعلى ذلك الأساس تقوم

العام، أي أن يكون مجموع المال ضمانا للدّائنين، وفكرة انتقال تركة المورّث إلى الورثة بما عليها من ديون وفكرة الحلول العيني. ومن شأن الفكرة الثّانية، أي فكرة الاندماج، أن تبرّر فكرة عدم قابليّة الذمّة للانفصال عن الشّخص وفكرة عدم جواز تجزئتها أو تعدّدها. فلا يجوز التّصرّف في تركة مستقبليّة ولا يمكن إحالتها للغير مع قيام الشّخص صاحب الذمّة الماليّة. لكنّ النظرة الحديثة ترى أنّه يمكن الوصول إلى تحقيق جملة تلك الأفكار دون التقيّد بمفهومي المجموع من المال والاندماج في الشخصيّة، إذ يكفي وجود شخص لإتمام التّنفيذ دون حاجة إلى الضّمان العام، فالمديونيّة تقابلها المسؤوليّة. كما أنّه لا يمكن القبول بانقضاء ديون الميّت وبقائها دون وفاء إعمالا لمبادئ العدالة والإنصاف، فتنتقل الالتزامات بذلك إلى الورثة دون حاجة إلى فكرة مجموع المال. كما أنّ فكرة الحلول العيني التّي تجعل الذمّة الماليّة بمثابة الأشياء المثليّة متى يحلّ بعض المال مكان الآخر حلولا عينيّا، لا يمكن أن تبرّر بفكرة مجموع المال، بل إنّ فكرة التّخصيص كافية لتحقيق أهداف الحلول العيني دون حاجة إلى معنى مجموع المال. وواضح كذلك أنّه يمكن الوصول إلى فكرة منع إحالة التركة المستقبليّة دون حاجة إلى مفهوم الاندماج.

وإذا أصبح بالإمكان القول بأنّ فكرة الاندماج في الشخصيّة قد سقطت وأصبح من الممكن أن تتعدّد الذّمم الماليّة، فإنّ فكرة مجموع المال مازالت فاعلة وتأتي سندا لفهم عدّة مؤسّسات قانونيّة، ومن ذلك التمييز بين الخلف العام والخلف الخاص والدّعاوى غير المباشرة والمنحرفة والصوريّة التّي يمارسها الدّائن العادي حماية لحقوقه، وقد يقصر مفهوم المديونيّة والمسؤوليّة عن تقديم التعليل الكافي كأساس لهذه المؤسّسات.

(1) إلا إذا سبق البعض وباشر إجراءات التنفيذ لوحده وقبض المال دون تداخل بقية الدائنين.

(2) الأغلب أن الدائن العادي هو الدائن الذي ليس له تأمين خاص، عينيّا أو شخصيّا، ولكن من رجال القانون من يجعل تصنيفات داخل إطار معنى الدائن العادي فيميّز بين الدّائن العادي

المصلحة للدائنين العاديين في المحافظة على الضمان العام، فلهم مراقبة كلّ ما يزيد في قيمته أو في إضعافه ومراقبة تصرف المدين في تقوية أصوله أو أضعافها. ولهم التحرك كلما كان التصرف من شأن إضعاف الضمان العام أو أهمل المدين التصرف العادي أو أغفل اتخاذ الإجراءات اللازمة.

ولم تكن هذه الطّرق معلومة في البداية، فقد كانت الفكرة السّائدة بالقانون الرّوماني هي التّنفيذ على شخص المدين، فيحقّ للدّائن حبس المدين وحتّى تعذيبه وربّما قتله بغاية استخلاص ما له عليه من دين. ثمّ انتقلت الفكرة إلى التّنفيذ على الذّمة الماليّة للمدين، ومن ذلك خرجت فكرة الضّمان العام، أي أنّ مجموع أموال المدين تكون ضامنا لخلاص ديونه، وظهرت، كنتيجة لذلك، عدّة طرق قانونيّة في اتّجاه المحافظة على الذمّة الماليّة، منها ما يعرف بالوسائل التحفظيّة، مثل قطع التّقادم والاعتراض على القسمة والعقل التحفظيّة العقل التوقيفية وغيرها[1]، ومنها ما يتجاوز مسألة التحفّظ ويكاد يصل إلى التّنفيذ، ومن ذلك الدّعوى البليانيّة والدّعوى غير المباشرة أو المنحرفة والدّعوى الصّوريّة. ويهدف جميعها إلى ضمان بقاء المال بالذمّة الماليّة وربّما أخذ الأولويّة للانتفاع بما للمدين لدى الغير.

ونتيجة لفكرة الضّمان العام ظهر بعد ذلك ما عرف بالتأمينات الشخصيّة التّي تقوم على فكرة إضافة ذمّة ماليّة إلى ذمّة ماليّة أخرى، ومن ذلك الكفالة وتضامن المدينيين وعدم قابليّة الالتزام للقسمة وغيرها[2]. ثمّ ظهرت التأمينات العينيّة في

المنتفع بتأمين شخصي والدائن العادي المحض. ويعرّف الدائن العادي أنّه الدائن الذي ليس له تأمين عيني. حيث إنّ التأمين الشخصي يجعل من الدائن العادي أقوى حظا من الدائن المحض الذي ليس له تأمين شخصي لا غير، ولكنّ الدائن الذي له تأمين شخصي يبقى في حقيقة الأمر دائنا عاديا في نهاية الأمر.

حاتم الرواتبي، المرجع السابق، ص 8 عدد 5 وما بعد.

Philippe Malaue et Laurent Aynes, Les suretés, Paris 1995, p. 157 et suiv.

(1) عادة ما يشير رجال القانون إلى إجراءات الحجر وجرد مكاسب المتوفى وأملاكه والائتمان العدلي والاعتراض على القسمة والاعتراض التحفظي والعقلة التحفظية كوسائل تحفظية للمال.

(2) التأمينات الشخصية تمتدّ اليوم إلى عدّة تطبيقات بما في ذلك الكفالة وهي المثال الهام في التأمينات الشخصية والاشتراط لمصلحة الغير على معنى الفصلين 38 و39 م.ا.ع والحوالة غير المبرئة لذمة المحيل والتضامن السلبي بين المدينين وعدم انقسام الدين والحلول الشخصي والضمانات المستقلّة مثل الضمان الذي يدفعه بداية من يشارك بالصفقة العمومية ورسائل التطمين.

مرحلة أخيرة. وقد قامت منذ البداية على فكرة التّخصيص والأفضليّة، وعرف بذلك القانون الروماني الرهن والامتياز وكذلك الفقه الإسلامي. لكنّ القانون الرّوماني كان يطلب في البداية انتقال الملكيّة إلى الدّائن إلى حين استرجاع الدّين، ثمّ انتقل التأمين إلى الحيازة، خشية من التّفريط في الملكيّة، فأصبح هناك ما يعرف بالتأمين الحيازي، فيخوّل الدّائن حيازة العين. ثمّ تطوّر التّطبيق إلى مستوى التّأمين العيني غير الحيازي، فتبقى العين تحت حيازة المدين، وأسند للدّائن في مقابل ذلك حقّ التتبّع.

وقد كان القانون العقّاري لسنة 1885 ينظّم التأمينات العينيّة، ثمّ لمّا وردت مجلّة الالتزامات والعقود سنة 1906 استوعبت أحكام الامتياز والرهن إلى جانب التأمينات الشخصيّة بطبيعة الحال. ولمّا وقع العمل بمجلّة الحقوق العينيّة سنة 1965 نقلت أحكام التأمينات العينيّة إليها وتضمّنت الفصول 192 إلى 193 الأحكام العامّة، ونظّم الامتياز بالفصول 194 إلى 200 م.ح.ع، في حين شملت الفصول 201 إلى 302 م.ح.ع أحكام الرّهن، بما في ذلك رهن العقار (الفصول 270 إلى 302 م.ح.ع الخاصّة بالرهن العقّاري) ورهن المنقول (الفصول 210 إلى 269 في رهن المنقول). وهكذا أصبح هناك نظام خاص بالامتياز ونظام خاص بالرهن. وإذا كان الامتياز هو « حقّ عيني يعطيه القانون في تفضيل بعض الدّائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظرا لصفة ديونهم»[1]، فإنّ

(1) الفصل 194 م.ح.ع. ويعدّ الامتياز حقّ عيني وحقّ قانوني وحقّ تبعي. فهو حقّ عيني لأنّ فيه حقّ الأفضليّة وحقّ التتبّع، وإن ناقش البعض وجود حقّ التتبّع خاصّة بالنسبة إلى التأمينات العامّة. وهو تأمين قانوني لأنّ مصدره القانون. وهو حقّ عيني تبعي لأنّه لا ينشأ إلاّ بنشأة حقّ شخصي أصلي، أي لابدّ من وجود دين شخصي يضمنه.

ومن خصائص الامتياز أنّه يبقي العين تحت تصرّف المدين وفيه نوعان خاص وعام. فالعام ينصرف إلى الضّمان العام، أي إلى ضمان الذّمة الماليّة، والخاص ينصرف إلى مال محدّد. ولا يمكن لصاحب حقّ الامتياز العام أن يعارض بقيّة الدّائنين في التّنفيذ على أموال المدين، ولكن له الحقّ بطبيعة الحال في الاحتجاج بما له من أولويّة وتقدّم. وكذلك الصّورة بالنسبة إلى الامتياز الخاص، فقد اقتضى الفصل 306 م.م.م.ت أنّه ليس لصاحب امتياز خاص « أن يعارض في عقلة المنقولات أو العقّارات المخصّصة لضمان دينه أو في بيعها بيعا جبريّا متى طلب ذلك غيره من الدّائنين وإنّما له الاعتراض على المتحصّل من البيع وإظهار ما له من حقّ الأولويّة عند توزيع الثّمن. ولكن له أن يعارض في عقلة المكاسب وبيعها جبريّا من طرف غيره من الدّائنين عندما تكون قيمة المكاسب المخصّصة لضمان دينه غير كافية لخلاصه ».

وحدّد الفصل 199 م.ح.ع قائمة الدّيون الممتازة مرتّبة كالآتي:

أوّلا: مصاريف تجهيز الميّت

ثانيا: مصاريف التّداوي وهي ديون الأطبّاء والصّيادلة والممرّضين المتألّفة من أجل العلاج وثمن الأدوية عن الستّة أشهر الأخيرة.

ثالثا: المصاريف القضائيّة وهي المصاريف التّي صرفت في مصلحة جميع الدّائنين لحفظ ما هو ضمان للدّائنين وبيعه.

رابعا: مصاريف خزينة الدّولة وهي المبالغ المستحقّة للخزينة العامة من ضرائب وأداءات مختلفة بالشّروط المقرّرة في النّصوص الخاصّة. وقد بقيت هذه النّصوص الخاصّة خارجة عن إطار مجلّة الحقوق العينيّة، وهي كثيرة ومتعدّدة مثل الفصل 33 من مجلّة المحاسبة والفصل 116 من قانون الضّمان الاجتماعي عدد 30 لسنة 1960 المؤرّخ في 14 ديسمبر 1960 والفصل 115 فقرة أولى من مجلّة معاليم التّسجيل والطّابع الجبائي لسنة 1993 والفصل 4 من القانون عدد 65 المؤرّخ في 5 جويلية 1993 المتعلّق بصندوق النّفقة وجراية الطّلاق والفصل 5 من القانون عدد 121 المؤرّخ في 27 ديسمبر 1993 المتعلّق بالدّيوان الوطني للحماية المدنيّة والفصل 2 من قانون 1962 المتعلّق بامتياز الدّيوان التّونسي للتجارة وغيرها.

خامسا: المصاريف المعيشيّة وهي أجور الخدمة والعملة وكلّ أجير آخر وثمن لوازم معاش المدين وعائلته والنفقة كلّ ذلك عن الستّة أشهر الأخيرة.

ولكن هناك العديد من النّصوص الأخرى عدّلت من هذا التّرتيب، مثل الفصل 66 من مجلّة التأمين والفصل 251 من المجلّة القمرقيّة والفصل 151 ـ 2 من مجلّة الشغل. حيث نصّ الفصل 66 من مجلّة التأمين على أنّه « يحمل على أصول مؤسّسات التأمين امتياز عام ويخصّص حسب الأولويّة لخلاص المنتفعين بعقود التأمين. ويقدّم هذا الامتياز العام على الامتياز العام للخزينة وذلك خلافا للفصل 199 من مجلّة الحقوق العينيّة. فيصبح هذا الامتياز بالدّرجة الثّالثة مكرّر، أي تجهيز الميت ثمّ مصاريف التّداوي ثمّ المصاريف القضائيّة ثمّ امتياز التأمين ثمّ مصاريف الخزينة وأخيرا المصاريف المعيشيّة. ونصّ الفصل 251 من مجلّة الدّيوانة على ترتيب آخر قولا إنّ « الخزينة لها بالنسبة للمعاليم والمصادرة والخطيّة والاسترجاع حقّ امتياز والأولويّة على سائر الغرماء على عقّارات ومنقولات المطلوبين باستثناء المصاريف العدليّة وغيرها من المصاريف الممتازة مما هو واجب عن ستّة أشهر للتسويغ فقط وأيضا فيما عدا المطالبة المقدّمة كما يجب من طرف المالكين للبضائع على طبيعتها التي لا تزال لحدّ إذ ذاك بظروفها ». فتكون القائمة كالآتي المصاريف العدليّة وغيرها من المصاريف الممتازة المذكورة بالفصل 251 ثمّ حقّ الامتياز والأولويّة للخزينة بالنسبة إلى المعاليم والمصادرة والخطيّة والاسترجاع ثمّ مصاريف تجهيز الميت ثمّ مصاريف التّداوي ثمّ ديون الخزينة ثمّ المصاريف المعاشيّة. ونصّ الفصل 151 ـ 2 من مجلّة الشّغل، وهو يتعلّق بالتّتبع الفردي، على « أنّ الأجور في جزئها غير القابل للحجز المحدّد بالفصل 354 م.م.م.ت تدفع قبل الدّيون الأخرى مهما كانت درجة امتيازها وتدفع بقيّة الأجور والمستحقّات الأخرى للعملة قبل المبالغ المستحقّة للخزينة العامّة ». فتكون القائمة النهائيّة كالآتي، الأجر غير القابل للحجز أوّلا ثمّ المصاريف العدليّة والامتياز الدّيواني ثمّ تجهيز الميّت ثمّ مصاريف التّداوي ثمّ المصاريف القضائيّة ثمّ بقيّة الأجور والتأمين بنفس الدّرجة ثمّ مصاريف الخزينة وأخيرا المصاريف المعيشيّة.

ويبقى ذلك التّنظيم على تلك الصّورة في حالة التتبّع الفردي، لكنّ الأمر يختلف شيئا في حالة

الإجراءات الجماعيّة أي في صورة الإجراءات المتعلّقة بإنقاذ المؤسّسات التّي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة أو الفلسة، حيث نصّ الفصل 34 من قانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرّخ في 17 أفريل 1995 كما وقع تنقيحه والمتعلّق بإنقاذ المؤسّسات التّي تمر بصعوبات اقتصاديّة على أنّه « تعطى الأولويّة للدّيون الجديدة المرتّبة على المؤسّسة بداية من انطلاق فترة المراقبة والتّي لها علاقة مباشرة وضروريّة بمواصلة نشاطها، ولمعيّنات كراء المعدّات والأشياء التّي تكون موضوع إيجار مالي وتمّ تعليق إجراءات التّقاضي والتنفيذ الرامية إلى استرجاعها والتّي حلّ أجل الوفاء بها قبل انطلاق فترة المراقبة وتستخلص قبل الدّيون السّابقة الأخرى ولو كانت ممتازة. إلاّ أنّ الدّيون المنصوص عليها بالفصلين 564 و566 من المجلّة التّجاريّة وبالفقرات 1 و2 و3 من الفصل 199 من مجلّة الحقوق العينيّة تتمتّع بامتياز مدعم للدفع وتستخلص قبل غيرها ». علما أنّ الفصلين 564 و566 م.ت يتعلّقان بالجزء الذّي لا يقبل الحجز من المقادير التّي بقيت مستحقّة الأداء للعملة وللمستخدمين عن آخر مدّة لاستيفاء أجورهم متقدّمة عن الحكم بالتفليس. فتكون القائمة كالآتي الفصلان 564 و566 م.ت أوّلا ثمّ تجهيز الميت ثمّ مصاريف التّداوي ثمّ المصاريف القضائيّة ثمّ الدّيون الجديدة مضمون الفصل 34 ثمّ مصاريف التّأمين ثمّ امتياز الخزينة وأخيرا المصاريف المعاشيّة، ويبقى الامتياز الدّيواني أوّلا إذا كان هناك ما يتعلّق به بالرّغم من مضمون الفصل 34.

تلك هي التّرتيبات المعتمدة في حالة التنفيذ الفردي وفي حالة التنفيذ الجماعي. فيقدّم الامتياز الذّي تكون درجته قبل الآخر حسب طبيعة الدّين وإذا تساوى الدّائنون في رتبة الامتياز فلا أفضليّة لأحدهم على الآخر، ومن انجرّ له حقّ من دائن ممتاز حلّ محلّه في جميع حقوقه، إلاّ إذا وجد نصّ خاص مثل الفصل 33 من مجلّة المحاسبة الذّي أشار إلى أنّ الجماعات العموميّة المحليّة تتمتّع لاستخلاص ديونها بنفس الامتياز العام على مكاسب مدينيها وعند التّزاحم تكون الأولويّة للدولة.

وحدّد الفصل 200 م.ح.ع الامتيازات الخاصّة وهي:

أوّلا: الدّيون المترتّبة عن ثمن البذور ومصاريف الأشغال الفلاحيّة ومصاريف الجني بالنسبة للمتحصّل من بيع الصّابة.

ثانيا: الدّيون المترتّبة عن معيّن كراء الرّبع والعقّار وما شابههما من غلال مدنيّة لمدّة العامين الأخيرين والسّنة الجارية بالنسبة لغلّة العام وللمحصولات ولما هو مستعمل لخدمة الأراضي الزّراعيّة وأثاث البيوت المكتراة.

ثالثا: ما تخلّد بذمّة الوارث من معدّل ومرتّب بالنسبة للعقّارات التّي آلت للوارث. وبقيت كذلك بعض النّصوص خارجة عن أحكام الفصل 200 م.ح.ع مثل الفصل 34 من مجلّة المحاسبة العموميّة، ويحتل هذا الامتياز الخاص الدّرجة الأولى. فيقدّم امتياز الفصل 34 ثمّ يعتمد ترتيب الفصل 200 م.ح.ع بناء على صفة الدّين. ونفس مبادئ الفصل 196 م.ح.ع تنطبق بالنسبة إلى الامتياز الخاص إذا تساوت الامتيازات درجة، فلا أفضليّة لأحدهم على الآخر، ومن انجر له حقّ من دائن ممتاز حلّ محلّه في جميع حقوقه.

وإذا تزاحمت الامتيازات العامّة والامتيازات الخاصّة اختلف الرّأي. فقد ذهب فقه القضاء بفرنسا إلى تقديم الامتيازات الخاصّة على الامتيازات العامّة إعمالا لمبدأ الخاص يقدّم على العام، وذهب آخرون إلى تقديم الخاص على العام إعمالا لمبدأي الرّهن الضّمني والتّخصيص. ولكنّ الامتيازات العامّة يمكن أن تقدّم عن الامتيازات الخاصّة لأنّ المصلحة

الرهن هو عقد يحرّر بين الدائن والمدين، ويسند الحقّ للدائن في التفويت بالبيع في المعقول في الأجل المحدّد[1].

العامّة تقدّم على المصلحة الخاصّة. ويبدو أنّ المشرّع التّونسي ذهب في اتّجاه مراعاة المصلحة العامّة بدليل تقديم الامتيازات العامة، فتقدّم على الامتيازات الخاصّة، باستثناء بعض الصّور التّي قدّم فيها الامتيازات الخاصّة عن الامتيازات العامّة مثل الفصل 34 من مجلّة المحاسبة الذي كانت له درجة أولى ويسبق جميع الحقوق العينيّة الأخرى بصريح الفصل.

ولكنّ الامتياز، سواء كان خاصّا أو عامّا، « مفضّل على غيره من الدّيون وحتّى على الدّيون الموثّقة برهن عقّاري »، عملا بأحكام الفصل 195 م.ح.ع. معنى ذلك أنّ الامتياز يقدّم على الحقوق العينيّة الأخرى أي الرّهن العقّاري وحقّ الحبس، وكذلك على الدّيون الشّخصيّة العاديّة بطبيعة الحال. ويبدو أنّه من الممكن التّفكير في تقديم حقّ الحبس بحكم طبيعته عملا بأحكام الفصلين 324 و324 م.ا.ع، لكنّ الرأي الرّاجح أنّ الامتيازات تقدّم على حقّ الحبس سواء بناء على أحكام الفصل 195 م.ح.ع أو بناء على أحكام الفصل 193 م.ح.ع الذّي أشار إلى أسباب التّفضيل ورتّب الأسباب الواحدة تلو الآخرى فبدأ بالامتياز ثمّ الرّهن وأخيرا حقّ الحبس.

(1) الرّهن العقّاري هو تأمين عيني يعطي الدّائن المرتهن حقّ بيع العقّار المرهون لاستخلاص دينه قبل بقيّة الدّائنين العاديين إذا لم يوفّ المدين دينه في آجالها. فيخصّص العقّار للدّائن المرهن دون سواه لضمان استخلاص الدّين. ومن خصائصه أنّه حقّ عيني تبعي، فيه نوع من الشكليّة، وهو حقّ لا يتجزّأ. فهو حقّ عيني تتوفّر به الأفضليّة والتتبّع، فيتبع الرهن المرتّب على عقّار العقّار في أيّة يد ينتقل إليها على معنى الفصل 270 م.ح.ع والأفضليّة مقرّرة له بموجب الفصل 193 م.ح.ع بعد الامتياز، ويسبق بطبيعة الحال الدّيون العاديّة. وإذا لم يف ثمن العقّار المرهون بخلاص الدّائنين المرتهنين حاصصوا مع الدّائنين العاديين. وهو عقد شكلي لأنّه يشترط في صحّتة كتابة عقد والتّنصيص على الرّهن برسم الملكيّة بواسطة عدلين على معنى الفصلين 275 و279 م.ح.ع، معنى ذلك أنّه من سبق للتّنصيص ضمن الأسبقيّة، والرّهون التّي تمّ التنصيص عليها في نفس اليوم تكون متساوية في المرتبة. وهو حقّ تبعي لأنّه يضمن دينا أصليّا ويتأثّر بمصيره. وهو حقّ لا يتجزّأ لأنّه يبقى كما أنشئ أوّل مرّة على كامل العقّار ولو خضع العقّار للقسمة، فيبقى الرّهن منسحبا على كلّ جزء من القسمة. وحتّى في صورة دفع جزء من الدّين، فإنّ الرهن يبقى منسحبا على كامل العقّار، فهو حقّ لا يتجزّأ بمعنى أنه لا يتأثّر بالقسمة أو بالدّفع الجزئي.

وباعتباره عقد، يبقى الرّهن خاضعا للشّروط العامّة الموجبة في إبرام العقود على معنى الفصل 2 م.ا.ع، فيشترط الأهليّة والرّضا والموضوع والسّبب، ويضاف إلى ذلك أنّ الرّهن يفترض دينا أصليّا الذّي يمكن أن يكون مستقبليّا (الفصل 206 م.ح.ع)، وتبقى الموانع الواردة بالفصول 566 إلى 570 م.ا.ع فاعلة في مواجهة الدّائن، بمعنى أن لا يصحّ لمن كان مباشرا للعقّار بوصفه نائبا أو مكلّفا بفصل النّزاع فيه أن يعقد الرّهن لفائدته. ويجوز رهن ملك الغير على معنى الفصل 203 م.ح.ع، فإذا لم يصادق المالك على العقد أو لم يصبح المرهون ملكا للمدين يُفسخ العقد. وتبقى العقّارات الطّبيعيّة هي الخاضعة للرّهن إضافة إلى العقّارات الحكميّة (الفصل 305 م.م.م.ت) وتستبعد بطبيعة الحال العقّارات بالتّبعيّة

(الفصل 271 م.ح.ع).ولا يستطيع المالك، وقد ملك الملكيّة كاملة، أن يرهن الانتفاع وحده أو حقّ الرقبة وحدها، وإنّما يصحّ له رهن كامل عناصر الملكيّة. لكنّ صاحب حقّ الانتفاع يجوز رهنه مدّة قيامه على معنى الفصل 271 م.ح.ع، ولا يجوز رهن حقّ الارتفاق بمفرده لأنّه من توابع العقّار، وفقد الإنزال والكراء المؤبّد والهواء كلّ أهميّة بعد منع إنشائها منذ سنة 1965 وإن أشار الفصل 271 م.ح.ع إلى إمكانيّة رهنها. وكتابة العقد شرط صحّة على ما تقدّم (الفصل 275 م.ح.ع)، وتوجب بعض العقود إضافة إلى ذلك التّرخيص مثل العقود الخاصّة بالقاصر والعقود الخاصّة بالأراضي الدوليّة والعقود الخاصّة بأملاك الأجانب، ويفرض إتمام الإشهار على معنى الفصل 279 م.ح.ع بالنسبة إلى العقّارات غير المسجّلة لمعارضة الغير وذلك بالتنصيص على الرّهن برسم الملكيّة بواسطة عدلين.

وإذا ورد عقد الرّهن صحيحا ينشأ للدّائن حقّ عيني يتمثّل في تتبّع العقّار إذا فوّت فيه المدين بالبيع وله حقّ الأفضليّة وحقّ الحلول العيني إذا هلك العين أو انتزع. فإذا حلّ أجل الدّين يجوز للدّائن بيع العقّار طبق الإجراءات القانونيّة الواردة بمجلّة المرافعات ويستخلص دينه قبل بقيّة الدّائنين العاديّين، وإذا هلك العين أو انتزع طبق الإجراءات القانونيّة يحلّ العوض محلّ العين على معنى الفصل 209 م.ح.ع. لكنّ الامتياز يسبق الرّهن في الدّرجة، فيستخلص صاحب الامتياز حقّه قبل الدّائن المرتهن.

وبقي النّقاش مطروحا في شأن حقّ الحبس، فمنهم من يقدّم حقّ الحبس على الرّهن باعتباره سيطرة فعليّة على معنى الفصول 309 إلى 324 م.ا.ع، ومنهم من يقدّم الرّهن خاصّة إذا أنهى الدّائن إجراءات الإشهار كما تقدّم، والأغلب أن يقدّم الرّهن العقّاري، باعتبار أنّ أفضليّة حقّ الحبس لا يمكن أن تقوم إلاّ في مواجهة الدّائن العادي، وقد جاء حقّ الحبس في المرتبة الثّالثة بالفصل 193 م.ح.ع ولا شيء يفيد أفضليّة حقّ الحبس عن الرّهن بالفصل 324 م.ا.ع. وإذا لم يف ثمن العقّار المرهون بخلاص الدّائنين المرتهنين حاصصوا بالباقي مع الدّائنين العاديين، فيفقد بذلك الدّائن المرتهن حقّ الأفضليّة ويتساوى في هذه الصّورة مع الدّائنين العاديين.

ونظّم المشرّع حقّ التّتبّع بالفصول 280 إلى 302 م.ح.ع، فيجوز للدّائن المرتهن تتبّع العقّار أيّا كانت اليدّ التّي انتقل إليها للمحاصصة بديونهم واستخلاصها بحسب درجة ترسيماتهم سواء في مواجهة المشتري أو الحائز. لكنّه يجوز لمن انتقل إليه العقّار بأيّة طريقة كانت أن يتمسّك في مواجهة الدّائن المرتهن بجميع الدّفوعات التّي يمكن أن يتمسّك بها المدين (الفصل 226 م.ا.ع).

ويتلخّص من ذلك أنّ من له التّقدّم في الصّفة والدّرجة والتّاريخ له حقّ التّتبّع أي تتبّع « العقّار في أيّة يد ينتقل إليها»، ويكون حقّ التّتبّع عاملا في مواجهة كلّ من انتقلت إليه الملكيّة بأيّ سبب من الأسباب أو أيّ حقّ عيني آخر بما في ذلك الحائز. وهم ملزمون بتلك الصّفة بدفع الدين أصلا وفوائدا أو التّخلّي عن العقّار. ويجوز للدّائن مباشرة إجراءات بيع العقّار بعد إنذار المدين الأصلي وإعلام واضع اليد بالدّفع أو التّخلّي في أجل لا يتجاوز ثلاثين يوما. فإذا رضوا بالتّخلّي يكون ذلك بتصريح أمام المحكمة التّي بدائرتها العقّار موضوع التّتبّع. ولا يلزم واضع اليدّ بردّ الغلّة إلاّ ابتداء من يوم إنذاره بالدّفع أو التّخلّي، ويبقى ملزما للدّائن المرتهن بتعويض ما حصل في العقّار من التعيّب سواء كان بفعله أو بإهماله وله أن يطالب بما صرفه في سبيل العقّار بقدر ما زاد في قيمته. ويقع بطلب من أحرص الطّرفين

وتجاوزا لأفضلية الحقّ العيني ومعنى التأمينات الشخصيّة، فإن الحق الشخصي من حيث المبدأ لا يكفل للدّائن أفضليّة على الدائن الآخر، فليس في الحقّ الشخصي أي الالتزام أفضلية أو تقدّم. فإذا خرج المال بموجب البيع مثلا فلا يعدّ الدائن العادي خلفا خاصا أو عاما للبائع المدين، ولا تعدّ عمليّة البيع إلا واقعة مادية بالنسبة إلى الدائن العادي ومن شأنها أن تنزل بمستوى قيمة الضمان العام. ولكن مع ذلك تبقى للدائن العادي جملة من الوسائل يمكن أن تحمي حقوقه.

وعادة ما يتحدّث رجال القانون عن حصانة صاحب الحقّ العيني، الدّائن المرتهن الذي له رهن والدائن الممتاز الذي له امتياز، مقارنة مع صاحب الحق الشخصي أي الدائن العادي الذي ليس له إلا الالتزام، بحكم أهمية معنى التقدم والأفضليّة في الحق العيني. ولكنّ ذلك لا يعني أنّ أصحاب الحقوق الشخصيّة يفتقرون عناصر الحماية مطلقا، بل العكس هو الصّحيح. فقد تحدّث رجال القانون كثيرا عن حماية الدّائن العادي[1]. فله وسائل تحفّظيّة مثل العقلة التّحفّظيّة والعقلة التوقيفية والاعتراض التّحفّظي والاعتراض على القسمة و الائتمان العدلي والحجر وإجراءات جرد الأملاك والمكاسب، فهي تهدف جميعا إلى حفظ الحقوق الشخصيّة إذا ما أنجزت في الوقت المناسب. وله مباشرة عدّة دعاوى هامّة يمكن أن تنتهي باستئثار الدّائن بالمال موضوع التتبّع كما في صورة الدّعوى المنحرفة على معنى الفصول 307 و308 و306 فقرة ثانية م.ا.ع أو

تعيين مؤتمن يباع عليه العقّار طبق الإجراءات المتّبعة في البيوعات العقّاريّة الجبريّة.
كذلك على المالك الجديد الذّي يروم تطهير الرّسم من الرّهن أن يوجّه في ظرف شهر من تاريخ أوّل إنذار يصدر عن أحد الدّائنين إعلاما إلى جميع المرسّمين منهم ويشتمل على جملة من البيانات الهامّة،ويعبّر من خلال ذلك عن استعداده لخلاص الدّيون الموثّقة برهن والتّكاليف التّابعة لها بقدر الثّمن أو القيمة المصرّح بها أي ثمن العقّار، بدون خصم مبلغ من ذلك لصالح البائع أو أيّ شخص آخر. وتصبح الدّيون التّي لم يحل أجلها، بموجب ذلك، واجبة الأداء حالا.ويتحرّر المشتري نهاية من جملة الرّهون المرسّمة بدفع الثّمن المشروط بالعقد إلى المتقدّم من الدّائنين، أو تأمين قيمة الثّمن بصندوق الودائع عند غياب التّراضي، على أن تحدّد مراتب الدّائنين ويوزّع الثّمن طبق الإجراءات الواردة بمجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة في ترتيب درجات الدّائنين وتوزيع الأموال. لكنّه يبقى الحقّ قائما لفائدة الدّائن في طلب بيع العقّار بالمزاد العلني طبق الإجراءات المقرّرة في البيوعات العقّاريّة، وذلك في أجل قدره أربعون يوما من تاريخ الإعلام المشار إليه وبزيادة الثّمن في ثمن العقّار، وحينئذ تتواصل الإجراءات طبق الأحكام الواردة في باب البيوعات العقّاريّة.

(1) حاتم الرّواتبي: حماية الدّائن العادي، أطروحة دكتوراه، 2003 ـ 2004، كليّة الحقوق بتونس.

تجعل بعض الأعمال القانونيّة غير فاعلة في مواجهته، كما في صورة الدّعوى البليانيّة على معنى الفصل 306 م.ا.ع، أو تكشف صوريّة بعض المعاملات على معنى الفصل 26 م.ا.ع. ويمكن الحديث حتّى عن بعض حالات التّفضيل التّي قد يتمتّع بها الدّائن العادي كما في صورة دائني المورّث الذّين يتقدّمون عن دائني الورثة حتّى لو كانوا أصحاب حقوق عينيّة على معنى الفصل 553 م.ا.ع والفصلين 85 و87 م.أ.ش، وكما في صورة أسبقيّة الدّين نظرا لأسبقيّة تاريخ نشأة الحقّ مثل صورة الوعد بجائزة بالفصل 21 م.ا.ع وصورة الحوّالة بالفصل 238 م.ا.ع أو نظرا لزمن إشهار الحقّ الشخصي، مثل صورة الإعلام بإحالة الحقّ بالفصلين 205 و207 م.ا.ع. ويمكن للدّائن العادي أن يتجنّب التّزاحم مع بقيّة الدّائنين، فتتحقّق له الأفضلية كما في صورة الدّفع بعدم التّنفيذ الواردة بالفصل 247 م.ا.ع أو الدّفع بالمُقاصة على معنى الفصول 369 وما بعد م.ا.ع إذا كان المال بيد الدّائن. كما مكّن القانون الدّائن العادي في عدّة صور من الدّعوى المباشرة استثناء لأحكام الفصل 240 م.ا.ع لاستخلاص دينه كما في صورة دعوى الموكّل ضدّ نائب الوكيل على معنى الفصل 1130 م.ا.ع أو دعوى الأجير والمستخدم ضدّ ربّ العمل على معنى الفصول 841 و845 و 887 م.ا.ع أو دعوى المودع ضدّ المستودع الثّاني على معنى الفصل 1006 م.ا.ع أو دعوى المعير ضدّ الغير المتعامل مع المستعير على معنى الفصل 1068 م.ا.ع أو دعوى المكري الأصلي ضدّ المكتري الثّاني على معنى الفصلين 775 و776 م.ا.ع.

ويخلص من جميع ذلك أنّ الدائن بإمكانه أن يستعمل طرق تحفظية من شأنها أن تحفظ مال المدين من الضياع ويكون ذلك بواسطة الدعوى التحفظيّة والعقلة التحفظيّة والعقلة التوقيفية[1]، باستثناء بعض المال الذي لا يجوز عقلته تحفظيّا، ويجوز كذلك عقلة الأملاك تنفيذيا بواسطة العقلة التنفيذيّة[2]. وهو مجال المرافعات المدنيّة. لكنّ هناك جملة من الدعاوى بين التحفظ والتنفيذ، فمنها ما هو وقائي ويهدف إلى مقاضاة غفلة المدين والحلول محله في طلب الحق مثل الدعوى غير المباشرة ومنها ما هو علاجي ويهدف إلى مقاضاة تصرف المدين في سعيه إلى إخراج المال من الضمان العام مثل صورتي الدعوى البليانية والدعوى

(1) عبد السلام بسياس: العقلة التحفظية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق بتونس، 2003 ـ 2004. ص. 18 وما بعد.

(2) رانية شوشان: العقلة التنفيذية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بسوسة، 2004 ـ 2005، ص. 14 وما بعد.

الصورية. فلا تقف هذه الدعاوى عند التحفظ لأنها مقدمة للتنفيذ، ولا تصل إلى حدّ التنفيذ لأنها تهدف إلى بقاء الدين بالضمان العام، وهي من مباحث القانون المدني وتعرف بدعاوى الضمان العام، وقد أوردتها مجلة الالتزامات والعقود تحت باب في بعض وسائل يحصل بها الوفاء وهي على التّوالي، الدعوى غير المباشرة والدعوى البليانيّة والدّعوى الصوريّة ويضاف إلى ذلك ما يعرف بحق حبس المال وما يعرف بالإعسار[1].

(1) إعسار المدين هو عدم كفاية مكاسب المدين للوفاء بديونه، فهو مفهوم يختلف عن مفهوم الفقر أو العدم أو المماطلة في معانيها المدنيّة أو التوقف عن الدفع والإفلاس في معانيه التجاريّة، لأنّ الإعسار يقوم على فكرة المقاربة بين العناصر الإجابية والعناصر السلبية للذمة الماليّة.

وقد كانت صورة الإعسار تقتضي في عهد القانون الروماني، بعد أن انتقل التنفيذ إلى الذمة المالية، أن يستأذن الدائنون بالقيام بإجراءات خاصة بهدف التحوز بمال المدين missio in possessionem - possessionem l'envoi en وكان من أثر هذه الإجراءات رفع يد المدين عن التصرف في ماله، فإذا قام بأي تصرف يمكن للدائنين بواسطة الدعوى البليانية التي كان لها هذا الاستعمال الجماعي أن يعيدوا المال إلى الضمان العام، وكانت هذه الإجراءات منطبقة مهما كانت طبيعة الدين مدنيا أو تجاريا.

وأوجد الفقهاء الأربعة بالمدارس الإسلامية طريقة الحجز على المدين إذا أفلس وذلك بواسطة إصدار حكم خاص بالحجز، ومن آثار هذا الحكم منع المدين من التصرف في ماله في مضرة الدائنين. واعتمدت مجلّة الأحكام العدليّة هذه الطريقة وبينت إجراءات الحجز وآثاره، وهو أن يمنع المدين من التصرف في أملاكه وينتفع جميع الدائنين بهذا الإجراء.

وقد وجدت الإجراءات الجماعية في الأموال المدنية عدّة تطبيقات(اسبانيا ـ هولندا ـ النمسا ـ اليمن ـ فرنسا في بعض الحالات)فيصدر الحكم برفع يد المدين ويشهر الحكم ويقوم المصفي بتصفية أموال المدين، وبعض القوانين لا تميز أصلا بين الإجراءات الجماعية في المادة التجارية أو في المادة المدنية (ألمانيا ـ بريطانيا ـ أمريكا). ونظمت بعض القوانين طريقة الإعسار وأبقت على الإجراءات الفردية في التتبع، أي أن يصدر حكم بإعسار المدين ومن أثر هذا الحكم منع المدين من التصرف في المال مع حلول أجل الديون ويبقى لكلّ دائن حق التنفيذ الفردي، كما هو الحال بالنسبة إلى التشريع المصري.

وقد اعتمد المشروع التمهيدي لمجلة الالتزامات والعقود إجراءات جماعية في تسوية أموال المدين المفلس دون تمييز بين المال المدني أو التجاري، وقد كانت المجلّة المدنية والجنائية لسنة 1861 (26 أفريل 1961 ـ 30 أفريل 1864) وكذلك لائحة القانون التجاري التونسي بتاريخ 14 جانفي 1864 اعتمدتا إجراءات جماعية. لكنّ هذه الأحكام لم تعتمد نهاية بمجلّة الالتزامات والعقود. وتبنى قانون المرافعات المدنية بتاريخ 24 ديسمبر 1910 إجراءات فردية وفصل بين الإجراءات المدنية والتجارية، وهو نفس الاتجاه المعتمد أخيرا بالمجلة التجارية الصادرة بتاريخ 5 أكتوبر 1959 كما هي منقحة في عدّة مناسبات (1966 ـ 1986 ـ 2002) وبقيت بذلك الإجراءات الجماعية خاصة بالتجار، أما بالنسبة إلى الديون المدنية فتخضع لإجراءات فردية.

وبذلك فإن العقلة التوقيفية وسيلة إجرائية ليس لها علاقة بالأصل وتأتي في باب إجراءات وطرق التنفيذ، وقد ورد حكمها بالفصول 330 إلى 347 م.م.م.ت، ولهذا الغرض لا يمكن أن تنهى إجراءاتها إلا بواسطة مساعدي القضاء الذين يمكن أن تلقى عليهم المسؤولية الجزائية في صورة الإخلال بالواجبات المقدرة بمجلة المرافعات، على خلاف التأمينات العينية والشخصية ودعاوى الضمان العام.

ولما كانت العقلة التوقيفية وسيلة إجرائية فهي تدعم بهذا المعنى الوسائل الأصلية في تحقيق الغرض، ولا شيء يمنع من تفعيل الأصل مع الإجراء أو تعدّد الأصل والإجراء، خاصة وأن العقلة التحفظية مدعوة بحكم طبيعتها إلى رعاية المال المعقول ومنع المدين من تهريبه وتبذيره بحفظه وتجميده.

ولم تنظّم مجلّة الالتزامات والعقود صورة الإعسار حتى في شكلها الفردي، بمعنى أن يصدر الحكم بمنع المدين من التصرف في ماله وينتفع كلّ دائن بأثر الحكم بمعنى أن يصحّ لجميع الدائنين منفردين إتمام إجراءات التنفيذ دون أن تسند مهام التصفية إلى من يمثل الدائنين. وأشار القانون التونسي بفصول متناثرة إلى مفهوم الإعسار كما في صورة الفصل 312 م.م.م.ت متى منع المزايدة في بيع المعقول على من اشتهر بعسره والفصل 1499 م.ا.ع في منع التجريد في الكفالة، أي عدم تتبع أموال المدين بداية، في حالة إذا كان إعسار المدين مشهورا والفصل 148 م.ا.ع في حلول الأجل بسبب الإعسار والفصل 39 م.أ.ش في إعفاء الزوج من النفقة في حالة الإعسار وإمكانية طلب الزوجة الطلاق والفصل 47 م.أ.ش في تقديم الأم على الجد في الإنفاق على ولدها في حالة إعسار الأب. ولم يضبط المشرع طريقة معينة في إثبات الإعسار، كما لم يخصص دعاوى خاصة بالإعسار، ويمكن أن يأتي الطلب ضمن فروع الدعوى، وليس في ذلك إجراءات خاصة في القانون التونسي، والأغلب أن يكون الإعسار من حيث التطبيق وسيلة دفع تثبت المحكمة من وجوده دون أن يكون للتاريخ أهمية في ذلك، وإذا أخذت به المحكمة فليس لهذا الحكم من أثر مطلق يتجاوز علاقة الأطراف بالدعوى، وليس له من أثر على الموضوع سوى ما ورد بالنصوص الخاصة الواردة على سبيل الحصر، وقد تختلف هذه الآثار من حالة إلى أخرى، فقد يكون من أثره سقوط الأجل (الفصل 149 م.ا.ع) أو منع المدين من المزايدة (الفصل 312 م.م.م.ت) أو حرمان المدين من التمسك بمماطلة الدائن (الفصل 285 م.ا.ع) أو رجوع المدين المتضامن على بقية المتضامنين (الفصل 189 م.ا.ع) أو رجوع المحال له على المحيل (الفصل 213 م.ا.ع) أو انقضاء عدد من العقود مثل عقد الوكالة (الفصل 1157 م.ا.ع) والمغارسة (الفصل 1415 م.ا.ع) والشركة (الفصل 1318 م.ا.ع) والتبرّع (الفصل 552 م.ا.ع) أو مباشرة الوسائل التحفظية على معنى مجلة المرافعات المدنية أو العلاجية أي دعاوى الحفاظ على الضمان العام على ما تقدّم. والمهم في جميع ذلك أنّ الإعسار على تشتته وانعدام تنظمه بمجلة الالتزامات يمكّن الدائنين بصفة فرديّة من إرجاع المال إلى الضمان العام والتنفيذ عليه في المواطن الواردة بتلك النصوص الخاصة.

ب ـ العقلة التوقيفية وسيلة إجرائية مرتبطة بطرق التنفيذ تهدف إلى حفظ وتجميد المال المعقول

إن العقلة التوقيفية، ليست وسيلة موضوعية، بل هي وسيلة إجرائية تحفظ المعقول. إن العقلة التوقيفية إجراء تحفظي[1]، بمعنى أنها ليست وسيلة تنفيذية تمكن من التنفيذ المباشر على المال المنقول ولا تتطلب السندات التنفيذية لإنجازها بل يمكن إجراؤها حتى ولو كان الدين موصوفا، فغايتها تحفظية بمعنى أنها تحفظ المال من الضياع بمنعها المدين من التصرف قانونا في المال[2]. ولكن ميزتها أنها وسيلة إجرائية تهدف إلى تجميد المال[3]. فإذا كانت أعمال التنفيذ تهدف إلى الخلاص الفعلي أو أنها تمهد للخلاص وقد يقترن بها استعمال وسائل الإكراه القانوني لجبر المدين[4]، فإن وسائل التحفظ ليست مقدمة للتنفيذ بل تيسر الوفاء بالالتزامات[5]، ومع ذلك فإن التحفظ غير بعيد عن التنفيذ

---

(1) Pierre marette: procédure civile et voies d'execution, op. cit., 127.

(2) تخلى المشرع الفرنسي عن إجراءات العقلة التوقيفية القديمة بموجب قانون 9 جويلية 1991 (الفصول 42 إلى 47 من هذا القانون) وأدخل ما يسمى بعقلة الإسناد saisie - attribution التي تنتهي بتجميد المال التابع للمدين تحت يد الغير ويمكن الدائن من التنفيذ مباشرة على ذلك المال قبل بقية الدائنين، وبذلك أصبحت العقلة التوقيفية أو ما يسمى بعقلة الإسناد بالقانون الفرنسي تشتبه بالعقلة التنفيذية، حيث لا تحتاج إلى إجراءات التصحيح. وقد أراد المشرع الفرنسي بموجب تنقيح 1991 تحقيق الفصل الواضح بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية، فما يدخل في باب التنفيذ يتطلب السند التنفيذي وغيره يبقى في مستوى التحفظ. وقد ميز التشريع الجديد بين العقل ذات الغاية التنفيذية وتشمل عقلة الإسناد التي عوضت العقلة التوقيفية وعقلة الأجور وعقلة الحقوق الاجتماعية والقيم المنقولة وعقلة البيع التي عوضت العقلة التنفيذيّة وعقلة المنتوج وعقلة العربات والعقلة العقاريةوالعقل ذات الغاية التحفظية وتشمل العقلة التحفظية للمنقولات والديون وعقلة القيم المنقولة والسفن والعقل التي تهدف إلى استرجاع الأموال القيمية وتشمل عقل الاسترجاع saisie - appréhension et saisie - revendication.
B.B.Chain : La saisie - attribution, Gaz. Pal. , 11, mars, 1993, p. 35.
Jean Vincent et Jacques Prévaut: Voies d'exécution et procédures de distribution, 19 e édi. 1999, p. 50 et suiv.

(3) Jean Vincent et Jacques Prévaut: Voies d'exécution et procédures de distribution, 16 e édi. 1987, p. 197 et suiv.
Pierre marette: procédure civile et voies d'execution, 1986, p. 117 et suiv.
خليفة الخروبي : القانون العدلي الخاص، طرق التنفيذ، 2008، ص 139 وما بعد.

(4) الفصلان 286 و287 م.م.م.ت.

(5) Bidault M.: Essai critique sur la distinction des actes conservatoires et des actes d'exécution, Th. Dijon, Besançon 1934, p. 25 et suiv.
Pasquier J.F.C: Etude sur les actes conservatoires, Th. Dijon, Lyon, 1910, p.80 et suiv.

حيث إن إجراءات التحفظ عادة ما تقترن بوسائل الجبر وقد تكون فعلا مقدمة للتنفيذ كما في صورة الاعتراض التحفظي أو تحويل العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية[1]. ولكن الاختلاف يبقى قائما بين التحفظ والتنفيذ على مستوى الدرجة وليس على مستوى الطبيعة القانونية وهو أن التحفظ يهدف إلى حفظ الدين المهدد استخلاصه بالخطر. فلا يستدعي القيام بالتحفظ أهلية الآداء أو سلطة قانونية كاملة، فللولي القيام بها دون ترخيص ولا يحتاج الصغير المميز ومن هو في حكمه (السفيه وضعيف العقل) إلى إجازة الولي[2]، وتلزم أعمال الحفظ المدين المفلس والمالك على الشياع والفضولي[3] دون موافقة أمين الفلسة أو بقية الشركاء أو المالك. ويكفي أن يكون الحق ثابتا لإجرائها دون حاجة إلى أن يكون مستحق الأداء[4].

فباعتبار أن العقلة وسيلة تحفظية فهي بذلك تختلف عن توقيف الأشياء المتنازع فيها أو ما يعرف بالحراسة القضائية أو الائتمان العدلي[5]. فإذا كان كلّ

(1) الفصل 328 م.م.م.ت والفصل 408 من المجلة التجارية.
(2) الفصل 19 م.م.م.ت.
(3) الفصل 1185 م.ا.ع.
(4) الفصل 330 م.م.م.ت.
(5) أورد القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرّخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلّق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرّفين القضائيين النّظام القانوني لخبراء التصفية العقّاريّة والائتمان العقّاري. وكانت مجلّة الحقوق العينيّة نصّت بالفصول 135 إلى 139 على إجراءات التصفية العقّاريّة، كما تضمّنت مجلّة الالتزامات والعقود أحكاما خاصّة بالائتمان العقّاري بالفصول 1043 إلى 1053.

- شروط ممارسة المهنة: لا يمكن ممارسة مهنة المصفّي أو المؤتمن إلاّ بعد أن يدرج اسم المعني بالأمر في قائمة تضبط سنويّا من قبل وزير العدل بموجب قرار بعد درس الترشّحات من قبل لجنة مختصّةوتوفّر الشّروط المطلوبة وتتولّى اللجنة المشار إليها اقتراح استبعاد كلّ من فقد شرطا من شروط الترسيم أو أظهر خلال ممارسته لنشاطه انحيازا أو تقاعسا أو قصورا أو ارتكب خطأ فادحا يقتضي شطبه من القائمة كما تبدي رأيها في كلّ المسائل التّي يعرضها عليها وزير العدل. ويتولّى رئيس محكمة الاستئناف الكائن بها مقرّ المعني إعلام وزير العدل بكلّ الإخلالات بما في ذلك التتبعات الجزائيّة ضدّ المعني وبصور العجز البدني وحالات الوفاة. ويمكن أن يشطب اسم الخبير من القائمة حتّى خلال السنة الجارية باقتراح من اللجنة، ويتمّ الشطب بقرار من وزير العدل. وتراجع القائمة سنويّا من قبل اللجنة دون توقّف على طلب من المعني، وبإمكان من لم يدرج اسمه بالقائمة أن يعيد الطّلب، على أنّه لا يمكن لمن تقرّر شطب اسمه أن يعيد الطّلب إلاّ بعد فوات خمس سنوات عن تاريخ القرار. ويمكن للمصفّي أو المؤتمن أن يطلب من وزير العدل إعفاءه نهائيّا من مهامه وله طلب إعفائه بصفة وقتيّة لأسباب صحيّة أو عائليّة لمدّة لا تزيد عن سنة واحدة. ويطلب منه إعلام اللجنة

المختصّة قبل ثلاثة أشهر من انتهاء مدّة الإعفاء بزوال أسباب التعذّر وإلاّ اعتبر متخلّيا بصفة تلقائيّة ويشطب على اسمه.

ولا يباشر المصفّي أو المؤتمن الذّي أدرج اسمه أوّل مرّة بالقائمة عمله إلاّ بعد أداء اليمين أمام محكمة الاستئناف بتونس. ويباشر المصفّي والمؤتمن مهامه على كامل تراب الجمهوريّة. ومن المفروض أن لا يعيّن إلاّ من كان اسمه مدرجا بالقائمة، لكنّه يجوز في صورة التعذّر تعيين من هو خارج القائمة. ويطلب منهما إبرام عقد تأمين لتغطية مسؤوليّتهما. على أنّه يمكن لهما أن يباشرا عملهما بصفة فرديّة أو في نطاق مؤسّسة مهنيّة سواء كانت مدنيّة أو تجاريّة.

ويخضع المصفّي والمؤتمن في مهامهما لأحكام القانون عدد 71 لسنة 1997 وللتشريع الجاري به العمل.

- مهام الخبراء في التصفية العقّاريّة والائتمان العقاري: يباشر المصفّي مهامة وفق القانون عدد 71 لسنة 1997 وكذلك وفق أحكام مجلّة الحقوق العينيّة، وهو عمل مأجور يستحقّ المصفّي عنه أجرا معيّنا. وتنصّ مجلّة الحقوق العينيّة بالفصول 135 إلى 139 على أنّه يمكن لأحد الورثة طلب تعيين مصفّ للتركة ويعيّن رئيس المحكمة الابتدئيّة المختصّ بإذن على عريضة مصفّيا يكون محلّ إجماع الورثة، فإن تعذّر الإجماع يعيّنه رئيس المحكمة باختياره ويكون قدر الإمكان من بين الورثة. ويتولّى المصفّي إقامة حجّة الوفاة،إن لم يقع إقامتها، وضبط التّركة وإدارتها وقسمتها. وبذلك يتحقّق للمصّفي أعمال الإدارة بما في ذلك ضبط التركة وإعداد مشروع للقسمة. ويصدر رئيس المحكمة عند الطّلب إذنا على عريضة في جبر كلّ وارث على أداء منابه من المصاريف اللاّزم تسبيقها لتكوين رصيد مالي بين يدي المصفّي كما يمكنه أيضا أن يأذن ببيع البعض من التّركة لنفس الغرض. وإذا تعذّر إتمام القسمة بتراضي الشّركاء بعد مضيّ ثلاثة أشهر من تعيينه يحرّر المصفّي تقريرا في جميع أعماله وما يقترحه في شأن القسمة ينهيه إلى المحكمة للاحتفاظ به بخزينتها تحت طلب الورثة لاستخراج نسخة منه. وتستمر إدارة التّركة إلى إنهاء الشّيوع بالقسمة أو باتّفاق الورثة على تنظيم الشّيوع بينهم. ولكنّ مجلّة الحقوق العينيّة لم تبرز إن كان من الممكن إلزام الورثة بمشروع القسمة قضاءً، أي أن ترفع دعوى المقاسمة بسعي من المصفّي إذا تقاعس الورثة عن الطّلب، ويبدو أنّ أحكام مجلّة الحقوق العينيّة تركت الورثة على خيارهم ولم تبرز كذلك مهمّة المحكمة في مراقبة أعمال المصفّي. وهذا ما حاول القانون عدد 71 لسنة 1997 أن يتفاداه، فجاءت الأحكام واضحة في ذلك. حيث إنّ تعيين المصفّي تبعا لإذن رئيس المحكمة أصبح يتوقّف على تعيين قاضي مراقب تعهد له مهمّة مراقبة عمليّة التصفية، ويجوز للمحكمة عند تعيينه أن تشترط عليه إنجاز أعماله على سبيل التفرّغ دون مباشرته أيّ نشاط آخر ترى أنّه يتنافى وطبيعة المأموريّة المسندة إليه ويقع التّنصيص على شرط التفرّغ بالمأموريّة، بل إنّ المصفّي يبقى خاضعا لمراقبة المحكمة حتّى لو لم تعيّنه المحكمة. فيتولّى القاضي المراقب الاطّلاع على الدّفاتر التّي يمسكها المصفّي المعيّن والتثبّت من احترام الإجراءات ومراجعة الحسابات من قبض ودفع ومتابعة الأعمال والتثبّت من مدى مطابقتها للواقع، وهو الذّي يأذن بالتفويت في المكاسب عقّارا كان أو منقولا. ويفرض للغرض على المصفّي أن يقدّم للقاضي المراقب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه كشفا عاما عن وضعيّة التّركة، ويتضمّن هذا الكشف اسم الهالك وأسماء الورثة ومناباتهم وجردا كاملا للتّركة وجملة الدّيون والرهون والالتزامات

المتعلّقة بالمكاسب، ويطلب من المصفّي أن يقدّم للقاضي المراقب كلّ ثلاثة أشهر تقريرا في تقدّم أعمال التصفية. ويجب على المصفّي أن يعد مشروع قسمة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تعيينه، ويمكن أن يمدّد القاضي المراقب في هذا الأجل في صورة وجود سبب جدّي. وبعد إتمام مشروع القسمة يرفعه المصفّي إلى القاضي المراقب الذّي يستدعي كافّة الورثة لحثّهم على الموافقة على المشروع ويحاول تقريب وجهات النّظر أكثر ما يمكن. وفي صورة عدم قابليّة المشترك للقسمة أو عدم مصادقة الورثة أو الشّركاء على مشروع القسمة المعدّ من طرف المصفّي وعدم توصّل القاضي المراقب إلى الصّلح بينهم تنطلق الإجراءات القضائيّة بسعي من طالب الإذن أو من أحد الشّركاء. أي أنّ الخيار يترك بداية للورثة. وإذا انقضى أجل ستة أشهر من تاريخ تقديم مشروع القسمة أو استحالتها أو رفض المصادقة عليها من طرف الشّركاء دون أن يقوم أحدهم بقضيّة في القسمة أو في التصفيق للبيع بحسب الحالات يتولّى المصفّي مباشرة الإجراءات القضائيّة اللاّزمة وتسبّق تكاليف التّقاضي من المال المشترك وتطرح بحسب الأنصباء. وهو تجديد لم تأت به مجلّة الحقوق العينيّة وأتى به القانون عدد 71 لسنة 1997. فلم تبق الدّعوى القضائيّة ملكا لأصحابها، بل أحالها المشرّع بحكم القانون إلى المصفّي ربّما بسبب الأثر الاقتصادي لدعوى القسمة، وكانت للمشرّع التّونسي نظرة في أنّ الملكيّة الفرديّة المفرزة هي الدّافع على التنمية، فخيّر الخروج من حالة الشّيوع حتّى وإن كان الأمر غصبا على الورثة.

ويباشر المؤتمن العدلي مهامه وفق الإجراءات الواردة بالقانون عدد 71 لسنة 1997 وطبق أحكام مجلّة الالتزامات والعقود. فقد أوردت مجلّة الالتزامات والعقود بعض الفصول 1043 إلى 1053 يستأنس بها عادة لتحديد النّظام العام في الائتمان العدلي، حيث إنّ إيداع الأشياء المتنازع فيها بيد غير المتنازعين يعبّر عنه عملا بأحكام الفصل 1043 م.ا.ع «بالتوقيف» ويجوز أن يكون في المنقولات والعقّارات وحكمه حكم الوديعة الاختياريّة (الفصول 995 إلى 1042 م.ا.ع) مع خصوصيّة ما جاء من أحكام في باب توقيف الأشياء المتنازع فيها. فيجوز أن يكون التّكليف بتوقيف الأشياء المتنازع فيها اتّفاقا أو قضاءً. والمطلوب في التوقيف أن يحفظ الموقوف تحت يده الموقوف وأن يدير شؤونه باعتناء، ويجوز بيع الموقوف طبق الإجراءات المقرّرة بمجلّة المرافعات إذا كان مما يخشى فساده بإذن القاضي، وينتقل التوقيف على المتحصّل من البيع. وعلى الموقوف تحت يده أن يرجع الموقوف فورا لمن عيّنه له الخصوم أو القاضي، وفي صورة إذا ماطل في الترجيع عليه الضّمان مما ينشأ من الأمر الطارئ والقوّة القاهرة. ويجب أن يقدّم أخيرا حسابا مفصّلا فيما قبضه وصرفه مع ما يؤيّده من الحجج ويسأل عن كلّ تقصير خاصّة إذا كان مأجورا. وله أن يطالب بأجره وما صرفه.

وإذا كانت مجلّة الالتزامات والعقود قد أشارت إلى توقيف المتنازع فيه اتّفاقا أو قضاءً، فإنّ الائتمان العدلي مناط القانون عدد 71 لسنة 1997 هو توقيف المتنازع فيه قضاءً، وجاءت الأحكام خاصّة في طريقة تكليف المؤتمن وطريقة مراقبته. فيتولّى رئيس المحكمة تعيين المؤتمن طبق إجراءات القضاء الاستعجالي، وليس طبق إجراءات الإذن على عريضة، كما في صورة تعيين المصفّي، ويكلّف كذلك قاضيا تعهد له مهمّة مراقبة عمليّة الائتمان. ويجوز للمحكمة عند تعيينه أن تشترط عليه إنجاز أعماله على سبيل التفرّغ دون مباشرته أيّ نشاط آخر ترى أنّه يتنافى وطبيعة المأموريّة المسندة إليه ويقع التّنصيص على شرط التفرّغ

بالمأموريّة. ويحافظ المؤتمن العدلي على المشترك الذّي اؤتمن عليه محافظة تامّة بما يوفّر أكثر منفعة للمشترك والشّركاء. وله إتمام جميع أعمال الإدارة تحت مراقبة القاضي المراقب. وللغرض يفرض على المؤتمن مسك دفتر مرقّم وموقّع عليه من طرف القاضي المراقب و يضمّن به جميع العمليّات والتصرّفات المتعلّقة بعمليّة الائتمان من تاريخ تعهّده بها إلى تاريخ انتهاء مهامه. وعلى المؤتمن العدلي أن يطلع القاضي المراقب على الدّفتر شهريّا وكلّما طلب منه ذلك، كما عليه تمكين الشّركاء أو أيّ طرف له مصلحة من الاطّلاع على الدّفتر وتمكينهم من نسخة مصوّرة من البيانات الواردة به إذا أذن لهم القاضي المراقب. ويطلب من المؤتمن العدلي فتح حساب مالي خاص بالائتمان يكون منفصلا عن حسابه الشّخصي. ويلتزم المؤتمن برفع تقرير للقاضي المراقب كلّ ثلاثة أشهر لبيان سير الائتمان. ويحرّر في النّهاية تقريرا يضبط فيه الحالة التّي آل إليها الائتمان ويتضمّن التقرير وجوبا كلّ عمليّات الإيداع والسحب التّي قام بها المؤتمن خلال فترة إنجازه للمأموريّة، وعليه تأمين ما تبقّى من الأموال التابعة للائتمان بصندوق الودائع والأمائن مباشرة بعد طرح ما يلزم من مصاريف لإدارة الائتمان ولا تسحب إلاّ بإذن قضائي.

ونصّ الفصل 28 من القانون عدد 71 لسنة 1997 على أنّ الأحكام الواردة في باب المصفّي تنطبق على المؤتمن العدلي، معنى ذلك أنّه يدخل في مهام المؤتمن العدلي إعداد مشروع القسمة على نحو ما تقدّم وطبق الإجراءات والمآل المذكور.

- واجبات الخبراء في التصفية والائتمان العدلي: يتعيّن على المصفّي والمؤتمن أن يذكرا بالمطبوعات التّابعة لهما الاسم واللّقب والاختصاص ومحلّ المخابرة وأن يضعا لافتة على محلّ مخابرتهما وأن يعلما بكلّ تغير لمحلّ المخابرة الوزير المكلّف بالعدل . ولا يمكن لهما طلب الإعفاء من المهمّة المسندة إليهما إلا لمانع قانوني أو تجريح قانوني أو عذر يقبله رئيس المحكمة، وعليهما الحضور كلّما دعاهما القاضي. ويمكن للمحكمة أن تأذن عند اكتشافها لحالة من حالات الخطأ الفادح أو التقاعس أو الانحياز بسحب المأموريّة التّي كلّف بها المخالف إلى أن يصدر قرار في شأنه. وإذا تعذّر على الخبير إتمام أعماله لوفاة أو عجز يمكن لمن يهمّه الأمر أن يرفع طلبا إلى القاضي الذّي عيّنه في اتّجاه طلب تعويضه. وإذا لم يقدّم الطّلب في أجل 15 يوما وعلم القاضي المراقب بذلك، يستدعي المعنيين ويشير عليهم برفع الطّلب، وإذا لم يحضر أحد يعلم القاضي المراقب رئيس المحكمة الذّي يتولّى مباشرة تعيين من يقوم بالمهمّة، ويلزم من وقع تعيينه في أقرب وقت ممكن على تحرير تقرير ويودع بكتابة المحكمة لبيان الحالة التّي وصل إليها المشترك.

وتبقى التّحاجير فاعلة في مواجهة المصفّي والمؤتمن العدلي، فلا يجوز أن تنتقل لهما ملكيّة المتنازع فيه سواء مباشرة أو بواسطة الأقارب أو الزوجة. ويلزم كلّ منهما بالسرّ المهني والمحافظة على الوثائق التّي تسلّمها ويلزمه إرجاعها فور استيفاء الحاجة منها. وإذا اقتضت الصّورة الاطّلاع على وثائق تحت يد الغير أو الإدارة يلزمه الحصول على إذن مسبق يبقى خاضعا للإجراءات العاديّة في باب الإذن على عريضة. ويلزم كذلك أن يحتفظ بنسخ من تقارير أعماله مدّة عشر سنوات وعليه تسليم نظير منها بإذن من رئيس المحكمة.

ويشبه المصفّي والمؤتمن العدلي في عملهما الموظّف على معنى الفصل 82 م.ج ويمكن أن تلحقهما التتبّعات الجزائيّة الدّاخلة في باب المخالفات التّي يأتيها الموظّف، ولرئيس المحكمة إعلام النّيابة العموميّة بجميع ما وقف عليه من تجاوزات قد تنسب إلى الخبير،

الحل النهائي، فإن الاختلاف بينهما قائم في حدود أن الائتمان العدلي يشترط الاشتراك والنزاع ويريد أن يحقق التصريف العادي للمال المتنازع فيه وأن العقلة تهدف إلى تجميد المال مطلقا إلى حين اتخاذ القرار التنفيذي المناسب. وليست العقلة قيد احتياطي[1]، فإن كان كلاهما يسمح بتوقي مخاطر المستقبل، فإن للقيد

إضافة بطبيعة الحال إلى ما ورد بالقانون عدد 71 لسنة 1997. فقد اعتبر عدم مسك دفتر المحاسبة من قبل المؤتمن وعدم فتح حساب خاص وعدم تأمين ما تبقّى من مال بالخزينة عند انتهاء المهمّة وشراء المتنازع فيه ومخالفة الآجال الواردة بالقانون جرائم ينجرّ عنها عقوبات جزائيّة تتمثّل في خطايا.

ويبقى كلّ منهما مسؤولا عن خطئه الشخصي بمناسبة مباشرته لمهمّته وفقا لقواعد القانون العام، أي أن يسأل تقصيريّا ويطالب بالتعويض. وكلّ إخلال بواجب المهمّة يترتّب عنه إمّا الإنذار الذّي يسلّطه الرّئيس الأوّل لمحكمة الاستئناف الكائن بدائرتها مكتب المعني بالأمر أو الشطب من القائمة الذّي يقرّره وزير العدل وذلك بعد أن يطلب من المعني تقديم ما له من ملحوظات كتابيّة.

(1) أورد المشرّع هذه المؤسّسة بالفصول 365 وما بعد من مجلّة الحقوق العينيّة، وضبط من خلالها حالات القيد وإجراءاته.

ـ حالات القيد: تقيد احتياطيا عملا بأحكام الفصلين 365 و366 م.ح.ع:

ـ الدّعاوى الرّامية إلى استصدار حكم ببطلان الحقوق العينيّة المرسّمة أو إبطالها أو فسخها أو الرّجوع فيها أو إدخال تعديلات على التّرسيمات الواقعة بموجب نقل بالوفاء أو إبطال التّشطيب أو القيام بالشّفعة أو إصلاح التّرسيم أو التّشطيب.

ـ الدّعاوى الرّامية إلى ترسيم جميع الأعمال التّي تقتضي التّفويت في عقّار أو التّخصيص به.

ـ طرق الطّعن غير الاعتياديّة في الأحكام المرسّمة.

ـ ما يتمّ إنشاؤه وإحالته من حقوق عينيّة ويكون مقترنا بشرط تعليقي وكذلك الوعود بالبيع.

ـ التّفويت في قطع مستخرجة من رسم ملكيّة والتّخصيص بها.

ـ حقوق الارتفاق الموظّفة على قطع غير محدّدة بشرط الإدلاء بما يثبت تقديم مطلب في التّقسيم.

ـ عقود المغارسة والدّعاوى الرّامية إلى الاعتراف بحقّ المغارس أو قسمة الأرض المغروسة.

ويتلخّص من ذلك أنّ المشرّع سمح بتقييد الدّعاوى احتياطيّا سواء كانت لها علاقة بالتّرسيمات أو بالعقّار موضوع التّرسيم، وكذلك الطّعون غير العاديّة شرط ترسيم أصل الحكم المتعلّق بها. وتأتي جملة من العمليّات في إطار القيد الاحتياطي بسبب كونها غير ناقلة للملكيّة مثل الوعد بالبيع والمغارسة والعقد المقترن بشرط أو أنّ هناك أسبابا تقنيّة تمنع التّرسيم مثل عدم إتمام التّقسيم وصورة أمر الانتزاع.

ويلاحظ أنّ المشرّع التّونسي أورد صور القيد على وجه الحصر، والأكيد أنّه لا يمكن إدراج ما يتجاوز ذلك في باب القيد الاحتياطي. وهو نقل غير سليم للمبادئ الألمانيّة باعتبار أنّ القانون الألماني وإن حدّد بعض الصّور للقيد الاحتياطي إلاّ أنّه وضع قاعدة عامّة حيث « ... يجوز للمدّعي في البطلان دفع الضّرر وتوقّع اكتساب كلّ حقّ على العقّار، بقيد احتياطي يدرج بإذن القاضي ».

والواضح أنّ المشرّع التّونسي نقل أحكام هذه المؤسّسة عن التشريع الألماني بعدما جعل للترسيمات الإدارية اللاحقة مفعولا نسبيا، حيث إنّ الملكيّة لا تكتسب في قانون 5 ماي 1872 إلاّ بموجب التّرسيم بالسّجلّ العقّاري الواقع على إثر تولية (investiture)،أي أنّ نقل الملكيّة لا يحدث بمجرّد الاتّفاق كما لا يقع بمجرّد التّرسيم بالسّجلّ بل لا بدّ من التوّلية وهو ما يعادل « التّسليم traditio » بالقانون الرّوماني. ويقصد بالتّولية أن يحضر البائع والمشتري أمام القاضي ويعلنان بإرادة حرّة نقل الملكيّة. وتقع الانتقالات على ذلك الشّرط شرط أن تكون الملكيّة مرسّمة سابقا باستثناء بعض الحالات (مثل الإرث والوصيّة والانتزاع). وقبل إتمام مراسم التّولية لا يمكن مطلقا طلب التّرسيم بل يجوز فقط طلب تقييد الحقّ قيدا احتياطيّا لحفظ الحقّ.ومن ذلك خلقت هذه المؤسّسة، حيث إنّ الملكيّة لا تنقل إلاّ بموجب الترسيم والتولية معا، وقبل أن تقع الثّانية على ما تقدّم، لا يمكن أن يدّعي الدّائن إلاّ حقّا شخصيّا يمنع ترسيمه، فكان لابدّ من قيد هذا الحقّ قيدا احتياطيّا.

ـ إجراءات القيد: تدرج القيود الاحتياطيّة إجمالا بطلب من المستفيد فيكفي أن يُقدّم مطلبا في الغرض مع ضرورة أن تأتي العمليّة ضمن إحدى الصّور المشار إليها. غير أنّ قيد الدّعاوى احتياطيّا لا يجري إلاّ بإذن يصدره رئيس المحكمة الابتدائيّة بمكان العقّار بناء على عريضة تحال إلى مدير الملكيّة العقّاريّة لإبداء الرّأي فيها (الفصل 367 م.ح.ع)، وتدرج القيود الاحتياطيّة بالسجل العيني وترتّب حسب تواريخها (370 م.ح.ع). غير أنه لا يمكن قيد الحقوق قيدا احتياطيا إلا إذا كان الرسم خاليا من كل اعتراض أو عقلة، بمعنى أن لا يكون الرسم خاليا من جميع الاعتراضات التحفظية ومن جميع الإجراءات التنفيذية على معنى الإجراءات الواردة بمجلة المرافعات ف باب العقل التحفظية والتنفيذية، ويستثنى من ذلك قيد الدعاوى وعقود المغارسة بالسجل العقاري قيدا احتياطيا حيث يمكن أن يتم ذلك بقطع النظر عن وجود اعتراض أو عقلة (الفصل 369 م.ح.ع).

ويسقط القيد ويصبح غير ذي مفعول بمضي ثمانية عشر عاما بالنسبة إلى عقود المغارسة وثلاثة أعوام في جميع الصّور الأخرى إلاّ إذا وقع تجديده بإذن على عريضة يصدره رئيس المحكمة الابتدائيّة التّي بدائرتها العقّار (الفصل 370 م.ح.ع فقرة 2)، غير أنّه يمكن التّشطيب قبل الأوان برضا الطّرفين أو بحكم المحكمة، ولرئيس المحكمة الابتدائيّة التّي بدائرتها العقّار أن يصدر إذنا على عريضة بالتّشطيب على القيود الاحتياطيّة المتعلّقة بالدّعاوى وعقود المغارسة (371 م.ح.ع).

ـ آثار القيد: وأوّل الآثار المرتبطة بهذه المؤسسة هي الخطورة في عدم التّمييز بين مؤسّسة التّرسيم ومؤسّسة القيود الاحتياطيّة. وفعلا كثيرا ما تختلط المفاهيم في أذهان البعض إلى حدّ وضع المؤسّستين على قدم المساواة. وقد طرح الإشكال خاصّة عندما أوجب المشرّع صيغة معيّنة في تحرير الكتائب الخاضعة للتّرسيم. ومع أنّ المشرّع أورد بوضوح عبارة التّرسيم طالب الأغلبيّة بضرورة سحب الشّرط على كامل الكتائب بما في ذلك الخاضعة للقيد، والحال أنّ ما يمكن ترسيمه لا يمكن قيده احتياطيّا والعكس بالعكس.

وكثيرا ما يقع الخلط بين مؤسّسة القيد الاحتياطي والاعتراضات التّحفّظيّة، بل إنّ التّشريع التّونسي قد يحمل إلى ذلك الاعتقاد حين أدرج أحكام القيود الاحتياطيّة تحت عنوان « الاعتراضات التّحفّظيّة » وهي عنونة غير موفّقة، حيث إنّ الاعتراضات التّحفّظيّة على معنى الفصول 327 م.م.ت.ت ومابعد تمنع إدراج أيّ حقّ، وهي غير الآثار المرتبطة بمؤسّسة

الاحتياطي مجاله العيني ونظامه الخاص لا يشتبه بإجراءات العقلة التوقيفية.

القيد الاحتياطي التّي لا تمنع إدراج التّرسيمات اللاّحقة، فقط أنّه إذا لم يسبق قيد الدّعوى قيدا احتياطيّا فإنّ الحكم لا يكون له مفعول إزاء الغير إلاّ من تاريخ ترسيمه (368م.ح.ع)، وإذا سبق تقييد الحق احتياطيا فلا يمكن معارضة المستفيد منها بالتّرسيمات الحاصلة بعد ذلك (370 م.ح.ع).

ورغم أن الفصول 365 إلى 372 م.ح.ع قد جاءت تحت عنوان « الاعتراضات التحفظية» إلا أنها لم تشر إلى هذا المعنى إلا من خلال الفصلين 369 و372 م.ح.ع، فأشار المشرع بالفصل 369 م.ح.ع إلى أن القيود الاحتياطية لا يمكن إدراجها إلا إذا كان السجلّ خال من أي تنصيص له علاقة بالاعتراضات التحفظية باستثناء قيد الدعاوى والمغارسة وأكد بالفصل 372 م.ح.ع على أن إدراج الوثائق الخاصة بإجراءات التفليس تمنع الترسيم اللاحق. وجاءت باقي الفصول محدّدة لنظام القيود الاحتياطية، وكان ينتظر أن يشار إلى معنى القيود الاحتياطية بالعنوان. ثمّ إن المشرع لم يؤكد بفصل خاص على أثر الإجراءات التنفيذية(العقل التنفيذية) في منع الترسيم. وياحبّذا لو أبقى المشرّع التّونسي على أثر الاعتراضات التّحفّظيّة، بل إنّه خوّل قيد الدّعاوى وعقود المغارسة احتياطيّا بقطع النّظر عن وجود اعتراض أو عقلة (369 م.ح.ع).

والواضح أن المشرع، وتجاوزا لعنونة الفصول من 365 إلى 372 م.ح.ع، قد قصد بيان نظام القيود الاحتياطية، فبعد أم بيّن شروط القيود الاحتياطية سواء كانت أصلية أو إجرائية من خلال الفصول 365 و366 و367 و370 فقرة ثانية و371 م.ح.ع، بيّن آثارها من خلال الفصول 368 و369 و370 فقرة ثانية م.ح.ع بأن جعل للقيد أثرا رجعيا بمعنى أن ترتدّ حقوق المنتفع إلى بداية القيد دون أن يمنع القيد الترسيم اللاحق حيث سمح المشرع بإدراج الحقوق اللاّحقة رغما عن كلّ قيد احتياطي باعتبار أن القيد الاحتياطي لا يمنع الترسيم اللاحق على خلاف الاعتراضات التحفظية والعقل التنفيذية.

ورغم وضوح النص القانوني (الفصل 370 م.ح.ع فقرة أولى مجلة الحقوق العينية) في عدم منع الترسيم بعد إدراج القيد الاحياطي، إلا أن الآراء اختلفت، فذهب جانب من الفقه إلى حدّ القول بضرورة تجميد العمليّات في صورة وجود قيد احتياطي تجاوزا لعبارات الفصل 370 م.ح.ع وتناسقا مع أهداف السّجلّ و» حفظا لمصلحة المتقاضين والغير»حيث إنّ القول بترسيم الحقوق اللاّحقة رغما عن كلّ قيد فيه من الخطورة الكثير ولا تخلو المسألة من إزعاج خاصّة إذا استعصى على المستفيد من القيد إدراج الأحكام التّي قد تصدر مستقبلا. وخالفهم في ذلك جانب من الفقه بعلّة أنّ الفصل 370 م.ح.ع كان واضحا في أحكامه رغم كلّ الآثار السّلبيّة التّي يبقيها العمل بهذا الفصل، لأنّ الذّي اكتسب الحقّ في حال وجود القيد لا يمكن بالمرّة التّمسّك بحسن النيّة، وتردّ الحقوق المكتسبة على القيد إلى تاريخه وليس إلى تاريخ الحكم .ولم تستقرّ إدارة الملكيّة العقّاريّة على رأي، فإذا انحازت بداية إلى الرّأي الأوّل وأيّدها في ذلك رئيس المحكمة العقّاريّة سنة 1977 ، سرعان ما ارتدّ موقفها إلى الرّأي الثّاني . وا أظنّ أنّ فقه القضاء كان واضحا، فإذا ذهبت جملة من القرارات إلى القول بعدم معارضة المستفيد من القيود الاحتياطيّة بالتّرسيمات اللاّحقة ، فإنّ البعض الآخر ظلّ يبحث حول سوء وحسن نيّة المستفيد من التّرسيم وإن كان سبق قيد الحق احتياطيا يمنع الحديث عن حسن النية أصلا.

وليست العقلة حق حبس[1]، فإذا كان كل منهما يمنع المدين من التصرف في المال ويرد على الأشياء المادية وغير المادية ويضمن استخلاص الدين فإن حق الحبس حق عيني يمتاز عن إجراءات العقلة ويتجاوز مجرد الطبيعة التحفظية

(1) يعدّ حقّ الحبس ضمن الحقوق العينيّة التّبعيّة على معنى الفصل 193 م.ح.ع وإن لم يرد ذكره بالفصل 12 م.ح.ع، لأنّ فيه معنى التّتبّع والأفضليّة، فيمكن استرداد الشيء إذا أخذ منه خفية وذلك هو معنى التّتبّع، ويحتجّ بحقّ الحبس على الدّائنين، وذلك هو معنى الأفضليّة. لكنّ جانبا من الفقه يرى أنّ حقّ الحبس يعتبر حقّا شخصيّا، باعتباره يعدّ وسيلة يحصل بها الوفاء بالعقود مثل الدّعاوى البليانيّة أو المنحرفة أو غير المباشرة على معنى الفصل 306 م.ا.ع وما بعد والعربون على معنى الفصول 303 وما بعد م.ا.ع. ولربّما كان ذلك هو السبب في عدم الإشارة إلى حقّ الحبس بالفصل 12 م.ح.ع. وجاءت أحكامه مفصّلة بالفصول 309 إلى 324 م.ا.ع، وفي عدّة فصول متناثرة بمجلّة الالتزامات والعقود وخاصّة منها ما يتعلّق بعقد البيع وعقد الكراء وغيرهما. وصورته أن يحبس الدّائن العقّار أو المنقول التّابع للمدين إلى أن يستخلص دينه، وعرّفه الفصل 309 م.ا.ع بأنّه «الحقّ في حوز الشيء الذّي يملكه المدين حتّى يؤدّي ما عليه للدّائن ولا يجري العمل به إلاّ في الأحوال التّي خصّصها القانون».

ويشترط في حقّ الحبس أن يكون الشيء في حوز الدّائن وأن يكون أجل الدّين قد حلّ وأن يكون الدّين نشأ من معاملات بين الدّائن والمدين أو تولّد من الشيء المراد حبسه وأن يكون الشيء تابعا للمدين، فلا يجوز حبس مال الغير. ولا يوجب حقّ الحبس إذن القاضي في قيامه وتكوينه، بل يشترط الإذن في بيع الشيء على معنى الفصل 323 م.ا.ع. لكنّ فقه القضاء كثيرا ما يخلط بين شروط قيام حقّ الحبس وشروط ممارسته، باشتراطه الإذن في جميع الصّور. غير أنّ المشرّع اشترط صراحة الإذن في بعض الصّور الخاصّة لقيام الحبس مثل قانون عدول الإشهاد وعدول التّنفيذ وقانون المحاماة وقانون المصفين والخبراء، لكنّ البعض لا يرى في هذا الإجراء المنصوص عليه بالقوانين الخاصّة ممارسة لحقّ الحبس بالمعنى الدّقيق للكلمة في مفهومه العيني.

وإذا قام حقّ الحبس قانونا يجوز للمحكمة أن تأمر بردّ الأشياء المحبوسة عند الدّائن إذا عرض المدين أن يودع عنده مبلغا أو شيئا يعادله أو أن يؤمّن المبلغ الذّي ادّعى به الدّائن إلى فصل الخصام بينهما، وإذا لم يقع الوفاء بالدّين وأنذر المدين فللدّائن أن يستأذن المحكمة في بيع ما تحت يده توثقة لخلاص دينه من الثّمن قبل غيره من الدّائنين، ويكون البيع طبق الإجراءات المبيّنة بمجلّة المرافعات في البيوعات العقّاريّة، ويسوغ الاحتجاج بحقّ الحبس على الدّائنين وعلى من انجرّ له حقّ من المدين كلّما ساغ الاحتجاج بذلك الحقّ على المدين. لكنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تحدّد بدقّة أفضليّة حقّ الحبس في مواجهة الدّائن المرتهن وصاحب حقّ الامتياز. لذلك ذهب اتّجاه أوّل إلى أنّ حقّ الحبس وباعتباره سيطرة فعليّة يقدّم على الامتياز والرّهن، والحقيقة أنّ أفضليّة حقّ الحبس لا تصحّ إلاّ في مواجهة الدّئنين العاديين لأنّ الفصول 322 و323 و324 م.ا.ع لم تتحدّث إلاّ عن الدّائنين والمقصود بذلك الدّائنين العاديين لا غير، ثمّ إنّ الفصل 193 م.ح.ع أورد التّرتيب في التّفضيل فأشار إلى الامتياز بداية ثمّ إلى الرّهن ونهاية إلى حقّ الحبس. فيقدّم بذلك الامتياز والرّهن على حقّ الحبس، ويبقى حقّ الحبس مقدّما على الدّائن العادي في التّفضيل.

في العقلة التوقيفية أو حتى هدف التجميد بما له من قدرة على إخضاع المدين لإرادة الدائن. وليست العقلة التوقيفية غرامة تهديدية[1]، فإذا كان كل منهما يسمح بالمساعدة على تنفيذ الأحكام، فإن للغرامة التهديدية مجالها بأن يلزم المدين بالدفع في صورة التأخير وليس ذلك من مباحث العقلة التوقيفية.

فإن كان للتحفظ رابطة بالحراسة القضائية والقيود الاحتياطية والحبس والتهديد المالي فإن ذلك يتوقف عند المساعدة على تنفيذ الأحكام والتوقي من مخاطر المستقبل ومنع المدين من التصرف في المال ويرمي إلى حماية الذمة المالية ووضع جزء منها تحت رقابة القضاء في حدود ما يفي بخلاص الدين، وذلك هو معنى التحفظ. ولكنه مجرد تحفظ وقتي. وبهذا المعنى فهو وسيلة ضرورية ومتأكدة لتفادي خسارة مالية وحفظ الحق المهدّد[2] وقابلة للمراجعة

(1) التهديد المالي astreinte، فهو أن تلزم المحكمة المدين بالتنفيذ العيني وإذا امتنع تلزمه بدفع غرامة تهديديّة. وعادة ما يتعذّر على الدّائن التنفيذ بنفسه بل لا يتسنّى التنفيذ العيني في هذه الصورة، وهو لا يزال ممكنا، إلا بتدخّل شخص المدين نفسه. ففي هذه الصورة تلزم المحكمة المدين بالتنفيذ، بطلب من الدّائن، فإن تأخر أو رفض ألزم بدفع غرامة تسمّى بالغرامة التهديديّة لأنها وجدت لتدفع المدين إلى التنفيذ بطريقة غير مباشرة، كأن يلزم المدين بدفع مبلغ معين عن كلّ يوم تأخير في الإنجاز، إضافة إلى ما يمكن أن يطالب به الدّائن من تعويض في نهاية الأمر في صورة رفض التنفيذ، إذا كان مقدار الغرامة التهديديّة لا يرقى إلى مستوى كامل التعويض.

وما يميّز الحكم بالتهديد المالي أنّه حكم وقتي تهديدي، ولهذا الغرض فهو لا يتّصل بقوة حجية الأمر المقضي به ولا يجوز تنفيذه، ولا يجوز الطعن فيه من حيث المبدأ، وإنّما يُرجع إلى المحكمة الأصليّة في صورة عدم التنفيذ لطلب مقدار التهديد والتعويض النهائي، وهذا الحكم هو القابل للتنفيذ في نهاية الأمر. وتكمن أهمية الحكم بغرامة التهديد في أنها تجعل التعويض النهائي أعظم شأنا بحكم إصرار المدين على عدم التنفيذ، فلا شكّ في أنّ التعويض النهائي سيكون أرفع بكثير مقارنة بصورة ما إذا طلب الدّائن منذ البداية التعويض عن عدم التنفيذ دون اللّجوء إلى غرامة التهديد.

ولم تأت مجلّة الالتزامات والعقود بنصّ عام في باب عدم تنفيذ الالتزامات، ولكنّ ذلك لا يعني أنّ الطّلب لا يصحّ فيه، بل العكس هو الصحيح. ويمكن أن تجد المحكمة سندها في الأحكام العامة الواردة سواء بمجلّة الالتزامات والعقود مثل الفصل 535 م.ا.ع أو بمجلّة المرافعات المدنيّة، وقد وقع العلم أنّ الغرامة التهديديّة كانت سريان عمل جاء به فقه القضاء بفرنسا بدون أن يكون هناك سند قانوني وقد سارت بعض التجارب على هذا المنوال إلى أن اعتمد النصّ القانوني .ولا شكّ أنّه بالإمكان للقضاء في تونس أن يكون له هذا الدّور الاجتهادي في اعتماد إجراء الغرامة التهديديّة مادام الأثر طيّبا. هذا وقد نصت بعض النصوص الخاصة، تجاوزا لأحكام مجلة الالتزامات والعقود، على إمكانية المحكمة في اللجوء إلى التهديد المالي

(2) الفصل 322 فقرة ثانية م.م.م.ت.

حيث يمكن رفعها أو إبقاؤها أو إبدالها بإجراء آخر وقد توفر حماية حينية أو تمثل استعدادا للمرحلة النهائية.

ويرتدّ مفهوم التجميد إلى منع المدين من التصرف في المال ونصب المعقول تحت يده حارسا لها إلا إذا فضل المعقول تحت يده تسليم المعقول إلى عدل التنفيذ. فيمنع بذلك المدين من إحالة الحقوق المعقولة بأية طريقة وتحمل مسؤولية حراسة الشيء على المعقول تحت يده. ولكن ذلك لا يعني نزع الملكية عن المدين وإنما تجميدها بمعنى أن يمنع على المالك مباشرة أعمال التصرف القانوني acte de disposition ويُبقي قانونا على عنصري الاستغلال والاستعمال الداخلة في معنى الملكية ولو بواسطة. وكل تصرف قانوني من قبل المدين جزاؤه البطلان. وتحمل المسؤولية على الحارس في صورة التفريط في المعقول.

لذلك نص الفصل 333 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) على أنّ العقلة التوقيفية تهدف إلى جعل المبالغ المالية والمنقولات المسلطة عليها العقلة موقوفة بيد المعقول تحت يده ونصب هذا الأخير حارسا لها إلا إذا فضل تسليمها للعدل المنفذ وإذا لم يتم هذا التسليم فإنه يتحتم عليه تحت مسؤوليته الشخصية أن لا يتخلى عن المبالغ والمنقولات المذكورة إلا بموجب اتفاق على رفع العقلة أو حكم قاض بصحة العقلة التوقيفية أو بطلانها أو رفعها وذلك مع مراعاة أحكام الفصل 314[1]. فذلك يعني أن يجمد المال بمعنى أن يمنع المدين ليس فقط من التصرف قانونا في المعقول أو في استغلاله بل كذلك

(1) تسلط العقلة على المبالغ المالية الموجودة بفاضل الحساب الناتج يوم العقلة، والذي يقع ضبطه مع مراعاة القواعد التالية :

- خلال الخمسة عشر يوما الموالية لتاريخ إجراء العقلة، تضاف إلى العناصر الإيجابية للحساب الدفعات اللاحقة لتاريخ العقلة التي تتم بواسطة شيكات أو أوراق تجارية قدمت قبل تاريخ العقلة للخلاص ولم تسجل بعد بالحساب، كما تطرح من العناصر الإيجابية للحساب معينات الشيكات التي قدمت قبل العقلة للاستخلاص وكذلك المبالغ التي وقع سحبها قبل العقلة بواسطة بطاقة بنكية ولم يقع إدراجها بالحساب في تاريخ العقلة وذلك إذا قيدت مبالغها بحسابات المستفيدين قبل العقلة.

- خلال الشهر الموالي لإجراء العقلة، تؤخذ بعين الاعتبار الأوراق التجارية والشيكات التي قدمت للخصم قبل العقلة وقيّد مبلغها بالحساب الراجح للمعقول عنه واتضح خلال الشهر الموالي أن لا رصيد لها.

وفي صورة تغير فاضل الحساب بسبب هذه العمليات، يجب على البنك أن يقدم كشفا فيها والتصريح بالفاضل النهائي للحساب إلى كتابة محكمة الأصل المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل أو بالجلسة نفسها ما دامت القضية منشورة إلى تاريخ جلسة المرافعة.

من استعماله، فإذا كانت كل عقلة، مهما كانت طبيعتها، تهدف إلى وضع ما تتناوله من الأموال تحت يد العدالة ومنع المدين من التصرف فيها في مضرة دائنيه. فكل ما يقع حينئذ من تفويت بعوض أو بدونه أو كراء للأموال المعقولة وكذلك ما يتم إنشاؤه عليها من حقوق رهن أو غيرها من الحقوق العينية باطل ولا عمل عليه إزاء الدائنين (الفصل 309 م.م.م.ت)، أي أن يمنع المدين من التفويت والقيام بالأعمال الهامة المرتبطة بالاستغلال، ويبقى له الحق في الاستعمال، فإن العقلة التوقيفية تهدف من حيث الواقع إلى منع المدين من الاستعمال والاستغلال والتفويت، طالما أن الحراسة تكون بيد المعقول تحت يده[1].

ولما كان للعقلة التوقيفية هذه الأهداف في الحفظ والتجميد، فلا شيء يمنع إجراءاتها ثانية حفظا للحقوق وضمانا للوفاء بها وهو مطمح جملة القواعد القانونية المدنية في نهاية الأمر، بل إن توخي هذا المسلك إنجاز لأغراض المؤسسة، خاصة وأن العقلة التوقيفية ليست فقط وسيلة إجرائية مرتبطة بطرق التنفيذ تهدف إلى حفظ وتجميد المال المعقول بل لا يمنع التشريع والقضاء من إجرائها ولو سبق الإذن بها.

ت ـ العقلة التوقيفية وسيلة إجرائية مرتبطة بطرق التنفيذ تهدف إلى حفظ وتجميد المال المعقول لا يمنع التشريع والقضاء من إجرائها ولو سبق الإذن بها

ليس بمجلة الإجراءات ما يمنع الإذن بإجراء العقلة التوقيفية ولو سبق الإذن بها (1) وليس بسوابق فقه القضاء ما يعاكس الاتجاه (2).

1 ـ قانونا:

ليس بالمبادئ العامة للعقل ولا بالمبادئ الخاصة بالعقلة التوقيفية ولا بمبادئ القضاء الوقتي ما يمنع من الإذن بإجراء العقلة مع سبق إجرائها.

ـ المبادئ العامة للعقل: أورد المشرع المبادئ العامة في وسائل التنفيذ بالفصول 285 إلى 315 م.م.م.ت، ويمكن من خلالها التذكير بجملة من المبادئ الهامة قد يذهب التفكير إلى مضامينها توصلا للمنع، ومن أهمها مبدأ تحديد الدين المقام على أساسه العقلة ومبدأ الملاءمة ومبدأ انعدام أفضلية الدائن العاقل ومبدأ لا عقلة على عقلة.

(1) اعتبرت مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية القديمة العقلة التوقيفية بمثابة الاعتراض opposition.
Pierre marette: procédure civile et voies d'execution, op. cit., p. 126.

+مبدأ تحديد الدين المقام على أساسه العقلة: لا بدّ من ذكر مقدار الدين المقام على أساسه العقلة وإلا كان محضر العقلة باطلا، وتلك قاعدة أوردها المشرع بإجراءات العقلة التنفيذية (الفصل 392 م.م.م.ت) وإجراءات العقلة التحفظية (الفصل325 م.م.م.ت) وإجراءات العقلة التوقيفية (الفصل332 م.م.م.ت). فإذا ما تقرر صحة الإجراء بعقلة ثانية على أساس نفس الحق، فقد لا يُراعى المبدأ، وقد يشتت المقدار بين العقلة الأولى والثانية.

والحقيقة أنه طالما لم يستخلص الدين ولو ارتبطت به إجراءات تتبع من ناحية أخرى لا يمكن القول بالوفاء ويبقى الدين قائما ومن الممكن بالتالي أن يكون أساسا لطلب ثاني. فليست العقلة التوقيفية إجراءً مانعا **لإجراءات موازية**، بل هي طريقة من جملة الطرق الأصلية والإجرائية، تباشر وترا أو صنوا أو جمعا.

+مبدأ الملاءمة: نص الفصل 307 م.م.م.ت على أنه «لا يمكن إجراء عقلة تنفيذية على أكثر مما يلزم لخلاص الدائن العاقل». فلا يمكن عقلة العقار إذا كان المنقول يفي بالحاجة، ولا يمكن عقلة المنقولات الهامة إذا كان أقلها يفي بالحاجة. وقد تقع القاعدة إذا ما تقرر إمكانية العقلة ثانية.

ولكن تلك القاعدة لا تتعلق في حقيقة الأمر إلا بالتنفيذ المباشر، وطالما أن العقلة التوقيفية تهدف إلى الحفظ وليس إلى التنفيذ المباشر فإنها تبقى بعيدة عن المبدأ.

+مبدأ انعدام أفضلية الدائن العاقل: لا تقوم العقل التحفظية، بما في ذلك العقلة التوقيفية، إجمالا على مبدأ أفضلية الدائن العاقل بمعنى أن يجمد المال المعقول على ذمة الدائن العاقل فقط دون بقية الدائنين[1]، وذلك يعني أنه من الممكن إجراء عقلة تنفيذية وغيرها على المال المعقول تحفظيا. فلا يخشى بعد ذلك من الإذن بعقلة توقيفية ثانية على أساس نفس الدين تحت يد غير المعقول تحت يده بداية.

(1) أقر المشرع الفرنسي بموجب تنقيح 1991 سابق الذكر بحق الأفضلية للدائن العاقل في الإجراءات التحفظية، وأصبحت بالتالي العقلة التوقيفية بمثابة العقلة التنفيذية وعلى ذلك الأساس أصبحت العقلة التوقيفية تسمى عقلة تخصيصية.
كما أن الدعوى غير المباشرة التي نظمها المشرع التونسي بالفصول 307 و308 و309 م.ا.ع تهدف إلى تجميد المال على ذمة المدعي في الدعوى إذا لم يتداخل عيره من الدائنين في الدعوى.

+ **مبدأ لا عقلة على عقلة:** «لا تصح عقلة على عقلة saisie sur saisie ne vaut»، ولذلك نصّ الفصل 313 م.م.م.ت على أنّ "الدائنين المخول لهم الحق في التنفيذ الجبري ليس لهم فيما يخص مكاسب المدين التي سبق أن أجريت عليها عقلة تنفيذية أو عقلة توقيفية إلا الاعتراض على المتحصل من البيع أو من الأموال المعقولة توقيفا وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة. ويتم هذا الاعتراض بواسطة أحد العدول المنفذين الذي يتولى تحرير محضر يبلغه للمدين المعقول عنه وللعدل المنفذ المكلف بالبيع إذا كان المعقول من المنقولات أو للمحامي القائم بالتتبع إذا كان من العقارات أو للمعقول تحت يده إذا كان الأمر يتعلق بعقلة توقيفية. ويجب أن ينص بالمحضر على السند التنفيذي الذي بمقتضاه وقع الاعتراض وعلى إعلام المدين بهذا السند وكذلك على مقدار الدين ويجب أن يحتوي بالإضافة إلى ذلك على اختيار الدائن المعترض لمقر بجهة مقر المعقول عنه والإخلال بأي إجراء من هذه الإجراءات يترتب عنه بطلانه". ويخول هذا الاعتراض للدائن القائم به الحق أن يساهم في توزيع الثمن المتحصل من البيع أو من الأموال المعقولة توقيفيا. ولا يمكن إبطال العقلة أو رفعها كلا أو بعضا ولا الإذن بإبطالها أو رفعها كلا أو بعضا إلا برضاء الدائنين المعترضين أو بمقتضى حكم تمكن معارضتهم به[1]. غير أن العقل الجديدة التي قد تجري على مكاسب معقولة مع عدم العلم بالعقلة الأولى تقوم مقام الاعتراض[2]. وعلى ذلك الأساس فإن تدخل الدائن الجديد على مال معقول لا يصح إلا بموجب الاعتراض وحتى على فرض مباشرة إجراءات العقلة بدون علم ما سبقها يقوم العمل مقام الاعتراض. فكيف يمكن القول بصحة العقلة الثانية والحالة تلك.

ومع ذلك فإن المبادئ العامة لا تقول بعدم صحة العقلة الثانية أو عقلة على عقلة بل أنزلتها منزلة الاعتراض. ولكن الإشكال المطروح يتجاوز في الحقيقة ما جاء بهذه المبادئ وتعلق بإمكانية الدائن العاقل نفسه في عقلة مال تحت يد شخص غير المعقول تحت يده بداية ، وهي غير صورة العقلة على عقلة. فلم يرد في ذلك نص عام أو نص خاص.

ـ المبادئ الخاصة بالعقلة التوقيفية: أورد المشرع الأحكام الخاصة بالعقلة التوقيفية بالفصول 330 إلى 347 م.م.م.ت[3]، فحدّد طبيعة الدين المقام من

(1) الفصل 314 م.م.م.ت

(2) الفصل 315 م.م.م.ت

(3) كما أورد قواعد خاصة بعقلة المبالغ التي بذمة الدولة (الفصول 348 إلى 352 م.م.م.ت)

أجله العقلة[1]، وعدم قابلية بعض الديون للعقلة[2]، وصيغة محضر العقلة[3]، وإجراءات الإعلام بالعقلة وتصحيحها[4]، والتزامات المعقول

وقواعد خاصة بعقلة الأجور (الفصول 356 إلى 389 م.م.م.ت)

(1) الفصل 330 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين كل في حدود نظره عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يفي بخلاص الدين المطلوب من المبالغ المالية والمنقولات التي يملكها هذا المدين أو يستحقها ولو كان استحقاقه لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط.

ولا حاجة لاستئذان القاضي إذا كان بيد الدائن حكم ولو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ.

الفصل 334 ـ للحاكم المشار إليه بالفصل 330 أن يأذن المعقول تحت يده أو العدل المنفذ الذي تسلم المبالغ المالية أو الأشياء المعقولة بتأمينها بصندوق الودائع والأمانات أو بيد مؤتمن آخر.

وله أيضا أن يجبرهما على التأمين إذا طلب منه الدائن العاقل أو المدين المعقول عنه.

(2) الفصل 331 ـ لا تقبل العقلة التوقيفية :

أولا : النفقة إذا صدر بها حكم.

ثانيا : التسبيقات ذات الصبغة المعاشية عن تعويض ضرر ناشئ عن جنحة أو شبهها،

ثالثا : المبالغ التي تمنحها الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية بعنوان إعانة فردية دورية أو عرضية مهما كان مبلغها ومستحقها.

على أن عدم قابلية العقلة المشار إليه لا يمكن الاحتجاج به على الدائنين الذين أمدوا المدين المعقول عنه بالمواد الغذائية والأشياء وغير ذلك مما هو ضروري للحياة.

(3) الفصل 332 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يحصل إجراء العقلة التوقيفية بواسطة محضر يحرره العدل المنفذ ويعلم به المعقول تحت يده ويضيف إليه نسخة من الحكم الذي أجريت العقلة بمقتضاه أو من القرار الذي أذن بإجرائها ومن العريضة التي بني عليها هذا القرار.

ويجب أن يشتمل هذا المحضر على ما يلي وإلا يكون باطلا :

أولا: التنصيص على القرار الذي أذن بإجراء العقلة التوقيفية أو الحكم الذي أجريت بمقتضاه.

ثانيا : بيان مقدرا دين العاقل.

ثالثا : بيان الهوية الكاملة للمدين المعقول عنه ومقره، وبيان عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه إن كان تاجرا أو شخصا معنويا.

وإن لم يكن المدين مرسما فالتنصيص على ذلك صراحة بالمحضر.

رابعا : النص الحرفي للفصول 333 و337 و339 و341 من هذه المجلة.

(4) الفصل 335 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ على الدائن العاقل أن يعلم المدين المعقول عنه بالعقلة في ظرف خمسة أيام من إجرائها بواسطة محضر محرر من أحد العدول المنفذين ومشتمل على استدعائه للحضور أمام المحكمة المختصة خلال أجل لا يقل عن ثمانية أيام ولا يتجاوز واحدا وعشرين يوما لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة وإلا بطلت العقلة.

ويتم تقييد القضية وجوبا لدى كتابة المحكمة المختصة في أجل لا يتجاوز ثمانية وأربعين

وأمكن للدوائر التعقيبية بطريقة مباشرة تعريف العقلة التوقيفية وبيان خصائصها[1] وشروطها[2]

وإجراءاتها[3]،كما أمكن لها ولو بطريقة غير مباشرة في عدة مناسبات تخويل الدائن الحق في تتبع الدين بين أيدي الغير إلى حدّ استيفاء كامل الحق[4]، أو تحديد

(1) بالاطلاع على جميع القرارات التعقيبية المنشورة من سنة 1959 إلى سنة 2008 نلاحظ أن الإشكاليات التي سبق أن طرحت أمام محكمة التعقيب تعلقت خاصة بإجراءات العقلة التوقفية ولم نجد قرارا يعنى مباشرة بإمكانية الدائن العاقل في عقلة أموال المدين قبل إتمام الإجراءات في العقلة في الأولى الواقعة من نفس الدائن. ولكننا نجد في معظم القرارات مفهوما واضحا لأهداف العقلة التوقيفية.

(2) القرار التعقيبي عدد 1889 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2004، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2004، ص. 349 وما بعد.

القرار التعقيبي عدد 48094 الصادر بتاريخ 07 جويلية 2010 (غير منشور). «وحيث نصّ الفصل 330 م.م.م.ت على أنّه "لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين كل في حدود نظره عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يفي بخلاص الدين المطلوب من المبالغ المالية والمنقولات التي يملكها هذا المدين أو يستحقها ولو كان استحقاقه لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط. ولا حاجة لاستئذان القاضي إذا كان بيد الدائن حكم ولو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ".

وحيث مما لاشكّ فيه أن الحق سبب العقلة التوقيفية يجب أن يكون ثابتا أي موجودا certain، والمعلوم أنّ الحقّ يمكن أن يكون احتماليا أو ثابتا أو ثابتا مقدّرا أو ثابتا مقدرا وواجب الأداء أو قابلا للتنفيذ الجبري. فالحق الثابت هو الحق الموجود غير المتنازع فيه فهو المقطوع بصحته، اعترافا أو إثباتا، بحجة ملزمة للطرفين. وقد تكون حجة رسمية أو غير رسمية، باستثناء ما وقع في باب الاستثناء في بداية الحجة الكتابية والتعذر المادي والمعنوي وفي المعاملات التجارية. وليس الحق الثابت بحق غير معلق على أجل أو شرط، بل إن الحق المشروط والمؤجل هو حق موجود، حيث إنّ الحق المشروط على شرط واقف حق موجود غير مكتمل وأن الحق المشروط على شرط فاسخ حق موجود مهدّد بالزوال وأن الحق المؤجل على أجل واقف حق موجود غير نافذ وأنّ الحق المؤجل على أجل فاسخ حق موجود له نهاية محقّقة. فالحقوق المشروطة والمؤجلة حقوق موجودة ولكنها حقوق غير مستحقة الأداء.

وحيث إذا كان احتمال الدين وعدم ثبوته، لا يتلاءم مع طبيعة العقلة التوقيفية، فإن شرط استحقاق أدائه أو تنفيذه جبرا، لا شيء يبرره، لأن العقلة التوقيفية ليست دعوى تنفيذية، فلا يشترط السند التنفيذي أو حلول الأجل في الأداء، بل يكفي أن يكون حق الدائن موجودا أي ثابتا certain غير محتمل أو متنازع فيه. وذلك هو معنى الثبوت بالفصل 330 م.م.م.ت».

(3) القرار التعقيبي عدد 2535 الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2004، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2004، ص. 359 وما بعد.

(4) القرار التعقيبي المدني عدد 3464 المؤرخ في 28 جانفي 1982، نشرية محكمة التعقيب 1982، الجزء الأول، ص 233 وما بعد. ويتعلق بدعوى الدائن العاقل المعارضة في دعوى

مفهوم الغير المعقول تحت يده[1]، أو بيان الأثر التجميدي للعقلة التوقفية[2]، أو تفعيل القواعد القانونية الهادفة لضمان حق الدائن العاقل[3]. وذلك يعني ببساطة أنه ليس في مجلة المرافعات المدنية قاعدة خاصة بمسألة العقلة الثانية، فهل يمكن تطبيق المبادئ العامة الأصلية ؟ وهل يمكن أن يوجد الحل بها ؟

طلب رفع العقلة من قبل المدين، بعد تقاعس الدائن العاقل عن إجراءات تصحيح العقلة. وقد عابت محكمة التعقيب على قضاة الأصل قضاءهم لصالح دعوى المدين دون جواب الدائن العاقل فيما له من دفع في دعواه المعارضة.

القرار التعقيبي المدني عدد 49179 الصادر بتاريخ 12 فيفري 1998، نشرية محكمة التعقيب لعام 1998، الجزء الأول، ص. 283 وما بعد. « عدم تقديم شهادة في عدم الاستئناف للسند المؤسسة عليه العقلة لا ينجر عنه إبطال إجراءات العقلة وإنما تأجيل النظر». وفي نفس المذهب القرار التعقيبي عدد 63048 الصادر بتاريخ 11 ماي 1998، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1998، ص. 286 وما بعد.

(1) القرار التعقيبي المدني عدد 48035 المؤرخ في 17 ديسمبر 1997 نشرية محكمة التعقيب لعام 1997، الجزء الأول، ص. 247 وما بعد. ويتعلق بإمكانية الدائن العاقل بأن يكون في نفس الوقت دائنا عاقلا ومعقولا تحت يده. وقد ورد بهذا القرار تعريف واضح لمعنى الغير المعقول تحت يده. «حيث يؤخذ ويفهم من عبارة «غير» الواردة بالفصل 330 م.م.م.ت هو كل (شخص أو مؤسسة) سوى المدين المعقول عنه سواء كان دائنا عاقلا ومعقولا تحت يده في الآن نفسه أو أية مؤسسة يوجد لديها أموال المدين المعقول عنه وبالتالي فالأموال المودعة لدى المعقب ضده مع أنه مودعا لديه فهو غيرا خلافا لما رآه الطاعن».

وكذلك القرار التعقيبي عدد 30185 الصادر بتاريخ 20 جانفي 2004، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2004، الجزء الأول، ص. 333 وما بعد، في تعريف المعقول تحت يده.» إن المعقول تحت يده غالبا نا يكون أجنبيا عن العلاقة المديونية وإنما جعله المشرع طرفا غير مباشر في دائرة الدين حرصا منه على استخلاص الديون في أيسر الآجال وبأقل التكاليف وتأسيسا على ذلك فلا ينبغي أن ينظر إليه بأكثر من ذلك».

القرار التعقيبي المدني عدد 49179 الصادر بتاريخ 12 فيفري 1998، نشرية محكمة التعقيب لعام1998، ص 283 وما بعد. «إن المعقول تحت يده لا يعتبر طرفا في النزاع وإنما هو غير وقع إدخاله في القضية وحق له أن يتمتع بما يتمتع به بقية الأطراف في النزاع ومن ضمنها الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف حسب الفصل 148 م.م.م.ت.».

(2) القرار التعقيبي المدني عدد 47238 الصادر بتاريخ 16 أفريل 1997، نشرية محكمة التعقيب، الجزء الأول، 1997، ص. 263 وما بعد.»إن المطالبة بالأموال المعقولة قبل رفع العقلة طلب سابق لأوانه وفي غير طريقه».

(3) القرار التعقيبي عدد 1508 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2004، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2004، الجزء الأول، ص. 345 وما بعد. (التواطؤ بين المعقول تحت يده والمدين).

II ـ الأساس العام في التعسف في استعمال الحق

لم تنظم مجلة الإجراءات المدنية مسألة تعدد العقل التي يمكن أن يقوم بها الدائن العاقل على أساس نفس الدين وتحت يد غير المعقول تحت يده أولا، فليس في المبادئ العامة الإجرائية ما يمنع الدائن العاقل من إجراء أكثر من عقلة على أساس نفس الحق. ولا بدّ حينئذ من الرجوع إلى المبادئ القانونية العامة للبحث إن كان من الممكن اعتبار تعدد العقل يعدّ من قبيل إلحاق المضرة بالمدين أو من قبيل التعسف في استعمال الحق[1]. ولو أن بعض النصوص الخاصة تضمنت ما يدل على خطأ الدائن أو تعسفه[2].

والقاعدة العامّة أنّ الشّخص يسأل إذا أضرّ بالغير سواء قصدا أو عن غير قصد عملا بأحكام الفصلين 82 و83 م.ح.ع، ولا يعدّ ذلك إلاّ خروجا عن التّصرّف العادي والمألوف. ولكنّ المشرّع لم يقف عند ذلك الحدّ حيث إنّ التّعسّف في استعمال الحقّ موجب للمساءلة المدنيّة ونصّ الفصل 103 م.ا.ع على « أنّ من

(1) نظم المشرع الفرنسي مسألة التعسف في إجراء العقل بالقانون عدد650 لسنة 1991 المؤرخ في 9 جويلة 1991 (الفصل 22 في الأحكام العامة إضافة إلى الأحكام الخاصة بالنسبة إلى كل عقلة). وقد نقل في الحقيقة آخر ما توصل إليه فقه القضاء الفرنسي، حيث تكون العقلة تعسفية إذا كانت غير لازمة inutile أو مبالغا فيها أي مشطة exagérée، وتكون العقلة غير لازمة إذا أرادها الدائن والحال أن جميع الضمانات متوفرة لخلاص الدين أو استمرت العقلة دون موجب بعد خلاص الدائن. وتكون العقلة مشطة إذا فقد التناسب بين قيمة الأموال المعقولة وقيمة الدين. وقد سبق لفقة القضاء الفرنسي أن اعتبر معيارا ذاتيا لتقدير سلوك الدائن إلى جانب هذا المعيار الموضوعي، فقد اعتبرت العقلة مشطة إذا كان الدائن العاقل سيء النية واستغل الإجراءات القانونيّة بصورة مفرطة، كما أن يصرح الدائن بمبلغ معين يوم إجراء العقلة وصدر الإذن بناء على بيانات خاطئة أو مضلة ثم يتبين بعد ذلك قضاءً عدم صحة هذا المبلغ أصلا أو لم يقع إتمام الإجراءات القانونية في آجالها. ولايمكن للمدين حسب هذا الاتجاه أن يثبت التعسف إلا بإثبات ضرر فادح سواء ماديا أو معنويا مع توفر العلاقة السببية بين التعسف والضرر. وقد يطالب الدائن في حالة عسره بالكفالة قبل إسناد الإذن حتى يجوز التنفيذ على الكفيل في حالة ثبوت التعسف أي التعويض.

(2) اشترطت مجلة التجارة البحرية في خصوص عقلة السفينة (الفصل 104) ومجلة الطيران المدني الصادرة بموجب القانون عدد 58لسنة 1999 المؤرخ في 29 جوان 1999 في خصوص عقلة الطائرة (الفصل 41) أن يقدم الدائن العاقل كفيلا إذا طلب إجراء العقلة التحفظية وذلك ضمانا لما سوف يحمل عليه من مسؤولية نتيجة الخطأ والتعسف. كما نص الفصل 42 من مجلة الطيران المدني على أنه « في صورة إجراء العاقل خلافا لأحكام الفصل 37 من هذه المجلة لعقلة تحفظية تعتبر على طائرة غير قابلة للعقلة التحفظية أو تقديم المدين لضمان قصد تجنب ذلك أو قصد الحصول على رفع اليد فإن العاقل يتحمل مسؤولية الضرر الحاصل للمستغل أو المالك من جراء ذلك».

فعل ما يقتضيه حقّه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة ماليّة عليه. فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحقّ ولن يفعل فعليه العهدة الماليّة.» وقد استقرّ الفقه على اعتبار أنّ الشخص إذا استعمل حقّه في الإضرار بالغير أو إذا رجح الضّرر رجحانا كبيرا أو كانت المقاصد غير مشروعة يكون متعسّفا في استعماله لحقّه، والأغلب أن تكون نيّة الإضرار متوفّرة في ذلك[1].

فالخطأ في نهاية الأمر هو الانحراف عن السّلوك العادي للرّجل العادي، لكنّ هذا الخروج عن السّلوك العادي قد يأتيه الشّخص إذا خرج عن الرخصة أو خرج عن حدود الحقّ أو تعسّف في استعماله. وهي مفاهيم يتّجه التّمييز بينها بعناية. فالرّخصة هي إباحة التّصرّف كالتّقاضي والكتابة والنّشر والتّملّك والتّعاقد، إلى غير ذلك من الحريّات. أمّا الحقّ فهو « مصلحة معيّنة مرسومة الحدود يحميها القانون »[2] مثل الملكيّة فهي حقّ والتملّك فهي رخصة، فالإنسان في سعيه يمارس حريّاته في حدود الرّخصة المسموح بها، فإذا تحصّل على حقّ ما من الحقوق، أصبحت الممارسة في إطار ضيّق لهذا الحقّ. والمطلوب في الرّخصة أن تمارس مع شيء من الحيطة والتّبصّر واليقظة، فإذا انحازت عن التّصرّف العادي وقع الخطأ. وكذلك ينظر إلى الخروج عن الحقّ فإذا خرج صاحبه عن حدوده وقع الخطأ، ولكلّ حقّ حدوده وضوابطه مثل أن يبني المالك فوق حدود أرضه. وكان يُعتقد قديما أنّ الشّخص إذا تصرّف في حدود حقّه لا تلقى علي عاتقه أيّة مسؤوليّة، لكنّ الفقه الحديث أثبت أنّ الخطأ يمكن أن يرتكب ولو أنّ صاحبه لم يخرج عن حدوده وإنّما تعسّف في استعماله، فيحصل التّعسف إذا قصد صاحب الحقّ الإضرار بالغير أو رجح الضّرر رجحانا كبيرا أو انتفت مشروعيّة المصالح التّي يرمي إليها صاحب الحقّ. ومن هنا كانت التّفرقة الحديثة بين الممارسة في حدود الرّخصة والممارسة في حدود الحقّ والتّعسّف في استعماله. وهو في نهاية الأمر تعدي يمكن أن يتخذ عدة أشكال على معنى الفصول 82 و83 و103 م.ا.ع وتلحقه المضرة المسببة بالمدين.

(1) Nadhir Ben Ammou :Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 C.O.C Mémoire de D.E.A Faculté de droit et de sciences politiques et économiques de Tunis 1983 1984 p. 77.

عبد الرزّاق السّنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مجلّد 9، ص. 689.

(2) علي كحلون، المسؤوليّة المعلوماتيّة، نشر مركز النّشر الجامعي 2005، ص 4 وما بعد.

فهل يمكن اعتبار تعدّد العقل من قبيل التعدي المضر بالمدين ؟ الواضح أن الدائن بخياره شكل العقلة لا يسعى مطلقا إلى التنكيل بالمدين أو الإضرار بحقه بل يرمي فقط إلى ضمان استخلاص الحق، فليس في ذلك ما يخرج عن التصرف العادي للشخص العادي وليس في نية صاحب الحقّ الإضرار بالمدين ولم يرجح الضّرر رجحانا كبيرا ولم تنتف مشروعيّة المصالح التّي يرمي إليها صاحب الحقّ. فلا يقوم التعسف أو الخطأ بوجه عام كلما ظهرت الضرورة في إجراء العقلة، فمقتضى التعسف «أن تنتفي الضرورة مطلقا[1]».

والقاعدة العامة في ذلك أن الأصل سلامة النية وحسنها والأصل هو الجواز. ولا يملك القاضي الاستعجالي أو قاضي الأذون أصلا التثبت في شروط التعسف من عدمه، فذلك ما يخرج عن دائرة اختصاص القاضي الاستعجالي[2]، بل يأخذ الأمور بظاهرها، وليس للمدين إذا افترض الخطأ أو التعسف إلا التماس القضاء العادي دون أن يكون لذلك أثر على أجراء العقلة[3].

وقد دعيت الدوائر المجتمعة لأول مرة سنة 2010 للجواب عن التساؤل التالي: هل يجوز إجراء عقلة توقيفية تحت يد الغير قبل إنهاء الإجراءات الخاصة بالعقلة الأولى على أساس نفس الدين، ولكن تحت يد شخص أو مؤسسة غير المعقول تحت يده أولا ؟

والواضح خلاصة أنه لا وجود لنص قانوني يمنع صراحة هذا الإجراء، ولم يسبق لفقه القضاء أن منعه.ولما كان الأصل هو الجواز فلاشيء إعمالا للمبادئ العامة ما يمنع من إتمامها. ولما كان هدف العقلة التوقيفية هو حفظ المال بهدف تمكين الدائن العاقل من استخلاص حقه، فلا شيء في الأحكام الخاصة ما يدل على المنع.

والحقيقة أن النظرية العامة للالتزامات تقوم على مبدإ هام وهو حسن النية في تنفيذ الالتزامات بمعنى ضمان حقوق الدائنين واستجمع المشرع جملة من

(1) Brenner C.: L'acte conservatoire , L.G.D.J, 1999, p.217. "il ya abus dés que la nécessité de l'acte conservatoire s' est manifestement méconnu».

(2) خول القانون الفرنسي عدد650 لسنة 1991 المؤرخ في 9 جويلة 1991 سابق الذكر (الفصل 22)قاضي التنفيذ من النظر في طلب التعويض بسبب التعسف عند النظر في رفع العقلة.
Normand J.: L'indemnité pour abus de procédure devant le juge des référés, R.T.D. civ. 1988, n°4 , p. 806 et suiv.

(3) Mestre J.: Reflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance in mélange offerts à Pierre Raynaud p.454 et suiv.

القواعد الأصلية والإجرائية بهدف تمكين الدائن من استخلاص حقه، وما تنظيم المؤسسات المدنية على تعدّدها إلا لضمان استخلاص الحق وتنهض الطرق الإجرائية سندا لتحقيق هذا الغرض الأصلي، وفي هذا السياق يجب أن تفهم إجراءات العقلة التوقيفية.

وعلى ذلك الأساس فإن القول بأنّ إجراء العقلة ثانية «يمثل وسيلة للتنكيل بالخصوم» وأنه «في ظل وجود عقلة توقيفية أولى ووجود قضية أصلية في ثبوت الدين وصحة العقلة يكون استصدار عقلة توقيفية ثانية وقبل البت في القضية الأولى في غير طريقه[1]»، قول ضعيف ومخالف للقانون في غياب النص والحال أن الأصل هو الجواز وسلامة النية.

(1) القرار الاستئنافي الاستعجالي عدد 66142 والصّادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 27/ 03/ 2008 (غير منشور).

الباب الثاني

في تنفيذ الأحكام الأجنبية

ألغيت الفصول من 316 إلى 321 بالقانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص.

التعليق على باب تنفيذ الأحكام الأجنبيّة

كانت الفصول 316 إلى 321 م.م.م.ت. تنظم مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية إلى أن صدرت مجلّة القانون الدّولي الخاص الجديدة بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرّخ في 27 نوفمبر 1998 التي ألغت هذه الفصول وأصبحت الفصول 11 إلى 18 من المجلة الجديدة هي الأساس في بيان نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية.

والأصل أنّه يمكن للطرفين أن يرضا بالحكم الأجنبي وينفذ كلّ من جانبه ما اقتضاه الحكم أو القرار الأجنبي دون منازعة أو جدل، فتلك إجراءات رضائية لا تحتاج إلى تدخل المحاكم الوطنية. فقط إذا رفض أحد الأطراف الإذعان صلحا وطوعا للقرار أو الحكم الأجنبي حينئذ يقتضى الأمر اتخاذ إجراءات جبرية أو قهرية.

ولما كانت الدولة تحتكر وسائل الجبر وطرقه، فلا يمكن أن ينفذ الحكم أو القرار الأجنبي مباشرة بإقليم البلاد المعنية إلا بعد تدخل القاضي الوطني والإذن بالتنفيذ، وبذلك فإن القاضي الوطني يحتكر اختصاص الإذن بالتنفيذ l'exequatur. ويمكن للطرف المقابل بمناسبة نشر القضية أن يدفع بعدم حجية الحكم أو القرار الأجنبي، كما يمكن أن يدفع الغير بعدم معارضته بالحكم والقرار أثناء نشر القضية الأصلية في طلب الإذن بالتنفيذ. ويمكن كذلك أن يكون للقرار أو الحكم الأجنبي الحجية بإقليم البلاد المعنية إذا توفرت به الشروط المفروضة وانتفت المنازعة، أما إذا أثيرت المنازعة فلا بدّ من رفع قضية أصلية في طلب عدم الحجية أو عدم المعارضة بالحكم أو القرار إلى جانب القضية الأصلية الممكنة في طلب الإذن بالتنفيذ.

وتأخذ بعض البلدان بمراقبة محدودة في إسناد الإذن بالتنفيذ، بمعنى أن تراقب الناحية الشكلية دون الموضوع، بينما تأخذ بعض الأنظمة الأخرى بنظام الرقابة غير المحدودة، بمعنى أن تراقب الناحيتين الشكلية والأصلية دون أن يكون لها الحق في المراجعة، فإذا لم تتوفر شروط الإذن تقضي بعدم سماع الدعوى، وتقول بعض الأنظمة الأخرى بنظام المراجعة بمعنى أن تكون هناك مراقبة شكلية وأصلية ويمكن كذلك مراجعة القرار أو الحكم الأجنبي إذا تبين عدم صحته.

ولكنّ بعض الأنظمة لم ترض بنظام الإذن بالتنفيذ أو عدم الحجية أو عدم المعارضة التي تشمل ذات الحكم أو القرار الأجنبي، بل تفرض ضرورة أن يعاد نشر قضية أصلية أمام القاضي الوطني تجاوزا للحكم أو القرار الصادر بدولة أجنبية، ويكون هذا الحكم أو القرار إحدى أوراق الملف أو قرينة من القرائن[1].

ويبدو أن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية أخذت بالفصول 11 إلى 18 بنظام الإذن وبنظام الرقابة غير المحدودة، فلا حاجة إلى رفع قضية أصلية في جميع الصور ويمكن أن تمتدّ رقابة القاضي التونسي إلى الشكل والأصل حسب الشروط المحدّدة. ويشمل الإذن الأحكام والقرارات القضائية أي الأحكام القضائية الحكمية والأحكام القضائية غير الحكمية أي الولائية ولا يشمل القرارات غير القضائية وغير الحكمية أي الإدارية، تجاوزا لبعض القرارات الولائية التي لا تحتاج بطبيعتها في جميع الصور إلى الإذن بالتنفيذ[2].

والقاعدة أنّ لمضمون الأحكام والقرارات الأجنبية، إذا لم تكن هناك منازعة من أحد الأطراف وتوفرت شروط الإذن بالتنفيذ، قوة إثباتية أمام المحاكم والسلط الإدارية التونسية[3]، أي لا حاجة إلى تدخل المحكمة الوطنية لتقرير القوة الإثباتية للأحكام والقرارات الأجنبية إذا انتفت المنازعة وتوفرت شروط الإذن التي حدّدها المشرع. ولكن إذا قامت المنازعة تتوفر للطالب ثلاث دعاوى دعوى الإذن بالتنفيذ ودعوى عدم الحجية ودعوى عدم المعارضة، فلا يقضى بالإذن بالتنفيذ إلا إذا توفرت شروط الإذن ولا يقضى بعدم الحجية أو عدم المعارضة إلا

(1) تعمل بريطانيا بمثل هذا النظام.

(2) نص الفصل 13 من المجلة على ما يلي» تدرج دون الالتجاء إلى إجراءات الإذن بالتنفيذ، بسجل الحالة المدنية للمعني بها، رسوم الحالة المدنية المقامة ببلد أجنبي وأحكام الحالة المدنية النهائية باستثناء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية، بشرط إعلام الطرف المعني بها»، والمقصود بذلك الأحكام المثبتة للولادة والوفاة والفقدان وإصلاح الاسم وما شابه ذلك.

(3) الفصل 12 فقرة ثانية من المجلة.

إذا تأخرت الشروط، ويكون الاختصاص في ذلك للقاضي التونسي مطلقا. بقي أن نبين شروط الإذن بالتنفيذ (أ) وإجراءاته (ب).

أ ـ شروط الإذن بالتنفيذ

يؤذن بتنفيذ الأحكام وكذلك القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة وتكسى بالصيغة التنفيذية متى سلمت من الموانع[1]. وأوردت المجلة بالفصل 11 جملة الموانع، حيث لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية :

1 ـ إذا كان موضوع النزاع من اختصاص المحاكم التونسية دون سواها، أي أن تحتكر المحاكم التونسية الاختصاص في شأنها وقد حدّد الفصل 8 من المجلة التونسية هذه الصور حيث تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بإسناد الجنسية التونسية أو اكتسابها أو فقدانها أو سحبها أو إسقاطها أو إذا تعلقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية أو إذا تعلقت الدعوى بإجراءات جماعية مثل إنقاذ المؤسسات أو التفليس أو إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها أو وفي كل ما أسند إليها بنص خاص. ففي جميع هذه الصور يبقى الاختصاص للمحاكم التونسية ولا يمكن الإذن بالتنفيذ إذا كان موضوع الحكم أو القرار الأجنبي فيه شيء من هذا الاختصاص.

2 ـ إذا سبق الفصل في نفس موضوع النزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السبب من المحاكم التونسية بقرار غير قابل للطعن بالطرق العادية، أي أن يسبق حسم نفس النزاع من قبل المحاكم التونسية ولم يبق بالإمكان الطعن فيه بالطرق العادية أي بالاستئناف والاعتراض، معنى ذلك أنه من الممكن الإذن بالتنفيذ إذا كان من الممكن الطعن بالاستئناف أو الاعتراض في الحكم الصادر عن المحاكم التونسية. ولا يمكن القضاء بالإذن حتى لو كان من الممكن الطعن في هذا الحكم بالطرق غير العادية أي بطريقة التعقيب.

3 ـ إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع، فأثر النظام العام هو استبعاد الحكم الأجنبي وبالتالي يتعذر الإذن، ويحمل النظام العام على مستوى أحكام القانون الدولي الخاص إلى ثلاث هواجس يتعين على القاضي الوطني مراعاتها، مراعاة البعد الثقافي والحضاري لبلاد التنفيذ والأخذ بالاعتبار

(1) الفصل 12 من المجلة.

اتجاهات أو توجهات السياسة التشريعية للبلاد وحماية المصالح الحيوية للبلاد، فكلما تعارض موضوع الحكم أو القرار الأجنبي مع هذه الحدود إلا وقام المانع وتعذر الإذن بالتنفيذ.

كما لا تقضي المحكمة التونسية بالإذن إذا صدر القرار أو الحكم الأجنبي وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع، حيث يعدّ حقّ الدّفاع من الحقوق الطبيعيّة التّي تعطي الشخص حقّه في الإثبات قبل البتّ في النزاع وتعطي النزاع مظهر المواجهة. فهو مجموعة الامتيازات التي يمنحها القانون للشخص لتأمين مصالحه على امتداد أطوار المحاكمة. فيدخل في ذلك مبدأ الاطلاع، اطلاع المدعي أو محاميه على أوراق القضية ومبدأ المواجهة، ومبدأ المساواة، مساواة الطرفين من حيث الوسائل الممنوحة. فهو ما يحمل نهاية إلى محاكمة عادلة ومنصفة. وعادة ما يضمن التشريع حق الدفاع بصفة مباشرة وغير مباشرة، حيث يبدو حضور المحامي مفروضا خلال جميع مراحل نشر الخصومة وبإمكان الطرف معرفة طبيعة الدعوى ومحتوى الملف وتقع المحاكمة طبق مبدأ المواجهة، وتخضع وسائل الإثبات لمبدأ النزاهة ويضمن المشرع نقل تصريحات المدعي والجواب عنها. وتبدو أهمية حق الدفاع بالغة، فهو من بين المبادئ العامة في الإجراءات، ذو قيمة دستورية، وأن أية مخالفة لمضامينه تجعل العمل باطلا إذا لحق بالشخص شيء من الضرر .

وتبقى مسألة النظام العام وحق الدفاع خاضعة في نهاية الأمر لتقدير المحكمة المتعهّدة، فلها الوقوف على مضامين الحكم أو القرار وتلمس سوابقهما لاستقصاء ما يمنع من إعطاء الإذن عند الاقتضاء، فلا يمكن أن يسند الإذن إلا إذا خلا الملف مما يخالف النظام العام والحق الدفاع.

4 ـ إذا كان القرار الأجنبي قد وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون البلد الصادر فيه أو غير قابل للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها، أي أن يبطل الحكم أو القرار تماما أو يعطل تنفيذه لأي سبب من الأسباب سواء كانت شكلية أو أصلية، ليس طبق قواعد القانون التونسي بل طبق قانون الحكم أو القرار، والحجة على من يتمسك بهذا الدفع.

5 ـ إذا لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل، أي أن تكون دولة القرار أو الحكم ترضى بتنفيذ الأحكام والقرارات التونسية على أرضها. وقوام هذا الرضاء هو ما ورد بتشريع هذا البلد أي أن تعترف بالمعاملة بالمثل من خلال موافقتها بالاتفاقيات الثنائية أو من خلال تشريعها الداخلي أو

بالممارسة الواقعية لها، أي تكريسها الفعلي للمعاملة بالمثل في غياب أيّ قانون سابق الوضع مهما كانت طبيعة هذا القانون أو مع توفر هذا القانون. و الواضح أنّه لا قيمة للتشريع إذا لم ينفذ، فليس من قيمة للتنصيص على المعاملة بالمثل دون الممارسة. وعلى ذلك الأساس يمكن للمحكمة التونسية أن ترفض الإذن كلّما تبين لها أنّ دولة الحكم أو القرار ترفض تنفيذ الأحكام التونسية على أرضها واقعيا[1]. والحجّة في ذلك على المدعي، على أنه لا يمنع على القاضي المختص إقامة الدليل على توفره من عدمه حيث إنّ تطبيق القانون يحمل على القاضي خاصة إذا تعلقت القاعدة بسيادة الدولة، فيمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي في حدود إمكانيات علمه به، وعند التعذر فالحجة على المدعي[2]. ويمكن على ذلك الأساس أن يعتبر مجرد الذكر على قاعدة المعاملة بالمثل بالقانون الأجنبي قرينة على التعامل الإيجابي مع الأحكام الأجنبية، ولكنها مجرد قرينة تقع بالحجة المخالفة أي بإثبات الممارسة الواقعية[3].

ب ـ إجراءات الإذن بالتنفيذ

إذا قامت المنازعة يمكن للطرف الأحرص أن يبادر برفع دعوى في طلب الإذن بالتنفيذ أو في طلب التصريح بعدم الحجية[4]. ولكل ذي مصلحة من الغير أن يطلب التصريح بعدم معارضته بالحكم أو القرار الأجنبي[5].

(1) ذهبت محكمة التعقيب في فترة ما إلى القول بالأساس التشريعي في المعاملة بالمثل.
قرار تعقيبي عدد 7748 الصادر بتاريخ 8/ 4/ 1791، القضاء والتشريع 1972 ، عدد 6، ص 41.
(2) يراجع الفصل 32 من المجلة.
(3) كثيرا ما تنتقد قاعدة المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام وإن كانت أغلب الدول قد اعتمدت القاعدة، وذلك على أساس أن الإذن يبقى رهين موقف الدولة الأجنبية وليس نتيجة الاعتراف بالتوافق الدولي ونتيجة تكريس الرغبة في تنفيذ الأحكام، حيث يتعذر الإذن إذا ثبت عدم تكريس القاعدة بالقانون الأجنبي، وأنها وسيلة تدفع في اتجاه التحايل على القانون حيث عادة ما يشار إلى ما أقدمت عليه الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1906 بعد حادثة زلزال سان فرانسيسكو، فبعد القضاء بالتعويض ضد شركة تأمين ألمانية أمام القضاء الأمريكي وطلب تنفيذ الأحكام بألمانيا اضطرت أمريكا إلى تعديل القانون واعتماد قاعدة المعاملة بالمثل حتى لا يرفض القضاء الألماني الإذن بالتنفيذ.
المبروك بن موسى، المرجع السابق، ص 144.
(4) الفصل 14 من المجلة.
(5) الفصل 15 من المجلة.

وترفع الدعاوى المتعلقة بطلب الإذن بالتنفيذ أو عدم الحجية أو التصريح بعدم المعارضة بالأحكام والقرارات الأجنبية، أمام المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر الطرف المحتج ضده بالقرار الأجنبي وعند انعدام المقر بالبلاد التونسية فأمام المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة[1]. ويجب أن تقدم عريضة طلب الإذن بالتنفيذ أو عدم الحجية أو التصريح بعدم المعارضة مرفوقة بنسخة قانونية معرّبة من الحكم أو القرار.

ويؤذن بالتنفيذ نهاية إذا توفرت الشروط وانتفت الموانع ويقضى بعدم المعارضة أو عدم الحجية إذا لم يتوفر بالحكم أو القرار الأجنبي شرط من الشروط الواجبة للإذن بتنفيذه[2]. والأحكام الصادرة في ذلك تكون فيما يخص وسائل الطعن فيها خاضعة للقانون التونسي. وتنفذ نهاية الأحكام والقرارات الأجنبية التي تصبح قابلة للتنفيذ بالبلاد التونسية وفقا للقانون التونسي شريطة المعاملة بالمثل[3].

ويذكر أنّ المحاكم التونسية لا تختصّ بالنظر إذا توفرت شروط الحصانة القضائية، بمعنى أنّ الحصانة القضائية تمنع المحاكم التونسية من التعهّد بالقضية، ولكنّ ذلك لا يمنع المحكمة من توجيه الاستدعاء إلى المطلوب حيث إنه من الممكن لمن تمتع بالحصانة أن يتنازل عنها. وتتمتع بحصانة التقاضي أمام جميع المحاكم التونسية الدولة الأجنبية وكذلك الذات المعنوية العمومية التي تتصرف كسلطة عمومية باسم سيادتها أو لحسابها وذلك شريطة المعاملة بالمثل[4]. فلا يمكن للمحاكم التونسية أن تنظر في نزاع يشمل دولة أجنبية أو مؤسسة عمومية تابعة لها بشرط أن يكون تصرفهما يرتبط بامتيازات السلطة العامة بمعنى أن تتصرف الدولة كشخص عام. فلا عمل بحصانة التقاضي إذا كان نشاط هذه المؤسسات تجاريا أو يتعلق بخدمات مدنية وحصل ذلك النشاط بالبلاد التونسية أو أنتج آثاره مباشرة بها[5]. ويشترط كذلك أن تقع المعاملة بالمثل بمعنى أن تكون الدولة الأجنبية تراعي الحصانة في الدولة التونسية ومؤسساتها، وعلى القاضي المتعهد أن يثير من تلقاء نفسه مسألة المعاملة بالمثل ويسعى إلى إثباتها، ويكفي

(1) الفصل 16 من المجلة.
(2) الفصل 17 من المجلة.
(3) الفصل 18 من المجلة.
(4) الفصل 19 من المجلة.
(5) الفصل 20 من المجلة.

أن تقع الإشارة بالتشريع الأجنبي على المعاملة بالمثل في غياب التصرف المادي المخالف ليأخذ القاضي التونسي بالحصانة، حيث تطبق المحاكم التونسية حصانة التقاضي حتى في حالة عدم حضور الدولة الأجنبية أو الذوات المعنوية[1]. غير أنّ الحصانة تسقط إذا قبلت الدولة الأجنبية والذوات المعنوية صراحة التقاضي لدى المحاكم التونسية وذلك بعد استدعائهما طبق القانون[2].

وإضافة إلى حصانة التقاضي تتمتع الدولة الأجنبية وكذلك الذوات المعنوية بالحصانة التنفيذية على ممتلكاتها الموجودة بالبلاد التونسية والمخصصة لنشاط سيادة أو لإسداء خدمة عمومية لها[3]. غير أنّ أملاك الدولة الأجنبية وكذلك الذوات المعنوية لا تتمتع بالحصانة التنفيذية إذا كانت مخصصة لتعاطي نشاط خاص أو ذي طابع تجاري[4]. ويجوز كذلك لهذه المؤسسات العدول عن الانتفاع بالحصانة التنفيذية على ممتلكاتها المشمولة بهذه الحصانة أي التنازل صراحة عن الانتفاع بحصانة التنفيذ، حيث يفرض أن يكون العدول ثابتا وصريحا لا لبس فيه[5].

والحقيقة أنّ الدولة وكذلك المؤسسات العامة التابعة لها يمكن أن تكون طرفا في العقود الدولية، وقد يكون الاتفاق في إطار برامج يرتبط بمخطّطات الدولة وبرامجها كما يمكن أن يكون في إطار تنفيذ برامج تجارية[6]، لكنه عادة ما تتضمن هذه العقود إشارة واضحة لاختصاص هيئات التحكيم بالنظر في النزاعات التي تطرح لتفادي اختصاص المحاكم الوطنية وتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

(1) الفصل 22 من المجلة.
(2) الفصل 21 من المجلة.
(3) الفصل 23 من المجلة.
(4) الفصل 24 من المجلة.
(5) الفصل 25 من المجلة.
(6) سبق تعريف العقود التي الدولة طرفا فيها في مقدمة هذا البحث.

الباب الثالث

في العقل التحفظية

القسم الأول

في أحكام مشتركة بين جميع المكاسب باستثناء العقارات المسجلة

الفصل 322 ـ باستثناء الحالات المنصوص عليها بالفصلين 287 و290 فإنه لا يمكن إجراء عقلة تحفظية الا بإذن من حاكم الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتهما مقر المدين في حدود نظر كل منهما.

ويجوز الإذن بالعقلة التحفظية لضمان كل دين يبدو أن له أساسا من حيث الأصل وأن استخلاصه مهدد بالخطر ولو كان مؤجلا أو معلقا على شرط.

ويجب أن يذكر بقرار العقلة التحفظية المبلغ الذي من أجله صدر الإذن بها.

الفصل 323 ـ يمكن إجراء العقلة التحفظية على جميع المكاسب سواء كانت منقولة أو عقارات باستثناء العقارات المسجلة والمكاسب التي يحجر القانون عقلتها.

الفصل 324 ـ تبقى أموال المدين المعقولة في حوزه إلى أن تؤول العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية إلا إذا صدر الإذن بخلاف ذلك أو وقعت تسمية مؤتمن عدلي.

الفصل 325 ـ يجب أن ينص محضر العقلة التحفظية على ما يلي وإلا يكون باطلا :

أولا : القرار الصادر بها أو في الصور المنصوص عليها بالفصلين 287 و290 السند التنفيذي الذي أجريت العقلة بموجبه وإعلام المعقول عنه بهذا السند،

ثانيا : حضور أو عدم حضور المعقول عنه وعند الاقتضاء المكلف بالحراسة لعمليات التنفيذ،

ثالثا : المبلغ الذي أجريت من اجله العقلة،

رابعا : تعيين مفصل للأموال المعقولة.

الفصل 326 ـ إذا تناولت العقلة بضائع وجب تشخيصها ووزنها أو قيسها أو كيلها حسب طبيعتها.

وإذا كان هناك مصوغ أو أشياء ثمينة وجب أن يكون المحضر مشتملا على وصفها وتقدير قيمتها من طرف أمين.

التعليق على الفصول 322 إلى 326

إذا كان الجبر في التنفيذ هو الإلزام نهاية ببيع المعقول قانونا توصلا لاستخلاص الدين فإنّ التحفّظ إجراء يهدف إلى حفظ المال من الضياع في انتظار تطبيق الإجراءات التنفيذية الجبرية. وتجاوزا لجملة من الأعمال التحفظية التي عادة ما يتناولها القانون المدني بالدرس، مثـــل الاعتراض على الـــقسمة[1]

(1) نصّ الفصل 121 م.ح.ع على أنّه « يجوز للدّائنين أن يعارضوا في إجراء القسمة أو بيع الصّفقة بدون حضورهم ولهم طلب نقضها إذا تمّا رغم معارضتهم. إلاّ أنّه يجوز للشّركاء أو لأحدهم أن يوقف طلب نقض القسمة أو بيع الصفقة بخلاص الدّين أو تأمين القدر المطلوب تأمينا قانونيّا «. كما نصّ الفصل 122 م.ح.ع على أنّ « الدّائنين الذّين وقع استدعاؤهم كما يجب ولم يحضروا إلاّ بعد الفراغ من القسمة أو بيع الصفقة ليس لهم أن يطلبوا نقضها، على أنّه إذا لم يترك مبلغ كاف لخلاص ديونهم كان لهم الحقّ في أن يستوفوا حقوقهم من المشترك إذا بقي منه جزء لم تجر عليه القسمة أو الصفقة وإلاّ جاز لهم مقاضاة الشّركاء».

والواضح أنّ الفصلين ينطبقان على وضعيّة الدّائنين سواء كانت القسمة رضائيّة أو قضائيّة، وليس في ذلك نقاش طالما أنّ المشرّع لم يميّز بينهما في ذلك، وكان القانون الفرنسي يأخذ بنفس الفكرة بالفصل 882 مدني وكذلك القانون المصري 842 مدني. وبذلك دفع المشرّع بالفصلين 121 و122 م.ح.ع إلى ضرورة استدعاء الدّائنين قبل إتمام المقاسمة بهدف حماية حقوق الدّائنين. والواضح كذلك أنّ مصلحة الدّائنين قائمة في التّدخّل مخافة أن ينصرف العين إلى شريك ليست له علاقة مع الدّائن أو أن تنحصر المزايدة بين الشّركاء فتتقلّص قيمة العين، فتتحقّق له سلطة المراقبة في إجراءات القسمة. ويجب أن تؤخذ عبارة الدّائن على إطلاقيّتها، فتشمل الدّائن العادي والدّائن الشّخصي ولو كانت حقوقه معلّقة وصاحب الامتياز والدّائن المرتهن رهنا عقاريّا سواء كان على جزء مفرز أو على كامل العقّار أو في حدود المناب المشاع. ولا بدّ من التّمييز بين صورتين، أن يُستدعى الدّائن أو أن لا يُستدعى.

ففي صورة استدعاء الدّائنين، سواء عن طريق عدل منفّذ إذا كانت اتّفاقيّة أو طبق إجراءات التّداخل لدى المحكمة إذا كانت قضائيّة(الفصلان 224 و225 م.م.م.ت)، يمكن لهم أن يحضروا أو أن لا يحضروا. فإن حضروا، بعد الاستدعاء أو تلقائيّا، تتحقّق لهم إمكانيّة المراقبة المطلوبة وبإمكانهم حينئذ التّعبير عن موقفهم وتنسحب عليهم نهاية آثار الاتّفاق

والائتمان[1]

أو الحكم. فإن لم يحضروا بالرّغم من استدعائهم أولم يتداخلوا بإجراءات القسمة من تلقاء أنفسهم، فليس لهم أن يطلبوا نقضها. وأشار المشرّع إلى بعض الحالات العامّة في اتّجاه تمكين الدّائنين من استخلاص ديونهم، فيمكن أن يترك المتقاسمون مبلغا كاف لخلاص ديونهم، فتؤمّن طبق القانون في صورة امتناعهم عن قبضه طبق الفصول 289 إلى 302 م.ا.ع. وإذا بقي جزء من المشترك لم تجر عليه القسمة أو الصفقة، كان لهم الحقّ في أن يستوفوا حقوقهم منه طبق القواعد العامّة. ولهم في الأخير مقاضاة الشّركاء أي تتبّع الشّركاء طبق القواعد العامّة كذلك (الفصل 304 م.م.م.ت).

وإذا لم يُستدع الدّائنون مطلقا، فيبقى لهم الحقّ في طلب نقض القسمة أو الصفقة، أي إبطالها، وقد تحدّث النصّ الفرنسي للفصل 121 م.ح.ع عن إبطال نسبي، ولا يمكن أن يكون ذلك إلاّ عن طريق دعوى أصليّة بالنسبة إلى القسمة الرّضائيّة أو عن طريق إجراءات الاعتراض طبق الفصول 168 إلى 174 م.ح.ع إذا كانت القسمة قضائيّة. ولكنّ الإبطال لا يمكن أن ينحصر آثاره في علاقة الطّرفين بل يشمل كامل القسمة باعتبارها غير قابلة للتّجزئة. إلاّ أنّه يجوز للشّركاء أو لأحدهم أن يوقف طلب نقض القسمة أو بيع الصفقة بخلاص الدّين أو تأمين القدر المطلوب تأمينا قانونيّا.

ويرى جانب من الفقه أنّه يبقى دوما للدّائنين، تجاوزا لأحكام الفصلين 121 و122 م.ح.ع في الاعتراض على القسمة، الحقّ في ممارسة دعاوى الضّمان العام، كما وردت بالفصول 306 و307 و308 م.ا.ع وغيرها. ولكنّ الاعتراض على القسمة إذا ما تحقّق يمكن اعتباره ضمن وسائل التحفظ التي تحمي الحق من التلف والضياع.

(1) أورد القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرّخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلّق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرّفين القضائيين النّظام القانوني لخبراء التصفية العقّاريّة والائتمان العقّاري. وكانت مجلّة الحقوق العينيّة نصّت بالفصول 135 إلى 139 على إجراءات التصفية العقّاريّة، كما تضمّنت مجلّة الالتزامات والعقود أحكاما خاصّة بالائتمان العقّاري بالفصول 1043 إلى 1053. ولنا أن نبين شروط ممارسة المهنة ومهام خبراء التصفية والائتمان العقاري وواجباتهم.

ـ شروط ممارسة المهنة:لا يمكن ممارسة مهنة المصفّي أو المؤتمن إلاّ بعد أن يدرج اسم المعني بالأمر في قائمة تضبط سنويّا من قبل وزير العدل بموجب قرار بعد درس الترشّحات من قبل لجنة مختصّة وتوفّر الشّروط المطلوبة وتتولّى اللجنة المشار إليها اقتراح استبعاد كلّ من فقد شرطا من شروط الترسيم أو أظهر خلال ممارسته لنشاطه انحيازا أو تقاعسا أو قصورا أو ارتكب خطأ فادحا يقتضي شطبه من القائمة كما تبدي رأيها في كلّ المسائل التّي يعرضها عليها وزير العدل. ويتولّى رئيس محكمة الاستئناف الكائن بها مقرّ المعني إعلام وزير العدل بكلّ الإخلالات بما في ذلك التتبعات الجزائيّة ضدّ المعني وبصور العجز البدني وحالات الوفاة. ويمكن أن يشطب اسم الخبير من القائمة حتّى خلال السنة الجارية باقتراح من اللجنة، ويتمّ الشطب بقرار من وزير العدل. وتراجع القائمة سنويّا من قبل اللجنة دون توقّف على طلب من المعني، وبإمكان من لم يدرج اسمه بالقائمة أن يعيد الطّلب، على أنّه لا يمكن لمن تقرّر شطب اسمه أن يعيد الطّلب إلاّ بعد فوات خمس سنوات عن تاريخ القرار. ويمكن للمصفّي أو المؤتمن أن يطلب من وزير العدل إعفاءه نهائيّا من مهامه وله طلب إعفائه

بصفة وقتيّة لأسباب صحيّة أو عائليّة لمدّة لا تزيد عن سنة واحدة. ويطلب منه إعلام اللجنة المختصّة قبل ثلاثة أشهر من انتهاء مدّة الإعفاء بزوال أسباب التعذّر وإلاّ اعتبر متخلّيا بصفة تلقائيّة ويشطب على اسمه.

ولا يباشر المصفّي أو المؤتمن الذّي أدرج اسمه أوّل مرّة بالقائمة عمله إلاّ بعد أداء اليمين أمام محكمة الاستئناف بتونس. ويباشر المصفّي والمؤتمن مهامه على كامل تراب الجمهوريّة. ومن المفروض أن لا يعيّن إلاّ من كان اسمه مدرجا بالقائمة، لكنّه يجوز في صورة التعذّر تعيين من هو خارج القائمة. ويطلب منهما إبرام عقد تأمين لتغطية مسؤوليّتهما. على أنّه يمكن لهما أن يباشرا عملهما بصفة فرديّة أو في نطاق مؤسّسة مهنيّة سواء كانت مدنيّة أو تجاريّة.

ويخضع المصفّي والمؤتمن في مهامهما لأحكام القانون عدد 71 لسنة 1997 وللتشريع الجاري به العمل.

- مهام الخبراء في التصفية العقّاريّة والائتمان العقاري: يباشر المصفّي مهامة وفق القانون عدد 71 لسنة 1997 وكذلك وفق أحكام مجلّة الحقوق العينيّة، وهو عمل مأجور يستحقّ المصفّي عنه أجرا معيّنا. وتنصّ مجلّة الحقوق العينيّة بالفصول 135 إلى 139 على أنّه يمكن لأحد الورثة طلب تعيين مصفّ للتركة ويعيّن رئيس المحكمة الابتدائيّة المختصّ بإذن على عريضة مصفّيا يكون محلّ إجماع الورثة، فإن تعذّر الإجماع يعيّنه رئيس المحكمة باختياره ويكون قدر الإمكان من بين الورثة. ويتولّى المصفّي إقامة حجّة الوفاة، إن لم يقع إقامتها، وضبط التّركة وإدارتها وقسمتها. وبذلك يتحقّق للمصّفي أعمال الإدارة بما في ذلك ضبط التركة وإعداد مشروع للقسمة. ويصدر رئيس المحكمة عند الطّلب إذنا على عريضة في جبر كلّ وارث على أداء منابه من المصاريف اللاّزم تسبقتها لتكوين رصيد مالي بين يدي المصفّي كما يمكنه أيضا أن يأذن ببيع البعض من التّركة لنفس الغرض. وإذا تعذّر إتمام القسمة بتراضي الشّركاء بعد مضيّ ثلاثة أشهر من تعيينه يحرّر المصفّي تقريرا في جميع أعماله وما يقترحه في شأن القسمة ينهيه إلى المحكمة للاحتفاظ به بخزينتها تحت طلب الورثة لاستخراج نسخة منه. وتستمر إدارة التّركة إلى إنهاء الشّيوع بالقسمة أو باتّفاق الورثة على تنظيم الشّيوع بينهم. ولكنّ مجلّة الحقوق العينيّة لم تبرز إن كان من الممكن إلزام الورثة بمشروع القسمة قضاءً، أي أن ترفع دعوى المقاسمة بسعي من المصفّي إذا تقاعس الورثة عن الطّلب، ويبدو أنّ أحكام مجلّة الحقوق العينيّة تركت الورثة على خيارهم ولم تبرز كذلك مهمّة المحكمة في مراقبة أعمال المصفّي. وهذا ما حاول القانون عدد 71 لسنة 1997 أن يتفاداه، فجاءت الأحكام واضحة في ذلك. حيث إنّ تعيين المصفّي تبعا لإذن رئيس المحكمة أصبح يتوقّف على تعيين قاضي مراقب تعهد له مهمّة مراقبة عمليّة التصفية، ويجوز للمحكمة عند تعيينه أن تشترط عليه إنجاز أعماله على سبيل التفرّغ دون مباشرته أيّ نشاط آخر ترى أنّه يتنافى وطبيعة المأموريّة المسندة إليه ويقع التّنصيص على شرط التفرّغ بالمأموريّة، بل إنّ المصفّي يبقى خاضعا لمراقبة المحكمة حتّى لو لم تعيّنه المحكمة. فيتولّى القاضي المراقب الاطّلاع على الدّفاتر التّي يمسكها المصفّي المعيّن والتثبّت من احترام الإجراءات ومراجعة الحسابات من قبض ودفع ومتابعة الأعمال والتثبّت من مدى مطابقتها للواقع، وهو الذّي يأذن بالتفويت في المكاسب عقّارا كان أو منقولا. ويفرض للغرض على المصفّي أن يقدّم للقاضي المراقب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه كشفا عاما عن وضعيّة التّركة، ويتضمّن هذا الكشف

اسم الهالك وأسماء الورثة ومناباتهم وجردا كاملا للتّركة وجملة الدّيون والرهون والالتزامات المتعلّقة بالمكاسب، ويطلب من المصفّي أن يقدّم للقاضي المراقب كلّ ثلاثة أشهر تقريرا في تقدّم أعمال التصفية. ويجب على المصفّي أن يعدّ مشروع قسمة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تعيينه، ويمكن أن يمدّد القاضي المراقب في هذا الأجل في صورة وجود سبب جدّي. وبعد إتمام مشروع القسمة يرفعه المصفّي إلى القاضي المراقب الذّي يستدعي كافّة الورثة لحثّهم على الموافقة على المشروع ويحاول تقريب وجهات النّظر أكثر ما يمكن. وفي صورة عدم قابليّة المشترك للقسمة أو عدم مصادقة الورثة أو الشّركاء على مشروع القسمة المعدّ من طرف المصفّي وعدم توصّل القاضي المراقب إلى الصّلح بينهم تنطلق الإجراءات القضائيّة بسعي من طالب الإذن أو من أحد الشّركاء. أي أنّ الخيار يترك بداية للورثة. وإذا انقضى أجل ستة أشهر من تاريخ تقديم مشروع القسمة أو استحالتها أو رفض المصادقة عليها من طرف الشّركاء دون أن يقوم أحدهم بقضيّة في القسمة أو في التصفيق للبيع بحسب الحالات يتولّى المصفّي مباشرة الإجراءات القضائيّة اللاّزمة وتسبّق تكاليف التّقاضي من المال المشترك وتطرح بحسب الأنصباء. وهو تجديد لم تأت به مجلّة الحقوق العينيّة وأتى به القانون عدد 71 لسنة 1997. فلم تبق الدّعوى القضائيّة ملكا لأصحابها، بل أحالها المشرّع بحكم القانون إلى المصفّي ربّما بسبب الأثر الاقتصادي لدعوى القسمة، وكانت للمشرّع التّونسي نظرة في أنّ الملكيّة الفرديّة المفرزة هي الدّافع على التنمية، فخيّر الخروج من حالة الشّيوع حتّى وإن كان الأمر غصبا على الورثة.

ويباشر المؤتمن العدلي مهامه وفق الإجراءات الواردة بالقانون عدد 71 لسنة 1997 وطبق أحكام مجلّة الالتزامات والعقود. فقد أوردت مجلّة الالتزامات والعقود بعض الفصول 1043 إلى 1053 يستأنس بها عادة لتحديد النّظام العام في الائتمان العدلي، حيث إنّ إيداع الأشياء المتنازع فيها بيد غير المتنازعين يعبّر عنه عملا بأحكام الفصل 1043 م.ا.ع «بالتوقيف» le séquestre ويجوز أن يكون في المنقولات والعقّارات وحكمه حكم الوديعة الاختياريّة (الفصول 995 إلى 1042 م.ا.ع) مع خصوصيّة ما جاء من أحكام في باب توقيف الأشياء المتنازع فيها. فيجوز أن يكون التّكليف بتوقيف الأشياء المتنازع فيها اتّفاقا أو قضاءً. والمطلوب في التوقيف أن يحفظ الموقوف تحت يده الموقوف وأن يدير شؤونه باعتناء، ويجوز بيع الموقوف طبق الإجراءات المقرّرة بمجلّة المرافعات إذا كان مما يخشى فساده بإذن القاضي، وينتقل التوقيف على المتحصّل من البيع. وعلى الموقوف تحت يده أن يرجع الموقوف فورا لمن عيّنه له الخصوم أو القاضي، وفي صورة إذا ماطل في الترجيع عليه الضّمان مما ينشأ من الأمر الطارئ والقوّة القاهرة. ويجب أن يقدّم أخيرا حسابا مفصّلا فيما قبضه وصرفه مع ما يؤيّده من الحجج ويسأل عن كلّ تقصير خاصّة إذا كان مأجورا. وله أن يطالب بأجره وما صرفه.

وإذا كانت مجلّة الالتزامات والعقود قد أشارت إلى توقيف المتنازع فيه إتّفاقا أو قضاءً، فإنّ الائتمان العدلي مناط القانون عدد 71 لسنة 1997 هو توقيف المتنازع فيه قضاءً، وجاءت الأحكام خاصّة في طريقة تكليف المؤتمن وطريقة مراقبته. فيتولّى رئيس المحكمة تعيين المؤتمن طبق إجراءات القضاء الاستعجالي، وليس طبق إجراءات الإذن على عريضة، كما في صورة تعيين المصفّي، ويكلّف كذلك قاضيا تعهد له مهمّة مراقبة عمليّة الائتمان. ويجوز للمحكمة عند تعيينه أن تشترط عليه إنجاز أعماله على سبيل التفرّغ دون مباشرته أيّ

نشاط آخر ترى أنّه يتنافى وطبيعة المأموريّة المسندة إليه ويقع التّنصيص على شرط التفرّغ بالمأموريّة. ويحافظ المؤتمن العدلي على المشترك الّذي اؤتمن عليه محافظة تامّة بما يوفر أكثر منفعة للمشترك والشّركاء وذلك هو معنى التحفظ. وله إتمام جميع أعمال الإدارة تحت مراقبة القاضي المراقب. وللغرض يفرض على المؤتمن مسك دفتر مرقّم وموقّع عليه من طرف القاضي المراقب و يضمّن به جميع العمليّات والتصرّفات المتعلّقة بعمليّة الائتمان من تاريخ تعهّده بها إلى تاريخ انتهاء مهامه. وعلى المؤتمن العدلي أن يطلع القاضي المراقب على الدّفتر شهريّا وكلّما طلب منه ذلك، كما عليه تمكين الشّركاء أو أيّ طرف له مصلحة من الاطّلاع على الدّفتر وتمكينهم من نسخة مصوّرة من البيانات الواردة به إذا أذن لهم القاضي المراقب. ويطلب من المؤتمن العدلي فتح حساب مالي خاص بالائتمان يكون منفصلا عن حسابه الشّخصي. ويلتزم المؤتمن برفع تقرير للقاضي المراقب كلّ ثلاثة أشهر لبيان سير الائتمان. ويحرّر في النّهاية تقريرا يضبط فيه الحالة التّي آل إليها الائتمان ويتضمّن التقرير وجوبا كلّ عمليّات الإيداع والسحب التّي قام بها المؤتمن خلال فترة إنجازه للمأموريّة، وعليه تأمين ما تبقّى من الأموال التابعة للائتمان بصندوق الودائع والأمانات مباشرة بعد طرح ما يلزم من مصاريف لإدارة الائتمان ولا تسحب إلاّ بإذن قضائي.

ونصّ الفصل 28 من القانون عدد 71 لسنة 1997 على أنّ الأحكام الواردة في باب المصفّي تنطبق على المؤتمن العدلي، معنى ذلك أنّه يدخل في مهام المؤتمن العدلي إعداد مشروع القسمة على نحو ما تقدّم وطبق الإجراءات والمآل المذكور.

- واجبات الخبراء في التصفية والائتمان العدلي: يتعيّن على المصفّي والمؤتمن أن يذكرا بالمطبوعات التّابعة لهما الاسم واللّقب والاختصاص ومحل المخابرة وأن يضعا لافتة على محلّ مخابرتهما وأن يعلما بكلّ تغير لمحلّ المخابرة الوزير المكلّف بالعدل. ولا يمكن لهما طلب الإعفاء من المهمّة المسندة إليهما إلا لمانع قانوني أو تجريح قانوني أو عذر يقبله رئيس المحكمة، وعليهما الحضور كلّما دعاهما القاضي. ويمكن للمحكمة أن تأذن عند اكتشافها لحالة من حالات الخطأ الفادح أو التقاعس أو الانحياز بسحب المأموريّة التّي كلّف بها المخالف إلى أن يصدر قرار في شأنه. وإذا تعذّر على الخبير إتمام أعماله لوفاة أو عجز يمكن لمن يهمّه الأمر أن يرفع طلبا إلى القاضي الّذي عيّنه في اتّجاه طلب تعويضه. وإذا لم يقدّم الطّلب في أجل 15 يوما وعلم القاضي المراقب بذلك، يستدعي المعنيين ويشير عليهم برفع الطّلب، وإذا لم يحضر أحد يعلم القاضي المراقب رئيس المحكمة الّذي يتولّى مباشرة تعيين من يقوم بالمهمّة، ويلزم من وقع تعيينه في أقرب وقت ممكن على تحرير تقرير ويودع بكتابة المحكمة لبيان الحالة التّي وصل إليها المشترك.

وتبقى التّحاجير فاعلة في مواجهة المصفّي والمؤتمن العدلي، فلا يجوز أن تنتقل لهما ملكيّة المتنازع فيه سواء مباشرة أو بواسطة الأقارب أو الزوجة. ويلزم كلّ منهما بالسرّ المهني والمحافظة على الوثائق التّي تسلّمها ويلزمه إرجاعها فور استيفاء الحاجة منها. وإذا اقتضت الصّورة الاطّلاع على وثائق تحت يد الغير أو الإدارة يلزمه الحصول على إذن مسبق يبقى خاضعا للإجراءات العاديّة في باب الإذن على عريضة. ويلزم كذلك أن يحتفظ بنسخ من تقارير أعماله مدّة عشر سنوات وعليه تسليم نظير منها بإذن من رئيس المحكمة.

ويشبه المصفّي والمؤتمن العدلي في عملهما الموظّف على معنى الفصل 82 م.ج ويمكن أن تلحقهما التتبّعات الجزائيّة الدّاخلة في باب المخالفات التّي يأتيها الموظّف، ولرئيس

المحكمة إعلام النّيابة العموميّة بجميع ما وقف عليه من تجاوزات قد تنسب إلى الخبير، إضافة بطبيعة الحال إلى ما ورد بالقانون عدد 71 لسنة 1997. فقد اعتبر عدم مسك دفتر المحاسبة من قبل المؤتمن وعدم فتح حساب خاص وعدم تأمين ما تبقّى من مال بالخزينة عند انتهاء المهمّة وشراء المتنازع فيه ومخالفة الآجال الواردة بالقانون جرائم ينجرّ عنها عقوبات جزائيّة تتمثّل في خطايا.

ويبقى كلّ منهما مسؤولا عن خطئه الشخصي بمناسبة مباشرته لمهمّته وفقا لقواعد القانون العام، أي أن يسأل تقصيريّا ويطالب بالتعويض. وكلّ إخلال بواجب المهمّة يترتّب عنه إمّا الإنذار الّذي يسلّطه الرّئيس الأوّل لمحكمة الاستئناف الكائن بدائرتها مكتب المعني بالأمر أو الشطب من القائمة الّذي يقرّره وزير العدل وذلك بعد أن يطلب من المعني تقديم ما له من ملحوظات كتابيّة.

(1) الحجر l'interdiction هو منع الإنسان من التصرف في ماله، وقد يكون لحفظ حقّ الغير كما هو الحال بالنسبة إلى حكم التفليس أو لحفظ النفس كما هو الحال بالنسبة إلى الجنون وضعف العقل والسفه. وبذلك فإن الحجر أساسه الجنون وضعف العقل والسفه مهما كان سنّ المعني بالأمر. ولا يمكن أن يقع إلا بحكم تصدره المحكمة المختصة وهي محكمة الحق العام أي المحكمة الابتدائية بهيئتها الثلاثية(نظّم المشرع مؤسسة قاضي التقاديم بموجب أمر 18 جويلية 1957 المتعلق بترنيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم وأوكل إليه مهمة تعيين المقدمين وترشيد الصغير وأحكامه تبقى قابلة للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية، ولم يأت ذكر لأحكام الحجر وهو ما يفيد أنها تبقى خاضعة للأحكام العامة من حيث الاختصاص أي المحكمة الابتدائية (الفصل 40 م.م.م.ت).).

ويعرف المجنون بأنّه "الشخص الذى فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته أم منقطعاً تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها. أما ضعيف العقل فهو الشخص الغير كامل الوعي السيء التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات(الفصل 160 م.أ.ش). والسفيه هو الذى لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف(الفصل 164 م.أ.ش). أما المفلس ليس بالفقير أو المعدم أو المماطل بل هو من يتوقف عن الدفع ويصدر ضده حكم بالتفليس (الفصول 446 إلى 454 من المجلة التجارية).

والقاعدة أنّ الحجر لا يتقرّر إلا بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة. وهي المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها المحجور عليه، حيث «يتعين الحجر في الحالات المبينة بحكم من الحاكم ويعتمد فيه الحاكم أهل المعرفة (الفصل 161 م.أ.ش). « على أنّ تصرفات المجنون قبل صدور الحكم تعدّ غير نافذة وهي باطلة بطبيعتها. وتصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها إذا كان مشتهراً بضعف العقل وقت إبرامها (الفصل 163 م.أ.ش) وجميع التصرفات التى باشرها السفيه قبل الحكم تعدّ صحيحة نافذة ولا رجوع فيها فلا يمكن إبطالها (الفصل 165 م.أ.ش) . كما أنها تعدّ باطلة جميع الأعمال التي تمّمها المدين المفلس من تاريخ الوقت الذي عينته المحكمة لتوقفه عن دفع ديونه أو في ظرف العشرين يوما التي قبله (الفصل 462 من المجلة التجارية). وانطلاقا من

تاريخ الحكم فإنّ التصرفات التى يقوم بها المحجور عليه لجنون أو ضعف في العقل بدون مساعدة وليه تكون باطلة إذا لم يجزها الولي (الفصل 162 م.أ.ش). أما الأعمال التي باشرها السفيه بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه (الفصل 165 م.أ.ش). وذلك ما يدخل في باب حكم الولاية والتقديم، حيث إنّ المجنون أو ضعيف العقل أو السفيه مهما كان عمره أو جنسه ذكرا أو أنثى (الفصل 170 م.أ.ش) لا يمكن أن يتصرّف إلا عن طريق المقدم وقد صدر حكم الحجر أما الصغير فيتصرّف عن طريق وليه.

ويعتبر محجوراً للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهو ثماني عشرة سنة وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره، فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية (الفصل 153 م.أ.ش). كما أنه يجوز للصغير أن يتصرف بمفرده إذا سبق ترشيده حيث يمكن للحاكم ترشيد الصغير إذا أتمّ الخامسة عشر ترشيداً مقيداً أو مطلقاً كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد إن قام لديه موجب في ذلك. وتصرفات الصغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة (الفصلان 158 و159 م.أ.ش). والقاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفى أبوه أو فقد أهليته ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدنها الأهلية. وعند وفاة الأبوين وفقدان أهليتهما ولم يكن للقاصر وصى وجب أن يقدم عليه الحاكم(الفصل 154 م.أ.ش). فللأب ثم للأم ثم للوصى الولاية على القاصر أصالة ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية (الفصل 155 م.أ.ش). وإذا أتم الصغير المولى عليه ثمانية عشر عاماً كاملة ولم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر فإنه يصبح وجوباً رشيداً له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة (الفصل 157 م.أ.ش).

أما بالنسبة إلى التصرفات التي يقوم بها القاصر فالقاعدة أنّ الصغير الذى لم يتم الثالثة عشرة يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة والصغير الذى تجاوز الثالثة عشرة يعد مميزا وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولى، أي إذا كانت الأعمال بين الضرر والنفع الكاملين، وجبت إجازة الولي حتى تكون الأعمال نافذة (الفصل 156 م.أ.ش). معنى ذلك أنّه يجب التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التفويت وأعمال الهبات فإذا لم يبلغ القاصر سنّ التمييز وهو 13 سنة فإنه لا يمكن أن يأتي أي عمل بمفرده وإذا تجاوز ذلك السن فإنّه من الممكن أن يأتي أعمال الهبات بمفرده وتقع صحيحة ويمنع عليه أن يهب ماله. أما ما تجاوز ذلك فلا يصحّ إلا بتدخل الولي، ويجب التمييز في ذلك بين أعمال الإدارة وأعمال التفويت وأعمال الهبات. فيخلص للولي قيامه بجميع أعمال الإدارة ولا يمكن أن يأتي أعمال التفويت إلا بإذن خاص من رئيس المحكمة الابتدائية ولا يمكن أن يهب من مال القاصر حتى ولو تحصل على إذن مسبق في ذلك (الفصول من 3 إلى 18 م.ا.ع).

أما بالنسبة إلى المحجور عليه لجنون أو ضعف في العقل أو سفه وتجاوزا لسنّ الرشد القانوني وهو 18 سنة، فإنّه لا بدّ من تعيين مقدّم طبق الإجراءات الواردة بأمر 18 جويلية 1957 المتعلق بالمقدمين، فيرفع الطلب إلى قاضي التقاديم بالمحكمة الابتدائية بطلب من النيابة العمومية أو غيره، ويصدر الحكم بتعيين المقدم بعد القيام بما يلزم من الأبحاث، ويبقى هذا الحكم قابلا للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية بهيئتها الثلاثية. ويجب إشهار

هذا الحكم وجوبا بالرائد الرسمي. ويتولى المقدم مهامه تحت إشراف وكالة الجمهورية بالجهة المتواجد فيها. فيجب أن يبادر إلى ضبط أملاك المحجور عليه في أجل لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ إعلامه بالتقديم بواسطة عدلي إشهاد. وينطبق نظام أعمال الإدارة والتفويت والهبات بالنسبة إلى المقدم أي أن يخلص له القيام بأعمال الإدارة بدون إذن ولا يتولى أعمال التفويت بما في ذلك القيام بالدعاوى الاستحقاقية والإقرار بالحقوق إلا بإذن خاص يصدره قاضي التقاديم ولا تجوز له الهبة حتى مع الإذن. ويجب أن يمسك دفترا خاصا في ذلك يبين به جميع البيانات والحسابات بواسطة عدلي إشهاد. ويجب أن يعرض المقدم حساباته لمراقبة النيابة العمومية كلما طلب منه ذلك في الآجال القانونية، وبهذا المعنى تحفظ أموال المحجور عليه. وإذا تقاعس عن أداء دوره من الجائز تغييره أو عزله طبق نفس الإجراءات ومن الممكن أن تلقى عليه المسؤولية الجزائية عند الاقتضاء. ولا تتوقف أعمال المقدم إلا برفع الحجر فيستدعى المعني بالأمر من قبل النيابة العمومية وبحضور المقدم يتسلم المعني بالأمر ما له من حقّ بما في ذلك الرسوم المثبتة للحق.

ولا يرفع الحجر إلا بحكم حيث إنّ الحجر الواقع بحكم لا يرفع إلا بحكم ما عدا صورة المحجور عليه للصغر (الفصل 167 م.أ.ش). وللمحجور عليه مهما كان سبب الحجر حق القيام بدون واسطة لدى الحاكم بطلب رفع الحجر عنه(الفصل 168 م.أ.ش).

ويلحق بنظام المحجور عليهم لجنون أو ضعف في العقل أو سفه المحجور عليهم بسبب السجن على معنى الفصل 30 من المجلة الجزائية والمحكوم بغيبته. حيث يكون حتما تحت قيد الحجر كل محكوم عليه في جناية واحدة بالسجن لمدة تتجاوز عشرة أعوام من تاريخ الحكم عليه إلى إتمام مدة عقابه. ويعين له مقدم للقيام بإدارة مكاسبه بحيث أنه لا يمكنه التصرف فيها إلا بالإيصاء كما لا يمكنه قبول أي مبلغ ولو جزئي من مداخيلها. وترجع له مكاسبه عند انقضاء مدة عقابه ويحاسبه حينئذ المقدم على تصرفه مدة تقديمه(الفصل 30 من المجلة الجزائية (نقح بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989).). ويعتبر مفقودا من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حياً (الفصل 81 م.أ.ش) فإذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلاً لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً(الفصل 82 م.أ.ش). وإذا لم يكن للمفقود 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 (الفصل 83 م.أ.ش). وإذا كان للمفقود وكيل قبل غيابه لا ينعزل الوكيل إلا بعد الحكم بالفقدان (الفصل 84 م.أ.ش). ومن عيّن كمقدم طبق الإجراءات الواردة بأمر 18 جويلية 1957 كما سبق شرحها يبقى خاضعا لنفس قواعد المراقبة والسلطة الورادة به.

بقي أن إجراءات الحجر من شأنها حفظ المال مهما كانت طبيعة الحجر. ولذلك عادة ما يشار إلى هذه الإجراءات على أنها ضمن الوسائل التحفظية، كما هي الصورة بالنسبة إلى ضرورة جرد مكاسب المورث.

(1) كقاعدة عامّة ليس هناك إجراءات ملزمة في تقييد التّركة وحصرها وتصفيتها وضمان حقوق

الدّائنين. ولم يرد نظام خاص في تقييد التّركة وحصرها، بل وردت عبارة تقييد التّركة في عدّة نصوص متناثرة، مثل الفصل 24 من أمر 15 فيفري 1932 الخاص بالتّركات الشّاغرة، متى نصّ على أنّ المخلّف يعتبر عاريا إذا لم يحضر من يطالب به بعد انقضاء الآجال المعيّنة لتحرير تقييد التّركة وإجراء النّظر القانوني « ثلاثة أشهر وأربعون يوما »، وهو إجراء يسمح لقابض الماليّة بالتدخّل في التّركات الشّاغرة. كما نصّ حديثا القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرّخ في 17 ماي 1993 المتعلّق بإصدار مجلّة معاليم التسجيل والطّابع الجبائي بالفصل الثالث على تسجيل بيانات الجرد وبالفصل السّابع على ضرورة إيداع وتسجيل التّصاريح بالأملاك التّي تؤول أو تحال لهم بالوفاة وذلك في أجل سنة من تاريخ الوفاة. ولكنّ أهمّية هذه النّصوص تبقى محدودة لارتباطها بقانون الجباية. وعادة ما ينقاد البعض إلى تحرير رسم في ضبط المخلّف لبيان فصول التّركة سواء بطريقة رسميّة أو غير رسميّة. ولكنّ المشرّع أورد إجراءات خاصّة بالنسبة إلى التّركات ذات الأهميّة حماية لحقوق القصّر، في غياب الوليّ، من خلال أمر 18 جويلية 1957 المتعلّق بتسمية المقدّمين ومراقبة تصرّفاتهم وحساباتهم. فألزم الوصيّ والرّشداء من الورثة أن يعلموا بوفاته في ظرف ثلاثة أيّام وكيل الجمهوريّة بالمحكمة الابتدائيّة الواقعة في دائرتها الوفاة أو حاكم الناحية بالنسبة إلى المركز الذّي لا يوجد به وكيل للجمهوريّة ويمكن أن يقع الإعلام للوالي أو المعتمد أو شيخ التّراب وهؤلاء يبلغون الإعلام كتابة إلى وكيل الجمهوريّة أو حاكم الناحية في ظرف أربع وعشرين ساعة. وبمجرّد حصول العلم لأحدهما، يأذن حالاً بإقامة رسم الوفاة ويجري بعد ذلك في ظرف أجل لا يتجاوز العشرين يوما ما يراه مناسبا ومطابقا للحال في تقييد التّركة وضبطها وحفظها. وعادة ما يؤذن لعدلي إشهاد بضبط المخلّف. فيتعهّدا بحضور الرّشداء والوصي بتقييد التركة فصلا فصلا، ثم يختم ويمضى من الرّشداء والوصيّ أو المقدّم ويسلّم نهاية إلى وكيل الجمهوريّة أو حاكم النّاحية. ويبقى دوما من الممكن إضافة ملحق بزمام التّركة إذا عثر على مال لم تقع الإشارة إليه بداية (ويتضمّن زمام التّركة على ما يلي: جملة المخلّف عن المورّث مع توضيحه بدقّة. وجملة التحمّلات والدّيون والالتزامات التّي يقع التّصريح بها أو اكتشافها. وتبقى الأشياء المتنازع فيها مقيدة إلى أن يقع فصلها.). وإذا لم يكن على القاصر وصيّ عيّن مقدّم وقتي بسعي من وكيل الجمهوريّة أو حاكم الناحية، يكون في أغلب الأحيان من بين الرّشداء من الورثة. وإذا كان حاكم الناحية هو من تولّى الإجراءات، يحيل فور انتهائه من جمع الوثائق جميع الأعمال إلى وكيل الجمهوريّة. ويضمّن جميعها بدفتر خاص لدى كتابة النّيابة العموميّة يسمّى « دفتر التّركات الشّاغرة ». ويتولّى منذ ذلك الحين الوصيّ أو المقدّم المعيّن في صورة عدم وجود وصيّ، إدارة أملاك القاصر. ويلزم كلّ منهما بأن يدلي لوكيل الجمهوريّة في نهاية شهر مارس ونهاية شهر أكتوبر من كلّ عام بحساباته دخلا وخرجا مصحوبة بالحجج المثبتة بقدر الإمكان. ويتحقّق وكيل الجمهوريّة من الحسابات ويضمّنها بالدّفتر المعدّ للغرض ويختمها بإمضائه. ويفصل قاضي التّقاديم في كلّ نزاع خاص بمسألة الحسابات (قاضي التّقاديم هو قاضي فردي بالمحكمة الابتدائيّة، مهمّته تعيين المقدّمين سواء على القصر أو الغائبين أو المعتوهين أو المحكوم عليهم بالسجن أو ترشيد القصر، والإذن للمقدم أو الوصيّ بإجراء التّصرّفات التّي تتوقّف على إذن سابق من طرفه حسب النّصوص الجاري بها العمل. وتستأنف أحكامه إلى المحكمة الابتدائيّة التّي هو منتصب بها، لكنّ الاستئناف لا يوقف التنفيذ إلاّ بإذن خاص من رئيس المحكمة. (الفصلان 7 و11

وقطع الآجال[1]، فإنّ العقلة التحفظية والاعتراض التحفظي والعقلة التوقيفية

من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم). ويكون مستهدفا لعقوبة بالسجن إذا لم يحضر رغم استدعائه. وعندما يبلغ القاصر سنّ الرشد يُستدعى القاصر وتسلّم له أمواله ويتحوّز بالعقّار ويختم الدّفتر بحضور جميع الأطراف. وبهذه الطريقة تحفظ أموال القاصر من الضياع لذلك عادة ما تعرض طريقة جرد الأموال على أنها وسيلة تحفظ.

وقد سبق أن أشرنا إلى طريقة تصفية التّركات سواء من خلال الفصول 135 إلى 139 م.ح.ع أو من خلال القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرّخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلّق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرّفين القضائيين. لكنّ المشرّع التونسي لم ينظّم إجراءات جماعيّة، في حماية دائني التّركة، على غرار ما هو قائم بالمادّة التّجاريّة. ويقول الفقه الإسلامي بالحجر على المفلّس بمقتضى حكم، ومن آثاره رفع يد المدين على أمواله ومنعه من التصرّف في ماله في مضرّة الدّائنين. وقد اعتمدت مجلّة الأحكام العدليّة إجراءات الحجر وهو أن يمتنع المدين بموجب حكم الحجر من التصرّف في أملاكه. وبعد أن اعتمدت المجلّة المدنيّة والجنائيّة التونسيّة المؤرّخة (من 26 أفريل 1861 إلى 30 أفريل 1864) الإجراءات الجماعيّة وكذلك المشروع التمهيدي لمجلّة الالتزامات والعقود دون التفريق بين الإجراءات المدنيّة والإجراءات التّجاريّة، تخلّى المشرّع أخيرا عن الإجراءات الجماعيّة في المادة المدنيّة سواء بالمشروع النهائي لمجلّة الالتزامات والعقود أو بقانون المرافعات المدنيّة المؤرّخ في 24 ديسمبر 1910 وأورد فقط إجراءات فرديّة، وهو نفس الاتّجاه الذّي اعتمدته مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة المؤرّخة في 5 أكتوبر 1959. وبقيت الإجراءات الجماعيّة خاصّة بالتجّار على معنى المجلّة التّجاريّة الصّادرة بتاريخ 5 أكتوبر 1959. وتدعّم هذا الاتّجاه بالقانون 34 لسنة 1995 المؤرّخ في 17 أفريل 1995 الخاص بالمؤسّسات التّي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة كما وقع تنقيحه أخيرا بموجب القانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرّخ في 29 ديسمبر 2003. وبالتالي فإنّ المشرّع التونسي لم يعتمد إجراءات جماعيّة إلاّ في المادّة التجاريّة على خلاف بعض التّجارب التّي اعتمدت إجراءات جماعيّة حتّى بالنسبة إلى المادّة المدنيّة مثل اليمن وإسبانيا والنمسا وفرنسا بالنسبة إلى بعض الدّيون. كما أنّ المشرّع لم ينظّم إجراءات الإعسار، على غرار بعض البلدان مثل القانون المصري، فيتقرّر الحجر على المدين بموجب حكم بسبب إعساره، وترفع يده عن أمواله، مع بقاء إمكانيّة التتبّع الفردي، بل جاءت أحكام الإعسار مشتّتة بين عدّة فصول (312 م.م.م.ت، 1499 م.ا.ع، 148 م.ا.ع، 39 و47 م.أ.ش) ولا يتقرّر الإعسار بموجب أحكام أصليّة أو استعجاليّة، بل عادة ما يدفع بها المطلوب في إطار دعوى منشورة، وليس لها من أثر ثابت، بل يختلف الأثر باختلاف المؤسّسة، ولا يتجاوز الأثر حدود الأطراف بالدّعوى. ولهذا الغرض نادى البعض بضرورة إقرار إجراءات مميّزة بالنسبة إلى الإجراءات المدنيّة على غرار الإجراءات التّجاريّة. حاتم الرّواتبي: حماية الدّائن العادي، المرجع السّابق، ص 530 ومابعد.

علي كحلون: النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، نشر مجمع الأطراش للكتاب المختص، تونس 2009، ص 61 وما بعد.

(1) للأجل أهميته القانونية في سقوط الحق إذا اكتمل. وعلى ذلك تقوم أهمية التدخل لقطع سريانه فتبقى الحقوق ويمنع تقادمها. وبذلك كان التدخل لقطع الأجل من الوسائل

التحفظية. غير أنّ جميع الآجال لا تقبل القطع، ويتعين التمييز بين التقادم المسقط والتقادم المكسب ومواعيد السقوط والسقوط الإجرائي وسقوط الخصومة والبطلان، حيث إنّ السقوط والبطلان لا يقبلان القطع. فالسقوط هو جزاء الخلل في الآجال الحتمية الناقصة بينما البطلان هو جزاء الخلل الإجرائي. وبذلك تقوم أهمية قطع سريان التقادم سواء في الحقوق العينية أو الحقوق الشخصية أو على الأقل وقف سريان الأجل. ويقصد بقطع المدّة أن يحسب الأجل من جديد إذا توفّرت إحدى صور القطع. ويقصد برفع المدّة أن لا يسري الأجل خلال تلك المدّة. فيجب على الدّائن أن يقوم بعمل قاطع حتى لا يتقادم الأجل ويجب بالمثل على المالك أن يتصرف في الموعد حتى لا يكتسب الغير الحائز الحق العيني بالتقادم.

ولا ينقطع الأجل على معنى الفصل 52 م.ح.ع في الحقوق العينية إلاّ بالقيام لدى المحكمة المختصّة ولا تأثير للانقطاع إذا رفضت الدّعوى شكلا أو أصلا أو وقع الرّجوع فيها أو حكم بسقوط الخصومة أو بإقرار الحائز بحقّ من كان التّقادم جاريا ضدّه. معنى ذلك أن مجرد وقوع تصرف قانوني على العين محل الحيازة لا يعدّ تصرّفا قاطعا للحيازة وأن مجرد توجيه إنذار للحائز لا ينفي قانونا صفة الهدوء عن الحيازة، وأن مجرد المطالبة القضائية لا تنفي عن الحيازة صفة الاستمرار.

ويستشفّ من الفصول 391 و392 و393 م.ا.ع أنّ أجل التقادم يرفع أو يتوقّف على وجه العموم بين الزّوجين وبين الوالدين وأولادهما وبالنّسبة إلى القاصر والغائب وفي حالات التّعذّر والقوّت القاهرة.

أما بالنسبة إلى الحقوق الشخصية، فيقف سريان الأجل بمثل ما يقف به في الحقوق العينية على معنى الفصول 391 و392 و393 م.ا.ع. ويؤخذ من الفصلين 396 و397 م.ا.ع أنّ مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى أو التقادم ينقطع في الصور الآتية :

أولا : إذا قام الدائن على المدين وطالبه بالوفاء بما عليه قضائيا أو بطريقة أخرى بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى محكمة غير مختصة أو كان باطلا لعيب شكلي.

ثانيا: إذا طلب الدائن تقييد دينه مع بقية ديون المفلس.

ثالثا : إذا اتخذ الدائن عملا من الأعمال القانونية لعقلة أموال مدينه لاستيفاء حقه منها أو استأذن من له النظر في اتخاذ تلك الوسائل.

رابعا: ينقطع مرور الزمان بكل أمر يترتب عليه اعتراف المدين بحق دائنه كتحرير الحساب بينهما أو دفع شيء من الدين على الحساب إذا ثبت الدفع بكتب ثابت التاريخ أو طلب المدين أجلا للدفع أو إتيانه بضامن أو بتوثقة أخرى أو احتجاجه بالمقاصة عند قيام الدائن عليه.

ويتلخّص من ذلك أنّ الانقطاع قد يجد سببه في تصرف الدائن أو المدين. فكلّ ما يقوم به الدائن من مطالبة، سواء كانت قضائية أو غير قضائية، أو تقييد حقه مع بقية الدائنين أو مباشرة إجراءات العقلة يؤدي حتما إلى انقطاع المدة. ويقصد بالمطالبة القضائية عريضة الدعوى التي توجه إلى المطلوب وهي منطلق الخصومة القضائية، ولا يهم إن قام الدائن لدى محكمة مختصة أو رفض طلبه بعد ذلك ولو لأسباب شكلية. فما يفيد الانقطاع هو مجرد القيام بتاريخ ثابت، فقد تقضي المحكمة في الأصل لفائدة الدائن أو ترفض طلبه أصلا أو شكلا. وقد يكون القيام لمحكمة غير مختصة، كل ذلك لا يؤثر على انقطاع

الخصومة. فقد جعل المشرع رفض الدعوى شكلا قاطعا لمدة التقادم، ومن باب أولى أن يعتمد الحكم القاضي برفض الدعوى أصلا. ولكنّ ترك الخصومة بطلب من الدائن بعد نشر القضية وكذلك الحكم بسقوط الخصومة لا تقطع بهما مدة التقادم، حيث إنّ الحكم بسقوط الخصومة لدى المحكمة يترتب عليه إلغاء جميع الإجراءات بما في ذلك عريضة الدعوى. ولا ينقطع التقادم كذلك بإنذار موجه إلى المدين قبل المطالبة القضائية أو القيام بتسجيل الرسوم لدى القباضة المالية. ويمكن أن تحصل المطالبة خارج المحكمة بعد أن يتحصل الدائن على حكم، فبمجرد توجيه الإعلام لتنفيذ الحكم الصادر في الغرض تنقطع مدّة التقادم، وذلك ما يفهم من الفصل 396 م.ا.ع عندما صرح أنّ المطالبة بالوفاء يمكن أن تكون بغير طريقة القضاء، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا كان للدائن سند تنفيذي فيعمد إلى إعلام المدين بضرورة التنفيذ. وتنقطع مدة التقادم كذلك بمجرد مباشرة الدائن لإجراءات العقلة سواء كانت تحفظية أو توقيفية أو تنفيذية، والذي يقطع المدة ليس الإعلام الموجه للمدين وإنما أعمال العقلة أي محضر العقلة الذي يحرره عدل التنفيذ طبق إجراءات العقل على معنى أحكام مجلة المرافعات المدنية. وكلّ ما يقوم به الدائن في اتجاه تقييد حقه مع بقية ديون المفلس تنقطع به مدة التقادم، فقد يكون ذلك على إثر صدور الحكم بالتفليس أو المشاركة في توزيع أموال المفلس. ولابدّ أن يسعى الدّائن لقطع المدّة حتّى يتحقّق له حفظ الحق من الزوال.

وإذا اعترف المدين بالدين تقطع مدة التقادم، ويمكن أن يتخذ الإقرار عدة أشكال كتحرير الحساب بينه وبين الدائن أو دفع شيء من الدين على الحساب إذا ثبت الدفع بكتب ثابت التاريخ أو طلب المدين أجلا للدفع أو إتيانه بضامن أو بتوثقة أخرى أو احتجاجه بالمقاصة عند قيام الدائن عليه. وبذلك يمكن أن يكون الإقرار صريحا أو ضمنيا، كما يمكن أن يكون قضائيا أو غير قضائي، ويمكن أن يتخذ شكل التصرف القانوني كأن يعترف المدين صراحة بالدين، كما يمكن أن يكون واقعة قانونية كما في صورة طلب أجل للدفع. وتعتمد وسائل الإثبات طبق القواعد العامة حسب الصور.

ويشار إلى أن بعض الديون اعتمدت حالات خاصة في انقطاع التقادم، فيعتد بهذه الحالات الخاصة، كما هي الصورة بالنسبة إلى تقادم مصاريف الدولة dépenses، حيث تنقطع مدة التقادم «بتقديم صاحب الدين للسلطة الإدارية المختصة مطلبا في دفع دينه أو شكاية تتعلق بهذا الدين وفي هذه الصورة له أن يتسلم من رئيس الإدارة المعنية شهادة في تاريخ تقديم مطلبه أو شكايته مع بيان الأوراق والوثائق، أو برفع دعوى عدلية لدى المحاكم من طرف أي كان تتعلق بمصدر الدين أو بوجوده أو بمقداره أو بتأديته، أو بصدور مكاتبة تتعلق بالدين عن إدارة يهمها الأمر أو بتسديد جزء من الدين. وفي تلك الصورة تجري مدة الأربع أو الخمس سنوات الجديدة ابتداء من فاتح السنة المالية الموالية للسنة التي حدث أثناءها العمل القاطع(الفصل 47 من مجلة المحاسبة)».

وتقطع أعمال مقابيض الدولة recettes عموما بجميع أعمال التتبع الصادرة عن مصالح الاستخلاص بداية من تبليغ السند التنفيذي وبكل الأعمال الصادرة عن المدين أو من ينوبه والمتعلقة بالدين وخاصة منها دفع جزء من الدين أو اعتراف بالدين أو تقديم ضمانات تتعلق بالدين أو إمضاء التزام بجدولة الدين. وفي هذه الحالة تجري مدة الخمس سنوات الجديدة ابتداء من غرة جانفي من السنة الموالية للسنة التي حدث أثناءها العمل القاطع

هي العقل التي يمكن الحديث عنها في باب طرق التنفيذ وتهدف إلى حفظ الحق. فيمكن أن تشمل العقلة التحفظية المنقولات والعقارات غير المسجلّة، بينما تستقلّ العقارات المسجلّة بإجراء خاص يعرف بالاعتراض التحفظي، ويبقى للعقلة التوقيفية ميزتها باعتبارها عقلة تحت يدّ الغير ولو أنّ جميع هذه المؤسسات تهدف إلى حفظ المال قبل مباشرة الإجراءات الجبرية.

وبذلك فإنّ المقصود بالإجراءات التحفظية في إطار طرق التنفيذ هو ما يتعلّق بالعقلة التحفظية والاعتراض التحفظي والعقلة التوقيفية. وقد وردت الفصول 322 إلى 326 م.م.م.ت. في بيان الإجراءات العامة لنظام العقلة التحفّظيّة[1].

للتقادم (الفصل 36 مكرر من مجلة المحاسبة (أضيف بالقانون 80 لسنة 2003 المؤرخ في 31 ديسمبر 2003).

(1) أوردت بعض النصوص الخاصة إجراءات مميزة في العقلة التحفظية، ومن أهمّ الإجراءات الخاصة في العقلة التحفظية ما أورده المشرع بالنسبة إلى عقلة السفن بمجلّة التجارة البحريّة وعقلة الطائرات بمجلّة الطيران المدني.

ـ عقلة السفن التحفظية: أوردت مجلة التجارة البحرية إجراءات خاصة بعقلة السفينة تحفظيا بالفصول 100 إلى 106. وبينت من خلالها الشروط الخاصة بالسفينة والدين الذي من أجله تجرى العقلة التحفظية وحدّدت إجراءات العقلة وآثارها.

فلا تجرى العقلة التحفظية على السفينة طبق إجراءات مجلة التجارة البحرية إلا إذا كانت قابلة للرهن أي المسجلة بتونس، أما السفينة غير القابلة للرهن فتجرى العقلة طبق المبادئ العامة الواردة بمجلة المرافعات المدينة والتجارية.

ولا تجرى العقلة التحفظية على معنى مجلة التجارة البحرية إلا لأصحاب الدّيون البحرية، وهي الديون التي لها علاقة بصنع السفينة أو استغلالها أو صيانتها أو إصلاحها أو المنازعة في ملكيتها وغير ذلك من الحقوق المتصلة بالسفينة. (يعتبر دينا بحريا: ـ الأضرار التي تحدثها السفينة بسبب التصادم أو غيره. ـ الخسائر في الأرواح أو الإصابات البدنية التي تسببها السفينة أو التي تنشأ عن استغلالها. ـ مصاريف المساعدة والإنقاذ. ـ العقود الخاصة باستعمال السفينة أو استئجارها بمقتضى عقد إيجار أو غيره. ـ العقود الخاصة بنقل البضائع بمقتضى عقد إيجار أو سند شحن أو غير ذلك. ـ هلاك أو تلف البضائع والأمتعة التي تنقلها السفينة. ـ الخسارات المشتركة. ـ قطر السفينة (جرّ). ـ الإرشاد. ـ تزويد السفينة بمواد أو أدوات لازمة لاستغلالها أو صيانتها. ـ صنع السفينة أو إصلاحها أو تجهيزها ومصاريف وجودها في الأحواض. ـ أجور الربان والضباط والبحارة. ـ المبالغ التي ينفقها الربان أو الشاحنون أو المستأجرون أو الوكلاء لحساب السفينة أو لحساب مالكها. ـ المنازعة في ملكية السفينة. ـ المنازعة في ملكية سفينة على الشيوع أو في حيازتها أو في استغلالها أو في حقوق المالكين على الشيوع على المبالغ الناتجة عن الاستغلال. ـ الرهن البحري.). ولكل من يتمسك بأحد الديون البحرية أن يجري العقلة على السفينة التي يتعلق بها الدين أو على أية سفينة أخرى يملكها المدين إذا كانت هذه السفينة مملوكة له وقت نشوء الدين. على أنّه لا يجوز الحجز على سفينة غير تلك التي

يتعلق بها الدين إذا كان الدين له علاقة بملكية السفينة أو استغلالها أو رهنها.

وإذا كان المدين الذي يستأجر السفينة يتولى إدارتها الملاحية وكان هو المسئول وحده عن دين بحري متعلق بها جاز للدائن توقيع الحجز على السفينة أو على أية سفينة أخرى مملوكة للمستأجر، ولا يجوز توقيع الحجز على أية سفينة أخرى للمالك المؤجر بمقتضى ذلك الدين البحري. ونفس الحكم يعتدّ به في جميع الحالات التي يكون فيها شخص آخر غير مالك السفينة ملزما بدين بحري.

وتقع العقلة بإذن طبق إجراءات الإذن على عريضة، وإذا سبق إجراء العقلة يكفي الدائن المتأخر الاعتراض. ويمكن أن يعلق الإذن على تقديم الطالب كفيلا أو ضمانا، ويفرض تقديم الكفيل إذا لم يكن للطالب مقر بالبلاد التونسية يوم العقلة.

ومن الآثار الهامة للعقلة أنّها تجمد السفينة في الميناء فلا يمكن أن تغادره إلا بعد إنهاء الإجراءات. غير أنّه يمكن للقاضي في جميع الصور أن يرخص في استغلال السفينة من طرف المعقول عليه إذا قدّم ضمانات كافية ويمكن أن يأذن بأصلح طريقة تضمن إدارة السفينة مدة العقلة. وإذا لم يتفق الطرفان على نوع الضمانات يمكن للقاضي تحديدها بالإذن.

كما أنّه من الممكن لنفس القاضي الذي أذن بالعقلة أن يأذن برفعها طبق إجراءات الرّجوع في الإذن(الفصل 219 م.م.م.ت.). وفي صورة تقديم كفيل مليء يجب أن يأذن حالا برفع العقلة إلا إذا كان الدين الذي من أجله أجريت العقلة له علاقة بنزاع في ملكية السفينة. ولا يمكن أن يعتبر تقديم الكفيل أو الضمان اعترافا من المدين بالمسؤولية أو تنازلا عن حق التمتع بالتحديد القانوني لمسؤولية مالك السفينة.

ـ عقلة الطائرات التحفظية: العقلة التحفظية على الطائرة هي كل إجراء يتم بموجبه توقيف طائرة لفائدة مصلحة خاصة بمقتضى إذن قضائي صادر إما لصالح دائن وإما لصالح مالك أو لصاحب حق عيني موظف على الطائرة. ويعد حق الحبس على الطائرات دون رضاء المستغل عقلة تحفظية وتخضع ممارسة هذا الحق إلى النظام المنصوص عليه بمجلة الطيران بالفصول من 36 إلى 43. وبينت هذه الفصول الطائرة التي يمكن عقلتها تحفظيا والسند المعتمد في العقلة و إجراءات العقلة و أثرها. ولا تنطبق هذه الإجراءات الخاصة على الإجراءات التحفظية في مادة التفليس والتسوية القضائية ولا على تلك المتخذة في صورة مخالفة التشريع الديواني أو الجنائي أو المتعلق بالضبط الإداري. الفصل 43 من المجلة.

فلا تقبل العقلة التحفظية طائرات الدولة وكل طائرة أخرى موضوعة فعلا في الخدمة على خط منتظم للنقل العمومي وكذلك طائرات الاحتياط اللازمة وكل طائرة أخرى مخصصة للنقل الجوي التجاري إذا كانت متأهبة للسفر للقيام بذلك النقل على أن لا يكون الدين قد عقد لأجل الرحلة التي ستقوم بها الطائرة أو نشأ خلالها. غير أنّ هذه القيود لا تنطبق على العقلة التحفظية التي يجريها المالك الذي انتزعت منه طائرته بفعل غير شرعي. على أنّه إذا كان من الممكن إجراء العقلة فإنّ تقديم ضمان كاف يحول دون الاعتراض التحفظي وكذلك العقلة التحفظية ويعطي الحق في رفع اليد كذلك إذا سبق إجراؤها. ويعد الضمان كافيا إذا كان يغطي مبلغ الدين والمصاريف وكان مخصصا لخلاص الدائن لا غير أو إذا كان يغطي قيمة الطائرة إذا كانت أقل من مبلغ الدين والمصاريف.

وبيّنت الأحكام العامة الواردة بمجلّة الإجراءات المدنية الأموال التي يمكن أن تخضع للعقلة التحفّظية وطبيعة الأموال التي من أجلها تجرى العقلة والسندات التي تعتمد في إجراء العقلة وشروط محضر العقلة وأثر العقلة.

ـ الأموال الخاضعة للعقلة التحفظية: يمكن إجراء العقلة التحفظية على جميع المكاسب سواء كانت منقولة أو عقارات باستثناء العقارات المسجلة والمكاسب التي يحجر القانون عقلتها[1]. فجميع العقارات والمنقولات خاضعة لإجراءات العقلة التحفظية. ويستثنى من ذلك العقارات المسجلّة التي تخضع لإجراء خاص

وفي صورة إجراء العقلة على طائرة غير قابلة للعقلة التحفظية أو تقديم المدين لضمان قصد تجنب ذلك أو قصد الحصول على رفع اليد فإن العاقل يتحمل مسؤولية الضرر الحاصل للمستغل أو المالك من جراء ذلك.

وتجرى العقلة بإذن خاص إذا لم يكن للدائن سند تنفيذي دون شرط أن يحلّ أجل الدين ويلزم ترسيمه في أجل محدّد بدفتر التسجيل. فلكل دائن بيده سند تنفيذي أو سند مرسم حل أجل أداء دينه أن يبلغ مدينه بواسطة أحد العدول المنفذين إعلاما ينذره فيه بأنه في صورة عدم الوفاء بالدين يتولى طلب ترسيم اعتراض تحفظي على طائراته. والدائنون الذين ليس بأيديهم سند تنفيذي أو سند مرسم أو الذين لم يحل أجل دينهم لكن استخلاصه مهدد بالخطر يمكن لهم أن يطلبوا ترسيم اعتراض تحفظي على طائرات مدينهم بعد حصولهم على إذن في ذلك من رئيس المحكمة الابتدائية بتونس. ويجب أن يتم ترسيم الاعتراض التحفظي في أجل أقصاه تسعون يوما بداية من الإنذار أو من الإذن المشار إليهما وإلا كان باطلا. وعلى المصالح المختصة بالوزارة المكلفة بالطيران المدني عند رفضها للترسيم أن تنص بهامش أو بأسفل محضر الإنذار أو الإذن المشار إليهما على تاريخ اتصالها به وسبب رفض الترسيم. ويصبح الترسيم قانونا وفي جميع الحالات غير ذي مفعول بعد مرور عامين على تاريخ إجرائه. ولا يمكن إجراء اعتراض تحفظي على طائرة غير قابلة للعقلة.

ويمنح الإذن بإجراء العقلة التحفظية وكذلك رفع اليد حسب الصيغ والآجال الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية في مادة الأذون على العرائض. ويجوز أن يشترط لمنح الاذن بإجراء العقلة التحفظية أن يقدم الطالب كفيلا أو ضمانا صحيحا، وتقديم الكفيل واجب إذا لم يكن للطالب يوم العقلة مقر بالبلاد التونسية. ويحدد القرار القاضي بإجراء العقلة الأجل الذي يجب على الطالب أن يرفع فيه دعواه إلى الحاكم المختص دون أن يتجاوز الأجل شهرا، وإن لم ترفع فيه فإن العقلة التحفظية تعتبر لاغية وتبرأ ذمة الكفيل إن قدم.

ولا يجوز ابتداء من تاريخ ترسيم الاعتراض التحفظي ترسيم أي تفويت غير البيع الواقع أثر عقلة أو أي رهن وغيره من الحقوق العينية.

والواضح من خلال النظام الوارد بمجلة الطيران أنّ المشرع تحدّث عن اعتراض تحفظي ولم يتحدّث عن عقلة تحفظية نظرا لخضوع الطائرة لإجراءات تسجيل شبيهة بالإجراءات المنطبقة بنظام الإشهار العيني.

(1) الفصل 323 م.م.م.ت.

يعرف بالاعتراض التحفظي وكذلك المكاسب التي يحجّر القانون عقلتها ومن ذلك الأشياء الخاصة بالمدين والضرورية للعيش والأشياء المعنوية على معنى الفصل 308 م.م.م.ت[1]، كما يمنع عقلة ما هو تابع للدولة المؤسسات العمومية بشكل عام على معنى الفصلين 37 و38 من مجلّة المحاسبة[2].

ـ طبيعة الأموال الواقع من أجلها العقلة: القاعدة أنّه يجوز الإذن بالعقلة التحفظية لضمان كل دين يبدو أن له أساسا من حيث الأصل وأن استخلاصه مهدد بالخطر ولو كان مؤجلا أو معلقا على شرط[3]. فإذا كانت درجة قوّة الديون تنحدر من الثبوت إلى إمكانية التنفيذ جبرا عبر تحديد المقدار واستحقاقه حالا، فإنّ العقلة التحفّظية لا تشترط في أدائها أقلّ مقدار في قوة الدّين فليس من الضروري أن يكون الدين ثابتا بل يكفي أن يبدو أنّ له مساسا من حيث الأصل وأنّ استخلاصه مهدّد بالخطر حتّى ولو لم يكن مستحقّ الأداء. فهو حقّ غير ثابت بالأساس وغير مستحقّ في الحال. وعلى ذلك الأساس فإنّه من الممكن إجراء عقلة تحفظيّة من أجل دين معلّق على شرط أو أجل ومن أجل دين مستقبلي. فيخلص للدّائن قبل حلول الأجل أو تحقق الشرط القيام بجميع الأعمال التحفظيّة حتى وإن كان الحقّ موجود غير مكتمل أو موجود غير مستحقّ.

ـ الإذن بالعقلة التحفظية: إذا كان بيدّ الدّائن سند تنفيذي قابل للتنفيذ فإنّه من

---

(1) الفصل 308 م.م.م.ت «ـ لا يقبل العقلة :
1) ما يلزم للمعقول عنه وعائلته من الفراش والملابس وأواني الطبخ،
2) الآلات والكتب اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حد ما قيمته مائة دينار حسب اختياره،
3) الكتب والأدوات المدرسية اللازمة لتعلم من هو في كفالة المعقول عنه من الأولاد،
4) ما يكفي من طعام المعقول عنه وعائلته مدة خمسة عشر يوما،
5) الأوسمة والرسائل والأوراق الشخصية والأشياء المقدسة وما هو ضروري للقيام بالواجبات الدينية. ويجب أن ينص بمحضر العقلة أو محاولة العقلة وعند الاقتضاء على الأشياء غير القابلة للعقلة التي بقيت في حوز المدير».

(2) الفصل 37 «لايجوز إجراء أية عقلة ولو كانت بمقتضى أحكام أو بطاقات تنفيذية على الأموال ولا على الديون المنجرة عن ضرائب أو غيرها ولا على السندات والقيم والمكاسب المنقولة وغير المنقولة بدون أي إستثناء التي تملكها الدولة أو المؤسسات العمومية أو الجماعات العمومية المحلية. وكل ما يقع من عقل وأعمال تنفيذية وغيرها خلافا للأحكام المقررة أعلاه يعتبر باطلا بطلانا».

الفصل 38 «لايجوز لأصحاب الديون المتخلدة بذمة الدولة أو « المؤسسات العمومية « أو الجماعات العمومية المحلية المتحصلين على وثائق تنفيذية المطالبة بها إلا لدى الإدارة المختصة».

(3) الفصل 322 م.م.م.ت.

الممكن إجراء العقلة التحفظية دون حاجة إلى إذن خاص.

وإذا لم يتوفّر السند التنفيذي فإنه لا يمكن إجراء عقلة تحفظية إلا بإذن من حاكم الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتهما مقر المدين في حدود نظر كل منهما. ويجوز في هذه الصورة الإذن بالعقلة التحفظية لضمان كل دين يبدو أن له أساسا من حيث الأصل وأن استخلاصه مهدد بالخطر ولو كان مؤجلا أو معلقا على شرط، كما تقدّم. ويجب أن يذكر بقرار العقلة التحفظية المبلغ الذي من أجله صدر الإذن بها[1].

ولهذا الغرض فإنّه يمكن لحامل الكمبيالة المحرر فيها احتجاج بالامتناع عن الدفع أن يستصدر إذنا على عريضة بإجراء عقلة تحفظية على أمتعة ساحبي الكمبيالة والقابلين والمظهرين لها[2].

على أنّ المشرع من الممكن أن يورد إجراءات خاصة لا يشترط فيها السند التنفيذي أو الإذن كما هي الصورة بالنسبة إلى حامل الشيك المحرر فيه شهادة بعدم الدفع حيث يجوز للحامل أن يجري بمجرد الاستظهار بذلك الشيك عقلة تحفظية على منقولات الساحب أو المظهر. وإذا لم يقع الخلاص في بحر شهر من تاريخ الإعلام بالعقلة تباع تلك المنقولات بالمزاد العلني بمقتضى إذن على عريضة[3].

ـ محضر العقلة التحفظية: يختصّ عدل التنفيذ بتحرير محضر العقلة ويجب أن ينص محضر العقلة التحفظية على ما يلي وإلا يكون باطلا :

أولا : القرار الصادر بها أو السند التنفيذي الذي أجريت العقلة بموجبه وإعلام المعقول عنه بهذا السند،

ثانيا : حضور أو عدم حضور المعقول عنه وعند الاقتضاء المكلف بالحراسة لعمليات التنفيذ،

ثالثا : المبلغ الذي أجريت من أجله العقلة،

رابعا : تعيين مفصل للأموال المعقولة[4]. وإذا تناولت العقلة بضائع وجب تشخيصها ووزنها أو قيسها أو كيلها حسب طبيعتها. وإذا كان هناك مصوغ أو

(1) الفصل 322 م.م.م.ت.
(2) الفصل 317 من المجلّة التجارية.
(3) البفصل 408 من المجلة التجارية.
(4) الفصل 325 م.م.م.ت.

أشياء ثمينة وجب أن يكون المحضر مشتملا على وصفها وتقدير قيمتها من طرف أمين[1].

ـ أثر العقلة التحفظية: تبقى أموال المدين المعقولة في حوزه إلى أن تؤول العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية إلا إذا صدر الإذن بخلاف ذلك أو وقعت تسمية مؤتمن عدلي[2]. فذلك يعني أنّ المعقول تحفظيا يمكن أن يوضع تحت يدّ مؤتمن عدلي بقرار خاص أو تحت يد الغير بقرار الإذن أو يبقى تحت يد المعقول عنه بقرار الإذن.

والقاعدة أنّ كلّ عقلة مهما كانت طبيعتها تهدف إلى وضع ما تتناوله من الأموال تحت يد العدالة ومنع المدين من التصرف فيها في مضرة دائنيه. فكل ما يقع حينئذ من تفويت بعوض أو بدونه أو كراء للأموال المعقولة وكذلك ما يتم إنشاؤه عليها من حقوق رهن أو غيرها من الحقوق العينية باطل ولا عمل عليه إزاء الدائنين[3]. فليس من الممكن للمعقول عنه أن يقوم بأعمال الإدارة أو أعمال التصرّف مهما كانت طبيعتها. وأنّ ذلك يعدّ جريمة على معنى الفصل 292 م.ج. فليس المعقول عنه في هذه الصورة إلا مؤتمنا على المعقول ويحاسب على كلّ ضرر مدنيا وجزائيا.

وتنطبق هذه القاعدة على المعقول عنه في العقلة التحفظية إذا ما بقي المعقول تحت يده. ولكنّ المشرع نصّ بالفصل 324 م.م.م.ت على أنّ أموال المدين المعقولة تحفظيا تبقى في **حوز المعقول عنه**. وقد ذهب بعض رجال القانون على ذلك الأساس إلى حدّ القول بإمكانية رفع المعقول عنه للدعوى الحوزية[4]. والحقيقة أنّ ما أراده المشرع من خلال عبارة حوز المدين للمعقول إلا كونه مؤتمنا على ذلك وقد أصبح المعقول تحت يد العدالة.

(1) الفصل 326 م.م.م.ت.
(2) الفصل 324 م.م.م.ت.
(3) الفصل 309 م.م.م.ت.
(4) عمر يوقديدة : الدعوى الحوزية، مذكّرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق بتونس 1981.

القسم الثاني

في أحكام خاصة بالعقارات المسجلة

الفصل 327 ـ لكل دائن بيده سند تنفيذي أو سند مرسم حل أجل أداء دينه أن يبلغ إلى مدينه بواسطة أحد العدول المنفذين إعلاما ينذره فيه بأنه في صورة عدم الوفاء بالدين يتولى طلب ترسيم اعتراض تحفظي على عقاراته المسجلة.

والدائنون الذين ليس بأيديهم سند تنفيذي أو سند مرسم أو الذين لم يحل أجل أداء دينهم يمكن لهم أن يطلبوا ترسيم اعتراض تحفظي على عقارات مدينهم المسجلة بعد تحصلهم على إذن في ذلك من رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين حسب الشروط الواردة بالفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 322.

ويجب أن يتم ترسيم الاعتراض التحفظي في أجل أقصاه تسعون يوما بداية من الإنذار المشار إليه بالفقرة الأولى من الإذن المشار إليه بالفقرة الثانية من هذا الفصل والا يكون باطلا.

وعلى مدير الملكية العقارية عند رفضه للترسيم ان ينص بطرة أو أسفل محضر الإنذار المشار إليه بالفقرة الأولى أو الإذن المشار إليه بالفقرة الثانية على تاريخ اتصاله به وسبب رفض الترسيم.

الفصل 328 ـ لا يجوز ابتداء من تاريخ الاعتراض التحفظي ترسيم أي تفويت غير البيع اثر عقلة أو أي رهن اختياري وغيره من الحقوق العينية أو أية وصية أو أي عقد تسويغ أو أي توصيل أو إحالة يتعلقان بمعين كراء ربع أو أرض فلاحية غير حال.

والاعتراض المرسم على عقار مشاع لا يحول دون ترسيم القسمة أو بيع الصفقة إلا إذا كان متناولا لحقوق جميع المتقاسمين أما إذا كان متناولا لمناب أحد الشركاء المشاع فإنه يقوم مقام الاعتراض المنصوص عليه بالفصل 121 من مجلة الحقوق العينية ويحمل عند الاقتضاء على جزء العقار الذين يقع في حصة المدين حتى تترتب عنه الآثار المبينة بالفقرة المتقدمة.

الفصل 329 ـ إذا وقع تامين مبلغ كاف بصندوق الودائع والأمانات فإنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين أن يأذن استعجاليا بالتشطيب على الترسيم المنصوص عليه بالفصل 327.

ويصبح الترسيم قانونا وفي جميع الأحوال غير ذي مفعول بعد مرور عامين على تاريخ إجرائه.

التعليق على الفصول 327 إلى 329

وردت الفصول 327 إلى 329 م.م.م.ت. في بيان نظام الاعتراض التحفظي وهو العقلة التحفظية في العقارات المسجلة، فهو إجراء تحفظي يهدف إلى حفظ العقار المسجّل من الخروج من الذمة المالية للمدين إلى حين إنهاء الإجراءات التنفيذية.

ولهذا الاعتراض إجراءات محدّدة ومن آثاره أنّه يمنع الترسيم بعد إدراجه وهو بذلك يختلف تماما عمّا يعرف بالقيد الاحتياطي في العقارات المسجلّة[1].

(1) أورد المشرّع هذه المؤسّسة بالفصول 365 وما بعد من مجلّة الحقوق العينيّة، وضبط من خلالها حالات القيد وإجراءاته.
ـ حالات القيد: تقيد احتياطيا عملا بأحكام الفصلين 365 و366 م.ح.ع:
ـ الدّعاوى الرّامية إلى استصدار حكم ببطلان الحقوق العينيّة المرسّمة أو إبطالها أو فسخها أو الرّجوع فيها أو إدخال تعديلات على التّرسيمات الواقعة بموجب نقل بالوفاء أو إبطال التّشطيب أو القيام بالشّفعة أو إصلاح التّرسيم أو التّشطيب.
ـ الدّعاوى الرّامية إلى ترسيم جميع الأعمال التّي تقتضي التّفويت في عقّار أو التّخصيص به.
ـ طرق الطّعن غير الاعتياديّة في الأحكام المرسّمة.
ـ ما يتمّ إنشاؤه وإحالته من حقوق عينيّة ويكون مقترنا بشرط تعليقي وكذلك الوعود بالبيع.
ـ التّفويت في قطع مستخرجة من رسم ملكيّة والتّخصيص بها.
ـ حقوق الارتفاق الموظّفة على قطع غير محدّدة بشرط الإدلاء بما يثبت تقديم مطلب في التّقسيم.
ـ عقود المغارسة والدّعاوى الرّامية إلى الاعتراف بحقّ المغارسي أو قسمة الأرض المغروسة.
ويتلخّص من ذلك أنّ المشرّع سمح بتقييد الدّعاوى احتياطيّا سواء كانت لها علاقة بالتّرسيمات أو بالعقّار موضوع التّرسيم، وكذلك الطّعون غير العاديّة شرط ترسيم أصل الحكم المتعلّق بها. وتأتي جملة من العمليّات في إطار القيد الاحتياطي بسبب كونها غير ناقلة للملكيّة مثل الوعد بالبيع والمغارسة والعقد المقترن بشرط أو أنّ هناك أسبابا تقنيّة تمنع التّرسيم مثل عدم إتمام التّقسيم وصورة أمر الانتزاع قبل تنقيح قانون الانتزاع سنة 2003.
ويلاحظ أنّ المشرّع التّونسي أورد صور القيد على وجه الحصر، والأكيد أنّه لا يمكن إدراج ما يتجاوز ذلك في باب القيد الاحتياطي. وهو نقل غير سليم للمبادئ الألمانيّة باعتبار أنّ القانون الألماني وإن حدّد بعض الصّور للقيد الاحتياطي إلاّ أنّه وضع قاعدة عامّة حيث « ... يجوز للمدّعي في البطلان دفع الضّرر وتوقّع اكتساب كلّ حقّ على العقّار، بقيد احتياطي يدرج بإذن القاضي».
والواضح أنّ المشرّع التّونسي نقل أحكام هذه المؤسّسة عن التشريع الألماني بعدما جعل

للترسيمات الإدارية اللاحقة مفعولا نسبيا، حيث إنّ الملكيّة لا تكتسب في قانون 5 ماي 1872 إلاّ بموجب التّرسيم بالسّجلّ العقّاري الواقع على إثر تولية (investiture)،أي أنّ نقل الملكيّة لا يحدث بمجرّد الاتّفاق كما لا يقع بمجرّد التّرسيم بالسّجلّ بل لا بدّ من التّولية وهو ما يعادل « التّسليم traditio » بالقانون الرّوماني. ويقصد بالتّولية أن يحضر البائع والمشتري أمام القاضي ويعلنان بإرادة حرّة نقل الملكيّة. وتقع الانتقالات على ذلك الشّرط شرط أن تكون الملكيّة مرسّمة سابقا باستثناء بعض الحالات (مثل الإرث والوصيّة والانتزاع). وقبل إتمام مراسم التّولية لا يمكن مطلقا طلب التّرسيم بل يجوز فقط طلب تقييد الحقّ قيدا احتياطيّا لحفظ الحقّ ومن ذلك خلقت هذه المؤسّسة، حيث إنّ الملكيّة لا تنقل إلاّ بموجب الترسيم والتولية معا، وقبل أن تقع الثّانية على ما تقدّم، لا يمكن أن يدّعي الدّائن إلاّ حقّا شخصيّا يمنع ترسيمه، فكان لابدّ من قيد هذا الحقّ قيدا احتياطيّا.

ـ إجراءات القيد: تدرج القيود الاحتياطيّة إجمالا بطلب من المستفيد فيكفي أن يُقدّم مطلبا في الغرض مع ضرورة أن تأتي العمليّة ضمن إحدى الصّور المشار إليها. غير أنّ قيد الدّعاوى احتياطيّا لا يجري إلاّ بإذن يصدره رئيس المحكمة الابتدائيّة بمكان العقّار بناء على عريضة تحال إلى مدير الملكيّة العقّاريّة لإبداء الرّأي فيها (الفصل 367 م.ح.ع)، وتدرج القيود الاحتياطيّة بالسجل العيني وترتّب حسب تواريخها (370 م.ح.ع). غير أنه لا يمكن قيد الحقوق قيدا احتياطيا إلا إذا كان الرسم خاليا من كل اعتراض أو عقلة، بمعنى أن لا يكون الرسم خاليا من جميع الاعتراضات التحفظية ومن جميع الإجراءات التنفيذية على معنى الإجراءات الواردة بمجلة المرافعات في باب العقل التحفظية والتنفيذية، ويستثنى من ذلك قيد الدعاوى وعقود المغارسة بالسجل العقاري قيدا احتياطيا حيث يمكن أن يتم ذلك بقطع النظر عن وجود اعتراض أو عقلة (الفصل 369 م.ح.ع).

ويسقط القيد ويصبح غير ذي مفعول بمضي ثمانية عشر عاما بالنسبة إلى عقود المغارسة وثلاثة أعوام في جميع الصّور الأخرى إلاّ إذا وقع تجديده بإذن على عريضة يصدره رئيس المحكمة الابتدائيّة التّي بدائرتها العقّار (الفصل 370 م.ح.ع فقرة 2)، غير أنّه يمكن التّشطيب قبل الأوان برضا الطّرفين أو بحكم المحكمة، ولرئيس المحكمة الابتدائيّة التّي بدائرتها العقّار أن يصدر إذنا على عريضة بالتّشطيب على القيود الاحتياطيّة المتعلّقة بالدّعاوى وعقود المغارسة (371 م.ح.ع).

ـ آثار القيد: وأوّل الآثار المرتبطة بهذه المؤسسة هي الخطورة في عدم التّمييز بين مؤسّسة التّرسيم ومؤسّسة القيود الاحتياطيّة. وفعلا كثيرا ما تختلط المفاهيم في أذهان البعض إلى حدّ وضع المؤسّستين على قدم المساواة. وقد طرح الإشكال خاصّة عندما أوجب المشرّع صيغة معيّنة في تحرير الكتائب الخاضعة للتّرسيم. ومع أنّ المشرّع أورد بوضوح عبارة التّرسيم طالب الأغلبيّة بضرورة سحب الشّرط على كامل الكتائب بما في ذلك الخاضعة للقيد، والحال أنّ ما يمكن ترسيمه لا يمكن قيده احتياطيّا والعكس بالعكس.

وكثيرا ما يقع الخلط بين مؤسّسة القيد الاحتياطي والاعتراضات التّحفّظيّة، بل إنّ التّشريع التّونسي قد يحمل إلى ذلك الاعتقاد حين أدرج أحكام القيود الاحتياطيّة تحت عنوان « الاعتراضات التّحفّظيّة » وهي عنونة غير موفّقة، حيث إنّ الاعتراضات التّحفّظيّة على معنى الفصول 327 م.م.ت.ت وما بعد تمنع إدراج أيّ حقّ، وهي غير الآثار المرتبطة بمؤسّسة القيد الاحتياطي التّي لا تمنع إدراج التّرسيمات اللاّحقة، فقط أنّه إذا لم يسبق قيد الدّعوى

قيدا احتياطيّا فإنّ الحكم لا يكون له مفعول إزاء الغير إلاّ من تاريخ ترسيمه (368م.ح.ع)، وإذا سبق تقييد الحق احتياطيا فلا يمكن معارضة المستفيد منها بالتّرسيمات الحاصلة بعد ذلك (370 م.ح.ع).

ورغم أن الفصول 365 إلى 372 م.ح.ع قد جاءت تحت عنوان « الاعتراضات التحفظية» إلا أنها لم تشر إلى هذا المعنى إلا من خلال الفصلين 369 و372 م.ح.ع، فأشار المشرع بالفصل 369 م.ح.ع إلى أن القيود الاحتياطية لا يمكن إدراجها إلا إذا كان السجلّ خال من أي تنصيص له علاقة بالاعتراضات التحفظية باستثناء قيد الدعاوى والمغارسة وأكد بالفصل 372 م.ح.ع على أن إدراج الوثائق الخاصة بإجراءات التفليس تمنع الترسيم اللاحق. وجاءت باقي الفصول محدّدة لنظام القيود الاحتياطية، وكان ينتظر أن يشار إلى معنى القيود الاحتياطية بالعنوان. ثمّ إن المشرع لم يؤكد بفصل خاص على أثر الإجراءات التنفيذية(العقل التنفيذية) في منع الترسيم. وياحبّذا لو أبقى المشرّع التّونسي على أثر الاعتراضات التّحفّظيّة، بل إنّه خوّل قيد الدّعاوى وعقود المغارسة احتياطيّا بقطع النّظر عن وجود اعتراض أو عقلة (369 م.ح.ع).

والواضح أن المشرع، وتجاوزا لعنونة الفصول من 365 إلى 372 م.ح.ع، قد قصد بيان نظام القيود الاحتياطية، فبعد أم بيّن شروط القيود الاحتياطية سواء كانت أصلية أو إجرائية من خلال الفصول 365 و366 و367 و370 فقرة ثانية و371 م.ح.ع، بيّن آثارها من خلال الفصول 368 و369 و370 فقرة ثانية م.ح.ع بأن جعل للقيد أثرا رجعيا بمعنى أن ترتدّ حقوق المنتفع إلى بداية القيد دون أن يمنع القيد الترسيم اللاحق حيث سمح المشرع بإدراج الحقوق اللاّحقة رغما عن كلّ قيد احتياطي باعتبار أن القيد الاحتياطي لا يمنع الترسيم اللاحق على خلاف الاعتراضات التحفظية والعقل التنفيذية. ورغم وضوح النص القانوني (الفصل 370 م.ح.ع فقرة أولى مجلة الحقوق العينية) في عدم منع الترسيم بعد إدراج القيد الاحتياطي، إلا أن الآراء اختلفت، فذهب جانب من الفقه إلى حدّ القول بضرورة تجميد العمليّات في صورة وجود قيد احتياطي تجاوزا لعبارات الفصل 370 م.ح.ع وتناسقا مع أهداف السّجلّ و» حفظا لمصلحة المتقاضين والغير»حيث إنّ القول بترسيم الحقوق اللاّحقة رغما عن كلّ قيد فيه من الخطورة الكثير ولا تخلو المسألة من إزعاج خاصّة إذا استعصى على المستفيد من القيد إدراج الأحكام التّي قد تصدر مستقبلا. وخالفهم في ذلك جانب من الفقه بعلّة أنّ الفصل 370 م.ح.ع كان واضحا في أحكامه رغم كلّ الآثار السّلبيّة التّي يبقيها العمل بهذا الفصل، لأنّ الذّي اكتسب الحقّ في حال وجود القيد لا يمكن بالمرّة التّمسّك بحسن النيّة، وتردّ الحقوق المكتسبة على القيد إلى تاريخه وليس إلى تاريخ الحكم.ولم تستقرّ إدارة الملكيّة العقّاريّة على رأي، فإذا انحازت بداية إلى الرّأي الأوّل وأيّدها في ذلك رئيس المحكمة العقّاريّة سنة 1977، سرعان ما ارتدّ موقفها إلى الرّأي الثّاني. ولا أظنّ أنّ فقه القضاء كان واضحا، فإذا ذهبت جملة من القرارات إلى القول بعدم معارضة المستفيد من القيود الاحتياطيّة بالتّرسيمات اللاّحقة، فإنّ البعض الآخر ظلّ يبحث حول سوء وحسن نيّة المستفيد من التّرسيم وإن كان سبق قيد الحق احتياطيا يمنع الحديث عن حسن النية أصلا. يراجع في جميع ذلك لصاحب المؤلف:

ـ أحكام القانون العقاري، نظام السجلّ العقاري، القانون العقاري الخاص، التطهير العقاري

ـ **إجراءات الاعتراض التحفظي**: لكل دائن بيده سند تنفيذي أو سند مرسم بالسجلّ العقاري (رهن عقاري) حل أجل أداء دينه أن يبلغ إلى مدينه بواسطة أحد العدول المنفذين إعلاما ينذره فيه بأنه في صورة عدم الوفاء بالدين يتولى طلب ترسيم اعتراض تحفظي على عقاراته المسجلة.

وإذا لم يكن بيد الدائنين سند تنفيذي أو سند مرسم أو الذين لم يحل أجل أداء دينهم يمكن لهم أن يطلبوا ترسيم اعتراض تحفظي على عقارات مدينهم المسجلة بعد تحصلهم على إذن في ذلك من رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين.

ويجوز في هذه الصورة الإذن بالاعتراض التحفظي (العقلة التحفظية) لضمان كل دين يبدو أن له أساسا من حيث الأصل وأن استخلاصه مهدد بالخطر ولو كان مؤجلا أو معلقا على شرط، كما تقدّم. ويجب أن يذكر بقرار العقلة التحفظية المبلغ الذي من أجله صدر الإذن بها[1].

ويجب أن يتم ترسيم الاعتراض التحفظي في أجل أقصاه تسعون يوما بداية من تاريخ الإنذار المشار إليه وإلا يكون باطلا.

ويجوز لمدير الملكية العقارية رفض الترسيم إذا لم يكن للاعتراض علاقة بالحقوق المرسمة. غير أنّه على مدير الملكية العقارية عند رفضه للترسيم أن ينص بطرة أو أسفل محضر الإنذار المشار إليه أو الإذن المشار إليه على تاريخ اتصاله به وسبب رفض الترسيم[2].

ـ **آثار الاعتراض التحفظي**: الأثر الهام في ذلك هو أنّه لا يجوز ابتداء من تاريخ الاعتراض التحفظي ترسيم أي تفويت غير البيع الواقع إثر عقلة أو أي رهن اختياري وغيره من الحقوق العينية أو أية وصية أو أي عقد تسويغ أو أي توصيل أو إحالة يتعلقان بمعين كراء ربع أو أرض فلاحية غير حال، معنى ذلك أنّه يمنع على المعقول عنه القيام بأي عمل يلحق بالعقار موضوع الاعتراض سواء كان عمل تصرف (بيع، هبة، معاوضة، وصية، تنازل..) أو عمل إدارة (كراء). فلا يمكن إدراج إلا التبتيت الواقع على إثر إنهاء الإجراءات التنفيذية الخاصة بالعقار. ولا يمنع فقط الترسيم بل يمنع إدراج حتى القيود الاحتياطية في صورة

والمفعول المنشئ للترسيم، التعليق على مجلّة الحقوق العينية من خلال التعليق على الفصول 365 وما بعد م.ح.ع.

(1) الفصل 322 م.م.م.ت.

(2) الفصل 327 م.م.م.ت.

سبق الاعتراض التحفظي ولم يستثن من ذلك إلا قيد الدعاوى أو عقد المغارسة احتياطيا.

غير أنّ الاعتراض التحفظي لا يمنع إدراج عقد المقاسمة إذا كان الاعتراض يتعلّق بإحدى المنابات، حيث إنّ الاعتراض المرسم على عقار مشاع لا يحول دون ترسيم القسمة أو بيع الصفقة إلا إذا كان الاعتراض متناولا لحقوق جميع المتقاسمين فيمنع حينئذ إدراج البيع أو القسمة أما إذا كان متناولا لمناب أحد الشركاء المشاع فإنه يمكن ترسيم القسمة ويحمل الاعتراض التحفظي عند الاقتضاء على جزء العقار الذين يقع في حصة المدين حتى تترتب عنه الآثار المرتبطة به[1]. وذلك ما يعرف بالأثر التحويلي للقسمة[2].

كما أنّه خلافا لأثر الاعتراض في منع الترسيم فإنّه يجوز للمالك الجديد تطبيقا لإجراءات تطهير العقار من التحملات الواردة بالفصول 292 إلى 302 م.ح.ع ترسيم ملكيته بعد أن يعلم جميع الدائنين المرسمين بأنه على استعداد لخلاص الدائنين في حدود ثمن العقار، ولا يتمّ بعد ذلك أي ترسيم آخر قبل إتمام إجراءات التطهير.

وإذا وقع تأمين مبلغ كاف بصندوق الودائع والأمائن بسعي من المعقول عنه أو غيره فإنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين أن يأذن استعجاليا بالتشطيب على الترسيم[3].

ويصبح الترسيم قانونا وفي جميع الأحوال غير ذي مفعول بعد مرور عامين على تاريخ إجرائه[4]. فإذا لم يقع أي إجراء خلاله فإنه من الممكن لإدارة الملكية العقارية التشطيب عليه إداريا ولو دون طلب.

(1) الفصل 328 م.م.م.ت.

(2) الفصل 123 م.ح.ع.

(3) الفصل 329 م.م.م.ت.

(4) الفصل 329 م.م.م.ت.

الباب الرابع

في العقل التوقيفية

القسم الأول

أحكام عمومية

الفصل 330 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين كل في حدود نظره عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يفي بخلاص الدين المطلوب من المبالغ المالية والمنقولات التي يملكها هذا المدين أو يستحقها ولو كان استحقاقه لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط.

ولا حاجة لاستئذان القاضي إذا كان بيد الدائن حكم ولو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ.

الفصل 331 ـ لا تقبل العقلة التوقيفية :

أولا : النفقة إذا صدر بها حكم.

ثانيا : التسبيقات ذات الصبغة المعاشية عن تعويض ضرر ناشئ عن جنحة أو شبهها،

ثالثا : المبالغ التي تمنحها الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية بعنوان إعانة فردية دورية أو عرضية مهما كان مبلغها ومستحقها.

على أن عدم قابلية العقلة المشار إليه لا يمكن الاحتجاج به على الدائنين الذين أمدوا المدين المعقول عنه بالمواد الغذائية والأشياء وغير ذلك مما هو ضروري للحياة.

الفصل 332 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يحصل إجراء العقلة التوقيفية بواسطة محضر يحرره العدل المنفذ ويعلم به المعقول تحت يده ويضيف إليه نسخة من الحكم الذي أجريت العقلة بمقتضاه أو

من القرار الذي أذن بإجرائها ومن العريضة التي بني عليها هذا القرار.

ويجب أن يشتمل هذا المحضر على ما يلي وإلا يكون باطلا :

أولا : التنصيص على القرار الذي أذن بإجراء العقلة التوقيفية أو الحكم الذي أجريت بمقتضاه.

ثانيا : بيان مقدرا دين العاقل.

ثالثا : بيان الهوية الكاملة للمدين المعقول عنه ومقره، وبيان عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه إن كان تاجرا أو شخصا معنويا.

وإن لم يكن المدين مرسما فالتنصيص على ذلك صراحة بالمحضر.

رابعا : النص الحرفي للفصول 333 و337 و339 و341 من هذه المجلة.

الفصل 333 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ تهدف العقلة التوقيفية إلى جعل المبالغ المالية والمنقولات المسلطة عليها العقلة موقوفة بيد المعقول تحت يده ونصب هذا الأخير حارسا لها إلا إذا فضل تسليمها للعدل المنفذ وإذا لم يتم هذا التسليم فإنه يتحتم عليه تحت مسؤوليته الشخصية أن لا يتخلى عن المبالغ والمنقولات المذكورة إلا بموجب اتفاق على رفع العقلة أو حكم قاض بصحة العقلة التوقيفية أو بطلانها أو رفعها وذلك مع مراعاة أحكام الفصل 314.

تسلط العقلة على المبالغ المالية الموجودة بفاضل الحساب الناتج يوم العقلة، والذي يقع ضبطه مع مراعاة القواعد التالية :

ـ خلال الخمسة عشر يوما الموالية لتاريخ إجراء العقلة، تضاف إلى العناصر الإيجابية للحساب الدفعات اللاحقة لتاريخ العقلة التي تتم بواسطة شيكات أو أوراق تجارية قدمت قبل تاريخ العقلة للخلاص ولم تسجل بعد بالحساب، كما تطرح من العناصر الإيجابية للحساب معينات الشيكات التي قدمت قبل العقلة للاستخلاص وكذلك المبالغ التي وقع سحبها قبل العقلة بواسطة بطاقة بنكية ولم يقع إدراجها بالحساب في تاريخ العقلة وذلك إذا قيدت مبالغها بحسابات المستفيدين قبل العقلة.

ـ خلال الشهر الموالي لإجراء العقلة، تؤخذ بعين الاعتبار الأوراق التجارية والشيكات التي قدمت للخصم قبل العقلة وقيّد مبلغها بالحساب الراجح للمعقول عنه واتضح خلال الشهر الموالي أن لا رصيد لها. وفي صورة تغير فاضل الحساب بسبب هذه العمليات، يجب على البنك أن يقدم كشفا فيها والتصريح بالفاضل

النهائي للحساب إلى كتابة محكمة الأصل المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل أو بالجلسة نفسها ما دامت القضية منشورة إلى تاريخ جلسة المرافعة.

الفصل 334 ـ للحاكم المشار إليه بالفصل 330 أن يأذن المعقول تحت يده أو العدل المنفذ الذي تسلم المبالغ المالية أو الأشياء المعقولة بتأمينها بصندوق الودائع والأمائن أو بيد مؤتمن آخر.

وله أيضا أن يجبرهما على التأمين إذا طلب منه الدائن العاقل أو المدين المعقول عنه.

الفصل 335 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ على الدائن العاقل أن يعلم المدين المعقول عنه بالعقلة في ظرف خمسة أيام من إجرائها بواسطة محضر محرر من أحد العدول المنفذين ومشتمل على استدعائه للحضور أمام المحكمة المختصة خلال أجل لا يقل عن ثمانية أيام ولا يتجاوز واحدا وعشرين يوما لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة وإلا بطلت العقلة.

ويتم تقييد القضية وجوبا لدى كتابة المحكمة المختصة في أجل لا يتجاوز ثمانية وأربعين ساعة من تاريخ استدعاء المعقول عنه.

أما إذا أجريت العقلة بإذن القاضي فيجب أن يكون استدعاء المدين راميا أيضا إلى سماع الحكم عليه بأداء دين العاقل. وفي هذه الصورة يقع البت بحكم واحد في طلب الأداء وفي صحة إجراءات العقلة. وإذا كانت العقلة مجراة بمقتضى حكم غير قابل للتنفيذ فإنه يقع تأجيل النظر في طلب تصحيح العقلة إلى أن يصبح الحكم المشار إليه قابلا للتنفيذ.

الفصل 336 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يجب على الدائن العاقل أيضا أن يدخل الغير المعقول تحت يده في القضية المرفوعة لتصحيح العقلة قبل انعقاد الجلسة الأولى بخمسة أيام على الأقل. ويجب أن يتضمن محضر الإدخال عدد القضية وتاريخ الجلسة وإلا بطلت العقلة.

الفصل 337 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يجب على المعقول تحت يده أن يتولى في أجل أقصاه يوم جلسة المرافعة تقديم تصريح كتابي إلى كاتب المحكمة المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل في ذلك أو بالجلسة نفسها.

ويتضمن التصريح المذكور :

1) أسباب الدين المتخلد بذمته لفائدة المعقول عنه ومقداره.

2) أسباب انقضائه كلا أو بعضا إن كان قد انقضى وتاريخه.

3) العقل التوقيفية الأخرى التي سبق إجراؤها تحت يده ضد المعقول عنه وبقي مفعولها عاملا وكذلك الاعتراضات الواقعة بمقتضى الفصل 313 من هذه المجلة مع بيان تاريخها وأسبابها وأسماء الدائنين العاقلين أو المعترضين وألقابهم وعناوينهم.

4) الديون المحالة من المعقول عنه والتي وقع إعلام المعقول تحت يده بها أو قبلها مع بيان تاريخها وأسماء المحال إليهم وألقابهم وعناوينهم.

وعلى المعقول تحت يده أن يضيف إلى تصريحه جميع الأوراق المؤيدة له.

وإذا كانت تحت يده منقولات على ملك المعقول عنه وجب عليه أن يضيف إلى تصريحه قائمة مفصلة فيها.

الفصل 338 ـ على المعقول تحت يده أن يقدم تصريحه ولو لم يكن مدينا للمعقول عنه.

الفصل 339 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ للمعقول تحت يده إن كان له عذر شرعي أن يقدم تصريحه أو يتلافى ما به من نقص أو يضيف الأوراق المؤيدة له ما دامت القضية منشورة أمام محكمة الدرجة الثانية إلى تاريخ ختم المرافعة.

الفصل 340 ـ إذا أجريت العقلة تحت يد إحدى الإدارات العمومية وجب عليها أن تعطي للدائن العاقل بناء على طلبه شهادة تقوم مقام التصريح وتغني عن إدخال الإدارة المذكورة في القضية.

الفصل 341 ـ إذا لم يقدم المعقول تحت يده تصريحه على الوجه وفي المواعيد المقررة بالقانون أو قدم تصريحا كاذبا أو أخفى الأوراق الواجب عليه تقديمها لتأييد تصريحه وجب اعتباره مدينا لا أكثر ولا أقل للدائنين العاقلين أو المعترضين والحكم عليه بأن يؤدي لهم ديونهم وذلك بقطع النظر عن غرم الضرر.

وللمعقول تحت يده إن كان قد أدى بموجب ذلك أزيد مما بذمته للمعقول عنه حق الرجوع على هذا الأخير لاسترجاع الزائد.

الفصل 342 ـ للمدين المعقول عنه أن يقوم على الدائن العاقل بقضية في رفع العقلة.

الفصل 343 ـ طلب تصحيح العقلة أو رفعها يقدم إلى المحكمة التي بدائرتها مقر المدين المعقول عنه.

الفصل 344 ـ للمدين المعقول عنه أن يطلب في جميع الأحوال من الحاكم الاستعجالي المشار إليه بالفصل 330 الإذن بأن يؤمن بنفسه أو بواسطة المعقول تحت يده بصندوق الودائع والأمائن أو بيد مؤتمن آخر مبلغا يعينه الحاكم المذكور ويكون كافيا لخلاص المبالغ التي أجريت من أجلها العقلة التوقيفية أو الاعتراضات الواقعة بمقتضى الفصل 313 وبمجرد التأمين ينتهي مفعول العقلة بالنسبة إلى المعقول تحت يده ويصبح المبلغ المؤمن مخصصا للوفاء بديون العاقل والمعترضين.

الفصل 345 ـ على المعقول تحت يده إذا وقع إعلامه بالحكم الصادر بصحة العقلة أن يدفع للدائنين العاقلين والمعترضين المبالغ التي أقر بها أو التي قضت المحكمة بكونه مدينا بها للمعقول عنه وذلك بقدر ديونهم وإذا لم يقم المعقول تحت يده بذلك جاز للدائنين المذكورين أن يطلبوا بإجراء عقلة تنفيذية على مكاسبه.

كما يجب في الصور المنصوص عليها بالفصلين 334 و 344 على صندوق الودائع والأمائن أو المؤتمن إذا وقع إعلامه بالحكم الصادر بصحة العقلة أن يدفع للدائنين العاقلين والمعترضين المبلغ المؤمن بقدر ديونهم.

وإذا تناولت العقلة التوقيفية منقولات فإنه تجري عقلة تنفيذية عليها ويوزع الثمن المتحصل من بيعها.

الفصل 346 ـ يجب أن تضاف إلى الإعلام المنصوص عليها بالفقرتين الأولى والثانية من الفصل المتقدم نسخ من الوثائق التالية :

1) محضر إعلام المعقول عنه بالحكم الصادر بصحة العقلة،

2) شهادة في عدم وقوع الاستئناف يسلمها كاتب محكمة الاستئناف ذات النظر إذا كان الحكم الصادر بصحة العقلة ابتدائيا ولم يؤذن بتنفيذه مؤقتا.

الفصل 347 ـ إذا تعدد الدائنون العاقلون أو المعترضون مع عدم كفاية المبلغ المعقول لوفاء حقهم جميعا جرى العمل وفقا لأحكام الفصول 463 وما بعده.

على أن العقل التوقيفية أو الاعتراضات المجراة إثر حكم قضى بصحة عقلة سابقة وأصبح قابلا للتنفيذ لا تأثير لها إلا على جزء المبالغ المعقولة الذي يزيد على ديون العاقلين أو المعترضين المتقدمين.

التعليق على الفصول 330 إلى 347

سبق أن تعرضنا لمفهوم العقلة التوقيفية بمناسبة التعليق على الفصول 313 و314 و315 م.م.م.ت. وبينا خصوصياتها مقارنة مع بقيّة وسائل التنفيذ،

وأكدنا على أنّ العقلة التوقيفية وسيلة إجرائية مرتبطة بطرق التنفيذ وتهدف إلى حفظ وتجميد المال المعقول ولا يمنع القانون أو القضاء من إجرائها ولو سبق الإذن بها[1].

بقي الآن أن نبيّن الإجراءات العامة للعقلة التوقيفية الواردة بالفصول 330 إلى 347 م.م.م.ت. فعلى الدائن العاقل أن يتوفر له السند في الدين المطالب به وأن يحرر المحضر في حدود المبالغ الممكن عقلتها حتى تنتج العقلة آثارها، ويتعين إتمام إجراءات تصحيح العقلة حتى يصحّ إلزام المعقول عنه بالأداء نهاية. وإذا تعدّد الدائنون هناك إجراءات عامة في توزيع الأموال.

ـ **سند العقلة:** لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين كل في حدود نظره عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يفي بخلاص الدين المطلوب من المبالغ المالية والمنقولات التي يملكها هذا المدين أو يستحقها ولو كان استحقاقه لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط. ولا حاجة لاستئذان القاضي إذا كان بيد الدائن حكم ولو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ[2].

وبذلك يكون الدّائن في إحدى الحالتين: إما أن يكون له سند مثل الحكم ففي هذه الصورة لا يشترط أن يكون الحكم قابلا للتنفيذ بل يكفي أن يتّصل به القضاء دون أن يحرز قوة اتصال القضاء. و إذا لم يكن بيد الدائن سند فلا بدّ من التحصيل مسبقا على إذن في ذلك. ويسلم الإذن إما قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية بحسب الصّور. ولا يشترط في تسليم الإذن أن يكون الدين مستحقّ الأداء بل يكفي أن يكون ثابتا ولو كان استحقاقه معلقا على أجل أو شرط.

ـ **الأموال التي من أجلها أجريت العقلة:** يشترط في العقلة التوقيفية أن يكون الدّين الذي من أجله أجريت العقلة أن يكون ثابتا ولو كان استحقاقه له مقترنا بأجل أو معلقا على شرط[3]، حيث نصّ الفصل 330 م.م.م.ت على أنّه «لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين كل في حدود نظره عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يفي بخلاص الدين المطلوب من المبالغ المالية والمنقولات التي يملكها هذا المدين أو يستحقها ولو كان استحقاقه لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط.

---

(1) يراجع التعليق على الفصول 313 و314 و315 م.م.م.ت.

(2) الفصل 330 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986)ـ

(3) الفصل 330 م.م.م.ت.

ولا حاجة إلى استئذان القاضي إذا كان بيد الدائن حكم ولو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ».

والواضح من ذلك أن الحق سبب العقلة التوقيفية يجب أن يكون ثابتا أي موجودا certain، والمعلوم أنّ الحقّ يمكن أن يكون احتماليا أو ثابتا أو ثابتا مقدّرا أو ثابتا غير مقدر وواجب الأداء أو غير مستحق الأداء أو قابلا للتنفيذ الجبري أو غير قابل لذلك. فالحق الثابت هو الحق الموجود غير المتنازع فيه فهو المقطوع بصحته، اعترافا أو إثباتا، بحجة ملزمة للطرفين. وقد تكون حجة رسمية أو غير رسمية، باستثناء ما وقع في باب الاستثناء في بداية الحجة الكتابية والتعذر المادي والمعنوي وفي المعاملات التجارية. وليس الحق الثابت بحق غير معلق على أجل أو شرط، بل إن الحق المشروط والمؤجل هو حق موجود، حيث إنّ الحق المشروط على شرط واقف حق موجود غير مكتمل وأن الحق المشروط على شرط فاسخ حق موجود مهدّد بالزوال وأن الحق المؤجل على أجل واقف حق موجود غير نافذ وأنّ الحق المؤجل على أجل فاسخ حق موجود له نهاية محقّقة. فالحقوق المشروطة والمؤجلة حقوق موجودة ولكنها حقوق غير مستحقة الأداء.

وإذا كان احتمال الدين وعدم ثبوته، لا يتلاءم مع طبيعة العقلة التوقيفية، فإن شرط استحقاق أدائه أو تنفيذه جبرا، لا شيء يبرره، لأن العقلة التوقيفية ليست دعوى تنفيذية، فلا يشترط السند التنفيذي أو حلول الأجل في الأداء، بل يكفي أن يكون حق الدائن موجودا أي ثابتا certain غير محتمل أو متنازع فيه. وذلك هو معنى الثبوت بالفصل 330 م.م.م.ت[1].

ـ الأموال القابلة للعقلة التوقيفية: المنقولات بأنواعها مادية كانت أو مبالغ مالية هي الجوهر في العقلة التوقيفية. فمقتضاها أن يكون المال تحت يد الغير ويكون الدّائن العاقل دائنا للمعقول عنه. وتقوم المصلحة للدّائن في ضرب عقلة توقيفية تحت يد هذه الغير.

وتخضع جميع المنقولات من حيث المبدأ لإجراءات العقلة التوقيفية باستثناء ما خرج عن ذلك بنصّ خاص أو أنّ طبيعته لا تسمح بعقلته كما هي الصّورة بالنسبة إلى الحقوق المعنوية.

(1) علي كحلون: أحكام الالتزام، ص. 103 وما بعد.

كما تخضع الأموال المودعة بحساب جاري بالبنك لأحكام خاصة حيث تسلط العقلة على المبالغ المالية الموجودة بفاضل الحساب الناتج يوم العقلة، والذي يقع ضبطه مع مراعاة القواعد التالية :

ـ خلال الخمسة عشر يوما الموالية لتاريخ إجراء العقلة، تضاف إلى العناصر الإيجابية للحساب الدفعات اللاحقة لتاريخ العقلة التي تتم بواسطة شيكات أو أوراق تجارية قدمت قبل تاريخ العقلة للخلاص ولم تسجل بعد بالحساب، كما تطرح من العناصر الإيجابية للحساب معينات الشيكات التي قدمت قبل العقلة للاستخلاص وكذلك المبالغ التي وقع سحبها قبل العقلة بواسطة بطاقة بنكية ولم يقع إدراجها بالحساب في تاريخ العقلة وذلك إذا قيدت مبالغها بحسابات المستفيدين قبل العقلة.

ـ خلال الشهر الموالي لإجراء العقلة، تؤخذ بعين الاعتبار الأوراق التجارية والشيكات التي قدمت للخصم قبل العقلة وقيّد مبلغها بالحساب الراجح للمعقول عنه واتضح خلال الشهر الموالي أن لا رصيد لها[1].

وفي صورة تغير فاضل الحساب بسبب هذه العمليات، يجب على البنك أن يقدم كشفا فيها والتصريح بالفاضل النهائي للحساب إلى كتابة محكمة الأصل المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل أو بالجلسة نفسها ما دامت القضية منشورة إلى تاريخ جلسة المرافعة[2].

ولا تقبل العقلة التوقيفية مطلقا النفقة إذا صدر بها حكم، والتسبيقات ذات الصبغة المعاشية عن تعويض ضرر ناشئ عن جنحة أو شبهها، والمبالغ التي تمنحها الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية بعنوان إعانة فردية دورية أو عرضية مهما كان مبلغها ومستحقها. فلا يمكن على ذلك الأساس عقلة المصاريف المعاشية اللازمة للمدين. وينضاف ذلك إلى الموانع التي أوردها المشرع في باب الأحكام العامة للعقلة[3]. على أن عدم قابلية العقلة المشار إليه

(1) مازالت مجلة المرافعات المدنية تحتفظ بالآجال القديمة في إتمام المقاصة، 15 يوما – شهر، والحال أنّ التطبيق قلّص من هذه المدّة إلى 48 ساعة بعدما أصبح من الممكن إتمام المقاصة بالطرق الإلكترونية في أجل لا يتجاوز 48 ساعة، وكان من المفروض أن تنقح مجلة المرافعات في اتجاه مراعاة آجال المقاصة بالطرق الإلكترونية.

(2) الفصل 333 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ

(3) الفصل 308 م.م.م.ت « لا يقبل العقلة :
1) ما يلزم للمعقول عنه وعائلته من الفراش والملابس وأواني الطبخ،
2) الآلات والكتب اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حدما قيمته مائة دينار احسب اختياره،

لا يمكن الاحتجاج به على الدائنين الذين أمدوا المدين المعقول عنه بالمواد الغذائية والأشياء وغير ذلك مما هو ضروري للحياة[1].

ـ محضر العقلة: يحصل إجراء العقلة التوقيفية بواسطة محضر يحرره العدل المنفذ ويعلم به المعقول تحت يده ويضيف إليه نسخة من الحكم الذي أجريت العقلة بمقتضاه أو من القرار الذي أذن بإجرائها ومن العريضة التي بني عليها هذا القرار.

ويجب أن يشتمل هذا المحضر على ما يلي وإلا يكون باطلا :

أولا : التنصيص على القرار الذي أذن بإجراء العقلة التوقيفية أو الحكم الذي أجريت بمقتضاه.

ثانيا : بيان مقدرا دين العاقل.

ثالثا : بيان الهوية الكاملة للمدين المعقول عنه ومقره، وبيان عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه إن كان تاجرا أو شخصا معنويا. وإن لم يكن المدين مرسما فالتنصيص على ذلك صراحة بالمحضر.

رابعا : النص الحرفي للفصول 333 و337 و339 و341 من هذه المجلة[2].

وهي الفصول التي تذكّر بمفعول التجميدي للعقلة التوقيفية وبواجب المعقول تحت يده تقديم تصريح كتابي إلى المحكمة المختصّة في الآجال والجزاء الذي يمكن أن يلاقيه في صورة المخالفة[3].

3) الكتب والأدوات المدرسية اللازمة لتعلم من هو في كفالة المعقول عنه من الأولاد،
4) ما يكفي من طعام المعقول عنه وعائلته مدة خمسة عشر يوما،
5) الأوسمة والرسائل والأوراق الشخصية والأشياء المقدسة وما هو ضروري للقيام بالواجبات الدينية.

ويجب أن ينص بمحضر العقلة أو محاولة العقلة وعند الاقتضاء على الأشياء غير القابلة للعقلة التي بقيت في حوز المدير».

(1) الفصل 331 م.م.م.ت.

(2) الفصل 332 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ

(3) الفصل 333 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ» تهدف العقلة التوقيفية إلى جعل المبالغ المالية والمنقولات المسلطة عليها العقلة موقوفة بيد المعقول تحت يده ونصب هذا الأخير حارسا لها إلا إذا فضل تسليمها للعدل المنفذ وإذا لم يتم هذا التسليم فإنه يتحتم عليه تحت مسؤوليته الشخصية أن لا يتخلى عن المبالغ والمنقولات المذكورة إلا بموجب اتفاق على رفع العقلة أو حكم قاض بصحة العقلة التوقيفية أو بطلانها أو رفعها وذلك مع مراعاة أحكام الفصل 314.

تسلط العقلة على المبالغ المالية الموجودة بفاضل الحساب الناتج يوم العقلة، والذي يقع ضبطه مع مراعاة القواعد التالية :

ـ خلال الخمسة عشر يوما الموالية لتاريخ إجراء العقلة، تضاف إلى العناصر الإيجابية للحساب الدفعات اللاحقة لتاريخ العقلة التي تتم بواسطة شيكات أو أوراق تجارية قدمت قبل تاريخ العقلة للخلاص ولم تسجل بعد بالحساب، كما تطرح من العناصر الإيجابية للحساب معينات الشيكات التي قدمت قبل العقلة للاستخلاص وكذلك المبالغ التي وقع سحبها قبل العقلة بواسطة بطاقة بنكية ولم يقع إدراجها بالحساب في تاريخ العقلة وذلك إذا قيدت مبالغها بحسابات المستفيدين قبل العقلة.

ـ خلال الشهر الموالي لإجراء العقلة، تؤخذ بعين الاعتبار الأوراق التجارية والشيكات التي قدمت للخصم قبل العقلة وقيّد مبلغها بالحساب الراجح للمعقول عنه واتضح خلال الشهر الموالي أن لا رصيد لها.

وفي صورة تغير فاضل الحساب بسبب هذه العمليات، يجب على البنك أن يقدم كشفا فيها والتصريح بالفاضل النهائي للحساب إلى كتابة محكمة الأصل المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل أو بالجلسة نفسها ما دامت القضية منشورة إلى تاريخ جلسة المرافعة».

الفصل 337 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ» يجب على المعقول تحت يده أن يتولى في أجل أقصاه يوم جلسة المرافعة تقديم تصريح كتابي إلى كاتب المحكمة المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل في ذلك أو بالجلسة نفسها.

ويتضمن التصريح المذكور :

1) أسباب الدين المتخلد بذمته لفائدة المعقول عنه ومقداره.
2) أسباب انقضائه كلا أو بعضا إن كان قد انقضى وتاريخه.
3) العقل التوقيفية الأخرى التي سبق إجراؤها تحت يده ضد المعقول عنه وبقي مفعولها عاملا وكذلك الاعتراضات الواقعة بمقتضى الفصل 313 من هذه المجلة مع بيان تاريخها وأسبابها وأسماء الدائنين العاقلين أو المعترضين وألقابهم وعناوينهم.
4) الديون المحالة من المعقول عنه والتي وقع إعلام المعقول تحت يده بها أو قبلها مع بيان تاريخها وأسماء المحال إليهم وألقابهم وعناوينهم.

وعلى المعقول تحت يده أن يضيف إلى تصريحه جميع الأوراق المؤيدة له.

وإذا كانت تحت يده منقولات على ملك المعقول عنه وجب عليه أن يضيف إلى تصريحه قائمة مفصلة فيها».

الفصل 339 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ «للمعقول تحت يده إن كان له عذر شرعي أن يقدم تصريحه أو يتلافى ما به من نقص أو يضيف الأوراق المؤيدة له ما دامت القضية منشورة أمام محكمة الدرجة الثانية إلى تاريخ ختم المرافعة.

الفصل 341 م.م.م.ت «ـ إذا لم يقدم المعقول تحت يده تصريحه على الوجه وفي المواعيد المقررة بالقانون أو قدم تصريحا كاذبا أو أخفى الأوراق الواجب عليه تقديمها لتأييد تصريحه وجب اعتباره مدينا لا أكثر ولا أقل للدائنين العاقلين أو المعترضين والحكم عليه بأن يؤدي لهم ديونهم وذلك بقطع النظر عن غرم الضرر.

ـ **أثر العقلة:** تهدف العقلة التوقيفية إلى جعل المبالغ المالية والمنقولات المسلطة عليها العقلة موقوفة بيد المعقول تحت يده ونصب هذا الأخير حارسا لها إلا إذا فضل تسليمها للعدل المنفذ وإذا لم يتم هذا التسليم فإنه يتحتم عليه تحت مسؤوليته الشخصية أن لا يتخلى عن المبالغ والمنقولات المذكورة إلا بموجب اتفاق على رفع العقلة أو حكم قاض بصحة العقلة التوقيفية أو بطلانها أو رفعها وذلك مع مراعاة اعتراضات الدّائنين عند الاقتضاء التي تمكّن من المساهمة في توزيع المتحصّل من العقلة[1].

فالأثر الأساسي هو تجميد المال كما تقدّم ونصب المعقول تحت يده حارسا على المعقول فيمنع المعقول عنه من التصرف أو الاستغلال أو الاستعمال وتمرّ الحراسة إلى المعقول تحت يده الذي يسأل قانونا إذا فرّط في المعقول مدنيا وجزائيا[2]. ومن الممكن أن يسلّم المعقول تحت يده المعقول إلى عدل التنفيذ درءا لأي مسؤولية متوقّعة.

ولكنّه من الممكن لقاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية أن يأذن المعقول تحت يده أو العدل المنفذ الذي تسلم المبالغ المالية أو الأشياء المعقولة بتأمينها بصندوق الودائع والأمائن أو بيد مؤتمن آخر. وله أيضا أن يجبرهما على التأمين إذا طلب منه الدائن العاقل أو المدين المعقول عنه[3].

ـ **إجراءات تصحيح العقلة:** على الدائن العاقل أن يعلم المدين المعقول عنه بالعقلة في ظرف **خمسة أيام** من إجرائها بواسطة محضر محرر من أحد العدول المنفذين ومشتمل على استدعائه للحضور أمام المحكمة المختصة خلال أجل لا يقل عن **ثمانية أيام** ولا يتجاوز واحدا وعشرين يوما لسماع الحكم بصحة إجراءات العقلة **وإلا بطلت العقلة.**

وتختصّ بطلب تصحيح العقلة المحكمة التي بدائرتها مقر المدين المعقول عنه[4]. ويتم تقييد القضية وجوبا لدى كتابة المحكمة المختصة في أجل لا يتجاوز ثمانية وأربعين ساعة من تاريخ استدعاء المعقول عنه.

وللمعقول تحت يده إن كان قد أدى بموجب ذلك أزيد مما بذمته للمعقول عنه حق الرجوع على هذا الأخير لاسترجاع الزائد».

(1) نظام الاعتراضات كما هو وارد بالفصل 314 م.م.م.ت.

(2) الفصل 333 م.م.م.ت فقرة أولى.

(3) الفصل 334 م.م.م.ت.

(4) الفصل 343 م.م.م.ت.

أما إذا أجريت العقلة بإذن القاضي فيجب أن يكون استدعاء المدين راميا أيضا إلى سماع الحكم عليه بأداء دين العاقل. وفي هذه الصورة يقع البت بحكم واحد في طلب الأداء وفي صحة إجراءات العقلة. وإذا كانت العقلة مجراة بمقتضى حكم غير قابل للتنفيذ فإنه يقع تأجيل النظر في طلب تصحيح العقلة إلى أن يصبح الحكم المشار إليه قابلا للتنفيذ[1].

ويجب على الدائن العاقل أيضا أن يدخل الغير المعقول تحت يده في القضية المرفوعة لتصحيح العقلة قبل انعقاد الجلسة الأولى بخمسة أيام على الأقل. ويجب أن يتضمن محضر الإدخال عدد القضية وتاريخ الجلسة وإلا بطلت العقلة[2].

ويجب على المعقول تحت يده أن يتولى في أجل أقصاه يوم جلسة المرافعة تقديم تصريح كتابي إلى كاتب المحكمة المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل في ذلك أو بالجلسة نفسها. ويتضمن التصريح المذكور :

1) أسباب الدين المتخلد بذمته لفائدة المعقول عنه ومقداره.

2) أسباب انقضائه كلا أو بعضا إن كان قد انقضى وتاريخه.

3) العقل التوقيفية الأخرى التي سبق إجراؤها تحت يده ضد المعقول عنه وبقي مفعولها عاملا وكذلك الاعتراضات الواقعة بمقتضى الفصل 313 م.م.م.ت مع بيان تاريخها وأسبابها وأسماء الدائنين العاقلين أو المعترضين وألقابهم وعناوينهم.

4) الديون المحالة من المعقول عنه والتي وقع إعلام المعقول تحت يده بها أو قبلها مع بيان تاريخها وأسماء المحال إليهم وألقابهم وعناوينهم.

وعلى المعقول تحت يده أن يضيف إلى تصريحه جميع الأوراق المؤيدة له. وإذا كانت تحت يده منقولات على ملك المعقول عنه وجب عليه أن يضيف إلى تصريحه قائمة مفصلة فيها[3]. ويجب على المعقول تحت يده أن يقدم تصريحه ولو لم يكن مدينا للمعقول عنه[4].

وللمعقول تحت يده إن كان له عذر شرعي أن يقدم تصريحه أو يتلافى ما به من نقص أو يضيف الأوراق المؤيدة له ما دامت القضية منشورة أمام محكمة الدرجة الثانية، أي محكمة الاستئناف، إلى تاريخ ختم المرافعة[5].

وفي صورة تغير فاضل الحساب بسبب العمليات المتعلّقة بالشيكات

---

(1) الفصل 335 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ

(2) الفصل 336 م.م.م.ت(نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ

(3) الفصل 337 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ

(4) الفصل 338 م.م.م.ت.

(5) الفصل 339 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ

والكمبيالات والخصم دفعا وسحبا، يجب على البنك أن يقدم كشفا فيها والتصريح بالفاضل النهائي للحساب إلى كتابة محكمة الأصل المتعهدة بقضية تصحيح العقلة مقابل وصل أو بالجلسة نفسها ما دامت القضية منشورة إلى تاريخ جلسة المرافعة[1].

وإذا أجريت العقلة تحت يد إحدى الإدارات العمومية وجب عليها أن تعطي للدائن العاقل بناء على طلبه شهادة تقوم مقام التصريح وتغني عن إدخال الإدارة المذكورة في القضية[2].

وإذا لم يقدم المعقول تحت يده تصريحه على الوجه وفي المواعيد المقررة بالقانون أو قدم تصريحا كاذبا أو أخفى الأوراق الواجب عليه تقديمها لتأييد تصريحه وجب اعتباره مدينا لا أكثر ولا أقل للدائنين العاقلين أو المعترضين والحكم عليه بأن يؤدي لهم ديونهم وذلك بقطع النظر عن غرم الضرر. وللمعقول تحت يده إن كان قد أدى بموجب ذلك أزيد مما بذمته للمعقول عنه حق الرجوع على هذا الأخير لاسترجاع الزائد[3].

ويصدر في نهاية الأمر حكم قاضي بصحّة إجراءات العقلة أو عدم صحّتها، إذا كان للدّائن العاقل سند. كما يمكن أن يصدر حكم بأداء الدين وصحة الإجراءات أو رفضها إذا لم يكن بيد الدّائن العاقل سند. كما يمكن أن يصدر الحكم بإلزام المعقول تحت يده بالأداء. كما يمكن أن يصدر الحكم برفعها إذا لم يكن للمعقول عنه مال بحسب ما جاء بتصريح المعقول تحت يده. وللمدين المعقول عنه، إذا لم يباشر الدّائن العاقل الإجراءات كما يجب، أن يقوم على الدائن العاقل بقضية في رفع العقلة[4]. وتكون المحكمة المختصّة المحكمة التي بدائرتها مقر المدين المعقول عنه[5].

ـ **دفع المال المعقول:** يبقى دوما للمدين المعقول عنه قبل صدور الحكم بالتصحيح أن يطلب في جميع الأحوال من الحاكم الاستعجالي (قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائيّة) الإذن بأن يؤمن بنفسه أو بواسطة المعقول تحت يده بصندوق الودائع و الأمانات أو بيد مؤتمن آخر مبلغا يعينه الحاكم المذكور ويكون كافيا لخلاص المبالغ التي أجريت من أجلها العقلة التوقيفية أو الاعتراضات وبمجرد التأمين ينتهي مفعول العقلة بالنسبة إلى المعقول تحت يده ويصبح

(1) الفصل 333 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).ـ
(2) الفصل 340 م.م.م.ت.
(3) الفصل 341 م.م.م.ت.
(4) الفصل 342 م.م.م.ت.
(5) الفصل 343 م.م.م.ت.

المبلغ المؤمن مخصصا للوفاء بديون العاقل والمعترضين[1].

وإذا لم يقع هذا التأمين السابق يبقى الحكم الصادر بتصحيح العقلة هو الأساس في طلب المبالغ المعقولة وذلك بعد إعلام المعقول تحت يده بهذا الحكم ويجب أن تضاف إلى هذا الإعلام نسخ من الوثائق التالية :

1) محضر إعلام المعقول عنه بالحكم الصادر بصحة العقلة،

2) شهادة في عدم وقوع الاستئناف يسلمها كاتب محكمة الاستئناف ذات النظر إذا كان الحكم الصادر بصحة العقلة ابتدائيا ولم يؤذن بتنفيذه مؤقتا[2].

وعلى المعقول تحت يده إذا وقع إعلامه بالحكم الصادر بصحة العقلة وبالوثائق المصاحبة أن يدفع للدائنين العاقلين والمعترضين المبالغ التي أقر بها أو التي قضت المحكمة بكونه مدينا بها للمعقول عنه وذلك بقدر ديونهم وإذا لم يقم المعقول تحت يده بذلك جاز للدائنين المذكورين أن يطلبوا بإجراء عقلة تنفيذية على مكاسبه.

كما يجب على صندوق الودائع و الأمائن أو المؤتمن في صور سبق تأمين المبالغ المعقولة إذا وقع إعلامه بالحكم الصادر بصحة العقلة أن يدفع للدائنين العاقلين والمعترضين المبلغ المؤمن بقدر ديونهم. وإذا تناولت العقلة التوقيفية منقولات فإنه لا يكفي الاستناد إلى حكم التصحيح لتسلمها بل تجرى عليها عقلة تنفيذية ويوزع الثمن المتحصل من بيعها[3]. وإذا تعدد الدائنون العاقلون أو المعترضون مع عدم كفاية المبلغ المعقول لوفاء حقهم جميعا جرى العمل وفقا لأحكام توزيع الأموال بمعنى أن يؤمن المبلغ ويوزّع على جميع الدائنين بعد تحديد درجاتهم[4]. على أن العقل التوقيفية أو الاعتراضات المجراة إثر حكم قضى بصحة عقلة سابقة وأصبح قابلا للتنفيذ لا تأثير لها إلا على جزء المبالغ المعقولة الذي يزيد على ديون العاقلين أو المعترضين المتقدمين[5]، بمعنى أنّ الدائنين الذين يظهرون بعد صيرورة حكم التصحيح قابلا للتنفيذ، لا يشاركون في التوزيع ولا يدخلون في ذلك إلا إذا بقي من المال شيء بعد كفاية المتقدّمين.

(1) الفصل 344 م.م.م.ت.
(2) الفصل 346 م.م.م.ت.
(3) الفصل 345 م.م.م.ت.
(4) يراجع التعليق على الفصول 463 إلى 474 م.م.م.ت.
(5) الفصل 347 م.م.م.ت.

القسم الثاني

أحكام خاصة بعقلة وإحالة المبالغ التي بذمة الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية

الفصل 348 ـ كل عقلة توقيفية وكل إعلام بإحالة يجب أن يقعا :

1) لدى القابض العام إذا كانا متعلقين بمبالغ متخلدة بذمة الخزينة العمومية بأي عنوان كان سواء كفصل من فصول الميزانية أو بصفة وديعة أو بعنوان تأمين،

2) لدى المحتسب المكلف بالتصرف إذا كانا متعلقين بمبالغ متخلدة بذمة المؤسسات العمومية ذات الاستقلال المالي أو بذمة الجماعات المحلية،

3) لدى القابض المحتسب إذا كانا متعلقين بمبالغ مدفوعة بعنوان تسبيقات مالية دولية.

والعقل التوقيفية والإعلامات بالإحالة المذكورة لا عمل عليها إذا وقعت لدى غير الأشخاص المشار إليهم أعلاه.

الفصل 349 ـ العقل التوقيفية والإعلامات بالإحالة المشار إليها بالفصل المتقدم لا يكون لها مفعول إلا مدة خمسة أعوام ابتداء من تاريخها إذا لم يقع تجديدها أثناء الأجل المذكور وذلك مهما كانت الأعمال القانونية أو الأحكام التي تسلطت على العقل التوقيفية والإعلامات بالإحالة المشار إليها ولذا يشطب عليها وجوبا من الدفتر التي تكون مقيدة بها ولا تسلم فيها الشهادة المنصوص عليها بالفصل 340.

الفصل 350 ـ كل عقلة توقيفية وكل إعلام بإحالة واقع لدى الأشخاص المشار إليهم بالفصل 348 يتمان إذا كانا لا يتعلقان بالأجور المنصوص عليها بالفصلين 353 و356 بواسطة أحد العدول المنفذين الذي يتولى تحرير محضر في ذلك.

ويمضي بأصل المحضر من كانت له صفة تسلمه.

وإذا لم تقع مراعاة الأحكام الواردة بهذا الفصل فلا عمل بالعقلة التوقيفية أو الإعلام بالإحالة.

الفصل 351 ـ العقل التوقيفية المجراة لدى الأشخاص المشار إليهم بالفصل 348 لا يكون لها مفعول إلا بقدر المبلغ الذي أجريت من أجله.

الفصل 352 ـ عقلة وإحالة المبالغ الراجعة للمقاولين أو لمن وقع تبتيت

أشغال صبغة عمومية لا يكون لهما مفعول إلا إذا وقع الاتصال بالأشغال المذكورة وبعد طرح جميع المبالغ التي يمكن أن تكون راجعة للعملة كأجر لهم عن الأشغال المذكورة أو لمن زودوا بالمواد وغيرها من الأشياء التي استعملت لإشادة المنشآت المراد دفع ثمنها.

ويقدم دفع المبالغ الراجعة للعملة بعنوان أجر عما هو راجع للمزودين.

التعليق على الفصول 348 إلى 352

أوردت مجلة الإجراءات المدنية أحكاما خاصة بالعقلة التوقيفية ومنها عقلة المبالغ الراجعة للغير والتي تحت يد الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية وكذلك وبعقلة الأجور[1]، أما استخلاص الأموال العمومية الموجودة تحت يد الغير فقد نظّمتها مجلة المحاسبة[2]. وقد وردت الفصول 348 إلى

(1) يراجع التعليق على الفصول 353 وما بعده م.م.م.ت.

(2) الأحكام الخاصة باستخلاص الأموال العمومية الموجودة تحت يد الغير: لا تخضع العقل التوقيفية والاعتراضات قصد استخلاص أموال عمومية لأحكام مجلة الإجراءات المدنية وإنما تخضع لمجلّة المحاسبة، ويقع إجراؤها بمجرد طلب إداري بعد إنذار المدين. ويكون هذا الطلب كتابيا صادرا عن القابض المكلف باستخلاص الدين ومبلغا للمعقول لديه بواسطة أحد عدول التنفيذ أو الأعوان المكلّفين للغرض أو بطريقة إدارية إذا كان المعقول لديه محاسبا عموميا(الفصل 30 من مجلة المحاسبة.). إذن لا بدّ من تحرير الطلب وتوجيهه إلى المعقول تحت يده وسبق إنذار المدين بالدفع.
ولا تحتاج إجراءات العقلة التوقيفية لاستخلاص الأموال العمومية إلى إجراءات تصحيح. فكل من كان مستأجرا ليد عاملة أو كان متسوغا لأراض زراعية أو غيرها أو كان وكيلا أو قابضا أو مكلفا ببيوعات عمومية أو عدلا منفذا أو عدلا أو مؤتمنا عدليا وبصفة عامة كل من كانت توجد في عهدته أو بذمته أموال راجعة لمدين للدولة أو « لمؤسسة عمومية » أو لمجموعة عمومية محلية يجب عليه في حدود الأموال الموجودة تحت يده أو بذمته إيفاء جميع المبالغ المطلوب بدفعها صاحب تلك الأموال حسب بطاقات تنفيذية صادرة ضده وإن الوصولات المسلمة له في ذلك من طرف المحاسب القائم بالتتبع تبرئ ذمته.
ويتعين على المحاسب العمومي القائم بالتتبع للغرض إعلام المدين بالعقلة التوقيفية أو بالاعتراض خلال الخمسة أيام الموالية لتبليغه إلى المعقول تحت يده وذلك بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة أحد أعوان التنفيذ، عدل التنفيذ أو الأعوان الإداريين(الفصل 28 من مجلة المحاسبة.).
ويتعين على المعقول تحت يده أن يصرح للمحاسب العمومي القائم بالتتبع بما لديه من المبالغ الراجعة للمدين وأن يسلمها له في أجل أقصاه خمسة وأربعون يوما من تاريخ تبليغ العقلة أو الاعتراض. ويتم التصريح حسب أنموذج تعده الإدارة. غير أنه إذا كانت المبالغ موضوع العقلة أو الاعتراض مقترنة بأجل أو معلقة على شرط، فإن تسليمها للمحاسب العمومي يتم خلال الخمسة أيام الموالية لحلول الأجل أو تحقق الشرط. ولا يعفى

المعقول تحت يده من واجب التصريح ولو كان غير مدين للمدين المعقول عنه.
ويتم ضبط المبالغ الواجب التصريح بها من قبل المؤسسات المالية طبقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 333 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أي يحسب ضمن المبالغ المعقولة ما دخل من مبالغ بواسطة الأوراق المالية في أجل 15 يوما من تاريخ العقلة ويطرح كذلك ما خرج منها خلال ذلك الأجل وتطرح مبالغ الخصم إذا بقيت الأوراق التجارية بدون رصيد. (الفقرة الثانية من الفصل 333 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية «تسلط العقلة على المبالغ المالية الموجودة بفاضل الحساب الناتج يوم العقلة، والذي يقع ضبطه مع مراعاة القواعد التالية:
- خلال الخمسة عشر يوما الموالية لتاريخ إجراء العقلة، تضاف إلى العناصر الإيجابية للحساب الدفعات اللاحقة لتاريخ العقلة التي تتم بواسطة شيكات أو أوراق تجارية قدمت قبل تاريخ العقلة للخلاص ولم تسجل بعد بالحساب، كما تطرح من العناصر الإيجابية للحساب معينات الشيكات التي قدمت قبل العقلة للإستخلاص وكذلك المبالغ التي وقع سحبها قبل العقلة بواسطة بطاقة بنكية ولم يقع إدراجها بالحساب في تاريخ العقلة وذلك إذا قيدت مبالغها بحسابات المستفيدين قبل العقلة.
- خلال الشهر الموالي لتاريخ إجراء العقلة، تؤخذ بعين الإعتبار الأوراق التجارية والشيكات التي قدمت للخصم قبل العقلة وقيد مبلغها بالحساب الراجع للمعقول عنه واتضح خلال الشهر الموالي أن لا رصيد لها»).
وإذا لم يقدم المعقول تحت يده تصريحه على الوجه وفي الأجل المحدد بالفقرة الرابعة أعلاه أو قدم تصريحا غير مطابق للحقيقة أو لم يسلم المبالغ موضوع العقلة أو الاعتراض، يصبح مدينا على معنى الفصل 341 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية(الفصل 341 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية»إذا لم يقدم المعقول تحت يده تصريحه على الوجه وفي المواعيد المقررة بالقانون أو قدم تصريحا كاذبا أو أخفى الأوراق الواجب عليه تقديمها لتأييد تصريحه وجب إعتباره مدينا لا أكثر ولا أقل للدائنين العاقلين أو المعترضين والحكم عليه بأن يؤدي لهم ديونهم وذلك بقطع النظر عن غرم الضرر. وللمعقول تحت يده إن كان قد أدى بموجب ذلك أزيد مما بذمته للمعقول عنه حق الرجوع على هذا الأخير لاسترجاع الزائد».) وتتم مطالبته مباشرة بمقتضى بطاقة إلزام تبلغ إليه.
ويتضمن محضر تبليغ السند التنفيذي إنذارا بالدفع في أجل ثلاثة أيام بداية من تاريخ التبليغ وتباشر عمليات التنفيذ عند انتهاء هذا الأجل(الفصل 31 مكرر من مجلّة المحاسبة (أضيف بالقانون عدد 80 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003).).
وتصبح بطاقة الإلزام دون مفعول إذا قدم المعقول تحت يده تصريحه وسلم المبالغ موضوع العقلة أو الاعتراض مع مصاريف التتبع إلى المحاسب العمومي في أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغها إليه.
ويمكن للمعقول تحت يده في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغ بطاقة الإلزام الطعن فيها لدى محكمة الاستئناف التي يوجد بدائرتها مقر المحاسب العمومي القائم بالتتبع. ويوقف الطعن تنفيذ هذه البطاقة.
وتقضي المحكمة بإلغاء بطاقة الإلزام في صورة قيام المعقول تحت يده بالتصريح المشار إليه أعلاه وتسليم المبالغ موضوع العقلة أو الاعتراض مع دفع مصاريف التتبع وإثبات أن

عذرا شرعيا حال دون تقديمه التصريح وتسليم المبالغ في الآجال المشار إليها بالفقرات السابقة.
وإذا تلقى المعقول تحت يده قبل تسليم الأموال إلى المحاسب العمومي، عقلا أو اعتراضات من دائنين آخرين تمسكوا بأن ديونهم مفضلة على الدين العمومي وكانت المبالغ موضوع العقلة أو الاعتراض غير كافية لخلاص كافة الديون، وجب عليه تأمين تلك المبالغ لدى صندوق الودائع والأمانات وذلك ما لم يحصل اتفاق بين المحاسب العمومي وهؤلاء الدائنين على توزيعها بالتراضي(نصّ الفصل 356 من مجلة الدّيوانة على ما يلي» تعتبر كلّ العقل المجراة على محصول المعاليم والأداءات التي هي تحت يد القابض أو تحت يد المطلوبين بالأداء تجاه الإدارة باطلة ولا مفعول لها. وبقطع النظر عن العقل المجراة فإنّ المطالبين بالأداء ملزمون بدفع المبالغ المتخلدة بذمتهم».).
وعلى المعقول تحت يده إعلام كل واحد من الدائنين العاقلين والمعترضين بتأمين المبالغ بصندوق الودائع والأمانات بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ.
وفي صورة عدم اتفاق الدائنين على توزيع الأموال فعلى أحرصهم رفع الأمر إلى المحكمة المختصة(الفصل 31 من مجلّة المحاسبة.).
والواضح من ذلك أنّ المشرع حرص على أداء الدين العام بواسطة بطاقات الإلزام وتجاوز إجراءات تصحيح العقلة التوقيفية اختصارا للوقت، بل إنّه ألزم عدّة جهات وقبل أن تسلم الأموال إلى أصاحبها أن يعلموا الإدارة بهذه المبالغ حتى تراقب فيها الإدارة حقّها مسبقا، حيث يتعين على المؤتمنين العموميين على الأموال، قبل تسليمها إلى الأشخاص الذين لهم الحق في قبضها، توجيه إشعار بذلك إلى أمين المال الجهوي الذي يوجد بدائرته مقر هؤلاء الأشخاص وذلك بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة عدل منفذ أو بالإيداع المباشر بالاعتماد على ختم مكتب الضبط. ويقصد بالمؤتمنين العموميين على الأموال:
- المحامون والعدول المنفذون في ما يتعلق بثمن بيع العقارات بناء على عقل.
- المؤتمنون العدليون في ما يتعلق بإرجاع الأموال إلى من ثبت حقه فيها.
- أمناء الفلسة في ما يتعلق بتوزيع الأموال المتأتية من عمليات تصفية الشركات المفلسة
- مصفو الشركات التجارية في ما يتعلق بتوزيع الأموال المتأتية من عمليات تصفية مكاسبها على دائنيها وما تبقى منها على الشركاء.
- مصفو التركات و الأحباس في ما يتعلق بتسديد الديون المستحقة عليها وبتوزيع باقي الأموال المتأتية من تصفيتها على مستحقيها
- مراقبو تنفيذ برامج إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية في ما يتعلق بثمن إحالتها الى الغير
- المتصرفون القضائيون في ما يتعلق بتوزيع الأرباح على الشركاء.
ويجب أن يتضمن الإشعار هوية الأشخاص الذين لهم الحق في قبض الأموال ورقم معرفهم الجبائي وفي غياب ذلك رقم بطاقة التعريف الوطنية وبالنسبة إلى الأجانب رقم بطاقة الإقامة.
ويتعين على أمين المال الجهوي الرد على هذا الإشعار خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمه وذلك بإعلام المؤتمن العمومي بعدم وجود دين مثقل لفائدة الدولة بذمة صاحب تلك

352 م.م.م.ت. في بيان **الأحكام الخاصة بعقلة وإحالة المبالغ التي بذمة الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية.**

والقاعدة أنّه لا يجوز عقلة الأموال التابعة للدولة أو المؤسسات العمومية أو الجماعات العمومية مهما كان وضعها[1]. ونصّ الفصل 356 من مجلة الدّيوانة الجديدة على أنّه « تعتبر كلّ العقل المجراة على محصول المعاليم والأداءات التي هي تحت يد القابض أو تحت يد المطلوبين بالآداء تجاه الإدارة باطلة ولا مفعول لها. وبقطع النظر عن العقل المجراة فإنّ المطالبين بالأداء ملزمون بدفع المبالغ المتخلدة بذمتهم». فليس من الممكن عقلة المعاليم الديوانية تحت يدّ أي طرف. على أنّه يجوز عقلة الأموال الراجعة للخواص والخاضعة لنظام ديواني خاص مهما كانت طبيعة المراقبة الديوانية[2]. ولكنّه لا يمكن أن تجرى العقلة إلا بعد طلب الإذن من المصالح الديوانية وتحديد المعاليم الديوانية الموظفة على البضاعة.

ويجوز عموما أن تعقل توقيفيا تحت يد الهياكل العامة مبالغ راجعة للخواص وقد أوردت مجلة الإجراءات المدنية بعض القواعد الخاصة في ذلك خاصة على مستوى الهياكل التي يمكن أن تكون معقولا تحت يدها وآجال العقلة وشكلياتها وآثارها وطريقة التصريح بالمكاسب.

ـ **الهياكل العامة المعقول تحت يدها:** كل عقلة توقيفية وكل إعلام بإحالة (إحالة مرتّب أو أجر موظف) يجب أن يقعا :

1) لدى القابض العام إذا كانا متعلقين بمبالغ متخلدة بذمة الخزينة العمومية بأي عنوان كان سواء كفصل من فصول الميزانية أو بصفة وديعة أو بعنوان تأمين،

2) لدى المحتسب المكلف بالتصرف إذا كانا متعلقين بمبالغ متخلدة بذمة المؤسسات العمومية ذات الاستقلال المالي أو بذمة الجماعات المحلية،

الأموال أو تبليغه اعتراضا إداريا في جملة المبالغ المثقلة.
ويعلق الأجل الممنوح للمؤتمن العمومي حسب التشريع الجاري به العمل لتسليم الأموال إلى الأشخاص الذين لهم الحق في قبضها خلال الأجل المنصوص عليه بالفقرة السابقة.
وللمؤتمن العمومي، بعد انقضاء الأجل المذكور أعلاه، تسليم الأموال إلى أصحابها، إذا لم يتلق أي اعتراض إداري أو رد من قبل أمين المال الجهوي.
وفي صورة عدم توجيه الإشعار أو توجيه إشعار غير مطابق للحقيقة يصبح المؤتمن العمومي مدينا بهذه المبالغ ويمكن إلزامه بدفعها بواسطة بطاقة إلزام(الفصل 31 ثالثا من مجلّة المحاسبة(أضيف بالفصل 79 من القانون عدد 85 لسنة 2006 المؤرخ في 25 ديسمبر 2006).).

(1) الفصلان 37 و38 من مجلة المحاسبة.
(2) الفصول من 137 إلى 271 من مجلة الديوانة.

3) لدى القابض المحتسب إذا كانا متعلقين بمبالغ مدفوعة بعنوان تسبيقات مالية دولية.

والعقل التوقيفية والإعلامات بالإحالة المذكورة لا عمل عليها إذا وقعت لدى غير الأشخاص المشار إليهم أعلاه[1].

ـ **آجال العقلة:** العقل التوقيفية والإعلامات بالإحالة المشار إليها لا يكون لها مفعول إلا مدة خمسة أعوام ابتداء من تاريخها إذا لم يقع تجديدها أثناء الأجل المذكور وذلك مهما كانت الأعمال القانونية أو الأحكام التي تسلطت على العقل التوقيفية والإعلامات بالإحالة المشار إليها ولذا يشطب عليها وجوبا من الدفتر التي تكون مقيدة بها ولا تسلم فيها الشهادة التي تقوم مقام التصريح [2].

ـ **شكليات العقلة:** كل عقلة توقيفية وكل إعلام بإحالة واقع لدى الأشخاص المشار إليهم يتمان إذا كانا لا يتعلقان بالأجور[3] بواسطة أحد العدول المنفذين الذي يتولى تحرير محضر في ذلك. ويمضي بأصل المحضر من كانت له صفة تسلمه. وإذا لم تقع مراعاة الأحكام الواردة بهذا الفصل فلا عمل بالعقلة التوقيفية أو الإعلام بالإحالة[4].

ـ **أثر العقلة:** لا يكون للعقل التوقيفية المجراة لدى الأشخاص المشار إليهم مفعول إلا بقدر المبلغ الذي أجريت من أجله[5]. كما أنّ عقلة وإحالة المبالغ الراجعة للمقاولين أو لمن وقع تبتيت أشغال صبغة عمومية لا يكون لهما مفعول إلا إذا وقع الاتصال بالأشغال المذكورة وبعد طرح جميع المبالغ التي يمكن أن تكون راجعة للعملة كأجر لهم عن الأشغال المذكورة أو لمن زودوا بالمواد وغيرها من الأشياء التي استعملت لإشادة المنشآت المراد دفع ثمنها. ويقدم دفع المبالغ الراجعة للعملة بعنوان أجر عما هو راجع للمزودين[6].

ـ **تسليم الشهادة:** إذا أجريت العقلة تحت يد إحدى الإدارات العمومية وجب عليها أن تعطي للدائن العاقل بناء على طلبه شهادة تقوم مقام التصريح وتغني عن إدخال الإدارة المذكورة في القضية[7].

(1) الفصل 348 م.م.م.ت.
(2) الفصل 349 م.م.م.ت.
(3) المنصوص عليها بالفصلين 353 و356م.م.م.ت.
(4) الفصل 350 م.م.م.ت.
(5) الفصل 351 م.م.م.ت.
(6) الفصل 352 م.م.م.ت.
(7) الفصل 340 م.م.م.ت.

الباب الخامس

في عقلة وإحالة المبالغ الراجعة بعنوان أجر عن عمل أنجز لفائدة مستأجر

القسم الأول

عقلة مختلف الأجور وإحالتها

الفصل 353 ـ تنطبق أحكام هذا القسم على المبالغ التي يستحقها بعنوان أجر جميع الأجراء أو الذين يعملون بأي عنوان كان أو في أي مكان كان لفائدة مستأجر أو عدة مستأجرين مهما كان مقدار أجرهم ونوعه وصبغة عقدهم ونوعه.

الفصل 354 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ الأجور المشار إليها بالفصل المتقدم قابلة للعقلة والإحالة إلى حد الجزء العشرين من القسط الذي يقل عن ثلاثمائة دينار في العام أو يساويها وإلى حد العشر من القسط الذي يفوق الثلاثمائة دينار ويقل عن الستمائة دينار أو يساويها وإلى الخمس من القسط الذي يفوق ستمائة دينار ويقل عن تسعمائة دينار أو يساويها وإلى حد الربع من القسط الذي يفوق تسعمائة دينار ويقل عن ألف ومائتي دينار أو يساويها وإلى حد الثلث من القسط الذي يفوق ألفا ومائتي دينار ويقل عن ألف وخمسمائة دينار أو يساويها وإلى حد الثلثين من القسط الذي يفوق ألفا وخمسمائة دينار ويقل عن الثلاثة آلاف دينار أو يساويها وبدون تحديد من القسط الذي يفوق الثلاثة آلاف دينار.

ويجب ألا يراعي في حساب المقدار الواجب خصمه نفس الأجر فقط بل جميع زوائده عدا المنح التي يصرح القانون بعدم قابليتها للعقلة والمبالغ المعطاة بعنوان ترجيع مصاريف صرفها العامل والمنح والإعانات العائلية.

الفصل 355 ـ في صورة وقوع الإحالة أو العقلة للوفاء بديون النفقة الواجبة بمقتضى القانون فإن مقدار النفقة الجاري يؤخذ برمته عند حلوله من قسط الأجر غير القابل للعقلة.

والقسط القابل للعقلة من الأجر المذكور يمكن عقلته زيادة على ذلك عند الاقتضاء إما لضامن المتأخر من النفقة والمصاريف وإما لفائدة الدائنين الاعتياديين العاقلين أو المحال لهم.

القسم الثاني

في عقلة مرتبات وأجور الموظفين والأعوان الإداريين من مدنيين وعسكريين وإحالتها

الفصل 356 ـ تنطبق أحكام القسم المتقدم حسب الشروط المبينة فيما بعد على أجور ومرتبات الموظفين والمستخدمين المدنيين التابعين للدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية وكذلك على مرتبات الضباط ومن شابههم من جنود البر والبحر والطيران المباشرين أو الذين هم في حالة المباشرة أو حالة الإعفاء المؤقت أو حالة عدم المباشرة أو حالة سقوط أو في رخصة المباشرة كما تنطبق على مرتبات الضباط العامين من هيئة الاحتياط.

وفيما يخص جنود البر والبحر والطيران فإن زوائد الأجر التي تعتبر لحساب المقدار الواجب خصمه تعينها التراتيب الخاصة بها والمنطبقة على كل مجموعة من الأسلحة أو المصالح.

الفصل 357 ـ أحكام الفصل المتقدم لا تمنع الجنود مهما كانت درجتهم من إمكانية توكيل عائلاتهم على قبض مرتباتهم.

وهذه التواكيل على قبض المرتبات لا يمكن أن تنال من العقل التوقيفية المجراة من طرف الغير ولا من الإحالات الواقعة للغير.

الفصل 358 ـ الجوائز المعطاة للجنود بموجب قوانين التجنيد لا يمكن عقلتها ولا إحالتها إلا في ديون النفقة أو ديون الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية فتكون حينئذ قابلة للعقلة والإحالة جملة حسب قواعد القانون العام.

الفصل 359 ـ لا تقبل العقلة والإحالة المبالغ المسبقة أو المردودة بعنوان مصاريف المكتب أو الجولات أو التجهيز أو منح التنقل.

القسم الثالث

في صيغة الإحالة وإجراء العقلة التوقيفية

الفصل 360 ـ إحالة الأجور المشار إليها بالفصلين 353 و356 لا يمكن أن تتم مهما كان مبلغها إلا بتصريح يقوم به المحيل بنفسه لدى كاتب محكمة الناحية بمحل إقامته الذي يسلم له وصلا في ذلك.

ويتولى الكاتب خلال الثماني والأربعين ساعة توجيه إعلام بذلك التصريح إلى المدين بالأجر أو إلى نائبه المكلف بالدفع وذلك بالمكان الذي يعمل به المحيل.

ويجرى الخصم بناء على الإعلام المذكور وحده.

الفصل 361 ـ يقبض المحال له مباشرة من المدين بالأجر المبالغ المخصومة بمجرد تقديم نسخة من تضمين التصريح بالإحالة بالدفتر المنصوص عليه ب**الفصل 387**.

على أنه إذا عطل الإحالة عقلة أو عدة عقلات توقيفية سابقة فإن المبالغ المخصومة تدفع لصندوق الودائع والأمانات طبق أحكام **الفصل 374**.

الفصل 362 ـ العقلة التوقيفية المسلطة على الأجور المشار إليها بالفصلين 353 و356 مهما كان مقدارها لا يمكن إجراؤها ولو كان بيد الدائن سند إلا بعد محاولة توفيق أمام حاكم الناحية بمحل إقامة المدين.

ولهذا الغرض وبطلب من الدائن يستدعي حاكم الناحية للحضور لديه المدين بواسطة الكاتب ويكون أجل الحضور ثلاثة أيام على الأقل.

ويبين شفويا للدائن حين تقديم مطلبه مكان محاولة التوفيق ويومها وساعتها.

وإذا لم يقع إعلام ببلوغ الاستدعاء ولم يحضر المدين يجب على الدائن إذا لم يكن بيده سند تنفيذي التنبيه عليه من جديد بواسطة أحد العدول المنفذين في الأجل المعين بالفقرة الثانية من هذا الفصل قصد محاولة التوفيق.

الفصل 363 ـ يحرر حاكم الناحية بمحضر كاتبه تقريرا مختصرا في حضور أحد الطرفين سواء وقع توفيق أولا وكذلك في صورة عدم حضور أحد الطرفين.

وإذا اتفق الطرفان يبين حاكم الناحية شروط ذلك الاتفاق.

وإذا لم يتفق الطرفان وكان هناك سند أو لم يكن هناك نزاع جدي في وجود الدين أو في مقداره فإن حاكم الناحية يأذن بإجراء العقلة التوقيفية بقرار يبين به المبلغ الصادر فيه العقلة.

وإذا لم يحضر المدين بعد استدعاء قانوني فإن حاكم الناحية يأذن أيضا بإجراء العقلة التوقيفية حسب الصيغة أعلاه.

الفصل 364 ـ في ظرف ثمان وأربعين ساعة من تاريخ القرار فإن كاتب محكمة الناحية يعلم بصدور هذا القرار المعقول تحت يده أو نائبه المكلف بدفع الأجور أو المرتبات بالمكان الذي يعمل فيه المدين ويقوم هذا الإعلام مقام العقلة ويعلم الكاتب أيضا المدين الذي لم يحضر بجلسة محاولة التوفيق.

وتشتمل هذه الإعلامات :

1) على ذكر القرار القاضي بإجراء العقلة التوقيفية وعلى تاريخ صدوره،

2) على بيان أسماء الدائن العاقل والمدين المعقول عنه والغير المعقول تحت يده وألقابهم ومهنهم ومقراتهم،

3) على تقدير الدين من طرف حاكم الناحية.

الفصل 365 ـ يمكن للمدين أن يقبض من الغير المعقول تحت يده القسط غير المعقول من أجره.

الفصل 366 ـ إذا ظهر دائنون آخرون بعد إجراء العقلة التوقيفية فإن مطالبهم الممضاة والمشهود بصحتها منهم والمرفقة بجميع الأوراق التي من شأنها تمكين حاكم الناحية من تقدير الدين يرسمها كاتب محكمة الناحية بالدفتر المعين ب**الفصل 387** ويعلم بذلك في ظرف الثماني والأربعين ساعة الغير المعقول تحت يده والمدين.

ويقوم إعلام المعقول تحت يده مقام العقلة.

الفصل 367 ـ في صورة تغيير محل الإقامة فإن الدائن العاقل أو المتداخل يجب عليه إعلام كاتب محكمة الناحية بمحل إقامته الجديد وهذا الأخير ينص على ذلك بالدفتر المشار إليه.

الفصل 368 ـ يجوز لكل دائن عاقل وللمدين وللغير المعقول تحت يده بتصريح يقدمه لكتابة المحكمة أن يطلب استدعاء المعنيين لدى حاكم الناحية.

ويجوز أيضا لحاكم الناحية أن يقرر من تلقاء نفسه استدعاء من ذكر.

الفصل 369 ـ في ظرف ثمان وأربعين ساعة من تاريخ الطلب أو القرار فإن كاتب محكمة الناحية يوجه للمعقول عنه وللمعقول تحت يده ولجميع الدائنين الآخرين العاقلين أو المتداخلين استدعاء للحضور لدى حاكم الناحية بالجلسة التي يعينها هذا الأخير وأجل الحضور هو نفس الأجل المنصوص عليه ب**الفصل 362**.

وينظر حاكم الناحية في هذه الجلسة أو في كل جلسة أخرى يعينها ابتدائيا إذا تجاوز المبلغ المطلوب مهما كان مقداره ما يحكم فيه نهائيا في صحة العقلة أو بطلانها أو رفعها وكذلك في التصريح الذي يجب على الغير المعقول تحت يده تقديمه في نفس الجلسة إلا إذا قدمه لكاتب المحكمة بمكتوب مضمون الوصول ويجب أن يبين بهذا التصريح بصفة مضبوطة ومدققة الحالة فيما بينه وبين المدين المعقول عنه.

الفصل 370 ـ الغير المعقول تحت يده الذي لم يقع بالتصريح بمكتوب مضمون الوصول ولا يحضر بالجلسة أو يمتنع من تقديم تصريحه فيها أو يصرح بما يثبت كذبه يعتبر مدينا لا أكثر لا أقل بالمبالغ المعقولة التي لم يقع خصمها ويحكم عليه بالمصاريف التي تسبب فيها.

الفصل 371 ـ يتولى كاتب المحكمة إعلام الطرف الذي لم يحضر بنص الحكم المشار إليه ب**الفصل 369** في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

الفصل 372 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ أجل رفع الاستئناف عشرة أيام تبتدئ من يوم الإعلام بالحكم.

الفصل 373 ـ الحكم الصادر بالصحة لا يخول للعاقل أي حق خاص على المبالغ المعقولة في مضرة المتداخلين.

وتوزع المبالغ المعقولة على العاقلين أو المتداخلين على مقتضى الفصلين 378 و379.

الفصل 374 ـ في ظرف الخمسة عشرة يوما التي تلي كل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الإعلام المنصوص عليه ب**الفصل 364** أو في ظرف الخمسة عشر يوما الموالية لانتهاء الخصم فإن الغير المعقول تحت يده يؤمن عن إذن كاتب المحكمة بصندوق الودائع والأمانات مقدار المبالغ المخصومة وتبرأ ذمته بصفة صحيحة بمجرد تقديم الوصل المسلم له من الصندوق المذكور لكاتب المحكمة.

كما يسلم له مذكرة يبين بها أسماء الخصوم والمال المؤمن وأسبابه.

أما الأشخاص المشار إليهم ب**الفصل 348** فإنهم يدفعون وجوبا إلى صندوق الودائع والأمانات المبالغ المخصومة بمقتضى العقل التوقيفية المجراة على الأجور والمرتبات المدنية أو العسكرية ويتولى الصندوق المذكور تعريف كاتب المحكمة حالا بوقوع الدفع.

الفصل 375 ـ إذا لم يقم الغير المعقول تحت يده بالدفع في المدة المعينة أعلاه جاز جبره على ذلك بمقتضى قرار يصدره حاكم الناحية من تلقاء نفسه وينص فيه على مقدار المال.

ويجوز للطرفين طلب إصدار القرار المذكور حسب الصيغ المنصوص عليها ب**الفصل 368** ويقوم كاتب المحكمة بإعلام المعقول تحت يده بالقرار في ثلاثة أيام الموالية لتاريخه.

الفصل 376 ـ للمعقول تحت يده ثمانية أيام ابتداء من تاريخ الإعلام المذكور للاعتراض بتصريح يقوم به لدى كتابة المحكمة ويحكم في شأن ذلك الاعتراض طبق قواعد مرجع النظر المنصوص عليها ب**الفصل 369**.

ويتولى الكاتب التنبيه على جميع الخصوم المعنيين للحضور بأول جلسة مناسبة مع مراعاة أجل **الفصل 362** والحكم الذي يصدر حينئذ يعتبر حضوريا.

وإذا لم يقع الاعتراض على قرار حاكم الناحية في أجل ثمانية أيام فإنه يصير نهائيا وينفذ بطلب من المدين المعقول عنه أو من أحرص الدائنين بناء على نسخة يسلمها كاتب المحكمة وتكون محلاة بالصيغة التنفيذية.

الفصل 377 ـ يقوم حاكم الناحية بمساعدة الكاتب بتوزيع المبالغ المخصومة.

ويجب على الحاكم أن يؤجل استدعاء المعنيين إلا إذا كانت هناك أسباب جدية كانقطاع خدمات المدين المعقول عنه خاصة وذلك ما دام المبلغ المراد توزيعه لا يبلغ بعد طرح المصاريف الواجب خصمها والديون الممتازة حصة قدرها خمسة وثلاثون في المائة على الأقل.

الفصل 378 ـ إذا كان هناك مبلغ كاف ولم يتفق الطرفان بالتراضي أمام الحاكم على إجراء التوزيع فإن الحاكم المذكور يجري التوزيع بين المستحقين ويحرر تقريرا يبين به مقدار المصاريف الواجب خصمها ومقدار الديون الممتازة إن وجدت ومقدار المال المعطى لكل مستحق.

الفصل 379 ـ إذا اتفق الطرفان قبل المثول لدى الحاكم فإنه يمضي قسمة المراضاة على شرط أن لا يكون فيها ما هو مخالف للقانون وما يقتضي تحميل المدين أي مصروف.

الفصل 380 ـ لا يقع توزيع المبالغ التي تقل عن خمسة دنانير إلا إذا كانت المقادير المخصومة حتى ذلك المبلغ كافية لخلاص الدائنين.

الفصل 381 ـ لكل معني من الخصوم أن يطالب على نفقته بنسخة أو مضمون من تقرير التوزيع.

الفصل 382 ـ العقل التوقيفية والتدخلات والإحالات المضمنة بالدفتر المنصوص عليه ب**الفصل 387** يشطب عليها الكاتب من ذلك الدفتر عملا إما بحكم بإبطالها أو برفعها وإما بإسناد وإما بتوزيع تتم به براءة ذمة المدين بصفة كاملة وإما برفع العقلة بالتراضي من الدائن بكتب بخط اليد معرف بإمضائه ومسجل أو بتصريح ممضى يسجل بالدفتر المذكور وفي جميع الصور يوجه كاتب المحكمة حالا للغير المعقول تحت يده إعلاما بذلك.

الفصل 383 ـ إذا لم يسجل بكتابة محكمة الناحية أي دين جديد منذ التوزيع الأول فإن حاكم الناحية يطلب عند التوزيع الثاني من الدائنين رفع عقلتهم التوقيفية بشرط أن يدفع مدينهم بقية ما في ذمته في أجل يعينونه.

وإذا رضي برفع العقلة أكثر من نصف الدائنين الذين حصتهم على الأقل الثلاثة أرباع من مبالغ الديون المحكوم باعتمادها فإن حاكم الناحية يصدر قرارا في رفع العقلة.

ويستوجب العقوبات المنصوص عليها ب**الفصل 291** من المجلة الجنائية الأشخاص الذين يتعمدون ترسيم ديون موهومة تحيلا منهم ليضربوا بسهم في رفع العقلة المذكورة.

الفصل 384 ـ لا يجوز لأي دائن شملته التوزيعات المنصوص عليها بالفصل المتقدم أن يقوم بعقلة توقيفية جديدة على أجر المدين إلا إذا لم يقع خلاصه في أجل من الآجال المتفق عليها.

وإذا قام بإجراء عقلة توقيفية دائن لم تشمله التوزيعات المذكورة أو كان دينه قد تواجد بعد قرار العقلة أو إذا لم يقع في الأجل المعين خلاص أحد الدائنين الذين وقع رفع عقلتهم وقام من أجل ذلك بإجراء عقلة جديدة فإن جميع الدائنين السابقين العاقلين أو المتداخلين يقع ترسيمهم وجوبا من جديد وبدون أي

مصروف فيما يخص حصة دينهم التي لم تخلص وهذا الترسيم الجديد يجريه كاتب محكمة الناحية الذي يعلم بذلك الغير المعقول تحت يده خلال الثماني والأربعين ساعة الموالية.

الفصل 385 ـ حاكم الناحية الذي أذن بإجراء العقلة التوقيفية يبقى له النظر ولو أن المدين انتقل لمحل إقامة آخر كائن بمنطقة محكمة ناحية أخرى ما دام لم تقع عقلة توقيفية في منطقة محكمة الناحية التي يوجد فيها محل الإقامة الجديد ضد نفس المدين وبين يدي نفس الغير المعقول تحت يده.

وعندما يعلم الغير المعقول تحت يده بالعقلة التوقيفية الجديدة فإنه يعلم بذلك كاتب محكمة الناحية التي يوجد بدائرتها محل الإقامة الأول ويؤمن عن إذن هذا الأخير بصندوق الودائع والأمائن بقية المبالغ المخصومة عملا ويتولى حاكم الناحية بمنطقة محل الإقامة الأول توزيعا تنتهي به الإجراءات بالمنطقة القديمة وذلك مهما كان مقدار المبالغ المخصومة.

الفصل 386 ـ جميع الاستدعاءات والإعلامات التي يتولاها كاتب محكمة الناحية بمقتضى الأحكام الواردة بهذا القسم يجب أن تقع بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ.

ويسري مفعولها بداية من تاريخ تسليم المكتوب المضمون الوصول المبين في الإعلام بالبلوغ وعند عدم سحب المكتوب المضمون الوصول بعد مضي خمسة عشر يوما على تاريخ تقديمه إلى المرسل إليه.

الفصل 387 ـ يمسك بكتابة كل محكمة ناحية دفتر أوراقه غير متنبرة وممضاة ومرقمة من طرف حاكم الناحية ينص به على جميع الأعمال مهما كان نوعها والمقررات والموجبات التي تستدعيها إجراءات الإحالة أو العقلة التوقيفية المنصوص عليها بهذا القسم.

الفصل 388 ـ جميع الأعمال والمقررات والموجبات المشار إليها بالفصل المتقدم تسجل مجانا وتحرر كنسخها على الورق غير المتنبر.

والمكاتيب المضمونة الوصول وتوكيل المعقول عنه كتوكيل المعقول تحت يده والوصولات المسلمة أثناء الإجراءات معفاة من معلوم التامبر ومن موجبات التسجيل.

ويجوز للطرفين إنابة محام مرسم بصفة قانونية أو غيره ممن يختارانه وفي هذه الصورة فإن التواكيل الصادرة عن الدائن العاقل يجب أن يكون كل واحد منها خاصا بقضية ويدفع عنها معلوم التامبر والتسجيل.

والمكاتيب المضمونة الوصول والإعلامات بالبلوغ معفاة من تامبر البريد.

الفصل 389 ـ يفتح القابض العام لكتابات محاكم النواحي حسابا خصوصيا بصندوق الودائع والأمائن ويحرر كاتب المحكمة في الثلاثة أيام الموالية لمحضر التوزيع أو الإسناد أو لقرار الترجيع لكل معني باسمه الخاص إذنا في سحب المبلغ المبين بالمحضر أو بالقرار يسلمه إليه مقابل إمضائه.

التعليق على الفصول 353 إلى 389

وردت الفصول 353 إلى 389 م.م.م.ت. في بيان بعض الجوانب الخاصة في عقلة الأجور مهما كانت طبيعتها حتى ولو كانت تابعة لموظفين وأعوان إداريين من مدنيين وعسكريين.

ويمكن عقلة الأجر بطريقتين، طريقة الإحالة على المرتب أو العقلة التوقيفية (أ)، وسواء كان المعقول عنه موظفا أو خاصا (ب) ومهما كانت طبيعة المعقول تحت يده (ت) في حدود المقدار القانوني (ث)، وفي ذلك أثر محدّد (ج) وإجراءات خاصة يتعهّد بها قاضي الناحية (ح).

أ ـ طريقة الحجز على الأجر

الحجز على المرتب يقع بطريقتين إما بطريقة الإحالة على المرتب أو بطريقة العقلة التوقيفية. وتتميز الطريقة الأولى بطابعها الاستيفائي والسريع وبإجراءاتها الميسرة بسعي من المعقول عنه نفسه، إذ يكفي إمضاء تصريح من صاحب الأجر وإحالتها إلى المشغل ليمّ الإحالة لفائدة الدّائن. بينما العقلة التوقيفية على الأجر فتقتضي إجراءات صلحية وجوبية أمام قاضي الناحية قبل الإذن بالعقلة والنظر في صحة إجراءاتها. وقد نظّمت مجلة الإجراءات المدنية طريقتي الإحالة والعقلة بالفصول 353 إلى 389 م.م.م.ت.

ب ـ طبيعة المعقول عنه

المعقول عنه يمكن أن يكون عاملا في القطاع العام أو الخاص. حيث تنطبق إجراءات الإحالة على المرتب والعقلة التوقيفية على المبالغ التي يستحقها بعنوان أجر جميع الأجراء أو الذين يعملون بأي عنوان كان أو في أي مكان كان لفائدة مستأجر أو عدة مستأجرين مهما كان مقدار أجرهم ونوعه وصبغة عقدهم ونوعه[1]. تنطبق كذلك هذه الإجراءات بنفس الشروط على أجور ومرتبات

(1) الفصل 353 م.م.م.ت

الموظفين والمستخدمين المدنيين التابعين للدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية وكذلك على مرتبات الضباط ومن شابههم من جنود البر والبحر والطيران المباشرين أو الذين هم في حالة المباشرة أو حالة الإعفاء المؤقت أو حالة عدم المباشرة أو حالة سقوط أو في رخصة المباشرة كما تنطبق على مرتبات الضباط العاملين من هيئة الاحتياط[1].

ت ـ طبيعة المعقول تحت يده

وبذلك فإنّ المعقول تحت يده يمكن أن يكون شخص عادي يخضع للقانون المدني أو إدارة تخضع للقانون العام بحسب طبيعة المعقول عنه. وإذا كان المعقول تحت يده إدارة فلا بدّ بطبيعة الحال من مراعاة الإجراءات الخاصة بعقلة وإحالة المبالغ التي بذمة الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية كما سبق شرحها.

ث ـ القسط من الأجر القابل للعقلة

تقبل الأجور مهما كانت طبيعتها العقلة والإحالة إلى حد الجزء العشرين من القسط الذي يقل عن ثلاثمائة دينار في العام أو يساويها وإلى حد العشر من القسط الذي يفوق الثلاثمائة دينار ويقل عن الستمائة دينار أو يساويها وإلى الخمس من القسط الذي يفوق ستمائة دينار ويقل عن تسعمائة دينار أو يساويها وإلى حد الربع من القسط الذي يفوق تسعمائة دينار ويقل عن ألف ومائتي دينار أو يساويها وإلى حد الثلث من القسط الذي يفوق ألفا ومائتي دينار ويقل عن ألف وخمسمائة دينار أو يساويها وإلى حد الثلثين من القسط الذي يفوق ألفا وخمسمائة دينار ويقل عن الثلاثة آلاف دينار أو يساويها وبدون تحديد من القسط الذي يفوق الثلاثة آلاف دينار.

ويجب ألا يراعي في حساب المقدار الواجب خصمه نفس الأجر فقط بل جميع زوائده عدا المنح التي يصرح القانون بعدم قابليتها للعقلة والمبالغ المعطاة بعنوان ترجيع مصاريف صرفها العامل والمنح والإعانات العائلية[2].

وفي ما يخص جنود البر والبحر والطيران فإن زوائد الأجر التي تعتبر لحساب المقدار الواجب خصمه تعينها التراتيب الخاصة بها والمنطبقة على كل

(1) الفصل 356 م.م.م.ت.

(2) الفصل 354 م.م.م.ت. نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 ـ

مجموعة من الأسلحة أو المصالح[1]. حيث إنّ الجوائز المعطاة للجنود بموجب قوانين التجنيد لا يمكن عقلتها ولا إحالتها إلا في ديون النفقة أو ديون الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية فتكون حينئذ قابلة للعقلة والإحالة جملة حسب قواعد القانون العام[2]. ولا تقبل العقلة والإحالة المبالغ المسبقة أو المردودة بعنوان مصاريف المكتب أو الجولات أو التجهيز أو منح التنقل[3].

على أنّ ديون النفقة تخضع لحكم خاص ويمكن أن تطال حتى القسط غير القابل للعقلة، حيث في صورة وقوع الإحالة أو العقلة للوفاء بديون النفقة الواجبة بمقتضى القانون فإن مقدار النفقة الجاري يؤخذ برمته عند حلوله من قسط الأجر غير القابل للعقلة. والقسط القابل للعقلة من الأجر يمكن عقلته زيادة على ذلك عند الاقتضاء إما لضامن المتأخر من النفقة والمصاريف وإما لفائدة الدائنين العاديين العاقلين أو المحال لهم[4].

ج ـ أثر الإحالة أو العقلة على الأجر

للعقلة أو الإحالة أثر تجميدي بطبيعة الحال فيجمد المال المعقول لفائدة الدّائن العاقل. ولا تمنع الإحالة أو العقلة بطبيعة الحال سحب الجزء من الأجر غير الخاضع للعقلة[5]، حيث يمكن للمدين أن يقبض من الغير المعقول تحت يده القسط غير المعقول من أجره[6].

ح ـ صيغة الإحالة وإجراءات العقلة

تختلف إجراءات الإحالة (1) عن العقلة (2) ربّما ببساطة إجراءات الأولى مقارنة مع مقتضيات الثانية.

(1) الفصل 356 م.م.م.ت.
(2) الفصل 358 م.م.م.ت.
(3) الفصل 359 م.م.م.ت.
(4) الفصل 355 م.م.م.ت.
(5) نصّ لفصل 357 م.م.م.ت على أنّ العقلة أو الإحالة لا تمنع الجنود مهما كانت درجتهم من إمكانية توكيل عائلاتهم على قبض مرتباتهم. وهذه التواكيل على قبض المرتبات لا يمكن أن تنال من العقل التوقيفية المجراة من طرف الغير ولا من الإحالات الواقعة للغير.
(6) الفصل 365 م.م.م.ت.

1 ـ صيغة الإحالة

الإحالة على المرتّب هي طريقة تمكن المدين من وضع قسط من أجره وهو القسط القابل للعقلة على ذمة دائنة ولا تتم الإحالة مهما كان مبلغها إلا بتصريح يقوم به المحيل بنفسه لدى كاتب محكمة الناحية بمحل إقامته الذي يسلم له وصلا في ذلك. ويتولى الكاتب خلال الثماني والأربعين ساعة توجيه إعلام بذلك التصريح إلى المدين بالأجر أو إلى نائبه المكلف بالدفع وذلك بالمكان الذي يعمل به المحيل. ويجرى الخصم بناء على الإعلام المذكور وحده[1]. علما أنّ جميع الاستدعاءات والإعلامات التي يتولاها كاتب محكمة الناحية يجب أن تقع بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ. ويسري مفعولها بداية من تاريخ تسليم المكتوب المضمون الوصول المبين في الإعلام بالبلوغ وعند عدم سحب المكتوب المضمون الوصول بعد مضي خمسة عشر يوما على تاريخ تقديمه إلى المرسل إليه[2].

ويقبض المحال له مباشرة من المدين بالأجر أي المؤجر المبالغ المخصومة بمجرد تقديم نسخة من تضمين التصريح بالإحالة بالدفتر المخصّص لذلك[3]، علما أنّه يمسك بكتابة كل محكمة ناحية دفتر أوراقه غير متنبرة وممضاة ومرقمة من طرف حاكم الناحية ينص به على جميع الأعمال مهما كان نوعها والمقررات والموجبات التي تستدعيها إجراءات الإحالة.

وعلى ذلك الأساس يجب على الدّائن أن يتسلّم نسخة من التصريح بعد تضمينه كما يجب والاحتجاج به لدى مؤجر المدين حتى يتسنى له تسلم المبالغ موضوع الإحالة.

على أنه إذا عطل الإحالة عقلة أو عدة عقلات توقيفية سابقة فإن المبالغ المخصومة تدفع لصندوق الودائع والأمانات[4]. وفي هذه الصورة يتعيّن على المعقول تحت يده وفي ظرف الخمسة عشرة يوما التي تلي كل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الإعلام بالإحالة أو في ظرف الخمسة عشر يوما الموالية لانتهاء الخصم أن يؤمن عن إذن كاتب المحكمة بصندوق الودائع والأمانات مقدار المبالغ المخصومة وتبرأ ذمته بصفة صحيحة بمجرد تقديم الوصل المسلم له من

(1) الفصل 360 م.م.م.ت.
(2) الفصل 386 م.م.م.ت.
(3) الفصل 361 م.م.م.ت.
(4) الفصل 361 م.م.م.ت.

الصندوق المذكور لكاتب المحكمة. كما يسلم له مذكرة يبين بها أسماء الخصوم والمال المؤمن وأسبابه.

أما إذا كانت العقل والإحالات تحت يد الإدارة سواء كان المدين موظفا أو عسكريا فإنّ القابض أو المحتسب المختص يدفع وجوبا إلى صندوق الودائع والأمانات المبالغ المخصومة بمقتضى العقل التوقيفية المجراة على الأجور والمرتبات المدنية أو العسكرية ويتولى الصندوق المذكور تعريف كاتب المحكمة حالا بوقوع الدفع.

وتجرى نهاية أعمال التوزيع كما سيأتي تفصيلها في باب العقلة التوقيفية على الأجر.

ويذكر كذلك أنّ كاتب محكمة الناحية يشطب على الإحالة من ذلك الدفتر عملا إما بحكم بإبطالها أو برفعها وإما بإسناد وإما بتوزيع تتم به براءة ذمة المدين بصفة كاملة وإما برفعها بالتراضي من الدائن بكتب بخط اليد معرف بإمضائه ومسجل أو بتصريح ممضى يسجل بالدفتر المذكور وفي جميع الصور يوجه كاتب المحكمة حالا للغير المعقول تحت يده إعلاما بذلك[1].

2 ـ إجراءات العقلة التوقيفية على الأجر

تختلف إجراءات العقلة التوقيفية عن مجرد الإحالة على المرتب في أنّها توجب إجراء محاولة صلحية مهما كان مقدار العقلة وتخضع لإجراءات مميزة في تصحيح العقلة والتوزيع. ويمكن تفصيل إجراءات العقلة كما يلي: تقديم عريضة من قبل الدّائن أو من ينوبه إلى المحكمة المختصة، تضمين العريضة من قبل كتابة المحكمة، إجراء جلسة صلحية، الإذن بإجراء العقلة، الإعلام بإجراء العقلة، التداخل بالإجراءات (من قبل دائنين آخرين أو من قبل المدين نفسه)، الاعتراض على العقلة، إجراءات التأمين، إجراءات التوزيع، العقل الجديدة، الإذن بسحب المال، التشطيب على العقل.

ـ عريضة الطلب والمحكمة المختصة: يقدّم طلب إجراء العقلة على الأجر من قبل الدّائن أو من ينوبه، وبذلك فإنّ إنابة المحامي غير وجوبية. ويكون الطلب مرفوقا بسند الدين. ولا تخضع العريضة لأي معلوم. ويرفع الطلب إلى محكمة الناحية الكائن بدائرتها مقر المدين[2].

(1) الفصل 382 م.م.م.ت.
(2) الفصل 362 م.م.م.ت.

على أنّه يجوز للطرفين إنابة محام مرسم بصفة قانونية أو غيره ممن يختارانه وفي هذه الصورة فإن التواكيل الصادرة عن الدائن العاقل يجب أن يكون كل واحد منها خاصا بقضية ويدفع عنها معلوم التامبر والتسجيل[1].

ـ أعمال الكتابة: بمجرّد تقديم العريضة يدرج كاتب المحكمة الطلب بالدفتر المخصص لذلك، حيث يمسك بكتابة كل محكمة ناحية دفتر أوراقه غير متنبرة وممضاة ومرقمة من طرف حاكم الناحية ينص به على جميع الأعمال مهما كان نوعها والمقررات والموجبات التي تستدعيها إجراءات العقلة التوقيفية[2]. ويكون الكاتب أوراق الملف ويعين تاريخ الجلسة، ثلاثة أيام قبل تاريخ انعقادها على الأقل. ويستدعى المدين بواسطة رسالة مضمونة الوصول، حيث إنّ جميع الاستدعاءات والإعلامات التي يتولاها كاتب محكمة الناحية بمقتضى الأحكام الخاصة بعقلة الأجور يجب أن تقع بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ. ويسري مفعولها بداية من تاريخ تسليم المكتوب المضمون الوصول المبين في الإعلام بالبلوغ وعند عدم سحب المكتوب المضمون الوصول بعد مضي خمسة عشر يوما على تاريخ تقديمه إلى المرسل إليه[3].

وتسجّل مجانا جميع الأعمال والمقررات والموجبات التي تستدعيها إجراءات العقلة التوقيفية على الأجور وتحرر كنسخها على الورق غير المتنبر. وتعفى كذلك المكاتيب المضمونة الوصول وتوكيل المعقول عنه كتوكيل المعقول تحت يده والوصولات المسلمة أثناء الإجراءات من معلوم التامبر ومن موجبات التسجيل. وتعفى المكاتيب المضمونة الوصول والإعلامات بالبلوغ من تامبر البريد[4].

ـ إجراءات الجلسة الصلحية: لا يمكن إجراء العقلة التوقيفية المسلطة على الأجور مهما كان مقدارها ولو كان بيد الدائن سند إلا بعد محاولة توفيق أمام حاكم الناحية بمحل إقامة المدين. ولهذا الغرض وبطلب من الدائن يستدعي حاكم الناحية للحضور لديه المدين بواسطة الكاتب ويكون أجل الحضور ثلاثة أيام على الأقل. ويبين شفويا للدائن حين تقديم مطلبه مكان محاولة التوفيق ويومها وساعتها. وإذا لم يقع إعلام ببلوغ الاستدعاء ولم يحضر المدين يجب

(1) الفصل 388 م.م.م.ت.
(2) الفصل 387 م.م.م.ت.
(3) الفصل 386 م.م.م.ت.
(4) الفصل 388 م.م.م.ت.

على الدائن إذا لم يكن بيده سند تنفيذي التنبيه عليه من جديد بواسطة أحد العدول المنفذين في نفس الأجل قصد محاولة التوفيق[1].

وتقع الجلسة الصلحية بمحكمة قاضي الناحية وبحضور الكاتب ويحاول خلالها القاضي تقريب وجهات النظر والتوصّل إلى حقّ اتفاقي يرضي الطرفين.

ـ **الإذن بإجراء العقلة:** لا يخلو الحال من أمرين يوم إجراء الجلسة التوفيقية إما أن يتفق الطرفان أو تفشل المحاولة الصلحية. ويحرر حاكم الناحية بمحضر كاتبه تقريرا مختصرا في حضور أحد الطرفين سواء وقع توفيق أولا وكذلك في صورة عدم حضور أحد الطرفين.

وإذا اتفق الطرفان يبين حاكم الناحية شروط ذلك الاتفاق. ويختم إجراءات القضية بحصول الصلح.

وإذا لم يتفق الطرفان وكان هناك سند أو لم يكن هناك نزاع جدي في وجود الدين أو في مقداره فإن حاكم الناحية يأذن بإجراء العقلة التوقيفية بقرار يبين به المبلغ الصادر فيه العقلة[2]. فذلك يعني أنّه إذا كان هناك نزاع جدي حول الدين فإنّ القاضي لا يأذن بإجراء العقلة. وذلك يعني أن الإذن بالعقلة لا يتوقف على سبق صدور حكم في الدين أو صيرورته باتا، بل يكفي أن يكون حقا موجودا غير متنازع في شأنه مستحق الأداء. وإذا لم يحضر المدين بعد استدعائه قانونا كما يجب فإن حاكم الناحية يأذن أيضا بإجراء العقلة التوقيفية حسب الصيغة أعلاه[3].

ـ **الإعلام بإجراء العقلة:** إذا اتخذ قرار العقلة، فإنه يجب على كاتب المحكمة وفي ظرف ثمان وأربعين ساعة من تاريخ القرار أن يعلم بصدور هذا القرار المعقول تحت يده أو نائبه المكلف بدفع الأجور أو المرتبات بالمكان الذي يعمل فيه المدين ويقوم هذا الإعلام مقام العقلة ويعلم الكاتب أيضا المدين الذي لم يحضر بجلسة محاولة التوفيق[4]. وتشتمل هذه الإعلامات :

(1) الفصل 362 م.م.م.ت.

(2) وتكون صيغة القرار كما يلي، «قررنا إجراء عقلة على جراية أو أجر المطلوب بقدر ما يفي بخلاص .....دينارا أصلا ومصروفا».

(3) الفصل 363 م.م.م.ت.

(4) وتكون صيغة الإعلام كما يلي:

بتاريخ اليوم.....تحن الكاتب بمحكمة ناحية .....والمشرف على قسم الإحالات والعقل التوقيفية المجراة على الأجور والمرتبات في نطاق أحكام الفصول 353 ـ 356 ـ 362 ـ 363 ـ 364 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية،

نتشرف إعلام السيد.....القاطن.....

1) على ذكر القرار القاضي بإجراء العقلة التوقيفية وعلى تاريخ صدوره،

2) على بيان أسماء الدائن العاقل والمدين المعقول عنه والغير المعقول تحت يده وألقابهم ومهنهم ومقراتهم،

3) على تقدير الدين من طرف حاكم الناحية[1].

ويكون هذا الإعلام بطريقة البريد المضمون الوصول، على أنّه لا مانع من أن تسلّم كتابة المحكمة هذا الإذن إلى الدائن نفسه ليعلم المؤجر مباشرة بذلك ربحا للوقت.

ـ **التداخل بإجراءات العقلة:** بعد الإذن بإجراء العقلة يمكن لكلّ دائن أن يتداخل بإجراءات العقلة، ويقدّم مطلب في الغرض ويخضع لنفس إجراءات تقديم المطلب أول مرة، غير أنّه لا لزوم لإجراء جلسة صلحية، ويتخذ القاضي في نهاية الأمر قرارا إما برفض التداخل ربّما بسبب عدم ثبوت الدين أو بتأخير القضية لاستدعاء المدين أو بإصدار قرار بالعقلة[2]. ويعلم جميع الأطراف في ظرف 48 ساعة[3]. فإذا ظهر دائنون آخرون بعد إجراء العقلة التوقيفية فإن مطالبهم الممضاة والمشهود بصحتها منهم والمرفقة بجميع الأوراق التي من شأنها تمكين حاكم

بأن قضية في العقلة نشرت بمحكمة ناحية .....تحت عدد بسعي من الدّائن السيد..... ضدّ المدين السيد.....الموظف أو العامل في خدمة ...قد أجريت المحاولة التوفيقية بين الطرفين وتحت إشراف وبسعي من السيد رئيس محكمة الناحية....محل إقامة المدين، وفق أحكام الفقرة الأولى من الفصل 362 و363 م.م.م.ت، وبعد تسجيل فشلها أصدرت المحكمة حكمها القاضي بإجراء عقلة توقيفية على جملة مبلغ.....وحسب النسب المقررة بالفصل 354 م..م.م.ت وتنفيذا لمقررات الفصل 364 م.م.م.ت وخلال الأجل المحدّد به نعلمكم بهذا الرقيم بصدور العقلة التوقيفية على جراية أو أجر المدين المعقول عليه العامل أو الموظف بمؤسستكم. وإعلامنا هذا يقوم قانونا مقام العقلة وعليكم اتخاذ كلّ الوسائل الإجرائية الكفيلة بتنفيذ هذه العقلة على الأموال الراجعة للمدين أو التي سترجع له بعنوان أجور أو مرتبات أو جراية ويحجر على المعقول تحت يده أن يدفع للمدين المعقول عليه القسط المسلطة عليه العقلة إلى أن يصدر حكم يخالف ذلك وإلا استهدف لأدائه مع جميع المصاريف والغرامات. حرر بـ.....إمضاء الكاتب.

(1) الفصل 364 م.م.م.ت.

(2) وتكون صيغة القرار كما يلي: «نحن....قاضي ناحية.....بعد الاطلاع على المطلب المقدم من المدعو.....بصفته متداخل في قضية العقلة عدد وبعد الاطلاع على سند الدين، وبعد الاطلاع على الملف الأصلي للعقلة عدد المنشور بين الدائن .....والمدين.....نقرر قبول التداخل فيما قدره.....».

(3) الفصل 367 م.م.م.ت.» في صورة تغيير محل الإقامة فإن الدائن العاقل أو المتداخل يجب عليه إعلام كاتب محكمة الناحية بمحل إقامته الجديد وبشار بالدفتر إلى هذا العنوان الجديد».

الناحية من تقدير الدين يرسمها كاتب محكمة الناحية بدفتر العقل ويعلم بذلك في ظرف الثماني والأربعين ساعة الغير المعقول تحت يده والمدين. ويقوم إعلام المعقول تحت يده مقام العقلة[1].

ويشار كذلك إلى أنّ المدين نفسه من الممكن أن يعيد التداخل بالقضية بحكم تغير الحالة المالية لظهور دين جديد أو لتحميله بعض المصاريف التي لم تكن موجودة زمن الإذن بالعقلة، وذلك بقصد مراعاة هذا التغيير في الأقساط المأذون بعقلتها. ويخضع هذا التداخل لنفس الإجراءات المتبعة في التداخل بصفة عامة.

ويلاحظ كذلك أنّ التداخل يبقى جائزا مادامت العقلة لم ترفع إما بتوزيع أو بطلان أو إسناد أو رفع.

ـ **الاعتراض على العقلة:** الاعتراض وسيلة إجرائية وضعها المشرع على ذمّة جميع الأطراف بهدف مناقشة صحة الإذن بالعقلة ربّما لخلل أصلي يعود للدين الأصلي أو لخلل إجرائي. والقصد من ذلك هو الحكم بإبطال العقلة أو رفعها وإذا لم يوجد السبب في ذلك فالحكم بصحّة العقلة.

ويكون الاعتراض بتصريح يقدّم إلى كتابة محكمة الناحية صاحبة الإذن حيث يجوز لكل دائن عاقل وللمدين وللغير المعقول تحت يده بتصريح يقدمه لكتابة المحكمة أن يطلب استدعاء المعنيين لدى حاكم الناحية. ويجوز أيضا لحاكم الناحية أن يقرر من تلقاء نفسه استدعاء من ذكر[2].

ويتعين على كاتب محكمة الناحية في ظرف ثمان وأربعين ساعة من تاريخ الطلب أو القرار أن يوجه للمعقول عنه وللمعقول تحت يده ولجميع الدائنين الآخرين العاقلين أو المتداخلين استدعاء للحضور لدى حاكم الناحية بالجلسة التي يعينها هذا الأخير وأجل الحضور هو ثلاثة أيام على الأقل قبل موعد الجلسة.

وينظر حاكم الناحية في هذه الجلسة أو في كل جلسة أخرى يعينها في صحة العقلة أو بطلانها أو رفعها[3]. ويصدر الحكم في النهاية إما بصحة العقلة أو رفعها أو بطلانها إذا توفرت الأسباب. ويتولى كاتب المحكمة إعلام الطرف الذي لم

(1) الفصل 366 م.م.م.ت.
(2) الفصل 368 م.م.م.ت.
(3) الفصل 369 م.م.م.ت.

يحضر بنص الحكم في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ صدوره[1]. وهذا الحكم قابل للاستئناف، وأجل رفع الاستئناف عشرة أيام تبتدئ من يوم الإعلام به[2].

وإذا قضت المحكمة بالبطلان أو برفع العقلة ترفع العقلة، وإذا قضت المحكمة بالصحة، فلا يخول هذا الحكم للعاقل أي حق خاص على المبالغ المعقولة في مضرة المتداخلين. وتوزع المبالغ المعقولة على العاقلين أو المتداخلين على مقتضى إجراءات التوزيع[3]. فذلك يعني أن ليس للدائن العاقل تقدّم على بقية المتدخّلين، إلا إذا توفرت بعض الأسباب القانونية في التفضيل فتراعى عند إتمام إجراءات التوزيع.

ـ **تصريح المعقول تحت يده:** المعقول تحت يده ملزم بتقديم تصريح حول الحالة المالية للمدين المعقول عنه بمجرد الإذن بالعقلة، مع مراعاة خصوصية العقلة تحت يد الإدارة فتعوض شهادة الأجر هذا التصريح. ويقدّم هذا التصريح إما إلى كتابة المحكمة أو إلى جلسة الاعتراض إن وقع الاعتراض على العقلة.

فإذا كان الاعتراض تنظر المحكمة في التصريح الذي يجب على الغير المعقول تحت يده تقديمه في نفس الجلسة إلا إذا قدمه لكاتب المحكمة بمكتوب مضمون الوصول ويجب أن يبين بهذا التصريح بصفة مضبوطة ومدققة الحالة فيما بينه وبين المدين المعقول عنه[4].

وإذا لم يقم المعقول تحت يده بالتصريح بمكتوب مضمون الوصول لدى كتابة المحكمة أو لم يحضر بالجلسة أو امتنع من تقديم تصريحه فيها أو صرح بما يثبت كذبه يعتبر مدينا لا أكثر لا أقل بالمبالغ المعقولة التي لم يقع خصمها ويحكم عليه بالمصاريف التي تسبب فيها[5].

ـ **إجراءات التأمين:** يفتح القابض العام لكتابات محاكم النواحي حسابا خصوصيا بصندوق الودائع خاص بالعقل على الأجور[6]. بمعنى أن تؤمن المبالغ المعقولة بالخزينة العامة على ذمة كتابات محاكم النواحي.

(1) الفصل 371 م.م.م.ت.
(2) الفصل 372 م.م.م.ت. نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986.
(3) الفصل 373 م.م.م.ت.
(4) الفصل 369 م.م.م.ت.
(5) الفصل 370 م.م.م.ت.
(6) الفصل 389 م.م.م.ت.

+فإذا كان المعقول تحت يده غير الخزينة العامة، أي أنّ المعقول عنه ليس موظفا، يتعيّن على المعقول تحت يده في ظرف الخمسة عشرة يوما التي تلي كل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الإعلام بالعقلة أو في ظرف الخمسة عشر يوما الموالية لانتهاء الخصم فإن الغير المعقول تحت يده يؤمن عن إذن كاتب المحكمة بصندوق الودائع والأمانات[1] مقدار المبالغ المخصومة وتبرأ ذمته بصفة صحيحة بمجرد تقديم الوصل المسلم له من الصندوق المذكور لكاتب المحكمة. كما يسلم له مذكرة يبين بها أسماء الخصوم والمال المؤمن وأسبابه[2].

وإذا لم يقم الغير المعقول تحت يده بالدفع في المدة المعينة أعلاه جاز جبره على ذلك بمقتضى قرار يصدره حاكم الناحية من تلقاء نفسه وينص فيه على مقدار المال. ويجوز للطرفين طلب إصدار القرار المذكور حسب إجراءات الاعتراض ويقوم كاتب المحكمة بإعلام المعقول تحت يده بالقرار في ثلاثة أيام الموالية لتاريخه[3].

وللمعقول تحت يده ثمانية أيام ابتداء من تاريخ الإعلام المذكور للاعتراض بتصريح يقوم به لدى كتابة المحكمة ويحكم في شأن ذلك الاعتراض طبق إجراءات الاعتراض على العقلة. ويتولى الكاتب التنبيه على جميع الخصوم المعنيين للحضور بأول جلسة مناسبة مع مراعاة أجل الحضور(ثلاثة أيام على الأقل) والحكم الذي يصدر حينئذ يعتبر حضوريا. وإذا لم يقع الاعتراض على قرار حاكم الناحية في أجل ثمانية أيام فإنه يصير نهائيا وينفذ بطلب من المدين المعقول عنه أو من أحرص الدائنين بناء على نسخة يسلمها كاتب المحكمة وتكون محلاة بالصيغة التنفيذية[4].

+وإذا كان المعقول تحت يده هو الخزينة العامة، فإنها تحيل وجوبا إلى صندوق الودائع والأمانات المبالغ المخصومة بمقتضى العقل التوقيفية المجراة على الأجور والمرتبات المدنية أو العسكرية ويتولى الصندوق المذكور تعريف

(1) وتكون صيغة الإذن بالتأمين كما يلي: «أذن السيد .....كاتب محكمة ناحية .....عملا بالفصل 374 م.م.م.ت السيد .....القاطن بـ.....بتأمين مبلغ قدره .....بالحساب الجاري عدد بالخزينة العامة التونسية تنفيذا لقرار العقلة الصادر في.....». ويطلع قاضي الناحية على القرار ويأذن بتنفيذه.
(2) الفصل 374 م.م.م.ت.
(3) الفصل 375 م.م.م.ت.
(4) الفصل 376 م.م.م.ت. س

كاتب المحكمة حالا بوقوع الدفع حيث تحيل الخزينة العامة جداول شهرية على كتابة محكمة الناحية[1].

- **إجراءات التوزيع**: يتحتّم اعتماد إجراءات التوزيع إذا تعدّد الدائنون بالملف الواحد أصلا وتداخلا. ومن المفروض أن يكون قد صدر الإذن بالعقلة في حدود مبالغ معينة وأن المعقول تحت يده التزم بالتأمين في أجله وطبق إجراءاته. وأعلم كاتب المحكمة بالمبالغ المؤمنة.

كما أنّه لا يمكن إجراء التوزيع إلا إذا بلغ المبلغ المؤمن حدود 35 بالمائة من مجموع الدين. وذلك بعد طرح المصاريف والديون الممتازة التي تتقدّم على الدّيون العادية. حيث إنّ الدائنين رافع الطلب أو المتداخل لا أسبقية لأحد على الآخر ويعاملون على قاعدة التساوي إلا إذا توفر من هو ممتاز في الدين، كما هي الصورة بالنسبة إلى دين النفقة فيقدّم على بقية الدائنين. والقاعدة كذلك أنّه لا يقع توزيع المبالغ التي تقل عن خمسة دنانير إلا إذا كانت المقادير المخصومة حتى ذلك المبلغ كافية لخلاص الدائنين[2].

ويلاحظ أنّ جميع الدائنين يمكن أن يشاركوا في التوزيع إذا سبق قبول التداخل، وتبقى إمكانية التداخل ممكنة مادامت إجراءات التوزيع لم تغلق. ولا يمنع سبق إجراء التوزيع من تداخل دائنين آخرين والمشاركة في التوزيع الثاني بعد قبول تداخلهم.

ويجب على الحاكم أن لا يعين جلسة التوزيع ويؤجل استدعاء المعنيين ما دام المبلغ المراد توزيعه لم يبلغ بعد طرح المصاريف الواجب خصمها والديون الممتازة حصة قدرها خمسة وثلاثون في المائة على الأقل[3]. إلا إذا كانت هناك أسباب جدية كانقطاع خدمات المدين المعقول عنه خاصة، ففي هذه الصورة لا بدّ من استدعاء الأطراف لإتمام التوزيع مهما كانت المبالغ المجمعة.

ويقوم حاكم الناحية بمساعدة الكاتب بتوزيع المبالغ المخصومة إذا توفرت الشروط، بعد استدعاء جميع الأطراف لجلسة يحدّدها قاضي الناحية. ويمكن أن يقع التوزيع بطريقتين، إما قضائيا أو رضائيا. فإذا اتفق الطرفان قبل المثول لدى الحاكم على طريقة توزيع المال فإنه يمضي قسمة المراضاة على شرط أن

(1) الفصل 374 م.م.م.ت.
(2) الفصل 380 م.م.م.ت.
(3) الفصل 377 م.م.م.ت.

لا يكون فيها ما هو مخالف للقانون وما يقتضي تحميل المدين أي مصروف[1]. ويمكن كذلك الاتفاق أمام قاضي الناحية بحضورهم بالجلسة. وإذا لم يتفق الطرفان بالتراضي أمام الحاكم على إجراء التوزيع فإن الحاكم المذكور يجري التوزيع بين المستحقين ويحرر تقريرا يبين به مقدار المصاريف الواجب خصمها ومقدار الديون الممتازة إن وجدت ومقدار المال المعطى لكل مستحق[2]. ويحرّر في ذلك قائمة توزيع[3]. ولكل معني من الخصوم أن يطالب على نفقته بنسخة أو مضمون من تقرير التوزيع[4].

ويذكر أنّه إذا لم يسجل بكتابة محكمة الناحية أي دين جديد منذ التوزيع الأول فإن حاكم الناحية يطلب عند التوزيع الثاني من الدائنين رفع عقلتهم التوقيفية بشرط أن يدفع مدينهم بقية ما في ذمته في أجل يعينونه. وإذا رضي برفع العقلة أكثر من نصف الدائنين الذين حصتهم على الأقل الثلاثة أرباع من مبالغ الديون المحكوم باعتمادها فإن حاكم الناحية يصدر قرارا في رفع العقلة[5].

ـ **العقلات الجديدة:** من المفروض أنّه طالما مازال الملف الأصلي للعقلة منشورا ولم ينته بتوزيع ولم يتقادم زمنيا فلا حاجة للدائن الجديد من إجراء عقلة

(1) الفصل 379 م.م.م.ت.

(2) الفصل 378 م.م.م.ت.

(3) تكون القائمة مبوبة كما يلي، بعد ذكر هوية المدين وهوية المعقول تحت يده وجملة المبالغ الموزعة:

اسم الدائن	مقدار أصل الدين	منابه في التوزيع	الباقي من الدين

علما أنّ كلّ دائن بستحق من المبالغ الموزعة نسبة تحدّد بنسبة المبالغ المجمعة مقارنة مع جملة الديون، فقد تكون 40 بالمائة أو خمسين في المائة أو أكثر بحسب قيمة الديون المجمعة، وهذه النسبة يستحقها كلّ دائن من المبالغ الموزعة، فإذا كانت نسبة المبالغ المجمعة تقدّر بخمسين من المائة من المبالغ الجملية استحقّ كلّ دائن 50 بالمائة من دينة من جملة المبالغ الموزعة. فإذا كان الدين الأول 600 دينار والثاني 1000 دينار والثالث 800 دينار ، وبذلك كان جملة الديون 2400 دينار ، فإذا تجمعة مبالغ في حدود 40 بالمائة أي 960 دينار، يستحق كلّ دائن 40 بالمائة من جملة دينه، فيستحق صاحب الألف 400 دينار وصاحب 800 دينار 320 دينار وصاحب 600 دينار 240 دينار، والمجموع 960 دينار.

(4) الفصل 381 م.م.م.ت.

(5) الفصل 383 م.م.م.ت. ويستوجب العقوبات المنصوص عليها بالفصل 291 من المجلة الجنائية أي العقوبات الخاصة بجريمة التحيل الأشخاص الذين يتعمدون ترسيم ديون موهومة تحيلا منهم ليساهموا في رفع العقلة المذكورة.

جديدة على نفس الأجر إذ يكفيه التداخل بالملف المنشورة فيأذن قاضي الناحية إذا ما توفرت الشروط بتقييد دينه.

ولكنّه مع ذلك يمكن في بعض الصور إجراء عقلة جديدة بالرغم من ذلك بشرط استدعاء جميع الأطراف المشمولين في العقلة القديمة وإدخالهم بالقضية وجوبا وبدون طلب. وذلك في صورة إذا لم يقع خلاص الدّائن في أجل من الآجال المتفق عليها أو تواجد دينه بعد قرار العقلة أو لم تشمله التوزيعات. ففي جميع هذه الصور يمكن إجراء عقلة جديدة. ويتحتّم في هذه الصورة ترسيم جميع الدائنين السابقين العاقلين أو المتداخلين وجوبا من جديد وبدون أي مصروف فيما يخص حصة دينهم التي لم تخلص وهذا الترسيم الجديد يجريه كاتب محكمة الناحية الذي يعلم بذلك الغير المعقول تحت يده خلال الثماني والأربعين ساعة الموالية[1].

ويبقى قاضي الناحية الذي أذن بإجراء العقلة التوقيفية له النظر ولو أن المدين انتقل لمحل إقامة آخر كائن بمنطقة محكمة ناحية أخرى ما دام لم تقع عقلة توقيفية في منطقة محكمة الناحية التي يوجد فيها محل الإقامة الجديد ضد نفس المدين وبين يدي نفس الغير المعقول تحت يده. وعندما يعلم الغير المعقول تحت يده بالعقلة التوقيفية الجديدة فإنه يعلم بذلك كاتب محكمة الناحية التي يوجد بدائرتها محل الإقامة الأول ويؤمن عن إذن هذا الأخير بصندوق الودائع والأمانات بقية المبالغ المخصومة عملا ويتولى حاكم الناحية بمنطقة محل الإقامة الأول توزيعا تنتهي به الإجراءات بالمنطقة القديمة وذلك مهما كان مقدار المبالغ المخصومة[2].

ـ **سحب المبالغ المؤمنة:** يحرر كاتب المحكمة في الثلاثة أيام الموالية لمحضر التوزيع أو الإسناد أو لقرار الترجيع لكل معني باسمه الخاص إذنا في سحب المبلغ المبين بالمحضر أو بالقرار يسلمه إليه مقابل إمضائه[3].

(1) الفصل 384 م.م.م.ت.

(2) الفصل 385 م.م.م.ت.

(3) الفصل 389 م.م.م.ت.

وتكون صيغة هذا الإذن كما يلي: «نحن.....كاتب محكمة ناحية.....نتشرف بالإذن إلى السيد القابض العام للخزينة التونسية بدفع مبلغ قدره.....إلى السبد .....القاطن .....من المال المؤمن بصندوق الأمانات والودائع بمقتضى الإذن يمناه المتعلق بالقضية ذات العدد يمناه وذلك وفقا للفصل 389 م.م.م.ت». ويطلع قاضي الناحية على ذلك الإذن ويمضيه.

وبذلك فإنّ سحب الأموال المعقولة لا يقع إلا بإذن من كاتب محكمة الناحية، ولذلك يلزم بداية إيداع إمضاء كاتب المحكمة المكلف بتحرير الأذون بالسحب بالخزينة العامة ويحال المثال إلى أمين المال بالبلاد التونسية تحت إشراف وزارة العدل. ويفترض كذلك أن لا يحرّر الإذن إلا بعد إعلام الكتابة بتنزيل الأموال المجمعة من الخصم بحساب المحكمة بالخزينة العامة.

ويحرر الكاتب الإذن ويسلمه للدائن إذا كان هو الدائن الوحيد، وإذا تعدّد الدائنون يسلم لكلّ واحد منهم إذنا خاصا به ويمضي الدائن بنظير المطبوعة وبالدفتر المخصص لذلك بكتابة المحكمة.

ويشار كذلك إلى أنّ الدّائن بالنفقة على وجه التحديد يمكن أن يؤذن له بسحب المال شهريا، وعادة ما ينصّ الحكم على ذلك. بل من الممكن لقاضي الناحية الإذن للمعقول تحت يده بتسليم القسط مباشرة للدائن بالنفقة.

ـ **التشطيب على العقل:** العقل التوقيفية والتدخلات والإحالات المضمنة بالدفتر يشطب عليها الكاتب من ذلك الدفتر عملا إما بحكم بإبطالها أو برفعها وإما بإسناد وإما بتوزيع تتم به براءة ذمة المدين بصفة كاملة وإما برفع العقلة بالتراضي من الدائن بكتب بخط اليد معرف بإمضائه ومسجل أو بتصريح ممضى يسجل بالدفتر المذكور وفي جميع الصور يوجه كاتب المحكمة حالا للغير المعقول تحت يده إعلاما بذلك[1].

وبذلك فإنه يمكن رفع العقلة قضائيا أو رضائيا. قضائيا يمكن أن يأذن قاضي الناحية برفع العقلة إذا انتفت الأسباب، كما في صورة انقطاع العامل عن العمل، رضائيا يطلب الدائن صراحة رفع العقلة إما بحضوره أمام كتابة المحكمة أو بمقتضى كتب ممضى من قبله.

ويشطب على العقلة في نهاية الأمر من الدفتر المعدّ لذلك إذا توفرت حالة من حالات رفعها أو بطلانها أو سبق إسناد المال المؤمن أو توزيعه طبق القانون.

ويجب على كاتب المحكمة في جميع الصور التشطيب على العقلة وذلك بذكر العملية بالواد المخصص لذلك وإعلام المعقول تحت يده في ظرف 48 ساعة بواسطة البريد المضمون الوصول[2].

(1) الفصل 382 م.م.م.ت.

(2) ويكون الإعلام برفع العقلة كما يلي:» نحن.....كاتب محكمة الناحية .....نعلم السيد.....(.المعقول تحت يده) القاطن..... بأنه صدر قرار عن السيد قاضي الناحية بتاريخ .....يقضي برفع العقلة التوقيفية

ويذكر كذلك أنّ مفعول العقلة تحت يد الخزينة العامة لا يتجاوز 5 سنوات من تاريخ إجرائها، فإذا لم تتخذ إجراءات تجديدها ترفع العقلة ويشطب عليها الكاتب.

المجراة تحت عدد بمقتضى القرار عدد المؤرخ في .....والواقع إعلامكم به في.....والصادر بعقلة ما قدره .....على أجر السيد.....(المد ين).....الموظف أو العامل بمؤسستكم».

الباب السادس

في عقلة المنقولات وبيعها

الفصل 390 ـ إذا سبق إجراء عقلة تحفظية على المنقولات فإن العدل المنفذ يتولى تحويلها إلى عقلة تنفيذية عند انتهاء الأجل المنصوص عليه بالفصل 287.

ويقوم لهذا الغرض بمقابلة المنقولات ما هو موجود بمحضر العقلة التحفظية ويحرر تقريرا في ذلك.

على أنه يجوز له إجراء عقلة تنفيذية على أشياء أخرى لم تتناولها العقلة التحفظية.

الفصل 391 ـ إن لم يسبق إجراء عقلة تحفظية يقع إجراء العقلة التنفيذية.

وتطبق القواعد الواردة بالفصل 325 رابعا والفصل 326.

الفصل 392 ـ يجب أن يقع التنصيص بمحضر العقلة التنفيذية أو تحويل العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية على ما يلي وإلا يكون باطلا :

1) السند التنفيذي الذي أجريت العقلة أو التحويل بمقتضاه وإعلام المعقول عنه بهذا السند،

2) المبلغ المطلوب أداؤه،

3) حضور أو مغيب المعقول عنه وعند الاقتضاء المكلف بالحراسة عن عمليات العقلة أو التحويل،

4) تاريخ بيع الأشياء المعقولة وساعته ومكانه.

ويجب علاوة على ذلك أن يحمل المحضر إمضاء أو علامة إبهام المكلف بالحراسة سواء كان المعقول عنه نفسه أو غيره من الأشخاص.

الفصل 393 ـ يجوز فيما عدا النقود التي يجب أن تسلم إلى العدل المنفذ أما إبقاء الأشياء المعقولة تحت يد المعقول عنه إن رضي العاقل أو كان ما يتخذ من الطرق الأخرى من شأنه أن يتسبب في مصاريف لا نسبة بينها وبين قيمة الأشياء المعقولة وإما تسليمها إلى حارس يعينه العدل المنفذ حالا في صورة عدم اتفاق الطرفين.

ولا يمكن أن تعهد الحراسة للعاقل أو زوجه أو قريبه إلى الدرجة السادسة أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة أو أي شخص يكون في خدمته إلا إذا رضي المعقول عنه بذلك.

ويحجر على الحارس استعمال الأشياء المعقولة أو إعارتها أو الانتفاع منها وإلا وقع تعويضه بمجرد إذن عن عريضة بطلب من الطرف المعني بقطع النظر عما يستهدف له من غرم الضرر ما لم يكن قد أذن له في ذلك من الطرفين.

الفصل 394 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يتم بعد المقابلة بيع الأشياء المعقولة بالمزاد العلني صبرة أو تفصيلا حسب مصلحة المعقول عنه. ويقع البيع بالإشهار عند انتهاء أجل ثمانية أيام من يوم العقلة التنفيذية أو التحويل أو إعلام المعقول عنه بهما إلا إذا اتفق العاقل والمعقول عنه على تعيين أجل آخر أو إذا وجب اختصار أجل الثمانية أيام لدرء خطر ثمن بخس محسوس أو اجتناب مصاريف حراسة باهظة.

ويجوز للمدين المعقول عنه قبل موعد البتة أن يحضر من يرغب في شراء المعقول بشرط موافقة الدائن والدائنين المعترضين أو أن يكون الثمن المعروض كافيا لخلاص كامل الدين أصلا وفائضا ومصروفا.

الفصل 394 مكرر (أضيف بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ على العدل المنفذ أن يطلب من المحكمة المختصة تعيين خبير لتحديد القيمة الحقيقية للمنقولات الهامة والعقارات المشار إليها بالفصل 450 من هذه المجلة وتكون هذه القيمة هي الثمن الافتتاحي لبيعها. ومصاريف الاختبار يسبقها القائم بالتتبع.

ويتم بيع المنقولات المعقولة بسعر لا يقل عن الثمن الافتتاحي المعين من قبل الخبير أو من قبل العدل المنفذ بحسب الأحوال، فإن لم يتقدم راغب في الشراء، تؤجل البتة لموعد يعينه العدل المنفذ، ويمكنه عندها التخفيض في الثمن الافتتاحي بنسبة عشرة بالمائة، فإن لم يتقدم راغب في الشراء في المرة الثانية، فعلى العدل المنفذ تأخير البتة لموعد جديد يحدده مع إمكانية التخفيض في الثمن الافتتاحي الأصلي بنسبة عشرين بالمائة فإن لم تقع المزايدة، تباع المنقولات المعقولة لأخر راغب في الشراء أو للدائن العاقل، بالثمن المحدد بعد التخفيض وإلا رفعت العقلة تلقائيا.

الفصل 395 ـ إذا لم يقم العاقل بإتمام البيع عند انتهاء أجل الثمانية أيام المنصوص عليه بالفصل المتقدم جاز لكل دائن بيده سند تنفيذي أن ينذره بواسطة أحد العدول المنفذين بأن عليه إتمام البيع خلال أجل قدره ثمانية أيام يحل قانونا بانتهائه الدائن المذكور محله لمواصلة الإجراءات.

الفصل 396 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يقع البيع بالمزاد العلني بأقرب سوق عمومية أو بأي مكان من شأنه أن يحقق البيع فيه أحسن نتيجة.

ويتم الإشهار عن هذا البيع قبل وقوعه بأربعة أيام على الأقل بسعي من العدل المنفذ وبواسطة إعلان ينشر بصحيفتين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية إحداهما باللغة العربية.

ويتضمن الإعلان وجوبا الهوية الكاملة للعاقل وللمعقول عنه ومهنة كل واحد منهما ومقره والاسم التجاري إن وجد وتاريخ البيع وساعته ومكانه وتشخيص الأشياء المعقولة تشخيصا موجزا وشروط معاينتها والثمن الافتتاحي وتاريخ رفع هذه الأشياء والتسبقة الواجب تأمينها.

ويمكن نشر إشهار تكميلي مناسب لأهمية الأشياء المعقولة بمقتضى إذن على عريضة غير قابل للطعن.

الفصل 397 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ لا تقبل المزايدة إلا ممن سبّق مبلغا يساوي عشر الثمن الافتتاحي المعلن عنه طبق الفصل 396 جديد، ويكون ذلك إما بدفعه نقدا إلى العدل المنفذ أو بتقديم شيك مشهود بتوفر رصيده أو بتقديم ضمان بنكي لا رجوع فيه أو ما يفيد تأمين مبلغ التسبقة بصندوق الودائع والأمانات.

وعلى العدل المنفذ تسليم المزايد وصلا في ذلك، كما عليه أن يتولى قبل بداية المزايدة الإعلان عن مبلغ مصاريف العقلة والبيع وأن يمد كل معني بتفاصيل تلك المصاريف.

ويباع المعقول لآخر مزايد، ولا يسلم إلا بعد دفع باقي الثمن والمصاريف.

وعند انتهاء المزايدات، يتولى العدل المنفذ حالا ترجيع التسبقات أو الوثائق المثبتة لها إلى المزايدين الذي لم ترس عليهم المزايدة.

الفصل 398 ـ لا يمكن أن يباع المصوغ ولا الأشياء الثمينة بثمن دون قيمتها المقدرة من طرف أمين.

وإذا كان الثمن الذي بلغته المزايدة دون هذه القيمة تولى العدل المنفذ عرض تلك الأشياء من جديد على الإشهار بسوق من أسواق المصوغ.

الفصل 399 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ إذا لم يدفع المبتت له باقي ثمن التبتيت والمصاريف في أجل سبعة أيام من تاريخ البتة، فإن الأشياء المبتتة يعاد بيعها من جديد بموجب النكول في تاريخ يحدده العدل المنفذ بعد أخذ رأي الدائن العاقل كتابة، على أن لا يتجاوز الموعد الجديد للبيع شهرا من تاريخ النكول.

الفصل 400 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ ينجر عن البيع الواقع بموجب نكول المشتري الأول فسخ البيع الأول بأثر رجعي.

والناكل في البيع ملزم بالنقص الذي يحصل بين الثمن الذي بتت به المبيع له وبين الثمن الحاصل من البيع الجديد الواقع بموجب النكول، وليس له طلب ما عسى أن يزداد في الثمن الجديد للبيع.

وليس للناكل في البيع طلب استرداد التسبقة المؤمنة، حتى يباع المعقول من جديد. فإن ظهر نقص في ثمن البيع بالمقارنة مع الثمن الذي تم به البيع أول مرة، فعلى العدل المنفذ أن لا يرجع للناكل إلا ما تبقى من التسبقة بعد طرح قيمة ذلك النقص ومصاريف البتة الأولى وإضافتها إلى محصول البيع.

وإن تجاوز النقص قيمة التسبقة جاز لكل ذي مصلحة القيام على الناكل لإلزامه بدفع الباقي.

الفصل 401 ـ للناكل في البيع إلى اليوم المعين للبتة بإخراج الغاية أن يوقف إجراء بيع المنقول ثانيا بموجب نكوله إذا أدلى بما يثبت أداءه لثمن التبتيت وملحقاته وكذلك أداءه للمصاريف التي ترتبت عن نكوله.

الفصل 402 ـ يمكن أن تعقل الصابات والثمار التي قاربت النضج قبل قطعها.

ويشتمل تقرير العقلة على بيان العقار وموقعه ونوع وأهمية الثمار أو الصابات المعقولة ولو على وجه التقريب وإلا يكون باطلا.

والثمار والصابات المعقولة تباع ما دامت على سوقها.

الفصل 403 ـ إذا ادعى الغير ملكية المعقول كلا أو بعضا فإن العدل المنفذ بعد إجرائه العقلة يستدعي الطرفين للحضور لدى حاكم الأمور المستعجلة بمكان العقلة وفقا لأحكام الفصلين 210 و211.

وإذا رأى هذا الحاكم أن دعوى الاستحقاق جدية فإنّه يأذن بتوقيف أعمال التنفيذ ويضرب لمدعي الاستحقاق أجلا قدره خمسة عشر يوما لرفع الأمر لمحكمة الأصل.

وإذا تم نشر دعوى الاستحقاق في هذا الأجل فإن التتبعات تتوقف وجوبا إلى أن يقع النظر بصفة باتة في تلك الدعوى.

وإذا لم يدل مدعي الاستحقاق بما يفيد نشر دعواه في الأجل المذكور فإنه يقع استئناف التتبعات بداية من الحد الذي انتهت إليه في أول الأمر وبدون أي إجراء آخر أو حكم.

ودعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتتبعات والمعقول عنه ولم تشتمل على بيان حجج الملكية.

التعليق على الفصول 390 إلى 403

العقلة التنفيذية على منقول تخضع لأحكام عامة وقد خصّت مجلّة الإجراءات المدنية عقلة الأوراق المالية وحصص الشركاء بإجراءات خاصة[1] كما توفّرت بعض الأحكام الخاصة بالنسبة إلى عقلة السفن[2]

(1) يراجع التعليق على الفصول 404 إلى 409 م.م.م.ت.

(2) أوردت مجلة التجارة البحرية إجراءات خاصة بعقلة السفينة تنفيذيا بالفصول من 107 إلى 128. ووضعت شروطا خاصة بالسفينة موضوع العقلة والأطراف والسند أساس العقلة وآثارها وإجراءات إتمامها.

ـ شروط السفينة: فلا تجرى على السفينة عقلة تنفيذية على معنى مجلة التجارة البحرية إلا إذا كانت قابلة للرهن، وتكون السفينة قابلة للرهن إذا كانت ذات دفع آلي ومسجلة بدفتر التسجيل والتي تمّ صنعها أو كانت بصدد الصنع(الفصل 65 من مجلة التجارية البحرية.).
أما إذا كانت غير ذلك فتجرى العقلة التنفيذية طبق الإجراءات العامة للعقلة التنفيذية كما وردت بمجلّة المرافعات المدنية والتجارية سواء كانت السفينة تونسية أو أجنبية، وتكون حمولتها دون عشرة أطنان حجمية(الفصل 107 من مجلة التجارة البحرية.).

ـ الأطراف (أصلا وحلولا): أما على مستوى الأطراف، فيجوز لكلّ دائن أن يجري العقلة مهما كانت طبيعة دينه، والمفروض أن يكون المعقول عنه هو مالك السفينة. ويمكن الحلول مكان الدائن العاقل إن رفض مواصلة الإجراءات ويحكم في مطالب الحلول أو تعيين الجلسات طبقا لمجلة المرافعات المدنية والتجارية، حيث نصّ الفصل 440 ـ م.م.م.ت على مايلي «إن لم يتمم القائم بالتتبع إحدى الموجبات أو لم يقم بعمل من أعمال الإجراءات في الآجال المضروبة يجوز لكل دائن بيده سند تنفيذي أو سند مرسم وحل أجل دينه أن ينذره بواسطة أحد العدول المنفذين بأن عليه التمادي على الإجراءات في الثمانية أيام الموالية وإن لم يستمر عليها يقع القيام عليه بدعوى في الحلول محله ويصدر الحكم في هذه الدعوى خلال الشهر.

وعلى القائم بالتتبع الذي يحكم بإحلال غيره محله أن يسلم مقابل وصل ما بيده من أوراق تتعلق بالتتبعات إلى ذلك الغير الذي يقوم بمواصلة الإجراءات عن مسؤوليته الخاصة وما صرفه القائم بالتتبع يستخلص وفقا لأحكام الفصلين 429 و430.
ولمن صدر الحكم بحلوله أن يغير الثمن الافتتاحي المعين من طرف طالب التتبع وذلك بمجرد تصريح يقدمه إلى كتابة المحكمة ويضاف إلى كراس الشروط على أنه إذا تم الإشهار أو شرع فيه فإن الثمن الافتتاحي لا يمكن تغييره إلا بشرط إشهار البتة والإعلان عنها من جديد حسب الصيغ والآجال التي جاءت بها الفصول 418 إلى 420 مع بيان الثمن الافتتاحي الجديد»..

ـ سند العقلة: ويشترط في إجراء العقلة على معنى مجلة التجارة البحرية أن يكون للدّائن حكم أحرز على قوّة اتصال القضاء أي أصبح قابلا للتنفيذ أو كان له سند مرسّم بدفتر التسجيل بتونس حلّ أجله.

ـ آثار العقلة: وميزة عقلة السفينة أنّها تجمّد السفينة بالميناء الذي أرست فيه، فلا تغادره إلا بعد إتمام جميع الإجراءات، فبمجرد أن يتسلم رئيس الميناء نسخة من محضر العقلة التنفيذية يجب أن يمنع السفينة من الإقلاع إلى أن يسلم إليه ما يفيد رفع العقلة التنفيذية أو يدلى بحكم يأذن بالإقلاع أو ما يثبت أنّ المبتت له قد دفع المصاريف وأمّن الثمن. ولا يجوز للمدين بعد ترسيم العقلة بدفتر التسجيل أن يفوت فيها بأيّة طريقة أو أن يرهنها.

ـ إجراءات العقلة: أما بالنسبة إلى إجراءات إتمامها فإنه من الممكن التمييز بين مرحلة ما قبل تعهّد المحكمة وبعدها.

+المحضر والإعلام به وترسيمه: فتجرى العقلة بواسطة عدل تنفيذ بمجرد الإعلام بالحكم في نفس اليوم، ويبين العدل بمحضر العقلة التنفيذية أو بمحضر تحويل العقلة التحفظية التي سبق إجراؤها إلى عقلة تنفيذية اسم الدائن وهويته وطبيعة السند والمقر المختار للدائن بمكتب أحد المحامين الذين لهم الحق في مباشرة البيوعات العقارية لدى المحاكم وبيان المحكمة الابتدائية التي يجب إجراء البيع لديها، وهي محكمة المكان الراسية به السفينة واسم المعقول عليه وهويته واسم السفينة ونوعها وحمولتها وجنسيها. ويذكر العدل بيانا مختصرا للسفينة وآلتها المحركة وأهم ملحقاتها.
ويسلم العدل حالا إلى رئيس الميناء نسخة من محضر العقلة التنفيذية ويمضي الأصل. ويعين حارسا يجوز أن يكون ربان السفينة.
ويجب على طالب العقلة أن يبلغ إلى المعقول عليه في ظرف 15 يوما نسخة من محضر العقلة مع استدعائه للحضور بجلسة العقلات العقارية بالمحكمة الابتدائية لمكان العقلة للحكم بإتمام البيع. ويجوز تبليغ النسخة المذكورة إلى الربان وفي غيابه إلى الشخص الذي يمثل المدين. و إذا كان المدين مقيما خارج البلاد وكان الربان غائبا بدوره ولم يتوفر من يمثل المدين توجه النسخة إلى الخارج إذا كان المدين معلوم المقر.
وتبلّغ كذلك نسخ من العقلة والاستدعاء إلى مكتب التسجيل قصد ترسيم العقلة، وإلى الدائنين المرسمين أو المقيّدة حقوقهم احتياطيا ومن له حق الفسخ قصد التداخل في القضية إن شاؤوا.

+الإشهارات: وتتلخّص الإشهارات المفروضة في عقلة السفينة في تعليق الإعلانات والإدراج بالرائد الرسمي وبإحدى الصحف اليومية، حيث يتعين تعليق الإعلانات وإدراج

نصها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبإحدى الصحف اليومية الصادرة بالبلاد التونسية فضلا عن طرق النشر الأخرى التي يمكن أن تـأذن بها المحكمة بطلب من أحد الخصوم وعلى نفقته المسبقة ويجب أن يبين بالإعلانات والمعلقات اسم طالب التنفيذ ولقبه وحرفته ومقره والسند الذي يستند إليه والمقر الذي كان اختاره واسم المدين ولقبه وحرفته ومقره وكذلك اسم المدين ولقبه وحرفته ومقره واسم مالك السفينة وهويته ومكان وجود السفينة والثمن الافتتاحي وشروط البيع وتاريخ البتة ومكانها وساعتها. وتعلق الإعلانات بأبرز جزء ظاهر من السفينة المعقولة وبالمكان المخصص لتعليق الإعلانات بالمحكمة التي سيجري البيع لديها وبالميناء الذي توجد به السفينة، ويحرر عدل منفذ محضرا في ذلك.

+الإجراءات القضائية (المحكمة المختصة، الاعتراض، التبتيت، المزايدة، البيع بسبب النكول، توزيع الثمن): وتجرى الإجراءات القضائية للعقلة بدائرة البيوعات العقارية بالمحكمة الابتدائية وتكون المحكمة المختصة هي محكمة المكان الراسية به السفينة. ويجرى البيع بعد ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ إنهاء الإشهارات ولا يجوز تعيين تاريخ البيع بعد 3 أشهر. ويجب أن يضيف محامي طالب العقلة إلى ملف القضية محضر تعليق الإعلانات ونسخة من الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ومن الصحيفة اليومية الواقع بهما الإشهار. وتضاف النسخ المبلغة إلى مكتب التسجيل والدائنين إلى الملف المقدم إلى المحكمة مع قائمة في الترسيمات المحمولة على السفينة.

على أنّه يمكن طلب بطلان الإجراءات أو إدعاء استحقاق المعقول ويتم القيام بدعوى الاستحقاق أو بدعوى البطلان **عشرة أيام** على الأقل قبل اليوم المعين لإجراء البتة بواسطة عريضة يقدمها محام تتضمن تاريخ الجلسة بدائرة العقل العقارية بالمحكمة التي قضت بإجراء البيع ومستندات البطلان أو الاستحقاق وإلا سقط الحق في القيام بالدعوى. وعلى محامي طالب العقلة أن يجيب على ذلك بتقرير في أجل خمسة أيام. والقيام بهذه الدعاوى لا يوقف إجراءات البيع. **ولا يمكن الطعن في الحكم إلا بالتعقيب** ويجب تقديم مطلب التعقيب في أجل خمسة أيام من تاريخ صدور الحكم. وتحط الآجال المنصوص عليها بالفصلين 185 و186 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية إلى نصفها. وقد نصّ الفصل 185 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 54 لسنة 1967 المؤرخ في 8 ديسمبر 1967) ـ «على الطاعن خلال أجل لا يتجاوز 30 يوما من تاريخ تقديم عريضة الطعن أن يقدم لكاتب المحكمة ما يأتي وإلا سقط طعنه :

أولا : محضر إعلامه بالحكم المطعون فيه إن وقع إعلامه به.

ثانيا : نسخة من الحكم المطعون فيه مشفوعة بنسخة رسمية من الحكم الابتدائي إذا كانت أسباب هذا الحكم متممة له ولم تكن مدرجة به.

ثالثا : مذكرة من محاميه في بيان أسباب الطعن بصورة توضح نوع الخلل المقصود من الطعن وتحديد مرماه مع ما له من المؤيدات.

رابعا : نسخة من محضر إبلاغ خصومه نظيرا من تلك المذكرة بواسطة العدل المنفذ».

كما نصّ الفصل 186 م.م.م.ت على ما يلي «ـ على المعقب ضده إذا أراد الدفع أن يقدم بواسطة محام إلى كتابة المحكمة مذكرة في دفاعه ومؤيداته بعد إطلاع محامي الطاعن عليها وذلك خلال مدة لا تتجاوز الثلاثين يوما من تاريخ محضر إعلامه بعريضة أسباب

الطعن». وتعتبر دعاوى البطلان المقام بها بعد الأجل المشار إليه لاغية. وتتحول دعاوى الاستحقاق التي يتم القيام بها بعد ذلك الأجل أو بعد البتة حتما إلى اعتراضات على تسليم المبالغ الحاصلة من البيع وينظر فيها عند إجراء توزيع ثمن التبتيت.

وإذا لم يقع خلاص طالب التتبع قبل التاريخ والساعة المعينين للبتة فإن البيع يجري حسب الصيغ الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية، أي أن يتّبع نفس الإجراء المعتمد بالنسبة إلى العقلة العقارية في المزايدة والتبتيت والتسعير وصيغة الحكم. وتحكم الدائرة في النهاية بإجراء البيع بعد ضبط شروطه إلى المبتت له ويمكن البيع لفائدة الدّائن العاقل بالثمن الافتتاحي في غياب أيّة مزايدة. وهذا الحكم لا يمكن الطعن فيه بأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب.

ولا تقبل أية زيادة بعد التبتيت. وتدفع مصاريف البتة دون سابق إنذار خلال **أجل عشرة أيام** من تاريخ البتة إلى المحامي القائم بالتتبع. كما يجب تأمين ثمن التبتيت دون سابق إنذار خلال نفس الأجل بصندوق الودائع والأمائن بالخزينة العامة للبلاد التونسية.

وإذا لم تدفع المصاريف ولم يتم التأمين يعاد بيع السفينة بموجب النكول في ظرف خمسة عشر يوما بعد القيام من جديد بنفس الإشهار والإعلانات وبالجلسة التي يعينها رئيس دائرة العقل العقارية إثر عريضة تقدم إليه ودون استدعاء للحضور. ويجبر الناكل على أداء النقص والمصاريف بحكم مستقل يصدر بمجرد انتهاء البتة ودون إجراءات أخرى.

ولا تنتقل ملكية السفينة بالتبتيت إلا إذا كان متبوعا بدفع المصاريف وتأمين الثمن. وتنتقل هذه الملكية مطهرة من كل الحقوق التي لم يقبلها المشتري. وينجر عن التبتيت قانونا زوال المانع من إقلاع السفينة. و يترتب عن التبتيت انتهاء وظيفة الربان بخصوص السفينة موضوع العقلة.

وإذا كانت السفينة مسجلة بالبلاد التونسية فإنه يتم التنصيص على التبتيت والتشطيب على التنصيصات المتعلقة بحقوق الامتياز أو الرهون أو دعاوى الفسخ أو القيود الاحتياطية بتقديم الوثائق التالية من قبل المبتت إلى المصالح المختصة بتسجيل السفينة : حكم التبتيت والوصل المسلم من قبل المحامي طالب العقلة والقاضي باتصاله بمصاريف البتة والوصل المسلم من صندوق الودائع والأمائن بالخزينة العامة للبلاد التونسية والقاضي بوقوع تأمين ثمن التبتيت.

ويجب على المبتت له أن يطلب ترسيم محضر التبتيت بدفتر التسجيل وفي صورة عدم القيام بذلك يمكن لكل من له مصلحة أن يطلب ترسيم محضر التبتيت بتقديم نسخة منه.

ويقع نهاية توزيع ثمن التبتيت حسب الترتيب الذي اقتضته أحكام مجلة التجارة البحرية وأحكام القانون العام، فتقدّم الديون البحرية على الديون المدنية أو التجارية غير البحرية. وكل دائن في المحاصصة يحاصص بأصل الدين والفوائض المعتمدة والمصاريف. وتبقى إجراءات التوزيع والآجال وطرق الطعن هي نفسها إجراءات التوزيع أو ترتيب الدائنين الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية.

(1) أورد القانون عدد 58 لسنة 1999 مؤرخ في 29 جوان 1999 المتعلق بإصدار مجلة الطيران المدني إجراءات خاصة بالعقلة التنفيذية للطائرة بالفصول 44 إلى 66 منه. والملاحظة الأساسية في ذلك أنّها تشتبه بإجراءات العقلة العقارية وإن كان المعقول منقولا، خاصة

على مستوى تعهّد دائرة البيوعات العقارية بالبتّة المتعلّقة بالطائرة والإجراءات المتّبعة في البتّة. على أنّ هذه العقلة لها ما يميزها سواء على مستوى السند الذي على أساسه تجرى العقلة أو على مستوى الأطراف أو على مستوى موضوع العقلة أو آثارها أو إجراءاتها.

ـ السند: أما على مستوى السند، فتجرى العقلة التنفيذية على الطائرات بناء على حكم أحرز على قوة ما اتصل به القضاء بمعنى أن يصبح الحكم قابلا للتنفيذ سواء بتفويت آجال الطعن العادية أو بانتهائها.

ـ الأطراف: أما على مستوى الأطراف، فيجوز لكلّ دائن أن يجري العقلة مهما كانت طبيعة دينه، والمفروض أن يكون المعقول عنه هو مالك الطائرة. ويمكن الحلول مكان الدائن العاقل إن رفض مواصلة الإجراءات(الفصل 60 من القانون.) ويحكم في مطالب الحلول أو تعيين الجلسات طبقا لأحكام الفصل 440 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

ـ الموضوع: أما على مستوى موضوعها فهي تتعلّق بطائرة قابلة للعقلة، بمعنى أن تكون طائرة خاصة سواء ذات جنسية تونسية أو أجنبية. ولا يجوز إجراء أي بيع جبري، إذا كان من المتوقع أن ثمن البيع لا يفي بخلاص حقوق الدائنين التي وقع إثباتها لدى السلطة المختصة والمفضلة على ديون الدائن العاقل طبقا للتشريع الجاري به العمل، أو لم يتكفل بها المشتري. ولا ينطبق هذا الحكم على العقل التي يطلبها المتضررون ومن لهم حقوق نتيجة الأضرار التي تسببت فيها الطائرة على السطح والتي لم يقع تأمينها بمبلغ يساوي قيمة الطائرة وهي جديدة(الفصل 50 من القانون.). فليس من الممكن بيع الطائرة جبريا ممن هو أقلّ رتبة في درجة الدائنين إذا كان ثمن الطائرة لا يغطّي ديون من تقدّم من الدّائنين. ولا يستثنى من ذلك إلا البيع المطلوب من قبل المتضررين غير المؤمنين.

ـ الآثار: أما على مستوى الآثار، فهي تجمد الطائرة في المطار الذي توجد به. وعلى آمر المطار ابتداء من تسلم نسخة من محضر العقلة التنفيذية أن يمنع الطائرة من الإقلاع إلى أن يسلم إليه ما يفيد رفع العقلة التنفيذية أو يقع الإدلاء إليه بحكم يأذن بالإقلاع أو بما يثبت أن المبتت له قام بدفع المصاريف والثمن أو تأمينهما (الفصل 45 من القانون.). ولا يجوز للمدين بداية من تاريخ ترسيم العقلة التنفيذية بدفتر التسجيل أن يفوت في الطائرة أو أن يرهنها(الفصل 48 من القانون.).

ـ الإجراءات: أما على مستوى الإجراءات فيمكن التمييز بين مرحلتين، قبل تعهّد دائرة البيوعات العقارية وبعد التعهّد.

+محضر العقلة والإعلام به وترسيمه: قبل التعهّد، تجرى العقلة بواسطة عدل تنفيذ ويعلم آمر المطار والمعقول عنه ومصلحة التسجيل والدائنين ويفترض إنهاء جميع الإشهارات الضرورية.

فتنطلق الإجراءات بإعلام المدين بالحكم ويمكن إجراء العقلة التنفيذية في نفس يوم الإعلام بالحكم بواسطة عدل تنفيذ. ويبين العدل المنفذ بمحضر العقلة أو بمحضر تحويل العقلة التحفظية التي سبق إجراؤها إلى عقلة تنفيذية: اسم الدائن ولقبه وصفته وحرفته ومقره، والسند الذي بموجبه يجري التنفيذ، والمقر المختار للدائن بمكتب أحد المحامين الذين لهم الحق في مباشرة البيوعات العقارية لدى المحاكم، وبيان المحكمة الابتدائية التي يجب إجراء البيع لديها وهي محكمة المكان الذي توجد به الطائرة، واسم المعقول عليه ولقبه وصفته وحرفته ومقره، ونوع الطائرة وجنسيتها وتسجيلها. ويذكر العدل المنفذ

بيانا مختصرا للطائرة ولأهم ملحقاتها ويعين حارسا يجوز أن يكون قائد الطائرة(الفصل 44 من القانون.). ويسلم العدل المنفذ حالا إلى آمر المطار نسخة من محضر العقلة التنفيذية المجراة ويطلب منه إمضاء الأصل.

وعلى طالب العقلة أن يبلغ إلى المعقول عليه في ظرف خمسة عشر يوما نسخة من محضر العقلة مع استدعائه للحضور أمام دائرة البيوعات العقارية بالمحكمة الابتدائية لمكان العقلة للحكم بإتمام بيع الطائرة المعقولة. كما يمكن أن تبلغ النسخة المشار إليها من محضر العقلة إلى قائد الطائرة أو عند غيابه إلى الشخص الذي يمثل المدين. وإذا كان المدين مقيما خارج البلاد التونسية وكان قائد الطائرة غائبا ولم يكن هناك من يمثل المدين فيوجه الإعلام بمقره بالخارج إن كان له مقر على معنى الفصل 9 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية(الفصل 46 من القانون.)

وإذا كانت الطائرة مسجلة بالبلاد التونسية تبلغ نسخ من محضر العقلة ومن الاستدعاء للحضور أمام دائرة البيوعات العقارية في نفس الأجل إلى مصلحة تسجيل الطائرات المدنية قصد ترسيم العقلة بدفتر التسجيل وإلى الدائنين المرسمين أو الذين لهم حق الفسخ أو الذين قيدوا دعواهم قيدا احتياطيا ليتداخلوا في القضية إن شاؤوا. وتضاف أصول تلك النسخ إلى الملف المقدم إلى المحكمة مع قائمة في الترسيمات المحمولة على الطائرة.

وإذا لم تحترم إجراءات إعلام مصلحة التسجيل والدائنين يكون البيع قابلا للإبطال ويمكن طلب إبطاله من قبل كل شخص لحقه منه ضرر على أنه يتعين عليه التقدم بمطلب في ذلك خلال أجل **ستة أشهر بداية من تاريخ البيع**(الفصل 47 من القانون.).

+الإشهارات: وتتلخص الإشهارات في تعليق الإعلانات والإدراج بالرائد الرسمي وبإحدى الصحف اليومية، حيث يتعين تعليق الإعلانات وإدراج نصها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبإحدى الصحف اليومية الصادرة بالبلاد التونسية فضلا عن طرق النشر الأخرى التي يمكن أن تـأذن بها المحكمة بطلب من أحد الخصوم وعلى نفقته المسبقة(الفصل 52 من القانون.). ويجب أن يبين بالإعلانات والمعلقات اسم طالب التنفيذ ولقبه وحرفته ومقره والسند الذي يستند إليه والمقر الذي كان اختاره واسم المدين ولقبه وحرفته ومقره وكذلك اسم مالك الطائرة المعقولة ولقبه وحرفته ومقره وطراز الطائرة ومكان وجود الطائرة والثمن الافتتاحي وشروط البيع وتاريخ البتة ومكانها وساعتها(الفصل 53 من القانون.). وتعلق الإعلانات بأبرز جزء ظاهر من الطائرة المعقولة وبالمكان المخصص لتعليق الإعلانات بالمحكمة التي سيجري البيع لديها وبالمطار الذي توجد به الطائرة، ويحرر عدل منفذ محضرا في ذلك(الفصل 54 من القانون.).

+الإجراءات القضائية: ويجرى البيع الواقع إثر عقلة بجلسة العقل العقارية بالمحكمة بعد **ثلاثين يوما على الأقل** من تاريخ إنهاء الإشهارات ويجري البيع بدائرة العقل العقارية في اليوم المعين من قبل المحكمة. ولا يجوز تعيين تاريخ البيع قبل ستة أسابيع من تاريخ محضر العقلة. ويجب أن يضيف محامي طالب العقلة إلى ملف القضية محضر تعليق الإعلانات ونسخة من الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ومن الصحيفة اليومية الواقع بهما الإشهار(الفصل 55 من القانون.).

وتتعهّد بالبيع دائرة البيوعات العقارية بالمحكمة الابتدائية لمكان العقلة، وبتعهّد المحكمة تعين القضية إلى الجلسة التي سيتم بها بعد تعيين الثمن الافتتاحي من الدائن العاقل.

بسبب النكول. وقد أوردت الفصول 243 و244 و245 و247 من المجلة التجارية هذه الخصوصية.

فمن الممكن أن يصدر طلب الإذن من الدائن العادي أو المرتهن أو الممتاز وحتى من المدين نفسه أو بمناسبة النظر في طلب الالتزام بالأداء. وهو حكم يصدر عن المحكمة الابتدائية قابل للتنفيذ بالرغم من الاستئناف. ويجب أن يورد نصّ الحكم واجب إنذار المدين إن لم يدفع وتعيين المأمور العمومي الذي سيتولى البيع وتاريخه والثمن الافتتاحي والإشهارات التكميلية عند الاقتضاء وحراسة الأصل وإمكانية تسليم المحصول إلى الدائن القائم بالتتبع إذا لم يكن هناك دائن مقيد أو معارض. ويتحتم إعلام الدّائنين والمدين بهذا الحكم وتقع دعوتهم للاطلاع على كراس الشروط قبل 15 يوما من تاريخ البتة، وبإمكانهم الاعتراض على جميع الإجراءات في الموعد ولهم في النهاية المساهمة في توزيع الثمن بقدر درجتهم. ويجب إنهاء جميع الإشهارات الضرورية وهي التعليق بمقر المحكمة والرائد الرسمي 10 أيام قبل تاريخ البتة. ويجوز دوما الاعتراض على الإجراءات أمام رئيس المحكمة الابتدائية بمكان الأصل 8 أيام على الأقصى قبل تاريخ البتة لمناقشة صحة كراس الشروط وما ورد بها من بيانات وإلا سقط الحق. ويقع البيع نهاية في أجل 10 أيام على الأقل من تاريخ التعليق بسعي من عدل التنفيذ. وإذا لم يوف المبتت له بما عليه يجب إعادة البيع بسبب النكول وتحمل الأضرار على الناكل. ويصحّ في النهاية إذا تعدّد الدائنون المساهمة في إجراءات التوزيع.

ـ إذن المحكمة بالبيع: فيجوز لكل دائن إذا كان يباشر إجراء عقلة تنفيذية وللمدين المعرض لهذا الإجراء أن يطلبا من المحكمة التي يقع بدائرتها الأصل التجاري الإذن ببيعه جملة مع المعدات والسلع التابعة له. فلا يكفي صدور حكم بالأداء والإعلام به وإجراء العقلة التنفيذية والإعلام بها بل لا بدّ من طلب الإذن من المحكمة في البيع طبق إجراءات معينة. وتقرر المحكمة بطلب من الدائن القائم بالتتبع أنه إذا لم يدفع المدين ما عليه خلال 8 أيام بعد التنبيه عليه بالدفع يقع بيع الأصل التجاري نزولا عند رغبة الدائن. ويكون الأمر بالمثل إذا طلب الدائن الإذن ببيع الأصل التجاري في أثناء نشر النازلة المقدمة من المدين، أي إذا بادر المدين إلى رفع القضية.

وإذا لم يطلب الدائن الإذن بالبيع تقرر المحكمة ولو من تلقاء نفسها تعيين الأجل الذي يجب فيه إجراء البيع المطلوب من المدين، 8 أيام بعد التنبيه على المدين بالدفع ويبقى دون جواب. وتأذن مع ذلك بأنه إذا لم يباشر المدين البيع في الأجل المحدد له يقع التمادي على إجراءات العقلة التنفيذية ابتداء من آخر إجراء وقفت عنده.

وتكلف المحكمة عند الاقتضاء من يتولى مؤقتا إدارة الأصل التجاري وتعين السعر الافتتاحي المطروح للمزايدة وتضبط الشروط الأساسية التي يجب إتمام البيع على مقتضاها وتعهد بإجراء البيع إلى المأمور العمومي الذي يباشر تحرير كراس الشروط.

وإذا ظهر من المفيد القيام بإجراءات إشهار استثنائية وجب ذكرها في الحكم أو إن أهملها الحكم فيمكن صدور الإذن بها بمقتضى قرار على عريضة من رئيس المحكمة . ويجوز للمحكمة أن تأذن بحكمها للشخص القائم بالتتبع إذا لم يكن هنالك دائن مقيد أو معارض وبشرط طرح المصاريف الممتازة لمن له الحق فيها بأن يقبض الثمن مباشرة مقابل توصيل منه إما من المبتت له وإما من المأمور العمومي المباشر للبيع بحسب الحال ويطرح من دينه

ما قبضه منه أو أنه لا يتسلم من الثمن إلا بقدر دينه أصلا وفوائض ومصاريف. و يجب أن يصدر الحكم في خلال الشهر الذي يلي تاريخ تقييد القضيّة ويكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ طبقا لمسودة الحكم قبل تسجيله وإذا وقع استئنافه وجب على محكمة الاستئناف أن تصدر حكمها في خلال خمسة وأربعين يوما ويكون حكمها قابلا للتنفيذ طبقا لمسودة الحكم قبل تسجيله وعلى المأمور العمومي المخول له ذلك قانونا مباشرة إجراءات البيع في ظرف أقصاه ستون يوما من تاريخ التعهد(الفصل 243 من المجلة التجارية، الفقرة الأخيرة منه «أضيفت بالقانون عدد 61 لسنة 2000 المؤرخ في 20 جوان 2000.).

إعلام الدائنين والمالك: وعلى الدائن القائم بالتتبع أن ينبه على مالك الأصل التجاري والدائنين المقيدين الذين سبق تقييدهم الحكم بالبيع، أي يعلمهم بالإذن الصادر بالبيع، في المحل المختار في تقييد كل منهم وذلك قبل البيع بخمسة عشر يوما على الأقل للاطلاع على كراس الشروط وبيان ما لهم من الاعتراضات أو الملاحظات ولحضورهم للتبتيت متى شاءوا.

الإشهارات: ويكون البيع بعد عشرة أيام على الأقل من وضع المعلقات المتضمنة لاسم الشخص القائم بالتتبع ومالك الأصل التجاري مع بيان حرفة كل منهما ومقره والحكم الصادر بالبيع والمحل المختار بمكان المحكمة التي بدائرتها الأصل التجاري والعناصر المختلفة التي يتكون منها الأصل التجاري ونوع أعماله التجارية وموقعه والسعر الافتتاحي والمكان واليوم والساعة التي يحصل فيها التبتيت واسم المأمور المكلف بالبيع والمحرر لكراس الشروط ومقره .

وتوضع هذه المعلقات وجوبا بسعي من المأمور المكلف على الباب الرئيسي للمحل وإذا كان الأصل التجاري قائما في منطقة البلدية فيكون وضعها بإدارة البلدية وإلا بالمعتمدية وعلى الباب الرئيسي للمحكمة التي بدائرتها الأصل التجاري وعلى باب مكتب المأمور المكلف.

وينشر الإعلان كذلك قبل البيع بعشرة أيام بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبإحدى الجرائد اليومية ويجب التنصيص بمحضر البيع على وقوع الإشهار بالطريقة المتقدمة.

الاعتراض: ويفصل عند الاقتضاء رئيس المحكمة التي بدائرتها الأصل التجاري في أوجه الطعن ببطلان إجراءات البيع المتقدمة عن البتة وفي المصاريف ويجب القيام بالمعارضة بأوجه البطلان **قبل البتة بثمانية أيام على الأقل وإلا سقط الحق في القيام بها.** ويجب أن يصدر الحكم في خلال الشهر الذي يلي تاريخ تقييد القضية ويكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ طبقا لمسودة الحكم قبل تسجيله وإذا وقع استئنافه وجب على محكمة الاستئناف أن تصدر حكمها في خلال خمسة وأربعين يوما ويكون حكمها قابلا للتنفيذ طبقا لمسودة الحكم قبل تسجيله (الفصل 245 من المجلة التجارية.).

ـ التبتيت: يقع بيع الأصل التجاري بسعي من عدل التنفيذ المعين في أجل 10 أيام على الأقل من تاريخ إنجاز التعليق أمام المحكمة أو المعتمدية والإشهار بالرائد الرسمي.

ـ البيع بسبب النكول: وإذا لم يقم المبتت له بالشروط الواجبة عليه بمقتضى البتة، أي دفع الثمن في أجل لا يتجاوز 7 أيام، فيعاد بيع الأصل التجاري بإبطال المزايدة الأولى وتعاد إجراءات الإشهار كما هو مقرر في البداية. ويكون الناكل في البيع ملزما تجاه دائني البائع والبائع نفسه بالنقص الذي بين الثمن الذي يثبت به المبيع له

أولا و الثمن الحاصل من البيع الجديد، وليس له المطالبة بما عسى أن يزداد في ثمن البيع الجديد(الفصل 247 من المجلة التجارية.). ولا تقبل زيادة على المزايدة بالسدس إذا حصل البيع على هذه الأوضاع(الفصل 249 من المجلة التجارية.).

ويذكر أنّ إجراءات البيع المعتمدة بالنسبة إلى الدائن العادي الذي يباشر عقلة تنفيذية وبالنسبة إلى المدين المعرض لإجراءات التنفيذ(الفصل 243 م.ت) هي نفسها المنطبقة بالنسبة إلى الدائن المرتهن والبائع الممتاز في ثمن البيع الذي لم يتسلّمه(الفصل 244 م.ت.) و بالنسبة إلى طلب الدائن أداء الدين أمام المحكمة (الفصل 246 م.ت.).

ـ إجراءات توزيع الثمن: إذا أذنت المحكمة لعدل التنفيذ بأن يسلم المحصل إلى الدائن ولم يسجل أي دائن اعتراضه يسلم العدل الثمن مباشرة إلى الدّائن أما إذا تعدّد الدائنون ففي ذلك إجراءات خاصة تبدأ بضرورة تأمين الثمن وتوزيعه على الدّائنين.

والمبدأ أنّه من الممكن للدائنين أن يتفقوا رضائيا على التوزيع، فإن تعذّر يرفع الأمر إلى القضاء لإعداد قائمة التوزيع النهائية على معنى الفصول 259 إلى 268 من المجلة التجارية.

وعلى المشتري تأمين كامل الثمن بصندوق الودائع بعد التنبيه عليه في أجل 15 يوما من أحد الدائنين. ويجب كذلك تسليم السندات التي لم يحل أجلها إلى المكلّف بالإدارة.

وبرفع الأمر من أي شخص له المصلحة، الدائن والبائع والمشتري إلى كتابة المحكمة الابتدائية مع بيان قائمة الدائنين المرسمين والاعتراضات المسجلة في الغرض، فيعين رئيس المحكمة حاكما مكلفا الذي يجب أن يقوم بما يلي:

ـ يستدعي جميع الدائنين واالبائع والمشتري بواسطة رسائل مضمونة الوصول لتقديم ما لهم من دفوعات في أجل 15 يوما بعد تقديم العريضة. على أن يكون ذلك 20 يوما قبل تاريخ انعقاد الجلسة التي يجب أن تعقد ثلاثين يوما على الأقل وستين يوما على الأكثر من تاريخ إيداع الحجج بكتابة المحكمة.

ـ يلزم المدين بالتأمين أو إحالة السندات إذا رفض ويمكن إلزامه بذلك بالطرق القانونية.

ـ يترأس الجلسة ويحرّر قائمة التوزيع بعد الوقوف على مراتب الدّيون وحججهم وتقريب وجهات النظر. ويمكن أن تكون نتيجة التراضي بينهم. فإذا لم تتحقق المراضاة بينهم يعدّ القاضي المكلف قائمة التوزيع ويودعها بكتابة المحكمة فإذا لم تسجل أية معارضة في أجل 15 يوما من تاريخ إيداعها أصبحت نهائية. وإذا وقعت المعارضة يحرر تقريرا في ذلك ويودع بكتابة المحكمة في ظرف 15 يوما بعد انقضاء الأجل الأول، ثمّ يحال إلى الجلسة ويستدعى الأطراف إلى المحكمة 8 أيام قبل انعقاد الجلسة. وتصدر المحكمة الابتدائية حكمها ويمكن استئنافه. ويحرر الحاكم المكلف القائمة النهائية على ضوء الحكم الابتدائي إذا لم يقع استئنافه أو على ضوء القرار الاستئنافي إذا وقع الاستئناف في أجل لا يتجاوز 8 أيام من تاريخ صدور الحكم. ويمكن تعقيب القرار الاستئنافي ويبدأ أجل التعقيب من تاريخ صدور القرار الاستئنافي.

وتسلّم جداول الترتيب في المحاصة de collocation les bordereaux في النّهاية إلى صندوق الودائع والأمانات لتسليم المبالغ إلى أصحابها، ويسلم كذلك من كلّف بإدارة الأصل المبالغ التي استخلصها على أساس السندات المؤجلة، ويبقى كذلك مؤهلا في استخلاص ما لم يحلّ أجله بعد بشرط تمكينه من هذه السندات ويمكن له أن يحيلها

والملكية الصناعية[1]. وبالتالي هناك إجراءات عامة لعقلة المنقول تنفيذيا

بالخصم أو أن يدفعها لأداء دين ويجب أن يقوم بجميع الإجراءات حتى لا يسقط حقّ الدائن.

(1) الملكية الصناعية هي الملكية التي تنصرف إلى ملكية براءة الاختراع و حماية علامات الصنع والتجارة والخدمات وحماية الرسوم والنماذج الصناعية وحماية التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة. وهي حقوق قابلة للإحالة والرهن والعقلة ويشترط ضرورة التقييد بالدفتر المعدّ لذلك(علي كحلون: قانون التأمينات، المرجع السابق، ص 435 وما بعد.).

ولا تقوم الحماية في جميع عناصر الملكية الصناعية إجمالا إلا بسبق إيداع الحقوق وترسيمها بسجلّ خاص تمسكه الإدارة المشرفة على الملكية الصناعية، المعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية، بعد توفر شروطه مع إمكانية حق الرجوع في الإيداع ويبقى الحق محميا طيلة أجل معين طالما أنه لم يقع إبطاله أو سقوطه وكلّ عمل مرتبط بهذا الحق سواء كان إحالة أو عقلة أو رهن يجب ترسيمه لمعارضة الغير به.

وقد أنشئت بالمناسبة على المستوى الدولي المنظمة العالمية للملكية الفكرية منذ سنة 1967 OMPI وأصبحت منذ 17 ديسمبر 1974 إحدى وكالات الأمم المتحدة المتخصّصة. كما أنشئ بتونس المعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية INNORPI بموجب القانون عدد 66 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت 1982، وهو الهيكل الذي يشرف على قطاع الملكية الصناعية. وصدرت النصوص المنظمة للمعهد وكذلك المبينة لإجراءات التسجيل ومسك السجلات المناسبة(الأمر عدد 1314 المؤرخ في 24 سبتمبر 1982 المتعلق بتنظيم وتسيير المعهد الوطني للمواصفات والملكية الصناعية.).

فقد الفصل 62 من القانون عدد 84 لسنة 2000 مؤرخ في 24 أوت 2000 يتعلق ببراءات الاختراع على أنه يمكن للحقوق الناجمة عن براءة أو مطلب براءة أن تكون قابلة للانتقال أو الإحالة كليا أو جزئيا. وإذا اشترك عدة أشخاص في مطلب براءة أو في ملكية براءة فيمكن لكل واحد منهم بمفرده أن يحيل و أن ينقل منابه في مطلب البراءة أو في البراءة. وتكون الإحالة أو انتقال الحقوق بكتب وإلا كانت باطلة. وتتم عقلة براءات الاختراع وفق مقتضيات مجلة المرافعات المدنية والتجارية. غير أنه يجب أيضا على القائم بالعقلة أن يعلم صاحب البراءة والهيكل المكلف بالملكية الصناعية وكل شخص له حقوق على البراءة بالعقلة وإلا فإنها تكون باطلة. ولا يمكن الاحتجاج لدى الغير بكل إحالة أو انتقال حقوق أو تسجيل عقلة أو تسجيل تصحيح أو رفع عقلة إلا إذا تم ترسيمها بالسجل الوطني للبراءات وذلك بعد دفع أتاوة .

وإذا سبق تقديم مطلب الترسيم فلا يمكن سحبه إلا بموافقة من وظف لفائدة الرهن حيث يجوز على معنى الفصل 32 من نفس القانون «سحب مطلب البراءة في أي وقت قبل منحها بتصريح كتابي. ويخضع السحب لدفع إتاوة يضبط مقدارها بأمر. لا ينسحب التصريح بالسحب إلا على مطلب واحد. ويقدم التصريح من قبل طالب البراءة أو وكيله ويرفق تصريح الوكيل بتفويض خاص بالسحب. وإذا تم إيداع مطلب البراءة باسم عدة أشخاص فإنه لا يجوز سحبه إلا إذا كان التصريح مقدماً من قبلهم جميعاً أو عن طريق وكيل مشترك. وإذا رسمت بالسجل الوطني للبراءات حقوق رهن أو حقوق ترخيص فإن

كما هناك إجراءات خاصة بأصناف من المنقولات. وقد أوردت الفصول 390 إلى 403 م.م.م.ت. **الأحكام العامة للعقلة التنفيذية في المنقول**[1]. وتتلخّص

التصريح بالسحب لا يقبل إلا إذا كان مصحوباً بموافقة كتابية من أصحاب هذه الحقوق».
والمعلوم أنّ الرهن ينتهي ضرورة بالبيع ولا يمكن للراهن أن يمنع عقلة هذا الحق وبيعه وله أن يشارك في توزيع المال.
وبعد الترسيم يفترض أن ترسم بهذا الدّفتر جميع العمليات القانونية التي لها علاقة بالبراءة بيعا وإحالة وعقلة ورهنا. ولا يمكن معارضة الغير بأية عملية إلا بموجب ترسيمها بهذا السجل.
ونصّ الفصل 26 من القانون عدد 36 لسنة 2001 مؤرخ في 17 أفريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصنع والتجارة والخدمات على أنه يجب ترسيم كل إحالة أو تغيير في الحقوق المرتبطة بعلامة مسجلة بالسجل بالوطني للعلامات حتى يمكن معارضة الغير بها. كما نصّ الفصل 27 منه على أنه يمكن أن تحال الحقوق المرتبطة بعلامة جزئيا أو كليا أو أن تكون موضوع رهن. ولا يمكن أن تتضمن الإحالة ولو كانت جزئية تحديدا ترابيا. ويجب أن تتم الإحالة أو الرهن بمقتضى كتب وإلا كانت باطلة.
ونصّ القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية على نفس التنظيم. ويتضمّن القانون عدد 20 لسنة 2001 المتعلّق بحماية التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة نفس الشروط في الإيداع والإشهار والاعتراض.
يراجع في جميع ذلك، علي كحلون، الأصل التجاري، المرجع السابق.

(1) أما الأحكام العامة للعقلة التنفيذة بوجه عام فقد وردت باللفصول 302 إلى 315 م.م.م.ت. ومقتضاها أن يكون الدين مستحقّ الأداء ويحرّر محضر في الغرض ويعلم الأطراف حتى تحدث العقلة أثرها ويخلص للدائن حق تبتيت المعقول نهاية.
ـ طبيعة الدين سبب العقلة: نصّ الفصل 302 م.م.م.ت على أنّه «لا يجوز إجراء عقلة تنفيذية إلا بمقتضى سند تنفيذي ومن أجل دين ثابت ومعلوم المقدار وحال وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة». فذلك يعني أنّ الدّين سند التنفيذ الجبري لا يكفي أن يكون ثابتا ومعلوم المقدار بل يجب أن يكون حالا بمعنى مستحقّ الأداء حالا دون تأخير. وهي أقوى درجة في قوّة الحقّ. وذلك ما يميّز الإجراء التنفيذي عن الإجراء التحفظي متى لا يشترط استحقاق الحقّ حالا.
ـ كيفية إجراء العقلة التنفيذية: إذا اقتضت الإجراءات عقلة أموال المحكوم ضدّه فإنّه على العدل المنفذ أن يسلم في الحال إلى المعقول عنه وإلى المكلف بالحراسة عند الاقتضاء نسخة من محضر العقلة ولو كانت تحفظية ومن محضر تحويل العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية وذلك كلما وقعت العقلة أو التحويل بمحضرهما وإذا تمت العقلة أو التحويل في غير محضرهما وجب إعلامهما بذلك(الفصل 310 م.م.م.ت.).
ـ موضوع العقلة: ويخضع إجراء العقلة إلى جملة من الضوابط فلا يمكن عقلة الشيء التافه ويقدّم بيع المرهون والمال الخاضع للامتياز وفي غيابه يقدّم عقلة المنقول على العقار وفي النهاية يمكن عقلة العقار ولا يمكن في جميع الصّور إجراء عقلة تنفيذية على أكثر مما يلزم لخلاص الدائن العاقل(الفصل 307 م.م.م.ت.). ولا يمكن للدّائن المرتهن أو الممتاز بيع

أكثر مما يخرج عن ذلك إذا كانت أموال المدين كافية وليس له أصلا أن يعترض على عقلة المال المرهون أو الممتاز. وتخرج بعض الأموال بطبيعتها عن إمكانية عقلتها. ولا يجوز العقلة على عقلة.
فلا يجوز إجراء العقلة التنفيذية إن كان من المتوقع أن لا يتم بيع الأموال المعقولة إلا بصعوبة نظرا لقدر مصاريف العقلة والبيع(الفصل 303 م.م.م.ت.). فإذا كان من المتوقّع أن تغلب المصاريف قيمة المعقول فليس من الممكن إتمام العقلة، فذلك يعني أنّه لا يمكن عقلة الأشياء التافهة. وعمليات التنفيذ في ما عدا الديون الموثقة برهن أو امتياز تقع على الأموال المنقولة فإن لم تكن كافية أم كانت غير موجودة فإن التنفيذ يقع على العقارات(الفصل 304 م.م.م.ت.)، أي أن يقدّم المال المرهون والممتاز في التنفيذ ثمّ يليه المنقولات ثمّ أخيرا العقارات. وقد كانت هذه القاعدة الأساس في منع الانتفاع بالتأمين الشخصي مع توفّر التأمين العيني ومنع عقلة العقارات مع توفّر المنقول.
ولا يمكن لمن له رهن أو امتياز على شيء أن يمنع الغير من عقلتها، حيث نصّ الفصل 306 م.م.م.ت على أنّه «ليس لمن كان مرتهنا أو صاحب امتياز خاص من الدائنين أن يطلب عند كفاية مكاسب مدينه المخصصة لضمان دينه بيع غيرها من المكاسب. وليس للدّائن أن يعارض في عقلة المنقولات أو العقارات المخصصة لضمان دينه أو في بيعها جبريا متى طلب ذلك غيره من الدائنين وإنما له الاعتراض على المتحصل من البيع وإظهار ما له من حق الأولوية عند توزيع الثمن»، أي أن تباشر العقلة من الغير فعليا ويصحّ للمرتهن أو الدائن الممتاز الاعتراض فقط حتى يفوز بالتقدّم طبق الإجراءات العامة. ولكنه للدّائن المرتهن أو الممتاز أن يعارض في عقلة المكاسب وبيعها جبريا من طرف غيره من الدائنين عندما تكون قيمة المكاسب المخصصة لضمان بدينه غير كافية لخلاصه(الفصل 306 م.م.م.ت.).
وإذا سبق عقلة المال فليس للدائن إلا الاعتراض، فلا يجوز العقلة على عقلة، حيث إنّ الدائنين المخول لهم الحق في التنفيذ الجبري ليس لهم فيما يخص مكاسب المدين التي سبق أن أجريت عليها عقلة تنفيذية أو عقلة توقيفية إلا الاعتراض على المتحصل من البيع أو من الأموال المعقولة توقيفا وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة التي تخضع لنظام مميز.
ويتم هذا الاعتراض بواسطة أحد العدول المنفذين الذي يتولى تحرير محضر يبلغه للمدين المعقول عنه وللعدل المنفذ المكلف بالبيع إذا كان المعقول من المنقولات أو للمحامي القائم بالتتبع إذا كان من العقارات أو للمعقول تحت يده إذا كان الأمر يتعلق بعقلة توقيفية. ويجب أن ينص بالمحضر على السند التنفيذي الذي بمقتضاه وقع الاعتراض وعلى إعلام المدين بهذا السند وكذلك على مقدار الدين ويجب أن يحتوي بالإضافة إلى ذلك على اختيار الدائن المعترض لمقر بجهة مقر المعقول عنه والإخلال بأي إجراء من هذه الإجراءات يترتب عنه بطلانه(الفصل 313 م.م.م.ت). ويخوّل هذا الاعتراض للدائن القائم به الحق في أن يساهم في توزيع الثمن المتحصل من البيع أو من الأموال المعقولة توقيفيا(الفصل 314 م.م.م.ت.). وتقوم العقل الجديدة التي قد تجري على مكاسب معقولة مع عدم العلم بالعقلة الأولى مقام الاعتراض(الفصل 315 م.م.م.ت.).
ولا يمكن إبطال العقلة أو رفعها كلا أو بعضا ولا الإذن بإبطالها أو رفعها كلا أو بعضا إلا

برضاء الدائنين المعترضين أو بمقتضى حكم تمكن معارضتهم به(الفصل 314 م.م.م.ت).
وإذا تقرّر عقلة العقارات فما يعتبره القانون عقارات حكمية لا يمكن أن يعقل إلا مع الأصل الذي هو جزء منه، أي أنّ العقارات الحكمية برصد المنقولات في خدمة العقار في المجال الفلاحي (الفصل 9 م.ح.ع) أو الملتحمة بالعقار عموما (الفصل 10 م.ح.ع) تدخل في العقلة العقارية. لكنه يجوز إجراء عقلة على العقار الحكمي وبيعه مثل المنقولات في ديون لصناعه أو باعته أو لمن أقرض مالا لاشترائه أو صنعه أو إصلاحه، أي أنّ من صنع العقار الحكمي أو باعه أو أقرض مالا لشرائه أو صنعه أو إصلاحه يجوز له أن يعقل العقار الحكمي عقلة منقولات(الفصل 305 م.م.م.ت.). ويجوز كذلك لمن له رهن على معدات وتجهيزات مهنية أن يستوفي حقه من هذه المعدات حتى ولو أصبحت عقارات حكمية على معنى القانون عدد 19 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلق برهن الأدوات ومعدات التجهيز المهنية(الفصل 15 من القانون.).
وتحمل مصاريف العقلة التنفيذية والبيع نهاية على المبتت له وتعتبر هذه المصاريف ممتازة وتدفع زيادة على الثمن(الفصل 301 م.م.م.ت.)، أي أنّ من وقع عليه البيع نهاية يتحمّل مصاريف العقلة والبيع وتدفع هذه المصاريف بداية قبل الثمن وهي ممتازة بمعنى أن لا يطالها الدّائن المرتهن أو الدّائن العادي.
على أنّ هناك بعض الأموال لا يمكن عقلها مطلقا، والقاعدة العامة في جميع الصّور أنّه لا يقبل العقلة:
1) ما يلزم للمعقول عنه وعائلته من الفراش والملابس وأواني الطبخ،
2) الآلات والكتب اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حدما قيمته مائة دينار حسب اختياره،
3) الكتب والأدوات المدرسية اللازمة لتعلم من هو في كفالة المعقول عنه من الأولاد،
4) ما يكفي من طعام المعقول عنه وعائلته مدة خمسة عشر يوما،
5) الأوسمة والرسائل والأوراق الشخصية والأشياء المقدسة وما هو ضروري للقيام بالواجبات الدينية.
ويجب أن ينص بمحضر العقلة أو محاولة العقلة وعند الاقتضاء على الأشياء غير القابلة للعقلة التي بقيت في حوز المدير(الفصل 308 م.م.م.ت.).
ـ أثر العقلة: «تهدف كل عقلة إلى وضع ما تتناوله من الأموال تحت يد العدالة ومنع المدين من التصرف فيها في مضرة دائنيه. فكل ما يقع حينئذ من تفويت بعوض أو بدونه أو كراء للأموال المعقولة وكذلك ما يتم إنشاؤه عليها من حقوق رهن أو غيرها من الحقوق العينية باطل ولا عمل عليه إزاء الدائنين(309 م.م.م.ت.)».
فالهدف الأساسي من كلّ عقلة هو أن يوضع المال تحت يد العدالة لمباشرة الإجراءات التي يقتضيها القانون، والنتيجة الأساسية في ذلك أن يمنع المدين من التصرف في المعقول بمجرد إنجاز الإجراءات المطلوبة، فلا يمكن أن يأتي المدين جميع أعمال التصرف les actes des dispositions أي أعمال التفويت، وهي جميع الأعمال التي ينجر عنها انتقال الحق مثل البيع و المعاوضة والمساهمة بشركة أو إنشاء الحق مثل الرهن، ومن باب أولى جميع أعمال التبرع les donations. فكلّ ما يأتي في باب التفويت أو التبرع جزاؤه البطلان المطلق بنص القانون. فليس للمدين أن يأتي تلك الأعمال وإن أتاها فهي باطلة بطلانا مطلقا. فلم يقف المشرع في حدود جزاء عدم المعارضة بالتصرف بل نصّ صراحة على

هذه الأحكام العامة في بيان الأطراف القائمة بالتنفيذ (أ) والمنقولات التي يمكن عقلتها تنفيذيا (ب) وتحرير محضر العقلة (ت) وتعيين الحارس (ث) والإشكالات التنفيذية الخاصة بمطالب الاستحقاق (ج) وإجراءات البيع (ح) وتوزيع الثمن في صورة تعدّد الدائنين (خ).

أ ـ أطراف التنفيذ

طالب التنفيذ هو الذي بيده سند قابل للتنفيذ، وقد يكون دائنا عاديا أو مرتهنا أو ممتازا، وذلك هو الدّائن العاقل الأصلي.

على أنّ سبق عقلة المنقولات لا يمنع بقية الدائنين من الاعتراض بين أيدي عدل التنفيذ توصلا للمشاركة في توزيع المال كما أنّ عقلة المنقولات مع عدم معرفة سبق عقلتها تقوم مقام الاعتراض طالما أنّ الدّائن الأول مستمر في إجراءات العقلة. فإذا لم يقم الدّائن العاقل بإتمام البيع عند انتهاء أجل الثمانية أيام بعد إجراء العقلة جاز لكل دائن بيده سند تنفيذي أن ينذره بواسطة أحد العدول المنفذين بأن عليه إتمام البيع خلال أجل قدره ثمانية أيام يحل قانونا بانتهائه الدائن المذكور محله لمواصلة الإجراءات[1]. وذلك هو الحلول في إجراءات العقلة.

وعادة ما يكون الدائن العاقل هو الدائن نفسه أو وكيله أو ورثته وعادة ما يكون المعقول عنه هو المدين بالمال المطالب باستخلاصه أو ورثته.

جزاء البطلان. فلا يمكن لجزاء عدم المعارضة أن يفي بحاجة العقلة.
والقاعدة أنّ أعمال التفويت والتبرع ممنوعة دون أعمال الإدارة les actes d'administration وهو ما يدخل في الاستعمال والاستغلال ضرورة أنّ عناصر الملكية تردّ عادة إلى أعمال التصرف والاستعمال والاستغلال. ومع ذلك فإنّ العقلة، مهما كانت طبيعتها، تمنع من حيث المبدأ أهم عمل في باب الإدارة وهو الاستغلال فلا يمكن أن يتولى المدين كراء المعقول و الكراء من الاستغلال. وإن أتاها المدين فهو عمل باطل مطلقا.
وبذلك فإنّه بمجرد إجراء العقلة ترفع يد المدين عن التصرف قانونا أو التبرع في المعقول وتمنع عليه حتى أعمال الإدارة، فذلك مقتضى العقلة التنفيذية. ولكنّ يجب أن تتوفر بيد الدائن الصكوك الفاعلة في مواجهة المدين وأن تباشر الإجراءات في وقتها وطبق الصيغ القانونية.
ـ كيفية التبتيت: ولا يمكن بيع المكاسب المعقولة في نهاية الأمر إلا بالمزاد العمومي(الفصل 311 م.م.م.ت.). ولا يمكن لفاقدي لأهلية الشراء سواء كانت عامة أو خاصة والمعقول عنه والأشخاص الذين اشتهروا بعسرهم المزايدة أو تكليف الغير بالمزايدة نيابة عنهم(الفصل 312 م.م.م.ت.).
(1) الفصل 395 م.م.م.ت.

ب ـ المنقولات الخاضعة للعقلة

المنقول هو كلّ شيء قابل للانتقال من مكان إلى مكان بنفسه أو بقوة القانون ويمكن أن يكون طبيعيا أو بحكم القانون[1]. ويمكن من حيث المبدأ عقلة جميع المنقولات ولا يخرج من ذلك إلا الحقوق المعنوية الصرفة غير القابلة للعقلة بطبيعتها وتخضع جميع المنقولات للإجراءات العامة في العقلة إلا ما خرج عن ذلك بنصّ خاص مثل عقلة الأسهم والرقاع وعقلة السفن والطائرات وعقلة الأصل التجاري وعناصر الملكية الصناعية فتنظمه نصوص خاصة.

ويبدو أنّ دائرة عقلة المنقولات تطال بعضا من العقارات مع توفر جملة من الشروط:

ـ حيث يمكن أن تعقل الصابات والثمار التي قاربت النضج قبل قطعها، وهي من العقارات الطبيعية. ويشتمل تقرير العقلة على بيان العقار وموقعه ونوع وأهمية الثمار أو الصابات المعقولة ولو على وجه التقريب وإلا يكون باطلا. والثمار والصابات المعقولة تباع ما دامت على سوقها[2]. وذلك ما يدخل في معنى المنقولات بحسب المآل[3].

ـ وما 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 لاشترائه أو صنعه أو إصلاحه[4].

ـ المعدات والتجهيزات المهنية يمكن عقلتها عقلة منقولات ولو أصبحت عقارات حكمية إذا كانت محلّ رهن سابق على معنى القانون عدد 19 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلق برهن الأدوات ومعدات التجهيز المهنية.

ـ وبعض العقارات من الممكن أن تخرج عن نظام العقلة العقارية وتخضع لنظام عقلة المنقول حيث أورد الفصل 450 م.م.م.ت بعد تنقيحه سنة 2002 بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 حالة استثنائية في إمكانية إخضاع بعض العقارات لإجراءات عقلة المنقول نظرا لعدم ارتفاع قيمتها، حيث إذا لم يكن لأي عقار من العقارات التي شملتها إجراءات تتبع واحد

(1) الفصول 13 ـ 14 ـ 15 م.ح.ع.
(2) الفصل 402 م.م.م.ت.
(3) علي كحلون: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص. 17 وما بعد.
(4) الفصل 305 م.م.م.ت.

ثمن افتتاحي يتجاوز سبعة آلاف دينار فإن العقلة والبيع يخضعان للإجراءات المقررة للمنقولات.

إلا أنّ أثر العقلة يبقى نفسه في منع المعقول عنه من التصرف في المعقول أو في إدارته ويبقى أثر التبتيت نفسه في جعل الأثر منحصرا بين الطرفين ويلزم المبتتت له بتأمين الثمن إذا تعدّد الدائنون وله الحقّ في وقف الإجراءات إذا أثبت أنّ إنتاج العقارات كاف لسداد الدّين وتراعى موجبات العقارات المسجّلة وغير المسجلة في الإجراءات من حيث تحرير محضر العقلة أو الإنذار وترسيمه[1].

ويجب علاوة على الإشهارات الموجبة في عقلة المنقولات على معنى الفصل 396 م.م.م.ت أي الإشهار بالأسواق والجرائد أن ينص به بإيجاز على التكاليف العينية المحمولة على العقار المجراة عليه العقلة والقيود الاحتياطية و كذلك عقود التسويغ وعند الاقتضاء يمسك العدل المنفذ المكلف بالبيع تحت طلب المعنيين كشفا في الترسيمات المنصوص عليها بالرسم العقاري.

ولا تقبل زيادة على المزايدة أي التسديس (الزيادة بالسدس بعد البتّة) إلا إذا تجاوز ثمن التبتيت سبعة آلاف دينار. وتقع تلك الزيادة وتتبع إجراءاتها أمام دائرة البيوعات العقارات بمكان العقار أو بمكان أهم العقارات إذا تعدّدت العقارات المعقولة أو بمكان المركز الأصلي للاستغلال إذا كانت العقارات المعقولة تابعة لاستغلال[2] وذلك بعد تقديم كراس الشّروط من قبل محامي ينوب القائم بالتتبع والإشهار بالرائد الرسمي في الأجل والتعليق وإتمام الإشهار التكميلي عند الاقتضاء وتقديم شهادة الإشهار ومراعاة إجراءات التسديس والبيع بعد النكول وذلك في الآجال وحسب الصيغ والشروط الواردة في باب العقلة العقارية [3]، أي أنّ التسديس في صورة وقوعه يجرى بحسب إجراءات العقلة العقارية أمام دائرة البيوعات العقارية وبسعي من محامي ينوب القائم بالتتبع مع مراعاة إجراءات التسديس[4].

(1) ينبغي في هذه الصورة تطبيق أحكام الفصول 414 إلى 417 و426 و432 (الفقرتان الثانية والثالثة) و435 و451 إلى 462 باستثناء أحكام الفصل 452 ـ خامسا ـ و ـ سادسا ـ والفصل 460 ـ خامسا ـ و ـ سادسا .
(2) الفصلان 423 و424 م.م.م.ت.
(3) والمقصود بذلك هو الصيغ والآجال والشروط الواردة بالفصول 418 إلى 421 و442 جديد إلى 448 م.م.م.ت.
(4) الفصل 450 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).

ت ـ محضر العقلة

إذا سبق إجراء عقلة تحفظية على المنقولات فإن العدل المنفذ يتولى تحويلها إلى عقلة تنفيذية بعد انتهاء أجل عشرين يوما. ويقوم لهذا الغرض بمقابلة المنقولات ما هو موجود بمحضر العقلة التحفظية ويحرر تقريرا في ذلك. على أنه يجوز له إجراء عقلة تنفيذية على أشياء أخرى لم تتناولها العقلة التحفظية[1].

وإذا لم يسبق إجراء عقلة تحفظية يقع إجراء العقلة التنفيذية مع ضرورة تعيين مفصّل للأموال المعقولة و إذا تناولت العقلة بضائع وجب تشخيصها ووزنها أو قيسها أو كيلها حسب طبيعتها. وإذا كان هناك مصوغ أو أشياء ثمينة وجب أن يكون المحضر مشتملا على وصفها وتقدير قيمتها من طرف أمين[2].

ويجب أن يقع التنصيص بمحضر العقلة التنفيذية أو تحويل العقلة التحفظية إلى عقلة تنفيذية على ما يلي وإلا يكون باطلا :

1) السند التنفيذي الذي أجريت العقلة أو التحويل بمقتضاه وإعلام المعقول عنه بهذا السند،

2) المبلغ المطلوب أداؤه،

3) حضور أو مغيب المعقول عنه وعند الاقتضاء المكلف بالحراسة عن عمليات العقلة أو التحويل،

4) تاريخ بيع الأشياء المعقولة وساعته ومكانه.

ويجب علاوة على ذلك أن يحمل المحضر إمضاء أو علامة إبهام المكلف بالحراسة سواء كان المعقول عنه نفسه أو غيره من الأشخاص[3].

ث ـ حراسة المعقول

عقلة المنقول توجب تعيين الحارس للأشياء المعقولة الذي يمضي بمحضر العقلة وجوبا. ويجوز فيما عدا النقود التي يجب أن تسلم إلى العدل المنفذ إما إبقاء الأشياء المعقولة تحت يد المعقول عنه إن رضي العاقل أو كان ما يتخذ من الطرق الأخرى من شأنه أن يتسبب في مصاريف لا نسبة بينها وبين قيمة الأشياء المعقولة وإما تسليمها إلى حارس يعينه العدل المنفذ حالا في صورة عدم اتفاق الطرفين. ولا يمكن أن تعهد الحراسة للعاقل أو زوجه أو قريبه إلى الدرجة

(1) الفصل 390 م.م.م.ت.
(2) الفصل 391 م.م.م.ت.
(3) الفصل 392 م.م.م.ت.

السادسة أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة أو أي شخص يكون في خدمته إلا إذا رضي المعقول عنه بذلك.

ويحجر على الحارس استعمال الأشياء المعقولة أو إعارتها أو الانتفاع منها وإلا وقع تعويضه بمجرد إذن عن عريضة بطلب من الطرف المعني بقطع النظر عما يستهدف له من غرم الضرر ما لم يكن قد أذن له في ذلك من الطرفين[1]. فذلك يعني أن يمنع على الحارس إتيان أعمال التصرف أو الإدارة في شأن المعقول. فهو مجرّد مؤتمن على المعقول ويحاسب على كلّ ضرر يصيبه.

ج ـ الإشكال التنفيذي الخاص بمطالب الاستحقاق

إذا ادعى الغير ملكية المعقول كلا أو بعضا فإن العدل المنفذ بعد إجرائه العقلة يستدعي الطرفين للحضور لدى حاكم الأمور المستعجلة بمكان العقلة وفقا لإجراءات الصعوبات التنفيذية المحدّدة بالفصلين 210 و211 م.م.م.ت[2].

(1) الفصل 393 م.م.م.ت.
(2) نصّ الفصل 210 م.م.م.ت على ما يلي «ـ ينظر رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة :
أولا : من المحكمة الابتدائية بدون أن يقع استئنافها.
ثانيا : من المحكمة الاستئنافية سواء كان الحكم صادرا بتقرير الحكم الابتدائي أو نقضه.
ويختص حاكم الناحية بالنظر في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ كافة الأحكام الصادرة منه ولو وقع نقضها من محكمة الاستئناف».
ونصّ الفصل 211 م.م.م.ت على مايلي: (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ «يجب على كل من يثير صعوبة عند التنفيذ أن يقدم للعدل المنفذ مشافهة أو كتابة ما له من قول في شأنها فيحرر العدل المنفذ محضرا في ذلك ويستمر في التنفيذ إلا إذا استشكل الأمر فإنه يوقف أعمال التنفيذ ويحرر محضرا يبين فيه وجه الصعوبة ويتضمن دعوة من يهمهم الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص ويسلم إلى كل واحد منهم نسخة من ذلك المحضر.
ولا يمكن توقيف أعمال التنفيذ إلا إذا سبّق مثير الصعوبة لعدل التنفيذ مصاريف نشر القضية، ويتولى هذا الأخير عندئذ عرض الأمر على القاضي المذكور بتقديم نسخة من ذلك المحضر إليه.
وإذا رفض عدل التنفيذ عرض الصعوبة على القضاء فلمثيرها أن يرفع الأمر إلى القاضي المختص بعد تأمين مبلغ خمسين دينارا بقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط عليه في صورة رفض مطلبه. وعليه استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهمه الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص وفي هذه الحالة يجب على العدل المنفذ تقديم ملحوظات في شأن الصعوبة المثارة.
وينظر القاضي في الصعوبة بعد سماع العدل المنفذ والطرفين أو من ينوبهما قانونا.

وإذا رأى القاضي الاستعجالي أن دعوى الاستحقاق جدية فإنه يأذن بتوقيف أعمال التنفيذ ويضرب لمدعي الاستحقاق أجلا قدره خمسة عشر يوما لرفع الأمر لمحكمة الأصل. وإذا تم نشر دعوى الاستحقاق في هذا الأجل فإن التتبعات تتوقف وجوبا إلى أن يقع النظر بصفة باتة في تلك الدعوى. وإذا لم يدل مدعي الاستحقاق بما يفيد نشر دعواه في الأجل المذكور فإنه يقع استئناف التتبعات بداية من الحد الذي انتهت إليه في أول الأمر وبدون أي إجراء آخر أو حكم. ودعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتتبعات والمعقول عنه ولم تشتمل على بيان حجج الملكية[1].

فعادة ما يرفض المحكوم ضدّه الاستجابة إلى تنفيذ مقتضيات الحكم وخاصة إذا تعلّق بدفع مبالغ مالية فيسعى عدل التنفيذ إلى عقلة المنقولات التي قد يجدها تحت يد المحكوم ضدّه. ولربّما يدّعي الغير استحقاقه للمعقول وليس له من طريق في توقيف التنفيذ إلا بواسطة هذا الإجراء المسمى بإجراء الصعوبة التنفيذية وهو أن يعلم عدل النفيذ بحقيقة الوضع ولا يلزم عدل التنفيذ بوقف التنفيذ إلا إذا اسشكل الأمر أي تعذّر عليه مواصلة التنفيذ ويجب في جميع الصور رفع الأمر إلى القاضي الاستعجالي وهو رئيس المحكمة الابتدائية أو قاضي الناحية الذي بإمكانه حينئذ وقف التنفيذ وتمكين مدّعي الاستحقاق من التشكي أمام المحكمة المختصّة ويجب حينئذ انتظار مآل القضية الاستحقاقية وإذا لم ترفع القضية في الأجل تتواصل أعمال التنفيذ.

ح ـ إجراءات البيع (الإشهار ـ الاختبار بالنسبة إلى المنقولات الهامة ـ المزايدة والبيع ـ دفع الثمن والمصاريف ـ إعادة البتّة بسبب النكول): تنطلق إجراءات عقلة المنقول بقيام عدل التنفيذ بالإشهارات الضرورية ثمّ تقدير قيمة المنقولات الهامة بواسطة أهل الخبرة ثمّ تقع البتّة بعد المزايدة ويلزم المبتت له بدفع الثمن والمصاريف وإذا لم يدفعها في الأجل يعاد البيع بسبب النكول.

وإذا لم يحضر مثير الصعوبة فإنه يقضى في المشكل كما لو كان حاضرا.
ويكون القرار الذي يصدره القاضي في كل الحالات قابلا للتنفيذ حالا على المسودة بقطع النظر عن الاستئناف ودون لزوم للإعلام به، ويجب على كاتب المحكمة أن يسلم لمن شاء من الطرفين نسخة من نص ذلك القرار دون مصاريف خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ التصريح به».

(1) الفصل 403 م.م.م.ت.

1 ـ الإشهارات

يقع البيع بالمزاد العلني بأقرب سوق عمومية أو بأي مكان من شأنه أن يحقق البيع فيه أحسن نتيجة. ويقع البيع في أجل ثماني أيام من تاريخ إجراء العقلة إلا إذا اتفق الطرفان على تقليص الموعد. ويجب أن يتم الإشهار عن هذا البيع قبل وقوعه بأربعة أيام على الأقل بسعي من العدل المنفذ وبواسطة إعلان ينشر بصحيفتين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية إحداهما باللغة العربية. ويتضمن الإعلان وجوبا الهوية الكاملة للعاقل وللمعقول عنه ومهنة كل واحد منهما ومقره والاسم التجاري إن وجد وتاريخ البيع وساعته ومكانه وتشخيص الأشياء المعقولة تشخيصا موجزا وشروط معاينتها والثمن الافتتاحي وتاريخ رفع هذه الأشياء والتسبقة الواجب تأمينها. ويمكن نشر إشهار تكميلي مناسب لأهمية الأشياء المعقولة بمقتضى إذن على عريضة غير قابل للطعن[1].

فذلك يعني أنّ عدل التنفيذ ملزم بإشهار تاريخ البتّة بواسطة إشهار أصلي وهو الإعلان بجريدتين يوميتين وله أن يشهر التاريخ اختياريا بحسب قيمة المعقول وذلك بعد أن يأذن له القاضي في الوسيلة المقترحة. ويجب أن يقع الإشهار ضرورة في أجل 4 أيام قبل تاريخ البتّة، ضرورة أنّ البيع يجب أن يقع في أجل 8 أيام من تاريخ إجراء العقلة إلاّ إذا اتفق العاقل والمعقول عنه على تخفيض المدة أو اقتضت طبيعة المعقول تخفيضها. كما يجب على عدل التنفيذ أن يضمن الإشهارات تلك البيانات الضرورية.

2 ـ الاختبارات

على العدل المنفذ أن يطلب من المحكمة المختصة تعيين خبير لتحديد القيمة الحقيقية للمنقولات الهامة والعقارات التي لا يفترض أن تتجاوز قيمتها 7 آلاف دينار والخاضعة لإجراءات عقلة المنقول[2] وتكون هذه القيمة هي الثمن الافتتاحي لبيعها. ومصاريف الاختبار يسبقها القائم بالتتبع[3]. كما يجب أن تقدّر قيمة المصوغ والأشياء الثمينة من طرف أمين ويعدّ ذلك التقدير الثمن الافتتاحي لها[4].

(1) الفصل 396 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ
(2) الفصل 450 م.م.م.ت سابق الذكر.
(3) الفصل 394 مكرر م.م.م.ت. (أضيف بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ
(4) الفصل 398 م.م.م.ت

أما ما زاد على ذلك أي ما خرج عن المنقولات الهامة والمصوغ والأشياء الهامة والعقارات التي لا تتجاوز قيمتها 7 آلاف دينار فإنّ عدل التنفيذ يعين ثمنها الافتتاحي.

3 ـ المزايدة والبيع

يقع البيع بالمزاد العلني بأقرب سوق عمومية أو بأي مكان من شأنه أن يحقق البيع فيه أحسن نتيجة[1]. ويتم بعد المقابلة أي إحصاء المعقول بيع الأشياء المعقولة بالمزاد العلني صبرة أو تفصيلا حسب مصلحة المعقول عنه.

ويقع البيع بالإشهار عند انتهاء أجل ثمانية أيام من يوم العقلة التنفيذية أو التحويل أو إعلام المعقول عنه بهما إلا إذا اتفق العاقل والمعقول عنه على تعيين أجل آخر أو إذا وجب اختصار أجل الثمانية أيام لدرء خطر ثمن بخس محسوس أو اجتناب مصاريف حراسة باهظة.

ويجوز للمدين المعقول عنه قبل موعد البتة أن يحضر من يرغب في شراء المعقول بشرط موافقة الدائن والدائنين المعترضين أو أن يكون الثمن المعروض كافيا لخلاص كامل الدين أصلا وفائضا ومصروفا[2].

ويتم بيع المنقولات المعقولة بسعر لا يقل عن الثمن الافتتاحي المعين من قبل الخبير أو من قبل العدل المنفذ بحسب الأحوال، فإن لم يتقدم راغب في الشراء، تؤجل البتة لموعد يعينه العدل المنفذ، ويمكنه عندها التخفيض في الثمن الافتتاحي بنسبة عشرة بالمائة، فإن لم يتقدم راغب في الشراء في المرة الثانية، فعلى العدل المنفذ تأخير البتة لموعد جديد يحدده مع إمكانية التخفيض في الثمن الافتتاحي الأصلي بنسبة عشرين بالمائة فإن لم تقع المزايدة، تباع المنقولات المعقولة لآخر راغب في الشراء أو للدائن العاقل، بالثمن المحدد بعد التخفيض وإلا رفعت العقلة تلقائيا[3].

(1) الفصل 396 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ
(2) الفصل 394 م.م.م.ت. الفصل 394 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ
(3) الفصل 394 مكرر م.م.م.ت. (أضيف بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ

ولا يمكن أن يباع المصوغ ولا الأشياء الثمينة بثمن دون قيمتها المقدرة من طرف أمين. وإذا كان الثمن الذي بلغته المزايدة دون هذه القيمة تولى العدل المنفذ عرض تلك الأشياء من جديد على الإشهار بسوق من أسواق المصوغ[1].

ولا تقبل المزايدة إلا ممن سبّق مبلغا يساوي عشر الثمن الافتتاحي المعلن عنه[2]، ويكون ذلك إما بدفعه نقدا إلى العدل المنفذ أو بتقديم شيك مشهود بتوفر رصيده أو بتقديم ضمان بنكي لا رجوع فيه أو ما يفيد تأمين مبلغ التسبقة بصندوق الودائع والأمانات. وعلى العدل المنفذ تسليم المزايد وصلا في ذلك، كما عليه أن يتولى قبل بداية المزايدة الإعلان عن مبلغ مصاريف العقلة والبيع وأن يمد كل معني بتفاصيل تلك المصاريف. ويباع المعقول لآخر مزايد، ولا يسلم إلا بعد دفع باقي الثمن والمصاريف. وعند انتهاء المزايدات، يتولى العدل المنفذ حالا ترجيع التسبقات أو الوثائق المثبتة لها إلى المزايدين الذي لم ترس عليهم المزايدة[3].

4 ـ دفع الثّمن والمصاريف

يدفع المبتت له باقي ثمن التبتيت أي ما يضاف إلى العشر والمصاريف **في أجل سبعة أيام من تاريخ البتة**[4]. ويمكن حينئذ لعدل التنفيذ استخلاص مصاريفه ودفع الباقي إلى الدائن العاقل. فإن تعدّد الدائنون يجب على عدل التنفيذ تأمين المبلغ بصندوق الودائع إلى حين إتمام إجراءات التوزيع.

5 ـ إعادة البيع بسبب النّكول

إذا لم يدفع المبتت له باقي ثمن التبتيت والمصاريف في أجل سبعة أيام من تاريخ البتة، فإن الأشياء المبتتة يعاد بيعها من جديد بموجب النكول في تاريخ يحدده العدل المنفذ بعد أخذ رأي الدائن العاقل كتابة، على أن لا يتجاوز الموعد الجديد للبيع شهرا من تاريخ النكول[5].

وينجر عن البيع الواقع بموجب نكول المشتري الأول فسخ البيع الأول بأثر رجعي. والناكل في البيع ملزم بالنقص الذي يحصل بين الثمن الذي بتت به المبيع له وبين الثمن الحاصل من البيع الجديد الواقع بموجب النكول، وليس له طلب ما

(1) الفصل 398 م.م.م.ت.
(2) طبق الفصل 396 جديد م.م.م.ت.
(3) الفصل 397 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ
(4) الفصل 399 م.م.م.ت.
(5) الفصل 399 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ

عسى أن يزداد في الثمن الجديد للبيع. وليس للناكل في البيع طلب استرداد التسبقة المؤمنة، حتى يباع المعقول من جديد. فإن ظهر نقص في ثمن البيع بالمقارنة مع الثمن الذي تم به البيع أول مرة، فعلى العدل المنفذ أن لا يرجع للناكل إلا ما تبقى من التسبقة بعد طرح قيمة ذلك النقص ومصاريف البتة الأولى وإضافتها إلى محصول البيع. وإذا تجاوز النقص قيمة التسبقة جاز لكل ذي مصلحة القيام على الناكل لإلزامه بدفع الباقي[1].

على أنّه يبقى للناكل في البيع إلى اليوم المعين للبتة بإخراج الغاية أن يوقف إجراء بيع المنقول ثانيا بموجب نكوله إذا أدلى بما يثبت أداءه لثمن التبتيت وملحقاته وكذلك أداءه للمصاريف التي ترتبت عن نكوله[2].

خ ـ إجراءات توزيع الثمن

تقع أهمية توزيع الأموال إذا تعدّد الدائنون القائمون بالتتبع أو إذا كان المتحصّل من البيع لا يفي بحاجتهم. وقد أورد المشرع نظام التوزيع بالفصول 463 إلى 474 م.م.م.ت. وفي ذلك نظامان، إما التوزيع بالتراضي أو عن طريق القضاء.

1 ـ التوزيع بالتراضي

إذا كان المتحصل مما بيع بموجب العقلة كاف لخلاص الدائنين خلاصا كاملا تعين عليهم الاتفاق مع المدين على إتمام توزيعه بالتراضي وذلك في ظرف ثلاثين يوما من وقوع البيع.

ويجب أن يحرر في ذلك الاتفاق كتب ويقدم نظير منه لمن بيده المال المتحصل من البيع ليمكّنهم من المبالغ الراجع إليهم بموجب ذلك الاتفاق مقابل وصل ويسلّم الدائن المنتفع رسم دينه لمن بيده المال عند الاقتضاء.

ويجب التعريف بإمضاءات الأطراف الموضوعة أسفل الكتب المتضمن للاتفاق ويجب أن يحرر في الاتفاق كتب رسمي إذا كان من بينهم من لا يحسن الإمضاء أو لا يقدر عليه.

2 ـ التوزيع عن طريق القضاء

وفي صورة عدم الاتفاق بين الدائنين يجب على من بيده المال في ظرف الثمانية أيام الموالية لانتهاء 30 يوما المشار إليها أن يؤمنه بصندوق الودائع والأمانات على

(1) الفصل 400 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).
(2) الفصل 401 م.م.م.ت.

ذمة جميع الدائنين العاقلين أو المعترضين. ويجب عليه لهذا الغرض أن يبين في طلب التأمين ألقاب وأسماء ومهن ومقرات جميع الدائنين العاقلين أو الذين اعترضوا على المتحصل من البيع أو الأموال المعقولة توقيفيا.

وإذا امتنع من بيده المال من تأمينه أو تأخر في تأمينه يمكن إلزامه بذلك بإذن على عريضة وللمحكمة المختصة علاوة على ذلك أن تلزمه بأداء الفوائض وجميع الغرامات.

وإذا وقع التأمين، يجوز لكل معني أن يطلب توزيعه وذلك بتقديمه عريضة لكاتب المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المطلوب ومع إنابة محام مكتبه قانونا المقر المختار للطالب[1]. وتضاف إلى هذه العريضة شهادة من صندوق الودائع والأمانات يبين بها مبلغ التأمين وسببه وتاريخه وعدده وكذلك ألقاب وأسماء ومهن ومقرات المدين وجميع الدائنين المصرح بهم في طلب التأمين. ويسبق الطالب وإلا فأحرص الأطراف مصاريف إجراءات توزيع الأموال. وتدرج هذه المصاريف بالامتياز على بقية الديون.

ويتولى كاتب المحكمة بعد أن يتحقق من وقوع خلاص المعاليم تقييد العريضة بدفتر توزيع الأموال ويعرضها خلال الأربع وعشرين ساعة على الحاكم المكلف الذي يصدر إذنه بافتتاح الإجراءات.

ويعلن كاتب المحكمة خلال الثمانية أيام الموالية لصدور إذن الحاكم المكلف على افتتاح الإجراءات بالتعليق على اللوحة المعدة لذلك بالمحكمة وبالنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

(1) يتولى رئيس المحكمة الابتدائية في مفتتح كل سنة قضائية تعيين حاكم مكلف يسهر على توزيع الأموال. وفي صورة حصول مانع للحاكم المكلف فإن لرئيس المحكمة حسب الأحوال إما تعويضه أو تكليف حاكم بصفة خاصة لتسوية ترتيب معين.
يمسك بكتابة المحكمة الابتدائية دفتر خاص بتوزيع الأموال. وتقيد بهذا الدفتر جميع الإجراءات والموجبات الخاصة بإجراءات التوزيع بما فيه إجراءات وموجبات القضية الاستئنافية. وتحقيقا لهذه الغاية فإن كاتب المحكمة الاستئنافية يبلغ لكاتب المحكمة الابتدائية جميع الإجراءات والموجبات المتعلقة بالقضية الاستئنافية بمكتوب يبقى مضافا للدفتر.
وبكون هذا الدفتر مرقوما وممضى من طرف رئيس المحكمة. ويطلب رئيس المحكمة في آخر كل سنة قضائية تقديم ذلك الدفتر إليه فيتثبت من كيفية مسكه ويتحقق من أن ما أوجبه هذا الباب تم احترامه ويشهد بذلك بأسفل آخر تقييد.

ويتولى الكاتب خلال أجل الثمانية أيام بنفسه وبمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ إنذار الدائنين المعينين بالشهادة المسلمة من صندوق الودائع بأن عليهم تقديم حجج دينهم.

ويجب أن تحتوي الإعلامات والنشر والإنذارات المنصوص عليها على ضرورة أن يقدّم كلّ دائن ما له من دفوعات في أجل 30 يوما الموالية للنشر بالرائد الرسمي وإلا تكون باطلة.

وعلى ذلك الأساس يجب على كل دائن يرغب في المشاركة في توزيع الأموال أن يدلي لكتابة المحكمة بحجج دينه في الثلاثين يوما الموالية للنشر بالرائد الرسمي أو الاتصال بمكتوب مضمون الوصول وإلا سقط حقه في تلك المشاركة كما يجب عليه أن يقدم عند إدلائه بذلك طلب محاصة بواسطة محام يكون مكتبه قانونا مقر الدائن المختار وينص بطلب المحاصة على أسباب تفضيل الدين على غيره عند الاقتضاء[1].

ويحرر الحاكم المكلف خلال الشهر الموالي لانقضاء الأجل المنصوص عليه بالفصل المتقدم لائحة توزيع بعد إطلاعه على الوثائق المدلى بها. وتخصص الأموال المراد توزيعها أولا للدائنين الذين لهم حق التقدم على غيرهم مع اعتبار درجاتهم ويوزع الباقي على الدائنين العاديين على التناسب. ويجب أن ينص بلائحة التوزيع بالخصوص على ما يلي :

1) مقدار الأموال المراد توزيعها ومصدرها،

2) تاريخ وعدد التأمين،

3) القيام بالإجراءات المفروضة،

4) مطالب المحاصة المقدمة،

5) المبلغ الممنوح لكل دائن محاص مع بيان أسباب التفضيل عند الاقتضاء.

ويتولى كاتب المحكمة في الثمانية أيام الموالية لتحرير لائحة التوزيع توجيه مكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ إلى الدائنين الذين أبدوا رغبتهم في المشاركة في توزيع الأموال المحاصين منهم وغير المحاصين وكذلك إلى المدين ينذرهم فيها بأن عليهم الاطلاع على اللائحة المذكورة وإبداء معارضتهم

(1) يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 291 من القانون الجنائي كل من يدعي كذبا أنه دائن ويطلب حشره في زمرة الدائنين بقصد المساهمة في ترتيب أو توزيع أموال ويدلي تأييدا لزعمه بسندات ديون صورية أو ساقطة بغير مرور الزمان.

فيها عند الاقتضاء إلى كتابة المحكمة في أجل شهر من تاريخ اتصالهم بالمكتوب المضمون الوصول وإن لم يطلعوا أو يبدوا معارضتهم في هذا الأجل سقط حقهم في المعارضة. ويجب تقديم المعارضة في لائحة التوزيع بواسطة محام ويجب تعليلها وإلا تكون باطلة.

ولا يخلو الأمر من صورتين إما تسجل معارضة أو لا تسجلّ. فإذا لم تقع المعارضة في لائحة التوزيع فإن الحاكم المكلف يختم اللائحة المذكورة ويحولها إلى محضر تسوية نهائية في الثمانية أيام الموالية لانقضاء آجال المعارضة بعد التنصيص به على توجيه الإنذارات المشار إليها وعلى عدم وجود معارضة. وهذا المحضر، محضر التسوية النهائية، غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

وإذا وقعت معارضة في لائحة التوزيع فإن الحاكم المكلف يحيل الملف مصحوبا بتقرير على المحكمة في الثمانية أيام الموالية لانقضاء آجال المعارضة. وتبت المحكمة خلال الثلاثين يوما الموالية بحكم واحد في المعارضة وفي التوزيع بعد أن يتولى الكاتب استدعاء الأطراف المعنية ثمانية أيام على الأقل قبل الجلسة بمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ. ويجري أجل الاستئناف ابتداء من صدور هذا الحكم.

ويأذن المحضر أو الحكم الذي تنتهي به إجراءات توزيع الأموال بتسليم جداول محاصة إلى الدائنين المحاصين. ويسلم كاتب المحكمة مضمونا من ذلك المحضر أو الحكم إلى صندوق الودائع والأمائن في ظرف عشرة أيام من إحرازه على قوة اتصال القضاء. ويسلم في نفس الأجل لكل دائن محاص وكذلك إلى المدين فيما إذا بقي جزء من الثمن جدول محاصة موقعا عليه من وكيل الجمهورية ينفذ على الصندوق المذكور.

الباب السابع

في عقلة الأوراق المالية وحصص الشركاء وبيعها

الفصل 404 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ الأوراق المالية مشبهة، في ما يخص وسائل التنفيذ، بالمنقولات، ويمكن عقلتها وفقا للأحكام الواردة بالأبواب الثالث والرابع والسادس من هذا العنوان.

الفصل 405 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ لا يقع بيع الأوراق المالية إلا بعد عقلتها توقيفيا بين أيدي الأشخاص المعنوية التي أصدرتها أو لدى الوسيط المرخص له لمسك حساباتها.

وعلى الشركة أن تمدّ العدل المنفذ باسم الوسيط المودعة لديه الأوراق المالية المراد عقلتها ومقره.

الفصل 406 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ الأوراق المالية التي وقعت عقلتها يتم عرضها للبيع متى صدر حكم قاض بصحة العقلة وأصبح قابلا للتنفيذ.

وتباع الأوراق المالية بطلب من العدل المنفذ حسب الصيغ والإجراءات الجاري بها العمل بالسوق المتداولة لديها تلك الأوراق، كما تباع حسب تلك الصيغ الأوراق المالية غير المدرجة بالبورصة التي يختار العدل المنفذ بيعها وفقها.

الفصل 407 ـ يجوز أن تعقل توقيفيا بين أيدي الشركة الحصص في شركات المفاوضة أو المقارضة البسيطة أو ذات المسؤولية المحدودة وكذلك الأسهم وأجزاء الأسهم في الشركات ذات رأس المال المتغير.

وتباع الحصص والأسهم وأجزاء الأسهم المعقولة حسب الصيغ الواردة بالباب السادس من هذا العنوان متى صدر حكم قاض بصحة العقلة التوقيفية وأصبح قابلا للتنفيذ.

الفصل 408 ـ على الشركة التي أجريت العقلة التوقيفية بين أيديها أن تقدم للعدل المنفذ المكلف ببيع الحصص والأسهم وأجزاء الأسهم المجراة عليها

العقلة قائمتي الإحصاء والموازنة المتعلقتين بميزانيتها الأخيرة ويمكن الاطلاع عليهما بين أيدي العدل المنفذ قبل البتة.

وعلى كل حال يجوز للشركة أن توقف التتبعات بدفعها نيابة عن المدين المبلغ الذي أجريت من أجله العقلة.

الفصل 409 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ على المبتت له إعلام الشركة بنتيجة التبتيت وطلب الموافقة على قبوله إذا تضمن عقد الشركة شرط أفضلية ومصادقة بالنسبة إلى شركات المساهمة التي تكون أوراقها المالية غير مدرجة بالبورصة، أو إذا كان الشخص المعنوي الواقع تبتيت حصصه من أحد الأصناف التالية :

ـ شركات الأشخاص،

ـ الشركات المدنية،

ـ الشركات ذات المسؤولية المحدودة، عدا شركات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة،

ـ تجمع المصالح الاقتصادية الذي يكون له رأس مال.

وتعتبر 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.

وإذا أعربت الشركة خلال الأجل المبين بالفقرة السابقة عن رفضها قبول المبتت له، فإن عليها خلال الشهر الموالي للإعلام بالرفض، إيجاد مشتر للحصص أو للأوراق المالية المبتتة من بين الشركاء أو من غيرهم، أو تخفيض رأس مالها وشراء الحصص أو الأوراق المالية المبتتة على أساس سعر البتة مع المصاريف.

وإذا انقضى الأجل المحدد دون حصول أي حل من الحلول المذكورة بالفقرة السابقة ولم يقع دفع الثمن والمصاريف إلى المبتت له، فإن قبول المبتت له يعتبر حاصلا قانونا.

ولا عمل بكل شرط مخالف.

التعليق على الفصول 404 إلى 409

أوردت الفصول 404 إلى 409 م.م.م.ت. الأحكام الخاصة بعقلة الأوراق المالية وحصص الشركاء[1]، وهي معتبرة في حكم المنقولات.

1 ـ الأوراق المالية

يقصد بالقيم المنقولة أو الأوراق المالية les valeurs mobilières الأسهم والأسهم ذات الأولوية في الربح دون حق الاقتراع وشهادات الاستثمار وسندات المساهمة والرقاع والرقاع القابلة للتحويل إلى أسهم وحصص صناديق التوظيف الجماعي في الأوراق المالية والحقوق المرتبطة بالأوراق المالية التي سبق ذكرها والأدوات المالية الأخرى القابلة للتداول داخل سوق منظمة[2]. وقد نظم المشرع فعلا عدّة طرق للتصرف في القيم المنقولة سواء من خلال مؤسسات التوظيف الجماعي أو الصناديق المشتركة للديون أو من خلال تنظيم السوق المالية على وجه الإجمال[3].

ورغم أنه من الممكن عقلة هذه المنقولات تحفظيا أو توقيفيا فإنّه لا يقع بيع الأوراق المالية إلا بعد عقلتها توقيفيا بين أيدي الأشخاص المعنوية التي أصدرتها أو لدى الوسيط المرخص له لمسك حساباتها[4]. وعلى الشركة أن تمدّ العدل المنفذ باسم الوسيط المودعة لديه الأوراق المالية المراد عقلتها ومقره[5]. ويجب أن يصدر حكم بصحة العقلة حيث إنّ الأوراق المالية التي وقعت عقلتها يتم

(1) وقد نقحت هذه الفصول بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002. في اتجاه التناسق بين هذه الأحكام والأحكام الواردة بمجلة الشركات.

(2) هذا التعريف ورد بالقانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرخ في 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية. يراجع كذلك الفصول 314 إلى 386 من مجلة الشركات التجارية.

(3) القانون عدد 83 لسنة 2001 المؤرخ في 7 /24/ 2001 المتعلق بإصدار مجلة مؤسسات التوظيف الجماعي. والقانون عدد 92 لسنة 1988 المؤرخ في 2 أوت 1988 المتعلق بشركات الاستثمار كما هو منقح بموجب القانون الأخير. والقانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية. وكذلك القانون عدد 107 لسنة 1992 المؤرخ في 16 نوفمبر 1992 المتعلق بإحداث أدوات مالية جديدة لتوظيف الادخار كما هو منقح بموجب القوانين السابقة وبموجب القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية.

(4) القانون عدد 83 لسنة 2001 المؤرخ في 24 جويلية 2001 المتعلق بإصدار مجلة مؤسسات التوظيف الجماعي.

(5) الفصل 405 م.م.م.ت.

عرضها للبيع متى صدر حكم قاض بصحة العقلة وأصبح قابلا للتنفيذ[1]. وتباع الأوراق المالية في نهاية الأمر بطلب من العدل المنفذ حسب الصيغ والإجراءات الجاري بها العمل بالسوق المتداولة لديها تلك الأوراق[2]، كما تباع حسب تلك الصيغ الأوراق المالية غير المدرجة بالبورصة التي يختار العدل المنفذ بيعها وفقها[3].

2 ـ حصص الشركاء

ويجوز أن تعقل توقيفيا بين **أيدي الشركة** الحصص في شركات المفاوضة أو المقارضة البسيطة أو ذات المسؤولية المحدودة وكذلك الأسهم وأجزاء الأسهم في الشركات ذات رأس المال المتغير. وتباع الحصص والأسهم وأجزاء الأسهم المعقولة حسب الصيغ الواردة في حكم عقلة المنقولات وبيعها، أي حسب الإجراءات العادية في بيع المنقول، متى صدر حكم قاض بصحة العقلة التوقيفية وأصبح قابلا للتنفيذ[4].

3 ـ التزامات الشركة المعقول تحت يدها

يجب على الشركة التي أجريت العقلة التوقيفية بين أيديها أن تقدم للعدل المنفذ المكلف ببيع الحصص والأسهم وأجزاء الأسهم المجراة عليها العقلة **قائمتي الإحصاء والموازنة** المتعلقتين بميزانيتها الأخيرة ويمكن الاطلاع عليهما بين أيدي العدل المنفذ قبل البتة. **ولا تلزم بتقديم أي تصريح أمام المحكمة المتعهّدة بقضية صحّة العقلة**[5].

ويجوز في جميع الصور للشركة أن توقف التتبعات بدفعها نيابة عن المدين المبلغ الذي أجريت من أجله العقلة[6].

(1) الفصل 406 م.م.م.ت.

(2) القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية.

(3) الفصل 406 م.م.م.ت.

(4) الفصل 407 م.م.م.ت.

(5) لكنّ المحاكم لم تستقر على رأي وعادة ما تطبق الإجراءات العامة للعقلة التوقيفية على عقلة هذه الأوراق فتلزم الشركة بتقديم التصريح وإلا اعتبرت الشركة دائنة بالمبلغ.

(6) الفصل 408 م.م.م.ت.

4 ـ التزامات المبتت له

يجب على المبتت له إعلام الشركة بنتيجة التبتيت **وطلب الموافقة على قبوله** إذا تضمن عقد الشركة شرط أفضلية ومصادقة بالنسبة إلى شركات المساهمة التي تكون أوراقها المالية غير مدرجة بالبورصة، حيث ينجر قانونا عن إدراج الأسهم بالبورصة تنازل الشركة المصدرة عن بنود حق الأفضلية والمصادقة الواردة في نظامها الأساسي حسب ما جاء بقانون تنظيم السوق المالية[1]، ولو أنّ مجلة الشركات أوردت أحكاما خاصة بالموافقة في مثل هذه الصورة[2]، وحتى لو لم تكن الشركة مدرجة بالبورصة واختار عدل التنفيذ البيع طبق إجراءات البورصة فإن حق الأفضلية والمصادقة يسقط وقد نصّ الفصل 322 من مجلة الشركات على أنّ شروط الأفضلية والمصادقة تعتبر لاغية في حالة التنفيذ ببورصة الأوراق المالية بسبب عدم تحرير الأسهم. ويجب طلب الموافقة كذلك إذا كان الشخص المعنوي الواقع تبتيت حصصه من شركات الأشخاص أو الشركات المدنية أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة، (عدا شركات الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة) أو تجمع المصالح الاقتصادية الذي يكون له رأس مال.

وتعتبر الموافقة حاصلة قانونا إذا لم تعلم الشركة المبتت له بقرار رفض قبوله في الأجل المحدد بالعقد التأسيسي[3]، على أن لا يتجاوز شهرا من تاريخ الطلب.

وإذا أعربت الشركة خلال الأجل المذكور عن رفضها قبول المبتت له، فإن عليها خلال الشهر الموالي للإعلام بالرفض، إيجاد مشتر للحصص أو للأوراق المالية المبتتة من بين الشركاء أو من غيرهم، أو تخفيض رأس مالها وشراء الحصص أو الأوراق المالية المبتتة على أساس سعر البتة مع المصاريف.

وإذا انقضى الأجل المحدد دون حصول أي حل من الحلول المذكورة سابقا ولم يقع دفع الثمن والمصاريف إلى المبتت له، فإن قبول المبتت له يعتبر حاصلا قانونا. ولا عمل بكل شرط مخالف[4].

(1) الفصل 22 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية.

(2) الفصل 323 من مجلة الشركات. وذلك في أجل شهر إما الموافقة أو البحث عن مشتري أو قبول الإحالة لنفسها بعد تخفيض رأسمالها.

(3) يراجع الفصلين 109 و321 من مجلة الشركات.

(4) الفصل 409 م.م.م.ت.

وقد أورد الفصل 324 من مجلة الشركات الخاص بشركات خفية الاسم كذلك أنّه إذا وافقت الشركة على رهن الأسهم بالشروط المنصوص عليها بالفصل 321 من مجلة الشركات التجارية، أي موافقة الشركاء حسب بنود القانون الأساسي، فإن هذه الموافقة تحمل على أنها ترخيص للمحال له في حالة البيع الإجباري للأسهم المرهونة. وبالتالي فإنه في حالة سبق الموافقة على الرهن يحمل ضرورة إلى اعتبار الموافقة على البيع أو الإحالة حاصلة قانونا دون إجراءات أخرى.

الباب الثامن

في عقلة العقارات وبيعها

القسم الأول

أحكام مشتركة بين العقارات المسجلة وغير المسجلة

الفصل 410 ـ تنطبق أحكام هذا الباب على عقلة وبيع الحقوق العينية العقارية التي يجوز رهنها أو المنابات المفرزة أو المشاعة من نفس تلك الحقوق.

الفصل 411 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يقدم محامي القائم بالتتبع كراس شروط مؤرخا وممضى منه إلى كتابة المحكمة التي سيقع التبتيت لديها، وذلك في أجل لا يتجاوز الستين يوما الموالية لإجراء العقلة التنفيذية أو إعلام المعقول عنه بها بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة، أو الموالية لترسيم الإنذار بالسجل العقاري بالنسبة إلى العقارات المسجلة.

ويجب أن يكون كراس الشروط مرفوقا بتقرير اختبار مجرى بإذن القاضي يتضمن تحديد القيمة الحقيقية للعقار موضوع التبتيت، وتراعى في تقدير تلك القيمة على وجه الخصوص المعطيات المتعلقة بموقع العقار ومساحته ومحتواه وتوابعه ووجه استغلاله ومداخيله الاعتيادية عند الاقتضاء والثمن الذي بيعت به عقارات مماثلة بالجهة خلال السنة السابقة لإجراء الاختبار.

الفصل 412 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يجب أن لا يحتوي كراس الشروط إلا على البيانات التالية :

1) لقب العاقل والمعقول عنه واسمهما ومهنتهما ومقرهما وصفتهما.

2) ولقب المحامي القائم بالتتبع واسمه وعنوانه.

3) والسند التنفيذي والإعلام به والسند المرسم الواقع بمقتضاه القيام بالتتبع.

4) ومحضر العقلة التنفيذية وإعلام المعقول عنه بها والإنذار مع تضمين ترسيمه وعند الاقتضاء غير ذلك من الرسوم والأحكام الصادرة فيما بعد.

5) وتعيين العقار المجراة عليه العقلة حسبما نص عليه محضر العقلة التنفيذية أو الإنذار.

6) وعند الاقتضاء والتكاليف العينية الموظفة على العقار المجراة عليه العقلة والقيود الاحتياطية وكذلك عقود التسويغ مع بيان ألقاب المكترين وأسمائهم ومقراتهم ومدة العقد ومعين الكراء.

7) ومبلغ افتتاحي يساوي القيمة المحددة للعقار.

8) وبيان يوم البتة وساعتها والمحكمة التي تجرى أمامها.

9) الشروط التي يمكن بمقتضاها معاينة العقار المعقول وزيارته.

وكل شرط آخر ينص عليه كراس الشروط يعد لاغيا.

وتضاف عند الاقتضاء إلى كراس الشروط قائمة في الترسيمات المنصوص عليها بالسجل العقاري.

الفصل 413 ـ لكل شخص أن يطلع على كراس الشروط بدون نقلة سواء بكتابة المحكمة أو بمكتب المحامي القائم بالتتبع الذي يجب أن تودع به نسخة من ذلك الكراس.

الفصل 414 ـ إن لم تكن العقارات مسوغة للغير عند وقوع العقلة التنفيذية فإنها تبقى بحوز المدين بصفته مؤتمنا عليها إلى أن يقع البيع ما لم يصدر رئيس المحكمة الابتدائية بمكان العقار بطلب من القائم بالتتبع أو غيره من الدائنين قرارا استعجاليا قاضيا بخلاف ذلك.

الفصل 415 ـ الغلال الطبيعية والمدنية أو الثمن المتحصل منها تصبح مجمدة ابتداء من إعلام المعقول عنه بالعقلة التنفيذية أو إنذاره وتوزع مع ثمن العقار وحسب نفس الطريقة باستثناء ما يمكن أن يترتب عن عقلة سابقة مجراة وفقا لأحكام الفصل 402.

الفصل 416 ـ عقلة معين الكراء التي حلت أو ستحل آجاله تقع بمجرد اعتراض يبلغه العدل المنفذ إلى مكتري العقار المجراة عليه العقلة بطلب من القائم بالتتبع أو غيره من الدائنين.

ولا يجوز للمكتري أن يؤدي معين الكراء إلا لمؤتمن يعينه رئيس المحكمة الابتدائية لمكان العقار بإذن على عريضة.

وأداء معين الكراء للمعقول عنه يكون عند عدم وجود اعتراض صحيحا ويكون المعقول عنه حينئذ ملزما بوصفه مؤتمنا عدليا بترجيع ما قبضه.

كما أنه يكون ملزما بنفس الصفة بترجيع ما قبضه أو إحالة مسبقا من معين الكراء عن المدة الموالية لإعلامه بالعقلة التنفيذية أو الإنذار.

الفصل 417 ـ عقود التسويغ التي لم تحرز على تاريخ ثابت قبل إعلام المعقول عنه بالعقلة التنفيذية أو إنذاره يجوز إبطالها وما يبرم منه بعد هذا الإعلام يجب إبطاله إذا طلب ذلك في الحالتين الدائنون أو المبتت له.

الفصل 418 ـ يتولى للمحامي القائم بالتتبع في ظرف أربعين يوما على الأكثر وعشرين يوما على الأقل قبل تاريخ البتة إدراج إعلان بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ممضى منه يحتوي على ما يلي :

1) لقب الدائن العاقل والمدين المعقول عنه واسمهما وصفتهما ومقرهما،

2) لقب المحامي القائم بالتتبع واسمه وعنوانه،

3) تعيين العقار المجراة عليه العقلة حسبما نص عليه كراس الشروط،

4) المبلغ الافتتاحي،

5) بيان تاريخ البتة وساعتها والمحكمة التي تجري أمامها،

6) الشروط التي يمكن بمقتضاها زيارة العقار.

الفصل 419 ـ يتولى المحامي القائم بالتتبع في ذلك الأجل وبواسطة أحد العدول المنفذين تعليق الإعلان المذكور بمكتبه وبمكتب العدل المنفذ وبمدخل العقار المجراة عليه العقلة وبمدخل المحكمة التي تقع لديها البتة. ويحرر العدل المنفذ محضرا في ذلك التعليق.

كما تسلم نسخة من الإعلان إلى كاتب المحكمة عند إجراء البتة.

الفصل 420 ـ يجوز بإذن من رئيس المحكمة غير قابل للطعن نشر إشهار تكميلي موجز بصحيفة أو عدة صحف بحسب أهمية المكاسب المعروضة للبيع.

الفصل 421 ـ يودع المحامي القائم بالتتبع بكتابة المحكمة قبل وقوع البتة شهادة تثبت إتمام جميع إجراءات الإشهار المنصوص عليها بالفصول الثلاثة المتقدمة.

الفصل 422 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ تقع البتة بعد أربعين يوما على الأقل وستين يوما على الأكثر على تقديم كراس الشروط لكتابة المحكمة.

وإذا كان اليوم الأخير من الأجل المذكور يوم عطلة رسمية أو لم يصادف تاريخ الجلسة الأصلي لمحكمة العقلات العقارية فإن البيع يعين لأول جلسة موالية ويمكن لرئيس المحكمة تعيين جلسة خاصة به.

ويتولى المحامي القائم بالتتبع استدعاء المعقول عنه وعند الاقتضاء الدائنين المرسمين وأصحاب القيود الاحتياطية التي لم تزل سارية المفعول بمقراتهم المختارة بترسيماتهم قبل البيع بعشرين يوما على الأقل للحضور لدى المحكمة في اليوم المعين للبتة.

الفصل 423 ـ تقع البتة بجلسة للعقلات العقارية بالمحكمة الابتدائية لمكان العقار.

الفصل 424 ـ بقطع النظر عن أحكام الفقرة الأولى من الفصل 306 يمكن للدائن أن يطلب في آن واحد عقلة عقارين أو أكثر من العقارات التي هي على ملك مدينه ولو كانت بدوائر عدة محاكم وفي هذه الصورة يحرر محضر عقلة أو إنذار لكل عقار.

والبيع يتم في آن واحد وحسب إجراءات وحيدة.

وإن كانت العقارات المجراة عليها العقلة موجودة بدوائر محاكم مختلفة فإن البتة تقع أمام المحكمة الابتدائية بمكان أهم العقارات.

وإن كانت العقارات تابعة لاستغلال واحد فإن البيع يقع أمام المحكمة الابتدائية بمكان المركز الأصلي للاستغلال.

الفصل 425 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 وبالقانون عدد 79 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005) ـ يجوز للمدين المعقول عنه قبل موعد جلسة التبتيت أن يتولى بنفسه بيع العقار المعقول، وفي هذه الحالة فإنه يبقى ضامنا في ما يطرأ على العقار إلى حين تأمين الثمن ومصاريف البتة.

ويجب أن يكون الثمن المؤمن كافيا لخلاص جميع الدائنين العاقلين والمعترضين وأن يتم التأمين في أجل لا يتجاوز العشرة أيام قبل تاريخ جلسة التبتيت.

وإذا لم يقع خلاص طالب التتبع قبل اليوم والساعة المعينين للبتة فإن محاميه يتولى أعمال البتة لآخر مزايد وذلك بعد الإعلان عن أوصاف العقار المعروض للبيع وما يتحمله من التكاليف ومقدار السعر الافتتاحي ومبلغ المصاريف والأجور

المسعّرة وعند الاقتضاء الاعتراضات المسجلة بكراس الشروط، ثم تفتح المزايدة وتضاء بالتوالي ثلاثة أنوار يدوم كل منها دقيقة تقريبا.

ولا يكون المزايد ملزما بما بذله من الثمن إذا بدت مزايدة أخرى بعد مزايدته ولو صرح ببطلان المزايدة الأخيرة ولا يقع التصريح بالتبتيت إلا بعد إطفاء ثلاثة أنوار تتم إضاءتها بالتوالي.

وإذا وقعت مزايدة قبل انطفاء أحد الأنوار، فإنه لا يمكن التصريح بالتبتيت إلا بعد انطفاء نورين آخرين دون مزايدات أثناء مدتها.

وإذا لم تقع مزايدة مدة إضاءة الأنوار الثلاثة ولم يقبل الدائن تبتيت العقار لفائدته بالثمن الافتتاحي فعلى المحكمة تأخير موعد البتة مرة واحدة والنزول بالثمن الافتتاحي بنسبة أربعين بالمائة وتعيين موعد لعقد جلسة التبتيت في أجل لا يتجاوز ستين يوما وتعلن البتة المؤجلة قبل موعد وقوعها بخمسة عشر يوما على الأقل بوسائل الإشهار المنصوص عليها بالفصول من 418 إلى 420 من هذه المجلة.

ولا تقع المزايدة إلا بواسطة محام وممن أمّن ثلث الثمن الافتتاحي على الأقل بصندوق الودائع والأمانات أو قدم في شأنه شيكا مشهودا بتوفر رصيده أو ضمانا بنكيا لا رجوع فيه ويعفى القائم بالتتبع من مقتضيات هذه الفقرة وكذلك الشريك عند بيع المشترك صفقة المزاد.

الفصل 426 ـ لا تحيل البتة إلى المبتت له حقوقا عينية غير الحقوق الراجعة للمعقول عنه.

الفصل 427 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ تقرر المحكمة نتيجة التبتيت بمحضر يصاغ في الشكل العادي للأحكام.

ويكون هذا المحضر غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب.

ولا يجوز إلا القيام ببطلان البتة أمام المحكمة الابتدائية وذلك مع مراعاة أحكام الفصل 438 من هذه المجلة.

الفصل 428 ـ يجب على آخر مزايد من المحامين أن يمضي حال انعقاد الجلسة بأسفل محضر التبتيت بعد ذكر ثمن التبتيت بلسان القلم.

ويجوز له علاوة ذلك أن يطلب تمكين منوبه إذا كان حاضرا بجلسة التبتيت من الإمضاء بالمحضر المشار إليه وإلا وجب عليه أن يقدم لكتابة المحكمة في ظرف ثلاثة أيام من وقوع البتة تصريحا في بيان لقب المبتت له واسمه ومهنته ومقره

وصفته مع تقديم الأوراق التي تفيد قبوله أو تقديم التوكيل الذي أسنده إليه وتبقى الأوراق أو التوكيل مضافة إلى التصريح وإذا لم يقدم المحامي الوثائق المذكورة اعتبر التبتيت واقعا لشخصه.

ويجوز للمبتت له في ظرف أربع وعشرين ساعة من تصريح محاميه المشار إليه بالفقرة المتقدمة أو من إمضائه بأسفل محضر التبتيت أن يعرف كتابة المحكمة بأن شراءه كان في حق غيره مع بيان لقب هذا الغير واسمه ومهنته ومقره وصفته وتقديم ما يفيد قبوله كما يجوز للمحامي الذي اعتبر التبتيت واقعا لشخصه أن يقدم نفس التعريف في ظرف الأربع والعشرين ساعة الموالية لأجل الثلاثة أيام المبينة بالفقرة المتقدمة.

الفصل 429 ـ يجب أن يسعر رئيس دائرة العقلات العقارية أو من يكلفه من الحكام مصاريف إجراءات العقلة العقارية قبل جلسة التبتيت ويتولى الرئيس أو الحاكم في آن واحد تقدير أجور المحامي طلب التتبع التي يجب اعتبارها من المصاريف.

وتعتبر المصاريف والأجور المسعرة من طرف الرئيس أو الحاكم ممتازة وتدفع زيادة على الثمن.

الفصل 430 ـ تسعير المصاريف والأجور قابل للاعتراض في ظرف أجل قدره خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ الإعلام به ويسقط الاعتراض الواقع بعد هذا الأجل.

ويرفع الاعتراض بواسطة أحد العدول المنفذين ويعلم به طالب التتبع مع استدعائه للحضور لدى المحكمة المتولية للبيع خلال أجل لا يقل عن الثمانية أيام ولا يزيد عن الخمسة عشر يوما ويجب أن يكون الاعتراض معللا وإلا يكون باطلا.

وتبت المحكمة في الاعتراض خلال الشهر بحكم غير قابل للاستئناف.

والاعتراض الواقع في الأجل القانوني يوقف أداء المصاريف والأجور المسعرة إلا أنه لا يحول دون استمرار إجراءات البتة.

الفصل 431 ـ ينص بمحضر التبتيت على الإجراءات المتبعة وعلى مبلغ المصاريف والأجور المسعرة وعلى البتة الواقعة على التصاريح المشار إليها بالفصل 428.

وتنص نسخة الحكم التنفيذية على ما ورد ذكره بكراس الشروط وبمحضر التبتيت ويقع إعلام المعقول عنه بها.

الفصل 432 ـ يدفع ثمن التبتيت في ظرف شهر بعد البتة للمحامي القائم بالتتبع.

على أنه إذا كان الأمر يتعلق بعقار مسجل وكان هناك دائن أو عدة دائنين مرسمين فإنه يقع تأمين ثمن التبتيت بصندوق الودائع والأمانات في الشهرين الموالين للتبتيت.

وإذا اتضح أن المبتت له هو الدائن الوحيد وإنه مرتهن للعقار ومرسم أو إنه صاحب ترسيم من الرتبة الأولى فلا يجب عليه أن يؤمن خلال الأجل المنصوص عليه بالفقرة المتقدمة إلا الجزء من ثمن التبتيت الذي يفوق مقدار دينه الموثق بالترسيم.

وعلى المبتت له في صورة الفقرة الأولى أعلاه أن يؤدي في آن واحد مع ثمن التبتيت المصاريف والأجور المسعرة وفي صورتي الفقرتين الثانية والثالثة أن يؤمنها إلا إذا سبق منه تقديمها بوصفه قائما بالتتبع.

الفصل 433 ـ لا يمكن تغيير تاريخ البتة إلا لسبب خطير مبرر كما يجب وبحكم معلل.

وإن وقع التأخير فإن الحكم الصادر يعين من جديد تاريخ وقوع البتة الذي لا يمكن أن يكون متأخرا عن تاريخ البتة الأولى بأكثر من ستين يوما.

وتعلن البتة المؤجلة قبل وقوعها بخمسة عشر يوما على الأقل بوسائل الإشهار المنصوص عليها بالفصول 418 إلى 420.

الفصل 434 ـ لكل معني أن يقدم اعتراضا يرمي إلى إدخال تعديل على كراس الشروط وإدراج ملحوظات واحترازات به.

ويتولى الكاتب نسخ الحكم الصادر في الاعتراضات بذيل كراس الشروط.

الفصل 435 ـ إذا أدلى المعقول عنه بما يثبت أن ما توفره له عقاراته مدة سنة من دخل صاف ومتحرر من جميع التكاليف يكفي لخلاص الدين أصلا وتوابع وإنه أناب الدائن العاقل لقبضه جاز للمحكمة أن تأذن بتوقيف التتبعات على أن يقع استئنافها كلما حال دون الخلاص.

الفصل 436 ـ يجوز للمعقول عنه في صورة العقلة الجماعية المنصوص عليها بالفصل 424 أن يطلب من المحكمة تأجيل بيع عقار أو عدة عقارات شملتها العقلة بدون أن يمنع هذا المطلب من ترسيم الإنذار بالرسم العقاري.

ولا يجاب عن المطلب إلا إذا أثبت المدين أن قيمة المكاسب التي ستتواصل فيها التتبعات كافية لخلاص العاقل وجميع الدائنين المرسمين.

ويبين الحكم العقارات التي يرتفع عنها التتبع.

وبعد البتة النهائية يجوز للعاقل أن يعود للتتبع في المكاسب المستثناة وقتيا إن كان ثمن المكاسب المبتتة غير كاف لخلاصه.

ولا يجوز طلب رفع التتبع إذا كانت المكاسب تابعة لنفس الاستغلال.

الفصل 437 (نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986) ـ الدعاوى المعارضة المنصوص عليها بالفصول من 433 إلى 436 يجب تقديمها في أجل يبتدئ من تاريخ إيداع كراس الشروط بكتابة المحكمة وينتهي قبل انعقاد جلسة التبتيت بعشرة أيام.

ويستدعي القائم بالدعوى خصمه للحضور بجلسة تنعقد قبل تاريخ التبتيت بما لا يقل عن خمسة أيام على أن لا يقل أجل الحضور عن ثلاثة أيام.

وإلا سقط حق القيام بها.

ويجب أن يصدر الحكم مبدئيا قبل تاريخ البتة على أنه للمحكمة أن تأذن بتأجيل البتة إذا رأت ذلك ضروريا للنظر في الدعوى العارضة وفي هذه الصورة يحكم على القائم بالدعوى العارضة المحكوم بعدم سماع دعواه بالمصاريف المترتبة عن استئناف الإجراءات بقطع النظر عن غرم الضرر.

الفصل 438 ـ أوجه البطلان سواء من حيث الشكل أو من حيث الأصل المرفوعة ضد إجراءات العقلة العقارية يجب تقديمها وفصلها حسب الصيغ وفي الآجال الواردة بالفصل المتقدم.

وإذا حكم بقبولها فإنه يمكن استئناف الإجراءات بداية من آخر عمل غير باطل وتسري الآجال المعينة للقيام بالأعمال الموالية له ابتداء من تاريخ الإعلام بالحكم القاضي بالبطلان.

أما إذا حكم برفضها فإنه يقع استئناف الإجراءات بداية من آخر أعمالها.

الفصل 439 ـ أحكام الفصل المتقدم لا تسري على مطالب استحقاق العقارات المجراة عليها العقلة.

الفصل 440 ـ إن لم يتمم القائم بالتتبع إحدى الموجبات أو لم يقم بعمل من أعمال الإجراءات في الآجال المضروبة يجوز لكل دائن بيده سند تنفيذي أو سند مرسم وحل أجل دينه أن ينذره بواسطة أحد العدول المنفذين بأن عليه التمادي على الإجراءات في الثمانية أيام الموالية وإن لم يستمر عليها يقع القيام عليه بدعوى في الحلول محله ويصدر الحكم في هذه الدعوى خلال الشهر.

وعلى القائم بالتتبع الذي يحكم بإحلال غيره محله أن يسلم مقابل وصل ما بيده من أوراق تتعلق بالتتبعات إلى ذلك الغير الذي يقوم بمواصلة الإجراءات عن مسؤوليته الخاصة وما صرفه القائم بالتتبع يستخلص وفقا لأحكام الفصلين 429 و430.

ولمن صدر الحكم بحلوله أن يغير الثمن الافتتاحي المعين من طرف طالب التتبع وذلك بمجرد تصريح يقدمه إلى كتابة المحكمة ويضاف إلى كراس الشروط على أنه إذا تم الإشهار أو شرع فيه فإن الثمن الافتتاحي لا يمكن تغييره إلا بشرط إشهار البتة والإعلان عنها من جديد حسب الصيغ والآجال التي جاءت بها الفصول 418 إلى 420 مع بيان الثمن الافتتاحي الجديد.

الفصل 441 ـ دائرة العقلات العقارية التي يجب أن تجري أمامها البتة تختص وحدها بالنظر في جميع الدعاوى العارضة المنصوص عليها بالفصول 433 إلى 438 و440.

والأحكام الصادرة في تلك الدعاوى تكون غير قابلة للاستئناف.

الفصل 442 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يمكن لكل شخص أن يزيد في ثمن المبيع بمبلغ لا يقل عن السدس وذلك خلال العشرة لأيام الموالية ليوم البتة بعد تأمين مقدار الزيادة وكامل ثمن التبتيت الأول والمصاريف والأجور المسعرة بصندوق الودائع والأمانات، أو تقديم شيك مشهود بتوفر رصيده أو ضمان بنكي لا رجوع فيه وإلا تلغى زيادته وتتم هذه الزيادة عن طريق محام بواسطة تصريح يسجل بكتابة المحكمة التي تم البيع لديها ويتضمن اسم صاحب الزيادة ولقبه ومهنته ومقره وصفته وثمن التبتيت ومقدار الزيادة والمصاريف والأجور المسعرة المبينة بمحضر التبتيت ويضاف إليه وصل التأمين.

ولا يجوز الرجوع في الزيادة.

الفصل 443 ـ على محامي صاحب الزيادة أن يعلم خلال العشرة أيام الموالية للزيادة وبواسطة أحد العدول المنفذين القائم بالتتبع والمعقول عنه والمبتت له بالزيادة على المزايدة ويطلب منهم الحضور بجلسة البتة الجديدة في اليوم والساعة المعينين.

وعليه أن يطلب خلال الخمسة أيام الموالية لتاريخ الإعلام تسجيله بأسفل التصريح بالزيادة المنصوص عليه بالفصل المتقدم.

وإذا لم يتول صاحب الزيادة القيام بالتصريح والإعلام المشار إليهما في الآجال المضروبة جاز للقائم بالتتبع أو المعقول عنه أو المبتت له أو كل دائن مرسم أن يتولى ذلك خلال العشرين يوما الموالية للأجل المضروب لصاحب الزيادة وإذا لم يقع ذلك فإن الزيادة تعتبر كأن لم تكن.

الفصل 444 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ يجب أن تقع البتة بالزيادة على المزايدة بعد مضي أربعين يوما على الأقل وستين يوما على الأكثر على الإعلام بالزيادة ويقع الإعلان عن تلك البتة واتباعها بنفس شروط البتة الأولى.

وإن لم يبذل ثمن أوفر فإن العقار يبتت لصاحب الزيادة ولو لم يحضر بالجلسة بالثمن الافتتاحي المشتمل على الثمن الذي بتت به المبيع أولا وعلى الزيادة المبذولة، وتجب عليه المصاريف والأجور المسعرة سواء المتعلقة بالبتة الأولى أو المترتبة عن البيع الواقع بموجب الزيادة.

ولا تقبل زيادة أخرى بعد البيع الواقع بموجب الزيادة.

الفصل 445 ـ إن لم يوف المبتت له بثمن التبتيت والمصاريف والأجور المسعرة وفقا لأحكام الفصل 432 فإن العقار يعاد بيعه بموجب نكوله بعد انذاره بواسطة أحد العدول المنفذين بالوفاء بما عليه وعدم امتثاله لذلك في ظرف عشرة أيام.

الفصل 446 ـ تتمثل إجراءات إعادة البتة بموجب النكول في إشهار جديد وبتة جديدة وفقا للقواعد المقررة للتبتيت الأول.

وينص بإعلانات الإشهار القانوني علاوة على الإيضاحات التي يفرضها الفصل 418 على لقب الناكل في البيع واسمه ومقره ومبلغ البتة المقرر لفائدته

وثمن افتتاحي يعينه القائم بالتتبع وتاريخ وساعة إتمام البتة الجديدة وفقا لكراس الشروط القديم.

الفصل 447 ـ تعاد البتة بموجب النكول بعد مضي عشرين يوما على الأقل وأربعين يوما على الأكثر على آخر عمل من أعمال الإشهار القانوني.

ويستدعي المحامي القائم بالتتبع للحضور يوم البتة وقبل تاريخها بعشرين يوما على الأقل المعقول عنه والناكل في البيع وعند الاقتضاء الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة بترسيماتهم.

الفصل 448 ـ أحكام الفصلين 400 و401 تنطبق على تبتيت العقارات المعاد بموجب النكول.

الفصل 449 ـ الزيادة على المزايدة التي جاء بها الفصل 442 لا تقبل بعد البيع الواقع بموجب نكول المشتري الأول إلا إذا لم تقع زيادة بعد التبتيت الأول.

الفصل 450 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002) ـ إذا لم يكن لأي عقار من العقارات التي شملتها إجراءات تتبع واحد ثمن افتتاحي يتجاوز سبعة آلاف دينار فإن العقلة والبيع يخضعان للإجراءات المقررة للمنقولات.

إلا أنه ينبغي في هذه الصورة تطبيق أحكام الفصول 414 إلى 417 و426 و432 (الفقرتان الثانية والثالثة) و435 و451 إلى 462 باستثناء أحكام الفصل 452 ـ خامسا ـ و ـ سادسا ـ والفصل 460 ـ خامسا ـ و ـ سادسا ـ.

والإشهار المنصوص عليه بالفصل 396 يجب علاوة على ذلك أن ينص به بإنجاز على التكاليف العينية المحمولة على العقار المجراة عليه العقلة والقيود الاحتياطية و كذلك عقود التسويغ وعند الاقتضاء يمسك العدل المنفذ المكلف بالبيع تحت طلب المعنيين كشفا في الترسيمات المنصوص عليها بالرسم العقاري.

ولا تقبل زيادة على المزايدة إلا إذا تجاوز ثمن التبتيت سبعة آلاف دينار. وتقع تلك الزيادة وتتبع إجراءاتها أمام المحكمة المشار إليها بالفصلين 423 و424 من هذه المجلة في الآجال وحسب الصيغ والشروط الواردة بالفصول 418 إلى 421 و442 جديد إلى 448 من هذه المجلة.

العقلة التنفيذية في العقار هي العقلة التي تهدف إلى بيع العقار التابع للمدين بغاية استخلاص الدّين. وتتميّز العقارات المسجلة بإجراءات خاصة في ذلك، كما هو الحال بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة، وفي ذلك أحكام مشتركة بين العقارات المسجلة وغير المسجلّة. وقد وردت الفصول 410 إلى 450 م.م.م.ت. في بيان **الأحكام المشتركة بين العقارات المسجلة وغير المسجلة** حيث تشترك عقلة العقارات المسجّلة وغير المسجّلة في عدّة أحكام سواء على مستوى الحقوق العينية التي يمكن عقلتها (أ) أو على مستوى القائمين بالتتبع (ب) وتحرير محضر العقلة (ت) وتحديد آثارها (ث) و الإشهارات المتبعة في ذلك (ج) وطبيعة الإجراءات القضائية المعتمدة (ح) وتوزيع المتحصل من البيع وتحديد درجة الدائنين في صورة التعدّد (خ)[1].

أ ـ الحقوق العينية القابلة للعقلة العقارية

جميع الحقوق العينية العقارية التي يجوز رهنها أو المنابات المفرزة أو المشاعة من نفس تلك الحقوق يمكن عقلتها تنفيذيا[2]. وقد بيّن الفصل 12 م.ح.ع الحقوق العينية العقارية وهي الملكية والإنزال والكردار وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الهواء والإجارة الطّويلة وحق الارتفاق والامتياز والرهن العقاري. ومن هذه الحقوق ما منع منذ صدور مجلة الحقوق العينية سنة 1965 أي الإنزال والكردار والهواء والإجارة الطويلة، ومنها كذلك ما لا يقبل الرهن مثل حق الاستعمال وحق السكنى والارتفاق[3]. وبذلك تبقى الملكية وحق الانتفاع خاضعين لإمكانية الرهن سواء كانت مملوكة لشخص واحد أو على الشياع بين عدّة أفراد[4]. وعلى ذلك الأساس فإنّه من الممكن عقلتها تنفيذيا طالما أنها قابلة للرهن.

---

(1) أما الأحكام العامة للعقلة التنفيذة بوجه عام فقد وردت باللفصول 302 إلى 315 م.م.م.ت. يراجع التعليق على هذه الفصول وكذلك التعليق على الفصول 390 وما بعد م.م.م.ت. الخاصة بالعقلة التنفيذة في منقول.

(2) الفصل 410 م.م.م.ت.

(3) علي كحلون: التعليق على مجلة الحقوق العينية، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2010، ص.50 و301.

(4) الفصل 271 م.ح.ع.

على أنّه يمكن للدائن أن يطلب في آن واحد عقلة عقارين أو أكثر من العقارات التي هي على ملك مدينه ولو كانت بدوائر عدة محاكم وفي هذه الصورة يحرر محضر عقلة أو إنذار لكل عقار. والبيع يتم في آن واحد وحسب إجراءات وحيدة[1].

ولكنّ بعض العقارات من الممكن أن تخرج عن نظام العقلة العقارية وتخضع لنظام عقلة المنقول حيث أورد الفصل 450 م.م.م.ت بعد تنقيحه سنة 2002 بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 حالة استثنائية في إمكانية إخضاع بعض العقارات لإجراءات عقلة المنقول نظرا لعدم ارتفاع قيمتها، حيث إذا لم يكن لأي عقار من العقارات التي شملتها إجراءات تتبع واحد ثمن افتتاحي يتجاوز سبعة آلاف دينار فإن العقلة والبيع يخضعان للإجراءات المقررة للمنقولات.

إلا أنّ أثر العقلة يبقى نفسه في منع المعقول عنه من التصرف في المعقول أو في إدارته ويبقى أثر التبتيت نفسه في جعل الأثر منحصرا بين الطرفين ويلزم المبتتت له بتأمين الثمن إذا تعدّد الدائنون وله الحقّ في وقف الإجراءات إذا أثبت أنّ إنتاج العقارات كاف لسداد الدّين وتراعى موجبات العقارات المسجّلة وغير المسجلة في الإجراءات من حيث تحرير محضر العقلة أو الإنذار وترسيمه[2].

ويجب علاوة على الإشهارات الموجبة في عقلة المنقولات على معنى الفصل 396 م.م.م.ت أي الإشهار بالأسواق والجرائد أن ينص به بإيجاز على التكاليف العينية المحمولة على العقار المجراة عليه العقلة والقيود الاحتياطية و كذلك عقود التسويغ وعند الاقتضاء يمسك العدل المنفذ المكلف بالبيع تحت طلب المعنيين كشفا في الترسيمات المنصوص عليها بالرسم العقاري.

ولا تقبل الزيادة على المزايدة أي التسديس (الزيادة بالسدس بعد البتّة) إلا إذا تجاوز ثمن التبتيت سبعة آلاف دينار. وتقع تلك الزيادة وتتبع إجراءاتها أمام دائرة البيوعات العقارات بمكان العقار أو بمكان أهم العقارات إذا تعدّدت العقارات المعقولة أو بمكان المركز الأصلي للاستغلال إذا كانت العقارات المعقولة تابعة

(1) الفصل 424 م.م.م.ت.

(2) ينبغي في هذه الصورة تطبيق أحكام الفصول 414 إلى 417 و426 و432 (الفقرتان الثانية والثالثة) و435 و451 إلى 462 باستثناء أحكام الفصل 452 ـ خامسا ـ و ـ سادسا ـ والفصل 460 ـ خامسا ـ و ـ سادسا .

لاستغلال[1] وذلك بعد تقديم كراس الشّروط من قبل محامي ينوب القائم بالتتبع والإشهار بالرائد الرسمي في الأجل والتعليق وإتمام الإشهار التكميلي عند الاقتضاء وتقديم شهادة الإشهار ومراعاة إجراءات التسديس والبيع بعد النكول وذلك في الآجال وحسب الصيغ والشروط الواردة في باب العقلة العقارية [2]، أي أنّ التسديس في صورة وقوعه يجرى بحسب إجراءات العقلة العقارية أمام دائرة البيوعات العقارية وبسعي من محامي ينوب القائم بالتتبع مع مراعاة إجراءات التسديس، بعدما خضع العقار في البداية لإجراءات بيع المنقول بحكم ثمنه الافتتاحي الذي لا يتجاوز 7 آلاف دينار[3].

ب ـ القائمون بالتتبع (القيام الأصلي والحلول)

إنّ القائم بالتتبع يمكن أن يكون بصفة أصلية أو حلولا إذا تقاعس القائم بالتتبع.

فالقائم بالتتبع أصليا هو الذّي بيده سند تنفيذي ويباشر إجراءات العقلة العقارية دون إسقاط أي من الإجراءات القانونية المحدّدة قانونا. ويجب أن يكون التتبع في العقلة العقارية بواسطة محامي طبق نظام حدّده المشرع بمجلة المرافعات المدنية والتجارية بالفصول 410 إلى 450[4].

غير أنّه إذا لم يتمم القائم بالتتبع إحدى الموجبات أو لم يقم بعمل من أعمال الإجراءات في الآجال المضروبة يجوز لكل دائن بيده سند تنفيذي أو سند مرسم وحل أجل دينه أن ينذره بواسطة أحد العدول المنفذين بأن عليه التمادي على الإجراءات في الثمانية أيام الموالية وإن لم يستمر عليها يقع القيام عليه بدعوى في الحلول محله ويصدر الحكم في هذه الدعوى خلال الشهر، وذلك هو معنى الحلول في العقلة العقارية.

وعلى القائم بالتتبع الذي يُحكم بإحلال غيره محله أن يسلم مقابل وصل ما بيده من أوراق تتعلق بالتتبعات إلى ذلك الغير الذي يقوم بمواصلة الإجراءات عن

(1) الفصلان 423 و424 م.م.م.ت.

(2) والمقصود بذلك هو الصيغ والآجال والشروط الواردة بالفصول 418 إلى 421 و442 جديد إلى 448 م.م.م.ت.

(3) الفصل 450 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).

(4) تقديم كراس الشروط، الإعلان بالرائد الرسمي، تعليق الإعلان، الإشهار التكميلي، إيداع شهادة الإشهار. ثمّ تفتح بعد ذلك الإجراءات القضائية: المحكمة المختصة، تاريخ الجلسة، استدعاء الأطراف، المزايدة، تسعير المصاريف، الاعتراض، وقف الإجراءات، التبتيت، مطالب استحقاق العقارات المبتتة، التسديس، إعادة البيع بموجب النكول.

مسؤوليته الخاصة وما صرفه القائم بالتتبع يستخلص بعد تسعيره من قبل رئيس دائرة االبيوعات العقارية وفوات أجل الاعتراض طبق أحكام الفصلين 429 و430 م.م.م.ت[1].

ولمن صدر الحكم بحلوله أن يغير الثمن الافتتاحي المعين من طرف طالب التتبع وذلك بمجرد تصريح يقدمه إلى كتابة المحكمة ويضاف إلى كراس الشروط على أنه إذا تم الإشهار أو شرع فيه فإن الثمن الافتتاحي لا يمكن تغييره إلا بشرط إشهار البتة والإعلان عنها من جديد حسب الصيغ والآجال التي جاءت بها الفصول 418 إلى 420 مع بيان الثمن الافتتاحي الجديد[2].

ت ـ محضر العقلة والإعلام به أو ترسيمه

يجب أن يحرّر في العقلة العقارية محضر بواسطة عدل تنفيذ، إذا كان العقار غير مسجل ويجب أن يبيّن المحضر البيانات التالية وإلا كان باطلا 1) السند التنفيذي الذي أجريت العقلة بمقتضاه وإعلام المعقول عنه بهذا السند، 2) مبلغ الدين المطلوب أداؤه، 3) حضور أو مغيب المعقول عنه عن عمليات العقلة، 4) تعيين العقار المجراة عليه العقلة مع بيان دقيق لموقعه ومشمولاته ومساحته وحدوده والاسم المعروف به، 5) المحكمة التي ستقع البتة لديها، 6) إنابة محام يكون قانونا المقر المختار للدائن العاقل[3]. ويجب إعلام المعقول عنه بذلك.

وإذا كان العقار مسجّلا تجرى العقلة التنفيذية بإنذار يبلغ إلى المدين بواسطة عدل منفذ. ويجب أن يشتمل محضر الإنذار على البيانات التالية وإلا

(1) الفصل 429 م.م.م.ت ـ «يجب أن يسعر رئيس دائرة العقلات العقارية أو من يكلفه من الحكام مصاريف إجراءات العقلة العقارية قبل جلسة التبتيت ويتولى الرئيس أو الحاكم في آن واحد تقدير أجور المحامي طلب التتبع التي يجب اعتبارها من المصاريف.
وتعتبر المصاريف والأجور المسعرة من طرف الرئيس أو الحاكم ممتازة وتدفع زيادة على الثمن».
الفصل 430 م.م.م.ت. «ـ تسعير المصاريف والأجور قابل للاعتراض في ظرف أجل قدره خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ الإعلام به ويسقط الاعتراض الواقع بعد هذا الأجل.
ويرفع الاعتراض بواسطة أحد العدول المنفذين ويعلم به طالب التتبع مع استدعائه للحضور لدى المحكمة المتولية للبيع خلال أجل لا يقل عن الثمانية أيام ولا يزيد عن الخمسة عشر يوما ويجب أن يكون الاعتراض معللا وإلا يكون باطلا.
وتبت المحكمة في الاعتراض خلال الشهر بحكم غير قابل للاستئناف.
والاعتراض الواقع في الأجل القانوني يوقف أداء المصاريف والأجور المسعرة إلا أنه لا يحول دون استمرار إجراءات البتة».
(2) الفصل 440 م.م.م.ت.
(3) الفصل 460 م.م.م.ت.

يكون باطلا : 1) السند التنفيذي وإعلام المدين أو السند المرسم الذي أجري الإنذار بمقتضاه، 2) مبلغ الدين المطلوب أداؤه، 3) التنبيه على المدين بأنه في صورة عدم الوفاء حالا يقع ترسيم الإنذار بالرسم العقاري ويقوم ذلك الإنذار مقام العقلة بداية من ترسيمه، 4) تعيين العقار الذي تجرى العقلة عليه مع بيان دقيق لموقعه ومشمولاته ومساحته وكذلك معرّف الرسم العقاري، 5) المحكمة التي سيقع لديها بيع العقار عند الاقتضاء، 6) إنابة محام يكون مكتبه قانونا المقر المختار للدائن القائم بالتتبع[1]. ويجب ترسيم الإنذار بالرسم العقاري في ظرف تسعين يوما من تاريخه وإلا يلغى العمل به. وهذا الترسيم يقوم مقام العقلة.

ث ـ أثر العقلة العقارية

المعلوم أنّ العقلة العقارية التنفيذية ترفع عن المعقول عنه حقّ التصرف في العقار وحتى القيام بأعمال الإدارة.

فإن لم تكن العقارات مسوغة للغير عند وقوع العقلة التنفيذية فإنها تبقى بحوز المدين بصفته مؤتمنا عليها إلى أن يقع البيع ما لم يصدر رئيس المحكمة الابتدائية بمكان العقار بطلب من القائم بالتتبع أو غيره من الدائنين قرارا استعجاليا قاضيا بخلاف ذلك[2]، أي أنّه من الممكن استعجاليا تكليف الغير كمؤتمن على المعقول وسحب العقار من حيازة المعقول عنه. وتصبح الغلال الطبيعية والمدنية أو الثمن المتحصل منها مجمدة ابتداء من إعلام المعقول عنه بالعقلة التنفيذية أو إنذاره وتوزع مع ثمن العقار وحسب نفس الطريقة إلا إذا سبق عقلة الصابة عقلة منقولات[3] فإنها تخرج من إطار العقلة العقارية[4].

وتقع عقلة معين الكراء الذي حلّ أو ستحل آجاله بمجرد اعتراض يبلغه العدل المنفذ إلى مكتري العقار المجراة عليه العقلة بطلب من القائم بالتتبع أو غيره من الدائنين. ولا يجوز للمكتري أن يؤدي معين الكراء إلا لمؤتمن يعينه رئيس

(1) الفصل 452 م.م.م.ت.
(2) الفصل 414 م.م.م.ت.
(3) نصّ الفصل 402 م.م.م.ت على أنّه «يمكن أن تعقل الصابات والثمار التي قاربت النضج قبل قطعها. ويشتمل تقرير العقلة على بيان العقار وموقعه ونوع وأهمية الثمار أو الصابات المعقولة ولو على وجه التقريب وإلا يكون باطلا. والثمار والصابات المعقولة تباع ما دامت على سوقها».
(4) الفصل 415 م.م.م.ت.

المحكمة الابتدائية لمكان العقار بإذن على عريضة. وأداء معين الكراء للمعقول عنه يكون عند عدم وجود اعتراض صحيحا ويكون المعقول عنه حينئذ ملزما بوصفه مؤتمنا عدليا بترجيع ما قبضه. كما أنه يكون ملزما بنفس الصفة بترجيع ما قبضه أو أحاله مسبقا من معين الكراء عن المدة الموالية لإعلامه بالعقلة التنفيذية أو الإنذار[1].

على أنّه يجوز إبطال عقود التسويغ التي لم تحرز على تاريخ ثابت قبل إعلام المعقول عنه بالعقلة التنفيذية أو إنذاره وما يبرم منه بعد هذا الإعلام يجب إبطاله إذا طلب ذلك في الحالتين الدائنون أو المبتت له[2].

ج ـ إشهارات العقلة (تقديم كراس الشروط، الإعلان بالرائد الرسمي، تعليق الإعلان، الإشهار التكميلي، إيداع شهادة الإشهار)

تتلخّص إشهارات العقلة العقارية التنفيذية في تقديم كراس الشروط(1) والإعلان بالرائد الرسمي (2) وتعليق الإعلان (3) والإشهار التكميلي (4) وإيداع شهادة الإشهار(5).

1 ـ تقديم كراس الشروط

يقدم محامي القائم بالتتبع كراس شروط مؤرخا وممضى منه إلى كتابة المحكمة التي سيقع التبتيت لديها، وذلك في أجل لا يتجاوز الستين يوما الموالية لإجراء العقلة التنفيذية أو إعلام المعقول عنه بها بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة، أو الموالية لترسيم الإنذار بالسجل العقاري بالنسبة إلى العقارات المسجلة.

ويجب أن يكون كراس الشروط مرفوقا بتقرير اختبار مجرى بإذن القاضي يتضمن تحديد القيمة الحقيقية للعقار موضوع التبتيت، وتراعى في تقدير تلك القيمة على وجه الخصوص المعطيات المتعلقة بموقع العقار ومساحته ومحتواه وتوابعه ووجه استغلاله ومداخيله الاعتيادية عند الاقتضاء والثمن الذي بيعت به عقارات مماثلة بالجهة خلال السنة السابقة لإجراء الاختبار[3].

ويجب أن لا يحتوي كراس الشروط إلا على البيانات التالية :

1) لقب العاقل والمعقول عنه واسمهما ومهنتهما ومقرهما وصفتهما.

2) ولقب المحامي القائم بالتتبع واسمه وعنوانه.

(1) الفصل 416 م.م.م.ت.
(2) الفصل 417 م.م.م.ت.
(3) الفصل 411 م.م.م.ت. نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 ـ

3) والسند التنفيذي والإعلام به والسند المرسم الواقع بمقتضاه القيام بالتتبع.

4) ومحضر العقلة التنفيذية وإعلام المعقول عنه بها والإنذار مع تضمين ترسيمه وعند الاقتضاء غير ذلك من الرسوم والأحكام الصادرة فيما بعد.

5) وتعيين العقار المجراة عليه العقلة حسبما نص عليه محضر العقلة التنفيذية أو الإنذار.

6) وعند الاقتضاء والتكاليف العينية الموظفة على العقار المجراة عليه العقلة والقيود الاحتياطية وكذلك عقود التسويغ مع بيان ألقاب المكترين وأسمائهم ومقراتهم ومدة العقد ومعين الكراء.

7) ومبلغ افتتاحي يساوي القيمة المحددة للعقار.

8) وبيان يوم البتة وساعتها والمحكمة التي تجرى أمامها.

9) الشروط التي يمكن بمقتضاها معاينة العقار المعقول وزيارته.

وكل شرط آخر ينص عليه كراس الشروط يعد لاغيا.

وتضاف عند الاقتضاء إلى كراس الشروط قائمة في الترسيمات المنصوص عليها بالسجل العقاري[1].

ويمكن لكل شخص أن يطلع على كراس الشروط بدون نقلة سواء بكتابة المحكمة أو بمكتب المحامي القائم بالتتبع الذي يجب أن تودع به نسخة من ذلك الكراس[2].

2 ـ الإعلان بالرائد الرسمي

يتولى للمحامي القائم بالتتبع في ظرف أربعين يوما على الأكثر وعشرين يوما على الأقل قبل تاريخ البتة إدراج إعلان بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ممضى منه يحتوي على ما يلي :

1) لقب الدائن العاقل والمدين المعقول عنه واسمهما وصفتهما ومقرهما،

2) لقب المحامي القائم بالتتبع واسمه وعنوانه،

3) تعيين العقار المجراة عليه العقلة حسبما نص عليه كراس الشروط،

4) المبلغ الافتتاحي،

5) بيان تاريخ البتة وساعتها والمحكمة التي تجري أمامها،

(1) الفصل 412 م.م.م.ت.نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 ـ
(2) الفصل 413 م.م.م.ت.

6) الشروط التي يمكن بمقتضاها زيارة العقار[1].

وترد هذه الإشهارات بنشرية خاصة حيث خصّصت الرائد الرسمي نشرية خاصة بالإشهارات العقارية.

3 ـ تعليق الإعلان

يتولى المحامي القائم بالتتبع في ذلك الأجل، أي أربعين يوما على الأكثر وعشرين يوما على الأقل قبل تاريخ البتة، وبواسطة أحد العدول المنفذين تعليق الإعلان المذكور بمكتبه وبمكتب العدل المنفذ وبمدخل العقار المجراة عليه العقلة وبمدخل المحكمة التي تقع لديها البتة. ويحرر العدل المنفذ محضرا في ذلك التعليق. كما تسلم نسخة من الإعلان إلى كاتب المحكمة عند إجراء البتة[2].

4 ـ الإشهار التكميلي

يجوز بإذن من رئيس المحكمة غير قابل للطعن نشر إشهار تكميلي موجز بصحيفة أو عدة صحف بحسب أهمية المكاسب المعروضة للبيع[3].

5 ـ إيداع شهادة الإشهار

يودع المحامي القائم بالتتبع بكتابة المحكمة قبل وقوع البتة شهادة تثبت إتمام جميع إجراءات الإشهار المنصوص عليها بالفصول الثلاثة المتقدمة[4].

ح ـ الإجراءات القضائية للعقلة العقارية (المحكمة المختصة، تاريخ الجلسة، استدعاء الأطراف، تسعير المصاريف، الاعتراض، المزايدة، التبتيت، التسديس، إعادة البيع بموجب النكول، بطلان البتّة، مطالب استحقاق العقارات المبتتة):

بعد إتمام الإشهارات المفروضة تفتح الإجراءات القضائية التي تتلخص في تحديد المحكمة المختصة وتاريخ الجلسة وبيان كيفية استدعاء الأطراف وتسعير المصاريف والمزايدة والاعتراض والتبتيت وإبطال البتّة ومطالب استحقاق العقارات المبتتة والتسديس وإعادة البيع بموجب النكول.

(1) الفصل 418 م.م.م.ت.
(2) الفصل 419 م.م.م.ت.
(3) الفصل 420 م.م.م.ت.
(4) الفصل 421 م.م.م.ت.

1 ـ المحكمة المختصة

تقع البتة بجلسة خاصة بدائرة البيوعات العقارية بالمحكمة الابتدائية لمكان العقار[1]. على أنّه يمكن للدائن أن يطلب في آن واحد عقلة عقارين أو أكثر من العقارات التي هي على ملك مدينه ولو كانت بدوائر عدة محاكم وفي هذه الصورة يحرر محضر عقلة أو إنذار لكل عقار. والبيع يتم في آن واحد وحسب إجراءات وحيدة. وإذا كانت العقارات المجراة عليها العقلة موجودة بدوائر محاكم مختلفة فإن البتة تقع أمام المحكمة الابتدائية بمكان أهم العقارات. وإذا كانت العقارات تابعة لاستغلال واحد فإن البيع يقع أمام المحكمة الابتدائية بمكان المركز الأصلي للاستغلال[2].

2 ـ تاريخ الجلسة

تقع البتة بعد أربعين يوما على الأقل وستين يوما على الأكثر على تقديم كراس الشروط لكتابة المحكمة. وإذا كان اليوم الأخير من الأجل المذكور يوم عطلة رسمية أو لم يصادف تاريخ الجلسة الأصلي لمحكمة العقلات العقارية فإن البيع يعين لأول جلسة موالية ويمكن لرئيس المحكمة تعيين جلسة خاصة به[3].

ويذكر أنّه لا يمكن تغيير تاريخ البتة إلا لسبب خطير مبرر كما يجب وبحكم معلل. ويتّخذ هذا الحكم طبق إجراءات الاعتراض كما سيأتي بيانه، وإذا تقرّر التأخير فإن الحكم الصادر يعين من جديد تاريخ وقوع البتة الذي لا يمكن أن يكون متأخرا عن تاريخ البتة الأولى بأكثر من ستين يوما. ويقع الإعلان عن البتة المؤجلة قبل وقوعها بخمسة عشر يوما على الأقل بوسائل الإشهار بالرائد الرسمي والتعليق والجرائد كما سبق بيانه على معنى الفصول 418 إلى 420 م.م.م.ت[4].

3 ـ استدعاء الأطراف

يتولى المحامي القائم بالتتبع استدعاء المعقول عنه وعند الاقتضاء الدائنين المرسمين وأصحاب القيود الاحتياطية التي لم تزل سارية المفعول بمقراتهم

(1) الفصل 423 م.م.م.ت.
(2) الفصل 424 م.م.م.ت.
(3) الفصل 422 م.م.م.ت نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 ـ
(4) الفصل 433 م.م.م.ت.

المختارة بترسيماتهم قبل البيع بعشرين يوما على الأقل للحضور لدى المحكمة في اليوم المعين للبتة[1].

4 ـ تسعير المصاريف

يقصد بتسعير المصاريف تحديد مصاريف العقلة حيث يجب أن يسعر رئيس دائرة العقلات العقارية أو من يكلفه من الحكام مصاريف إجراءات العقلة العقارية قبل جلسة التبتيت ويتولى الرئيس أو الحاكم في آن واحد تقدير أجور المحامي طالب التتبع التي يجب اعتبارها من المصاريف. وتعتبر المصاريف والأجور المسعرة من طرف الرئيس أو الحاكم ممتازة وتدفع زيادة على الثمن[2].

ويمكن الاعتراض على تسعير المصاريف والأجور في ظرف أجل قدره خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ الإعلام به ويسقط الاعتراض الواقع بعد هذا الأجل. ويرفع الاعتراض بواسطة أحد العدول المنفذين ويعلم به طالب التتبع مع استدعائه للحضور لدى المحكمة المتولية للبيع خلال أجل لا يقل عن الثمانية أيام ولا يزيد عن الخمسة عشر يوما ويجب أن يكون الاعتراض معللا وإلا يكون باطلا. وتبت المحكمة في الاعتراض خلال الشهر بحكم غير قابل للاستئناف. والاعتراض الواقع في الأجل القانوني يوقف أداء المصاريف والأجور المسعرة إلا أنه لا يحول دون استمرار إجراءات البتة[3].

5 ـ دعاوى المعارضة

إنّ طلبات تغيير تاريخ البتّة أو إدخال تعديل على كراس الشروط وإدراج ملحوظات واحترازات به أو توقيف التتبعات أو تأجيل بيع المعقول أو التمسّك ببطلان إجراءات العقلة من حيث الشكل والأصل يقع في شكل دعوى معارضة أمام الدّائرة التي تنظر في إجرءات العقلة طبق إجراءات محدّدة.

فلا يمكن **تغيير تاريخ البتة** إلا لسبب خطير مبرر كما يجب وبحكم معلل. وإن وقع التأخير فإن الحكم الصادر يعين من جديد تاريخ وقوع البتة الذي لا يمكن أن يكون متأخرا عن تاريخ البتة الأولى بأكثر من ستين يوما. وتعلن البتة المؤجلة

(1) الفصل 422 م.م.م.ت نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 ـ
(2) الفصل 429 م.م.م.ت.
(3) الفصل 430 م.م.م.ت.

قبل وقوعها بخمسة عشر يوما على الأقل بوسائل الإشهار المشار إليها بالفصول 418 إلى 420 أي الإشهار بالرائد الرسمي والتعليق والإشهار بالجرائد وتقديم قائمة في الإشهار[1].

ولكل معني أن يقدم اعتراضا يرمي إلى **إدخال تعديل على كراس الشروط وإدراج ملحوظات واحترازات به**. ويتولى الكاتب نسخ الحكم الصادر في الاعتراضات بذيل كراس الشروط[2].

وإذا أدلى المعقول عنه بما يثبت أن ما توفره له عقاراته مدة سنة من دخل صاف ومتحرر من جميع التكاليف يكفي لخلاص الدين أصلا وتوابع وإنه أناب الدائن العاقل لقبضه جاز للمحكمة أن تأذن **بتوقيف التتبعات** على أن يقع استئنافها كلما حال دون الخلاص[3].

ويجوز للمعقول عنه في صورة عقلة عدّة عقارات جماعيا أن يطلب من المحكمة **تأجيل بيع عقار** أو عدة عقارات شملتها العقلة بدون أن يمنع هذا المطلب من ترسيم الإنذار بالرسم العقاري. ولا يجاب عن المطلب إلا إذا أثبت المدين أن قيمة المكاسب التي ستتواصل فيها التتبعات كافية لخلاص العاقل وجميع الدائنين المرسمين. ويبين الحكم العقارات التي يرتفع عنها التتبع. وبعد البتة النهائية يجوز للعاقل أن يعود للتتبع في المكاسب المستثناة وقتيا إن كان ثمن المكاسب المبتتة غير كاف لخلاصه. ولا يجوز طلب رفع التتبع إذا كانت المكاسب تابعة لنفس الاستغلال[4].

وأوجه البطلان سواء من حيث الشكل أو من حيث الأصل المرفوعة ضد إجراءات العقلة العقارية يجب تقديمها وفصلها حسب الصيغ وفي الآجال الواردة بنظام دعاوى المعارضة. وإذا حكم بقبولها فإنه يمكن استئناف الإجراءات بداية من آخر عمل غير باطل وتسري الآجال المعينة للقيام بالأعمال الموالية له ابتداء من تاريخ الإعلام بالحكم القاضي بالبطلان. أما إذا حكم برفضها فإنه يقع استئناف الإجراءات بداية من آخر أعمالها[5].

(1) الفصل 433 م.م.م.ت.
(2) الفصل 434 م.م.م.ت.
(3) الفصل 435 م.م.م.ت.
(4) الفصل 436 م.م.م.ت.
(5) الفصل 440 م.م.م.ت.

فجميع هذه الدعاوى تدعى دعاوى معارضة[1] ويجب تقديمها في أجل يبتدئ من تاريخ إيداع كراس الشروط بكتابة المحكمة وينتهي قبل انعقاد جلسة التبتيت بعشرة أيام. ويستدعي القائم بالدعوى خصمه للحضور بجلسة تنعقد قبل تاريخ التبتيت بما لا يقل عن خمسة أيام على أن لا يقل أجل الحضور عن ثلاثة أيام. وإلا سقط حق القيام بها. ويجب أن يصدر الحكم مبدئيا قبل تاريخ البتة على أنه للمحكمة أن تأذن بتأجيل البتة إذا رأت ذلك ضروريا للنظر في الدعوى العارضة وفي هذه الصورة يحكم على القائم بالدعوى العارضة المحكوم بعدم سماع دعواه بالمصاريف المترتبة عن استئناف الإجراءات بقطع النظر عن غرم الضرر[2].

وتختصّ دائرة العقلات العقارية التي يجب أن تجري أمامها البتة وحدها بالنظر في جميع الدعاوى العارضة المشار إليها والأحكام الصادرة في تلك الدعاوى تكون غير قابلة للاستئناف[3].

6 ـ **المزايدة**: يجوز للمدين المعقول عنه قبل موعد جلسة التبتيت أن يتولى بنفسه بيع العقار المعقول، وفي هذه الحالة فإنه يبقى ضامنا في ما يطرأ على العقار إلى حين تأمين الثمن ومصاريف البتة.

ويجب أن يكون الثمن المؤمن كافيا لخلاص جميع الدائنين العاقلين والمعترضين وأن يتم التأمين في أجل لا يتجاوز العشرة أيام قبل تاريخ جلسة التبتيت.

وإذا لم يقع خلاص طالب التتبع قبل اليوم والساعة المعينين للبتة فإن محاميه يتولى أعمال البتة لآخر مزايد وذلك بعد الإعلان عن أوصاف العقار المعروض للبيع وما يتحمله من التكاليف ومقدار السعر الافتتاحي ومبلغ المصاريف والأجور المسعّرة وعند الاقتضاء الاعتراضات المسجلة بكراس الشروط، ثم تفتح المزايدة وتضاء بالتوالي ثلاثة أنوار يدوم كل منها دقيقة تقريبا.

ولا يكون المزايد ملزما بما بذله من الثمن إذا بدت مزايدة أخرى بعد مزايدته ولو صرح ببطلان المزايدة الأخيرة ولا يقع التصريح بالتبتيت إلا بعد إطفاء ثلاثة أنوار تتم إضاءتها بالتوالي.

(1) وهو الدعاوى المنصوص عليها بالفصول من 433 إلى 436 م.م.م.ت.
(2) الفصل 437 م.م.م.ت. نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986.
(3) الفصل 438 م.م.م.ت.

وإذا وقعت مزايدة قبل انطفاء أحد الأنوار، فإنه لا يمكن التصريح بالتبتيت إلا بعد انطفاء نورين آخرين دون مزايدات أثناء مدتها.

وإذا لم تقع مزايدة مدة إضاءة الأنوار الثلاثة ولم يقبل الدائن تبتيت العقار لفائدته بالثمن الافتتاحي فعلى المحكمة تأخير موعد البتة مرة واحدة والنزول بالثمن الافتتاحي بنسبة **أربعين بالمائة** وتعيين موعد لعقد جلسة التبتيت في أجل لا يتجاوز ستين يوما وتعلن البتة المؤجلة قبل موعد وقوعها بخمسة عشر يوما على الأقل بوسائل الإشهار المنصوص عليها بالفصول من 418 إلى 420 م.م.م.ت..

ولا تقع المزايدة إلا بواسطة محام وممن أمّن ثلث الثمن الافتتاحي على الأقل بصندوق الودائع والأمانات أو قدم في شأنه شيكا مشهودا بتوفر رصيده أو ضمانا بنكيا لا رجوع فيه ويعفى القائم بالتتبع من مقتضيات هذه الفقرة وكذلك الشريك عند بيع المشترك صفقة بالمزاد[1].

7 ـ التبتيت

التبتيت هو الحكم الصادر لفائدة آخر مزايد وقد يكون القائم بالتتبع أو غيره. وليس لهذا الحكم من أثر يتجاوز علاقة الطرفين، فليس له أثر عام في مواجهة الكافة. «فلا تحيل البتة إلى المبتت له حقوقا عينية غير الحقوق الراجعة للمعقول عنه[2]».

وتقرر المحكمة نتيجة التبتيت بمحضر يصاغ في الشكل العادي للأحكام. ويكون هذا المحضر غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب. ولا يجوز إلا القيام ببطلان البتة أمام المحكمة الابتدائية وذلك مع مراعاة إمكانية الاعتراض على إجراءات العقلة من حيث الشكل والأصل قبل تاريخ التبتيت كما تقدّم[3].

ويجب على آخر مزايد من المحامين أن يمضي حال انعقاد الجلسة بأسفل محضر التبتيت بعد ذكر ثمن التبتيت بلسان القلم. ويجوز له علاوة ذلك أن يطلب تمكين منوبه إذا كان حاضرا بجلسة التبتيت من الإمضاء بالمحضر المشار إليه وإلا وجب عليه أن يقدم لكتابة المحكمة في ظرف ثلاثة أيام من وقوع البتة تصريحا في بيان لقب المبتت له واسمه ومهنته ومقره وصفته مع تقديم الأوراق التي تفيد

(1) الفصل 425 م.م.م.ت. نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 وبالقانون عدد 79 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 ـ
(2) الفصل 426 م.م.م.ت.
(3) الفصل 427 م.م.م.ت. نقح بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986.

قبوله أو تقديم التوكيل الذي أسنده إليه وتبقى الأوراق أو التوكيل مضافة إلى التصريح وإذا لم يقدم المحامي الوثائق المذكورة اعتبر التبتيت واقعا لشخصه.

ويجوز للمبتت له في ظرف أربع وعشرين ساعة من تصريح محاميه المشار إليه بالفقرة المتقدمة أو من إمضائه بأسفل محضر التبتيت أن يعرف كتابة المحكمة بأن شراءه كان في حق غيره مع بيان لقب هذا الغير واسمه ومهنته ومقره وصفته وتقديم ما يفيد قبوله كما يجوز للمحامي الذي اعتبر التبتيت واقعا لشخصه أن يقدم نفس التعريف في ظرف الأربع والعشرين ساعة الموالية لأجل الثلاثة أيام المشار إليها[1].

وينص بمحضر التبتيت على الإجراءات المتبعة وعلى مبلغ المصاريف والأجور المسعرة وعلى ثمن البتة والمبتّت له وتصريح القائم بالتتبع أو المبتت له عند الاقتضاء. وتنص نسخة الحكم التنفيذية على ما ورد ذكره بكراس الشروط وبمحضر التبتيت ويقع إعلام المعقول عنه بها[2].

ويدفع ثمن التبتيت في ظرف **شهر بعد البتة للمحامي القائم بالتتبع**. على أنه إذا كان الأمر يتعلق بعقار مسجل وكان هناك دائن أو عدة دائنين مرسمين فإنه يقع تأمين ثمن التبتيت بصندوق الودائع والأمانات في الشهرين الموالين للتبتيت. وإذا اتضح أن المبتت له هو الدائن الوحيد وإنه مرتهن للعقار ومرسم أو إنه صاحب ترسيم من الرتبة الأولى فلا يجب عليه أن يؤمن خلال الأجل المنصوص عليه بالفقرة المتقدمة إلا الجزء من ثمن التبتيت الذي يفوق مقدار دينه الموثق بالترسيم. وعلى المبتت له أن يؤدي في آن واحد مع ثمن التبتيت المصاريف والأجور المسعرة أو يؤمنها بحسب الصور إلا إذا سبق منه تقديمها بوصفه قائما بالتتبع[3].

8 ـ التسديس

التسديس هو أن يزاد في الثمن بقدر السدس بعد التبتيب فهو بيع واقع بموجب الزيادة، حيث يمكن لكل شخص أن يزيد في ثمن المبيع بمبلغ لا يقل عن السدس وذلك خلال العشرة لأيام الموالية ليوم البتة بعد تأمين مقدار الزيادة وكامل ثمن التبتيت الأول والمصاريف والأجور المسعرة بصندوق الودائع والأمانات، أو تقديم شيك مشهود بتوفر رصيده أو ضمان بنكي لا رجوع فيه وإلا تلغى زيادته.

(1) الفصل 428 م.م.م.ت.
(2) الفصل 431 م.م.م.ت.
(3) الفصل 432 م.م.م.ت.

وتتم هذه الزيادة عن طريق محام بواسطة تصريح يسجل بكتابة المحكمة التي تم البيع لديها ويتضمن اسم صاحب الزيادة ولقبه ومهنته ومقره وصفته وثمن التبتيت ومقدار الزيادة والمصاريف والأجور المسعرة المبينة بمحضر التبتيت ويضاف إليه وصل التأمين. ولا يجوز الرجوع في الزيادة[1].

وعلى محامي صاحب الزيادة أن يعلم خلال العشرة أيام الموالية للزيادة وبواسطة أحد العدول المنفذين القائم بالتتبع والمعقول عنه والمبتت له بالزيادة على المزايدة ويطلب منهم الحضور بجلسة البتة الجديدة في اليوم والساعة المعينين. وعليه أن يطلب خلال الخمسة أيام الموالية لتاريخ الإعلام تسجيله بأسفل التصريح بالزيادة المنصوص عليه.

وإذا لم يتول صاحب الزيادة القيام بالتصريح والإعلام المشار إليهما في الآجال المضروبة جاز للقائم بالتتبع أو المعقول عنه أو المبتت له أو كل دائن مرسم أن يتولى ذلك خلال العشرين يوما الموالية للأجل المضروب لصاحب الزيادة وإذا لم يقع ذلك فإن الزيادة تعتبر كأن لم تكن[2].

ويجب أن تقع البتة بالزيادة على المزايدة بعد مضي أربعين يوما على الأقل وستين يوما على الأكثر على الإعلام بالزيادة ويقع الإعلان عن تلك البتة واتباعها بنفس شروط البتة الأولى (الإشهار بالرائد الرسمي والتعليق والإشهار بالجرائد وتقديم شهادة الإشهار وإجراءات المزايدة والتبتيت).

وإذا لم يبذل ثمن أوفر، أي لم يقدّم سعر أوفر، فإن العقار يبتت لصاحب الزيادة ولو لم يحضر بالجلسة بالثمن الافتتاحي المشتمل على الثمن الذي بتت به المبيع أولا وعلى الزيادة المبذولة، وتجب عليه المصاريف والأجور المسعرة سواء المتعلقة بالبتة الأولى أو المترتبة عن البيع الواقع بموجب الزيادة. ولا تقبل زيادة أخرى بعد البيع الواقع بموجب الزيادة[3].

9 ـ إعادة البيع بموجب النكول

إذا لم يوف المبتت له بثمن التبتيت والمصاريف والأجور المسعرة في أجل شهر من تاريخ البتّة دفعا أصليا أو تأمينا[4] فإن العقار يعاد بيعه بموجب نكوله بعد

(1) الفصل 442 م.م.م.ت(نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002).
(2) الفصل 443 م.م.م.ت.
(3) الفصل 444 م.م.م.ت(نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ
(4) طبق الفصل 432 م.م.م.ت.

إنذاره بواسطة أحد العدول المنفذين بالوفاء بما عليه وعدم امتثاله لذلك في ظرف عشرة أيام[1].

وتتمثل إجراءات إعادة البتة بموجب النكول في إشهار جديد وبتة جديدة وفقا للقواعد المقررة للتبتيت الأول. وينص بإعلانات الإشهار القانوني علاوة على الإيضاحات المفروضة في الإعلان الأوّل[2] على لقب الناكل في البيع واسمه ومقره ومبلغ البتة المقرر لفائدته وثمن افتتاحي يعينه القائم بالتتبع وتاريخ وساعة إتمام البتة الجديدة وفقا لكراس الشروط القديم[3].

وتعاد البتة بموجب النكول بعد مضي عشرين يوما على الأقل وأربعين يوما على الأكثر على آخر عمل من أعمال الإشهار القانوني. ويستدعي المحامي القائم بالتتبع للحضور يوم البتة وقبل تاريخها بعشرين يوما على الأقل المعقول عنه والناكل في البيع وعند الاقتضاء الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة بترسيماتهم[4].

وينجر عن البيع الواقع بموجب نكول المشتري الأول فسخ البيع الأول بأثر رجعي. والناكل في البيع ملزم بالنقص الذي يحصل بين الثمن الذي بتت به المبيع له وبين الثمن الحاصل من البيع الجديد الواقع بموجب النكول، وليس له طلب ما عسى أن يزداد في الثمن الجديد للبيع. وليس للناكل في البيع طلب استرداد التسبقة المؤمنة، حتى يباع المعقول من جديد. فإن ظهر نقص في ثمن البيع بالمقارنة مع الثمن الذي تم به البيع أول مرة، فعلى العدل المنفذ أن لا يرجع للناكل إلا ما تبقى من التسبقة بعد طرح قيمة ذلك النقص ومصاريف البتة الأولى وإضافتها إلى محصول البيع. وإذا تجاوز النقص قيمة التسبقة جاز لكل ذي مصلحة القيام على الناكل لإلزامه بدفع الباقي.

وللناكل في البيع إلى اليوم المعين للبتة بإخراج الغاية أن يوقف إجراء البيع ثانيا بموجب نكوله إذا أدلى بما يثبت أداءه لثمن التبتيت وملحقاته وكذلك أداءه للمصاريف التي ترتبت عن نكوله[5].

(1) الفصل 445 م.م.م.ت
(2) الإيضاحات الواردة بالفصل 418 م.م.م.ت.
(3) الفصل 446 م.م.م.ت.
(4) الفصل 447 م.م.م.ت.
(5) نصّ الفصل 448 م.م.م.ت على انطباق الفصلين 400 و401 م.م.م.ت الواردين في باب عقلة المنقولات على صورة النكول في بيع العقارات. ويذكر أنه وقع تنقيح الفصلين 400 و401 سنة 2002 بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002.

ولا تقبل الزيادة على المزايدة[1] بعد البيع الواقع بموجب نكول المشتري الأول إلا إذا لم تقع زيادة بعد التبتيت الأول[2]، فإنّه يصحّ التسديس حتى ولو كان البيع بموجب النّكول.

10 ـ بطلان البتّة

نصّ الفصل 427 م.م.م.ت، كما هو منقّح بالقانون عدد 14 لسنة 1980 المؤرخ في 3 أفريل 1980، على أنّ المحكمة تقرر «نتيجة التبتيت بمحضر يصاغ في الشكل العادي للأحكام. ويكون هذا المحضر غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب. ولا يجوز إلا القيام ببطلان البتة أمام المحكمة الابتدائية وذلك مع مراعاة أحكام الفصل 438 من هذه المجلّة». والواضح أنّ الفصل 427 م.م.م.ت أتى بإمكانية جديدة في بطلان البتة تجاوزا لإجراءات المعارضة وبطلان إجراءات العقلة والمنازعة الاستحقاقية.

فمقتضى إجراءات المعارضة على معنى الفصول 433 إلى 436 م.م.م.ت أن تقع الطلبات في حدود طلب تغيير تاريخ البتّة أو تعديل كراس الشروط أو توقيف التتبعات أو تأجيل بيع عقار أو عقارات مشمولة في العقلة، على أن يكون ذلك في أجل يبتدئ من تاريخ إيداع كراس الشروط بكتابة المحكمة وينتهي قبل انعقاد جلسة التبتيت بعشرة أيام.

ومقتضى بطلان إجراءات العقلة العقارية أن تنصرف المنازعة إلى مسائل إجرائية أو أصلية على معنى الفصل 438 م.م.م.ت وفي نفس الأجل السابق أي أن يكون ذلك في أجل يبتدئ من تاريخ إيداع كراس الشروط بكتابة المحكمة وينتهي قبل انعقاد جلسة التبتيت بعشرة أيام. فلا يمكن طلب بطلان إجراءات العقلة إلا بتلك الشروط وفي ذلك الأجل[3].

ومقتضى مطالب الاستحقاق أن تكون المنازعة حول استحقاق العقار ذاته على معنى الفصل 439 م.م.م.ت دون أن تتقيدّ بالآجال السابقة.

(1) التي جاء بها الفصل 442 م.م.م.ت.
(2) الفصل 449 م.م.م.ت.
(3) ذهبت بعض المحاكم إلى أنّ الإخلال بإجراءات أساسية يؤدّي ضرورة إلى الحكم ببطلان البتّة حتى ولو كانت هذه الإجراءات قد حدثت قبل 10 أيام من تاريخ البتّة. والواضح أنّ هذا الاتجاه يخالف الفصل 427 م.م.م.ت الذي أشار صراحة إلى الحكم ببطلان البتّة مع مراعاة الفصل 438 م.م.م.ت الخاص بنظام الاعتراض.

فليس بطلان البتة من قبيل المعارضة أو بطلان إجراءات العقلة أو المنازعة الاستحقاقية، فلكلّ حكمه ومجاله دون تداخل بين الأنظمة.

والمحصل في ذلك جميعا، ومراعاة لمقتضيات الأنظمة السابقة، فأن طلب بطلان البتّة ينصرف وجوبا إلى جميع الإخلالات الإجرائية والأصلية التي لها علاقة بمرحلة ما بعد انتهاء أجل الاعتراض، فلا يمكن مراعاة للصناعة القانونية أن يضع المشرع نظامين للبطلان والصورة واحدة، ولا يمكن للمشرع أن يكرّر نفسه، بل من الواضح أن صورة بطلان البتّة لها مجال محدّد، فيشمل كامل المرحلة التي تلي انتهاء آجال الاعتراض سواء كانت الدفوعات ذات طبيعة إجرائية أو أصلية، فالأمر سيّان، ودون التقيد بآجال الاعتراض كما تقدّم، وفي ذلك عدّة صور، ومن ذلك عدم مراعاة إجراءات جلسة التبتيت الأخيرة والمشاركة في التبتيت ممن منع عليهم المشرع المشاركة والإخلال بضروريات صياغة لائحة التبتيت، فكلّ ما يرتبط بالإخلالات الشكلية والأصلية والخاصة بمرحلة ما بعد نهاية أجل الاعتراض يدخل وجوبا في باب الفصل 427 م.م.م.ت أي بطلان البتّة. والواضح أنّ ذلك يشمل مرحلة انعقاد البتة أي تلاقي الإرادة كما أرادها المشرع في تكوين البتّة، والبتة ليست إلا عقدا في نهاية الأمر. فكلّ خلل بالشكليات التي وضعها المشرع (إجراءات المزايدة، إمضاء القائم بالتتبع على محضر التبتيت، التنصيص على الثمن بلسان القلم، التنصيص على المصاريف والأجور المسعرة) ينجر عنها بطلان البتّة، بشرط أن تكون هذه الشكليات وضعت كشرط لصحة البتة. فلا بدّ من وعي طبيعة الشكل والوقوف على حقيقته، فهل هو مجرد شكل له علاقة بمصلحة الخصوم أم وضع كشرط صحة البتة ؟ معنى ذلك أنّ بطلان البتة على معنى هذا الفصل لا يشمل بطبيعة الحال إلا ما يتعلّق بالإجراءات الأساسية والنظام العام، فلا يطال الإخلالات التي لها علاقة بمصلحة الخصوم اللّهم إلا إذا افترضنا توفر الضرر الثابت والمثبت. كما أنّ البطلان الأصلي، والحالة تنصرف إلى كلّ ما له علاقة بالأهلية والرضا والموضوع والسبب، لا يمكن أن يشمل إلا حالات البطلان المطلق من حيث المبدأ، كما في صورة عدم ذكر ثمن التبتيت أو وقع التبتيت لفاقد العقل تماما، فلا يمكن طلب بطلان البتة على أساس عيوب الرضا بما في ذلك الغبن بنوعيه سواء اعتبر عيب من عيوب الرضا على معنى الفصل 60 م.ا.ع إذا نتج عن التغرير، أو أخلّ بمحلّ التعاقد إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد يتجاوز الثلث على معنى الفصل 61 م.ا.ع أو الربع على معنى الفصل 125 م.ح.ع.

وبذلك فإنّ بطلان البتة يتجاوز معنى بطلان إجراءات العقلة، فليس من أثر لبطلان الإجراءات إلا على الإجراءات الواقع إبطالها دون أن يشمل باقي الإجراءات الصحيحة حيث إذا حكم بقبول البطلان الإجرائي فإنه يمكن استئناف الإجراءات بداية من آخر عمل غير باطل وتسري الآجال المعينة للقيام بالأعمال الموالية له ابتداء من تاريخ الإعلام بالحكم القاضي بالبطلان. أما إذا حكم برفض المطلب فإنه يقع استئناف الإجراءات بداية من آخر عمل. أما بطلان البتّة فهو يشمل البتّة بأكملها من بدايتها إلى آخرها، فكأن البتّة لم تتم أصلا. ويذكر كذلك أنّ بطلان البتّة هو جزاء الإخلال بشروط التكوين أو بشروط انعقاد البتة فإذا انعقدت البتة شكلا وأصلا طبق القانون أنتجت آثارها وانتقلت الملكية إلى المبتّت له بموجب الحكم مع مراعاة مقتضيات العقارات المسجلة، فإذا اختلّ عنصر التنفيذ بعد ذلك، كما في صورة عدم دفع الثمن نهاية تجاوزا لإجراءات البيع بسبب النكول، فلا يصحّ الحديث عن بطلان البتّة بل يصحّ الحديث عن عدم تنفيذ البتّة، حيث إنّ المدين يبقى ملزما بالتسليم وبضمان الاستحقاق، فقط أنّ البائع لا يضمن العيوب الخفية فيما يباع على يد القضاء على معنى الفصل 674 م.ا.ع. فإذا تعذّر نهاية تسليم المبيع أو استحق العقار من الغير حيث إنّ البتّة لا تحيل إلى المبتت له حقوقا عينية غير الحقوق الراجعة للمعقول عنه على معنى الفصل 426 م.م.م.ت. فلا شكّ أنّه يتعيّن فسخ البتة بطلب من المبتّت له، وذلك هو الفرق بين المنازعة الاستحقاقية في موضوع البتة وبطلان البتّة[1]. والفرق شاسع بين البطلان والفسخ[2].

على أنّه ظهر منذ مدّة اتجاه خاصة بفقه القضاء الفرنسي يسمح بطلب بطلان الأحكام إذا منع المشرع الطعن صراحة وذلك في صورة مخالفة الإجراءات التي اعتبرها المشرّع جوهرية أو تجاوزت المحكمة سلطاتها، وإذا أخذنا بهذا الاتّجاه فإنّه يبقى من الممكن دوما طلب بطلان البتة في صورة المخالفة لجوهر الإجراءات أو تجاوز السلطة ولو كانت المخالفة قبل 10 أيام، ولكنّ المحاكم

(1) وتعدّ هذه الصورة من الحالات القليلة التي يجيز فيها المشرع بطلان الأحكام، وربّما كان السبب في ذلك هو أنّ البتّة إنّما هي عقد في نهاية الأمر.

(2) تحدّث المشرع عن بطلان البتّة بالفصل 427 م.م.م.ت وتحدّث عن مطالب الاستحقاق بالفصل 439 م.م.م.ت ولم يشر إلى معنى الفسخ إلا بالفصل 448 الذي أحال إلى الفصل 400 م.م.م.ت حيث إنه ينجر عن البيع الواقع بموجب نكول المشتري الأول فسخ البيع الأول بأثر رجعي. وليست البتّة في نهاية الأمر إلا عقدا تناله أحكام البطلان والفسخ بحسب ما توجبه الأحكام العامة مع مراعاة ما جاء في باب البيع الجبري.

التونسية لم تعتمد هذا الاتجاه إلاّ في حالات شاذة تكاد لا تذكر وفي مجال يتجاوز مسألة بطلان البتة[1].

11 ـ مطالب الاستحقاق

فبعد أن نصت مجلة الإجراءات المدنية على شكليات دعاوى المعارضة وهي الدعاوى التي تهدف إلى تغيير موعد البتّة أو تعديل كراس الشّروط أو وقف الإجراءات أو طلب بطلان الإجراءات لخلل شكلي أو أصلي وبينت آجالها، عشرة أيام قبل موعد البتة، واختصاص دائرة البيوعات العقارية فيها، أكّدت بالفصل 439 م.م.م.ت على أنّ تلك الأحكام «لا تسري على مطالب استحقاق العقارات المجراة عليها العقلة»، أي أنّ من يدّعي استحقاق العقار الذي كان محلّ عقلة عقارية بإمكانه إثبات استحقاقه له تجاوزا لإجراءات وآجال دعاوى المعارضة، حيث ترفع هذه الدعوى بصفة أصلية أمام المحكمة الابتدائية دون مراعاة لأجل.

ولا يمكن أن ترتبط مطالب الاستحقاق بالعقارات غير المسجلة فقط بل من الممكن أن تتعلق النزاعات بعقار مسجّل. فبعد أن خضعت أغلب الرّسوم العقارية إلى الجمود من الوارد أن يقع الخطأ في بيان الملكية حتى ولو كان العقار مسجّلا. والأمثلة كثيرة في ذلك كما في صورة أن يطالب الدائن المرتهن للعقار غير المرسم بإبطال البتّة حتى يتمكّن من إدراج عقد الرهن توصلا لاستخلاص الدين.

وعلى فرض أنّ حكم التبتيت قد صدر ولم يتفطّن مدعو الاستحقاق في الأجل (10 أيام قبل تاريخ البتّة) لإثارة إشكال تنفيذي بدعوى الاستحقاق فإنّه يحقّ لهم بعد التبتيت دون توقف على أجل أن يطالبوا باستحقاق العقار الذي سبق تبتيته. ويتأسس هذا الحق على مراعاة حقّ الغير في استحقاق موضوع التبتيت ومراعاة لطبيعة حكم التبتيت في أنّه لا يعارض به الكافة بل إنّ أثره لا يتجاوز الطرفين ولا يحيل إلى المبتّت له حقوقا عينية غير الحقوق الراجعة للمعقول عنه. وإذا حكم باستحقاق الغير فليس للمبتّت له إلا الرجوع على الضامن، وهو المعقول عنه المالك المحتمل، بدعوى مستقلّة لاسترجاع الثمن الذي دفعه وجميع المصاريف التي أنفقها[2].

(1) يراجع التعليق على الفصل 14 م.م.م.ت. في بيان نظرية بطلان الأحكام والأعمال الإجرائية.

(2) عادة من حيث الواقع ما تقضي المحكمة الابتدائية ببطلان البتّة بالتبعية إذا ثبت الاستحقاق لغير المعقول عنه. وربّما تقضي بالتشطيب إذا سبق ترسيم الحكم. ولو أنّ ذلك يخرج عن اختصاص المحكمة الابتدائية، إذ التشطيب وبطلان البتّة كلّ له حكمه الخاص.

خ ـ ترتيب درجات الدائنين

بيع عقار بالمزاد العلني عن طريق المحكمة أو عن طريق عدل التنفيذ إذا

وقد ترددت المحاكم كثيرا في شأن الدّائن العادي، وربما تناقضت الأحكام والصورة واحدة . فقد ذهبت محكمة التعقيب بالقرار التعقيبي عدد 27817 الصادر بتاريخ 18/ 04/ 1991 (غير منشور، ملحق بأطروحة حاتم الرّواتبي، المرجع السّابق، ص 554) إلى اعتبار الدائن العادي ليس غيرا، وكانت الوقائع تفيد أن المالك المرسم فوت في العقار موضوع النزاع إلى طرف ثاني الذي لم يعمد إلى إدراج كتبه بالسجل، فبادر دائن البائع بإنذاره وباشر إجراءات تبتيت العقار وانتهت الدعوى بتبتيته. فقام المشتري غير المرسم بطلب إبطال العقلة عملا بإحكام الفصل 427 م.م.م.ت باعتبارها تسلطت على ملك الغير وأبطلت العقلة بداية وذهبت محكمة التعقيب إلى هذا الاتجاه باعتبار أن الدائن العادي ليس غيرا بالنسبة إلى مشتري العقار وبالتالي يمكن معارضته دون أن يكون المشتري مرسما . قولا إن الفصل 305 من م.ح.ع « ولئن نص على أن كل حق لا يعارض به الغير إلا بترسيمه بإدارة الملكية العقارية وابتداء من تاريخ الترسيم . إلا أنه لم يحدد مفهوم « الغير « لذلك كان لزاما لتحديد هذا المفهوم الرجوع لأحكام القانون العام وبالضبط إلى أحكام الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود الذي تحدث عن العقود السرية فيصبح الغير ما استثنى من القاعدة العامة بالنسبة لتلك العقود وهو كلّ شحص انجر له حق بوجه خاص. وحيث إن السؤال المطروح في قضية الحال هل أن الدائن الذي قام بإجراء العقلة (المعقب) يعتبر غيرا بالنسبة لمشتري العقار المعقب ضده أم لا ؟ حيث ما من شك أن القائم بالعقلة قد استمد حقه من مدينه بائع العقار الذي هو ليس غيرا بالنسبة للمشتري ولا يمكن بالتالي لهذا العاقل أن يكون له من الحقوق اكثر مما هو لمدينه باعتبار أن العقلة لا تكسبه حق الأولوية وهو حق شخصي تجاه مدينه. وحيث تأسيسا على ذلك واعتبارا وأن حقه مستمد من مدينه فإنه لا يعد « غيرا « بالنسبة للمشتري على معنى أحكام الفصل 305 المذكور وأضحى الطعن والحال ما ذكر غير وجيه ويتجه رده.»

في حين ذهبت، واستنادا على نفس الوقائع تقريبا (إبطال عقلة عقارية) بالقرار التعقيبي عدد 18436 الصادر بتاريخ 05/ 02/ 2003 (المرجع السابق، ص 573) إلى اعتبار الدائن العادي غيرا قولا « حيث استقر الرأي على تعريف الغير بكونه كل شخص أجنبي عن دائرة التعاقد أي كل من لا تطاله القوة اللازمة للعقد. وحيث بنطبق هذا التعريف على المعقبة العاقلة باعتبارها دائنة للمالكة الأصلية للعقار المعقول ولا علاقة لها بشراء المعترضة لنصفه وبالتالي لا تجوز معارضتها لذلك الشراء غير المرسم.» وذهبت إلى نفس الاتجاه بالقضية 14025 الصادرة بتاريخ 06/ 06/ 2002 (المرجع السابق ص 567) قولا « حيث اقتضى الفصل 305 من م.ح.ع أن كل حق لا يعارض به الغير إلا بترسيمه بإدارة الملكية العقارية وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم وتفريعا على ذلك فإن كل شخص أجنبي عن العقد الرابط بين المعقب ضدهما يعد غيرا ولا يمكن بالتالي معارضته بالحق الغير مرسم بالسجل العقاري المتعلق بالعقار موضوع العقلة. إذ أنه لا يمكن التمييز بين الأشخاص المعتبرين من الغير طالما كانت عبارة النص مطلقة.»

علي كحلون: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 416 وما بعد.

لم تتجاوز قيمته 7 آلاف دينار[1] يطهر ذلك العقار قانونا من جميع الامتيازات والرهون الموظفة عليه وبصفة عامة من جميع الترسيمات المتعلقة بالديون ولا يكون حينئذ للدائنين الحق في القيام إلا بالنسبة إلى ثمن التبتيت.

ويتولى مدير الملكية العقارية بعد ترسيم محضر التبتيت ومن تلقاء نفسه التشطيب على الترسيمات المشار إليها بمجرد ما يدلى له بما يثبت تأمين ثمن التبتيت والمصاريف والأجور المسعّرة بعد طرح المبالغ التي قد يكون للمبتت له حق قانونا في استخلاصها أو في أخذها من الثمن.

ويجب على المبتت له في حالة تعدّد الدائنين المرسمين والتأمين بصندوق الودائع أن يتولى خلال الخمسة عشر يوما الموالية لانقضاء الأجل المضروب للتأمين وهو شهرين بعد التبتيت القيام بقضية في فتح إجراءات ترمي إلى ترتيب الدائنين مع تسبيق ما تستدعيه تلك الإجراءات من المصاريف[2] وإلا أعيد البيع ثانيا بموجب النكول.

وإذا كان المبلغ المؤمن من طرف المبتت له[3] غير كاف لخلاص الدائنين الممتازين الذين قد تقع محاصتهم برتبة أسبق من رتبته فإن المحضر أو الحكم القاضي بتنهية إجراءات الترتيب يقرر بالنسبة إلى ما زاد على ذلك وإلى حد ثمن التبتيت الإذن بتسليم جداول محاصة قابلة للتنفيذ ضد المبتت له وتكون هذه الجداول محلاة بالصيغة التنفيذية.

وفي صورة عدم أداء ما جاء بجداول المحاصة المشار إليها فإن للدائنين المحاصين حسب اختيارهم إما القيام بتنفيذها ضد المبتت له بجميع الطرق القانونية وإما إعادة بيع العقار بموجب نكوله.

وقد أورد المشرع الإجراءات الخاصة بترتيب درجات الدائنين بالفصول 475 إلى 490 م.م.م.ت. حيث يقدم هذا الطلب في شكل عريضة تسلم لكتابة المحكمة الابتدائية بمكان العقار بواسطة محام يكون مكتبه قانونا المقر المختار للطالب ويجب أن ترفق العريضة[4] :

(1) حسب الإجراءات التي اقتضاها الفصل 450 م.م.م.ت.

(2) يسبق الطالب وإلا فأحرص الأطراف مصاريف إجراءات الترتيب وتدرج هذه المصاريف بالامتياز على بقية الديون.

(3) وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 432 م.م.م.ت.

(4) يتولى رئيس المحكمة الابتدائية في مفتتح كل سنة قضائية تعيين حاكم مكلف يسهر على تسوية ترتيب الدائنين. وفي صورة حصول مانع للحاكم المكلف فإن لرئيس المحكمة

1) بكشف في الترسيمات المتعلقة بالديون تسلمه إدارة الملكية العقارية ويبين به بكامل الدقة ألقاب الدائنين وأسماؤهم ومهنهم ومقراتهم الحقيقية والمختارة،

2) وبشهادة في ترسيم التفويت بالسجل العقاري،

3) وبشهادة من صندوق الودائع والأمانات في مبلغ التأمين وسببه وتاريخه وعدده.

ويتولى كاتب المحكمة بعد أن يتحقق من وقوع خلاص المعاليم تقييد العريضة بدفتر ترتيب الدائنين ويعرضها خلال الأربع وعشرين ساعة على الحاكم المكلف الذي يصدر إذنه بافتتاح الإجراءات.

ويعلن كاتب المحكمة خلال الثمانية أيام الموالية لصدور إذن الحاكم المكلف على افتتاح الإجراءات بالتعليق على اللوحة المعدة لذلك بالمحكمة وبالنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

ويتولى الكاتب خلال أجل الثمانية أيام بنفسه وبمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ إنذار الدائنين المعينين بالشهادة المسلمة من صندوق الودائع بأن عليهم تقديم حجج دينهم.

ويجب أن تحتوي الإعلامات والنشر والإنذارات المنصوص عليها على ضرورة أن يقدّم كلّ دائن ما له من دفوعات في أجل 30 يوما الموالية للنشر بالرائد الرسمي وإلا تكون باطلة.

وعلى كل دائن غير مرسم يروم المساهمة في توزيع الثمن أن يقدم خلال الثلاثين يوما الموالية لنشر الإعلان المنصوص عليه حجج دينه إلى كتابة المحكمة مع تقديم ما لديه من حجج وإلا سقط حقه في تلك المساهمة[1].

حسب الأحوال إما تعويضه أو تكليف حاكم بصفة خاصة لتسوية ترتيب معين.
ويمسك بكتابة المحكمة الابتدائية دفتر خاص بترتيب الدائنين. وتقيد بهذا الدفتري جميع الإجراءات والموجبات الخاصة بإجراءات الترتيب بما فيه إجراءات وموجبات القضية الاستئنافية. وتحقيقا لهذه الغاية فإن كاتب المحكمة الاستئنافية يبلغ لكاتب المحكمة الابتدائية جميع الإجراءات والموجبات المتعلقة بالقضية الاستئنافية بمكتوب يبقى مضافا للدفتر.
ويكون هذا الدفتر مرقما وممضى من طرف رئيس المحكمة. ويطلب رئيس المحكمة في آخر كل سنة قضائية تقديم تلك الدفاتر إليه فيتثبت من كيفية مسكها ويتحقق من أن ما أوجبه هذا الباب تم احترامه ويشهد بذلك بأسفل آخر تقييد.

(1) يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 291 من القانون الجنائي كل من يدعي كذبا أنه دائن ويطلب حشره في زمرة الدائنين بقصد المساهمة في ترتيب أو توزيع أموال ويدلي تأييدا لزعمه بسندات ديون صورية أو ساقطة بغير مرور الزمان.

وفي الثمانية أيام الموالية لانقضاء الأجل المذكور يأذن الحاكم المكلف بعقد اجتماع في ظرف أجل أقصاه شهر قصد الوصول إلى اتفاق على ترتيب كيفية التوزيع.

ويتولى الكاتب ثمانية أيام قبل تاريخ الاجتماع على الأقل وبواسطة مكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ استدعاء ما يلي للحضور بذلك الاجتماع :

1) الدائنون المرسمون،

2) الدائنون غير المرسمين الذين تقدموا بطلب محاصة،

3) البائع والمشتري أو إذا كان الأمر يتعلق ببيع عدلي القائم بالتتبع المعقول عنه والمبتت له.

فإذا حصل اتفاق على التوزيع فإن الحاكم المكلف يحرر في شأنه محضرا يمضيه حالا جميع المعنيين أو محاموهم ويكون ذلك المحضر غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

وإذا لم يحصل الاتفاق على التوزيع في أجل الثلاثين يوما الموالية لعقد الاجتماع المشار إليه فإن الحاكم المكلف يحيل الملف مصحوبا بتقرير على المحكمة في الثمانية أيام الموالية لانقضاء ذلك الأجل. وتبت المحكمة خلال الشهر الموالي بحكم واحد في النزاعات وفي التوزيع بعد استدعاء الأطراف ثمانية أيام قبل موعد الجلسة. ويجري أجل الاستئناف ابتداء من صدور هذا الحكم.

ويأذن محضر الاتفاق على التوزيع أو الحكم الصادر في شأن التوزيع بالتشطيب على جميع الترسيمات المتعلقة بالديون في صورة ما إذا لم يسبق إتمام ذلك التشطيب كما يجب أن يتضمن المحضر أو الحكم تحرير مصاريف التشطيب وتساهم هذه المصاريف في المحاصة بنفس الرتبة التي لمصاريف القيام بطلب الترتيب. ويتولى مدير الملكية العقارية القيام بذلك التشطيب بعد اطلاعه على نسخة من ذلك المحضر أو الحكم ويجب أن تكون نسخة الحكم مرفوقة بشهادة في عدم استئنافه.

ويأذن المحضر أو الحكم الذي تنتهي به إجراءات الترتيب بتسليم جداول محاصة إلى الدائنين المحاصين. ويسلم كاتب المحكمة مضمونا من ذلك المحضر أو الحكم إلى صندوق الودائع والأمانات في ظرف عشرة أيام من إحرازه على قوة اتصال القضاء. ويسلم في نفس الأجل لكل دائن محاص وكذلك إلى المدين في ما إذا بقي جزء من الثمن جدول محاصة موقعا عليه من وكيل الجمهورية ينفذ على الصندوق المذكور.

القسم الثاني

أحكام خاصة بالعقارات المسجلة

الفصل 451 ـ عقلة العقارات المسجلة عقلة تنفيذية يمكن أن تقع بمقتضى سند تنفيذي أو سند مرسم بالسجل العقاري.

الفصل 452 (نقح بالقانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001) ـ تجرى العقلة التنفيذية بإنذار يبلغ إلى المدين بواسطة عدل منفذ.

ويجب أن يشتمل محضر الإنذار على البيانات التالية وإلا يكون باطلا :

1) السند التنفيذي وإعلام المدين أو السند المرسم الذي أجري الإنذار بمقتضاه،

2) مبلغ الدين المطلوب أداؤه،

3) التنبيه على المدين بأنه في صورة عدم الوفاء حالا يقع ترسيم الإنذار بالرسم العقاري ويقوم ذلك الإنذار مقام العقلة بداية من ترسيمه،

4) تعيين العقار الذي تجرى العقلة عليه مع بيان دقيق لموقعه ومشمولاته ومساحته وكذلك معرّف الرسم العقاري،

5) المحكمة التي سيقع لديها بيع العقار عند الاقتضاء،

6) إنابة محام يكون مكتبه قانونا المقر المختار للدائن القائم بالتتبع.

ولترسيم محضر الإنذار يجب التنصيص به على مرجع إيداع ترسيم حقوق المعقول عليه وذلك ببيان المجلد والعدد وتاريخ الترسيم وتاريخ الملكية إن سبق تسليمه وعدده الرتبي.

الفصل 453 ـ يجب ترسيم الإنذار بالرسم العقاري في ظرف تسعين يوما من تاريخه وإلا يلغى العمل به.

والترسيم يقوم مقام العقلة.

ولا يمكن أن يجرى على العقار أثناء التتبعات أي ترسيم جديد يخص المدين المعقول عنه.

الفصل 454 ـ إذا رفض مدير الملكية العقارية الترسيم وجب عليه أن ينص بهامش الإنذار أو بأسفله على تاريخ وصوله لإدارة الملكية العقارية وعلى أسباب رفض الترسيم.

الفصل 455 (نقح بالقانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001) ـ في صورة وجود إنذار سابق مرسم، ترسم إدارة الملكية العقارية بحسب التقديم كل إنذار يقدم فيما بعد مع بيان لقب القائم بالتتبع الجديد واسمه ومقره واسم محاميه.

وينص كذلك بهامش الإنذار المقدم أو بأسفله على كل من الإنذارات التي سبق ترسيمها أو التنصيص عليها مع البيانات المشار إليها بالفقرة المتقدمة وبيان المحكمة المتعهدة بالتتبعات.

ولا يمكن التشطيب على العقلة إلا برضى الدائنين القائمين بالتتبع المنصوص عليهم بالرسم العقاري أو بمقتضى حكم يمكن معارضتهم به.

الفصل 456 ـ يصير الإنذار المرسم عديم المفعول إن لم تقع في الثلاثة أعوام الموالية لتاريخ ترسيمه بتة مرسمة بصفة قانونية أو لم يصدر حكم بتمديد أجل البتة نص عليه بالرسم العقاري.

الفصل 457 ـ على المبتت له أن يطلب ترسيم محضر التبتيت بالرسم العقاري في ظرف شهرين من تاريخه وإلا جاز لكل معني أن يطلب هذا الترسيم بتقديمه لنسخة من محضر التبتيت.

الفصل 458 ـ على مدير الملكية العقارية أن يتولى من تلقاء نفسه عند ترسيمه لمحضر التبتيت ولصالح المعقول عنه أو البائع صفقة أو من انجر له حق منهما ترسيم رهن على العقار توثقة في أداء ثمن التبتيت وعند الاقتضاء المصاريف والأجور المسعرة إن لم يدل إليه بما يثبت أداء ذلك أو تأمينه.

ويتولى من تلقاء نفسه التشطيب على ذلك الرهن إذ قدم له ما يثبت وقوع ذلك الأداء أو التأمين.

التعليق على الفصول 451 إلى 458

وردت الفصول 451 إلى 458 م.م.م.ت. في بيان مميّزات العقلة التنفيذية في القعارات المسجّلة، وما يميز العقلة العقارية في العقارات المسجّلة هو **طبيعة السند المعتمد في العقلة (أ) وإجراءات الإنذار (ب) وترسيم حكم التبتيت** نهاية(ت).

أ ـ السند المعتمد في العقلة العقارية

يمكن أن تقع عقلة العقارات المسجلة عقلة تنفيذية بمقتضى سند تنفيذي أو سند مرسم بالسجل العقاري[1]. ويقصد بالسند التنفيذي هو الحكم النهائي القابل للتنفيذ أو الحكم المأذون بتنفيذه كما يقصد بالسند المرسم بالسجل العقاري هي الرّهون المرسّمة التي حلّ آجالها وماطل المدين في الوفاء بالدين.

ب ـ إجراءات الإنذار

تجرى العقلة التنفيذية العقارية في العقار المسجل بواسطة إنذار يحرر من قبل عدل التنفيذ وتضمن به جملة البيانات الضرورية ويعلم به المدين ويرسّم بإدارة الملكية العقارية، حيث تجرى العقلة التنفيذية بإنذار يبلغ إلى المدين بواسطة عدل منفذ. ويجب أن يشتمل محضر الإنذار على البيانات التالية وإلا يكون باطلا :

1) السند التنفيذي وإعلام المدين أو السند المرسم الذي أجري الإنذار بمقتضاه،

2) مبلغ الدين المطلوب أداؤه،

3) التنبيه على المدين بأنه في صورة عدم الوفاء حالا يقع ترسيم الإنذار بالرسم العقاري ويقوم ذلك الإنذار مقام العقلة بداية من ترسيمه،

4) تعيين العقار الذي تجرى العقلة عليه مع بيان دقيق لموقعه ومشمولاته ومساحته وكذلك معرّف الرسم العقاري،

5) المحكمة التي سيقع لديها بيع العقار عند الاقتضاء،

6) إنابة محام يكون مكتبه قانونا المقر المختار للدائن القائم بالتتبع.

ولترسيم محضر الإنذار يجب التنصيص به على مرجع إيداع ترسيم حقوق المعقول عليه وذلك ببيان المجلد والعدد وتاريخ الترسيم وتاريخ سند الملكية إن سبق تسليمه وعدده الرتبي[2]، أي نقل البيانات الواردة بدفتر الإيداع وسند الملكية إن سبق تسليمه.

ويذكر أنّ دفتر الإيداع يعدّ هو الدفتر الذي ترسّم به الحقوق العينية بعد قبولها والتحقق من صحّتها، كما يقصد بسند الملكية هو السند الذي تسلمه إدارة الملكية العقارية للمالك بعد تحيين الرسم العقاري وخضوع العقار لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم[3].

---

(1) الفصل 451 م.م.م.ت.

(2) الفصل 452 م.م.م.ت (نقح بالقانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001)ـ

(3) علي كحلون: نظام السجلّ العقاري، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2009، ص.

485 وما بعد، عدد 978 وما بعد.

نصّ الفصل 364 م.ح.ع منذ تنقيح 1995 على أنّه يسلّم لكلّ مالك سند مطابق للبيانات الثّابتة بالرّسم العقّاري ممضى ومصادق على صحّته من حافظ الملكيّة العقّاريّة. وإذا ثبت ضياع السّند أو تلفه يتولّى المالك نشر مضمون سند الملكيّة بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة وبصحيفة يوميّة وبعد مضي شهر من تاريخ النّشر يسلّم المالك نسخة من السند تقوم مقامه وتجب الإشارة بالرّسم العقّاري إلى تسليم النّسخة.

وهذه الشّهادة وإن أرادها المشرّع قريبة من نظام كرّاس سبق أن وقع التّخلّي عنه سنة 1965، فهي تختلف عنه من عدّة جوانب، ويمكن بالتّالي لكلّ مالك أن يحصل عليها ولو كان مالكا على الشّياع. لكنّ المشرّع أخضعها لعدّة إجراءات حسب ما أشير إليه. وقد اقتضى هذا الحلّ تنقيح الفصول التّي لها علاقة بهذا السند، فنصّ الفصل 316 م.ح.ع في صياغته الأخيرة بموجب التّنقيح الواقع بمقتضى القانون عدد 34 لسنة 2001 على أنّ إدارة الملكيّة مكلّفة بتسليم سندات الملكيّة، كما نصّ الفصل 377 م.ح.ع جديد بموجب نفس القانون على أنّ الصكّ المقدّم للتّرسيم يجب أن يحتوي على « عدد سند الملكيّة وتاريخه إن سبق تسليمه »، ونصّ الفصل 388 الجديد من نفس التّنقيح على أنّ إدارة الملكيّة لا يمكن أن ترفض تسليم سند الملكيّة لمن له الحقّ فيه، ورفضها يمكّن المستفيد من الطّعن طبق الإجراءات الواردة بالفصل 388 م.ح.ع.، وأوجب الفصل 401 م.ح.ع جديد بموجب نفس التّنقيح أنّه « إذا سلّم سند الملكيّة في الرّسوم المحيّنة فلا يتمّ التّرسيم إلاّ بتقديمه. ولا يسري ذلك على الأحكام القضائيّة والصّكوك الإداريّة باستثناء الاتّفاقيّة منها.»فمثل هذه الأحكام والصّكوك تخضع لنظام خاص، حيث نصّ الفصل 401 جديد م.ح.ع على أنه ..»تتولّى إدارة الملكيّة العقّاريّة إدراج تلك الأحكام والصّكوك بالرسم العقّاري والتّنصيص به على إلغاء السند القديم وإعلام المالك الماسك له بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ بإتمام التّرسيم ودعوته لإرجاع السند الذّي بحوزته لإدارة الملكيّة العقّاريّة. ويعاقب المالك الذّي لا يستجيب لطلب الملكيّة العقّاريّة في أجل شهر من تاريخ بلوغ الإعلام له بخطيّة قدرها 1000 دينار بناء على تقرير تحرّره إدارة الملكيّة العقاريّة في الغرض وتحيله على وكيل الجمهوريّة لدى المحكمة التّي بدائرتها مقر المطلوب. ويوقف تقديم السّند إلى إدارة الملكيّة العقّاريّة كلّ تتبّع أو تنفيذ لحكم غير بات.» الفصل 401 جديد. واقتضى التّغيير كذلك تعديل الفصلين 402 و405 ليشار بهما إلى مسؤولية الدّولة في حالة إهمال التنصيص بسندات الملكيّة على البيانات الثابتة بالرّسم العقّاري ومسؤوليّة المخالفين في حالة تدليس هذه السّندات. ورغم فرض إمكانيّة تسليم مثل هذه السّندات منذ سنة 1995 فلم يصدر الأمر المحدّد لشكل ومضمون هذا السند إلاّ سنة 1998 (الأمر عدد 462 لسنة 1998 المؤرّخ في 23 فيفري 1998 المتعلّق بشكل ومحتوى ومضمون ونسخة السند. الرّائد الرسمي عدد 18 بتاريخ 3 مارس 1998 صفحة 426 و427 و428.) . ولم تشرع إدارة الملكيّة في تسليمها بصفة فعليّة إلاّ بداية من شهر جانفي 2002 وبصفة تدريجيّة وأعطت الأولويّة في إعدادها للرّسوم العقاريّة المقامة تنفيذا لأحكام التّسجيل طبق لأحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 سابق الذّكر، أي ربطت بين سند الرّسم وتحيينه مثل ما وقع بالنسبة إلى المفعول المنشئ (قامت إدارة الملكيّة العقّاريّة خلال سنة 2002 بإحداث 3427 سندا سلّمت منها 1363. كما قامت خلال سنة 2003 بإحداث 5306 سندا سلّمت منها 3201 سندا). وفي هذا

ويجب ترسيم الإنذار بالرسم العقاري في ظرف تسعين يوما من تاريخه وإلا يلغى العمل به. والترسيم يقوم مقام العقلة. ولا يمكن أن يجرى على العقار أثناء التتبعات أي ترسيم جديد يخص المدين المعقول عنه[1]، معنى ذلك أنّ ترسيم الإنذار يمنع الترسيمات اللاحقة.

وإذا رفض مدير الملكية العقارية الترسيم وجب عليه أن ينص بهامش الإنذار أو بأسفله على تاريخ وصوله لإدارة الملكية العقارية وعلى أسباب رفض الترسيم[2]. والأغلب أن يكون ذلك بسبب انتقال الملكية إلى الغير وعدم توفر علاقة قانونية بين الترسيمات وبيانات السّجل[3].

وفي صورة وجود إنذار سابق مرسم، ترسم إدارة الملكية العقارية بحسب التقديم كل إنذار يقدم فيما بعد مع بيان لقب القائم بالتتبع الجديد واسمه ومقره واسم محاميه. وينص كذلك بهامش الإنذار المقدم أو بأسفله على كل من الإنذارات التي سبق ترسيمها أو التنصيص عليها مع البيانات المشار إليها بالفقرة المتقدمة وبيان المحكمة المتعهدة بالتتبعات. معنى ذلك أنّه من الممكن إجراء عقلة على عقلة على أنّ العقلة الثانية تقع في حكم الاعتراض الذي يسمح بالمشاركة في توزيع المتحصّل من البيع[4].

ولا يمكن التشطيب على العقلة في نهاية الأمر إلا برضى الدائنين القائمين بالتتبع المنصوص عليهم بالرسم العقاري أو بمقتضى حكم يمكن معارضتهم به[5]. والمقصود بذلك التشطيب على العقلة قبل فوات ثلاث سنوات من تاريخ ترسيم الإنذار.

ويصير الإنذار المرسم عديم المفعول إذا لم تقع في الثلاثة أعوام الموالية لتاريخ ترسيمه بتة مرسمة بصفة قانونية أو لم يصدر حكم بتمديد أجل البتة نص

الإطار يأتي التنصيص بمحضر الإنذار على تاريخ سند الملكية.

(1) الفصل 453 م.م.م.ت.

(2) الفصل 454 م.م.م.ت.

(3) واقعيا عادة ما ترفض إدارة الملكية العقارية إدراج الإنذار حتى في صورة توفر إحالة سابقة لم يسبق إدراجها بسبب عدم استكمال بعض الوثائق المطلوبة والأغلب أن يكون قد صدر قرار بالرفض في ذلك.
علي كحلون: نظام السجلّ العقاري، المرجع السابق، عدد 503.

(4) الفصول 313 إلى 315 م.م.م.ت.

(5) الفصل 455 م.م.م.ت. (نقح بالقانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001)

عليه بالرسم العقاري[1]. معنى ذلك أنّه طالما لم يصدر في بحر ثلاث سنوات ترسيم حكم البتّة أو الحكم القاضي بالتمديد في أجل البتّة فإنّ الإنذار يسقط ويمكن التشطيب عليه إداريا.

ت ـ ترسيم حكم التبتيت

على المبتت له أن يطلب ترسيم محضر التبتيت بالرسم العقاري في ظرف شهرين من تاريخه وإلا جاز لكل معني أن يطلب هذا الترسيم بتقديمه لنسخة من محضر التبتيت[2]. ويعدّ هذا الترسيم هاما حتى لا يسقط مفعول ترسيم الإنذار. وعلى مدير الملكية العقارية أن يتولى من تلقاء نفسه عند ترسيمه لمحضر التبتيت ولصالح المعقول عنه أو البائع صفقة أو من انجر له حق منهما ترسيم رهن على العقار توثقة في أداء ثمن التبتيت وعند الاقتضاء المصاريف والأجور المسعرة إن لم يدل إليه بما يثبت أداء ذلك أو تأمينه، وهي حالة خاصة من حالات الرّهن القانوني. ويتولى مدير الملكية العقارية من تلقاء نفسه التشطيب على ذلك الرهن إذا قدم له ما يثبت وقوع ذلك الأداء أو التأمين[3].

القسم الثالث

أحكام خاصة بالعقارات غير المسجلة

الفصل 459 ـ إن سبقت عقلة العقار تحفظيا فإن العدل المنفذ يعلم المدين بتحويل العقلة المذكورة إلى عقلة تنفيذية وذلك عند انقضاء الأجل المنصوص عليه بالفصل 287.

وينص على هذا التحويل بأسفل محضر العقلة التحفظية مع بيان تاريخه وكذلك السند التنفيذي الذي أجري بمقتضاه وإعلام المعقول عنه بهذا السند.

الفصل 460 ـ إن لم يسبق إجراء عقلة تحفظية يقع إجراء العقلة التنفيذية.

وينص بمحضر العقلة التنفيذية على البيانات التالية وإلا يكون باطلا :

1) السند التنفيذي الذي أجريت العقلة بمقتضاه وإعلام المعقول عنه بهذا السند،

(1) الفصل 456 م.م.م.ت.
(2) الفصل 457 م.م.م.ت.
(3) الفصل 458 م.م.م.ت.

2) مبلغ الدين المطلوب أداؤه،
3) حضور أو مغيب المعقول عنه عن عمليات العقلة،
4) تعيين العقار المجراة عليه العقلة مع بيان دقيق لموقعه ومشمولاته ومساحته وحدوده والاسم المعروف به،
5) المحكمة التي ستقع البتة لديها،
6) إنابة محام يكون قانونا المقر المختار للدائن العاقل.

الفصل 461 ـ إن كان رسم الملكية بيد دائن مرتهن فإنه يمكن لطالب التتبع القيام لدى المحكمة ذات النظر للحصول على إذن بإيداعه بعد التنصيص به على حقوق الدائن المرتهن.

الفصل 462 ـ أحكام الفصل 403 تنطبق على مطالب استحقاق العقارات غير المسجلة.

التعليق على الفصول 459 إلى 462

وردت الفصول 459 إلى 462 م.م.م.ت. في بيان خصوصية العقلة التنفيذيّة في العقار غير المسجل، وما يميز العقارات غير المسجلّة في العقلة التنفيذية هو **محضر العقلة** ذاته (أ) وطلب **إيداع رسم الملكية بالمحكمة** (ب) **والإشكال التنفيذي المتعلق بمطالب الاستحقاق** (ت).

أ ـ محضر العقلة التنفيذية في العقارات غير المسجّلة

إذا سبقت عقلة العقار تحفظيا فإن العدل المنفذ يعلم المدين بتحويل العقلة المذكورة إلى عقلة تنفيذية وذلك بعد فوات عشرين يوما من تاريخ إعلامه. وينص على هذا التحويل بأسفل محضر العقلة التحفظية مع بيان تاريخه وكذلك السند التنفيذي الذي أجري بمقتضاه وإعلام المعقول عنه بهذا السند[1].

وإذا لم يسبق إجراء عقلة تحفظية يقع إجراء العقلة التنفيذية. وينص عدل التنفيذ بمحضر العقلة التنفيذية على البيانات التالية وإلا يكون باطلا :

1) السند التنفيذي الذي أجريت العقلة بمقتضاه وإعلام المعقول عنه بهذا السند،
2) مبلغ الدين المطلوب أداؤه،
3) حضور أو مغيب المعقول عنه عن عمليات العقلة،

(1) الفصل 459 م.م.م.ت.

4) تعيين العقار المجراة عليه العقلة مع بيان دقيق لموقعه ومشمولاته ومساحته وحدوده والاسم المعروف به،

5) المحكمة التي ستقع البتة لديها،

6) إنابة محام يكون قانونا المقر المختار للدائن العاقل[1].

ب ـ طلب إيداع رسم الملكية

نظرا إلى أنّ العقار غير المسجّل ليس مدرج بالسجل العقاري ويرجع إلى الرسوم العامة في إثبات ما تعلّق به من حقّ وقد يكون رسم الملكية لدى المعقول عنه أو الغير فإنّه من الممكن لطالب التتبع إذا كان رسم الملكية بيد دائن مرتهن القيام لدى المحكمة ذات النظر للحصول على إذن بإيداعه بعد التنصيص به على حقوق الدائن المرتهن[2]. ويكون هذا الإيداع بملفّ القضية المنشور بالمحكمة ويمكن أن يقع الطّلب طبق إجراءات الإذن على العريضة.

ت ـ الإشكال التنفيذي المتعلق بمطالب الاستحقاق

نظرا إلى أنّ العقار غير مسجّل من الممكن أن تطرح في شأنه عدّة نزاعات استحقاقية انطلاقا من يوم إجراء العقلة. ولذلك نصّ الفصل 462 م.م.م.ت. على أنّ «أحكام الفصل 403 م.م.م.ت تنطبق على مطالب استحقاق العقارات غير المسجلة[3]». وقد ورد الفصل 403 م.م.م.ت بباب عقلة المنقولات.

وحسب الإجراءات الواردة بالفصل 403 م.م.م.ت فإنّه إذا ادعى الغير ملكية المعقول كلا أو بعضا فإن العدل المنفذ بعد إجرائه العقلة يستدعي الطرفين للحضور لدى حاكم الأمور المستعجلة بمكان العقلة طبق إجراءات الإشكال التنفيذي[4]. وإذا رأى هذا الحاكم أن دعوى الاستحقاق جدية فإنه يأذن بتوقيف

(1) الفصل 460 م.م.م.ت.

(2) الفصل 461 م.م.م.ت.

(3) الفصل 462 م.م.م.ت.

(4) ويكون ذلك وفقا لأحكام الفصلين 210 و211 م.م.م.ت.

نصّ الفصل 210 م.م.م.ت على ما يلي «ـ ينظر رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة :

أولا : من المحكمة الابتدائية بدون أن يقع استئنافها.

ثانيا : من المحكمة الاستئنافية سواء كان الحكم صادرا بتقرير الحكم الابتدائي أو نقضه.

ويختص حاكم الناحية بالنظر في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ كافة الأحكام الصادرة منه ولو وقع نقضها من محكمة الاستئناف».

أعمال التنفيذ ويضرب لمدعي الاستحقاق أجلا قدره خمسة عشر يوما لرفع الأمر لمحكمة الأصل. وإذا تم نشر دعوى الاستحقاق في هذا الأجل فإن التتبعات تتوقف وجوبا إلى أن يقع النظر بصفة باتة في تلك الدعوى. وإذا لم يدل مدعي الاستحقاق بما يفيد نشر دعواه في الأجل المذكور فإنه يقع استئناف التتبعات بداية من الحد الذي انتهت إليه في أول الأمر وبدون أي إجراء آخر أو حكم. ودعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتتبعات والمعقول عنه ولم تشتمل على بيان حجج الملكية.

والواضح أنّ المشرّع أورد الإشكال التنفيذي الخاص بملكية العقار في باب العقارات غير المسجلة على أساس فرضية أنّ العقارات المسجلّة لا تطرح أي إشكال من حيث الملكية بحكم سبق تسجيلها وإمكانية الاعتماد على شهادة الملكية المسلمة من إدارة الملكية العقارية في جميع الصّور على خلاف العقارات غير المسجّلة.

والحقيقة أنّ العقارات المسجلة أصبحت تطرح عدّة إشكاليات متصلة بحقيقة الملكية فيها بحكم جمود الرّسوم العقارية، وإذا ما أمكن الحديث عن الإشكال

ونصّ الفصل 211 م.م.م.ت على مايلي: (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)ـ«يجب على كل من يثير صعوبة عند التنفيذ أن يقدم للعدل المنفذ مشافهة أو كتابة ماله من قول في شأنها فيحرر العدل المنفذ محضرا في ذلك ويستمر في التنفيذ إلا إذا استشكل الأمر فإنه يوقف أعمال التنفيذ ويحرر محضرا يبين فيه وجه الصعوبة ويتضمن دعوة من يهمهم الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص ويسلم إلى كل واحد منهم نسخة من ذلك المحضر.

ولا يمكن توقيف أعمال التنفيذ إلا إذا سبّق مثير الصعوبة لعدل التنفيذ مصاريف نشر القضية، ويتولى هذا الأخير عندئذ عرض الأمر على القاضي المذكور بتقديم نسخة من ذلك المحضر إليه.

وإذا رفض عدل التنفيذ عرض الصعوبة على القضاء فلمثيرها أن يرفع الأمر إلى القاضي المختص بعد تأمين مبلغ خمسين دينارا بقباضة المالية بعنوان معين خطية تسلط عليه في صورة رفض مطلبه. وعليه استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهمه الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى القاضي المختص وفي هذه الحالة يجب على العدل المنفذ تقديم ملحوظات في شأن الصعوبة المثارة.

وينظر القاضي في الصعوبة بعد سماع العدل المنفذ والطرفين أو من ينوبهما قانونا.

وإذا لم يحضر مثير الصعوبة فإنه يقضى في المشكل كما لو كان حاضرا.

ويكون القرار الذي يصدره القاضي في كل الحالات قابلا للتنفيذ حالا على المسودة بقطع النظر عن الاستئناف ودون لزوم للإعلام به، ويجب على كاتب المحكمة أن يسلم لمن شاء من الطرفين نسخة من نص ذلك القرار دون مصاريف خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ التصريح به».

التنفيذي في العقارات المسجّلة المتصل بالملكية فإنّ مطالب الاستحقاق مهما كانت طبيعتها ولو تعلّقت بعقار مسجّل يمكن رفعها إلى المحكمة الأصلية دون توقف على أجل حتى بعد التبتيت، كما تقدّم، ويجوز بالتالي لكلّ من يدّعي الاستحقاق طلب بطلان العقلة.

الباب التاسع

في توزيع الأموال وترتيب درجات الدائنين

القسم الأول

في توزيع الأموال

الفصل 463 ـ إذا كان المتحصل مما بيع بموجب العقلة أو مما عقل لدى الغير كاف لخلاص الدائنين خلاصا كاملا تعين عليهم الاتفاق مع المدين على إتمام توزيعه بالتراضي وذلك في ظرف ثلاثين يوما من وقوع البيع أو من يوم إعلام المعقول تحت يده وفقا لأحكام الفصلين 345 و346 بالحكم القاضي بصفة العقلة التوقيفية.

ويحرر في ذلك الاتفاق كتب يقدم نظير منه لمن بيده المال المتحصل فيجب عليه أن يواصل كلا من الدائنين بالمبلغ الراجع إليه بموجب ذلك الاتفاق مقابل وصل وتسليم رسم دينه عند الاقتضاء.

ويجب التعريف بإمضاءات الأطراف الموضوعة أسفل الكتب المتضمن للاتفاق ويجب أن يحرر في الاتفاق كتب رسمي إذا كان من بينهم من لا يحسن الإمضاء أو لا يقدر عليه.

الفصل 464 ـ في صورة عدم الاتفاق يجب على من بيده المال في ظرف الثمانية أيام الموالية لانتهاء الأجل المنصوص عليه بالفصل المتقدم أن يؤمنه بصندوق الودائع والأمائن على ذمة جميع الدائنين العاقلين أو المعترضين.

ويجب عليه لهذا الغرض أن يبين في طلب التأمين ألقاب وأسماء ومهن ومقرات جميع الدائنين العاقلين أو الذين اعترضوا على المتحصل من البيع أو الأموال المعقولة توقيفيا.

وإذا امتنع من بيده المال من تأمينه أو تأخر في تأمينه طولب به لدى قاضي الأذون على المطالب وللمحكمة المختصة علاوة على ذلك أن تلزمه بأداء الفوائض وجميع الغرامات.

الفصل 465 ـ لكل معني إذا تم تأمين المال أن يطلب توزيعه وذلك بتقديمه عريضة لكاتب المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المطلوب ومع إنابة محام مكتبه قانونا المقر المختار للطالب.

وتضاف إلى هذه العريضة شهادة من صندوق الودائع والأمانات يبين بها مبلغ التأمين وسببه وتاريخه وعدده وكذلك ألقاب وأسماء ومهن ومقرات المدين وجميع الدائنين المصرح بهم في طلب التأمين.

الفصل 466 ـ يتولى كاتب المحكمة بعد أن يتحقق من وقوع خلاص المعاليم تقييد العريضة بالدفتر المنصوص عليه بالفصل 486 ويعرضها خلال الأربع وعشرين ساعة على الحاكم المكلف الذي يصدر إذنه بافتتاح الإجراءات.

ويعلن كاتب المحكمة خلال الثمانية أيام الموالية لصدور إذن الحاكم المكلف على افتتاح الإجراءات بالتعليق على اللوحة المعدة لذلك بالمحكمة وبالنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

الفصل 467 ـ يتولى الكاتب خلال أجل الثمانية أيام بنفسه وبمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ إنذار الدائنين المعينين بالشهادة المنصوص عليها بالفصل 465 بأن عليهم تقديم حجج دينهم.

الفصل 468 ـ على كل دائن يرغب في المشاركة في توزيع الأموال أن يدلي لكتابة المحكمة بحجج دينه في الثلاثين يوما الموالية للنشر بالرائد الرسمي أو الاتصال بمكتوب مضمون الوصول وإلا سقط حقه في تلك المشاركة كما يجب عليه أن يقدم عند إدلائه بذلك طلب محاصة بواسطة محام يكون مكتبه قانونا مقر الدائن المختار وينص بطلب المحاصة على أسباب تفضيل الدين على غيره عند الاقتضاء.

ويجب أن تحتوي الإعلامات والنشر والإنذارات المنصوص عليها بالفصلين المتقدمين على الأحكام الواردة بهذا الفصل وإلا تكون باطلة.

الفصل 469 ـ يحرر الحاكم المكلف خلال الشهر الموالي لانقضاء الأجل المنصوص عليه بالفصل المتقدم لائحة توزيع بعد اطلاعه على الوثائق المدلى بها.

الفصل 470 ـ الأموال المراد توزيعها تخصص أولا للدائنين الذين لهم حق التقدم على غيرهم مع اعتبار درجاتهم ويوزع الباقي على الدائنين العاديين على التناسب.

الفصل 471 ـ يجب أن ينص بلائحة التوزيع بالخصوص على ما يلي:

1) مقدار الأموال المراد توزيعها ومصدرها،

2) تاريخ وعدد التأمين،

3) القيام بالإجراءات التي اقتضاها الفصلان 466 و467،

4) مطالب المحاصة المقدمة،

5) المبلغ الممنوح لكل دائن محاص مع بيان أسباب التفضيل عند الاقتضاء.

الفصل 472 ـ يتولى كاتب المحكمة في الثمانية أيام الموالية لتحرير لائحة التوزيع توجيه مكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ إلى الدائنين الذين أبدوا رغبتهم في المشاركة في توزيع الأموال المحاصين منهم وغير المحاصين وكذلك إلى المدين ينذرهم فيها بأن عليهم الاطلاع على اللائحة المذكورة وإبداء معارضتهم فيها عند الاقتضاء إلى كتابة المحكمة في أجل شهر من تاريخ اتصالهم بالمكتوب المضمون الوصول وإن لم يطلعوا أو يبدوا معارضتهم في هذا الأجل سقط حقهم في المعارضة.

وتقدم المعارضة في لائحة التوزيع بواسطة محام ويجب تعليلها وإلا تكون باطلة.

الفصل 473 ـ إذا لم تقع المعارضة في لائحة التوزيع فإن الحاكم المكلف يختم اللائحة المذكورة ويحولها إلى محضر تسوية نهائية في الثمانية أيام الموالية لانقضاء آجال المعارضة بعد التنصيص به على توجيه الإنذارات الواردة بالفصل المتقدم وعلى عدم وجود معارضة.

ومحضر التسوية النهائية غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

الفصل 474 ـ إذا وقعت معارضة في لائحة التوزيع فإن الحاكم المكلف يحيل الملف مصحوبا بتقرير على المحكمة في الثمانية أيام الموالية لانقضاء آجال المعارضة.

وتبت المحكمة خلال الثلاثين يوما الموالية بحكم واحد في المعارضة وفي التوزيع بعد أن يتولى الكاتب استدعاء الأطراف المعنية ثمانية أيام على الأقل قبل الجلسة بمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ.

ويجري أجل الاستئناف ابتداء من صدور هذا الحكم.

التعليق على الفصول 463 إلى 474

جاءت الفصول 463 إلى 474 م.م.م.ت. في بيان نظام توزيع الأموال بين الدّائنين بعد بيع المعقول[1]، وتقع أهمية توزيع الأموال إذا تعدّد الدائنون القائمون بالتتبع أو إذا كان المتحصّل من البيع لا يفي بحاجتهم. وقد أورد المشرع نظام

(1) أوردت المجلّة التجارية إجراءات خاصة بتوزيع ثمن بيع أصل التجاري على إثر عقلة: والمبدأ أنّه من الممكن للدائنين أن يتفقوا رضائيا على التوزيع، فإن تعذّر يرفع الأمر إلى القضاء لإعداد قائمة التوزيع النهائية على معنى الفصول 259 إلى 268 من المجلة التجارية.

وعلى المشتري تأمين كامل الثمن بصندوق الودائع بعد التنبيه عليه في أجل 15 يوما من أحد الدائنين. ويجب كذلك تسليم السندات التي لم يحل أجلها إلى المكلّف بالإدارة.

وبرفع الأمر من أي شخص له المصلحة، الدائن والبائع والمشتري إلى كتابة المحكمة الابتدائية مع بيان قائمة الدائنين المرسمين والاعتراضات المسجلة في الغرض، فيعين رئيس المحكمة حاكما مكلفا الذي يجب أن يقوم بما يلي:

- يستدعي جميع الدائنين والبائع والمشتري بواسطة رسائل مضمونة الوصول لتقديم ما لهم من دفوعات في أجل 15 يوما بعد تقديم العريضة. على أن يكون ذلك 20 يوما قبل تاريخ انعقاد الجلسة التي يجب أن تعقد ثلاثين يوما على الأقل وستين يوما على الأكثر من تاريخ إيداع الحجج بكتابة المحكمة.
- يلزم المدين بالتأمين أو إحالة السندات إذا رفض ويمكن إلزامه بذلك بالطرق القانونية.
- يترأس الجلسة ويحرّر قائمة التوزيع بعد الوقوف على مراتب الدّيون وحججهم وتقريب وجهات النظر. ويمكن أن تكون نتيجة التراضي بينهم. فإذا لم تتحقق المراضاة بينهم يعدّ القاضي المكلف قائمة التوزيع ويودعها بكتابة المحكمة فإذا لم تسجل أية معارضة في أجل 15 يوما من تاريخ إيداعها أصبحت نهائية. وإذا وقعت المعارضة يحرر تقريرا في ذلك ويودع بكتابة المحكمة في ظرف 15 يوما بعد انقضاء الأجل الأول، ثمّ يحال إلى الجلسة ويستدعى الأطراف إلى المحكمة 8 أيام قبل انعقاد الجلسة. وتصدر المحكمة الابتدائية حكمها ويمكن استئنافه. ويحرر الحاكم المكلف القائمة النهائية على ضوء الحكم الابتدائي إذا لم يقع استئنافه أو على ضوء القرار الاستئنافي إذا وقع الاستئناف في أجل لا يتجاوز 8 أيام من تاريخ صدور الحكم. ويمكن تعقيب القرار الاستئنافي ويبدأ أجل التعقيب من تاريخ صدور القرار الاستئنافي.

وتسلّم جداول الترتيب في المحاصة les bordereaux de collocation في النّهاية إلى صندوق الودائع والأمانات لتسليم المبالغ إلى أصحابها، ويسلم كذلك من كلّف بإدارة الأصل المبالغ التي استخلصها على أساس السندات المؤجلة، ويبقى كذلك مؤهلا في استخلاص ما لم يحلّ أجله بعد بشرط تمكينه من هذه السندات ويمكن له أن يحيلها بالخصم أو أن يدفعها لأداء دين ويجب أن يقوم بجميع الإجراءات حتى لا يسقط حقّ الدائن. يراجع في جميع ذلك، علي كحلون: الأصل التجاري، المرجع السابق.

التوزيع بهذه الفصول، وفي ذلك نظامان، إما التوزيع بالتراضي أو عن طريق القضاء.

1 ـ التوزيع بالتراضي

إذا كان المتحصل مما بيع بموجب العقلة كاف لخلاص الدائنين خلاصا كاملا تعين عليهم الاتفاق مع المدين على إتمام توزيعه بالتراضي وذلك في ظرف ثلاثين يوما من وقوع البيع.

ويجب أن يحرر في ذلك الاتفاق كتب ويقدم نظير منه لمن بيده المال المتحصل من البيع ليمكّنهم من المبالغ الراجع إليهم بموجب ذلك الاتفاق مقابل وصل ويسلّم الدائن المنتفع رسم دينه لمن بيده المال عند الاقتضاء.

ويجب التعريف بإمضاءات الأطراف الموضوعة أسفل الكتب المتضمن للاتفاق ويجب أن يحرر في الاتفاق كتب رسمي إذا كان من بينهم من لا يحسن الإمضاء أو لا يقدر عليه.

2 ـ التوزيع عن طريق القضاء

وفي صورة عدم الاتفاق بين الدائنين يجب على من بيده المال في ظرف الثمانية أيام الموالية لانتهاء 30 يوما المشار إليها أن يؤمنه بصندوق الودائع والأمائن على ذمة جميع الدائنين العاقلين أو المعترضين. ويجب عليه لهذا الغرض أن يبين في طلب التأمين ألقاب وأسماء ومهن ومقرات جميع الدائنين العاقلين أو الذين اعترضوا على المتحصل من البيع أو الأموال المعقولة توقيفيا.

وإذا امتنع من بيده المال من تأمينه أو تأخر في تأمينه يمكن إلزامه بذلك بإذن على عريضة وللمحكمة المختصة علاوة على ذلك أن تلزمه بأداء الفوائض وجميع الغرامات.

وإذا وقع التأمين، يجوز لكل معني أن يطلب توزيعه وذلك بتقديمه عريضة لكاتب المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المطلوب ومع إنابة محام مكتبه قانونا المقر المختار للطالب[1]. وتضاف إلى هذه العريضة شهادة من صندوق الودائع

(1) يتولى رئيس المحكمة الابتدائية في مفتتح كل سنة قضائية تعيين حاكم مكلف يسهر على توزيع الأموال. وفي صورة حصول مانع للحاكم المكلف فإن لرئيس المحكمة حسب الأحوال إما تعويضه أو تكليف حاكم بصفة خاصة لتسوية ترتيب معين.

يمسك بكتابة المحكمة الابتدائية دفتر خاص بتوزيع الأموال. وتقيد بهذا الدفتر جميع الإجراءات والموجبات الخاصة بإجراءات التوزيع بما فيه إجراءات وموجبات القضية الاستئنافية. وتحقيقا لهذه الغاية فإن كاتب المحكمة الاستئنافية يبلغ لكاتب المحكمة

والأمائن يبين بها مبلغ التأمين وسببه وتاريخه وعدده وكذلك ألقاب وأسماء ومهن ومقرات المدين وجميع الدائنين المصرح بهم في طلب التأمين. ويسبق الطالب وإلا فأحرص الأطراف مصاريف إجراءات توزيع الأموال. وتدرج هذه المصاريف بالامتياز على بقية الديون.

ويتولى كاتب المحكمة بعد أن يتحقق من وقوع خلاص المعاليم تقييد العريضة بدفتر توزيع الأموال ويعرضها خلال الأربع وعشرين ساعة على الحاكم المكلف الذي يصدر إذنه بافتتاح الإجراءات.

ويعلن كاتب المحكمة خلال الثمانية أيام الموالية لصدور إذن الحاكم المكلف على افتتاح الإجراءات بالتعليق على اللوحة المعدة لذلك بالمحكمة وبالنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

ويتولى الكاتب خلال أجل الثمانية أيام بنفسه وبمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ إنذار الدائنين المعينين بالشهادة المسلمة من صندوق الودائع بأن عليهم تقديم حجج دينهم.

ويجب أن تحتوي الإعلامات والنشر والإنذارات المنصوص عليها على ضرورة أن يقدّم كلّ دائن ما له من دفوعات في أجل 30 يوما الموالية للنشر بالرائد الرسمي وإلا تكون باطلة.

وعلى ذلك الأساس يجب على كل دائن يرغب في المشاركة في توزيع الأموال أن يدلي لكتابة المحكمة بحجج دينه في الثلاثين يوما الموالية للنشر بالرائد الرسمي أو الاتصال بمكتوب مضمون الوصول وإلا سقط حقه في تلك المشاركة كما يجب عليه أن يقدم عند إدلائه بذلك طلب محاصة بواسطة محام يكون مكتبه قانونا مقر الدائن المختار وينص بطلب المحاصة على أسباب تفضيل الدين على غيره عند الاقتضاء[1].

الابتدائية جميع الإجراءات والموجبات المتعلقة بالقضية الاستئنافية بمكتوب يبقى مضافا للدفتر.

وبكون هذا الدفتر مرقوما وممضى من طرف رئيس المحكمة. ويطلب رئيس المحكمة في آخر كل سنة قضائية تقديم ذلك الدفتر إليه فيتثبت من كيفية مسكه ويتحقق من أن ما أوجبه هذا الباب تم احترامه ويشهد بذلك بأسفل آخر تقييد.

(1) يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 291 من القانون الجنائي كل من يدعي كذبا أنه دائن ويطلب حشره في زمرة الدائنين بقصد المساهمة في ترتيب أو توزيع أموال ويدلي تأييدا لزعمه بسندات ديون صورية أو ساقطة بغير مرور الزمان.

ويحرر الحاكم المكلف خلال الشهر الموالي لانقضاء الأجل المنصوص عليه بالفصل المتقدم لائحة توزيع بعد إطلاعه على الوثائق المدلى بها. وتخصص الأموال المراد توزيعها أولا للدائنين الذين لهم حق التقدم على غيرهم مع اعتبار درجاتهم ويوزع الباقي على الدائنين العاديين على التناسب. ويجب أن ينص بلائحة التوزيع بالخصوص على ما يلي :

1) مقدار الأموال المراد توزيعها ومصدرها،

2) تاريخ وعدد التأمين،

3) القيام بالإجراءات المفروضة،

4) مطالب المحاصة المقدمة،

5) المبلغ الممنوح لكل دائن محاص مع بيان أسباب التفضيل عند الاقتضاء.

ويتولى كاتب المحكمة في الثمانية أيام الموالية لتحرير لائحة التوزيع توجيه مكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ إلى الدائنين الذين أبدوا رغبتهم في المشاركة في توزيع الأموال المحاصين منهم وغير المحاصين وكذلك إلى المدين ينذرهم فيها بأن عليهم الاطلاع على اللائحة المذكورة وإبداء معارضتهم فيها عند الاقتضاء إلى كتابة المحكمة في أجل شهر من تاريخ اتصالهم بالمكتوب المضمون الوصول وإن لم يطلعوا أو يبدوا معارضتهم في هذا الأجل سقط حقهم في المعارضة. ويجب تقديم المعارضة في لائحة التوزيع بواسطة محام ويجب تعليلها وإلا تكون باطلة.

ولا يخلو الأمر من صورتين إما تسجل معارضة أو لا تسجلّ. فإذا لم تقع المعارضة في لائحة التوزيع فإن الحاكم المكلف يختم اللائحة المذكورة ويحولها إلى محضر تسوية نهائية في الثمانية أيام الموالية لانقضاء آجال المعارضة بعد التنصيص به على توجيه الإنذارات المشار إليها وعلى عدم وجود معارضة. وهذا المحضر، محضر التسوية النهائية، غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

وإذا وقعت معارضة في لائحة التوزيع فإن الحاكم المكلف يحيل الملف مصحوبا بتقرير على المحكمة في الثمانية أيام الموالية لانقضاء آجال المعارضة. وتبت المحكمة خلال الثلاثين يوما الموالية بحكم واحد في المعارضة وفي التوزيع بعد أن يتولى الكاتب استدعاء الأطراف المعنية ثمانية أيام على الأقل قبل الجلسة بمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ. ويجري أجل الاستئناف ابتداء من صدور هذا الحكم.

ويأذن المحضر أو الحكم الذي تنتهي به إجراءات توزيع الأموال بتسليم جداول محاصة إلى الدائنين المحاصين. ويسلم كاتب المحكمة مضمونا من ذلك المحضر أو الحكم إلى صندوق الودائع والأمانات في ظرف عشرة أيام من إحرازه على قوة اتصال القضاء. ويسلم في نفس الأجل لكل دائن محاص وكذلك إلى المدين فيما إذا بقي جزء من الثمن جدول محاصة موقعا عليه من وكيل الجمهورية ينفذ على الصندوق المذكور.

القسم الثاني

في ترتيب درجات الدائنين

الفصل 475 ـ في صورة التفويت في عقار مسجل وكان هناك دائنون مرسمون فإن لكل معني أن يقدم بعد ترسيم التفويت بالرسم العقاري وتأمين الثمن بصندوق الودائع والأمانات طلبا في ترتيب الدائنين بقصد توزيع الثمن بينهم حسب درجات ديونهم.

ويقدم هذا الطلب في شكل عريضة تسلم لكتابة المحكمة الابتدائية بمكان العقار بواسطة محام يكون مكتبه قانونا المقر المختار للطالب ويجب أن ترفق العريضة :

1) بكشف في الترسيمات المتعلقة بالديون تسلمه إدارة الملكية العقارية ويبين به بكامل الدقة ألقاب الدائنين وأسماؤهم ومهنهم ومقراتهم الحقيقية والمختارة،

2) وبشهادة في ترسيم التفويت بالسجل العقاري،

3) وبشهادة من صندوق الودائع والأمانات في مبلغ التأمين وسببه وتاريخه وعدده.

الفصل 476 ـ يجري العمل إثر تقديم العريضة بأحكام الفصل 466.

وعلى كل دائن غير مرسم يروم المساهمة في توزيع الثمن أن يقدم خلال الثلاثين يوما الموالية لنشر الإعلان المنصوص عليه بالفصل المذكور حجج دينه إلى كتابة المحكمة مع الامتثال لمقتضيات الفصل 468 وإلا سقط حقه في تلك المساهمة.

ويجب أن تكون جميع وسائل الإشهار المنصوص عليها بالفصل 466 ناصة على الأحكام الواردة بالفقرة المتقدمة وإلا تكون باطلة.

الفصل 477 ـ في الثمانية أيام الموالية لانقضاء الأجل المنصوص عليه بالفقرة الثانية من الفصل المتقدم يأذن الحاكم المكلف بعقد اجتماع في ظرف أجل أقصاه شهر قصد الوصول إلى اتفاق على ترتيب كيفية التوزيع.

ويتولى الكاتب ثمانية أيام قبل تاريخ الاجتماع على الأقل وبواسطة مكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ استدعاء ما يلي للحضور بذلك الاجتماع :

1) الدائنون المرسمون،

2) الدائنون غير المرسمين الذين تقدموا بطلب محاصة،

3) البائع والمشتري أو إذا كان الأمر يتعلق ببيع عدلي القائم بالتتبع المعقول عنه والمبتت له.

الفصل 478 ـ إذا حصل اتفاق على التوزيع فإن الحاكم المكلف يحرر في شأنه محضرا يمضيه حالا جميع المعنيين أو محاموهم ويكون ذلك المحضر غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

الفصل 479 ـ إذا لم يحصل الاتفاق على التوزيع في أجل الثلاثين يوما الموالية لعقد الاجتماع المنصوص عليه بالفصل 477 فإن الحاكم المكلف يحيل الملف مصحوبا بتقرير على المحكمة في الثمانية أيام الموالية لانقضاء ذلك الأجل.

وتبت المحكمة خلال الشهر الموالي بحكم واحد في النزاعات وفي التوزيع بعد استدعاء الأطراف وفقا لأحكام الفصل 474.

ويجري أجل الاستئناف ابتداء من صدور هذا الحكم.

الفصل 480 ـ محضر الاتفاق على التوزيع أو الحكم الصادر في شأن التوزيع يأذن بالتشطيب على جميع الترسيمات المتعلقة بالديون في صورة ما إذا لم يتم ذلك التشطيب بموجب أحكام الفصل 481 أو أحكام الفصل 484 كما يجب أن يتضمن المحضر أو الحكم تحرير مصاريف التشطيب وتساهم هذه المصاريف في المحاصة بنفس الرتبة التي لمصاريف القيام بطلب الترتيب.

ويتولى مدير الملكية العقارية القيام بذلك التشطيب بعد اطلاعه على نسخة من ذلك المحضر أو الحكم ويجب أن تكون نسخة الحكم مرفوقة بشهادة في عدم استئنافه.

الفصل 481 ـ بيع عقار بالمزاد العلني عن طريق المحكمة أو حسب الإجراءات التي اقتضاها الفصل 450 يطهر ذلك العقار قانونا من جميع الامتيازات والرهون

الموظفة عليه وبصفة عامة من جميع الترسيمات المتعلقة بالديون ولا يكون حينئذ للدائنين الحق في القيام إلا بالنسبة إلى ثمن التبتيت.

ويتولى مدير الملكية العقارية بعد ترسيم محضر التبتيت ومن تلقاء نفسه التشطيب على الترسيمات المشار إليها بمجرد ما يدلى له بما يثبت تأمين ثمن التبتيت والمصاريف والأجور المنصوص عليها بالفصل 429 بعد طرح المبالغ التي قد يكون للمبتت له حق قانونا في استخلاصها أو في أخذها من الثمن.

الفصل 482 ـ على المبتت له في صورة الفقرة الثالثة من الفصل 432 أن يتولى خلال الخمسة عشر يوما الموالية لانقضاء الأجل المضروب للتأمين القيام بقضية في فتح إجراءات ترمي إلى ترتيب الدائنين مع تسبيق ما تستدعيه تلك الإجراءات من المصاريف وإلا أعيد البيع ثانيا بموجب النكول.

وإذا كان المبلغ المؤمن من طرف المبتت له وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 432 غير كاف لخلاص الدائنين الممتازين الذين قد تقع محاصتهم برتبة أسبق من رتبته فإن المحضر أو الحكم القاضي بتنهية إجراءات الترتيب يقرر بالنسبة إلى ما زاد على ذلك وإلى حد ثمن التبتيت الإذن بتسليم جداول محاصة قابلة للتنفيذ ضد المبتت له وتكون هذه الجداول محلاة بالصيغة التنفيذية.

وفي صورة عدم أداء ما بجداول المحاصة المشار إليها فإن للدائنين المحاصين حسب اختيارهم إما القيام بتنفيذها ضد المبتت له بجميع الطرق القانونية وإما إعادة بيع العقار بموجب نكوله.

الفصل 483 ـ إذا وقع التفويت في العقار بغير الطرق المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 481 فإن إجراءات ترتيب الدائنين لا يجوز أن تفتح إلا بعد القيام بالإجراءات المقررة لتطهير العقار من الرهون.

الفصل 484 ـ على المشتري في صورة الفصل المتقدم إذا ما قام بإجراءات التطهير بغية تحرير العقار بصفة نهائية من الترسيمات المتعلقة بالديون قبل تسوية الترتيب أن يؤمن الثمن بصندوق الودائع والأمانات وأن يقوم على الدائنين المرسمين والبائع لدى المحكمة الابتدائية بمكان العقار للتصريح بصحة التأمين. فإن رأت المحكمة صحة التأمين أذنت بالتشطيب على جميع الترسيمات المتعلقة بالديون مع إبقاء مفعولها عاملا بالنسبة إلى الثمن ويتولى مدير الملكية العقارية التشطيب المأذون به بعد أن يدلى له بنسخة من الحكم وبشهادة في عدم استئنافه.

ومصاريف القيام بصحة التأمين في صورة الحكم بصحته تحاصص بنفس الرتبة التي لمصاريف القيام بطلب الترتيب.

التعليق على الفصول 475 إلى 484

أوردت الفصول 475 إلى 484 م.م.م.ت. أحكاما خاصة بالعقارات المسجلة وبيّنت من خلالها الصور التي توجب اتخاذ قرار في ترتيب الدّائنين والإجراءات المتبعة في ذلك[1].

ـ **الصور الواجبة للترتيب**: ميز المشرع بين صورتين، البيع عن طريق القضاء والبيع الرضائي.

+ **بيع العقار رضائيا**: في صورة التفويت في عقار مسجل وكان هناك دائنون مرسمون فإن لكل معني أن يقدم بعد ترسيم التفويت بالرسم العقاري وتأمين الثمن بصندوق الودائع والأمانات طلبا في ترتيب الدائنين بقصد توزيع الثمن بينهم حسب درجات ديونهم[2].

ولكنّ هذه الصورة تقتضي إتمام إجراءات التطهير، حيث إذا وقع التفويت في العقار بغير الطرق القضائية أي بغير طريقة المزاد العلني فإن إجراءات ترتيب الدائنين لا يجوز أن تفتح إلا بعد القيام بالإجراءات المقررة لتطهير العقار من الرهون[3]. فعلى المشتري في هذه الصورة إذا ما قام بإجراءات التطهير بغية تحرير العقار بصفة نهائية من الترسيمات المتعلقة بالديون قبل تسوية الترتيب أن يؤمن الثمن بصندوق الودائع والأمانات وأن يقوم على الدائنين المرسمين والبائع لدى المحكمة الابتدائية بمكان العقار للتصريح بصحة التأمين.

فإن رأت المحكمة صحة التأمين أذنت بالتشطيب على جميع الترسيمات المتعلقة بالديون مع إبقاء مفعولها عاملا بالنسبة إلى الثمن ويتولى مدير الملكية العقارية التشطيب المأذون به بعد أن يدلى له بنسخة من الحكم وبشهادة في عدم استئنافه. ومصاريف القيام بصحة التأمين في صورة الحكم بصحته تحاصص بنفس الرتبة التي لمصاريف القيام بطلب الترتيب[4].

(1) الدّئنون ليس لهم مرتبة واحدة، بل تتعدّد مراتبهم فمن الدّائن الممتاز إلى الدّائن المرتهن إلى صاحب حق الحبس وهي من التأمينات العينية، إلى الكفيل والمتضامن وغير ذلك وهي من التأمينات الشخصية إلى الدّائن العادي الذي ليس له أي تأمين، وبداخل التأمينات الممتازة والرهن والحبس والتأمينات الشخصية والديون العادية مراتب يجب مراعاتها.
يراجع في جميع ذلك، علي كحلون: قانون التأمينات واستخلاص الديون الخاصة والعامة، المرجع السابق.

(2) الفصل 475 م.م.م.ت.

(3) الفصل 483 م.م.م.ت.

(4) الفصل 484 م.م.م.ت.

ويذكر أنّ التطهير يعدّ وسيلة قانونية تهدف إلى التشطيب على جميع الترسيمات الموظفة على العقار المرهون[1]. وبتحقيقها ينقضي الرهن. وقد أورد المشرع نظام التطهير بالفصول من 292 إلى 302 م.ح.ع. وقيل إنّ إجراءات التطهير وضعت لفائدة المالك الجديد عندما يكون العقار مثقلا بديون تفوق حقيقة قيمته، فيتخلّص من جميع هذه الديون بعرض ثمن العقار أو بيعه بيعا جبريا بطلب من الدائنين. ولكنّها وسيلة بسيطة كذلك تمكّن الدائنين من استخلاص حقوقهم. وتفترض إجراءات التطهير أن يتخذ المالك الجديد موقفا محدّدا يمكن أن يقبل أو يرفض من قبل الدائنين.

***موقف المالك الجديد:** التطهير وسيلة ممكنة بيد كلّ صاحب حقّ عيني على عقار قابل للبيع والإحالة مثل الملكية والانتفاع، وعلى ذلك الأساس فليس لصاحب حق الارتفاق أو حق السكنى والاستعمال حق التطهير لأنها حقوق غير قابلة للإحالة بمفردها. وإذا أحيلت الملكية على شرط واقف فليس للمالك ممارسة التطهير إلا بعد تحقق الشرط، وليس للملتزم شخصيا بالدين، مثل الكفيل الشخصي أو الوارث أو الشريك في الدين، أن يباشر حق التطهير، لأنهم ملزمون بدفع كامل الدين وليس جزؤه. ولذلك تحدّث المشرع بإجراءات التطهير عن «المالك الجديد[2]».

وتفترض إجراءات التطهير بالنسبة إلى المالك الجديد أن يسعى إلى **ترسيم سنده** وأن يتصرفّ **في الأجل** وأن **يعرض ثمن العقار أو قيمته** على جميع الدّائنين وبإمكانه أن يتحصّل على **حكم بصحة التأمين**.

.**ترسيم السند:** لا بدّ من ترسيم السند بإدارة الملكية العقارية إذا كان العقار مسجلا لمباشرة إجراءات التطهير. ولا يمكن لغير صورة الترسيم أن تنقل الملكية في العقارت المسجلة، فليس للتقادم من أثر في هذا النظام. وإذا اتضح أنه سبق ترسيم اعتراض تحفظي فانه خلافا لما تقتضيه قواعد هذا الاعتراض يمكن للمالك الجديد ترسيم ملكيته بعد أن يقوم بتوجيه إعلام إلى صاحب الاعتراض بمقره المختار وإلى الدائنين الآخرين المرسمين وعرض الثمن عليهم مع جملة

(1) نور الدين بسرور: التطهير الإرادي للعقارات من الرهون، مقالة منشورة بكتاب بحوث في التأمينات العينية والشخصية، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس 1999، ص111 وما بعد.

(2) الفصل 292 م.ح.ع.

المصاريف. وبعد إنهاء هذا الترسيم الأخير لا يتم أي ترسيم آخر قبل إتمام إجراءات التطهير أو رفع اليد عن الاعتراض[1].

.**أجل التطهير:** لا يوجب التطهير من حيث المبدأ حلول أجل الدين، فمن الممكن أن يباشر المالك الجديد إجراءات التطهير ولو قبل حلول أجل الدين أو إنذاره. ومع ذلك فإنّه ملزم بمراعاة بعض الآجال حيث يجب أن يبادر إلى إجراءات التطهير إن أراد ذلك في ظرف **عام** من تاريخ ترسيم سنده بالنسبة إلى العقارات المسجلة أو خلال **شهر** من تاريخ أول إنذار يصدر له من قبل الدائن المرتهن بضرورة دفع الدين. فإذا لم يتصرف خلال ذلك الأجل فإنه من الممكن أن يمرّ الدائن إلى إجراءات البيع الجبري قبل إنهاء إجراءات التطهير.

.**عرض الثمن أو قيمة العقار على الدائنين:** على المالك الجديد الذي يريد تطهير ما على العقار من رهون مرسمة أن يوجه في الأجل إعلاما، والمفروض أن يكون بواسطة عدل تنفيذ، إلى جميع الدائنين المرسمين بدون استثناء سواء حلّ الدين أو لم يحل، وذلك بحسب العناوين الواردة بشكليات الترسيم ويشتمل هذا الإعلام على ما يلي:

1) مضمون من سند الملكية مبين به تاريخه وطبيعته وأسماء الطرفين وتاريخ ترسيمه. أي السند الذي كان سببا في انتقال الملكية إلى المالك الجديد، وقد يكون بيعا أو هبة أو معاوضة أو وصية أو غير ذلك.

2)بيان الثمن والتكاليف التابعة له وقيمتها وكذلك قيمة العقار إذا كان انتقاله بغير البيع. أي الثمن الحقيقي للشراء مع مصاريف التسجيل بالقباضة ومصاريف عدل التنفيذ والفوائد. وإذا كان الانتقال بغير البيع، ولا يتضمن السند ثمن العقار، كما في صورة الهبة، فإنّه يجب تحديد قيمة العقار. ولم يبيّن المشرع طريقة تحديد قيمة هذا العقار، والأغلب أن تنتدب في ذلك أهل الخبرة.

3) شهادة فيما على العقار من رهون مرسمة. وهي شهادة تسلم من قبل إدارة الملكية العقارية.

4) اختيار مقر بدائرة المحكمة الابتدائية لمكان العقار[2]. وهو المقر المختار قانونا الذي يجب أن يعتمد في مباشرة إجراءات التطهير.

(1) الفصل 293 م.ح.ع.

(2) الفصل 292 م.ح.ع.

ويصرح المالك الجديد في الإعلام بأنه مستعد لخلاص الديون الموثقة بالرهن والتكاليف التابعة لها بقدر الثمن أو القيمة المصرح بها بدون خصم أي مبلغ من ذلك لصالح البائع أو أي شخص آخر. فهو مجرّد تصريح لوضع ثمن العقار أو قيمته على ذمة الدائنين دون أن يصحبه تأمين أو عرض فعلي للثمن.

ولم يبيّن المشرع جزاء الإخلال بجملة هذه البيانات، ولابدّ من الرجوع إلى الأحكام الواردة بمجلّة المرافعات المدنية بالفصل 14 لتحديد طبيعة هذه البيانات إن كانت لها علاقة بالنظام العام أو بالإجراءات الأساسية أو بمجرد المصلحة الخاصة. والأغلب أنّ لها علاقة بالمصلحة الخاصة التي لا تجيز طلب الإبطال إلا إذا توفّر الضرر وبشرط التمسّك به قبل الخوض في الأصل. كما أنّ الدّائن الذي لم يستدع لا يعارض بإجراءات التطهير ويبقى له الحق في ممارسة حقّ التقدّم على الثمن قبل توزيعه.

ويبقى المالك الجديد متمتّعا بالآجال الممنوحة للمدين الأصلي وعليه أن يحترم الآجال المشروطة على هذا الأخير إلا إذا نصت سندات الدين على خلاف ذلك. على أنّ الديون التي لم يحل أجلها ودخلت في المحاصصة بثمن العقار جزئيا، أي أنّ مرتبتها تسمح لها في المشاركة في التوزيع، تصبح واجبة الأداء حالا إلى حد ذلك الجزء بالنسبة إلى المالك الجديد وتصبح واجبة الآداء بأكملها بالنسبة إلى المدين[1].

.**الحكم بصحّة التأمين**: يجوز للمشتري إذا قام بإجراءات التطهير أن يتحصّل على حكم بصحة التأمين قبل ترتيب الدائنين، حيث يجب على المشتري في هذه الصورة إذا ما قام بإجراءات التطهير بغية تحرير العقار بصفة نهائية من الترسيمات المتعلقة بالديون قبل تسوية الترتيب أن يؤمن الثمن بصندوق الودائع والأمانات وأن يقوم على الدائنين المرسمين والبائع لدى المحكمة الابتدائية بمكان العقار للتصريح بصحة التأمين. فإن رأت المحكمة صحة التأمين أذنت بالتشطيب على جميع الترسيمات المتعلقة بالديون مع إبقاء مفعولها عاملا بالنسبة إلى الثمن ويتولى مدير الملكية العقارية التشطيب المأذون به بعد أن يدلى له بنسخة من الحكم وبشهادة في عدم استئنافه. و مصاريف القيام بصحة التأمين في صورة الحكم بصحته تحاصص بنفس الرتبة التي لمصاريف القيام بطلب الترتيب[2].

(1) الفصل 294 م.ح.ع.
(2) الفصل 484 م.م.م.ت.

*موقف الدائنين: لا يخلو الأمر من ثلاث اتجاهات، إما طلب فسخ الإحالة أو القبول بالعرض أو رفضه، وفي ذلك أحكام خاصة.

.**في صورة طلب الفسخ**: قد يكون عقد الإحالة، سند واضع اليدّ، قابلا للفسخ بسبب عدم تنفيذ المحال إليه للالتزاماته، وتقوم بالتالي المصلحة في طلب فسخه مما له الصفة والمصلحة. فإذا وجد ضمن الدائنين المرسمين دائن له حق القيام بدعوى الفسخ ورأى القيام بها فإن عليه أن يرفع دعواه خلال **عشرين يوما** من الإعلام مع إدخال جميع الدائنين المشار إليهم أي المرسمين وإلا سقط حقه في القيام. وتعلق إجراءات التطهير ابتداء من قيام الدائن بدعوى الفسخ ولا يمكن استئنافها إلا بعد رجوع الدائن في دعوى الفسخ أو بعد رفضها[1]. وإذا قضي بالفسخ انقضت إجراءات التطهير.

.**في صورة قبول العرض**: يمكن أن يقبل العرض صراحة أو ضمنا. فإذا كان القبول صريحا يجب أن يعبّر الدائنون بشكل لا يدعو للشكّ على رضائهم بالعرض. ويكون القبول ضمنا إذا مرّت مدّة **أربعين يوما من تاريخ الإعلام** ولم يحرّك الدائنون ساكنا أي لم يتصرّفوا طبق القانون في الآجال المحدّدة والقانون يمكّنهم من طلب بيع العقار بالمزاد العلني بزيادة السدس.

فإذا لم يطلب أحد الدائنين الذي له الصفة للقيام بذلك بيع العقار بالمزاد العلني في أجل أربعين يوما من تاريخ الإعلام وحسب الصيغ القانونية، فإن قيمة العقار تبقى مقدرة بصفة نهائية بالثمن المشروط في العقد أو المصرح به من طرف المالك الجديد.

ويجب حينئذ ترتيب مرتبة الدائنين سواء اتفاقا أو طبق الإجراءات القضائية في الترتيب[2] بعد تأمين الثمن ويشطب على بقية الدائنين من الذين لم يلحقهم التوزيع ويدفع الثمن إلى المستحقين بحسب ما جاء بقائمة التوزيع فتنقضي رهونهم ويتحرّر المالك الجديد من جميع الديون[3].

ويذكر أنّ المالك الجديد يلزم بدفع الثمن وجميع المصاريف والفوائد وقيمة الغلّة من تاريخ إعلامه إن حصل إعلامه قبل أن يتصرّف. ويبقى للمالك الجديد كذلك الحقّ في منازعة ترتيب الدّائين أو في استحقاقهم لها قبل أن يتحرّر بالدفع.

(1) الفصل 295 م.ح.ع.
(2) الفصول 475 وما بعد م.م.م.ت.
(3) الفصل 299 م.ح.ع.

وتفتح بعد ذلك **إجراءات ترتيب الدائنين** بعد القيام بالإجراءات المقررة لتطهير العقار من الرهون.

.**في صورة رفض العرض**: يجوز للدائنين المرسّمين فقط ولهم الخيار في ذلك رفض العرض والغرض من ذلك التحصيل على قيمة أكبر للعقار المرهون. ويجب في هذه الصورة إعلام المشتري وبقية الدائنين ومباشرة إجراءات البيع أمام دائرة البيوعات العقارية بعد تأمين قيمة العقار والمصاريف كضمان، على أن يكون ذلك في أجل لا يتجاوز 40 يوما من تاريخ الإعلام. وكلّ خلل جزاؤه البطلان.

فيمكن للدائنين أو لبعضهم أن يرفض العرض ولا يقبل بالثمن أو القيمة المقترحة من قبل المالك الجديد. ففي هذه الصورة يجب على كلّ دائن مرسم، وقد يكون دائنا مرتهنا أو كفيلا عينيا، أن يطلب بيع العقار بالمزاد العلني مع زيادة السدس وطبق الإجراءات الواردة في باب بيع العقارات أمام دائرة البيوعات العقارية بالمحكمة الابتدائية، وليس لأصحاب الديون العادية أن يتداخلوا بإجراءات التطهير. ويجب أن يكون ذلك في أجل لا يتجاوز أربعين يوما من تاريخ الإعلام مع ضرورة أن يقدّم ما يضمن دفع الثمن والمصاريف ضمانا شخصيا بمعنى أن يؤمن المبالغ الكافية بصندوق الودائع لضمان دفع الثمن والمصاريف والجزاء هو البطلان في صورة الإخلال بهذه الإجراءات.

فلكل «دائن مرسم أو صاحب اعتراض تحفظي أن يطلب في أجل قدره **أربعون يوما** من تاريخ الإعلام الواقع بطلب من المالك الجديد بيع العقار بالمزاد العلني لدى المحكمة وذلك بأن يعرض الزيادة في الثمن بقدر لا يقل عن **السدس** إما بنفسه وإما بواسطة شخص يقدمه يكون متضامنا معه وان يقدم ضامنا لدفع الثمن والتكاليف وإلا كانت الإجراءات باطلة[1]».

ويجب بداية إعلام المشتري والدائنين المرسمين أو أصحاب الاعتراض التحفظي بواسطة عدل تنفيذ قبل نهاية أجل الأربعين يوما المشار إليه وإلا سقط الطلب ويتضمن الطلب الاستدعاء للحضور لدى المحكمة الابتدائية بمكان العقار للحكم بإجراء المزاد العلني المطلوب[2].

(1) الفصل 296 م.ح.ع.
(2) الفصل 297 م.ح.ع.

ولا يمكن توقيف إشهار البيع إذا رجع طالب البيع في طلبه ولو بعد تأمين الثمن المعروض من قبله إلا إذا رضي بذلك بقية الدائنين المرسم رهنهم أو اعتراضهم التحفظي أو سبق إنذارهم من طرفه بمقراتهم المختارة بواسطة عدل منفذ بوجوب إتمام الإشهار في ظرف خمسة عشر يوما ولم يجيبوا عن ذلك[1]. ففي تلك الحالات فقط يمكن توقيف إجراءات البيع جبرا والاكتفاء بالثمن المعروض. أما إذا رفض الدائنون أو بعضهم الوقف أو باشروا الإشهارات في أجل 15 يوما من تاريخ إعلامهم فإنه لا سبيل للتراجع حتى ولو عبّر طالب البيع عن غبته في التراجع.

ويجري البيع نهاية حسب الإجراءات المقررة في البيوعات العقارية الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية[2]. ويجوز للمالك الجديد والدائنين أو الغير مهما كانت طبيعته المشاركة في المزايدة ويمكن للمالك الجديد في كلّ وقت أن يوقف الإجراءات إذا دفع للدائنين ما يكفي لتغطية ديونهن ويمكن أن يرسو المزاد في النهاية على المالك الجديد أو القائم بالتتبع أو الغير ولو كان دائنا عاديا. ويلزم من وقع عليه المزاد أن يؤمن الثمن والمصاريف. ويرسم حكم التبتيب في أجل شهرين من تاريخ صدوره بإدارة الملكية العقارية إذا كان العقار مسجلا ويشطب نهاية على الترسيمات إذا أثبت المبتت له ما يفيد تأمين الثمن والمصاريف ويوزع نهاية طبق الإجراءات العامة في التوزيع[3].

ويذكر أنّ المبتت له يلزم قانونا بأن يرجع، زيادة على ثمن التبتيت، إلى المشتري أو الموهوب له المنتزع منه العقار ما أنفقه من المصاريف الحقيقية على العقد وكذلك مصاريف الترسيم ومصاريف الإعلام ومصاريف إعادة البيع[4]. وقد طرحت هذه المصاريف عدّة نقاشات بين الفقه والقضاء من حيث تحديد الجهة الملزمة بدفعها والأغلب أن تنطبق القواعد العامة في ذلك، غير أنّ المشرع خيّر الحسم القانوني بأن حمّل المبتّت له وزر دفع جميع هذه المصاريف تجاوزا لمصاريف البتّة التي لها حكمها الخاص، وللمالك الجديد مطالبة المبتت له بدفعها على فرض أنّ المبتت له كان غير المالك الجديد. وإذا رسا المزاد على المالك الجديد بثمن يفوق الثمن الذي كان اشترى به فله أن يرجع على البائع

(1) الفصل 301 م.ح.ع.
(2) الفصل 298 م.ح.ع.
(3) الفصول 410 إلى 462 م.م.م.ت.
(4) الفصل 300 م.ح.ع.

بالمقدار الزائد وبفائضه من تاريخ الدفع[1]. والقاعدة العامة أنّ البائع ضامن للمشتري.

+بيع العقار بالمزاد العلني: في صورة بيع عقار بالمزاد العلني عن طريق المحكمة أو عن طريق عدل التنفيذ إذا لم تتجاوز قيمته 7 آلاف دينار[2] يطهر ذلك العقار قانونا من جميع الامتيازات والرهون الموظفة عليه وبصفة عامة من جميع الترسيمات المتعلقة بالديون ولا يكون حينئذ للدائنين الحق في القيام إلا بالنسبة إلى ثمن التبتيت.

ويتولى مدير الملكية العقارية بعد ترسيم محضر التبتيت ومن تلقاء نفسه التشطيب على الترسيمات المشار إليها بمجرد ما يدلى له بما يثبت تأمين ثمن التبتيت والمصاريف والأجور المسعّرة بعد طرح المبالغ التي قد يكون للمبتت له حق قانونا في استخلاصها أو في أخذها من الثمن.

ويجب على المبتت له في حالة تعدّد الدائنين المرسمين والتأمين بصندوق الودائع أن يتولى خلال الخمسة عشر يوما الموالية لانقضاء الأجل المضروب للتأمين وهو شهرين بعد التبتيت القيام بقضية في فتح إجراءات ترمي إلى ترتيب الدائنين مع تسبيق ما تستدعيه تلك الإجراءات من المصاريف[3] وإلا أعيد البيع ثانيا بموجب النكول.

وإذا كان المبلغ المؤمن من طرف المبتت له[4] غير كاف لخلاص الدائنين الممتازين الذين قد تقع محاصتهم برتبة أسبق من رتبته فإن المحضر أو الحكم القاضي بتنهية إجراءات الترتيب يقرر بالنسبة إلى ما زاد على ذلك وإلى حد ثمن التبتيت الإذن بتسليم جداول محاصة قابلة للتنفيذ ضد المبتت له وتكون هذه الجداول محلاة بالصيغة التنفيذية.

وفي صورة عدم أداء ما جاء بجداول المحاصة المشار إليها فإن للدائنين المحاصين حسب اختيارهم إما القيام بتنفيذها ضد المبتت له بجميع الطرق القانونية وإما إعادة بيع العقار بموجب نكوله.

(1) الفصل 302 م.ح.ع.
(2) حسب الإجراءات التي اقتضاها الفصل 450 م.م.م.ت.
(3) يسبق الطالب وإلا فأحرص الأطراف مصاريف إجراءات الترتيب وتدرج هذه المصاريف بالامتياز على بقية الديون.
(4) وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 432 م.م.م.ت.

ـ إجراءات ترتيب الدّائنين: أورد المشرع الإجراءات الخاصة بترتيب درجات الدائنين بالفصول 475 إلى 490 م.م.م.ت. حيث يقدم هذا الطلب في شكل عريضة تسلم لكتابة المحكمة الابتدائية بمكان العقار بواسطة محام يكون مكتبه قانونا المقر المختار للطالب ويجب أن ترفق العريضة[1] :

1) بكشف في الترسيمات المتعلقة بالديون تسلمه إدارة الملكية العقارية ويبين به بكامل الدقة ألقاب الدائنين وأسماؤهم ومهنهم ومقراتهم الحقيقية والمختارة،

2) وبشهادة في ترسيم التفويت بالسجل العقاري،

3) وبشهادة من صندوق الودائع والأمانات في مبلغ التأمين وسببه وتاريخه وعدده. ويتولى كاتب المحكمة بعد أن يتحقق من وقوع خلاص المعاليم تقييد العريضة بدفتر ترتيب الدائنين ويعرضها خلال الأربع وعشرين ساعة على الحاكم المكلف الذي يصدر إذنه بافتتاح الإجراءات.

ويعلن كاتب المحكمة خلال الثمانية أيام الموالية لصدور إذن الحاكم المكلف على افتتاح الإجراءات بالتعليق على اللوحة المعدة لذلك بالمحكمة وبالنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

ويتولى الكاتب خلال أجل الثمانية أيام بنفسه وبمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ إنذار الدائنين المعينين بالشهادة المسلمة من صندوق الودائع بأن عليهم تقديم حجج دينهم.

ويجب أن تحتوي الإعلامات والنشر والإنذارات المنصوص عليها على ضرورة أن يقدّم كلّ دائن ما له من دفوعات في أجل 30 يوما الموالية للنشر بالرائد الرسمي وإلا تكون باطلة.

(1) يتولى رئيس المحكمة الابتدائية في مفتتح كل سنة قضائية تعيين حاكم مكلف يسهر على تسوية ترتيب الدائنين. وفي صورة حصول مانع للحاكم المكلف فإن لرئيس المحكمة حسب الأحوال إما تعويضه أو تكليف حاكم بصفة خاصة لتسوية ترتيب معين.
ويمسك بكتابة المحكمة الابتدائية دفتر خاص بترتيب الدائنين. وتقيد بهذا الدفتري جميع الإجراءات والموجبات الخاصة بإجراءات الترتيب بما فيه إجراءات وموجبات القضية الاستئنافية. وتحقيقا لهذه الغاية فإن كاتب المحكمة الاستئنافية يبلغ لكاتب المحكمة الابتدائية جميع الإجراءات والموجبات المتعلقة بالقضية الاستئنافية بمكتوب يبقى مضافا للدفتر.
ويكون هذا الدفتر مرقما وممضى من طرف رئيس المحكمة. ويطلب رئيس المحكمة في آخر كل سنة قضائية تقديم تلك الدفاتر إليه فيتثبت من كيفية مسكها ويتحقق من أن ما أوجبه هذا الباب تم احترامه ويشهد بذلك بأسفل آخر تقييد.

وعلى كل دائن غير مرسم يروم المساهمة في توزيع الثمن أن يقدم خلال الثلاثين يوما الموالية لنشر الإعلان المنصوص عليه حجج دينه إلى كتابة المحكمة مع تقديم ما لديه من حجج وإلا سقط حقه في تلك المساهمة[1].

وفي الثمانية أيام الموالية لانقضاء الأجل المذكور يأذن الحاكم المكلف بعقد اجتماع في ظرف أجل أقصاه شهر قصد الوصول إلى اتفاق على ترتيب كيفية التوزيع.

ويتولى الكاتب ثمانية أيام قبل تاريخ الاجتماع على الأقل وبواسطة مكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ استدعاء ما يلي للحضور بذلك الاجتماع :

1) الدائنون المرسمون،

2) الدائنون غير المرسمين الذين تقدموا بطلب محاصة،

3) البائع والمشتري أو إذا كان الأمر يتعلق ببيع عدلي القائم بالتتبع المعقول عنه والمبتت له.

فإذا حصل اتفاق على التوزيع فإن الحاكم المكلف يحرر في شأنه محضرا يمضيه حالا جميع المعنيين أو محاموهم ويكون ذلك المحضر غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن.

وإذا لم يحصل الاتفاق على التوزيع في أجل الثلاثين يوما الموالية لعقد الاجتماع المشار إليه فإن الحاكم المكلف يحيل الملف مصحوبا بتقرير على المحكمة في الثمانية أيام الموالية لانقضاء ذلك الأجل. وتبت المحكمة خلال الشهر الموالي بحكم واحد في النزاعات وفي التوزيع بعد استدعاء الأطراف ثمانية أيام قبل موعد الجلسة. ويجري أجل الاستئناف ابتداء من صدور هذا الحكم.

ويأذن محضر الاتفاق على التوزيع أو الحكم الصادر في شأن التوزيع بالتشطيب على جميع الترسيمات المتعلقة بالديون في صورة ما إذا لم يسبق إتمام ذلك التشطيب كما يجب أن يتضمن المحضر أو الحكم تحرير مصاريف التشطيب وتساهم هذه المصاريف في المحاصة بنفس الرتبة التي لمصاريف القيام بطلب الترتيب. ويتولى مدير الملكية العقارية القيام بذلك التشطيب بعد

(1) يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 291 من القانون الجنائي كل من يدعي كذبا أنه دائن ويطلب حشره في زمرة الدائنين بقصد المساهمة في ترتيب أو توزيع أموال ويدلي تأييدا لزعمه بسندات ديون صورية أو ساقطة بغير مرور الزمان.

اطلاعه على نسخة من ذلك المحضر أو الحكم ويجب أن تكون نسخة الحكم مرفوقة بشهادة في عدم استئنافه.

ويأذن المحضر أو الحكم الذي تنتهي به إجراءات الترتيب بتسليم جداول محاصة إلى الدائنين المحاصين. ويسلم كاتب المحكمة مضمونا من ذلك المحضر أو الحكم إلى صندوق الودائع والأمانات في ظرف عشرة أيام من إحرازه على قوة اتصال القضاء. ويسلم في نفس الأجل لكل دائن محاص وكذلك إلى المدين في ما إذا بقي جزء من الثمن جدول محاصة موقعا عليه من وكيل الجمهورية ينفذ على الصندوق المذكور.

القسم الثالث

أحكام مشتركة بين توزيع الأموال وترتيب درجات الدائنين

الفصل 485 ـ يتولى رئيس المحكمة الابتدائية في مفتتح كل سنة قضائية تعيين حاكم مكلف يسهر على تسوية ترتيب الدائنين وتوزيع الأموال.

وفي صورة حصول مانع للحاكم المكلف فإن لرئيس المحكمة حسب الأحوال إما تعويضه أو تكليف حاكم بصفة خاصة لتسوية ترتيب معين.

الفصل 486 ـ يمسك بكتابة المحكمة الابتدائية دفتر خاص بتوزيع الأموال وآخر خاص بترتيب الدائنين.

وتقيد بهذين الدفترين جميع الإجراءات والموجبات المنصوص عليها بهذا الباب بما فيه إجراءات وموجبات القضية الاستئنافية.

وتحقيقا لهذه الغاية فإن كاتب المحكمة الاستئنافية يبلغ لكاتب المحكمة الابتدائية جميع الإجراءات والموجبات المتعلقة بالقضية الاستئنافية بمكتوب يبقى مضافا للدفتر.

الفصل 487 ـ الدفاتر المشار إليها بالفصل المتقدم تكون مرقومة وممضاة من طرف رئيس المحكمة.

ويطلب رئيس المحكمة في آخر كل سنة قضائية تقديم تلك الدفاتر إليه فيتثبت من كيفية مسكها ويتحقق من أن ما أوجبه هذا الباب تم احترامه ويشهد بذلك بأسفل آخر تقييد.

الفصل 488 ـ مصاريف إجراءات الترتيب أو توزيع الأموال يسبقها الطالب وإلا فأحرص الأطراف.

وتدرج هذه المصاريف بالامتياز على بقية الديون.

الفصل 489 ـ يأذن المحضر أو الحكم الذي تنتهي به إجراءات الترتيب أو توزيع الأموال بتسليم جداول محاصة إلى الدائنين المحاصين.

ويسلم كاتب المحكمة مضمونا من ذلك المحضر أو الحكم إلى صندوق الودائع والأمائن في ظرف عشرة أيام من إحرازه على قوة اتصال القضاء.

ويسلم في نفس الأجل لكل دائن محاص وكذلك إلى المدين فيما إذا بقي جزء من الثمن جدول محاصة موقعا عليه من وكيل الجمهورية ينفذ على الصندوق المذكور.

الفصل 490 ـ يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 291 من القانون الجنائي كل من يدعي كذبا أنه دائن ويطلب حشره في زمرة الدائنين بقصد المساهمة في ترتيب أو توزيع أموال ويدلي تأييدا لزعمه بسندات ديون صورية أو ساقطة بغير مرور الزمان.

التعليق على الفصول 485 إلى 490

بينت الفصول 485 إلى 490 م.م.م.ت.، وهي قواعد مشتركة بين توزيع الأموال وضبط درجات الدّائنين، الناحية التنظيمية بمناسبة التوزيع أو تحديد درجات الدّائنين.

فالقاعدة الأولى أنّه يتوفر بكلّ محكمة ابتدائية قاض يكلف بتسوية ترتيب الدائنين وتوزيع الأموال، حيث يتولى رئيس المحكمة الابتدائية في مفتتح كل سنة قضائية تعيين حاكم مكلف يسهر على تسوية ترتيب الدائنين وتوزيع الأموال. وفي صورة حصول مانع للحاكم المكلف فإن لرئيس المحكمة حسب الأحوال إما تعويضه أو تكليف حاكم بصفة خاصة لتسوية ترتيب معين. ولا يمنع على هذا القاضي مباشرة قضايا أخرى ذات طبيعة مدنية أو تجارية أو جزائية، وإنما يعود له فقط اختصاص النظر في هذا الترتيب والتوزيع.

والقاعدة الثانية أنه يتوفر لقاضي التوزيع وضبط الدرجات كتابة خاصة تساعده في تأدية مهامه حيث يُمسك بكتابة المحكمة الابتدائية دفتر خاص بتوزيع الأموال وآخر خاص بترتيب الدائنين وتقيد بهذين الدفترين جميع الإجراءات والموجبات

المتعلقة بالتوزيع وضبط الدرجات بما فيه إجراءات وموجبات القضية الاستئنافية، بمعنى أنّ جميع القرارات الاستئنافية يجب أن تدرج بهذه الدفاتر. ويتولى في النهاية القاضي المكلف على مستوى المحكمة الابتدائية تعديل قائمة التوزيع أو الدرجات على ضوء القرار الاستئنافي، وتحقيقا لهذه الغاية فإن كاتب المحكمة الاستئنافية يبلغ لكاتب المحكمة الابتدائية جميع الإجراءات والموجبات المتعلقة بالقضية الاستئنافية بمكتوب يبقى مضافا للدفتر.

ويشترط في هذه الدفاتر ولغاية المراقبة وهي دفاتر رسمية أن تكون مرقومة وممضاة من طرف رئيس المحكمة. ويطلب رئيس المحكمة في آخر كل سنة قضائية تقديم تلك الدفاتر إليه فيتثبت من كيفية مسكها ويتحقق من أن ما أوجبه هذا الباب تم احترامه ويشهد بذلك بأسفل آخر تقييد مع إمضائه.

والقاعدة العامة الثالثة جاءت لتبيّن الجهة المحمول عليها المصاريف، مصاريف إجراءات الترتيب أو توزيع الأموال أو تحديد الدرجات، فالمطلوب أن يسبقها طالب التوزيع وتقبل من الأحرص عند الاقتضاء. وتعتبر هذه المصاريف ممتازة وتقدم على جميع الدّيون.

والقاعدة العامة الرابعة جاءت في بيان مع يعرف بجداول المحاصة les bordereaux de collocation وهي جداول تبين ما يعود لكلّ دائن وما بقي للمدين من المال عند الاقتضاء، حيث يأذن المحضر المحرر من القاضي المكلف في صورة عدم الاعتراض أو الحكم في صورة الاعتراض الذي تنتهي به إجراءات الترتيب أو توزيع الأموال بتسليم جداول محاصة إلى الدائنين المحاصين أي الدّائنين. ويسلم كاتب المحكمة وهو كاتب المحكمة الابتدائية مضمونا من ذلك المحضر أو الحكم إلى صندوق الودائع والأمائن في ظرف عشرة أيام من إحرازه على قوة اتصال القضاء. ويسلم في نفس الأجل لكل دائن محاص وكذلك إلى المدين فيما إذا بقي جزء من الثمن جدول محاصة ينفذ على صندوق الودائع ويشترط أن يكون ممضى من وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية.

وأنهى المشرع هذا الباب المشترك بحكم جزائي وهو أنّ كل من يدعي كذبا أنه دائن ويطلب حشره في زمرة الدائنين بقصد المساهمة في ترتيب أو توزيع أموال ويدلي تأييدا لزعمه بسندات ديون صورية أو ساقطة بغير مرور الزمان يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها بالفصل 291 من المجلة الجزائية أي من أجل جريمة التحيل في نهاية الأمر./ .

الفهرس

- القانون عدد 103 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 المتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية..... 5
- تقديم الطبعة الأولى..... 9
- الجزء التمهيدي: أحكام عامة..... 23
- الجزء الأول: في نظر المحاكم.. 137
- الباب الأول: في وصف الدعاوى 137
- الباب الثاني: في كيفية ضبط مرجع النظر ودرجة الحكم.. 147
- الباب الثالث: في مرجع النظر الترابي..... 155
- الباب الرابع: في مرجع النظر الحكمي..... 160
- القسم الأول: في مرجع نظر محكمة الناحية. 160
- القسم الثاني: في مرجع نظر المحكمة المحكمة الابتدائية.. 181
- القسم الثالث: في مرجع نظر المحاكم الاستئنافية..... 184
- القسم الرابع: في مرجع نظر محكمة التعقيب 189
- الجزء الثاني: في الإجراءات لدى حكام النواحي.. 195
- الباب الأول: في إجراءات رفع الدعوى وتقييدها 195
- الباب الثاني: في الدّعاوى الحوزية.. 203
- الباب الثالث: في الأمر بالدّفع. 212

الجزء الثالث: في الإجراءات لدى المحاكم الابتدائيّة..... 219

الباب الأول: في إجراءات رفع الدّعوى وتقييدها واستدعاء الخصوم 219

الباب الثاني: في جلسات التحضير... 231

الباب الثالث: في الأبحاث لدى القاضي المقرر.. 242

الباب الرابع: في شهادة الشهود..... 247

الباب الخامس: في الاختبار. 255

الباب السادس: في جلسة المرافعة والحكم..... 269

الجزء الرابع: في طرق الطعن..... 285

الباب الأول: في الاستئناف..... 285
القسم الأول: في كيفية رفع الاستئناف... 285
القسم الثاني: في إجراءات السير في الاستئناف.... 287
القسم الثالث: في أجل الاستئناف.... 297
القسم الرابع: في آثار الاستئناف 300
القسم الخامس: في الخصوم لدى الاستئناف 314
الباب الثاني: في التماس إعادة النظر..... 317
الباب الثالث: في الاعتراض..... 323
الباب الرابع: في التعقيب..... 335
القسم الأول: في نظر محكمة التعقيب..... 335
القسم الثاني: في الخصوم لدى محكمة التعقيب..... 346
القسم الثالث: في إجراءات التعقيب 348
الباب الخامس: في التعديل بين المحاكم 366
الباب السادس: في مؤاخذة الحكام..... 367
الجزء الخامس: في الوسائل الوقتيّة..... 377
الباب الأول: في القضاء المستعجل.... 377
الباب الثاني: في الأذون على المطالب. 390
الجزء السادس: في أحكام مشتركة بين المحاكم... 397
الباب الأول: في التداخل..... 397
الباب الثاني: في الدعاوى العارضة والفرعية والمقصود منها المعارضة.... 397
الباب الثالث: في اختبار الكتائب.. 428
الباب الرابع: في الزور..... 431
الباب الخامس: في معطلات النوازل... 437
الباب السادس: في التجريح في الحكام..... 449
الباب السابع: في دور النيابة العمومية..... 453
الباب الثامن: في إعطاء نسخ تنفيذية ومجردة من الأحكام وسقوط
العمل بالأحكام... 464

الجزء السابع: في التحكيم..... 474
الجزء الثامن: في وسائل التنفيذ..... 475
الباب الأول: أحكام عامة..... 478
الباب الثاني: في تنفيذ الأحكام الأجنبية 590
الباب الثالث: في العقل التحفظية..... 597
القسم الأول: في أحكام مشتركة بين جميع المكاسب باستثناء العقارات المسجلة 597
القسم الثاني: في أحكام خاصة بالعقارات المسجلة..... 616
الباب الرابع: في العقل التوقيفية. 622
القسم الأول: أحكام عامة.. 622
القسم الثاني: أحكام خاصة بعقلة وإحالة المبالغ التي بذمة الدولة
والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية 636
الباب الخامس: في عقلة وإحالة المبالغ الراجعة بعنوان أجر عن عمل أنجز
لفائدة مستأجر.. 642
القسم الأول: عقلة مختلف الأجور وإحالتها..... 642
االقسم الثاني: في عقلة مرتبات وأجور الموظفين والأعوان الإداريين من
مدنيين وعسكريين وإحالتها. 643
القسم الثالث: في صيغة الإحالة وإجراء العقلة التوقيفية..... 644
الباب السادس: في عقلة المنقولات وبيعها. 666
الباب السابع: في عقلة القيم المنقولة وحصص الشركاء وبيعها 698
الباب الثامن: في عقلة العقارات وبيعها 704
القسم الأول: أحكام مشتركة بين العقارات المسجلة وغير المسجلة 704
القسم الثاني: أحكام خاصة بالعقارات المسجلة... 739
القسم الثالث: أحكام خاصة بالعقارات غير المسجلة 744
الباب التاسع: في توزيع الأموال وترتيب درجات الدّائنين..... 749
القسم الأول: في توزيع الأموال. 749
القسم الثاني: في ترتيب درجات الدّائنين.. 756
القسم الثالث: أحكام مشتركة بين توزيع الأموال وترتيب درجات الدائنين.... 769

المغاربية لطباعة وإشهار الكتاب

22، نهج المقاولين – المنطقة الصناعية الشرقية – أريانة – تونس
الهاتف : 683 837 70 216+ – الفاكس : 975 838 70 216+