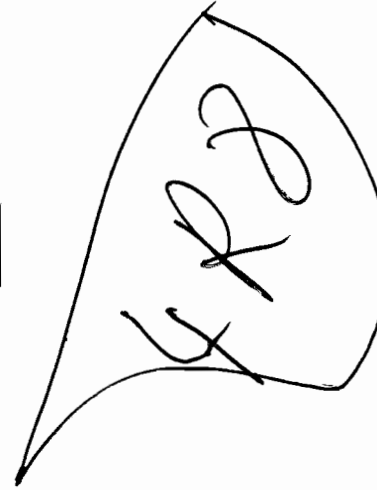


أصول

المرافعات المدنية والتجارية



التنظيم القضائي - اختصاص المناكم - نظرية الدعوى

نظرية النصوص المدنية - الأحكام القضائية

طرق الطعن في الأحكام - وقف تنفيذ الأحكام

حسين بن سليمة

المستشار بمحاكم الاستئناف

أحمد البندوبي

وكيل الرئيس الأول
لمحكمة التعقيب بتونس

المقدمة

إن مرفق القضاء يستمد شرعية وجوده من ضرورة استتباب الأمن والاستمرار في المجتمع وحماية الأملاك والحرية الفردية باعتبار أن القاعدة القانونية تتميز بكونها قاعدة ملزمة ولا يتوقف سريانها على إرادة الأشخاص الذين تنظم علاقتهم. ولقد جرت الأمور على أن يحترم الأشخاص القاعدة القانونية التي تنظم سلوكهم بطريقة اختيارية لاقتناعهم بها أو خشية التعرض للجزاء الذي تقرره، غير أن الأمور لا تجري بالضرورة وفق الصور التي ذكرناها وقد يحدث ما يحول دون تطبيق القاعدة القانونية وعندها تتدخل السلطة القضائية سواء بطلب من المعني بالأمر في المادة المدنية والتجارية أو من السلطة المخول لها تحريك الدعوى العمومية في المادة الجزائية.

ولذلك فإنه من الضروري بادئ ذي بدء تعريف قانون المرافعات المدنية⁽¹⁾ وتمييزه عن الإجراءات الجزائية أو الإدارية⁽²⁾ وتحديد محتواه⁽³⁾ وبيان خصائصه⁽⁴⁾ والوقوف عند مصادره⁽⁵⁾.

الفقرة الأولى - تعريف الإجراءات المدنية والتجارية :

إن الإجراءات المدنية والتجارية هي مجموعة القواعد القانونية المنظمة للقضاء المدني والتجاري والمبينة لوظيفته وكيفية أدائه لهذه الوظيفة. وإن أغلب الدول تستعمل مصطلح "الإجراءات المدنية والتجارية" للتدليل على القواعد المنظمة لسير الخصومة منذ رفع الدعوى⁽¹⁾ والحكم فيها وتنفيذه.

ولقد تم نقد هذه التسمية ضرورة أن الإجراءات تقيد الأشكال الخارجية للخصومة وذلك لـ يحول دون دراسة الخصومة كنظام قانوني، وبالإضافة إلى ذلك فإن الإجراءات المدنية والتجارية توجد في فروع أخرى من القانون باعتبار أن القانون المدني تعرض لشكليات إبرام العقود ومجل الأحوال الشخصية نظمت إجراءات الزواج والطلاق والوصية والهبه، والقانون التجاري نظم

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

عيد الباسط جميعي : "شرح قانون الإجراءات المدنية". القاهرة - 6691.

إجراءات تأسيس الشركات وبالتالي إن الاصطلاح المستعمل لم يأت على كل هذه القوانين بل اقتصر على بيان الإجراءات القضائية مما حدا ببعض الفقهاء مثل موريل على استعمال مصطلح "القانون القضائي" أما سوليس فاستعمل مصطلح "القانون القضائي الخاص".

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

الفقرة الثانية - تمييز الإجراءات المدنية عن الإجراءات الجزائية والإدارية :

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

* فالإجراءات الجزائية هي القواعد القانونية التي تضمن استعمال سلطة الدولة في العقاب وتكون مهمة القضاء الجزائي متمثلة أساسا في التثبت من اكتمال أركان الجريمة وتقدير العقوبة الملائمة للجاني أو مقترف الفعل الضار. وبذلك يبدو جليا أن الاختلاف بين القضاء المدني والقضاء الجزائي ينحصر في أمرين، أولهما من حيث الحقوق موضوع الحماية باعتبار أن القضاء الجزائي يهدف إلى حماية المصالح الموضوعية للمجتمع، في حين أن القضاء المدني يحفظ ويصون الحقوق الخاصة، وثانيهما من حيث الجزاء ضرورة أن القضاء الجزائي يسلط العقوبة الزاجرة على مرتكب الجرم المعاقب عنه قانونيا، في حين أن القضاء المدني يهدف إلى تعويض الضرر اللاحق بالفرد نتيجة سوء تنفيذ العقد أو ارتكاب خطأ مدني. وإن اختلاف الحقوق موضوع الحماية يؤدي إلى اختلاف الوسائل المستعملة والإجراءات الواجب اتباعها

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

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

ضرورة أن طلب التعويض لا يمارس إلا على أساس طلب من ذي المصلحة ويحكمه مبدأ حرية الأطراف في مباشرة الإجراءات في حين أن القضاء الجزائي فإنه يمارس على أساس طلب النيابة العمومية بسلطات واسعة.

* أما الإجراءات الإدارية فهي تتعلق وتهدف إلى حماية الحقوق العامة التي لا تدخل تحت طائلة القانون الجزائي، وكلما كانت الإدارة العامة طرفا في الدعوى، إلا أن هذين المعيارين غير كافيين لتمييز القضاء الإداري ضرورة أنه يحمي أيضا الحقوق الخاصة، كما أن المصالح والحقوق الخاصة يمكن أن تكون راجعة للإدارة العامة وموضوع حماية القانون المدني. وعلى كل فإن القضاء الإداري تتولاه المحكمة الإدارية التي لها ولاية الفصل في المنازعات الإدارية ودعاوى تجاوز السلطة وسنتطرق بإطناب إلى اختصاص المحكمة الإدارية عند التعرض لاختصاص المحاكم في فصل لاحق.

الفقرة الثالثة - محتوى قانون الإجراءات المدنية :

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

1 - النظام القضائي :

لا يمكن للشخص أن يسترجع حقه المسلوب بنفسه وهو ما اقتضاه الفصل 555 من المجلة المدنية عند ما نص على "أن التعدي على الشخص لا يكون وجها له في الإضرار بغيره" وطالما أقر المشرع هذا المبدأ فهو ملزم بتحديد السلطة المختصة لإرساء العدل بين الناس. ويكون بذلك أول ما يجب إصداره هو الأحكام المنظمة للمحاكم، تحديد شروط انتداب القضاة وترقيتهم وضمانات استقلاليتهم كما تتعلق هذه الأحكام بمساعدتي القضاء وهم المحامون الذين يتولون نيابة الخصوم باعتبار أن إنابة المحامي وجوبية عملا بأحكام الفصل 68 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والعدول المنفذون الذين يتولون تبليغ الاستدعاءات وتنفيذ الأحكام وكتاب المحاكم الذين

يتولون تحرير محاضر الجلسات والخبراء العدليون الذين يتولون التوجه على العين ودراسة المشاكل الفنية واقتراح الحلول الملائمة والمترجمون المحلفون الذين يتولون تعريب الوثائق المحررة بلغات أجنبية باعتبار أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية والواجبة الاستعمال أمام المحاكم ضرورة أن الفصل الأول من الدستور اقتضى أن اللغة العربية هي لغة البلاد التونسية.

2 - الاختصاص :

انه من غير الكافي القول بان السلطة القضائية هي المختصة لفصل النزاعات بين المتنازعين بل لابد أيضا من تحديد اختصاص كل محكمة وطبيعة الدعوى الراجعة لها بالنظر. وهذه الأحكام تنقسم إلى قسمين أولهما المتعلق بالاختصاص الحكمي باعتبار وجود محاكم مختصة بالنظر في النزاعات المدنية والتجارية وأخرى يرجع لها النظر في النزاعات ذات الصيغة المهنية أو التسجيل العقاري. كما أن طبيعة الدعوى وقيمتها أو قيمة الطلب فيها أو المعيارين معا يمكن من معرفة المحكمة المختصة اختصاصا حكما.

وبعد معرفة المحكمة المختصة حكما لا بد من معرفة المحكمة المختصة ترايا بالاعتماد على قواعد تتضمن المعايير الواجبة الاتباع ويمكن أن تكون هذه المعايير مثل مقر المطلوب أو مكان وجود العقار أو المقر الرئيسي للشركة أو مكان فتح التركة.

3 - القواعد المنظمة لسير الخصومة :

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

4 - طرق الطعن :

إن العمل القضائي عمل إنساني وعرضة للخطأ والمشرع واع بهذا الإشكال فأقر إمكانية الطعن لمن لم يرض بالحكم من الخصوم في أجل معين. ولقد أقر المشرع التونسي إمكانية الطعن

في الحكم بطريق الطعن العادي وهو الاستئناف الذي له مفعول تعليلي وانتقالي أو بطرق الطعن غير العادية وهي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب.

الفقرة الرابعة - خصائص الإجراءات المدنية والتجارية :

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

1- الميزة الشكلية في قانون المرافعات المدنية :

إن الإجراءات تخضع لقاعدة أساسية هي احترام الشكل المحدد من المشرع ويجب أن يتقيد القيام بالإجراء وفق الطريقة التي حددها المشرع باعتبار أن الشكلية المحددة مقررة لصحة العمل لإثباته ولذلك إذا كان العمل معيبا شكلا لا يجوز تكملة النقص عن طريق الإثبات ولا يحل محله اتباع الشكل القانوني شهادة الشهود أو حتى الإقرار⁽¹⁾ وبالإضافة إلى ضرورة التبليغ بواسطة عدد منفذ فإن المشرع أوجب القيام بالعمل الإجرائي في مكان معين أو في زمن معين أو في أجل معين

* مكان العمل الإجرائي :

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

* زمن العمل الإجرائي :

لقد حدد المشرع زمن العمل الإجرائي ومثل ذلك ما اقتضاه الفصل 141 من م.م.ت. الذي نص

(1) الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب القرار الصادر في 13 أبريل 1995 تحت عدد 27728 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1994-1995 ص. 34.

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

على أنه "إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية لمتد الأجل إلى اليوم الموالي لانتهاء العطلة" وبالتالي لا يمكن للتبليغ أو لتنفيذ أيام العطل الرسمية وإذا ما تم العمل الإجرائي في ذلك الوقت يكون باطلاً.

* آجال القيام بالعمل الإجرائي :

لقد حدد المشرع آجالاً للطعن ومثال ذلك أن أجل الطعن بالاستئناف عشرون يوماً من تاريخ الإعلام بالحكم وبالتالي إذا كان اليوم الذي تم فيه العمل لا يدخل في الحساب في حين أن اليوم الأخير يحسب عملاً بأحكام الفصل 140 من المجلة المدنية، وعليه إذا تم الطعن خارج الأجل يقضى بسقوط الطعن.⁽¹⁾

2- الصبغة الآمرة لقواعد الإجراءات :

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

* عدم جواز الاتفاق على قواعد الإجراءات المتعلقة بالنظام العام :

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

* التطبيق الفوري لقواعد الإجراءات :

إن القواعد الإجرائية شأنها شأن بقية القواعد القانونية لها أثر فوري حال بداية نفاذها⁽²⁾ أي

(1) القرار التعقيبي عدد 9272 الصادر في 23/1/1973 ن.م.ت. لعام 1973 ج. 2 ص. 56.

(2) ROUBIER Paul : "Le droit transitoire" - Paris 1960 - p. 57.

أنها تكون منطبقة على الأعمال والوقائع القانونية التي تنشأ بعد نفاذ القاعدة الجديدة التي لا يكون لها أثر رجعي ولا تنطبق على الأعمال والحقوق المكتملة في ظل القانون القديم، غير أن ذلك لا ينفي الصعوبات الخاصة بالقواعد الإجرائية الراجعة لطبيعة الخصومة التي تمتد على فترة زمنية ويمكن أن يصدر قانون جديد قبل الفصل فيها، وعلى كل فإن حدث صدور قانون جديد معدل لبعض القواعد الإجرائية فإن الأمر لا يخلو من ثلاثة احتمالات.

- الاحتمال الأول المتعلق بخصومة سابقة للقانون الجديد :

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

- الاحتمال الثاني المتعلق بخصومة مستقبلية :

إن الخصومات غير المنشورة وصدور قانون جديد فإنها تكون خاضعة له وفق البيانات التالية :

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

- أما بخصوص أدلة الإثبات فإنه من المتفق عليه أن القواعد التي تنظم كيفية تقديم أدلة الإثبات أمام القضاء فإن القانون الجديد هو المنطبق، غير أن الإشكال يحصل بالنسبة لقبول الدليل وقوته الثبوتية. ولقد ذهب البعض من فقهاء القانون إلى القول أن قبول الدليل يعتبر مسألة إجرائية ويجب أن تقبل وفق القانون المنطبق عند تقديمها للمحكمة، إلا أن هذا الموقف انتقد بشدة لأنه يؤدي إلى الإضرار بحقوق الخصوم⁽¹⁾ ضرورة أنه يمكن أن يجيز القانون إثبات

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

واقعة معينة بكل الوسائل ويتصرف الأفراد على ذلك الأساس ثم يصدر قانون جديد يوجب الإثبات بالكتابة فإنه من غير المعقول أن يطالب هؤلاء بحجة كتابية لم يبرموا عند التعاقد ولذلك فإنه من الضروري التفريق بين حالتين :

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

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

- الاحتمال الثالث المتعلق بالدعوى المنشورة :

إن الاتجاهات الفقهية⁽¹⁾ السائدة تعتبر أن التشريع الجديد فوري التطبيق وبذلك تبقى الإجراءات التي تست قبل نفاذه خاضعة للتشريع القديم ويستند هذا الاتجاه إلى استقلالية كل إجراء ونتيجة لذلك فإن الدعوى التي تم القيام بها في ظل قانون معين وكانت إجراءاتها صحيحة تبقى كذلك ولو صدر قانون جديد يرتب شكلاً آخر لها، وما يصدق على إجراءات الدعوى يصدق على الطعون والأحكام وغيرها من الإجراءات التي يقام بها أثناء سير الدعوى، غير أن الأثر الفوري للقانون بالنسبة للخصومة يثير بعض الإشكالات التطبيقية بالنسبة للمحاور الأتية :

* اختصاص المحكمة :

إن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى معينة يجب أن لا تتغير بموجب قانون جديد طالما تم تعهدها ضرورة أن الاختصاص يتحدد زمن رفع الدعوى، غير أن هذا الرأي الذي يتفق مع المبادئ القانونية لقي معارضة من الفقه⁽²⁾ وتبعه فقه القضاء واستقر موقف محكمة التعقيب على اعتبار أن التعديل الجديد الذي يعدل قواعد الاختصاص يسرى فوراً على الدعوى المنشورة⁽³⁾ تحقيقاً لهدف المشرع من التعديل وأن هذا الاتجاه هو الذي انتهجه المشرع التونسي فتراه كلما يحدث

(1) عبد الرزاق السنهوري : "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" - ج. 2 ص. 24.

(2) ROUBIER : "Le droit trasitoire", 1960 p. 553.

(3) سوليس وبيرو : "الإجراءات المدنية والتجارية" - ج. 1 ص. 23.

تعديلاً على قانون الإجراءات يقرر فصولاً تنظم إحالة الدعاوى القائمة إلى المحكمة التي أصبحت مختصة بها ومثال ذلك القانون المنقح لاختصاص قاضي الناحية الذي أصبح ينظر في الدعوى إلى حدود سبعة آلاف دينار بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994.

* طرق الطعن في الأحكام :

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

* مواعيد الإجراءات :

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

الفقرة الخامسة - مصادر قواعد الإجراءات المدنية :

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

(1) روبيي : المرجع السابق ص. 564.

(2) القرار عدد 438 المؤرخ في 15 فيفري 1970 - محكمة النقض المصرية المذكور بقواعد المرافعات في

التشريع المصري - الدكتور عبد الوهاب العشماوي. المطبعة الجديدة - القاهرة - ص. 64.

1 - مجلة المرافعات المدنية والتجارية :

إن أهم الإصلاحات التي قام بها المشرع التونسي بعد الاستقلال هو توحيد القضاء ومن نتائجه أن صدرت مجلة تنظم الإجراءات المدنية والتجارية وذلك بتاريخ 5 أكتوبر 1959 بموجب القانون عدد 130 لسنة 1959 وبمقارنة هذه المجلة بالمجلة السابقة الصادرة خلال عام 1910 يتضح أن المشرع أعاد القاضي إلى مهمته الأصلية وأسند دورا هاما للمحامي الذي يتولى إعداد ملف الدعوى ويحرر كتابيا مستنداتها وكذلك لعدل التنفيذ الذي يتولى إبلاغ الاستدعاءات وتنفيذ الأحكام وعلى هذا الأساس تم تنظيم مهنة المحاماة بالقانون المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 تحت عدد 87 وتنظيم مهنة العدول المنفذين بموجب القانون عدد 29 المؤرخ في 13 مارس 1995.

كما انتهج المشرع النجاعة والسرعة في التقاضي ضرورة أن استئناف الأحكام الاستعجالية لا يعطل تنفيذها وكذلك تعقيب الأحكام النهائية، وبالإضافة إلى ذلك تضمنت المجلة أن ترك الخصومة لمدة تفوق الثلاث سنوات موجب للحكم بسقوطها عملا بأحكام الفصل 244 من م.م.ت. وكذلك من الجائز الحكم بالتنفيذ الوقي رغم استئناف الحكم الابتدائي عملا بأحكام الفصلين 125 و 126 من نفس المجلة.

وإن المشرع جاد في الأخذ بتطور القوانين وإدخال التعديلات كلما اقتضى الأمر ذلك ونذكر على سبيل المثال التعديل المدخل على مؤسسة الأمر بالدفع خلال 1973 وكذلك تعديل الفصلين 39 و 40 من المجلة في مناسبتين الأولى في 3 أبريل 1980 و 1 سبتمبر 1986 ثم إحداث المحكمة التجارية والترفع في اختصاص قاضي الناحية إلى سبعة آلاف دينار بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 والقانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995.

2 - التشريعات المكملة لقانون الإجراءات المدنية :

إن ما يعاب على المشرع أنه لم يجعل قواعد الإجراءات وسير الدعاوى والطعن في الأحكام في مجلة واحدة بل إنك تجد هذه الأحكام مبعثرة في العديد من المجلات والقوانين، وسنحاول إيرادها بكل اقتضاب ضرورة أنه من الصعوبة بمكان جمعها وإننا ندعو اللجنة المتعہدة بالنظر في مجلة المرافعات المدنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الملاحظة وتصدر مجلة شاملة

ومنقسمة إلى قسمين أولهما قسم عام يتعلق بالقضايا المدنية والتجارية وقسم خاص يتعلق بالنزاعات الشغلية ودعاوى الأحوال الشخصية والهيئات المهنية والتحكيم.

وهذه القوانين هي :

- * مجلة التحكيم الصادرة بموجب القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 والمتضمنة لإجراءات الطعن بالإبطال في القرار التحكيمي الداخلي أو الدولي والمحكمة المختصة بالنظر في هذا الطعن وآجاله وكيفية إكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية.
- * مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 والمتضمنة لتحديد الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية وطرق إكساء الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية وطرق الطعن في أحكام الإكساء والحصانة القضائية.
- * مجلة الأحوال الشخصية الصادرة بتاريخ 20 مارس 1956 والمتضمنة لإجراءات القيام بدعوى الطلاق والمحكمة المختصة وطرق الطعن في الأحكام وآجال الطعن.
- * مجلة الشغل المتضمنة سير وتنظيم مجالس العرف والأحكام الصادرة عنها وكيفية الطعن فيها.
- * قانون الأكرية التجارية المؤرخ في 25 ماي 1977 والمتضمن كيفية طلب تعديل الأكرية التجارية والأحكام الصادرة عن قاضي الملك التجاري وطرق الطعن فيها وآجال الطعن.
- * قانون المحاماة الصادر بموجب القانون عدد 87 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 والمتعلق بتنظيم مهنة المحاماة والقرارات الصادرة عن هيئة المحامين وكيفية الطعن فيها أمام محكمة الاستئناف وأجل الطعن في القرارات سواء كانت قرارات مهنية تأديبية أو ترسيم محام أو تسعيرة لأجرة المحامي.

لقد استعرضنا عددا قليلا من القوانين المبعثرة والمتضمنة لإجراءات القيام ببعض الدعاوى وطرق الطعن في الأحكام والمحكمة المختصة، ولم نقم بذلك لجمع كل القوانين بل للفت نظر المشرع إلى أن هذه القوانين مكانها الطبيعي بمجلة المرافعات المدنية ضرورة أنها تتعلق باختصاص المحاكم وبطرق الطعن في الأحكام وآجالها ولذلك فإنه من المحبذ كما سبق وأن أسلفنا أن تجمع كل هذه القوانين بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وترد في باب خاص عنوانه

"الأحكام الخاصة ببعض الدعاوى" وذلك بعد التعرض للأحكام العامة في الباب الأول.

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

الجزء الأول - التنظيم القضائي واختصاص المحاكم :

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

البلاد التونسية وقام المستعمر بمراجعة هيكلية شملت النظام القضائي وتم اعتماد نظام مطابق للنظام الفرنسي وحتى عند استقلال البلاد وصدر مجلة المرافعات المدنية والتجارية فإن هذا المبدأ تم تبنيه واتخذ كاختيار لا رجعة فيه ضرورة أن مجلة المرافعات المدنية والتجارية تضمنت بابا كاملا خصص للطعن بالاستئناف وحددت كيفية رفعه وشروطه وآثاره وبذلك أقر مبدأ التقاضي على درجتين وأصبح من المبادئ المسلم بها والمميزة لنظامنا القضائي.

الفقرة الثانية - الاستئناف تكريس لمبدأ التقاضي على درجتين :

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

أ - شروط الطعن بالاستئناف :

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

1) الشرط المتعلق بطبيعة الحكم المطعون فيه :

لا يمكن الطعن في الحكم إلا إذا كان ابتدائي الدرجة وسواء كان صادرا عن محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية، غير أن كل الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية هي ابتدائية الدرجة وقابلة للاستئناف عملا بأحكام الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، أما بخصوص الأحكام الصادرة عن محكمة الناحية فهي كذلك جميعها ابتدائية الدرجة منذ تعديل الفصل 39 بموجب القانون المؤرخ في 22 ماي 1994 م.

القسم الأول - التنظيم القضائي :

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

الفصل الأول - المبادئ الأساسية للنظام القضائي :

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

المبحث الأول - مبدأ التقاضي على درجتين :

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

الفقرة الأولى - الجذور التاريخية لمبدأ التقاضي على درجتين :

لقد اتسم نظام التقاضي إلى صدور عهد الأمان بمؤسسة القاضي الفردي الذي لا تخضع أحكامه لأي طريقة من طرق الطعن إلا أنه وبصدور دستور عهد الأمان خلال عام 1861 تم إقرار تنظيم هرمي بداية من المجالس الضبطية ووصولاً إلى المجلس الأكبر عبر مجالس الجنائيات والأحكام العرفية والمحاكم التجارية وبذلك برز لأول مرة في تاريخ تونس مبدأ خضوع أحكام الهياكل السفلى إلى مراقبة الهياكل العليا، غير أن هذه التجربة لم تعمر طويلا واستعمرت

(2) الشرط المتعلق بالأجل :

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

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

ب - آثار الاستئناف :

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

ج - الأثر الانتقالي :

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

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

كما أن تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين يظهر ويبرز جليا بصفة عملية وذلك بأن لا يخول حق الطعن بالاستئناف إلا لمن كان طرفا في القضية سواء كان طالبا أو مطلوبا أو متدخلًا عملا بأحكام الفصل 152 من م.م.ت.

د - الأثر التعليقي :

إن الطعن في الحكم يوقف تنفيذه إلى صدور القرار الاستئنافي بالنقض أو التعديل أو الإقرار وأساس هذا الأثر هو ضمان فصل النزاع بكل استقلالية دون حصول وضع مادي جديد يؤثر على قرار المحكمة، وعلاوة على ذلك فإنه بإمكان محكمة الدرجة الثانية إلغاء الحكم الابتدائي كليا ولا بد أن لا يحصل التنفيذ حتى يؤخذ القرار بصفة نهائية وهو ما أقره واقتضاه الفصل 146 من م.م.ت. عندما نص أن "استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها إلا فيما استثناءه القانون" إلا أن هذا المبدأ وككل المبادئ يعرف بعض الاستثناءات ومنها ما خول لرئيس محكمة الاستئناف في الإذن بتوقيف الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية وبقية الاستثناءات تتعلق بالأحكام الاستعجالية أو الأحكام المأذون بتنفيذها وقتيا وتدرج ضمن الحالات المذكورة المتصلة بمادة الأحوال الشخصية والمقررة بالفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية الذي اقتضى أنه "تحكم المحكمة ابتدائيا في الطلاق وجميع ما يتعلق به وتحدد بالحكم مبلغ الجراية التي تستحقها المفارقة بعد انقضاء العدة، وتبت في الوسائل المتأكدة التي كانت موضوع القرار الصادر عن القاضي الصلحي وتنفذ رغما عن الاستئناف والتعقيب أجزاء الحكم المتعلقة بالحضانة والنفقة والجراية والسكنى وحق الزيارة".

المبحث الثاني - مبدأ استقلالية القضاء :

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

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

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

الفقرة الأولى - استقلال القضاء من الوجهة القانونية :

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

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

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

الفقرة الثانية - مظاهر استقلالية القضاء :

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

أ - المظهر الموضوعي لاستقلال القضاء :

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

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

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

ب - الالتزام بعلوية الدستور :

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

إن الفقه والقضاء مستقران في الولايات المتحدة الأمريكية على اعتبار أنه من حق المحاكم أن تبحث في دستورية القانون المطلوب تطبيقه شريطة أن يكون تعرضها له نتيجة دفع تقدم به أحد الخصوم⁽¹⁾ على أنه إذا تبين للمحكمة عدم الدستورية فإنها لا تطبقه دون القضاء بالغائه ضرورة أن ذلك الحق مخول لمحكمة اتحادية عليا يرجع لها الاختصاص بالنظر في دستورية القوانين وإبطالها عند الإقتضاء. أما في فرنسا فإن محكمة التعقيب رافضة أن تتولى المحاكم مراقبة دستورية القانون في حين أن الفقهاء ومنهم "هوريو وبرتلي" قد أكدوا أن المحاكم ليست في حاجة لنص دستوري خاص لمراقبة دستورية القانون وأنها تملك هذا الحق بموجب المبادئ العامة للقانون التي تقتضي أن تحترم القاعدة السفلى أعلى الهرم ألا وهو الدستور ويذهب هؤلاء الفقهاء إلى أكثر من ذلك معتبرين أنه حتى في صورة وجود سلطة عليا لبحث دستورية القوانين وإبطال ما ليس دستوريا منها فإن ذلك لا يمنع المحاكم من المراقبة ضرورة أن السلطة العليا لا تعدو أن تكون هيئة سياسية تجمع في يدها أعظم سلطة في الدولة، وقد يدفعها هذا السلطان إلى تجاوز كل الضمانات التي كفلها الدستور علاوة على صعوبة وضع نظام يضمن حسن اختيار أعضاء هذه الهيئة واستقلالهم.

أما في بقية البلدان فلقد أقر التشريع أو القضاء حق المحاكم في بحث دستورية القوانين ومن ذلك الدستور النمساوي الصادر في 1920 والذي قضى بإنشاء محكمة دستورية عليا جعل من اختصاصها إلغاء القوانين المخالفة لأحكام الدستور وكذلك الدستور السويسري الصادر في 1884 والذي نص صراحة على حق المحاكم الاتحادية في نظر دستورية القوانين.⁽²⁾

أما في تونس، حيث خلا التشريع من نص صريح يبيح للمحاكم هذا الحق فقد اختلف الفقه في حق المحاكم في بحث دستورية القوانين فذهب جانب من الفقهاء إلى أنه ليس للمحاكم حق في الرقابة على دستورية القوانين واعتبروا أن في ذلك تدخلا من القضاء في السلطة التشريعية⁽³⁾ بينما جانب آخر يؤكد على ضرورة إقرار حق المحاكم في بحث دستورية القانون معتبرين أن مبدأ الشرعية الذي يقضي بأن الأصل في احترام ما يصدر عن السلطة التشريعية أن يكون شرعيا ومطابقا للدستور، فإذا

هي خرجت عنه فقد عملها ما ينبغي له من احترام، وعلى أساس من أن رقابة دستورية القوانين هي من طبيعة العمل القضائي وأن القواعد الدستورية سموها على سائر القوانين الأخرى.⁽¹⁾

ولقد ترددت المحاكم التونسية أول الأمر في التعرض لهذه المسألة وبدا ذلك واضحا من قضاء محكمة التعقيب التي عرضت لها الفرصة لتقول كلمتها في أكثر من مناسبة ومع ذلك تغاضت عن الأمر حتي أصدرت أخيرا حكما كشفت فيه رأيها الرافض لمراقبة دستورية القوانين، ذلك أن أول تعرض صريح لهذا الإشكال بدأ في الحكم الذي أصدرته محكمة القيروان الابتدائية وقررت فيه صراحة أنه إذا ما تعارض نص في القانون العادي مع نص في الدستور فواجب القاضي يفرض عليه ترجيح النص الدستوري على النص العادي وانتهت في حكمها إلى أن للمحاكم مطلق الحرية في بحث دستورية القانون المطلوب تطبيقه وإذا ثبت لديها مخالفته للدستور فلها أن تمتنع عن تطبيقه.⁽²⁾

ولقد تأيد هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بسوسة إلا أن هذا القرار، عندما عرض على محكمة التعقيب كان مصيره النقض بصفة صريحة وتضمنت إحدى الحثيات "أنه ليس للمحاكم أن تخوض في صميم أعمال المشرع فتراقبه في سلطة سن القوانين وأن عمل القاضي ينحصر في تطبيق القانون دون البحث عن مطابقته للدستور ضرورة أن هذا الدور خارج عن اختصاصه".⁽³⁾ ويبدو أن المشرع قد تجاوز هذا الإشكال بإقرار مجلس دستوري يتولى مراقبة مطابقة القوانين للدستور قبل عرضها على مجلس النواب للمصادقة. وأن الرأي الراجح هو ثبوت حق المحاكم في البحث في دستورية القوانين ضرورة أن الأخذ بهذا الرأي أصون لحقوق الأفراد عندما يخرج المشرع عن نصوص الدستور بتشريع عادي، على أنه يحسن أن تقتصر سلطة المحكمة على التحقق من توافر الشروط الشكلية في القانون من حيث إقرار السلطة التشريعية وتصديق السلطة العليا عليه ومن حيث شرط عدم الإخلال بنص صريح في الدستور، أما البحث في مخالفته لروح

(1) الأستاذ محمد الشرفي : "مدخل لدراسة القانون".

(2) الأستاذ رافع بن عاشور : "مراقبة دستورية القانون" - مجلة القانون التونسية 1988 - القرار الصادر في 11 أبريل 1988 - محكمة الاستئناف بسوسة.

(3) قرار تعقيبي صادر في 1 جوان 1988 - نشرية محكمة التعقيب 1988 - ص. 180.

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

(2) الدكتور السيد صبري : "مبادئ القانون الدستوري"، - القاهرة - ص. 612.

(3) عبد الفتاح عمر : "القانون الدستوري التونسي".

الدستور أو المبادئ الأساسية فإنه خارج عن مهمة القاضي ضرورة أنه من الصعب وجود ضابط دقيق للحد من سلطة القاضي في هذا الشأن بما يتعارض تماماً مع نظرية فصل السلطات.⁽¹⁾

المبحث الثالث - مبدأ المواجهة :

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

- على القاضي سماع الطرفين ضرورة أنه بغير ذلك لا يمكنه معرفة الحقيقة ولتحقيق هذا الهدف يكفي تمكين الخصوم من إبداء دفاعهم وذلك بإعلام المطلوب بالطلبات المقدمة في عريضة افتتاح الدعوى فإن عدل عن الجواب فإن المحكمة لا تتوقف عن مواصلة النظر في القضية طبق أوراقيها. وهذا الحق واجب الاحترام أمام أي محكمة سواء كان أمام محكمة من الدرجة الأولى أو عند الطعن في الحكم الابتدائي أو النهائي. أما في حالات الأمر بالدفع التي يقرر فيها القاضي دون سماع الطرف المقابل فإن المشرع خول الطعن بالاستئناف فيها بعد الإعلام بالقرار طبق القانون وبالتالي يحترم مبدأ المواجهة أمام محكمة الاستئناف. وهذا الحق يجب احترامه من الناحية الشكلية وكذلك في جوهره بأن يمكن الخصم بالفعل من عرض دفاعه كاملاً. وكل حكم يخل بمبدأ المواجهة يكون عرضة للنقض والإرجاع لمحكمة البداية لإعادة النظر من جديد حتى لا يحرّم الطرف من درجة من الدرجات التقاضي عملاً بأحكام الفصل 149 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

- من حق كل طرف أن يبلغ بالأوراق التي يقدمها الطرف الآخر للمحكمة وليس لها أن تستند إلى ما يقدم إليها دون اطلاع الخصم الآخر عليه وتمكينه من إبداء ملحوظاته.

- ليس للقاضي أن يقضي بعلمه وعليه ملازمة الحياد والاعتماد على ما يقدمه الخصوم من مؤيدات وما يبدونه من ملحوظات.

(1) محمد عبدالله محمد : تعليق على القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 12 ماي 1948 -

المبحث الرابع - علانية الجلسات :

لقد أقر المشرع علانية الجلسات كمبدأ أساسي من مبادئ النظام القضائي ليكفل إشراف المواطن على سير العدالة مما يبعث في القضاة الشعور بواجبهم في تمحيص الحق وتوخي العدل عند الفصل في النزاعات ولتتبن للأفراد ما يجري في الخصومات وما يترتب عليها ليتفادوا الوقوع فيها. والعلانية تتناول جميع إجراءات المرافعة والبحث والنطق بالأحكام ليكون إشراف المواطن كاملاً والعناية بالنزاع متاملة كل جوانبه وليمكن انتزاع الحقيقة من الشهود حسب ما يؤخذ من هذه الفصول 76، 81 و117 من م.م.ت.

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

المبحث الخامس - مجانية التقاضي :

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

ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب أن تكون العدالة بدون مقابل وأن يكون قيام الدولة بها واجباً ولا تتقاضى عليه أجراً وسندهم في ذلك أن السلطة القضائية لم تقم للمصلحة الخاصة فحسب بل كذلك لفائدة الدولة حتى يستتب الأمن والاستقرار والاستمرار ضرورة أن القائم بدعوى لا يدافع عن حقوقه فقط بل كذلك عن حقوق المجموعة باعتبار أن الفصل في قضية على وجه معين يحمل

لخصومات وإغراق المحاكم بدعاوى كيدية أو غير جدية أو خالية من أي أساس أو دليل.

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

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

فصل الثاني - أصناف المحاكم :

إن مرفق القضاء ما انفك يتطور من فترة إلى أخرى نظرا لتطور البلاد من الناحية اقتصادية والاجتماعية وتعد الإجراءات لبروز فنيات حديثة وجديدة مما جعل المشرع يدخل ملة من التغيرات الجزئية على التنظيم القضائي ومراجعة هيكلته وتعزيزه بعدد من المحاكم لتركيز على تخصص القضاة وإعادة توزيع الاختصاص كاستحداث المحكمة التجارية، بالإضافة إلى ذلك وبجانب القضاء العادي (المبحث الأول) ظهر قضاء مختص اهتم بالنزاعات ي لها طبيعة خاصة وتستدعي اختصاصا معينا ويتوجه إلى فئات معينة (المبحث الثاني).

مبحث الأول - القضاء العادي :

إن محاكم القضاء العادي لها ولاية عامة للنظر في جميع الدعاوى إلا ما خرج عنها بنص ص ورجع نظره لهيئات قضائية أخرى، غير أن التطور المتزايد في مختلف الميادين العلمية الاقتصادية كان له أثر على الجانب الاجتماعي مما جعل المعاملات تتطور ويكبر حجمها وبرزت عية بل قل نوعيات حديثة من النزاعات تتصل بأمور علمية أو فنية دقيقة غير معروفة من القاضي

المتخصص في المادة القانونية ولذلك بدأ التركيز على التخصص لسرعة وحسن فصل النزاعات وهو منهج توخته جل البلدان المتقدمة، ولذلك تم إحداث إلى جانب المحاكم ذات الاختصاص العام (الفقرة الأولى) محاكم متخصصة لا تنظر إلا في نوعية من النزاعات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى - المحاكم ذات الاختصاص العام :

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

1 - محاكم الدرجة الأولى :

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

أ - محكمة الناحية :

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

(1) القاضي محمد صالح بن حسين : "محكمة الناحية" - محاضرة غير منشورة أقيمت بالمعهد الأعلى للقضاء

للخصومات وإغراق المحاكم بدعاوى كيدية أو غير جدية أو خالية من أي أساس أو دليل.

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

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

الفصل الثاني - أصناف المحاكم :

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

المبحث الأول - القضاء العادي :

إن محاكم القضاء العادي لها ولاية عامة للنظر في جميع الدعاوى إلا ما خرج عنها بنص خاص ورجع نظره لهيئات قضائية أخرى، غير أن التطور المتزايد في مختلف الميادين العلمية والاقتصادية كان له أثر على الجانب الاجتماعي مما جعل المعاملات تتطور ويكبر حجمها وبرزت نوعية بل قل نوعيات حديثة من النزاعات تنصل بأمور علمية أو فنية دقيقة غير معروفة من القاضي

المتخصص في المادة القانونية ولذلك بدأ التركيز على التخصص لسرعة وحسن فصل النزاعات وهو منهج توخته جل البلدان المتقدمة، ولذلك تم إحداث إلى جانب المحاكم ذات الاختصاص العام (الفقرة الأولى) محاكم متخصصة لا تنظر إلا في نوعية من النزاعات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى - المحاكم ذات الاختصاص العام :

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

1 - محاكم الدرجة الأولى :

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

أ - محكمة الناحية :

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

(1) القاضي محمد صالح بن حسين : "محكمة الناحية" - محاضرة غير منشورة أقيمت بالمعهد الأعلى للقضاء

- الاختصاص المطلق لقاضي الناحية :

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

* قضايا النفقة :

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

* الدعاوى الحوزية :

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

* مادة التبني :

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

(1) أصناف محاكم النواحي :

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

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

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

(2) اختصاص حاكم الناحية :

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

- الاختصاص العادي لقاضي الناحية :

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

(1) القاضي الباشا بجار : "الاختصاص القضائي لمحاكم الناحية في المادة المدنية" - مجلة القضاء والتشريع -

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

* مادة فواجع الشغل :

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

* الأوامر بالدفع والأذن على العرائض :

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

(3) مميزات إجراءات التقاضي أمام حاكم الناحية :

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

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

(1) أحمد مسلم : "أصول المرافعات المدنية والتجارية" - ص. 28 - القاهرة.

ب - المحكمة الابتدائية ذات اختصاص شامل :

المحكمة الابتدائية هي محكمة من الدرجة الأولى ويسير دواليبها رئيس وهو قاض من الرتبة الثانية ويكون من الرتبة الثالثة إذا كانت المحكمة ممتازة أي كائنة بدائرة محكمة الاستئناف ويساعد مجموعة من القضاة يختلف عددهم باختلاف أهمية المحكمة وعدد دوائرها إلى جانب احتوائها على هيكل النيابة العمومية المتكون من وكيل الجمهورية ومساعد أول وجملة من المساعدين، كما تشمل على جهاز تحقيق متكون من قاضي تحقيق أول من رتبة الاستئناف وقضاة تحقيق من الرتبة الأولى. وهذه المحكمة منحها المشرع ولاية حكمية وشاملة ومطلقة عملا بأحكام الفصل 40 م.م.م.ت. الذي نص أن "المحكمة الابتدائية تختص بالنظر في جميع الدعاوى عدا الذي خسر عنها بنص خاص" وبذلك قد خصها المشرع بمرجع نظر متميز غير أن تركيبها تكون ثلاثية في بعض الدعاوى وفردية في غيرها.

(1) اختصاص المحكمة بتركيبها الثلاثية :

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

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

أما بخصوص الاختصاص الاستئنافي فلقد حدده كذلك الفصل 40 الذي نص أن المحكمة الابتدائية تختص بالنظر استئنافيا في الأحكام الصادرة عن محاكم النواحي وعن مجالس المحاكم التابعة لدوائرها وكذلك قرارات حاكم النقائيم المطعون فيها بالاستئناف والأحكام الصادرة عن المنح العائلية، هذا الاختصاص مقرر للمحكمة الابتدائية بتونس فقط دون بقية المحاكم الابتدائية

أ - تركيبة محكمة الاستئناف :

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

ب - اختصاص محكمة الاستئناف :

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

1) اختصاص المحكمة بتركيبها الثلاثية :

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

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

2) اختصاص المحكمة بتركيبة منفردة :

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

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

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

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

2 - محاكم الدرجة الثانية :

لقد سبق أن قلنا إن التقاضي على درجتين هو من المبادئ الأساسية التي تبنها المشروع التونسي وتبعاً لذلك تم إحداث عدة محاكم من الدرجة الثانية بلغ عددها عشرة وهي تونس وسوسة وصفاقس والمنستير والكاف وقفصة ومدنين وقابس ونابل وبنزرت وتنتظر هذه المحاكم في الأحكام الابتدائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية الموجودة في دائرة اختصاص كل واحدة وستنولى النظر في تركيبة المحكمة واختصاصها.

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني" - دار النهضة العربية 1971 - ص. 152.

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

(1) القاضي الطبيب اللومي : "محكمة الاستئناف" - محاضرة أقيمت بالمعهد الأعلى للقضاء خلال عام 1997.

وكما تنظر محكمة الاستئناف في القرارات التأديبية وغيرها من القرارات الصادرة عن هيئات المهن الحرة مثل الهيئة الوطنية للمحامين وهيئة الصيادلة وهيئة الأطباء والمهندسين المعماريين وغيرها حسب القوانين الخاصة بتلك الهيئات التي من بينها : - أمر عدد 541 لسنة 1989 المتعلق بضبط قواعد تنظيم وسير هيئة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية (الفصل 26 منه)، - قانون عدد 55 لسنة 1973 المؤرخ في 1973/8/3 المتعلق بتنظيم مهنة الصيادلة والمنقح بالقانون عدد 75 لسنة 1992 المؤرخ في 1992/8/3 (راجع الفصلين 70 و 71).

(2) الاختصاص الفردي لرئيس المحكمة :

لقد عهد المشرع لرئيس محكمة الاستئناف إصدار الأذن بإيقاف تنفيذ الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية وكذلك صلاحية إكساء الحكم الابتدائي بالتنفيذ الوقتي في صورة عدم إقرار ذلك من محكمة البداية رغم شروطه طبق الفصلين 127 و 146 من م.م.ت.

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

3 - محكمة القانون :

إن محكمة التعقيب هي محكمة القانون باعتبارها تراقب حسن تطبيق القانون وتعمل على توحيد فهمه وليست درجة ثالثة من درجات التقاضي.

وإن أول تسمية لها هي "لجنة التمييز" المحدثه بالأمر العلي المؤرخ في 24 ديسمبر 1910 للنظر في الطعون المقدمة في الأحكام الاستئنافية ثم أصبحت تسمى "لجنة القضايا" بموجب الأمر المؤرخ في 26 أبريل 1921 وأخيرا وإثر استقلال البلاد أصبحت تسميتها "محكمة التعقيب"

بموجب الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 الذي حدد تركيبها ومهامها.⁽¹⁾

أ - تركيبة محكمة التعقيب :

إن محكمة التعقيب مكونة من رئيس أول ومجموعة من رؤساء الدوائر ومن المستشارين وهي مشكلة من دوائر مدنية وتجارية وجناحية ودائرة التعقيب العسكرية ويمثل الادعاء العمومي لديها الوكيل العام لدى محكمة التعقيب وعدد من المساعدين. وتنتصب محكمة التعقيب للقضاء بتركيبة ثلاثية تتكون من رئيس دائرة وعضوية مستشارين إلا أنه وفي حالات مخصوصة تلتئم محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة المتركة من الرئيس الأول ورؤساء الدوائر وأقدم مستشار من كل دائرة مع حضور وكيل الدولة العام وجلسات هذه المحكمة ليست عمومية غير أنه بإمكان المحامي طلب المرافعة شفاهيا أمام الدائرة المتعده إن طلب ذلك كتابة عملا بأحكام الفصل 88 من م.م.ت.

ب - وظيفة محكمة التعقيب :

لمحكمة التعقيب وظائف عادية بوصفها محكمة قانون، غير أن المشرع بموجب تنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية الحاصل في 1 سبتمبر 1986 ادخل وظيفتين جديدتين وهما وظيفتان استثنائيتان.

(1) الوظائف العادية لمحكمة التعقيب :

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

- مراقبة حسن تطبيق القانون :

كل متقاض بامكانه الطعن بالتعقيب في القرار الاستئنافي الذي خرق القانون بتأويله أو مناقضا لمدلوله أو لمقصد المشرع وذلك في أجل 20 يوما من إعلامه بالحكم⁽²⁾ وإذا تراءى للمح ان المطاعن في طريقها فهي تنقض الحكم وتحيله إلى محكمة الاستئناف لإعادة النظر فيه من جديد

(1) الهادي مزاح : "تطورات حول محكمة التعقيب" - مجلة القضاء والتشريع - 1959.

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

- يجب أن يكون الطعن الثاني مؤسسا على سبب جديد غير السبب الذي ارتكز عليه الطعن الأول لأنه لو كان الطعن الثاني مؤسسا على نفس السبب لأصبح النظر في الطعن الثاني من أنظار الدوائر المجتمعة وجوبا.
- لا يمكن لمحكمة التعقيب أن تتناول أصل النزاع إلا إذا قررت النقض سواء لأسباب واقعية أو قانونية وإن يكون النزاع مهينا للفصل أي أن الأمر لا يستدعي سماع بينة أو تعيين خبير.

ب) التعقيب على التعقيب من أجل خطابين :

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

* الشروط الموضوعية :

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

* الشروط الشكلية :

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

بهينة أخرى وتراجع عن الغلط الذي وقعت فيه، أما إذا أصرت على موقفها وأعيد الطعن بالتعقيب لنفس السبب فإن المحكمة تلثم بدوائرها المجتمعة وتكون محكمة الاستئناف ملزمة على تبني قرار محكمة التعقيب دفعا للتطبيق المتباين والمختلف من محكمة إلى أخرى للقاعدة القانونية. كما أن الوكيل العام بإمكانه التعقيب في الأحكام النهائية التي لم يطعن فيها الأطراف وذلك لمصلحة القانون عملا بأحكام الفصل 180 من م.م.ت. إلا أن هذا الطعن لا يمس مصلحة الأطراف في القضية.

- توحيد فقه القضاء :

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

2) الوظائف الاستثنائية :

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

أ) التصدي للموضوع والحكم في الأصل من إحدى دوائر محكمة التعقيب :

لقد اقتضى الفصل 176 من م.م.ت. أنه بإمكان دائرة من دوائر محكمة التعقيب ان تتصدى للموضوع وتحكم في الأصل إذا توفرت الشروط التالية :

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

الفقرة الثانية - المحاكم المتخصصة :

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

أ - المحاكم الفردية المتخصصة :

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

1 - حاكم المنح العائلية :

إن حاكم المنح العائلية هو قاض منفرد يعينه رئيس المحكمة الابتدائية بتونس ويتولى النظر في النزاعات المتعلقة بالاشتراكات في صندوق المنح العائلية المقررة بموجب القانون المؤرخ في 11 أبريل 1958 والنزاعات الناشئة عن المنافع الاجتماعية بموجب القانون المؤرخ في 14 ديسمبر 1960 المتعلق بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والحيطة الاجتماعية.

2 - حاكم التقادير :

إن قاضي التقادير ولئن كان منفرداً فهو يعمل في إطار المحكمة الابتدائية وراجع لها بالنظر وهو ينظر في مطالب تعيين المتقدمين على فاقد الأهلية سواء كانوا قصراً لعدم بلوغ السن القانونية أو لفقدان المدارك العقلية أو اختلالها ويقوم كذلك بمراقبة أعمال هؤلاء المتقدمين ويرجع له الإذن بعمليات التقويت بالنسبة للأموال المراجعة لعديمي الأهلية أو لسحب الأموال من البنوك

والمودعة لفائدة القصر المذكورين.⁽¹⁾

3 - قاضي السجل التجاري :

إن القانون عدد 44 لسنة 1995 والمؤرخ في 2 ماي 1995 والمتعلق بالسجل التجاري قد أحدث قاضي السجل التجاري وجعله قاضياً منفرداً ومنحه صلاحيات إدارية وقضائية تتمثل في مراقبة أعمال كتابة المحكمة الماسكة للسجل التجاري والإذن⁽²⁾ مؤقتاً بالتسجيل مع إعفاء الشخص من تقديم وثيقة بصفة مؤقتة أو نهائية.⁽³⁾ كما يختص قاضي السجل التجاري بالنظر في بطلان الترسيمات الوجوبية الناتجة عن معلومات تبين عدم صحتها.

4 - قاضي الأسرة :

في إطار تنقيح بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 أحدث قاضي الأسرة من رتبة مستشار بمحكمة الاستئناف وعهد له القيام بإجراء جلسة صلحية مع الفرقاء للوصول إلى إقناعهم عن العدول عما قرروه حفظاً لمصلحة العائلة والأبناء وله في كل الأحوال اتخاذ التدابير الوقائية المتعلقة بسكنى الزوجة وحضانة الأبناء ونفقتهم وله أن يسعى شخصياً لمعرفة مقرات المعنيين بالأمر واستدعائهم لحضور الجلسات تفادياً لصدور حكم في مسألة هامة وخطيرة كالطلاق في غياب أحد أطرافه، علماً بأنه حصلت مأس عائلية في ظل القانون القديم وهدمت عائلات بوسائل مناقضة لمبدأ المواجهة الذي أرساه المشرع كمبدأ أساسي للنظام القضائي.⁽⁴⁾

5 - قاضي الأطفال :

لقد صدرت مجلة حماية الطفل وأحدثت قاضي الأطفال الذي هو من الرتبة الثانية ويوجد بكل محكمة ابتدائية وعهد له النظر في المخالفات والجنح المرتكبة من قبل الأطفال الذين تتراوح

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

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

(3) الفصل 29 من القانون السابق الذكر.

(4) عبد الستار الخويلدي : "الخصائص والتوجهات الإجرائية في القوانين التونسية"، مجلة القضاء والتشريع

عدد 4 - شهر أبريل 1997.

2 - المحكمة التجارية :

ان انخراط الجمهورية التونسية في المنظمة العالمية للتجارة استدعى الشروع في التأهيل الاقتصادي للدخول في اقتصاد السوق الحر وليكون القضاء مساهما في هذا التمشي تم إحداث نظام قضائي متخصص في المادة التجارية يأخذ بعين الاعتبار مصلحة التجار ويحافظ في الوقت نفسه على الهيكلية لنظامنا القضائي ضرورة أنه ليس بإمكان إدخال تغيير هيكلي يربك ما اعتنناه وما تعونناه باعتبار ان التقاضي مخزون حضاري ومبادئ أساسية كرسها الدستور ولا مجال للتفريط فيها.⁽¹⁾

والقضاء التجاري الواقع إحداثه بموجب الأمر عدد 427 لسنة 1996 المؤرخ في 11 مارس 1996 تمثل في إحداث ثمانية محاكم متخصصة يقصر نظرها على الدعاوى التي موضوعها عمل تجاري وهذه المحاكم موجودة بالمحاكم الابتدائية بتونس - سوسة - صفاقس - الكاف - المنستير - قابس - قفصة - مدين - نابل وبنزرت، وتجدر الملاحظة أن المشرع التونسي لم يستعمل كلمة "محكمة تجارية" بل اكتفى بإيراد مصطلح الدائرة التجارية وذلك للمحافظة على المفهوم المتداول وجعل النزاع في نطاق محاكم الحق العام،⁽²⁾ إلا أن الأمر خلاف ذلك ضرورة أن هذه الدائرة خصها المشرع بالنظر في الدعاوى التجارية ولها اختصاص حكمي يهم النظام العام ضرورة أن القيام لدى الدائرة المدنية بقضية موضوعها حل شركة تجارية يجعل الدائرة ترفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي. وللتدليل على ذلك، لا بد من معرفة أنه جرى عمل المحاكم على تخصيص دائرة تجارية بمقتضى توزيع إداري مما جعل الدوائر المدنية تحيل على هذه الدائرة الدعاوى التجارية باعتبار أن المحكمة الابتدائية وحدة لا تتجزأ، غير أنه بعد إحداث المحاكم التجارية أصبحت هذه المحاكم تتعهد بالدعاوى مباشرة بعد أن يقع ترسيمها في دفتر المحاكم التجارية، وبذلك لقد بات من الثابت أن الدائرة التجارية رغم تسميتها كذلك فإنها لا تنتمي بأكمل مقومات المحكمة المستقلة وسوف نتعرض لتركيبها واختصاصها.

(1) القاضي الطبيب اللومي : "القضاء التجاري في تونس" - مجلة القضاء والتشريع لشهر جويلية 1996.

(2) الطبيب اللومي - المرجع السابق.

أعمارهم بين ثلاثة عشر وثمانية عشر عاما ويصدر أحكامه بعد أخذ رأي عضوين مختصين بشؤون الطفولة ويتوليان إيداء الرأي كتابيا.

وإن دوره لا يقتصر على إصدار الأحكام بل كذلك الإشراف على تنفيذها ومراجعة الأحكام إن توفرت شروط ذلك ضرورة أن الهدف المرجو بلوغه هو استئصال أسباب الانحراف لدى الطفل وتحديد العلاج المناسب والكفيل بتقويمه وإعادةه إلى حضيرة المجتمع حتى يكون مواطنا صالحا يعرف حقوقه ويؤدي واجباته عن اقتناع ومن تلقاء نفسه.

ب - المحاكم المتخصصة ذات التركيبة الجماعية :

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

1 - مجلس العرف :

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

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

(أ) تركيبة المحكمة التجارية :

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

وعلى كل تكون تركيبة المحكمة أما ثلاثية أو خماسية :

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

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

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

(ب) اختصاص المحكمة التجارية :

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

والإنصاف (2).

(1) النظر طبق القواعد القانونية :

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

(2) النظر طبق قواعد العدل والإنصاف :

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

ويستخلص من هذا الفصل أن المشرع تبنى التحكيم القضائي⁽¹⁾ ضرورة أن الأطراف يمكنهم طلب الحكم وفق قواعد العدل والإنصاف وهو إقرار من المشرع على جواز أعمال القواعد العامة للقانون الطبيعي التي لا تعترف بقبود القاعدة القانونية ولا بسقوط الحق بمرور الزمن لأن الحق قديم والضرر يزال، وهو توجه جديد يبرز مدى خصوصية هذه المحاكم

(1) القاضي حسين بن سليمه : "التحكيم القضائي" - أعمال ملتقى التحكم والعولمة ص. 77.

القاضي الحبيب الشريف : "القاضي والمحكم" - أعمال ملتقى التحكيم والعولمة ص. 55.

الخاضعة لنظام تميز بالبساطة وعدم التعقيد كل ذلك تحقيقاً للسرعة والنجاعة التي تتطلبها المعاملات التجارية ضرورة أن الأحكام الصادرة على أساس العدل والإنصاف غير خاضعة للاستئناف ولا تقبل الطعن إلا بالتعقيب والحقيقة أن بعض فقهاء القانون يرون أن هذا الحكم إذا ما قسناه بالقرار التحكيمي فإنه لا يخضع إلا للطعن بالإبطال⁽¹⁾ ضرورة أن التعقيب ليس الطعن المناسب لمثل هذه الحالة باعتبار أن محكمة التعقيب تمارس رقابة قانونية على الأحكام بينما القضاء طبق قواعد العدل والإنصاف يستبعد تطبيق القانون.

المبحث الثاني - المحاكم المختصة :

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

وبذلك فإن مصطلح "المحكمة المختصة" يخالف عن لفظ "المحكمة المتخصصة" ضرورة أن هذه الأخيرة تابعة للمحكمة الابتدائية واختصت للنظر في نزاعات معينة كالنزاعات التجارية أو الشغلية واكتسب القضاء العاملون بها تخصصاً معيناً داخلها في فروع القانون الخاص أو القانون المدني، في حين أن المحكمة المختصة خصها المشرع باختصاص معين واستثنائي يوجب معرفة فنية. ولسوف نتطرق لكل محكمة في فقرة مستقلة مع عدم التطرق للمحاكم الاستثنائية كمحكمة أمن الدولة المحدثة بالقانون عدد 17 المؤرخ في 2 جويلية 1968 والواقع إلغاؤها سنة 1987 لتتأقفاً مع المبادئ الدستورية وإخلالها بمبدأ المساواة أمام القانون.

الفقرة الأولى - المحكمة العقارية :

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

1 - تركيبة المحكمة العقارية :

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

ولسوف نتطرق إلى وظائف القضاة بهذه المحكمة وتحديد اختصاصها.

أ - وظائف رئيس المحكمة العقارية :

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

ب - وظائف وكلاء الرئيس :

إن وكيل الرئيس هو قاض من الرتبة الثانية ويترأس دائرة بالمحكمة المركزية تتولى الحكم بالتسجيل في المطالب العادية أو مطالب التسجيل الإجباري عندما تكون موضوع معارض

(1) الأستاذ نور الدين الغزواني : "التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية" - تونس 1996 ص. 344.

الفصل 311 من م.ح.ع. بمقتضى القانون عدد 15 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 باعتبار أن الترقية كانت خماسية قبل التعديل كما أنه بالنسبة لمطالب التسجيل الإجباري بموجب المرسوم المؤرخ في 21 فيفري 1964 تختص المحكمة العقارية بتسجيلها وجوبا إما بقرار فردي يصدره رئيس لجنة المسح الإجباري في صورة عدم وجود معارضات، أما عند وجود معارضة فإن المحكمة بتركيباتها الثلاثية هي التي ثبتت في القضية.

ب - البت في الطعون في قرارات إدارة الملكية العقارية ولجان تحيين الرسوم المجددة :

اقتضى الفصل 388 من م.ح.ع. أن القرارات الصادرة عن إدارة الملكية العقارية سواء برفض مطلب ترسيم العملية العقارية أو ترسيمها قابلة للطعن أمام المحكمة العقارية ممن رفض طلبه ومن صدر ضده مطلب الترسيم وتتولى المحكمة العقارية بتركيباتها الثلاثية النظر في الطعن ولها أن ترفضه وتقر القرار أو تقبله شكلا وأصلا وتلغي القرار وتأذن بالتشطيب على الترسيم. وهذا التمشي جدير بالمساندة لأن المحكمة العقارية هي المحكمة المختصة في التعامل مع السجل العقاري لما لقضاتها من تجربة وحكمة.

في هذا المجال علاوة على الطبيعة القضائية لأحكامها خلافا لما يراه بعض الفقهاء ضرورة أن اختصاص المحكمة العقارية للنظر في صحة العقود من عدمها وهي لا تقضي بالإبطال إلا أنها ترتب الأثر القانوني الواجب الترتيب ولا تعتمد العقد الباطل دون التصريح ببطلانه باعتبار أن الفسخ والبطلان راجع بالنظر للمحكمة الابتدائية.

كما تنظر المحكمة العقارية في الطعون في القرارات الصادرة عن لجان تحيين الرسوم المجددة المحدثة بمقتضى القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أفريل 1992 ضرورة أن من رفضت مطلبه لجنة التحيين أو صدر ضده القرار يمكنه التظلم أمام المحكمة العقارية بتركيباتها الثلاثية ولها أن تلغي القرار إن كان مخالفا للقانون أو تقرر، كل ذلك، بالإضافة إلى إمكانية تعهد المحكمة العقارية مباشرة من طرف المعني بالأمر ضرورة أن الفصل 13 من القانون المذكور سلفا خول للمحكمة تجاوز الصعوبات الحائلة دون الترسيم والإذن بتخليص الرسوم العقارية من الجمود، والرسم المجدد هو ذلك الرسم العقاري الذي أصبحت حالته الواقعية

ضرورة أن المطالب الخالية من المعارضات يتم تسجيلها بقرار فردي بعد انقضاء أجل المعارضات إثر إعلان عن ختم أعمال البحث والتحجير بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبالجراند اليومية.

ج - وظائف القاضي المقرر :

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

2 - اختصاص المحكمة العقارية :

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

أ - البت في مطالب التسجيل :

إن النظر في مطالب التسجيل العادية هو اختصاص ممنوح للمحكمة العقارية بموجب الفصل 310 م.ح.ع. الذي خول لكل صاحب حق عيني عقاري على عقار سواء كان أرضا بيضاء أو مباني طلب تسجيله. وإثر القيام بالتحديد من قبل أحد أعوان ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط والأبحاث من طرف القاضي المقرر تلتم المحكمة بتركيباتها الثلاثية بعد تنقيح

(1) Laroussi ZQUIR : Op. Cité p. 21.

مخالفة بوجه كلي أو جزئي لحالته القانونية المضمنة بالسجل العقاري بإدارة الملكية العقارية.⁽¹⁾

ج - البت في مطالب المراجعة :

إن مراجعة الأحكام العقارية هي وسيلة مستحدثة حولها الفصل 332 من م.ح.ع. لأول مرة منذ ظهور التسجيل العقاري بتونس وذلك بالطعن في الأحكام الصادرة عن المحكمة العقارية حسب حالات حددها المشرع على وجه الحصر. ويقدم المطلب لرئيس المحكمة العقارية الذي يقرر مدى وجاهته، فإن كان كذلك فهو يحيله على الدوائر المجتمعة بالمحكمة العقارية والمكونة من الرئيس الأول أو الوكيل الأول وأربعة رؤساء دوائر برتبة مستشار وبعد إجراء الأبحاث اللازمة تصدر المحكمة حكمها إما برفض المطلب وإقرار الحكم المطعون فيه أو بقبوله وتعديل الحكم جزئياً أو إلغائه كلياً والقضاء من جديد للمالك الحقيقي.

إن الانتقاد الوحيد الذي يمكن توجيهه لهذه الطريقة الحديثة من طرق الطعن ذات الطبيعة القانونية المزوجة بين التماس إعادة النظر والخطأ البين هو تمكين رئيس المحكمة العقارية من أخذ القرار فردياً وتقرير إحالة المطلب أو عدم إحالته للدوائر المجتمعة ثم إن أحاله فهو المترأس للجلسة وبوصفه أكبر القضاة وأكثرهم أقدمية فإن بقية الأعضاء سيتأثرون بموقفه ولذلك فالأجدر أن يتم تعهيد الدوائر المجتمعة مباشرة من الطاعن أي أنه حال تقديم المطلب تتولى الكتابة ترسيمه بالفتر العام وتحيله للدائرة بعد خلاص المعاليم القانونية وتحديد تاريخ الجلسة وبذلك يكون الحكم أكثر مصداقية لصدوره عن خمس قضاة لهم من الأقدمية ما لا يقل عن عشر سنوات ونكون بذلك قد أنصفنا كل الطاعنين باعتبار أن للقرارات الفردية يكون فيها نوع من الصبغة الشخصية حسب قناعات الفرد وتأويله لقاعدة قانونية معينة وإن التركيبة الجماعية هي أكبر ضمان للمقاضين وهو مقرر بكل التشريع.

الفقرة الثانية - المحكمة الإدارية :

إن استقلال أحدثت المحاكم الدستورية المتمثلة في دائرة المحاسبات التي تتولي مراقبة تصرف مختلف السلط الإدارية في الميدان المالي ودائرة الزجر المالي المختصة بزجر

(1) لطيب اللومي : "المحكمة العقارية من خلال القانون عدد 15 لسنة 1995"، مجلة القضاء والتشريع لشهر أفريل 1995.

المخالفات المالية، كما نص الدستور على أن المحكمة الإدارية هي إحدى الهيئتين التي يتألف منها مجلس الدولة.

ولقد تم إحداث المحكمة الإدارية بموجب القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 وحدد اختصاصها بالنظر في النزاعات المتعلقة بالإدارة وأبقى مسألة التعويض من اختصاص المحاكم المدنية ابتدائياً وفق الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 في حين أن دعاوى تجاوز السلطة هي من الاختصاص المطلق للمحكمة غير أنه وفي إطار الإصلاح التشريعي تمت إعادة تنظيم القضاء الإداري بمقتضى القوانين عدد 38 و39 و40 لسنة 1996 المؤرخة في جوان 1996 وأقرت الازدواجية القضائية المتمثلة في إرساء هيكلين قضائيين مستقلين مدني وإداري، وفي نطاق تأكيد هذا الاختيار صدرت القوانين المذكورة سلفاً مؤكدة لاستقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي وجعله مساوياً له وذلك بإحداث محكمة التنازع ولسوف نتطرق للتنظيم الهيكلي للمحكمة الإدارية (1) ثم للاختصاص الوظيفي لمجلس تنازع الاختصاص (2).

1 - التنظيم الهيكلي للمحكمة الإدارية :

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

أ - الدوائر الابتدائية :

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

ب - الدوائر الاستئنافية :

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

ج - الدوائر التعقيبية :

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

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

2 - مجلس تنازع الاختصاص :

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

(1) غازي الغريزي: "القانون عدد 39 المؤرخ في 3 جوان 1996 مبرراته وإضافاته". محاضرة أقيمت بالملتقى الخاص بإصلاح القضاء الإداري.

أ - تركيبة مجلس التنازع :

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

ب - اختصاص مجلس التنازع :

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

(1) التنازع الإيجابي :

اقتضى الفصل السابع من القانون المؤرخ في 3 جوان 1996 أنه عند الدفع بعدم اختصاص المحكمة العدلية المتعده بالنظر في قضية وتحديد الاختصاص للمحكمة الإدارية، في هذه الحال يكون لزاما على المحكمة المتعده إرجاء النظر في القضية وإحالة الملف على مجلس التنازع لتحديد المحكمة المختصة فإن كانت المحكمة المتعده فهي تواصل النظر وإلا فهي تحكم بعدم الاختصاص وعلى المعني بالأمر إن أراد مواصلة التقاضي القيام أمام المحكمة الإدارية.

(2) التنازع السلبي :

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

(3) الإحالة من محكمة التعقيب :

عند تعهد محكمة التعقيب أو المحكمة الإدارية بوصفها محكمة تعقيب بقضية ويطرح

النظر فيها إشكالا جديا حول الاختصاص الحكمي ولم يسبق البت فيه من طرف مجلس التنازع فإن المحكمة ملزمة بإحالة القضية على مجلس التنازع للبت فيه ويكون القرار ملزما للمحكمة التي عليها الحكم وفقه.

الفقرة الثالثة - المحكمة العسكرية :

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

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

1 - تركيبة المحكمة العسكرية :

اقتضى الفصل العاشر من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية أن المحكمة العسكرية تشمل على دوائر يضبط عددها بأمر وتكون واحدة منها جنائية وتتألف كل دائرة من رئيس وأربعة مستشارين وبيادر وظائف الادعاء العمومي وكيل الدولة لدى المحكمة العسكرية أو مساعده، بالإضافة إلى قضاة التحقيق والقضاة المقررين إلا أن رئاسة المحكمة العسكرية ورئاسة الدوائر التابعة لها تكون لقضاة من الرتبة الثالثة من القضاء العدلي.

وتركيبة المحكمة تختلف في زمن السلم عن تركيبها زمن الحرب :

- تركيبة المحكمة زمن السلم :

إن تركيبة المحكمة زمن السلم تكون على أساس مبدأ هام ألا وهو مراعاة رتبة المتهم ضرورة أن المستشارين الذين سينظرون في الدعوى يجب أن يكونوا أعلى رتبة من المتهم وسنسوق أمثلة على ذلك فإذا كان المتهم في رتبة أقل من ملازم فإن المستشارين يكون اثنان منهم برتبة ملازم والثالث برتبة ملازم أول والرابع برتبة نقيب. وإذا كان المتهم عقيدا يكون

المستشارون من رتبة بأقدمية تفوقه بالنسبة لاثنتين والآخران من الرتبة الأعلى مباشرة.⁽¹⁾ والإجراء الخاص بتركيبة المحكمة يهم النظام العام، وفي صورة عدم احترامه يكون الحكم مخالفا للقانون وموجبا للنقض لبطلان الإجراءات.

- تركيبة المحكمة زمن الحرب :

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

2 - اختصاص المحكمة العسكرية :

إن اختصاص المحكمة العسكرية يكون إما موضوعيا أو شخصيا.

- الاختصاص الموضوعي :

اقتضى الفصل الخامس من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية أن المحاكم العسكرية تختص بالنظر من حيث الموضوع في الجرائم المتعلقة بالحالات التالية :

- الجرائم العسكرية وهي التي عددها المشرع بالمجلة العسكرية وحدد عقوبتها.

- الجرائم المرتكبة في الثكنات والمعسكرات أو المؤسسات والأماكن المشغولة من طرف عسكريين لمصالح الجيش والقوى المسلحة، وهي تشمل المنشآت القارة أو المتنقلة كالبلوخر والطائرات.

- الجرائم المرتكبة ضد مصالح الجيش مباشرة كسرقة بضاعة تابعة للجيش.

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

- كما نص الفصل 22 من القانون عدد 70 لسنة 1982 المتعلق بالقانون الأساسي لقوات الأمن

(1) الحبيب تريمش : "دراسة تحليلية لمجلة المرافعات والعقوبات العسكرية" - ص. 38.

الداخلي على اختصاص المحكمة العسكرية للنظر في القضايا التي يكون أعوان الأمن الداخلي طرفاً فيها من أجل واقعة جددت في نطاق مباشرة العمل ولها مساس بأمن الدولة الداخلي أو بحفظ النظام بالطريق العام.

- الاختصاص الشخصي للمحكمة العسكرية :

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

- جميع الضباط على اختلاف رتبهم العاملون بالجيش الوطني أو المنتمون لقوة عسكرية مؤلفة بطريقة قانونية شريطة أن يكونوا بحالة مباشرة.
- طلبة المدارس الحربية وضباط الصف والجنود المنتمون إلى الجيش الوطني أو لقوة عسكرية مؤلفة بطريقة قانونية.
- الضباط المتقاعدون أو الاحتياطيون عندما تقع دعوتهم للعمل بالجيش أو القوات المسلحة.
- الأشخاص الذين يستخدمهم الجيش الوطني أو القوات المسلحة للقيام بعمل ما زمن الحرب أو في منطقة أعلنت فيها الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ.
- المدنيون الذين يعتدون على العسكريين مهما كان الاعتداء وفي صورة مشاركة عسكري لجمع من المدنيين في ارتكاب جريمة على الأشخاص أو على الأملاك وهو ما جرى به العمل وأيدته محكمة التعقيب في عديد من القرارات.

الفصل الثالث - القضاة ومساعدو القضاة :

إن الحماية القضائية تمارسها الدولة بموجب سلطتها القضائية بواسطة القضاة العاملين بالمحاكم العادية التي تم إنشاؤها خصيصاً لممارسة هذه الوظيفة. وقد عرفهم الفصل 12 من القانون الأساسي للقضاة أنهم القضاة الجالسون وأعضاء النيابة العمومية والقضاة التابعون لإطار الإدارة المركزية بوزارة العدل. إلا أنه لتأمين سير العدالة ولتسهيل مهمة القاضي لا بد من وجود عدة أشخاص، وهم ما اصطلح على تسميتهم بمساعدي القضاة ضرورة أن القاضي لا يستطيع

القيام بجميع الأعمال التي تستلزمها الدعوى من تصنيف ملفات وحفظ وثائق وإجراء الخبرة وتسليم نسخ تنفيذية من الأحكام. وبالإضافة إلى ذلك فإن أطراف الدعوى لا يستطيعون القيام بأنفسهم بالأعمال التي يتطلبها سير الدعوى ولا بد من الاستعانة ببعض الأشخاص من ذوي الاختصاص للقيام بهذه الأعمال بالنيابة عنهم لا لمصلحتهم فحسب بل ولمصلحة حسن سير القضاء، وهؤلاء الأعوان هم كتبة المحاكم والعدول المنفذون والمحامون والخبراء والمترجمون المحلفون وسوف نتطرق إلى القضاة في فقرة أولى ثم إلى مساعدي القضاة في فقرة ثانية.

المبحث الأول - القضاة :

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

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

الفقرة الأولى - الأحكام العامة المنطبقة على القضاة :

أ - شروط تعيين القضاة :

اقتضى الفصل العاشر من القانون الأساسي للقضاة المؤرخ في 14 جويلية 1967 أن القضاة تقع تسميتهم بأمر رئاسي باقتراح من المجلس الأعلى للقضاء. وينتدب القضاة عملاً بالفصل 29 من نفس القانون بعد تعديله في 2 أوت 1973 من حاملي الإجازة في الحقوق بطريق المناظرة بالشهادات أو بطريق المناظرة بالمواد ويحدد وزير العدل بقرار شروط المناظرة ونظامها وبرنامجه. وبصفة استثنائية يمكن انتداب قضاة بدون مناظرة من بين المحامين الذين قضوا عشر

المشرع المصري الذي أوجب أن لا تقل سن قاضي البداية عن الثلاثين وقاضي الاستئناف عن أربعين سنة وثلاث وأربعين سنة في محكمة التعقيب.⁽¹⁾

3- ما يتعلق بالأهلية المدنية وحسن السيرة :

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

ب - حقوق القضاة :

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

1- بالنسبة لترقية القضاة :

إن استقلالية القضاة تظهر في طريقة ترقيتهم في السلم الوظيفي ضرورة أنه لا دخل للسلطة التنفيذية أو التشريعية في تدرج القاضي وعهد إلى المجلس الأعلى للقضاء بتقرير ترقية القاضي أو عدم ترقيته إلا أن بعض التشايع جعلت الترقية آلية حسب أقدمية القاضي وهو ما انتهجه القانون الأساسي الفرنسي. أما من الناحية العملية فإن المجلس الأعلى للقضاء يتولى كل سنة إعداد ومراجعة جدول الكفاءة ثم جدول الترقية على ضوء أقدمية القاضي وخاصة على ضوء الأعداد الصناعية المسندة له في كل سنة، باعتبار أن رئيس محكمة الاستئناف يسند كل سنة الأعداد للقضاة الراجعين له بالنظر بعد استشارة المدعي العمومي بتلك المحكمة وأخذ رأي رئيس

سنوات على الأقل في ممارسة مهنة المحاماة أو من بين الأساتذة بكلية الحقوق أو المكلفين بالتدريس فيها، إلا أنه ومنذ إحداث المعهد الأعلى للقضاء الذي نص عليه القانون عدد 80 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985 ووقع إحداثه في 1 فيفري 1989 أصبح انتداب القضاة يقع عن طريق هذا المعهد بعد قضاء عامين من التكوين.

وعلى كل فإن كل من يعين قاضياً يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية :

1- ما يتعلق بالجنسية :

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

2- ما يتعلق بالسنة :

إن القاضي خاضع لقانونه الأساسي، وفي سكوت النص الخاص يقع الرجوع إلى قانون الوظيفة العمومية الذي اقتضى أن الموظف العمومي يجب أن لا يقل سنه عن اثنين وعشرين سنة عند الانتداب على الأقل وخمسة وثلاثين سنة على الأكثر ويجوز الوصول إلى الأربعين عندما يكون المعني بالأمر يعمل بمؤسسة عمومية أخرى. ولم يفرق القانون بين القضاة من حيث السن عند تولي المناصب القضائية ولم يحدد سناً معينة لقاضي الاستئناف أو التعقيب كما فعل

(1) غير أن الفقهاء يرون خلاف ذلك : الشيخ أحمد هريدي ص. 88 في مؤلفه عندما قال "إن المرأة رقيقة العاطفة مرهفة الحس سريعة التأثر وهذا من شأنه أن يدفعها في الكثير من الأحوال إلى الميل مع الهوى وتغليب دواعي العاطفة على مقتضى العقل والحكمة مهما سمت مكانتها وعلا مقامها وناهيك من نساء النبي صلى الله عليه وسلم وهن المثل الأعلى والقدوة الكريمة في كمال الخلق ورصانة العقل ووفرة الحكمة، والموقف الذي خضعن فيه لرغبات النفس ومطالب الحياة ونوازع الغير وغلبن دواعي العاطفة على مقتضى العقل والحكمة وأنزل الله في ذلك قرآناً خالداً ينطبق بالحكمة وفصل الخطاب".

أما الطبري فقد جوز قضاء المرأة مطلقاً لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية (معنى المحتاج ص. 375).

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

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

2 - بالنسبة لنقل القضاة :

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

3 - بالنسبة لتأديب القضاة :

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

ج - ضمانات حياد القاضي :

إن القاضي إنسان له عواطف ومشاعر ومصالح خاصة ولا يمكنه أن يكون مستقلا في عمله ومحايذا بين الخصوم إذا وضع في موقف محرج ولا بد أن يبتأثر فيه بهذه العواطف

والمصالح، ولذلك وضع المشرع بعض القواعد التي من شأنها حماية القاضي من التأثير بهذه الاعتبارات. وقد نظم القانون التونسي هذه القواعد بأن حرم على القاضي الاشتغال بأي عمل غير القضاء إلا إلقاء الدروس القانونية في كليات القانون والمعاهد بعد الترخيص من وزير العدل، حتى لا تنشأ له مصالح مادية أو أدبية وكذلك إبعاد القاضي عن الفصل في أية قضية من الواضح أنه لن يكون فيها محايدا.

1 - عدم الجمع بين القضاء ومزاولة وظائف أخرى :

لقد حصر المشرع على القاضي الجمع بين وظيفة القضاء وغيرها من الوظائف حتى لا يقع في حيرة الاختيار بين واجبه كقاض ومصلحته الشخصية أو السياسية.

ولتحقيق هذه الغاية لا يجوز له القيام بأي عمل بأجر أو بغير أجر ولا أن يكون نائبا في مجلس النواب ولا منخرطا في حزب سياسي ولا أن يكون في الوقت نفسه موظفا عموميا أو عاملا في القطاع الخاص، إلا أن وزير العدل يمكن أن يسمح للقاضي بصفة استثنائية بالتدريس في كلية الحقوق كمعين وقتي أو خارجي ولا يكون داخلا في الإطار الوظيفي لوزارة التعليم العالي، وكذلك أن يكون محكما عملا بأحكام الفصل العاشر من قانون التحكيم المؤرخ في 26 أبريل 1993.

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

2 - عدم اهلية النظر في بعض القضايا والتجريم في القاضي :

اقتضى الفصل 248 من م.م.ت. أنه على القاضي أن يتمتع عن النظر في القضية بصفة تلقائية كلما كان هناك سبب يخشى معه عدم ملازمة الحياد والموضوعية، كما حصر نفس الفصل على القضاة النظر في الدعاوى التي هم فيها خصوم أو لهم مشاركة مع أحد الخصوم أو الدعاوى

التي تكون فيها نساؤهم (أو رجالهن) طرفاً ولو بعد انقضاء العلاقة الزوجية أو كان أقاربهم إلى الدرجة الرابعة وأصهارهم طرفاً فيها.

إذا توفر أحد الأسباب المذكورة فإنه يمكن للقاضي أن ينتدئ تلقائياً عن النظر في الدعوى ويقدم تقريراً إلى رئيس المحكمة يطلب منه الإنذار بأنه عازم على التنحي التلقائي عن النظر في القضية لأسباب معينة ويأذن له بذلك ويعلم رئيس الدائرة بذلك.

أما إذا لم ينتج القاضي تلقائياً فإنه بإمكان أحد الخصوم التجريح فيه وذلك وقبل أن يقع الخوض في الأصل بتقديم مطلب لرئيس المحكمة الابتدائية يقدم فيه في نزاهة القاضي لسبب من الأسباب القانونية المعروفة. ويبادر رئيس المحكمة باستفسار القاضي عن الأمر ويمكنه استجواب صاحب المطلب عند الاقتضاء ثم يحضر تقريراً في الموضوع يحيله على المحكمة التي لها النظر في المطلب وإذا تبين وجاهة المطلب فإن المحكمة تقرر عدم مشاركة المجرع فيه للنظر في القضية ويعوض بقاض آخر. أما إذا كان المجرع فيه هو رئيس المحكمة بنفسه فإن المطلب يحال على أقدم قاض بالمحكمة فيتولى أعمال البحث والتحقيق ثم يحيل الملف على المحكمة للبت فيه.

د - مخاصمة القضاة :

إنه من الثابت أن كل خطأ أحدث لضرر يؤدي إلى مسؤولية فاعله الذي يلزم بجبر الضرر وذلك بتعويضه. وإذا طبقنا هذه القاعدة على القاضي لوجدناه عرضة لعدد من دعاوى التعويض المرفوعة ضده. ولوترك القاضي تحت تهديد هذه الدعاوى فلن يشعر بالاستقلال في الرأي عند قيامه بعمله وقد يؤدي ذلك إلى تعطيل مرفق القضاء.⁽¹⁾ إلا أنه لا يمكن رغم ذلك إعفاء القضاة من كل مسؤولية ضرورة أنه إذا كان خطأ القاضي يشكك في حياده فإنه من الضروري أن يكون للمتضرر دعوى مسؤولية ضد القاضي.⁽²⁾ ولقد وفقت جل التشريعات بين هذين الاعتبارين وأقرت قواعد خاصة لمسؤولية القضاة المدنية عن أعمالهم. وإن الهدف من هذه القواعد هو أن لا

تؤدي مسؤولية القاضي إلى التأثير على استقلاله وذلك بتحديد حالات مخاصمة القضاة أي أن لا يكون مسؤولاً عن كل خطأ بل لا بد من توفر شروط أخرى وكذلك رسم إجراءات خاصة لتقرير هذه المسؤولية.

1 - حالات المخاصمة :

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

- الغرر،
- الاحتيال،
- الارتشاء،

- وإذا توجهت عليه مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضرر مدنياً.

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

وإن صور الغرر والتدليس كثيرة ونذكر منها على سبيل المثال تعمد القاضي تغيير شهادة الشهود أو تعمد رئيس الدائرة التغيير في مسودة الحكم أو قيام القاضي بتحريف الوقائع أو المستندات عمداً لتحقيق مصلحة شخصية أو لمحاباة أحد الخصوم أو لتحيزه ضده أما الخطأ الجسيم فهو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فادح ما كان يرتكبه لو كان مهتماً بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً. ولقد عرفه فقه القضاء المصري بأنه "الخطأ الفاحش الذي يبلغ من جسامته أن يدل بذاته على الغش لو أن الحدود تدرأ بالشبهات فهو خطأ لا يعلوه في سلم الخطأ درجة ولا ينقصه ليصبح غشاً غير أن يقتصر بسوء النية".⁽²⁾

ويبدو أن المشرع قد كان يعني بالحالة الرابعة صورة الخطأ الفاحش ضرراً.

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

(2) استئناف المنصور بتاريخ 1978/2/2، مجلة إدارة قضايا الحكومة، عدد 21، ص.

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

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

التشريعات أقرت هذه الحالة وخاصة القانون الفرنسي الصادر خلال 1933 وكذلك القانون المصري في قانون المرافعات المدنية.

2- إجراءات المخاصمة :

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

3- آثار مؤاخذة الحاكم :

تختلف آثار المؤاخذة بحسب طبيعة القرار الذي تتخذه محكمة التعقيب.

- صورة رفض مطلب :

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

- حالة قبول المطلب :

إذا كان المطلب مؤسساً من الناحية القانونية والواقعية فإن المحكمة تقرر قبوله وينجر عن ذلك بطلان الأعمال التي قام بها القاضي المخطيء، كما يتحمل هذا الأخير الغرامات والمصاريف إلا أن الفصل 200 من م.م.م.ت. اقتضى أن الحكم الصادر لمصلحة الطرف

الآخر لا يحكم ببطلانه، وهذه النتيجة غير منطقية لأن الغاية من مؤاخذة القضاة والمتوقع من آثار قبول المطلب بطلان جميع ما قام به القاضي المخطيء من إجراءات وقرارات وأحكام ويجب إبطال الحكم الذي يفترض أنه يبنين على الغرر أو الاحتيال أو كان الارتشاء هو الدافع له، ومن الضروري أن يتلافى المشرع هذا الإجحاف حتى يساهم هذا الإجراء في إقرار العدل والمساواة بين المتقاضين. إلا أن هذا الرأي عارضه بعض الفقهاء⁽¹⁾ معتبرين أن تعويض الضرر اللاحق بالمتضرر كاف لإرجاع الحق لأصحابه ضرورة أن المخطيء سيؤدي ما قضى به الحكم. غير أننا نساند الرأي الأول ضرورة أن ما بني على باطل يكون باطلاً وأن الغش يفسد كل شيء⁽²⁾ عملاً بالمبادئ العامة للقانون وأن جل التشريعات انتهجت هذا الرأي ومنها المشرع المصري الذي نظم مخاصمة القضاة بالفصل 494 من قانون المرافعات واقتضى أنه عند قبول الدعوى تقضي المحكمة ببطلان الحكم ويمكنها الحكم من جديد في الدعوى الأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم وذلك بعد سماع أقوال الخصوم.⁽³⁾

الفقرة الثانية - النيابة العمومية ودورها :

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

وللنيابة سلطة الاتهام فهي التي تختص دون غيرها بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها

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

(2) La fraude corrompt tout.

(3) نبيل إسماعيل عمر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية" - الإسكندرية 1986 - ص. 138.

التشريعات أقرت هذه الحالة وخاصة القانون الفرنسي الصادر خلال 1933 وكذلك القانون المصري في قانون المرافعات المدنية.

2- إجراءات المخاصمة :

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

3- آثار مواخضة الحاكم :

تختلف آثار المواخضة بحسب طبيعة القرار الذي تتخذه محكمة التعقيب.

- صورة رفض المطلب :

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

- حالة قبول المطلب :

إذا كان المطلب مؤسسا من الناحية القانونية والواقعية فإن المحكمة تقرر قبوله وينجر عن ذلك بطلان الأعمال التي قام بها القاضي المخطيء، كما يتحمل هذا الأخير الغرامات والمصاريف إلا أن الفصل 200 من م.م.ت. اقتضى أن الحكم الصادر لمصلحة الطرف

الآخر لا يحكم ببطلانه، وهذه النتيجة غير منطقية لأن الغاية من مواخضة القضاة والمتوقع من آثار قبول المطلب بطلان جميع ما قام به القاضي المخطيء من إجراءات وقرارات وأحكام ويجب إبطال الحكم الذي يفترض أنه يبنى على الغرر أو الاحتيال أو كان الارتشاء هو الدافع له، ومن الضروري أن يتلافى المشرع هذا الإجحاف حتى يساهم هذا الإجراء في إقرار العدل والمساواة بين المتقاضين. إلا أن هذا الرأي عارضه بعض الفقهاء⁽¹⁾ معتبرين أن تعويض الضرر اللاحق بالمتضرر كاف لإرجاع الحق لأصحابه ضرورة أن المخطيء سيؤدي ما قضى به الحكم. غير أننا نساند الرأي الأول ضرورة أن ما بني على باطل يكون باطلاً وأن الغش يفسد كل شيء⁽²⁾ عملاً بالمبادئ العامة للقانون وأن جل التشريعات انتهجت هذا الرأي ومنها المشرع المصري الذي نظم مخاصمة القضاة بالفصل 494 من قانون المرافعات واقتضى أنه عند قبول الدعوى تقضي المحكمة ببطلان الحكم ويمكنها الحكم من جديد في الدعوى الأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم وذلك بعد سماع أقوال الخصوم.⁽³⁾

الفقرة الثانية - النيابة العمومية ودورها :

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

وللنيابة سلطة الاتهام فهي التي تختص دون غيرها بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها

(1) بشير زهرة : "مواخضة القضاة"، القضاء والتشريع عدد 9 لشهر نوفمبر 1992 ص. 7.

(2) La fraude corrompt tout.

(3) نبيل إسماعيل عسر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية" - الإسكندرية 1986 - ص. 138.

اقتضى الفصل 251 من م.م.ت. أنه "لممثل النيابة العمومية الحق في القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام".

ويفهم من الفقرة المذكورة أنه بإمكان النيابة العمومية الادعاء كطرف أصلي، أي أنه لا يمكنها انتهاج إلا هذه الطريقة ولا يمكن أن تكون مطلوبة، غير أن هذه التأويل وقف عند ظاهر الألفاظ، والمعلوم أن العبرة بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ، ضرورة أنه عند استعمال مصطلح "طرف أصلي" فإن ذلك يعني أن يكون الطرف إما طالباً أو مطلوباً في القضية علاوة على أن فقه القضاء لم يرفض أبداً الدعاوى الموجهة ضد النيابة العمومية خاصة في مادة الحالة المدنية كدعاوى إثبات النسب أو زواج أبرم قبل عام 1957 أو دعاوى إثبات جنسية أو نفيها من طرف المعنى بالأمر بنفسه.

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

إن وجود قضية منشورة بين طرفين متنازعين يخول للنياية العمومية للتدخل في هذه القضية إما اختياريًا أو وجوبيًا. وإن تدخلها في القضية يعد أقرب إلى مركز الحكم منه إلى مركز الخصم باعتبار أن النياية العمومية في كثير من الأحيان تطلب تطبيق القانون دون بيان موقفها بدقة وتفصيل أو تفويض النظر للمحكمة، وعلى كل حال فإنه ليس لربها تأثير كبير على " " " "

ضرورة أن المحكمة مهمتها تطبيق القانون. ولقد حدد الفصل 251 من م.م.م.ت. ألا يكون فيها تدخل النيابة اختياريا وحالات التدخل الوجوبية.

وتقوم أيضا بأعمال إدارية نص عليها قانون الإجراءات الجزائية، هذا الدور لا يهمنها في هذه الدراسة باعتبار أن الأمر يتعلق بالإجراءات المدنية وفي هذه المادة للنيابة دور فهي تشترك في بعض القضايا باعتبارها خصما أو طرفا أصليا، كما تشترك في بعض الحالات باعتبارها طرفا منضمما وقد يكون اشتراكها إجباريا أو اختياريا. وتعين تبعا لذلك التطرق لخصائص النيابة العمومية (أ) ووظائفها في القضايا المدنية (ب).

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

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

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

- الحالات الاختيارية لتدخل النيابة العمومية :

اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 251 من م.م.ت. على أن ممثل النيابة العمومية له الحق في حضور كل جلسة وأن يطلع على كل قضية يرى لزوم تدخله فيها. كما أن الفقرة الثالثة من نفس الفصل خولت للمحكمة طلب النيابة من إبداء رأيها إن رأت في ذلك فائدة. ويستنتج من الفقرتين أن تدخل النيابة العمومية أمر اختياري بدليل عدم استعمال صيغة الوجوب وترك الأمر لتقدير النيابة في التدخل من عدمه، كما ترك الأمر لاجتهاد المحكمة إن رأت فائدة من إدخال النيابة العمومية ومطالبتها بإبداء رأيها.

- الحالات الوجوبية لتدخل النيابة العمومية :

لقد أورد الفصل 251 من م.م.ت. الحالات التي تكون فيها المحكمة ملزمة بعرض ملف القضية على النيابة العمومية وعلى أن تفعل ذلك قبل ثلاثة أيام على الأقل قبل موعد الجلسة، وهذه الحالات هي خمس وهي :

- إذا تعلق الأمر بالدولة⁽¹⁾ أو بالهيئات العمومية سواء كانت طالبة أو مطلوبة أو متداخلة أو دخيلة.
 - إذا ما أثار المطلوب دفعا بعدم الاختصاص الحكمي باعتباره يهم النظام العام،⁽²⁾ علاوة على أن الأمر أصبح ضروريا بعد إحداث مجلس التنازع وعلى المحكمة أن تحيل الملف عليه لتحديد المحكمة المختصة في صورة تنازع سلبي أو ايجابي، ويكون دور النيابة بالضرورة طلب تطبيق القانون.
 - إذا شملت القضية شخصا عديم الأهلية أو كان من المفقودين.
 - إذا كان الموضوع متعلقا بالتجريح في الحكام أو بمواخذتهم.
 - إذا تعلق الأمر بمخالفة القانون الجزائي أو أثيرت دعوى في الزور.
- ويخلص من الحالات المذكورة أن النيابة تتدخل وجوبا لممارسة مشمولاتها التقديرية المنحصرة في حماية القصر وفاقدي الأهلية والمفقودين أو ضمان حقوق الدولة والمؤسسات العمومية باعتبار أن النيابة تعد ممثلا للسلطة التنفيذية.

ويجدر التساؤل عن الإخلال بهذا الدور وعن الجزاء الذي رتبته المشرع عن الإخلال بالواجب المحمول على النيابة العمومية أو المفروض على المحكمة في إطلاع النيابة على القضايا إن الفصل 251 من م.م.ت. لم يتضمن جوابا عن تساؤلنا ويكون من الضروري نقده موقف فقه القضاء الذي يبدو أنه غير مستقر على موقف معين ويمكن تلخيص اتجاهات موقف محكمة التعقيب في هذا الشأن في ثلاثة آراء.

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

كما أقرت أيضا أنه من واجب النيابة العمومية أن تتدخل في تلك الحالات وتقدم ملحوظ كتابة وهو ما اقتضاه القرار عدد 7751 الذي ورد بإحدى حيثياته أنه "إذا كان الموضوع يهمل قاصرا فعلى النيابة العمومية تقديم ملحوظاتها كتابة اعتبارا لمصلحة القاصر وهذا الإجراء يهمل النظام العام حسبما جاء بالفصل 251 من م.م.ت.". ⁽¹⁾

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

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

وأمام هذا التناقض في المواقف، كان على رئيس محكمة التعقيب دعوة الدوائر المجتمعة

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

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

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

(1) القرار التعقيبي عدد 14414 الصادر في 1987/1/27 - م.ق.ت. لعام 1989 ص. 59.

(2) القرار التعقيبي عدد 12841 الصادر في 1986/1/27 - ن.م.ت. لعام 86، ج. 1، ص. 87.

للاكتنام وإصدار موقف واضح يوحد عمل المحاكم وهو ما اقتضاه الفصل 193 من م.م.ت.

وفي غياب هذا التمشي فإننا نعتبر عرض الملف على النيابة العمومية لا يهيم النظام العام ولا تأثيره المحكمة من تلقاء نفسها ضرورة أن هذا الإجراء شرع لحماية القاصر أو المفقود ولقد حماه القانون بأن شرع وجوب تمثيله من قبل مقدم أو ولي فإن تخاذل أو قصر الممثل القانوني فهو الذي يتحمل المسؤولية، وبالإضافة إلى ذلك فإن النيابة العمومية غالبا ما تطلب تطبيق القانون والمحكمة بطبيعتها هيكل أو مؤسسة مطبقة للقانون. وهذا الموقف هو الذي انتهجه فقهاء القضاء المصري ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض والذي ورد بإحدى حيثياته "أن إغفال عرض القضايا الخاصة بالقصر يقرر عنه بطلان مقرر لمصلحة القصر ويتعين تمسكهم به أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز التمسك به لأول مرة في النقض، وذلك لأن عدم التمسك به أمام محكمة الموضوع يفيد التنازل عن الحق المقرر لهم".⁽¹⁾

المبحث الثالث - مساعدو القضاء :

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

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

ويمكن تصنيف مساعدي القضاء إلى الفئات التالية :

أصول المرافعات المدنية والتجارية

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

الفقرة الأولى - المحامون :

المحامون، طائفة من رجال القانون، لا يدخلون في فئة الموظفين، ومن مساعدي القضاء الذين اتخذوا مهنة لهم تقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها مقابل أجره يتفق عليها. وينظم مهنة المحاماة القانون عدد 87 لسنة 1989 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 الذي شروط ممارسة المهنة ومهام المحامي وحقوقه وواجباته وجزاء الإخلال بتلك الواجبات وأقره قضائية على القرارات التي يتخذها مجلس الهيئة القومية للمحامين ضرورة أن تلك القرارات لا تلحق أمام محكمة الاستئناف بتونس وقراراتها قابلة للطعن بالتعقيب أمام المحكمة الإدارية.

أ - شروط الترسيم وممارسة مهنة المحاماة :

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

أولا - شروط الترسيم بجدول المحامين :

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

- أن يكون المترشح للدخول لمهنة المحاماة تونسي الجنسية منذ ما لا يقل عن خمس .
- وبعد هذا الشرط ضروريا لأن المحامي مساعد للقضاء، ومن الطبيعي أن يشرفه سير الجهاز القضائي وإدارته ويساهم في حسن سيره التونسيون فقط من الـ

(1) نقض 20 جويلية 1968 - ونقض 24 ماي 1984 تحت عدد 1615 أشار إليها أحمد الوفاء - المرافعات المدنية

والتجارية - منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر العربية 1990 - ص. 88.

ومساعدى القضاء لأن القضاء مظهر من مظاهر السيادة الوطنية.

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

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

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

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

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

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

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

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

ثانيا - شروط مباشرة مهنة المحاماة :

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

* الوظائف غير الملائمة لمهنة المحاماة :

بالرجوع إلى الفصول 22 و23 و24 من القانون يتبين أن المحاماة لا تتماشى مع الأنشطة

التالية :

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

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

(1) الدكتور نور الدين الغزواني : "دروس في الإجراءات المدنية والتجارية". كلية الحقوق بتونس - 1999

- كما اقتضى الفصل 24 من القانون أنه يحجر على المحامي إذا كان نائبا برلمانيا أن يقوم طيلة مدة نيابته بقضايا ضد الدولة أو المؤسسات العمومية.
- وينطبق هذا التحجير أيضا على المحامي المكلف بناية بلدية بالنسبة للبلدية التي انتخب فيها، ولعل هذا التحجير يهدف إلى الفصل بين مهام المحامي السياسية ومهامه المهنية كمحام وحتى لا يقع استغلال الصفة النيابية للتأثير على مجرى القضية العدلية أو استعمال صفته كمحام لتحقيق غايات سياسية خاصة.

* حالات السهو على تقييد المحامي بالجدول :

اقتضى الفصل 22 من قانون المحاماة أنه إذا تعدد المحامي الجمع بين مهنة المحاماة ووظيفة أخرى حجر عليه القانون تعاطيها فإنه يجوز لمجلس الهيئة القومية للمحامين من تلقاء نفسه أو بطلب من النيابة العمومية اتخاذ قرار في السهو على تقييد المحامي بالجدول ويكون هذا القرار قابلا للاستئناف أمام محكمة الاستئناف عملا بأحكام الفصل 71 من قانون المحاماة. على أنه إذا ما زال السبب الموجب لعدم التقييد بالجدول يمكن للمحامي طلب إعادة تقييده من جديد.

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

ب - حقوق وواجبات المحامي وتأديبه :

إن مهنة المحاماة تختلف عن وظيفة القضاء ووظائف مساعدتي القضاء الآخرين لأن طبيعتها تنفرد ببعض الخصائص التي تكيف وتطبع حقوق وواجبات المحامي ولذلك سننتظر للحقوق والواجبات وبالطبع فإن الإخلال بالقيام بالواجبات على أحسن وجه يوجب تأديب المحامي.

- حقوق المحامي :

إلى جانب الحقوق العامة التي ترجع للمحامي تمثيل الحرفاء أمام سائر المحاكم وحقه في

فتح مكتب بالمكان الذي يختاره وحقه في قبول أو رفض النيابة فإن هناك بعض الحقوق ذات طابع خاص وتثير بعض الإشكالات ألا وهي أجره المحاماة.

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

وقرار التسعيرة قابل للطعن أمام محكمة الاستئناف عملا بأحكام الفصل 71 من القانون وأجل قدره شهر من تاريخ الإعلام بالقرار والاستئناف يوقف التنفيذ إلى حين صدور القرار الاستئنافي وتتولى المحكمة تحديد الأجرة حسب الجهد المبذول من المحامي والزمن الذي استغرقته القضية للفصل فيها وقيمة الدعوى. والقرار الاستئنافي خاضع للطعن أمام المحكم الإدارية بوصفها محكمة تعقيب عملا بأحكام الفصل 72 من القانون في ظرف شهر من تاريخ الإعلام به.

وعلى كل فإن تحديد أجره المحامين لا تخضع لأي معيار موضوعي ضرورة مجلس الهيئة القومية للمحامين يقوم بتقديرات مشطه نوعا ما في حين أن محكمة الاستئناف تخفف من هذه دون الارتكان إلى مقاييس واضحة ضرورة أن التقدير يختلف من قاض لآخر، والرأي عندنا أن يتدخل المشرع لإقرار سلم لأجرة المحامي حسب طبيعة الدعو سواء كانت ابتدائية أو استئنافية أو لدى محكمة التعقيب باعتبار أن بعض المهن عرفت هـ

لتمشي ومثال ذلك الأطباء.⁽¹⁾

- واجبات المحامي :

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

* الواجبات الخاصة بمهنة المحاماة :

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

* الواجبات الأخلاقية :

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

* الواجبات المهنية :

يجب على المحامي بوصفه وكيلًا لحريفة بذل العناية اللازمة والامتناع عن كل عمل من شأنه أن ينال من حظوظ حريفة في كسب القضية، وذلك يعني أنه لا يقدم أية مساعدة ولو من

قبيل الاستشارة لخصم موكله وأن يتخذ جميع الإجراءات حتى لا يفوت الأجل ويجعل الحق يسقط بمرور الزمن وألا يكون مرتكباً لخطأ مهني موجب للتعويض. كما أنه مطالب بإرجاع أوراق حريفة إذا ما قرر التخلي عن القضية أو عند انتهاء مهمته بصور الحكم ضرورة أن فقه القضاء مستقر على أن النيابة تنتهي بصور الحكم.⁽¹⁾

- تأديب المحامي :

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

فما هي هذه العقوبات وما هو الهيكل الذي يوقعها ؟

* العقوبات التأديبية :

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

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

* السلطة التأديبية :

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

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

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

أصبحت تتزايد وتتأكد اعتبارا لما يقدمونه من إيضاحات فنية وإعلامية يصعب على القاضي الإحاطة بها، ولذلك وقع إصدار القانون بهدف تنظيم هذه المهنة وتحديد قائمة فيهم تقع مراجعتها سنويا. كما صدر قانون خاص بالمهنيين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرفين القضائيين بتاريخ 11 نوفمبر 1997.

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

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

الفقرة الرابعة - العدول المنفذون :

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

واقتضى الفصل الخامس من م.م.ت. أن "كل استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ يكون

وهو أن القرار التأديبي هو بمثابة الحكم.

ولا بد أن تتوفر الشكليات المنصوص عليها بالقانون وإلا اعتبر القرار باطلا بطلانا مطلقا ولمحكمة الاستئناف أن نقضي ببطلانه من تلقاء نفسها إن ثبت لديها من محاضر الجلسات أن تركيبة المجلس مختلة أو أن المفاوضة لم تكن طبق القانون.

وبعد صدور القرار يجب إبلاغه إلى المعني بالأمر في ظرف خمسة عشر يوما بواسطة مكاتب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ وإلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف وإلى رئيس الفرع المختص.

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

الفقرة الثانية - كتبة المحاكم :

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

الفقرة الثالثة - الخبراء والمترجمون :

لقد وقع سن قانون ينظم سلك الخبراء العدليين وهو القانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993 وهو أول قانون ينظم هذا القطاع منذ الاستقلال ذلك أن الحاجة إلى الخبراء

بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

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

وعدل التنفيذ عند قيامه بعمله وارتكاب أدنى خطأ مهني ضرورة أن أجرته محددة بموجب هذا القانون والأعمال التي يقوم بها مبنية به أيضاً، وبالتالي فإن أبسط إخلال موجب للمساءلة التأديبية والجزائية ضرورة أن النيابة العمومية تتبع أعمالهم وتتولى بحثهم عند شكاية المواطنين، فإذا اتضح أنه قبض أكثر من الأجرة المحددة أو تراخى في تنفيذ حكم وتراءى للنيابة أنه مخطئ تحيل الملف على وزير العدل الذي يتولى إحالة المعني على مجلس التأديب الذي أحدث بمركز محكمة استئناف ويترأسه رئيسها الأول ويقرر هذا المجلس العقوبة المستوجبة من بين العقوبات المنصوص عليها بالفصل 46 وهي الإنذار والتوبيخ اللذين يسلطهما الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بناء على تقرير من وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية المنتدب بدائرتها العدل التنفيذ. أما التوقيف عن العمل لمدة أقصاها ستة أشهر والعزل فهما عقوبتان يسلطهما وزير العدل بعد أخذ رأي مجلس التأديب.

القسم الثاني - اختصاص المحاكم :

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

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

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

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

وأن الاختصاص الذي سيتم دراسته يختلف عن التوزيع الداخلي للعمل داخل المحاكم الواحدة. فالمحكمة تقسم إلى دوائر متعددة يكون مجموعها المحكمة التي هي في الأصل وحدة ؛

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

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

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

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

(5) محي والي : "مدلية البطلان في قانون المرافعات" - رسالة دكتوراه - الإسكندرية 1959 - ص. 627.

(1) قرار الدوائر المتجمعة عدد 27728 المؤرخ في 13 أبريل 1995 - قرارات الدوائر المتجمعة لمحكمة التعقيب

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

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

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

الفصل الأول - الاختصاص الحكمي للمحاكم :

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

وإن توزيع الاختصاص بين المحاكم وارد بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وبنصوص

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

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

المبحث الأول - الاختصاص الدولي للمحاكم :

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

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

الفقرة الأولى - صور الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية :

لقد أدخل القانون الجديد عند تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية تمييزاً بين الاختصاص العادي والاختصاص الإقصائي، مع العلم أن حالات الاختصاص الدولي الإقصائي كانت مذكورة بالفصل الثاني من م.م.ت. دون الإفصاح عن طبيعتها ومن بين تلك الحالات حالة تعهد القاضي بقضية ضد أجنبي غير مقيم بالبلاد التونسية.

1 - الاختصاص العادي للمحاكم التونسية :

إن الاختصاص العادي للمحاكم التونسية ينهض أساساً على إقامة المطلوب بتونس أو على العلاقة الوثيقة بين موضوع الدعوى والنظام القانوني التونسي.

أ - المطلوب يقيم بتونس :

اقتضى الفصل الثالث من القانون الجديد أنه "تتظر المحاكم في جميع النزاعات المبينة بالفصل المتقدم بين جميع الأشخاص المقيمين بالتراب التونسي مهما كانت جنسيتهم".

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

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

ولقد ذكرنا بل بيننا مفهوم الإقامة العادية لأن المشرع التونسي سوى بينها وبين المقر المعيار الأساسي لتحديد المسؤولية وذلك بالفصل السابع من م.م.ت. الذي اقتضى أن "المقر الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقراً أصلياً له بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور". وتبعاً لذلك فإن الأجنبي الذي يمارس تجارته بتونس تقع مقاضاته أمام المحاكم التونسية ولو كان له مقر أصلي بالخارج وهو ما يقتضيه الفصل 33 من م.م.ت. لو طبقناه على العلاقة الدولية.

ب - إرادة الأطراف :

إن الفصل الرابع من القانون الجديد يتبنى الأحكام القديمة الواردة بالفصل الثاني من م.م.ت. مع إضافة طفيفة بأن وسع في الاختصاص حتى للمطلوب التونسي المقيم خارج

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

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

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

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

ج - الاختصاص الموضوعي :

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

* المسؤولية التقصيرية :

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

وقد تحصل في بعض الأحيان صعوبات لتحديد طبيعة هذه الالتزامات أهى عقدية أم

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

* المسؤولية العقدية :

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

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

* المنقول :

اقتضى الفصل الخامس من القانون الجديد في فقرته الثالثة أن المحاكم التونسية تختص بالنظر في الدعاوى التي يكون موضوعها منقولات موجودة بتونس باعتبارها مؤهلة أكثر من غيرها لفصل النزاع المتعلق بالمال الموجود على إقليمها ويسهل عليها اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا المال الذي يدخل في المنطقة الترابية التي للمحاكم الوطنية عليها سلطان حتى يقترن حكمها بقوة النفاذ والفاعلية أساس تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

* الملكية الفكرية :

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

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

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

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

* الإرث والتركة :

اقتضى الفصل السادس من القانون الجديد في فقرته الثالثة أن المحاكم التونسية تختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالتركات المفتوحة بتونس، وعلة ذلك أن مكان افتتاح التركة يكون عادة آخر موطن كان يقطنه المتوفى ويفترض أن معظم أموال المورث ومدينه يوجدون بمكان افتتاح التركة، وبذلك تكون محاكم هذه الدولة الأكثر قدرة على الفصل في الدعاوى المتعلقة بالتركة التي افتتحت بها دون تجزئة الدعاوى المتعلقة بها بين عدة محاكم تابعة لدول مختلفة، والعبرة في ذلك ليست بموطن المتوفى وإنما بالموضع الحكمي للمال.⁽¹⁾

* الدعاوى المرتبطة :

اقتضى الفصل السابع من القانون الجديد أن المحاكم التونسية تكون مختصة للنظر في الدعاوى حتى وإن كانت مستقلة إلا أنها مرتبطة بدعوى أخرى منشورة أمامها. والارتباط بين دعويين دليل على وجود صلة متينة تجمع بينهما ونجعل من حسن سير العدالة ومنع تضارب الأحكام أن تختص بالنظر فيها محكمة واحدة. ويتحقق الارتباط متى كانت هناك وحدة في الموضوع أو السبب أو الأطراف وتقدير ذلك متروك للسلطة التقديرية للقاضي وتحديد وجود الصلة والعلاقة يتم وفق القاضي لتعلق الأمر بمسألة تكييف لقاعدة إسناد وطنية.⁽²⁾

* دعاوى إثبات النسب وحماية القصر :

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

(1) عكاشة محمد عبد العال : "الإجراءات المدنية والتجارة الدولية" - 1984 - ص. 108.

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

غير هذه الحالة الخاصة يكون من الضروري اشتراط إقامة القاصر لقبول الدعوى⁽¹⁾.

* الالتزامات ذات الصبغة المعاشية :

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

2 - الاختصاص الدولي الإقصائي للمحاكم التونسية :

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

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

* الدعاوى المتعلقة بالجنسية التونسية :

اقتضى الفصل الثامن في فقرته الأولى أن المحاكم التونسية تختص اختصاصا مطلقا بالنظر في الدعاوى المتعلقة بإسناد، بالحصول وفقد أو سقوط الانتفاع بالجنسية التونسية.

وهذا التوجه مطابق للقانون الدولي العام وللطبيعة القانونية للجنسية التي تمثل العلاقة القانونية المؤسسة على الاعتبار السياسية والاجتماعية والرابطة بين الفرد والوطن.

* العقارات الموجودة بتونس :

اقتضى الفصل الثامن من القانون الجديد في فقرته الثانية أن المحاكم التونسية تختص اختصاصا مطلقا للنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقارات الموجودة بتونس بقطع النظر عن جنسية أطراف الدعوى ومقرات إقامتهم. إلا أن استعمال المشرع لعبارة "الدعوى المتعلقة بعقار" يجعلنا

نتساءل ما إذا كانت كل الدعاوى ومهما كانت طبيعتها والتي تتعلق بعقار يقع بالتراب التونسي تختص المحاكم التونسية بنظرها. إن صيغة الإطلاق الواردة بالفصل يستدعي تحديد مفهوم الدعوى المتعلقة بعقار وأن دور فقه القضاء في تحديد هذا المفهوم سيكون صعبا ضرورة أن العقود المبرمة في الخارج والمتعلقة بعقارات موجودة بتونس عددها كبير والقضايا المنشورة بصدها يمكن أن تكون دعاوى شخصية أو مختلطة، وبالتالي، تأويل النص يجب أن يكون ضيقا واعتبار أنه لا ينطبق إلا على الحقوق العينية العقارية الواردة بالفصل 12 من مجلة الحقوق العينية ولا يطول غيرها من الدعاوى الشخصية أو المختلطة ولئن تعلقت بعقار.

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

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

* الإجراءات التحفظية والتنفيذ :

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

* الإجراءات الجماعية :

إن دعاوى الإفلاس وإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات هي من الاختصاص المطلق للمحاكم التونسية باعتبار إقليمية الإجراءات المتخذة ولا يمكنها تعدي الحدود وباعتبار أيضا أن الأمر يستدعي تدخل السلطات الإدارية واتخاذ بعض الوسائل التحفظية لحماية الدائنين والغير.

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

(1) الدكتور علي مزغي - المرجع السابق - ص. 176.

لغيرها من الأحكام الأجنبية ثم بعد ذلك يوزع الاختصاص بين المحاكم الوطنية على أساس قواعد الاختصاص الترابي⁽¹⁾. ولقد نحا فقه القضاء هذا المنحى وورد بحثيات أحد قرارات محكمة التعقيب أنه "إذا كان مطلب الطلاق مؤسسا على عقد زواج انبرم بين الطرفين بالجمهورية التونسية فالنظر فيه يكون للمحاكم التونسية مهما كانت جنسية الزوجين عملا بالفقرة الرابعة من الفصل الثاني من م.م.ت، وهذا الاختصاص الحكمي يهم النظام العام ومرتبب بسيادة البلاد وكل اتفاق يخالفه يكون باطلا مطلقا"⁽²⁾.

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

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

في حين أن القواعد المتعلقة بالاختصاص العادي يمكن الاتفاق على خلافها والدفع بعدم انطباقها قبل الخوض في الأصل، وبذلك أن الاختصاص الدولي للمحاكم هو اختصاص مستق

غير أن بعض الفقهاء يقترحون أن هذا الاختصاص المطلق يجب أن تقتصر حدوده على المؤسسات التي مقرها الاجتماعي بتونس أو المؤسسة الأهم⁽¹⁾. وسندهم في ذلك الرجوع إلى الفصل 35 من م.م.ت. الذي يسند الاختصاص المطلق للمحكمة التي يوجد بذانرتها أهم مؤسسة للمفلس، وعلى الصعيد الدولي من الممكن أن يكون للحكم الأجنبي أثر بالبلاد التونسية وتوسعة أثر الحكم إلى ممتلكات المفلس الموجودة بتونس والذي له مؤسسة ببلادنا، وتبعاً لذلك تمكين أمين الفلسة المعين بحكم أجنبي أن يمارس ويباشر عمليات التنفيذ بعد إكساء الحكم الصيغة التنفيذية.

* حالة وجود نص خاص :

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

* الفقرة الثانية - الطبيعة القانونية للاختصاص الدولي للمحاكم :

إن قواعد الاختصاص تنقسم إلى قسمين أولهما تتعلق بالاختصاص الحكمي وتهم النظام العام ولا يمكن الاتفاق على خلافها وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها وتنتهيها تتعلق بالاختصاص الترابي وتهم مصلحة الخصوم ولا تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها ويمكن الاتفاق على خلافها.

ولقد اختلف الفقهاء حول هذه الطبيعة لقواعد الاختصاص الدولي :

1 - **الموقف الأول** اعتبر أن قواعد الاختصاص الدولي هي قواعد أمرة وتتعلق بالنظام العام ولا يمكن الاتفاق على خلافها ضرورة أنها تتولى ضبط ولاية المحاكم الوطنية بالنزاعات بالنظر

(1) سوليس وبيرو - مرجع سابق - ص. 38.

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

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

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

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

يستمد طبيعته من نفسه.⁽¹⁾

المبحث الثاني - معايير تحديد الاختصاص الحكمي للمحاكم :

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

الفقرة الأولى - الاختصاص النوعي للمحاكم :

إن قواعد الاختصاص النوعي تهدف إلى تحديد نوع النزاعات التي تختص بنظرها محكمة معينة. وإن محاكم القضاء المدني تختص بنظر جميع المنازعات المدنية بالمعنى الواسع إلا أن المشرع بهدف تنظيم العمل واجتناب التضارب بين الأحكام يقصر اختصاص محكمة معينة على نظر نوع واحد من النزاعات ومثال ذلك المحكمة التجارية المحدثة حديثاً لنظر النزاعات التجارية.

وعلى هذا الأساس فإن الاختصاص الحكمي يكون لإحدى المحاكم العادية وهي بدرجة أولى المحكمة الابتدائية التي لها اختصاص شامل وما خرج عن اختصاصها يكون لمحكمة أقل درجة وهي محكمة الناحية، وقد ينعقد هذا الاختصاص لمحكمة متخصصة.

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

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

كمال فهمي : "أصول المرافعات المدنية والتجارية" - ص. 613.

نبيل إسماعيل : "أصول المرافعات المدنية والتجارية" - دار المعارف الإسكندرية - ص. 205.

أ - الاختصاص الحكمي للمحكمة الابتدائية :

اقتضى الفصل 40 من م.م.ت. في فقرته الأولى أنه "تتظر المحكمة الابتدائية في جميع الدعاوى عدا ما خرج عنها بنص خاص".

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

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

1 - الدعاوى المنظورة بتركيبة جماعية :

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

أولاً - الدعاوى الاستحقاقية :

اقتضى الفصل 20 من م.م.ت. أنه "وتوصف بدعوى استحقاقية الدعاوى التي تستند إلى حق عيني عقاري".

ولمعرفة الحقوق العينية العقارية لابد من الرجوع إلى الفصل 12 من مجلة الحقوق العينية العقارية الذي حدد الحقوق العقارية وهي الملكية وحق الانتفاع والإنزال والكردار ودخلاهما وحز

الاستعمال وحق السكني وحق الهواء والإجارة الطويلة وحق الارتفاق والامتياز والرهن العقاري. وبذلك تتحدد طبيعة الدعوى الاستحقاقية بسندها وهو حق الملكية الذي يخول لصاحبه وحده استعماله واستغلاله والتصرف فيه عملاً بأحكام الفصل 17 من م.ح.ع.، ويكون موضوعها عقاراً طبيعياً أو حكماً أو بالتبعية. وبذلك كلما توفرت الشروط المذكورة في موضوع الدعوى أي كان حقاً عينياً عقارياً تكون الدعوى استحقاقية وراجعة بالنظر للمحكمة الابتدائية.

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

ثانياً - دعاوى الأحوال الشخصية :

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

وتختص المحكمة الابتدائية بالنظر في هذه المسائل باعتبار اختصاصها الشامل والعام عدا ما خرج عنها بنص خاص عملاً بالفصل 40 من م.م.ت. وأن من بين المسائل الخارجة عن اختصاص المحكمة الابتدائية مادة التبني الراجعة بالنظر لقاضي الناحية عملاً بأحكام الفصل 13

من القانون عدد 87 لسنة 1958 المؤرخ في مارس 1958 والمتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني والذي اقتضى أن "عقد التبني يتم بحكم يصدره حاكم الناحية".

ثالثاً - الدعاوى المتعلقة بالجنسية :

اقتضى الفصل 48 من مجلة الجنسية التونسية الصادرة بمقتضى المرسوم عدد 6 لسنة 1963 أن "المحكمة الابتدائية تختص وحدها بالنظر في النزاعات المتعلقة بالجنسية". وهذا الاختصاص راجع بالنظر للمحكمة الابتدائية لما ينجر عنها من حقوق ولتعلقها بسيادة البلاد ومساسها بالحياة الاقتصادية ولذلك فإن التركيبة الثلاثية ضرورية ولا يمكن أن يبقى القرار لقاض منفرد.

رابعاً - دعاوى الإكساء بالصيغة التنفيذية :

اقتضى الفصل 317 من م.م.ت. أنه "يطلب الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي باستدعاء الخصم المراد التنفيذ عليه للمحكمة الابتدائية التي بدأرتها مقره إن وجد وإلا فلدى المحكمة الابتدائية التي يجب إجراء التنفيذ بدأرتها".⁽¹⁾

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

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

(1) أنظر الفصلين 3 و 11 وما بعدهما من قانون إصدار مجلة القانون الدولي الخاص عدد 97 لسنة 1998 المنقحين لذلك الفصل ولغيره من الفصول من م.م.ت. المتعلقة بإكساء الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية.

خامسا - الدعاوى التجارية :

بموجب القانون عدد 43 المؤرخ في 2 ماي 1995 و المعدل لمحتوى الفصل 40 الذي جاء نصه أنه "يمكن بمقتضى أمر إحداث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية تكون مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية"، ولم يطل الانتظار حتى صدر الأمر عدد 427 المؤرخ في 11 من مارس 1996 وأحدث هذه الدوائر التجارية بالمحاكم الابتدائية بكل من تونس والكاف وسوسة والمنستير وصفاقس وقابس وقفصة ومدنين ونابل وبزرت أي بمرکز محاكم الاستئناف.

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

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

وعلى كل فإن الدائرة التجارية بتركيباتها الثلاثية أي رئيس المحكمة أو وكيل رئيس وعضوين تاجرین لهما دور استشاري يحضران المفاوضات دون تصويت، ذلك أن كيفية انتداب القضاة يضبطها القانون في حين أن العضوين معينان بموجب أمر، وهذه الدائرة تنتظر في

النزاعات التجارية بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري، أي أن المشرع أراد استبعاد النزاعات الناشئة للتاجر مع غير التاجر ويكون في هذه الصورة العمل مختلطا كان يتم التعامل بواسطة أوراق تجارية كالكيميالة أو الشيك، ففي هذه الحالة يكون الاختصاص حسب قيمة الدعوى، أما لقاضي الناحية أو للمحكمة الابتدائية في تركيبها التقليدية. كما أن الأمر شبيه بالأولى في صورة تعامل التاجر مع شخص معنوي أو طبيعي يمارس الأعمال التجارية بصفة عرضية مثل الفلاح الذي يبيع إنتاجه الفلاحي، ففي صورة حصول نزاع فإن الاختصاص يكون حسب قيمة الدعوى لقاضي الناحية أو للدائرة العادية، وكذلك الشأن بالنسبة للأعمال الفلاحية التي يمارسها التاجر. أما الإشكال الأخير فهو متعلق بالمزج بين معيارين مختلفين، معيار طبيعة الدعوى لتحديد الاختصاص ومعيار قيمة الدعوى. وهذا المزج يوجب التردد وصعوبة التأويل ضرورة أن المشرع عندما نص على أن الدعاوى التجارية هي من اختصاص الدائرة التجارية فإن ذلك يعني حتما وبالضرورة أن الدعاوى التجارية تكون راجعة بالنظر استئنافيا في الأحكام الصادرة عن قاضي الناحية أي أن المشرع قد أبقى على اختصاص قاضي الناحية بخصوص القضايا التي تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار، ويكون قد اعتمد معيار قيمة الدعوى لتحديد الاختصاص، والحال كما سبق أن بيناه لا يمكن اعتماد معيار طبيعة الدعوى وقيمتها لتحديد الاختصاص، وأنا نتنبأ التأويل الذي اعتبره الأستاذ الغزواني غير مقبول⁽¹⁾ واستفاد من مقصد المشرع والحال أن قواعد الإجراءات المدنية لا تسمح بذلك ضرورة أن المعيارين متنافران، والأجدى تدخل المشرع لرفع اللبس عن هذه المسألة وتقسيم الاختصاص بين الدائرة التجارية بتركيبها الثلاثية ويكون لها اليد في الدعاوى التجارية التي لا تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار وبين الدائرة التجارية التي تنتظر في الدعاوى التجارية التي تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار بوصفها محكمة استئناف في الطعون فأحكام الصادرة عن الدائرة المترتبة من قاض وعضوين تاجرین وأن مسألة رئاسة الدائرة تطرح أي إشكال يذكر ضرورة أنه بالإمكان أن يكون لكل دائرة رئيس من الرتبة الثانية بدرجة مستشار لدى الاستئناف. أما الدائرة بتركيبها الخماسية والمكونة من رئيس من الرتبة الثانية وقاضيين من الرتبة الأولى وعضوين تاجرین فإنها تنتظر كمحكمة درجة أولى في

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

أولاً - الدعاوى المتعلقة بالأكرية التجارية :

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

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

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

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

ثانياً - الدعاوى المتعلقة بالنزاعات الشغلية :

إن دائرة الشغل والمتركة من قاض يكون رئيساً وعضوين لهما رأي استشاري أحدهم يمثل الأعراف والثاني الأجراء. واختصاص هذه الدائرة مثلما ورد بالفصل 183 من مجلة الشغل

للنزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها، وكذلك في النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أو تقليصها. كما تنظر بوصفها محكمة استئناف في الطعون في الأحكام الصادرة عن قاضي الناحية في الدعاوى التجارية التي لا تفوق قيمتها سبعة آلاف دينار.

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

وهذا التوجه يزيد الأمر تعقيداً ضرورة أن المشرع خول للأطراف الطلب من الدائرة التجارية الحكم طبق قواعد العدل والإنصاف أي أن قاضي الناحية ولئن كان متعهداً بدعوى تجارية فإنه لا يمكنه القضاء إلا طبق القواعد القانونية، وبالتالي يكون للدعاوى ذات الطبيعة القانونية الواحدة نظامان قانونيان مختلفان، مما يدعم رأينا السابق ببياننا والمتمثل في ضرورة تدخل المشرع لرفع هذا اللبس والتناقض وجعل الدعاوى التجارية من اختصاص الدائرة التجارية وتقسيم الاختصاص بين الدائرة الثلاثية التركيبية والدائرة ذات التركيبية الخماسية، فإذا طلب الأطراف أن يحكم لهم طبق قواعد العدل والإنصاف يكون الحكم غير قابل للاستئناف ولا يقبل إلا التعقيب وحتى التعقيب هو طعن لا يتمشى وطبيعة التحكيم القضائي ولا يكون الطعن في الأحكام التحكيمية إلا بالإبطال⁽¹⁾ وهذه النقطة توجب أيضاً تدخل المشرع لإقرار الإبطال للأحكام التحكيمية وفي صورة تحدد على وجه الحصر مثلما هو الحال بالنسبة للقرارات التحكيمية الداخلية أو الدولية مثلما هو الحال بمجلة التحكيم.

2- الدعاوى المنظورة بتركيبية فردية :

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

(1) نور الدين الغزواني : "قانون المرافعات المدنية والتجارية" - ص. 345.

حسين بن سليمة : "التحكيم القضائي"، أعمال ملتقى التحكيم والعدالة، المنظم في 24 أبريل 1998 بتونس - ص. 77.

ينحصر في فصل النزاعات الفردية التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المتعاقدة عند تنفيذ عقد الشغل أو التدريب. ولقد تم تعريف النزاعات الفردية⁽¹⁾ بكونها الخاصة بعامل واحد وبيع بعض العمال بشرط أن تتعلق بحق يطالب به العامل مرتكزا فيه إلى القانون أو العقد أو العرف، ينكوه عليه صاحب العمل، أو يعترف به ولكنه يتمتع بسبب ما عن تنفيذه.

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

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

ثالثا - قاضي المنح العائلية :

اقتضى الفصل الأول من القانون عدد 48 المؤرخ في 11 أفريل 1958 المتعلق بإحداث خطة قاضي المنح العائلية أنه "أحدثت لدي المحكمة الابتدائية بتونس محكمة مكلفة بالنظر في قضايا المنح العائلية المقدمة من طرف مستحقيها بالأصالة أو بالتبعية".

وتتركب هذه الدائرة من رئيس المحكمة أو من ينوبه من وكلاء الرئيس وتنتظر بقطع النظر عن مقدار الطلب إلى حدود خمسين ألف فرنكا ويكون حكمها نهائيا في هذه الحالة وإبتدائيا فيما زاد على ذلك واختصاصها الترابي مطلق باعتبار امتداده إلى كامل تراب الجمهورية.

كما أن عمل هذه الدائرة يتصف بالسرعة وبساطة الإجراءات ومجانية التقاضي والإعفاء من كل الرسوم ضرورة أن الأحكام والنسخ المستخرجة منها معفاة من معلوم التامير.

رابعا - الاختصاص الحكمي لقاضي التقادير :

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

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

ب - الاختصاص الحكمي لمحكمة الناحية :

أولا - دعاوى الحوز :

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

ويستخلص من الفصول السالفة الذكر أن المشرع يفترض أن الحائز هو صاحب الحق فمكنه من القيام بدعوى يسيرة الإجراءات قليلة النفقات لحفظ حقه.⁽¹⁾ والفقهاء مجمعون على أن الدعوى الحوزية تنقسم إلى ثلاثة أصناف وهي دعوى منع التعرض ودعوى إيقاف

(1) القاضي الباشا البحار : "الاختصاص القضائي لمحاكم النواحي في المادة المدنية"، قضاء وتشريع عدد 7 - 8

الأشغال ودعوى استرداد الحوز.

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

ثانيا - دعاوى النفقة :

اقتضى الفصل 39 من م.م.ت. في فقرته الثانية أن قاضي الناحية يختص بالحكم في قضايا النفقات التي ترفع إليه بصفة أصلية ابتدائيا وحكمه ينفذ فوراً بقطع النظر عن الاستئناف. والقيام بقضية في النفقة يهدف إلى إلزام المتحمل بها بموجب القانون أو العقد على دفعها أو تعديل معينها أو إلى طلب الحكم بسقوط الحق فيها أو الرجوع في الحكم الذي كان قضى بها.

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

(1) القاضي الباشا البحار : "الاختصاص القضائي لمحاكم النواحي في المادة المدنية"، قضاء وتشريع عدد 7 - 98

ثالثا - دعاوى التبني :

إن التبني عقد قضائي ضرورة أن قاضي الناحية هو الذي يصدره بمكتبه بحضور المتبني وزوجته وعند الاقتضاء بمحضر والد المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية المتعاهدة بالطفل بحكم ولايتها ويصدر الحكم بعد التحقق من طرف القاضي من توفر الشروط القانونية ومن مصادقة الحاضرين ويكون حكمه نهائيا ويحال مضمون منه في أجل أقصاه ثلاثون يوما على ضابط الحالة المدنية المختص ليرسم برسم ولادة المتبني وذلك حسب الفصل 13 من القانون عدد 27 لعام 1958 والمؤرخ في 4 مارس 1958 والمتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

رابعا - العقلة على الأجور والمرتبات :

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

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

الفقرة الثانية - الاختصاص القيمي للمحاكم :

تعتبر قيمة الدعوى معيارا محددا للاختصاص الحكمي للمحاكم المدنية التي وزع عليه النظر في دعاوى ذات نفس الطبيعة، ولقد أخذ المشرع التونسي بهذا المعيار ونص الفصل 39 من م.م.ت. أنه "ينظر قاضي الناحية ابتدائيا في الدعوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول ومطالب أداء الديون التجارية إلى نهاية سبعة آلاف دينار". ويخلص من الفصل المذكور أن قاضي الناحية يختص بالنظر في الدعاوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول ومطالب أداء الديون التجارية التي لا تتجاوز قيمتها سبعة آلاف دينار، ولق

خص المشرع كيفية تقدير قيمة الدعوى بعدد من الفصول وخاصة من 21 إلى 29 ويتعين التعرض إلى هذه المسألة في ثلاث نقاط لتحديد الدعوى المقدرة والدعوى غير المقدرة وأثر الدعوى المعارضة وقيمتها على الدعوى الأصلية.

أ - الدعوى المقدرة :

اقتضى الفصل 21 من م.م.ت. أن "مرجع النظر في القضايا يتحرر بمقتضى طبيعة الدعوى ومقدار المال المطلوب فيها. والعبرة في ذلك بالطلبات الأخيرة وذلك كله ما لم يظهر للمحكمة أن الطالب تعمد الزيادة أو التقيص للتأثير على قواعد الاختصاص وفي هذه الصورة يجوز للمحكمة أن ترد القيمة إلى نصابها وتفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى".

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

1 - تقديرات المدعي :

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

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

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

لم يبت المشرع التونسي في هذه المسألة بصفة صريحة، كما أن آراء الفقهاء قد اختلفت وتعددت، ويذهب شق إلى القول أن العبرة بالطلب الأصلي بقطع النظر عن الطلب الاحتياطي⁽¹⁾ وبعارضهم في ذلك شق ثان معتبرا أن أكبر الطلبين هو الواجب الاعتماد لتحديد الاختصاص⁽²⁾. من أبدى طلبين فهو يود الحكم له بأحدهما، فإذا كان أحد الطلبين أكبر قيمة من الآخر فلا بد من اعتبار الأكبر قيمة.

وبالإضافة إلى ذلك فإنه بإمكان المدعي تحويل طلباته أثناء سير القضية ضرورة أن المشرع خول للمتقاضي تغيير طلباته إلى صرف القضية للمرافعة ولذلك فإنه من الوجه اعتماد الطلبات الأخيرة التي يعتبرها المدعي ممثلة للقيمة الحقيقية لدعواه وهو ما أقره المشرع بالفقرة الثالثة من الفصل 21 من م.م.ت. صراحة. غير أن التقديرات المقدمة من المدعي قد لا تكون مطابقة للحقيقة ضرورة أنه بإمكانه الزيادة في القيمة لإخراج النزاع من أنظار قاضي الناحية وتتنظر في دعواه تركيبة ثلاثية مع العلم أن الاختصاص يهم النظام العام، فهل بإمكان المحكمة مراقبة تقديرات المتقاضين وردها إلى قيمتها الحقيقية ؟

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

2 - الاستثناءات من اعتماد تقدير المدعي :

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

(1) محمد كمال عبد العزيز : "قانون المرافعات المدنية والتجارية" - ص. 76.

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

المبلغ المطلوب لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم⁽¹⁾ وأن المراد بالأصل السابق عن الدعوى هو أن يكون تاريخ استحقاق التوابع سابقا عن تاريخ رفع الدعوى الذي ينطلق من يوم تبليغ عريضة الدعوى إلى المدعى عليه وهو التاريخ المعتبر لقيام الخصومة ضرورة أن مبدأ المواجهة يقتضي علم الخصم بطلبات المدعى.

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

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

* اشتغال الدعوى على عدة فروع :

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

اقتضى الفصل 26 من م.م.ت. في هذا الصدد أنه "إذا كانت الدعوى شاملة لعدة فروع ناشئة عن سبب واحد فإن تلك الفروع تضاف لتعيين مرجع النظر ودرجة الحكم. وإذا كانت

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

قيمة الدعوى وستناولها بالدرس واحدة واحدة.

* المبلغ المطلوب جزء من دين :

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

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

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

* توابع الدعوى :

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

ويخلص من الفصل المذكور أن المشرع ذكر أمثلة للملحقات والتوابع على سبيل الذكر لا الحصر ويبقى الباب مفتوحا لفقه القضاء للاجتهاد شريطة تعليل الحكم تعليلا مستساغا ومنطقيًا ومعقولا، ولقد أتيحت الفرصة للمحاكم للتطرق لمسألة التوابع واعتبرت محكمة التعقيب أن غرامات الضرر عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة الناجمة عن القيام بالدعوى لا تضاف لأصل

(1) القرار التعقيبي عدد 1971 المؤرخ في 17 مارس 1977 - نشرية محكمة التعقيب 1977 - ص. 91.

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

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

* تعدد الخصوم في الدعوى :

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

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

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

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

الفروع ناتجة عن أسباب متباينة فإن كل واحد منها يحكم فيه بانفراده ابتدائياً أو نهائياً بحسب قيمته الحقيقية".

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

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

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

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

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

أكدته محكمة التعقيب في قرار آخر وجاء بإحدى حيثياته أنه "وحيث تبين من القرار المطعون فيه أنه اعتمد في ضبطه لمرجع النظر الحكمي على قيمة العقار في تاريخ شرائه في حين أن الطاعن ينزع في تلك القيمة لتغير الأسعار ويطلب تقدير القيمة بواسطة أهل الخبرة، وحيث أن محكمة القرار لما اعتمدت في قضائها قيمة العقار وقت شرائه ولم تحقق في تقدير قيمته وقت رفع الدعوى بواسطة أهل الخبرة ليتبين لها على ضوء ذلك هل أنها صاحبة النظر الحكمي أم لا تكون قد جانبت الصواب ولم تحسن تطبيق أحكام الفصل 23 من م.م.ت.⁽¹⁾"

وإذا تعذر على المحكمة تقدير قيمة الدعوى فبإمكانها من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير لتقدير قيمة الدعوى، إلا أن رأي الخبير لا يقيد المحكمة عملاً بأحكام الفصل 112 من م.م.ت. ويمكنها عدم اعتماد ما انتهي إليه الخبير وتعديله على أساس الوقائع المتاحة لها والمذكورة بتقرير الخبير المادية والواقعية وهو ما تؤكد محكمة التعقيب بأحد قراراتها الذي تضمن بأحد حيثياته "... أن اعتماد تقرير الاختبار فيما أثبتته من العناصر الواقعية من موقع المحل ومساحته ومرافقه ومقارنته بالمحلات المجاورة لا يتعارض مع حق الملكية طالما أن المحكمة حرة في التقدير وليست مقيدة برأي الخبير فيه ولها الأخذ بما أثبتته من العناصر الواقعية وعدم مجاراته في التقدير المبني على هذه العناصر..."⁽²⁾

وبالإضافة إلى الفقرتين المذكورتين فإن الفصل 23 فقرته الثالثة اقتضى أنه "إذا كان الأمر في كراء لا نزاع فيه فإن قيمة الشيء المتنازع فيه تحرر بمقدار الكراء السنوي". وبذلك فإن المحكمة هي التي تقدر قيمة الدعوى بإجراء عملية حسابية بسيطة وذلك بضرب معين الكراء الشهري في عدد أشهر السنة، كل ذلك ما لم يوجد نزاع في العلاقة التسويغية كما أن الفقرة الثالثة من الفصل 23 اقتضت أنه "إذا كان الأمر في كراء لا نزاع فيه فإن قيمة الشيء المتنازع فيه تحرر بمقدار الكراء السنوي".

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

(2) قرار تعقيبي عدد 12333 الصادر في 22 ماي 1985 - مجلة القضاء والتشريع عدد 10 - 1986.

وبخلص من الفصل المذكور أنه وإن تعدد الخصوم فإن تحديد مرجع النظر يكون على أساس الفصل 26 من م.م.ت. أي أن العبرة بوحدة السبب، فإذا كان للطلبات سبب واحد فإن مجموع الطلبات هو الذي يحدد قيمة الدعوى وتبعاً لذلك اختصاص المحكمة الواقع القيام لديها، أما إذا اختلفت الأسباب فكل طلب يؤخذ بمفرده لتحديد الاختصاص.

ب - الدعوى غير المقدرة :

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

1 - التقدير القضائي :

اقتضى الفصل 23 من م.م.ت. في فقرته الأولى والثانية أنه "إذا كانت قيمة الشيء غير معينة ولكن يمكن تعيينها فالمحكمة المتعده تعينها حسبما يقتضيه اجتهادها المطلق وذلك باعتمادها على قيمة ذلك الشيء يوم رفع الدعوى، وللمحكمة أيضاً إذا وقع نزاع أن تأذن بإثبات تلك القيمة إن وقع طلب ذلك منها أو تأمر أصالة منها بتقديرها بواسطة أهل المعرفة".

ويستخلص من فقرتي الفصل المذكور أنه بإمكان المحكمة تقدير قيمة الدعوى بنفسها وذلك بالاعتماد على العناصر المادية والواقعية المذكورة بالملف كأن يتعلق الأمر ببيع قطعة من الأرض وذكرت المساحة وثمان المتر المربع، ولقد تطرقت محكمة التعقيب لهذه المسألة وجاء بإحدى حيثيات أحد قراراتها أنه "وحيث لا جدال أن العقد جاء ضابطاً لقيس أضلاع القطعة الموعود ببيعها للطاعن وثمان المتر المربع من مساحتها مما يكون به جارياً لعناصر تقدير قيمة الدعوى ومرجع النظر الحكمي وفقاً لأحكام الفصل 21 من م.م.ت.⁽¹⁾".

لكن الإشكال يبقى مطروحاً ضرورة أن التقدير يكون يوم رفع الدعوى، وبذلك حتى عند ذكر ثمن المتر المربع الواحد فإنه من الضروري الأخذ بعين الاعتبار تقلب الأسعار وهو ما

(1) القرار التعقيبي عدد 5916 الصادر في 10 مارس 1993 - نشرة محكمة التعقيب 1993

القرار التعقيبي عدد 314 الصادر في 21/10/1976.

ويخلص من الفقرة السالفة الذكر أنه إذا تعلق الأمر بفسخ عقد كراء أو إبطال تنبيه في كراء تجاري فإن المعيار لتحديد الاختصاص الحكمي هو معين الكراء السنوي إذا كان العقد غير متنازع في شأنه، أما إذا نازع المطلوب في صفة المتسوغ فإن هذا المعيار لا يكون عاملاً وهو ما أكدته محكمة التعقيب في أحد قراراتها وجاء به أنه "... وحيث أن المعقب عليه كان تمسك بمرجع النظر الحكمي ونازع في صفة المتسوغ الأمر الذي يجعل الدعوى في كراء متنازع فيه وبذلك تصبح محكمة الناحية غير مختصة بالنظر..."⁽¹⁾

2 - الطلبات غير القابلة للتقدير :

اقتضى الفصل 22 من م.م.م.ت. أنه "إذا كانت قيمة الشيء المتنازع فيه لا يمكن تعيينها فالمحكمة الابتدائية يمكنها وحدها النظر في الدعوى والحكم فيها يكون ابتدائياً".

ويخلص من الفصل المذكور أن الدعاوى غير القابلة للتقدير بالنظر إلى طبيعتها كأن تكون غير مقدرة بمال ولا تقبل التداول كالدعاوى المتعلقة بالحقوق الشخصية والعائلية والدعاوى المتعلقة بالحالة الشخصية والطلاق⁽²⁾. كما تكون الطلبات غير ممكنة التقدير مادياً وقانونياً كدعاوى التقليل أو المطالبة بالإزام المطلوب بالقيام بعمل.

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

وأن الدعاوى المعتبرة غير قابلة للتقدير هي الدعاوى العينية العقارية ومحكمة التعقيب مستقرة على هذا الرأي وصدر في شأنه قرار من الدوائر المجتمعة جاء به "وحيث جرى عمل المحاكم من عقدين على اعتبار الدعاوى الاستحقاقية غير مقدرة تنظر فيها المحكمة الابتدائية ابتدائياً دائماً حتى في العهد الذي كانت فيها أحكامها تصدر ابتدائياً أو نهائياً حسب قيمة الدعوى ولذلك جرى عمل

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

(2) فلاسون وتيسبي : "الوسط في شرح قانون المرافعات المدنية" - الجزء الأول - ص. 302.

محكمة التعقيب الآن على أنه نظراً للطبيعة الخاصة للدعاوى الاستحقاقية فهي خارجة عن اختصاص الحاكم الفردي الذي حدد الفصل 40 من م.م.م.ت. اختصاصه في الدعاوى القابلة للتقدير⁽¹⁾. كما أن موقف محكمة التعقيب تغير بخصوص الدعاوى التي كانت تعتبر غير قابلة للتقدير وأصبحت قابلة لذلك وهي الدعاوى الرامية إلى إبطال أو فسخ العقود ضرورة أن المحاكم كانت تعتبر هذه الدعاوى غير قابلة للتقدير باعتبار أن موضوعها الفسخ أو الإبطال.

أما حالياً فهي معتبرة من الدعاوى القابلة للتقدير حسب ما استقر عليه فقهاء قضاء محكمة التعقيب التي ورد بإحدى حيثيات الحكم الصادر عنها أنه "وحيث أن تقدير الدعوى يقع اعتماداً على القيمة المالية لموضوع العقد، ولا وجه للتفكيك بين قيمة المتعاقد عليه وطلب فسخ العقد ما دام مفعول الفسخ يسلط عليه مباشرة"⁽²⁾ وهذا التمشي زادت محكمة التعقيب في تأكيده بدوائرها المجتمعة وورد بإحدى حيثيات قراراتها أنه "أصبح من المتفق عليه فقهاء وقضاء أن مرجع النظر الحكمي في دعاوى البطلان أو الفسخ إنما يتحدد على ضوء أهميتها المالية لا بالنظر إلى العنصر الاعتباري للفسخ أو البطلان حسبما استقر عليه اجتهاد هذه المحكمة في العديد من القرارات ومن بينها القرارات عدد 978 و636 و264 والصادرة تباعاً في 19 أو ت 1961 و24 أكتوبر 1978 وفي 5 سبتمبر 1978"⁽³⁾.

وهناك نوع ثالث من الدعاوى لم يستقر رأي محكمة التعقيب حول اعتبارها قابلة للتقدير من عدمه وهي التي موضوعها رفع مضرّة، ضرورة أن الضرر يمكنه أن يقدر بمال إذا أصاب البدن أو الممتلكات ويمكن أن يكون حسياً ودفعه لا يكون بالتعويض عنه بل برفعه، وهذا التمشي أقرته محكمة التعقيب بأحد قراراتها عندما أكدت أن "الطاعنين مالكيين لدار ملاصقة لمخبره المعقب ضده وقد تضرروا من الضجيج والحرارة التي تترتب عن أشغال هذه المخبرة وطالبوا بتوقيف الأشغال... وحيث أنه في قضية الحال لا مجال للتردد في كون الدعوى هنا تهدف

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

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

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

صراحة إلى رفع مضررة على معنى أحكام الفصل 99 من المجلة المدنية، وهذه المضررة قد تكون غير مقدرة وغير قابلة للتقدير بالمال وفي هذه الصورة تكون المحكمة الابتدائية صاحبة الاختصاص بالنظر وحدها وحكمها لا يكون إلا ابتدائيا حسب أحكام الفصل 22 من م.م.ت.⁽¹⁾

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

3- آثار الدعوى المعارضة على تقدير قيمة الدعوى :

اقتضى الفصل 28 من م.م.ت. أن "دعوى المعارضة هي التي يقوم بها المطلوب للدفاع عن نفسه في دعوى موجهة عليه بقصد معارضة الطالب بما يطلبه منه أو لطلب المقاصة الحكيمة أو لطلب غرم في مقابل الضرر المتسبب عن القضية".

ويخلص من الفصل المذكور أن المطلوب بإمكانه رد الدعوى الأصلية وتقديم طلبات، وهذه الطلبات لا يتم ضم قيمتها إلى قيمة الدعوى الأصلية، إلا أنه إذا كانت قيمة الدعوى المعارضة متجاوزة لاختصاص قاضي الناحية فإنه يكون غير مختص للنظر في الدعويين ويقضي بعدم اختصاصه باستثناء صورة واحدة وهي إذا كانت الغاية من الدعوى المعارضة المطالبة بغرم ما نشأ عن الدعوى الأصلية من ضرر كمصاريف التقاضي وأجرة المحاماة وغرامة القيام تعسفيا. ففي هذه الحالة يكون قاضي الناحية مختصا بالنظر في دعوى المعارضة ولو فاق نصابها ما ينظر فيه قانونيا.

المبحث الثالث - الاختصاص الترابي للمحاكم :

إن قواعد الاختصاص الترابي تهدف في جملتها تمكين القضاء من أداء رسالته على أكمل وجه، وهذه القواعد تقتضي التيسير على المتقاضين وتمكين كل متقاض من أن يجد محكمة قريبة منه ويلجئ إليها دون عناء وبأقل ما يمكن من الكلفة، ولذلك فإن قواعد الاختصاص الترابي لا تهم النظام العام ويجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، غير أن المشرع في حالات استثنائية

ولعدة اعتبارات تتعلق بالنظام العام جعل الاختصاص الترابي في دعاوى معينة لمحكمة معينة بالذات من المحاكم، وعلى ذلك فإنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة تلك القواعد.

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

الفقرة الأولى - ميدان قاعدة مقر المطلوب وخيار المدعي :

إن قواعد الاختصاص الترابي تهم مصلحة الخصوم وينبغي البحث عن المحكمة المختصة ترابيا من بين المحاكم المختصة حكما، وتقتضي القاعدة التقليدية اختصاص المحكمة التي بدائلتها مقر المطلوب ضرورة أن المحكمة المختصة ترابيا لا تأثير له على أصل النزاع باعتبار أنه من العدل اختيار المحكمة الأقرب للمطلوب لتمكينه من الدفاع عن نفسه دون عناء لأنه بريء الدمة إلى أن يثبت خلاف ذلك وهو ما اقتضاه الفصل 30 من م.م.ت.، وهذا المنحى، وقبل التطرق إلى الاستثناءات الواردة على القاعدة وجب بيان منطاط تطبيقه ضرورة أن الفصل 30 من م.م.ت. وضع المبدأ وهو مقاضاة المطلوب بمقره إلا أن هذا المبدأ عرف تقيدها مما يدل أن الهدف ليس تحاشي تنقل المطلوب بقدر ما هو حسن سير القضاء بأن يؤخذ بعين الاعتبار الوضعية الاقتصادية وإقرار العدالة في النزاع وأكثر من ذلك وحتى في صورة عدم استثناء للقاعدة العامة من طرف المشرع فإن دراسة موضوعية للقاعدة تظهر أنه طرأت عليها بعض التعديلات التي أنقصت من أهميتها. إن التعديلات الواردة على القاعدة العامة قد ينهض أساسها المتمثل في أن المدعي الذي يادر بالقيام ولا شيء يثبت مبدئيا أن طلبه مدعم فمن المنطق أن يقود أمام المحكمة التي بدائلتها مقر المطلوب، غير أن هذا الأساس تفنده الوقائع التي يدور حولها النزاع ومثال ذلك النزاعات الشغلية التي يكون العامل في أغلبها طالبا ضرورة أن المؤجر هو

(1) للقرار التعقيبي عدد 570 المؤرخ في 1976/11/2 نشرية محكمة التعقيب 1976.

الذي يبادر بالطرد ويرد العامل الفعل بالقيام لدى المحكمة ولا بد من تسهيل الأمر له لقلة ما بيده والأمر كذلك بالنسبة للأطراف الضعيفة في العقود كالمؤمنين في عقود التأمين ومستحقي النفقة والمتضررين من حوادث المرور. والمشرع التونسي لم يبق غير مبال إزاء هذه النوعية من القضايا وسن بموجب الفصل 36 م.م.ت. اختياراً للمدعي بأن يقوم أمام المحكمة التي يقطع بدائرتها أو المحكمة التي بها مقر المطلوب وذلك في حالات مذكورة على وجه الحصر وسنتطرق إليها واحدة واحدة.

1 - الدعاوى في المادة العقدية :

إن الفصل 36 من م.م.ت. يخول الخيار للمدعي في رفع دعواه لدى المحكمة التي بها مقر المطلوب أو المحكمة التي بدائرتها نفذ العقد وأبرز هذه العقود عقد التأمين البري وكذلك عقد الشغل، إلا أن الصعوبة تكمن في تأويل أحكام هذه الفقرة وهل أن الخيار يسري في كل الحالات؟ لم يتعرض فقه القضاء التونسي لمثل هذه الحالات، في حين أن فقه القضاء الفرنسي اعتبر أن الدعوى المؤسسة على عقد تم فسخه لا تسمح بالخيار للمدعي⁽¹⁾ وكذلك الأمر إذا كان العقد محلي نزاع جدي⁽²⁾ أساس هذا الموقف هو أن يكون العقد المستند عليه صحيحاً، إلا أن هذا الرأي تم انتقاده من قبل الفقه، ذلك أن المحكمة حين تنظر في اختصاصها ما زالت في الجانب الشكلي من النزاع وحتى يمكنها النظر في صحة العقد فلا بد أن تمر إلى الأصل وذلك اعتراف باختصاصها رغم الحكم بعدم اختصاصها على أساس العقد الباطل. وبالإضافة إلى ذلك أن مكان تنفيذ العقد يوجب التردد في التأويل ضرورة أن العقود الملزمة لجانبين تستدعي تنفيذ التزامين في مكانين مختلفين، ولقد بين المشرع الفرنسي بالفصل 46 من مجلة المرافعات المدنية أن المقصود بمكان تنفيذ العقد هو مكان التسليم الفعلي لموضوع العقد وبإمكان المشرع التونسي تبني هذا الحل.

2 - الضرر الناتج عن جنحة أو شبه جنحة :

لقد خول الفصل 36 من م.م.ت. للمدعي المتضرر من جنحة أو شبهها القيام لدى

المحكمة التي بدائرتها تم الفعل الضار، إلا أن الإشكال يكمن في تحديد المكان الذي نشأ فيه الفعل الضار؟ فهل هو المكان التي نشأت فيه المسؤولية أو المكان الذي نشأ به الضرر؟ يبدو أن الحل الثاني أقرب إلى ميدان المسؤولية المدنية. كما أن المشرع منح المتضرر من جنحة القيام أمام المحكمة التي أوقف بها المظنون فيه.

3 - دعاوى استحقاق المنقول :

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

4 - حامل سند الأمر أو الكمبيالة :

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

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

وهذا الخيار لا يسري عند انتهاج طريق الأمر بالدفع باعتبار أن هذا الإجراء لا يحترم مبدأ المواجهة، وفي ذلك حد أدنى من حماية المدين بأن يقع القيام أمام المحكمة التي بها مقره وهو ما

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

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

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

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

اقتضاه الفصل 61 من م.م.ت. عندما نص أنه "يختص بالنظر في الأمر بالدفع القاضي الذي يوجد بدائرتها المقر الأصلي أو المختار للمدين أو لأحدهم إذا تعددوا ما لم يقع الاتفاق على خلافه ولا يمكن إعطاء الأمر بالدفع إذا كان المدين مجهول المقر أو كان مقيما خارج التراب التونسي".

5 - دعاوى النفقة :

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

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

الفقرة الثانية - الاستثناءات عن القاعدة العامة لحسن سير القضاء :

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

1 - الدعاوى العينية :

إن تطبيق قاعدة القيام على المطلوب بمقره تؤدي إلى تقسيم الدعاوى المتعلقة بحق عيني، ولقد تلافى المشرع هذه المساوي بأن أقر اختصاص المحكمة التي بدائرتها العقار ضرورة أنه من الأحسن مركزة النزاع أمام محكمة واحدة، ولقد عدد المشرع صلب الفصل 38 من م.م.ت. متعلق هذه الدعاوى وهي الاستحقاقية التي تهدف إلى حماية حق الملكية أو حماية حق عيني

حسبما ورد بالفصل 12 من مجلة الحقوق العينية الذي عرف حق الملكية والدعوى الهادفة إلى الحفاظ على رهن وهي التي تخول للدائن القيام للحفاظ على رهن موظف على العقار وكذلك الدعاوى الحوزية المذكورة بالفصل 51 من م.م.ت. والتي منحها المشرع لحائز العقار للمحافظة على حوزة أو لاسترجاعه أو لإيقاف الأشغال مع الملاحظة أن الدعوى الحوزية لا تكون كذلك إلا إذا كان الهدف منها حماية حقوق شخص على عقار أو حق عيني حائز له حيلزة فعلية وقانونية أي حوزا خاليا من العيوب ومستوفيا لجميع الشروط طبق أحكام الفصل 45 من مجلة الحقوق العينية وبأني الفصل 54 من م.م.ت. ليذكر بالشروط المذكورة سلفا بأن اشترط أن يكون الحوز متواصلا وهادئا وبدون شغب غير أن بعض فصول المجلة المدنية تبعث بعض الشك وخاصة الفصلين 747 و748 اللذان يتحدثان عن حوز المسوغ بالكف عن كل فعل يحول دون التصرف في المكري إلا أنه في الحقيقة لا تنتقل الملكية بالكراء ولا يسوغ للمتسوغ القيام بنفسه لكف شغب الغير ولا يمكن القيام إلا بالدعوى الشخصية لوضع حد لتشويش الغير وهذه الدعوى لا تنطبق عليها القاعدة القائلة باختصاص المحكمة التي بدائرتها العقار وبصفة عامة فإن الدعاوى الشخصية المتعلقة بعقار لا تنضوي تحت طائلة القاعدة القائلة باختصاص المحكمة التي بدائرتها العقار باستثناء حالة واحدة وهي المتعلقة بالدعوى المقامة لجبر الأضرار اللاحقة بالعقار وهذا الاستثناء وجيه ضرورة أن تقدير الضرر يستوجب اعتبارا عدليا وتوجها على العين عند الاقتضاء.

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

2 - الدعاوى المتعلقة بالتركات :

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

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

3 - الدعاوى المتعلقة بالإفلاس :

اقتضى الفصل 35 من م.م.ت. أن "جميع الدعاوى المتعلقة بالفلس ترفع لدى المحكمة التي بدائلها محل الاستغلال الأصلي". وسائر الفصل 446 من المجلة التجارية هذا التمشي ونص على أنه "يقرر التفليس بحكم من المحكمة التي بدائلها المركز التجاري الرئيسي بعد سماع النيابة العمومية، وفيما إذا قررت عدة محاكم في وقت واحد تفليس تاجر فإن الأحكام الصادرة بذلك تكون موجبة للتعديل بين المحاكم.

وبالتالي فإن طالب الصلح البسيط يكون لدى المحكمة التي توجد بها المؤسسة الأهم وهو ما اقتضاه الفصل 413 و434 من المجلة التجارية⁽¹⁾ وكذلك قضايا إبطال الصلح وهو ما اقتضته الفصول 443 و444 من نفس المجلة، وهذا الاتجاه انتهجه فقهاء القضاء ومن ذلك الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس والذي ورد صلبه أن "المحكمة المختصة بإعلان إفلاس إحدى الشركات هي المحكمة التي يقع بدائلها مركزها الرئيسي بشرط ألا يكون هذا المقر مختلاً اسمياً أو صورياً وقد يصبح في حيز الإمكان تفليس أحد فروعها أو وكالة تجارية عنها

(1) الفصول من 413 إلى 444 تجاري ألغيت بالقانون عدد 34 المؤرخ في 17/04/1995 المتعلق بإفلاس المؤسسات

متى انبثق وضع كليهما عن كيان يتمتع بنظام ذاتي خاص ومستقل به"⁽¹⁾ كما أن محكمة الاستئناف انتهجت نفس التمشي بقرارها الذي ورد صلبه أن "... المحكمة التي قررت التفليس تختص وحدها بالنظر في جميع الدعاوى المرتبطة به وهذا الاختصاص له مساس بالنظام العام..."⁽²⁾.

4 - دعاوى الضمان :

اقتضى الفصل 37 من م.م.ت. أن "دعاوى الضمان ترفع للمحكمة المنشورة لديها الدعاوى الأصلية أو التي سبق أن نظرت في تلك الدعاوى وذلك في حدود اختصاصها الحكمي" والضمان كما تم تعريفه هو التزام من شخص يدعى الضامن بأن يمنع عن شخص ثان وهو المتمتع بالضمان أي ضرر وأن يعرض له إذا ما حصل الضرر⁽³⁾ وأن ضمان الاستحقاق للمشتري من طرف البائع ضد كل شغب ناتج عن فعل الغير هو أحسن مثال وهو ما اقتضاه الفصل 632 من المجلة المدنية.

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

5 - الدعاوى الشخصية ضد الدولة :

اقتضى الفصل 32 من م.م.ت. أنه "ترفع لدى المحاكم المنتصبة بتونس القضايا التي تكون الدولة طرفاً فيها باستثناء القضايا المتعلقة بنظام تعويض الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية" ويطرح هذا الفصل إشكاليين أولهما يتعلق بمفهوم الدولة وثانيهما

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

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

(3) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني" - ص. 303.

بنوعية القضايا، يعني هل أن الاستثناء عن القاعدة العامة يشمل كل الدعاوى أو أن بعض القضايا تبقى خاضعة لنصوص تنظمها.

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

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

إن اختصاص محاكم تونس العاصمة بالنسبة للدعاوى التي تكون الدولة طرفا فيها يمثل امتيازاً من امتيازات السلطة العامة، إلا أنه لا يجب أن يؤخذ هذا المبدأ على إطلاقه ضرورة أن الفصل 32 من م.م.ت. يشير إلى استثناء وهو المتعلق بنظام تعويض الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية وذلك أخذاً بعين الاعتبار إلى بعض الوضعيات التي يمثل تنقلها إلى العاصمة للنقاضي أثقالا لكاھلها وربما التخلي عن النقاضي وضياعا للحق.

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

وبذلك بات من الواضح أن القضايا المقصودة بالفصل 32 من م.م.ت. هي الدعاوى

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

الشخصية التي تكون الدولة طرفا فيها يتم القيام بها أمام المحاكم الموجودة بتونس العاصمة، أما دعاوى تعويض الضرر الناتج عن حوادث الشغل والأمراض المهنية وكذلك الدعاوى العينية فتبقى خاضعة للنصوص التي تنظمها ولا يشملها الاستثناء.

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

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

أ - الاختصاص الترابي متصل بالأصل :

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

1 - الطبيعة القانونية لقاعدة الاختصاص الترابي :

يكون من غير المجدي إرادة استخلاص مبدأ عام للاختصاص الترابي ضرورة أن فكرة الامتياز الممنوح للمطلوب تبخرت ونجد أنفسنا أمام مجموعة من القواعد المختلفة عن بعضها البعض ومتصلة اتصالا وثيقا بالأصل ومنه تستمد سبب وجودها وللوصول إلى هذه القواعد الحديثة كان لا بد من التخلص من بعض المبادئ التقليدية والمتمثلة في وجود حدود مسطرة بين الحق والإجراءات المنظمة لمرفق العدالة وكل منها تنظمها اعتبارات خاصة ومستقلة عن بعضها البعض، إن مثل هذا التوجه وهمي وقد تجاوزته الأحداث ومساويه تكمن في منحه مكانة هامـ للأصل ويعتبر أن للإجراءات دورا ثانويا في حين أن أهداف النظام العام مهما كانت مظاهر

وقانون الإجراءات مرتبطة ارتباطاً وثيقاً باعتبار أن القاعدة القانونية دون تدخل القضاء تبقى مجرد اقتراح وإفراز إرادة لا تصبح واقعا إلا بترتيب جزاء ناجع من المحاكم، والمشرع التونسي قد تظن لهذا مثله مثل المشرعين المتطورين وعدل العدالة والمعطيات الذاتية لكل مؤسسة قانونية. وهذا الجهد تمثل في ملازمة المؤسسات وخلق قواعد اختصاص تتماشى معها ويكون أساسها العلاقة الرابطة بينها.

2- جزاء قواعد الاختصاص الترابي :

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

إلا أن هذه الحدود المسطرة بين نظامي الاختصاص الترابي والحكمي لا يمكن أن تصمد أمام الفهم الحقيقي للوقائع التي يثور فيها النزاع ضرورة أنه بين أهداف النظام العام مهما كانت مظاهره وأهداف الإجراءات يبدو اتصال وثيق مما يبرز توسع الاختصاص المطلق للمحاكم ومثال ذلك الاختصاص الممنوح للمحكمة التي يوجد بدائرتها العقار حسب أحكام الفصل 38 من م.م.ت. باعتبار أن توزيع النزاع على عدة محاكم يكون مناقضا لمركز الوثائق المتعلقة بنفس العقار وإمكانية تناقض الأحكام، ولقد نحت محكمة التعقيب هذا المنحى بخصوص القضية عدد 450 الصادر فيها حكم بتاريخ 5 ماي 1981 وتتمثل الوقائع في أن مجموعة من الورثة ما رسوا حق الشفعة بخصوص مناب تم بيعه من طرف شقيقهم وقضت محكمة باجأة الابتدائية بعدم سماع الدعوى فاستأنف الحكم أمام محكمة تونس إلا أنه في الأثناء أحدثت محكمة الكاف الاستئنافية بموجب المرسوم عدد 898 لسنة 1976 فتخلت محكمة تونس المتعده بالقضية لفائدة المحكمة الجديدة إلا أن هذه الأخيرة قضت بعدم الاختصاص على أساس الفصل 38 من م.م.ت. فتعقبت النيابة العمومية القرار للتعديل بين الحكام وانحصر النزاع في معرفة المحكمة المختصة ترابيا وهل يمكن اعتبار أن المحكمة المختصة هي محكمة تونس الاستئنافية

عملا بالفصل 41 من م.م.ت. ضرورة أن الحكم الابتدائي صادر عن محكمة راجعة لها بالنظر أو تغليب المبدأ القائل أن المحكمة المختصة هي التي بدائرتها العقار عملا بالفصل 38 من م.م.ت. ولقد طبقت محكمة التعقيب المبدأ الثاني مؤكدة أنه "من القواعد الأساسية والتي تهم حسن سير القضاء هي الواردة بالفصل 38 من م.م.ت. الذي أقر أن الاختصاص الترابي راجع للمحكمة التي بدائرتها العقار رغم أن المحكمة الصادرة عنها الحكم غير راجعة لأنظارها..." هذا القرار يحظى بالتأييد ضرورة أنه خير اختصاص المحكمة التي بدائرتها العقار على قواعد تنظيم طرق الطعن التي تهم النظام العام.

ولقد نحت عديد المحاكم هذا المنحى ومن ذلك محكمة ناحية تونس في حكم تتمثل وقائعه في أن المكلف العام بنزاعات الدولة قام على حائز لعقار مسجل بقابس طالبا كف شغبه فقضت المحكمة برفض الدعوى لعدم الاختصاص الترابي وعللت رأيها قائلة "وحيث ولئن كانت قاعدة الاختصاص الترابي لا تهم إلا مصلحة الخصوم فإنه بالنسبة للدعوى العينية اعتبرت محكمة التعقيب تطبيقا للفصل 38 من م.م.ت. أنها تهم النظام العام كلما تعلق الأمر بمركز النزاع مثل الشركات والجمعيات أين يجب اعتبار قاعدة اختصاص المحكمة التي بدائرتها المقر الاجتماعي وكذلك في مادة الموارث فالمحكمة المختصة هي التي فتح بدائرتها التركة وكذلك في مادة الإفلاس فالمحكمة المختصة هي التي بدائرتها مؤسسة المفلس وكذلك في العقارات فالمحكمة المختصة هي التي بدائرتها العقار الأهم، وكل هذه المواد ينتج عنها تشابك وتعقيد وتقدم المصلحة الظاهرة والبيئة على المصلحة الخاصة مما يترتب على ذلك فصل النزاع بصفة شاملة وأما محكمة تتمتع باختصاص مطلق وبهم النظام العام وتبعاً لذلك فإن الاتفاقات التي تهم اختصاص المحكمة في هذه المادة يجب إزاحتها وخاصة تمكين القاضي من إثارة عدم اختصاصه الترابي من تلقاء نفسه في خصوص هذه المواد والنزاعات وهو ما ذهب إليه الأستاذ بيرو عندما اعتبر أن "كل جزاء يصبح عديم الجدوى إذا قام الأطراف بقضية أمام محكمة معينة استنادا على اتفاق مخالف للقانون بدون أن يعارضه خصمه ببيان ذلك الاتفاق ولا يمكن للمحكمة أن تثير ع اختصاصها من تلقاء نفسها لتعلقه بمصلحة الخصوم"⁽¹⁾ وبالتالي لقد بات من الضروري أن نص

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

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

مسألة الاختصاص الترابي في مادة العقارات والشركات والإفلاس تهم النظام العام وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها وذلك حفظاً لمصلحة الخصوم ولحسن سير القضاء مثلاً هو الحال في لبنان أين وضع المشرع قاعدة الاختصاص الترابي الإلزامي⁽¹⁾ بالنسبة للدعاوى العينية وهو ما أكدته الأستاذة أمينة نمر في كتابها "أصول المحاكمات المدنية" ولقد انتهجت محكمة الاستئناف بتونس هذا المنحى في العديد من القرارات وأكدت أن "الاختصاص الترابي في الدعاوى العينية والمتعلقة بالشركات سواء كانت مرفوعة منها أو عليها ولئن كان اختصاصاً ترابياً فإنه إلزامي ولا يجوز مخالفته وللمحكمة إثارته من تلقاء نفسها"⁽²⁾.

وكثير من الفقهاء حالياً يعتقدون أن قواعد الاختصاص الترابي والتي تهم حسن سير القضاء في الحالات المذكورة سلفاً لا يمكن أن تقتصر على تلك الحالات ويمكن استعمال مؤسسة النظام العام لحماية الطرف الضعيف ومثال ذلك في مادة التأمين باعتبار المحكمة المختصة التي يقطن بدائرتها المؤمن له، وفي المادة الشغلية يجب اعتبار الاتفاق على الاختصاص الترابي باطلاً بطلاناً مطلقاً، ومن جهة أخرى وبخصوص الأمر بالدفع فإن اختصاص المحكمة التي بدائرتها مقر المطلوب هو اختصاص مطلق إلا أن المشرع خول بالفصل 61 من م.م.ت. الاتفاق حول المحكمة المختصة ترابياً.

ب - الاختصاص وحدة لا تتجزأ :

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

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

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

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

(1) حاتم قطران : "حول تطور نظرية الاختصاص الترابي"، المجلة القانونية التونسية - 1983 - ص. 461.

الفصل الثاني - القضاء الاستعجالي :

إن القضاء الموضوعي لأصل الحق قد لا يتلاءم في بعض الأحيان مع الحالات العاجلة التي تتطلب تدخلا فوريا للقضاء، ولذلك برزت فكرة الحماية الوقتية⁽¹⁾ والحماية الوقتية هي عبارة عن تدبير عملي اتخذته القضاء حسب إجراءات ضبطها القانون لحماية حق أو مركز قانوني معين مهدد بالزوال إلى حين الحصول على الحماية الموضوعية. ومن هذا المنطلق ظهرت مشكلة الاستعجال أو خطر التأخير في الحماية القضائية واستوجب الأمر التدخل بسرعة قبل وقوع الضرر النهائي. أساس هذا التدخل رجحان وجود الحق المطلوب حمايته، ويصل إلى ذلك القاضي عن طريق التثبت في المؤيدات تثبتا سطحيا باعتبار أن القضاء الاستعجالي لا يقيد القضاء الموضوعي علاوة على أن الحماية الوقتية تستغذ دورها وتتقضي بصور الحكم الموضوعي وتنفيذه.

والدعوى الاستعجالية ترفع بإجراءات مستقلة ونظمها المشرع تنظيميا محكما ولا بد من التطرق إلى شروط القضاء الاستعجالي وميدانه وإجراءاته والمحكمة المختصة وأثر الحكم الصادر فيها وطرق الطعن في ذلك الحكم.

الفقرة الأولى - شروط الدعوى الاستعجالية :

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

1 - شروط القيام استعجاليا :

اقتضى الفصل 19 من م.م.ت. أن "حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولان له حق القيام بطلب ماله من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام غير أن في المادة الاستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم اجب المحكمة رفض الدعوى إذا تبين لها من أوراق القضية أن أهلية القيام بها منعدمة

أصول المرافعات المدنية والتجارية

أو لم تكن للطالب صفة القيام بها...." ولذلك أن القائم بالدعوى يجب أن تتوفر فيه ثلاثة شروط وهي الصفة والأهلية والمصلحة.

أ - الصفة :

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

ب - الأهلية :

إن أهلية القيام استعجاليا مختلفة عن القيام في الأصل ويكفي أن تكون لرافع الدعوى مصلحة محققة وحالة في الإجراء المطلوب اتخاذه باعتبار أن وجود خطر ملم يمنع اتخاذ الإجراء العاد كاف لاعتبار الأهلية متوفرة وهو ما أقره المشرع التونسي عندما قبل القيام من القاصر، لكن على شرط توفر أمرين وهما أن يكون مميزا وأن يكون هناك خطر ملم. والفرقة بين القاصر المميز وغير المميز وردت بالفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية الذي اقتضى أن "الصغير الذي لا يتم الثالثة عشر يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة والصغير الذي تجاوز الثالثة عشر مم وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المح-

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

ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي" وبذلك أن الصبي الذي تجاوز الثلاثة عشر ولم يبلغ العشرين يمكنه القيام استعجاليا لحفظ حقه من التلاشي شريطة وجود خطر ملم وتقديره خاضع للقاضي الذي يستشف ذلك من ظروف الدعوى وملابساتها.

ج - المصلحة :

إن المصلحة في التقاضي الاستعجالي تختلف عنها في التقاضي الأصلي ويتكفي بالمصلحة المحتملة إذا كان الهدف من القيام هو دفع ضرر محقق أو الحيلولة دون زوال دليل لحق. ويتبين القاضي الاستعجالي من المصلحة من ظاهر الأوراق، وبالتالي يمكن قبول الدعوى التي تكون فيها المصلحة غير حالة متى ظهر أن فوات الوقت قد يؤدي إلى حصول الضرر. ومن أمثلة ذلك طلب سماع شاهد قبل قيام النزاع في الأصل الذي ينتظر فيه الاحتجاج بشهادة الشاهد الذي قد يكون مريضا على وشك الموت أو يكون مسافرا للخارج أين يقيم عادة.⁽¹⁾

2 - شروط قبول الدعوى :

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

1 - التأكد :

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

التطور الاجتماعي في الأوساط والأزمنة المختلفة.⁽¹⁾

أما فقه القضاء التونسي فقد اعتبر أن التأكد يتوفر إذا كان الطالب معرضا لضرر فادح أو إذا كان هناك خطر ملم بالإشكال المعروض على القاضي⁽²⁾ وكذلك رد الخطر المحقق أو الذي يخشى استفحاله بمرور الزمن أو حتى الضرر المحتمل الوقوع بوجه راجح.⁽³⁾

ب - عدم المساس بالأصل :

إن شرط عدم المساس بالأصل يوجب على القاضي عدم التعرض لصميم الحق أو أصل النزاع، والمقصود بأصل الحق هو السبب الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين والعلة في ذلك هو عدم سبق قضاء الموضوع في تقرير الحق. وبالتالي، إذا تبين له أن النزاع القائم يتسم بالجدية وأنه لا يمكن إصدار الحكم دون المساس بالموضوع أو أن الأمر يستدعي تأويل وتفسير الاتفاقات المبرمة بين الطرفين غير أنه عليه القضاء برفض المطلب لعدم الاختصاص الحكمي وللمساس بالأصل. غير أن هذا المنع لا يحول دون فحص الموضوع وأصل الحق من حيث الظاهر حتى يتوصل لتحديد الإجراء الوقتي الناجع وهو ما انتهجته محكمة التعقيب في العديد من القرارات التي انتهت للقول أن الحاكم الاستعجالي وإن كان ممنوعا من النظر في الأصل فإنه لا يغفل الدفوعات الجدية وليس له رفضها إلا إذا اعتبرها غير جدية وعلل اعتباره بمستند مقبول⁽⁴⁾ وكذلك "أنه لقاضي الأمور المستعجلة أن يتخذ الوسائل الحافظة للحقوق بناء على ما يعرض عليه من الحجج السالمة في الظاهر من الطعن لأن ذلك لا يمس من أصل الحق"⁽⁵⁾ والمثال الممكن ضربه هو دعوى الخروج من المكربى لانتهااء المدة ودفع المكثري بعدم الاختصاص لتجدد العقد ضمينا لنفس المدة بنفس الشروط، ففي هذه الحالة على قاضي العجلة التثبت من ذلك والبحث فيما إذا كانت الوقائع والمستندات المقدمة تدل على حصول التجديد من عدمه، فإن بدا له وجود شبهة

(1) محمد علي رشدي : "قاضي الأمور المستعجلة" - ص. 51.

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

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

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

(5) القرار الاستئنافي عدد 33433 الصادر في 2 فيفري 1972 - مجلة القضاء والتشريع عدد 3 لسنة 1972.

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

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

قوية في حصول التجديد قضى برفض المطلب وإلا قضى بالخروج لانتهاء المدة. أما التصدي لمسألة هي محل خلاف قانوني فقها وقضاء فهي غير معتبرة من قبيل المساس بالأصل ضرورة أن الجدل حول تأويل نص قانوني لا يعتبر مساساً بالأصل بل لقاضي العجلة في هذا الشأن حق الاجتهاد وترتيب المقصد من ذلك النص ومثال ذلك مسألة قيام المتسوغ استعجالياً لإخراج واضع اليد على العقار لعدم الصفة، فذهبت بعض المحاكم إلى أن المتسوغ له الصفة والحق في القيام باعتباره متصرفاً في العقار بموجب عقد صحيح، في حين ذهبت محكمة الاستئناف بتونس إلى أنه لا يسوغ للمكري القيام بنفسه لكف شعب الغير ولا يمكنه القيام إلا بالدعوى الشخصية لوضع حد لتشويش الغير وهو ما اقتضاه الفصلان 747 و748 من المجلة المدنية للذان يتحدثان عن حوز المتسوغ ويجبران المسوغ بالكف عن كل فعل يحول دون التصرف في المكري. كما أن صوراً تطبيقية عديدة تدعو إلى إجراء معايينة على عين المكان ولا يعتبر ذلك نيلاً من أصل الحق⁽¹⁾ لأن مرماه التثبت من وجهة الطلب الاستعجالي على حالته للوصول إلى الإجراء الوقتي المطلوب. وهذا التمشي الذي بدأه المرحوم القاضي عبد الوهاب بن عامر عندما كان وكيل رئيس بالمحكمة الابتدائية بتونس خلال الثمانيات وسار على هذا التمشي قلة من القضاة منهم القاضي أحمد عظم رئيس المحكمة الابتدائية بالمهدية الذي أجرى توجهها على العين للتثبت من ادعاء مفارقة طلبت تمكينها من مدرج يصل محل الزوجية المحكوم ببفائها به صحبة محضونيتها بسطحه نسبت إلى مفارقتها الاستيلاء عليه ففزع بأنه في تصرفه منذ وقت طويل سابق للقيام وأكدت المعايينة صدق أقواله باعتبار أنه حائز له صحبة زوجته الجديدة وابنيه منها فقضى برفض المطلب⁽²⁾.

الفقرة الثانية - ميدان القضاء الاستعجالي وإجراءاته :

1 - ميدان القضاء الاستعجالي :

إن ميدان ولاية القاضي الاستعجالي واسع إلى أبعد الحدود ضرورة أن الفصل 201 من

م.م.ت. اقتضى أنه "يقع النظر في جميع الحالات المحفوفة بالتأكد ودون مساس بالأصل..." ولذلك ستتولى استعراض بعض الحالات التي تعرض إليها القضاء الاستعجالي ويكون ذلك على وجه الذكر لا الحصر.

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

إن عقود الكراء المحددة المدة توجب أن يبارح المتسوغ المكري دون أن يتم التنبيه عليه، إلا أن بعض المتسوغين يعتمدون إلى البقاء بالمكري فيقوم المالك بالقيام استعجالياً طالباً الحكم بإلزام المتسوغ بالخروج من المكري لانتهاء المدة ويكون القاضي الاستعجالي مختصاً للحكم بذلك ضرورة أن المتسوغ يتصرف في العين بدون وجه قانوني لأن العقد قد انقضى، أما إذا واصل المالك قبض معينات الكراء ودون التنبيه على المتسوغ بالخروج فإن العقد يكون قد تجدد لنفس المدة وبفس الشروط عملاً بالفصل 793 من المجلة المدنية ولا يمكن الحكم بالخروج لتجدد العقد.

كما يختص القاضي الاستعجالي بالحكم بالخروج من المكري إن لم يدفع المكثري معينات الكراء في الأجل المتفق عليه، إلا أن الحكم بالخروج لا ينفذ إذا سدد المحكوم عليه معينات الكراء، وذهبت بعض المحاكم إلى إرجاع المتسوغ إلى المكري بعد تنفيذ شريطة دفع معينات الكراء أو تأمينها لفائدة المالك وعلى أن لا يتعلق الأمر بحق الغير⁽¹⁾.

وكذلك اختصاص القاضي الاستعجالي يمتد إلى دعاوى الخروج لعدم الصفة أي أن واضع اليد يتصرف في العين بغير سند قانوني، وبذلك إذا كان التصرف يستند على عقد لم يفسخ أو لم ينقض رضاء أو قضاء وهو ما أقرته محكمة التعقيب المصرية عندما أكدت أنه "إذا زال السند القانوني الذي يخول للحائز حيازة العين اختص القاضي الاستعجالي بطرده على اعتباره يضع يده بدون سند شريطة أن لا يقوم نزاع جدي حول واقعة الغصب فإذا كان ذلك تعين الحكم بعدم الاختصاص⁽¹⁾."

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

(2) حكم ابتدائي عدد 4113 صادر في 30 ديسمبر 1992 عن المحكمة الابتدائية بالمهدية ذكره القاضي أحمد

عظم - المرجع السابق - ص. 39.

(1) محكمة النقض المصرية - القرار الصادر في 28 أكتوبر 1954 - مجموعة القواعد القانونية 1954 -

ب - تقسيط الديون والإمهال :

اقتضى الفصل 137 من المجلة المدنية أنه "ليس للمجلس أن يضرب أجلاً لعقد أو يمهله على وجه الفضل إذا لم يكن بمقتضى العقد أو القانون وليس له أن يمد في الأجل الذي حدده العقادان أو القانون ما لم يكن مأثوناً في ذلك من القانون غير أنه فيما عدا استخلاص دين دولي أو بلدي أو دين راجع لمحل عمومي دولي يمكن إعطاء أجل معقول لتنفيذ الحكم مع اتخاذ الاحتياطات الكبرى وعدم وقوع ضرر فادح للدائن وذلك عندما يبين المدين أن الأجل المذكور يسهل الخلاص حيث يمكن له اقتراض مال تحت شروط أحسن من القديمة أو عندما يبين أن عدم التنفيذ سببه خارج عن إرادته وهذا الأجل يمكن أن يفوق عاماً واحداً ولا يمكن تجديده وللحاكم أن يرخص للمدين أن يبرئ ذمته بدفعات متوالية ويجب أن يسجل بالحكم سبب إعطاء الأجل الذي يبتدئ يوم الإعلام بالحكم".

ويخلص من الفصل المذكور أنه بإمكان القاضي الاستعجالي تقسيط الدين أو إمهال المدين شريطة أن تكون المهلة معقولة وأن تبرر ذلك حالة المدين بدون أن يلحق المحكوم له ضرر جسيم، وهذا العامل أساسي عند التقدير لأن الأصل مراعاة حق الدائن الذي استحق دينه بموجب حكم والأصل سرعة تنفيذ الأحكام حتى يطمئن المتقاضون على حقوقهم، وزيادة على ذلك لا يمكن إزالة الضرر بضرر أشد لا يبرره سوى العطف على الطرف الضعيف. وممن أمثلة ذلك إمهال المتسوغ الذي قضى بخروجه وله أبناء يدرسون، فالأنسب أن يتم الإمهال إلى موفى السنة الدراسية وهو ما قضت به المحاكم في العديد من الأحكام⁽¹⁾.

ج - التحويل بالعقار المنتزعة للمصلحة العمومية :

اقتضى الفصل 16 من القانون عدد 58 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 أن المنتزعة لفائده لتحويل بالعقار يجب عليه استصدار حكم استعجالي بعد دفع غرامة الانتزاع إلى المستحقين أو تأمينها. والعقارات غير المبنية وغير المغروسة المنتزعة يتم تقدير قيمة الغرامة الوقتية في شأنها للقاضي الاستعجالي. أما إذا كانت العقارات مبنية ومغروسة فإن القاضي ملزم بتعيين خبير على الأقل أو ثلاثة خبراء على الأكثر لتقدير تلك القيمة في أجل أقصاه شهر عملاً بالفصل 19 من القانون المذكور. كما أن الطعن في القرار الاستعجالي بالاستئناف هو من اختصاص المحكمة

(1) القرار التعقيبي عدد 5013 الصادر في 15/6/1967، م.ق.ت. عدد 2/1 لعام 1969، ص. 21.

الإدارية عملاً بأحكام الفصل 49 من القانون الحالي وأحكام القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلق بإحداث المحكمة الإدارية وأجل الاستئناف شهر من تاريخ الإعلام بالحكم المطعون فيه عملاً بأحكام الفصل 29 من القانون المذكور.

د - الاعتراض على أجرة الاختبار :

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

هـ - طلب الرجوع في الإذن على عريضة :

اقتضى الفصل 219 من م.م.م.ت. أنه "يمكن للحاكم في كل الصور الرجوع في الإذن 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 بالادعوه فيها للحضور لدى الحاكم الذي أصدر الأذن في أجل أقصاه ثمانية أيام، والحكم الص بمناسبة طلب الرجوع في الإذن يجب تعليله".

وهذه الدعاوى الاستعجالية والراجعة بالنظر إلى كل من يصدر عنه الإذن ويمكن أن يكون قاضي العرف ضرورة أن مجلس الشغل أوكلت له أمر إصدار الأذن على العرائ لاتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية الرامية إلى منع رفع الأشياء الصادرة في شأنها الشد

أو نقلتها من مكانها إلى آخر أو إفسادها.

و - الأذن بإيداع أو توزيع ثمن بيع الأصل التجاري :

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

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

ز - تعيين المحكم استعجاليا أو عزله :

لقد خول الفصل 18 من مجلة التحكيم لرئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بذاتها مقر التحكيم تعيين المحكم بقرار استعجالي بطلب من أحد الأطراف، ويكون القرار غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن وعلى أن يتم مراعاة المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم والاعتبارات الضامنة لحياذه واستقلاليته. والمعروف أن المحاكم تكون غير مختصة إذا كان النزاع منشورا أمام هيئة تحكيم بموجب اتفاقية تحكيم عملا بأحكام الفصل 19 من مجلة التحكيم، أما القاضي

الاستعجالي فيبقى اختصاصه قائما طالما لم تباشر هيئة التحكيم أعمالها، أما إذا باشرتها فإنها تكون مختصة لاتخاذ أي وسيلة وقتية، غير أن الفصل 54 من مجلة التحكيم بالنسبة للتحكيم الدولي خول للقاضي الاستعجالي أن يتخذ الإجراءات الوقائية قبل إجراءات التحكيم أو أثناءها.

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

- يعين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس المحكم الثالث إذا لم يقم بذلك المحكمان المعنيان من الأطراف خلال ثلاثين يوما من تعيينهما كما يمكنه تعيين المحكم الثاني إذا رفض أحد الأطراف تعيينه بعد تسلم طلب في ذلك، ويكون التعيين بناء على طلب من أحد الأطراف.
- كما أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس يقوم بتعيين المحكم الوحيد إذا لم يتوصل الأطراف لذلك وعلى أساس طلب من أحدهما.
- يمكن لأحد الأطراف تقديم طلب عزل المحكم الذي أصبح غير قادر على أداء مهمته أو تغيب عن القيام بها خلال أجل قدره ثلاثون يوما.

ر - صور التجارة البحرية :

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

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

- الإنزاع برفع العقلة عن السفينة :

اقتضى الفصل 105 من م.ت.ب. أنه "للحاكم الذي أذن بإجراء العقلة أن يقرر رفعها حسب

الشروط والصيغ المنصوص عليها بالفصل 219 من م.م.ت. وعليه أن يأذن برفع العقلة حالاً في صورة تقديم كفيل مليء وذلك فيما عدا الصور التي أجريت فيها العقلة بموجب الديون المنصوص عليها بالفقرة 14 من الفصل 101 من م.ت.ب. وأن القاضي الذي يأذن بإجراء العقلة أو رفعها هو قاضي الناحية أو رئيس المحكمة كل في حدود اختصاصه باعتبار أن السفينة منقول وأن الأمر يتعلق بعقلة تحفظية في حين أن العقلة التنفيذية إجراءاتها مختلفة حسب الحمولة، فإذا فاقت العشرة أطنان حجمية فإن أحكام التثبيت بخصوص العقارات هي التي تنطبق عليها، أما إذا قلت الحمولة عن العشرة أطنان فإن أحكام بيع المنقول هي التي تنطبق عليها.

كما أن إمكانية رفع العقلة واردة صلب الفصل 138 من م.ت.ب. الذي اقتضى أنه "إذا سبقت عقلة السفينة وقدم المعقول عليه ضماناً يفي بأقصى حد مقرر للمسؤولية المحدودة وأن الضمان المذكور مرضي وأنه من المحقق أن يستفيد منه الدائن وأن الأمر يتعلق بدين ترتب عن نفس الحادث الذي كان سبباً في تكوين المال المحدود وإذا كان الضمان دون المبلغ المحدود وإذا توالى طلبات متعددة في الضمان فإن نتائج ذلك تقع تسويتها باتفاق بين الخصوم أو من طرف الحاكم اجتناباً لتجاوز حد المسؤولية..."

2 - إجراءات التقاضي الاستعجالي :

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

والإشكال المطروح هو كيف ومتى يتم احتساب أجل الثلاثة أيام ؟ فمن قائل أن المشرع قد صرح أن الإجراءات المعتمدة هي المعمول بها لدى محكمة الناحية وفي هذا الصدد اقتضى الفصل 48 من م.م.ت. أنه "في صورة استدعاء الخصوم كتابة ينبغي أن يكون الأجل المعين

للحضور لا يقل عن ثلاثة أيام بين يوم بلوغ الاستدعاء واليوم المعين للحضور. في حين ذهب البعض الآخر⁽¹⁾ على اعتبار أنه لا مجال للقياس في المادة الإجرائية وأن رغبة المشرع منصرفاً إلى التمييز بين حالتين وفي صورة القضاء الاستعجالي فإن الأول لا يحسب ويحسب اليوم الأخير وهو ما أقره فقه القضاء اعتماداً على الفصول 140 وما بعده من المجلة المدنية ضرورة أن الأول اقتضى أن "يوم ابتداء عد مدة الأجل لا يكون معدوداً منه وإن قدر بالأيام فإنه يتم عند تمام اليوم الأخير منه".

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

3 - الإجراءات لدى محكمة الدرجة الثانية :

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

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

(1) أحمد عظم - خصائص القضاء الاستعجالي: محاضرة بالمعهد الأعلى للقضاء بالملتقى المنعقد حول القضاء الاستعجالي - 1996 - ص. 8.

الفقرة الثالثة - المحكمة المختصة استعجاليا :

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

1 - اختصاص محاكم الدرجة الأولى :

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

أ - نظر رئيس المحكمة الابتدائية :

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

ب - نظر قاضي الناحية :

اقتضى الفصل 39 من م.م.ت. أن قاضي الناحية لا ينظر استعجاليا إلا في :

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

ج - نظر قاضي العرف :

اقتضى الفصل 208 من مجلة الشغل أن قاضي العرف مختص لاتخاذ جميع الوسائل التحفظية منعا لرفع الأشياء الصادرة في شأنها الشكوى أو نقلها من مكانها إلى آخر أو إفسادها وذلك بموجب إذن على عريضة. ولما كان الرجوع في الأذن على العرائض من اختصاص القاضي الذي أصدرها عملا بأحكام الفصل 219 من م.ش فإن قاضي العرف مختص استعجاليا للنظر في مطالب الرجوع في الأذن الصادرة عنه.

2 - اختصاص محاكم الدرجة الثانية :

يختص رئيس محكمة الاستئناف بالنظر استعجاليا في صور مذكورة على وجه الحصر وستتطرق إليها واحدة واحدة :

- أ) اقتضى الفصل 126 من م.م.ت. أنه بإمكان رئيس المحكمة المرفوع لديه الاستئناف أن يأذن استعجاليا بعد سماع الطرفين بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه والواقع إكساؤه بالتنفيذ الوقي لمدّة شهر إذا تبين له خرق أحكام الفصلين 125 و 126 من م.م.ت. وذلك بحكم غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن. وهذه الصورة تجمع بين رئيس محكمة الاستئناف عندما يكون الحكم صادرا عن المحكمة الابتدائية ورئيس المحكمة الأخيرة عندما يكون الحكم صادرا عن قاضي الناحية في حدود اختصاصه وقابلا للطعن بالاستئناف أمام المحكمة الابتدائية.
- ب) اقتضى الفصل 146 من م.م.ت. أن "استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها غير أنه يجوز لرئيس المحكمة ذات النظر أن يأذن بتوقيف تنفيذ الأحكام الموصوفة غلطا بكون نهائية..." وبذلك أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف يمكنه النظر استعجاليا في مثل هذه الصورة إلا أن التنقيح المتواتر لمجلة المرافعات المدنية والتجارية لم يترك أثرا لأ صورة من الصور التي يكون فيها القضاء نهائيا وأصبحت أحكام قاضي الناحية والمحكمة الابتدائية كلها قابلة للاستئناف⁽¹⁾.

(1) - القانون عدد 14 المؤرخ في 3 أبريل 1980.

القانون عدد 87 المؤرخ في غرة سبتمبر 1986.

- القانون عدد 59 المؤرخ في 23 ماي 1994.

ج) اقتضى الفصل 209 من م.م.ت. أنه بإمكان رئيس محكمة الاستئناف وقف تنفيذ الأحكام الاستعجالية إذا تبين الخرق الواضح لأحكام الفصل 201 من م.م.ت. بموجب إذن يصدر بعد سماع الأطراف، وهذا القرار غير قابل للطعن ولو بالتعقيب.

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

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

و) اقتضى الفصل 113 مكرر من م.م.ت. أن قرار تسعيرة مصاريف وأجرة الاختبار قبل 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 إلى الخبير أو إلى الطرف الذي يهيمه الاختبار بواسطة أحد العدول المنفذين تتضمن دعوته للحضور بمكتب الحاكم الذي أصدر القرار في ميعاد أقصاه ثمانية أيام وإلا سقط الاعتراض ويقع البت في الاعتراض بحكم معلل غير قابل للاستئناف وذلك في أجل لا يتجاوز الثمانية أيام⁽¹⁾ والاعتراض لا يوقف أداء الأجور والمصاريف المسعرة وإبابة المحامي غير ضرورية في الاعتراض على قرار تسعيرة المصاريف وأجرة الاختبار.

ز) اقتضى الفصل 254 من م.م.ت. أنه "إذا تلفت النسخة التنفيذية التي تسلمها الخصم الذي صدر له الحكم وذلك قبل التنفيذ فيمكنه الحصول على نسخة ثانية بحكم استعجالي من رئيس المحكمة بعد استدعاء الخصوم كما يجب وبشرط إعطاء ضامن مالي إلا إذا اعترف المحكوم لصالحه بأن الحكم لم يقع تنفيذه".

وهذا الفصل رغم وضوحه وبساطة ألفاظه قد أثار جدلا ضرورة أن كل من محكمة أريانة

الابتدائية وكذلك محكمة المهدية⁽¹⁾ اعتبرتا أن القاضي المختص للأذن بتسليم نسخة تنفيذية ثانية هو رئيس المحكمة المصدرة للحكم في حين يرى المرحوم عبد الوهاب بن عامر⁽²⁾ خلاف ذلك حتى يتسنى احترام مبدأ التقاضي على درجتين ولا يحرم أحد الأطراف من درجة من درجات التقاضي ولذلك فإن القيام يكون دائما أمام محكمة الدرجة الأولى حتى وإن كانت النسخة التنفيذية المطلوبة صدر الحكم بشأنها من محكمة الاستئناف ولا يعد ذلك خرقا للترتيب القضائي ضرورة أن الإذن موجه لكتابة المحكمة.

الفقرة الرابعة - حجية الحكم الاستعجالي وطرق الطعن فيه :

1 - حجية الحكم الاستعجالي :

استقر رأي الفقهاء على اعتبار الأحكام الصادرة من القاضي الاستعجالي هي أحكاما وقتية ولا تحوز قوة الأمر المقضي فيما قضت به، فلا تلزم محكمة الموضوع عند الفصل في أصل النزاع بالأخذ بالأسباب التي استند إليها القاضي الاستعجالي في الحكم بالإجراء الوقتي، ومع ذلك لهذه الأحكام حجية الأمر المقضي فيه ضرورة أن كلا من القاضي الذي أصدر الحكم وطرفي النزاع ملزمون بما قضى به الحكم وينبغي على ذلك عدم إمكانية العدول عنها إلا عند تغيير الأسباب التي على أساسها صدر الحكم أو جد من الأمور ما يوجب تجاوزها.⁽³⁾ وبذلك يبدو جليا أن الأحكام الاستعجالية لا تحوز حجية الشيء المحكوم به لأنها وقتية ولا تؤثر في أصل الحق، إلا أن ذلك لا يعني إمكانية إثارة النزاع الذي فصل فيه القاضي الاستعجالي من جديد طالما لم يتغير مركز الأطراف ولا الأسباب التي على أساسها صدر الحكم، وبالتالي إذا تم الدفع أمام القاضي الاستعجالي بسابقة صدور حكم في موضوع النزاع المطروح أمامه فعليه بحث وقائع الدعوى ومستندات الطرفين وأسباب الدعوى السابقة لمعرفة مدى حصول تغيير من عدمه.

(1) المحكمة الابتدائية بالمهدية - الحكم عدد 4953 الصادر في 23 أبريل 1995 ذكره القاضي احمد عظم -

المرجع السابق ص. 16.

(2) القاضي عبد الوهاب بن عامر: "القضاء الاستعجالي" - جريدة الصباح 21 ماي 1995.

(3) "الوجيز في المرافعات" - الدكتور محمد إبراهيم - ص. 422.

والإشكال الثاني يطرحه الحكم الاستعجالي هو مدى اعتباره عملاً قاطعاً لسريان التقادم المكسب أو المسقط.

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

- إذا قام الغريم على مدين وطالبه بالوفاء بما عليه على طريق الحاكم وعلى غير طريقه بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى حاكم لا نظر له في النازلة أو كان باطلاً لنقص في صورته القانونية.

- إذا طلب الغريم تقييد دينه مع بقية ديون المفلس.

- إذا اتخذ الغريم عملاً من الأعمال القانونية لحجز أموال مدينه أو لاستيفاء حقه منها أو استأذن ممن له النظر في اتخاذ تلك الوسائل".

ويستنتج من الفصل المذكور أن القيام استعجالياً إذا كان الهدف منه المطالبة بدين أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لحجز مال المدين يعتبر عملاً قاطعاً لسريان المدة والقطع يقتضي أن احتساب المدة لسقوط الحق أو كسبه تبدئ من جديد بداية من إثبات العمل.

2 - طرق الطعن في الحكم الاستعجالي :

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

أ - حالات عدم قابلية الأحكام الاستعجالية للطعن :

بالرجوع إلى مجلة المرافعات المدنية والتجارية نجد أنها تضمنت أربع حالات يكون فيها

الحكم الاستعجالي غير قابل للطعن بأي وجه من الوجوه، وهذه الحالات هي :

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

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

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

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

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

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

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

(2) التماس إعادة النظر :

لقد خول الفصل 156 من م.م.ت. التماس إعادة النظر في الأحكام النهائية من طرف المحكمة التي أصدرت الحكم وذلك إذا توفرت عدة شروط ذكرت على سبيل الحصر. ويعود الأطراف إلى الوضع الذي كان عليه قبل صدور الحكم وي طرح النزاع من جديد.

إلا أنه بالنسبة للمادة الاستعجالية لقد استقر رأي الفقهاء على عدم جواز الطعن بالتمسار إعادة النظر لأن الالتماس طريق طعن غير عادي ولا يجوز إتيانه إلا في الأحكام الصادرة بصفة نهائية، أما الأحكام الاستعجالية فلا تفصل نهائيا في أصل النزاع بل هي أحكام وقتية ولا تؤثر على أصل النزاع.⁽¹⁾

(3) التعقيب :

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

- على المستوى الإجرائي : إن المادة الاستعجالية مادة دقيقة وتهم مصالح المواطنين وبالتالي بد من إفرداها بإجراءات خاصة وسريعة وحتى لا تشل مصلحة المواطن، بالإضافة إلى ضرور إكثار عدد القضاة في المادة الاستعجالية ولفت انتباههم إلى الإسراع في فصل القضايا الاستعجالية
- على المستوى الاجتماعي : إن الحكم الاستعجالي القاضي بالخروج من المكرى سواء المع للسكنى أو الاستغلال التجاري إذا ما تم تنفيذه وقام المحكوم عليه بالطعن بالتعقيب فإنه يأمل ينظر في طعنه خلال أسبوعين على أقصى تقدير حتى يتم إنصافه، أما إذا طال تعهد المحكم واستمر لمدة سنة أو سنتين فإنه من المستحيل إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم الواقع تنفيذه. ولذلك فإننا نهيىب بالمشرع أن يتدخل في المادة الاستعجالية ويضبط إجراءات خاد تماشى ودقة وخطورة هذه المادة.

ب - الطعون التي خولها القانون :

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

(1) الاعتراض :

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

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

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

وأن عدم إمكانية الاعتراض لا تعني بالضرورة أن الحكم سينفذ ضرورة أن المشرع أتاح للغير أن يستشكل تنفيذ الحكم لدى القاضي الاستعجالي الذي إذا رأى أن الإشكال جدي يوقف التنفيذ ويضرب أجلا للمستشكل لرفع الأمر لمحكمة الأصل التي بمجرد تعهدها تتوقف التتبعات إلى أن يقع النطق بصفة باتة في الدعوى.

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

الفصل الثالث - العمل الولائي :

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

إلا أنه ولئن أجمع الفقهاء على تعداد هذه الأعمال وتحديدتها من بعض التشريع إلا أنه لم يتم تعريفها بصفة دقيقة مما يوجب علينا التطرق في فقرة أولى إلى معايير تمييز العمل الولائي ثم إيراد تطبيقات من الأعمال الولائية بتشريعاتنا كالإذن على عريضة.

الفقرة الأولى - معايير تمييز العمل الولائي :

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

1 - المعيار الشكلي :

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

- إن بعض الأعمال القضائية تصدر في صورة أمر وعلى أساس عريضة دون احترام مبدأ المواجهة وهي صورة الأمر بالدفع التي نظمته الفصول من 59 إلى 67 من م.م.ت.
- في بعض الأحيان لإصدار عمل ولائي لابد من استدعاء الأطراف أمام القاضي الذي

سيصدر الإنذار ويتولى سماع الأطراف، ومن هذه طلب تعيين مصف لتركه عملاً بأحكام الفصل 135 من مجلة الحقوق العينية⁽¹⁾.

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

2 - معيار انعدام النزاع :

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

- إن العمل ولئن كان ولائياً فإنه غالباً ما يؤثر على مصالح الآخرين ومن ذلك الإنذار ببلجاء عقلة توقيفية الذي يجمد أموال المدين تحت يد المعقول بين يديه.
- قد يتفق الأطراف على الظهور في منازعة أمام القضاء للحصول على حكم يؤكد حقوقهما التي اتفقا عليها، وبالتالي في الحقيقة لا وجود لأي نزاع ورغم ذلك يعتبر القرار الصادر حكماً قضائياً.

3 - العمل الولائي عمل منشئ :

أمام عدم صمود المعيارين السالفي الذكر للنقد وعدم صلاحهما لتمييز العمل الولائي عن العمل القضائي اقترح عدد من الفقهاء⁽²⁾ معياراً ثالثاً يمكن بمقتضاه تمييز العمل الولائي وتكون خصائصه كما يلي :

- إن العمل الولائي يكون دائماً ذا أثر منشئ في حين أن العمل القضائي موضوعه رابطة قانونية سابقة ويرمي إلى تطبيق إرادة القانون.
- إن العمل القضائي يفترض دائماً وجود خصم سواء حضر بالجلسة أم لم يحضر، في حين

(1) إلى جانب م.ح.ع. راجع قانون عدد 71 المؤرخ في 1997/11/11 المتعلق بالمصفين والمؤتمنين العدليين.

(2) وجدي راعب : "النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات" - رسالة دكتوراه 1984 - ص. 122.

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

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

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

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

2 - إجراءات الأذن على العرائض :

إن إجراءات الأذن على العرائض مختلفة حسب توفر عنصر التأكد من عدمه. ففي الحالات العادية يقتضى الفصل 215 من م.م.ت. أنه "تحرر المطالب في نظيرين على كذاغذ متتبر وتقدم في يوم تاريخها مرفقة بمؤيداتها" ويجوز تقديم المطالب من المعني بالأمر بمفرده أو ينيب عنه محامياً للقيام بهذه الإجراءات.

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

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

3 - الطعن في الأذن على العرائض :

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

أ - طلب الرجوع في الإذن :

اقتضى الفصل 219 من م.م.ت. أنه يمكن للحاكم في كل الصور الرجوع في الأذن

أن العمل الولائي يهدف إلى إعانة الفرد على تحقيق إرادته كالوالد الذي يريد تزويج ابنته القاصر ويستصدر إذنًا بالزواج، وبالتالي فإن الخصومة منعقدة في العمل الولائي، لكن قد يؤدي إلى الإضرار بمصالح الغير، لكن هذا الشخص، لا يعتبر خصماً لغياب الرابطة القانونية السابقة التي تخول القيام لدى القضاء لحماية الحق المعتدى عليه.

- إن العمل القضائي يطعن فيه لدى محكمة الدرجة الثانية وذلك بالاستئناف، في حين أن العمل الولائي يقع طلب الرجوع فيه من القاضي الذي أصدره ثم يطعن بالاستئناف (219 - 222 من م.م.ت.). كما يمكن طلب إبطال العمل الولائي لدى المحكمة الابتدائية ومثال ذلك حجة الوفاة التي تم طلب الرجوع فيها لعدم توفر صفة الوارث في من استخرجها إلا أن قاضي الناحية رفض ذلك، في هذه الحالة يقع القيام لدى المحكمة الابتدائية لطلب إبطال حجة الوفاة وإلغاء مفعولها.

الفقرة الثانية - تطبيقات من الأعمال الولائية : الإذن على عريضة :

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

1 - ميدان الأذن على العرائض :

اقتضى الفصل 214 أنه "يمكن للحكام بشرط وجود خطر ملم أن يصدرُوا أذوناً على المطالب في اتخاذ جميع الوسائل لحفظ الحقوق والمصالح التي لا يمكن أن تبقى بدون حماية وذلك حسب القواعد الاعتيادية لمرجع النظر".

ويستخلص من الفصل المذكور أن ميدان الأذن على العرائض شبيه بميدان القضاء الاستعجالي ضرورة أن الأساس واحد ومتطابق وكلاهما يستند إلى وجود التأكد والخطر الملم ويهدف إلى اتخاذ وسائل وقائية وحماية قصد المحافظة على الحقوق وتأمين المصالح دون المساس بالأصل.

الصادرة عنه وذلك بعد الاستماع إلى الخصوم. ويجب على طالب الرجوع في الإذن تقديم عريضة يبلغها لخصمه بواسطة العدل المنفذ في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ علمه بالإذن ويدعوه فيها للحضور لدى الحاكم الذي أصدر الإذن في ميعاد أقصاه ثمانية أيام.

"والحكم الصادر بمناسبة طلب الرجوع في الإذن يجب تعليقه".

ويفهم من الفصل المذكور أن المحكوم عليه أي الصادر ضده الإذن هو الذي من واجبه اتباع طريقة الرجوع في الإذن إن أراد الطعن وبيان أوجه الطعن ضرورة أن القاضي ملزم بسماع الخصوم، ومطلب الرجوع يتم رفعه إلى نفس المحكمة التي أصدرت الإذن بموجب عريضة تبلغ نسخة منها إلى الطرف المقابل بواسطة عدل منفذ ويجب أن لا يقل أجل الحضور عن ثمانية أيام وإن يرفع الطلب في أجل لا يقل عن ثمانية أيام من تاريخ العلم بالإذن والمشرع استعمل لفظ العلم أي المقصود بذلك العلم الفعلي بأي طريقة كانت الذي يغني عن الإعلام القانوني.

ب - الطعن بالاستئناف :

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

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

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

الجزء الثاني - نظرية الدعوى :

إن هذا الجزء يتمحور أساساً حول تحديد مفهوم الدعوى القضائية، ولذلك لا بد من التطرق إلى التطور التاريخي الذي أدى إلى ظهور نظام الدعاوى القضائية، كما يجب تمييز الدعوى عما شابهها من المؤسسات، وبالتالي سوف يكون الفصل الأول مخصصاً لدراسة التطور التاريخي لنظرية الدعوى والثاني لتمييز الدعوى عن المؤسسات الشبيهة بها ثم في الفصل الثالث نورد التعريف المستخلص للدعوى.

الفصل الأول - التطور التاريخي لنظرية الدعوى :

إن الحياة الجماعية أفرزت أنه لا يمكن لأي كان أن يقتص لنفسه ولا بد من وجود هيكل ينظم الحياة العامة ومن ذلك برزت فكرة الدولة التي تولت إنشاء مرفق القضاء وهدفه تحقيق العدل بين المواطنين حتى يسود الأمن الاجتماعي وتستقر مصالح الأفراد والمجموعات لكن لكي يتسنى اللجوء إلى القضاء لا بد من استعمال وسيلة فنية هي الدعوى القضائية التي لم تلق اهتماماً من المشرع التونسي ضرورة أنه لم يقم بتعريفها ولا بضبط شروط قبولها، ولعل مرد ذلك أن هذه المسائل تغلب عليها الصفة الفقهية حتى أن هذه النظرية يعترها بعض الغموض باعتبار أن استعمال لفظة "الدعوى" سواء في المجالات القانونية أو حتى في المحاكم يعبر عنه خطأ في بعض الأحيان ويقع خلط بينه وبين الخصومة القضائية، ولذلك وجب التوقف عند مفهوم الدعوى بدراسة تطورها التاريخي وتمييزها عن المؤسسات الشبيهة بها ثم تعريفها تعريفاً صحيحاً.

الفقرة الأولى - بسطة تاريخية :

إن الأمر يستدعي التطرق إلى الفقه التقليدي لنظرية الدعوى ثم إلى الفقه الحديث مع تقديم كل موقف وإبداء بعض الملحوظات بخصوصه.

1 - الفقه التقليدي لنظرية الدعوى :

لقد انقسم الفقه التقليدي إلى شقين، ولسوف نعرض أفكار كل شق في نقطة مستقلة.

أ - الفكرة الأولى :

إن أصحاب هذه الفكرة يرون أن الدعوى جزء لا يتجزأ من الحق ولا يكتمل وجوده إلا بها وبترتب على ذلك أنه لا توجد دعوى لا تكون مستندة على حق ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى واحدة.⁽¹⁾ وهذا الرأي لا يستقيم ووجهت له انتقادات أهمها :

- أن الحماية القانونية يمكن أن توجد كعنصر من العناصر المكونة للحق كما يمكن أن تستقل عنه وتخضع لتنظيم قانوني مختلف عن التنظيم القانوني للحق.
- أن القول بأن الدعوى القضائية هي جزء لا يتجزأ من الحق المحمي هو قول لا سند منطقي له ضرورة أن الدعوى والحق يختلفان الواحد عن الآخر من حيث السبب والموضوع.

ب - الفكرة الثانية :

إن أصحاب هذا الرأي يرون أن الدعوى القضائية هي الالتجاء إلى القضاء لطلب الحكم بأمر ما، يفرقون بين الدعوى القضائية في القانون المدني أو في قانون المرافعات المدنية، ويقصد بها في المادة الأولى الحماية القضائية للحقوق، وفي المادة الثانية الالتجاء إلى القضاء سواء كان الطالب على حق أو بغية النكاية والتكيل بالمطلوب.⁽²⁾

وهذا الرأي أيضا لم يجد حلا للإشكال ويخلط بين الدعوى القضائية كمؤسسة مستقلة وبين أداة من أدوات استخدامها وهو الطلب القضائي ضرورة أن هذا الأخير هو الأداة الإجرائية التي تحمل الادعاء أمام القضاء استعمالا للدعوى القضائية.⁽³⁾

2 - الفقه الحديث لنظرية الدعوى :

إن الفقه الحديث يتلخص موقفه في رأيين مختلفين سنوردهما مع إيداء بعض الملحوظات بخصوص كل واحد.

أ - الرأي الأول :

يؤكد أصحاب هذا الرأي على أن الدعوى تتميز عن الحق الموضوعي الذي ينظمه القانون المدني في حين أن الدعوى ينظمها قانون المرافعات. وعلى هذا الأساس فإن الدعوى ترقى إلى مصاف الحقوق فهي حق مستقل يسمى حق التقاضي وهو حق دستوري يهدف إلى تحقيق اليقين القانوني والحصول على حكم يحفظ الحق المطالب به.

ب - الرأي الثاني :

إن أصحاب هذا الرأي يؤكدون أن الحق مختلف عن الدعوى سببا وموضوعا⁽¹⁾ إن سبب الحق هو العقد أو القانون، أما سبب الدعوى فهو مجموع العوامل التي أدت إلى القيام⁽²⁾ وموضوع الحق يكون عينيا أو شخصا، أما موضوع الدعوى فهو الحصول على الحماية القضائية.⁽³⁾

وأن الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي هو أن يعلق وجود الدعوى على نتيجة الحكم فيها، وبالتالي فإنه طوال قيام الدعوى لا يمكن التحقق من توافر شروطها وإنما يتم ذلك بعد الفصل فيها أي بعد انقضائها وتلك نتيجة غير منطقية⁽⁴⁾ ضرورة أن الحق في الدعوى هو حق إرداي ويخول لأي مواطن اللجوء إلى القضاء لتقديم طلبات ولو لم يكن صاحب حق موضوعي، وهذا الحق لن يعترف به ولن يتأكد المركز القانوني للشخص الذي يباشر الدعوى إلا بعد صدور الحكم الذي يقرر حقه الموضوعي، وفي الحالة يحدث التطابق بين صاحب الحق في الدعوى وصاحب الحق الموضوعي، في حين لو قضي برفض الدعوى فإن كل حق له كيان مستقل، باعتبار أن حق التقاضي لم ينتج الحصول على الحق الموضوعي.

الفقرة الثانية - تمييز الدعوى عن المؤسسات الشبيهة بها :

إن الكثير يخلطون بين الدعوى أي حق التقاضي وحق الالتجاء إلى القضاء والحق

(1) فتحي والي - المرجع السابق - ص. 54.

(2) نبيل عمر : "في سبب الطلب القضائي" - دكتوراه في 1977 - ص. 230.

(3) نبيل عمر : "في سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف" - 1978 - ص. 250.

(4) وجدي راغب - المرجع السابق - ص. 102.

(1) أحمد أبو الوفاء : "المرافعات المدنية والتجارية" - ص. 101.

(2) أحمد مسلم : "أصول المرافعات المدنية والتجارية" - ص. 307.

(3) CORNU et FOYER : "Procédure civile". 1958, p. 270.

الموضوعي المراد حمايته وكذلك بين الدعوى والخصومة، فالدعوى هو الحق في الحماية القضائية، في حين أن الخصومة هي مجموعة الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي ومساعدوه والخصوم وممثلوهم للتوصل إلى إصدار حكم تتم بموجبه الحماية القضائية⁽¹⁾ وسوف نتطرق لكل مؤسسة في نقطة.

1 - الدعوى القضائية والحق :

إن الدعوى القضائية حق مستقل بذاته ويوجد مصدره في القاعدة الإجرائية ومقرر للكافة بقطع النظر عن الحق الموضوعي الذي تنظمه قواعد القانون المدني وللتدليل على ذلك سوف نورد حالات توجد فيها دعوى قضائية دون وجود حق وحالات توجد بها حقوق دون وجود دعوى قضائية لحمايتها.

أ - حالات وجود الدعوى دون الحق :

إنه من الأمثلة التي توجد فيها دعاوى قضائية دون أن يوجد في نفس الوقت حق شخصي مطلوب حمايته قضائياً الدعوى التي يرفعها أحد المالكين لمقسم في تقسيم معد للبناء وباع أحد المالكين جزءاً من الطريق العام فقام بالمطالبة بإبطال البيع فرفضت المحكمة الابتدائية بتونس وكذلك محكمة الاستئناف الدعوى لأن القائم بالدعوى لاحق له وبالتالي لا صفة له فرفضت محكمة التعقيب الحكم وأحالت على محكمة الاستئناف التي أكدت أن "الطريق العام ملك عمومي وبيعه باطل بطلاناً مطلقاً ويحق لكل شخص طلب إبطاله حتى وإن لم يكن له حق شخصي يطالب به ضرورة أن المحكمة طالما تعهدت وتبين لها وجود أمر يهيم النظام العام فهي تتمسك به من تلقاء نفسها"⁽²⁾.

وبذلك أن الدعوى منفصلة عن الحق محل الحماية ووجود هذا الأخير شرط لنجاح المدعى في دعواه وليس لقبول الدعوى، فالذي يخيب في دعواه قد لا يكون صاحب حق ولكنه وبصفة مجردة صاحب حق في القيام بدعواه.

ب - حالات وجود الحق الذي لا تحميه دعوى :

إن المثال الذي يضربه الفقهاء هو الالتزام الطبيعي الذي لا وجود لدعوى قضائية تحميه. في الغالب أن تخلف المدين عن الوفاء بمديونيته تحرك عنصر المسؤولية عن طريق الدعوى القضائية، ولكن قد يحدث ما يحول دون الوصول إلى الحق، ضرورة أن التقادم المسقط يوجب الحكم برفض الدعوى، فالحق معروف وكل الناس يعرفون أن ذلك العقار لفلان إلا أن فلانا اكتسبه بالحوز الطويل، وبالتالي أن الدعوى توجد في مقترض القاعدة القانونية الإجرائية ولكنها غير فعالة لحصول عامل خارجي منعها عن إحداث آثارها رغم وجود الحق، وأنه من المبادئ العامة في القانون والواردة بمجلة الأحكام العدلية أن "الحق قديم" أي أن الحق لا يسقط ولا يضيع بمرور الزمن وهو ما ارتأته محكمة التعقيب في أحد قراراتها الذي ورد به "أن الحق يعلو ولا يعلا عليه، وما بعد الحق إلا الضلال، فإذا حالت القاعدة الإجرائية دون الوصول إلى الحق بل وكانت وسيلة لهدره فوجب تجاوزها..."⁽¹⁾.

2 - الدعوى والخصومة القضائية :

لقد سبق وأن تم تعريف الدعوى بكونها الحق في الحماية القانونية في حين أن الخصومة القضائية هي مجموعة الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي ومساعدوه والخصوم وممثلوهم والتي تهدف إلى إصدار حكم يحقق الحماية القانونية. وبالتالي أنها الوسيلة التي بواسطتها يقع التحقق من أن الحق مكتمل الشروط والأركان لصالح المدعي.

كما يجدر التفريق بين الدعوى والطلب ضرورة أن الدعوى لا تتجسد وتبرز إلى الوجود إلا من خلال الطلبات، لكن في حقيقة الأمر أن المصطلحين مختلفان، باعتبار أن الدعوى يمكن أن توجد ولصاحبها استعمالها أو عدم استعمالها في حين أن المطالبة القضائية لا تنشأ إلا إذا باشر المعني بالأمر دعواه وذلك بقيامه بإجراءات رفع الدعوى كما أوجبها الفصل 69 من م.م.ت، الذي اقتضى أنه "ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيراً منها مصحوباً بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ".

(1) قرار تعبيبي مؤرخ في 11 مارس 1980 تحت عدد 3784، منشور في المجلة التونسية للقانون لعام 1980، ص 245.

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني" - ص. 65.
(2) محكمة الاستئناف بتونس : الحكم الصادر في 17 ماي 1995 تحت عدد 20747 (غير منشور).

وأن التفريق بين الدعوى والمطالبة القانونية يترتب عنه آثاراً قانونية هامة منها خاصة أن المطالبة القضائية تقطع مدة التقادم وكذلك تحدد بداية سريان الفوائد القانونية ضرورة أن الفصل 278 من المجلة المدنية اقتضى أن "غرم الضرر الناتج عن عدم خلاص مبالغ ثابتة لا يكون إلا بالحكم بالفائض القانوني من تاريخ التنبيه" ولقد اعتبر فقه القضاء القيام إنذاراً ومطالبة بمبلغ الدين وقضى بالفوائد القانونية من تاريخ القيام إلى الخلاص الفعلي.

كما أن رفض الدعوى لبطلان الإجراء لعدم احترام بعض الشكليات لا يؤدي إلى انقضاء الحق في الدعوى ويمكن للمدعي إعادة القيام ثانية وتصحيح الإجراء الباطل.

وبالإضافة إلى كل ذلك أن المطالبة القضائية تنشأ الخصومة التي تبدأ منذ تبليغ عريضة الدعوى للخصم وتنتهي بصدور حكم في الموضوع، أما إذا انقضت الخصومة لأي سبب من أسباب الانقضاء القانونية فإن ذلك لا يؤثر على الدعوى التي تبقى موجودة ويمكن إعادة نشرها إلا إذا سقطت بمرور الزمن.

الفقرة الثالثة - تعريف الدعوى :

ويخلص مما سبق أن الدعوى القضائية هي حق مستقل عن الحق الموضوعي المراد حمايته، ويجد مصدره في القاعدة القانونية الإجرائية، وأثر ذلك أن حق الدعوى لا يثبت بصفة نهائية إلا بعد صدور الحكم الموضوعي. أما قبل صدور الحكم يكون حق الدعوى موجوداً، غير أن وجوده مؤقت ولا يثبت بصفة نهائية إلا بأعمال الأثر القانوني في القاعدة الإجرائية.

والمرجع الفرنسي قام بتعريف الدعوى بكونها "الحق الذي خوله القانون لكل شخص والذي على أساسه يمكن أن يتقدم بطلب إلى السلطة القضائية لغاية إلزامها بأن تنظر في أصل النزاع". وهذا التعريف به بعض النفاص وخاصة أنه لم يفرق بين القضاء الاستعجالي والقضاء الموضوعي باعتبار أن الحماية القانونية يمكن أن تكون مؤقتة أو نهائية، وبالتالي يمكن اقتراح تعديل لذلك التعريف بأن يصبح كالآتي: "الدعوى هي الحق المخول قانوناً للالتجاء إلى السلطة

القضائية قصد المطالبة بحماية حق حماية مؤقتة أو نهائية".⁽¹⁾

الفصل الثاني - شروط قبول الدعوى :

اقتضى الفصل 19 من م.م.ت. أن "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 المقيدة هو المختل عند القيام فإن تلافيه أثناء القضية يصحح الدعوى. وتقضي المحكمة فيما وقعت إثارته في هذا الشأن طبق ما هو مبين بالفصل 19" ويستخلص من الفصل المذكور أن المشرع اشترط توفر عدة شروط لقبول الدعوى وهي توفر الصفة والمصلحة، أما الأهلية ولئن اشترطت فليس لقبول الدعوى بل لانقضاء الخصومة، وسوف نتطرق لكل شرط في فقرة مستقلة.

الفقرة الأولى - المصلحة في القيام :

إن الفقهاء مجمعون على أن المصلحة هي مناط كل قيام سواء كان قياماً افتتالياً أو بطعن في حكم قابل لذلك، والمصلحة هي المنفعة التي يريد المدعي الحصول عليها من التجائه إلى القضاء⁽²⁾ فهي في ذات الوقت الباعث على القيام والهدف المنشود، غير أن المشرع لم يضبط الشروط التي يجب أن تتوفر في المصلحة القانونية ويجب أن تكون شخصية ومباشرة ويجب أن تكون قائمة وحالة.

1 - المصلحة القانونية :

تكون المصلحة قانونية عندما تكون الحماية المطلوبة من المدعي حماية مشروعة⁽³⁾ ودور القاضي ينحصر في التحقق من ذلك في البحث عن الحماية التي قررها القانون للحق أو المركز

(1) هذا التعريف مستلهم من : سوليس وبيرو : "المرافعات المدنية" - الجزء الأول - ص. 101.

(2) قرار الدوائر المجتمعة عدد 31 الصادر في 10 ديسمبر 1998 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب -

1994/1995.

(3) فتحي والي : "الوسيط في القضاء المدني"، دار النهضة العربية - مصر - ص. 548.

القانوني المدعى به حتى يتسنى له النظر في الدعوى من حيث الأصل، فالقاضي ينظر أولاً في شروط قبول الدعوى. وإن المصلحة القانونية تقدر بمعرفة مدى توفر الحق في جانب المدعي ومدى حاجته للحماية القضائية، ويستعمل القاضي للقيام بذلك سلطته التقديرية على مستوى الوقائع والقانون⁽¹⁾ وتبعاً لذلك لا تقبل الدعوى إذا كانت مصلحة رافعها مجرد مصلحة اقتصادية، ومن أمثلة ذلك أن يرفع الموظف دعوى يطالب بموجبها بالزيادة في راتبه لارتفاع الأسعار. إن هذه المصلحة لا تخول الحق في الدعوى⁽²⁾ ضرورة أنه لا وجود لحق يحميه القانون ولا لقاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي على أساسها تم القيام ولا تم الاعتداء على حق أو مركز قانوني باعتبار أن غلاء المعيشة خارج عن نطاق صاحب العمل.

2 - المصلحة الشخصية والمباشرة :

إن المصلحة الشخصية والمباشرة تعني أن يكون القائم بالدعوى هو صاحب الحق الموضوعي أو المركز القانوني المعتدى عليه. وإن القول بكون المصلحة مباشرة وشخصية لا يفيد بالضرورة أن يباشر صاحب الحق دعواه بنفسه، بل بإمكانه أن يوكل من ينوبه لمباشرة الدعوى ويكون التوكيل على الخصام بحجة رسمية عملاً بأحكام الفصل 1118 من المجلة المدنية ويرى بعض الفقهاء أنه بالإمكان الاستغناء عن هذا الشرط والاكفاء بشرط الصفة لأن صاحب الحق في الدعوى هو من له صفة القيام بها⁽³⁾ إلا أن هذا الرأي رغم جاهته فهو من الصعب الأخذ به ضرورة أن المصلحة والصفة مختلفان وعمليتان متولدتان باعتبار أن القاضي ينتبث أولاً من صاحب الحق الموضوعي المطلوب حمايته ثم يقرر هل هناك حاجة إلى الحماية القضائية وهو ما يعبر عنه بالمصلحة.

3 - المصلحة تكون قائمة وحالة :

إن المصلحة حالة وقائمة عندما يتم الاعتداء على الحق المطلوب حمايته بأي وجه من الوجوه سواء كان إيجابياً بصورة مادية أو سلبياً بحرمانه من الانتفاع بحقه على الوجه القانوني الأكمل.

لكن السؤال الذي يطرح يتمثل في تحديد الوقت الذي يؤخذ فيه الاعتداء بعين الاعتبار ويجعل المصلحة قائمة وحالة.

لقد اعتبر البعض أن وقت النظر في الدعوى والفصل فيها هو زمن تقدير وجود المصلحة⁽¹⁾ ويرى البعض الآخر أن ذلك الزمن هو عند رفع الدعوى لأن ذلك شرط من شروط قبولها⁽²⁾.

والراجح أنه يجب تقدير قيام المصلحة عند رفع الدعوى لأنه إذا لم تكن المصلحة قائمة عند رفع الدعوى فإن المحكمة تحكم بعدم القبول وهو ما انتهجته محكمة التعقيب في أحد قراراتها الذي ورد به أن "القيام بالدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصياً ضرر بشرط أن يكون الضرر نشأ مباشرة عن الجريمة ويمكن القيام بها في آن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى المحكمة المدنية وفي هذه الصورة يتوقف النظر فيها إلى أن يقضى بوجه بات في الدعوى العمومية التي قضت بإثارتها"⁽³⁾ وبذلك، بات جلياً أن المصلحة شرط من شروط القيام وإذا اختلف تعذر تصحيح الإجراءات أثناء نشر القضية واستوجب رفض القيام شكلاً.

الفقرة الثانية - صفة القيام :

يقصد بالصفة هو أن يكون صاحب الحق الموضوعي هو القائم بالدعوى وأن يكون المطلوب هو من يوجه الحق في الدعوى في مواجهته، غير أن الأمر ولئن بدا بسيطاً فإنه يطرح بعض الإشكالات خاصة إذا كان الحق متعدد الأطراف أو كانت الحماية القانونية حماية جماعية :

1) إذا كان الحق المراد طلب حمايته يرجع إلى عدة أشخاص فمن مناهم له صفة القيام ؟ أم أن كل واحد يمكنه القيام منفرداً ؟ لقد خول المشرع في بعض الحالات كصورة الملكية الشائعة والمشاركة حق القيام لأحد الشركاء في حق الجماعة وذلك لحفظ المشترك وصيانته، كما يمكن الممثل القانوني للشركة من حق القيام وسكت في بقية الحالات وفرق الفقهاء بين الدعاوى التي ترمي إلى الإلزام والدعاوى المنشئة أو المقررة. فبخصوص الأولى فإنه

(1) وجدي راغب - المرجع السابق - ص. 130.

(2) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات القانونية والتجارية" - ص. 115.

(3) قرار تعقيبي عدد 21401 الصادر في 14 فيفري 1990 - نشرية محكمة التعقيب لسنة 1991 - ص. 32.

(1) نبيل إسماعيل عمر : "سلطة القاضي التقديرية"، منشأة المعارف - مصر - 1984 - ص. 420.

(2) وجدي راغب : "النظرية العامة للعمل القضائي"، ص. 110.

(3) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني" - ص. 72.

لا ترتب أثراً إلا في مواجهة أطراف الدعوى. في حين أن الدعوى المقررة أو المنشئة لا تتغير فيها المراكز القانونية إلا في مواجهة جميع أطرافها.⁽¹⁾

ذلك يعني أن القيام يجب أن يكون من جميع أصحاب الحق أو ضدهم جميعاً.

(2) إذا كانت المصلحة القانونية مصلحة جماعية أو عمومية فإن صفة القيام تتوفر علاوة على صاحب الحق الموضوعي في كل من تهمه حماية هذه المصلحة وقد يعهد بحماية هذه المصلحة إلى هيئة تكون لها صفة القيام ومن أمثلة ذلك دعاوى النقابات والجمعيات التي يكون موضوعها أما دفاعاً عن المصلحة العامة لمنخرطيها أو دفاعاً عن حقوقها الخاصة :

- إن النقابة أو الجمعية بوصفها شخصاً معنوياً يتمتع باستقلاله المالي يمكنها القيام بنفسها سواء ضد أعضائها أو ضد الغير للمطالبة بحقوق شخصية سواء كانت مادية أو معنوية.
- إن النقابة أو الجمعية بوصفها ممثلة لمجموعة من المنخرطين يحق لها القيام للحفاظ على مصلحة عامة أي المصلحة المشتركة التي تعلق على المصالح الذاتية للمنخرطين⁽²⁾ وأول من أقر هذه الإمكانية القرار التعقيبي الفرنسي الصادر عن الدوائر المجتمعة الصادر بتاريخ 13 أبريل 1913⁽³⁾ وتبنى المشرع الفرنسي هذا الاتجاه وصدر قانون 12 مارس 1920 ولقد نحا المشرع التونسي نفس التمشي بأن خول للنقابات حق القيام للدفاع عن المصالح المشتركة للمنخرطين وكذلك للهيئة الوطنية للمحامين بموجب القانون عدد 39 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة والذي خول للهيئة حق القيام ضد كل من يعتدي على المهنة أو يمس من شأنها.

لكن يمكن أن يلتبس مفهوم الصفة في الدعوى أي حق القيام والصفة الإجرائية أي التمثيل القانوني، وفي هذا الصدد نقول إنه بالإمكان أن لا ترفع الدعوى من صاحب الحق أي ممن له الصفة بل من ممثله القانوني أو وكيله، وهذا التمثيل حتمي بالنسبة للشركات أو القصر والبلديات،

(1) فتحي والي - المرجع السابق - ص. 83.

(2) سوليس وبيرو - المرجع السابق - ص. 220.

(3) قرار تعقيبي فرنسي صادر في 3 أبريل 1913 - دالوز 1914 - 65.

فالشركة تقوم ويقام عليها بواسطة مديريها والمحجور عليه يقام عليه بواسطة وليه. وبذلك يغدو واضحاً أن الصفة في الدعوى تتعلق بالحق في حين أن الصفة الإجرائية تتعلق بإجراءات الخصومة.

الفقرة الثالثة - الأهلية :

إن توفر شرط الأهلية يعني أن يكون المدعي أهلاً للإلزام والالتزام أي أن يكون سالماً من أسباب انعدام الأهلية على معني أحكام مجلة الأحوال الشخصية ومجلة الالتزامات والعقود وكذلك المطلوب باعتبار أن الحكم في صورة كينونته إيجابياً سيفتد عليه.

غير أن الفقهاء الحديثون لا يعتبرون الأهلية شرطاً لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة إجراءات الخصومة، ويتم التمسك بعدم الأهلية عن طريق الدفع ببطان الإجراءات. ومعنى ذلك أن الفصل 19 لا يوجب توفر الأهلية عند القيام بل أجاز صراحة إمكانية تلافي هذا الخلل أثناء نشر القضية إذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل. ولا بد إذن من تحديد الأشخاص الذين لهم أهلية مقيدة وفق ما ورد بالفصل السادس من المجلة المدنية الذي اقتضى أنه "للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم :

- الصغير الذي عمره بين الثالث عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه.
- المحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفاتهم إذا لم يشاركهم مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها.
- والمحجور عليهم لتفليسهم.
- وكذلك كل من يمنع عليه القانون عقداً من العقود.

الفصل الثالث - تقسيم الدعوى :

لقد قام الفقهاء بتقسيمات متعددة للدعوى، فمنهم من يبرز تقسيم الدعوى بحسب الحق المحمي وتكون إما دعوى عينية أو شخصية أو دعوى منقولة ودعوى عقارية كما يمكن تقسيم الدعوى بحسب حمايتها لحق أو لمركز حيابة فتكون إما دعوى حق أو دعوى حيابة.

أما المشرع التونسي فلقد اعتمد التقسيم التقليدي المعروف وذلك بالفصل 20 من م.م.ت. الذي اعتمد ثلاثة أنواع من الدعاوى وهي الشخصية والعينية والمختلطة. ولذلك سوف نتعرض لهذه التقسيمات كل في مبحث مستقل مع بيان الفصول القانونية التي تبرره.

المبحث الأول - تقسيم الدعوى حسب الحق محل الحماية :

إن الفصل 20 من م.م.ت. قسم الدعاوى بالنظر إلى الحق موضوع الحماية إلى ثلاثة أنواع وهي الدعاوى الشخصية والدعاوى العينية التي تنفرع بدورها إلى دعاوى منقولة أي متعلقة بمنقول ودعاوى استحقاقية أي متعلقة بعقار أو حق عيني عقاري والدعاوى المختلطة أي المؤسسة في ذات الوقت على حق عيني عقاري وحق شخصي.

الفقرة الأولى - الدعوى الشخصية :

اقتضى الفصل 20 من م.م.ت. في فقرته الأولى أنه "توصف بدعوى شخصية الدعاوى المبينة على التزام شخصي مصدره القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة".

وتكون النتيجة من الفصل المذكور أنه يصعب معرفة وتحديد جميع الدعاوى الشخصية وذلك لعدة أسباب أولها أن الالتزامات تنشأ بتبادل القبول والإيجاب وهو أمر يصعب ضبطه ولا يمكن بأي حال أن نحدد عدد العقود غير المسماة والحقوق الناشئة عنها وما يقابلها من دعاوى والسبب الثاني أن هدف الدعوى الشخصية هو حماية حق شخصي بصرف النظر عن مصدره وموضوعه وبما أن مصادر الحقوق الشخصية متنوعة وكثيرة فلا يمكن أن يغيب عن أذهاننا أن تعلق الحق المراد حمايته بمنقول أو عقار لا يغير من الطبيعة الشخصية للدعوى ومثال ذلك التعويض عن الأضرار الناتجة من حادث مرور وأحدثتها سيارة أو الأضرار الناتجة عن سقوط جدار. في كلتا الحالتين تحافظ الدعوى على طبيعتها الشخصية لأن الغاية منها هي استخلاص دين بالذمة أساسه الجنحة أو شبه الجنحة.

الفقرة الثانية - الدعوى العينية :

اعتبر الفقهاء أن الدعوى تكون عينية إذا كانت حامية لحقوق عينية أصلية كدعوى

الاستحقاق أو لحقوق عينية تبعية كدعوى الرهن أو لمركز قانوني هو الحيابة⁽¹⁾ وفي هذا الإطار اقتضى الفصل 20 في فقرته الثانية من م.م.ت. أنه "توصف بدعاوى متعلقة بمنقول الدعاوى التي يكون القصد منها استحقاق شيء منقول بطبيعته أو اعتبره القانون منقولا وتوصف بدعاوى استحقاقية الدعاوى التي تستند إلى حق عيني عقاري.

ويستخلص من الفقرة المذكورة أن الدعاوى العينية التي يهدف من ورائها إلى حماية عين أو شيء تنقسم إلى قسمين هي الدعاوى المنقولة والدعاوى الاستحقاقية.

1 - الدعاوى المنقولة :

إن الدعوى المنقولة هي التي يكون موضوع الحق الذي تحميه منقولا أو إذا تعلقت بحق شخصي على عقار.

وتعريف المنقول تعرضت إليه مجلة الحقوق العينية ذلك أن الفصل 14 م.ح.ع. اقتضى أن "المنقولات الطبيعية هي الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان إلى آخر سواء انتقلت بنفسها أو بمفعول قوة أجنبية عنها".

أما المنقولات بحكم القانون فقد حددها الفصل 15 من نفس المجلة عندما اقتضى أن "الالتزامات والحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بالمنقول والحصص والأسهم والرقاع في مختلف الشركات وإن كانت هذه الشركات مالكة لعقارات".

2 - الدعاوى العقارية :

إن الدعاوى العقارية أو الدعاوى الاستحقاقية هي التي تستند إلى حق عيني عقاري ولقد حدد الفصل 12 من مجلة الحقوق العينية قائمة الحقوق العينية واقتضى أنها " الملكية، الإنزال والكردار ودخلهما، حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق السكنى، حق الهواء، الإجارة الطويلة، حق الارتفاق، الامتياز والرهن العقاري".

كما يمكن أن تكون العقارات طبيعية أو حكمية أو تبعية وتم تعريفها بمجلة الحقوق العينية.

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية - مصر 1991 - ص. 14.

ذلك أن العقارات الطبيعية ورد تعريفها بالفصول من 5 إلى 8 من نفس المجلة واقتضى الفصل الخامس أن العقارات الطبيعية "تشمل الأراضي والمباني والنباتات ما دامت متصلة بالأرض" وأضاف الفصل السادس كذلك "الأجهزة والأنايبب اللاصقة بالأراضي والمباني المتممة لها" وزاد الفصل السابع في التوضيح ناصا على "الصابة على سوقها والثمار في أصولها قبل أن يقع جنيها وإلا اعتبرت منقولات ولو لم تنقل من مكانها بعد قطعها" وكذلك ما نص عليه الفصل الثامن من "حطب الأشجار قبل قطعه".

أما العقارات الحكيمة فهي التي عرفها الفصلان التاسع والعاشر فاقتضى الأول أنها "ما يضعه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء رسدا على خدمتها واستغلالها" ونص الثاني على "ما يضعه المالك بعقاره من الأشياء المنقولة الملتحمة بالعقار بشكل يتعذر معه فصلها دون إفسادها أو إفساد ما هي متصلة به".

وأخيرا أن العقارات التبعية تشمل "الحقوق العينية العقارية والدعاوى المتعلقة بها، وهو ما اقتضاه الفصل 11 من مجلة الحقوق.

الفقرة الثالثة - الدعاوى المختلطة :

إن الدعوى المختلطة هي التي تستند في نفس الوقت إلى حق شخصي وحق عيني ناشئين عن رابطة قانونية واحدة⁽¹⁾ وهو ما أقره المشرع التونسي بالفصل 20 في فقرته الأخيرة التي نصت على "أن الدعاوى المبنية في آن واحد على حق عيني عقاري وحق شخصي فهي دعوى مختلطة وتلحق من حيث مرجع نظرها بالدعوى الشخصية إذا كان الحق العيني العقاري غير متنازع فيه" ويخلص من ذلك أن الحق العيني العقاري إذا كان غير متنازع فيه فهو لا يدخل تحت طائلة الخصومة ويبقى خارجا عن نطاقها وتبقى غاية الدعوى حماية الحق الشخصي المحدد للاختصاص.

وإن من أمثلة الدعاوى المختلطة الدعوى التي يقوم بها المشتري على البائع قصد تمكينه

من العقار موضوع البيع، فهذه الدعوى تستند إلى حق شخصي مؤسس على التزام تعاقدى من جهة ومن جهة أخرى إلى حق عيني هو حق الملكية الذي انتقل إلى المشتري بموجب البيع.

واستعمال اصطلاح "دعوى مختلطة" تم انتقاده ضرورة أنه إذا كانت الحقوق تنقسم إلى شخصية وعينية فكذلك الدعاوى ولا وجود لحق مختلط ولا لدعوى مختلطة⁽¹⁾ والحقيقة أن الشخص يرفع دعويين في نفس الوقت لاستنادهما على سبب واحد ولوحدة الهدف المطلوب ضرورة أن القائم بدعوى تسليم عقار هو قائم بدعوى عينية بوصفه مالكا ودعوى شخصية باعتباره متعاقدا.

وإن اختيار المشرع كيفية تحديد الاختصاص واضح وجلي باعتبار أنه إذا كان الحق العيني غير متنازع فيه يحدد الاختصاص على أساس الحق الشخصي أي حسب قيمة الطلبات. أما إذا كان الحق العيني متنازعا فيه فإن الاختصاص يكون من أنظار المحكمة الابتدائية التي خصها المشرع بالنظر في الدعاوى الاستحقاقية.

وإن فقه القضاء مستقر ومتواتر بخصوص هذه المسألة وصدر قرار عن الدوائر المجتمعة يكرس هذا التمشي وورد بإحدى حيثياته "حيث إن الدعوى ترمي إلى إثبات عدم وفاء المدعى عليه بالتزامه الذي فرضه عليه عقد المغارسة كما ترمي إلى استرجاع عقار باعتبار المدعي مالكا لكامل الأرض موضوع العقد بما في ذلك الجزء المدعى استحقاقه من طرف المغارس وهي بذلك تستند إلى التزام شخصي وإلى حق عيني مما يجعلها دعوى مختلطة على معنى الفصل 20 من م.م.ت. وحيث إن الحق العيني محل نزاع بين الطرفين بما يجعل الدعوى العينية أساسا لتحديد مرجع النظر مهما كانت قيمة العقار محل النزاع..."⁽²⁾.

(1) - سوليس وبيرو - المرجع السابق ص. 126.

- موريل : المرجع السابق ص. 61.

- رمزي سيف : المرجع السابق ص. 141.

(2) قرار الدوائر المجتمعة عدد 30389 الصادر في 18 ماي 1995.

قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1995/1994 - ص. 17.

(1) Les jugements mixtes : R.T.D. 1960C, p. 5, par DURY.

المبحث الثاني - دعاوى الحق ودعاوى الحيازة :

قسم جل الفقهاء الدعوى العينية العقارية إلى صنفين وهي دعاوى الحق ودعاوى الحيازة. ودعاوى الحق هي التي تحمي حقا عينيا أصليا على عقار سواء كان حق الملكية أو غيره كحق الانتفاع أو الارتفاق.

أما دعاوى الحيازة فهي التي تحمي مركزا قانونيا هو الحيازة أو وضع اليد ولسوف نتعرض لهذا الصنف بإطناب وذلك بتعريفه وبيان شروط القيام وإجراءات الخصومة في حين أن دعاوى الحق لا تستدعي تفصيلا خاصا ضرورة أنها تخضع للقواعد العامة للدعاوى.

الفقرة الأولى - تمييز الدعوى الحوزية عن الدعوى الاستحقاقية :

تختلف الدعوى الحوزية عن الدعوى الاستحقاقية اختلافا جوهريا ويتجلى ذلك في المبنى القانوني والطبيعة القانونية لكل واحد وخاصة في أجل القيام الذي أقر لكل دعوى من هذين الدعويين وفي المحكمة المختصة للنظر فيها.

1 - الاختلاف من حيث المبنى القانوني :

إن الحماية القانونية التي منحها المشرع للحائز وخول له القيام بالدعوى الحوزية لطلب الحماية تستند على مجرد التصرف الفعلي في العقار لمدة معينة، وعلى هذا الأساس يتمتع الحائز الفعلي بحماية ولو لم يكن مالكا وحتى ضد المالك الحقيقي، وفي هذا الإطار اقتضى الفصل 57 من م.م.ت. أنه "لا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت الحق الملكي أو نفيه ولكن للحاكم أن يتأمل في الأدلة المدلى بها على هذا الحق بقدر ما يفيد فيما يخص الحوز" وبالتالي أن المتمتع بالحماية في الدعوى الحوزية هو المتصرف الفعلي الذي يمكن أن يكون غير مالك، وللمالك طرق ووسائل أخرى لطلب الحماية واسترجاع حقه.

2 - الاختلاف من حيث الطبيعة القانونية :

إن الحوز قرينة بسيطة على الملكية، ولذلك فليس المقصود من الدعوى الحوزية إثبات حق الملكية إنما حماية الوضعية الفعلية التي اكتسبها واضع اليد، في حين أن الدعوى الاستحقاقية

تهدف إلى إثبات حق الملكية على العقار بأحد أسباب كسب الملكية المنصوص عليها بالفصل 22 من مجلة الحقوق العينية وهي العقد والميراث والحيازة المكسبة.

3 - الاختلاف من حيث الآجال :

اقتضى الفصل 54 من م.م.ت. أنه "فيما عدا صورة افتكاك الحوز بالقوة فإن القيام بدعوى الحوز لا يقبل إلا إذا كان الطالب حائزا منذ عام على الأقل حال وقوع الشغب أو افتكاك الحوز أو 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" ولذلك فإن الدعوى الحوزية لا تقبل إلا إذا أثبت الحائز أنه تصرف في العقار مدة عام على الأقل وأن لايسكت عن القيام بالدعوى الحوزية مدة تفوق العام من تاريخ وقوع الشغب. والأمر مختلف كلياً بالنسبة للدعوى الاستحقاقية ضرورة أن الفصل 45 من مجلة الحقوق العينية اعتبر الحيازة المكسبة سببا من أسباب كسب الملكية مثل العقد والميراث، لكن للاعتداد بذلك لا بد أن يكون التصرف هادئا ومشاهدا ومستمرا لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة وتخفص تلك المدة لعشر سنوات بالنسبة لحسني النية أو لمن آل له الحق بعقد ناقل للملكية لو صدر من المالك الحقيقي.

4 - الاختلاف من حيث مرجع النظر :

إن قاضي الناحية هو المختص بالنظر في الدعوى الحوزية اختصاصا مطلقا ويرجع له النظر بقطع النظر عن قيمة العقار. أما الدعوى الاستحقاقية فهي راجعة بالنظر إلى المحكمة الابتدائية ضرورة أن الفصل 40 من م.م.ت. اقتضى أن "المحكمة الابتدائية تنظر ابتدائيا في جميع الدعوى عدا ما خرج عنها بنص خاص..." وطالما لا يوجد نص خاص أسند النظر في الدعوى الاستحقاقية لأي جهة فإن المحكمة الابتدائية هي المختصة لما لها من اختصاص شامل وإن مرد إسناد النظر في الدعوى الحوزية لقاضي الناحية هو رغبة المشرع في تمتيع الحائز بحماية ناجعة وسريعة باعتبار أن إجراءات التقاضي لدى محكمة الناحية سهلة وسريعة وتتلاءم والهدف المنشود وهو حماية الوضعيات المكتسبة وضمان الأمن والاستقرار.

الفقرة الثانية - الدعاوى الحوزية :

إن الحماية التي خولها القانون للحائز أساسها طبيعة الدعوى الحوزية ومبناها القانوني وتتجلى هذه الحماية في تعدد الدعاوى الحوزية ومن خلال الشروط المنطبقة على جميعها باعتبارها قواعد عامة والشروط الخاصة بكل صنف من تلك الدعاوى، بالإضافة إلى الآثار العامة للأحكام الصادرة في الدعاوى الحوزية وخاصة قاعدة عدم الجمع بين الدعوى الحوزية والاستحقاقية الدالة على أهمية الحماية، وسنتولى تحليل وتفصيل هذه المسائل واحدة واحدة.

1 - الطبيعة القانونية للدعوى الحوزية :

أ - الطبيعة القانونية للدعوى الحوزية :

تعتبر الدعوى الحوزية دعوى عينية عقارية وذات طابع متأكد ضرورة أن الحماية القضائية ممنوحة للمتصرف الفعلي في عقار وخص النظر فيها من طرف قاضي الناحية المتميز بإجراءات بسيطة وسريعة، كل ذلك بالإضافة إلى أن الحكم له أثر وقتي ولا يصطبغ باتصال القضاء ضرورة أن الحكم الاستحقاق هو الواجب التنفيذ ويلغي آثار الحكم الحوزي.

ب - دعوى عينية وليست دعوى شخصية :

إن دعوى الحيازة لا تستند إلى تنفيذ التزام أساسه العقد أو القانون بل تتعلق بوضع اليد على عقار أو حق عيني عقاري بموجب الحوز. ولقد تطرق المشرع للطبيعة القانونية لهذه الدعوى صلب الفصل 51 من م.م.م.ت. الذي نص على أنه "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".

ج - دعوى عقارية :

إن الدعوى الحوزية شرعت لحماية العقارات سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة ولا يمكن أن تحمي المنقولات لأن القاعدة أن من حاز منقولا بحسن نية فهو مالكه أي أن الحيازة في المنقول هي سند الملكية في حين أنه بالنسبة للعقارات قد تم التفريق بين ملكية العقار وحوزه.

- دعوى وقتية :

إن العديد من الفقهاء⁽¹⁾ يعتبرون أن الدعوى الحوزية دعوى وقتية والحكم الصادر فيها وقتي كذلك ولا يعتبر قضاء موضوعيا ضرورة أن القاضي لا يعتد باصل الحق ولا يفصل فيه ولا يتقيد القاضي المتعهد بقضية استحقاقية بالحكم الحوزي الرامي إلى تحديد مركز الخصوم تحديدا مؤقتا حماية لصاحب الحق الظاهر. ولقد ذهب فريق آخر من الفقهاء⁽²⁾ إلى اعتبار أن دعاوى الحيازة هي دعاوى موضوعية والحكم الصادر فيها هم حكم موضوعي ضرورة أن القانون يحمي الحيلزة باعتبارها مركزا قانونيا مستقلا عن الملكية، لكن أيا كانت طبيعة هذا المركز فإن الحماية وقتية وتنتهي بصور الحكم الموضوعي لصاحب الحق أي المالك.

ب - الأساس القانوني :

إن الغايات الاجتماعية والاقتصادية التي يحققها استقرار الوضعيات هي سبب الحماية القضائية للحوز بالإضافة إلى مثل ما هو متفق عليه في جل التشريعات الحديثة وهو أن للملكية وظيفة اجتماعية، ولذلك فإن الأولى بالتصرف في العقارات من يبذل مجهودات في خدمتها وإحيائها عوضا عن مالكها الذي تخلى عنها وسبب خسارة للمجموعة الوطنية وقد أيد فقهاء القانون هذا التمشي لأنهم يعتبرون أن حماية الحائز هي في الواقع حماية لصاحب الحق ضرورة أنه غالبا ما يكون الحائز هو المالك الشرعي وعلاوة إلى ذلك فإن حماية الحيازة تترجم في الواقع على حرص المشرع في حماية الوضعيات المكتسبة لأن في ذلك حفاظا على النظام والاستقرار ولقد كيف المشرع الحماية وفق الظروف الواقعية للحالة وتبعاً لذلك تعددت أنواع الدعاوى الحوزية.

2 - أنواع الدعاوى الحوزية :

ينبني من الفصلين 51 و 52 من م.م.م.ت. أن الدعاوى الحوزية تنقسم إلى ثلاثة أنواع وهي دعوى كف الشغب ودعوى تعطيل الأشغال ودعوى استرجاع الحوز المفتك بالقوة.

(1) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 180.

(2) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 109.

أ - دعوى كف الشغب :

إن الشغب هو كل واقعة مادية أو قانونية تتضمن مباشرة أو بطريق غير مباشر ادعاء يتعارض مع حيالة الحائز وهو ما نص عليه الفصل 53 من م.م.م.ت. عندما يقتضى أن "الشغب في هذا الموضوع هو كل أمر ينجر منه رأساً ومن نفسه أو بطريق الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير".

ويتضح من ذلك أن الشغب اللازم لنشأة الحق في الدعوى أن يكون مادياً وفي ذات الوقت قانونياً ويكون الشغب مادياً عند ما يتعارض مع الحائز ومن أمثلة ذلك إقامة بناء أو زراعة الأرض. في حين أن الشغب القانوني هو كل عمل قانوني غير مصحوب بعمل مادي إلا أنه يتضمن ادعاء يعارض حيالة الحائز ومن أمثلة ذلك إرسال إنذار إلى متسوغ عقار بعدم دفع معينات الكراء للمسوغ بل له بوصفه المالك الحقيقي. وإن الأعمال المذكورة سواء كانت مادية أو قانونية لا تمثل شغباً إلا إذا تضمنت ادعاء حيالة أو حق حيالة يتعارض مع حيالة الحائز ولذلك إذا لم تتضمن مثل هذا الادعاء فلا تكفي لنشأة دعوى كف الشغب، ومن أمثلة ذلك دخول شخص إلى بستان جاره وقطف كمية من الثمار. إن هذا الفعل تنشأ عنه دعوى التعويض ولا ينشأ دعوى كف الشغب.

ب - دعوى تعطيل الأشغال :

إن دعوى تعطيل الأشغال خولها المشرع بموجب الفصل 51 من م.م.م.ت. لكل شخص له مصلحة في وقف أعمال شرع في تنفيذها الغير ومن شأنها لو تمت أن تكون له شغباً، والشروع في الأشغال لا يتكون منه الفعل، ولكن الشغب محتمل الوقوع في المستقبل وأن هدف هذه الدعوى ليس إزالة الشغب إنما الحيلولة دون حدوثه وذلك بوقف الأشغال التي بدأ في تنفيذها وتكون بذلك الدعوى وقائية وحمائية ضرورة أنه لا يشترط حصول ضرر عند القيام ومن أمثلة ذلك شروع الجار في إقامة حاجز بأرضه من شأنه أن يمنع مياه السقي من المرور إلى الجار لو وقع إتمام هذا الحاجز نهائياً.

ج - دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة :

إن دعوى الاسترداد تقتض قيام الغير بافتكاك حوز العقار من المتصرف فيه باستعمال القوة في هذه الحالة يمكن للحائز القيام لاسترجاع عقاره كما يمكنه القيام بدعوى جزائية على أساس الفصل 255 من المجلة الجنائية المتعلق بزجر جنحة افتكاك الحوز بالقوة وإن الخيار الممنوح للحائز تبرره رغبة المشرع في الحماية الفردية وكذلك حماية النظام العام وتدارك الوضعيات غير الشرعية.

3 - شروط الدعوى الحوزية :

لقد أقر المشرع شروطاً عامة بكل الدعاوى الحوزية وأفرد كل نوع بشروط خاصة به.

أ - الشروط العامة للدعوى الحوزية :

اقتضى الفصل 51 من م.م.م.ت. أنه "توصف بدعوى حوزية القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو حق عيني عقاري وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال".

ويفهم من الفصل المذكور أن المشرع حدد ثلاثة شروط لقبول الدعوى الحوزية وهي أن يتم القيام من قبل الحائز (أول) وأن يكون موضوع الدعوى عقاراً أو حقاً عينياً (ثانياً) وأن يكون الهدف هو حماية الحوز (ثالثاً).

أولاً - مفهوم الحوز :

إن الحوز موضوع الحماية القانونية هو الذي يتوفر فيه كل من العنصر المادي والمعنوي ومن المفروض أن يكون الحائز واضعاً يده على العقار ومتصرفاً فيه تصرف المالك في ملكه ولقد تبنى المشرع هذا المنحى وخول القيام بالدعوى الحوزية لمن كان حائزاً لعقار أو حق عيني عقاري وهو ما أوجبه الفصل 51 من م.م.م.ت. عندما تحدث عن العنصر المادي، في حين اشترط الفصل 54 من نفس المجلة توفر العنصر المعنوي عندما أوجب أن يكون التصرف تصرف المالك في ملكه وأن يكون العنصر المعنوي شرطاً لازماً لصحة القيام. غير أنه في بعض الأحيان قد يحدث أن لا يتوفر في المعنى بالأمر إلا العنصر المادي فيعبر أصحاب النظرية المادية أن الحائز يستحق الحماية ويعتبر أصحاب النظرية الشخصية أنه لا يستحقها لأنه مجرد حائز عرضي.

(1) الحائز الأصلي :

إن الحائز الأصلي يمكن أن يكون حائزاً بنفسه أو حائزاً على الشياع في حقه وحق بقية الشركاء أو حائزاً للعقار معقول أو تم انتزاعه.

(2) الحائز لنفسه :

عندما يكون الحائز مباشراً للحوز لنفسه ولمنفعة الشخصية تكون أقرب إلى الحالة العادية

المطابقة مع النظرية الشخصية التي تبناها المشرع باعتبار ان الحائز لنفسه هو الذي توفر فيه العنصر المادي لتصرفه في العقار شخصيا وظهوره مظهر المالك للعقار وهذه الوضعية لا تثير اشكالات خاصة، انما وجود الحائز لنفسه في بعض الوضعيات الخاصة هو الذي يثير شيئا من الصعوبة كأن يكون حائزا على الشياخ أو إذا استهدف العقار الذي يتصرف فيه إلى عقلة عقارية أو انتزع منه لفائدة المصلحة العامة.

أولا - الحائز على الشياخ :

إن الحائز الذي يكون شريكا في عقار واحد يتصرف في حدود منابه وكذلك بقية الشركاء ويعتبر كل واحد حائزا أصليا بصفة مباشرة ويمكنه القيام ضد الغير أو ضد أحد الشركاء.

* القيام ضد الغير :

يمكن للحائز القيام ضد الغير لكن من الوجوبي التفريق بين الحالة التي يكون فيها الحوز بين شريك واحد والحالة التي يكون فيها الحوز بين كافة الشركاء.

فإذا كان الشريك حائزا لجزء معين من العقار واستوفى حوزة جميع شروطه القانونية فإنه بإمكان الشريك القيام ضد الغير المشاعب حتى وان كان تصرفه في جزء يفوق منابه الشرعي أو الاتفاقي ضرورة ان الدعوى الحوزية ليس من شروطها ثبوت الملكية بل التصرف المادي. أما إذا كان الحوز بيد كافة الشركاء فإنه بإمكان كل واحد القيام لصد شغب الغير، كما انه بإمكانهم القيام جماعة والقيام الفردي من طرف شريك واحد مقبول طالما كان حائزا للعقار وتوفر في حوزة العنصران المادي والمعنوي.

* قيام الشركاء على بعضهم :

يمكن لأحد الشركاء القيام ضد شريك واحد أو ضد مجموعة من الشركاء من أجل مشاغبه في التصرف في منابه على الشياخ ضرورة ان لكل شريك الحق في التصرف في حصته من العقار دون الاضرار ببقيّة الشركاء. كما يمكن لشريك واحد القيام ضد كافة الشركاء إذا كان حائزا لكامل العقار المشترك، ويقبل هذا القيام شريطة اثبات انه كان المتصرف الوحيد تصرف المالك في كامل العقار لان العبرة في قبول الدعوى ليس في ثبوت حق الملكية انما في توفر شروط الحيازة

والشركاء باقون على حقهم في القيام بدعوى استحقاقية ضد شريكهم أو في طلب قسمة العقار، اما إذا كانت الحيازة للحساب الخاص وفي حق بقية الشركاء فإنه لايجوز القيام بالدعوى الحوزية لانه في هذه الحالة يعتبر الشركاء حائزين بواسطة المتصرف مثلما خول ذلك الفصل 52 من م.م.ت.

ثانيا - الحائز المعقول عنه :

يمكن أن تتم عقلة العقار الذي في تصرف الحائز ويعمد شخص إلى مشاغبه في المدة الفاصلة بين تاريخي إجراء العقلة وبيع العقار قضائيا فهل يمكن في هذه الصورة القيام بالدعوى الحوزية ؟ ان الأمر يستدعي التفريق بين أنواع العقل.

* العقلة التحفظية :

إن تسليط عقلة تحفظية على عقار ليس من آثاره خروج العقار المعقول من الذمة المالية للمعقول عنه لان هدف هذه العقلة وقائي ويبقى الحائز متصرفا في العقار بعنصريه المادي والمعنوي، وتبعا لذلك يمكنه القيام على الغير لكف الشغب.

* العقلة التنفيذية :

إن من بين آثار العقلة التنفيذية خروج ملكية العقار المعقول من الذمة المالية للمدين من تاريخ إجراء العقلة، ولذلك فإنه لا يمكن للحائز المعقول عنه القيام بدعوى حوزية في المدة الفاصلة بين إجراء العقلة والبيع القضائي باعتبار ان التصرف المادي للحائز مجرد عن الركن المعنوي. غير ان بعض الفقهاء ذهبوا إلى خلاف هذا الرأي معللين رأيهم بالارتكان إلى مقتضيات الفصل 414 من م.م.ت. الناص على ان العقار يبقى في حوزة من يتصرف فيه بوصفه مؤتمنا عدليا⁽¹⁾ ولقد فند الأستاذ الغزواني هذا المنحى معتبرا ان "وجه تصرف الحائز في العقار المعقول هو تصرف بوجه خاص وليس تصرفا مطلقا لأن الفصل 414 جعل منه مؤتمنا عدليا مع ما يترتب عن هذا التكليف من مسؤولية الحفظ وبالتالي لم يترك النص الا التصرف المادي فقط بينما لا تحمي الدعوى الحوزية الا المتصرف في العقار بوجه الحوز

(1) عمر بوفيندة : الدعوى الحوزية، ص. 16 - مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - تونس 1981.

المقررة بالفصل 54 من م.م.م.ت. لم تكتمل وذلك بعدم التصرف في العقار مدة سنة كاملة لتحصل الحماية القضائية، في هذه الحالة أجاز القانون للحائز ضم حوز من سبقه ومثل ذلك اعتداد الوارث بالمدة التي تصرف خلالها مورثه في العقار وكذلك المشتري بوصفه خلفا خاصا للبايع.

1- الحائز العرضي :

إن الوضعية القانونية للحائز العرضي رهينة النظرية المتبناة من طرف المشرع في مادة الحوز باعتبار انه توجد نظريتان أو لاهما مادية والثانية شخصية والنظرية المادية تعتمد على التصرف الفعلي في العقار وهو كاف للتمتع بالحماية القضائية، في حين ان النظرية الشخصية فانها تقوم على توفر العنصرين المادي والمعنوي في الحوز وبذلك لا يجوز للحائز العرضي القيام بالدعوى الحوزية والتمتع بالحماية القضائية، وهذا التمشي واضح في كل القوانين ومن ذلك الفصل 752 من المجلة المدنية الذي اقتضى انه "إذا قام قائم على المكثري بقصد إلزامه بتخلية العين كلها أو بعضها أو بترتيب حق عقاري عليها وجب عليه ان يعلم المؤجر بذلك فورا وليس له ان يفوت شيئا من الحوز الذي بيده والخصومة لا تكون الا مع المالك وللمكثري ان يحضر المرافعة".

ورغم ذلك يرى البعض انه بإمكان الحائز العرضي القيام بالدعوى الحوزية في صورة افتكاك الحوز بالقوة⁽¹⁾ ويستند هذا الرأي على تاويل الفصل 255 من المجلة الجنائية المتعلق بعقاب جريمة افتكاك الحوز بالقوة ضرورة ان هذا النص خول للمتضرر الذي يريد استرجاع حوز العقار المفتك بالقوة انتهاج أحد المسلكين أولهما القيام بالحق الشخصي في نطاق الدعوى الجزائية أو القيام لدى المحكمة المدنية وطلب استرجاع العقار. وأن هذا الرأي يناقض النصوص المنظمة للحوز ضرورة انه للقيام بدعوى حوزية يجب ان تتوفر الشروط فيإمكانه ان يسلك الطريق الجزائي ويقوم بالحق الشخصي في إطار الدعوى الجزائية والمطالبة باسترجاع حوزة لان الفصل 255 من المجلة الجنائية لم يضع شروطا خاصة قصد تمكين الحائز من استرجاع حوزة ويعتبر هذا النص عاما منطبقا على كل حالات افتكاك الحوز بالقوة سواء كان الحائز حائزا اصليا أو حائزا عرضيا.

أي توفر العنصر المادي والمعنوي في ذات الوقت⁽¹⁾.

ثالثا - انتزاع العقار لفائدة المصلحة العامة :

لقد خول القانون انتزاع العقارات لفائدة المصلحة العامة وأقر إجراءات للتحوز بها، غير انه في المدة الفاصلة بين تاريخ صدور أمر الانتزاع والتحوز الفعلي بالعقار هل يمكن للحائز القيام بدعوى كف الشغب؟ لقد سبق للمحاكم ان أبدت رأيها بخصوص هذا الاشكال واعتبرت محكمة التعقيب انه بإمكان الحائز القيام ضد المشاغب لان الفصل الثاني من الأمر المؤرخ في 9 مارس 1939 اقتضى ان صاحب العقار يبقى حائزا ما لم يتم دفع قيمة العقار أو تأمينها⁽²⁾ وان هذا التمشي يبدو مخالفا للقانون ضرورة ان الفصل 12 من قانون الانتزاع اقتضى ان ملكية العقار المنتزع تنتقل للمنتزع لفائدته بمجرد صدور أمر الانتزاع وبذلك يصبح الحوز مجردا من عنصره المعنوي، ولذلك لا يمكن بعد صدور أمر الانتزاع ان يظهر المنتزع منه مظهر المالك لان العبرة في الركن المعنوي للحوز هو تصرف الحائز كما لو كان مالكا للعقار وظهوره للغير في مظهر المالك حتى يذهب في اعتقاد كافة الناس انه المالك الحقيقي، وفي صورة الانتزاع اصبح الغير على علم به بعد حصول الاشهار ولا يمكن القول ببقاء العنصر المعنوي في جانب الحائز.

2 - الحائز بواسطة الغير :

إن الفصل 52 من م.م.م.ت. أجاز القيام بالدعوى الحوزية لمن هو حائز بنفسه أو بواسطة غيره وهو ما يتوافق ومفهوم الحوز الوارد تعريفه بالفصل 38 من مجلة الحقوق العينية، الذي اقتضى ان "الحوز سيطرة فعلية لشخص بنفسه أو بواسطة على حق أو شيء".

وان الحائز بواسطة يعتبر حائزا اصليا ويكتسي حوزة مظهرين أولهما عند إحالة التصرف للغير والاحتفاظ بالركن المعنوي للحوز والمثال المستعمل غالبا هو التسويغ إذ يعتبر المسوغ هو الحائز الاصلي والمسوغ الذي بيده التصرف الفعلي فهو الواسطة التي تجسم حوز المسوغ. واما المظهر الثاني فهو توفر العنصران المادي والمعنوي في الحائز لكن لمدة غير كافية أي ان الشروط

(1) عمر بوقديدة : "الدعوى الحوزية"، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة - كلية الد

(1) نور الدين الغزواني : "الإجراءات المدنية والتجارية"، دروس مرقونة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 1983.

(2) القرار التعقيبي الصادر في 17 جوان 1976 تحت عدد 314 - نشرية محكمة التعقيب 1977.

ب - خصائص الحوز :

اقتضى الفصل من 54 من م.م.ت. فيما يتعلق بخصائص الحوز ما يلي "إذا كان الحوز مستمرا بدون التباس ولا انقطاع ولا شغب بصفة مالك".

ويستخلص من الفصل المذكور ان الحوز ليكون محل حماية قضائية يجب ان تتوفر فيه شروط الاستمرار وانعدام الشغب وبصفة مالك وستعرض لكل نقطة تفصيلا.

(1) استمرار الحوز :

إن الهدف من هذا الشرط هو حرص المشرع على ان يكون الحائز مباشرا لحوزه بصفة متواصلة وذلك لا يعني الحضور كامل الوقت بل الممارسة للتصرف حسب طبيعة العقار . فالعقار الفلاحي يستدعي الحرثة والزرع في اوقات معلومة وجني الثمار عند نضجها.

(2) عدم التباس الحوز :

إن عدم الالتباس يقتضي ان يتصرف الحائز في العقار دون شبهة أي ان يكون تصرفه فرديا ولحسابه دونما أي شريك آخر، والناس يعرفون ان هذا التصرف لخاصة نفسه. أما إذا كان العقار مشتركا وانجر للشركاء بموجب الارث فان تصرف أحد الورثة لا يعني انه الوحيد الذي يستحق الحماية القضائية بموجب الدعوى الحوزية بل كل الشركاء ضرورة ان تصرفه كان في حقه وفي حق بقية الشركاء، وطالما لم يثبت إنتقال الملكية له بمفرده فالأصل أن يبقى ما كان على ما كان والحوز هو لصالح كل الورثة، وهذا ما جعل المحاكم ترفض دعوى الشريك على الشياخ الذي يدعي التصرف والحوز لخاصة نفسه على أساس الالتباس في حوزة.

(3) الحوز غير المنقطع والخالي من الشغب :

إن هذا الشرط يفيد ان يكون الحائز قد تصرف في العقار المدة القانونية تصرفا هادئا ودون ان يتعرض إلى أحداث الشغب من قبل خصمه أو من الغير باعتبار ان ذلك الشغب قاطع لمدة الحوز مؤثر على طبيعة الحوز الذي لم يعد هادئا، ويكون هذا الشغب ماديا قاطعا لمدة الحوز وكذلك قانونيا ومنتجا لنفس الأثر كأن يتم القيام بدعوى حوزية أو استحقاقية.

(4) الحوز المشاهد :

الحوز المشاهد هو الظاهر والبادي لكل الناس وذلك بان تكون الاعمال علنية وليست خافية، ومرد ذلك ان يستطيع من يعارض بالحيازة العلم بها ومنارعتها ان أراد وسكوته يعتبر تسليما بها وبذلك انه كاف ان تكون من العلانية بما لا يستطيع المالك العلم بها ومن ثم انكارها. على ان بعض الحقوق قد لا تقبل بطبيعتها سوى الحيازة غير المستمرة أو الحيازة الخافية ومن ذلك الارتفاقات غير المستمرة كحق المرور والسقي وعندئذ لا تكون حيازته محلا للحماية القضائية بدعوى الحيازة مما جعل المشرع يوجب اثبات هذا الحق بسند اتفاقي أو قانوني. وإذا كان السند اتفاقي فيجب ان يكون صادرا من المالك، اما إذا كان أساس الارتفاق هو القانون فلا بد ان يتثبت القاضي من توفر الشروط التي يوجبها القانون لنشأة الارتفاق.

(5) الحوز بصفة مالك :

إن الدعوى الحوزية شرعت لحماية الحائز بصرف النظر عن صفته كمالك وكفي توفر الشروط القانونية لقبول الدعوى ضرورة انه لو اشترط توفر صفة المالك لدى الحائز لأصبحت الدعوى الحوزية لا جدوى من ورائها، في حين ان مقصد المشرع انصب على حماية الحائز ولئن لم يكن مالكا وان المقصود من هذا الشرط هو تحقيق الركن المعنوي في الحوز ولا يحصل ذلك الا إذا ظهر الحائز في مظهر المالك عند تصرفه في العقار وهذا دليل آخر على تبني المشرع للنظرية الشخصية للحوز التي توجب توفر الركنين المادي والمعنوي.

ج - أجل القيام بالدعوى الحوزية :

اقتضى الفصل 54 من م.م.ت. انه "فيما عدا صورة افتكاك الحوز بالقوة فان القيام بدعوى الحوز لا يقبل الا إذا كان الطالب حائزا منذ عام على الاقل حال وقوع الشغب أو افتكاك الحوز أو اتمام الأشغال التي من شأنها ان ينجر عنها شغب ولم يسكت مدة عام من بعد وقوع الشغب أو افتكاك الحوز من يده أو اتمام تلك الأشغال...".

يستنتج من الفصل المذكور ان المشرع قد فرق بين المدة القانونية للحوز التي تخول القيام بالدعوى الحوزية والتمتع بالحماية القضائية وبين أجل سقوط القيام بالدعوى الحوزية، كما ان

صورة افتركاك الحوز بالقوة هي مستثناة من الحالات العامة للدعوى الحوزية ويجدر التساؤل عن دعوى استرجاع الحوز بالقوة فهل هي غير خاضعة لنفس الأجل ؟

(1) مدة الحوز :

يبدو واضحا من أحكام الفصل 54 المذكور سلفا انه باستثناء صورة افتركاك الحوز بالقوة فإن القيام بالدعوى الحوزية لا يقبل الا إذا ثبت حوز المدعي للعقار على الأقل مدة عام قبل حدوث الشغب، وتبعاً لذلك فإن الحوز الذي يتمتع بالحماية القانونية هو الذي يتوفر فيه حد أدنى من الاستقرار والاستمرارية. وأجل العام من شأنه اجبار الحائز على التصرف الفعلي في العقار، الا أن ذلك لا يعني ان يكون التصرف شخصياً بل بإمكان الحائز ان يضم حوز من سبقه سواء كان البائع أو المورث أي بوصفه خلفاً خاصاً أو عاماً وإثبات ذلك يكون بكل الوسائل ضرورة ان قاضي الناحية يتوجه على عين العقار بالضرورة للقيام ببحث حوزي.

(2) أجل سقوط حق القيام بالدعوى الحوزية :

اقتضى الفصل 54 من م.م.م.ت. انه لقبول الدعوى الحوزية لا بد ان يثبت المدعي انه حاز العقار لمدة عام على الأقل وان يرفع دعواه خلال العام الموالي لمشاغبته وعدم احترام هذا الأجل يعرض الدعوى للسقوط،⁽¹⁾ وي طرح هذا الأجل اشكالات أخرى تتعلق بالاستثناء الوارد بالفصل 54 بخصوص افتركاك الحوز بالقوة وكذلك بتحديد بداية سريان أجل السقوط.

- دعوى استرجاع الحوز المفتك بالقوة :

إن المشرع قد استثنى حالة افتركاك الحوز بالقوة من شرط الخضوع لأجل معينة سواء بخصوص مدة الحوز أو أجل القيام بدليل انه استعمل صيغة " فيما عدا صورة افتركاك الحوز بالقوة" التي تفيد الاستثناء، وبذلك يبدو واضحا ان المشرع لم يوجب ان يكون حوز المدعي قد دام سنة كاملة ومن الممكن ان تكون المدة اقل، كما لم يوجب ان يقع القيام بدعوى استرجاع الحوز المفتك بالقوة في أجل لا يزيد عن العام من تاريخ الافتركاك. وبالتالي إذا تعلق الأمر

بافتركاك حوز بالقوة فإن شرط الأجل غير واجب التوفر، الا ان هذا الرأي ولئن بدا منطقياً فإنه يكتنفه بعض من الغموض بدليل ان المشرع وبنفس الفصل 54 تحدث عن احتساب مدة الحوز وقرر بدايتها من تاريخ افتركاك الحوز واحتساب سقوط الدعوى من تاريخ الافتركاك أيضاً ولذلك فإنه لا يوجد استثناء وتراجع عنه المشرع، غير انه يمكن القول في إطار الدعوى الجزائية وإذا حكم على المتهم وقام المتضرر بالحق الشخصي يمكن للمحكمة ان تقضي باسترجاع العقار وفي هذه الصورة لا تنقيد المحكمة بأجل الدعوى الحوزية، اما إذا كان القيام أمام محكمة الناحية فإنه لا وجود لاستثناء وتطبيق المحكمة الأجل على كل الدعوى الحوزية.

- تحديد بداية سريان أجل القيام :

ان احتساب أجل القيام يبدأ في الحالات العادية من يوم وقوع الشغب للحائز ولكن في واقع الأمر كثيراً ما يكون هذا الشغب متكرراً أو على مرات متتالية، والاشكال المطروح يتمثل في معرفة بداية سريان الاجل، أياكون من تاريخ وقوع أول شغب أو تاريخ حصول آخر شغب ؟

ذهب الفقهاء⁽¹⁾ إلى أن مدة السنة لا تحسب الا من آخر واقعة تعد على الحيابة وسندهم في ذلك ان كل واقعة تعد تنشأ حقا في الدعوى فلا ينقضي هذا الحق الا بانقضاء مدة سنة من آخر واقعة إلا أن الرأي الراجح هو ان أجل السنة يبدأ من أول واقعة تعتبر تعدياً ضرورة انه بانقضاء عام من حصول الواقعة دون ان يرفع المعتدى عليه دعوى تتبين عدم الحاجة إلى الحماية القضائية للحيابة وعدم خطورة التعدي على الأمن والسلام علاوة على ان دعوى الحيابة تنشأ منذ أول تعد ويجب أن تحسب مدة العام منذ نشأة الدعوى⁽²⁾ وهذا الرأي يفترض ان الوقائع المتتابعة ولئن كان كل منها اعتداء يبرر رفع الدعوى فهي وقائع مرتبطة وتنشأ عنها حالة اعتداء مستمرة صادرة من شخص واحد وبالتالي تنشأ دعوى واحدة لها صفة مستمرة وذلك من حصول أول اعتداء.

(1) رمزي سيف - المرجع السابق ص. 157.

أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية" - دار المعارف الإسكندرية.

(2) تريب مدني فرنسي 16 ديسمبر 1929 - مجلة القصر 1930 - 1-100، ص. 229.

(1) ويرى فقهاء آخرون مثل موريل وفحي والي أن الأجل ليس أجلاً مسقطاً بل أجل تقادم خاضع للقطع والتعليق ولا يثيره القاضي من تلقاء نفسه.

ب- الشروط الخاصة بكل واحدة من الدعاوى الحوزية :

ان الاعتداء الذي يحدث للحيازة قد يكون حالا وقد يكون محتملا فاذا كان حالا وسواء كلن ماديا أو قانونيا يخول القيام بدعوى كف الشغب أو دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة أما إذا كان الاعتداء غير حال ولكنه محتمل الوقوع فان الحائز بإمكانه القيام بدعوى تعطيل الأشغال.

1 - دعوى كف الشغب :

من المعلوم انه بالإضافة إلى الشروط العامة الواجبة التوفر لقبول الدعوى الحوزية لا بد ان يركز القيام بدعوى كف الشغب على وجود شغب سواء كان ماديا أو قانونيا من الغير وهذا الشغب يجب ان يكون حصل بالفعل أي قائما في الحال والغرض من ذلك هو التوصل إلى التمييز بين دعوى الشغب التي حصل من جرائها الضرر ودعوى تعطيل الأشغال التي تفترض حصول ضرر فعلي عند القيام، اما الشرط الثاني فهو يتعلق بطبيعة الشغب الذي تم تعريفه بكونه كل عمل ارادي فيه معارضة لحوز الحائز، ويكون الشغب ماديا أو قانونيا ومثال ذلك مطالبة الغير لمتسوغ عقار من الحائز بان يدفع له معينات الكراء بدعوى انه المالك الشرعي للعقار، ونتيجة لذلك يعلم المتسوغ المالك الذي له حق القيام بدعوى كف الشغب لانه كما سبق أن قلنا ان الخصومة لا تكون الا مع المالك ولا يمكن للمتسوغ القيام بنفسه ضرورة ان المالك هو المجرى بضمان التصرف في المكري.

2 - دعوى تعطيل الأشغال :

الحائز الذي تتوفر فيه الشروط العامة المذكورة سلفا يمكنه القيام بدعوى تعطيل الأشغال لحماية حيازته من اعتداء محتمل على حيازته وهذا ما يميز هذه الدعوى عن بقية الدعاوى الحوزية وهذه الدعوى وقائية تهدف إلى التوقي من تعرض محتمل الوقوع ومثال ذلك إذا كان لشخص حق ارتفاق بالكشف على عقار جاره، وشرع الجار في بناء حائط من شأنه لو ارتفع ان يحول دون ممارسة الحق ويكون تبعا لذلك للحائز الحق في رفع دعوى لتعطيل الأشغال وتفترض هذه الدعوى الشروع في الأشغال على عقار المعتدي، ذلك انه لو شرع في الأشغال على عقار الحائز فان الدعوى تكيف بكونها دعوى كف شغب وان تكون الأشغال لو تمت مكونة لشغب يحول دون الحيازة وبذلك يكون الفعل اعتداء محتملا على الحيازة وكذلك ان لا يتم العمل، فلو تم لعد اعتداء حالا ويكون للحائز الحق في القيام بدعوى كف الشغب.

3 - دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة :

ان دعوى استرداد الحوز بالقوة شرعت لحماية النظام العام أكثر من حماية المتضرر من الافتكك مما جعل الفقهاء يتساءلون عن الفائدة من اعتبارها من الدعاوى الحوزية وجعلها متميزة شريطة استعمال القوة من الغير لافتكك الحوز من صاحبه، غير انه يجدر التساؤل عن طبيعة القوة المستعملة ؟ ان هذه القوة يجب لتؤخذ بعين الاعتبار ان يكون استعمالها ماديا ومباشرا وان كل أعمال الاكراه التي تؤثر على إرادة الحائز تعتبر من قبيل استعمال القوة.

وبالإضافة إلى ذلك هل تخضع هذه الدعوى للأجال المذكورة بالفصل 54 من م.م.ت. أي ان مدة الحوز يجب ان لا تقل عن عام ويجب القيام بالدعوى قبل مضي عام من تاريخ الافتكك.

لقد سبق وأن قلنا ان أحكام الفصل 54 من م.م.ت. متضاربة ففي حين تستثني الفقرة الأولى دعوى استرداد الحوز المفتك بالقوة من الشروط العامة تأتي الفقرة الثانية لتقرر ان بداية احتساب الأجل تبتدىء من تاريخ الافتكك، وبذلك يبدو واضحا ان المشرع لم يستثن الدعوى من الشروط المقررة للقيام بالدعوى الحوزية، إنما جرم الافتكك بالقوة وقرر عقوبة لمقترفه، وبالتالي ان الحكم الجزائي لا حجية له لخضوع الفرع المتعلق بالحوز من عدمه لان ذلك من الاختصاص الحكمي الراجع لولاية محكمة الناحية ولا يمكن حتى للمحكمة الابتدائية ان تتعاطى النظر فيه الا بوصفها محكمة استئناف. ولذلك فإنه من الضروري ان يتدخل المشرع لتعديل الفصل 54 من م.م.ت. ورفع اللبس عن مقتضياته وذلك بالتخلي عن هذا الاستثناء طالما ان افتكك الحوز بالقوة تجرمه أحكام القانون الجزائي إذ لا يعقل ان يحظى بالحماية القضائية من لا تتوفر فيه شروط القيام بالدعاوى الحوزية أي أن يكون حوزة مشاهدا وهادئا وبدون شغب على الأقل مدة عام وان لا يسكت عن الشغب أيضا طيلة عام، واذا ما حولنا للمحكمة الجزائية أن تخرق هذه القاعدة فقد ساهمنا في عدم تطبيق القانون بطريقة مساوية على كل المواطنين وهو ما يتناقض مع عمومية القاعدة القانونية وتطبيقها على كل المتقاضين مع احترام مبدأ المساواة.

(3) عدم الجمع بين الدعوى الحوزية والدعوى الاستحقاقية :

ان هذه القاعدة ترمي إلى ابراز رغبة المشرع في حماية الحيازة باعتبارها مركزا قانونيا مستقلا عن الحق الموضوعي أي الملكية. ولذلك لا يجوز الخلط بين الحماية المقررة

للحيازة وتلك التي قررت للحق. ولا يجوز ان يؤدي وجود هذه الحماية الأخيرة إلى عدم التمتع من حماية الحيازة.

وتجسيدا لهذا التمشي وقع إقرار المبدأ بالفصلين 57 و 58 من م.م.ت. فلقد نص الفصل 57 انه "لا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت الحق الملكي أو نفيه ولكن للحاكم ان يتأمل في الأدلة المدلى بها على هذا الحق بقدر ما يفيد فيما يخص الحوز" ونص الفصل 58 على ان "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 الا بعد البت في دعوى الحوز وليس له في صورة صدور الحكم ضده في الدعوى المذكورة ان يقوم بدعوى استحقاقية الا بعد ان يذعن لما اقتضاه ذلك الحكم".

ويستنتج من الفصلين المذكورين ان مبدأ عدم الجمع بين الدعويين يلزم الأطراف كما يلزم القاضي.

أ - إزام الطالب في الدعوى الاستحقاقية بعدم الجمع بين الدعويين :

اقتضت الفقرة الأولى من الفصل 58 من م.م.ت. ان "القائم بدعوى الاستحقاق لا يقبل منه القيام بدعوى الحوز على أساس شغب أو افتكاك حوز متقدمين عن قيامه بدعوى الاستحقاق".

ويستخلص من الفقرة المذكورة ان المشرع حصر صراحة على القائم بدعوى استحقاقية القيام بعد ذلك بدعوى حوزية، ومعنى ذلك ان من تعرض لشغب وقام مباشرة بدعوى استحقاقية بهدف اثبات ملكيته فانه يعتبر قد عدل ضمنا عن القيام بالدعوى الحوزية، الا ان هذا العدول لا يعد إقرارا بان حيازة العقار راجعة لخصمه أو تسليما منه بعدم الاعتداد بالحيازة ويمكنه حتى الاستناد على الحيازة المكسبة لاثبات ملكيته وهذا التحجير لا يسري على المطلوب الذي يحتفظ بحقه في القيام بدعوى حوزية سواء كان الشغب متقدما أو لاحقا لنشر الدعوى الاستحقاقية،

وكذلك المدعي في الدعوى الاستحقاقية لا يحرم من القيام بدعوى حوزية إذا كان الشغب لاحقا لقيامه بدليل ان الفصل 58 من م.م.ت. حصر التحجير عندما يكون الشغب متقدما للقيام بالاستحقاق، ولو أراد المشرع خلاف ذلك لترك النص مطلقا، اما وقد حصره في الشغب المتقدم فلقد أراد عدم حرمان المعتدى عليه من الحماية الحوزية التي تتمتع بالسرعة والنجاعة ما دام قيامه بالدعوى الاستحقاقية لم يكن اختيارا من باب التفضيل عن الدعوى الحوزية.

ب - إزام المطلوب في الدعوى الحوزية بعدم الجمع بين الدعويين :

اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 58 من م.م.ت. ان "دعوى الاستحقاق التي رفعها المقام عليه بدعوى الحوز قبل القيام عليه بهذه الدعوى لا تأثير لها على دعوى الحوز".

ويخلص من الفقرة المذكورة ان القيام بدعوى استحقاقية ضد أحد الخصوم لا يمنع الطرف الآخر من القيام بدعوى حوزية ولا مجال لتطبيق مبدأ عدم الجمع بين الدعويين ولا يمكن معارضة المدعي في الدعوى الحوزية بعدوله الضمني عنها كما هو الحال بالفقرة الأولى من الفصل 58 من م.م.ت. بدليل انه لم يبادر بالقيام بالدعوى الاستحقاقية ولا يمكن ان يحرم من الحماية القضائية المقررة للحائز وان يسكت عن الاعتداء عن العقار الذي بحيازته لمجرد قيام المشاغب بدعوى استحقاقية، ويعد ذلك حرصا من المشرع على التفريق بين الدعوى الحوزية والدعوى الاستحقاقية وحماية الحائز حتى وان لم يكن مالكا شرعيا. كما اقتضت الفقرة الثالثة من الفصل 58 من م.م.ت. على "ومن وقع القيام عليه بدعوى الحوز لا يمكنه القيام بدعوى استحقاقية الا بعد البت في دعوى الحوز وليس له في صورة الحكم ضده في الدعوى المذكورة ان يقوم بدعوى استحقاقية الا بعد ان يذعن لما اقتضاه ذلك الحكم". ويفهم من الفقرة المذكورة انه محجر على المطلوب في الدعوى الحوزية القيام بدعوى استحقاقية طالما لم يصدر الحكم الحوزي وطالما لم يذعن لمنطوقه في صورة صدوره وان العلة في ذلك هو الحيلولة دون المناورات التي يمكن ان يقوم بها المشاغب لربح الوقت وإطالة تصرفه في العقار. وأن مبدأ عدم الجمع بين الدعويين الحوزية والاستحقاقية لا يكون ناجحا الا إذا التزم القاضي باحترامه واحترام هدف المشرع الذي أراد حماية الحيازة باعتبارها مركزا قانونيا مستقلا عن الحق الموضوعي.

ج - وجوب احترام عدم الجمع بين الدعويين من طرف القاضي :

اقتضى الفصل 57 من م.م.م.ت. انه "لا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت الحق الملكي أو نفيه ولكن للحاكم ان يتأمل في الادلة المدلي بها على هذا الحق بقدر ما يفيد فيما يخص الحوز". ويخلص من الفصل المذكور انه لا يمكن للقاضي تأسيس حكمه في الدعوى الحوزية على ثبوت حق الملكية لاحد الخصوم كالاستجابة للدعوى إذا ثبت المدعي انه المالك للعقار أو رفضها عندما يثبت المطلوب استحقاقه للعقار، وان الفصيل في الدعوى الحوزية هو البحث الحوزي الذي يستدعي التوجه أساسا وبالضرورة على عين المكان وسماع الشهود لمعرفة واضع اليد على العقار بصفة مشاهدة ومستمرة وهادئة مدة تفوق العام بقطع النظر عن كونه مالكا ام لا. وان مرد ذلك الاختلاف الجوهرى بين الدعوى الحوزية والدعوى الاستحقاقية من حيث السبب والموضوع و ارادة المشرع حماية الحوز وجعله مركزا قانونيا مستقلا عن الحق الموضوعي. وبذلك فإن فحص مستندات الملكية يكون على سبيل الاسترشاد وبالقدر الذي يساعد القاضي على التحقيق من توفر شروط الحيابة وان تجاوز هذا الحد يوجب نقض الحكم الصادر عنه لمخالفته للقانون، مع العلم ان هذه الأحكام لا تسري الا على العقارات غير المسجلة أما العقارات المسجلة فتتظمها أحكام خاصة ولا يسري الحوز على العقار المسجل مهما كان امده ويختص قاضي الناحية بكف الشغب عن العقار المسجل عملا بأحكام الفصل 70 من مجلة الحقوق العينية.

الفصل الرابع - استعمال الدعوى :

لقد سبق أن تم تعريف الدعوى بانها الحق الذي يملكه صاحب الحق في طلب حماية حقه، وقد حدد وضبط ورسم القانون كيفية ممارسة الدعوى بأن قرر كيفية تقديم الطلب والجواب عنه بدفع.

فالطلب هو الإجراء الذي بواسطته يعرض المدعي على القضاء دعواه لطلب الحكم له بما يدعيه، والاستجابة للطلب تؤدي إلى الحكم لفائدة المدعي بما طلب كليا أو جزئيا على المدعى عليه.

وعلى عكس ذلك فإن الدفع هو الإجراء الذي بموجبه يجيب المطلوب على طلب المدعي للحيلولة دون الحكم عليه، وبذلك فإن هدف الدفع إذا تمت الاستجابة له ان لا يحكم على المطلوب بما قدم من طلبات على ان ذلك، يستدعي توضيح امرين، أولهما ان الطلبات والدفع هي وسائل

لممارسة الدعوى ويشترط لقبول الدعوى من صفة ومصلحة واثنيهما انه ليس صحيحا بان الطلب إجراء يقدمه المدعي والدفع إجراء يقدمه المدعي عليه بل ان الدفع والطلب يمكن تقديمهما من طرف المدعي أو من المدعى عليه ومن ذلك الدعوى المعارضة التي هي دفع في إطار طلب وسيجلى ذلك عند درس الطلبات والدفع في مبحثين مستقلين.

المبحث الأول - الطلبات :

ان الأمر يستدعي التطرق إلى أنواع الطلبات والآثار التي ترتبها ثم تفصيل القول في الطلبات العارضة لتشعبها.

الفقرة الأولى - أنواع الطلبات وآثارها :

ان الطلبات تنقسم إلى نوعين والتفرقة بينها له أهمية بالغة وترتب آثارا قانونية عديدة.

1 - أنواع الطلبات :

ان الطلبات تكون أصلية أو عارضة :

أ - الطلبات الأصلية :

ان الطلبات الأصلية هي تلك التي تنشأ عنها قضية لم تكن موجودة، وهذه الطلبات هي أول ما يتخذ في الخصومة من إجراءات ولذلك تسمى بطلبات افتتاح الدعوى وهو ما نص عليه الفصل 69 من م.م.م.ت. عندما اقتضى انه "ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ وتتعدد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين" وهذه العريضة يجب ان تتضمن وقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعي واسانيدها القانونية عملا بأحكام الفصل 70 من نفس المجلة.

ب - الطلبات العارضة :

ان الطلبات العارضة هي التي تقدم اثناء قيام الخصومة وبعد تقديم الطلبات الأصلية والهدف منها تغيير الطلب الاصلي بالزيادة أو النقصان من حيث موضوع الدعوى وأسبابها وأطرافها. ويمكن ان يتضمن هذا الطلب العارض تصحيح الطلب الاصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة

ظروف طرأت بعد رفع الدعوى، كما يمكن ان يتضمن تغييرا في سبب الدعوى كمن يطالب بالملكية على أساس العقد ثم يطالب بها بناء على الميراث أو التقادم المكسب.

كما خول المشرع للمدعي تقديم دعوى فرعية وهو الطلب الذي يبدى اثناء سير الدعوى ويتعلق بموضوع فرعي عنها الا انه لا يمكن البت في الأصل دون البت في الدعوى الفرعية. ويجب البت فيها قبل الطلب الاصيل أو معه.

أما النصوص المنظمة لهذه الطلبات والتي ابحاثها فهي الفصل 84 من م.م.ت. الذي اقتضى انه "يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين قبله" والاجل المتحدث عنه هو عشرة ايام قبل جلسة المرافعة المحدد بالفصل السابق رقم 83 الذي نص على انه "يستمر محامو الأطراف على تبادل الملحوظات بينهم بدون إجراءات خاصة سوى امضاء كل منهم على توصله بما قدمه له زميله وتقدم نسخ من تلك الملحوظات وكذلك الوثائق لتضاف لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة للمرافعة بعشرة ايام بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة ايام بالنسبة لمحامي المدعى عليه ولا تقبل التقارير المقدمة بعد الأجل المذكورة". ولقد منح المشرع هذه الامكانية للمدعي بوصفه صاحب الحق ويصح له تكيف طلباته حسب ما يصدر من دفع من المدعى عليه وما ينتج من الأبحاث والعوارض الحاصلة على سير القضية.

أما الدعوى الفرعية فقد سمح القيام بها الفصل 226 الذي نص على انه "يمكن للطالب ما دامت القضية بصدد التحضير ان يدعي في صورة دعوى معارضة أو فرعية باية دعوى متعلقة بالدعوى الأصلية، ولا تقبل الا إذا كانت أسبابها موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية" ويخلص من الفصل المذكور أن المشرع اشترط تقديمها ما دامت القضية في الطور التحضيري ولم تصرف للمرافعة، وهذا التمشي يناقض أحكام الفصل 84 م.م.ت. الذي يخول تقديم الطلبات الفرعية ولو في طور المرافعة ويمكن رفع اللبس بالقول أن الدعوى المعارضة تختلف عن الطلبات المعارضة المنصوص عليها بالفصل 84 المذكور وهو قول مردود ويتوقف على ظاهر الالفاظ والمفردات. والموقف الذي يمكن تبنيه هو الذي يقول بان الفصل 226 كان متناسقا مع أحكام الفصل 83 قديم الذي عدل بالفصل 84 مع السهو عن تعديل أحكام الفصل 226. ويمكن حل هذا الاشكال مؤقتا في انتظار تدخل المشرع لادخال التناسق بين الفصلين تطبيقا للمبدأ

المعمول به في مادة التاويل بان النص الجديد يرجح على النص القديم في صورة التناقض أو عدم التناسق.

2 - أهمية التفرقة بين الطلبات الأصلية والفرعية :

إن التفرقة بين الطلبات الأصلية والطلبات الفرعية أو الجزئية أو التكميلية لها أهمية قصوى بخصوص العديد من المسائل اهمها :

- أن الطلبات الأصلية تقدم بالإجراءات العادية لرفع الدعوى يعريضة تودع بكتابة المحكمة، أما الطلبات المعارضة فيجوز ايدأؤها شفاهايا بالجلسة في حضور الطرف الاخر أو من ينوبه وتدوين ذلك بمحضر الجلسة، وإذا لم يكن الطرف الآخر أو من ينوبه حاضرا فلا يمكن تقديم الطلب شفاهايا وانما يجب تقديمه وفق الإجراءات المقررة لرفع الدعوى.
- إن الطلب الاصيلي يقدم إلى المحكمة المختصة حكما، والا كانت المحكمة غير مختصة حكما وجاز الدفع بعدم اختصاصها، اما الطلب المعارض فيرفع إلى المحكمة المتعده بالطلب المعارض اختصاصا تريبا لو انه رفع لها كطلب اصلي، كما انه يجوز رفع الطلب المعارض إلى محكمة غير مختصة به حكما إذا كان الطلب الاصيلي مرفوعا إلى المحكمة الابتدائية، باعتبار ان قاضي الأصل قاضي الفرع ومثال ذلك القيام بدعوى لطلب غرامة الحرمان من استغلال اصل تجاري واثاء سير الدعوى قدم طلبا فرعيا في طلب ابطال التنبيه الذي على أساسه تم القيام وتبين أن الطلب الفرعي من اختصاص محكمة الناحية باعتبار ان الاختصاص يحدد على أساس مقدار الكراء السنوي عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل 23 م.م.ت. في هذه الصورة رغم ان الحكم بابطال التنبيه خارج عن الاختصاص الحكمي للمحكمة الابتدائية فانها ستتعاطى فيه النظر باعتبار أنه لمعرفة استحقاق المدعي لغرامة الحرمان من عدمه فهي ستتطرق حتما لمسألة صحة التنبيه من عدمه وبالتالي ان الطلب الاصيلي يتعلق ويرتبط ارتباطا وثيقا بالطلب الفرعي الواجب التطرق إليه قبل المرور إلى المسألة الثانية.

إن المدعي يتمتع بكامل الحرية في ابداء ما يشاء في عريضة دعواه من طلبات، وذلك يحدد نطاق الدعوى من حيث الموضوع والسبب والأطراف الا ان هذه الحرية سرعان ما تنقلص ضرورة ان العلة من وجوب تبين موضوع الدعوى واسانيدتها فلتحديد الخطوط

الكبرى والرئيسية للدعوى ولا يمكن بحال للطلبات العارضة ان تحيد عن تلك الخطوط الرئيسية باعتبار أنه يمنع تعديل نطاق الخصومة بصفة مفاجأة، كما ان التعديل إذا تكرر سوف يحول دون سرعة فصل القضية، لذلك فإن الأصل أن تبقى الدعوى في حدود الطلبات الأصلية وتقديم الطلبات العارضة هو استثناء قيده المشرع بعدة شروط وسيتم بيانها عند التعرض بتفصيل في الفقرات اللاحقة.

3 - آثار الطلبات القضائية :

إن رفع الدعوى إلى القضاء يترتب عنه آثار متعددة منها ما يخص المحكمة ومنها ما يهم العلاقة بين أطراف الدعوى.

أ - آثار الطلبات بالنسبة للمحكمة :

إن الطلبات القضائية يترتب عنها الآثار التالية :

إن المحكمة مجبرة بتحقيق الطلبات والفصل فيها والا عدت مرتكبة لانكار العدالة المجرم بموجب الفصل 108 من المجلة الجنائية. وسلطة المحكمة تتحدد فيما يتعين عليها الفصل فيه على أساس ما قدم من طلبات وبالتالي ليس للمحكمة ان تفصل فيما لم يطلبه الخصوم وان فعلت عرضت حكمها للنقض.

إن رفع الدعوى وتقديم الطلبات الافتتاحية إلى محكمة مختصة يترتب عنه نزع الاختصاص بالفصل في الطلبات من جميع المحاكم الأخرى ولو كانت في الأصل مختصة به، وعليه إذا رفعت الدعوى بين نفس الخصوم وب نفس السبب والموضوع أمام محكمة أخرى مختصة بها أيضا وثبت قيام نفس النزاع أمام محكمتين مختلفتين أمكن إحالة الدعوى من المحكمة التي رفع اليها أخيرا إلى المحكمة المتعدهة أولا بإجراء يسمى الدفع بالإحالة لقيام نفس النزاع أمام محكمتين مختلفتين وهو ما اقره الفصل 15 من م.م.م.ت. عندما نص ان "التمسك بالمبطلات المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل 14 والقيام بطلب التخلي عن النظر في النازلة بدعوى سابقة النشر بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بنازلة أخرى يجب ان يكون دفعة واحدة وقبل كل جواب، في الأصل وطلب ادخال من شأنه ان يرجع عليه

بالدرك أو الضمان في النازلة يجب ان يقع قبل ان تعين لجلسة المرافعة".

ب - آثار الطلبات بالنسبة للأطراف :

إن المطالبة القضائية يترتب عنها بين الأطراف عدة آثار قاسمها المشترك أن الخصم لا تتأثر حقوقه بسبب ما يثار حولها من نزاع وما يقتضي تحقيق الدعوى وإجراء الأبحاث من وقت يتأخر بسببه صدور الحكم، وبالتالي يجب ان تنظم حقوق الأطراف المتنازعة والمحكوم بها على اعتبار ان الحكم يترتب أثره بداية من تاريخ رفع الدعوى ضرورة ان القيام لدى القضاء يعتبر عملا تحفظيا لحفظ الحقوق، وعلى أساس هذا الفكرة تترتب الآثار التالية :

- ان القيام لدى القضاء ينقطع به التقادم الساري لمصلحة المدعى عليه، ويبقى التقادم مقطوعا طالما بقيت الخصومة قائمة إلى ان يصدر فيها حكم وهو ما اقتضاه الفصل 396 من المجلة المدنية الذي نص على ان "مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع إذا قام الغريم على المدين وطالبه بالوفاء بما عليه على طريق الحاكم وعلى غير طريقه بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى حاكم لا نظر له في النازلة أو كان باطلا لنقص في صورته القانونية" ويعتبر الفصل 396 من المجلة المدنية استثناء ولذلك لا يطبق حكمه بالنسبة للآثار الأخرى التي تترتب على القيام بالدعوى، ان الأصل ان الحكم بعدم الاختصاص يزيل الخصومة وما تترتب عنها من آثار باستثناء التقادم، وهذا الأثر لا يترتب ان صدر في الدعوى حكم من التي تزيل الخصومة قبل الفصل في موضوعها كالحكم برفض الدعوى لبطلان عريضة الدعوى.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الدعوى تعتبر مرفوعة والمطالبة القضائية قائمة من تاريخ استدعاء المطلوب احتراماً لمبدأ المواجهة ضرورة ان الاستدعاء يعتبر انذاراً أو تنبيهاً، ولذلك ان قطع التقادم كسائر الآثار التي تترتب على القيام أمام القضاء يترتب من وقت تبليغ الاستدعاء للمطلوب.

- تسري الفوائد من تاريخ القيام بالدعوى وانعقاد الخصومة ما لم تكن سارية من وقت آخر بحكم القانون أو الاتفاق، ضرورة ان الفوائد إذا لم تكن مستحقة بموجب القانون أو العقد فتستحق من تاريخ الانذار للمدين عملاً بأحكام الفصل 278 من المجلة المدنية الذي نص على "غير انه في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون الا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون، ويكون الغرم اعتباراً من اليوم الذي صدر فيه انذار للمدين من

طرف الدائن" وإن القضاء مستقر على اعتبار أن القيام لدى المحاكم يعتبر إنذاراً للمدين ويترتب عنه سريان الفوائد القانونية بنسبة 7 % في المادة المدنية وبالنسبة القصوى للاعتمادات البنكية المقررة من طرف البنك المركزي مع إضافة نصف نقطة بالنسبة للمادة التجارية عملاً بأحكام الفصل 1100 من المجلة المدنية.

• أن المحكمة تنتظر الدعوى وتفصل فيها من حيث قبولها وسلامة مبناها يوم رفعها بقطع النظر عما يطرأ عليها بعد ذلك التاريخ من تغييرات، وبعبارة أخرى فإن المحكمة تفصل في الدعوى على النحو الذي كانت تفصل به لو أنها حكمت في الدعوى يوم رفعها حتى لا يتضرر الأطراف بسبب تأخير الفصل في الدعوى. وبالتالي فإن تغيير المطلوب لمقره إلى دائرة اختصاص محكمة أخرى فإنه لا يقبل منه الدفع بعدم الاختصاص. إلا أن القضاء يميل إلى عدم العمل بهذا المبدأ إذا كان التغيير الذي طرأ على الدعوى يصحح إجراء باطلاً كأن تصبح الدعوى مقبولة بعد أن كانت غير مقبولة وذلك تقادياً لرفع دعوى ثانية بنفس النزاع. إلا أن القضاء الفرنسي مستقر على احترام المبدأ ومن ذلك ما حكمت به محكمة التعقيب الفرنسية بعدم قبول الدعوى بدين لم يحل أجل المطالبة به عند رفع الدعوى ولو حل أجل اثناء نظرها عملاً بالمبدأ القائل بأن الدعوى تفصل على الحالة التي كانت عليها وقت رفعها.⁽¹⁾

الفقرة الثانية - الطلبات العارضة :

إن الطلب الأصلي أو الافتتاحي للخصومة هو أول طلب قضائي يقدم من المدعي إلى المحكمة ويحدد نطاق الادعاء موضوعاً وسبباً وخصوماً ويلتزم به القاضي والخصوم. ومع ذلك قد يحدث ما يوجب التعديل أو التغيير في عناصر الادعاء الأصلي، لذلك وجدت نظرية الطلبات العارضة التي تسمح بعرض طلبات لها صلة وثيقة بالطلب الأصلي وترتبط به. وهذه الطلبات العارضة يمكن أن يقدمها المدعي أو تقدم من المدعي عليه. كما يمكن للغير التدخل في الخصومة وتقديم طلبات أو يقوم أحد الخصوم بادخال الغير في الخصومة أو تتولى المحكمة ادخاله من تلقاء نفسها، وسنتولى دراسة هذه المسائل على التوالي.

1 - الطلبات العارضة المقدمة من المدعي :

بعد انعقاد الخصومة باستدعاء المدعي عليه بطريقة صحيحة حضور الجلسة الأولى قد تظهر الحاجة إلى تعديل بعض الطلبات. وقد سمح المشرع بذلك بموجب الفصل 84 من م.م.ت. الذي نص على أنه "يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين بالفصل قبله" ونص الفصل الذي قبله أي 83 على أن "محامو الأطراف يستمرون على تبادل الملحوظات بينهم دون إجراءات خاصة سوى امضاء كل منهم على توصله بما قدمه له زميله وتقدم نسخ من تلك الملحوظات وكذلك الوثائق لتضاف لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة للمرافعة بعشرة أيام بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة أيام بالنسبة لمحامي المدعى عليه ولا تقبل التقارير المقدمة بعد الأجل المذكورة".

ويستخلص من الفصلين المذكورين أن المدعي يمكنه تغيير طلبه الأصلي بالزيادة أو النقصان أو تحديده بدقة إذا اعتراه نوع من الغموض إلا أن هذا التغيير ليس مطلقاً ولا بد أن يكون هناك ارتباط بين الطلبات الأخيرة والطلب الأصلي وعلى القاضي أن يتحقق من قيام هذه العلاقة ونستطيع بيان الحالات التي يمكن للمدعي أن يقدم فيها طلبات عارضة وهي على سبيل الذكر وبتأويل شمولي لنظرية الدعوى وما يلزم توفره من تماسك في عناصرها :

- ما يستدعي تصحيح الطلب الافتتاحي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرات أو تبينت بعد رفع الدعوى. وهذه العناصر في الحقيقة مرتبطة بالطلب الأصلي وتكون منتجة عند اضافتها إليه ويحكم فيها مع الطلب الأصلي. ومثال ذلك أن يطلب اصلياً تنفيذ عقد وتسليم البضاعة موضوعه ثم يطلب الفسخ وتعويض الضرر اللاحق به من جراء عدم التنفيذ.
- طلب ما يكون مكمل للطلب الأصلي أو متصلاً به اتصالاً وثيقاً ومثال ذلك طلب الحكم بالفوائد على أصل الدين أو إضافة طلب التعويض إلى طلب الفسخ.
- تغيير في سبب الدعوى مع بقاء الطلب الأصلي والامثلة المعتادة في هذا المجال الاستناد في طلب الملكية على العقد ثم يتمسك بالتقادم المكسب للملكية أو رفع التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ثم يستند إلى الأثرء بدون سبب.

(1) تعقيب فرنسي صادر في 22 جويلية 1898 - مجلة القصر - 1900 - 1 - 37.

غير أن هذه الحالة ولئن اجمع عليها العديد من الفقهاء، إلا أن البعض منهم يرون أنه لا يمكن تغيير سبب الدعوى إلا وفق ما ورد في عريضة الافتتاح لأن ذلك له تأثير على الموضوع ضرورة أن من يستند إلى عقد البيع كسبب للملكية ثم يتمسك بالتقدم المكسب قد أحدث تغييراً في موضوع الدعوى وما ينجر عن ذلك من تغيير في المركز القانوني الذي يحكم موضوع الادعاء، وبذلك يصبح أمام موضوع جديد خاضع لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني لموضوع الدعوى كما ورد بعريضة الافتتاح⁽¹⁾ وهو الموقف الذي قرره المشرع بالفصل 226 من م.م.ت. الذي نص أنه "يمكن للطالب ما دامت القضية بصدد التحضير أن يدعي في صورة دعوى معارضة أو فرعية باي دعوى متعلقة بالدعوى الأصلية ولا تقبل إلا إذا كانت أسبابها موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية".

طلب إجراء تحفظي أو وقتي عندما يكون الطلب مرتبطاً بالطلب الأصلي وذلك إلى الدائرة المتعده عملاً بأحكام الفصل 214 من م.م.ت. عندما نص على أنه "يمكن للحكام المذكورين في غير تلك الحالات وبشرط وجود خطر ملم أن يصدرُوا أذوناً 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 المطالبة متعلقة بنزلة منشورة فإنها تقدم لرئيس المحكمة المتعده بها" ويخلص من الفصل المذكور أنه بالإمكان بموجب طلب عارض طلب إجراء وقتي شريطة أن يكون مرتبطاً بالدعوى الموضوعية المرفوعة أمام محكمة الموضوع وهو استثناء من الأحكام المنظمة لطلب الإجراءات التحفظية والمقررة أن هذه الطلبات تكون بواسطة إذن على عريضة أو بحكم استعجالي من قاضي الأمور المستعجلة كطلب تعيين حارس قضائي أو إجراء معاينة متأكدة.

2 - الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه :

إن المدعى عليه المقام عليه يمكنه اتخاذ موقف سلبي من الخصومة ويقدم وسائل الدفاع الرامية إلى الحكم برفض الدعوى، إلا أنه بإمكانه اتخاذ موقف إيجابي بتقديم دفع موضوعية ترمي إلى عدم الحكم للمدعي، كما يمكنه تقديم طلبات في مواجهة المدعي. وفي هذا المجال

اقتضى الفصل 227 من م.م.ت. أن "حق القيام بدعوى المعارضة مختص بالمطلوب ويمكنه 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".

إن هذا الفصل حدد الطرف الذي يمكنه القيام بدعوى معارضة وحدد الزمن الذي يمكن القيام بها فيه أي طالما أن الدعوى بطورها التحضيري أي قبل صرف القضية للمرافعة وبالتالي الفصل 28 من نفس المجلة لتعريف هذه الدعوى وكيفية ممارستها والهدف المرجو منها ونص أن "الدعوى المعارضة هي التي يقوم بها المطلوب للمدافعة عن نفسه في دعوى موجهة عليه بقصد معارضة الطالب بما يطلبه منه أو لطلب المقاصة الحكمية أو لطلب غرم في مقابلة الضرر المتسبب عن القضية ولا تضاف تلك الدعوى للدعوى الأصلية فيما يخص تحرير مقدار درجة الحكم لكن إذا كانت إحدى الدعويين تتجاوز مقدار ما يحكم فيه نهائياً فإن الحكم يكون ابتدائياً في الكل" ويخلص من ذلك أن الدعوى المعارضة يمارسها المطلوب لرد الدعوى الأصلية أو لطلب غرم الضرر الناتج عن الدعوى الأصلية أو لطلب المقاصة الحكمية وقيمتها لا تضاف لقيمة الدعوى الأصلية لكن تحدد درجة الحكم وهذا التفريق لم تعد له جدوى ضرورة أن الأحكام كلها ابتدائية الدرجة باعتبار أن المشرع التونسي كرس مبدأ التقاضي على درجتين دون قيد أو ضوابط. ولقد حدد المشرع استعمال الدعوى المعارضة في ثلاث حالات :

الحالة الأولى : وهي رد الدعوى الأصلية وطلب الحكم لفائدته وذلك بتوجيه طلبات خاصة به على المدعى ومثال ذلك الدعوى التي يقوم بها المتسوغ لطلب ابطال التنبيه بانتهاء المدة فيرد المالك بطلب الحكم بصحة التنبيه وإخراج المتسوغ من المكرب باعتبار أن الحكم بالخروج هو النتيجة الحتمية لصحة التنبيه وبانتهاء المدة أصبح المكرب شاعلاً للمحل بدون سند قانوني. وهذا الموقف أصبح موقفاً مستقراً في فقه قضائنا وأقرته محكمة التعقيب في العديد من القرارات⁽¹⁾.

الحالة الثانية : وهي حالة المقاصة الحكمية التي لا توجد ولا يتم إقرارها إلا بحكم من المحكمة ويحسم به القاضي الشرط الناقص من شروط المقاصة القانونية التي تفرض توفر ثلاثة شروط

(1) نبيل اسماعيل عمر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف بالإسكندرية 1987 - ص. 532.

(1) القرار التعقيبي عدد 1702 الصادر في 28 جانفي 1963 - نشرة 1963 ص. 55.

وهي ان يكون الدينان حاليين ومعلومي المقدار ومتفقي الجنس عملاً بأحكام الفصلين 377 و 374 من المجلة المدنية. وإذا ما كانت المقاصة قد اكملت شروطها فإن المطلوب يتمسك بها في صورة دفع موضوعي ويطلب الحكم برفض الدعوى لا نقضاء الدين وبراءة الذمة عملاً بأحكام الفصل 339 من المجلة المدنية. أما إذا كان أحد الشروط ناقصاً فيقوم المطلوب بدعوى معارضة ويطلب من المحكمة اكمال الشرط الناقص وتعيين مقداره حتى يتسنى إجراء المقاصة بين الديون ويفصل النزاع مرة واحدة ربحاً للوقت وللمال لكل الطرفين.

الحالة الثالثة : وهي الطلب العارض في إطار دعوى معارضة والمتمثل في طلب الحكم على المدعي بأداء غرم الضرر الناتج عن القيام عليه. ومن المعلوم ان حق التقاضي حق مشروع ولذلك فإن الحكم بغرم الضرر الناتج عن القيام يتوقف على ثبوت ان القيام كان تعسفياً أي بنية الاضرار بالمطلوب وكان عن سوء نية ووليد نزعة شريرة بقصد النكاية والاضرار بالخصم وهو ما استقر عليه فقه القضاء في العديد من القرارات التعقيبية.⁽¹⁾

وما اوردناه يتعلق بالتقاضي أمام المحكمة الابتدائية، في حين ان محكمة الناحية خصها المشرع بفصل يحدد نظرها بخصوص الدعوى المعارضة ضرورة ان الفصل 29 من م.م.م.ت. اقتضى انه "إذا وقع القيام بدعوى معارضة لدى قاضي الناحية وكان مقدارها متجاوزاً حداً يحكم فيه فعليه اعلان عدم اختصاصه بالنظر في كل من الدعويين. ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كانت دعوى المعارضة متعلقة بغرم ما نشأ عن الدعوى الأصلية من الضرر وإذا ظهر للقاضي ان القائم بالدعوى المعارضة تعمد الزيادة فيها قصد اخراج القضية عن نظره فانه يرد القيمة إلى نصابها ويفصل في الاختصاص حسب القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى". وهذا الفصل كما سبق أن قلنا يضع نظاماً قانونياً للدعوى المعارضة أمام قاضي الناحية وهو يتضمن مبدأ واستثناء.

فاما المبدأ فيتمثل في رفض الدعوى الأصلية وكذلك المعارضة إذا فاقت قيمة هذه الأخيرة حدود اختصاصه أي السبعة الاف دينار ويفترض ذلك ان يكون المطلوب حسن النية عند تقديم طلبه، فلو ثبت أنه تعمد الزيادة في قيمة الدعوى لاجراجها من حدود نظر قاضي

الناحية رد هذا الأخير القيمة إلى حقيقتها ويحدد موقفه من الاختصاص على أساس هذه القيمة الحقيقية التي يفترض أيضاً ان تكون مقداراً من المال كان يطلب المدعى عليه تعويضاً عن الضرر الناتج له عن القيام التعسفي او يطلب إجراء مقاصة حكومية، في حين لو كان موضوع الدعوى المعارضة طلباً غير مقدر أو غير قابل للتقدير أو استحقاقياً أو لطلب ابطال العقد سند الدعوى فإن هذا الطلب خارج عن أنظار حاكم الناحية وراجع بالنظر إلى المحكمة الابتدائية وعلى القاضي الحكم برفض الدعويين الأصليين والمعارضة. وأما الاستثناء فيتمثل في عدم تخلي قاضي الناحية في النظر في النزاع المطروح امامه حتى وان فاق حدود اختصاصه إذا ما كان موضوع الدعوى المعارضة غرم الضرر الناشئ عن الدعوى الأصلية ومثال ذلك ان يطلب المدعي عليه في إطار دعوى معارضة الزام المدعي بان يؤدي له عشرة آلاف دينار لقاء القيام التعسفي. في هذه الحالة ولئن فاق الطلب حدود ما ينظر فيه قاضي الناحية فلقد خول له المشرع مواصلة النظر في الدعوى خلافاً للمبدأ الوارد بالفقرة الأولى وذلك حرصاً من المشرع على تجميع النزاعات وعدم تفكيكها لتقادي تضارب الأحكام وربحاً للوقت والمال لكلا الطرفين.⁽¹⁾

3 - التداخل :

ان التداخل الاختياري في الخصومة يعتبر نظاماً إجرائياً مصمماً لمصلحة من لا يعتبر طرفاً في الخصومة أو ممثلاً فيها، وهو تطبيق من تطبيقات الطلبات العارضة وخوله الفصل 224 من م.م.م.ت. في فقرته الأولى عندما نص انه "يحق للغير الذي له مصلحة في القضية التداخل فيها في كل طور من أطوارها" وطالما أقر المبدأ فلا بد من التعرض لصوره وإجراءاته وآثاره.

أ - صور التداخل :

ان التداخل يهدف أحد امرين أما الانضمام إلى جانب أحد الخصوم للدفاع عن مصلحة معينة أو مطالبة بحق أو بمركز قانوني لفائدته ولذلك ينقسم التداخل الاختياري إلى نوعين :

(1) القرار التعقيبي عدد 1185 الصادر في 20 جويلية 1978 نشرية محكمة التعقيب - الجزء الثاني.

(1) القرار التعقيبي عدد 541 الصادر في 11 جوان 1976 - نشرية 1976 - ص. 150.

- التدخل الانضمامي :

ان التدخل الانضمامي يهدف إلى مساندة أحد أطراف الدعوى وتأييد طلباته ودعمها وإثباتها لأن مصالح هذا الطرف ترتبط بمصالحه ومثال ذلك تدخل البائع بوصفه ضامناً للاستحقاق في الدعوى المرفوعة ضد المشتري وذلك لأثبات ملكيته وصحة عقد البيع الصادر منه.

- التدخل الاختصاصي أو الاصلي :

ان التدخل الاصلي يهدف منه المطالبة من طرف المتدخل بالحكم لنفسه بطلب مرتبط بالطلب الاصلي. ومثال ذلك الدعوى القائمة بين خصمين حول ملكية عقار فيدخل الغير للمطالبة بملكية هذا العقار.

ب- إجراءات التدخل :

يستروح من الفصلين 224 و 225 من م.م.ت. أن التدخل يتم بنفس الطريقة التي ترفع بها الدعوى ويجب أن يتم في طور التحضيري وبأذن من المحكمة. ويعني ذلك أن يقع إبلاغ نسخة من عريضة التدخل إلى أطراف القضية ومنحهم الاجال المنصوص عليها لرفع الدعوى ويترتب على الاخلال بإجراءات التدخل الجزاء المنصوص عليه لرفع الدعوى.

أما كيف يتم التدخل، فيبدو أن الفصلين 224 و 225 من م.م.ت. متناقضان ضرورة أن الفصل 224 اقتضى أن "التدخل يتم في كل طور من أطوار القضية" وذلك يعني أنه يمكن أن يتم في الطور التحضيري أو في طور المرافعة، في حين أن الفقرة الثانية من الفصل 225 تنص على أنه "يجب أن يكون قبل تعيين القضية لجلسة المرافعة" وهذا التضارب لا يمكن تلافيه إلا بالتأويل المفصود للطور بالفصل 224 بأنه الدرجة من درجات التقاضي ويعني ذلك الطورين الابتدائي والاستئنافي.

أما التناقض الموجود بين الفقرتين الأولى والثانية الناصتين على أن التدخل يتم قبل تعيين القضية لجلسة المرافعة وبين الفقرة الثالثة الناصة على أن المحكمة يمكنها أن تأذن في كل حين بالادخال، ويعني ذلك أنها لا تنقيذ بأي طور، والادخال المذكور بالفقرة الأولى من الفصل 225 يفيد التدخل الجبري المنصوص عليه بالفقرة الثانية من الفصل 224 باعتبار أن امكانية الادخال

المخولة للمحكمة سيقع الحديث عنها لاحقاً لتمييزها بنظام قانوني خاص بها. والتدخل الجبري الذي يتم بناء على طلب الغير أو أحد الطرفين لابد قبل اجرائه من الحصول على موافقة المحكمة ضرورة انها المسؤولة على تنظيم إجراءات الدعوى، لكن هل هذا الدور موكول للقاضي المقرر بوصفه المكلف بتجهيز القضية للفصل فيها أم للمحكمة ؟

يمكننا الاجابة عن هذ السؤال بالرجوع للفصل 87 من م.م.ت. الذي حدد المهام الموكولة للقاضي المقرر على سبيل الحصر ولم يرد ضمنها انه بإمكانه اتخاذ القرارات الخاصة بالغير، وبذلك لا يمكن القول الا ان هذا القرار موكول للمحكمة صاحبة القرار في طلبات التدخل، وأن قدم طلب في هذه الصدد للقاضي المقرر فعليه إحالته على المحكمة التي تنظر في قبوله من عدمه في الجلسة المعينة لها القضية.

ج- آثار التدخل :

ان المتدخل لا يصير طرفاً في الدعوى الا إذا كانت له مصلحة في التدخل وفقاً للفصل 19 من م.م.ت.، وعلاوة على ذلك ان يكون الطلب مرتبطاً بالطلب الاصلي. وقبل التدخل يعني ان المتدخل اصبح طرفاً في الخصومة ويأخذ فيها المركز الإجرائي الذي يتناسب مع نوع تدخله، فإذا كان التدخل اختصاصياً صار المتدخل مدعياً وإذا كان انضمامياً صار مدعياً أو مدعى عليه بحسب الجانب الذي انضم اليه.

ورغم هذه المبادئ العامة المنظمة لكلا التدخلين فان فروقا بين التدخلين تبقى قائمة ولابد من الإشارة إليها وهي :

- ان المتدخل الانضمامي لا يمكنه ان يطلب طلبات خاصة به بل يقتصر دوره على تأييد موقف من انضم إلى جانبه بإبداء الدفوع التي تكون كفيلاً لتعزيز موقف من انضم إلى جانبه. في حين ان المتدخل الاختصاصي يمكنه ابداء ما شاء من دفوع وطلبات خاصة به.
- لا يمكن توجيه طلبات أو دفوع للمتدخل الانضمامي بل توجه إلى الخصم الاصلي الذي تم الانضمام إلى جانبه، في حين أن المتدخل الاختصاصي يجوز أن توجه ضده الطلبات والدفوع.
- المتدخل الانضمامي يواجه بكل ما يكون قد تحقق في الخصومة من أحكام تهديدية أو

سقوط الحق أو أي مركز إجرائي مواجه لمن انضم إلى جانبه. أما المتداخل الاختصاصي فإنه لا يعارض بالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع والتي تتعارض مع حقه حتى لا يضار من نظام قانوني شرع لمصلحته.

• ان رفض الخصومة الأصلية لبطان إجراءاتها أو لسبب موضوعي كنتنازل الطرف الأصلي عن الحق الموضوعي أو طلبه لطرح القضية يترتب عنه رفض التداخل الانضمامي. أما إذا رفع التداخل الاختصاصي بعريضة دعوى مستقلة وكانت المحكمة مختصة للنظر فيها فإن هذا الطلب يبقى قائما كطلب أصلي ويمكن للمحكمة ان تحكم برفض الدعوى الأصلية وتستجيب لطلبات المتداخل الاختصاصي وتلزم أحد أطراف القضية سواء المدعي أو المدعى عليه بالأداء وتحمله المصاريف القانونية.

• ان المتداخل الانضمامي يتحمل مصاريف تدخله، وبالتالي لا يمكن الزام المحكوم عليه بمصاريف التداخل ضرورة ان المتداخل لا يمكنه توجيه أي طلب اليه. في حين ان المتداخل الاختصاصي لا يتحمل المصاريف الا إذا خسر دعواه⁽¹⁾.

4 - الإدخال :

عندما تكون قضية منشورة أمام إحدى محاكم الدرجة الأولى يمكن لأحد أطرافها طلب ادخال الغير رغما عن ارادته وجعل الحكم الصادر فيها حجة عليه أو ليدافع عنه فيها أو ليحكم عليه بالتعويض عوضا عنه. وهذا النظام الكافل لعدم تناقض الأحكام وعلاج مساوئ قاعدة نسبية الشيء المقضى به، باعتبار ان من يختصم في الدعوى يصير الحكم الصادر فيها حجة له وحجة عليه. ويكون هذا الإدخال بطلب من أحد الخصوم أو بناء على أمر المحكمة.

وفي هذا الصدد اقتضى الفصل 224 من م.م.ت. في فقرته الثانية انه "يمكن للخصوم ان يطالبوا بالتدخل الجبري أو بالحضور للشخص الذي من شأنه له الحق في الخدش فيه بطريق الاعتراض على الحكم الذي سيصدر وذلك ليكون منسحبا عليه معهم" وكذلك الشأن بالنسبة للفصل 37 الذي نص على ان "دعوى الضمان ترفع للمحكمة المنشورة لديها الدعوى الأصلية أو التي

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 375 - دار النهضة العربية - مصر - 1981.

سبق لها ان نظرت في تلك الدعوى وذلك في حدود اختصاصها الحكمي".

وهذه الامكانيه مخولة أيضا للمحكمة بموجب الفقرة الثالثة من الفصل 225 من م.م.ت. التي نصت على انه "للمحكمة اصالة منها وفي كل حين ان تامر باخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضروريا لتقدير النزاع".

ويخلص من الفصول الالفة الذكر ان الادخال يتم بطلب من أحد الخصوم أو بأمر من المحكمة وتعين التطرق لكل نظام في نقطه مستقلة.

أ - الإدخال أو التداخل الجبري بطلب من أحد الخصوم :

اقتضى الفصل 224 من م.م.ت. انه "يمكن للخصوم ان يطالبوا بالتدخل الجبري أو بالحضور للحكم الشخص الذي من شأنه له الحق في الخدش فيه بطريق الاعتراض على الحكم الذي سيصدر وذلك ليكون منسحبا عليه معهم".

وعليه، ان الخصوم الأصليين سواء المدعي أو المدعى عليه يمكنهم بواسطة الطلبات العارضة إدخال أي شخص تهمه القضية من قريب أو بعيد.

وهذا الإدخال وان كان خاضعا لتقدير المحكمة عند البحث في مسألة طالبه فإنه يفترض قيام ارتباط بين القضية المتعده بها المحكمة وبين الطلب الموجه إلى الغير قصد ادخاله وجعل الحكم منسحبا عليه. وعلى كل فان عدة شروط من الواجب ان تتوفر لقبول هذا الطلب.

و اول هذه الشروط فانه من الجائز رفع الدعوى على المراد ادخاله وثانيهما قيام ارتباط بين طلب الإدخال والدعوى المنشورة أمام المحكمة وثالثهما توفر الشروط العامة لقبول الدعوى مثلما تطرقنا لذلك في موضعه.

وان التداخل الجبري لا يتم الا أمام محاكم الدرجة الأولى لانه لايجوز حرمان الغير من درجه من درجات التقاضي، وبالتالي ان الطلب يقدم للمحكمة الابتدائية أو لمحكمة الناحيه ان كانت مختصة ضرورة أنه إذا فاقت قيمة الطلب العارض ما يدخل في اختصاصه تخلي عن الدعويين الأصلية والفرعية.

وطلب التداخل الجبري بوصفه طلبا عارضا يقدم قبل صرف القضية للمرافعة عملا بأحكام الفصل 225 من م.م.ت. الذي نص على انه "يجب ان يكون قبل تعيين القضية

لجلسة المرافعة وبنفس الطريقة التي ترفع بمقتضاها الدعوى".

وتقديم الطلب يكون بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى مع مراعاة مواعيد الحضور ثم تودع بكتابة المحكمة المرفوع لديها الدعوى الأصلية.

وأما آثار التداخل الجبري فإنه بقبوله يصبح المتداخل فيه طرفاً في القضية وعليه جميع الواجبات الإجرائية من انابة محام ومتابعة سير الإجراءات ويكون الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه بحسب الحال وله كذلك الطعن في الحكم بكافة طرق الطعن القابل لها.

وان أهم صورة من صور التدخل الجبري هي دعوى الضمان الذي خول المشرع القيام بها بطريقة أصلية أو فرعية ضرورة ان الفصل 37 من م.م.ت. اقتضى ان "دعوى الضمان ترفع للمحكمة المنشورة لديها الدعوى الأصلية أو التي سبق لها ان نظرت في تلك الدعوى وذلك في حدود اختصاصها الحكمي" ويبدو جلياً من هذا النص ان دعوى الضمان تكون أصلية ان رفعت على الضامن مباشرة لطلب التعويض المحكوم به سابقاً وتكون فرعية وتؤدي إلى اعطاء المضمون رخصة طلب اخراجه من الخصومة ولا تبقى قائمة الا في مواجهة المدعي والضامن.

ودعوى الضمان الفرعية ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وبذلك يتم استدعاء الضامن بواسطة عدل منفذ وإبلاغه عريضة الدعوى ثم تقديمها إلى كتابة المحكمة المتعدهه بالقضية لتضاف بملفها.

وان المحكمة المختصة بدعوى الضمان الفرعية التي هي في الواقع والحقيقة طلب عارض قد تكون المحكمة الابتدائية ان كانت الدعوى الاصلية مرفوعة امامها، وفي هذه الصورة تكون هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان الفرعية مهما كانت قيمتها ومهما كان نوعها أي شخصية أو مختلطة أو عقارية. في حين لو كانت المحكمة المتعدهه بالدعوى الأصلية هي محكمة الناحية فإنها لا تختص بدعوى الضمان الفرعية الا إذا كانت داخله في اختصاصها من جميع النواحي والا وجب أعمال أحكام الفصل 29 من م.م.ت. وذلك بان تتخلى عن الدعوى لعدم الاختصاص إذا فاقت قيمة الدعوى الفرعية ما هو داخل في اختصاص قاضي الناحية أي بسبعة آلاف ديناراً.

أما بخصوص الآثار المترتبة عن التداخل الجبري فهي :

- يمكن لطالب الضمان طلب اخراجه من الدعوى الأصلية وخروجه لا تأثير له ضرورة أنه يبقى بواسطة الضامن ويكون الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه ويؤدي إلى تفادي الحكم عليه بمصاريف الدعوى التي يتحملها الضامن المحكوم عليه.
- أن الضامن طرف أصيل في دعوى الضمان الفرعية وله سلطات الخصم فيها من طلبات ودفع ووسائل دفاع ويكون الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجة له أو عليه ويجوز له الطعن فيه.
- أما المدعي الاصيل فهو المستفيد من الحكم الصادر على الضامن وذلك عند ثبوت صحة ادعاءات طالب الضمان المدعى عليه الاصيل في الدعوى الأصلية.⁽¹⁾

ب - التدخل بأمر المحكمة :

اقتضت الفقرة الثالثة من الفصل 225 من م.م.ت. أنه "لمحكمة أصالة منها وفي كل حين أن تأمر بادخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضروريا لتقدير النزاع".

أن هذه الفقرة تعتبر مناقضة لحيد القاضي السليبي ضرورة أنه من المعلوم ان القاضي المدني محايد وهو يطبق اوامر القانون ونواحيه على النزاع ويفصل في ما طرحه الخصوم عليه. الا أن هذا الحيد لم يعد قاعدة جامدة وانتقلنا إلى الحيد الايجابي الذي يكفل للقاضي دوراً أكثر فعالية في الخصومة المدنية واصبح المشرع يعترف للقاضي بدور في تحقيق وإثبات الادعاء المطروح عليه من ندب خبير أو إجراء معاينة أو استدعاء شاهد وذلك منذ تنقيح الفصل 86 من مجلة المرافعات بموجب القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في سبتمبر 1986 والذي اقتضى أنه "يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات أو إجراء توجّهات واختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الاعمال الكاشفة للحقيقة ان تأذن للقاضي المقر باتمامها". وان ادخال الغير في الخصومة ينصهر في هذا الإطار أي في إطار الاعمال الكاشفة للحقيقة، وفي هذه الصورة لن يتم كشف الحقيقة إلا بإدخال شخص معين لما له من علاق

(1) أبو الوفاء أحمد : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 203.

فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 379 - دار النهضة العربية - مصر - 1981.

بالمركز القانوني محل الادعاء كأن يكون له حق في الدعوى أو كان طرفاً فيها في مرحلة سابقة وتم اخراجه أو يكون الالتزام موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة.

وعلى كل حال، ان ادخال الغير بأمر المحكمة يجب ان يتقيد بعدة شروط وهي التالية :

- يتم الادخال في حدود الطلبات المطروحة من الخصوم على المحكمة لتقدير النزاع واطهار الحقيقة وذلك بقراءة شاملة للفصلين 86 و 224 من مجلة المرافعات.
- لا تلتزم المحكمة في امرها بادخال الغير بما يلتزم به الخصوم ضرورة أن طلب التداخل الاختياري أو الجبري يجب أن يقدم قبل صرف القضية للمرافعة أي في طورها التحضيري في حين أن المحكمة يمكنها الأمر بالادخال في كل حين عملاً بأحكام الفصل 224 من م.م.م.ت. ويعني ذلك ان الادخال يتم في أي طور من أطوار القضية وحتى أن اقتضى الحال بحل المفاوضة وارجاع القضية لطور التقارير.

- ادخال الغير بواسطة المحكمة يجوز العمل به أمام محاكم الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية ويجب أن لا يوجه المدخل طلبات إلى الخصوم وان لا يوجهوا إليه طلبات حتى لا يؤدي ذلك إلى خرق مبدأ التقاضي على درجتين إذا كان الادخال من طرف محكمة الاستئناف.⁽¹⁾

وإذا ما تراءى للمحكمة ضرورة ادخال من تراه فانها تاذن للمدعي باستدعائه بواسطة عدل منفذ وتبلغه عريضة الدعوى التي ترجع لكتابة المحكمة نسخة منها لتضاف ملف القضية، كل ذلك مع مراعاة مواعيد الحضور.

وان اثر هذا الادخال يختلف حسب الاحوال، فان وجهت إلى الدخيل طلبات أو وجه هو طلبات على بقية الخصوم فهو يصبح طرفاً في القضية ويحتج عليه بالحكم الصادر في الدعوى ويمكنه الطعن فيه بطرق الطعن الذي خولها القانون، اما إذا لم توجه إليه طلبات أو لم يوجه هو طلبات موضوعية فلا يكون طرفاً في القضية ولا يحتج عليه بما يصدر من أحكام ويكون مركزه قريباً جداً من الشاهد.

(1) ويرى أحمد أبو الوفاء عكس هذا الرأي ويعتبر أنه لا يجوز الادخال أمام محكمة الاستئناف وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين المتعلق بالنظام العام. أصول المرافعات المدنية والتجارية - ص. 218.

المبحث الثاني - الدفع :

ان الدعوى القضائية تمارس بالطلبات الأصلية الممهدة لنشأة الخصومة ثم انعقادها باستدعاء المطلوب لحضور جلساتها ويقدم المدعي طلباته سواء كانت أصلية أو فرعية، ومن ثم إذا منح المشرع المدعي ممارسة دعواه فمن حق المطلوب ان يدافع عن نفسه بكل الوسائل ليحترم حق الدفاع وله ان يقدم طلبات عارضة في إطار دعوى معارضة أو يكتفي بوسائل الدفاع المختلفة التي تنقسم إلى دفع موضوعية أو شكلية أو دفع بعدم القبول. وسننتولي دراسة كل دفع في فقرة مستقلة.

الفقرة الأولى - الدفع الموضوعية :

1 - تعريف الدفع الموضوعي :

ان الدفع الموضوعي هو الإجراء الذي يتقدم به المدعي عليه بهدف انكار الحق المدعي به لانه لم يوجد اصلاً أو لم يوجد بعد.⁽¹⁾ وقيل أيضاً أنه الإجراء الذي يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم له في الموضوع، فهو يوجه إلى أصل الحق المدعى به.⁽²⁾

وان كل دفع موجه إلى عناصر الادعاء الذي يطرحه المدعي على المحكمة طالبا منها الحكم له، والادعاء عناصره معروفة وهي موضوع الدعوى وسببها وأشخاصها. وبالتالي كل دفع موجه إلى عناصر هذا الادعاء يعتبر دفعا موضوعيا إذا كان يهدف إلى الحيلولة بالحكم للمدعي بطلباته.

وهذا التعريف يراه بعض الفقهاء تقليدياً وغير عميق ويقترحون التفرقة بين الدفع الموضوعي والدفاع الموضوعي.⁽³⁾

فالدفاع الموضوعي هو كل ما يعترض به المدعي عليه على الحق المطلوب حمايته من المدعي. في حين ان الدفع الموضوعي هو السلطة المخولة للمدعى عليه في تأكيد واقعة

(1) سوليس وبيرو : "القانون القضائي الخاص"، الجزء الأول. ص. 282.

(2) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية" - ص. 210.

(3) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني" - ص. 544.

قانونية مانعة أو منهيّة للواقعة المنشئة التي أكدها المدعي ليس من شأنها رفض الدعوى ملزم يتمسك بها المدعي عليه. ويعطي الدكتور والي على ذلك امثلة كالتقادم ولئن ثبت للقاضي من أوراق القضية فانه لا يحكم به الا إذا تمسك به المطلوب وكذلك المقاصة القضائية لا يحكم بها الا إذا طلب المطلوب ذلك ومارس الدفع بالمقاصة، اما مجرد الكلام دون الطلب والتمسك يعتبر دفاعا موضوعيا.

2 - النظام القانوني للدفع :

- ان الدفع الموضوعية تخضع للقانون الموضوعي الذي ينظم الحق واثاره المتمسك به من طرف المدعي، ومن امثلة ذلك الحوز المكسب للملكية، كان يقوم المدعي بقضية استحقاقية مستندا عليه فيعارضه المطلوب بعدم توفر شروط الحوز الهاديء مدة خمس عشرة سنة.
- يمكن التمسك بالدفع الموضوعية حتى صرف القضية للمفاوضة. واذا حجزت المحكمة القضية للمفاوضة وسمحت للأطراف بتقديم ملحوظات في أجل معين عادة ما يكون أسبوعا فانه يمكن للمدعي عليه تقديم دفع موضوعية وربما ينجر عن ذلك حل المفاوضة وإعادة القضية لطور التقارير للتحقق والبحث في الدفع الموضوعية ان بدا شيء من الجدية فيها.
- يمكن إبداء دفع موضوعية أمام محكمة الاستئناف ضرورة ان ذلك لا يعتبر خرقا لقاعدة التقاضي على درجتين لأن هذه الدفع تهدف إلى عدم الأخذ بادعاء سبق طرحه على محكمة البداية.
- يمكن إبداء الدفع الموضوعية لأول مرة أمام محكمة التعقيب إذا قررت الحكم في الموضوع ضرورة انه بإمكان محكمة التعقيب الفصل في موضوع الدعوى بعد ان أصبح ذلك ممكنا بموجب التنقيح الذي أدخله القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 على الفصول 176 و 191 و 193 ويمكن التصدي للموضوع والبت فيه بحكم حاسم للنزاع مثلها مثل سائر محاكم الأصل وذلك عند النظر مرة ثانية في التعقيب المرفوع طعنا في قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائرها تأسيسا على صدوره بناء على خطأ بين وقع فيه قضاة الدوائر المصدرة للحكم.

الفقرة الثانية - الدفع الشكلي :

1 - تعريف الدفع الشكلي :

ان الدفع الشكلي يتعلق بالإجراءات بدليل استعمال الفصل 14 من م.م.ت. ذلك المصطلح ونص "ان الإجراء يكون باطلا...." وهو يهدف أساسا إلى تعطيل أو منع نظر موضوع القضية من طرف المحكمة لسبب يتعلق باختصاصها أو بإجراءات الخصومة.⁽¹⁾

وان قانون الإجراءات قد نص على بعض هذه الدفع كالدفع بعدم الاختصاص الحكمي أو الترابي أو الدفع ببطلان عريضة الدعوى أو بالدفع بالتخلي لسبق النشر بمحكمة أخرى أو للارتباط بقضية أخرى منشورة.

والقول بان الدفع الشكلي هي التي نص عليها القانون ولا توجد دفع أخرى وذلك بسبب انعدام معيار موضوعي يمكن القضاة من تمييزها عن بقية الدفعات هو قول فنده بعض الفقهاء المستسكين بان الدفع الشكلي لم ترد في القانون على سبيل الحصر ولا يوجد ما يدل على ان المشرع قد قرر هذا التحديد، علاوة على انه إذا تمكن القضاء من إيجاد واستعمال معيار معين وموضوعي لتحديد الدفع الشكلي فمن اللامعقول الأخذ بهذا الحل بعلّة ان القانون لم يتطرق إلى هذا المعيار.⁽²⁾

2 - النظام القانوني للدفع الشكلي :

ان المشرع قد نص و عدد القواعد الواجب احترامها عند التمسك بدفع شكلي، إلا أن هذه القواعد لم تذكر على سبيل الحصر واجتهد فقهاء القضاء وارسى عدة قواعد أخرى أصبحت من المسلمات لدى المحامين باعتبار ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا، ضرورة أن بين كل المجتمعات البشرية يوجد عقد اجتماعي دأبوا على احترامه لارساء الاستقرار والطمأنينة والعدل. وهذه القواعد، سنحاول التعرض لمجملها كالاتي :

(1) MOREI René : "Traité élémentaire de procédure civile", p. 51, Paris 1949.

(2) سوليس وبيرو : "القانون القضائي الخاص"، الجزء الأول - باريس 1961 - ص. 275.

*** ضرورة ابداء الدفع الشكلي قبل الخوض في الاصل :**

اقتضى الفصل 15 من م.م.م.ت. ان "التمسك بالمبطلات المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل 14 والقيام بطلب التخلي عن النظر في النازلة بدعوى سابقة نشرها بمحكمة أخرى يجب ان تكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الأصل وطلب ادخال من شأنه ان يرجع عليه بالدرك أو الضمان في النازلة يجب ان يقع قبل ان تعين القضية لجلسة المرافعة".

يخلص من الفصل المذكور ان الدفوع الشكلية يجب أن تبدى قبل الخوض في الأصل وسند هذه القاعدة ان الدفوع المذكورة موجهة إلى إجراءات الدعوى وليس إلى موضوعها ولذلك فيجب أن تبدى قبل الخوض في الموضوع. وان تبريرات هذه القاعدة عديدة منها أساسا ان التعرض مباشرة لمناقشة طلبات الخصم واحقيقته في القيام تفترض تنازلا عن الجزاء المقرر للعيوب التي شابت الإجراءات.

وأن حسن أداء المحاكم لوظيفتها القضائية يستدعي أن تراجع الإجراءات وترقب صحتها أو لا قبل مناقشة موضوع الدعوى، ومرد ذلك ان المحكمة عندما تقتضي بالجزاء المقرر لمخالفة الإجراء كبطلان عريضة الدعوى لا تتعرض لموضوع الدعوى مما يجعلها تبذل أقل جهدا في البحث والتحصيل.

وان مفهوم التعرض للموضوع الذي يجب ابداء الدفوع الشكلية قبله وإلا سقط الحق فيها هو التطرق لموضوع الدعوى ومدى احقية المدعي في طلباته أو سقوط الحق في الالتجاء إلى القضاء.

ويعتبر تقديم المدعي عليه لطلباته أمام المحكمة متعرضا للموضوع كطلب التأخير للدلاء بمؤيد له تأثير على وجه الفصل. وبذلك ان تعرض المطلوب لموضوع الدعوى يسقط حقه في الدفوع الشكلية، فإذا ابدى دفعا إجرائيا بعد ذلك لا يكون مقبولا، غير ان سقوط الحق في الدفع الإجرائي بالتعرض للموضوع نتيجة تعرض ذات الخصم له، لا يسقط الحق في الدفع الشكلي تعرض غيره للموضوع، ومثال ذلك ما صدر عن المدعي عليه من تعرض للموضوع قبل ادخال الضامن في الدعوى عملا بأحكام الفصل 37 من م.م.م.ت. لا يسقط حق الضامن في الدفوع الشكلية في هذه الدعوى ولئن كان الضامن حالا محل المطلوب في الاداء الا ان الحلول يتعلق بالموضوع ولا يتعلق بانعقاد الخصومة.

وعليه لقد بات جليا انه يجب ابداء الدفوع الإجرائية قبل الخوض في الاصل، وهذه القاعدة تهم النظام العام لانها مقررلة لتنظيم عمل المحاكم عند النظر في الدعاوى بهدف الاسراع في منح الحماية القضائية والحيلولة دون تعطيل الإجراءات، وبالتالي أن جزاء مخالفة الإجراءات أي سقوط الحق في الدفع الشكلي إذا ابدى بعد الخوض في الأصل من النظام العام فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم، الا ان هذه القاعدة لا تنطبق على ما يتعلق من هذه الدفوع بالنظام العام، فهذه الدفوع يجوز ابدائها في أي حالة تكون عليها الدعوى وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها.

*** ضرورة ابداء الدفوع الشكلية دفعة واحدة :**

اقتضى الفصل 15 من م.م.م.ت. ان "التمسك بالمبطلات والقيام بطلب التخلي عن النظر في النازلة بدعوى سابقة نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بنازلة أخرى يجب ان تكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الاصل...".

وان مقتضى قاعدة وجوب ابداء جميع اوجه الدفوع الإجرائية دفعة واحدة هو اشتراط الدفع بشكل معين وهدف ذلك تصفية جميع المنازعات المتعلقة بدفع اجرائي والانتهاه منها مرة واحدة عوضا عن تجزئة تصفياتها وما ينجر عن ذلك من تأخير في فصل النزاع ومنح الحماية القضائية. هذه القاعدة تتعلق بالنظام العام وكذلك الجزاء المرتب على مخالفتها ضرورة أن المحكمة تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدفع الشكلي الذي يبدى بعد ابداء ملحوظات أخرى وسقوط الحق فيه.

*** لا يمكن ابداء دفع شكلي لأول مرة في الاستئناف :**

ان عدم جواز ابداء الدفوع الشكلية الموجهة إلى إجراءات الدعوى أمام محكمة البداية في الطور الاستئنافي مرده ان الخصم الذي لم يوجه هذه الدفوع في موعدها يعتبر يفترض أنه مسلم بصحة الإجراءات أو متنازل عن العيوب التي شابتها. وهذه القاعدة التي لم ينص عليها المشرع صراحة الا انها مفترضة من مبدأ التقاضي على درجتين ومن المفعول الانتقالي للاستئناف ضرورة ان الفصل 144 من م.م.م.ت. اقتضى ان "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف".

وبذلك ان هذه القاعدة ينحصر نطاقها في عدم جواز الدفع الشكلي لأول مرة لدى محكمة الاستئناف في دفع لم تبد أمام محكمة البداية رغم اتاحة الفرصة للدفاع في الدعوى، ومثال ذلك الحالات التي يكون المطلوب قد استدعي للحضور أو حضر في الجلسة وقدم جوابه رغم بطلان الاستدعاء. أما إذا لم يكن المطلوب قد استدعي كما يجب ولم يحضر ولم يقدم جوابا فيمكن له إبداء الدفع الشكلي لأول مرة لدى محكمة الاستئناف. أما الدفع الشكلي المتعلقة بالنظام العام فلا تنطبق عليها هذه القاعدة ويجوز ابدؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

* لا تستنفذ محكمة البداية ولايتها بالنسبة للموضوع بإصدار الحكم في الدفع الاجرائي :

ان الدفع الشكلي توجه إلى الإجراءات وليس لموضوع الدعوى الذي لا تتعرض له المحكمة ولا تقضي فيه ولذلك فهي لا تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع بإصدار الحكم في الدفع الشكلي.

وتبعا لذلك إذا نقضت محكمة الاستئناف الحكم الصادر في الدفع الشكلي فانها تقتصر على هذا النقض ولا تتعرض لموضوع الدعوى وترجع القضية للمحكمة الابتدائية لمواصلة النظر في الموضوع وهو ما أقتضاه الفصل 149 من م.م.ت. الذي نص أنه "إذا كان الحكم المستأنف صادرا في دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها ان تقتصر على نقضه ولارجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع كما لها ان كان الموضوع قابلا للفصل أن تبت فيه" ويجدر التفريق بين حالتين، الحالة الأولى التي قضت فيها محكمة البداية ببطلان عريضة الدعوى، فتم استئناف الحكم وتم الغاؤه من طرف محكمة الاستئناف، فان هذه الأخيرة مجبرة على ارجاع القضية لمحكمة البداية لتتظر في الموضوع وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يهم النظام العام. أما الحالة الثانية ومثالها ان محكمة البداية رفضت الدفع الشكلي ونظرت في موضوع الدعوى وأصدرت فيها حكماً. فان المحكمة تكون قد استنفذت ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى، وتبعا لذلك إذا لغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر في الدعوى رغم الدفع بعدم الاختصاص أو ببطلان عريضة الدعوى فانها تفصل في الدعوى وتصدر فيها حكماً إن كان البت ممكناً، أما إذا استدعى الأمر القيام بأبحاث اضافية أو سماع بينة أو تعيين خبير فانها ترجع القضية لمحكمة البداية لمواصلة النظر فيها وإصدار حكم في الموضوع.

3 - أنواع الدفع الشكلي :

ان الدفع الشكلي متعددة وتم التعرض لها بالفصلين 14 و 15 م.م.ت. وهي الدفع ببطلان الإجراءات أو عريضة الدعوى أو الاستدعاء للجلسة وسوف لن نتعرض لها هنا ضرورة ان موضعها عند درس إجراءات الدعوى، وبالإضافة إلى ذلك يوجد الدفع بعدم الاختصاص الحكمي أو الترابي والدفع بسابقة النشر والدفع بالارتباط.

أولاً - الدفع بعدم الاختصاص :

ان الدفع بعدم الاختصاص هو دفع شكلي مبناه تخلف شرط اختصاص المحكمة الواقع القيام أمامها. وشرط الاختصاص لازم لصحة الإجراءات والاعتداد بها. وان الجزاء الحتمي لمخالفة شرط الاختصاص وقواعد توزيع الدعاوى على المحاكم هو رفض الدعوى لعدم الاختصاص ويتم التمسك بهذا الجزاء عن طريق الدفع.

لكن من المعلوم ان الاختصاص ينقسم إلى اختصاص حكمي واختصاص ترابي وينفرد كل منهما بنظام قانوني مغاير للآخر فانه يكون من اوكد الواجبات التعرض لكل منهما في نقطة مستقلة.

- الدفع بعدم الاختصاص الحكمي :

ان الاختصاص الحكمي يهم النظام العام ولايجوز الاتفاق على مخالفته وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها ويمكن للمدعى عليه اثارته في أي طور من أطوار التقاضي ولو لأول مرة أمام محكمة التعقيب.⁽¹⁾

وان الحكم الصادر في الدفع بعدم الاختصاص حكم صادر قبل الفصل في الموضوع ولا يجوز حجية بالنسبة له. وبالتالي أن محكمة الاستئناف إذا نقضت الحكم الابتدائي القاضي بعدم الاختصاص ملزمة بارجاع القضية إلى المحكمة الابتدائية لمواصلة النظر في الموضوع تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يهم النظام العام ولأحكام الفصل 149 م.م.ت.

(1) القرار التعقيبي عدد 6280 الصادر في 26 جوان 1968 - القضاء والتشريع عدد 4 لشهر أبريل 1968.

- الدفع بعدم الاختصاص الترابي :

ان الاختصاص الترابي وكما هو معلوم يهم مصلحة الخصوم ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها الا ان بعض الفصول كالفصل 33 و 34 و 35 و 37 و 38 من م.م.ت. استعملت صيغة الوجوب مما حدا بالبعض إلى القول بان الاختصاص الترابي المقرر بالفصول المذكورة يهم النظام العام وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها⁽¹⁾ وبالتالي يكون النظام القانوني لهذا الاختصاص بالنسبة للاستثناءات المذكورة مماثلاً للنظام القانوني المقرر للاختصاص الحكمي.

في حين ان بقية المواد المتعلقة بالاختصاص الترابي فينسحب عليها الفصل 18 م.م.ت. الذي نص على ان "الخصم الذي يقع استدعاؤه لدى محكمة متحدة الدرجة التي كان يجب رفع النازلة لديها له طلب التخلي عنها للمحكمة الراجع اليها النظر بشرط ان يقدم طلبه قبل الخوض في أصل النازلة والا فمطلبه غير مقبول".

ويخلص من الفصل المذكور أن الدفع بعدم الاختصاص يجب ان يبدي قبل الخوض في الأصل والتعرض للموضوع والا سقط الحق فيه. الا ان ما يثيره هذا الفصل هو مفهوم التخلي. هل المقصود به الحكم بعدم الاختصاص الترابي وعلى القائم بالدعوى إعادة نشر قضية ثانية لدى المحكمة المختصة أو ان المحكمة عند حكمها بالتخلي تحيل القضية إلى المحكمة المختصة وذلك للاقتصاد في الإجراءات والنفقات ضرورة ان ملف القضية يرسل إلى المحكمة المختصة ويتم مواصلة الإجراءات من المرحلة التي وصلتها وهو المعمول به في جل التشريعات، ولذلك ان التخلي يعني ضمناً الإحالة إلى المحكمة المختصة.

- الدفع بسابقة النشر :

اقضى الفصل 15 من م.م.ت. ان "القيام بطلب التخلي لسابقة نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها بنازلة أخرى يجب ان يكون دفعة واحدة وقبل الخوض في الأصل...".

وكما هو معلوم انه بالامكان ان تختص أكثر من محكمة واحدة بنظر نفس النزاع، وبهذا الفصل يريد المشرع توحيد الخصومة وتركيزها أمام محكمة واحدة وذلك للاقتصاد في الإجراءات والنفقات وللمنع تناقض الأحكام، وبالتالي ان الدفع ليس دفعا بعدم الاختصاص انما دفع بسابقة النشر يهدف إلى إحالة القضية للمحكمة المتعده لتجميع النزاع امامها ولاعمال هذا الدفع لابد من اثارته قبل الخوض في الأصل وان يتم اثبات الاتحاد في الأسباب والأطراف والموضوع وان تكون الدعوى منشورة أمام محكمتين ضرورة أنه لاجدوى من الإحالة إذا انقضت إحدى الخصومتين بالفصل فيها وان تكون المحكمتان مختصمتين بنظر الدعوى. وان التخلي لفائدة المحكمة المتعده يفترض انها كانت تعهدت في تاريخ سابق للقيام لديها.

إذا تحققت المحكمة من توفر شروط الدفع فانه تحكم بالتخلي عن نظر الدعوى وتحيل القضية للمحكمة المتعده وتحدد للأطراف الجلسة التي يحضرون فيها أمام المحكمة التي احيلت اليها الدعوى. وتتولى كتابة المحكمة توجيه ملف القضية إلى المحكمة المتعده ضرورة ان الحكم الصادر في الدفع بسابقة النشر ينفذ فوراً ويترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة التي رفعت اليها الدعوى لاحقاً.

- الدفع بالارتباط :

ان الفصل 15 من مجلة المرافعات هو الذي خول طلب التخلي عن الدعوى للارتباط شريطة ان يتم ذلك قبل الخوض في الأصل، والارتباط هو وجود صلة وثيقة بين دعويتين تجعل من حسن سير العدالة مركزة النزاع أمام محكمة واحدة للحكم فيهما دفعا لتناقض الأحكام.

وللحكم بالتخلي عن الدعوى واحالتها على المحكمة المتعده لابد من توفر عدة شروط اهمها ان تكون المحكمتان من درجة واحدة وتوفر الارتباط الذي تقوم المحكمة بتقدير وجوده وان تكون الدعويان منشورتين بالفعل أمام المحكمتين.

والحكم الصادر بالتخلي والإحالة إلى المحكمة المتعده ينفذ فوراً وتتولى كتابة المحكمة ارسال ملف القضية على الحالة التي هو عليها. وهذا الحكم غير منه للخصومة ضرورة انها تنتقل على حالتها إلى المحكمة المحال اليها، ولذلك فهو لا يقبل الطعن المباشر ولا يجوز

(1) حسين بن سليمة : "دراسات قانونية لاشكالات تباينت حولها المحاكم"، 1998 ص. 18.

لمينة نمر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية" - دار المعارف بالاسكندرية ص. 182.

الطعن فيه الا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة.⁽¹⁾

الفقرة الثالثة - الدفع بعدم القبول :

1 - تعريف الدفع بعدم القبول :

ان الدفع بعدم القبول اثار جدلا حادا بين فقهاء القانون وتعددت المؤلفات في شأنه⁽²⁾ وتجاهلته بعض التشريعات ومن ضمنها التشريع التونسي أي أنه لم يستعمل هذا المصطلح ولئن اقر نتيجته وهو الحكم برفض الدعوى.

ويهدف الدفع بعدم القبول إلى الحيلولة دون نظر الدعوى من طرف المحكمة وذلك لغياب شرط القبول. وقد اختلف الفقهاء حول طبيعته القانونية فمنهم من اعتبره أحد فروع الدفع الموضوعية ضرورة أنه يهدم أحد شروط الحق في الدعوى أو شروط قبولها. في حين اعتبره آخرون انه لا يعدو ان يكون دفعا شكليا لانه يهدف إلى استبعاد الطلب القضائي وهو ما تحققه الدفع الشكلي.

وامام هذا الغموض واللبس عمد بعض الفقهاء إلى ذكر حالات الدفع بعدم القبول على وجه الحصر وهي إنكار صفة القيام أو نفي الصفة في القيام بالدعوى أو سبق الحكم في الدعوى واتصال القضاء بها أو لسبق الصلح في شأن موضوعها أو الاتفاق على التحكيم أو لرفع الدعوى قبل الميعاد أو بعده أو لعدم اتخاذ الإجراء الذي يوجب القانون قبل رفع الدعوى⁽³⁾ مثلما هو الحال للقيام على البلديات أو ملك الدولة الخاص بخصوص العقارات أي يجب التظلم قبل القيام.

(1) ويرى الدكتور أحمد أبو الوفاء خلاف ذلك ويعتبر أنه حكم منه للخصومة ويقبل الطعن المباشر - الدفع - دار المعارف بالأسكندرية - ص. 239.

(2) نبيل عمر : "الدفع بعدم القبول"، منشأة المعارف - مصر 1981.

- BEGUET : "La fin de non recevoir", RTDCI 1947 - p. 133.

- MINGUET : "Evolution et immutabilité du litige", Thèse à Toulouse 1975 - p. 30.

(3) أحمد أبو الوفاء : "المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف بالإسكندرية مصر - 1990 - ص. 230.

وبالتالي انه من المحبذ ان يتعود فقه قضائنا على استعمال هذه المصطلحات عند إصدار الأحكام ضرورة ان لها تأثيرا بالغا على حقوق المتقاضين والحكم بعدم القبول يختلف اختلافا شاسعا عن الحكم برفض الدعوى لاختلاف أثرهما واعتبار الدفع بعدم القبول دفعا شكليا يحول دون اثراته قبل الخوض في الأصل في حين انه بالامكان اثارته في كل حين مما يجبرنا إلى الحديث عن النظام القانوني للدفع بعدم القبول.

2 - النظام القانوني للدفع بعدم القبول :

لم يورد "قانون قواعد عامة تتسحب على الدفع بعدم القبول وسند أول استنتاجها من النصوص ضرورة ان الدفع الشكلي تكلم عنها المشرع وحدد ميعاد التمسك بها، وبالتالي بواسطة التأويل العكسي سبب صلا لإقرار حلول بخصوص المسائل التي عادة ما تثار أمام المحاكم.

- خلافا للدفع الشكلي ان الدفع بعدم القبول يمكن ابدائه في أي حين وفي كل حالة تكون عليها الدعوى وهو ما انتهى إليه المشرع الفرنسي صلب الفصل 123 من قانون المرافعات الفرنسي الذي حدد الدفع بعدم القبول كونه " الدفع الذي يحول دون قبول دعوى الخصم وذلك بسبب انتفاء حق التقاضي كما في حالة فقد الصفة أو المصلحة أو بسبب التقادم أو السقوط أو بسبب سبق الفصل في الدعوى.
- الدفع بعدم القبول هل تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ؟ للإجابة عن هذا السؤال، لا بد من معرفة البواعث التي دعت إلى إقراره. فان قرر لمصلحة الخصوم فلا بد ان يثار من طرفهم لتقضي به المحكمة، اما ان يثار من لصالح المصلحة العامة فيمكن اثارته من طرف المحكمة.

ونستطيع ان نذكر من الدفع المتصلة بالنظام العام: الدفع بانكار صفة المدعي في القيام ضرورة ان المحكمة ملزمة قبل تناول الموضوع ان تتحقق من صفات الخصوم.⁽¹⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : "الدفع بعدم القبول"، دار المعارف بالاسكندرية - ص. 533.

الغداوي : "المرافعات المدنية والتجارية"، المطبعة النموذجية - مصر - ص. 154.

• اما الدفوع التي تهم مصلحة الخصوم كدعوي الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين مثلما اقتضاه الفصل 1496 من المجلة المدنية الذي نص انه "لا يوجه الطالب لجهة الكفيل قبل أن تظهر المماثلة من المدين".

وبذلك إذا تعلق الدفع بعدم القبول فيمكن للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها وتقتضي بعدم قبول الدعوى.

- **الحكم الصادر والقاضي بعدم قبول الدعوى هل يترتب عليه امكانية القيام مرة ثانية أم لا يمكن تجديد الدعوى ؟**

للإجابة على هذا السؤال أيضا، لابد من التطرق للمسألة حالة بحالة ضرورة أنه لا يمكن وضع حكم عام ينطبق على الأحكام وسنضرب أمثله للوقوف على ذلك. لا يمكن تجديد الدعوى لمن قضي بسقوط استئنافه وكذلك لمن رفضت دعواه لقيامه بعد عام من حدوث الشغب في الدعوى الحوزية، الا انه يمكن للدائن الذي قام على الكفيل وقضي بعدم قبول دعواه لعدم رجوعه على المدين أولا ان يعيد الكرة ثانية بعد اثبات أنه رجع على المدين وتبين عجزه على الوفاء بالدين.

- **هل استئناف الحكم القاضي بعدم القبول يطرح النزاع برمته على محكمة الاستئناف ؟**

ان محكمة البداية عندما تقضي بعدم قبول الدعوى لم تتطرق إلى الموضوع وبالتالي ان محكمة الاستئناف إذا رأت خلاف ما ارتأته محكمة البداية ونقضت الحكم فعليها ارجاع القضية لمحكمة البداية حتى تنظر في الموضوع وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يهم النظام العام.⁽¹⁾

ورغم لما هذا الرأي من وجاهة فان محكمة النقض المصرية مستقرة على ان "الحكم بعدم قبول الدعوى تستنفذ به محكمة البداية ولايتها، فاذا الغي استئنافاً فلا يجوز إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة وعلى محكمة الاستئناف الفصل في موضوع النزاع".⁽²⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : "المرافعات المدنية والتجارية"، دار المعارف بالاسكندرية 1990 - ص. 230.

(2) نقض في 8 ماي 1980 عدد 1313 - مجموعة القواعد القانونية - 1980 ص. 47.

الجزء الثالث - نظرية الخصومة المدنية :

ان الخصومة لم يتم تعريفها من المشرع التونسي ولا من التشريعات الاجنبية لأن تعريف المؤسسات قد يضيق من إطارها أو يكسبها القوة التشريعية التي تكون للنص القانوني ويكون القاضي ملزماً باعتماده على الرغم من عدم صحته.⁽¹⁾

ولذلك قد وضع الفقهاء عدة تعاريف منها ان "الخصومة القضائية هي الوسيط الإجرائي المكون من عديد من الاعمال الإجرائية بهدف خدمة الادعاء المطروح على المحكمة حتى يفصل فيه بحكم يحسم النزاع وتنتهي الخصومة بصدر هذا الحكم"⁽²⁾ ويخلص من التعريف المذكور ان الخصومة هي مجموعة أعمال متتابعة يقوم ببعضها الخصوم وممثلوهم وبعضها الآخر القضاة ومساعدوهم من عدول تنفيذ ومحامين وخبراء عدليون. وهذه الاعمال تتابع تتابعا زمنيا ومنطقيا وكان كل عمل يفترض العمل اللاحق له، وجملة هذه الاعمال تنتج أثرا من الممكن ان يكون ايجابيا وهو الحكم بما طلبه المدعي أو ان يكون سلبيا وهو الحكم برفض الدعوى أو بعدم سماعها أو بعدم قبولها.

وهذه الاعمال ينظمها قانون المرافعات ويحدد تسلسل الإجراءات في كل مرحلة فنجدد يرتب على المطالبة القضائية ضرورة استدعاء المطلوب وتبليغه عريضة افتتاح الدعوى والمؤيدات، ويرتب على الاستدعاء ضرورة حضور المطلوب إلى الجلسة والدفاع عن نفسه وغيابه لا يحول دون مواصلة النظر في الدعوى طبق أوراقها ان كان التبليغ صحيحا، وتتابع الإجراءات إلى صدور الحكم الذي يتضمنها وترتب على عدم احترامها امكانية الطعن فيه لتدارك ما وقع فيه مصدره من خطأ أو خرق للقانون وان قيام

(1) أحمد أبو الوفاء : "المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 415.

- PERROT Roger : "Droit judiciaire privé", p. 50.

(2) محمد محمود ابراهيم : "التكييف القانوني للدعوى"، مصر 1982، ص. 136.

الخصومة يترتب عنه قيام علاقات بين الخصوم، وبينهم وبين المحامين، وبين هؤلاء والمحكمة فالمدعي والمدعى عليه يعتبر كل واحد منهما طرفاً في القضية ويؤدي طلباته ودفعه ويظعن في الحكم ويطلب تنفيذه ويمارس ذلك بنفسه بواسطة أحد العدول المنفذين. وهذه العلاقة ليست مصدرها العقد انما القانون.⁽¹⁾

اما العلاقة بين الخصوم والمحكمة فانه بمجرد اتخاذ إجراءات الخصومة القضائية يحمل على القاضي واجب الفصل في الدعوى والا اعتبر منكراً للعدالة.⁽²⁾ ويمارس القاضي السلطة القضائية في الخصومة فيتولى سماع الأطراف وشهودهم ويصدر الأحكام التحضيرية كالحكم بتأجيل القضية لجلسة أخرى أو قرن قضيتين لبعضهما ويصدر فيهما حكم واحد لاتحاد الموضوع والأطراف والسبب ويدير الجلسة ويسهر على حسن سيرها بأن منحه القانون حق اخراج من يربكها أو يأذن بتحرير محضر في من اخل بسير الجلسة ويحيله على النيابة العمومية للقيام بإجراءات التتبع.

ومجموعة هذه الإجراءات يمكن ان تكون مختلفة فنقضي المحكمة باطلها مما يجزنا إلى التطرق إلى البطلان في الإجراءات أو ان تكون مورست خارج مواعيدها فيجدر دراسة سقوط الإجراءات، كما ان الخصومة يمكن ان يحدث ما يعطلها ويكون من الضروري الحديث عن معطلات الدعوى عملاً بأحكام الفصول 241 وما بعده من مجلة المرافعات.

وان كل هذه الإجراءات المكونة للخصومة تنتج اثراً وهو صدور حكم يضع حدا للنزاع ويقر الحقوق أو ينشئها ويحق المحق ويرد المبطّل⁽³⁾ فالحكم هو الغاية الطبيعية التي يهدف إلى تحقيقها كل خصم بان يحاول اقناع القاضي بمنحه الحماية القضائية التي يقرها

القانون⁽¹⁾ وهذا الحكم الصادر في الدعوى لا ينفذ فور صدوره الا في حالات ذكرت على الوجه الحصر ويجب ان يصبح نهائياً حتى يتسنى تنفيذه. وقد تقع المحكمة في اخطاء اثناء نظرها الدعوى واثاء إصدارها للحكم، لذلك سمح المشرع للخصوم الطعن فيه. فالحكم الصادر عن محكمة البداية يطعن فيه بالاستئناف. والحكم الصادر عن محكمة الاستئناف يطعن فيه بالتعقيب إذا كان مخالفاً للقانون. أما من تضرر من صدور الحكم ولم يقع استدعاؤه ليكون طرفاً فيمكنه الاعتراض عملاً بأحكام الفصل 168 من م.م.ت. وإذا صدر الحكم وأصبح نهائياً بناء على خديعة من الخصم أو على رسوم مزورة أو ظفر الخصم بورقة قاطعة في الدعوى كانت ممنوعة عنه بفعل الخصم فيمكن طلب التماس إعادة النظر وفق شروط معينة. لذلك، وإذا كان الأمر كما قرر وسلف بسطه فان هذا الجزء سيتضمن أربعة أقسام أولها إجراءات الخصومة ويحتوي على إجراءات رفع الدفع وتقييدها وإجراءات التبليغ ومكانه وإجراءات سير الدعوى وثانيها يتعلق بجزاء مخالفة إجراءات الخصومة وينصرف أساساً إلى البطلان والسقوط وثالثها اثار الخصومة أي صدور الحكم وكيفية تحريره وبياناته الوجوبية والدفع ببطلانه وأثره الأساسي وهو خروج النزاع من ولاية المحكمة التي أصدرته واستثناءات هذا الأثر أي ولاية المحكمة باصلاح الأحكام الصادرة عنها وتفسيرها ورابعها الطعن في الأحكام بالطريقة العادية أي الاستئناف أو بالطرق غير العادية أي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب. وإذا أصبح الحكم نهائياً أو باتاً فما هي الشروط الواجبة التوفر ليتسنى تنفيذه، وهل يمكن في الانتهاء ايقاف تنفيذه سواء باثارة صعوبة تنفيذية أمام القاضي الاستعجالي أو بتقديم طلب في الايقاف للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف.

(1) عبد المنعم الشرفاوي : "المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 343.

(2) أنظر الفصل 108 من المجلة الجزائية.

(3) أحمد أبو الوفاء : "المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 712.

(1) ابراهيم نجيب سعد : "القانون القضائي الخاص"، مصر - ص. 187.

القسم الأول - إجراءات الخصومة :

سبق ان بينا ان الخصومة تفرض التعدد والتتابع في اعمالها فهي مجموعة الاعمال الإجرائية المتتابعة التي تتخذ بقصد الحصول على حكم. فتبدأ بالإجراء الافتتاحي لها وهي المطالبة القضائية ولا بد للطرق للبيانات الوجوبية التي تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى وهو موضوع الفصل الأول. أما الفصل الثاني فيتضمن كيفية تبليغ هذه العريضة إلى المطلوب ضرورة ان مبدأ المواجهة يقتضي اعلام الخصم بالطلبات الأصلية واطلاعه على المؤيدات سند الدعوى، الا ان هذه الخصومة التي انعقدت يمكن ان تطرأ عليها عوارض تعطلها وتعرض لذلك الفصل 241 من م.م.ت. وهو ما سيكون محتوى الفصل الثالث. في حين أن الفصل الأخير سيتعرض لجزاء مخالفة الإجراءات ضرورة أنه بدون جزاء تنجرّد القاعدة القانونية من صفة الالتزام علاوة على ان الجزاء يهدف إلى حسن سير مرفق العدالة وتحقيق الغرض من الخصومة وهو تحقيق الحماية القضائية بالفصل في النزاع وإصدار حكم عادل على أساس معطيات صحيحة.

الفصل الأول - إجراءات رفع الدعوى :

اقتضى الفصل 69 من م.م.ت. أنه "ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيراً منها مصحوباً بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ وتتعدد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين".

ويخلص من الفصل المذكور أن الخصومة تفتتح بطلب يقدم للقضاء يودعه المدعي بكتابة المحكمة التي تتولى تقييد القضية، فالمطالبة القضائية هي الإجراء الافتتاحي للخصومة وتسمى عريضة افتتاح الدعوى وستعرض لهذا الفصل وفي مبحثين لرفع الدعوى والآثار الناتجة عنها.

المبحث الأول - رفع الدعوى :

ان رفع الدعوى يكون بعريضة يحررها محامي الطالب ضرورة ان انابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية عملاً بأحكام الفصل 68 من

م.م.ت، لكن ما هي البيانات التي تتضمنها هذه العريضة ؟ ومتى يتم اعلانها للمطلوب والمواعيد الواجب احترامها ؟ ومتى تقيّد القضية ؟ وماذا يمكن ان يفعل المطلوب في صورة عدول المدعي عن تقييد القضية ؟

اقتضى الفصل 70 من م.م.ت. انه "يجب أن يبين بعريضة الدعوى اسم كل واحد من الخصوم ولقبه وحرفته وصفته وقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعي واسانيد القانونيّة والمحكمة الواقع الاستدعاء للحضور لديها وتاريخ الحضور سنة وشهراً ويوماً وساعة.

كما يجب ان تتضمن العريضة التنبيه على المستدعي بتقديم جوابه كتابة مصحوباً بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعنية لها القضية وإلا فإن المحكمة تنظر فيها حسب أوراقها. ولا يمكن ان يقل ميعاد الحضور عن واحد وعشرين يوماً إذا كان للخصم مقر بالتراب التونسي وعن ستين يوماً إذا كان مقره بالخارج وكذلك بالنسبة للدولة والمؤسسات العمومية".

لقد حدد الفصل المذكور البيانات الوجوبية التي يجب ان تتضمنها العريضة والآجال الواجب مراعاتها لتقديمها للكتابة وتقييد القضية.

الفقرة الأولى - البيانات الوجوبية لعريضة الدعوى :

يجب ان تحرر عريضة الدعوى من طرف محام بالنسبة للقضايا التي تكون فيها انابة محام وجوبية وتتضمن البيانات التالية :

1 - تحديد الخصوم :

يجب ان تتضمن عريضة الدعوى اسماء الخصوم وحرفتهم ومقرهم الاصلي أو المختار وصفاتهم وذلك حتى يسهل تبليغ الاستدعاءات ويتسنى تنفيذ الحكم عند صدوره.

وان تحديد مركز أي من الخصمين تترتب عليه آثار هامة بالنسبة للخصومة وإجراءاتها. ذلك ان الاختصاص الترابي يتحدد بمقر المطلوب عملاً بالفصل 30 من م.م.ت. علاوة على ان مركز الخصوم يتحدد وقت رفع الدعوى ولا يمكن تغيير أطراف الخصومة بعد رفعها

والخلف العام الذي يحل محل مورثه بموجب الحلول الإجرائي لا يمكنه التمسك بعدم الاختصاص الترابي إذا مات مورثه بعد رفع الدعوى.⁽¹⁾

2 - موضوع الدعوى :

يوجب القانون ان تتضمن عريضة الدعوى الوقائع والطلبات والاسانيد. والغرض من هذا البيان مزدوج، فهو يمكن المطلوب من الحصول على فكرة كافية عن الطلبات حتى يتمكن من إعداد وسائل دفاعه قبل الجلسة حتى لا يضطر إلى طلب تأخيرها، ومن جهة أخرى يعين المحكمة على تكوين فكرة عن الدعوى تمكنها من تحديد المواعيد اللازمة لإعداد الدعوى⁽²⁾. كما يجب ذكر السند القانوني للدعوى حتى يتسنى للمحكمة مراقبة التكييف الذى اصبغه المدعى على دعواه ضرورة ان بعض الحقوق تمكن من القيام بعدة دعاوى وتدخل مختلف الحماية القانونية، باعتبار ان الحائز لعقار يمكنه القيام بدعوى حوزية ضد من شاء أو بدعوى استحقاقية. وفي هذا الإطار اقتضى الفصل 523 من المجلة المدنية ان "من كان له القيام بدعويين مبنيتين على سبب واحد فاختر احدهما لايحمل على انه تنازل عن الأخرى".

وموضوع الدعوى يجب تبيانه بعبارة صريحة ولا يكون هذا البيان تاما الا إذا تبين الشيء المطلوب الحكم به بيانا كافيا حتى يصدر الحكم بحق يمكن التنفيذ عليه.⁽³⁾

3 - بيان المحكمة المطلوب الحضور أمامها :

يجب بيان المحكمة المطلوب الحضور أمامها بعريضة الدعوى لان المقصود بالاستدعاء ان يجتمع الخصوم أمام محكمة واحدة لفصل النزاع موضوع الدعوى.

ولذلك ورعاية لمصلحة الخصم يجب تعريفه بالمحكمة التي سيختصم امامها اذ قد تكون هناك أكثر من محكمة مختصة خاصة عند تعدد الخصوم واختلاف مقراتهم. كما انه بالنسبة للمحاكم الكبرى والمشملة على عدة قاعات جلسات فمن الضروري ذكر رقم قاعة الجلسة،

(1) فتحي والي : "الخصومة القضائية"، دار المعارف بالاسكندرية - مصر - ص. 11.

(2) محمود محمد ابراهيم : "صحف الدعوى"، مصر 1987 - ص. 151.

(3) عبدالعزيز ناصر : "مرجع القضاء"، دار المعارف - مصر - ص. 195.

باعتبار ان بعض القضايا لا تكون فيها إنابة المحامي وجوبية كالقضايا الشغلية والطعن في القرارات المهنية أمام محكمة الاستئناف كتسعير أجرة المحامي.

4 - ذكر اليوم والساعة والشهر المطلوب الحضور فيها :

كما يجب ان تشتمل عريضة الدعوى على تاريخ الجلسة يوما وسنة وشهرا وساعة لان هذا البيان لازم ليعرف المعلن بالعريضة وقت الحضور إلى المحكمة.

وان ذكر الساعة في القضايا التي يكون موعد الحضور فيها بالساعات ضروري، إذ يحصل في الدعاوى الاستعجالية ان يكون الاستدعاء في ساعة معينة.

5 - التنبيه على المطلوب الجواب بواسطة محام :

يوجب الفصل 70 من م.م.ت. ان تتضمن عريضة الدعوى أيضا التنبيه على المطلوب على ضرورة الجواب كتابة مصحوبا بماله من المؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعينة لها القضية والتنبيه عليه بانه في صورة إخلاله بهذا الواجب فان المحكمة ستواصل النظر في القضية دون ان تتوقف على جوابه.

وان وجوب الجواب بواسطة محام اصبح اليوم ضرورة ملحة ضرورة ان المشاكل القانونية تعقدت وتشهد تضخما تشريعا يكون المواطن غير المختص في المادة القانونية في عجز عن الدفاع عن حقوقه، وبالتالي أن تنقيح الفصل 70 بموجب القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 في طريقه وساعد المحاكم على القيام بعملها على احسن وجه باعتبار انه من خلال تقارير المحامين تتحسن نوعية الأحكام.

الفقرة الثانية - إعلان العريضة وتنقيح القضية :

1 - إعلان عريضة الدعوى :

اقتضى الفصل 69 من م.م.ت. ان عريضة الدعوى يبلغ منها نظير للمطلوب مصحوبا بنسخ من المؤيدات بواسطة عدل منفذ وتتعدد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين. ان الفصل المذكور خول للمدعى تعيين تاريخ الجلسة بمفرده واستدعاء خصمه للحضور بالتاريخ المعين

بعريضة الدعوى، وإن المحامي محرر العريضة يمكنه أن يستقي التاريخ المعين لانتصاب كل دائرة ضرورة أنه في بداية كل سنة قضائية يقوم رئيس المحكمة بتعليق جدول عمل المحكمة واليوم المعين لانتصاب كل دائرة وتحديد اختصاص ومناطق نظر دوائر المحكمة، إلا أن العمل جرى على أن يقدم المحامي عريضة الدعوى لكتابة الدائرة المختصة التي تتولى تعيين تاريخ الجلسة واثار ذلك يقع استدعاء المطلوب للجلسة المعين تاريخها بالعريضة المبلغة.

وإن هذه الامكانية التي خولها الفصل 69 من م.م.ت. للمدعي من تعيين تاريخ الجلسة بمفرده أو جريان العمل الساري حالياً بالمحاكم الابتدائية يدخل إرباكاً على عمل الدوائر ضرورة أن عدد القضايا يختلف من دائرة إلى أخرى حسب إرادة المتقاضين في حين أنه بالإمكان جعل تعيين القضايا من اختصاص رئيس المحكمة باعتبار أنه الوحيد العارف لعدد القضايا المنشورة بكل دائرة ومدى اختصاص كل رئيس دائرة ومعرفته بالمواد القانونية وتجربته القضائية وبالتالي أن توزيع القضايا يكون على أساس مقاييس موضوعية لا يمكن تقديرها إلا من طرف رئيس المحكمة بالإضافة إلى أن تدخل رئيس المحكمة في التعيين يجعله على علم تام بكل المواضيع المعروضة على المحكمة ويقع تقادي تراكم القضايا في دائرة دون أخرى وبالتالي لا يمكن بحال أن يبقى هذا التقدير خاضعاً لإرادة المتقاضين وهو ما فعله المشرع الفرنسي عندما جعل تعيين القضايا من اختصاص رئيس المحكمة وهو ما اقتضاه الفصل 758 من مجلة المرافعات الفرنسية عندما نص على أن "رئيس المحكمة هو الذي يتولى تحديد اليوم وساعة المداة على القضية ويعين الدائرة التي ستعقد وكاتب المحكمة يعلم الأطراف بذلك".

وبالتالي إن سرعة فصل النزاعات وتوفير الضمانات للمتقاضين تستدعي تعديل الفصل 69 من م.م.ت. وإقرار سلطة تعيين القضايا وتحديد تاريخ الجلسات لرئيس المحكمة مثلاً هو الحال بفرنسا ضرورة أن رئيس المحكمة هو الذي يعرف عدد القضايا بكل دائرة ويمكنه التوزيع حسب ذلك المعطى علاوة أن معرفته لكفاءة كل رئيس دائرة واختصاصه وتجربته القضائية، وتبليغ عريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة يجب أن يكون بواسطة عدل منفذاً عملاً بأحكام الفصل

الخامس من م.م.ت. وفقه القضاء مستقر على ذلك.⁽¹⁾

ومعلوم أن مايجرره عدل التنفيذ يشتمل على بيانات وجوبية منها تاريخ الاعلان باليو والشهر والساعة حتى يتم التحقق من صحة الإعلان ومعرفة ما إذا كان قد تم في وقت يجوز فيه التبليغ. ويرمي كذلك التاريخ إلى تحديد بداية سريان الآثار المترتبة على هذا الاستدعاء. للجلسة ضرورة أن هذا الإجراء يجب أن يتم قبل واحد وعشرين يوماً بالنسبة لمن له مقر خارج البلاد التونسية وكذلك بالنسبة للدولة والمؤسسات العمومية. كما أن عدل التنفيذ مجبر على ذكر اسم طالب الاعلان ولقبه ومهنته ومقره وكذلك المستدعي ومن تسلم العريضة وهويته ومقره، بالإضافة إلى ذكر اسمه والمحكمة التي يعمل بدائرتها وتوقيعه على كل من الأصل والصور، والهدف من ذلك التأكد من أن من قام بالاعلان له سلطة القيام به وأنه لم يتجاوز حدود اختصاصه الترابي وامضاؤه يضي الرسمي على الورقة المعلنة وتخلفه يرتب بطلان العريضة بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

2 - تقييد القضية :

اقتضى الفصل 72 من م.م.ت. أنه بعد تبليغ العريضة للمطلوب يتولى محامي المدعي تقديمها لكتابة المحكمة لتتولى تقييدها بالدفتر المخصص لها بعد التحقق من خلاص المعاليم ثم يرسمها بجدول الجلسة المعنية لها.

ويستنتج من الفصل المذكور أن تقييد القضية يتم بعد استدعاء المطلوب بمدة زمنية وهو ما يخول لبعض المتقاضين استعمال هذا الإجراء للزجاج أو للمضايقة دون نية التقاضي والكل يعلم أن آثار المطالبة القضائية تسري من تاريخ رفع الدعوى الذي لا يكتمل قانوناً إلا بتبليغ العريضة إلى المدعي عليه ضرورة أن المطالبة القضائية تقتضي أن يكون المدعي عليه على علم بالطلب القضائي الموجه إليه وهو ما جعل بعض التشريعات الأجنبية ومنها سوريا "تقرر أن تقييد الدعوى يحصل قبل اعلان العريضة إلى المدعي عليه وبعد استيفاء المعاليم المقررة للدعوى بدفتر خاص

(1) قرار الدوائر المجتمعة عدد 22728 الصادر في 13 أبريل 1995 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1995/1994 - ص. 34.

برقم متسلسل وفقاً لأسبقية تقديمه ثم تسلم صورة الاستدعاء بعد ذلك وما يرافقها للمحضر للتبليغ" وكذلك المشرع المصري صلب الفصل 67 من مجلة المرافعات المدنية الذي اقتضى "يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد ان يثبت في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ثم يسلم قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه". كما أن المشرع البلجيكي نحا نفس المنحى بالفصل 711 من م.م.ت. الذي اقتضى "يمسك بكل محكمة دفتر عام تقيد به القضايا حسب تاريخ تقديمها".

كما أن المشرع الكويتي انتهج نفس التمشي صلب الفصل 48 الذي اقتضى انه "تقيد إدارة الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة وتعين تاريخ الجلسة المحددة لنظرها ويسلم أصل الصحيفة وصورها إلى مندوب الاعلان لإعلانها ورد الأصل إليها...".

وان مثل هذا النظام أكثر ضمانات ويمكن من التحقق من جدية الدعوى وعدم اتخاذ اعلان العريضة وسيلة للتهديد باعتبار ان خلاص المعاليم كاملة قبل قيدها وقبل اعلانها للمدعي عليه دليل قاطع على العزم على مواصلة الدعوى وعدم التخلف عن الحضور.

ولذلك من المحبذ تعديل الفصلين 69 و72 من م.م.ت. وإقرار امكانية تعيين تاريخ الجلسات لرئيس المحكمة ثم تقيد الدعوى في الدفتر المعد لها وترجع العريضة لمحامي المدعي للقيام بإجراءات الاستدعاء للجلسة المعنية وبالتالي يكون محتوى الفصلان كالاتي :

- الفصل 69 : "ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب ويقدمها إلى رئيس المحكمة لتعيين تاريخ جلستها الأولى ثم ترجع للكتابة لتقييدها بالدفتر المخصص لها بعد التحقق من خلاص المعاليم القانونية وترسم بجدول الجلسة المعنية لها".
- الفصل 72 : "على محامي المدعي أن يقدم لكتابة المحكمة قبل تاريخ الجلسة بسبعة أيام أصل العريضة المبلغة للمدعى عليه مصحوبة بالمؤيدات وكشفا في نظيرين يوقعه الكاتب ويرجع له احدهما اثباتاً لتوصله بها".

وعلى كل فإن تقيد القضية وتسليم المؤيدات يجب أن يتم سبعة أيام من قبل تاريخ الجلسة

وتتولى كتابة المحكمة التوقيع على أحد الكشوف في المؤيدات وختمه ويرجعه للمحامي كدليل على ادلائه بالمؤيدات المذكورة به. وإذا لم يقدم المدعي بتقييد القضية فإنه بإمكان المطلوب بواسطة محاميه الذي يعلن نيابته القيام بذلك إلى حدود اليوم السابق عن تاريخ الجلسة.

المبحث الثاني - آثار رفع الدعوى :

ان رفع الدعوى يترتب عنه عدة آثار تسمى الآثار القضائية ومنها الاجرائي كتحديد انعقاد الخصومة والمحكمة المختصة ونطاق الخصومة وبعضها الآخر موضوعي كاتقطاع سريان التقادم وبطلان إحالة الحقوق المتنازع فيها.

الفقرة الأولى - الآثار الإجرائية :

1 - تحديد تاريخ انعقاد الخصومة :

ان اهم اثر لرفع الدعوى هو تحديد تاريخ انعقاد الخصومة، وهذا التاريخ لا يتحدد بتقييد القضية بالسجل المعد لذلك مثلما هو الحال ببعض التشريعات، بل باستدعاء المطلوب للحضور للجلسة الأولى التي ستعقد لنظر الدعوى. وهذا الموقف يبرره مبدأ المواجهة ضرورة أن النزاع لا ينشأ الا عندما يعلم به المطلوب ويستعد لأعداد وسائل دفاعه والدفاع عن حقوقه وهو ما يقوه أغلب الفقهاء⁽¹⁾ ونحا القضاء التونسي هذا المنحى بالقرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته ان "التاريخ المعتمد كتاريخ لرفع الدعوى هو تاريخ تبليغ العريضة إلى المطلوب عن طريق عدل منفذ بالنسبة للمحكمة الابتدائية، أما محكمة الناحية فان تاريخ التقديم المعتبر فهو تاريخ تقديم العريضة إلى كتابة المحكمة وتقييد القضية بالدفتر المعد لنوعها"⁽²⁾.

2 - تحديد المحكمة المختصة :

ان الأثر الثاني والهام للقيام هو تحديد المحكمة المختصة وبيان مدى ولايتها ويترتب على

(1) نبيل اسماعيل عمر : "أصول المرافعات المدنية"، منشأة المعارف بمصر - ص. 163.

(2) قرار الدوائر المجتمعة الصادر في 24 ديسمبر 1982 تحت عدد 3237 - نشرة محكمة التعقيب 1985 - ص.

ذلك نزع اختصاص سائر المحاكم بالفصل في موضوع الدعوى حتى وإن كانت مختصة به. وبالتالي إذا رفعت نفس الدعوى أمام محكمة أخرى مختصة بها جاز الدفع بسبق النشر عملاً بأحكام الفصل 15 من م.م.ت. الذي خول هذا الدفع قبل الخوض في الأصل.

3 - تحديد نطاق الخصومة :

إن الطلبات المقدمة بعريضة افتتاح الدعوى تحدد نطاق الخصومة محلاً وسبباً وأشخاصاً أمام المحكمة المرفوعة لديها الدعوى ولا يجوز الحكم بأكثر أو باقل من المطلوب، ولذلك إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات جاز لصاحب الشأن من الخصوم الطعن في الحكم لتدارك الامر، إلا أن جل التشريعات العربية تخول للمعني بالأمر أن يطلب من المحكمة التي أصدرت الحكم وأغفلت الحكم في بعض الطلبات أن تحكم فيها وذلك باستدعاء الخصم للحضور أمام المحكمة لنظر الطلب والحكم فيه وهو ما يجيزه الفصل 193 من قانون المرافعات المصري "يجوز للمدعي أن يعود مرة أخرى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لكي تنظر ما أغفلت الفصل فيه وذلك وفق الإجراءات العادية لرفع الدعوى. والمشرع التونسي مدعو للاخذ بهذا التمشي ضرورة أن المحكمة التي لم تفصل في طلب وأغفلته ولم تستنفذ ولايتها ولا يمكن لخصم أن يستعيض عن العودة إليها بالطعن في الحكم بالاستئناف أو بالتماس إعادة النظر لأنه لا يوجد محكم في الطلب الذي أغفل يمكن أن يكون محلاً للطعن.⁽¹⁾

الفقرة الثانية - الآثار الموضوعية :

1 - انقطاع التقادم :

إن القيام لدى القضاء ويعني ذلك من تاريخ التبليغ للعريضة للمطلوب بالنسبة للمحكمة الابتدائية ومن تاريخ تقييد الدعوى بالنسبة لمحكمة الناحية ينقطع به التقادم الذي يسري لفائدة المدعى عليه حتى وإن كان القيام لدى محكمة غير مختصة، وهذا التقادم لا يسري طول مدة الخصومة وتبدأ مدة تقادم جديدة من تاريخ صدور حكم نهائي لفائدة المدعى وهو ما اقتضاه

(1) فتحي والي : "قانون القضاء المدني" - دار النهضة العربية - مصر - ص. 714.

الفصل 396 من المجلة المدنية الذي نص أن "مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع إذا قام الغريم على المدين وطالبه بالوفاء بما عليه عن طريق الحاكم وعلى غير طريقه بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى حاكم لا نظر له في النازلة أو كان باطلاً لنقص في صورته القانونية".

2 - بطلان إحالة الحقوق المتنازع فيها ومنع شرائها :

أن رفع الدعوى يفيد قطعاً وجود نزاع حول موضوع الدعوى أكان عقاراً أو منقولاً ومنع المشرع تحويل أو إحالة هذا الحق وهو ما اقتضاه الفصل 202 من المجلة المدنية عندما نص أن "تحويل الحق المتنازع فيه باطل إلا إذا وافق على ذلك المدين، ومعنى الحق المتنازع فيه في هذا الفصل على أحد أمرين :

الأول - إذا كان النزاع في أصل الحق أو في أصل الدين.

الثاني - إذا كان هناك أحوال من شأنها أن توقع نزاعاً مهما لدى المحاكم في أصل الحق.

كما أنه بمجرد رفع الدعوى يصبح ممنوعاً على القضاة وأعضاء النيابة العمومية والمحامين وكتبة المحاكم شراء الحقوق موضوع الدعوى باسمائهم ولا باسم مستعار أو بواسطة أبنائهم أو أزواجهم، إذا كانت المحكمة التي يباشرون بها عملهم مختصة بنظر النزاع وإلا كان البيع باطلاً وهو ما اقتضاه الفصل 566 من المجلة المدنية عندما نص على أن "أعضاء المجالس الحكيمة وكتاب المحاكم والمحامين وكلاء الخصام ليس لهم أن يكسبوا بالشراء أو بالإحالة شيئاً من الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم التي يباشرون بها وظيفتهم سواء كان الشراء والإحالة باسمهم أو باسم غيرهم. فالبيع باطل والحكم بالبطلان يقع بالطلب ممن له مصلحة فيه أو بغير طلب".

3 - بداية سريان الفوائد التأخيرية :

من المعلوم أن الفوائد تستحق إذا كان متفقاً عليها ومن تاريخ حلول الدين وبنسبة 7 % في المادة المدنية وبالنسبة المتفق عليها في المادة التجارية وعلى أن لا تفوق نسبة الفوائد القانوني المساوي للنسبة القصوى للاعتمادات البنكية المقررة من طرف البنك المركزي مع إضافة نصف نقطة عملاً بأحكام الفصل 1100 من المجلة المدنية. أما إذا لم يقع الاتفاق على استحقاق الفوائد فإن الفصل 278 من المجلة المدنية يقتضي أنه "في الالتزامات الخاصة بأداء

مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون الا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون، ويكون الغرم اعتبارا من اليوم الذي صدر فيه اذار للمدين من طرف الدائن".

وان فقه القضاء مستقر على اعتبار ان الفوائض القانونية تستحق من تاريخ القيام باعتباره يقوم مقام الانذار، ولذلك فإن القيام يعتبر أثرا محددا لبداية سريان الفوائض القانونية إذا طلب الدائن الحكم له بها ويكون من واجب المحكمة الاستجابة لطلبه بداية من تاريخ الانذار بالاداء وفي غيابه من تاريخ القيام بالدعوى القائم مقام الانذار.

الفصل الثاني - إجراءات التبليغ :

مادام النزاع القضائي يستوجب حضور الأطراف حتى يتسنى للمدعي اثبات حقوقه بما له من مؤيدات ويكون للمطلوب امكانية الإقرار بها أو حق دحضها وهذا ما يستدعي اعلام المطلوب بالدعوى حتى تتيسر له الاجابة عنها ولذلك أوجب القانون على المدعي استدعاء خصمه للحضور أمام المحكمة ليجيب عن الدعوى الا ان التثبت من سلامة إجراءات تبليغ الاستدعاء هو من الإجراءات الأولية ضرورة انه لا يجوز النظر في ادعاءات الطالب وفحص مؤيداته قبل التحقق من كونه اعلم الطرف المقابل بطلابه بصفة قانونية ولقد تضمنت مجلة المرافعات المدنية والتجارية بيان كيفية التبليغ ومكان التبليغ وإجراءات التبليغ.

المبحث الأول - كيفية التبليغ :

ان التبليغ حسبما اورده مجلة المرافعات المدنية والتجارية يتم أساسا بطريقتين أو لاهما الطريقة الادراية وثانيتها بطريقتين يتولاها جهاز مختص بها يتمثل في المؤسسة القانونية المعروفة بعدل التنفيذ فما هي اركان وقواعد كل من هذين الطريقتين في التشريع التونسي مقارنة بالقوانين الأجنبية ؟

الفقرة الأولى - الاستدعاء بالطريقة الإدارية :

وهي ان تتولى المحكمة نفسها استدعاء الأطراف سواء عن طريق السلط الإدارية كالشرطة والحرس والعمدة أو بواسطة أحد أعوانها أو بواسطة مكتوب مضمون الوصول.

وقد اعتمد المشرع هذه الطريقة أمام قاضي الناحية تماشيا مع ما تمتاز به هذه المحكمة من سهولة ونص على ذلك الفصل 44 جديد م.م.م.ت، وجاء الفصل 46 م.م.م.ت. ناصا ما يلي : ما يجب أن يذكر بهذا الاستدعاء والأمر بالمثل بالنسبة للعقل (الفصل 362 م.م.م.ت) والقضايا الشغلية والمنح العائلية (الفصول 202 وما بعده من م.ش.) وقضايا التسجيل العقاري (الفصل 342 م.ح.ع.).

والحقيقة أن الاستدعاء بالطريقة الإدارية لا يطرح عدة اشكاليات من حيث التطبيق فاملا ان يبلغ الاستدعاء لصاحبه، أو لمن يسكن معه، فيكون التبليغ قد أنجز بصفة قانونية، أو أن يبلغ في شخص العمدة فيكون الاستدعاء بواسطة وبالتالي لم يبلغه بالطريقة القانونية، باعتبار ان الاستدعاء يجري تسليمه للمعني لشخصيا أو لوكيله أو لمن يكون في خدمته أو ساكنا معه شرط أن يكون مميزا ومعرفا بهويته.

فاذا حضر المعني بعد بلوغ الاستدعاء إليه أو تلقائيا، أو لم يحضر وبلغه الاستدعاء طبق القانون يمكن مواصلة النظر في القضية لأن المعني بالأمر أخل بواجبه وكان على علم.

ويجب أن يحرص المبلغ أشد الحرص على تسليم الاستدعاء لصاحبه، وذكر أسم المبلغ إليه بالكامل، وهي النظرة الصحيحة للموضوع ويحاول قضاة الأصل وخاصة قاضي الناحية أن يحث المتدخلين على ذلك لكن الواقع يبرز عدم احترام جملة هذه المبادئ، فترى الاستدعاء عادة يبلغ لشخص العمدة، ولربما امكن من الوجهة القانونية الزام الإداريين بتسليم الاستدعاء للشخص المعني، فان لم يعثروا عليه وجب ذكر الأسباب وارشاد المحكمة حول المقر الحقيقي للمعني تفاديا للمغالطات.

ويعتبر هذا النظام ببعض التشريعات هو الحق العام مثل التشريع المغربي الذي تأثر كثيرا بالتشريع الاسلامي، حيث ان الاستدعاء يتولاها القاضي نفسه بالطرق الإدارية أي بواسطة اعوان كتابة الضبط، ومن الواجب ان يسلم تسليميا صحيحا إلى الشخص نفسه أو في موطنه إلى اقاربه أو خدمه أو لكل شخص اخر يسكن معه.

والحقيقة أن التشريعات التي ارتأت نظاما ادعائيا تحاول ابقاء القاضي وبالتالي المحكمة مجرد حكم ليعلم عن الفائز في اخر المطاف دون أن تلزمه بالتحري القاسي والمثابر. المستمرة لغاية احضار المطلوب شخصيا بل أن ذلك يبقى من مشمولات المدعى في الدعوى

الذي يجب أن يحترم الإجراءات القانونية فحسب رغم أن الأمر ليس فيه تأثير على مبدأ الحياد على خلاف ما اشتبه بالأنظمة الاستقرائية إذ تدفع هذه بالقاضي بأن يتولى بنفسه الاستدعاء ويبقى المدعي غير ملزم بذلك.

وفي نهاية الأمر يجب الحرص الشديد مهما كان النظام المتبع على تبليغ الطرف المقابل واستدعائه حتى تكون له مناسبة لرد الدعوى والدفاع عن حقوقه بدلا من أن يصدر ضده حكم شبيه بالغيابي. فتشبه العدالة بالأوامر في ذهن الغير والانتصاف بالظلم، وهذا مؤذن بالخراب.

لكن ماهي طريقة التبليغ المثلى التي تضمن حضور الأطراف؟ وماهو موقف القانون التونسي والقانون المقارن؟ وكيف يمكن الزام المتدخلين باحترام القانون تلافيا لما قد يحصل من مخاتلات ودسائس؟

وفي هذا الطور يتدخل القاضي عموما لتعيين القضايا، فهل من حلول قانونية لتفادي التأخير في التعيين؟

لأن العدل ليس فحسب تطبيق القانون كما يجب بل أن يكون الكلام مشاركا للنفاد في أقرب الأوقات، وماهو موقف القانون التونسي والقانون المقارن؟

الفقرة الثانية - الاستدعاء بواسطة عدل منفذ :

إلى جانب ما ذكرناه عن امكانية الاستدعاء بواسطة عدل منفذ إذا كان الاستدعاء الإداري لم ينته بمغيد أمام المحاكم المذكورة، ونص الفصل 69 م.م.ت. بأن الدعوى ترفع أمام المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ وكان الفصل 5 م.م.ت. أشار إلى أن كل استدعاء أو اعدام بحكم أو غير ذلك يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ويجب أن تتضمن المحاضر التي يحررها العدول المنفذون :

- التاريخ الذي حصل فيه الاعلام يوما وشهرا وسنة وساعة.
- اسم الطالب ولقبه وحرفته ومقره المختار واسم من يمثلته عند الإقتضاء ولقبه ومهنته ومقره.

- اسم العدل المنفذ والمحكمة التي يعمل بدائرتها.
- اسم الموجه إليه الاعلام ولقبه وحرفته ومقره وإن لم يكن له مقر معلوم وقت الاعلام فاخر مقر اقامة كان له.
- اسم من سلم إليه الاعلام وامضاؤه أو وضع علامة ابهامه على الأصل أو تسجيل امتناعه وسببه.
- امضاء العدل المنفذ على كل من الأصل والنظير.
- بيان مصروف واجر الاعلام على كل من الأصل والنظير.
- عدد المحضر الرتبتي بمكتب العدل المنفذ.

ويشير الاستدعاء بواسطة عدل منفذ عدة اشكاليات تتعلق :

(1) بمقر المطلوب.

(2) وإجراءات التبليغ.

وعلى هذا سوف نتناول مسألة التبليغ في محورين :

(1) مكان التبليغ.

(2) إجراءات التبليغ.

المبحث الثاني - مكان التبليغ :

أوجب المشرع التونسي أن تتضمن عريضة الدعوى اسم كل واحد من الخصوم ولقبه وحرفته ومقره وجوب ابلاغ التنبيه للشخص نفسه أو في مقره عملا بالفصل الثامن والفصل السابعين من م.م.ت.

وذلك حرصا على حماية أطراف النزاع من كل زيغ أو انحراف بالإجراء يخرج به عن تحقيق الهدف وكذلك أيضا للتحقق من صحة ابلاغ صوت الخصم لخصمه وبالطرق القانونية حتى لا يضار بإجراءات تتخذ ضده وفي مغيبه.

وإن هذا المنحى يؤكد على أهمية المقر باعتباره مكانا للتبليغ ومعيارا لتحديد

* الإقامة الفعلية :

يرتكز المقر على الإقامة الفعلية للشخص⁽¹⁾ وهو ما أقره فقهاء القضاء بصفة متواترة ومن ذلك اعتبار محكمة التعقيب "أن المقر الحقيقي يكون أحيانا معلوما بدهاءة مثل مقر المتسوغ بالنسبة للمتسوغ إذا كان محضر عرض المال الواقع بعد عقد التسويغ وقبل القيام بقضية الحال قد جاء ناصا على أن مقر الطاعن هو المكري ذاته".

كما اعتبرت أيضا أن مكان عمل زوج المعقب ضدها لا يعتبر مقرا واقعا لها إلا أن الإقامة وحدها لا تكفي بل لا بد أن تكون معتادة.

* الاعتقاد :

ويشترط الفصل السابع لقيام المقر الحقيقي أن تكون الإقامة معتادة ويعني ذلك الإقامة الفعلية والمستمرة والاستمرار لا يعني اتصال الإقامة بدون انقطاع وإنما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتقاد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو⁽²⁾ متباعدة والإقامة العرضية لا يتوفر معها الاعتقاد والاستقرار كان يقيم شخص مدة معينة في نزل أو مبيت للطلبة.

2-1 - تغيير المقر الحقيقي العام :

إذا كان للشخص الحق في تغيير مقره فهل يمكن له الاعتداد بتغيير مقره متى شاء وعلى من يحمل عبء الإثبات.

لم يتعرض التشريع التونسي لهذه المسألة وترك الأمر لفقهاء القضاء لمعالجته غير أن المشرع الفرنسي نظمها تنظيما محكما وتعرض لشروط تغيير المقر وكيفية اثباته ولسوف نتعرض لهذه الشروط حتى يتسنى استلهاهم حلول منها.

الاختصاص الترابي للمحاكم وتبعاً لذلك فإنه بات من المتعين تحديد مفهوم المقر وبيان أثره على صحة إجراءات التبليغ.

إن المشرع التونسي لم يضع تعريفا محددا للمقر بما يدعو وجوبا للتساؤل عنه فهل هو المكان الذي يسكن به الشخص عادة أم هو المكان الذي يعمل به وهل يجوز أن يكون للشخص أكثر من مقر ؟ إن المشرع التونسي لم يأخذ بنظرية وحدة المقر إنما هو أقر بإمكانية تعدده بجعله على نوعين اثنين :

الفقرة الأولى - المقر الحقيقي :

لقد حدد الفصل السابع من م.م.م.ت. المقر الحقيقي للشخص الطبيعي كما أن الفصلين 33 و11 حددا مقر الذات المعنوية.

أ - المقر الحقيقي للشخص الطبيعي :

إن الشخص هو الذي يحدد بارادته المكان الذي يعطيه القانون وصف المقر إلا أننا نجد استثناءات لهذه القاعدة ضرورة أن المقر يمكن أن يكون قانونيا أو حكما.

1-1 - المقر الحقيقي الاختياري :

إن القانون التونسي لا يقر وحدة المقر ونص الفصل السابع من م.م.م.ت. أن المقر الحقيقي هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا حقيقيا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور.

1-1 - المقر الحقيقي العام :

إن المقر الحقيقي العام هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة وهذا المقر له صفتان الأولى كونه عاما لمباشرة حقوقه وتصرفاته المدنية والثانية كونه حقيقيا لقيامه على أساس الإقامة الفعلية ولذلك أن المقر يركز على عناصر حددها القانون ولا بد من توفرها عند تغيير المقر.

- عناصر المقر الحقيقي العام :

إن العناصر تتمثل في اثنين هما الإقامة الفعلية والاعتقاد.

(1) القرار الاستئنافي 55431 في 31 جويلية 1962 - مجلة القضاء والتشريع عدد 10 - 1962 ص. 5.

(2) الباشا بجار : "المقر : أهميته، صوره، تحديده، تأثيراته القانونية خاصة على سلامة الاستدعاء والاعلام". مجلة

القضاء والتشريع 1991، عدد 1.

* شروط تغيير المقر :

لقد فرق الفقهاء بين حالتي تعدد المقر وتغييره ففي الحالة الأولى يعتبر المقر مضافاً لصاحبه، أما في الصورة الثانية فإن المقر القديم يتلاشى ليفسح المجال للمقر الجديد الذي تتوفر فيه عناصر الإقامة الفعلية والمعداة وهذان العنصران يشكلان الركن المادي لتغيير المقر وهذا الركن يجب أن يكون مصحوباً بالركن المعنوي الذي يفيد بصفة قطعية اتجاه نية الشخص عن التخلي عن مقره القديم.

* اثبات تغيير المقر الحقيقي العام :

لإثبات تغيير المقر الحقيقي العام لا بد من الرجوع إلى الأحكام العامة للإثبات والتي مفادها أن البيئة على من ادعى باعتباره أن الفصل 420 من م.أ.ع. اقتضى أن "اثبات الالتزام على القائم به" وهو ما ذهب إليه محكمة التعقيب في العديد من القرارات ومنها القرار المؤرخ في 5 أبريل 1983 الذي تمسكت فيه الطاعة بتحاييل زوجها على القانون والاقدم على استدعائها بمقر الزوجية والحال أنها بارحته إلا أن محكمة التعقيب ردت على هذا الادعاء بالقول "أن الزوجة لم تدل بما يفيد أنها انتقلت من محل الزوجية إلى مقر آخر يمكن استدعاؤها منه فبات اعتبار مقرها هو محل الزوجية".

أما كيفية الإثبات فتختلف حسب الركن المراد اثباته ضرورة أن الركن المادي يمكن اثباته بكل الوسائل. أما الركن المعنوي فإنه يشكل حالة نفسية يصعب اثباتها واعتبر المشوع الفرنسي أن نية تغيير المقر تثبت بالتصريح الواقع لدى الجهة الإدارية.

2- المقر الحقيقي الخاص :

لقد نص الفصل السابع أن المكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقراً أصلياً بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور وبذلك لا بد من التعرض إلى مدلول المقر الخاص وتحديد نطاقه.

2-1 - مدلول المقر الحقيقي الخاص :

إن قيام المقر الحقيقي الخاص لا يستدعي توفر عناصر المقر الحقيقي العام ضرورة أن الإقامة ليست عنصراً لازماً في موطن الأعمال الذي يظل قائماً ما بقي النشاط التجاري

مستمر وله مظهره الواقعي الذي يدل عليه.⁽¹⁾

2-2 - نطاق المقر الحقيقي الخاص :

لقد حدد الفصل السابع نطاق المقر الحقيقي الخاص وجعله يتعلق بالمعاملات التي تهتم النشاط المهني أو التجاري. وبذلك أن كل الإجراءات القضائية المتعلقة بأعمال التجارة أو الحرفة تجري في المحل المباشر فيه.⁽²⁾

ويخلص مما سبق أن المشرع يكرس ازدواجية المقر محققاً قدراً من التيسير على الأشخاص الذين يتعاملون مع أصحاب المهن مع تخصيص التجار دون أن ينصرف إلى عمل الموظفين العموميين.

3- مقر الأشخاص المحجور عليهم :

لم يحدد المشرع التونسي مقر الأشخاص المحجور عليهم ويتم التبليغ لمقرات ممثليهم غير أن التشريعات الأجنبية كالمصري والمغربي أقرت صراحة ذلك بأن نصت المادة أربعون من قانون المرافعات المصري على أن "موطن القاصر والمحجور عليه والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً" وكذلك المادة 553 من قانون المسطرة المدنية المغربي أنه "يوجه الاستدعاء والتبليغ والإطلاع والإنذار والإشعار والاحطار الخاص بفاقد الأهلية إلى من ينوب عنهم قانوناً بصفته هذه".

3-1 - مقر القاصر غير المميز :

أقتضى الفصل 154 م.أ.ش. أن "القاصر ولديه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته" وبما أن مقر القاصر الإلزامي يتحدد بمقر من له ولاية عليه فإن مقره مبدئياً هو مقر أبيه فإن توفي أبوه مثلته أمه ويكون مقرها موطناً له.

(1) نقض مصري 4 جانفي 1966 - مجموعة النقض - السنة 17 عدد 9 ص. 32.

(2) تعقيب مدني عدد 39270 في 15 ديسمبر 1996 (غير منشور).

3-2- اقتضاء مقر القاصر :

اقتضى الفصل 157 من م.أ.ش. أنه "إذا تم الصغير المولى عليه العشرين عاما كاملة فإنه يصبح وجوبا راشدا" ولذلك نجد عديد التشريعات تميز بين المقر الاصلي الذي يسند للشخص منذ ولادته إلى حين بلوغه سن الرشد والمقر الحقيقي الذي يختاره الشخص بمحض ارادته بعد رشده وهو مقر مكتسب.

3-3 - مقر السجين :

ان التشريع التونسي لم يحدد مقر السجين ولذلك تدخلت محكمة التعقيب واعتبرت ان محل المهنة لا يفقد صفة المقر ولو كان المنبه عليه موجودا في السجن وذلك في قرارها المؤرخ في 14 نوفمبر 1985.

والأمر أكثر تعقيدا مما ذكرنا عندما يكون المحكوم عليه بأكثر من عشر سنوات ففي هذه الحالة وعملا بأحكام الفصل 30 م.ج. ان المحكوم عليه بأكثر من عشر سنوات قيد لحجر ويقدم لإدارة مكاسبه وتكون المخاطبة بمقر الممثل القانوني.

4- مقر المرأة المتزوجة :

ان التشريع التونسي لم يحدد مقر الزوجة وقرر ذلك فقه القضاء بأن اعتبر ان مقر المرأة لمتزوجة هو محل الزوجية الا ان هذا الموقف ولئن كان صائبا عندما تكون العلاقة الزوجية قائمة انه يصبح غير مستساغ عند وجود قضية طلاق بطلب من الزوج وتغادر الزوجة محل الزوجية.

في غياب موقف تشريعي اعتبرت محكمة التعقيب ان مقر الزوجة هو محل الزوجية وهذا لموقف مخالف للواقع فتدخل المشرع بتاريخ 12 جويلية 1993⁽¹⁾ وحرص على تبليغ الاستدعاء المقر الحقيقي متجاهلا بذلك محل الزوجية كمقر للمرأة المتزوجة مراعي كل ما يترتب عن رفع عوى الطلاق وما ينجر عنها من مغادرة الزوجة لمحل الزوجية واختيار مقر خاص بها وبالتالي بان المقر الحقيقي هو المقر الذي تختاره الزوجة بارادتها.

ب - المقر الحقيقي للشخص المعنوي :

ان المشرع التونسي لم يتعرض بالفصل السابع لمقر الشخص المعنوي واكتفى بتسديد الآثار الإجرائية المترتبة عنه بالفصول اللاحقة بمجلة المرافعات ضرورة ان الفصل 11 في نظ حديثه عن المقر الحقيقي للذات المعنوية استعمل عبارة "لمكتبها بالمكان الذي استقرت به بصفة رسمية" أما الفصل 33 من م.م.ت. فقد استعمل عبارة "مقر الجمعية أو الشركة" وان مقر الشركة قد تم تعريفه بالفصل 18 من المجلة التجارية عندما نص ان المقر هو "المحل الذي — الإدارة الفعلية للشركة" ودأب فقه القضاء على أن مقر الشركة لا يمكن اعتباره قانونيا الا متى وقع اشهاره طبق القانون⁽¹⁾ ولقد عرف الفقهاء مدلول المقر وأهميته وكيفية تحويله.

* مدلول المقر :

ان المقر الاجتماعي تم تعريفه بأنه "المكان الذي تنحصر فيه حياة الشركة المركزية وتكون فيه مكاتب ادارتها وتجتمع فيه جلسات جمعياتها العمومية وقد يستقل عن مركز استغلالها حسب تجارتها وصناعاتها ولكن يعتبر دائما موطنها القانوني". ويتم تحديد المقر الاجتماعي للشركة أم في القانون الأساسي أو في كتب لاحق على أن يتم تسجيله بالسجل التجاري وفي ظرف شهر م تاريخ تأسيس الشركة وهو ما ذهب إليه فقه القضاء وبالأخص محكمة التعقيب في قراره المؤرخ في 13 ديسمبر 1979 والذي ورد صلبه أنه "طالما كان من الثابت ان عقد تأسيس الشر قد نص على ان مقرها الاجتماعي يكون بمجاز الباب وقد تم ايداعه بالمحكمة الابتدائية فان هـ مما يقطع أن مركزها يقع هنا فحسب" أما إذا لم يقع التتبعيص بالقانون الأساسي فانه بالامك ادراجه بكتب لاحق تتوفر فيه شروط الاشهار عملا بأحكام الفصل 178 من م.ت. وان المقر الواقع اشهاره يجب ان يكون حقيقيا وجديا والا اعتبر المقر الفعلي طبق أحكام الفصل 18 م.ت. وهذا المقر بالامكان تغييره وفق شروط معينة.

* تغيير المقر :

ان تغيير مقر الشركة يخضع لعدة شروط الواجب توفرها حسب طبيعة الشركة ففي شـو.

(1) استئناف تونس في 13 جوان 1959 - مجلة القضاء والتشريع 1960 - عدد 8.

(1) القانون عدد 74 لسنة 93 المؤرخ في 12 جويلية 1993 المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش.

المفاوضة وعملا بأحكام الفصل 1293 م.ا.ع. يجب أن يتخذ قرار التغيير باجماع الشركاء كما يجب اشتهار ذلك التغيير وفق أحكام الفصل 46 من القانون المتعلق بالسجل التجاري.

الفقرة الثانية - المقر المختار :

ان المقر المختار هو مقر افتراضي يقع اختياره باتفاق الأطراف أو بحكم القانون لتنفيذ تصوف قانوني أو للقيام بعمل قضائي، ولقد اكتفى المشرع التونسي بتعريف هذه المؤسسة بالفصل السابع وكان لفقه القضاء فك كل الاشكالات التي طرحها بان توقف على مصادر واثار اختيار المقر .

ان المقر المختار لم يطرح اشكالا سوى ذلك الذي تعلق بمكتب المحامي الذي اعتبره المشرع مقرا مختارا عملا بأحكام الفصل 68 من م.م.ت. الذي اقتضى أن "مقر المحامي يعتبر مختارا لمنوبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها" فان رغب الخصم في تبليغ أوراق متعلقة بالدعوى في هذه الدرجة من درجات التقاضي صح توجيهها إلى المقر المختار .

أما إذا كان الأمر متعلقا بعريضة الاستئناف فانه لا يجوز للمستأنف توجيهها إلى المقر المختار للمحكوم له خلال الطور الابتدائي طالما لا شيء يدل على أنه اتخذ بعد صدور الحكم الابتدائي ولقد نحت محكمة التعقيب هذا المنحى في قرارها المؤرخ في 11 جوان 1987 وأكدت أنه "ولئن اختار المعقب ضده المدعي في الأصل محل مخابراته الرسمي بمكتب محاميه لدى محكمة الدرجة الأولى الا أنه لا شيء يدل على أنه قد اتخذ كذلك بعد صدور حكم محكمة الدرجة الأولى ولا سيما وان الاعلام الموجه منه بمقتضى رسالة مضمونة الوصول مع الاعلام بالبلوغ باعلام الطاعنة باختيار محل مخابراته محاميه المذكور وجه لها بتاريخ 31 مارس 1987 أي بعد صدور القرار المطعون فيه بتاريخ 16 مارس 1987⁽¹⁾ وواصلت محكمة التعقيب هذا التمشي وأصدرت قرارا بدوائرها المجتمعة في نفس المعنى⁽²⁾ ولذلك أن الاشكال المطروح يتمثل في عدم معرفة عنوان ومقر المحكوم له في الطور الابتدائي عندما يرغب المحكوم ضده

في استئناف الحكم عندما لا ينص بعريضة الدعوى على مقر القائم بالدعوى ويكتفي هذا الأ. بذكر عنوان محاميه ولتجاوز هذا الاشكال يكون من المتجه تعديل الفصل 70 من م.م.م. وجعل ذكر المقر أمرا وجوبيا بأن يصبح الفصل كالتالي : "يجب أن يبين بعريضة الدعوى كل واحد من الخصوم ولقبه وحرفته ومقره الحقيقي..." وبالتالي إذا أراد المحكوم ضده استئناف الحكم فانه يجد المقر بنسخة الحكم ولا يعارض يكون المقر المختار بمكتب المحامي قد انحد بصور الحكم باعتبار انقضاء نيابة المحامي.

المبحث الثالث - التبليغ الفعلي :

يتم التبليغ وفق إجراءات حددها المشرع وحرص على تصور عدة حلول حسب حج المحكمة وطبيعة الدعوى حتى يتم تسليم الأوراق الإجرائية إلى أصحابها لضمان حق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة. ولذلك أقرت إجراءات عادية يتم التبليغ فيها إلى المعني بالأشخاص أو إلى مساكنه أو لزوجته أو لممثله القانوني وإجراءات استثنائية تتوخى عند وجود من يتسلم الورقة المراد تبليغها أو امتنع من وجد أن يتسلمها أو في صورة ما إذا كان المبلغ إليه مجهول المقر مطلقا أو غادر المقر المعروف أو الاتفاقية. وهذه الإجراءات ترتب ارتباطا وثيقا بالمقر السابق دراسته والذي يعتبر طرفا خارجيا عن العملية.⁽¹⁾ وان التبليغ غير المقر الحقيقي أو الاتفاقية يوجب البطلان، وبذلك، ان المقر هو الإطار المكاني الذي فيه عملية التبليغ باستثناء التبليغ الشخصي للمعني بالأمر، أي تسليم الورقة إلى الشخص وذلك يفترض معرفته الشخصية من طرف العدل المنفذ، الا أنه في صورة رفضه تنفيذ الإجراءات الاستثنائية للتبليغ.

واذا كان الأمر كما قرر فان هذا البحث سيتضمن إجراءات التبليغ العادي في فقرة وإجراءات التبليغ الاستثنائي في فقرة ثانية.

(1) تعقيب في 11 جوان 1987 - عدد 17834 - نشرية التعقيب 1987 - ص. 52.

(2) الدوائر المجتمعة في 27 نوفمبر 1987 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1961 - 1992 مركز

الدراسات القضائية - تونس 1996 - ص. 5.

(1) نبيل اسماعيل عمر : "إعلان الأوراق القضائية، صحته وبطلانه وتصحيحه، منشأة المعارف - مصر

الفقرة الأولى - إجراءات التبليغ العادي :

ان إجراءات التبليغ العادي هي التي يقوم بها عدل التنفيذ حسب الإجراءات البسيطة المتمثلة أساسا في تسليم الورقة إلى المعني بالأمر شخصا أو إلى أحد الأشخاص المذكورين على وجه الحصر بالفصل الثامن من مجلة المرافعات المدنية وهم وكيله أو خادمه أو مساكنه بشرط التعريف بالهوية والتمييز.⁽¹⁾

1 - التبليغ للشخص المطلوب :

ان إجراءات التبليغ تختلف حسب الشخص المراد إعلامه، أي، بحسب ان كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

1) الشخص الطبيعي :

ان وجود الشخص المراد إعلامه على تراب البلاد التونسية أو خارجها له تأثير على إجراءات التبليغ.

أ - المبلغ له يوجد داخل الوطن :

اقتضي الفصل الثامن من م.م.ت. ان "النظير يسلم إلى الشخص نفسه أو في مقره الاصلي أو في مقره المختار حسب الأحوال...".

ويخلص من الفقرة المذكورة ان الورقة المراد تبليغها تسلم إلى المعني بالأمر مباشرة وايضا وجد ولو في غير مقره، فيمكن إجراء هذا الاعلان في الطريق العام أو في مكان العمل ما دام هذا المكان يدخل في دائرة اختصاص العدل المنفذ⁽²⁾ الا ان محكمة التعقيب تؤكد انه لا يمكن التبليغ بمقر العمل الذي لا يعتبر مقرا حقيقيا وتكون العريضة على أساس ذلك باطلة.⁽³⁾

كما يكون التبليغ بمقر المبلغ إليه وهذه الطريقة هي الأكثر شيوعا، الا أن ما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يوجب على العدل المنفذ عند تسليمه الورقة إلى المطلوب التثبت من هويته، وهذا النقص التشريعي يفتح الباب أمام امكانية التحايل على القانون والحيلولة دون التبليغ إلى المعني بالأمر⁽¹⁾ ويشكل ذلك خرقا لمبدأ المواجهة بين الخصوم مما حدا بمحكمة التعقيب لسد هذا الفواغ واشترط التعريف بالهوية عند التبليغ، وجاء باحد حيثيات القرار أن "التعريف بهوية المراد التبليغ إليه إجراء أساسي يهم النظام العام، وانعدامه يجعل الإجراء باطلا".⁽²⁾

وأن النقص بالفصل الثامن هو ترك الخيار لعدل التنفيذ ان يبلغ للشخص نفسه أو في مقره مما قد يسبب مشاكل والحال أن جل التشريعات تؤكد على التبليغ للمعني بالأمر شخصا ولا يتم التبليغ لغيره الا عند استحالة التبليغ الشخصي وعلى عدل التنفيذ التتبع على ذلك بمحضه حتى تتمكن المحكمة بالمراقبة وهو ما أقره المشرع الفرنسي بالفصل 55 من مجلة الإجراءات المدنية والدليل القاطع على تأكيد المشرع الفرنسي على التبليغ الشخصي إقراره للأحكام الغيابية في المادة المدنية وتخويل امكانية الاعتراض عليها عملا بأحكام الفصل 571 من مجلة المرافعات الفرنسية.

ب - المبلغ له يوجد خارج الوطن :

ان الشخص المقيم بالخارج وله مقر معلوم يتم التبليغ له طبق الفصل التاسع من مجلة المرافعات الذي أوجب أن يوجه له نظيرا من الاعلام صحبة مكتوب مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ. وإلى جانب هذه الطريقة وبموجب الاتفاقات القضائية المبرمة بين تونس وعدة بلدان أخرى يمكن توجيه الأوراق القضائية سواء بالطريقة الدبلوماسية العادية أو بواسطة وزارة الخارجية أو عن طريق وزارة العدل أو النيابة العمومية أو المحاكم التي يقيم بمقرها الشخص الموجه إليه الورقة القضائية.⁽³⁾

(1) الدكتور عبدالله الأحمدى : "دور القاضي في تحقيق الدعوى المدنية"، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق بتونس - ص. 554.

(2) القرار التعقيبي عدد 16384 الصادر في 13 اجانفي 1987 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1987 - ص. 124.

(3) مجموعة الاتفاقات المبرمة بين تونس وبعض البلدان تتعلق بالتعاون القضائي، مجلة القضاء والتشريع - عدد 3 - لشهر مارس 1984.

(1) القرار التعقيبي عدد 57435 الصادر في 17 فيفري 1965 - مجلة القضاء والتشريع لعام 1965 ص. 106.

(2) حسني مصطفى : "اعلان الأوراق القضائية"، منشأة المعارف بمصر - ص. 17.

نور الدين الغزواني : "قانون المرافعات المدنية والتجارية"، تونس 1996 - ص. 77.

(3) قرار تعقيبي عدد 140 الصادر في 3 فيفري 1977 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1977 - ج 1 - ص. 89.

وفي نفس هذا الإطار، كيف يتم التبليغ للممثلين الدبلوماسيين ضرورة أن معاهدة فيانا حول العلاقات والحصانة الدبلوماسية المبرمة في 18 أبريل 1961 نصت بفصلها الثالث على حصانة المبعوث الدبلوماسي أمام المحاكم الجزائية والمدنية والإدارية للدولة المعتمد لها إلا إذا كان الأمر بهم :

- دعوى عينية بعقار خاص كائن بتراب الدولة المعتمد لديها ولم تكن حيازته له قصد القيل بإحدى مهامه الدبلوماسية.

- دعوى متعلقة بنشاط مهني أو تجاري يمارسه المبعوث الدبلوماسي في الدولة المعتمد لديها.
- دعوى متعلقة بتركة يكون المبعوث الدبلوماسي قد عين عليها مسيرا أو وصيا أو يكون متصرفا أو وارثا أو موصى له.

ولقد صدر عن وزارة العدل منشور بتاريخ 4 ماي 1961 تحت عدد 2147 تضمن أن الحصانة الدبلوماسية تشمل الدول الأجنبية أي الملوك والرؤساء والاعوان الدبلوماسيين والقناصل، ويمكن لهؤلاء المتمتعين بالحصانة أن يسقطوا حقهم في ذلك.

إن مفهوم الحصانة يقرن بالسلطة وبالتالي لا يمكن مقاضاة المتمتع بالحصانة بخصوص الأعمال التي بموجبها مارس تلك السلطة، أما ما يتعلق بالأعمال التجارية وتصريف الحياة العامة فذلك ممكن ضرورة أن الدولة أصبح الآن ممكنا مقاضاتها بوصفها تاجرا. ولقد أتيحت الفرصة لمحكمة الاستئناف بتونس النظر في قضية كانت دولة الامارات العربية طرفا فيها وتم تبليغ عريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة بالطريقة الدبلوماسية⁽¹⁾.

(2) الشخص المعنوي :

إن تصرفات الأشخاص الاعتبارية تكون بواسطة الممثلين القانونيين ولذلك ان تسليم التقابيه والاستدعاءات والاعلام بالأحكام يكون للأشخاص الطبيعيين الذين يمثلون الأشخاص الاعتبارية. ولقد حدد المشرع كيفية التبليغ لهذه المؤسسات صلب الفصل 11 من م.م.ت. وفرق بين التبليغ للدولة وبقية الدوات المعنوية الاخرى.

أ - التبليغ للدولة :

اقتضت الفقرتان الأولى والثانية من الفصل 11 من م.م.ت. أن "الاستدعاءات واعلامات الدولة ينبغي ابلاغها إلى مكاتب المكلف العام بنزاعات الدولة بكتابة الدولة للتصميم والمالية وإلا تكون باطلة من أصلها، إلا أنه فيما يخص الدعاوى المتعلقة بضبط معلوم الضرائب والآداءات واستخلاصها تبلغ الاستدعاءات والاعلامات إلى المصالح المالية المختصة".

ويخلص من الفصل المذكور أن المكلف العام بنزاعات الدولة هو الذي يمثل الدولة في جميع نزاعاتها، ولذلك أن القيام ضد الدولة يوجب أن يبلغ اليه. وقد أصدر المشرع قانونا يوسع في صلوحيات المكلف العام بنزاعات الدولة وهو القانون عدد 13 لسنة 1988 والمؤرخ في 7 مارس 1988 والمعدل للقانون عدد 21 لسنة 1962 أن المكلف العام بنزاعات الدولة يمثل إلى جانب الدولة المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وينبغي ابلاغ الاستدعاءات والاعلامات إليه إذا كان هنالك نزاع مع هذا النوع من المؤسسات. وقد ورد بالفصل الثامن نفس القانون ان التبليغ للمكلف العام أو من ينوبه يجب أن يكون طبقا لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية وهذه القاعدة لها استثناء وهو الوارد بالفصل 11 نفسه والمتعلق بالتبليغ للمصالح المالية المكلفة باستخلاص معاليم الاداءات والضرائب القارة وغير القارة.

وهذه المصالح ولئن كانت تابعة لهياكل الدولة فلها صفة القيام لدى المحاكم بواسطة أعوانها المؤهلين بموجب القانون، وبالتالي ان التبليغ يجب أن يتم مباشرة اليها وفقه القضاء مستقر في هذا المجال ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته أن "ابلاغ مذكرة الطعن في تعقيب قضايا الباتينة ينبغي أن يتم مباشرة إلى الإدارة العامة للاداءات لاعن طريق إدارة نزاعات الدولة طبق الفصل 63 من مجلة الباتينة"⁽¹⁾.

ب - التبليغ لبقية الأشخاص المعنوية :

إن الدوات المعنوية من شركات ومؤسسات عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية والجماعات العمومية كمجلس الولاية والبلدية يتم التبليغ بمكاتبها بالمكان الذي استقرت به بصفة

(1) القرار التعقيبي عدد 619 الصادر في 16 مارس 1984 م. ق.ت. 1985.

(1) القرار الاستئنافي 1226 في 13 جويلية 1995 - غير منشور.

رسمية. ويتم تسليم الاعلام إلى أحد ممثلي الشركة أو موظفيها أو كتابها بعد التثبت من هويته وتبثيتها بالمحضر علاوة عن الختم والامضاء وإلا كان التبليغ باطلا. وهذا المنحى مستقر عليه فقه القضاء ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته أن "تبليغ اسانيد الطعن إلى مسؤول في الشركة المطعون ضدها دون بيان الخطة التي يشغلها ولا يذكر هويته يكون التبليغ به غير صحيح على معنى الفصل الثامن ويرفض به الطعن شكلا".⁽¹⁾

II - التبليغ بمقر المطلوب لغير شخصه :

اقتضت الفقرة الأولى من الفصل الثامن أنه "إذا لم يجد العدل المنفذ المطلوب اعلامه في مقره وجب عليه أن يسلم نظير محضر الاعلام إلى وكيله أو لمن يكون في خدمته أو ساكنا معه بشرط أن يكون مميزا ومعرفا بهويته...".

ان هذه الفقرة تستدعي بعض الملاحظات قبل تحليلها، ومن هذه الملاحظات أنه لا يمكن تسليم الورقة للمعني بالتبليغ شخصيا الا في صورة وجوده ولابد من التتبع على ذلك بالمحضر، كما أن هذا الإجراء من الضروري أن يتم بمقر المطلوب ولا يجوز تسليم النظيف إلى الخادم أو الوكيل أو الساكن في أي مكان مثلما هو الأمر للمطلوب نفسه.

كما أن اتباع هذه الطريقة في التبليغ ضروري قبل المرور إلى الإجراءات الاستثنائية التي لا يمكن القيام بها الا بعد استحالة التبليغ العادي ضرورة أن المشرع قد استعمل صيغة الوجوب.

ونتخلص الطريقة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل الثامن في تسليم النظيف إلى أحد الأشخاص الذين حددهم القانون وهم اما الوكيل أو من يكون في الخدمة أو الساكن، ولصحة التبليغ يجب أن يكون مستلم الورقة مميزا ومعرفا بهويته، وسوف يقع التعرض بمزيد من التفاصيل إلى إجراءات تسليم الورقة والشروط الواجبة التوفر فيمن يتسلمها.

1 - الأشخاص المخول لهم تسليم الورقة :

لقد سبقت الإشارة إلى أن الفصل الثامن حدد الأشخاص الذين يمكنهم تسليم الورقة المراد

تبليغها للمطلوب في مقره وهم وكيله أو من يكون في خدمته أو الساكن. وهذا التحديد حصريا ولا يمكن إضافة الجار أو الاقارب الموجودين بمقر المطلوب عرضيا.⁽¹⁾

والوكيل يجوز له التبليغ مهما كانت طبيعة وكالته ولا يشترط أن تكون متعلقة بموضوع التبليغ ويكتفى بوجوده بالمقر عند التبليغ⁽²⁾ ومرد ذلك أن الوكالة هي الرابطة القانونية بين المطلوب والوكيل الذي سيكون حريصا على تسليم النظيف إلى المعني بالأمر.

أما من يكون في خدمة المطلوب فهو كل من يعمل باجر لديه سواء كان خادما أو حارسا أو موظفا⁽³⁾ وتوجد رابطة تبعية تنسم بالدوام والاستمرارية ولا يشترط أن يكون الخادم مساكنا للمطلوب ويكتفى بكونه موجودا بالمقر عند التبليغ.

والمساكنة هي شاملة لكل من يقيم مع المطلوب اعلامه في مقره الاصلي مثل الزوجة والابناء والاصهار والاقارب. وأن ذكر الاقارب هو على سبيل المثال فحسب لان الشرط الواجب التوفر هو المساكنة حتى وأن كان الشخص لا تربطه قرابة بالمعني بالامر، وان المقصود بالمساكنة ليست الإقامة العادية والمستمرة بل يكفي بكونها مؤقتة ولفترة معينة وهو ما اكدته محكمة التعقيب في عدة قرارات ولقد ورد بحيثيات احدها أن "تبليغ الاستدعاء للخصم في مقره وتسليمه في غيبته لمساكنه تبليغ قانوني صحيح ولو كانت المساكنة وقتية".⁽⁴⁾

وأن تسليم نظير إلى أحد الأشخاص المذكورين سلفا يعتبر التبليغ به قانونيا وسلميا ولا يضره عدم تسليم هذا الشخص الورقة إلى المعني بالأمر ضرورة أن المشرع لم يشترط التسليم الفعلي لصحة العملية، كما أن عدل التنفيذ غير مسؤول عن عدم حصول التسليم، بالإضافة إلى كونه ليس ملزما بالتحقق في صفة من يتسلم الاعلام ويسلمه إلى من يقرانه وكيل أو خادم أو مساكن للمطلوب ولو تبين بعد ذلك أن من تسلم الورقة ليس من الذين خول لهم القانون التسلم،

(1) حسين مصطفى : "اعلان الأوراق القضائية في ضوء قضاء النقض"، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 20.

(2) حين مصطفى : المرجع السابق.

(3) حين سعيد عمر : "أثر الأوراق القضائية - بطلانها - تصحيحها"، ص. 83.

(4) قرار تعقيبي عد 8546 - مصر في 13 جويلية 1984 - نشرة محكمة لتعقيب نعد 1985 - ص. 77.

(1) قرار تعقيبي عد 6463 - مصر في 18 جويلية 1989 - ج. ق. د. 1989.

وان عدم التعريف بالهوية يجعل إجراءات التبليغ باطلة وهو ما استقر عليه قضاء محكمة التعقيب في العديد من القرارات التي ورد باحدها وهو صادر عن الدوائر المجتمعة ان "تبليغ مستندات الطعن لمساكن الخصيمة المميز دون التعريف بهويته لا يكون به ذلك التبليغ صحيحا ولا يصححه تدارك ذلك بالاستجواب بعد فوات الأجل ويكون الطعن مرفوضا شكلا".⁽¹⁾

الفقرة الثانية - إجراءات التبليغ الاستثنائي :

ان الإجراءات الاستثنائية للتبليغ هي مجموعة الإجراءات التي يجب اتخاذها من قبل العدل المنفذ عندما يستحيل عليه التبليغ إلى المعني بالأمر شخصيا أو أحد الأشخاص المخول لهم التسلم قانونا في صورة غياب المطلوب عن مقره.

وهذه الإجراءات ضبطها المشرع ومختلفة حسب الحالات ولا يمكن اللجوء إليها الا في صورة استحالة التبليغ العادي.⁽²⁾

وأن الهدف من قرار مثل هذه الإجراءات هو الوصول إلى تبليغ الأوراق القضائية إلى المعنيين حتى يمكنهم الدفاع عن حقوقهم، الا أن بعض هذه الإجراءات عديمة الجدوى والفاعلية ونخص بالذكر التبليغ إلى مجهول المقر مطلقا ومن المتعين التفكير في حل بديل.

1 - حالات التبليغ الاستثنائي :

ان حالات التبليغ الاستثنائي تنحصر في عدم وجود من يصح تسليم النظمير إليه بمقر المطلوب أو امتناع من وجد الاستلام واذا كان المراد التبليغ له مجهول المقر مطلقا أو بارح مقره إلى وجهة غير معلومة.

أ - عدم وجود من يصح إليه التسليم بمقر المطلوب :

اقتضى الفصل الثامن انه "إذا امتنع من وجد من تسلّم النظمير يقع تسليمه إلى عمدة المكان أو إلى رئيس مركز الشرطة الذي بدائرته مقر ذلك الشخص. وإذا لم يجد العدل المنفذ أحدا يترك له

وهذا المنحى منطقي باعتبار أن المعني بالتبليغ مسؤول على الأشخاص الموجودين بمقره وعمّا يصدر عنهم من الوجهة الاخلاقية على الأقل.⁽¹⁾

2 - الشروط الواجبة التوفر في تسليم الورقة :

ان الأشخاص المخول لهم قانونا تسلم الورقة المراد تبليغها في غياب المطلوب يجب أن تتوفر فيهم عدة شروط أهمها التمييز والتعريف بالهوية، ويعتبر ذلك حرصا من المشرع على تحقيق بلوغ الاعلامات إلى أصحابها وتجسيدها لمبدأ المواجهة بصفة فعلية.

الشرط الأول وهو التمييز الذي اقتضى الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية بخصوصه أن "الصغير الذي لم يبلغ الثالثة عشر يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة". وبالتالي فإن سن التمييز يبدأ مع بلوغ الانسان سن الثالثة عشر، والتمييز يختلف عن البلوغ شرعا والرشد قانونا المحدد بعشرين سنة حسب أحكام الفصل 157 من مجلة الأحوال الشخصية واشترط المشرع سن التمييز في متسلم نسخة من الاعلام للحيلولة دون وقوع الأوراق المراد تبليغها بين أيدي أشخاص لا يولونها أهمية. والتمييز مسألة اعتبارية موكولة لاجتهاد العدل المنفذ فمتى تم تسليم الاستدعاء فيحمل أن من تسلمه كان مميزا⁽²⁾ وهو ما دأب عليه قضاة محكمة التعقيب التي ورد بحیثيات أحد قراراتها ان "الفصل الثامن من م.م.م.ت. لا يوجب على العدل المنفذ عند تبليغ الاستدعاء التتبع على أن من تسلمه كان مميزا"⁽³⁾ وفي آخر ان "صفة التمييز مسألة اعتبارية موكولة لاجتهاد العدل المنفذ فمتى وقع تسليم الاستدعاء فانه يحمل على أنه سلم لمن كان مميزا فالأصل في الأمور الصحة إلى أن يثبت خلاف ذلك طبق الفصل 559 من المجلة المدنية".⁽⁴⁾

واما بخصوص هوية المتسلم للاعلام فان التعريف بها يكون بواسطة الوثائق الرسمية كبطاقة التعريف القومية أو جواز السفر أو رخصة السياقة أو بواسطة معرف يحمل تلك الوثائق⁽⁵⁾

(1) نبيل اسماعيل عمر : "اعلان الأوراق القضائية - صحته - بطلانه"، ص. 82.

(2) عمر الشوي : تجسيد لمبدأ المواجهة بين الخصوم من خلال إجراءات التبليغ، ص. 11.

(3) القرار التعقيبي عدد 10770 الصادر في 17 أبريل 1975 - نشرية محكمة التعقيب 1975 - ص. 17.

(4) القرار التعقيبي عدد 145 الصادر في 17 جوان 1976 - نشرية محكمة التعقيب - ص. 149.

(5) عمر الشوي : تجسيد لمبدأ المواجهة بين الخصوم من خلال إجراءات التبليغ، ص. 19.

(1) قرار الدوائر المجتمعة عدد 10425 الصادر في 15 جويلية 1983 - نشرية محكمة التعقيب لسنة 1983.

(2) أحمد أبو الوفاء : 'أصول المحاكمات المدنية'، بيروت 1983 - ص. 446.

في هذه المسألة لصدا محاولات المتحايين على القانون.

- عدم وجود من يصح أن يسلم له الورقة بمقر المطلوب :

إذا لم يجد العدل المنفذ أحدا بمقر المطلوب أو كان من وجده ليس من الذين يصح اليهم التبليغ قانونا فعليه أن يترك نظيرا من الورقة المراد تبليغها بمقر المطلوب، ثم يسلم نسخة إلى عمدة المكان أو لرئيس مركز الشرطة حسب الأحوال، ويوجه أخيرا للمقصود بالابلاغ مكتوبا مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ في ظرف أربع وعشرين ساعة على الأقصى لإعلامه بتسليم نسخة كيفما ذكر.

وان التبليغ طبق هذه الفقرة قد احدث العديد من المشاكل ولعله من المجدي إعادة النظر في هذا الفصل وإقرار ضرورة التبليغ الشخصي للمطلوب بأن يبذل عدل التنفيذ للقيام بذلك كل جهده فان استحالة عليه ذلك فيذكر الأسباب ويعتبر التبليغ اعتباريا ويصدر الحكم غيابيا وللمعني بالأمر الاعتراض عليه ان أراد بعد الاعلام بالحكم بعشرين يوما والا أصبح الحكم قابلا للتنفيذ.

2 - المراد اعلامه مجهول المقر :

اقتضى الفصل العاشر من م.م.ت. انه "إذا بارح المقصود بالاعلام مقره وصار مجهول المقر يسلم النظيف إلى عمدة المكان أو إلى رئيس مركز الشرطة لآخر مقر معروف له. وإذا كان مجهول المقر مطلقا علق نظير من الاعلام بالمحكمة المتعده ونظيف اخر بمركز الولاية التي توجد بدائرتها المحكمة المذكورة".

ويخلص من أحكام الفصل المذكور ان المشرع فرق بين حالتين :

- الحالة الأولى وتتعلق بالمطلوب الذي له مقر معروف أي مضمن بالعقد أساس الدعوى وتبين عند التبليغ أنه بارحه لوجبة غير معلومة. ففي هذه الحالة يتعين على عدل التنفيذ تسليم نسخة من الورقة المراد تبليغها إلى مركز الشرطة أو إلى عمدة المكان.

وان هذه الطريقة ليس بها أي ضمان للمراد اعلامه ومن المحتمل أن يصدر حكم في غيابه ودون أن يدافع عن حقوقه، وبالتالي أنه بالامكان تشريك الإدارة في التبليغ ومثل ذلك ان يقع تسليم النسخة للنياية العمومية مثلما هو الحال في جل البلدان العربية. وتتولى التنسيق مع مراكز الشرطة لتبليغ الاعلام ضرورة ان لكل المواطنين بطاقة تعريف قومية وعبرها

نسخة من محضر الاعلام بالمقر ويسلم نسخة أخرى إلى عمدة المكان أو إلى رئيس مركز الشرطة الذي بدائرتة ذلك المقر.

وفي الحالتين الآخرين يجب على العدل المنفذ ان يوجه له في ظرف أربع وعشرين ساعة مكتوبا مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ إلى مقره الاصلي او مقره المختار يعلمه فيه تسليم النظيف كيفما ذكر....

ويخلص من الفصل المذكور أنه توجد صورتان اولاهما يسلم في رفض من يوجب... القبول وثانيتهما أن لا يجد عدل التنفيذ أحدا.

- رفض الموجود بالمقر قبول الاعلام :

عندما ينتقل عدل التنفيذ إلى مقر المراد التبليغ إليه يجب شخصيا ان أنه يمتنع من تسليم النظيف من عريضة الدعوى، فلا بد للعدل المنفذ ان يسلم نظيرا إلى عمدة المكان ان كان المطلوب يقطن خارج الدائرة البلدية أو إلى رئيس مركز الشرطة الذي بدائرتة مقر المطلوب ان كان يقطن بدائرة بلدية.

ثم وبعد ذلك يوجه عدل التنفيذ مكتوبا مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ في ظرف أربع وعشرين ساعة على أقصى تقدير إلى المعني بالأمر بمقره يعلمه به أنه سلم نظيرا من العريضة إلى عمدة المكان أو إلى رئيس مركز الشرطة وعليه سحب الاعلام عليه وعلى محتواه.

وكل اخلال باحد هذين الإجراعين يجعل التبليغ باطلا لتعلقها بالإجراءات الأساسية على معنى الفصل 14 من م.م.ت. الا أن المشرع أقر استثناء بخصوص القضايا الاستعجالية وأعفى من الاستظهار بعلامة البلوغ المصاحبة للمكتوب مضمون الوصول الموجه من العدل المنفذ. ولقد قصد المشرع بهذا الاستثناء معالجة بعض الوضعيات الواقعية⁽¹⁾ ضرورة ان القضايا الاستعجالية تستلزم سرعة النظر ورغم ذلك قد يحدث ان تصدر أحكام دون بلوغ الاستدعاء للمطلوب مما ينال من الحقوق خاصة وان المشرع لا يخول الاعتراض على الأحكام الغيابية وان اثار التفكير

(1) نور الدين العزواني : التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، تونس 1996، ص 30.

يمكن التوصل إلى معرفة العنوان.

- الحالة الثانية وهي التي يكون فيها المطلوب مجهول المقر مطلقا، ويتعين على عدل التنفيذ تعليق نظير من الاعلام بالمحكمة المتعده ونظير اخر بمركز الولاية التي بدائرتها المحكمة.

وغني عن البيان أن هذه الطريقة أيضا غير مجدية ويصدر الحكم في أغلب الأحيان غيابيا. ولا بد من التفكير في إيجاد حل تشريعي لهذا الاشكال. لقد اقترح بعض الفقهاء إقرار حق الاعتراض على الأحكام التي تصدر بناء على تبليغ تم على معنى الفصل العاشر⁽¹⁾.

ونحن نقترح على غرار ما هو موجود ببعض البلدان العربية إقرار الاستدعاء بواسطة النشر بجريدين يوميتين وتحمل مصاريف ذلك على المدعي⁽²⁾. مؤقتا إلى حين صدور الحكم ومعرفة من خاب في الدعوى الذي تحمل عليه المصاريف القانونية.

الفقرة الثالثة - الإشكالات التي يطرحها الفصل الثامن :

ان الفصل الثامن يطرح اشكالين أساسيين يتمثلان في دور الإدارة في التبليغ والمكتوب المضمن الوصول مع الاعلام بالبلوغ في أجل أربع وعشرين ساعة.

1 - دور الإدارة في التبليغ :

لقد اسند المشرع للعمدة ورئيس مركز الشرطة دورا يتمثل في تسليم نسخة من الورقة المراد تبليغها إلى المراد اعلامه مجهول المقر أو الذي امتنع من وجد بمقره من تسليم النسخة ويمكنه التوجه إلى المركز لتسلمها بعد أن يكون علم بذلك بواسطة المكتوب المضمن الوصول.

ان هذه الطريقة لاتساهم في بلوغ الاستدعاءات والاعلامات لاصحابها ضرورة أن المشرع لم يسند دورا ايجابيا لمركز الشرطة، وذلك بتكليفه بتبليغ الاعلام لاصحابه. بل هذا الإجراء قد عقد

(1) نور الدين الغزواني : تعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص. 140.

(2) الفصل 16 من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988 - الفصل السابع من نظام نظير الدعاوى أمام المحكمة التجارية بسلطنة عمان لعام 1984 المعدل بالقانون عدد 13 لعام 98.

الأمر ضرورة أن الفصل السادس من م.م.ت. اقتضى أن المحاضر التي يحررها العدول المنفذون يجب أن تشمل على ما يأتي :

اولا.....

خامسا - اسم من سلم إليه الاعلام وامضائه أو وضع علامة ابهامه على الأصل أو تسجيل امتناعه وسببه :

وان العدول المنفذون عند ايداعهم لنسخة من عريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة لا يتم امضاء رؤساء المراكز بالتسلم فتقضي المحاكم برفض الدعوى لبطلان العريضة وهي محقة في ذلك، واحتج المحامون وانتقدوا هذا التوجه واثرت تائرة الدائنين الذين عجزوا عن استخلاص ديونهم بسبب هذا الخلل التشريعي.

ولذلك فالحل يكمن في تعديل الفصل الثامن وجعل الاعلام يسلم للنيابة العمومية التي تمضي على تسلمه وتبذل قصارى جهدها بالتنسيق مع وزارة الداخلية ليتم التبليغ للشخص نفسه ضرورة ان المتقاضين جميعهم رشد وحاملون لبطاقات تعريف قومية ويمكن بالتالي الوصول إلى عنوان المطلوب باعتبار ان الحاسب الالي اليوم يلعب دورا هاما في هذا المجال.

2 - عدم تناغم النصوص :

ان الفصل الثامن في فقرته الرابعة أوجب على عدل التنفيذ ان يوجه مكتوبا مضمون الوصول في ظرف أربع وعشرين ساعة من تاريخ ايداع النظير لدى عمدة المكان أو رئيس مركز الشرطة. اما إذا صادف هذا الأجل يوم عيد رسمي اعتبر مكانه اليوم الذي يليه عملا بأحكام الفصل 143 من المجلة المدنية. ولقد حددت الاعياد الرسمية بموجب أمر الا أن يوم الاحد لا يوجد من ضمنها، في حين أن أعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية يتمتعون بيوم راحة أسبوعية وتتدخل فيه جميع المصالح الإدارية، وبالتالي إذا صادف يوم الاحد يوم الأجل فلا يعتبر مكانه اليوم الذي يليه بالرغم من ان المصالح البريدية تتدخل يوم الاحد ولقد جرى عمل المحاكم على اعتبار أحكام الفصل 143 مقصورة على أيام الاعياد المحددة بالأمر المذكور سابقا ولا تشمل يوم عطلة الراحة الاسبوعية، وبذلك لا يمكن

بأحد الإجراءين اما صرف القضية للمرافعة وهو ما سيدرس في المبحث الثاني أو تأخير القضية لجلسة لاحقة وابقاء القضية بالطور التحضيري لاستكمال بعض الأبحاث الناقصة وذلك بإحالة القضية للقاضي المقرر للقيام بأبحاث حددتها أو لتهيتها للفصل عملاً بأحكام الفصلين 85 و 86 من م.م.ت. ويمكن أن نعيب على هذا التمشي عدم جدواه وإن كان مطابقاً للنصوص، والرأي عندنا أنه عندما تكون القضية لاستداعي أبحاثاً تكميلية واخرتها المحكمة لتمكين المحامين من تبادل التقارير فحسب فإن هذه الامكانية ممكنة حتى وإن صرفت القضية للمرافعة عملاً بأحكام الفصل 82 جديد من م.م.ت. وعليه، سواء أحوالت المحكمة الملف للقاضي المقرر أو أبقته تحت إشرافها فإن ولايتها على القضية لا ترفع باعتبار أن إحالتها لا تعتبر في الحقيقة إلا تكليفاً للقيام ببعض الأبحاث اللازمة. وهذه الولاية بارزة للعيان في الطور التحضيري بمظهرين أساسيين أولهما ما تتخذه المحكمة من إجراءات لاثبات الدعوى طبق أحكام الفصل 86 م.م.ت. وهو موضوع الفقرة الأولى أو حسب أحكام الفصل 85 من م.م.ت. وهو موضوع الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى - الأبحاث تتمجرات وفق أحكام الفصل 86 :

اقتضى الفصل 86 من م.م.ت. أنه "تمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات من جهات واختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الاعمال الكاشفة للحقيقة أو نشر نفاضي المقرر باجرائها".

ويخلص من هذا الفصل ان المحكمة درست القضية وألمت بكافة معطياتها وتراءى لها أن الفصل يتوقف على نتيجة بحث معين فتأذن القاضي المقرر باجرائها، ويثير هذا الآن إشكاليين تتمثل الأولى في محتوى الأبحاث التي يمكن للمحكمة الإذن بها وثانيتهما في نفوذ القاضي المقرر عند إجراء أبحاثه.

1 - الأبحاث التي يمكن الإذن باجرائها :

ان الأبحاث التي يمكن للمحكمة الإذن للقاضي المقرر باجرائها هي سماع البينات وإجراء التوجهات والاختبارات وتتبع الزور المدني وغير ذلك من الأبحاث الكاشفة للحقيقة. وسننولى عرضها واحدة واحدة.

توجيه المكتوب مضمون الوصول في ظرف أربع وعشرين ساعة ويمكن أن يخيب المدعي في الوصول إلى حقه ويمكن والاكتر من ذلك أن يضيع الحق تماماً إذا تعلق الأمر بتبليغ عريضة طعن بالاستئناف باعتبار أن المحكمة ستقضي برفض الاستئناف شكلاً ويصبح الحكم المطعون فيه نهائياً بل قل باتاً ضرورة أن الطعن بالتعقيب سيرفض أيضاً باعتبار أن المحاكم لم تخرق القانون بل طبقته ويصدق هذا القول على الحالة ما قبل تنقيح الفصلين 141 و 195 واستبدلت لفظة العيد الرسمي بمصطلح العطلة الرسمية، ويكون من المنطقي أن نتناغم النصوص وبالتالي تعديل الفصل 143 من المجلة المدنية وإقرار مصطلح العطلة الرسمية.⁽¹⁾

الفصل الثالث - إجراءات سير الدعوى :

ان إجراء سير الدعوى ينظمها الجزء الثالث من مجلة المرافعات وتم تقسيمها إلى جزئين تعلق أولهما بالطور التحضيري وثانيهما بطور المرافعة والحكم.

المبحث الأول - الطور التحضيري :

لقد سبق أن تعرضنا في الفصل السابق لإجراءات رفع الدعوى وانتهينا إلى انها تختم بإيداع عريضة الدعوى مع المؤيدات بكتابة المحكمة قبل موعد الجلسة الافتتاحية بسبعة أيام.

وأثناء تلك المدة أي مدة الإيداع يتولى كاتب المحكمة عرض الملف على رئيس المحكمة لتعيين القاضي المقرر، كما يمكن للمدعي عليه تقديم جوابه أو ارجاء ذلك إلى تاريخ الجلسة الأولى التي يقع المناداة فيها على الأطراف وتحقق المحكمة من حضورهم وصفاتهم واستيفاء الإجراءات القانونية عملاً بأحكام الفصل 76 من م.م.ت. والتثبت من الحضور له ما يبرره ضرورة أن المشرع قد رتب عدة آثار على ذلك ومنها أن الحضور يزيل البطلان إذا تعلق الأمر بعدم احترام مواعيد الحضور أو حصول خطأ أو نقص في هوية المدعى عليه.

وبعد التثبت من كون الإجراءات مستوفية وشروط القيام متوفرة تكون المحكمة أمام القيام

(1) الحبيب الطريقي : "التبليغ في م.م.ت.", مذكرة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء - 1991 - ص. 31.

أ - سماع البينات :

البيانات جمع بينة وهو الاثبات بشهادة الشهود وقد نظمت أحكامها مجلة الالتزامات والعقود في الفصول من 473 إلى 478 وليس المجال لدراستها في هذا المؤلف انما لتحديد إجراءاتها.

وكما هو معلوم أنه يجوز الاثبات بشهادة الشهود في المادة التجارية في نطاق جميع الوقائع المادية.

والشهادة معناها قيام شخص من غير أطراف الخصومة بالاعخبار أمام القاضي المقرر بما يعرفه شخصيا عن حقيقة وقائع تصلح لاثبات الحق المدعى به.⁽¹⁾

وعندما تأذن المحكمة بسماع شاهد فعليها أن تحدد الوقائع المراد اثباتها بالشهادة وتاريخ ذلك ويدعو كل خصم شهوده للحضور في التاريخ المحدد لسماع الشهود ويتولى القاضي المقرر تحرير أقوال كل شاهد ويوقع عليها هذا الأخير وإذا امتنع يذكر سبب الامتناع في التقرير الذي يمكن للأطراف الاطلاع عليه ابداء دفاعهم على أساسه. وأما تقدير الشهادة فهي مسألة موضوعية تخضع لسلطة محكمة الموضوع ولإرقابة عليها من محكمة التعقيب طالما استندت المحكمة على النصوص المنظمة للاثبات ووقائع النزاع المتعده به.⁽²⁾

ب - إجراءات التوجهات والاختبارات :

يقصد بالتوجه انتقال القاضي على عين المكان لمعاينة الواقعة محل الاثبات أما الاختبار هو العمل الذي يقوم به مختص في مسألة فنية تخرج عن نطاق القانون والتي يجب بحثها واثباتها من أجل أعمال القانون.

ويمكن للمحكمة أن تأذن بالتوجه أو بالاختبار أو بكليهما في أن واحد، وفي هذه الصورة يكون القاضي مصحوبا بالخبير.

(1) فتحي والي : "الوسيط في القانون القضاء المدني"، ص. 59.

(2) نبيل عمر : "سلطة القاضي التقديرية"، منشأة المعارف بالاسكندرية - ص. 490.

- إجراء التوجه :

إن إجراء التوجه بصدد نزاع مطروح على المحكمة يمكن أن يكون مأذونا به منها من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد الخصوم. وتتم المعاينة بحضور الخصوم ولذلك يجب اعلانهم بقرار الانتقال للمعاينة أن لم تحدد المحكمة بالجلسة وثبت بالمحضر. ويتولى القاضي المقرر سماع الأطراف وشهودهم الذين عليهم التوقيع على أقوالهم ويوقع القاضي كذلك معهم. وإن التقارير الواردة بتقرير القاضي المقرر خاضعة للسلطة التقديرية للمحكمة المتعده بالقضية.

- إجراء الاختبار :

يمكن للمحكمة أن استشكلت نقطة معينة خاصة بالوقائع المطروحة عليها ان تعين خبيرا من تلقاء نفسها لإبداء رأيه الفني أو بطلب من أحد الخصوم.

وفي هذه الصورة يجب عليها ان تبين الاعمال التي يعهد بها إليه والمبلغ المالي الواجب تسبيقه وتاريخ الجلسة التي توجل إليها القضية عملا بالفصل 103 من م.م.ت. وعلى الخبير ان يحدد تاريخ توجهه على عين المكان واستدعاء الخصوم لذلك بمكاتيب مضمونة الوصول مع الاعلام بالبلوغ عملا بالفصل 110 من م.م.ت. ويحرر محضرا باعماله يتضمن أقوال الخصوم وملاحظاتهم وامضاءاتهم وجميع الاعمال التي قام بها ثم يودع تقريره في أعماله بكتابة المحكمة ويعلم الأطراف بذلك بمكاتيب مضمونة الوصول ويمكنهم ابداء ملحوظاتهم الكتابية حول أعمال الخبير التي لا تلزم المحكمة عملا بأحكام الفصل 112 من م.م.ت. باعتبار أن رأيه عنصر من عناصر الاثبات في الدعوى ولا يخرج عن كونه دليلا في الدعوى خاضعا لتقدير المحكمة دون رقابة عليها من محكمة القانون ولها أن تأخذ بما انتهى إليه أو أن تردده مع تعليل موقفها.

ج - الدفع بالزور المدني :

إن تتبع الزور الوارد بالفصل 86 من م.م.ت. يقصد به الزور المدني الذي لا يمكن القيام به إلا بالنسبة للحجج غير الرسمية ضرورة أن الحجج الرسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور الجزائي الخارج عن ولاية المحاكم المدنية التي عليها إيقاف النظر في الدعوى إلى صدور الحكم الجزائي الذي يحوز الحجية أمام المحاكم المدنية عملا بأحكام الفصل 240 من م.م.ت.

أما الحجج غير الرسمية فيمكن القيام في شأنها بالزور المدني الذي نص في شأنه الفصل 459 من المجلة المدنية بأنه "إذا أنكر الخصم خطه أو امضاءه أو صرح وراثته أو من له حق بعدم معرفتهما أن الحاكم بتحرير حقيقة الأمر وللجلس أن يباشر ذلك بنفسه أو يكلف به أهل الخبرة".

وإذا تراءى للمحكمة جدية ادعاء الطرف الممارس لدعوى الزور المدني فعليها وعملا بالفصل 236 من م.م.ت. ان "تأذن بوضع الكتب المخدوش فيه بكتابة المحكمة وذلك بعد أن يضع الرئيس علامة امضاءه عليه منعاً له من التغيير ويتولى الحاكم المكلف بالبحث التحرير على الطالب وسائل احتجاجه على الزور وعلى المطلوب أجوبته على ذلك".

وبعد انتهاء القاضي المقرر من أبحاثه المذكورة يجب على المحكمة أن تفصل في الادعاء بالتزوير قبل الفصل في موضوع الدعوى الأصلية ضرورة أن اعتماد الكتب من عدمه له تأثير على وجه الفصل في الدعوى. وان صدور الحكم بتزوير الكتب أو بصحته يجوز حجية الأمر المقضي به خارج الخصومة التي صدر فيها.⁽¹⁾ على أن هذه الحجية تتعلق بالكتب ولا بصحة أو بطلان التصرف الذي تضمنه.

د - غير ذلك من الاعمال الكاشفة للحقيقة :

ان هذه العبارات جاءت مطلقة ولم تعتمد أي معيار موضوعي عدا كونها كاشفة للحقيقة مما يفتح المجال للمحكمة بان تأذن بإجراء أي بحث للوقوف على كنه النزاع والوصول إلى حل عادل ومنصف. غير أنه بعد أن حدد الفصل بعض وسائل الاثبات كالبيئة والتوجه على العين للمعاينة والاختبار لم يبق من وسائل الاثبات سوى اليمين الحاسمة والقرائن.

فأما بخصوص اليمين فانها اما حاسمة أو استيفائية عملاً بأحكام الفصول من 492 إلى 512 من المجلة المدنية. فاذا ما وجه أحد الأطراف اليمين الحاسمة وقررت المحكمة تحليفه فانه بإمكانها إحالة الملف على القاضي المقرر لانجاز نص المأمورية وتسليمه إلى العدلين المكلفين بانجازها وكذلك الأمر إذا تعلقت المأمورية بيمين الاستيفاء التي توجه إذا ارادت المحكمة تأكيد قناعاتها ضرورة أنه في بعض الأحيان لا تجزم المؤيدات بالحق إلا أنها لا

تتفيه وتعين ترك الأمر لضمير المتقاضي.

أما بخصوص القرائن التي يمكن أن تكون قانونية أو قضائية يستخلصها القاضي من واقعة معلومة تؤكد وقوع أمر، وفي هذا الإطار تأذن المحكمة القاضي المقرر للبحث في اتجاه معين وفي الواقعة المنتجة للقرينة والبحث عن الحقيقة يخول لها ذلك ويكون المشرع قد جعل من حياد القاضي حياداً ايجابياً هدفه الوصول إلى حل عادل بين الخصوم أساسه الحقيقة.

2 - سلطة القاضي المقرر عند إجراء الأبحاث :

اقتضى الفصل التسعون من م.م.ت. انه "إذا كانت الأبحاث مأذونا بها من المحكمة فلا يباشر القاضي الا ما وقع تكليفه بإجرائه أو ما كان نتيجة لإتمامه".

ويخلص من الفصل المذكور أن القاضي المقرر ملزم بانجاز ما كلف به وفي حدوده وهو ما يبرز التساؤل عن حجية الاعمال المنجزة خارج نطاق المأمورية.

ان الاجابة عن هذا التساؤل تستدعي التفريق بين أمرين أولهما أن يكون التجاوز غير متعلق بموضوع النزاع أو أتى القاضي المقرر أمراً خارجاً عن إختصاصه الفردي كان يوجه اليمين الاستيفائية على المطلوب ويقبل توجيهها، إن توجيه اليمين الاستيفائية خارج عن اختصاصه وتوجيهها المحكمة بعد التفاوض بروية، ولذلك هذا العمل لاقية قانونية له.

أما الأمر الثاني فيتعلق بأمر منه للخصومة كإقرار المطلوب أو تصالح الأطراف. ان الإقرار والصلح منهيان للخصومة ضرورة أن الأول يمكن المحكمة من فصل النزاع على أساس الإقرار والثاني يجعل المحكمة تقضي بالصلح بين الأطراف وتضع حدا للنزاع باعتبار أن الحكم القاضي بالصلح لا يستأنف وانما يقع القيام لابطال أو فسخ الصلح إذا أخل أحد الأطراف بما تم الاتفاق عليه.⁽¹⁾

الفقرة الثانية - الأبحاث المجرة وفق الفصل 85 :

اقتضى الفصل 85 من م.م.ت. انه "للمحكمة في القضايا التي لم تصرف للمرافعة ان

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 602.

(1) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 763.

تؤخرها لجلسة معينة وتحيلها للقاضي المقرر للبحث فيها وتهيئتها للحكم" ويستخلص من الفصل المذكور ان المحكمة لاتحدد للقاضي المقرر نوع الأبحاث المراد اجراؤها منلما هو الحال بالنسبة للفصل 86 ؟ الا أن ذلك لا يعني أن له مطلق الحرية في فعل وبحث ما يشاء، باعتبار أن الفصل 87 م.م.ت. حدد نطاق الأبحاث ووسائلها ويبلغ عددها ثلاثة وستعرض اليها على التوالي :

1 - تلقي المؤيدات والتقارير من المحامين :

إن هذه الفقرة من الفصل تحدد الدور الذي يلعبه القاضي المقرر وتظهر علاقته بالمحامين في هذا الطور التحضيري بوصفه مكلفا بتهيئة القضية للفصل وبوصفهم متابعين لإجراءات الدعوى نيابة عن الأطراف.

ويتمثل هذا الإجراء في أمرين :

- أولهما يكمن في تلقي التقارير والمؤيدات من المحامين. وهذا الدور سلبى كان يقوم به مكتب المحكمة قبل تنقيح 1986 ويتمثل في تلقي وإضافة ما يراه المحامون لازمًا للإضافة بالملف من تقارير ومؤيدات وفي هذه المرحلة ليس له من عمل إيجابى سوى التأكد من اطلاع الخصم على ما قدم. وإن العلة في اسناد هذا الدور للقاضي المقرر حتى يكون مطلعًا على ما يجد في القضية ويمكنه اتخاذ القرار المناسب في الوقت الملائم.

- وثانيهما يتمثل في مطالبة المحامين بتقديم الوثائق الإضافية والتوضيحات اللازمة ويكون ذلك من تلقاء نفسه وبدون مطالبة من الأطراف عندما يرى غموضًا في التقارير المقدمة بشأن يطلب مزيدًا من التوضيحات الكتابية. وكذلك يمكن أن يكون المحامون أشاروا إلى مؤيدات في تقاريرهم ولم يقدموها أو أن تتضمن الحجج المقدمة إشارة إلى حجج أخرى كاصل انجرار الملكية في عقد بيع ويرى القاضي ضرورة الاطلاع عليها فيطالب المحامون باضافتها، لكن هذه المسألة تثير عدة اشكالات :

- فاما الاشكالية الأولى فتتمثل في مدى حرية القاضي المقرر بالمطالبة بأي وثيقة مهما كان دورها في إثبات الدعوى. يبدو أن دوره ينحصر في الوثائق التكميلية والإضافية ولا يمكنه المطالبة بمؤيد على أساسه تم القيام بالدعوى والافقد حياده الذي يجب أن يلزمه ازاء كل الطرفين.

- والثانية تتعلق بموقفه ازاء الحجج غير المستوفية لشروطها الشكلية، فهل له المطالبة باتمام هذه الموجبات ؟ ان صيغة النص العامة لا تحول دون ذلك، أما إذا رفض المحامي المعنى بالأمر التوضيحات المطلوبة منه أو القيام بما طلب منه فإن دور القاضي المقرر يقتصر على تسجيل قراراته ومواصلة أعماله دون التوقف على الادلاء بما طلبه وتقرر المحكمة في ذلك الشأن ما تراه باعتبار أن تقدير الأدلة المعتمدة راجع لها.

2 - إجراء الأبحاث التي يستوجبها سير القضية بسماع الطرفين شخصيا وسماع البيانات وتلقي ما لكل منهما من المؤيدات بما في ذلك توجيه اليمين الحاسمة :

ان الإجراء المذكور يتعلق بالأبحاث المكتبية المجراة من طرف القاضي المقرر بمكتبه ويمكن أن تكون مباشرة مع أطراف القضية وهم اصالح من يكون للدفاع عن حقوقه والوصول إلى صلح تصادق عليه المحكمة، ولقد خول الفصل المذكور إجراء هذه الأبحاث بثلاث وسائل سيتم درساها تباعا.

أ - سماع الأطراف وضبط نقاط الخلاف بينهما :

بموجب هذا الإجراء يتولى القاضي المقرر سماع الأطراف وتلخيص أقوالهم ويستفسرهم عما ارتأه من غموض في بعض فروع الدعوى أو تناقض في الأقوال حتى يتسنى له الوقوف عند نقاط الخلاف بينهما. وهذا الأمر يثير أشكالا بشأن المعنى المقصود منه، فان كان القصد من ذلك هو تلخيص أقوال الأطراف ومقارنتها لتحديد ما هو موضع اتفاق وما هو موضع خلاف حتى يتسنى مزيد البحث حول الخلافات، فان ذلك أمر مفروغ منه ضرورة أن طبيعة العمل القضائي تقتضي أن يقوم بهذه الاعمال تلقائيا ويحدد النزاع القائم بين الأطراف ويعمل القاعدة القانونية المنطبقة عليه ليخلص لحل عادل مطابق للقانون المنطبق. أما إذا كان المقصود منه تسهيل عمل المحكمة عند الاطلاع على الملف فان ذلك يكون مخالفا للعمل القضائي ضرورة أن المحكمة ملزمة على الاطلاع على الملف بكامل جزئياته حتى يكون قضاؤها قريبا إلى الحقيقة أو مجسدا لها دون أن تعتمد تلخيصا للوقائع من طرف القاضي المقرر، وقد يكون مختلفا عن محتوى الملف بعض الاختلاف، ضرورة أن التقرير الفردي وتكييف الوقائع لا يخلو من نزعة شخصية يمررها القاضي الفردي حسب فهمه للوقائع والحال أن المشرع بإقراره

التركيبة الثلاثية أراد أن يحقق أكثر ما يمكن من الضمانات على العمل القضائي.

ب - سماع البينات :

لقد سبق أن بينّا في الفقرة السابقة كيفية سماع البينات، إلا أنه يستحسن إضافة أن الفصل 92 م.م.ت. ينظم كيفية سماع البينة ويحدد مبادئ أساسيين :

- **المبدأ الأول** يتمثل في البينة يحضرها من طلبت شهادته وبالتالي لا يمكن أن يسمع من لم يطلب شهادته أي من الخصوم.

- **المبدأ الثاني** ويتمثل في التجريح في الشاهد الذي يجب أن يتم قبل سماعه وممن له مصلحة في ذلك وهو التجريح القانوني. أما التجريح الفعلي فإن القاضي يقوم بتسجيله ويسمع الشاهد ويبقى أمر تركه أو اعتماده موكول لتقدير المحكمة عملاً بأحكام الفصل 98 م.م.ت.

ج - تلقي المؤيدات بما في ذلك اليمين الحاسمة :

بعد التتقيح الواقع بموجب القانون عدد 87 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 أصبح بالإمكان تقديم المؤيدات مباشرة للقاضي المقرر مع امكانية تلقي اليمين الحاسمة من هذا الأخير ضرورة أن من لايملك دليلاً على دعواه بإمكانه توجيه اليمين الحاسمة على خصمه ولا يمكن للمحكمة رفض هذا الاختيار إلا في حالات حددها القانون على وجه الحصر .

وطالما أن في الأمر قراراً يجب أن يتخذ فهل بإمكان القاضي المقرر اتخاذ أم أن دوره يقتصر على تلقي توجيه اليمين من المدعي وإحالته للمحكمة لتقرر ما تراه ؟

إذا أولنا النص تأويلاً حرفياً يتبين لنا أنه بإمكان أي طرف توجيه اليمين الحاسمة على خصمه أمام القاضي المقرر الذي يتوقف دوره على تسجيل هذه الرغبة ويحيل الأمر للمحكمة للفصل فيه.

أما إذا تجاوزنا ذلك لتحليل طبيعة القرار المتخذ بخصوص توجيه اليمين الحاسمة، فإنه يتضح لنا أنها من الأحكام القطعية المعلقة على شرط⁽¹⁾ ضرورة أن مآل القضية مرتبط

(1) أحمد أبو الوفاء : نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 556.

بنتيجة اليمين وبذلك فهذا القرار هو حكم تمهيدي.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى النصوص المنظمة للأحكام يتضح أن الفصل 41 م.م.ت. نكر الأحكام التمهيدية والتحضيرية دون أن يعرفها ولا يحدد معياراً لتمييزها، إلا أن الفقهاء حددوا ذلك واعتبر أنه إذا كان الحكم من شأنه أن يؤثر على الموضوع ويدل على ما ستحكم به المحكمة فهو تمهيد وان كان مجرد إجراء يراد به استكمال ما يكون عقيدة القاضي فهو حكم تحضيرية.⁽²⁾

ولذلك وطالما ثبت أن القرار بقبول توجيه اليمين الحاسمة هو حكم تمهيدي وتكون المحكم ملزمة بنتيجته فإنه لا يمكن للقاضي المقرر اتخاذه بمفرده، بالإضافة إلى إمكانية حصول نز حول توجيهها ولا تفصل هذا النزاع إلا المحكمة.

3 - اتمام التوجيهات والإذن بإجراء الاختبارات واتخاذ القرارات المتعلقة بالجواز الشكلية :

لقد سبق أن تعرضنا لهذا الإجراء بالفقرة السابقة عندما يقوم به القاضي المقرر بتكليف المحكمة إلا أننا نضيف أن اتخاذ القرارات الشكلية التي لا تؤثر على موضوع الدعوى السوار بالفصل 87 م.م.ت. يمكن للقاضي اتخاذها باعتبار أن مقصد المشرع منصب إلى اختص إجراءات التقاضي وسرعة فصل الخصومة ولا يتسنى ذلك إلا إذا مكن القاضي المقرر من اتخاذ هذه القرارات المتعلقة بالجوانب الشكلية وتهيئة القضية للفصل وتكون مكتملة من جميع جوانب علاوة على أن الآن لأحد الأطراف باستخراج حجة وفاة ضرورية لمعرفة هل ان البائع له أحـ الوارثين هو إجراء ضروري ولا يستدعي رأي المحكمة ومصادقتها عليه. ولذلك ما يمكن أن يكون موضوع حكم تحضيرية أي متعلقاً بسير الخصومة يمكن للقاضي المقرر الآن به، في حين أن م يمكن أن يكون موضوع حكم تمهيدي أي يستشف منه رأي المحكمة في موضوع الدعوى فلا يمكن للقاضي المقرر اتخاذه بمفرده وعليه إحالة الأمر للمحكمة لتقرر ما تراه بتركيبتها الثلاثية.⁽³⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : نفس المرجع - ص. 557.

(2) أحمد أبو الوفاء : نفس المرجع - ص. 543.

(3) أحمد أبو الوفاء : نظرية الأحكام في قانون المرافعات - المرجع السابق ص. 544.

المبحث الثاني - طور المرافعة والتصريح بالحكم :

عندما تنتهي الأبحاث اللازمة في القضية ويقدم القاضي المقرر تقريراً في أبحاثه تصرف القضية للمرافعة بجلسة معينة يتولى الأطراف بانفسهم أو بواسطة محاميهم ان كانت انابة المحامي وجوبية شرح ادعاءاتهم أو اوجه دفاعهم شفويا أمام المحكمة واثّر ذلك تحجز القضية للتصريح بالحكم وستتولى دراسة كل مسألة في فقرة مستقلة.

الفقرة الأولى - طور المرافعة :

إن المرافعة طور أساسي في إجراءات التقاضي المدني ولا يمكن فصل القضية دون المرور به ضرورة انه يعتبر بالنسبة للمحكمة كوقفة تأمل ولسماع الرأي الآخر بخصوص مسألة قانونية معينة، وفي هذا الصدد قيل "ان المحامي البارع يعين القاضي على الوصول إلى الحقيقة"⁽¹⁾ كما ان حجز القضية للمرافعة يعني اعلام الأطراف بغلق باب تقديم الطلبات والدفع وهذا الطور يمر بمرحلتين أولاهما صرف القضية للمرافعة وثانيتهما جلسة المرافعة الفعلية.

I - تحديد جلسة المرافعة :

لقد جرى العمل القضائي قبل تنقيح مجلة المرافعات بالقانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 على صرف القضية للمرافعة لجلسة يفصلها عن الجلسة التحضيرية الأخيرة زمن طويل تتراوح مدته بين الأسبوعين والشهر ولا يسمح فيه للأطراف الا بتقديم ملحوظات لا تخرج عن نطاق ما قدم في الطور التحضيري، ونكون بذلك قد استغرقنا وقتاً طويلاً دون أي إضافة جديدة، وتجاوزا لهذا الاشكال قام المشرع بتعديلين أساسيين على إجراءات التقاضي تمثل في تدعيم امكانية المرافعة الحينية وتمكين الأطراف بتقديم الطلبات الجديدة في طور المرافعة عملاً بالفصل 82 من م.م.ت.

(1) المرافعة الحينية :

اقتضى الفصل 80 من م.م.ت. انه "تحيل المحكمة لجلسة المرافعات القضايا التي ترى انها مهياة للحكم في الأصل ويمكن ان تكون الجلسة في اليوم ذاته" وان المقصود باليوم نفسه

هو يوم الجلسة الافتتاحية للدعوى، ويمكن ان تكون هذه المرافعة اثر المناداة على القضية مباشرة وتلقي اجوبة الطرفين، كما يمكن ان تتم مع المرافعة في القضايا المعينة لذلك.

ولقد حدد الفصل 81 م.م.ت. الحالات التي يكون فيها بالامكان صرف القضية للمرافعة الحينية وهي ان يكون أساس الدعوى اعترافاً أو كتباً رسمياً أو كتباً معرفاً بالامضاء عليه أو قرينة قانونية أو وجود تأكيد يوجب الفصل على وجه السرعة. وان توفر الشروط المذكورة لا تلزم المحكمة الاذن بالمرافعة الحينية ويبقى الخيار للمحكمة بان تاذن بها أو تؤخر المرافعة لجلسة لاحقة وقرارها بإجراء المرافعة الحينية لا يكون مخالفاً للقانون الا إذا وقع الطعن في الوسائل المذكورة. وهذه الشروط منها ما هو محدد بموجب القانون ومنها ما ترك لتقدير المحكمة.

أولاً - الشروط القانونية :

7 ان الشروط القانونية وردت بالفصل 81 وهي ان يكون أساس الدعوى اعترافاً أو كتباً رسمياً أو كتباً بخط اليد معرفاً بالامضاء عليه أو قرينة قانونية أو وجود تأكيد يوجب الفصل على وجه السرعة.

- الاعتراف :

إن المقصود بالاعتراف هو إقرار المدعى عليه بصحة دعوى خصمه، ويمكن ان يكون ذلك الاعتراف حكماً على معنى أحكام الفصل 428 من المجلة المدنية. لكن التتصيص على ان القضية مؤسسة على اعتراف يعني حصول هذا الاعتراف قبل رفع الدعوى وهو أمر صعب المنال، غير انه من الممكن الاستناد على استجواب بواسطة عدل منفذ وأقر صلبه المدين بالدين وطلب إمهال أو حدد تاريخاً للخلاص.

- الكتب الرسمي :

إن الكتب الرسمي معرف بموجب الفصل 442 من المجلة المدنية وهو الكتب المتلقى من مأمور عمومي منتصب لذلك قانوناً في محل تحريرها وعلى الصورة التي يوجبها القانون وكذلك الارتكان إلى ما حرره القضاة رسمياً كان يقع الاستناد إلى تقرير توجه في قضية أخرى وثبت من خلاله الواقعة القانونية موضوع النزاع.

⁽¹⁾ Roger PERROT : "Droit judiciaire privé", Tome 2 - p. 586.

- الكتب بخط اليد المعرف فيه بالامضاء :

إن الكتب بخط اليد يعتبر من الحجج غير الرسمية التي تنظمها الفصول 449 من المجلة المدنية وما بعده ولا تكون لها حجية الحجج الرسمية إلا إذا ثبتت صحتها أو اعترف بها الخصم والتعريف بامضاء الحجة لدى المصالح المختصة وسيلة لاثبات الصحة ولئن كانت ضرورية فهي غير كافية باعتبار أن السلطة المعرفة بالامضاء يقتصر دورها على التصديق على أن الامضاء أسفل الكتب هو امضاء المعني بالامر، أما محتوى الكتب وإطلاع الممضى عليه فهما واقعتان قابلتان للدخول بكل الوسائل خلافا للكتب الرسمي الذي لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور الجنائي، ولذلك إذا ما انكر الخصم محتوى الكتب أو نعى عليه أي نعي يوجب البحث والتثبت فلا يمكن للمحكمة أن تستند عليه لإصدار حكمها وبالتالي لا يمكن صرف القضية للمرافعة من الجلسة الأولى، بل تأخيرها لزيادة البحث حول ما اثاره المدعى عليه بخصوص صحة الكتب.

- القرينة القانونية :

لقد عرف الفصل 479 من المجلة المدنية القرينة بأنها ما يستدل به القانون أو الحاكم على أشياء مجهولة، ويمكن أن تكون هذه القرينة قانونية فتعني صاحبها عن الاثبات بوسيلة أخرى، باعتبار أن القرينة القانونية لا يمكن حضيها بدليل معاكس عملا بأحكام الفصل 485 من المجلة المدنية.

ولقد عدد الفصل 480 من المجلة المدنية القرائن القانونية التي لا تقبل الدليل المعاكس وهي :

- ما أبطله القانون لصفة محمولة على التدليس في احكامه.
- في الصور التي قرر فيها القانون أن تعمير الذمة أو ابراءها يحصلان بحصول شروط معينة كالإبراء بمرور الزمان المحدود.
- ما أناطه القانون من النفوذ للحكم الذي لا رجوع فيه.

أما القرائن الأخرى ولئن استمدت وجودها من القانون فهي غير منضوية تحت أحكام الفصلين 480 و 485 من المجلة المدنية ولا يمكن أن تكون سنداً للادّان بالمرافعة الحينية، باعتبار أنه يمكن اثبات ما يخالفها بينما يجب أن تكون القرينة القانونية المطلقة قاطعة ولا تقبل الدحض باثبات ما يعاكسها مثلما هو الحال بالنسبة للقرينة البسيطة.

ثانيا - الشروط المترتبة لتقدير المحكمة :

لقد ترك الفصل 81 من م.م.ت. الحرية للمحكمة بأن تأذن بالمرافعة الحينية إذا وجد تـكـلـد يوجب فصل النزاع على وجه السرعة.

لم يعرف المشرع التأكيد بالنسبة للقضاء العادي، إلا أن هذا المصطلح ورد في باب القضاة الاستعجالي وهو شرط من شروط النظر استعجاليا في الدعوى غير أن هذا المصطلح يجب أن يكون له معنى مخالف عن المعنى المستعمل في القضاء الاستعجالي ضرورة أن الأمر يهم أصل النزاع ويكون الحكم قطعيا بخلاف القضاء الاستعجالي الذي يجب أن لا يمس بالأصل.

ويمكن القول أن التنصيص على هذه الحالة يعتبر إلفاتا للنظر من المشرع للقضاة ليسوعوا في فصل بعض النزاعات التي تستوجب السرعة والتأكد لصيغتها المعاشية والاجتماعية، إلا أنه لم يميز هذه الدعاوى بإجراءات خاصة، ويمكن القياس على بعض الحالات المنصوص عليها بالقانون كحالة ضرورة البت في القضية المرفوعة من طالب بيع الأصل التجاري في أجل شهر من تاريخ ترسيم القضية بكتابة المحكمة المنصوص عليها بالفصل 243 من المجلة التجارية.

وهذه الحالات كثيرة وعلى القضاء أن يجتهد ويحدد بعض المقاييس الموضوعية تعتمد كأساس لتمييز القضايا المتأكدة عن القضايا العادية، ويحضرني مثال يكون ناطقا بالتأكد ويتمثل في أن مواطنة فرنسية متزوجة بتونسي طلقها ورجع إلى تونس ومعه أولاده، فأنت في مرة من المرات لقضاء شهر بتونس وارتدت زيارة أبنائها فمنعها فقامت عليه قضائيا للتمتع بحق الزيارة واصطحب أبنائها للنزهة، فقضت المحكمة في ظرف اسبوع ومكنتها من ذلك مع ضرورة أن تكون مرافقة بمرشدة اجتماعية.

وعليه إذا ما أولنا النص بكيفية تضمن مقصد المشرع فإننا نستطيع القول أن المشرع أراد تمكين المحكمة من سرعة فصل النزاعات ذات الصبغة الاجتماعية والمعاشية وذلك راجع لاجتهادها وتقديرها المطلق شريطة تعليل موقفها بما له أصل ثابت في أوراق القضية.

(2) المرافعة اللاحقة :

إذا لم تتوفر الشروط اللازمة لصرف القضية للمرافعة الحينية وتبين أن الأمر يستدعي

- لكن قد يحدث ان تصرف القضية لجلسة المرافعة وتؤخر لجلسة لاجل يقل عن العشرة الايام، وهذا ممكن ضرورة ان المشرع ادخل امكانية النظر في القضايا المتأكدة على وجه السرعة، وتبعاً لذلك يتعذر على المدعي تقديم ملحوظاته في الأجل القانوني فتتدخل المحكمة لضبط أجال تقديم الملحوظات لكل من المدعي والمدعى عليه ويتجلى الاختلاف بين الفصلين وهو مقصود من المشرع ولا يفصح الا عن رغبة في سرعة فصل النزاعات وخاصة المحفوفة بالتأكد.

ب - حق المدعي في تقديم طلبات جديدة :

اقتضى الفصل 84 جديد انه "يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين بالفصل قبله".

من المعلوم ان صرف القضية للمرافعة يعني ان الأبحاث قد اكتملت وان موضوع الدعوى قد حدد ورسم إطاره وان مراكز الخصوم استقرت، ولذلك لا يمكن الخروج عن هذا الإطار المرسوم. وان تبادل التقارير من المحامين خلال المدة السابقة لجلسة المرافعة بعشرة ايام بالنسبة للمدعي وثلاثة ايام بالنسبة للمطلوب لا يمكن ان تتضمن ملحوظات خارج الإطار المرسوم بالتقارير السابقة الا ان المشرع يدخل هذا التجديد ويمنح المدعي هذه الامكانية باعتباره صاحب الدعوى ومن حقه تكيف طلباته حسبما تنتج دفعه المطلوب وسير الأبحاث أو العوارض الحاصلة على سير الدعوى، أساساً على ذلك يمكن ان تقسم الطلبات التي بإمكان المدعي تقديمها خلال الفترة المحددة بالفصل 83 م.م.ت. كالاتي :

- يمكن للمدعي تصحيح الطلب الاصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرات بعد رفع الدعوى.

- يمكن للمدعي إضافة أو تغيير في سبب الدعوى كمن يطالب بالاداء على أساس الكمبيالة بوصفها تخول القيام بدعوى صرفية ويتبين من خلال الأبحاث والتقارير ان الكمبيالة باطلة لسبب ما فيحرر دعواه ويعتبر قيامه مدنياً ويدلي بما يفيد تسليم البضاعة للمسحوب عليه.

- يمكن ان يكون الطلب الجديد طلباً فرعياً وهو الذي يبدى أثناء سير الدعوى ويتعلق بموضوع فرعي عن الدعوى، لكن من الأساسي نظره باعتبار انه لا يمكن البت في الأصل دون البت فيه

ء بمؤيدات اضافية فان المحكمة تصرف القضية للمرافعة لجلسة لاحقة، وفي تلك الفترة الفاصل الزمني يمكن للأطراف الموصلة في تبادل التقارير والوثائق وحتى تغيير جزء من ي بالزيادة أو النقصان أو تحرير الدعوى وهو ما اقتضاه الفصل 84 من م.م.ت.

متمرار الأطراف في تبادل التقارير والوثائق :

اقتضى الفصل 82 من م.م.ت. انه "يمكن للمحكمة ان تعين لجلسة المرافعة القضايا التي دعي أبحاثاً بواسطة القاضي المقرر وان تأذن لمحامي الأطراف بتبادل التقارير والوثائق ال تضبطها لهم".

إن الشرطين المقررين بالفصل المذكور يتناقضان مع القواعد العامة المنظمة للمرافعة رة انه جرى العمل على تبادل التقارير دون اذن من المحكمة ويحدد القانون الاجال مثلاً حال بالفصل 83 من م.م.ت. الذي نص على ان "محامي الأطراف يستمرون على تبادل ظات بينهم دون إجراءات خاصة سوى امضاء كل منهم على توصله بما قدمه له زميله نسخ من تلك الملحوظات وكذلك الوثائق لتضاف لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة مة بعشرة ايام بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة ايام بالنسبة لمحامي المدعى عليه ولا تقبل ر المقدمة بعد الاجال المذكورة" وبمقارنة الفصلين المذكورين يتبين ان كليهما نص على التقارير والوثائق خلال طور المرافعة، ولكن نظام التبادل يختلف من فصل لآخر مما يبعث لتساؤل عن مجال تطبيق كل فصل وهدف المشرع من ذلك.

لاجابة عن هذا التساؤل نقول ان الفصل 82 جديد قد سن لسد فراغ بخصوص الحالات يكون فيها الفصل 83 جديد منطبقاً، ونتيجة لذلك يكون الفصل 83 جديد هو القاعدة ل 82 جديد هو الاستثناء ويتجلى ذلك كالاتي :

الفصل 83 جديد شامل وعام ومجال انطباقه يتعلق بالطورين التحضيري أو المرافعة رورة ان تبادل التقارير والوثائق ممكن للطرفين سواء لدى القاضي المقرر أو لدى المحكمة لإجراءات المبينة بالفصل هي الإجراءات العادية في طور المرافعة ضرورة ان التأخير دة ما يكون باجل يفوق العشرة ايام عندما تصرف القضية للمرافعة.

- لكن قد يحدث ان تصرف القضية لجلسة المرافعة وتؤخر لجلسة لأجل يقل عن العشرة الايام، وهذا ممكن ضرورة ان المشرع ادخل امكانية النظر في القضايا المتأكدة على وجه السرعة، وتبعاً لذلك يتعذر على المدعي تقديم ملحوظاته في الأجل القانوني فتتدخل المحكمة لضبط أجل تقديم الملحوظات لكل من المدعي والمدعى عليه ويتجلى الاختلاف بين الفصلين وهو مقصود من المشرع ولا يفصح الا عن رغبة في سرعة فصل النزاعات وخاصة المحفوفة بالتأكد.

ب - حق المدعي في تقديم طلبات جديدة :

اقتضى الفصل 84 جديد انه "يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين بالفصل قبله".

من المعلوم ان صرف القضية للمرافعة يعني ان الأبحاث قد اكتملت وان موضوع الدعوى قد حدد ورسم إطاره وان مراكز الخصوم استقرت، ولذلك لا يمكن الخروج عن هذا الإطار المرسوم. وان تبادل التقارير من المحامين خلال المدة السابقة لجلسة المرافعة بعشرة ايام بالنسبة للمدعي وثلاثة ايام بالنسبة للمطلوب لا يمكن ان تتضمن ملحوظات خارج الإطار المرسوم بالتقارير السابقة الا ان المشرع يدخل هذا التجديد ويمنح المدعي هذه الامكانية باعتباره صاحب الدعوى ومن حقه تكليف طلباته حسبما تنتج دفعه المطلوب وسير الأبحاث أو العوارض الحاصلة على سير الدعوى، أساساً على ذلك يمكن ان تقسم الطلبات التي بإمكان المدعي تقديمها خلال الفترة المحددة بالفصل 83 م.م.ت. كالاتي :

- يمكن للمدعي تصحيح الطلب الاصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرات بعد رفع الدعوى.

يمكن للمدعي إضافة أو تغيير في سبب الدعوى كمن يطالب بالاداء على أساس الكمبيالة بوصفها تخول القيام بدعوى صرفية ويتبين من خلال الأبحاث والتقارير ان الكمبيالة باطلة لسبب ما فيحرر دعواه ويعتبر قيامه مدنياً ويدلي بما يفيد تسليم البضاعة للمسحوب عليه.

يمكن ان يكون الطلب الجديد طلباً فرعياً وهو الذي يبدى أثناء سير الدعوى ويتعلق بموضوع فرعى عن الدعوى، لكن من الأساسي نظره باعتباره انه لا يمكن البت في الأصل دون البت فيه

١٤ بمؤيدات اضافية فان المحكمة تصرف القضية للمرافعة لجلسة لاحقة، وفي تلك الفترة ، الفاصل الزمني يمكن للأطراف المواصلة في تبادل التقارير والوثائق وحتى تغيير جزء من الدعوى بالزيادة أو النقصان أو تحرير الدعوى وهو ما اقتضاه الفصل 84 م.م.ت.

استمرار الأطراف في تبادل التقارير والوثائق :

اقتضى الفصل 82 م.م.ت. انه "يمكن للمحكمة ان تعين لجلسة المرافعة القضايا التي تدعي أبحاثاً بواسطة القاضي المقرر وان تأذن لمحامي الأطراف بتبادل التقارير والوثائق حال تضبطها لهم".

ان الشرطين المقررين بالفصل المذكور يتناقضان مع القواعد العامة المنظمة للمرافعة اذ انه جرى العمل على تبادل التقارير دون اذن من المحكمة ويحدد القانون الاجال مثلما حال بالفصل 83 م.م.ت. الذي نص على ان "محامي الأطراف يستمرون على تبادل وظائف بينهم دون إجراءات خاصة سوى امضاء كل منهم على توصله بما قدمه له زميله نسخ من تلك الملحوظات وكذلك الوثائق لتضاف لملف القضية قبل تاريخ الجلسة المعينة نعة بعشرة ايام بالنسبة لمحامي المدعي وثلاثة ايام بالنسبة لمحامي المدعى عليه ولا تقبل ير المقدمة بعد الاجال المذكورة" وبمقارنة الفصلين المذكورين يتبين ان كليهما نص على التقارير والوثائق خلال طور المرافعة، ولكن نظام التبادل يختلف من فصل لآخر مما يبعث التساؤل عن مجال تطبيق كل فصل وهدف المشرع من ذلك.

للإجابة عن هذا التساؤل نقول ان الفصل 82 جديد قد سن لسد فراغ بخصوص الحالات لا يكون فيها الفصل 83 جديداً منطبقاً، ونتيجة لذلك يكون الفصل 83 جديداً هو القاعدة مل 82 جديد هو الاستثناء ويتجلى ذلك كالاتي :

الفصل 83 جديد شامل وعام ومجال انطباقه يتعلق بالطورين التحضيري أو المرافعة مرورة ان تبادل التقارير والوثائق ممكن للطرفين سواء لدى القاضي المقرر أو لدى المحكمة لإجراءات المبينة بالفصل هي الإجراءات العادية في طور المرافعة ضرورة ان التأخير ادة ما يكون باجل يفوق العشرة ايام عندما تصرف القضية للمرافعة.

وهو ما يعرف بالمسألة الفرعية. ولقد نص الفصل 226 م.م.ت. على هذه الدعاوى واشترط تقديمها قبل صرف القضية للمرافعة وبالتالي ان أحكام هذا الفصل متعارضة مع الفصل 84 م.م.ت. الذي يخول تقديم هذه الطلبات ولو في طور المرافعة. وامام هذا الاشكال يمكن ان يتدخل المشرع لتعديل الفصل 226 م.م.ت. وفي انتظار ذلك يمكن للقضاء ان يؤول النصوص بالبحث عن مقصد المشرع منها وترجيح الفصل الجديد عن النصوص السابقة له.

وفي هذا الإطار يمكن ان نلاحظ ان المشرع خول للمدعي تقديم طلبات جديدة في طور المرافعة ونسي المدعى عليه ضرورة ان هذا الأخير خول له الفصل 227 م.م.ت. القيام بدعوى معارضة لرد الدعوى الأصلية أو طلب المقاصة أو المطالبة بالغرم الناتج عن التعسف في استعمال الحق في التقاضي. وكان على المشرع منح المطلوب الرد على الطلبات الجديدة المقدمة من المدعي وتخويله القيام بدعوى معارضة ان أراد في طور المرافعة حتى نحقق المساواة بين المتقاضين، علاوة على ان المطلوب هو آخر من يتكلم فانه من الضروري تمكينه من ممارسة هذا الحق والا نكون قد خرقنا حق الدفاع والمواجهة التي يركز عليها نظامنا القضائي. ولذلك من الضروري التدخل لملاءمة الفصلين 84 و 227 م.م.ت. ومنح المطلوب حق ممارسة دعوى معارضة في طور المرافعة طالما ان المدعي بإمكانه تقديم طلبات جديدة في هذا الطور أيضا.

II - جلسة المرافعة :

إن المرافعة هي الشرح الشفاهي من المحامين للدعوات المطروحة على المحكمة ولأوجه الدفاع وأسانيدها⁽¹⁾ وتفتتح المرافعة بقرار من رئيس الدائرة وتختتم كذلك بقرار منه ويترتب عن القرارين آثار قانونية مختلفة سنتولى دراستها تباعا.

1 - فتح المرافعة وإدارتها :

يجتمع في جلسة المرافعة جميع الأطراف التي لها دور في القضية من المحكمة بكامل هيئتها وأطراف القضية ومحاميهم والخبراء في بعض الأحيان. ولقد حدد القانون دور كل واحد من هؤلاء الأطراف.

(1) فتحي والي : " الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق ص. 528.

أ - دور رئيس الدائرة :

لقد اسند الفصل 114 م.م.ت. لرئيس الدائرة دورا هاما بوصفه مشرفا على إدارة الجلسة ضرورة أنه هو الذي يعلن على افتتاح المرافعة بعرض ملحوظات الخصوم عرضا مقتضبا مع بيان النقاط التي توقفت حولها المحكمة لمزيد الايضاح والبيان من المحامين ثم يأنن لمحامي المدعي بابداء ملحوظاته ويليه محامي المطلوب ورئيس الجلسة الذي من المفترض انه مطلع على كامل التقارير يراقب مرافعة المحامين وينبههم بالالتزام بملحوظاتهم الكتابية عند تجاوزها أو الخروج عن محتواها كما يسهر رئيس الجلسة على أن يلازم الأطراف والمحامون والحاضرون الهدوء التام وعليه اخراج كل من يعطل سير الإجراءات ويأنن بتقويم من يرتكب مخالفة للنياحة العمومية بعد تحرير محضر في ذلك يتم صلبه استجواب المعني بالأمر وتثبيت هويته.

ب - دور المحكمة :

إن المرافعة كما سبق أن قلنا هي الشرح الشفاهي من طرف المحامين للدعوات أو أوجه الدفاع وأسانيدها أمام المحكمة وبصفة علنية أي بحضور كل من هم بقاعة الجلسة، الا انه في بعض الحالات وبطلب من الخصوم أو النيابة العمومية أو من المحكمة من تلقاء نفسها تكون المرافعة سرية وذلك محافظة على النظام العام أو الاخلاق الحميدة أو حرمة الاسر وذلك عملا بأحكام الفصل 117 م.م.ت.

وبعد الاستماع للمرافعة تقرر المحكمة حجز الدعوى للحكم إن كانت الايضاحات الشفاهي والكتابية كافية لفصل النزاع والحكم فيه، فإن تراءى لها خلاف ذلك فانه بإمكانها الان بحضور الطرفين شخصيا لسماعهما مباشرة واستفسارهما حول نقاط لازالت غامضة كما يمكنها الان باحضار كل من ترى فائدة في سماعه من خبراء وشهود لطرح الاسئلة اللازمة عليهم واستيضاح ما غمض من وقائع ليتسنى لها الاحاطة بالنزاع بكل الجوانب.

ج - دور الأطراف :

إن انابة المحامي وجوبية في جل القضايا، وبالتالي فإن الدور المحمول على الأطراف يقوم به المحامون الذين يقدمون التقارير ويترافعون على ضوئها في جلسة المرافعة عم

تعدوا⁽¹⁾ وهذا التشاور وتبادل الرأي والنقاش نظم القانون وحدد شروطه صلب الفصل 120 من م.م.ت. ويتوج هذا النقاش بتسجيل لائحة تتضمن نص الحكم ومستنداته.

أ- الشروط اللازمة لصحة المفاوضة :

- ان المفاوضة لا تتم الا بين القضاة الذين اشتركوا في سماع المرافعة ولا يمكن لغيرهم ان يحضروا وإلا كان الحكم باطلا لعب في إجراءات إصداره⁽²⁾ ولذلك إذا تغير أحد القضاة الذين حصلت المرافعة امامهم لاي سبب كالعزل أو الاستقالة أو الوفاة أو النقلة وجب حل المفاوضة وارجاع القضية لطور المرافعة.
- يجب ان تكون المفاوضة سرية ويعني ذلك ان لا يحضرها غير القاضي الذي سمع المرافعة وان لا يدون موقف كل قاض على حدة لان الحكم يعبر عن رأي المحكمة مجتمعة سواء كان ذلك بالاغلبية أو بالاجماع، ومقتضى هذه السرية انه لا يجوز افشاء سرها ممن شارك فيها من القضاة لان ذلك يشكل اخلافا جسيما بواجبات الوظيفة القضائية ويعرض صاحبه للمساءلة التأديبية، لكن لا يعتبر سببا من أسباب ابطال الحكم لعدم وجود نص يصرح بذلك البطلان.
- إثر النقاش يبدي أقل القضاة اقدمية رايه فان تساوت الاقدمية يبدأ بالأصغر سنا، فان حصل أكثر من رأيين ينضم الأقل اقدمية إلى أحد الرأيين وان مرد الالتجاء إلى هذه الطريقة هو عدم حصول امتناع عن القضاء بسبب عدم حصول الأغلبية.

ب- تحرير لائحة الحكم :

اقتضى الفصل 121 من م.م.ت. ان المفاوضة تنتهي بتحرير لائحة في نص الحكم ومستنداته يمضيها الحكام المتفاوضون، غير ان جريان العمل استقر على خلاف ذلك ضرورة انه يقتصر على تحرير نص الحكم بمحضر الجلسة ويمضيه القضاة، اما مستندات الحكم فانها لا تكون جاهزة الا بعد التصريح بالحكم وتلخيصه.

(1) فتحي والي : المرجع السابق - ص. 689.

PERROT : "Droit judiciaire privé", p. 587.

(2) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، المرجع السابق - ص. 76.

وقد حرص المشرع على ان تحرر لائحة في نص الحكم ومستنداته مباشرة اثر المفاوضة لتعلق ذلك بحسن اداء القاضي لوظيفته ويحرص على ان لا يصدر حكما الا إذا كانت أسبابه واضحة في ذهنه ومتفقا عليها من القضاة الذين شاركوا في الحكم ويستقر اتجاههم على تلك الأسباب وحتى لا يبقى القاضي الذي سيكلف باعداد نسخة أصلية للحكم في حيرة من امره إذا تفتن لوجود بعض التناقضات ولا يمكنه تلافي الأمر لوقوع التصريح بالحكم.

وان جريان العمل المستقر لا يمكن ان يحرز على شرعية من التقادم وعلى أساس اجماع المحاكم على انتهاجه لان النص القانوني لا ينعدم كيانه بالترك ولا ينقضي حكمه باستعمال ما يخالفه خاصة في مادة الإجراءات ضرورة ان الإجراء عندما يكون مخالفا للقانون يترتب عنه البطلان، وبذلك ان عدم تحرير لائحة في نص الحكم ومستنداته وايداعها بملف القضية حتى يتسنى للأطراف الاطلاع عليها دون تسلم نسخة منها فاذا لم تودع لائحة الحكم ومستنداته عند النطق بالحكم كان هذا الأخير باطلا، والحكمة من ذلك ترجع إلى انه بهذا الايداع يتم التأكد أن الحكم قد تمت المفاوضة بشأنه وصدر عن روية وتفكير.⁽¹⁾

2 - التصريح بالحكم :

بعد تحرير لائحة الحكم وامضائها من القضاة الذين شاركوا في المفاوضة فان هذه اللائحة لا تأخذ صيغتها النهائية الا بعد التصريح بها بجلسة علنية يحضرها القضاة الذين امضوا اللائحة عملا بأحكام الفصل 121 م.م.ت. وبعد التصريح بالحكم تحرر نسخة أصلية له أوجب الفصل 123 م.م.ت. ان تحوز عدة شكلية على الأحكام.

أ- شروط صحة الحكم :

اقتضى الفصل 121 من م.م.ت. انه يجب التصريح
سبق تحديد تاريخها من قبل ضرورة انه من حق الأطرا

الذي
الآلات

نقطة 31
قرار استئنافي
تاريخ 24
من 1953

(1) نبيل اسماعيل عمر : "المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعرفة

المحكمة ان النازلة يمكن الحكم فيها بقطع النظر عن الكتب المخدوش فيه... وكذلك الفصل 132 من م.أ.ج. الذي نص على انه "يجوز للمحاكم ان تحكم طبق قواعد القانون المدني في المسائل الأولية ذات الصبغة المدنية التي تثار أثناء قضية جزائية وذلك على شرط ان يكون لتلك المحاكم حق النظر فيها مدنيا والا وجب عليها تأجيل النظر إلى صدور حكم بات في المسألة الأولية" والفصل 49 من مجلة الجنسية الذي اقتضى ان "الاحتجاج بالجنسية التونسية أو بصفة الاجنبي يهم النظام العام وعلى الحاكم ان يثيره من تلقاء نفسه وهو بالنسبة لغير المحاكم الابتدائية والاستئنافية مسألة أولوية توجب على المحاكم توقيف النظر إلى ان يتم فض النزاع طبقا للإجراءات الواردة بالفصل 51 من هذه المجلة".

ويتضح من الفصول المتفرقة في عدة مجلات قانونية أن المشرع التونسي لم يضع مبادئ عامة لوقف الخصومة ولم يعرف المسألة الأولية مما يضطرنا إلى التعرف إلى مفهوم المسألة الأولية وأنواع المسائل الأولية وأثرها إذا أثرت أمام المحكمة المتعده.

الفقرة الأولى - مفهوم المسألة الأولية :

إن المشرع استعمل مصطلح المسألة الأولية بصفة موسعة خلافا لما هو معمول به في بعض التشريعات الأخرى وسأنده فقه القضاء مما يوجب علينا التعرض للمفهوم الصحيح لهذا المصطلح.

1- المفهوم الواسع للمسألة الأولية :

يعتبر المشرع التونسي ان المسألة الأولية هي كل مسألة تعترض سير الدعوى ويتطلب فصلها البت في المسألة الأولية حتى يمكن مواصلة النظر في الدعوى والبت في المسألة الأولية يكون من نفس المحكمة المتعده أو من طرف محكمة أخرى ومثال ذلك قيام أحد المالكين على الشياح بقضية في القسمة دفع بقية المالكين بطلان عقد تملكه سنت القيام بالدعوى. وهذه هي المسألة الأولية التي يجب نظرها للبت في الدعوى الأصلية. وفي صورة الحال فإن المحكمة الابتدائية مختصة، واستنادا على مبدأ قاضي الأصل هو قاضي الدفع إلا انه في بعض الحالات تكون المحكمة المتعده غير مختصة للنظر في المسألة القانونية فتوقف

النظر لانتظار مال القضية المنشورة لدى المحكمة الأخرى.

ولقد سابر فقه القضاء ما ذهب إليه المشرع في هذا الاستعمال الموسع للمسألة الأولية ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته ان "القرار المنتقد ما لم يأخذ بهذا الدفع في شأن توقيف النظر في القضية لا يعد ذلك منه تجاوزا لحدود مرجع نظره الحكمي خاصة وان هذا الدفع لا يعتبر من المسائل الأولية التي تستوجب توقيف النظر القضائي حتى يقع فصل النزاع بشأنها من المحكمة المختصة بالنظر فيها".⁽¹⁾

2 - المفهوم الحقيقي للمسألة الأولية :

إن التشريع الفرنسي تطرق لهذا الإشكال واعتبر المسألة الأولية هي التي إذا ما أثرت أمام القاضي المتعده توجب عليه وقف النظر في النزاع إلى ان يقع البت فيها من المحكمة المختصة وهي ما يسمى « La question préjudicielle » أما الدفع الذي يمكن للمحكمة المتعده النظر فيه لدخوله في اختصاصها الحكمي فانه لا يقع التخلي عنه وهو ما يسمى « La question préalable ».

وان المشرع التونسي قد استعمل هذين المصطلحين في النص الفرنسي للفصل 132 م.أ.ج. وبالتالي فهو يفرق بين مدلوليهما إلا ان الصياغة العربية لم تكن دقيقة وتوحي بالخلط بين المؤسستين.⁽²⁾

وعليه، فإن المسألة الأولية هي التي تمثل استثناء من قاعدة "قاضي الأصل، قاضي الدفع"، وهو بخلاف المسألة المتفرقة التي تمثل تأكيدا للقاعدة. ذلك انه عندما تثار مسألة أولوية فإن القاضي المتعده ويكون غير مختص بالنظر فعليه وقف النظر في الدعوى وانتظار مآل الحكم في المسألة الأولية لمن هو مختص ويلزم بذلك الحكم إذا أصبح باتا.

(1) قرار بعدي عند 620 الصادر في ماي 1976 - نشرة محكمة التعقيب - الجزء II - 1976.

(2) عند الحبيب الغزواني : قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني، ص. 20. ومذكرة الدراسات المعمقة بكلية الحقوق والعلوم القانونية، 1988 - 1989.

الفقرة الثانية - أنواع المسائل الأولية :

اعتبر الفقهاء ان المسائل الأولية تنفرع إلى نوعين أولهما المسائل الأولية العامة وثانيهما المسائل الخاصة.⁽¹⁾

1 - المسائل الأولية العامة :

يشمل هذا النوع من المسائل ذات الطابع الإداري أو السياسي أو الجزائي أو الدفع بعدم دستورية القانون المنطبق :

أ - ان الدفوعات أمام القاضي المدني والمتعلقة بالمسائل الإدارية والراجعة بالنظر للمحكمة الإدارية تتعلق أساساً بتأويل المقررات الإدارية أو في شرعيتها. وبالتالي إذا ما تعلق الدفع بعدم شرعية المقرر الإداري فعلى المحكمة المدنية إيقاف النظر في الدعوى إلى أن تبت المحكمة الإدارية في الأمر .

ب - ان المسائل الأولية ذات الطابع السياسي تتعلق بتأويل المعاهدات الدولية المنطبقة على نزاع مطروح على القضاء ففي هذه الحالة إذا كان حل المسألة الأولية من القانون العام وبالتالي خارج عن أنظار المحاكم العدلية فإنه لايجوز لها النظر وعليها إيقاف النظر في النزاع إلى حين حسم تلك المسألة من السلطة المختصة وهي الحكومة في نظامنا التي لها وحدها بيان موقفها وإيضاح الغموض المتسرب للمعاهدة.

ج - ان المسائل الأولية ذات الطابع الجزائي تعرض لها المشرع بالفصل السابع من مجلة الإجراءات الجزائية الذي اقتضى ان "الدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصياً ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة ويمكن القيام بها في ان واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى المحكمة المدنية وفي هذه الصورة يتوقف النظر فيها إلى ان يقضى بوجه بات في الدعوى العمومية التي وقعت اثارها" وبذلك فإن وقف النظر في الدعوى المدنية يجعل من الدعوى الجزائية مسألة أولية يقتضي الفصل فيها من المحكمة المختصة حتى يتمكن القضاء

المدني من مواصلة النظر في الدعوى الشخصية.

د - اما الدفع بعدم دستورية القانون المنطبق فلقد اعتبرته عديد التشريعات مقارنة مسألة أولية توجب وقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة المختصة في الموضوع، الا ان البلدان التي لم ترس محكمة دستورية وسكت المشرع فيها عن كيفية مراقبة دستورية القوانين فإن المحاكم العدلية اقرت هذا الدور لنفسها واعتبرته داخلاً في اختصاصها⁽¹⁾ وبذلك لم يعد هناك مجال للحديث عن هذه المسألة الأولية، الا ان محكمة التعقيب رأت خلاف ذلك وأكدت انه "لايجوز للقضاء العادي المكلف أساساً بتطبيق القانون ان يتطرق إلى موضوع دستورية القوانين لان ذلك يؤول به إلى الحكم عليها، الأمر الذي يشكل تجاوزاً لسلطته".⁽²⁾

غير ان محكمة التعقيب لم تجب عن السؤال المطروح والمتمثل في الهيكل المخول له مراقبة دستورية القانون، ضرورة ان الأمر لا يخلو من حلين اما ارساء محكمة دستورية تتولى هذه المراقبة عند القيام أمامها مباشرة أو بطريقة الإحالة من المحاكم العدلية عندما يدفع أمامها بمناسبة قضية أصلية بعدم دستورية القانون المنطبق وهو ما اقره التشريع الفرنسي والدستور النمساوي الصادر في 1820 والدستور السويسري الصادر في 1884.

وبالتالي فإن مسألة دستورية القانون مسألة أولية فإن وجدت محكمة عليا تختص بالنظر في الدستورية فيجب إحالة الأمر عليها، وفي غيابها فإن المحاكم العدلية هي التي تكون مختصة بالنظر والرد عن الدفع المثار أمامها. ويبدو ان احداث مجلس دستوري بموجب الأمر عدد 1414 لسنة 1987 المؤرخ في 16 نوفمبر 1987 يحد من

بصفة جذرية. وعلى كل "حتى في صورة وجود سلطة ما ليس دستورياً فإن ذلك لا يمنع المحاكم من المراقبة تكون هيئة سياسية تجمع في يديها اعظم سلطة في الد

(1) محكمة الاستئناف بموسة الصادر في 11 أبريل 1988 - 1

رافع ابن عاشور - ص. 11.

(2) محكمة التعقيب - القرار الصادر في 1 جوان 1988 - 2

(1) سوليس وبيرو : "القانون القضائي الخاص"، ص. 511.

كل الضمانات التي كفلها الدستور علاوة على صعوبة وضع نظام يضمن حسن اختيار أعضاء هذه الهيئة واستقلالهم⁽¹⁾.

2 - المسائل الأولية الخاصة :

المسائل الأولية الخاصة هي مسائل من اختصاص المحاكم العدلية غير انها خارجة عن الاختصاص الحكمي للمحكمة المتعده بالقضية الأصلية، ومرد ذلك إلى الاختصاص الحكمي المطلق الذي يسند لإحدى المحاكم المدنية في دعوى معينة اعمالا لمعيار طبيعة الدعوى.

ومثال ذلك ان الدعوى الاستحقاقية هي من اختصاص المحكمة الابتدائية الحكمي، ولذلك إذا كانت الدعوى مرفوعة لقاضي الناحية وثار نزاع استحقاق وجب ايقاف النظر في الدعوى الأصلية إلى ان يقع البت في المسألة الأولية الراجعة بالنظر لمحكمة اخرى.

الفقرة الثالثة - آثار الدفع بمسألة أولية :

ان الاثرين الهامين المترتبين عن الدفع بمسألة أولية هما ايقاف النظر في الدعوى الأصلية وانتظار مآل صدور حكم بات في المسألة الأولية.

1 - توقيف النظر في الدعوى الأصلية :

إن وقف النظر في الدعوى الأصلية قد ينجر عنه ضرر للمدعي مما جعل المشرع يحدد بعض الضمانات حتى لا يقع التعسف في استعمال الحق. ولذلك أكد المشرع في العديد من الفصول على المحكمة التي اثرت لديها مسألة أولية أن تنتبث من جدية الأمر ومبن ضرورة الفصل فيها حتى يتسنى البت في اصل الدعوى.

ومن امثلة ذلك ان دعوى الزور المدني تختص بها المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية عملا بأحكام الفصل 234 م.م.ت، وبالتالي إذا دفع المطلوب بالزور المدني في دعوى أصلية منشورة لدى محكمة الناحية فانه من المتعين ايقاف النظر في الدعوى إلى حين البت في المسألة

الأولية. غير ان هذا الايقاف ليس حتميا وآليا عملا بأحكام الفصل 235 م.م.ت. الذي خول للقاضي رفض ايقاف النظر إذا ما تبين ان دعوى الزور المدني لا أساس لها ولا نفع فيها بخصوص الدعوى الأصلية. والامر كذلك إذا ما تبين ان الدفع بالمسألة الأولية يهدف إلى المماطلة وريح الوقت وهو ما اقتضاه الفصل 132 من م.أ.ج عندما نص انه "لا تقبل المسألة الأولية إذا ظهر ان القصد منها مجرد المماطلة ولم يكن لها تأثير خاص ومباشر على التتبع".

والإشكال المطروح بخصوص المسألة الأولية ان المشرع لم يحدد المدة التي يجب ان تستأنف فيها الدعوى الأصلية مما يترك مجالا لامطلوب للمماطلة، باعتبار ان الأمر يتعلق بانتظار مآل الدعوى المنشورة بخصوص المسألة الأولية وصدور حكم بات فيها. وفي هذه الحالة أي حالة ايقاف النظر لا يمكن القياس على انقطاع الخصومة التي نظمها الفصل 241 من م.م.ت. وحدد مدة الايداع لملف القضية بثلاث سنوات. في حين انه بالنسبة لايقاف النظر بخصوص مسألة أولية فانه يمتد إلى حين صدور حكم بات في المسألة والقيد الوحيد الذي سلطه المشرع على من دفع بمسألة أولية هو ان يتولى نشرها في آجال محددة وهو ما اقتضاه الفصل 132 من م.أ.ج بفقرته الثانية التي نصت انه "ويضرب أجل للقائم بالحق الشخصي ليمكن من عرض المسألة على المحكمة المختصة، وإذا انقضى ذلك الأجل ولم يفعل شيئا يستأنف التتبع" وكذلك الفصل (5) من مجلة الجنسية الذي حدد أجلا للقيام وقدره ثلاثون يوما، الا ان مدة التوقف لم يقع تحديدها لانها مرتبطة بصدور حكم بات في المسألة.

2 - انتظار صدور حكم بات في المسألة :

إن الأمر يستدعي تحديد مفهوم الحكم البات وتعريفه. بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، اما لا جواز الطعن فيه، واما لانه لايقبل الطعن بكل أو بعض الد وقضي في الطعن أو انه يقبل الطعن ولم يتم هذا الطعن في ان مثل هذا التمشي يجعل من اثاره المسألة الأولية وسيد

وأي
في
وفق القواعد

(1) أحمد أبو الوفاء : نظرية الأحكام في المرافعات المدنية، المرجع

(1) برتيليمي : "القانون الدستوري"، ص. 5.

وتعطيل صدور حكم في أصل النزاع مما جعل فقه القضاء يجازي في هذا المجال ومن تلك القرارات الاستثنائي الوارد بأحدى حيثياته أن "القضاء بوجه بات في الدعوى العمومية إنما هو صدور حكم يبت في الأصل بقطع النظر عن كون هذا الحكم نهائي الدرجة أو كونه حضورياً أو غيابياً".⁽¹⁾

وإن مثل هذا الاجتهاد خارق للقانون ضرورة أن المشرع اشترط لاستئناف نظر الدعوى الأصلية صدور حكم بات، وطالما أن المعنى جلي فلا مجال للتأويل. والحل يكمن في تدخل المشرع وإقرار أن مدة إيقاف النظر تمتد إلى صدور حكم له قوة الأمر المقضي به أي حكم قابل للتنفيذ حتى يضمن حقوق كل المتقاضين ضرورة أنه من غير المعقول أن يبقى المدعي رهين مماثلة المطلوب وإن لا يحرم هذا الأخير من حقه في التقاضي على درجتين، وإن تعليق استئناف النظر في الدعوى الأصلية على صدور حكم له قوة الأمر المقضي به يضمن ويحفظ هذه الحقوق ويكفل جميع الضمانات.

المبحث الثاني - انقطاع الخصومة :

انقضى الفصل 241 من م.م.م.ت. أنه "يعطل النظر في القضية قانوناً وتودع مؤقتاً بكتابة المحكمة ب وفاة أحد الخصوم أو فقده اهلية 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 متهية للحكم في موضوعها إذا كان الخصوم قد أبدوا طلباتهم وعينت القضية لجلسة المرافعة".

ويستخلص من الفصل المذكور أن انقطاع الخصومة هو وقف السير فيها بحكم القانون بسبب وفاة أحد الخصوم أو فقده اهلية الخصومة أو زوال صفة نائبه القانوني. وأن انقطاع الخصومة ولئن كان وفقاً للسير في الخصومة فإنه مختلف عن وقف الخصومة ضرورة أن هذا الأخير يحصل لأسباب لا علاقة لها بمركز الخصوم وصفاتهم في حين أن الانقطاع يحدث بقوة القانون عندما يصبح بعض الخصوم في حالة استحيل عليهم معها مواصلة إجراءات الدعوى بسبب حادث طارئ غير من اهليتهم أو صفاتهم حتى تزول آثار ذلك الحادث.⁽²⁾

(1) القرار الاستثنائي عدد 76329 الصادر في 1979/5/7 (غير منشور).

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 17103 المؤرخ في 1989/4/15، ن.م.ت. 1989، ص. 171.

وأن الحكمة من تنظيم الانقطاع هو كفالة حق الدفاع للخصوم باعتبار أن وفاة أحد الخصوم أو فقده اهليته أو زوال صفة النائب أدت إلى استحالة مباشرة حق الدفاع، ولذلك ينقطع سير الخصومة حتى يحل محل من توفي أو فقد الاهلية من يمكنه مواصلة السير في الدعوى. ولذلك يكون من المتعين التطرق إلى أسباب الانقطاع وبداية سريانه ثم إلى آثار الانقطاع واستئناف سير الخصومة.

الفقرة الأولى - أسباب الانقطاع وبداية سريانه :

أ - أسباب الإنقطاع :

أ - موت أحد الخصوم :

إذا رفعت الدعوى على ميت تكون الإجراءات باطلة ولا تتعقد الخصومة، أما إذا رفعت الدعوى على شخص له وجود قانوني وتم استدعاؤه للجلسة فإن الخصومة انعقدت في مواجهته، فإذا توفي هذا الشخص يقف سير الخصومة بقوة القانون.

أما الشخص الاعتباري فينتهي بزوال شخصيته الاعتبارية كالاندماج في شركة أخرى أما تغيير الممثل القانوني للشركة أو وفاته فانهما لا يؤديان إلى انقطاع سير الخصومة.

وإن الوفاة المقصودة بالفصل تتعلق بكامل الخصوم أي كانت صفاتهم أو مراكزهم الإجرائية، ضرورة أن النص مطلق ويؤخذ على إطلاقه، وبالتالي سواء كان الخصم طالبا أو مطلوبا أو متداخلا بمجرد علم المحكمة بوفاته توقف النظر في الدعوى.

ب - فقد أحد الخصوم لأهليته :

إن اهلية الخصومة هي اهلية الاداء ولا يعتبرها المشرع شر لانقضاء الخصومة وصحة الطلبات،⁽¹⁾ ولذلك من الواجب توفرها ط إن الإجراء المتخذ ممن ليس له الاهلية يكون باطلا. وهذه الاهلية الافلاس أو السجن المؤبد. وفي هذه الحالة يتعين على من فقد الا،

(1) نور الدين الغزواني : "تعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية"، ص

ليواصل مباشرة الإجراءات في الخصومة، وبالتالي لا بد من وقف النظر حتى يتسنى استصدار حكم من حاكم التقادير يقضي بتعيين مقدما على فاقد الاهلية يواصل مباشرة الإجراءات في حقه.

هـ - زوال صفة النائب أو وفاته :

إن وجود نائب في الدعوى عن أحد الخصوم يفترض أن الخصم الأصلي في الدعوى فاقد للاهلية وكان يمثل نائب تتوفر فيه هذه الأهلية ومثال ذلك قيام الولي في حق ابنه القاصر أو أمين الفلسة في حق المفلس. فإذا ما زالت صفة التمثيل ببلوغ القاصر سن الرشد أو بعزل أمين الفلسة فإنه يكون من المتعين إيقاف النظر في الخصومة حتى يتسنى لصاحب الصفة الجديد أن يباشر الإجراءات.

2 - بداية سريان الانقطاع :

اقتضى الفصل 241 من م.م.ت. أنه "إذا كانت الدعوى مهية للحكم في موضوعها فيمكن للمحكمة أن تقضي فيها. وتعتبر الدعوى متهية للحكم في موضوعها إذا كان الخصوم قد ابدوا طلباتهم وعينت القضية لجلسة المرافعة"

ويستخلص من ذلك أنه لحدوث الانقطاع لا بد من توفر سببه وإن لا تكون الدعوى غير صالحة للحكم فيها، ويعني ذلك أن لا يكون الخصوم قد قدموا طلباتهم وصرفت القضية للمرافعة. وبالتالي فإن هدف الفصل هو احترام مبدأ المواجهة وطالما أحترم هذا المبدأ فلا مجال لوقف الخصومة وتصدر المحكمة حكمها على أساس ما قدم لها من طلبات أو دفعات.

أما إذا لم تكن القضية جاهزة للفصل فإن المحكمة تقرر ابداع القضية بكتابة المحكمة مدة اقصاصها ثلاث سنوات عملا بالفصل 244 من م.م.ت.

الفقرة الثانية - آثار الانقطاع واستئناف سير الخصومة :

1- آثار انقطاع الخصومة :

يترتب على انقطاع الخصومة عملا بالفصل 242 من م.م.ت. "توقيف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع".

وعلى أساس هذا الفصل يترتب على انقطاع الخصومة أمران :

أولاً - وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم الذين حصل الانقطاع بسبب يتعلق بهم :

ومثال ذلك إذا كانت المحكمة أصدرت حكما تحضيريا ألزمت بموجبه من كان طرفا في الدعوى بتأمين مبلغ مالي بصندوق الودائع والامانات في أجل عشرين يوما من صدور الحكم التحضيري فإن هذا الأجل لا يسري على الورثة إلا بداية من استئناف سير الدعوى واستدعائهم للحضور.

ثانياً - بطلان جميع الإجراءات المتخذة أثناء الانقطاع :

من المعلوم أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء في الخصومة أثناء فترة الانقطاع وذلك لاحترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع. وأن أي إجراء يتخذ في هذا الفترة يكون باطلا. وهذا البطلان نسبي وقرر لحماية الخصم الذي قام به سبب الانقطاع ولذلك فهو الذي يتمسك به ويجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمنا ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

2 - استئناف سير الخصومة :

اقتضى الفصل 243 من م.م.ت. أنه "تستأنف الخصومة سيرها باستدعاء يقع من الطرف الآخر إلى من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد اهلية 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 الاهلية أو مقام من زالت عنه الصفة وطلب متابعة سير القضية".

وتبعا لذلك يستأنف النظر في الدعوى في حالتين :

أ - إعادة استدعاء الخصم :

إن إعادة استدعاء الخصم الحال محل الخصم القديم غير محدد باجل معين غير الذي ضبطه الفصل 244 من م.م.ت. والبالغ ثلاث سنوات لسقوط الدعوى. واستئناف السير في الدعوى قد يتم من طرف المدعي أو المدعى عليه الذي يبادر باستدعاء خصمه وفق القواعد

المنظمة لرفع الدعوى. وتستأنف الدعوى سيرها بداية من النقطة التي توقفت فيها قبل حدوث سبب الانقطاع. ولا يوجب القانون إعادة تبليغ المؤيدات وعريضة الدعوى السابقة حتى يتمكن الخصم من الدفاع عن حقوقه ضرورة انه خلف خاص أو عام للخصم السابق ويحل محله يمكنه الاطلاع على ملف القضية، غير ان هناك من يرى خلاف ذلك ويؤكد على ضرورة إعادة تبليغ المؤيدات وعريضة الدعوى للخصم الجديد احتراماً لحقوق الدفاع وحتى يتسنى له إعداد وسائل دفاعه.⁽¹⁾

ب- حضور الوارث :

إذا كانت القضية مؤخرة لجلسة معينة وقبل انعقادها حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وحضر الوارث في الجلسة وأدلى بحجة وفاة مورثه وثبت انه وارث وقام بمباشرة السير في الخصومة فانها تتواصل. وكذلك الأمر بالنسبة لدعويين مقرونين فان الحضور في أحدها يوجب مواصلة النظر في الدعويين لاتحاد السبب والأطراف والموضوع.

وخلص القول في هذا المجال ان عدم استئناف سير الدعوى لمدة ثلاث سنوات بعد تاريخ صدور القرار في ايداعها بكتابة المحكمة لسبب من أسباب الانقطاع تسقط الخصومة بموجب القانون عملاً بأحكام الفصل 244 م.م.ت. وعلى من له مصلحة ان يطلب الحكم بسقوطها بالقيام مباشرة أو عن طريق الدفع إذا ما قام أحد الخصوم بتعجيل الخصومة المودعة بكتابة المحكمة بعد أكثر من ثلاث سنوات.

المبحث الثالث - انتهاء الخصومة :

إن الخصومة المدنية يمكن ان تنتهي دون صدور الحكم في الموضوع وذلك لعدة أسباب بعضها راجع إلى إرادة الخصوم وبعضها راجع لغير إرادتهم. وأهم هذه الأسباب هي سقوط الخصومة بموجب القانون أو إنقضاؤها لموت الخصم الذي يدافع عن حق لا ينتقل للخلف أو لك الخصومة من القائم بها.

الفقرة الأولى - سقوط الخصومة :

لقد حدد المشرع أجل ثلاث سنوات على أقصى تقدير لطلب استئناف السير في إجراءات الخصومة المودعة بكتابة المحكمة والتي أوقف النظر فيها عملاً بأحكام الفصل 244 م.م.ت. وسقوط الخصومة باعتباره جزاء يوقع على المدعى المهمل في مواصلة الإجراءات فانه إذا اثبت ما يفيد حدوث قوة قاهرة أو حادث طارئ منعه من ممارسة هذا الحق فانه يعلق سريان مرور الزمن.

وإذا انقضى الأجل فكيف يتم طلب الحكم بالسقوط ؟

وإذا حكم بالسقوط فما هي الآثار المترتبة عن ذلك ؟

1 - شروط سقوط الخصومة :

أ - عدم السير في الخصومة مدة ثلاث سنوات :

اقتضى الفصل 244 م.م.ت. انه "إذا مضت على تعطيل القضية ثلاثة اعوام بدون ان يقع طلب استئناف النظر فيها سقطت الخصومة ولكل ذي مصلحة من الخصوم ان يطلب الحكم بسقوطها".

ويستخلص من الفصل المذكور ان عدم تعجيل الخصومة ممن له مصلحة، وفي صورة الحال المدعي، السير في الخصومة مدة ثلاث سنوات من تاريخ صدور القرار بوقفها. وعلة ذلك عدم ترك المطلوب مهدداً بخصومة اهمل المدعي السير فيها.

وبالتالي فإن الشرط الأساسي لسقوط الخصومة هو عدم السير فيها بفعل المدعي أو امتناعه عن ذلك مدة ثلاث سنوات ويستوي الرشيد والقاصر بدليل ان الفصل 245 م.م.ت. اقتضى ان "المدة المقررة لسقوط الخصومة تسري في حق جميع الخصوم ولو كانوا عديمي الاهلية".

غير ان عدم سير الخصومة بفعل المدعي يفترض ان مدة السقوط قابلة للقطع والتعليق كسائر اجال التقادم بسبب عوامل خارجة عن إرادة المدعي، ومن أمثلة ذلك القوة القاهرة أو الحادث الطارئ أو الاستحالة المطلقة التي تمنع من إعادة السير في الخصومة، لانه من المسلم به في كل

التشريع ان الأجل لا يسري في حق من لا يستطيع اتخاذ الإجراء. وإذا زال السبب تعود المدة المحددة للسقوط إلى السريان وتضاف إليها مدة العجز عن القيام بالإجراءات لمدة الثلاث سنوات.

ويختلف القطع عن التعليق ففي القطع تبدأ مدة جديدة من تاريخ آخر إجراء صحيح بينما التعليق يعني ان لا تحسب المدة التي تعطلت فيها الإجراءات بسبب قوة قاهرة أو حادث طارئ، وتقدير ذلك متروك لسلطة المحكمة التقديرية.

ب - كيفية الحكم بالسقوط :

إن السقوط مقرر بموجب القانون ويهم مصلحة الخصوم أي ان القاضي لا يحكم به من تلقاء نفسه ومن له مصلحة يمكنه طلب الحكم بسقوط الخصومة بدعوى أصلية أو بطريقة الدفع إذا استأنفت إجراءات السير في الخصومة.

يكون طلب الحكم بسقوط الخصومة بدعوى أصلية أمام المحكمة التي اقيمت امامها الخصومة المطلوب الحكم بسقوطها ويستوي ان تكون هذه المحكمة محكمة بداية أو محكمة استئناف عملاً بأحكام الفصل 247 م.م.ت. الذي نص على انه "يقدم طلب الحكم بسقوط الخصومة للمحكمة المقامة امامها بنفس الاوضاع المعتادة لرفع الدعوى".

وقد لا يكون طلب الحكم بسقوط الخصومة بطريقة الدعوى بل بطريقة الدفع في إطار دعوى معارضة إذا عجل المدعي الدعوى بعد مضي المدة المقررة للسقوط وهو ما قرره الفقرة الثانية من الفصل المذكور عندما نصت على أنه "يمكن ان يقدم في صورة دعوى معارضة إذا طلب المدعي استئناف النظر بعد انقضاء ثلاثة اعوام".

وفي كلتا الحالتين أي سواء طلب الحكم بسقوط الخصومة بدعوى أصلية أو معارضة يجب ان يقدم ضد جميع المدعين أو الطاعنين والا كان غير مقبول عملاً بأحكام الفصل 247 م.م.ت. في فقرته الثالثة. والعلة في ذلك ان سقوط الخصومة يشمل إجراءات الخصومة برمتها ولا تتجزأ بالنسبة للمدعين ولو كان موضوع الدعوى قابلاً للجزئية وأكد المشرع ذلك بان اقر ان المطلب المقدم من أحد الخصوم يستفيد به الباقون.

ج - آثار سقوط الخصومة :

انه من المقرر انه ليس لمعنى السقوط إلغاء الآثار القانونية المترتبة عن الدعوى الا ان المشرع قد فرق بين آثار سقوط الخصومة باختلاف درجات التقاضي بموجب الفصل 246 من م.م.ت. الذي نص على ان "الحكم بسقوط الخصومة لدى الدرجة الأولى يترتب عليه إلغاء جميع الإجراءات بما في ذلك عريضة الدعوى لكن لا يسقط الحق في اصل الدعوى. ويترتب على الحكم بسقوطها في الاستئناف أو في التماس إعادة النظر بسقوط الطعن نفسه".

وبالتالي يجب التفريق بين سقوط الخصومة أمام المحكمة الابتدائية أو عند الطعن بالاستئناف أو بالتماس إعادة النظر :

أولاً - أمام محكمة البداية يترتب على الحكم بسقوط الخصومة زوالها بأثر رجعي ويؤدي ذلك إلى اعتبار إجراءات الخصومة كأن لم تكن وذلك يعني زوال الإجراءات بما فيها عريضة الدعوى وكافة الآثار التي نشأت عن تبليغها كقطع التقادم وسريان الفوائد. أما الانذارات أو الإقرارات الصادرة بمناسبة القضية فانها لا تسقط كما لا يترتب على السقوط أي مساس باصل الحق موضوع الدعوى، ويمكن للمدعي إعادة رفع دعوى جديدة ما لم يكن حقه قد انقضى بمرور الزمن. وبذلك تنصرف آثار السقوط إلى إجراءات الخصومة مع بقاء البعض منها لما له من كيان ذاتي ومنها :

- لا يترتب على السقوط سقوط الإقرارات الصادرة من الخصوم ولا اليمين التي حلفوها، ومن ثم يمكن للخصم التمسك بها لمالها من أثر حاسم بالنسبة للحقوق المتنازع عليها، ولذلك يجوز التمسك بها في خصومة جديدة.

- كما ان سقوط الخصومة لا يمنع الخصوم من التمسك بتقارير الخبراء المحررة بمناسبة الخصومة المحكوم بسقوطها ما لم تكن باطلة في ذاتها.

ثانياً - في الاستئناف والتماس إعادة النظر :

ينص الفصل 246 م.م.ت. في فقرته الثانية انه "يترتب على الحكم بسقوطها في الاستئناف أو في التماس إعادة النظر سقوط الطعن نفسه" وعليه، إذا حكم بسقوط الخصومة

في الاستئناف اعتبر الحكم المستأنف نهائياً حتى ولو كان حق الطعن بالاستئناف ما زال قائماً كأن يكون المستأنف قد رفع استئنافه دون أن يتم إعلامه بالحكم. أما بخصوص إلتماس إعادة النظر الذي يعتبر طريقاً غير عادي للطعن في الأحكام ويرفع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم فإنه يترتب عنه سقوط طلب الإلتماس وصيرورة الحكم الملتمس إعادة النظر فيه نهائياً ولا يجوز الطعن فيه إلا أمام محكمة التعقيب.

الفقرة الثانية - انقضاء الخصومة :

إن انقضاء الخصومة لا يعني انقضاء الدعوى، وانقضاء الخصومة يترتب عنه صدور حكم لم يفصل في أصل النزاع. وقد تنقضي الخصومة بإرادة الأطراف كالصلح الاتفاقي الذي يشتمل على اتفاق بين الخصوم على حسم النزاع بشكل معين ويتبنى القاضي هذا الحل ويصدر حكمه بالمصادقة على الصلح. كما تنتهي الخصومة بترك صاحب المصلحة السير فيها إما صراحة أو عدم السير في إجراءات الخصومة فتقضي المحكمة بطرح القضية إن كانت في طور الابتدائي أو بقبول رجوع الطاعن في طعنه. وتنقضي الخصومة أخيراً بغير إرادة الخصوم مثل ذلك وفلة الخصم في الدعاوى التي يعد وجوده فيها عنصراً حيوياً، وسبب ذلك يرجع إلى عدم قابلية انتقال مركز الموضوعي إلى الخلف ومثال ذلك دعوى الطلاق أو النفقة أو الحضانة أو إذا أنتقى النزاع ذاته بسبب اتحاد الدّمة كما لو توفى المدعي وكان المدعي عليه هو وارثه الوحيد.

أ - الصلح الاتفاقي :

إن للأطراف كامل الحرية لانتهاء الخصومة كما يرون وذلك بإبرام صلح عرفه الفصل 1458 من المجلة المدنية بأنه "عقد لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن شيء من مطالبة أو بتسليم شيء من المال أو الحق".

إلا أنه يوجد من الحقوق التي لا يجوز الصلح في شأنها كالحرية والابوة والنفقة عملاً أحكام الفصل 1462 من نفس المجلة. ولذلك فإن المحكمة ولئن كانت غير ملزمة للنظر في الأصل إلا أن لها حق مراقبة الصلح الذي يمكن أن يخرق بعض قواعد تهم النظام العام. وإذا ما طلب منها الأطراف فإنها تستجيب لطلبهم بعد مراقبته والتحقق من عدم خرقه لأحكام تهم النظام

العام. وإذا تبين صحة الصلح فإنه يقضي بالمصادقة عليه، وتكون الخصومة قد انقضت دون النظر في أصل النزاع وفصله بصفة نهائية، ضرورة أن الأطراف بإمكانهم الرجوع إلى التقاضي لابطال الصلح أو طلب فسخه لامتناع أحد الخصوم عن تنفيذه.

2 - ترك الخصومة :

إن ترك الخصومة هو تخل ارادي من المدعي في السير في إجراءات الخصومة دون أن يصدر حكم في أصل النزاع وتعين التعرض إلى حالات الترك وإجراءاته.

أ - حالات الترك :

إن ترك الخصومة يمكن أن يكون ضمناً أو صريحاً.

ويكون ضمناً عندما يتخلى المدعي عن السير في الإجراءات ورتب المشرع عن ذلك الحكم بطرح القضية. فالفصل 49 من م.م.ت. اقتضى أنه "إذا لم يحضر الطالب بنفسه أو بواسطة محام فإن النازلة تطرح" وكذلك الفصل 79 من م.م.ت. الوارد في باب الإجراءات لدى المحكمة الابتدائية اقتضى أنه "إذا لم يقدم محامي المدعي مؤيدات الدعوى في الأجل المحدد تطرح القضية ما لم يكن المدعي عليه هو الذي قام بتقييدها..." وأخيراً الفصل 155 من نفس المجلة الوارد في باب الإجراءات المتعلقة بالاستئناف والذي نص على أنه "إذا عدل المستأنف عن مواصلة التتبع فإن الحكم الصادر بقبول رجوعه في الاستئناف يمنع من تمكينه من الاستئناف مرة ثانية ولو كان أجل الطعن ما زال ممتداً...".

ويخلص من الفصول الآتفة الذكر أن المدعي أو الطاعن الذي يتخلى عن السير في إجراءات الخصومة يعتبر تاركاً له وتقضي المحكمة بطرح القضية دون الفصل في الموضوع. وفي هذه الحالات لا يطرح أي أشكال لان الخصومة ما زالت في بدايتها لكن إذا تقدمت الخصومة أشواطاً وعبر المدعي عن رغبته في الترك لا يعتبر ذلك وسيلة للحيلولة دون صدور حكم في الموضوع مما يستدعي وضع ضوابط أو عدم قبول ذلك الترك إذا كان الهدف منه الإضرار بالخصم.

ب - إجراءات ترك الخصومة :

إذا تقدمت الخصومة أشواطاً فإنه من الضروري أن يكون طلب الترك مستوفياً لعدة شروط :

- أن يكون صريحا وذلك بمطلب كتابي وممضى من المدعي أو نائبه قانونا أو بالجلسة ويضمن بمحضرها وهذا الترك لا يرد على الدعاوى التي تتعلق بالنظام العام ومثال ذلك قضايا الإفلاس ضرورة ان المصلحة العامة تقتضي السير في الدعوى حتى ولو تنازل المدعي عنها. وكذلك لا يجوز قبول الترك إذا كان بناء على تنازل عامل عن حقوقه المقررة في القانون.⁽¹⁾

- على انه إذا كان حق المدعي مطلقا في ترك الخصومة فانه لا يجوز ان يضر بمصلحة المدعي عليه، ولذلك من الضروري قبول المدعي عليه لترك الخصومة حتى تصادق عليه المحكمة خاصة إذا تقدمت إجراءات الخصومة ويفهم من طلب الترك الحيلولة دون صدور حكم في الموضوع.

- وعلى كل إذا طرحت القضية أو قبل الرجوع في الاستئناف فان الخصومة تنقضي وتعتبر كأن لم تكن هي والآثار المتولدة عنها مع بقاء الحق الموضوعي ما لم يكن قد تقدم في الفترة الفاصلة بين رفع الدعوى وحدث ترك الخصومة فيها ويجوز تبعا لذلك إعادة رفع دعوى جديدة بشرط بقاء الحق الموضوعي.

3 - انقضاء الخصومة بالوفاة :

إن بعض الحقوق الشخصية التي لا تنتقل للوارث تحول دون مواصلة السير في الخصومة، وبالتالي حال حدوث وفاة المدعي في خصومة قائمة فانها تنقضي والمثال الذي كثيرا ما يضربه الفقهاء وفاة المدعي في قضية طلاق ففي هذه الحالة على المحكمة ان تقضي بانقضاء الدعوى ولا تأذن بإيداعها بكتابة المحكمة حتى يتسنى للورثة ان ارادوا تعجيلها ومواصلة السير فيها أن يقوموا بالإجراءات القانونية عملا بأحكام الفصل 241 من م.م.ت. والامر كذلك بالنسبة لقضايا النفقة وقضايا الحضانة باعتبار ان هذه الحقوق شخصية ولا تنتقل للورثة، وبذلك تنقضي الخصومة إذا توفي المدعي في قضية موضوعها هذه الحقوق الشخصية.⁽²⁾

(1) أحمد أبو الوفاء : "الدفع في قانون المرافعات"، منشأة المعارف بالاسكندرية - ص. 678. وجدي راغب : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 440.

(2) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية - 1981 - ص. 666.

القسم الثاني - جزاء مخالفة الإجراءات :

إن القواعد الإجرائية قننت لخدمة العدالة وحتى تكون أساسا موضوعيا يلتزم به الخصوم ويحترمه القضاة، وقد روعي في ذلك المساواة بين جميع المتقاضين ولا يمكن الاتفاق على انتهاج إجراءات مغايرة للموضوع من المشرع ولو لم تتعلق بالنظام العام. وفي هذا السياق اقتضى الفصل 14 من م.م.ت. إن "الإجراء يكون باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها. اما مخالفة القواعد التي لا تهم غير مصالح الخصوم الشخصية فلا يترتب عليها بطلان الإجراء الا متى نتج عنها ضرر للمتسك بالبطلان وبشرط ان يثيره قبل الخوض في الاصل".

وعلى أساس الفصل المذكور إذا نص القانون على البطلان فان الإجراء يكون باطلا ولا حاجة لمن يتمسك بالبطلان اثبات أي ضرر اما في الأحوال الأخرى التي لم ينص فيها المشرع على البطلان فان ذلك لا يمنع من الحكم به شريطة ان يثبت من يتمسك بالبطلان حدوث ضرر له وان يثير ذلك قبل الخوض في موضوع الدعوى. وبالإضافة إلى البطلان قرر المشرع السقوط بان نص الفصل 13 من نفس المجلة ان "المسقطات كلها وجوبية وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها" والسقوط هو الجزاء المترتب على عدم مباشرة الإجراء المعين في القانون للقيام به⁽¹⁾ وذلك، يعني ان القيام بالإجراء بعد الأجل يكون غير مقبول ومثال ذلك الطعن بالاستئناف في حكم ابتدائي بعد أجل العشرين يوما المحددة بموجب القانون.

وبذلك فإن المبطلات مردها إجراء مختل في مظهره بأحد الاخلالات التي نص عليها القانون في حين ان المسقطات مردها الامساك عن فعل ما يجب فعله بشكل معين وفي وقت محدد أي هو الجزاء المترتب على عدم مباشرة الإجراء في الوقت المعين بالقانون.

وتبعا لذلك يتعين التطرق إلى البطلان ثم إلى السقوط كجزاء لمخالفات الإجراءات المنظمة للخصومة.

(1) أحمد أبو الوفاء : "المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف بالاسكندرية - ص. 519.

الفصل الأول - البطلان :

أن الإجراءات التي نظمها قانون المرافعات ونص على القيام بها بطريقة معينة والا كان الإجراء باطلا ولا تترتب عليه الآثار المرجوة ولذلك أنه من المتفق عليه أن البطلان يتعلق بعيب شكلي ويمكن أن يسحب على تخلف المقتضيات الموضوعية⁽¹⁾ وبالإضافة إلى ذلك لا يمكن أن يؤول الحرص على الشكل إلى التضحية بالهدف أي بالحق الموضوعي. ولذلك اختلفت التشريعات حول هذه المسألة وافر كل مشروع إحدى الحلول التالية :

فمنهم من أقر أنه لا بطلان بدون نص ولا يجوز الحكم به إلا إذا نص القانون على ذلك. ولقد أخذ المشرع الفرنسي بذلك بموجب الفصل 1030 من مجلة المرافعات الصادرة في 1806. إلا أن هذا الموقف انتقد بشدة من الفقهاء وتدخل المشرع لإقرار امكانية الحكم بالبطلان إذا كان الشكل جوهريا وهو ما اقتضاه الفصل 114 من مجلة المرافعات الجديدة الصادرة في 1975.

ومنهم من أقر مبدأ البطلان الوجوبي أي أن القاضي ملزم بالحكم بالبطلان ومرد ذلك أن وظيفة القاضي تتمثل في تطبيق النصوص إلا أن هذا التمشي وجهت له العديد من الانتقادات من ضمنها أنه في بعض الحالات قد يؤدي الحكم بالبطلان إلى اهدار الحق والحال أنه ليس للشكل فيها أهمية تبرر الجزاء ومن ذلك حضور المدعي عليه رغم عدم ذكر تاريخ الجلسة وقدم مذكرة في دفعه عن الدعوى المرفوعة ضده.

ومنهم من أقر أن لا بطلان بغير ضرر ومؤدى ذلك أنه لا يحكم بالبطلان إلا إذا تحقق ضرر من مخالفة الإجراءات. ولقد تبنى المشرع الفرنسي هذا المبدأ بموجب الفصل 114 من مجلة الإجراءات الصادرة في 1975 الذي نص أنه "أي بطلان لا يمكن الحكم به إلا إذا أثبت الخصم الذي يتمسك به أن العيب قد سبب ضررا، ولو تعلق بشكل جوهري أو بشكل من النظام العام".

ولقد حاول المشرع التونسي التوفيق بين هذه المبادئ ولم يتبن وجوب ترتيب البطلان على عيب يشوب الإجراء ولم يقر البطلان كوسيلة تهديدية لتلافي ما يمكن تلافيه من الاخلالات

الإجرائية، إلا أنه مزج بين هذين المذهبين ونص صراحة أنه لا بطلان بدون نص بالفقرة الأولى من الفصل 14 من م.م.ت. وأقر أنه لا بطلان بدون ضرر وهو محتوى الفقرة الثانية من نفس الفصل⁽¹⁾ ومما سلف بسطه يتعين التطرق إلى شروط البطلان وكيفية آثاره وزمن ذلك واثار البطلان إذا ما تم الحكم به.

المبحث الأول - شروط البطلان :

من خلال الفصل 14 من م.م.ت. يتضح أن المشرع وفق بين المبدأين المعروفين أولهما والقاتل أنه لا بطلان بدون نص وهي الإجراءات والشكليات التي تهتم النظام العام والإجراءات الأساسية في التقاضي وثانيهما أنه لا بطلان بغير ضرر وهي الإجراءات التي تتعلق بمصالح الخصوم الشخصية والتي نتج عنها ضرر نتيجة العيب الكامن فيها. ولذلك سنتعرض إلى البطلان المتعلق بالنظام العام ثم البطلان المتعلق بمصالح الخصوم.

الفقرة الأولى - البطلان المتعلق بالنظام العام :

يكون البطلان متعلقا بالنظام العام إذا صرح النص به أو تترتب عن غياب الإجراء اخلال بقواعد تهتم النظام العام أو الإجراءات الأساسية.

1 - البطلان بموجب النص :

إن التنصيص على البطلان يجب أن يكون صريحا لا ضمنيا وذلك بأن تستعمل لفظة "البطلان" التي لا يقوم مقامها أي صيغة من النهي أو الوجوب⁽²⁾.

ومن بين حالات البطلان المقررة بنص ما اقتضاه الفصل 11 من م.م.ت. عندما نص أن "الاستدعاءات وإعلامات الدولة ينبغي إبلاغها إلى مكاتب المكلف العام بكتابة الدولة للتصميم والمالية وإلا فإنها تكون باطلة من أصلها".

تفضل
الخصوم و

(1) نور الدين الغزواني : "تطبيق على قانون المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 34.

(2) حسني مصطفى : "إعلان الأوراق القضائية في ضوء النقض"، منشأة المعارف بال

وإذا ما قرر البطلان بنص فعلى القاضي معانيته والحكم به دون تقدير حصول ضرر منه المطلوب من عدمه.

2- البطلان الناتج عن الإخلال بالقواعد التي تهم النظام العام :

إن إقرار قواعد إجرائية يهدف إلى ضمان حسن سير المحاكم وإلى إرساء طريق معلوم لكل الناس ولكل الناس وهو ما يسمى بالمساواة أمام القانون ضرورة أن كل المتقاضين المؤمن على انتهاج طريق أساسه معايير موضوعية. ولعل ذلك ما يبرر كون جل القواعد الإجرائية هي قواعد أمرة وتتصل بالنظام العام. إلا أن الصعوبة التي يعترضها القضاة هو كون المشرع عن تعريف وتحديد القواعد التي تهم النظام العام وتلك التي لا تهم غير مصلحة الخصوم ولا إقرار معيار موضوعي لتمييزها عن بعضها البعض مما حدا بالفقهاء جولة تحديد الفروق بين هذين النوعين من القواعد. وبالطبع اختلفت الآراء وتعددت معايير. ولقد تم تحديد ثلاثة أنواع من القواعد الإجرائية منها ما يتعلق بالتنظيم القضائي، يتعلق بالاختصاص وما يتعلق بالإجراءات.

فأما النوع الأول فالفقهاء مجمعون على تعلقه بالنظام العام ضرورة أن تنظيم مرفق قضاء وهيكلة متصلة بالنظام العام ولا يجوز القيام ابتدائياً لدى محكمة الاستئناف لاعتقاد قاضي أنه توفر أكثر ضمانات.

والاختصاص تم تقسيمه إلى اختصاص حكومي يهم النظام العام ولا يمكن الاتفاق على الفته واختصاص ترابي لا يهم إلا مصلحة الخصوم ويمكن مخالفته باستثناء الاختصاص في الإلزامي بخصوص الدعاوى العقارية المنصوص عليها بالفصل 38 م.م.ت. والقيام الشركات الذي اقتضاه الفصل 33 من م.م.ت. وكذلك الفصلان 34 و35 المتعلقين بالإس والتركات.

وأخيراً القواعد الإجرائية المنظمة لرفع الدعوى وإجراءات الخصومة فإنها عادة ما حامية لمصالح المتقاضين وبالتالي لا تهم النظام العام. إلا أن هذه القواعد فيها ما من بالمصلحة العامة وبالمبادئ العمومية المنظمة للنظام القضائي كمبدأ المواجهة بين يوم واحترام حق الدفاع وفقه القضاء مستقر في هذا المجال وقد ورد بإحدى حيثيات

قرار تعقيبي أنه "على العدل المنفذ أن يتحقق من هوية الشخص المسلم له النظر ولما لم يفعل فإن محضر التبليغ يعتبر باطلاً لأن التحقق من الهوية هو إجراء أساسي يتعلق بالنظام العام".⁽¹⁾ ولذلك فإن التقسيم المذكور للقواعد والمؤسس على معيار النظام العام لا يضع حداً للاشكال ضرورة أن بعض القواعد الإجرائية التي ولئن شرعت لمصلحة الأطراف منها ما يرقى إلى مرتبة القواعد التي هي من النظام العام.

ولذلك ليس من الكافي الأخذ بالمصلحة العامة دون ما يوليه المجتمع لبعض القيم كحقوق الدفاع والمساواة بين التمتقاضين ولا بد للقاضي أن يتحلى بما يجب من الحس لتبيين ما هو من النظام العام وما هي القيمة المحمية ودرجة تعلق المجتمع بها.⁽²⁾

3 - البطلان الناتج عن الإخلال بالإجراءات الأساسية :

إن الإجراءات الأساسية لم يقع تعريفها من طرف المشرع وحتى الفقهاء الذين تعرضوا للمسألة موافقهم متناقضة علاوة على غموضها.

ولقد اعتبر الفقه الفرنسي أن الإجراء يكون أساسياً إذا كان هو الشكل اللازم لوجود العمل ويترتب على غيابه الانعدام ولقد نحت محكمة التعقيب الفرنسية هذا التمشي بأن أكدت في إحدى قراراتها الذي ورد به "أن المظهر الأساسي للعمل الإجرائي مرتبط بكنه وجوده وبما هو لازم لتحقيق موضوعه".⁽³⁾

ويستنتج من القرار المذكور أن الإجراء الأساسي يحدد بالوظيفة التي أرادها المشرع عبر العناصر اللازمة لوجوده والعناصر اللازمة لتحقيق الغاية.⁽⁴⁾

أما الدراسات التي طرحت المسألة في تونس فتتمثل في دارستين اعتبرت الأولى أن الإجراءات الأساسية تتعلق بمصلحة الأطراف الخاصة ولا تكون حالة من حالات البطلان

(1) قرار تعقيبي عدد 16384 الصادر في 13 جانفي 1987 - نشرية محكمة التعقيب - 1987 - ص. 124.

(2) نور الدين الغزواني : "تعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 136.

(3) قرار تعقيبي فرنسي صادر في 3 مارس 1955 - المجمع القانوني الدوري - 1955 - II - عدد 8654.

(4) دراني : "بطلان الاعمال الإجرائية"، مجمع الإجراءات المدنية - الفصل 173 - الجزء الثاني.

الوجوبي، إلا أنها ولأسباب عارضة أصبحت تكتسي أهمية بالغة في نظام الإجراءات.⁽¹⁾ أما الثانية فتعتبر أن الإجراءات الأساسية تحتل درجة بين القواعد التي تهم النظام العام وتلك التي تهم مصلحة الخصوم والغاية المرجوة منها هي ضمان حسن سير الخصومة أمام القضاء.⁽²⁾ وفقه القضاء ولئن لم يعرف الإجراءات الأساسية فهو مستقر على اعتبار أن إجراءات التبليغ من الإجراءات الأساسية⁽³⁾ كما أقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أن "امضاء العدل المنفذ على كل من الأصل والنظير هو إجراء أساسي باعتبار أن العدل المنفذ مأمور عمومي وأن محضر الاستدعاء هو حجة رسمية وإن عدم إمضائه من ذلك المأمور العمومي يفقده صبغة الحجة ولو توفرت البيانات الأخرى"⁽⁴⁾ وكذلك تامين معلوم الخطية في الطور الاستثنائي⁽⁵⁾ وتقديم نسخة رسمية من الحكم المطعون فيه.⁽⁶⁾

الفقرة الثانية - البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم :

إن مخالفة الإجراءات التي لا تهم إلا مصلحة الخصوم لا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج ضرر للمتمسك بالبطلان عملاً بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 14 من م.م.ت. وبالتالي يتعين معرفة الإجراءات التي تهم مصلحة الخصوم والضرر الذي يمكن أن تحدثه في صورة الإخلال بها.

(1) محمد بن سلامة : "نظرية البطلان في مادة الإجراءات المدنية"، مجلة القضاء والتشريع - جوان 1975 - ص. 98.

(2) فؤاد العش : "بطلان الإجراءات في المادة المدنية"، مذكرة الدراسات المعمقة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 1981.

(3) قرار تعقيبي عدد 17903 الصادر في 31 نوفمبر 1989 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1989 - ص. 451.

(4) القرار عدد 27728 الصادر في 13 أبريل 1995 - قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب - 1995 - ص. 34.

(5) القرار الاستثنائي عدد 27431 الصادر في 24 جويلية 1967 - مجلة القضاء والتشريع 1968 - ص. 393.

(6) القرار التعقيبي عدد 8352 الصادر في جانفي 1975 - نشرية محكمة التعقيب 1975 - ص. 44.

1 - تحديد الإجراءات التي تهم مصلحة الخصوم :

لم يعرف المشرع ولا فقه القضاء الإجراءات التي تهم مصلحة الخصوم وتعين معرفة موقف الفقهاء في شأن أنواعها والمعيار الموضوعي الذي يمكن أن يساعد على تحديدها.

لقد توخى الفقهاء في البداية طريقة المقارنة والازاحة، ويعني ذلك إذا أزعجنا القواعد المتعلقة بالنظام العام والقواعد المتعلقة بالإجراءات الأساسية ما بقي هي تلك التي عند تخلفها لا يفقد العمل الاجرائي طبيعته ولا تتأثر وظيفته⁽¹⁾ وإن هذه الإجراءات شرعت لحماية المصلحة الشخصية للأطراف وبالتالي لا يمكن الحكم ببطلانها إلا إذا حصل من جرائها ضرر.

2 - حصول الضرر :

إن المتمسك بالبطلان عليه اثارته قبل الخوض في الأصل أي قبل تقديمه جوابه عن الدعوى ضرورة أن الجواب يصحح الإجراء ويعتبر المتمسك بالبطلان قد عدل عن اثارته عملاً بأحكام الفصل 71 من م.م.ت. في فقرته الثالثة.

وعلاوة على ذلك لا بد من اثبات الضرر الحاصل من ذلك وللتدليل على ذلك نورد ما اقتضته الفقرة الثانية من الفصل 70 من م.م.ت. من وجوب التنبيه على المطلوب بتقديم جوابه كتابة بواسطة محام بالجلسة المعينة لها القضية ففي هذه الحالة إذا حضر المطلوب بواسطة محاميه وقدم جوابه مع المؤيدات فيعتبر قد تخلى عن التمسك بالبطلان وتواصل المحكمة النظر في القضية أما إذا حضر واثبت أن عريضة الدعوى لم تتضمن التنبيه عليه بتقديم جوابه بواسطة محام مع المؤيدات وتمسك ببطلان عريضة الدعوى لحصول ضرر له يتمثل في عدم التنبيه عليه بانابة محام واحضار مؤيداته ولا يمكنه حالياً القيام بذلك وهو محق في إثارة هذا الدفع وفقه القضاء مستقر في الحكم بهذا البطلان إذا ما اثبت المتمسك به الضرر الحاصل له.⁽²⁾

(1) الدكتور جابيو : "الجزء في مادة الإجراءات"، المجلة الثلاثية للقانون المدني - 1914 - ص. 227.

(2) القرار التعقيبي عدد 744 الصادر في 28 مارس 1961 - مجلة القضاء والتشريع 1961 - ص. 82.

المبحث الثاني - كيفية إثارة البطلان وزمنه :

لقد حدد المشرع حالات البطلان وضبط شروطا لامكانية التمسك به وحصرت هذه الشروط في الشخص الذي يمكنه التمسك بالبطلان والفترة الزمنية التي يمكن إثارة البطلان فيها حتى لا يجر جهود في الأبحاث وينتهي القضاء ببطلان الإجراءات ولوضع حد لهذه الامكانية ضبط المشرع الفترة الزمنية التي يمكن إثارة البطلان فيها والا عد من شرع لمصلحته متنازلا عن التمسك به. وسنتطرق لهذين الشرطين في فقرتين متتاليتين.

الفقرة الأولى - الطرف الذي يمكنه التمسك بالبطلان :

اقتضى الفصل 14 من م.م.ت. ان البطلان المتعلق بالنظام العام أو الإجراءات الأساسية شره المحكمة من تلقاء نفسها في حين ان البطلان الذي يهم مصالح الخصوم الشخصية يتمسك به من له مصلحة في ذلك وإثبات حصول ضرر له من الإجراء.

- التمسك بالبطلان المطلق :

إذا كان البطلان مقررا كجزء لمخالفة قاعدة مقررة للمصلحة العامة أو للإجراءات الأساسية المحكمة ان تتمسك به من تلقاء نفسها وينص القانون عادة على ذلك، وحتى في صورة عدم نص على ذلك صراحة فان للمحكمة هذه السلطة ومثال ذلك الطعن بالاستئناف في حكم ياتي بصفة فردية ودون إنابة محام، ففي هذه الحالة تقضي المحكمة بعدم قبول الاستئناف ولو لم ينص القانون على البطلان لان القاعدة المقررة تتعلق بالإجراءات الأساسية⁽¹⁾ وبالإضافة إلى ذلك لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام⁽²⁾ وذلك يعني ان كل من يتأثر ببطلان الإجراءي يكون له حق التمسك بهذا البطلان وهذه الامكانية ممنوحة لاي طرف سواء كان أصليا أو متداخلا وسواء كان هو القائم بالإجراء القانوني أو تم القيام به ضده.⁽³⁾

ر.ر تعقيبي عدد 8786 الصادر في 23 أوت 1972 - نشرية محكمة التعقيب 1972.

برال : "الإجراءات المدنية"، باريس 1949.

السنون : "الإجراءات المدنية"، ص. 344.

2 - التمسك بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم :

ان البطلان المتعلق بالمصلحة الشخصية للخصوم لا يمكن إثارته الا من طرفهم وقبل الخوض في الأصل ولا تملك المحكمة سلطة التمسك بهذا البطلان. ولمعرفة الشخص الذي قرر لفائدته هذا الجزاء لا بد من تأويل النصوص واستقراء إرادة المشرع.

وتبعا لذلك ليس لغير من شرع البطلان لمصلحته ان يتمسك به ولو كان له مصلحة في الحكم به. ومثال ذلك بطلان الاستدعاء بالنسبة لاحد المطلوبين في قضية واحدة لا يخول لباقي المطلوبين التمسك بهذا البطلان ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ورغم توفر المصلحة في جانبهم.

الا ان من كان سببا في بطلان العمل الإجراءي ليس له ان يتمسك بهذا البطلان ضرورة انه ليس لشخص ان يدعي ضد فعله⁽¹⁾ وان الشرط الوحيد هو توفر علاقة سببية بين فعل الخصم والاخلال بالإجراء وان يكون هو السبب الرئيسي لحدوث الخلل.

الفقرة الثانية - زمن التمسك بالبطلان :

لقد نظم المشرع بالفصلين 14 و 15 من م.م.ت. زمن التمسك بالبطلان الذي لا يمكن ان يبقى مسلطا على الخصم إلى ما لا نهاية له ويمكن لإثارته في أي وقت وفي جميع الحالات. وفي الحقيقة ان الأمر يختلف باختلاف طبيعة البطلان.

1 - زمن التمسك بالبطلان في الإجراء الذي يهم النظام العام :

ان بطلان الإجراء المتعلق بالنظام العام أو بالإجراءات الأساسية يمكن إثارته في أي طور من اطوار القضية وفي أي درجة من درجات التقاضي سواء في الطور الابتدائي أو الاستئنافي أو حتى أمام محكمة التعقيب وهو ما أكدته هذه الأخيرة في أحد قراراتها الذي ورد بإحدى حيثياته انه "يمكن إثارة البطلان المطلق في الطور التعقيبي والتساهل في إثارة هذا النوع من البطلان يرجع إلى كونه مقررا كجزء لمخالفة قواعد إجرائية هامة تتعلق بالنظام العام وأحكام الإجراءات الأساسية".⁽²⁾

(1) فنجي و الي : "بطلان"، رسالة دكتوراه دولة بالفاخرة 1956 - ص. 283.

(2) القرار التعقيبي عدد 5780 الصادر في 23 ماي 1968 - مجلة القضاء والتشريع أبريل 1968 - ص. 85.

ويرى البعض أن حق المطالبة بالبطلان ينتهي بصيرورة الحكم باتا.

والحقيقة أن الإجراء الباطل بطلانا مطلقا لا ينتهي حق المطالبة ببطلانه بصيرورة الحكم الصادر على أساسه ضرورة أنه من المتعين التفريق بين الحكم الباطل والحكم المعلوم. وفي هذه الحالة الأخيرة لم تتعقد الخصومة ولم يتسن للخصم الحضور والدفاع عن حقوقه بسبب بطلان الاستدعاء بطلانا مطلقا. ومثال ذلك من سعى إلى تبليغ الاستدعاء لزوجه بمحل الزوجة في قضية طلاق والحل أنها بمنزل والدها. وصدر الحكم وأصبح باتا لعدم الطعن فيه بالاستئناف ضرورة أن الطعن في أحكام الطلاق يحسب أجله من صدور الحكم لا من تاريخ الإعلام به، هذه الزوجة عندما تقطعت بالأمر قامت بقضية في إبطال الاستدعاء واستجيب لطلبها. على أساس هذا الحكم يمكنها القيام لدى المحكمة التي أصدرت الحكم في الطلاق وتطلب إلغاءه ومن الواجب الاستجابة لطلبها ضرورة أن الحكم معلوم لصدوره على أساس استدعاء باطل ولم تتعقد الخصومة ولم تمكن المطلوبة من الدفاع عن حقوقها وهو ما يراه بعض الفقهاء الذي عرفوا الحكم المعلوم بأنه "الحكم الصادر على من لم يعلن اطلاقا بصحيفة الدعوى أو على من تم اعلانه بإجراء معلوم، كما إذا ثبت بحكم من القضاء تزوير محضر الاعلان ففقد الاعلان كيانه ووجوده".⁽¹⁾

2 - زمن التمسك بالبطلان في الإجراء المتعلق بمصلحة الخصوم :

إن التمسك ببطلان الإجراء المتعلق بمصلحة الخصوم يجب أن يتم من قبل التمسك به قبل الخوض في الأصل عملا بأحكام الفصل 14 من م.م.ت، وإذا وقع الجواب في الأصل عملا بأحكام الفصل 71 من م.م.ت. فإن ذلك يعد تصحيحا للإجراء وعدولا وتنازلا عن التمسك بالبطلان.

وهذا الشرط يمثل صعوبة عند التطبيق ضرورة أن قواعد الإجراءات تفسر تفسيراً ضيقاً، ويحدث أن يتم إجراء بعد الخوض في الأصل.⁽²⁾

إن الصعوبة المتحدث عنها وجودها مفتعل ونظري ضرورة أن أحكام الفصل 15 من م.م.ت. تنطبق على المدعي والمدعى عليه وتتعلق بعريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة. فإذا تم بموجبها إجراء يتعلق بمصلحة الخصوم وثبت بطلانه فعلى من يتمسك بذلك إثباته قبل الخوض في الأصل. أما الإجراءات اللاحقة والمتعلقة بأبحاث تكميلية أو توجهات عينية أو أعمال خبراء فإنها تبقى خاضعة للمناقشة القانونية ويمكن لكلا الطرفين إثارة بطلان أعمال الخبراء مثلاً لعدم استدعائه المطلوب وفق القانون وعلى المحكمة أن تاذن بإعادة الاختبار وتصحيح الإجراء.

المبحث الثالث - آثار البطلان :

عندما يتم التمسك بالبطلان أو كان متعلقاً بالنظام العام فإن المحكمة تقضي ببطلان الإجراء إذا ما توفرت شروطه. وهذا الحكم الصادر ببطلان الإجراء حكم مقرر لأن الإجراء يعتبر باطلاً من تاريخ القيام به وتبعاً لذلك يعتبر الإجراء كأن لم يكن وتزول الآثار المترتبة عنه، فالحكم ببطلان عريضة الدعوى يترتب عليه زوال الخصومة وزوال انقطاع التقادم، والحكم ببطلان الاعلام بالحكم الابتدائي إلى المحكوم عليه يترتب عليه بقاء أجل الاستئناف مفتوحاً.⁽¹⁾

وان بطلان الإجراء يعني زواله بأكمله، غير أنه في بعض الحالات يمكن أن يكون مكوناً من أجزاء مختلفة وقابلة للتجزئة فعندها يبطل الجزء المعيب ويحافظ الباقي على صحته وهو ما يسمى بالبطلان الجزئي.⁽²⁾ وبالإضافة إلى بطلان الأجزاء وزوال آثارها فإن الإجراءات اللاحقة له والتي على أساسه بنيت تكون باطلة عملاً بالمبدأ العام أن ما بني على باطل هو باطل. أما الإجراءات السابقة له فلا تتأثر به ولا يمس من صحتها ومثال ذلك أن بطلان الاعلام بالحكم لا يؤثر في صحة الحكم.

كما يشترط أن يكون الإجراء مبنياً على الإجراء الباطل وأن يوجد ارتباط قانوني بين الإجراءين كارتباط عريضة الدعوى بالحكم. فإذا أبطلت محكمة الاستئناف عريضة الدعوى

(1) وجدي راغب : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 368.

(2) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، المرجع السابق - ص. 52.

امينة سر - أصول المحاكمات المدنية والتجارية - ص. 413.

(1) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام في المرافعات"، منشأة المعارف بالاسكندرية 1975 - ص. 222.

(2) فؤاد العش : "بطلان الإجراءات في مادة المرافعات المدنية"، مذكرة الدراسات المعمقة في القانون - كلية

الحقوق والعلوم والسياسة بطنس - ص. 90.

الإبتدائية فانها تلغي الحكم الإبتدائي. وإمام هذه الاشكالات يتعين التعرض إلى اثر بطلان الإجراء على الإجراءات اللاحقة له وكذلك على الإجراءات السابقة له.

الفقرة الأولى - آثار بطلان الإجراء على الإجراءات اللاحقة له :

يمكن ان يحدث ان يتم القيام بإجراءات بعد تاريخ الإجراء الباطل، ويتعين التفريق بين الإجراء المستقل والذي له كيان خاص عن الإجراء الباطل فهو لا يتأثر به ويحافظ على صحته⁽¹⁾ والامر على خلاف ذلك إذا كان الإجراء مرتبطا بالإجراء الباطل وصحته مرتبطة بصحة الإجراء الأول أي ان القانون يتطلب لصحة الإجراء ان يسبقه عمل اخر صحيح، وبالتالي إذا كان الإجراء باطلا فان الإجراء اللاحق له والمرتبط به يكون باطلا أيضا.⁽²⁾

وعليه فان معيار استقلالية كل إجراء وارتباطه بالإجراء اللاحق له هو المحدد للحكم بالبطلان فبطلان الاستدعاء للجلسة لا يؤدي إلى بطلان العريضة بل لعدم انعقاد الخصومة التي يمكن ان تتعقد لو صحح البطلان، كما ان بطلان الحكم لا يؤثر في صحة المطالبة القضائية التي تبقى قائمة ما لم تسقط بمرور الزمن، ويمكن إعادة التقاضي للمطالبة بموضوع الدعوى المرفوضة على أساس بطلان الاستدعاء.

الفقرة الثانية - آثار البطلان على الإجراءات السابقة له :

إن الأصل ان الاعمال السابقة للعمل الإجرائي الباطل لا تتأثر به، فالاعلام بالحكم لا يؤثر على صحة الحكم. غير ان الأمر أكثر من ذلك تشعبا ضرورة ان الفقهاء مختلفون باعتبار ان بعضهم يرى ان عريضة الدعوى والاستدعاء للجلسة يعتبران عملا إجرائيا واحدا. والواقع ان ايداع عريضة الدعوى هو إجراء مستقل عن الاستدعاء، وبالتالي فإن بطلان الاستدعاء لا يؤدي إلى بطلان عريضة الدعوى إنما يؤدي إلى عدم انعقاد الخصومة.⁽³⁾ والعمل الإجرائي يظل صحيحا ويولد جميع آثاره إلى ان يحكم ببطلانه وسواء

(1) فتحي والي - نظرية البطلان - رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة 1056 - ص. 667.

(2) المرجع السابق ص. 677.

(3) كمال عبد الغزيز : "أصول المرافعات"، ص. 115.

كان هذا البطلان متعلقا بالنظام العام أو بمصلحة الخصوم الشخصية وسواء نصت عليه القوانين ام لم تنص.

الفصل الثاني - السقوط :

إن سقوط الحق في اتخاذ الإجراء هو الجزاء المترتب على عدم مباشرته في الأجل المحدد من القانون. وبذلك ان الإجراء الذي يتم بعد فوات الأجل يكون غير مقبول لانقضاء الحق في مباشرته،⁽¹⁾ ولا يمكن للخصم القيام بالإجراء مرة ثانية ويكون السقوط جزاء أكثر خطرا من البطلان⁽²⁾ الذي لا يحول دون تجديد الإجراء الباطل طالما ما زال الأجل قائما.⁽³⁾ كما ان السقوط يتحقق بصرف النظر عن القيام بالعمل الإجرائي، باعتبار ان القانون حدد اجلا للقيام بالإجراء، فاذا انقضى هذا الأجل دون القيام بالإجراء سقط الحق في القيام بهذا العمل. فان قام الخصم بذلك العمل بعد الأجل تحقق جزاءان، جزاء السقوط الذي تحقق قبل القيام بالعمل بمجرد فوات الأجل وجزاء البطلان الذي يتحقق بالقيام بالعمل خارج الأجل المحدد بالقانون. و البطلان في هذه الحالة يحكم به لعيب في الشكل لفوات الأجل وكذلك لعيب في الموضوع ان تم العمل ممن لا سلطة له في القيام به.⁽⁴⁾

وبعد تعريف السقوط يتعين التعرض لحالاته ثم لأحكامه.

المبحث الأول - حالات السقوط :

إن حالات السقوط تنحصر أساسا في عدم احترام الآجال الإجرائية وعدم احترام الترتيب المحدد من القانون لاتخاذ الاعمال الإجرائية.

(1) عبد المنعم الشرقاوي : "شرح قانون المرافعات"، ص. 516.

(2) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 419.

(3) وجدي راغب : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 374.

(4) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 421.

الفقرة الأولى - عدم احترام الأجل الإجرائية :

إن السقوط جزاء لعدم القيام بالإجراء في الأجل الذي حدده القانون كسقوط الحق في الطعن لفوات الأجل، ومن ذلك القيام بالطعن بالاستئناف بعد أجل العشرين يوما من الاعلام بالحكم عملا بالفصل 141 من م.م.ت. وعمل المحاكم مستقر على الحكم بالسقوط لتعلقه بالنظام العام ضرورة ان الفصل 13 من م.م.ت. اقتضى ان "المسقطات كلها وجوبية وتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها" وهو ما أكدته محكمة التعقيب كذلك في أحد قراراتها الذي ورد به ان "الاستئناف الواقع بعد الأجل من المسقطات التي يجب على المحكمة ان تتمسك بها من تلقاء نفسها".⁽¹⁾

والاشكال المطروح يتمثل في تأكيد المشرع على ان المسقطات كلها وجوبية صلب الفصل 13 من م.م.ت، في حين ان بعض المجلات الأخرى حددت آجالا مسقطا ويرى البعض أنها آجال تقادم ولا تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها ومن ذلك الفصل 53 من م.م.ت. الذي يوجب رفع دعوى الحوز أو تعطيل الأشغال أو استرجاع الحوز المفتك بالقوة في أجل سنة من تاريخ وقوع الشغب، وكذلك حق القيام بالدعوى المدنية الناشئة عن جنحة أو ما ينزل منزلها الذي يسقط بمضي ثلاثة اعوام من تاريخ حصول العلم للمعتدى عليه بالضرر عملا بأحكام الفصل 115 من المجلة المدنية وكذلك ما اقتضاه الفصل 23 من مجلة الشغل الذي حدد أجل القيام بدعوى للمطالبة بالغرامات من أجل الطرد التعسفي بعام واحد من تاريخ الطرد.

ولقد اعتبرت محكمة التعقيب ان هذا الأجل مسقط تتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها ولا يقبل القطع والتعليق مثلما هو الحال بالنسبة للتقادم.⁽²⁾ وأن هذا التمشي من محكمة التعقيب عرضة للنقد ضرورة انه من المتجه التفريق بين الاجال المسقطا التي شرعت لحسن سير القضاء ولتحقيق مصلحة عامة وتلك التي تهم مصلحة الخصوم، ولذلك طالما ان السقوط لا

يتقرر جزاء لمخالفة قاعدة تتعلق بالنظام العام فان المحكمة لا يمكنها ان تقضي به الا إذا تمسك به الخصم المقرر السقوط لمصلحته⁽¹⁾ وان القواعد التنظيمية لا يترتب السقوط على مخالفتها⁽²⁾ وتقضي المحكمة بالسقوط في كل حالة يربط فيها القانون حقا باجل أو زمن معين. فاذا تعلق الأمر بحق إجرائي لخصم فان هذا الحق يسقط إذا لم يستعمل في الأجل الذي حدده القانون، وبذلك لا بد من معرفة مقصد المشرع، وبالتالي إذا تبين ان الحكمة من القاعدة هي تحقيق استقرار المراكز الإجرائية فانه يحق للطرف الآخر ان يتمسك بها والجزاء يكون السقوط.

وبالتالي فان هذه الآجال شرعت لمصلحة الخصوم الشخصية ولل قضاء بالسقوط لا بد ان يتم التمسك بها وهي قابلة للقطع والتعليق.⁽³⁾

الفقرة الثانية - عدم احترام الترتيب المقرر من المشرع :

لقد أوجب المشرع اتباع ترتيب معين بالنسبة لبعض الإجراءات ولم يتبع الخصم ذلك الترتيب، كما في حالة الدفع الشكلي قبل الخوض في الأصل عملا بأحكام الفصل 15 من م.م.ت. وكذلك الأمر بالنسبة لقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة والدعوى الاستحقاقية، فاذا قام المدعى بالدعوى الاستحقاقية فان حقه في القيام بدعوى الحوز قد سقط. وكذلك الأمر بالنسبة للتداخل فانه يسقط بصرف القضية للمرافعة عملا بأحكام الفصل 225 من م.م.ت.

وبالإضافة إلى هذه الحالات فان الحق في اتخاذ الإجراء يسقط أيضا في حالة التنازل عنه، فمن يتنازل عن حقه في الطعن في الحكم بأن أذعن لمقتضياته فان حقه قد سقط ولا يجوز له بعد ذلك الطعن. كما ان الذي طلب الرجوع في الطعن وقضت المحكمة بذلك لا يمكنه ممارسته فيما بعد ولو لم يسقط أجل الطعن عملا بأحكام الفصل 155 من م.م.ت.

(1) عبد المنعم الشرفاوى : شرح قانون المرافعات"، ص. 516.

(2) رمزي سيف : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 617.

(3) أمينة نمر : "الدعوى وإجراءاتها"، منشأة المعارف بالاسكندرية - ص. 417.

(1) قرار تعقيبي عدد 370 الصادر في 21 جويلية 1977 - نشرية محكمة التعقيب 1977 ص. 85.

(2) قرار تعقيبي عدد 6562 الصادر في 27 أكتوبر 1981 - نشرية محكمة التعقيب 1981 - ص. 17.

المبحث الثاني - أحكام السقوط :

اقتضى الفصل 13 من م.م.ت. أن "المسقطات كلها وجوبية وتتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها" وعمل المحاكم مستقر على تطبيق النص بحرفيته ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بلجدي حيثياته أن "المشرع التونسي لم يوكل أمر تقدير المبطلات والمسقطات إلى المحكمة بل أنه عدد الحالات التي يكون فيها الإجراء باطلاً أو ساقطاً وليس للمحكمة أن تضيف صورة أخرى ما لم يقع المساس بالإجراءات الأساسية أو بقواعد النظام العام حسب منطوق الفقرة الأولى من الفصل 14 من م.م.ت. كما أنه من المسلم به فقها وقضاء أن الأحكام في مادة الإجراءات لا تؤخذ بطريقة القياس أو التاويل".⁽¹⁾

ويخلص مما سبق أن المحكمة تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها إذا تعلق الأجل أو الترتيب المقرر من المشرع بالنظام العام أو بالإجراءات الأساسية. فعلى المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط الحق في الطعن إذا رفع بعد الأجل سواء في الاستئناف عملاً بأحكام الفصل 143 من م.م.ت. أو في التعقيب عملاً بالفصل 195 من م.م.ت. ويمكن للخصم التمسك بالسقوط المتعلق بالنظام العام أو الإجراءات الأساسية في أي حالة تكون عليها الدعوى.

أما إذا تعلق السقوط بمخالفة قاعدة مقررة لمصلحة الخصوم الشخصية فلا تقضي به المحكمة إلا إذا تمسك به الخصم الذي شرع السقوط لمصلحته وله أن يبتازل عن التمسك به مثلما هو الحال بالنسبة للبطلان⁽²⁾ كما يمكن للخصم سواء تعلق السقوط بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة أن يدفع بسقوط الحق في أي طور تكون عليه الدعوى ولو بعد الخوض في الموضوع⁽³⁾ إلا أن فقه قضائنا مستقر قضائياً على خلاف ذلك ويعتبر أن المسقطات كلها وجوبية ولا يفرق

(1) قرار تعقيبي عدد 35107 الصادر في 21 ديسمبر 1992 - مجلة القضاء والتشريع عدد 9 - نوفمبر 1993 - ص. 95.

(2) وجدي راغب : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 376.

- فتحى والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ص. 422.

- عبد المنعم الشرقاوي - شرح قانون المرافعات المدنية - ص. 517.

(3) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 521.

بين ما شرع لضمان حسن سير القضاء والمصلحة العامة كاجال الطعن وبين ما شرع لمصلحة الخصوم كحق القيام في ظرف ثلاث سنوات للمطالبة بغرم الضرر الناتج عن جنحة أو شبه جنحة. ولا يخفى على أحد أن الأجلين الأخيرين لا يهتمان غير مصلحة الخصوم ولا يمكن لغيرهم التمسك بها وهو ما اجمع عليه الفقهاء معتبرينها من اجل التقادم وأن المحكمة "لا تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها إلا إذا تعلق الحق الإجرائي الذي حصلت مخالفته بالنظام العام، أما في غير هذه الحالات فلا بد من التمسك بالسقوط من الخصم صاحب المصلحة"⁽¹⁾ وأن التمسك بسقوط الحق في الإجراء بالدفع بالسقوط أو بعدم القبول ضرورة أن الخصم الذي سقط حقه لا تكون له سلطة اتخاذه وهو أمر لا يتعلق بالشكل مثلما تؤكد محكمة التعقيب في أحد قراراتها الذي ورد به "إن المسقطات كلها وجوبية حسب الفصل 13 م.م.ت. تتمسك بها المحكمة لأنها تهتم النظام العام وبذلك فإن الطعن في حكم الطلاق بعد الأجل القانوني يكون مرفوضاً شكلاً".⁽²⁾

وإنما يتعلق بالقبول أمام المحاكم، ولذلك، فإنه من الضروري اعتبار هذا الدعوى بعدم القبول وسبق أن بيننا أن هذا الدفع يمارس في أي حالة من حالات الإجراءات وفي أي طور من اطوار الدعوى.⁽³⁾ وبالتالي فإن التمسك بالسقوط على نحو ما ذكر أو كان متعلقاً بالنظام العام وجب على المحكمة القضاء به وليس لها سلطة تقديرية في الحكم بالسقوط. كما أن اجل السقوط يواجه بها القاصر طالما وجد من يمثله ولا يمكنه الاحتجاج بتقصير ممثله في الإجراءات بل يعارض بالسقوط وله حق الرجوع على نائبه، إلا أن أجل السقوط تنقطع بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء.⁽⁴⁾

(1) نبيل اسماعيل عمر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف بالإسكندرية 1986 - ص. 1050.

(2) القرار التعقيبي عدد 6954 الصادر في 11 جانفي 1983 - نشرة محكمة التعقيب 1983 - ص. 106.

(3) - أمينة نمر : "الدعوى وإجراءاتها"، المرجع السابق - ص. 418.

- الشرقاوي : "شرح قانون المرافعات المدنية"، المرجع السابق - ص. 521.

(4) - فتحى والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 422.

- أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 522.

وجدي راغب : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 376.

- الشرقاوي : "شرح قانون المرافعات المدنية"، ص. 519.

القسم الثالث - آثار الخصومة :

إن الخرض الأساسي من رفع الدعوى والسير فيها والركون إلى الأبحاث المجرة هو الوصول لاستصدار حكم يضع حدا للنزاع ويقر الحقوق المدعى بها. التمسعي لم يرفع دعواه ويدلي به، يذاته ويجمع أدلته الا للحصول على حكم يؤيد حقه، والادعى عليه لم يحدث سر أمام المحكمة ويكتف دفاعه إلا لمنع صدور حكم يلزمه بالاداء أو بتسليم المتنازع حوله.

وهذا الحكم عند تحريره لا بد ان تحترم عدة مقتضيات نص عليها القانون وخاصة الفصل 123 م.م.ت، بالإضافة إلى تعدد أنواع الأحكام فمنها المقررة لحق أو منشئة له ومنها النهائي ومنها الابتدائي، علاوة على الآثار التي تنجر عنه ومنها استنفاد المحكمة المصدرة ولايتها ولا يمكنها إعادة النظر في نفس الخصومة وبين نفس الأطراف، إلا ان هذه القاعدة لها استثناءات تتمثل في امكانية تفسير ما غمض من مقتضياته دون الزيادة في منطوقه عملاً بأحكام الفصل 124 من م.م.ت. أو اصلاح ما تسرب له من أغلاط مادية في الاسماء أو في الحساب عملاً بأحكام الفصل 256 م.م.ت. وهذا الحكم يحوز حجية وقتية إلى ان يستنفذ الحكم طرق الطعن فيه ويحوز على قوة الأمر المقضي به وينفذ طوعاً أو جبراً بواسطة القوة العامة.

الفصل الأول - الحكم وأنواعه :

الحكم هو القرار الصادر عن المحكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت اليها وفق قواعد المرافعات، سواء كان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه.⁽¹⁾ والحكم إذا صدر هو محاط بحصانة تتمثل في كونه صحيحاً من الناحية الشكلية والموضوعية ولا يمكن للمحكمة التي أصدرته ان تعدله ولا للمحكوم عليه ان يتخلص منه. وطالما هذه القرينة خطيرة فلقد تمت الإحاطة بالأحكام بعناية كبيرة وضبط المشرع كيفية تحريرها وتسبيبها وإيداع هذه المسودة بملف القضية وهو ما سنتعرض له في المبحث الأول.

والأحكام مختلفة ومتعددة ومنها المقرر لحق أو المنشئ له ومنها الابتدائي الدرجة والنهائي وهو ما سنتعرض له في المبحث الثاني :

المبحث الأول - تحرير الحكم وتسببيه :

إن الفصول 121 و 122 و 123 هي التي حددت كيفية تحرير الحكم والبيانات الواجبة الذكر والأجل المضروب لإنجاز ذلك، علاوة على تعليل المحكمة من الناحية القانونية والواقعية للنتيجة التي انتهت إليها وهو ما يسمى بتسبيب الأحكام وهو ما سنتطرق إليه في فقرتين متتاليتين.

الفقرة الأولى - تحرير الحكم :

إن الحكم تترتب عليه آثار هامة تتعلق بمنح الحماية القضائية ولذلك أوجب القانون ان تتضمن النسخة الأصلية بيانات معينة ذكرت بالفصل 123 م.م.ت. وان الترتيب الوارد بالفصل ليس حتمياً وواجب الاحترام أي انه لا يترتب على الاخلال به بطلان الحكم والحكم لا يبطل لخلوه من بيان لم يوجبه القانون كخلوه من بيان اسم كاتب الجلسة. اما النقص في البيانات المذكورة بالفصل 123 من م.م.ت. فهي موجبة للبطلان ولاستبيان ذلك فان النسخة الأصلية للحكم هي المرجع. وسنتولى التعرض لهذه البيانات على التوالي.

1 - الديباجة والمحكمة والتاريخ :

إن الأحكام تصدر باسم الشعب التونسي وتتخذ باسم رئيس الجمهورية عملاً بأحكام الفصل 253 م.م.ت، وبذلك لا بد ان تصدر الأحكام بهذا المصطلح. وهذا الإغفال لا يوجب البطلان ضرورة ان الحكم ما دام قد صدر من محكمة مشكلة وفقاً للقانون قد صدر باسم الشعب.⁽¹⁾ ويجب كذلك بيان المحكمة التي أصدرت الحكم وذلك للتأكد من ان الحكم صدر من محكمة مختصة، غير ان اغفال هذا البيان لا يترتب عنه البطلان ضرورة انه يمكن الالتجاء للمحكمة لتدارك الامر.

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون المدني"، ص. 698.

(1) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات والمدنية والتجارية"، منشأة المعارف بالاسكندرية ص. 712.

كما ان تاريخ الحكم بيان وجوبي وذلك لمعرفة بداية سريان الطعن في الأحكام التي يبدأ حساب أجل الطعن من تاريخ صدورها كأحكام الطلاق والخطا المادي في تاريخ صدور الحكم لا اثر له لان الأصل في ذلك هو محضر الجلسة الذي اعد لاثبات ما يجري فيها.

2 - بيان اسماء القضاة :

يجب ان يذكر بالحكم اسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا التصريح به مثمما اقتضاه الفصل 123 م.م.ت. وذلك للتأكد من ان الحكم صادر عن هيئة صالحة لإصداره وانها شكلت تشكيلا صحيحا.⁽¹⁾ وينص الفصل 121 من م.م.ت. على ان اسماء القضاة الواجب ذكرها هي اسماء الذين تلقوا المرافعة وحضروا المفاوضات وامضوا لائحة نص الحكم ومستنداته ويمكن ان يتغيب احدهم عند النطق بالحكم، على انه يجب ذكر المانع الشرعي اسفل الحكم والتصريح بالحكم بحضور قاض آخر.⁽²⁾ يتعين ان يبين الحكم ان القاضي الذي لم يحضر النطق به قد اشترك في المفاوضات ووقع على مسودته والا كان الحكم باطلا.⁽³⁾

أما إذا ورد اسم أحد القضاة خطأ في ديباجة الحكم ضمن أعضاء الهيئة التي أصدرته، فلن ذلك يعتبر خطأ ماديا لا يترتب عليه بطلان الحكم ويمكن اصلاحه، وهذا الاصلاح يجب ان يستمد مما هو ثابت بمحضر جلسة النطق بالحكم الذي يعتبر مكمل له وان تكون المحكمة قد انتهت إلى النتيجة بأسباب تؤدي إليها. ويكتفى بذكر اسماء القضاة الذين أصدروا الحكم واشتركوا في المفاوضات وذلك في صدر الحكم دون حاجة إلى اعادتها مرة أخرى في خاتمته، لكن يجب بيان اسماء القضاة والذين هم مجبرون بامضاء النسخة الأصلية للحكم علاوة على امضائهم بمحضر الجلسة المتضمن لنص الحكم وبلائحة الحكم في نصه ومستنداته.

3 - أسماء الخصوم :

- بموجب الفصل 123 من م.م.ت. يجب ان يبين بالحكم اسماء الخصوم وصفاتهم ومقراتهم وان استعمال صيغة الوجوب يقتضي انه يترتب على النقص أو الخطا الجسيم في اسماء الخصوم

بطلان الحكم وهذا البيان يقصد به التعريف بأشخاص وصفات الدائرة بينهم الخصومة التي يصدر فيها الحكم تعريفا مانعا من اللبس ويصلح ذلك خاصة عند التنفيذ، فاذا تسرب بالاسم نقص أو خطأ يترتب عليها التجهيل بالخصم أو اللبس في التعريف بشخصه مما قد يؤدي إلى عدم التعرف على حقيقة شخصيته أو إلى تغيير شخص بآخر لا شأن له بالخصومة فان الحكم يكون باطلا مع العلم ان البطلان لا يترتب بداهة الا على اغفال اسم الخصم الاصيل في النزاع، فلا يترتب البطلان على من طلب الحكم في مواجهته ولم توجه إليه طلبات ولم يدفع بدفع ولم يقدم طلبات ومثال ذلك صدور الحكم بحضور المتسوغ في نزاع بين المالك وشخص آخر حول ملكية المكري مثمما اقتضاه الفصل 752 من المجلة المدنية.

4 - موضوع الدعوى :

إن بيان موضوع الدعوى يعني ان يذكر في الحكم بايجاز ما يكون ذكره من الوقف ضروريا للفصل في الدعوى لتعلقه بسير الخصومة فيها وباعتباره حلقة من حلقاتها قام بين الأطراف نزاع بشأنه وبالتالي إذا أسس القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا و له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته أو غير مناقض ولكنه من غير الممكن منطقيا استخلاص الواقعة منه كان الحكم باطلا. وكذلك الأمر إذا لم يشتمل الحكم على الوقائع الضرورية المؤس عليها الحكم والموصلة إلى النتيجة التي انتهت إليها المحكمة.⁽¹⁾

5 - ملخص مقالات الخصوم :

إن هذا البيان هام جدا ضرورة ان ذكره في الحكم يحدد نطاق سلطة المحكمة في الفصل الدعوى، باعتبار ان هذه السلطة تحددها الطلبات الافتتاحية والدفع وأوجه الدفاع الجوهرية يجب ان تتعرض لها المحكمة. وان قصد المشرع من ذلك ان تحدد المحكمة موضوع الدع وأسبابها الجوهرية التي يجب ان تتعرض لها المحكمة. وان قصد المشرع من ذلك ان ت المحكمة موضوع الدعوى وسببها الجوهرية والدفع المدلى بها.⁽²⁾

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 632.

(2) إبراهيم سعد : "القانون القضائي الخاص"، ص. 245.

(1) إبراهيم سعد : "المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 239.

(2) نقض مصري 31 مارس 1988 تحت عدد 2023 الموسوعة ص. 13 رقم 19.

(3) للقرار التقني عدد 5101 الصادر في 1981/2/3 - م.ق.ت. لعام 1982، ص. 115.

والحكم يجب أن يتعرض إلى كافة طلبات الخصوم سواء كانت أصلية أو في قالب دعوى معارضة مقدمة من المدعى عليهم الأصليين أو من الغير الذي أصبح بعد ان تدخل في القضية خصما وذلك لمعرفة ما إذا كانت المحكمة قد اجابت على كافة الطلبات في منطوق الحكم أو تجاوزت موضوع الطلب القضائي بان قضت بأكثر من الطلبات أو بغير ما طلبه الخصوم.⁽¹⁾ وان ذلك من أسباب نقض الحكم وتعديله في الدرجة الثانية أو إحالته على المحكمة المصدرة له في الطور التعقيبي، اما ردود الخصوم ودفاعهم الجوهرى فذكرها يهدف إلى مراقبة بيان المحكمة لأسباب الحكم ضرورة ان المحكمة ملزمة ببحث ردود الخصوم وان تتولى الرد عليها، ويشمل ذلك وسائل الدفاع المتصلة بالوقائع سواء كانت وقائع مادية كظروف الحادث الذي على أساسه يطالب المتضرر بالتعويض أو وقائع قانونية كتمسك المدعى عليه بصورية العقد سند الدعوى فيجب على المحكمة الاجابة عن هذا الدفع وبيان الأحكام المنظمة للصورية وشروطها وأثارها وترتب الأثر القانوني الواجب الترتيب والا كان الحكم قاصرا لاخلاله بحق الدفاع.

وعليه، يجب أن يتضمن الحكم الطلبات والدفع و اغفال هذا البيان يؤدي إلى بطلان الحكم لخرقه حقوق الدفاع ولو لم ينص المشرع على ذلك، كما ان الحكم يجب ان يظهر منه ان المحكمة قد اطلعت على المؤيدات ومحصلتها وانتهت من خلالها إلى النتيجة التي قررتها بما يبنى عن بحث ودراسة أوراق الدعوى، ولذلك طالما قدم مؤيد له تأثير على وجه الفصل فلا بد من دراسته وبيان موقفها القانوني منه والا كان قاصر البيان وعرضة للنقض ان مارس الخصم حقه في الطعن.

6 - نص الحكم :

إن نص الحكم هو ما قضت به المحكمة في الطلبات المقدمة من الخصوم، وهو أهم اجزاء الحكم وبه تتحدد حقوق الخصوم المحكوم بها وهو الذي يحوز على الحجية ويطعن فيه المحكوم عليه. ويكون الحكم باطلا إذا خلا من المنطوق أو جاء منطوقه متناقضا ولا تستقيم اجزأؤه أو مبهما. والعبرة في معرفة ما حكم به وما لم يحكم به إنما هي القول الفصل في الدعوى ايا كان موضع هذا القول سواء أكان في منطوق الحكم ذاته أو في أسبابه التي تعد

جزءا من المنطوق ومكملة له. إنما لايجب ان يحدث هذا التناقض والابهام الذي يحول فهم ما قرره المحكمة وتنفيذ الحكم، ومثال ذلك ما ورد بمنطوق الحكم الابتدائي الذي قض بقسمة العقار موضوع الدعوى وفق الاقتراح الثالث من تقرير الاختبار. وبعد الاعلام ببل وفوات أجل الاستئناف أي صيرورة الحكم باتا أراد الأطراف تنفيذ الحكم فتبين بالاطلاع تقرير الاختبار أن به اقتراحين لقسمة العقار لا ثالث لهما ولا يمكن تنفيذ الحكم ر صيرورته باتا وذلك لبطلانه وتناقض منطوقه مع أسبابه.

وفي هذه الحالة يكون الأطراف مجبرين لإعادة نشر قضية لاستصدار حكم صحيح وق للتنفيذ أو الرجوع أمام الدائرة التي أصدرت الحكم للرجوع في حكمها المعدوم وإصدار حكم صحيح، وسنتعرض للأحكام المعدومة في الفصول اللاحقة.

الفقرة الثانية - تسبیب الأحكام :

أن المقصود بالتسبیب هو التعرض للسانيد الواقعية والقانونية التي على أساسها ص الحكم.⁽¹⁾ وهو من اشق المهمات لان تحرير الحكم وبيان أسبابه تتطلب من القاضي إبراز ق بما انتهى إليه كذلك إقناع الآخرين وكل من يتولى الاطلاع على حكمه بقصد مراقبته.⁽²⁾ و، اكدته محكمة التعقيب عندما أقرت ان "تعليل الأحكام أمر جوهرى لصحتها ولا يعتبر ان قانونيا الا إذا شمل كافة عناصر القضية وأدلتها وكان مجيبا عن الدفع الجوهرية التي لها على وجه الفصل والرد عليها بصورة تمكن محكمة التعقيب من إجراء حقها في سلامتها"⁽³⁾ والتسبیب ضروري لاستعمال حق الطعن ضرورة انه عن طريق الأسباب الوا والقانونية يستطيع المحكوم عليه معرفة العيوب التي شابت الحكم علاوة على انها تمكّر التحليل العلمي للأحكام واستخلاص اتجاهاتها بما يساعد على حسن تطبيق القانون وتاويله

(1) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، 1990 - ص. 753.

(2) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام"، منشأة المعارف بالاسكندرية - ص. 172.

(3) القرار التعقيبي عدد 19951 في 14 أكتوبر 1990 - نشرة محكمة التعقيب 1990 - ص. 21.

(4) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق - ص. 637.

(1) إبراهيم سعد : "المرجع السابق"، ص. 249.

ولذلك يجب ان يشتمل الحكم على الأسباب التي بنيت عليه وإلا كان باطلا. ويقوم القاضي عند تحريره للحكم باستعراض الوقائع وملاحظات الخصوم حولها وبيان ثبوتها من عدمه وهو ما يسمى بالأسباب الواقعية ويتم تكييف الوقائع لتطبيق القاعدة القانونية التي يراها منطبقة ولا يتقيد بالقاعدة التي تمسك بها الخصوم وهو ما يسمى بالأسباب القانونية.

1 - الأسباب الواقعية :

إن المقصود بالأسباب الواقعية هو بيان الوقائع والأدلة التي يستند إليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود واقعة أساسية للحكم، ولذلك يجب التعرض لوقائع الدعوى دون تحريف وان يتجلى من أسباب الحكم ان الوقائع اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية قد توفرت في الدعوى املا إذا تبين ان أسباب الحكم لاتخول تطبيق القاعدة القانونية التي اسست عليها المحكمة قضاءها كان الحكم معيبا في تسببيه ويحكم بطلانه ضرورة انه لسلامة الحكم ان لا يصدر على أساس فكرة غامضة لم تتضح معالمها ولا بد من استخلاص ثبوت الوقائع حتى تتمكن محكمة الدرجة الثانية أو محكمة التعقيب من سلامة تطبيق القانون وصحة تأويله.⁽¹⁾

ولذلك فان الحكم يكون باطلا لقصور في تسببيه إذا أهمل الرد على دفاع الخصم أو إذا أهمل الحكم في قضية استحقاقية على أساس التقادم المكسب للملكية التعرض لشروط الحيازة والوقائع المؤدية إلى توافرها أو إذا قضت محكمة الاستئناف بسقوط حق المستأنف لفوات أجل الطعن واغفلت بحث ما إذا كان الاعلام بالحكم كان كما يجب أم لا ضرورة ان الفصل 141 من م.م.ت. اقتضى ان "الاجل المضروب للاستئناف عشرون يوما تبتدىء من تاريخ بلوغ الاعلام بالحكم كما يجب للمحكوم عليه..."

الوقائع التي عرضها الخصوم وطلباتهم وأدلتهم ودفعوهم يجب ان تسرد كاملة وتبحث ويقع الرد عليها بدقة لبيان الصحيح منها والمعتمد كأساس للحكم، فإذا لم يتم ذلك كان الحكم قاصرا في أسبابه وعرضة للإلغاء عن طريق الطعن. وأسباب الحكم يجب ان تكون على جوهر النزاع، اما إذا كان الأمر خلاف ذلك ودار ذكر الأسباب حول مسألة هامشية في

(1) وجدي راغب : "أصول المحاكمات المدنية والتجارية"، ص. 593.

النزاع كان الحكم قاصر الأسباب ويمكن للمحكوم عليه الطعن ويبين مواضع القصور سواء تعلقت بعدم كفاية الأسباب أو بانعدامها بأن لم يقع الرد على طلب أو دفاع أو مستند جوهري.⁽¹⁾ وفقه القضاء مستقر حول هذه المسألة ومن ذلك قرار محكمة التعقيب الذي ورد بإحدى حيثياته انه "على المحكمة ان تفحص المؤيدات وتبين رايها فيها خاصة إذا كان لها تأثير على وجه الفصل والا فحكمها قاصر التعليل ومعرض للنقض".⁽²⁾

2 - الأسباب القانونية :

إن الأسباب القانونية هي السند القانوني والحجج القانونية التي اسس عليها الحكم بعدد تكييفه للوقائع وتحديد القاعدة القانونية المنطبقة دون التقيد بالسند الذي تمسك به الخصوم. والقصور في أسباب الحكم القانونية لا يعيب الحكم وهو ما استقر عليه فقه القضاء وخاصة أحد قرارات محكمة التعقيب الذي ورد به أن "ولئن أوجب الفصل 123 م.م.ت. تضمين المستندات الواقعية والقانونية بالحكم الا انه لم يوجب بيان النص القانوني به طالما كانت النتيجة التي انتهت إليها المحكمة صحيحة".⁽³⁾

وتبعا لذلك فإن القصور يشوب الحكم إذا حصل نقص في الوقائع أو تحريف لها دون الأسباب القانونية ضرورة ان النقص أو التحريف في الوقائع هو الذي يؤثر على القاعدة القانونية المنطبقة ويعوق محكمة التعقيب عن أداء مهمتها في مراقبة صحة تطبيق القانون. ولذلك فالقاضي ملزم بتقديم العناصر التي تبين كيفية اقتناعه وان تكون هذه الوقائع كافية لتطبيق قاعدة قانونية دون أخرى وتوصل بالضرورة إلى النتيجة التي انتهى إليها.⁽⁴⁾

ولذلك لابد من توفر عدة شروط ليكون الحكم معطلا لتعليل كافيا وموصلا إلى منظوقه.

(1) عزمي عبد الفتاح : "تسبيب الأحكام"، المرجع السابق - ص. 388.

(2) القرار التعقيبي عدد 2367 الصادر في 22 أوت 1979 - نشرية محكمة التعقيب 1979 ص. 44.

(3) القرار التعقيبي عدد 14963 الصادر في 6 فيفري 1986 - نشرية محكمة التعقيب 1986 - الجزء الأول

ص. 71.

(4) عزمي عبد الفتاح : "تسبيب الأحكام"، المرجع السابق - ص. 388.

أ - وجوب استخراج الأسباب من أوراق القضية :

يجب على القاضي ان يستخرج أسباب الحكم من العناصر القائمة في الدعوى والتي طرحها للنقاش بين الخصوم حتى تحترم حقوق الدفاع. وبموجب ذلك، لا يمكن للقاضي أن يستند على عمله الشخصي أي أنه لا يجوز له تأسيس حكمه الا على وقائع مقدمة من الخصوم ومثبتة من طرفهم ومرد ذلك ان القاضي محايد ويقتصر دوره على تلقى منازعات المتقاضين للفصل فيها طبق القانون دون المساس بعناصرها الواقعية. فان لم يلتزم بذلك يكون قد حاد عن الحياد المفترض فيه.⁽¹⁾

ورغم ذلك فالقاضي ليس معزولا عن المجتمع وقد يلجأ إلى استعمال معلوماته الخاصة أحيانا أثناء التكيف القانوني وللأفلات من رقابة المحكمة الأعلى درجة لا يشير إلى مصادر معلوماته علاوة على ان بعض المعلومات العامة لا تعتبر شخصية خاصة إذا تعلقت ببعض العادات التجارية أو المصرفية والعرف مصدر من مصادر القانون ويفترض في القاضي العلم بالقانون، وبالتالي قد تشابكت المسائل ومن الصعب بمكان التفريق تقريبا جازما بين الأسباب الواقعية والأسباب القانونية ولا يوجد معيار يمكن من تحديد ما يعتبر واقعا وما يعتبر قانونا في نزاع معين.⁽²⁾

وإذا ما سلمنا أن المحكمة ملزمة باستخراج الأسباب القانونية من الوقائع، الا ان ذلك لايعنى انها ملزمة بالتكيف القانوني المتمسك به من الخصوم ضرورة ان تكيف الدعوى من سلطة المحكمة، باعتبار ان تكيف المدعي لدعواه تكيفا خاطئا لا يمنع المحكمة من اعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها التكيف القانوني الصحيح.

ب - وجوب ورود الأسباب بالحكم :

إن الحكم عمل قانوني يحمل دليل صحته ويقضي ذلك ان تكون الأسباب مضمنة به، ولا يجوز الإشارة إلى أسباب مضمنة بأحكام أخرى، غير انه إذا كان الحكم صادرا في نفس النزاع ان تحيل المحكمة على الأسباب الواردة في حكم آخر سبق صدوره في نفس النزاع كان تحيل

(1) نبيل إسماعيل عمر : "امتناع القاضي عن القضاء بعلمه"، ص. 128.

(2) نبيل إسماعيل عمر : "النظرية العامة للطعن بالنقض"، ص. 139.

محكمة الاستئناف إذا حكمت بإقرار الحكم الابتدائي إلى الأسباب الواردة به.⁽¹⁾ وعلى شرط ان يكون الحكم قد اودع ملف الدعوى وترافع الخصوم في دلالته وان يكون صحيحا لم يشبه بطلان⁽²⁾ والا تكون أسباب الحكم المحال إليه معيبة.⁽³⁾

ج - وجوب ان تكون الأسباب منطقية :

إن القاضي ملزم بتسبيب قضائه بأسباب واضحة ومنطقية تدل دلالة جلية على انه بحث وقائع القضية بحثا دقيقا، ولذلك من الضروري بيان الوقائع التي استند اليها الحكم والادلة المثبتة لها، فلا يكفي ان تقرر المحكمة ثبوت الواقعة دون بيان كيفية ذلك الثبوت بأدلة قانونية.

وبالإضافة إلى ذلك يجب ان تكون الأسباب منطقية على ان يتوافق منطق الحكم بالأسباب التي تؤدي إلى النتيجة التي توصلت اليها المحكمة⁽⁴⁾ والا كان تقدير المحكمة غير سانع ويعرض حكمها للنقض⁽⁵⁾ وبالتالي ان المحكمة ملزمة بالوصول إلى نتيجة مستخرجة من الوقائع التي ساققتها. وهذا الاستخراج ينهض على عدة قرائن ويتم بالوصول إلى أمر مجهول عبر واقعة ثابتة ومعلومة. ومثال ذلك ان تستند المحكمة على عدة قرائن وتستدل بها مجتمعة دون بيان أثر كل واحدة منها في تكوين يقين المحكمة فان عدم ثبوت إحدى هذه القرائن يجعل الحكم مشوبا بالخطا في الاستدلال وضعيف التعليل.⁽⁶⁾

كما ان شرط منطقية الأسباب يقتضي ان لا تكون متناقضة فيما بينها أو مع منطق الحكم، ويظهر هذا التناقض إذا تعارضت الأسباب ويسقط بعضها بعضا ولا يبقى منها ما يعلل ويبرر الحكم، ومثال ذلك ان ينتهي الحكم الاستئنافي في أسبابه إلى خلاف ما قضى به الحكم الابتدائي ومع ذلك يخلص إلى تأييده ويكون هنا تناقض بين الأسباب والمنطوق توجب

(1) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، ص. 278.

(2) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 639.

(3) فتحي والي، المرجع السابق - ص. 640.

(4) وجدي راعب، المرجع السابق ص. 595.

(5) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 641.

(6) أحمد أبو السعود : "نظرية بطلان الأحكام"، ص. 192.

نقض الحكم إذا مارس المحكوم ضده حقه في الطعن.

المبحث الثاني - أنواع الأحكام:

إن الأحكام كثيرة ومتنوعة ولل فقهاء آراء متعددة في تقسيمها على أساس عدة معايير. فمنهم من قسمها بالنظر إلى مضمون الحكم ويكون الحكم إما مقررًا أو منشئًا لحق. ومنهم من فرق بين الأحكام المنهية للخصومة والأحكام التي تحفظ الحق من التلاشي وقتيا إلى حين صدور الحكم في الأصل وهي الأحكام القطعية والأحكام الوقتية. كما تم التقسيم حسب قابلية الحكم للطعن من عدمه وهي الأحكام الابتدائية القابلة للطعن بالاستئناف والأحكام النهائية الغير قابلة لهذا الطعن. وأخيرا فرق بعض الفقهاء بين الحكم الباطل الذي لم يحرر طبق القانون ولم يتضمن البيانات التي يوجبها القانون أو صدر على أساس إجراء باطل والحكم المعدوم الذي صدر ضد مبيت أو صدر ضد من لم يستدعى تماما للحضور والجواب عن حقوقه وبالتالي لم تنعقد الخصومة في حقه ويكون الحكم الصادر ضده معدوما، وهذا التفريق له أهميته في الطعن في الحكم الباطل والحكم المعدوم.

الفقرة الأولى - الأحكام المقررة والأحكام المنشئة:

إن الحكم التقريري هو الذي يؤكد وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني أو واقعة قانونية، وبذلك يزول التشكك حول هذا الوجود⁽¹⁾ ومن أمثلة هذه الأحكام القانونية بثبوت الزيجات العرفية ضرورة أنه حال صدور قانون الأحوال الشخصية أصبح الزواج لا يثبت إلا بحجة رسمية إلا أن الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم تبقى سارية ونافة، لذلك قام بعض المواطنين لاثبات الزواج العرفي المبرم قبل عام 1956 واستجابت المحاكم لطباتهم وقضت بثبوت الزواج العرفي.

وفي هذه الحالة ينظر إلى الحق أو المركز القانوني في ذاته من حيث وجوده في الحياة القانونية، ولذلك أن صورة الحماية لا تواجه اعتداء يظهر في شكل مخالفة للالتزام وإنما تواجه مجرد اعتراض ويكفي لرد هذا الاعتراض صدور حكم يقرر وجود هذا الحق أو المركز القانوني ضرورة أن هذا التقرير يزيل حالة عدم التأكيد التي أثارها الاعتراض وذلك دون حاجة لأن

يتضمن أي التزام إنما يعاين وجود الحق.

أما الحكم المنشئ فهو الحكم الذي يقرر حقا إراديا أي سلطة أحداث أثر قانوني بارادة صاحبه. ويكون إما بنشأة حق جديد أو مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قائم أو إنهائه ويترتب الأثر لصالح صاحب الحق في مواجهة خصمه الذي لا يلتزم بالاداء إنما بالخضوع للأثر القانوني. ومن أمثلة هذه الأحكام الحكم القاضي بفسخ أو بطلان عقد أو بتصفية شركة بعد حلها أو برجوع واهب في هبته.⁽¹⁾

وإن الحكم المنشئ يحدث تغييرا قانونيا فيجب أن يكون له أثر فوري أي أن إبطال العقد يكون له أثر فوري دون أن ينسحب على الماضي غير أن المشرع يجعل له أثر رجعي بنص صريح ويعود الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب أن يرد ما قبض بموجب العقد. والحكم المنشئ يحوز حجية الأمر المقضي إلا أنه لا يصلح سندا تنفيذيا لأن الحماية القضائية تتحقق بالحكم دون حاجة لحماية لاحقه عن طريق إجراءات التنفيذ وذلك في أغلب الحالات وشريطة أن لا يكون متضمنا لفرع قضى بالالتزام.

الفقرة الثانية - الحكم القطعي والحكم الوقتي:

الحكم القطعي هو الذي يضع حدا للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من المحكمة المصدرة له ولا يجوز العدول عنه من ذات المحكمة التي أصدرته ولو كان باطلا أو مؤسسا على إجراءات باطلة. وتعتبر أحكاما قطعية الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى وبعض الأحكام الإجرائية مثل تلك الصادرة في اختصاص المحكمة أو بسقوط الطعن.

وطالما حسمت المحكمة النزاع في المسألة المعروضة عليها فإن سلطتها بشأنها تنقضي ولا تبقى لها أية ولاية في إعادة البحث أو تعديل ما قضى به ولو باتفاق الخصوم. أما الأحكام الوقتية فالغرض منها اتخاذ إجراء تحفظي لحماية مصالح الخصوم إلى حين

(1) فحى والى: مناهج البحث في قانون المرافعات، ص. 20.

(1) سوليس وبيرو: "القانون القضائي الخاص"، الجزء الأول - ص. 209.

الفصل في موضوع النزاع وبذلك أن القصد منها تفادي الأضرار الناتجة عن طول إجراءات التقاضي دون الفصل في الموضوع ومن أمثلة هذه الأحكام تلك القاضية بتعيين حارس قضائي على عقار متنازع على ملكيته. وهذه الأحكام تفصل لمدة مؤقتة في طابات قائمة على وقائع متغيرة ولذلك فهي تحوز حجبة مؤقتة وبالتالي إذا تغير مركز الخصوم وتغيرت الظروف القائمة عليها الحكم الوقتي أمكن تعديله وفق الظروف الجديدة، ولذلك فالأحكام الوقتية لا حجبة لها أمام محكمة الموضوع إذ أنها لم تفصل في موضوع النزاع.⁽¹⁾

أما الأحكام المتعلقة بسير الدعوى وبإجراءات الإثبات فهي غير قطعية وتنقسم إلى أحكام تمهيدية وأحكام تحضيرية كالأحكام التي تعين خبيراً أو تقرر إجراء معاينة من طرف المحكمة فهي أحكام تقتصر على تنظيم سير الخصومة وتحقيقها والإجراءات المتعلقة بها وترمي إلى أعداد القضية للحكم في موضوعها⁽²⁾ وهذه الأحكام لا تحسم موضوع النزاع ولا جزءاً منه ومن ثم لا تستفد المحكمة ولايتها بإصدار الحكم غير القطعي ويجوز لها تبعاً لذلك العدول عنه.

الفقرة الثالثة - الحكم الابتدائي والحكم النهائي والبات :

الحكم الابتدائي هو الذي تصدره محكمة الدرجة الأولى سواء كانت محكمة ابتدائية أو محكمة ناحية ويكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف.

أما الحكم النهائي فهو الحكم غير القابل للطعن بالاستئناف ويكون حائزاً لقوة الأمر المقضي لأنه لا يقبل الطعن بطرق الطعن العادية.

وفي تشريعنا أصبحت كل الأحكام ابتدائية حتى حكم النفقة الذي لا يتجاوز المبلغ المحكوم به سنوياً مائتين وأربعين ديناراً بعد تنقيح الفصل ص 39 من م.م.م. بموجب القانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 23 مايو 1994.

أما الحكم البات فهو الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو

الغير عادية ولا يجوز إلغاؤه أو تعديله لأن الأحكام لا تكون محل دعوى مبتدئة للبطلان⁽¹⁾ ولا يجوز ذلك إلا بمناسية الطعن في الحكم بالاستئناف إن كان قابلاً لذلك، أو بالتعقيب ونثار مسألة البطلان من ضمن أسباب الطعن الأخرى وأهمية التقسيم الذي أوردناه تكمن في تحديد طرق الطعن في الحكم، باعتبار أن الحكم الابتدائي قابل للطعن بالاستئناف في حين أن الحكم النهائي لا يقبل الطعن إلا بالتعقيب أو بالتماس إعادة النظر.

كما تكمن أهمية التقسيم في تحديد الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري وهي الأحكام النهائية والأحكام الابتدائية الممهورة بالنفذ العاجل.

ورغم ذلك فليس كل الأحكام النهائية قابلة للتنفيذ الجبري باستثناء الأحكام الملزمة أي القاضية بتسليم مبلغ من المال أو عقار أما الأحكام المقررة وهي القاضية بوجود حق أو عدم وجوده، والأحكام المنشئة التي تنشئ مركزاً قانونياً جديداً أو منهيّة له فإنه بمجرد صدور ما تحقق الحماية القانونية دون حاجة إلى إجراءات التنفيذ الجبري.⁽²⁾

الفقرة الرابعة - الحكم الباطل والحكم المنعقد :

إن الحكم الباطل هو الحكم الصادر دون مراعاة الموجبات الشكلية التي حددها المشرع بالفصول 121، 122، 123 من م.م.م. المتعلقة بالمفاوضة وتحرير الحكم والنطق بمنطوقه أو الإجراءات السابقة له وهي الاستدعاء للجلسة وعريضة الدعوى. ولذلك فمسألة بطلان الحكم تقتضي النظر إلى صحته من الناحية الشكلية باعتباره عملاً إجرائياً وبغض النظر عن مضمونه أي عن سلامة التقدير القضائي الذي انتهى إليه الحكم. ومن أمثلة ذلك الحكم الصادر دون إمضاء القاض الثالث الذي شارك في المفاوضة أو خلو الحكم من الأسباب أو غموضها.

كما يكون الحكم باطلاً ليعيب في الإجراءات السابقة على صدوره كأن يصدر الحكم على أساس استدعاء للجلسة الأولى ويكون باطلاً.

(1) محمود هاشم : "المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 398.

(2) إبراهيم سعد، المرجع السابق - ص. 194.

(1) أحمد ماهر زغلول : "أعمال القاضي التي تحوز الحجبة"، ص. 75.

(2) إبراهيم سعد، المرجع السابق ص. 201.

والحكم الباطل إذا كان قطعياً يحوز حجية الشيء المقضي به ويكون له وجوداً قانونياً إلى أن يتقرر بطلانه وبناء على هذا الوجود القانوني يولد آثاراً قانونية هي الآثار التي تنتجها الأحكام القضائية.

وللحيلولة دون أن ينتج الحكم آثاراً لأبد من الطعن فيه ضرورة أنه لا يجوز المطالبة بأبطال الأحكام القضائية عن طريق رفع دعوى قضائية مبتدأة. وعند الطعن في حكم بهدف التوصل إلى تقرير بطلانه فإنه من الواجب التمسك بالبطلان قبل الخوض في الأصل لأن التكلم في الموضوع يعد تسليمًا بصحة الحكم. وإذا ما قضت محكمة الاستئناف ببطلان الحكم فإنها تحكم في أصل الدعوى شريطة أن تكون محكمة البداية قد استنفذت ولايتها⁽¹⁾.

أما إذا لم تستنفذ ولايتها فيجب على محكمة الطعن أن تقضي بالبطلان وإرجاع القضية لمحكمة البداية لمواصلة النظر في الدعوى عملاً بأحكام الفصل 149 م.م. م.ت أما الحكم المنعقد فهو المفقود لركن أساسي من أركانه وجوده، وذلك على خلاف الحكم الباطل الذي توفرت أركانه وجوده ولكن شابها عيب متعلق بشروط الصحة.

ومن أمثلة الأحكام المنعقدة تلك التي تصدر من قاض لم يحلف اليمين أو زالت عنه ولاية القضاء أو الحكم الصادر عن قاضيين عوضاً عن ثلاثة ويثبت ذلك بالإمضاءات على محضر الجلسة الحكيمة وكذلك الحكم الصادر على من لم يستدعى للجلسة الأولى أو تم استدعاؤه بإجراء معدوم والحكم الصادر على ميت.

والحكم المنعقد هو والعدم سواء ولا يترتب عليه أي أثر قانوني ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه، وإنما يكفي إنكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء، ويجوز رفع دعوى مبتدئة لطلب انعدامه ولا تزول حالة انعدامه بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً⁽²⁾ ويكون القيام أمام المحكمة التي أصدرت الحكم باعتبارها لم تستنفذ ولايتها ويطلب منها الرجوع في حكمها وإصدار حكم ثان بين الأطراف المتنازعة.

(1) نبيل عمر إسماعيل : "الطعن بالاستئناف"، ص. 144.

نبيل إسماعيل عمر : "الطعن بالنقض"، ص. 200.

(2) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، ص. 227.

الفصل الثاني - آثار الأحكام :

أن الحكم الصادر في نزاع يترتب عليه حسم ذلك النزاع ويمنع على سائر المحاكم بما في ذلك المحكمة التي أصدرت الحكم إعادة النظر فيما قضى به وهو ما يسمى باستنفاد المحكمة لولايتها، والأحكام بطبيعة الحال لا تنشئ كقاعدة عامة حقوقاً للمتناقضين بل هي تبين ما كان له من حقوق نشأت قبل رفع الدعوى. فالحكم لا ينشئ حقاً جديداً، وليس من شأنه أن يجدده بل هو يقويه والأصل أن آثار الأحكام تسري كقاعدة عامة من وقت صدورها. مع أن المطالبة القضائية لها آثار هامة تسري من وقت رفع الدعوى ويؤكد هذا الحكم الصادر فيها.

ولذلك سنتولى عرض الآثار الهامة والمتمثلة في خروج النزاع من ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم والاستثناءات الواردة على هذا المبدأ وهي إمكانية إصلاح الحكم أو تفسيره من طرف المحكمة التي أصدرت الحكم. والآثر الثاني هو حجية الأمر المقضي إلى حين اكتسابه قوة الأمر المقضي وصيرورته باتاً أو إلغائه من محكمة الدرجة الثانية.

المبحث الأول - استنفاد الولاية :

ما أن يصدر الحكم الحاسم للنزاع حتى تستنفذ المحكمة ولايتها في ذلك النزاع ولا يمكن إعادة النظر في ذات النزاع مرة أخرى وهو ما سنتولى درسه وعرضه في فقرة أولى ثم التطرق لاستثناءات هذا المبدأ وهي إصلاح الأخطاء المادية عملاً بأحكام الفصل 256 م.م.م.ت. وشرح الحكم أن اعتراه لبس أو غموض عملاً بأحكام الفصل 124 م.م.م.ت.

الفقرة الأولى - مفهوم استنفاد الولاية :

أن هدف الخصومة القضائية هو الحصول على حماية وعلى حكم حاسم للنزاع دون تأخير ولتيسر ذلك تم إقرار مبدأ يتمثل في أن المحكمة التي فصلت في نزاع معروض عليها انقضت سلطتها وخرج ذلك النزاع عن ولايتها⁽¹⁾ ولا يمكنها الرجوع في الحكم ولو تبين لها خطأه تعديله ولو ثبتت عدم صحته وذلك من حين النطق به.

(1) نبيل إسماعيل عمر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشآت المعارف بالإسكندرية - ص. 572.

واستنفاد الولاية لا يقوم على عدم اختصاص المحكمة لأنها مختصة بالنظر في النزاع بدليل أنها أصدرت الحكم إنما لسقوط حق المحكمة في النظر فيما سبق لها النظر فيه ضرورة أنه لا يجب الفصل في موضوع واحد مرتين من محكمة واحدة حتى لا تتضارب الأحكام.

ومبدأ استنفاد الولاية ينسحب على الأحكام القطعية التي لا يجوز العدول عنها ولو كانت باطلة أو مؤسسة على إجراء باطل ومعنى ذلك أن الأحكام القطعية لها حصانة تحول دون المساس بها من طرف المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم لأن قواعد الولاية تهم النظام العام.⁽¹⁾

ومبدأ استنفاد الولاية له من الشبه بحجية الأمر المقضي ذلك أن الحصانة التي تترتب عن استنفاد الولاية يقصد منها أن تنظر المسألة الواحدة مرتين وهو نفس الهدف المراد من حجية الأمر المقضي. في حين أن الاختلاف يكمن في أن الحجية هي صفة من مضمون الحكم وخارجة عن الإجراءات التي على أساسها تم الحكم، بينما استنفاد الولاية هي نتيجة للصفة القطعية في الحكم أي أنها صفة في الحكم ذاته كعمل قانوني داخل الإجراءات التي صدر فيها⁽²⁾ علاوة على أن الحجية هي الأثر الأساسي للحكم في حين أن استنفاد الولاية هي الوسيلة لدوام الاستمرارية لهذا الأثر.⁽³⁾

الفقرة الثانية - الاستثناءات من مبدأ استنفاد الولاية :

أن المحكمة لا تستنفذ ولايتها وبممكنها إذا ما ثبت حصول غلط في الحكم الصادر عنها أن تتولى إصلاحه من تلقاء نفسها أو بطلب أحد الخصوم، عملاً بأحكام الفصل 256 من م.م.ت.

كما أنه إذا ما ثبت حصول ليس أو غموض يحولان دون تنفيذ الحكم قلها أن تقوم بنفسه وتبين ما غمض دون زيادة أو نقصان في منطوقه إذا طلب منها أحد الخصوم ذلك عملاً بأحكام الفصل 124 من نفس المجلة.

(1) أحمد ماهر زغلول : "مراجعة الأحكام بغير طريق الطعن فيها"، 1993 - ص. 23.

(2) نبيل إسماعيل عمر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، المرجع السابق - ص. 357.

(3) أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق - ص. 26.

1 - إصلاح الأحكام :

اقتضى الفصل 256 من م.م.ت أن "الغلط في الرسم أو الغلطات المادية في الاسم والحساب أو غير ذلك من الاخلالات المبينة من نوع ما ذكر يجب على المحكمة دائماً إصلاحها ولو من تلقاء نفسها. ويحكم في إصلاح الغلط والإخلال بدون سبق مرافعة شفهية. ويجب أن ينص بطرة أصل الحكم وبالنسخ المعطاة منه على الحكم الصادر بالإصلاح".

ويستخلص من الفصل المذكور أنه لإجراء الإصلاح يجب أن تكون الأغلاط المراد إصلاحها مادية بحتة والقصد من ذلك الغلط في التقدير⁽¹⁾ أي الغلط في الأسماء والأرقام.

والغلط المادي يكون حسابياً أو كتابياً فالغلط الحسابي هو غلط في إجراء عملية حسابية كالخطأ في الجمع عند احتساب المبالغ المستحقة للدائنين أو خطأ في الطرح عند حساب الأقساء المسددة والمبلغ المحكوم به.

أما الأخطاء الكتابية فهي تشمل كل أخطاء السهو كالخطأ في الاسم أو الرقم كرقم الرسم العقاري موضوع الدعوى أو الغلط في تاريخ الحكم ويتم الإصلاح بالرجوع إلى محضر الجلسة الحكيمة.

والغلط المادي يمكن أن يحصل في منطوق الحكم أو في جزء آخر من الحكم مكم للمنطوق أي في أسباب جوهرية ومؤثرة فيما يستفاد منه إلا أنه يجب أن يكون هذا الغلط واضحاً من بيانات الحكم أو من مقارنة المنطوق بالأسباب حتى لا يكون الإصلاح ذريعة لتعديل الحكم. وإصلاح الأغلاط المادية لا يمثل مساساً بالحكم بل عكس ذلك أنه دليل على احترام مقصد المحكمة طالما يوجد ما يؤكد هذا المقصد، ألا أنه لا يجب أن يتخذ ذريعة لتعديل الأحكام باعتبار أنه لا يمكن للمحكمة أن تتجاوز حدود مجرد الإصلاح لتعديل مضمون الحكم وإلا جاز الطعن بقرار الإصلاح بنفس الطرق المتاحة بالنسبة للحكم موضوع الإصلاح.

وتقوم المحكمة بالإصلاح من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم في أي وقت

(1) فتحى والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق - ص. 651.

طالما أن الحكم ما زال قائما ولم يُلغ. (1)

وتنظر المحكمة طلب الإصلاح في غرفة الشورى بغير مرافعة أي دون سماع دفاع أي من الخصوم ولا يتم استدعاء الطرف الآخر وتصدر المحكمة قرار الإصلاح ويقوم كاتب المحكمة بإجراء هذا الإصلاح على نسخة الحكم الأصلية ويمضيه رئيس الدائرة والفاضلين العضوين في الدائرة ويطعن في القرار بمفرده حتى وإن انقضى ميعاد الطعن بالنسبة للحكم.

والقرار الصادر سواء بالإصلاح أو برفضه يرتبط بالحكم ارتباطا وثيقا ويترتب على هذا الارتباط أن قرار الإصلاح تكون له نفس طبيعة الحكم وبالتالي يجوز الطعن فيه إذا كان الحكم قابلا للطعن غير أن هذه الإمكانية مسموح بها إذا تجاوزت المحكمة صلاحياتها وعدلت الحكم.

كما أن القرار يبقى طالما الحكم ساري المفعول ويزول بزواله لأنه سند وجوده وأساسه. (2)

2 - تفسير الأحكام :

اقتضى الفصل 124 من م.م.ت أن "المحكمة التي صدر منها الحكم لها وحدها النظر في شرح حكمها بطلب من الخصوم يقدم كتابة لرئيس المحكمة، وتتولى المحكمة شرح الحكم بحجة 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".

ويخلص من الفصل المذكور أنه إذا أصدرت المحكمة حكما غامضا أو مبهما جاز لأحد الخصوم تقديم طلب تفسير، ويقصد بالتفسير هو إيضاح الغامض ورفع الإبهام وذلك بتحديد مضمون الحكم بدقة من عناصره وليس البحث عن إرادة القاضي الذي أصدره. (3)

وإن تفسير الحكم لا يكون ضروريا إلا إذا شاب غموض أو إبهام في منطوقه مما يصعب معه التنفيذ، وقد يكون سبب الإبهام أو الغموض هو استعمال القاضي لعبارات لا تدل

بدقة على مضمون الحكم.

وقرار التفسير يتخذ من طرف المحكمة التي أصدرت الحكم وليس من الضروري أن يقوم بالتفسير القضاة الذين أصدروا الحكم ضرورة أن الأمر لا يتعلق بالبحث عن إرادتهم إنما يتعلق بتفسير موضوعي حسب ما ورد بالأسباب الواقعية والقانونية. (1)

وطلب التفسير يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم وتتنظره بحجة الشورى دون سماع الخصوم وبدون مرافعة وتصدر قرارا قطعيا تفصل فيه المحكمة مسألة مطروحة عليها وذلك بالنفي أو الإيجاب، ويترتب على ذلك استنفاد سلطة المحكمة وبالتالي إن نقضته محكمة الاستئناف فأنها تفصل في مسألة التفسير التي انتقلت إليها نتيجة الطعن في الحكم (2) والقرار التفسيري يرتبط ارتباطا وثيقا بالحكم الذي يفسره فهو امتداد له وجزء لا يتجزأ منه، وبالتالي إذا نقض الحكم فإن القرار التفسيري يلقي نفس المصير ويمكن الطعن في القرار التفسيري مع الحكم وبنفس إجراءات الطعن في الأحكام.

المبحث الثاني - حجة الأمر المقضي :

إن الوقائع التي طرحت على القضاء وصدر في شأنها حكم لا يمكن إعادة عرضها من جديد على القضاء إلا بطريق الطعن إن كان ممكنا والعلة في ذلك أن لا تتأبد النزاعات وتتعطل المعاملات بين الناس، بالإضافة إلى إمكانية تناقض الأحكام مما يفقد القضاء هيئته ويزعزع ثقة الناس فيه.

لكل هذه الاعتبارات نظم المشرع فكرة مؤداها أن الحكم حجة فيما فصل فيه ويقصد بذلك حجة الأمر المقضي التي عرفت بكونها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس مؤداها أن الحكم صدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع فهو حجة على ما قضى به. (3)

(1) فتحي والي، المرجع السابق ص. 653.

(2) أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق - ص. 237.

(3) أحمد أبو الوفاء : "المرافعات المدنية والتجارية"، المرجع السابق - ص. 780.

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق ص. 651.

(2) أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق - ص. 120.

(3) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق ص. 652.

وأن الأثر الأساسي للحجية هو عدم جواز إعادة النظر في الدعوى وأن لا تنتظر نفس الدعوى مرتين بدليل أن المشرع خول التمسك بسبق النشر عملاً بأحكام الفصل 15 من م.م.ت. وإلى جانب هذا الأثر يوجد آخر يتمثل في احترام مضمون الحكم القضائي في أي دعوى تتشور فيها المسألة التي فصل فيها الحكم ولأي من الأطراف أن يدفع بسبق النظر في المسألة.

وما يمكن ملاحظته أن حجية الأمر المقضي تختلف عن قوة الأمر المقضي ضرورة أن الحكم يتمتع بها بمجرد صدوره ولئن كان يقبل الطعن بطرق الطعن العادية أو غير العادية فـ حين أن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي هو الذي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه أو الذي يقبله إنما انقضى أجل الطعن أو حكم برفض الطعن أو سقوطه.

وبعد استعراض مفهوم الحجية لابد من التطرق لمداها في فقرة أولى وإلى نطاقتها في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى - مدى حجية الأمر المقضي :

إن المقصود بمدى الحجية هو زمن بدايتها وعمرها والأعمال التي تضي عليها الحجية وهل تثبت لأسباب الحكم ولمنطوقه ؟

1 - حيابة الحكم للحجية بمجرد صدوره :

إن الحكم القطعي الذي يضع حدا للنزاع في جملته أو في جزء منه يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره ولو كان باطلاً أو مؤسسا على إجراء باطل ولا يجوز للمحكمة التي أصدرته أو لغيرها من المحاكم من نفس الدرجة إعادة البت فيما فصل فيه.⁽¹⁾

وهذه الحجية التي يتمتع بها الحكم والتي تحول دون إعادة النظر في نفس المحكمة أو من غيرها من نفس الدرجة هي حجية مؤقتة تنقضي بمجرد الطعن في الحكم بالاستئناف وتبقى هذه الحجية موقوفة إلى حين صدور الحكم الاستئنافي الذي إن أيد الحكم الابتدائي أكد الحجية وأن نقضه أزال عنه الحجية. أما الحكم الابتدائي الذي لم يتم الطعن فيه بالاستئناف وانقضى أجل الطعن فإن الحكم يحوز قوة الأمر المقضي به التي تخول للمحكوم لفائدته تنفيذ حكمه جبرياً.

(1) أحمد أبو السعود : "نظرية البطلان"، ص. 143.

2 - الحجية خاصة بالعمل القضائي :

إن العمل القضائي لا يعتبر كذلك إلا إذا حسم نزاعاً بصفة قطعية وفق إجراءات تنهض على مبدأ المواجهة ويكون له دور في تأكيد حماية الحق أو المركز القانوني، وفي هذه الحالة يتمتع بالحجية.⁽¹⁾

أما الأعمال الولائية أي التي لا تفصل نزاعاً ولا تتم وفق مواجهة الأطراف فإنها لا تتمتع بحجية الأمر المقضي ضرورة أنها لا ترمي إلى فصل نزاع حول الحق.⁽²⁾

وإذا قلنا أن العمل الولائي لا يحوز حجية الأمر المقضي فإن ذلك يعني أنه بإمكان القاضي الرجوع في قراره وإصدار قرار مخالف شريطة تعليله وهو ما اقتضاه الفصل 219 من م.م.ت. الذي نص على أن "الحكم الصادر بمناسبة طلب الرجوع في الإذن يجب تعليله".

أما بخصوص الأحكام الاستعجالية فقد ذهب البعض إلى اعتبارها متمتعة بحجية الأمر المقضي ضرورة إنها تمنح حماية قضائية ولئن كانت حماية وقتية إلى حين صدور حكم في الأصل من محكمة لا تنقيد بما قضى به الحكم الاستعجالي. على أن جل الفقهاء وهم محقون في ذلك يعتبرون أنه لا حجية للأحكام الاستعجالية باعتبار أن للقضاء الاستعجالي دوراً وقائياً للحيلولة دون حصول الضرر وتفاقمه ولا يمنح حماية قضائية باعتبار أنه ممنوع عليه المساس بأصل الحق. وأن الحكم الاستعجالي ولئن قيد للقاضي الاستعجالي فإن ذلك رهين عدم تغير الظروف التي صدر فيها الحكم، فإن تغيرت جاز للقاضي المستعجل أن يرجع في حكمه أو يعدله وذلك دليل على عدم تمتع الحكم الاستعجالي بالحجية.⁽³⁾

3 - وقائع الحكم غير مشمولة بالحجية :

إن الحكم الذي فصل نزاعاً يشتمل على ثلاثة عناصر وهي الوقائع والأسباب والمنطوق.

(1) نبيل إسماعيل عمر : "قانون المرافعات المدنية والتجارية"، المرجع السابق - ص. 583.

(2) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق - ص. 139.

(3) أحمد ماهر زغلول : "أعمال القاضي التي تجوز الحجية"، ص. 69.

ومما لا شك فيه أن المنطوق يحوز الحجية ضرورة أنه المتضمن للحماية القضائية⁽¹⁾ إلا أن الفقه وعمل المحاكم مستقران على أن الحجية تترتب كذلك للأسباب المرتبطة بالمنطوق والتي تكون معه وحدة لا تتجزأ. ومعنى ذلك أن الحكم الذي يحوز الحجية ليس المنطوق فحسب بما القول الفصل في النزاع أيا كان موضعه ونضرب لذلك مثل الحكم القاضي ببطالان العقد موضوع الدعوى وتعرضت الأسباب أن الثمن لم يدفع وقد حصل تواطؤ بين طرفيه لحرمان الدائنين من الحصول على دينهم والرجوع على العقار. أن هذا القضاء يكون مانعا للقضاء من مناقشة صورية العقد في نزاع آخر ضرورة أن المسألة حازت حجية الأمر المقضي.

أما الوقائع فهي لا حجية لها في دعوى أخرى إلا أنه في بعض الأحيان قد يكون من اللازم الرجوع للوقائع لتكملة المنطوق إذا حكم بالطلبات دون تحديد دقيق ويكون ضروريا الرجوع إلى عريضة الدعوى لمعرفة الطلبات⁽²⁾ وبذلك تحوز الوقائع الحجية فيما استجيب للمدعي من طلبات.

الفقرة الثانية - نطاق حجية الأمر المقضي :

اقتضى الفصل 481 من المجلة المدنية أن "ما اناطه القانون من النفوذ بأحكام المجالس لا يتعلق إلا بما قضى به المجلس ولا يتمسك به إلا في خصوص موضوعه أو ما كان نتيجة ضرورية منه ولا يكون ذلك إلا بوحدة الموضوع ووحدة السبب وأن تكون الدعوى بين نفس الخصوم الصادر بينهم الحكم ويعين الصفة السابقة في الطالب والمطلوب".

ويخلص من الفصل المذكور أن حجية الأمر المقضي لا يكون له اثر إلا في حالة وحدة الموضوع والسبب وكذلك وحدة الأشخاص المحكوم بينهم كما يجدر التساؤل عن طبيعة هذه الحجية أي هل هي متعلقة بالنظام العام ؟

1 - وحدة الموضوع والسبب :

إن الشيء المقضي فيه يتحدد بالموضوع والسبب معنى ذلك أنه إذا كان موضوع الدعوى

وسببها مختلفين عن موضوع وسبب الدعوى الجديدة فلا حجية للحكم السابق ومثال ذلك صدور حكم بثبوت نشوز الزوجة لا يمنع بقيام دعوى طلاق للضرر. وكذلك إذا تعددت الطلبات وأغفل القاضي الفصل في إحداها فإن الحكم لا يحوز الحجية إلا بالنسبة للطلبات التي تم حسمها، أما الطلب الذي لم تنظره المحكمة ولم تفصل فيه فلا حجية بشأنه⁽¹⁾ ويمكن تبعا القيام من جديد لطلب الحكم بالطلب المغفل، وعلى عكس ذلك إذا حكم القاضي بأكثر مما طلبه المدعي فإن حكمه يكون معيبا لكنه يحوز الحجية بالنسبة لما قضى به إلى أن يتم نقضه لدى الاستئناف⁽²⁾.

ووحدة السبب لا تتوفر شروطها إذا أبدى المدعي وسائل دفاع جديدة ضرورة أن ذلك مشروع أما التمسك بوقائع معينة للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وتم رفض هذا الطلب فإن طلب التعويض على أساس المسؤولية العقدية يصبح غير ممكن لحيازة الحكم الأول على حجية الامر المقضي⁽³⁾.

2 - وحدة الأطراف :

إن للحكم حجية بالنسبة للأطراف في الخصومة ولا يسري أثره إلا في حق من كان طرف فيه ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير. وأطراف الخصومة هم المدعي والمدعى عليه والمتدخل ويكون الحكم حجة لهم أو عليهم ويحق لهم الطعن فيه⁽⁴⁾ والحجية يعارض بها أطراف الخصومة دون ممثلهم ضرورة أن الممثل لا يعتبر طرفا في الخصومة وأثر الحكم ينسحب على الاصيل على الوكيل، ولذلك يمكن للاصيل أن يعود لرفع الدعوى من جديد إذا رفضت الدعوى التي أقامها الوكيل⁽⁵⁾ إلا أن الحكم على السلف يعتبر حجة على الخلف عاما كان أو خاصا بشأن الحق الذي تلقاه منه عملا بأحكام الفصل 241 من المجلة المدنية. ومثال ذلك حكم القسمة له حجية على المشتري لجزء من أحد المتقاسمين، كما أن الحكم الصادر ضد المورث تكون له حجية ضد

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق - ص. 148.

(2) إبراهيم سعد : قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق - ص. 297.

(3) أحمد السيد صاوي : "الشروط الموضوعية للدفع بالحجية"، 1981 - ص. 75.

(4) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، المرجع السابق - ص. 782.

(5) عبدالرزاق السنهوري : "الوسيط في القانون المدني"، الجزء الثاني - ص. 677.

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 147.

(2) عبد الرزاق السنهوري : "الوسيط في القانون المدني"، الجزء الثاني - ص. 674.

الورثة في حدود ما آل لهم من التركة ضرورة أن التركة هو ما بقي بعد الديون ومصاريف التجهيز والوصايا عملاً بأحكام الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية.

وباستثناء الأطراف في الخصومة وخلفائهم لا يكون للحكم حجية إزاء الغير، على أنه لا يمكن القول أنه ليس للحكم أثر تماماً ضرورة أن الحق أو المركز القانوني الذي قرره الحكم يوجد في مواجهة الجميع وعليهم احترامه، ومثال ذلك الحكم القاضي بالخروج من المكرب يؤثر في مركز المستوع تسوغاً ثانياً رغم عدم وجوده في الخصومة وعليه أن يدفع معينات الكراء للمالك رغم أنه أكثرى من غيره.

كما أن الأحكام المتعلقة بحالة الأشخاص والمقررة للأبوة أو البنوة أو المثبتة لزواج عرفي لا يمكن إلا أن يعترف بها الجميع ولها حجية مطلقة.⁽¹⁾

3 - الحجية لا تهم النظام العام :

إن المشرع التونسي اعتبر حجية الأحكام تهم مصلحة الخصوم وعليهم التمسك بذلك ومن ذلك أنه اعتبر أن "طلب التخلص من القضية بدعوى سابقة نشرها بمحكمة أخرى أو بدعوى ارتباطها يجب أن يكون دفعة واحدة وقبل كل جواب في الأصل" ومعنى ذلك أنه يقرر إمكانية صدور حكمين في نفس الموضوع وبين نفس الأطراف إلا أنه اهتدى لحل ذلك بأن قرر صلب الفصل 198 من م.م.ت. أنه "تختص محكمة التعقيب بالنظر في مطالب التعديل بين المحاكم وذلك إذا حكمت محاكم متعددة متحدة الدرجة في قضية واحدة بكونها من نظرها وذلك بأحكام لها قوة ما اتصل به القضاء".

وبذلك إذا لم يتمسك أحد الخصوم بسابقة النشر أو بسابقة الفصل في قضية وصدر حكمان بين نفس الأطراف ولهما نفس الموضوع والسبب يمكنه القيام لدى محكمة التعقيب لطلب التعديل وتحديد الحكم الواجب التنفيذ. غير أن هذا التمشي غير منطقي ومن الأفضل أن نحدد ما حدثته بعض التشايع عندما اعتبرت أن حجية الأمر المقضي تهم النظام العام ويمكن للمحكمة أن تتمسك بها من تلقاء نفسها ويمكن للأطراف التمسك بهذا الدفع في أي طور من أطوار القضية أو

(1) فتحي الوالي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق ص. 152.

في أي درجة من درجات التقاضي ولو لأول مرة أمام محكمة التعقيب ومثال ذلك المشرع المصري بالفصلين 115، 116 من قانون المرافعات الناصين على جواز الدفع بالحجية في أي حالة تكون عليها الدعوى وللمحكمة القضاء بالحجية من تلقاء نفسها لعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها.⁽¹⁾

القسم الرابع - طرق الطعن في الأحكام ووقف تنفيذها :

إن كل عمل إنساني عرضة للحظ والمشرع مقر بذلك ضرورة أنه عمل على تأمين مصلحة الخصوم بأن أجاز الطعن في الأحكام.⁽²⁾

ولقد حدد القانون طرق الطعن في الأحكام على سبيل الحصر وبمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة ضدهم بقصد إعادة النظر فيها أو بقصد إلغائها لبطانها أو لبطلان الإجراءات التي على أساسها صدرت.

وطرق الطعن في النظام القضائي التونسي هي الاعتراض والاستئناف والتماس إعادة النظر والتعقيب. ويمارس الطعن بعدة وسائل إما بقصد سحب الحكم من المحكمة التي أصدرته وإعادة النظر فيه وذلك في الاعتراض أو التماس إعادة النظر، وإما بقصد التجريح في الحكم وفي هذه الحالة يرفع الطعن إلى محكمة أعلى درجة لتفصل في موضوع الدعوى من جديد كالاستئناف، وأما بقصد نقض الحكم لدى محكمة التعقيب في حالة خرقه لقاعدة قانونية شكلية كانت أو أصلية. وطرق الطعن تنقسم إلى طرق عادية وهي الاستئناف وغير عادية وهي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب ولكل طريق شروطه وأحكامه، غير أن النقاط المشتركة تتسحب على كل الطعون ولذلك سوف نتطرق في فصل تمهيدي للأحكام العامة للطعون وأنواعها ثم نتطرق في فصل أول للاستئناف بوصفه طريقاً عادياً للطعن وفي فصل ثانٍ لطرق الطعن غير العادية وهي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب وفي فصل ثالث لوقف تنفيذ الأحكام.

(1) فتحي الوالي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق - ص. 155.

(2) Albert BODAS : "Des jugements susceptibles d'appel", Thèse de doctorat - Université de Paris 1904, p. 2.

فصل تمهيدي - الأحكام العامة للطعون وأنواعها :

ان الطعون ولئن تعددت فيجمع بينها قاسم مشترك وعدة أحكام عامة تنظمها وتنسحب عليها يتعين التطرق إليها قبل ولوج التقسيم المعتمد لطرق الطعن.

المبحث الأول - الأحكام العامة للطعون :

خلافا للعديد من التشاريح لم يفرد المشرع التونسي بابا خاصا بمجلة المرافعات يتعلق بالأحكام العامة المنسحبة على الطعون. وتلك القواعد تستقي من نصوص إجرائية متفرقة وتتعلق أساسا بالعمل القضائي المطعون فيه وبأطرافه وبأجله وشكلياته.

الفقرة الأولى - العمل القضائي موضوع الطعن :

ان العمل القضائي موضوع الطعن هو محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من اعتمد معيارا عضويا ومنهم من أكد الخاصيات الشكلية. فالفريق الأول يكتفي بكون العمل القضائي صادر عن محكمة بصرف النظر عن موضوعه أو عن انعقاد خصومة من عدمه أو حصول مواجهة من عدمها. أما الفريق الثاني فلا يعتبر العمل القضائي حكما إلا إذا صدر في خصومة انعقدت وفق إجراءات معينة تؤدي إلى احترام مبدأ المواجهة وتضمن حقوق الدفاع.⁽¹⁾

والمعياران المعتمدان لا يخلو كلاهما من القصور وعدم الأخذ بكامل عناصر الحكم ضرورة أن الأول حشر كل الأعمال القضائية الفاصلة في نزاع والمقتصرة على مجرد الإجراء التحفظي للحيلولة دون ضياع الحق وهدره، والثاني ولئن لم يجمع كل الأعمال القضائية إلا أنه لا يضيف الصيغة الحكيمة على القرارات والأدوات الصادرة عن المحاكم دون انعقاد خصومة التي تبقى جميعها خاضعة للطعن وإن صدورها في غياب الخصوم لا يبرز عنها الحجية علاوة على أنه ليس بالضرورة أن يصدر الحكم طبق الإجراءات العادية ومن ذلك الأحكام التمهيدية والتحضيرية التي تصدر دون تعليل وبطاقات الجبر والالزام المشبهة بالأحكام والتي تكسى بالصيغة التنفيذية وتنفذ تنفيذا جبريا.

(1) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، المرجع السابق - ص. 316.

وعلى كل فالحكم هو حسب إجماع الفقهاء هو القرار الصادر عن محكمة لها ولاية قانونية في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام، سواء في نهايتها أو أثناء سيرها وسواء كان صادرا في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية.⁽¹⁾

وهذا التعريف جمع كل أنواع الأحكام القطعية منها والتحضيرية والتمهيدية ولا يحشر الأعمال الولائية المأذون بها في غياب الأطراف ولا ينصرف إلا للأعمال القضائية الصادرة في إطار خصومة تفترض حضور الأطراف وممارسة حقهم في الدفاع بواسطة محام إلى حين المرافعة ثم الفصل في النزاع بصفة قاطعة ويكتسي الحكم حجية الأمر المقضي به.

وأنه من خلال التعريف نريد أن نصل إلى كون الأحكام هي التي يتسلط عليها الطعن أو شبهها المشرع بالأحكام دون غيرها من الأعمال التي وإن صدرت عن قاض فهي متعلقة بإدارة القضاء وحسن سيره.

الفقرة الثانية - أطراف الطعن :

لقد سبق القول، أن الدعوى هي السلطة التي خولها القانون لشخص لطلب الحماية القانونية واشترط في ذلك الأمر بالنسبة للطعن الذي يعتبر وجها من أوجه ممارسة الدعوى، ولذلك فشرط الصفة والأهلية والمصلحة تلازم هذه الممارسة، بالإضافة إلى ذلك لا بد أن يكون الطاعن طرفا في نزاع انتهت بصدر حكم وإن لا يغير الصفة التي اعتد بها أو تم القيام عليه بموجبها، وتبع لذلك يمكن لكل أطراف القضية سواء الطالب أو المطلوب أو المدخل أو المتدخل الطعن في الحكم.

وهذا الشرط لا ينسحب على المعارض الذي يعتبر غيرا بالنسبة للخصومة إلا أن صدور الحكم أضر بحقوقه ويمكنه الاعتراض عليه عملا بأحكام الفصل 168 من م.م.ت. ويكون قيامه وفق الإجراءات والشروط المنطبقة لدى المحكمة التي تم أمامها الاعتراض.

(1) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 812.

محمود هاشم : "قانون القضاء المدني"، ص. 376.

- وجدي راغب : "مبادئ القضاء المنهجي"، ص. 570.

كما يشترط في الطاعن أن يكون له مصلحة أي أن يكون قد حكم عليه لفائدة خصمه أو رفضت المحكمة الاستجابة لبعض طلباته. أما من قضي له بكل طلباته فلا يجوز له الطعن ضرورة أنه لم تعد له مصلحة في الطعن. وكذلك من رفض تداخله أو تم إخراجه من نطاق المطالبة فلا مصلحة له في الطعن وهو ما أقرته محكمة التعقيب التي ورد بأحد أحكامها أن "قاعدة لا طعن بدون مصلحة تحول دون قبول استئناف المطلوب الذي صدر الحكم بإخراجه من نطاق التقاضي".⁽¹⁾

وان تقدير المصلحة يكون عند صدور الحكم لا من تاريخ ممارسة الطعن لان المصلحة في الطعن مرتبطة بأثر الحكم الذي يبدأ من تاريخ صدوره.

كما ان شرط المصلحة مقترن بعدم التنازل عن ممارسة الطعن، إلا أن التشريع التونسي يعتبر حق التقاضي حقا مشروعاً ولا يمكن التنازل عنه، وحتى أن تم ذلك فهو اتفاق باطل لمساسه بالنظام العام. غير أن المسألة أعقد من ذلك ضرورة أن تنفيح الفصل 40 من م.م.ت. والذي خول للأطراف الطلب من الدوائر التجارية أن تحكم طبق قواعد العدل والإنصاف ويعد ذلك عدولا عن الطعن ضرورة ان التحكيم القضائي مشابه إلى حد ما بالتحكيم الحر وجل التشريع أقرت عدم إمكانية الطعن بالاستئناف في القرارات التحكيمية التي تكون نهائية.

الفقرة الثالثة - آجال الطعن :

ان الأجل هو المدة الزمنية التي ضيبتها المشرع للطعن في الحكم. وتحسب هذه المدة بداية من اليوم التالي لحصول الإجراء الذي يحدد بداية سريان أجل الطعن وهو الإعلام بالحكم بالنسبة للاستئناف والتعقيب عملاً بأحكام الفصلين 141 و 195 من م.م.ت. أما إذا لم يقع الإعلام بالحكم فان أجل الطعن يبقى مفتوحاً إلى حد تاريخ سقوط الحكم بمضي عشرين سنة من تاريخ صدوره عملاً بأحكام الفصل 257 من م.م.ت.

أما إذا قام المحكوم لفائدته بالإعلام بالحكم فان الطعن يسقط بفوات الأجل القانوني وعلى

المحكمة أن تنثيره من تلقاء نفسها عملاً بأحكام الفصل 13 م.م.ت. الذي اقتضى ان "المسقطات كلها وجوبية وتتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها".

و آجال الطعن محددة بعشرين يوماً من تاريخ الإعلام بالحكم عملاً بأحكام الفصل 141 م.م.ت. بالنسبة للاستئناف باستثناء أحكام الطلاق المحدد لها أجل شهر بداية من صدور الحكم. أما بخصوص التعقيب فان الأجل كذلك هو عشرين يوماً من تاريخ الإعلام بالحكم عملاً بأحكام الفصل 195 من نفس المجلة.

أما الدعاوى المدنية الواقع القيام بها في إطار الدعوى العامة أمام المحاكم الجزائية عملاً بأحكام الفصل 7 من م.ا.ج. فهي غير خاضعة لنفس الآجال وتكون تحت طائلة الإجراءات الجزائية ضرورة أن الفرع يتبع الأصل وتتبع الدعوى المدنية إجراءات الدعوى العامة.

المبحث الثاني - أنواع طرق الطعن :

الفقرة الأولى - تعريف طرق الطعن :

ان طرق الطعن في الأحكام هي الوسائل القضائية التي ينظمها القانون لمراقبة صحة الأحكام ومراجعتها وهي تهدف إلى كشف أخطاء الحكم المطعون فيه سواء تعلقت بالقانون الموضوعي أو بالإجراءات.

كما تهدف تلك الطرق إلى إصلاح الأخطاء ومراقبة القضاة الذين أصدروا الحكم المطعون فيه.⁽¹⁾ ولقد فرق الفقهاء بين طرق الطعن معتمدين في ذلك على معيارين أساسيين هما المحكمة التي يرفع لها الطعن وطبيعة الطعن. فإذا رفع الطعن لنفس المحكمة المصدرة للحكم عد الطعن مراجعة كالاغراض والتماس إعادة النظر. أما إذا رفع الطعن إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة المصدرة الحكم اعتبر الطعن طعن نقض والاستئناف خير دليل على ذلك. أما التعقيب فهو ليس درجة ثالثة من درجات التقاضي بل مراقبة لحسن تطبيق القانون ويكتفي بالنقض والإحالة، غير ان التنقيح الأخير الواقع في 1 سبتمبر 1986 اقر لمحكمة التعقيب التصدي للموضوع وإصدار حكم في الأصل

(1) اسماعيل نبيل عمر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 579.

(1) القرار عدد 1786 الصادر في 14 جوان 1979 - نشرية محكمة التعقيب 1980 - ص. 282.

أما بخصوص طبيعة الطعن فإنه إذا كان الطعن مخولاً لكل المتقاضين وموقفاً لتنفيذ الحكم اعتبر طعناً عادياً، وفي غير تلك الحالة وكان الطعن مسموح به في عدة حالات على وجه الحصر عد الطعن غير عادي وغير موقوف للتنفيذ وهذان التقسيمان وجه لهما عدة انتقادات ضرورة أن الأول جمع بين طعون مختلفة من حيث الطبيعة والأثر القانوني والثاني المؤسس على طبيعة الحكم غير دقيق. إلا أن هذا التقسيم ولئن وجهت له عيب الانتقادات فإن المنقذين لم يطرحوا بديلاً علاوة على أن جل التشريع العربية والغربية اعتمدت بمجالات المرافعات المدنية والتجارية كالمشرع الفرنسي والمصري واللبناني اللذين افردوا لكل طعن عنواناً. ومشرعنا لم يعتمد هذا التقسيم بل أورد طرق الطعن جميعها بصفة متوالية بدءاً بالاستئناف بالفصول 130 إلى 155 فالتماس إعادة النظر بالفصول من 156 إلى 167 ثم الاعتراض من الفصل 168 إلى 174 وانتهاءً بالتعقيب من الفصل 175 إلى 197.

الفقرة الثانية - الآثار المترتبة عن كل صنف من الطعون :

ان تصنيف الطعون إلى عادية وغير عادية يترتب عليها آثار قانونية هامة سنوردها واحدة واحدة مع طرح أشكال الاعتراض الذي يبدو غامض الطبيعة.

1 - استعراض آثار الطعون :

(أ) ان الطعن العادي مخول لكل المتقاضين ولكل من تراءى له ان المحكمة جانبت الصواب في حين ان الطعن غير العادي فهو مقرر بموجب القانون الذي حدد حالاته على وجه الحصر ومن ذلك الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب.

(ب) لا بد من البدء بالطعن العادي حتى يمكن ولوج الطعن غير العادي ضرورة أنه طالما بالإمكان اتباع الطعن العادي فلا يسمح باستعمال إحدى الطعون غير العادية ومثال ذلك من فوت على نفسه الطعن بالاستئناف أصبح الحكم في حقه باتاً ولا يمكنه الطعن بالتعقيب.

(ج) ان الطعن العادي يترتب عليه إعادة النظر في النزاع من جديد فيما تسلط عليه الطعن، في حين انه في الطعن غير العادي فإنه لا يقع النظر إلا في العيوب التي بني عليها الطعن ومثال ذلك الطعن بالتعقيب لا يسمح بالنظر إلا في المسائل القانونية. كما ان الطعن العادي يوقف تنفيذ الحكم في حين أن الطعون غير العادية لا توجب وقف التنفيذ، غير انه بالإمكان طلب ذلك من رئيس المحكمة المتعده الذي له عند توفر الشروط وقف التنفيذ لمدة شهر.

2 - أشكال الاعتراض :

لقد تعرضت الفصول من 168 إلى 174 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية إلى الاعتراض وحددت نظامه القانوني. وهذا الطعن مخول لكل شخص لم يسبق له استدعاء للتدخل في القضية وصدر حكم مضر بحقوقه. ولقد حدد الفصل 168 م.م.ت. أسباب الطعن بالاعتراض وحصر حالة إمكانية اللجوء إلى هذا الطعن، وبالإضافة إلى ذلك انه طعن مراجعة ضرورة انه يرفع لنفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويحرم المعترض من درجة من درجات التقاضي إذا كان الاعتراض أمام محكمة الاستئناف، وبذلك يكون الاعتراض طعناً غير عادي وهو ما أقرته محكمة التعقيب عندما أكدت في إحدى قراراتها ان "التماس إعادة النظر والاعتراض يشكلان طريقتين غير عاديتين في الطعن إلا أن لكل منهما قواعده وشروطه الخاصة".⁽¹⁾

الفصل الأول - الاستئناف :

ان الهدف من إقرار الاستئناف كدرجة ثانية من درجات التقاضي هو إتاحة الفرصة لمن صدر ضده حكم من محكمة أول درجة إعادة طرح النزاع أمام محكمة أعلى درجة وأكثر خبرة باعتبار ان قضاتها من الذين فاقت أقدميتهم العشر سنوات ولتجاوز الخطأ الذي يمكن ان يرتكبه قاضي أول درجة ضرورة ان كل عمل إنساني عرضة للخطأ والسهو والغفلة والإغفال ولان حكماً واحداً في النزاع لا يمثل ضمانات كافية⁽²⁾ ضرورة ان موضوع الاستئناف ليس حكم الدرجة الأولى إنما الوقائع التي نظرها قاضي البداية، اما ما يكون في الحكم المطعون فيه من عيوب سواء اتصلت بعدالته أو بصحته فإنها تنتظر في الاستئناف بطريق غير مباشر. وبالإضافة إلى ذلك ان الاستئناف لا يكون إلا مرة واحدة حرصاً على استقرار المراكز القانونية وتطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين فإن كل الأحكام الابتدائية قابلة للطعن بالاستئناف. ولقد حدد المشرع شروط الطعن بالاستئناف وبين إجراءاته وأثاره في الفصول المتراوحة من 130 إلى 155 من م.م.ت.

(1) قرار تعقيبي صادر في 2 جوان 1981 - نشرية محكمة التعقيب 1982 - الجزء الثاني - ص. 226.

(2) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق - ص. 872.

المبحث الأول - شروط الطعن بالاستئناف :

لقد وردت شروط الطعن بالفصول من 130 إلى 143 من م.م.ت. وتنقسم إلى شروط شكلية وشروط أصلية.

الفقرة الأولى - الشروط الأصلية للاستئناف :

إن الشروط الأصلية تنحصر في ثلاث أولها يتعلق بالحكم المطعون فيه وثانيها بالأشخاص الذين لهم حق الطعن والذين يمكن أن يرفع ضدهم الاستئناف.

1 - الشروط المتعلقة بالحكم المطعون فيه :

إن الحكم المطعون فيه يجب أن يكون ابتدائي الدرجة وصادرا عن محكمة درجة أولى ويفترض ذلك أن يكون الوصف من حيث الدرجة صحيحا، فإذا لم يكن كذلك فإن محكمة الاستئناف تصحح الوصف باعتبار أن الحكم يستمد وصفه من القانون.⁽¹⁾

كما أن الأحكام الصادرة في مرجع النظر تكون دائما ابتدائية الدرجة وقابلة للاستئناف لتعلقها بالنظام العام وخاصة الاختصاص الحكمي ضرورة أن بعض فروع الاختصاص الترابي تهم النظام العام كذلك.⁽²⁾ وهذا الطعن اقتضته الفقرة الثالثة من الفصل 41 من م.م.ت.

وفي الحقيقة ومنذ تنقيح مجلة المرافعات المدنية بموجب القانون عدد 87 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 والقانون عدد 59 المؤرخ في 23 ماي 1994 أصبحت الأحكام الصادرة عن محكمتي الناحية والابتدائية ابتدائية الدرجة باستثناء أحكام التنبئ الصادرة عن محكمة الناحية وبعض الأحكام أو القرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية مثل أحكام التثبيت التي هي في الحقيقة بيع قضائي قابل للطعن بالإبطال أو بعض قرارات القاضي المنتدب للفلسة عملا بأحكام الفصل 427 من م.م.ت. والفصل 454 من المجلة التجارية.

2 - الشروط المتعلقة بالطاعن :

إن الطاعن بالاستئناف يجب أن يكون طرفا في الخصومة الصادر فيها الحكم المطعون فيه، ويكون الشخص طرفا في الخصومة إذا قدم طلبات في مواجهة خصمه ولم يتنازل عنها إلى حين صدور الحكم. وهذا الشرط هو في الحقيقة أثر لنسبية الأحكام ضرورة أن الحكم لا تكون له حجية إلا بين أطرافه ولا يعارض به الغير باستثناء الأحكام التي لها حجية مطلقة وهي ليست حاسمة لنزاع كأحكام ثبوت الجنسية والمتعلقة بحالة الأشخاص.⁽¹⁾

والطاعن بوصفه طرفا في خصومة قضائية يجب أن تتوفر فيه شروط القيام بالدعوى ضرورة أن الاستئناف هو وسيلة من وسائل الحماية القضائية، وبالتالي فإن المصلحة والصفة والأهلية هي من الشروط الواجبة التوفر في الطاعن عملا بأحكام الفصل 19 من م.م.ت. الوارد في باب الأحكام العامة المنطبقة على كل المحاكم.

أ - وجوب توفر الصفة في الطاعن :

إن شرط الصفة يقتضي أن يكون الطاعن بالاستئناف طرفا في الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه سواء بوصفه طرفا أصليا أو دخيلا، وبذلك فإن الغير وحتى في صورة أضرار الحكم المطعون فيه بحقوقه لا يمكنه الطعن فيه بالاستئناف، غير أن الورثة بوصفهم خلفا للمتوفي يمكنهم مواصلة التقاضي والطعن في الأحكام التي كانت صدرت ضد مورثهم. وهذا المنحى انتهجه فقه القضاء بصفة متواصلة ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بإحدى حثياته أن "الفصل 130 م.م.ت. أوجب على المستأنف أن يصحب عريضة الاستئناف بنسخة من الحكم الابتدائي ونص الفصل 152 من نفس المجلة أن الاستئناف لا يرفع إلا من طرف الأشخاص المشمولين بالحكم. ويستفاد من النصين المذكورين أن مناط الاستئناف هو ما احتوى عليه الحكم المستأنف أشخاصا وموضوعا".⁽²⁾

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق - ص. 184.

(2) تعقيب مدني عدد 347 الصادر في 19 فيفري 1981 - مجلة القضاء والتشريع عدد 3 لعام 1981.

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، المرجع السابق - ص. 785.

(2) حسين بن سليمة : "دراسات قانونية لاشكالات تباينت حولها المحاكم"، تونس 1998 - ص. 16.

ب - وجوب توفر الأهلية في الطاعن :

إن الأهلية شرط لانعقاد الخصومة وليست شرطا من شروط القيام بضرورة ان الفصل 19 من م.م.ت. اقتضى ان "غير أنه إذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل عند القيام فان تلافيه أثناء القضية يصحح الدعوى...".

ومن هذا المنطلق يتعين تحديد طبيعة الطعن، هل هو خصومة جديدة أو مرحلة من مراحل الخصومة التي ابتدأت لدى الطور الابتدائي ؟

يرى البعض أن الاستئناف مرحلة من ذات الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، وبذلك تكون خصومة واحدة مع الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه.⁽¹⁾

ويرى آخرون أن الطعن تكملة للخصومة الأولى وهو في نفس الوقت خصومة لها كيان ذاتي.⁽²⁾

في حين ان الفقه الفرنسي يعتبر ان الطعن خصومة جديدة ومستقلة عن خصومة أول درجة باعتبار انه يرفع بإجراءات جديدة أمام محكمة أخرى.⁽³⁾

وإذا قمنا بهذا العرض للقول ان الطعن هو مرحلة من مراحل الخصومة التي انعقدت في الطور الابتدائي ولا تتعد الخصومة الابن أطراف لهم أهلية، في حين ان القيام يكون ممن أهليته مقيدة ويصحح الإجراء أثناء القضية، وطالما انعقدت الخصومة فيجب ان تتواصل بين خصوم أهليتهم مكتملة، وبما أن للاستئناف مفعول انتقالي فان الخصومة تنتقل بكاملها إلى محكمة الاستئناف، وبالتالي ان المستأنف يجب أن يكون كامل الأهلية التي هي شرط لصحة الطعن وليس شرطا لقبوله. ولذلك يجب ان يكون الطاعن أهلا للقيام بإجراءات الطعن باسمه ولصالحه أو لصالح غيره. وهذه الأهلية الإجرائية تختلف عن أهلية الاختصاص أي صلاحية الشخص لاعتباره خصما. وعليه إذا لم تتوفر في الطاعن الأهلية الإجرائية فيجب ان يقوم مقامه من تتوفر فيه هذه الأهلية. فالشخصية المعنوية يمثلها من ينوب عنها قانونا والقاصر ينوبه وليه أو من قدم عنه.

(1) نبيل إسماعيل عمر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 1160

(2) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 837.

(3) DEVEZE : "De la règle des voies de nullité contre les jugements". Thèse - Toulouse - 1938, p. 45.

ج - وجوب توفر المصلحة في الطاعن :

إن المصلحة كما سبق أن عرفناها في باب شروط قبول الدعوى هي المصلحة القانونية الشخصية والمباشرة وان تكون قائمة وحالة.

وبخصوص الاستئناف يشترط في الطاعن ان تكون له مصلحة قانونية في طعنه حتى يتسنى له اتخاذ أي إجراء من إجراءات الخصومة وتقديم طلبات والدفع لرد طلبات الخصوم وهو ما يستخلص من الفصل 19 من م.م.ت. المنطبق أمام كافة المحاكم باعتبار وروده في باب الأحكام العامة وعلى كل الخصوم سواء الطالب أو المطلوب، وعليه فان المستأنف من الواجب أن تتوفر فيه مصلحة في طعنه والا كان ماله الرفض وهو ما أقرته محكمة التعقيب في أحد قراراتها الذي ورد بإحدى حيثياته ان "الطعن أساسه المصلحة فلا طعن بدون مصلحة".⁽¹⁾

ولذلك لابد من تحديد الحالات التي يكون فيها للطاعن مصلحة. وفي هذه الصدد أجمع الفقهاء أنه يكون للطاعن مصلحة إذا لم يحكم لدى محكمة البداية له بكامل طلباته، ورأى قلة ان مناط المصلحة في الطعن هو حصول ضرر للطاعن سواء برفض طلباته كليا أو جزئيا.

والمشرع لم يعرف المصلحة القانونية وعلى القاضي استخلاصها من المبادئ العامة للقانون أو عن طريق القياس وهي متوفرة عندما يكون الطاعن محكوما عليه لفائدة خصمه بان لا يقضى بكل طلباته ان كان مدعيا وترفض دفعه ان كان مدعى عليه.

وبالإضافة إلى ذلك يشترط ان تكون المصلحة قائمة وحالة ويقصد بذلك ان يكون الحق أو المركز القانوني المراد حمايته قد تم الاعتداء عليه أو المنازعة الجدية فيه. لكن هذه المصلحة هل تبقى قائمة إذا أذعن الطاعن للحكم أو رضي به صراحة أو ضمنا ؟

ان الإجابة عن هذا التساؤل يمكن استلهاها من القراءة المتزامنة للفصلين 19 و 143 من م.م.ت. الذي اقتضى انه "يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني ويجوز للمستأنف ضد إلى حد المرافعة بعد ان فوت على نفسه أجل الطعن أو سبق منه قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي ان يرفع استئنافا عرضيا...".

(1) القرار التعقيبي عدد 4629 بتاريخ 9 مارس 1967 - نشرة 1967 - ص. 29.

وبذلك ان من فوت على نفسه أجل الطعن أو رضي بالحكم لم تعد له مصلحة في الطعن في الحكم لتنازله عن ممارسة ذلك الحق، الا ان المحكوم عليه الذي فاته أجل الطعن في حين ان خصمه مارس حقه في الطعن فيمكنه القيام باستئناف عرضي لان رضاه بالحكم مشروط بعدم الطعن فيه من خصمه.

3 - الشروط المتعلقة بالمطعون ضده :

ان المطعون ضده يجب ان تتوفر فيه المصلحة القانونية ومعنى ذلك ان تكون له مصلحة تخول له الرد عن الطلبات المقدمة من خصمه والتي صدر الحكم الابتدائي في شأنها. ولذلك فانه لا يقبل الطعن ضد من لم يختصم في الدعوى أو من لم توجه له طلبات أمام محكمة البداية وكذلك الذي لم تكن له طلبات قبل الطاعن⁽¹⁾ وعلاوة على ذلك يجب ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة أي ان يكون المطعون ضده طرفا حقيقيا في الخصومة ولا يجوز اختصام من لم يكن خصما في النزاع أمام محكمة البداية، الا ان من توفي بعد صدور الحكم فيوجه الطعن إلى ورثته الحاليين محله وكذلك من فقد أهليته فيطعن ضد ممثله.

وشروط قبول الطعن تتعلق بالنظام العام وعلى المحكمة أن تتحقق منها ومن توفرها من تلقاء نفسها. كما تتحقق من ان المطعون ضده كان خصما في الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه عملا بأحكام الفصل 152 من م.م.ت. سواء كان طرفا أصليا طالبا أو مطلوبا أو طرفا متدخلا تداخلا جبريا أو اختياريا ومرد ذلك ان للاستئناف أثر ناقل، إلا ان هذا المبدأ له استثناءات قررها الفصل 153 من م.م.ت. الذي خول التداخل لمن لم يكن طرفا في الدعوى الابتدائية شريطة ان يكون تداخله انضماميا إلى أحد الأطراف. كما أجاز المشرع وبنفس الفصل المذكور التداخل لكل شخص له حق الاعتراض على الحكم المطعون فيه، وبهذا التداخل يخسر من مارسه درجة من درجات التقاضي الا ان ذلك كان باختياره وله كامل الحرية للتنازل عن حق.

أما بخصوص المشاكل التطبيقية المتعلقة بتحديد الأشخاص الممكن رفع الاستئناف ضدهم فان أهمها صورة تعدد المستأنف ضدهم، فهل يجب ممارسة الطعن ضد كل من شملهم الحكم

الابتدائي أم أن المستأنف له حق قصر استئنافه على البعض دون الكل.

لقد أتيحت الفرصة لفقه القضاء وخاصة محكمة التعقيب التطرق لهذه المسألة وورد بإحدى القرارات ان "محكمة الاستئناف لا تنتظر إلا في من كان طرفا في الاستئناف وتم استدعاؤه لذلك، وترتبيا على ذلك فان حكم محكمة الاستئناف القاضي بسقوط حق الطاعنة اعتمادا على أنها لم تقم بواجب استدعاء أحد الخصوم الذي لم يكن في الحقيقة خصما في القضية الاستئنافية يعتبر مخالفا للقانون ويستحق الرفض".⁽¹⁾

ويخلص من القرار المذكور أن الطاعن بإمكانه توجيه طعنه ضد البعض من خصومه واستدعاء من وجه ضده الاستئناف وتسليط طعنه على أجزاء من الحكم والرضى بباقي أجزائه وهو ما يقره الفصل 144 من م.م.ت. الذي نص على أن "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف".

وطالما أن لكل قاعدة استثناء فان المبدأ المذكور سلفا لا يكون منطبقا في صورة عدم قابلية الحكم للتجزئة. ففي هذه الحالة يكون الطاعن ملزما بتوجيه طعنه على كافة الخصوم الذين شملهم الحكم الابتدائي وهو ما أقرته محكمة التعقيب في العديد من القرارات ومن بينها القرار الذي ورد بإحدى حيثياته انه "خلافا لما جاء به الفصل 134 م.م.ت. حول الحق للمستأنف في رفع استئنافه ضد من يراه خصما له وليس بالضرورة أن يرفعه ضد كافة الخصوم المشمولين في الحكم الابتدائي كما أن محكمة القرار لما أدخلت في القضية من لم يستأنف الحكم الابتدائي من المستحقين المحكوم ضدهم تكون قد أحسنت تطبيق القانون إذ أن ذلك من واجبها عندما يكون موضوع النزاع غير قابل للتجزئة".⁽²⁾

الفقرة الثانية - شروط الاستئناف الشكائية :

ان الشروط الشكائية للطعن بالاستئناف تتعلق أساسا بمواعيد الطعن وبإجراءات رفعه، كما لا يفوتنا ان نتطرق للإحالة على محكمة الاستئناف من محكمة القانون.

(1) القرار عدد 11144 في 16 مارس 1976 - نشرية محكمة التعقيب 1976 - الجزء الأول - ص. 105.

(2) القرار عدد 18029 في 6 ديسمبر 1988 - نشرية محكمة التعقيب 1988 - ص. 121.

(1) أحمد أبو الوفاء : نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص. 851.

1 - آجال الطعن بالاستئناف :

إن التطرق للأجل يستدعي تحديد ميعادها وبدايتها ونهايتها والعوارض التي تحول دون سريانها. وللأجل أهمية بالغة ضرورة أنه بانقضائها يصبح الطعن غير ممكن وبحوز الحكم الابتدائي قوة الشيء المقضي ويتصل به القضاء ويصبح واجب التنفيذ وإن اقتضى الحال بالقوة العامة.

وقبل اللجوء إلى أجل الاستئناف ومدته وبداية سريانه يجدر التعرض ولو بإيجاز إلى مفهوم الزمن في الأعمال الإجرائية ضرورة أنه من العناصر الموضوعية المنظمة من قبل المشرع ولا دور لإرادة الأطراف فيها. وبخصوص الطعن فإن مواعيد محددة في القانون وكلها مواعيد ناقصة يتعين اتخاذ الإجراء فيها قبل انقضاء اليوم الأخير، وهي كلها مواعيد سقوط تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها عملاً بأحكام الفصل 13 م.م.ت. ويعني ذلك أنه يترتب على عدم احترامها سقوط الحق الإجرائي، وبالتالي لا يمكن رفع الطعن بشكل صحيح بعد انقضاء الأجل.

ومواعيد الطعن ولئن أقر الفقهاء وجل التشريع على أنها مواعيد سقوط فإن الأمر يستدعي تمييزها عن مواعيد التقادم وبيان موقف المشرع التونسي.

اقتضى الفصل 143 م.م.ت. على أنه "يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني..." ولذلك ينبغي على المحكمة إثارة فوات الأجل من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام، في حين بالنسبة للتقادم لا تتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلقه بمصلحة الخصوم الذين لهم إثارته أو التنازل عنه. بينما آجال السقوط لا يمكن الاتفاق على مخالفتها ويمكن إثارتها في أي وقت طالما الدعوى منشورة ولو لأول مرة أمام محكمة التعقيب، في حين أن مواعيد التقادم لا يمكن إثارتها بعد الخوض في الأصل. وهذا الموقف يكرسه فقهاء القضاء ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة التعقيب والذي ورد بإحدى حيثياته أن "الاستئناف يسقط إذا تم القيام به بعد الأجل القانوني، وهذا الأجل يهيم النظام العام ويمكن التمسك به لأول مرة لدى التعقيب".⁽¹⁾

(1) القرار التعقيبي عدد 22 الصادر في 18 مارس 1978 - نشرة محكمة التعقيب 1978 - ص. 125.

أ - ميعاد الطعن وعوارضه :

اقتضى الفصل 141 م.م.ت. أن "الأجل المضروب للاستئناف عشرون يوماً تبتدئ من تاريخ الإعلام بالحكم كما يجب للمحكوم عليه ما لم ينص القانون على تاريخ آخر أو طريقة أخرى".

ويخلص من الفصل المذكور أن بداية سريان مهلة الاستئناف قد حددت بالنسبة للأحكام القطعية، أما الأحكام التحضيرية والتمهيدية فتطرح إشكالا من الضروري طرحه ومحاولة إيجاد حلول له في النصوص باعتبار أن مادة الإجراءات لا يخضع فيها التأويل للقياس.

(1) مهلة الاستئناف :

إن مهلة الاستئناف مقدرة بعشرين يوماً وبانقضائها يسقط الحق في الاستئناف إذ بانتهاء اليوم الأخير منها تنتضي المدة عملاً بأحكام الفصل 140 من المجلة المدنية الذي اقتضى أن "يوم ابتداء مدة الأجل لا يكون معدوداً منه فإن قدر بالأيام فإنه يتم عند تمام اليوم الأخير منه". والمهلة تبتدئ من تاريخ الإعلام بالحكم كما يجب عملاً بأحكام الفصل 141 م.م.ت. المذكور سلفاً.

* المبدأ :

إن القاعدة العامة الواردة تقتضي أن أجل الاستئناف عشرون يوماً بداية من تاريخ الإعلام بالحكم. وهذا الأجل ينطبق على سائر الأحكام ما لم يعين المشرع أجلاً آخر أو طريقة أخرى، وعند سكوت المشرع فإن هذا الأجل هو المنطبق باعتباره القاعدة العامة. ومثال ذلك الأحكام الصادرة في مطالب الرجوع في الأذن على العرائض القابلة للطعن بالاستئناف عملاً بأحكام الفصل 222 م.م.ت. تكون خاضعة لنفس الأجل طالما سكوت المشرع عن تحديد أجل للطعن فيها. وكذلك الأمر بالنسبة لاستئناف الأوامر بالدفع القابلة للطعن بالاستئناف عملاً بأحكام الفصل 66 م.م.ت.

وبذلك يكون واضحاً أن أجل الطعن بالاستئناف هو عشرون يوماً من تاريخ الإعلام بالحكم المطعون فيه كما يجب. أما إذا كان الإعلام بالحكم باطلاً أو لم يقع الإعلام بالحكم فإن الأجل يبقى مفتوحاً إلى حد تاريخ سقوط الحكم بمرور عشرين سنة مثلاً اقتضاه الفصل 257 م.م.ت.

وطلب إبطال الإعلام بالحكم يكون بالقيام بدعوى أصلية لدى المحكمة الابتدائية أو بطريق الدفع أمام المحكمة المتعاهدة بالاستئناف ضرورة ان قاضي الأصل هو قاضي الدفع.⁽¹⁾

(2) الاستثناءات من القاعدة العامة :

ان الاستثناءات التي اقرها المشرع هي حالات وقع فيها التمديد في أجل للاستئناف العادي أو تعليق بداية سريانه وهو ما اقتضاه الفصلان 141 و 143 م.م.ت. إلى جانب بعض النصوص الخاصة. وسوف نتعرض للاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات المدنية ثم إلى التي وردت بالنصوص الخاصة.

* الاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات :

ان الاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات تتعلق بمهلة المسافة وبلاستئناف العرضي وبالتحديد في الأجل عندما يكون اليوم الأخير يوم عطلة رسمية.

- الاستثناء الأول والمتعلق بمهلة المسافة :

اقتضت الفقرة الرابعة من الفصل 141 من م.م.ت. انه "إذا كان الخصم متغيبا عن التراب التونسي يوم الإعلام يزداد في أجل الاستئناف مدة ثلاثين يوما".

ويخلص من الفقرة المذكورة ان الخصم المتغيب عن التراب التونسي والمقيم بالخارج يتمتع بأجل إضافي قدره ثلاثون يوما يضاف للمدة العادية المقدرة بعشرين يوما، وعليه تصبح المدة مساوية لخمسين يوما، وذلك لتمكين المقيم بالخارج من ترتيب أمور عودته والاتصال بمحاميه والقيام بإجراءات مطلب الاستئناف، وعليه فالمحكمة ملزمة بالبحث حول إقامة الطاعن وغيبته من عدمها وإذا لم تفعل وقضت بسقوط الاستئناف من تلقاء نفسها يكون حكمها مشوبا بالقصور.⁽²⁾

ولقد سبق لمحكمة التعقيب ان تطرقت للمسألة في إحدى قراراتها وأكدت ان الزيادة في الأجل

العادي للاستئناف لا يمنح إلا عند بقاء الخصم على غيابه.⁽¹⁾ وذلك يعني ان تتواصل أقامته بالخارج الفعلية أو القانونية، ذلك هو مفهوم الغيبة خلافا لما تراءى للبعض الذين فسروا الغياب بالإقامة المتواصلة والفعلية في الخارج ونقدوا موقف محكمة التعقيب التي حسب رأيهم قد أضافت شرطا لم يقره المشرع وهو بقاء المعني بالأمر متغيبا عن البلاد التونسية بعد إعلامه بالحكم.⁽²⁾ وبالتالي ان النقد في غير محله ضرورة ان محكمة التعقيب طبقت القانون تطبيقا سليما، باعتبار أن المقصود بالغيبة هي الإقامة الفعلية أو القانونية بالخارج، وبالتالي ان الرجوع للبلاد التونسية لقضاء بعض الأسابيع وقطع الإقامة عرضيا لا يحول ولا يمنع من التمتع بمهلة المسافة المنصوص عليها بالفصل 141 من م.م.ت.

الاستثناء الثاني والمتعلق بكون اليوم الأخير يوم عطلة رسمية. ولقد اقتضت الفقرة الأخيرة من نفس الفصل 141 المذكور سلفا أنه "إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية امتد الأجل إلى اليوم الموالي لانتهاه العطلة".

وبالتالي إذا صادف ان كان اليوم العشرون بعد الإعلام بالحكم يوم عطلة رسمية يصبح الأجل واحدا وعشرين يوما ضرورة ان المشرع خول للمستأنف رفع طعنه في اليوم الموالي لانتهاه العطلة مباشرة حتى وان امتدت لأكثر من يوم وهو ما استقر عليه فقه القضاء بصورة متواترة ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته ان "يوم ابتداء مدة الأجل لا يكون معدودا وإذا صاف اليوم الأخير لاجل الاستئناف يوم عيد أمتد الأجل إلى اليوم الموالي".⁽³⁾

رغم وضوح النص وتنصيبه على أن التمديد لا يحصل إلا إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية فانه قد يتبادر إلى الذهن إمكانية التمديد إذا تخللت العطلة الرسمية أجل الطعن. وهذا التساؤل مشروع إذ أن مدة الأجل ستقص، غير أنه بالرجوع إلى الفصل 141 من م.م.ت. نجده يشترط لتمديد الأجل أن يكون اليوم الأخير يوم عطلة. ولذلك وطالما ان القواعد الإجرائية لا تحتمل التأويل الواسع فان أيام العطل التي تتخلل أجل الطعن لا تعلق الأجل ولا تقطعه.

(1) الفرار التعقيبي عدد 8005 بتاريخ 16 فيفري 1971.

(2) محجوبة اليحيوي : "طرق الطعن العادي في الأحكام المدنية"، مذكرة تخرج من المعهد الأعلى

100 - السنة الدراسية 1992-1993.

(3) قرار تعقيبي عدد 375 الصادر في 20 ماي 1976 - نشرة محكمة التعقيب - الجز

(1) فتحي والي : "نظرية البطالان في قانون المرافعات"، رسالة دكتوراه بجامعة الإسكندرية 1959 - ص. 259.

(2) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - ص. 851.

- الاستثناء الثالث والمتعلق بالاستئناف العرضي :

الاستئناف العرضي هو الطعن المرفوع من الخصم الذي فوت على نفسه ميعاد الاستئناف إذا كان خصمه قد رفع استئنافاً أصلياً.⁽¹⁾ وبالتالي فهو رد فعل المستأنف ضده في مواجهة المستأنف بعد فوات الأجل أو بعد قبوله للحكم.⁽²⁾ ولقد أجاز المشرع هذا الاستئناف ضمن الفصل 143 م.م.ت. الذي نص على أنه "يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني ويجوز للمستأنف ضده والى ختم المرافعة بعد أن فوت على نفسه أجل الطعن أو سبق منه قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي إن يرفع استئنافاً عرضياً بمذكرة كتابية مشتملة على أسباب استئنافه ومع ذلك فإن هذا الاستئناف العرضي يبقى بقاء الاستئناف الأصلي ويزول بزواله ما لم يكن زوال الاستئناف الأصلي مبنياً على الرجوع فيه".

وبذلك فإن المشرع التونسي قد أقر إمكانية القيام باستئناف عرضي بالإجراءات المعتادة لرفع الاستئناف الأصلي وذلك إلى حد ختم المرافعة، وفقه القضاء مكرس لهذه الإمكانية وصدر العديد من القرارات في هذا الشأن ومنها القرار الذي ورد به أنه "يجوز لكل شخص اعتبر طرفاً في القضية وكان للاستئناف تأثير على حقوقه أن يقوم من جهته باستئناف عرضي ولو بعد فوات أجل الاستئناف والى حد ختم المرافعة".⁽³⁾

وهذا الاستثناء من القاعدة العامة خوله المشرع لمن فاتته ميعاد الطعن أو كان راضياً بالحكم قبل الاستئناف الأصلي فإن تم القبول بعد رفع الاستئناف الأصلي فلا يقبل الاستئناف العرضي لأن العلة في ذلك إن الرضى وكأنه مشروط بعدم استئناف الخصم.

ويوجه الاستئناف العرضي إلى المستأنف الأصلي ولا يوجه إلى من لم يرفع الاستئناف ولئن كان طرفاً في الدعوى الابتدائية ويفصل فيه بحكم واحد مع الاستئناف الأصلي وهو ما أقرته محكمة التعقيب في قرارها الذي ورد بإحدى حيثياته أنه "إذا قضت المحكمة بقبول الرجوع في

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 749.

(2) وجدي راغب : "أصول المحاكمات المدنية والتجارية"، ص. 638.

(3) قرار تعقيبي عدد 63 المؤرخ في 30 نوفمبر 1976 - مجلة القضاء والتشريع لعام 1976 عدد 10 - ص.

الاستئناف الأصلي دون أن تتعرض للاستئناف العرضي فإن حكمها يعتبر قاصراً للتسبب وهامضاً لحقوق الدفاع مما يجعله عرضة للنقض".⁽¹⁾

وبذلك بات واضحاً أن هذين الاستئنافين مرتبطين ارتباطاً وثيقاً ضرورة أنه إذا حكم بعدم قبول الاستئناف الأصلي شكلاً لعدم توفر الشروط القانونية فإن الاستئناف العرضي يزول. أما إذا قبل الاستئناف الأصلي شكلاً ثم تراجع المستأنف الأصلي فإن الاستئناف العرضي يبقى قائماً وتفصل فيه المحكمة وهو ما أقره المشرع بالفصل 143 م.م.ت. الذي نص على أن الاستئناف العرضي يبقى بقاء الاستئناف الأصلي ويزول بزواله.

* الاستثناءات الواردة بنصوص خاصة :

إن الاستثناءات الواردة على أجل الاستئناف في الأحكام تتعلق بأحكام الطلاق وبالأحكام الخاضعة لموجبات التعليق والنشر في مادة النفليس.

- الاستثناء الأول والمتعلق بأحكام الطلاق :

اقتضى الفصل 41 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في 1 أوت 1957 أن آجال الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة في مادة الطلاق أو بطلان الزواج تجري في ظرف شهر من تاريخ صدور الحكم أو القرار وذلك بالنسبة لجميع فروعه.

وبذلك فإن أحكام الطلاق وبطلان الزواج لا تسري عليها القاعدة العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وأساس ذلك الخصوصيات المصطبغة بالحالة الشخصية وهو ما أقرته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها ومن بينها ذلك الذي ورد بإحدى حيثياته أن "الأحكام الصادرة في مادة الطلاق يكون الطعن فيها في غضون الشهر من تاريخ التصريح بها، بحيث لا مجال للطعن فيها بالاستئناف بعد ذلك الأجل ولو ظفر المحكوم عليه بأحد أسباب الغش الواردة

في المادة 111 في دورته الثالثة من مجلة المرافعات".

(1) قرار تعقيبي عدد 3943 الصادر في 10 ففري 1981 - نشرة محكمة التعقيب - الجزء الأول - 1981 - ص.

والاختلاف الثاني عن القاعدة العامة هو إقرار بداية سريان أجال الطعن في هذه الأحكام من تاريخ التصريح بها، لا من تاريخ الإعلام بها حتى لا يؤدي ذلك إلى مرور زمن طويل بين صدور الحكم والطعن فيه وهو ما لا يتماشى مع طبيعة النزاع ووضع حد إلى نزاع له آثاره الاجتماعية، بالإضافة إلى أنه في مثل هذه الحالات يكون الأطراف على متابعة متواصلة ومستمرة للقضية وبالتالي من المستبعد أن تقع التجاوزات خاصة بعد تنقيح الفصول المتعلقة بالتبليغ في قضايا الطلاق وحرص المشرع أن يبلغ الاستدعاء للشخص نفسه أينما كان. ونحن نأمل أن ينتهج المشرع التونسي هذا المنحى ويجعل الطعن في جميع الأحكام من تاريخ صدورها مثلما هو الحال بمصر ولبنان والعراق شريطة أن يكون المحكوم عليه أو محاميه حاضرا بجلسة التصريح بالحكم، وإن لم يكن حاضرا فكتابة المحكمة هي التي تتولى إعلامه بالحكم ويسري أجل الطعن من تاريخ الإعلام.⁽¹⁾

- الاستثناء الثاني والمتعلق بالأحكام الصادرة في التفليس :

اقتضى الفصل 454 من المجلة التجارية أن الأحكام الصادرة في التفليس تبتدى أجال الطعن فيها من تاريخ صدورها وبالنسبة للأحكام الخاضعة لموجبات الإشهار والنشر فإن أجال الطعن فيها يبتدى من تاريخ اليوم الموالي لاتمام الموجبات المذكورة بالفصل الالف الإلماح إليه. والجدير بالملاحظة أن الأجل المضبوطة بالفصل 454 من المجلة التجارية تتعلق بالاعتراضات على قرارات الحاكم المنتدب في حدود وظائفه المتعلقة بالإشراف على الفلسة ومراقبة أثناء الفلسة في أعمالهم، أما القضايا الأصلية التي تبت فيها الدائرة التجارية فالطعن فيها خاضع للأحكام العامة المنظمة للطعون.

ب- بداية سريان أجل الاستئناف :

اقتضى الفصل 141 م.م.ت. أن "أجل الاستئناف عشرون يوما تبتدى من تاريخ الإعلام بالحكم كما يجب..."

ويخلص من الفصل المذكور أن المشرع اقر مبدأ بداية سريان أجل الاستئناف من تاريخ الإعلام الصحيح وحدد بعض الاستثناءات لهذه القاعدة.

(1) نبيل إسماعيل عمر : "أحوال المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 1136.

1/ بداية سريان الاستئناف من تاريخ الإعلام الصحيح :

إن الأجل يسري من تاريخ الإعلام بالحكم كما يجب أي وفق ما تقتضيه قواعد التبليغ. وهذه القواعد تعرضت لها الفصول من 5 إلى 11 من مجلة المرافعات المدنية. واقتضى الفصل 5 م.م.ت. أن "كل استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

فاول شرط أوجب المشرع هو أن يكون الإعلام بالحكم بواسطة عدل وفقه القضاء مستقر على ذلك ضرورة أن أحد قرارات محكمة التعقيب نص على "أن مجرد التخصيص بنسخة الحكم المدلى بها على وقوع الإعلام بتاريخ معين دون تحديد كيفية إنجاز ذلك لا يمكن اعتماده ضرورة أن عملية تبليغ الإعلام بالحكم المشار إليه بالفصل 141 م.م.ت. لا يمكن اعتباره إلا متى تمت بواسطة عدل تنفيذ وبموجب محضر مشتمل على جميع البيانات التي أوجبها الفصل 5 من م.م.ت.".⁽¹⁾

وهذا الاتجاه كرسته الدوائر المحكمة للتعقيب وورد بالقرار أن "إمضاء محضر الاستدعاء من طرف المبلغ إليه وإن كان يعد حجة عليه قانونا طبق الفصل 448 من المجلة المدنية إلا أنه مع ذلك يبقى التبليغ غير قانوني باعتبار أن المشرع اشترط أن يكون بواسطة عدل منفذ طبق الفصل المشار إليه".⁽²⁾

وإذا ما تم الإعلام بواسطة عدل ملزم على تحرير محضره وفق القانون وتضمينه البيانات الوجوبية فإن هذا الإعلام يجب أن يبلغ للمحكوم عليه بمقره الأصلي أو بمقره المختار وفق الإجراءات المنصوص عليها بالفصل الثامن من مجلة المرافعات. والمقصود بالإعلام المقيم خارج البلاد التونسية وله مقر معلوم بوجه له نظير من الإعلام في مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ وذلك طبقا لأحكام الفصل التاسع. أما إذا بارح المقصود بالإعلام مقره وصار

(1) قرار تعفيبي عدد 23216 مؤرخ في 26 أفريل 1989 نشرية محكمة التعقيب 1989 - ص. 166.

(2) قرار الدوائر المحكمة للتعقيب الصادر في 13 أفريل 1995 تحت عدد 27728 منشور بقرارات الدوائر

المختصة لمحكمة التعقيب 95/1994 - ص. 34.

مجهول المقر فيتم الإعلام على أساس الفصل العاشر ويبدأ الأجل من تاريخ تسليم النظيف . أما إذا كان المقصود بالإعلام مجهول المقر مطلقا فإن النظيف يعلق بالمحكمة المصدرة للحكم وبمركز الولاية التي توجد بها المحكمة ويحسب الأجل من تاريخ التعليق.

وعليه فالأجل يسري من يوم الإعلام بالحكم إلا أن فقه القضاء مستقر على أن الأجل يبدأ احتسابه من اليوم الموالي للإعلام عملا بأحكام الفصل 140 من المجلة المدنية وفقه القضاء مستقر على ذلك ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته أن "يوم ابتداء مدة الأجل لا يكون معدودا وإذا صادف اليوم الأخير لأجل الاستئناف يوم عيد امتد الأجل إلى اليوم الموالي".⁽¹⁾ وهذا الموقف انتقده البعض معتبرين أن الفصل 141 م.م.ت. صريح ولا مجال لتأويله ويبتدئ الأجل من يوم الإعلام وأن الارتكان إلى الفصل 140 من المجلة المدنية في غير طريقة ضرورة أنه ورد في باب الأجل من المقالة الثالثة المعنونة بما يتغير به الالتزام، وبذلك لا يمكن الخلط بين ما قرره المشرع للالتزامات والأجل والشرط في المجلة المدنية وبين ما هو منظم للأجل في الطعون.

(2) الاستثناءات الواردة على المبدأ :

من المعلوم أن آجال السقوط لا تقبل القطع أو التعليق إلا أن المشرع حدد بعض الحالات الاستثنائية لهذا المبدأ وعلّة ذلك أنه لا يعقل أن يبقى الأجل ساريا ضد من لم يعد بإمكانه استئناف الحكم⁽²⁾ كموت المحكوم عليه أو فقدانه لأهلية التقاضي أو ارتكاب التغرير للحصول على حكم أو عدم الإعلام بالحكم من طرف المحكوم لفائدته.

- الاستثناء الأول والمتعلق بموت المحكوم عليه أو فقدانه الأهلية :

اقتضى الفصل 142 من م.م.ت. أنه "يبطل العمل بأجل الاستئناف إذا مات المحكوم عليه في أثناءه ويقع ابتداء الأجل من جديد لورثته من تاريخ إعلامهم بالحكم".

(1) القرار التعقيبي عدد 37 الصادر في 20 ماي 1976 - نشريّة محكمة التعقيب - الجزء الثاني لسنة 1976 ص. 60.

(2) بيرو : "القانون العدلي الخاص"، ص. 660.

أنه ولئن اعتبر المشرع الورثة خلفا عاما للمورث عملا بأحكام الفصل 241 من المجلة المدنية إلا أن هؤلاء الورثة من الجائز أن لا يكونوا على علم بالحكم الصادر ضد مورث وبالإعلام الموجه له ولذلك يتوقف الأجل عن السريان ويجب إعادة إعلام الورثة ولا يسر الأجل في حقهم إلا من ذلك التاريخ. إلا أنه عمليا يصعب على المحكوم له معرفة كل الورثة وذلك يتأخر تنفيذ الحكم ردحا من الزمن مما حدا بالمشرع الفرنسي التحويل للمحكوم له إعد ورثة المحكوم عليه بصفة جماعية دون ذكر الأسماء في آخر موطن لمورثهم لأن العبرة بالثرة وليس بالذمم المالية للورثة وهو ما اقتضاه الفصل 70 من مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية.

أما بالنسبة لفقد المحكوم عليه أهلية التقاضي فهي كذلك توقف سريان أجل الطعن إلى حين تعيين مقدم على فاقد الأهلية لدى قاضي التقادير حتى يتسنى إعلام المقدم بالحكم. وفي نفس الإطار إذا فقد الولي أو الوصي صفة تمثيل القاصر لبلوغه سن الرشد فإن ميعاد الطعن يقف حذ يعلم المحكوم عليه ليتولى الطعن بنفسه في الحكم إذا اختار ذلك.

- الاستثناء الثاني والمتعلق بتزوير وثيقة قاطعة في الدعوى :

اقتضى الفصل 141 م.م.ت. في فقرته الثالثة أنه "بالنسبة 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".

ويخلص من الفقرة المذكورة أنه من تاريخ علم المحكوم عليه بثبوت الزور أو الظفر بالحدا يبدأ سريان أجل الاستئناف، لكن شريطة أن يكون الحكم الصادر مبنيًا على هذه الوقائع وأسند عليها ولو لاها لما حكم للمحكوم لفائدته.

الاستثناء الثالث والمتعلق بعدم الإعلام بالحكم :

إن المحكوم له هو احرص الأطراف على الإعلام بالحكم وإذا لم يفعل يبقى أجل الاستئناف مفتوحا إلى حد تاريخ سقوط الحكم ومدة ذلك عشرين سنة عملا بأحكام الفصل 257 م.م.ت. إلا أنه ولئن قرر المشرع أن الإعلام بالحكم لا يكون إلا بواسطة عدل منفذ عملا بأحكام

الفصل الخامس من م.م.ت.، إلا أن حالة العلم اليقيني بالحكم تجعلنا نقر أن أجل الطعن يحسب من تاريخ العلم اليقيني وذلك حتى تستقر المراكز القانونية وينتهي النزاع بين المتخاصمين ويتصل به القضاء وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء عندما أكد أنه "إذا ثبت علم المحكوم عليه اليقيني بالحكم بمنطوقه وأسبابه، فإن هذا يغني عن إعلانه به. ويبدأ أجل الطعن فيه من تاريخ هذا العلم اليقيني، كما إذا قدم المحكوم عليه هذا الحكم في قضية أخرى..."⁽¹⁾

المبحث الثاني - إجراءات الطعن بالاستئناف :

إن الفصول من 130 إلى 151 هي التي نظمت الاستئناف وإجراءاته وسير إجراءاته، إلا أنه بالاطلاع عليها لا نجد البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة الطعن ولا الجزاء المترتب عن الإخلال ببعض البيانات ومرد ذلك أن المشرع أحالنا إلى الإجراءات المتبعة لدى المحكمة الابتدائية فيما سكنت عنه الفصول المنظمة للاستئناف وهو ما اقتضاه الفصل 140 من م.م.ت. الذي اقتضى أن "القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تنسحب على القضايا الاستئنافية بقدر ما لا تتخالف مع أحكام هذا الباب". وبذلك وطالما لم يبين المشرع البيانات الواجبة النضمام بعريضة الطعن بالاستئناف لا بد من الرجوع إلى الفصول المنظمة لذلك أمام المحكمة الابتدائية وخاصة الفصل 70 من م.م.ت. وفقه القضاء مستقر بخصوص هذا المسألة ونذكر على سبيل المثال إحدى القرارات التعقيبية الذي ورد بإحدى حيثياته أن "الاستئناف يرفع بعريضة كتابية يحررها محام عن الطاعن لكتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر ويجب أن تشمل على البيانات الواجبة بعريضة افتتاح الدعوى وعلى بيان الحكم المستأنف وعده وتاريخه وطلبات المستأنف كما يجب أن تكون مصحوبة بنسخة من الحكم المستأنف"⁽²⁾.

ولذلك وجب التطرق لكيفية رفع الاستئناف بأن نتطرق لمحتوى العريضة والبيانات المتعلقة بالخصوم وبأسباب الطعن ثم نتولى دراسة إجراءات رفع الطعن بالاستئناف.

الفقرة الأولى - كيفية رفع الاستئناف :

اقتضى الفصل 130 من م.م.ت. أنه "يرفع الاستئناف بعريضة كتابية يحررها محام عن الطاعن لكتابة المحكمة الاستئنافية ذات النظر. ويجب أن تشمل عريضة الاستئناف على البيانات الواجبة بعريضة افتتاح الدعوى وعلى بيان الحكم المستأنف وعده وتاريخه ويعتبر مقر المحامي مقرا مختارا للمستأنف".

ويخلص من الفصل المذكور أن المشرع أوجب أن تتضمن عريضة الطعن نفس البيانات التي تتضمنها عريضة الدعوى لدى المحكمة الابتدائية المذكورة بالفصل 70 من م.م.ت. وتعلق بالخصوم وأسمائهم وصفاتهم ثم البيانات الخاصة بعريضة الطعن بالاستئناف ذاتها.

1 - البيانات المتعلقة بالخصوم :

إن عريضة الطعن بالاستئناف يجب أن تتضمن اسم ولقب وحرفة وصفة ومقر كل من المستأنف والمستأنف ضده دون ذكر أسماء كل الخصوم في طور الابتدائي ضرورة أن الاستئناف لا ينقل الدعوى إلا في حدود ما تسلط عليه الطعن عملا بأحكام الفصل 144 من م.م.ت. الذي اقتضى أن "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف"، وبالتالي يمكن للمستأنف أن يطعن في الحكم ويحدد خصومه فإذا اقتنع أنه لا فائدة ولا جدوى من مواصلة الاختصاص مع أحد الذين استدعاهم في طور الابتدائي فإنه لا يقيم ضده الطعن ويعتبر الحكم نهائيا في خصوص الفرع الذي لم يقع الطعن في شأنه.

وإن ذكر أسماء الخصوم وألقابهم ومهنتهم، القصد منه أن لا يقع من تم استدعاؤه في حين جدية وتقدير كفاية البيانات أمر موكل للمحكمة. أما ذكر مهنة الخصوم ووظائفهم فلا تعتبر من الحالات المؤدية للبطلان عند إغفالها علاوة أن هذا البطلان نسبي ولا يتمسك به إلا من شرر لصلحه ويزول بتنازل هذا الأخير عن إثارته.

2 - البيانات الخاصة بعريضة الطعن :

إن البيانات الخاصة بعريضة الطعن تتعلق بالحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الطعن وطلبات المستأنف، ويجب التعرض للجزاء المترتب عن الإخلال بهذه البيانات.

(1) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، ص. 839.

(2) القرار التعقيبي عدد 11206 الصادر في 31 أكتوبر 1985 - نشرة محكمة التعقيب لعام 1985 - ص. 160.

- الحكم المستأنف وتاريخه :

إنه من الضروري ان تتضمن العريضة موضوع الحكم المستأنف ومنطوقه وتاريخه والمحكمة التي أصدرته، وإن الغاية من ذلك هو عدم حصول لبس لدى المستأنف عليه في معرفة حقيقة الحكم المطعون فيه، كما يجب ذكر عدد القضية التي صدر فيها الحكم. وإذا كانت صدرت أحكام متعددة بين رفي الخصومة في نفس التاريخ فمن الضروري إيراد بيانات أخرى غير التاريخ ليتسنى معرفة حكم المطعون فيه معرفة يقينية حتى يتسنى إعداد وسائل الدفاع بشأن ذلك الحكم.

- أسباب الطعن بالاستئناف :

إن الاستئناف طعن عادي ويجوز تأسيسه على أي من الأسباب المتعلقة بالواقع أو بالقلنون التي يرى المستأنف أنها تؤدي إلى عدم عدالة الحكم أو عدم صحته. وإن الهدف من ذلك هو ضمان جدية الطعن. في حين يرى بعض الفقهاء ان الهدف من ذكر الأسباب هو أعمال قاعدة قاضي على درجتين المتعلقة بالنظام العام ضرورة ان الهدف من الطعن هو ان تعيد محكمة لى درجة النظر في النزاع وتطرح الخصومة من جديد وهي رغبة المستأنف في أن تقدر محكمة الاستئناف الخصومة تقديرا مخالفا لما ارتأته محكمة البداية ولا يمكن بأي حال ان يحرم نصم من الاستئناف وكل اتفاق مخالف لذلك باطل بطلانا مطلقا.⁽¹⁾

وإذا ما سلمنا ان الطعن بالاستئناف يخول للمحكمة التطرق من جديد إلى النزاع من كل نبيه فإنه لا فائدة من ذكر الأسباب ضرورة ان مهمة محكمة الاستئناف لا تكمن في مراقبة حكم بل الحكم من جديد على أساس الوقائع المطروحة ويمكن ان يكون لها نفس رأى محكمة لية فقر الحكم ويمكن أن تخالفها جزئيا فتعدل الحكم ويمكن أن يكون الخلاف كلياً فتلغي الحكم نضي من جديد. وعلى كل فإن ذكر الأسباب ضروري باعتبار ان الأثر الناقل فيما تسلط عليه لعن يوجب على المحكمة ان لا تعيد النظر الا فيما حدده المستأنف، باعتبار ان هذا الأخير لا من الا في فرع من فروع الدعوى ورضي ببقية الفروع ولا بد من تبيان ذلك للمحكمة والا عد تألفا لكامل الحكم بجميع فروعه.

ج - طلبات المستأنف :

إن طلبات المستأنف تلعب دورا أساسيا في تحديد خصومة الاستئناف ضرورة ان الأثر الناقل لهذا الطعن يحدد نطاقه الطاعن باعتباره ان يطعن في فرع دون آخر والقاضي ملزم بالنظر فيما حدد، اما الفرع الذي لم يطعن فيه فقد رضي به الطاعن واتصل به القضاء.⁽¹⁾

والحقيقة أن الطعن في الحكم يعني ضمنا طلب إلغائه، ولذلك فإن الأمر يستدعي تحديد الفرع من الحكم الذي يريد الطاعن استئنافه. فالحكم المشتمل على عدة فروع وناقش الطاعن بعضها وسكت عن الباقي فإن ذلك يعني ان طعنه تسلط على الأجزاء التي ناقشها ورضي بباقي الأجزاء. أما إذا لم يتم التلميح إلى الفرع الذي يطعن فيه فإنه يعتبر طاعنا في الحكم بجميع أجزائه وهو ما يقره الفصل 144 السابق الذكر الذي اقتضى ان "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف". وبذلك ان الطعن دون تحديد نقطة معينة يعتبر تمسكا بذات طلباته أمام محكمة البداية ما لم يتم بتعديلها في الحدود المقررة قانونا.⁽²⁾

الفقرة الثانية - إجراءات رفع الاستئناف :

اقتضى الفصل 130 من م.م.ت. ان الاستئناف يرفع لكتابة محكمة الاستئناف بعريضة تودع لديها ومرفقة بجميع المؤيدات المثبتة لحقوقه. ويقوم كاتب المحكمة بتقييد الاستئناف بدفتر خاص معد لذلك يوم تقديم العريضة ويسلم وصلا في ذلك لمن قدمها ثم يكاتب كتابة المحكمة الابتدائية يعلمها بوقوع الاستئناف ويطلب منها توجيه ملف القضية. وبمجرد ورود الملف لمحكمة الاستئناف يتولى رئيس المحكمة تعيين المستشار المقرر ويأذن بنشر القضية بالجلسة التي يحددها. وتبعاً لذلك يتولى كاتب المحكمة إعلام محامي المستأنف بموعد الجلسة ويستدعيه لحضورها. وعند ذلك يتولى محامي المستأنف القيام بالإجراءات المنصوص عليها بالفصل 134 من م.م.ت.

(1) نبيل عمر : سبب الدلائل القسائي لدى الاستئناف، ص. 165.

(2) نبيل إسماعيل عمر : دراسات في فلسفة قانون المرافعات، ص. 20.

أ - استدعاء المستأنف ضده :

حالما عرف المحامي تاريخ الجلسة المعنية للنظر في الطعن يتولى استدعاء الخصوم الميينة أسماؤهم بعريضة الطعن بواسطة عدل منفذ عملاً بأحكام الفصل الخامس من م.م.ت. وذلك قبل عشرين يوماً من تاريخ الجلسة ويخفض هذا الأجل إلى ثلاثة أيام إذا كان الحكم المستأنف صادراً في المادة الاستعجالية أو القضايا المنصوص عليها بالفصل 81 م.م.ت. وهي القضايا التي تكون مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو كتب بخط اليد معرف بالإمضاء عليه أو قرينة قانونية أو كان هناك تأكيد يوجب النظر على وجه السرعة.

وإن عدم احترام هذه الإجراءات يوجب القضاء بسقوط الطعن عملاً بأحكام الفصل 134 م.م.ت. وفقه القضاء مستقر في هذا الشأن ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بإحدى حيثياته أن "استدعاء المستأنف عليه من قبل المستأنف للحضور أمام محكمة الاستئناف يجب أن يكون في أجل الثلاثة أيام التي حددها القانون ومخالفة ذلك تعرض الاستئناف للسقوط تطبيقاً للفصل 134 من قانون المرافعات المدنية والتجارية والمبطلات وجوبية تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها"⁽¹⁾ كما أن الاستدعاء يجب أن يشمل كل المستأنف ضدهم في حالة التعدد وإغفال أحدهم يوجب الحكم برفض الاستئناف شكلاً وهو ما قرره محكمة التعقيب في العديد من القرارات ولقد ورد في إحداها أن "حادث المرور الذي مات فيه مورت المتضررين المطالبين مدنيا بالتعويض مدنيا ولما صدر لهم الحكم استأنفته شركة التأمين ولم تستدع جميع خصومها بإسمالها واحدا منهم يكون استئنافها ساقطاً ومرفوضاً شكلاً، لقبوله والنظر في الأصل مع الحط من الغرامة المحكوم بها يكون معه الحكم خارقاً للقانون ومستوجباً للنقض".⁽²⁾

ب - جزاء الإخلال باستدعاء وتقديم المستندات :

إن جزاء الإخلال بإجراءات الاستدعاء نظمته الفصول 71 و 72 من م.م.ت. ويفهم منها

أن الحضور يزيل البطلان بالنسبة للأخطاء في اسم ولقب المستأنف ضده والمحكمة وتاريخ الجلسة ومواعيد الحضور ضرورة أن الاستدعاء قد انتج الهدف المرجو منه وهو تمكين المستأنف ضده من الحضور والدفاع عن حقوقه ولما حضر فلا ضرر ولا يمكنه التمسك ببطلان الاستدعاء. أما إذا تعلق الخلل بعدم التنبيه على المستأنف بتقديم جوابه كتابة مصحوباً بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعنية لها القضية فإن البطلان لا يزول بمجرد الحضور بل لا بد من تقديم الجواب، وبالتالي إذا حضر المستأنف ضده وتمسك وقبل الخوض في الأصل ببطلان الإجراءات فالمحكمة تستجيب لطلبه ضرورة أن هذه الضمانات شرعت لمصلحة الخصوم ولا تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها وهو ما أكدته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها التي ورد بها أن "الإجراءات التي شرعت لمصلحة الخصوم الشخصية يجب التمسك بها قبل الخوض في جوهر الدعوى وتقريباً على ذلك يكون غير مقبول أمام محكمة التعقيب المطعون المؤسس على أن محكمة الموضوع قضت في الدعوى دون بيان أسماء كافة القائمين بها"⁽¹⁾ أما إذا لم يحضر المستأنف وتبين عدم التنبيه عليه بتقديم جوابه بواسطة محام وتقديم المؤيدات بالجلسة المعنية لها القضية فإن المحكمة تقضى من تلقاء نفسها ببطلان الإجراءات ضرورة أن "المحكمة المتعہدة بالنظر في القضية ملزمة بمراقبة الاستدعاء وفق الإجراءات القانونية للتأكد من سلامة إجراءات التبليغ خاصة في صورة عدم حضور المستدعي أو من يمثله كما أنه بموجب المفعول الانتقالي للاستئناف فإن محكمة الدرجة الثانية تراقب محضر استدعاء المطلوب للحضور لدى محكمة الدرجة الأولى لما في ذلك من مساس بالإجراءات الأساسية".⁽²⁾

كما أن المستأنف ملزم بعد استدعاء المستأنف ضده للجلسة أن يقدم مستندات الاستئناف ونظيراً من الاستدعاء وما لديه من الوثائق مصحوبة بكشف في ذلك ويقدمها إلى كتابة المحكمة قبل أسبوع من تاريخ الجلسة على الأقل فيمضي الكاتب الكشف ويرجع نظيراً منه إلى الطاعن. وإن عدم تقديم ملف الاستئناف ونسخة من الحكم المطعون فيه سبعة أيام قبل الجلسة الأولى إلى كتابة المحكمة حتى تكون على بينة من موضوع القضية وتأنن بالإجراءات اللازمة ربها للوقت ولسرعة

(1) قرار تعقيبي عدد 979 الصادر في 28 أكتوبر 1976 - مجلة القضاء والتشريع 1986 - ص. 84.

(2) قرار تعقيبي عدد 4183 الصادر في 20 ماي 1982 - نشرية محكمة التعقيب لعام 1983 - الجزء الثالث

(1) القرار التعقيبي عدد 25901 الصادر في 2/4/1991 - نشرية 1991 - ص. 13.

(2) القرار التعقيبي عدد 6866 الصادر في 1969/6/23 - نشرية محكمة التعقيب 1969 - ص. 71.

فصل الخصومة يوجب الحكم بسقوط الاستئناف وهو ما أكده الأستاذ العياري في مقالته التعديل لمجلة الإجراءات متعلقة ومرماه عندما ذكر أنه "ولا أدري كيف سقطت الفقرة المتعلقة بالجزاء من الفصل 134 م.م.م.ت. عند وضع المشروع في صيغته النهائية باعتبار أن الفصل 70 من المجلة الخاص بعريضة الدعوى نص على سقوط العريضة عند عدم اشتغال الاستدعاء على دعوة المدعى عليه لتقديم جوابه ودفعاته بواسطة محام فالحالتان متشابهتان والقواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية تسحب على نوازل الاستئناف بقدر ما لا تتخالف مع أحكام هذا الباب".⁽¹⁾ وإن ما درجت عليه محاكم الاستئناف من قبول ملف الاستئناف شكلاً تبعاً لذلك هو جريان عمل خارق لنصوص تهم النظام العام ولأجل الاجتهاد فيها وتاويلها بل يجب تطبيقها حرفياً لأنها المسلك الذي شرعه المشرع لكل المتقاضين محترماً في ذلك مبدأ المساواة وإذا ما فتح باب التأويل خرق مبدأ المساواة الذي ينهض عليه النظام القضائي وإن بعض دوائر محكمة التعقيب نحت هذا المنحى ومن ذلك القرار عدد 11859 المؤرخ في 5 جانفي 1988 الذي ورد به "أن نية تقديم نسخة من الحكم المطعون فيه لا يكفي لانقضاء اجراء قانوني يترتب عن الاخلال به سقوط الطعن بالاستئناف..." وهو ما أكده أحد الفقهاء عندما ذكر "أنه يجب إيقاع السقوط ولو لم ينص عليه القانون لأن سقوط الحق هو الجزاء الطبيعي على تجاوز المواعيد المحددة لمباشرة الإجراءات".⁽²⁾

المبحث الثالث - آثار الاستئناف :

إن إقرار مبدأ التقاضي على درجتين باعتباره يهيم النظام العام يوجب أن يكون للاستئناف آثاراً أولهما يتمثل في إعادة النظر من جديد في النزاع من طرف محكمة الاستئناف في حدود ما تسلط عليه الطعن وهو ما يسمى بالمفعول الانتقالي المنصوص عليه بالفصل 144 م.م.م.ت. ومواده أن تنقل الدعوى وقانوناً أمام محكمة الدرجة الثانية، كما أن وظيفة المراجعة والنقض تقتضي أن يعلق الطعن بالاستئناف تنفيذ الحكم الابتدائي الذي هو نتيجة حتمية للمفعول الانتقالي الذي يرجع الطرفان

(1) محمد صالح العياري : تعديل مجلة المرافعات المدنية والتجارية : متعلقة ومرماه، سداد، المصنفات والنشر، 1987 - ص. 70.

(2) أحمد أبو الوفاء : قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 255.

إلى الحالة التي كنا عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه الذي ينحل بموجب الطعن وسوف نتعرض لكل أثر في فقرتين متتاليتين أولهما الأثر الناقل للاستئناف وثانيهما الأثر التعليقي.

الفقرة الأولى - الأثر الناقل للاستئناف :

إن موضوع الاستئناف هو موضوع الخصومة التي انعقدت أمام محكمة البداية، إلا أن خصومة الاستئناف ولئن تناولت نفس الطلبات التي طرحت أمام محكمة البداية فإنه بإمكان الخصوم التمسك بأوجه دفاع وأدلة اثبات جديدة ضرورة أن خصومة الاستئناف استمرار للخصومة التي انعقدت في الطور الابتدائي، ومعنى ذلك أن الخصومة تطرح من جديد بكل عناصرها ليفصل فيها من جديد وفق القاعدة القانونية التي تراها منطبقة على وقائع الدعوى⁽¹⁾ دون أن تتقيد برأي محكمة الدرجة الأولى حتى فيما يدخل في السطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا ينبغي لها أن تحجب نفسها عن ممارسة سلطتها لمراجعة تقدير المحكمة المصدرة للحكم للدلالة والقرائن القائمة في الدعوى. غير أن هذه السلطة لها قيود قررها المشرع وللاثر الناقل قيود.

1 - قيود الأثر الناقل :

اقتضى الفصل 144 م.م.م.ت. أن "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في حدود ما تسلط عليه الاستئناف" ويخلص من الفصل المذكور أن محكمة الاستئناف لا تنظر سوى الطلبات التي فصلت فيها محكمة البداية والتي رفع عنها الاستئناف وإن الخصوم هم أنفسهم خصوم الدرجة الأولى وتعتبر تلك الأمور قيوداً على محكمة الاستئناف.

أ - ضرورة التقيد بالطلبات المفصولة في الدرجة الأولى :

إن الاستئناف لا ينقل إلى الدرجة الثانية من الطلبات المعروضة على محكمة الدرجة الأولى إلا ما فصلت فيه هذه الأخيرة، أما الطلبات التي لم تفصل لا تنقل ولم تستنفذ محكمة الدرجة الأولى بخصوصها ولايتها، وعلى هذا نص الفصل 144 م.م.م.ت. أن "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف" وبالتالي لو نظرت محكمة الاستئناف في الطلبات التي لم تفصل فيها محكمة البداية تكون قد فوتت درجة من درجات التقاضي على الخصوم.

(1) أحمد أبو الوفاء : أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص. 890.

ج- ضرورة التقيد بأطراف خصومة الا

عند تعدد الخصوم لدى الطع
ضد بعض المحكوم عليهم، وهذا
ضده وهو ما يسمى بنسبية الا
بصبح الحكم في مواجته
الانضمام لأحد الخصوم

غير أنه إذا كان الحكم صادر

ادخال بقية المحكوم عليهم في القضية عملاً بـ

الصادر بتصفية شركة أو صحة عقد أو بطلانه. كما أن اسر

ادخال بعض الخصوم إذا كان الطعن في الحكم من أحدهم من شأنه لو يـ

بتمامه فاقد الأساس. ومن هذه القضايا دعوى الشفعة إذ يجب أن تقوم في جميع مرار

أطرافها الثلاثة الشفيع والبائع والمشتري أو دعوى القسمة التي يجب أن تقوم بين جميع الشوكاء
على الشيوع وكذلك دعوى استحقاق المعقول التي يجب رفعها على الدائن العاقل والمعقول عليه
والمتمدخل في عملية العقلة عملاً بأحكام الفصل 403 م.م.ت. الذي اقتضى أن "دعوى الاستحقاق
تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتبعات والمعقول عنه ولم تشمل على بيان حجج الملكية".

2 - حدود الأثر الناقل :

إذا تم الطعن في الحكم فإن محكمة الاستئناف تنظر نفس القضية التي فصلت فيها محكمة
البداية بكافة عناصرها سواء الموضوع أو السبب أو الأشخاص. وما طرح ابتدائياً من طلبات
وأدلة يعاد طرحه أمام محكمة الاستئناف. وباعتبار أن المحكمة تعيد النظر في نفس القضية فلا بد
من حدود تحد من هذا الأثر الناقل من ناحية التحديد في الأدلة والطلبات الجديدة والتدخل
والادخال في الاستئناف وكذلك الاستئناف العرضي. ولقد أوضح المشرع هذه الحدود بالفصول
147 و 148 و 149 م.م.ت. وسوف نتعرض لهذه الحدود المتمثلة في أدلة الإثبات الجديدة
وأوجه الدفاع ثم للطلبات الجديدة والتدخل والادخال في الاستئناف والاستئناف العرضي.

والنتيجة الحتمية لذلك واحتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين فإن الاستئناف لا يطرح على
محكمة الاستئناف من الطلبات الموضوعية السابق إيداعها أمام محكمة الدرجة الأولى إلا ما
صلته هذه المحكمة ولذلك إذا نقضت المحكمة حكماً صادراً من محكمة البداية قضى بالإحالة أو
تم الاختصاص فمن واجبه أن لا تنتظر في الموضوع وعليها أن ترجع القضية إلى محكمة
درجة الأولى لتتظر فيها وإلا تكون قد تصدت لموضوع الدعوى وهو أمر محرم على محكمة
لاستئناف، بالرغم من أن المشرع جعل استثناء لهذه القاعدة صلب الفصل 149 م.م.ت. وسنح
محكمة الاستئناف أن تتصدى للموضوع إذا كانت القضية جاهزة للفصل، وقلما ما تكون ضرورة
إذا قضت محكمة البداية بعدم الاختصاص فهي لم تقم بالأبحاث اللازمة ولا يمكن أن تكون
قضية جاهزة للفصل ووجب إرجاعها ليتم تجهيزها والحكم فيها.

وعليه فإن سلطة محكمة الاستئناف مقيدة بعدم نظر طلب لم تفصل فيه محكمة البداية لأن
طعن ينقل إلى محكمة الاستئناف الطلبات التي فصلت فيها محكمة البداية وما أقيمت عليه تلك
طلبات من أسباب، ومقتضى ذلك أن الأسباب التي أقام المستأنف ضده عليها طعنه تعبير
لمروحة على محكمة الاستئناف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف.

- ضرورة التقيد بما تسلط عليه الاستئناف :

أن الطلبات المطروحة أمام محكمة البداية وتم الفصل فيها لا تنتقل إلى محكمة الاستئناف برمتها
ما ينتقل إليها الطلبات التي رفع عنها الطعن عملاً بأحكام الفصل 144 م.م.ت. ومرد ذلك إلى أن
محكمة الاستئناف لا تفصل إلا فيما طلب منها⁽¹⁾ فإذا حكم للمدعي بعدة طلبات واستأنف المحكوم
به بالنسبة لبعضها فإن محكمة الاستئناف لا يجوز لها النظر إلا في الطلبات التي عرضت عليها،
في الطلبات التي سكت عنها المحكوم عليه يعتبر قد سلم بها واتصل بها القضاء وحازت قوة الأمر
قضي به، غير أنه لا يجب أن يغيب عن الذهن أن رفض محكمة البداية للطلب الأصلي والحكم
بطلب الاحتياطي وطعن المحكوم عليه فإن طعنه يفيد أن الطلب الأصلي مطروح على محكمة
استئناف بقوة القانون دون حاجة لرفع استئناف بشأنه ويكون من الواجب على محكمة الاستئناف إذا
تلت الحكم الابتدائي وقضت برفض الطلب الاحتياطي أن تتعرض للطلب الأصلي ونقض في مالم
يدر من المستأنف ضده ما يفيد تنازله عنه بقضاء صريح أو ضمني⁽²⁾.

القرار التعقيبي عدد 19304 مؤرخ في 1988/2/2، ن.م.ت. لعام 1988، ص. 39.

القاضي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 744.

أ - جواز تقديم أدلة جديدة :

إن محكمة الاستئناف تنظر الدعوى على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع بالاضافه إلى ما قدم لمحكمة البداية. ولقد أطلق المشرع العنان للخصوم في ابداء ما يشاؤون من أدلة في ابداء تلك الدفوع لم يسقط، ويكون هذا مراجعة جديدة لاستدراك ما فات الخصوم وتقديمه من دفاع ولهم ابداء كافة الدفوع الموضوعية الجديدة أو الدفوع الاجرائية التي لم يسقط الحق فيها وهو ما اقتضاه الفصل 148 م.م.ت. في فقرته الثانية عندما نص "وكذلك يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف". وفقه القضاء مستقر حول تطبيق هذه الفقرة ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته انه "يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف ولا يعد ذلك تغييرا أو توسعا في الدعوى".⁽¹⁾

ب - مدى جواز تقديم طلبات جديدة :

ان المشرع قد أقر قاعدة تمنع تقديم طلبات جديدة عملا بأحكام الفصل 147 م.م.ت، لا أن لكل قاعدة استثناء وسمح في بعض الحالات بأبداء طلبات.

1 - عدم جواز ابداء طلبات جديدة :

اقتضى الفصل 147 م.م.ت. ان "الدعوى التي حكم فيها ابتدائيا لا يمكن الزيادة فيها لا تغييرها لدى الاستئناف ولو رضى الخصم بذلك". وان لهذه القاعدة أساس مؤداه ان قبول طلبات جديدة في الاستئناف يخل بمبدأ التقاضي على درجتين الذي يتعلق بالنظام العام برورة ان قبول طلب جديد يفوت درجة من درجات التقاضي على الخصم الذي يوجه له⁽²⁾ لكونه على ان قبول طلب جديد يعتبر مخالفة لقواعد الاختصاص الحكمي التي توجب تقديم الطلبات الجديدة أمام محكمة الدرجة الأولى.

ويعتبر طلبا جديدا الطلب الذي يختلف في أحد عناصره عن الطلب الذي كان أساسا كمة البداية سواء بالنسبة للأشخاص أو الموضوع أو السبب، ومن أسئلة ذلك هل طلب فسخ

العقد وارجاع ما دفع من عربون بينما كان الطلب لدى محكمة البداية هو تسليم المبيع. ولا يعتبر طلبا جديدا طلب الخروج إذا كان المدعي طلب التمكين من المبيع وهو شقة، فالخروج هو أثر ضمنى للقضاء بالتمكين ولا يعد لذلك طلبا جديدا أمام محكمة الاستئناف وبالتالي إذا أبدى المستأنف طلبا جديدا فلخصمه الدفع بعدم القبول وعلى المحكمة ان تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبوله ولو لم يدفع الخصم بذلك لتعلق المسألة بالنظام العام وهو ما دأب عليه فقه القضاء بصفة متواصلة ومن ذلك القرار التعقيبي الذي ورد بإحدى حيثياته ان "أحكام الفصل 143 والفصل 144 والفصل 147 م.م.ت. التي جاءت بتنظيم الطعن بالاستئناف تهيم النظام العام لتعلقها بالإجراءات التي يرتب القانون على عدم مراعاتها البطلان وفقا لأحكام الفصل 14 منها، فإذا ما تعاطت محكمة الاستئناف النظر في القضية دون مراعاة أحكام الفصول اعلاه فقد باشرت الحكم فيما لا تملك حق النظر فيه ويتعين نقض حكمها".⁽¹⁾

2) الاستثناءات من عدم جواز تقديم طلبات جديدة :

لقد خول المشرع استثناء من القاعدة ابداء طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. هذه الاستثناءات تكون نتيجة لارادة المشرع أو لارادة الأطراف بتغيير سبب المطالبة القضائية أو لاختصاص الغير لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

أ - الاستثناء الأول والمتعلق بملحقات الطلب الأصلي :

لقد اقتضى الفصل 147 م.م.ت. ان "الدعوى التي حكم فيها ابتدائيا لا يمكن الزيادة فيها ولا تغييرها لدى الاستئناف ولو رضى الخصم بذلك الا إذا كانت الزيادة المطلوبة تتعلق بأداء أجر أو فواتض أو كراء أو بقايا ونحوها من الملحقات المتعلقة بالدعوى الأصلية والتي استحققت بعد صدور الحكم أو بغرم ضرر تفاقم أمره بعد صدور الحكم أو بطلب الضمانات المستوجبة بالحكم".

وبخلص من الفصل المذكور أنه بالإمكان إضافة إلى الطلب الأصلي الاجور والفواتض والمرتبات ومعينات الكراء وسائل الملحقات التي تستحق بعد صدور الحكم.

وعلة هذا الاستثناء هو أن هذه الطلبات تابعة للطلب الأصلي علاوة على أن هذه الطلبات لم

(1) القرار التعقيبي عدد 557 الصادر في 31 أكتوبر 1976 - نشرة محكمة التعقيب 1976.

(2) بيل إسماعيل عمر : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، ص. 630.

(1) قرار تعقيبي عدد 2 الصادر بتاريخ 25 مارس 1971 - نشرة محكمة التعقيب 1971 - ص. 81.

يكن بالإمكان تقديمها أمام محكمة البداية مع الطلب الأصلي وأن عدم جواز تقديمها أمام محكمة الاستئناف سيؤدي إلى إعادة التقاضي وهو ما يتعارض مع مبدأ الاقتصاد في الإجراءات ويتجافى مع الهدف المراد بلوغه وهو ضمان حماية شاملة للمحكوم له.⁽¹⁾

غير أن طلب الملحقات ليس مطلقاً بل لابد أن تكون هذه الملحقات قد طُلبت أمام محكمة البداية وأن يكون ما طلب منها أمام محكمة الاستئناف هو ما استجد بعد صدور الحكم الابتدائي. أما إذا لم تطلب الفوائد تماماً فلا يجوز طلبها لأول مرة لدى محكمة الاستئناف وعلى المحكمة أن تقضي بعدم قبول الطلب من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام.⁽²⁾

كما خول المشرع الطلب لأول مرة أمام محكمة الاستئناف مايزيد من التعويضات بعد صدور الحكم. وهذه الطلبات لاتعتبر جديدة لأنها طرحت أمام محكمة البداية وقضت بها، إلا أن الضرر تفاقم، وبذلك لايعتبر هذا الطلب زيادة في الدعوى الأصلية بل مواصلة لها ضرورة أنه من حق المتضرر المطالبة بالتعويض عن تفاقم الضرر. وفقه القضاء مستقر في هذا المضممار ومن ذلك القرار التعقيبي الوارد بإحدى حيثياته أن "المطالبة لدى محكمة الاستئناف بتعويض الضرر المتفاقم بعد صدور الحكم الابتدائي لايعتبر من باب الزيادة في الدعوى الأصلية".⁽³⁾

- الاستثناء الثاني والمتعلق بإمكانية تغيير السبب :

اقتضى الفصل 148 م.م.ت. انه "يمكن تغيير السبب المبني عليه الطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي باقياً على حاله بدون تغيير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الدرجة الأولى. وكذلك يمكن الاحتجاج بوسيلة جديدة لدى الاستئناف".

ويخلص من الفصل المذكور انه طالما ان الطلب مهما كان سببه يرمي إلى تحقيق حماية قضائية لمركز قانوني معين فان مبدأ الاقتصاد في الإجراءات يوجب النظر في هذا الطلب من

محكمة الاستئناف حتى لا يضطر المستأنف إلى إعادة التقاضي أمام محكمة الدرجة الأولى، غير ان الصعوبة تكمن في التفرقة بين سبب الدعوى ووسائل الدفاع الجديدة⁽¹⁾ ضرورة ان القول بعدم جواز تغيير الطلب مع جواز ايداء دفوع جديدة وتغيير السبب قد يطرح صعوبات، ولايت من تفصيل القول في هذه المسألة.

إن المستأنف يمكنه تغيير سبب طلبه القضائي أو الإضافة إليه شريطة بقاء موضوع الطلب على حالة. وبعبارة أخرى أن القصد من تغيير السبب هو تأكيد الأحقية في الطلب وذلك لأن سبب الدعوى هو الواقعة التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يركن إليها الخصوم للدفاع عن طلباتهم وحقوقهم. فإذا استند المدعي أمام محكمة البداية إلى سبب، من أسباب كسب الملكية وهي العقد، الإرث أو الحيازة المكسبة فقضي برفض دعواه، فقام باستئناف الحكم واستند على غير السبب الذي استند إليه ابتدائياً وهو محق في ذلك طالما ان طلبه الأصلي وهو الاستحقاق باقياً على حاله أما إذا أمتد التعديل إلى موضوع الطلب فان ذلك غير مقبول أمام محكمة الاستئناف، فإذا طلب المسوغ أمام المحكمة الابتدائية الحكم بخروج المتسوغ من المكري لانتهاء المدة فرفض طلبه لتجدد العقد عملاً بأحكام الفصل 793 من المجلة المدنية، فاستأنف الحكم طالبا الحكم بالخروج لانفساخ العقد لاخلال المتسوغ بالتزامه. ان هذا الطلب يعتبر طلباً جديداً ضرورة انه يختلف عن الطلب الأول من حيث موضوعه وليس من حيث سببه فقط، ولذلك فهو لا يقبل لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

- الاستثناء الثالث والمتعلق باختصاص الغير :

إن وحدة الطلبات تقتضي ان يكون الخصوم في الدعوى أمام المحكمة الابتدائية هم أنفسهم أمام محكمة الاستئناف، وان تدخل شخص ثالث في الدعوى أو تم إدخاله أمام محكمة الدرجة الثانية يعتبر من قبيل الطلبات الجديدة وتضيع درجة تقاضي على من يمثل لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

ورغم ذلك فقد تؤدي الضرورة إلى وجود شخص ثالث لأول مرة أمام محكمة

(1) فتحي والي : "الوسيط في قانون القضاء المدني"، ص. 738.

(2) عبد المنعم حسني : "طرق الطعن في الأحكام"، ص. 431.

(3) القرار التعقيبي عدد 2644 الصادر بتاريخ 28 جوان 1965 مجلة القضاء والشريع أبريل 1966 ص.

(1) فتحي والي : "الوسيط في القضاء المدني"، ص. 736.

الاستئناف وذلك نظرا للصلة الوثيقة بين المراكز القانونية للعديد من الأفراد ويكون ذلك بموجب الإدخال أو التداخل وهو ما اقتضاه الفصل 153 م.م.ت. الذي نص على أنه لا يقبل التداخل لدى الاستئناف إلا إذا كان بقصد الانضمام إلى أحد الخصوم أو كان التداخل من شخص يكون له حق الاعتراض على الحكم".

وكذلك الفصل 154 م.م.ت. الذي خول للمحكمة إدخال طرف ثالث عند عدم قبول الحكم للتجزئة.

ولقد طرحت مسألة الإدخال والتداخل أمام محكمة الاستئناف العديد من الإشكالات التطبيقية واختلفت وجهات نظر الفقهاء فمن قائل أن التداخل والإدخال أمام محكمة الاستئناف هما استثناء من قاعدة عدم جواز إيداء طلبات جديدة لأول مرة لدى الاستئناف ومن رافضين لهذا الإجراء واعتبره خرقا لمبدأ التقاضي على درجتين الذي يهيمن النظام العام، وهذا الخلاف الفقهي انعكس كذلك على فقه القضاء الذي كانت موافقه متباينة⁽¹⁾ ومثار جدل بين تضييق في ملتزم بأحكام الفصل 153 م.م.ت. وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في إحدى قراراتها⁽²⁾ الذي ورد بحديثاته أن "أحكام الفصلين 224 و 225 من مجلة المرافعات لا تنطبقان على التداخل لدى الاستئناف إلا فيما يتعلق بشكل التداخل وإجراءاته"⁽³⁾ وأما الموقف التوسعي ففقد تجلي في قرار محكمة التعقيب الذي ورد به أن "الفصل 153 م.م.ت. لا يهيمن إلا على الاختياري، أما التدخل الجبري لدى الاستئناف بناء على طلب أحد طرفي الخصومة يكون جائزا قانونا بناء على أحكام الفصل 224 م.م.ت. ولكن في حالة وحيدة وهي حالة الشخص الذي له الحق في الخش في الحكم بطريق الاعتراض"⁽⁴⁾.

أما الإدخال لدى الاستئناف فلقد اقره المشرع بموجب الفصل 154 م.م.ت. وهو مشروط بعدم قابلية الحكم للتجزئة.

وعليه فقد حاول المشرع التونسي من خلال الفصلين 153 و 154 م.م.ت. المتعلقين بالتدخل والإدخال لدى الاستئناف التوفيق بين إمكانية إقرار حق التداخل والإدخال واحترام قاعدة عدم جواز إيداء طلبات جديدة لأول مرة لدى الاستئناف. والتدخل الاختصامي لدى الاستئناف يمثل خرقا لعدم جواز إيداء طلبات جديدة لدى الاستئناف على خلاف التداخل الانضمامي ولهذا السبب جعل المشرع حق التداخل لدى الاستئناف ينحصر في التداخل الانضمامي.

الاستثناء الرابع والمنعق بالاستئناف العرضي :

افتضى الفصل 143 م.م.ت. أنه "يسقط الاستئناف الواقع بعد الأجل القانوني ويجوز المستأنف ضده وإلى حد ختم المرافعة بعد أن فوت عن نفسه أجل الطعن أو سبق منه قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي أن يرفع استئنافا عرضيا بمذكرة كتابية مشتملة على أسباب استئنافه مع ذلك فإن هذا الاستئناف العرضي يبقى ببقاء الاستئناف الأصلي ويزول بزواله ما لم يكن مخالفا للأصل الأصلي مبنيا على الرجوع فيه".

ويخلص من الفصل المذكور أن الاستئناف العرضي هو الاستئناف الذي يرفعه المستأنف بعدد على المستأنف بعد فوات ميعاد الاستئناف في حقه أو قبوله للحكم المطعون فيه لاعتقاده بفساده خصمه بالحكم. وأن فقه القضاء مستقر على تطبيق هذا المنحى ومن ذلك القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1977 في كل شخص اعتبر طرفا في القضية وكان للاستئناف تأثيرا على موقفه أن يقوم من جهته بالاستئناف العرضي ولو بعد فوات أجل الاستئناف وإلى حد ختم المرافعة⁽¹⁾ والاستئناف العرضي يعتبر استثناء من قاعدة عدم جواز تقديم طلبات جديدة لدى الاستئناف ضرورة أنه إذا تعددت الطلبات فإنه يجوز رفع الاستئناف العرضي عن طلبات لم يرد عليها الاستئناف الأصلي ضرورة أن الاستئناف العرضي غير مقيد في موضوعه بموضوع الاستئناف الأصلي⁽²⁾. ورغم ذلك إن الاستئناف العرضي لا ينشئ خصومة جديدة مستقلة عن الخصومة المنعقدة في المرافعة الأصلية، ومع ذلك فعلى المحكمة أن تفصل في الاستئنافين والآن حكمها قاصر السبب وعرضة للنقض وهو ما أقرته محكمة التعقيب عندما أكدت بحجتيها إحدى قراراتها قائللة

(1) المنحى الزغلامي : تدخل العبر في الدعوى المدنية، مذكرة الدراسات المعقودة - كلية الحقوق - جامعة الزيتونة - ص. 98.

(2) القرار التعقيبي عدد 7108 الصادر في 26 فيفري 1976 - نشرية محكمة التعقيب - ص. 1976.

(3) القرار التعقيبي الصادر في 17 نوفمبر 1977 - نشرية محكمة التعقيب - ص. 568.

(1) قرار محكمة التعقيب عدد 7108 الصادر في 26 فيفري 1976 - نشرية محكمة التعقيب - ص. 1976.

(2) القرار التعقيبي الصادر في 17 نوفمبر 1977 - نشرية محكمة التعقيب - ص. 568.

انه "إذا قضت المحكمة بقبول الرجوع في الاستئناف الأصلي دون ان تتعرض للاستئناف العرضي فان حكمها يعتبر قاصر السبب وهاضما لحقوق الدفاع مما يجعله عرضة للنقض"⁽¹⁾ والاستئناف العرضي مرتبط ارتباطا وثيقا بالاستئناف الأصلي ويزول بزواله، فإذا حكم برفض الاستئناف شكلا لتقديمه بعد الميعاد فان الاستئناف العرضي يكون له نفس المصير. أما اذا قررت المحكمة قبول الاستئناف الأصلي شكلا ثم تراجع المستأنف الأصلي عن استئنافه فان الاستئناف العرضي يبقى قائما ويجب على المحكمة ان تفصل فيه وهو ما اقتضاه الفصل 143 من م.م.ت.

الفقرة الثانية - الأثر التعليقي للاستئناف :

إن المفعول التعليقي يقتضي ان يوقف تنفيذ الحكم الصادر ابتدائيا إلى ان يحوز قوة الشيء المقضي به وهو أثر حتمي لمبدأ التقاضي على درجتين ويعتبر الحكم كأن لم يكن وتتعد محكمة الدرجة الثانية بالنزاع وتصدر حكمها الفاصل فيه الذي ان كان ايجابيا يقع تنفيذه وهو ما أقره المشرع التونسي صلب الفصل 146 م.م.ت. الذي اقتضى ان "استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذها الا فيما استثناء القانون.

غير أنه يجوز لرئيس المحكمة ذات النظر أن ياذن بتوقيف تنفيذ الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية. ولا يصدر الإذن بتوقيف التنفيذ الا بعد سماع المرافعة بجلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت. وعلى الطالب ان يستدعي خصمه لتلك الجلسة بواسطة العدل المنفذ وان لم يفعل ذلك رفض النظر في مطلبه، والاذن الصادر بتوقيف التنفيذ غير قابل للطعن ولو بطريق التعقيب". ويخلص من الفصل المذكور ان المشرع كرس مبدأ المفعول التعليقي للاستئناف لكنه وضع له بعض الاستثناءات.

1 - تكريس المفعول التعليقي للاستئناف :

إن المفعول الناقل للاستئناف يقتضي إعادة طرح القضية من جديد أمام محكمة الاستئناف بجميع عناصرها الواقعية والقانونية، وقد ينجر عن ذلك نقض الحكم أو تعديله فان الأثر الحتمي

لذلك هو ضرورة وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلى ان يحوز قوة الأمر المقضي به ويصبح قابلا للتنفيذ الجبري ضرورة انه لايجوز الشروع في التنفيذ الجبري الا بموجب حكم ملزم حاز قوة الأمر المقضي به أو ممهورا بالتنفيذ الوقي. ونتيجة لذلك ان مجرد قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف مانعة للشروع في التنفيذ الجبري.

غير أن مبدأ المفعول التعليقي ليس مطلقا ووردت عليه جملة من الاستثناءات تتعلق بالتنفيذ الوقي. وهذه الاستثناءات لها مبرراتها الواقعية والقانونية اقتضتها ضرورة حماية الأطراف ومراكزهم القانونية والتوفيق بين العدل والعدالة.

2 - استثناءات المفعول التعليقي :

إن الاستثناءات للمفعول التعليقي وردت بمجلة المرافعات بموجب الفصيلين 125 و126 وكذلك بموجب نصوص خاصة وردت بمجلة الشغل وبمجلة الأحوال الشخصية.

* الاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات :

اقتضى الفصل 125 من م.م.ت. انه "على المحكمة الابتدائية ان تاذن بتنفيذ أحكامها مؤقتا بضامن أو بدونه بدون التفات للاستئناف وذلك إذا كان هناك كتب رسمي أو بخط غير مطعون في الامضاء عليه أو اعتراف أو وعد معترف به أو قضاء سابق صيره مما اتصل به القضاء". وصيغة الوجوب المستعملة من المشرع لاتعني ان المحكمة ملزمة بالاذن بالتنفيذ الوقي لمجرد توفر شروطه ومن تلقاء نفسها وانما لابد من طلب ذلك من المدعي والاتكون المحكمة قد قضت بما لم يطلبه الخصوم ويكون حكمها عرضة للنقض. كما اقتضى الفصل 126 م.م.ت. انه "يمكن الاذن بالتنفيذ مؤقتا بضامن من أو بدونه".

أولا - إذا كان الموضوع متعلقا باصلاحات متأكدة أو توقيف ضرر .

ثانيا - إذا كان النزاع بين خادوم 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 واصحاب الفنادق ووسائل النقل.

(1) القرار التعبيبي عدد 3943 الصادر في 10 فيفري 1981 - نشرية محكمة التعقيب 1981 - ص. 51.

رابعاً - إذا كان الحكم يتعلق بالتصفيق للكرام أو تعيين مؤتمن أو كان للحكم صبغة معاشية.

خامساً - إذا كان الحكم صادراً بأداء أجره حضانة أو رضاع أو تسليم الصغير لأمه.

سادساً - إذا كان الحكم قاضياً بمنح الطالب تسبقة عن تعويض ضرر لم يقدر بعد ويشترط أن يكون الضرر ناشئاً عن جنحة أو ما ينزل منزلتها ثبتت مسؤوليتها على المحكوم عليه.

سابعاً - وفي كل الصور المحفوفة بالتأكد الكلي.

وإن القائمة الواردة بالفصل 126 للحكم بالنفاذ العاجل ليست قائمة حصرية ضرورة أن الفقرة السابعة خولت ذلك في كل الحالات المتأكدة وتقدير ذلك موكل لاجتهاد المحكمة ولمطلق سلطتها التقديرية.

أما إذا اغفلت محكمة البداية الحكم بالتنفيذ الوقي فانه بإمكان المحكوم عليه طلب ذلك من رئيس المحكمة الاستئنافية ويتم النظر في ذلك بجلسة استعجالية تعقد في أسرع وقت مع سماع المرافعة عملاً بأحكام الفصل 127 م.م.ت.

* الاستثناءات الواردة بنصوص خاصة :

لقد أقر المشرع علاوة على الاستثناءات الواردة بمجلة المرافعات استثناءات بمجلة الشغل وبمجلة الأحوال الشخصية.

فاما الاستثناء الأول فلقد ورد بالفصل 84 من قانون فواجع الشغل والأمراض المهنية أن الأحكام الصادرة بإسناد الغرامات عن فواجع الشغل والأمراض المهنية تنفذ بصفة مؤقتة بحكم القانون. وعلة ذلك أن الغرامات والتعويضات المحكوم بها في مادة فواجع الشغل والأمراض المهنية لها صبغة معاشية ومتاكدة وأن توقيف تنفيذها قد يكون له آثار سلبية على المحكوم عليه خاصة إذا كانت هذه الغرامات والتعويضات هي مورد رزقه الوحيد بعد أن فقد عمله بموجب الإصابة التي أفضته عن العمل، وأن التنفيذ الوقي لهذه الأحكام يستمد أساسه من القانون أي أن السهو عن التصييص على ذلك بالحكم لا تأثير له على قابلية الحكم لهذا التنفيذ بقطع النظر عن الاستئناف وذلك حرصاً من المشرع على حماية المتضررين من فواجع الشغل والأمراض المهنية.

وأما الاستثناء الثاني فلقد ورد بمجلة الأحوال الشخصية بموجب الفصل 32 الذي نص على

أن أحكام الطلاق المتعلقة بالحضانة والنفقة والجراية العمرية وحق الزيارة لا يوقف تنفيذها الطعن بالاستئناف. وإن هذا المنحى منطقي ضرورة أن هذه المسائل لا تحتمل التأجيل إلى حين صدور الحكم الاستئنافي وذلك لصبغتها المعاشية كالنفقة ولا يمكن لأطفال صغار عاجزين عن الكسب أن يكونوا ضحية بطء التقاضي وسير المحاكم، وبالتالي وحرصاً على الأمن الاجتماعي قرر المشرع أن تنفذ هذه الأحكام بقطع النظر عن استئنافها.

الفصل الثاني - طرق الطعن غير العادية :

يعرف التشريع التونسي ثلاث طرق للطعن غير العادي وهي الاعتراض والتماس إعادة النظر والتعقيب ولا يجوز الطعن في الحكم بطريق لم ينظمه القانون ولا يمكن سلوك طريق نظم القانون إلا للطعن في الأحكام التي سمح المشرع الطعن فيها. فإذا تم خرق هذه القاعدة كان الطعن مرفوضاً وعلى المحكمة أن تقضي بعدم قبوله من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام.

ولقد سبق أن تعرضنا إلى تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن زانتهينا إلى أن الأحكام الابتدائية هي التي تقبل الطعن بالاستئناف، أما الأحكام غير القابلة للاستئناف سواء أصلاً أو لفوات الأجل فهي أحكام نهائية وتعتبر كذلك ولو كانت قابلة للطعن بالاعتراض أو التماس إعادة النظر أو بالتعقيب. أما الحكم البات فهو الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق، وقد يكون باتاً منذ صدوره وقد يصبح كذلك لفوات أجل الطعن.

ولسوف نتعرض لكل طعن من الطعون السالفة الذكر في مبحث مستقل.

المبحث الأول - الاعتراض :

إن دور القاضي في الخصومة يتمثل في فحص طلبات الخصوم ومبحث وسائل دفاعهم وترجيح حججهم. وبالتالي أن ما يقضي به القاضي لا يعدو أن يكون نتيجة عناصر الإثبات التي قدمها الخصوم وتبعاً لذلك أن ما قضى به يمكن أن يتغير لو أتيحت الفرصة للغير تقديم أدلة جديدة لم تكن تحت نظر القاضي عندما كان متعهداً بالدعوى التي أصدر فيها حكمه. ولذلك فإن قواعد العزل تقتضي أن لا يمتد ما حكم به ليشمل حقوق من لم يكن طرفاً في الدعوى ولم يمكن من إثبات

حقه أمام القاضي، وهو ما اخذ به المشرع في الفصل 481 من المجلة المدنية الذي نص ان "ما اناطه القانون من النفوذ بأحكام المجالس التي لا رجوع فيها لا يتعلق الا بما قضى به المجلس ولا يتمسك به الا في خصوص موضوعه ولا يكون ذلك الا بشرط ان يكون الطلب واحدا والسبب واحدا وان تكون الدعوى بين نفس الخصوم الصادر بينهم الحكم وبعين الصفة في الطالب والمطلوب".

والججيه من خلال النص المذكور هي الصفة غير القابلة للمنازعة وفصل في النزاع بحكم قطعي بين أطرافه ولا يكون قابلا للمنازعة فيما بعد⁽¹⁾ الا ان هذه القاعدة لها استثناء حرص من خلاله المشرع التوفيق بين مصلحة المجتمع المتمثلة في الأمن والاستقرار ووضع حد للنزاعات ومصلحة الفرد التوافق إلى العدالة بان مكن من لم يكن طرفا في الخصومة ولم يكون خصما ولم يدع للخصومة الصادر فيها الحكم الماس بحقوقه ان يعترض على ذلك الحكم، عملا بأحكام الفصل 168 من م.م.ت. الذي نص على "كل انسان لم يسبق له استدعاء للتدخل في نازلة له القيام بالاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضر بحقوقه"، وبالتالي ما دام الاعتراض قد اقره المشرع التونسي فما هي شروطه وما هي الآثار التي تنجر عنه.

الفقرة الأولى - شروط الاعتراض :

يؤخذ من الفصول 168 و 169 و 170 من م.م.ت. ان الحكم المعترض عليه لا بد ان يكون مضرا بحقوق المعترض ولم يضمحل ذلك الحق وان يرفع للمحكمة التي أصدرت الحكم.

1 - أن يكون الحكم مضرا بحقوقه :

يستفاد من الفصل 168 من م.م.ت. ان اعتراض الغير هو طريق غير عادي يتوخاه شخص ثالث للاعتراض على حكم ماس بحقوقه صدر في غيابه لكونه لم يدع إلى المحكمة التي أصدرت ذلك الحكم،⁽²⁾ ومثال ذلك الحكم الصادر في دعوى استحقاقية، فالحكم بالاستحقاق للمتصرف يتدها إلى من تلقى الملك منه وكذلك الحكم على ورثة البائع بتسليم المبيع وتبين ان أحد الورثة لم يستدعي للحضور، يمكنه الاعتراض.

(1) أحمد السيد صاوي : "الشروط للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه"، رسالة بكالوريوس - القاهرة 1971 - ص. 165.

(2) القرار التعقيبي الصادر في 1995/9/19 عدد 37333، ن.م.ت. لعام 1995، ص. 37.

2 - ان لا ينقضي الحق :

ان القانون لم يشترط مدة معينة لتقديم الاعتراض الا ان الفصل 168 م.م.ت. اقتضى انه يبقى للغير الحق في الاعتراض على الحكم ما لم يسقط حقه بالتقادم، فاذا حكم بالاستحقاق للمدعي على أساس الحوز المكسب للملكية وكان أحد الورثة قد قطع مدة التقادم الا انه لم يكن طرفا في القضية فيمكنه الاعتراض طالما لم يضمحل حقه ويسقط بمرور الزمن فاذا ما تم ذلك يقضى برفض الاعتراض شكلا لعدم توفر أحد شروط الاعتراض.

3 - الاعتراض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم :

اقتضى الفصل 170 م.م.ت. انه "يرفع الاعتراض للمحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه بنفس الطرق المعتادة لرفع الدعوى لديها...".

ويفهم من الفصل المذكور أن الاعتراض يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه بعريضة تتضمن بيان الأسباب التي يستند اليها المعترض للتجريح في الحكم تبلغ نسخة منها إلى المعترض عليه ثم يجرى تبادل التقارير وفق أحكام القانون ويترتب على ذلك إعادة طرح النزاع من جديد وللمعترض ابداء اوجه دفاعه كيفما شاء ضرورة انه لا يمكن قياس الاعتراض على الاستئناف الذي لا يجيز الطلبات الجديدة. وفي هذا الصدد اختلف الفقهاء فمنهم من يوى ان الاعتراض ليس طرحا لخصومة جديدة منفصلة عن الخصومة الأصلية بل هي ذاتها باعتبار ان الاعتراض يمحو الحكم المعترض عليه ويعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم ويحتفظ كل منهم بمركزه ويظل المدعي مدعيا والمطلوب مطلوبا. ولقد عارض هذا الرأي واعتبر بعض الفقهاء ان طرح الخصومة على المحكمة بعد رفع الاعتراض يعد طرحا لخصومة جديدة منفصلة عن الخصومة الأصلية ويعتبر المعترض مدعيا والمعترض ضده مدعى عليه وذلك على أساس ان الاعتراض لا يمس الحكم المعترض عليه إلى ان يقضى في الاعتراض بطلان أو تعديله. وبما أن هذا الرأي لا يسقط الخصومة بعد الاعتراض بسقوط إجراءات الاعتراض لا يسقط الحكم المعترض عليه لانه من الأحكام القطعية التي لا يؤثر فيها سقوط الخصومة كما لا يؤثر في الإجراءات السابقة عليه. وهذا الرأي هو الذي نأهه فقهاء الفقه التونسي ومن ذلك القرار الاستدعي الذي يحور حول ان إحدى الوارثات لم تستدعي للحضور

في قضية شملت ورثة والده فاعترضت على الحكم الذي نص على - مرة أخرى - عدم الميعاد له، مع العلم أن أحد أطراف القضية ملك الدولة الخاص الذي يمتدحه بمكلف لعدم بنزاعات الدولة وفي هذه الحالة اقتضى الفصل الثالث من الأمر المؤرخ في 20 فيفري 1918 أنه "يجب مكاتبة مدير الفلاحة قبل القيام وبدون ذلك يكون الإجراء باطلاً" وطالما أن ملك الدولة الخاص طرف في القضية ولم تقم المعارضة بمكاتبته قبل الاعتراض يكون الإجراء باطلاً وهو ما أكدته محكمة الاستئناف عندما أقرت في إحدى الحثيات أن "الاعتراض خصومة جديدة ويجب القيام به بنفس الطرق المعتادة لرفع الدعوى وطالما لم تكاتب المعارضة مدير الفلاحة قبل القيام باعتراضها عملاً بأحكام الفصل الثالث من الأمر العلي المؤرخ في 20 فيفري 1918 فإن اعتراضها يكون مرفوضاً شكلاً لبطلان الإجراءات المستندة عليه".⁽¹⁾

الفقرة الثانية - أثر الاعتراض :

إن الاعتراض لا يترتب عن تقديمه أثر موقف بالنسبة للحكم المعارض عليه وهو ما اقتضاه الفصل 172 الذي نص على أن "الاعتراض لا يوقف تنفيذ الحكم المعارض 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".

أما الحكم الصادر في الأصل فإنه لا يلغي من الحكم المعارض عليه إلا الجزء الذي يخص المعارض فقط وليس حقوقه، أما أطراف النزاع الأصليون فيبقى الحكم نافذاً في حقهم ويتمتع الحكم بحجية الأمر المقضي بالنسبة لهم. لكن إذا كان الحكم لا يقبل التجزئة أو كان يتعذر تنفيذ الحكمين في آن واحد ألغت المحكمة الحكم المعارض عليه بكامله فيما له علاقة بالمدعي والمدعى عليه وتقوم بتعديله كلياً، والحكم الصادر في الاعتراض يقبل الطعن وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات للأحكام الصادرة عن المحكمة التي قدم إليها الاعتراض.⁽²⁾

المبحث الثاني - التماس إعادة النظر :

لقد نظم المشرع وسائل متعددة لمراجعة الأحكام القضائية أو للتظلم منها. وإن الهدف من ذلك هو استدراك ما قد يكون وقع فيه القاضي من خطأ في القانون أو في الواقع بغية إصلاحه ورفعته عن المتضرر⁽¹⁾ فالحكم الابتدائي يكون محلاً للطعن بالاستئناف، أما الحكم النهائي والحائز لقوة الشيء المقضي فإنه يمكن أن يكون محل طعن بالتماس إعادة النظر إذا شاب الحكم خطأ موضوعياً أو بالتعقيب إذا شاب الحكم خطأ في القانون. والالتماس هو طريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لسبب أو أكثر من الأسباب التي حددها القانون.⁽²⁾ والأصل أن الخطأ في الواقع يصحح بواسطة الطعن بالاستئناف، غير أن الأحكام التي لا تقبل الاستئناف لا يمكن معالجة الأخطاء الواردة بها إلا بإعادة النظر فيها.⁽³⁾ من طرف نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه. وبذلك في صورة قبوله شكلاً أن الالتماس يهدف إلى إلغاء الحكم المطعون فيه وإعادة النظر في النزاع على أساس أسباب الالتماس.

ولذلك فلا بد من التعرض للأحكام القابلة للطعن بالتماس إعادة النظر ولأسباب الالتماس ثم لإجراءاته ومحل نظر المحكمة المتعبد.

الفقرة الأولى - الأحكام القابلة للالتماس :

اقتضى الفصل 156 م.م.ت. أنه بإمكان الخصوم التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية، أي أن الالتماس لا يكون إلا في الأحكام الصادرة بصفة نهائية وذلك سواء صدرت من محاكم الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية، وذلك على نحو التالي :

1- الأحكام الصادرة نهائياً من محاكم الدرجة الأولى سواء كانت المحكمة الابتدائية أو محكمة الناحية. أما إذا كان الحكم قد صدر ابتدائي الدرجة وفوت المحكوم عليه أجل الاستئناف أو تنازل

(1) نبيل عمر : "الطعن بالتماس عادة النظر"، منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 6.

(2) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية"، ص. 952.

(3) فتحي والي : قانون القضاء المدني، ص. 758.

(1) لقرار الاستئناف الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 2328 بتاريخ 25 مارس 1995 - غير منشور.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 12384 المؤرخ في 22/10/1985، ن.م.ت. 1985 - ص. 82.

عنه فليس له التماس إعادة النظر.⁽¹⁾ ذلك ان تلك الأحكام لم تصدر نهائية الدرجة وانما أصبحت نهائية بعد فوات أجل الاستئناف ويحرم المحكوم عليه من الالتماس ما دام قد فوت على نفسه الطعن بالاستئناف.⁽²⁾

2- الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية سواء صدر الحكم من محكمة ابتدائية بوصفها محكمة استئناف أو من محكمة الاستئناف ذاتها وسواء كانت الأحكام النهائية منهيّة للخصومة أو غير منهيّة لها. علما وان قاعدة عدم جواز الطعن في الأحكام غير المنهيّة للخصومة الا مع الحكم المنهي للخصومة وما يرد عليها من استثناءات، باعتبار ان الأحكام الوقتية لا تقبل الطعن بالتماس إعادة النظر لما لها من حجية وقتية ومن الممكن طلب تعديلها من قبل المحكمة التي أصدرتها وذلك بطرح النزاع عليها من جديد بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى دونما حاجة للطعن فيها بالالتماس لإعادة النظر.⁽³⁾

كما أن الحكم الصادر في موضوع الالتماس سواء بقبوله أو برفضه لا يجوز الطعن فيه بالالتماس وهو ما اقتضاه الفصل 164 م.م.ت. الذي نص على ان "الحكم الذي يصدر برفض الالتماس والحكم الذي يصدر في موضوع الدعاوى بعد قبوله لا يجوز الطعن فيهما بالالتماس" ومرد ذلك حرص المشرع على استقرار المراكز القانونية ووضع حد للنقاضي. انما الحكم الصادر في الالتماس يجوز الطعن فيه بالتعقيب ولا يجوز الطعن في أحكام محكمة التعقيب بالتماس إعادة النظر ضرورة انه بالامكان طلب الحكم بإبطال القرار التعقيبي إذا قام ما يثبت ان أحد القضاة الذين أصدره لاصلاحية له للنظر في الدعاوى كأن يكون سبق له ان تعهد بالدعاوى أمام محكمة الاستئناف وهو ما اقتضاه الفصل 190 م.م.ت. عندما نص على انه "يجب ان لا يشارك في إصدار القرار من سبقت مشاركته في الحكم في القضية".

ولقد سبق لفقه القضاء أن تتطرق لهذه المسألة، ذلك انه تم الطعن بالتعقيب في قرار استئنافي ونظرت محكمة التعقيب في الطعن بهيئة تضم مستشارا كان سبق له ان نظر في الدعاوى لما كان

مستشارا بالاستئناف ونقضت القرار الاستئنافي واحالته على محكمة الاستئناف للنظر من جديد، فما كل من هذه الأخيرة الا الحكم برفض التعهد وذلك لبطلان القرار التعقيبي على أساس الفصل 190 م.م.ت.⁽¹⁾ ولقد تلاقى المشرع هذا الخلل الإجرائي بان نقح مجلة المرافعات وأقر إمكانية الطعن مرة ثانية للطعن بالتعقيب عند حصول خطأ بين ولسوف نتطرق لهذه المسألة في باب الطعن بالتعقيب.

الفقرة الثانية - أسباب الالتماس بإعادة النظر :

لقد حدد المشرع في الفصل 156 م.م.ت. أسباب التماس إعادة النظر وهي مذكورة على سبيل الحصر وهي أسباب استثنائية للطعن ولا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها.⁽²⁾ وعلى من يطعن بالالتماس ان يحدد سببا لطعنه من بين هذه الأسباب ويذكره في عريضة الطعن ويقيم عليه الدليل والا كانت العريضة باطلة وهو ما اقتضاه الفصل 161 م.م.ت.

1 - وقوع خديعة اثرت في الحكم :

إن الخديعة مصطلح ليس من السهل تعريفه ولذلك لم يضع الفقهاء تعريفا محددا والمشرع اتخذ موقفا سلبيا ضرورة انه أيضا لم يعرف هذا المصطلح ولكنه تصدى لبعض صوره في جملة من النصوص كالفصل 56 من المجلة المدنية. والعنصر الجوهرى في الخديعة يكمن في سوء النية ومتى ثبتت الخديعة يكون سوء النية مفترضا وقد تكون الخديعة إحدى صور التعسف في استعمال الحق وذلك عندما يمارس صاحب الحق حقه بطريقة غير مشروعة.⁽³⁾ ولقد تم تعريف الخديعة بكونها تغيير الحقيقة بأية وسيلة بقصد تحقيق مصلحة خاصة أو غير مشروعة تتعارض مع القانون.⁽⁴⁾ وبالتالي فإن الخديعة هي العمل الاحتيالي المخالف للنزاهة ويكون من شأنه تضليل العدالة ضرورة ان الوسائل الاحتيالية لا تقبل الحصر وعلى المحكمة تقدير ذلك حسب ظروف

(1) القرار الاستئنافي عدد 54035 الصادر في 6 جويلية 1982 (غير منشور) والقرار الاستئنافي عدد 1850 المؤرخ في 1985/1/12 (غير منشور).

(2) وجدي راغب، المرجع السابق - ص. 652.

(3) سنية يوسف : "عش الخصوم"، رسالة دكتوراه بجامعة الإسكندرية - ص. 125.

(4) سنية يوسف، المرجع السابق - ص. 147.

(1) فتحي والي : "قانون القضاء المدني"، ص. 778.

(2) وجدي راغب : "المرجع السابق"، ص. 651.

(3) نبيل عمر : "الطعن بالالتماس"، ص. 74.

كل حالة وتستخلص ذلك بماله اصل ثابت بأوراق الدعوى.⁽¹⁾

وأن أمثلة الخديعة كثيرة ومنها منع الخصم وصول الإعلام بالحكم إلى من تم إعلامه أو الاتفاق مع محامي خصمه على خيانة موكله أو إذا عمد الخصم إلى تهديد الشهود لحملهم على إنكار ما هو في مصلحة خصمه أو سرقة مستندات قدمها الخصم الآخر.⁽²⁾

ويجب أن تصدر الخديعة من المحكوم له أو من ممثله القانوني أو الاتفاقي، كما تنسب الخديعة إلى الخصم ولو صدرت من الغير شريطة أن يكون قد ساهم في حصولها أو عالما بها.⁽³⁾ كما يجب أن تكون الخديعة خافية على الملتزم خلال نظر الدعوى ولم يتسنى له تقديم دفاعه وإظهار الحقيقة للمحكمة فأثر ذلك على نتيجة الحكم. أما إذا كان الخصم قد اطلع على أعمال خصمه ولم يناقشها أو كان بإمكانه النطق للخديعة وسكت عن تصرفات خصمه فلا يمكنه التماس إعادة النظر.

كما يجب أن تكون الخديعة أثرت في الحكم ومعني ذلك أن يكون التقدير الذي اشتمل عليه الحكم قد أسس على الحقيقة الراجعة إلى الخديعة أي أنه بغير هذه الخديعة ما كان يصدر الحكم بالمضمون الذي صدر به، وبالتالي لا بد من وجود علاقة سببية بين مضمون الحكم وبين الوقائع المكونة للخديعة، أما إذا لم تعتمد المحكمة تلك الوقائع لإصدار حكمها فلا وجه للالتماس.

2 - بناء الحكم على أوراق مزورة :

اقتضى الفصل 156 م.م.ت. أنه إذا ثبت بعد صدور الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها الحكم أو قضى بتزويرها جاز الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر⁽⁴⁾ ضرورة أن الحكم أسس على دليل ثبت فساده. وفي هذه الحالة يكون الالتماس ممكناً سواء كان الزور بعمل الخصم أو بعمل الغير خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة للخديعة التي يجب أن تصدر من الخصم. وليكون الالتماس مقبولا لا بد أن يكون الحكم قد بني على تلك الأوراق وأن يثبت زور هذه

(1) فتحي والي : "قانون القضاء المدني"، ص. 760.

(2) وجدي راغب، المرجع السابق - ص. 653.

(3) فتحي والي، المرجع السابق - ص. 761.

(4) القرار التعيني عدد 10717 الصادر في 1984/12/28 ن.م.ت. لعام 1984. ج. 2 ص. 105.

الأوراق وذلك بحكم بالتزوير سواء كان زوراً مدنياً وفق أحكام الفصل 234 من م.م.ت. أو جنائياً عملاً بأحكام الفصل 172 من المجلة الجنائية أو بإقرار محرر الورقة بتزويرها وأن يثبت الزور بعد صدور الحكم الملتزم إعادة النظر فيه وقبل رفع الالتماس الذي يكون غاية لاصلاح حكم بني على ورقة مزورة وأن لا يكون وسيلة لإثبات الزور، باعتبار أنه لا يجوز رفع الالتماس والادعاء بالتزوير في دعوى الالتماس في ورقة بني عليها الحكم المطعون فيه.

أما إذا لم يؤسس الحكم على الورقة المزورة إنما على أسباب أخرى فإنه لا يجوز الالتماس ومثال ذلك إذا أسس الحكم الابتدائي على ورقة مزورة ثم تأيد الحكم لدى محكمة الاستئناف على أساس أسباب أخرى وقاطعة في الدعوى فلا يجوز الالتماس لأن الورقة المزورة لم تكن أساس الحكم النهائي المطعون فيه.

3 - الظفر بأوراق قاطعة في الدعوى :

إن هذه الحالة تفترض وجود أوراق قاطعة في الدعوى أي أنه لو كانت قد قدمت أثناء نظر الدعوى لتغير وجه الفصل فيها. كما يجب أن يكون الخصم الآخر قد حال بين خصمه وبين تقديم الأوراق للمحكمة أي أن يكون قد حجزها أو ساهم في الحيلولة على الحصول عليها من طرف خصمه. كما يجب أن يتم الحصول على تلك الأوراق بعد صدور الحكم المطعون فيه بعد أن كانت محجوزة، فإذا كانت معلومة للملتزم ومعلومة للمحكمة قبل إصدار الحكم كان الالتماس غير قائم على سبب سليم. والحصول على الورقة المنصوص عليه بالفصل 156 م.م.ت. لا يقصد به حيازة الملتزم للورقة حيازة مادية وإنما يكفي أن تتكشف له الورقة وتصبح في متناوله ويمكنه الاطلاع عليها دون حائل أو عائق شريطة إثبات تاريخ ذلك بصفة قطعية لأن ميعاد الالتماس يحدد بداية من تاريخ الظفر بالورقة وهو ثلاثون يوماً من ذلك التاريخ وبانقضائه يسقط الحق في الطعن عملاً بأحكام الفصل 158 م.م.ت.

الفقرة الثانية - إجراءات التماس إعادة النظر :

اقتضى الفصل 157 م.م.ت. أن الالتماس يرفع للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويجوز أن تكون مؤلفة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم، لأن الالتماس هو طلب يقدم

للمحكمة التي أصدرت الحكم للرجوع فيه لا لسبب تقدير خاطئ وقعت فيه وإنما لتعيد التقدير على أساس وقائع جديدة. ولذلك لا حرج أن تنتظر هذا الطلب ولو كانت مؤلفة من نفس القضية الذي أصدرها الحكم لأنها تكون أقدر من غيرها على التحقق من هذا العيب.

ويقدم الالتماس بعريضة تودع لدى كتابة المحكمة بعد تبليغها للمعنى بالأمر وفقا لإجراءات رفع الدعوى ويجب أن تتضمن عريضة الالتماس علاوة على بيانات عريضة الدعوى أمام المحكمة الابتدائية بيان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه وتاريخه وأسبابه والا كانت العريضة باطلة عملا بأحكام الفصل 161 م.م.ت.

كما يجب على الملتمس أن يبين عند عرضه أسباب الالتماس أدلة الإثبات المتعلقة بهذا السبب وأن يحدد اليوم الذي ظفر فيه بالورقة أو ثبت فيه التزوير أو اكتشف الخديعة، والهدف من ذلك هو بيان أن سبب الالتماس قد اكتشف بعد صدور الحكم وأن الالتماس قد قدم في الأجل القانوني الذي يبدأ من ذلك اليوم. ويجب كذلك تأمين عشرين دينارا بغضضة التسجيل والإدلاء بما يفيد ذلك لكتابة المحكمة وإلا امتنعت هذه الأخيرة من تسلم العريضة عملا بأحكام الفصل 160 م.م.ت. وأجل الالتماس ثلاثون يوما تبدأ من اليوم الذي ظهرت فيها الخديعة أو الذي أقر فيه بالتزوير أو حكم بثبوته أو اليوم الذي ظفر فيه الملتمس بالورقة المحتجزة عملا بأحكام الفصل 158 م.م.ت. أما إذا انقضى أجل الطعن بالالتماس سقط الحق فيه وليس للخصم أن يطعن في الحكم بالالتماس أيا كان عنده وسواء كان يرجع لخطئه أو لخطأ وكيله.

الفقرة الثالثة - محل نظر المحكمة المتعمدة :

1 - النظر في الشكل :

اقتضى الفصل 163 م.م.ت. أن المحكمة تفصل أولا في قبول إعادة النظر شكلا وذلك بالثبوت في أن الطعن رفع في الأجل ومتعلقا بحكم نهائي ومبني على أحد الأسباب التي نص عليها القانون على وجه الحصر وتنتهي هذه المرحلة إما برفض الالتماس شكلا وتتوقف عند هذا الحد ولا تتعرض لما أثاره الطاعن من طلبات متعلقة بموضوع الالتماس. وأما أن تحكم بقبوله، وفي هذا الحالة يترتب على ذلك زوال الحكم المطعون فيه واعتباره كأن لم يكن في حدود ما

تسلط عليه الطعن وتصرف القضية للمرافعة للنظر في موضوع الدعوى من جديد. وتكون المرافعة بنفس الجلسة التي تم قبول الطعن فيها شكلا أو يؤجل النظر في القضية بجلسة لاحقة تحددتها المحكمة ودون حاجة لإعادة استدعاء الخصوم الذين حضروا الجلسة الأولى وهم على علم بتاريخ الجلسة التي أجلت لها القضية.

2 - النظر في الموضوع :

في هذه المرحلة الثانية وهي مرحلة نظر الموضوع يترتب على قبول الالتماس وما ينتج عن ذلك من إلغاء الحكم المطعون فيه وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم وتكون للمحكمة كافة السلطات التي كانت لها قبل صدور الحكم المطعون فيه ويمكن للخصوم تقديم أدلة جديدة. واث ذلك تصدر المحكمة حكما جديدا في موضوع الدعوى سواء لصالح الملتمس أو ضده. وإذا قضت المحكمة في موضوع الالتماس وعدلت الحكم المطعون فيه الذي كان قد نفذ ضرورة أن الالتماس لا يوقف التنفيذ عملا بأحكام الفصل 162 م.م.ت. فيجب عليها الإنزاع وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه ولو بدون طلب ضرورة أن نقض الحكم من نتائجه الحتمية إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وطالما نفذ الحكم وطعن فيه الخصم بالالتماس فذاك دليل على عدم رضائه به وإن لم يطلب ذلك صراحة.

والحكم الصادر في الالتماس سواء برفضه شكلا أو في الموضوع لا يقبل الطعن إلا بنفس الطرق التي كان يقبلها الحكم المطعون فيه، فإذا كان صادرا عن محكمة ابتدائية بوصفها محكمة استئناف فهو يقبل الطعن بالتعقيب وكذلك الأمر إذا كان صادرا عن محكمة الاستئناف بوصفها درجة ثانية من درجات التقاضي.

المبحث الثالث - الطعن بالتعقيب :

إن وظيفة القضاء تتمثل أساسا في حماية القانون ولا يتسنى ذلك إلا إذا كانت الأحكام مطابقة للقانون. وأن إرساء محكمة التعقيب في أعلى هرم القضاء يهدف إلى أن يكون القانون كما

4- لا يجوز الطعن بالتعقيب في أحكام المحكمين أو في الاعمال الولائية، وإذا قبل عمل ولائي الطعن فيه بالاستئناف كما هو الحال بالنسبة للاذن على العرائض فإن الطعن بالتعقيب يرد على حكم الاستئناف وهو عمل قضائي وليس على الاذن على عريضه الذي يكيف بكونه عملا ولائيا.

الفقرة الثانية - أسباب الطعن بالتعقيب :

إن الطعن بالتعقيب هو طريق طعن غير عادي ولا يكفي الحكم ضد الطاعن بل يجب أن يوجد في الحكم أحد العيوب التي نص عليها القانون وأن يحدد العيب في الحكم. وتعتبر هذه العيوب أخطاء في التقدير، أي أخطاء في التقدير يرتكبها القاضي عند تطبيقه القاعدة القانونية العامة على الحالة المعينة، وتعتبر العيوب الأخرى أخطاء في الإجراء أي في نشاط القاضي الذي يوجب عليه القانون أن يكون على نسق معين.

ولا اعتبار السبب من أسباب الطعن بالتعقيب لابد أن يكون من ضمن الأخطاء في التقدير أو على خلاف ذلك الأخطاء في الإجراء، وفي الحالة الأولى تقتصر سلطة المحكمة على مراقبة تطبيق القانون، وفي الحالة الثانية تبحث المحكمة في الوقائع، وعلى هذا الأساس إذا حكم برفض الاستئناف على أساس أن الطاعن قبل الحكم المطعون فيه فإن محكمة التعقيب تبحث واقعة القبول من عدمه.

ولذلك سننولى البحث في الأسباب المتعلقة بالتحريف ثم الأسباب المتعلقة بتعلييل الأحكام.

I - الأسباب المتعلقة بالتحريف :

إن للقاضي سلطة مطلقة في بحث المستندات المقدمة أساسا للدعوى دون أن يكون لمحكمة التعقيب ممارسة رقابتها غير أنه إذا حرف الوقائع بأن أنهى لغير النتيجة التي تؤدي لها الواقعة فإن الحكم يكون عرضة للنقض وقد يكون التحريف في الوقائع أو في المحررات.

1 - تحريف الوقائع كسبب للطعن :

أ - حرية قاضي الموضوع في تقدير الوقائع :

إن حرية قاضي الموضوع في تقدير الوقائع هو من المبادئ الثابتة التي يقرها تشريعنا وتحرص محكمة التعقيب على احترامه والتذكير به في العديد من قراراتها⁽¹⁾ وبالتالي أن اختصاص قضاة الأصل بتقرير الوقائع المادية وحريتهم في تقديرها تعني عدم الصلوحية لمحكمة التعقيب إعادة النظر في وقائع الدعوى على نحو مخالف لما قرره محكمة الموضوع مما يحرم على الأطراف بسط وقائع جديدة وعلى المحكمة إعادة النظر في الوقائع التي بسطت أمام محكمة الموضوع.

لكن لابد من التفرقة بين رقابة المحكمة على الاستخلاص الواقعي ورقابتها على الاستخلاص القانوني، فإن كان الأول خارجا عن اختصاص محكمة التعقيب فإن الثاني هو في صلب دورها. والحقيقة أن الاشكال مرده صعوبة التفريق بين الواقع والقانون اللذان من الممكن أن يتداخلوا ويصعب معرفة ما إذا كانت المسألة التي فصل فيها القاضي هي مسألة موضوعية أم هي مسألة قانونية.⁽²⁾

ب - الإخلال بمبدأ حرية قاضي الموضوع في تقدير الوقائع :

إن تحريف الوقائع يؤدي حتما وبالضرورة إلى الخطأ في تطبيق القانون، وهو ما أقرته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها⁽³⁾ وإذا ما أقرت محكمة التعقيب هذا المبدأ فإنه من البديهي أن تراقب سلامة استنتاج محكمة الموضوع وتنظر هل الأدلة التي أعتمدها الحكم تؤدي إلى النتيجة التي إنتهى إليها، فإذا تبين لها انتفاء التلازم المنطقي بين النتيجة التي إنتهت إليها محكمة الموضوع وبين عناصر الاستدلال الواقعية فإنها تنتقض الحكم المطعون فيه.⁽⁴⁾

(1) تعقيب عدد 5283 الصادر في 1982/1/25م - نشرية 1982 - ص. 93.

تعقيب عدد 4512 الصادر في 1982/1/24م - نشرية 1982 - ص. 442.

(2) عبد المنعم حسني : " طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية "، ص. 582.

(3) تعقيب عدد 560 الصادر في 1977/1/11م - نشرية 1977 - ص. 25.

(4) عزمي عبد الفتاح : " تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية "، ص. 490.

تعريف المحررات:

إن المحررات من كتابات وعقود مصدرها إرادة الأطراف، وبالتالي لا يمكن تنظيرها إلا أن فقه القضاء توسع في السلطة المخولة لمحكمة التعقيب وخول لها الرقابة على المحررات الكتابية، ضرورة أن محكمة التعقيب أكدت في العديد من المناسبات أنه لقضاء الأصل التستر بسلطتهم لتحريف معنى الكتب الواضح والذي لا يكتفه غموض في العديد من المرات عقودا ونقضت العديد من القرارات التي فسرت تفسيراً مخالفاً لمحكمات التعقيب⁽¹⁾ وبذلك تحولت محكمة التعقيب من محكمة قانون هدفها الأساسي النظر في ات القانونية إلى قاضي وقائع وقانون وهو ما يقلص الحواجز الفاصلة بين سلطة قضاء التقديرية وسلطة محكمة التعقيب المنحصرة أساساً في رقابة حسن تطبيق القانون. وهذا كان عرضة للنقد واعتبر الفقهاء⁽²⁾ أنه ليس لمحكمة التعقيب مراقبة تفسير قاضي وع للعقود لأن التفسير يلزم القاضي بالرجوع إلى ظروفه وملابساته الواقعية، وبذلك لا سير تاويل القانون بل يتعلق بالواقع ولا يخول لمحكمة التعقيب المراقبة بوصفها محكمة إلا أن هذا النقد لم يمنع محكمة التعقيب من التمسك بموقفها الذي عرف استقراراً وأمر فيه بدليل الكم الهائل من القرارات المقررة لهذا المبدأ⁽³⁾.

الأسباب المتعلقة بتعلييل الأحكام :

الأحكام يجب أن تطل تعليلاً واقعياً وقانونياً عملاً بأحكام الفصل 123 م.م.ت. ومن أبرز التعلييل الرد على الدفوع الجوهرية التي يتمسك بها الأطراف واحترام حقوق الدفاع والإستتاد لها أصل ثابت في أوراق الدعوى⁽⁴⁾ ولقد أقرت محكمة التعقيب هذه المبادئ في العديد من

القرارات والتي ورد في أحدها أن تعلييل الأحكام هو أمر جوهري لصحتها ولا يعتبر الحكم قانونياً إلا إذا شمل كافة عناصر القضية وأدلتها وكان مجيباً على الدفوع الجوهرية التي لها تأثير على وجه الفصل والرد عليها بصورة تمكن محكمة التعقيب من إجراء حقها في مراقبة سلامتها⁽¹⁾.

وبذلك أن انعدام الأسباب في الحكم موجبة لنقضه ويتجلى ذلك إما بضعف التعلييل أو عدم مراعاة حقوق الدفاع بأن لا يقع الرد على أحد الدفوع الجوهرية التي تمسك بها أحد الخصوم.

1 - ضعف التعلييل :

أنه من الضروري التمييز بين الأسباب القانونية والأسباب الواقعية للفرقة بين ضعف التعلييل والعيوب الأخرى حتى يتمكن من تحديد حالات ضعف التعلييل.

أ - الأسباب الواقعية والأسباب القانونية :

إن الأسباب الواقعية هي التي تبرر الواقع الذي استخلصه القاضي، في حين أن الأسباب القانونية هي التي تبرر اختيار تطبيق قاعدة دون أخرى لحل الإشكال المطروح⁽²⁾ وتكون هذه الأسباب كافية إذا أوضحت أن الوقائع اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية توافرت في الدعوى وتكون غير كافية إذا لم يبرز في الحكم ما يبرر تطبيق القاعدة التي على أساسها صدر الحكم.

وضعف التعلييل يحول دون مراقبة محكمة التعقيب لتطبيق القانون باعتبار أن هذا القصور يمنع من معرفة ما إذا كانت القاعدة المطبقة في الدعوى هي التي يجب تطبيقها، بينما عدم إيراد الأسباب القانونية لا يحول دون ممارسة الرقابة ضرورة أن عدم إيراد النص القانوني وتكون نتيجة الحكم صحيحة لا يحول دون أن تستكمل محكمة التعقيب الأسباب القانونية اللازمة أو استدراك ما وجدته من أخطاء قانونية باعتبار أن ذكر النص القانوني غير ضروري إذا كانت النتيجة صحيحة وهو ما ذهب إليه محكمة التعقيب وورد بإحدى قراراتها أنه "ولئن أوجب الفصل 123 م.م.ت. تضمين المستندات الواقعية والقانونية بالحكم إلا أنه لم يوجب بيان النص القانوني"⁽³⁾.

عدد 1702 الصادر في 1979/10/19، نشرية 1971 - ص. 104.

(2) LECLERC Henri : "De l'influence de motifs au manque de bases légales des , judiciaires JCP 1948, Doctrine n° 690.

تعقيبى عدد 1509 الصادر في 1965/5/17م - نشرية 1966 - ص. 17.

حقينى عدد 14001 الصادر في 1986/1/2 - نشرية 1987 - ص. 65.

الاحمدى : "القاضي والاثبات في النزاع المدني"، ص. 183.

(1) القرار عدد 19958 الصادر في 1990/10/24 - نشرية 1990 - ص. 21.

(2) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام"، دار المعارف بالإسكندرية - مصر - ص. 291.

(3) القرار عدد 14963 الصادر في 1986/2/6 - نشرية 1986 - ج 1 - ص. 71.

ب - ضعف التعليل والعيوب الأخرى :

إن ضعف التعليل هو عيب موضوعي، بينما انعدام الأسباب هو عيب شكلي يجعل الحكم باقدا لمقوماته. والتمييز بين هذين المصطلحين له أهمية كبرى بالنسبة لسلطة محكمة التعقيب،⁽¹⁾ ضرورة أنه إذا انعدمت الأسباب ينحصر دور محكمة التعقيب في بيان أن الحكم غير مسبب دون أن تبدي رأيا في قيمتها القانونية، في حين في حالة ضعف التعليل فإن المحكمة تبحث القيمة القانونية للحكم وتبين أوجه قصوره.

كما أن ضعف التعليل يختلف عن مخالفة القانون، باعتبار أن ضعف التعليل يفترض عدم نفاية الأسباب الواقعية، بينما في مخالفة القانون تتوافر في الحكم الأسباب الواقعية إلا أن المحكمة خطأت في أعمال القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع المطروحة.

كما أنه من الضروري التمييز بين ضعف التعليل وزوال الأساس القانوني للحكم الذي يفترض أن الحكم صدر صحيح من الناحية الواقعية والقانونية، غير أنه نتيجة لحدوث واقعة 'حقه لصدوره كان يصدر قانون جديد يلغي النص الذي أسس عليه الحكم وذلك بأثر رجعي.

ج - حالات ضعف التعليل :

لقد حاول بعض فقهاء القانون حصر حالات ضعف التعليل وانتهوا إلى حصرها في مس حالات.⁽²⁾

- الحالة الأولى وهي التي ترد فيها الأسباب معروضة عرضا معقدا لا يسمح بمعرفة ما إذا إن القاضي قد فصل في الواقع أو في القانون ومثال ذلك الحكم بسقوط الدين بالتقادم عن المدين الأصلي وعدم سقوطه عن الضامن دون توضيح سبب التفرقة بين المدين والضامن ومبررات سقوط الحق بمرور الزمن.⁽³⁾

أصول المرافعات المدنية والتجارية

- الحالة الثانية وهي التي ترد فيها الأسباب مبهمه وعامة ولا تمكن محكمة التعقيب من الرقابة
- الحالة الثالثة وهي التي ترد فيها الأسباب وقد أخذت في الاعتبار بعض الوقائع دون بيان الشرط الذي يوجب القانون عند تكييف الوقائع لتطبيق حكم القانون عليها ومن أمثلة ذلك أن المحكمة أن واقعة ثابتة من دفاتر التاجر وتعتمدها لإصدار الحكم دون أن تبحث في توفر ص. التاجر من عدمه في الذي تريد أن تعارضه بهذه الواقعة.

- الحالة الرابعة وهي التي ترد فيها الأسباب قاصرة عن بيان واقعة معينة بيانا كافيا يمكن محكمة التعقيب من إجراء الرقابة على القاعدة القانونية التي اعتمدها الحكم. ومن أمثلة ذلك الذي يبيع محصول مزرعته وفي نفس الوقت يمارس عملا تجاريا، فإذا ما باع البضاعة في السوق وحصل نزاع لابد من التفريق بين البضاعة المتأتية من المزرعة وتلك التي تآتت من المتاجرة ضرورة أن وسائل الإثبات مختلفة باعتبار أن العمل التجاري يثبت بكل الوسائل في أن الأعمال الأخرى ينطبق عليها الفصل 473 من المجلة المدنية.

- الحالة الخامسة وهي التي يقوم فيها الحكم على سبب عقيم وغير منتج ويترك المسد الجوهري من النزاع بدون حل، ومرد ذلك سوء فهم القاضي للنزاع المطروح عليه أو نتيجة لخطأ في التقدير. ومن أمثلة ذلك أعراض المحكمة عن الأساس الذي أقيمت عليه الدعو وتطبيقها نسا آخر دون تعليل لموقفها. ولقد قضت محكمة التعقيب في هذا الشأن بأن القضاء على أساس الفصل 163 من مجلة الأحوال الشخصية باعتبار أن المعنى بالأمر ضعيف العقاب والحال أن الدعوى أسست على أحكام الفصل الخامس من المجلة المدنية المتعلقة بفراق أهلي التعاق بدون تعليل يعتبر ضعفا في التعليل موجبا لنقض الحكم المطعون فيه.⁽¹⁾

2 - هضم حقوق الدفاع :

إن المحكمة علاوة على إيرادها الأسباب الواقعية والقانونية ملزمة بالرد على أوجه دفاع الخصوم الجوهري التي لم تعتمد عليها، وإذا لم تفعل تكون قد هضمت حقوق الدفاع ويكون

(1) BORE : "La cassation en matière civile". Sirey - Paris 1980, p. 151.

(2) Ernest FAYE : "La cour de cassation". Edition librairie Douchman - 1970 - p. 135.

(3) Idem p. 135.

(1) القرار عدد 3189 الصادر في 1979/12/11 - نشرة 1979 - ص. 63.

حكمها عرضة للنقض، وفي أغلب الأحيان يرتبط هضم حقوق الدفاع بضعف التعليل وينتج عن عدم الرد عن الدفوع الجوهرية.

أ - ارتباط هضم حقوق الدفاع بضعف التعليل :

إن ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع مرتبطان ارتباطاً وثيقاً ضرورة أنه كلما أغفلت المحكمة الرد على أحد الدفوع الجوهرية التي تمسك بها أحد الخصوم يكون الحكم ضعيف التعليل وهو ما ارتأته محكمة التعقيب عندما أكدت أن "تعليل الأحكام والتعرض لدفوع الخصوم الجوهرية والرد عليها طبق أحكام الفصل 123 م.م.ت. هو من الأركان الأساسية لسلامتها ومخالفتها تجعل الحكم عرضة للنقض".⁽¹⁾ كما أكدت في قرار آخر أن "الدفوع الجوهرية التي تثار من أحد أطراف النزاع أمام محكمة الموضوع يتوجب معه على هذه الأخيرة إبرازها ومناقشتها وتقريرا على هذا يكون قاصر التسبب ومعرضا للنقض القرار الذي أهمل مناقشة الدفع الجوهري الذي تمسك به الطاعن فيما يخص وجود مشكل تنفيذي من عدمه ولم يبرز العناصر التي من شأنها تبرير توقيف نفاذ الحكم المعروض على التنفيذ".⁽²⁾

إلا أن الأمر يستدعي التعرض إلى مفهوم الدفع الجوهري.

ب - مفهوم الدفع الجوهري :

لم يعرف الفقهاء الدفع الجوهري ولا يوجد معيار قانوني إنما يمكننا الارتكان إلى معيار موضوعي وهو مدى تأثير الدفع على وجه الفصل في الدعوى. وهو ما أقرته محكمة التعقيب عندما أعتبرت في أحد قراراتها أن المحكمة إذا ما ناقشت الدفوع الجوهرية وردت عليها لا تكون ملزمة بتناول الدفوعات الهامشية ولا مطعن في ذلك الحكم إذا ما ترك تلك الهوامش⁽³⁾ كما أنه "يعد هضم حقوق الدفاع وموجبا للنقض تحريف تصريحات لسان الدفاع وتسجيلها بالحكم

على غير الأساس المسجلة به في الأوراق"⁽¹⁾ وبذلك أن محكمة الموضوع ملزمة على الدفوع الجوهرية وإلا تكون هاضمة لحقوق الدفاع ويكون حكمها عرضة للنقض، وقد مستقرة عليه محكمة التعقيب وبارز في العديد من قراراتها ومن ذلك القرار الذي ورد أثار أحد الطرفين في النزاع معارضة جديده لها مساس بجوهر الموضوع وتجاوزتها بدون تسبب فإن ذلك يورث القرار خرقاً لأحكام الفصل 123 م.م.ت. ويعرضه للنقض

3 - بطلان الحكم أو بطلان الإجراءات سند الحكم :

عملاً بأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 175 من م.م.ت. يمكن الطعن في الد تراع في الحكم أو في الإجراءات الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدمه البطلان أو السقوط. وفي الحالتين يطعن في الحكم لانه باطل ومحل الطعن هو تعيب وليس الإجراءات وقد يقع البطلان في الحكم ذاته في حالة النطق به في جلسة سرية يشتمل على الأسباب التي بني عليها أو صدر من محكمة غير مختصة أو غير مشكل صحيحاً أو من قاض غير مؤهل لإصداره أو دون سماع المرافعة وإذا لم يحضر الذي سمع المرافعة النطق بالحكم ولم يوقع محضر الجلسة الحكيمة⁽³⁾ أما العيب الإجراءات السابقة للحكم فيقصد بها بطلان إجراءات الدعوى والذي من شأنه التأت الحكم ويكون باطلاً بالتبعية لأن ما بني على باطل فهو باطل.

والبطلان لعيب ذاتي في الحكم يمكن التمسك به سواء تعلق بالمصلحة العامة بالمصلحة الخاصة، أما بطلان الحكم لبطلان الإجراءات السابقة لصدوره فيمكن التمسك أمام محكمة التعقيب إذا كان قد سبق التمسك بذلك الدفع أمام محكمة الاستئناف ورفضت إذا لم يسبق التمسك بهذا البطلان أمام محكمة الموضوع فيجب للتمسك به لأول مرة محكمة التعقيب أن يكون هذا البطلان متعلقاً بالنظام العام وإلا يكون قد صحح بأي سبب أسباب التصحيح مع مراعاة أنه لا يجوز التمسك بالبطلان لعيب ذاتي في الحكم أو لت

(1) قرار عدد 22975 الصادر في 1989/7/19 - نشريه 1989 - ص. 332.

(2) القرار عدد 74 الصادر في 1976/11/9 - نشريه 1976 - ص. 106.

(3) أحمد أبو الوفاء : "المرافعات المدنية والتجارية"، دار المعارف بالإسكندرية مصر - ص. 645.

(1) القرار عدد 17776 الصادر في 1997/9/22 - نشريه 1987 - ص. 81.

(2) القرار عدد 21 الصادر في 1976/11/11 - نشريه 1976 - ص. 117.

(3) القرار عدد 6131 الصادر في 1993/2/1 - نشريه 1983 - ص. 94.

وفي صورة الطعن بالتعقيب لتعارض الأحكام فإنه يمكن القول أن الحكم الأول يعد مطروحا هو أيضا على محكمة التعقيب وبقوة القانون أيضا، إذ أن معرفة ما إذا كان الحكم الثاني قد فصل في النزاع ذاته خلافا لحكم سابق بين نفس الخصوم يستلزم هذا القول. ومصير الطعن أمام محكمة التعقيب لا يخلو من أن تحكم أما برفض الطعن لاحد الحكمين ومعنى ذلك أن الحكم الآخر هو الصحيح، وأما أن تقبل الطعن وتقضي بنقض الحكم الأول أو الثاني مما يعني أن الحكم الذي لم ينقض هو الحكم الصحيح. ويجوز لها أن تنقض الحكمين معا، وبالتالي يكون على أصحاب الشأن أن أرادوا أن يرفعوا النزاع أن كان ذلك ممكنا مرة أخرى أمام محكمة الموضوع.⁽¹⁾

الفقرة الثالثة - أجل الطعن بالتعقيب وإجراءاته :

أجل الطعن بالتعقيب عشرون يوما من تاريخ الاعلام بالحكم بصفه قانونية عملا بأحكام الفصل 195 من م.م.م.ت. في حين أن الطعن في الأحكام الصادرة في مادة الأحوال الشخصية فهو ثلاثون يوما من تاريخ صدور الحكم. وإذا انقضى أجل الطعن بالتعقيب سقط الحق في هذا الطعن، ولا يلزم في تلك الحالة تمسك أحد الخصوم بعدم قبول الطعن لفوات الأجل لان المحكمة تنثير ذلك من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام.⁽²⁾

ويرفع الطعن بعريضة تودع قلم كتابة محكمة التعقيب عملا بأحكام الفصل 182 من م.م.م.ت. وتشتمل عريضة الطعن بالتعقيب علاوة على البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومقر كل واحد منهم على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان الأسباب التي بني عليها الطعن وطلبات الطاعن عملا بأحكام الفصل 183 من م.م.م.ت. والبيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومقراتهم يقصد منها اعلام ذوي الشأن اعلاما كافيا بأسماء الخصوم ومقراتهم، وما يكفي للدلالة عليها يتحقق به الغرض الذي وضع هذا الفصل من اجله، وبالتالي لا يتحقق البطلان على الخطأ في اسماء الخصوم وصفاتهم الذي ليس من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم وعلمه بالخصوم أو الخطأ في بيان مقر الخصم طالما تحققت الغاية من الإجراء. أما إذا اغفل بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه أو بيان الأسباب التي بني عليها الطعن أو طلبات الطاعن فإن الطعن يكون باطلا

أما إذا كان هذا البطلان يتعلق بحكم محكمة الاستئناف الذي هو محل الطعن، فإذا حكم المحكمة الابتدائية هو الباطل واستندت إليه محكمة الاستئناف فإن الحكم محل الطعن يكون أيضا في هذه الحالة باطلا لانبثائه على حكم باطل.⁽¹⁾

تعارض بين أحكام نهائية :

اقتضت الفقرة الخامسة من الفصل 175 من م.م.م.ت. أنه "يمكن الطعن بالتعقيب إذا هناك أحكام نهائية متناقضة في نصها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات نوع والسبب".

من المعلوم أن الفصل في نزاع بحكم معين يسلب من أية محكمة سلطة إعادة النظر في الذي فصل فيه لان ما سبق الفصل فيه وحاز حجية الأمر المقضي به لا يجوز الفصل في أخرى، كما أنه من شأن هذا التناقض أن يمنع تنفيذ الأحكام.

ويشترط للطعن بالتعقيب لهذا السبب أن يوجد حكم سابق قد حاز قوة الأمر المقضي به لصدوره نهائيا أو صار نهائيا لفوات أجل الاستئناف. ويجب أن يكون هناك تعارض حكمين أي أن يتضمن الحكمين قضاء في مسألة واحدة على نحو مختلف، ومعنى ذلك نقض الحكم الصادر نهائيا حكما سابقا حاز قوة الأمر المقضي به في مسألة ثار حولها واستقرت حقيقتها بين طرفي النزاع بالفصل فيها في الحكم السابق بين نفس الأطراف السبب ونفس الموضوع، ولا يغير من ذلك أن تكون المسألة المقضي فيها مسألة كلية أو مسألة أصلية أساسية، فإذا قضى نهائيا بتخفيض معينات الكراء ثم قضى بعد ذلك المتسوغ بأن يؤدي لمشتري العقار خلف المؤجر معينات الكراء دون تخفيضها فإن خالف لحجية الحكم السابق ويجوز الطعن فيه بطريق التعقيب.⁽²⁾

كما أن التعارض أو التناقض يجب أن يقوم بين أحكام نهائية ولا يصح أن يقوم بين حكم وحكم بات أي صادر عن محكمة التعقيب، فلا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة عن التعقيب بدعوى مخالفتها لحكم نهائي حاز لقوة الأمر المقضي به.

ي والي : قانون القضاء المدني، ص. 788.

إلى التعقيب عدد 8795 الصادر في 1983/3/17 ن.م.ت. لعام 1983 ج. 1، ص. 80.

(1) نبيل اسماعيل عمر : "نظرية الطعن بالنقض"، ص. 241.

(2) القراران التعقيبان المؤرخ أولهما في 78/10/19 عدد 1802 وثانيهما مؤرخ في 77/5/27 تحت عدد 1240.

أصول المرافعات المدنية والتجارية

محكمة التعقيب لا يخلو من أن تحكم أما برفض الطعن لأحد الحكمين ومعنى ذلك أن الحكم الآخر هو الصحيح، وأما أن تقبل الطعن وتقضي بنقض الحكم الأول أو الثاني مما يعني أن الحكم الذي لم ينقض هو الحكم الصحيح. ويجوز لها أن تنقض الحكمين معاً، وبالتالي يكون على أصحاب الشأن أن أرادوا أن يرفعوا النزاع أن كان ذلك ممكناً مرة أخرى أمام محكمة الموضوع.⁽¹⁾

الفقرة الثالثة - أجل الطعن بالتعقيب وإجراءاته :

أجل الطعن بالتعقيب عشرون يوماً من تاريخ الاعلام بالحكم بصفه قانونية عملاً بأحكام الفصل 195 من م.م.ت. في حين أن الطعن في الأحكام الصادرة في مادة الأحوال الشخصية فهو ثلاثون يوماً من تاريخ صدور الحكم. وإذا انقضى أجل الطعن بالتعقيب سقط الحق في هذا الطعن، ولا يلزم في تلك الحالة تمسك أحد الخصوم بعدم قبول الطعن لفوات الأجل لأن المحكمة تثير ذلك من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام.⁽²⁾

ويرفع الطعن بعريضة تودع قلم كتابة محكمة التعقيب عملاً بأحكام الفصل 182 من م.م.ت. وتشتمل عريضة الطعن بالتعقيب علاوة على البيانات المتعلقة باسماء الخصوم وصفاتهم ومقر كل واحد منهم على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان الأسباب التي بني عليها الطعن وطلبات الطاعن عملاً بأحكام الفصل 183 من م.م.ت. والبيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومقراتهم يقصد منها اعلام ذوي الشأن اعلاماً كافياً باسماء الخصوم ومقراتهم، وما يكفي للدلالة عليها يتحقق به الغرض الذي وضع هذا الفصل من اجله، وبالتالي لا يتحقق البطلان على الخطأ في اسماء الخصوم وصفاتهم الذي ليس من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم وعلمه بالخصوم أو الخطأ في بيان مقر الخصم طالما تحققت الغاية من الإجراء. أما إذا اغفل بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه أو بيان الأسباب التي بني عليها الطعن أو طلبات الطاعن فإن الطعن يكون باطلاً

الإجراءات إلا إذا كان هذا البطلان يتعلق بحكم محكمة الاستئناف الذي هو محل الطعن. فلا كان حكم المحكمة المستأنفة ملغياً.

محكمة التعقيب لا يخلو من أن تحكم أما برفض الطعن لأحد الحكمين ومعنى ذلك أن الحكم الآخر هو الصحيح، وأما أن تقبل الطعن وتقضي بنقض الحكم الأول أو الثاني مما يعني أن الحكم الذي لم ينقض هو الحكم الصحيح. ويجوز لها أن تنقض الحكمين معاً، وبالتالي يكون على أصحاب الشأن أن أرادوا أن يرفعوا النزاع أن كان ذلك ممكناً مرة أخرى أمام محكمة الموضوع.⁽¹⁾

4- التعارض بين أحكام محكمة التعقيب وأحكام محكمة الموضوع :

اقتضت الفقرة الخامسة من الفصل 175 من م.م.ت. أنه "يمكن الطعن بالتعقيب إذا كانت هناك أحكام نهائية متناقضة في نصها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب".

من المعلوم أن الفصل في نزاع بحكم معين يسلب من أية محكمة سلطة إعادة النظر في النزاع الذي فصل فيه لأن ما سبق الفصل فيه وحاز حجية الأمر المقضي به لا يجوز الفصل فيه مرة أخرى، كما أنه من شأن هذا التناقض أن يمنع تنفيذ الأحكام.

ويشترط للطعن بالتعقيب لهذا السبب أن يوجد حكم سابق قد حاز قوة الأمر المقضي به سواء لصدوره نهائياً أو صار نهائياً لفوات أجل الاستئناف. ويجب أن يكون هناك تعارض بين الحكمين أي أن يتضمن الحكمين قضايا في مسألة واحدة على نحو مختلف، ومعنى ذلك أن يناقض الحكم الصادر نهائياً حكماً سابقاً حاز قوة الأمر المقضي به في مسألة ثار حولها نزاع واستقرت حقيقتها بين طرفي النزاع بالفصل فيها في الحكم السابق بين نفس الأطراف ونفس السبب ونفس الموضوع، ولا يغير من ذلك أن تكون المسألة المقضي فيها مسألة كلية شاملة أو مسألة أصلية أساسية، فإذا قضى نهائياً بتخفيض معينات الكراء ثم قضى بعد ذلك بإلزام المتسوغ بأن يؤدي لمشتري العقار خلف المؤجر معينات الكراء دون تخفيضها فإن ذلك مخالف لحجية الحكم السابق ويجوز الطعن فيه بطريق التعقيب.⁽²⁾

كما أن التعارض أو التناقض يجب أن يقوم بين أحكام نهائية ولا يصح أن يقوم بين حكم نهائي وحكم بات أي صادر عن محكمة التعقيب، فلا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة عن محكمة التعقيب بدعوى مخالفتها لحكم نهائي حاز لقوة الأمر المقضي به.

(1) فتحي والي : قانون القضاء العدلي"، ص. 788.

(2) القرار التعقيبي عدد 8795 الصادر في 1983/3/17 ن.م.ت. لعام 1983 ج. 1، ص. 80.

(1) نبيل اسماعيل عمر : "نظرية الطعن بالنقض"، ص. 241.

(2) القراران التعقيبان المؤرخ أولهما في 78/10/19 عدد 1802 وثانيهما مؤرخ في 77/5/27 تحت عدد 1240.

ولكن إذا طعن في قضاء الحكم الوارد في المنطوق فإن الطعن يسلط على ما ورد في الأسباب التي تأسس عليها المنطوق محل الطعن. والطعن بالتعقيب لا يمتد إلى أسباب الحكم الابتدائي إذا لم يأخذ بها الحكم الاستئنافي. أما إذا طعن في شق هو أساس النزاع فإنه ينعين التطرق للشق الآخر ولو لم يكن محل الطعن لأن الدعوى في هذه الحالة غير قابلة للتجزئة.

كما أنه لا يجوز التمسك بالطلبات الجديدة أمام محكمة التعقيب سواء من الطاعن أو من لمطعون ضده، فالطلبات الجديدة أن كانت لا تجوز أمام محكمة الاستئناف فهي لا تجوز من باب أولى أمام محكمة التعقيب إذ هي لا تنظر الموضوع. وبالتالي أن نطاق القضية يقتصر على الطلبات الموضوعية التي فصل فيها الحكم المطعون فيه. أما بالنسبة للأسباب فإنه كذلك لا يجوز ابداء أسباب جديدة أمام محكمة التعقيب ضرورة أن محكمة التعقيب ملزمة على تسليم بما أثبتته الحكم المطعون فيه من وقائع إذ يمنع عليها إعادة البحث من جديد في مسائل واقعية تعرض عليها لأول مرة أي لم تعرض من قبل على قاضي الموضوع. والسبب الجديد من صور عديدة تتمثل في تعديل الطلبات أمام محكمة التعقيب كما إذا تمسك الطاعن باخلال بائع بالتزامه بالتسليم بعد أن كان أقام دعواه على أساس اخلال البائع بضمان الاستحقاق. ما لا يجوز التمسك بدفع أو أوجه دفاع جديدة تثير مسألة واقعية لم تطرح على محكمة موضوع ومثال ذلك التمسك ببطلان عريضة الدعوى لخلوها من البيانات التي يوجبها قانون طالما أن الطاعن لم يتمسك بذلك البطلان أمام محكمة الموضوع. كما لا يجوز تمسك لأول مرة ببطلان الإجراءات التي بني عليها الحكم الابتدائي أو ببطلان شاب الحكم ابتدائي طالما لم يقدم الطاعن ما يدل على تمسكه به أمام محكمة الاستئناف.

إن القاعدة المذكورة سلفاً لها بعض الاستثناءات وتقبل الأسباب الجديدة وذلك عندما تكون هذه أسباب مبنية على عيوب الحكم المطعون فيه نفسه ولم يخن بالإمكان الوقوف عليها قانوناً إلا بعد دور الحكم المطعون فيه، أي إنها أسباب ظهرت من نفس الحكم الاستئنافي، وتبعاً لذلك يجوز تمسك لأول مرة أمام محكمة التعقيب بإغفال بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم أو تخلف أحد ضامه الذين أصدروا الحكم عن جلسة النطق به بسبب مانع قهري دون أن يتم التتبع على ذلك حضر الجلسة المشتعلة على منطوقه وأن غيره حل محله وقت النطق بالحكم.

كما يجوز الأخذ بالأسباب القانونية الصرفة لأول مرة أمام محكمة التعقيب ويقصد بها أوجه النعي على الحكم المطعون فيه لأسباب تتعلق بالنظام العام وتستطيع محكمة التعقيب الفصل على ضوء ما أثبتته الحكم المطعون فيه دون إجراء أبحاث جديدة أو تقدير واقعي جديد أي كانت العناصر الواقعية مطروحة على محكمة الموضوع، والعلة في ذلك أن الأسباب المتعلقة بالنظام العام يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة التعقيب لأنها تعتبر مطروحة بطبيعتها على قاضي الموضوع ويثيرها من تلقاء نفسه، إذ هي تعتبر نوعاً من الأسباب القانونية الصرفة، ومن أمثلة ذلك الدفع بعدم الاختصاص ومخالفة قاعدة قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف ومخالفة مواعيد الطعن في الأحكام أو مخالفة قواعد تفسير عبارة العقد الصريحة.

الفقرة الخامسة - الحكم في الطعن وأثاره :

إن محكمة التعقيب هي خاتمة المطاف وأحكامها باتة ولا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، والحالة الوحيدة التي يحق فيها لمحكمة التعقيب أن ترجع في قضائها هي حالة الخطأ البين وسنعرض لذلك في فقرة لاحقة.

وتأخذ أحكام التعقيب شكل الأحكام وتخضع لقواعد صدورها وفق الفصل 123 من م.م.ت. ويجب تسببها حتى في صورة رفض الطعن. وعلى محكمة التعقيب أن تتحقق من تلقاء نفسها من صحة الطعن المرفوع أمامها وتتحقق من توفر جميع الشروط لسلامته من الناحية القانونية، وعلى أساس ذلك تصدر حكمها إما لصالح المطعون ضده عند تخلف الشروط أو لصالح الطاعن أن تحققت تلك الشروط. فهي تصدر حكم الطاعن برفض الطعن شكلاً أو برفضه موضوعاً. ويصدر الحكم بالرفض عريضة الطعن أو عدم توفر المصلحة أو عدم قابلية الحكم للطعن للحكم المطعون فيه أو فوات أجل الطعن. أما إذا نظرت المحكمة أن الحكم خال من العيوب التي بني عليها الطعن فإنها تحكم

وجدت أن الحكم المطعون فيه موافق للقانون في حين أ
تصحح أسباب الحكم وتستكمل ما وقع فيه من قصور

ومن جهة أخرى قد تصدر المحكمة حكمها لصالح الطاعن بأن تقبل طعنه وتتقضى الحكم المطعون فيه ذلك عندما تتحقق من وجود أحد العيوب التي يقوم عليها الطعن دون أن تلتزم ببحث بقية أسباب الطعن، وإذا نصب النقض على جزء من الطعن، فإن هذا الجزء وحده هو الذي يلغي ويبقى الحكم نافذا بالنسبة للأجزاء الأخرى عملاً بأحكام الفصل 191 من م.م.ت. الذي اقتضى أنه "القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كان عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض..."، على أنه إذا كانت أجزاء الحكم مترتبة على الجزء الذي تسلط عليه للنقض لهذا الجزء يترتب عليه نقض كل ما تأسس على هذا الجزء من الأجزاء الأخرى.

وإن نقض الحكم يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن ويعود الأطراف إلى مراكزهم السابقة صدور الحكم، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد تم تنفيذه فإنه يصح استرداد ما كان الخصم قد ضمه أو تسلمه من أموال عن طريق تنفيذ الحكم، ويكون ذلك دون حاجة إلى تقاض جديد. كما أنه من نتائج نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام اللاحقة والتي كان ذلك الحكم أساساً لها، فيلغى حكم الابتدائي الصادر في موضوع الدعوى والقرار الاستئنافي المؤيد له المطعون فيه بالتعقيب. هذا الإلغاء بحكم القانون ودون حاجة إلى استصدار حكم آخر يقضي بذلك.

ومن آثار النقض أنه لا ينشئ خصومة جديدة بل يلغي الحكم المنقوض ليتابع الخصوم السير بالخصومة أمام محكمة الإحالة بعد تعجيلها ممن يهمل الأمر من الخصوم الذي يقوم باستدعاء صمه أمام محكمة الإحالة. وأساس هذه الإحالة أن وظيفة محكمة التعقيب هي الرقابة القانونية على الأحكام لا الفصل في الموضوع، فإذا نقض الحكم المطعون فيه عادت القضية إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدور الحكم أمام المحكمة التي أصدرته لتتظر الدعوى من جديد، لكن خصومة لا تسير تلقائياً بل يلزم تعجيلها عن طريق أحد الخصوم بتحديد ميعاد جلسة لنظرها استدعاء الخصم الآخر لحضورها. وبتعجيل الخصومة أمام محكمة الإحالة تستعيد القضية النتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المنقوض وتستعيد سيرها من النقطة التي كانت قد نتها قبل هذا الحكم وذلك في حدود الجزء الخاص بالمسألة القانونية التي فصلت فيها محكمة تعقيب، وتلتزم محكمة الإحالة باتباع حكم محكمة التعقيب في المسألة القانونية. والخصوم يعيدوا سلطاتهم أمام محكمة الإحالة التي يعتبر مطروحا أمامها ما سبق إيدأؤه من دفع و يجوز

للخصوم التمسك بدفع أو أوجه دفاع جديدة، كما يمكنهم تعديل الطلبات الذي يكون ضرورياً كأثر لحكم محكمة التعقيب وخاصة ما أثارته من تلقاء نفسها والطلبات التي يمكن إيدأؤها في أي حالة تكون عليها الخصومة.⁽¹⁾

ومحكمة الإحالة ولئن كانت ملزمة بأن تنقيد بحكم محكمة التعقيب في المسألة القانونية فإنها تستعيد سلطاتها بالنسبة للوقائع ويمكنها تقديرها على نحو جديد مخالف لما ارتأته على أساس أدلة وأسانيد جديدة، على أنه على محكمة الإحالة أن تنقيد بقاعدة أن لا يضار الطاعن بطعنه، فهذه القاعدة واجبة الاحترام سواء كان الطعن مطروحاً عليها لأول مرة أو بالإحالة بعد النقض.

والأصل أن محكمة التعقيب تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ولا تفصل فيها ضرورة أن محكمة التعقيب ليست درجة ثالثة من درجات التقاضي إلا أن المشرع فرض عليها أن تفصل في موضوع القضية في حالات سنتعرض إليها في فقرة لاحقة. والغالب أن محكمة التعقيب تنقض الحكم وتحيل القضية وتتصدى أحياناً لنظرها، وبالتالي لا تنقضي الدعوى بمجرد صدور الحكم والنقض، إلا أنه في بعض الحالات قد تنقضي الدعوى بمجرد صدور الحكم بالنقض وذلك أن لم يبق وجه لنظر الموضوع بعد نقض الحكم المطعون فيه، كما لو نقض الحكم لصدوره في دعوى خارج الحدود العامة للولاية القضائية أو لأن الاستئناف غير مقبول شكلاً أو كان سبب الطعن هو التعارض بين حكمين نهائيين وقامت المحكمة بنقض أحدهما. أما إذا كان النقض لمخالفة قواعد الاختصاص الحكمي أو الترابي فإن محكمة التعقيب يقتصر دورها على الفصل في مسألة الاختصاص وتعين المحكمة المختصة.

الفقرة السادسة - التصدي للموضوع والخطأ البين :

إن محكمة التعقيب بعد تنقيح بعض فصول مجلة المرافعات أصبحت لها وظائف جديدة بالإضافة إلى مراقبة حسن تطبيق القانون وهي التصدي للموضوع والبت فيه بحكم حاسم للنزاع مثل بقية محاكم الموضوع والنظر في التعقيب المرفوع لها طعناً في قرار تعقيبي صادر عن إحدى الدوائر تأسيساً على صدوره بناءً على خطأ بين وقع فيه قضاة الدائرة المصدرة له.

(1) فتحي والي : قانون القضاء المدني، ص. 840.

1 - التصدي للموضوع والحكم في الأصل :

إن هذه الوظيفة الجديدة تم إدخالها بعد تنقيح الفصلين 176 و 191 من م.م.ت. فالأول اقتضى أنه "إذا طعن للمرة الثانية لغير السبب الأول الواقع من أجله النقض ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه فإنها تبث في الموضوع إذا كان مهياً للفصل" ونص الثاني على أنه "إذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولاً فإن المحكمة متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبث في الموضوع أن كان مهياً للفصل".

ويتجلى من الفصلين المذكورين أن محكمة التعقيب تتصدى للموضوع وتبث في أصل النزاع أما بإحدى دوائرها أو بدوائرها المجتمعة.

أ - الحكم في الموضوع من إحدى دوائر محكمة التعقيب :

يخلص من الفصل 176 من م.م.ت. أنه يمكن لإحدى دوائر محكمة التعقيب أن تتصدى للموضوع وتحكم في الأصل بحكم حاسم إذا توفرت عدة شروط :

1 - أن تتعهد الدائرة بالقضية للمرة الثانية أي أن يكون قد سبق طعن أول بالتعقيب وانتهى بنقض الحكم مع الإحالة ثم يتولى أحد الطرفين الطعن بالتعقيب مرة ثانية في حكم محكمة الإحالة.

2 - أن يكون الطعن الثاني بالتعقيب مؤسسا على غير السبب الذي ارتكز عليه الطعن الأول، باعتبار أنه لو كان الطعن الثاني مؤسسا على نفس السبب لكان النظر راجعا وجوبا للدوائر المجتمعة.

3 - أن التطرق للأصل والفصل فيه مشروط بنقض الحكم المطعون فيه بصرف النظر عن الأسباب الداعية لذلك سواء كانت موضوعية، واقعية أو قانونية.

4 - أن يكون النزاع مهياً للفصل أي أنه لا يستدعي إجراءات تحقيق إضافية كسماع شهود أو تسمية خبير.

ب - الحكم في الأصل من الدوائر المجتمعة :

إن الفصل 191 من م.م.ت. اسند للدوائر المجتمعة حق الحكم في أصل النزاع بصفة حاسمة ونهائية، ويجب أن تتوفر الشروط السالفة الذكر التي أوجبها المشرع بالنسبة لتعهد دائرة تعقيبية باستثناء شرط واحد وهو أن يكون الطعن الثاني قد ارتكز على نفس السبب الذي تأسس عليه الطعن الأول.

2 - التعقيب على التعقيب من أجل خطابين :

أن تعديل بعض فصول مجلة المرافعات المدنية بموجب القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 استحدث وظيفة جديدة لمحكمة التعقيب نص عليها الفصل 192 الذي اقتضى أنه "تتظر الدوائر المجتمعة أيضا :

أ - إذا كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر.

ب - عند وجود خطأ بين في قرار صادر عن إحدى الدوائر في أول الفقرة ويعتبر الخطأ بينا :

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.

ولقد أضاف الفصل 193 م.م.ت. أن الرئيس الأول لمحكمة التعقيب هو الذي يقوم بدعوة الدوائر المجتمعة عندما نص على أنه "وله دعوتها بطلب من أحد الخصوم للنظر في تصحيح خطابين حاصل في قرار إحدى الدوائر وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره".

ويستخلص من الفصلين المذكورين أن هذا الطعن يتوقف على توفر عدة شروط شكلية وموضوعية.

أ - الشروط الموضوعية :

إن الشروط الموضوعية تنحصر في اثنتين :

1 - التصدي للموضوع والحكم في الأصل :

إن هذه الوظيفة الجديدة تم إدخالها بعد تنقيح الفصلين 176 و 191 من م.م.ت. فالأول اقتضى انه "إذا طعن للمرة الثانية لغير السبب الأول الواقع من أجله النقض ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه فإنها تبت في الموضوع إذا كان مهياً للفصل" ونص الثاني على انه "إذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولاً فإن المحكمة متألّفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع أن كان مهياً للفصل".

ويتجلى من الفصلين المذكورين أن محكمة التعقيب تتصدى للموضوع وتبت في أصل النزاع أما بإحدى دوائرها أو بدوائرها المجتمعة.

أ - الحكم في الموضوع من إحدى دوائر محكمة التعقيب :

يخلص من الفصل 176 من م.م.ت. أنه يمكن لإحدى دوائر محكمة التعقيب أن تتصدى للموضوع وتحكم في الأصل بحكم حاسم إذا توفرت عدة شروط :

- أن تتعهد الدائرة بالقضية للمرة الثانية أي أن يكون قد سبق طعن أول بالتعقيب وانتهى بنقض الحكم مع الإحالة ثم يتولى أحد الطرفين الطعن بالتعقيب مرة ثانية في حكم محكمة الإحالة.

- أن يكون الطعن الثاني بالتعقيب مؤسساً على غير السبب الذي ارتكز عليه الطعن الأول، باعتبار أنه لو كان الطعن الثاني مؤسساً على نفس السبب لكان النظر راجعاً وجوباً للدوائر المجتمعة.

- أن التطرق للأصل والفصل فيه مشروط بنقض الحكم المطعون فيه بصرف النظر عن الأسباب الداعية لذلك سواء كانت موضوعية، واقعية أو قانونية.

- أن يكون النزاع مهياً للفصل أي أنه لا يستدعي إجراءات تحقيق إضافية كسماع شهود أو تسمية خبير.

ب - الحكم في الأصل من الدوائر المجتمعة :

إن الفصل 191 من م.م.ت. اسند للدوائر المجتمعة حق الحكم في أصل النزاع بصح حاسمة ونهائية، ويجب أن تتوفر الشروط السالفة الذكر التي أوجبها المشرع بالنسبة لتعهد دائر تعقيبياً باستثناء شرط واحد وهو أن يكون الطعن الثاني قد ارتكز على نفس السبب الذي تأسس عليه الطعن الأول.

2 - التعقيب على التعقيب من أجل خطابين :

أن تعديل بعض فصول مجلة المرافعات المدنية بموجب القانون المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 استحدث وظيفة جديدة لمحكمة التعقيب نص عليها الفصل 192 الذي اقتضى أنه "تنظر الدوائر المجتمعة أيضاً :

أ - إذا كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر.

ب - عند وجود خطأ بين في قرار صادر عن إحدى الدوائر في أول الفقرة ويعتبر الخطأ بينا :

1 - إذا بني قرار الرفض شكلاً على غلط واضح.

2 - إذا اعتمد القرار نصاً قانونياً سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق.

3 - متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

ولقد أضاف الفصل 193 م.م.ت. أن الرئيس الأول لمحكمة التعقيب هو الذي يقوم بدعوة الدوائر المجتمعة عندما نص على انه "وله دعوتها بطلب من أحد الخصوم للنظر في تصحيح خطابين حاصل في قرار إحدى الدوائر وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره".

ويستخلص من الفصلين المذكورين أن هذا الطعن يتوقف على توفر عدة شروط شكلية وموضوعية.

أ - الشروط الموضوعية :

إن الشروط الموضوعية تنحصر في اثنين :

الشرط الأول : يجب أن يكون القرار المطعون فيه أمام الدوائر المجتمعة لخطأ بين قراراً صادراً عن إحدى دوائر محكمة التعقيب وبذلك تتولى الدوائر المجتمعة مراقبة قضاء دوائر محكمة التعقيب ويعتبر هذا الطعن تعقيباً على تعقيب.

الشرط الثاني : يجب أن يكون هناك خطأ بين. ولقد حدد القانون وعرف الخطأ البين وحصره في ثلاث حالات وهي أولاً أن ترفض إحدى الدوائر مطلب التعقيب شكلاً بصفة خاطئة كان تعتبر أنه قدم بعد الأجل والحال أنه خلاف ذلك. والحالة الثانية وهي حالة تطبيق قضاء الدوائر التعقيبىة نصاً قانونياً وقع نسخه صراحة أو ضمناً وفق قواعد النسخ المبينة بمجلة الالتزامات والعقود دون أن يقع النطق لذلك أو أن يطبقوا نصاً قديماً والحال أنه تم تنقيحه. والحالة الأخيرة وهي حالة المشاركة لقاضى من قضاة الدائرة التعقيبىة في نفس القضية في نطاق المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية التي سبق لها وأن تعهدت بها من قبل. والمشرع في هذه الحالة أراد أن يمنع مراقبة المحاكم الموضوعية لمحكمة التعقيب ضرورة أنه عندما تنقض محكمة التعقيب الحكم الاستئنافية وتحيله لمحكمة الاستئناف لإعادة النظر من جديد في الدعوى بهيئة أخرى ويثبت لمحكمة الاستئناف أن أحد قضاة الدائرة التعقيبىة سبق له أن تعهد بالدعوى فإنها ترفض التعهد لبطلان قرار محكمة التعقيب وبذلك تصبح محكمة التعقيب مراقبة من قضاة الأصل وهو ما يأباه المنطق القانوني السليم.

ولقد حصل أن وقع مثل هذا المنحى ضرورة أن محكمة الاستئناف في قرارها عدد 54035 الصادر في 6 جويلية 1982 قضت برفض التعهد، وتتمثل الوقائع في أن القاضي عمر سعيد شارك في الحكم الاستئنافية عدد 32168 وفي القرار التعقيبى عدد 3306 الذي بموجبه تمت الإحالة، فاعتبرت محكمة الاستئناف أن الإحالة باطلة وتبعاً لذلك رفضت التعهد ضرورة أن سلطة محكمة الاستئناف في إجراء نظرها على الطرق التي عهدا بها القانون في القضايا لم تكن مقيدة بالنسبة لطريقة دون أخرى بل أنها تباشر ذلك ولها أن تتسك بمقتضيات الفصل 14 الذي نص على أن يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بالنظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة أن تنثروه من تلقاء نفسها هذا النص مطلق وعام وغير خاضع في تطبيقه لطور من أطوار التقاضي.

ب- الشروط الشكلية :

أن الشروط الشكلية تنحصر في اثنين أولهما يتعلق بكيفية تعهد الدوائر المجتمعة وثانيهما يتعلق بالأجل.

الشرط الأول والمتعلق بتعهد الدوائر المجتمعة :

تعهد الدوائر المجتمعة للنظر في الخطأ البين بناء على دعوة من الرئيس الأول لمحكمة التعقيب الذي لا يبادر بدعوتها بصفة تلقائية بل من المفروض أن يقدم له صاحب الطعن مطلباً في ذلك، ولعل المقصود من هذا الإجراء أن يتولى الرئيس الأول النظر في جدية الطلب ولا يعهد الدوائر المجتمعة إلا إذا كان الطلب له ما يبرره، وفي هذا ترشيد للعمل القضائي ضرورة أنه لا يعقل أن تلتئم كل الدوائر للنظر في طلب غير جدي ورئيس محكمة التعقيب له من الأهمية والكفاءة للتمييز بين الجدي والكيدى والذي يقصد به النكاية وتطويل أمد التقاضي دون أي مبرر.

الشرط الثاني والمتعلق بالأجل :

إن الأجل المحدد لتقديم طلب الطعن على أساس الخطأ البين ثلاثة أشهر عملاً بأحكام الفصل 193 من م.م.ت. من تاريخ صدور القرار التعقيبى المطعون فيه. وهذا الأجل قصير لأن إعداد نسخ القرارات والأحكام يستغرق أحياناً أكثر من هذا الوقت، ولعله من الأنسب أن يبدأ الأجل في السريان من الإعلام بالقرار حتى يكون القرار جاهزاً وللمتقاضى الوقت اللازم لإعداد طعنه.

ومن الجدير التساؤل عن الإجراءات الأخرى الواجب توفرها لقبول المطلب ضرورة أن المشرع سكت عن بيان الشروط الإجرائية الخاصة بهذا الطعن ويمكن تأويل هذا السكوت بأنه إحالة على الإجراءات المتبعة عند تقديم مطالب التعقيب العادية وهو ما انتهجته الدوائر المجتمعة التي أقرت أنه علاوة على احترام أجل الثلاثة أشهر يجب استيفاء المطلب للشروط الشكلية المقررة لتقديم مطالب التعقيب العادية.

الفصل الثالث - وقف تنفيذ الأحكام :

لقد أقر المشرع مؤسسة توقيف التنفيذ كحد للصدقة التنفيذية ومعطلة للتنفيذ إلى أن يبت في أصل النزاع، وفي هذا الصدد اعتبر أحد فقهاء القانون أن "الأصل أن التنفيذ واجب لكل حكم أو عقد أو سند رسمي عليه صيغة التنفيذ إلا أنه قد تقوم منازعات قانونية تتضمن ادعاءات لم وصحت لأثرت في التنفيذ إذ يترتب عليها أن يصبح التنفيذ جائزاً أو غير جائز، صحيحاً أو باطلاً، فمثل هذه المنازعات تعتبر إشكالات في التنفيذ سواء كان مبنياً أسباباً تتصل بالحقوق الحاصلة للتنفيذ اقتضاء له كادعاء المدين وفاءه أم كان مبنياً أسباباً تتعلق بالإجراءات كادعاء وجود عيب فيها مبطل للتنفيذ كحصول التنفيذ دون سبق إعلان سنده أو بطلان الحجز الموقع على أموال المدين".⁽¹⁾

ومن ذلك يتجلى أن توقيف التنفيذ هو الإجراء الذي يحول دون البدء في عمليات التنفيذ والاستمرار فيها ومرد ذلك إلى عيب في الإجراءات أو لعب في السند المدعى به - وسواء المشرع للقضاء مراقبة عمليات التنفيذ وحسم النزاعات التي قد تنور بمناسبة تنفيذ الأحكام والقرارات وسوف نتعرض لهذه المراقبة أمام قاضي الصعوبات التنفيذية في مبحث أول ثم محاكم الطعن في مبحث ثاني.

المبحث الأول - توقيف تنفيذ الأحكام أمام قاضي الصعوبات التنفيذية :

إن الأحكام التي أحرزت على قوة اتصال القضاء أو المادون بتنفيذها وقتياً تنفذ بعد تحليلتها بالصيغة التنفيذية عملاً بأحكام الفصل 286 من مجلة المرافعات، غير أن للقاعدة استثناء وهي إمكانية إيقاف التنفيذ التي خولها المشرع عند وجود أشكال يحول دون التنفيذ وتعين التطرق إلى كيفية تقديم أو القيام بأشكال تنفيذي وكيفية معالجة هذه الأشكال من القاضي الاستعجالي في تونس وقاضي التنفيذ في معظم البلدان العربية كمصر وسوريا والعراق.

الفقرة الأولى - تعتمد قاضي الصعوبات التنفيذية :

أن قاضي التنفيذ لا يتعهد بالمطلب إلا بطلب من عدل التنفيذ أو من المنفذ ضده، ولذا لا بد أن تتوفر في المطلب شروط محددة.

1 - شروط طلب توقيف التنفيذ :

إن شروط المطلب تتعلق باحلال في إجراءات التنفيذ أو أن تكون الوقائع لاحقة لصدور السند التنفيذي. فاما فيما يتعلق بالإجراءات فإنه بالإمكان أن يكون السند المراد تنفيذه - قابل لذلك كصورة تقادم السند ومرور عشرين سنة على صدوره عملاً بأحكام الفصل 27 م.م.م.ت. وهذا الأجل لا يقبل القطع أو التعليق باعتبار النص أمراً أو يهيم النظام العام، كما أن فقدان النسخة التنفيذية يحول دون التنفيذ ضرورة أن النسخة المجردة لا تمكن من التنفيذ وعلى من فقد النسخة التنفيذية إستخراج نسخة تنفيذية ثانية وفق الشروط المحددة من القانون كما أن إرادة تنفيذ حكم منعدم لا أثر له ولا يترتب عليه أثر قانوني تحول استكمال الأمر وعلى قاضي الصعوبات التنفيذية توقيف تنفيذ ذلك الحكم باعتباره صادراً عن جهاز قضائي غير مختص ويكون الحكم غير قابل للتنفيذ مطلقاً.⁽²⁾

كما أنه بالإمكان أن يتعلق الأمر باخلالات متعلقة بقواعد التنفيذ ومن ذلك أن الحكم المراد تنفيذه لم يتم اعلامه بواسطة عدل منفذ مثلاً أوجبه الفصل 287 من م.م.م.ت. والفصل الخامس من نفس المجلة الذي اقتضى أن "كل استدعاء أو اعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ م لم ينص القانون على خلاف ذلك" وبالتالي إذا كان الاعلام بالحكم باطلاً لأي سبب سواء لكون الاعلام لم يكن بواسطة عدل منفذ أو لغير المحكوم عليه أو إذا لم تتوفر في محضر الاعلام البيانات التي أوجبه القانون بالفصل السادس من م.م.م.ت. فإن المحكوم عليه بإمكانه استكمال الأمر والحيلولة دون التنفيذ إلى أن يقضى في بطلان الاعلام بالحكم.

والامر كذلك بالنسبة للمنازعات المتعلقة بأنواع التنفيذ ضرورة أن المشرع قد قرر طرقاً معينة في الحجز على أموال المدين والتنفيذ عليها وأفرد كل عقلة سواء كانت تحفظية أو تنفيذية أو عقارية بإجراءات معينة، وبالتالي إذا تم الحجز على العقار بطريقة الحجز على المنقول أمكن

(1) تونس ثابت : أشكالالتنفيذ ونظام قاضي التنفيذ، مطبعة على مخيمر - الطبعة الأولى - 1972.

(2) أحمد أبو الوفاء : "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، منشأة المعارف.

للمدين طلب وقف التنفيذ أمام القاضي الاستعجالي الذي له أن يوقف التنفيذ إلى أن يقع البت في بطلان إجراءات التنفيذ.

ومنازعات التنفيذ يمكن أن تتعلق بموانع التنفيذ باعتار أن المشرع جعل بعض الأموال غير قابلة للحجز مراعاة للمدين الذي لا يجب تجريده من كل ممتلكاته وأورد الفصل 308 من م.م.ت. قائمة على سبيل الحصر في الأموال غير القابلة للحجز ومنها ما يلزم المدين وعائلته من الفراش والملابس واواني الطبخ وما يكفيهم من طعام مدة خمسة عشر يوما وما هو ضروري للقيام بالواجبات الدينية والكتب والآلات اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حد مائة دينار حسب اختيار المدين، وما ورد بالفصل 331 من نفس المجلة الذي منع حجز النفقة والتسبقات ذات الصبغة المعاشية عن تعويض ضرر ناشئ عن جنة أو شبهها أو الاعانات التي تمنحها الدولة بعون مساعدات.

كما حدد المشرع أوقافا لإجراء العقل عملا بأحكام الفصل 291 من م.م.ت. الذي منع إجراء أي عمل تنفيذي ليلا أو في أيام الأعياد الرسمية، وبالتالي إذا وقعت عمليات تنفيذ خارج الأوقات المسموح بها فإنه بإمكان المدين طلب وقف التنفيذ لعيب في الإجراءات وعلى القاضي الاستعجالي إيقاف التنفيذ إلى صدور حكم في الأصل يقضي ببطلان إجراءات العقلة ورفعها.

أن المشرع قد خول تقديم المطلب إلا أنه لم يحدد معايير موضوعية تمكن من الوصول إلى حل واضح بل ترك ذلك لاجتهاد القاضي الاستعجالي الذي يقدر مدى جدية المطلب من عدمه واستقر فقه القضاء على اعتماد عدة عناصر أهمها انعدام نية الاضرار من طرف طالب إيقاف التنفيذ وتعارض منطوق السند التنفيذي مع حق الغير وخرق لقواعد التنفيذ وهو ما أكدته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها الذي ورد بإحدى حيثياته أن "المطلوب من المحكمة المنتصبة للنظر استعجاليا في مادة اشكالات التنفيذ أن تقيم مدى جدية الاشكال المعروض عليها وأن تبث في الطلب على ضوء ذلك وأن اهمال جدية الاشكال في المادة الاستعجالية يعرض حكم المحكمة للنقض، وعنصر الجدية مهالة معنوية تخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي حسبما يمليه عليه وجدلته وما تجمع لديه من القرائن وعناصر التقدير"⁽¹⁾ ومن بين هذه العناصر الحيولة دون إجراء عمليات التنفيذ إذا كان يستحيل معها الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ وكلما كان في

الأمر خرق لشروط وصور التنفيذ المؤقت بنوعيه الإختياري والاحباري.

مع العلم أن طلب توقيف التنفيذ لابد أن يتعلق بوقائع لاحقة على صدور السند التنفيذي ضرورة أن الفقه والقضاء مستقران على اعتبار أن الاشكال لابد أن يؤسس على وقائع لاحقه لصدور السند التنفيذي لان الوقائع السابقة قد بت فيها الحكم المراد تنفيذه وتحول حجيته دون إعادة بحث الوقائع الواقع الحسم فيها، إلا أن لهذه المبدأ بعض الاستثناءات ومن ذلك الحكم الصادر على ميت باعتبار هذا الحكم معدوما أي أنه والعدم سواء ولا يترتب عليه أي أثر قانوني ضرورة أن الخصومة لم تنعقد تماما والاستدعاء للجلسة باطل وبالتالي إذا ما ثبت للقاضي الاستعجالي وفاة المحكوم عليه قبل الاستدعاء للجلسة الأولى للحكم المواد تنفيذه فعليه توقيف التنفيذ إلى أن يقوم الورثة بإبطال الاستدعاء للجلسة وإلغاء الحكم المراد تنفيذه، على أن بعض الفقهاء ذهبوا أن الحكم المنعقد لا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه وإنما يكفي انكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء وبجوز رفع دعوى مبدأة بطلب انعدامه.⁽²⁾

كما أن السند التنفيذي المزور يوجب إيقاف تنفيذه من طرف القاضي الاستعجالي إلى أن يبت في الأصل ضرورة أن الفصلين 199 و 200 من مجلة المرافعات المتعلقة بدعوى مواخضة الحكام وفيما يصدر عنهم من غدر أو احتيال مما قد يؤدي إلى تدليس السند يخولان القيام على الحكام، ومن ثم إذا التمس المستشكل توقيف التنفيذ إلى أن يقع البت في مطلب المواخضة بعد أن يكون قدمه طبقا للفصل 200 المذكور سلفا فإنه يجب إيقاف التنفيذ بالرغم من أن الفقرة المسبقة من الفصل 200 اقتضت أنه لا يحكم ببطلان الحكم رغم ثبوت الزور وهو موقف غير منطقي وسبق أن انتقدناه في باب مواخضة الحكام.

وعلاوة على الاستثناءات الواقعية فإن المشرع قرر استثناءات قانونية تتعلق بمطالب الشرح والتفسير أو بمطالب إصلاح الأخطاء المادية المتسربة إلى منطوق الحكم.

فأما بخصوص مطالب الشرح اقتضى الفصل 124 من م.م.ت. أن المحكمة التي أصدرت الحكم لها وحدها النظر في المطالب المقدمة إليها قصد شرح ذلك الحكم وتفسيره، ومن ثم أنه ليس من اختصاص قاضي الصعوبات التنفيذية تفسير ما غمض في الحكم سواء منطوقه أو أسبابه، إلا أنه إذا تبين له أن المنازعة التنفيذية تتعلق حول تفسير الحكم وثبت جدية ادعاء

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 16329 الصادر في 10/9/1986، نصرية محكمة التعقيب 1986 - ص. 163.

(2) أحمد أبو الوفاء : نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص. 310.

المستشكل فله توقيف تنفيذ الحكم إلى أن يفع البت في مطلب الشرح المقدم للمحكمة المختصة.

وكذلك أن مطالب الإصلاح للاخطاء المادية المتسربة للحكم تخول طلب توقيف التنفيذ المقدم ممن له مصلحة وصفة إلى القاضي الاستعجالي الذي أن تبين له وجود خطأ مادي يحول دون القيام بالتنفيذ فله أن يوقف التنفيذ إلى أن يبت في مطلب الإصلاح، على أن مطلب الإصلاح لا بد أن يتعلق بما ورد بالحكم من اخطاء مادية دون المساس بجوهر القضاء الوارد به الذي له حجية واتصل به القضاء ولا يمكن الزيادة فيها أو التقيص إنما لا يعدو أن يكون الأمر اصلاحا للغلطات في الرسم والغلطات المادية في الرسم أو الحساب.

2 - طرق طلب توقيف التنفيذ :

لقد خول المشرع لعدل التنفيذ رفع الاشكال التنفيذي للقضاء عملا بأحكام الفصلين 211 من مجلة المرافعات و 26 من قانون العدول المنفذين المؤرخ في 13 مارس 1995 وهذا الرفع ليس تلقائيا بل لابد من ابداء الطلب أمام العدل المنفذ الذي يحدد موقفه منه ويقرر مآله وهو ما أقتضاه الفصل 211 م.م.ت. عندما نص أنه "... يجب على كل من يثير صعوبة عند التنفيذ أن يقدم للعدل المنفذ مشافهة أو كتابة ما له من قول في شأنها ولا يمكن توقيف أعمال التنفيذ إلا إذا أسن مثير الصعوبة عند العدل المنفذ مصاريف نشر القضية" وازاء هذه الحالة يقرر موقف التنفيذ مآل الاعتراض فإن بداله أن الاشكال غير جدي فهو يستمر على التنفيذ وأن بداله غير ذلك فإنه يوقف التنفيذ ويدعو من يهمهم الأمر للحضور في أقرب جلسة لدى الحاكم الذي له النظر وذلك بعد أن يحرر محضرا في توقيف التنفيذ ويسلم لكل منهم نسخة من ذلك المحضر⁽¹⁾ لكن هذه النقة في عدل التنفيذ ومنحه إمكانية تحديد مواصلته التنفيذ من عدمه لا تنفي مسؤوليته المدنية والتأديبية والجزائية. فاما مسؤوليته المدنية فأساسها الفصل 86 من المجلة المدنية الذي اقتضى أنه "إذا أخل مامور قضائي بامورينه فهو مسؤول بالخسارة لمن لحقه الضرر من ذلك مهما أقتضت الأحكام الجزائية مواخذته" كما أن الفصل 44 من قانون عدول التنفيذ يوجب عقوبة تأديبية بأن نص على أن "كل خرق للقوانين والتراتيب وقواعد المهنة وكل عمل ينال من شرفها يرتكبه العدل المنفذ ولو

خارج نطاق العمل بتوجب التأديب" أما المسؤولية الجزائية فهي توجب توفر القصد في التماذي على التنفيذ بنية الإضرار بملك الغير رغم علمه أو وضوح أن تلك الأموال غير راجعة بالملكية للمحكوم عليه وخارجة عن ذمته المالية.

ويخلص مما سلف بسطه أن المشرع التونسي قد خص عدل التنفيذ برفع الإشكال التنفيذي للقضاء إلا أن بعض الفقهاء وفقه القضاء يرون خلاف ذلك ولا يمكن أن يحرم أي إنسان من حق التقاضي الذي صانه الدستور.

فأما الرافضون لرفع الإشكال عن غير العدل المنفذ يرون أنه لا يجوز فتح المجال لمن يريد عرقلة التنفيذ خصوصا أن عدل التنفيذ مسؤول مدنيا وجزائيا وتأديبيا. في حين أن بعض المحاكم تقبل الإشكال التنفيذي المرفوع من المحكوم عليه مباشرة أو من الغير وذلك استنادا إلى أحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات الذي يمنح لرئيس المحكمة الابتدائية مرجع نظرو عام في مجال القضاء الاستعجالي بشرط توفر ركني التأكد وعدم المساس بالأصل، إلا أنه لابد من استدعاء العدل المنفذ الذي يقدم تقريرا يتضمن الرد على ادعاءات المستشكل. والرأي عندنا أنه لا يمكن القيام بإشكال تنفيذي إلا عن طريق عدل التنفيذ ضرورة أن النصوص صريحة وواضحة وأن التعلل بالقول أن عدل التنفيذ قد يتمادى على التنفيذ رغم الاعتراض هو قول غير مجد باعتبار أن المشرع حملة مسؤولية مدنية وجزائية وتأديبية إذا ارتكب خطأ مهنيا أو قصد الإضرار بالمحكوم عليه وبالتالي أنه من المتعين التخلي عن الاتجاه الذي يسمح برفع الإشكال التنفيذي على غير طريق عدل التنفيذ حتى لا يفتح الباب للمماطلين وللذين يريدون عرقلة أعمال التنفيذ بدون موجب ولا سبب مشروع علاوة على أنه إذا خص المشرع طريقة للإتيان بعمل فلا بد من الإتيان به على ذلك النحو، وعلى كل فإن المشرع جاد في حسم هذا الخلاف وقد تم إعداد مشروع قانون يتعلّق بتنقيح بعض الفصول من مجلة المرافعات المدنية ومن بينها المادة 211 التي ستحول للمستشكل عرض الصعوبة على القضاء إن رفض عدل التنفيذ ذلك، إلا أنه يجب تأمين مبلغ الخطية وقدره خمسون دينارا وتسَلط عليه في صورة رفض المطلب، كما يتولّى استدعاء عدل التنفيذ وكل من يهيمه الأمر للحضور لدى القاضي المختص، وفي هذه الحالة يجب على العدل المنفذ تقديم ملحوظات في شأن الصعوبة.

(1) عمر الشنوي : "الاشكال التنفيذي"، مجلة القضاء والتشريع - عدد 80 لسنة 1993م - ص. 7.

الفقرة الثانية - المحكمة المختصة والحكم الصادر عنها :

يتعين تحديد المحكمة المختصة حكماً وترالياً بالإشكال التنفيذي واثراً ذلك التطرق لأثار الحكم الصادر بإيقاف التنفيذ أو برفض المطالب.

1 - المحكمة المختصة :

إن الاختصاص في طلبات توقيف التنفيذ يتوزع بين ثلاثة هياكل قضائية وهي رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه باعتباره صاحب الاختصاص العام والمبدئي في المادة الاستعجالية عملاً بأحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية أو قاضي الناحية فيما يرجع له بالنظر عملاً بأحكام الفصول 39 و 201 من مجلة المرافعات المدنية و 220 من مجلة الشغل أو رئيس دائرة الشغل بمكان تنفيذ السند التنفيذي عملاً بأحكام المادة 220 من مجلة الشغل. فاما اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه فلقد حدده الفصل 210 من مجلة المرافعات المدنية الذي يقتضى أنه ينظر في جميع الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية بدون أن يقع استئنافها والأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف سواء كان الحكم صادراً بتقرير الحكم الابتدائي أو بإلغائه والمقصود بذلك هو أن اختصاص رئيس لمحكمة الابتدائية يتعدى نطاق الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية ليشمل أيضاً الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف ولو في صورة إلغائها للحكم الابتدائي.

كما أن رئيس المحكمة مختص بالنظر في المنازعات التنفيذية التي تثار بمناسبة تنفيذ قرارات الصادرة عن محكمة التعقيب عندما تنص على الموضوع ضرورة أن الفصلين 176 و 191 من م.م.ت. بعد تنقيحهما خولاً لمحكمة التعقيب النظر في الأصل. وكذلك يختص قاضي المذكور سلفاً بالنظر في المنازعات التنفيذية التي تثار بشأن القرارات التحكيمية داخلية عملاً بأحكام الفصل 33 من مجلة التحكيم.

وأن الأسباب الكامنة وراء عقد الاختصاص لرئيس المحكمة هو احترام مبدأ التقاضي على درجتين من طرف المشرع، ويفترض هذا المبدأ أن يتمتع المتقاضي بدرجتين باعتبار أنه قد لا يرضيه الحكم الابتدائي فيطعن فيه طالباً بإلغاءه والقضاء من جديد لصالحه.

أما حاكم الناحية فهو يختص أيضاً بالمنازعات التنفيذية المتعلقة بالأحكام الصادرة عنه ولو وقع نقصها من محكمة الاستئناف. كما يختص استئنافاً بالنظر في الصعوبات الناشئة عن تنفيذ قرارات دوائر الشغل كل من رئيس دائرة الشغل التابعة لمكان التنفيذ أو حاكم ناحية نفس المكان عند عدم وجود دائرة شغل به عملاً بأحكام الفصل 220 من مجلة الشغل.

أما رئيس دائرة الشغل فهو يختص أيضاً بالنظر في الصعوبات التنفيذية التي تثار بشأن قرارات دائرة الشغل عملاً بأحكام الفصلين 198 و 199 من مجلة الشغل ويختص كذلك في المنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عنه والتي وقع استئنافها أمام المحكمة الابتدائية وبالقرارات الصادرة عن محكمة التعقيب وتصدت فيه للموضوع.

وبعد تحديد الاختصاص الحكمي لابد من التطرق للاختصاص الترابي الخاضع لمعايير خاصة تنتج جزاء خاصاً عند الإخلال بها.

وبخصوص المعايير فلقد اقتضى الفصل 210 من مجلة المرافعات أن الحاكم المختص هو الذي أصدر الحكم المراد تنفيذه، وبالتالي أن رئيس المحكمة الابتدائية وحاكم الناحية هما المختصان بالنظر في الصعوبات التنفيذية المتعلقة بالأحكام الصادرة عنهما، وهنا يحدد الاختصاص الحكمي الاختصاص الترابي مما يدعم فكرة أن الاختصاص وحدة لا تتجزأ والتفريق بين الاختصاص الترابي والحكمي هو تفريق مصطنع ووهمي⁽¹⁾.

وأما المعيار الثاني لتحديد الاختصاص الترابي فهو الذي نص عليه الفصل 403 من مجلة المرافعات وخص قاضي مكان إجراء العقلة بالنظر في منازعات التنفيذ الصادرة عن مدعي الاستحقاق، ويعد هذا الموقف مناقضاً لأحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية الذي يستلزم الاختصاص للقاضي الذي أصدر الحكم المستشكل، إن هذا التناقض هو تناقض ظاهري ضرورة أن القاعدة المنصوص عليها بالفصل 201 م.م.ت. هي القاعدة العامة التي تنظم المنازعات التنفيذية وجعل لها المشرع استثناء عندما يتعلق الأمر بأموال معقولة خارجة عن نطاق معيار الفصل 201 م.م.ت. وخاضعة للفصل 403 من نفس المجلة المنظمة للإشكال الاستحقاق.

المرفوع من الغير، ومن ثم أن الخاص يقيد العام ولا يلغيه وما خصه المشرع بصورة معينة بقي على إطلاقه في جميع الصور الأخرى عملاً بأحكام الفصل 534 من المجلة المدنية.

والإخلال بمعايير الاختصاص الترابي وكما هو معلوم لا يوجب الحكم برفض الدعوى لعدم الاختصاص من تلقاء نفس المحكمة ضرورة أن هذه القواعد شرعت لمصلحة الخصوم الشخصية ولا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج عنها ضرر للمتمسك ببطلانه وعلى صاحب المصلحة أن يثيره قبل الخوض في الأصل، ولذلك إذا ما تمسك صاحب مصلحة بعدم اختصاص القاضي الاستعجالي بالنظر في طلب توقيف التنفيذ ترايباً فعلى هذا الأخير البت في اختصاصه وإذا تراءى له أنه غير مختص فعليه القضاء بالتخلي عن نظر الدعوى لفائدة المحكمة المختصة، أما إذا كان مختصاً فإنه يواصل النظر في الطلب ويقرر ما يراه مناسباً.

2 - الحكم الصادر في طلب توقيف التنفيذ :

إن الحكم الصادر عن القاضي الاستعجالي يكون إيجابياً ويقضي بوقف التنفيذ أو سلبياً ويقضي برفض الطلب وبالطبع في حالة الاختصاص الحكمي أو عدم الدفع بعدم الاختصاص الترابي. وهذا الحكم سترتب عليه آثار على حقوق والتزامات الأطراف المتنازعة.

أ - نتيجة الحكم الاستعجالي :

إن القاضي الاستعجالي إذا كان مختصاً بالنظر في منازعة تنفيذية فإن قراره إما يكون إيجابياً ويقضي بوقف التنفيذ أو سلبياً ويرفض الطلب.

إن القرار الإيجابي يعني توقيف التنفيذ، لكن الإشكال الذي يمكن أن يطرح هل ينصرف إلى الأعمال التي نفذت أو حتى للأعمال التي لم يشرع فيها ؟ من المعلوم أن التوقيف لا ينصرف إلا على عمل وقع الشروع فيه وعلى عدل التنفيذ التوقف عند النقطة التي وصل إليها وتبقى الإجراءات السابقة سليمة وصحيحة إلى أن يصدر حكم قاض بخلاف ذلك أما الأعمال اللاحقة عن طلب وقف التنفيذ وقبل صدور الحكم القاضي بوقف التنفيذ فهي باطلة بالنسبة للأشياء المستشكل في شأنها ولا يجوز اعتبار أعمال التنفيذ على مكاسب أخرى للمدين باطلة ضرورة أن نطاق توقيف التنفيذ بالنسبة للأعمال اللاحقة عن رفع الطلب لا يتجاوز حدود عمليات التنفيذ

المستشكل في شأنها ويبقى السند قابلاً للتنفيذ بالنسبة لغيرها من الممتلكات.⁽¹⁾

أما القرار الاستعجالي القاضي برفض الطلب والتمادي على التنفيذ فإنه وعملاً بأحكام الفصل 211 من م.م.ت. ينفذ حالاً على المسودة وقبل التسجيل ويقطع النظر عن الاستئناف وبدون لزوم للإعلام به. ويجب على كاتب المحكمة أن يسلم لمن شاء من الطرفين نسخه من نص ذلك القرار بدون مصروف في بحر أربع وعشرين ساعة من وقت التصريح به.

ب - آثار الحكم الاستعجالي :

إن القرار الاستعجالي الصادر لفائدة المستشكل يكون قاضياً بتوقيف التنفيذ والإنزله بالقيام بقضية أصلية لدى المحكمة المختصة في أجل معين يقدر بالقرار حسب الأحوال باعتبار أنه إذا كان الإشكال لغير سبب استحقاق وعلى أساس الفصول 403 و 463 من م.م.ت. فإن للقاضي الحرية في تحديد الأجل حسب اجتهاده، أما إذا كان لسبب استحقاق فإن الأجل هو خمسة عشر يوماً، وهذا الأجل غير قابل للقطع والتعليق وبمجرد سريانه يمكن مواصلة التنفيذ إذا لم يرفع المستشكل قضية أصلية⁽²⁾ ويرى آخرون أن هذا الأجل أجل مسقط لحق القيام بالدعوى الأصلية ضرورة أن الفصل 403 من م.م.ت. نص على البطلان صراحة بأن قرر أن "دعوى الاستحقاق تكون باطلة إذا لم ترفع على القائم بالتبعات والمعقول عنه ولم تشمل على بيان حجج الملكية" وهذا الموقف مخالف للقانون ضرورة أن جزاء الإخلال بالأجل هو المقوط وليس من الضروري التنصيص عليه صراحة لانه الجزاء الطبيعي لعدم احترام الأجل المحدد لمباشرة الإجراءات⁽³⁾ علاوة على أن المشرع رتب البطلان على عدم القيام على الأشخاص المذكورين بالفصل 403 من م.م.ت. وهما القائم بالتبعات والمعقول عنه في نفس الوقت، ومن ثم أن عدم القيام بالدعوى الاستحقاقية في الأجل المحدد من القاضي الاستعجالي فإن أعمال التنفيذ تستأنف ويقع إتمام إجراءات التثبيت ويعتبر المبتدئ له مشتر وتنتقل له الملكية، وأن ثبت أن المستشكل فعلاً مالك لما تم بيعه فيحكم له بالتعويض أي بقيمة ممتلكاته كما أن القرار الاستعجالي يرتب

(1) فتحي والي : "التنفيذ الحصري في المواد المدنية والتجارية"، دار النهضة للدراسة 1995 - ص. 701.

(2) أحمد س طالب : "المجلة المحظية والتنفيذية"، المجلة التونسية للقانون - 1993 - ص. 68.

(3) أحمد أبو الوفاء : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف - ص. 255.

أثارا هامة في جانب المحكوم ضده ويمكنه الطعن في ذلك القرار بالاستئناف بمجرد صدوره باعتباره ينفذ حالا على المسودة وبدون الإعلام به. ويرفع الاستئناف إلى محكمة الاستئناف المختصة إذا كان القرار صادرا عن رئيس المحكمة الابتدائية عملا بأحكام الفصل 201 من م.م.م.ت. أما إذا كان القرار صادرا عن قاضي الناحية أو عن رئيس دائرة الشغل فإن استئنافه يكون أمام المحكمة الابتدائية المختصة عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل المذكور سلفا والفصل 221 من مجلة الشغل بالنسبة لرئيس دائرة الشغل.

وعلى كل إذا ما تم رفض إيقاف التنفيذ ونفذ الحكم إلا أنه قد تم نقض الحكم سند التنفيذ فيجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ وإرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التنفيذ. لكن هل أن الترجيع تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ؟

لقد اختلفت الآراء وتباينت الأحكام بخصوص هذا المسألة التي تنظمها أحكام الفصل 150 من م.م.م.ت. الذي اقتضى أنه "إذا وقع نقض أو تعديل حكم مشمول بالنفاذ العاجل أو كان الحكم المنقوض أو المعدل صادرا باستجابة طلب استعجالي وجب أن ينص حكم النقض أو التعديل على ترجيع ما تم دفعه أو سلمه المستأنف بموجب تنفيذ الحكم المنقوض أو المعدل أو إعادة الحالة لسلف وضعها كل ذلك في حدود ما وقع نقضه أو تعديله. وعلى المحكمة تدارك ما وقع من سهو عن الترجيع أو الإعادة من تلقاء نفسها".

ومن ثم فإن محكمة الاستئناف عندما تقضي بنقض الحكم المستأنف يجب عليها التنصيص على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ الحكم الاستعجالي ودونما أن يطلب ذلك المستأنف، وعلى كل إذا لم يقع التنصيص على ذلك فالمستشكل ليس في حاجة إلى استصدار حكم جديد بإلغاء ما تم من إجراءات تنفيذ وما ترتب عنها إنما عليه أن يقدم مطلب تدارك إلى الدائرة التي أصدرت الحكم وعليها إصدار قرار بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بحجرة الشورى دون إعادة استدعاء الأطراف ولا سماع مرافعة لأن الإرجاع هو النتيجة الحتمية لنقض الحكم المطعون فيه.

إلا أنه في بعض الأحيان قد يتعذر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ وذلك إذا تعلق حق الغير حسن النية بالمال المراد إرجاعه، ومن ذلك أن يقع تسوية المحل موضوع النزاع إلى مشروع جديد. لقد أجابت محكمة التعقيب عن هذه الحالة وأكدت في إحدى قراراتها أن "الرجوع إلى

المحل لا يمكن طلبه إلا إذا كان ممكنا، أما إذا وقع كراء المحل للغير حسن النية فلا يسع المكثري الأول إلا طلب الفسخ من أجل عدم الوفاء بالالتزامات وله حينئذ طلب التعويض العادل".⁽¹⁾

المبحث الثاني - توقيف التنفيذ أمام محكمة الطعن :

إن توقيف التنفيذ أمام محكمة الطعن يختلف عن توقيف التنفيذ أمام قاضي الصعوبات التنفيذية من حيث الشروط الواجبة التوفر وهي أن لا يكتمل التنفيذ وأن يكون الحكم المراد تنفيذه قد تم الطعن فيه وأن يقدم طلب في وقف التنفيذ وأن التنفيذ قد يحصل عنه ضرر يستحيل تداركه وأنه من المرجح أن ينقض الحكم المطعون فيه. كما يجدر التطرق إلى مآل توقيف التنفيذ وتحديد طبيعة ذلك الحكم والضمانات التي يوفرها القانون للمحكوم عليه بتوقيف التنفيذ باعتباره دائنا ومحكوم له ابتدائيا، ومن الضروري أيضا التعرض إلى آثار الحكم وطرق الطعن فيه. وبالتالي من الضروري التعرض إلى شروط توقيف التنفيذ أمام محاكم الطعن في فقرة أولى وآثار الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى - شروط توقيف التنفيذ أمام محكمة الطعن :

إن طلب وقف التنفيذ ككل الدعاوى القضائية لا بد أن تتوفر فيه الشروط المفروضة بالفصل 19 من م.م.م.ت. أي الصفة والأهلية والمصلحة. وعلاوة على ذلك لا بد من توفر شروط خاصة في المطلب وكذلك توفر شروط أخرى للحكم بوقف التنفيذ.

1 - شروط قبول المطلب :

إن الشرط الأول الواجب التوفر هو عدم الشروع في التنفيذ لأنه في الحقيقة أن الشرط التنفيذي هو المستهدف لوجود عيب فيه، بالإضافة إلى أن المشرع قد حدد أجلا للطعن في التنفيذ من تاريخ الإعلام به، وعلى ذلك إذا ترقب المحكوم عليه البدء في التنفيذ سوف يفوت على ذلك أجل الطعن ويكون مجبرا على الإذعان بالإضافة إلى أن طلب توقيف التنفيذ هو عمل تبعي لا يمثل الأصلي المراد من وراء إلغاء الحكم المطعون فيه الذي على أساسه سيتم التنفيذ.

(1) القرار عدد 853 الصادر في 27 جويلية 1972 - مجلة القضاء والتشريع 1973 - ص. 182.

كما أن المطلب يكون مقبولا ولئن تم الشروع في التنفيذ إلا أنه لا يجب أن تكون أعمال التنفيذ قد اكتملت باعتبار أن اكتمالها يجعل المطلب غير ذي موضوع وتكون المحكمة مجبرة على الحكم بعدم قبول المطلب ويبقى النظر أمام محكمة الطعن مسلطا على الدعوى الأصلية الهادفة إلى إلغاء السند المطعون فيه وإن تم ذلك فترجع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ من تلقاء نفسها وبدون طلب عملا بأحكام الفصل 150 من م.م.ت.

أما الشرط الثاني فهو وجوب الطعن في الحكم المراد تنفيذه، وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز طلب توقيف تنفيذ حكم لم يتم الطعن فيه. ولكن ما هي طرق الطعن التي تفرع عنها طلبات إيقاف التنفيذ؟ وهل يكفي مجرد الطعن أم لابد أن يكون الطعن سليماً من العيوب المبطلّة؟

إن الطعن العادي هو الاستئناف، وبالتالي أنه من الجائز الطعن في الحكم أمام محكمة الاستئناف أو أمام المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئناف وطلب توقيف الحكم أمام تلك المحكمة، وبالتالي فإن حالات توقيف التنفيذ أمام محكمة الاستئناف هي أن يكون الحكم صادراً في المادة الاستعجالية أو كان صادراً بالتنفيذ الوقتي عملاً بأحكام الفصول 125 و 126 من مجلة المرافعات أو كان متعلقاً ببطلان قرار تحكيمي على معنى الفصل 43 من مجلة التحكيم، وباستثناء هذه الحالات فإن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف لا يكون مختصاً بالنظر في مطالب توقيف تنفيذ أخرى.

أما بالنسبة لطرق الطعن غير العادية وهي غير موقفة للتنفيذ على خلاف الاستئناف، وبذلك أن طلب توقيف التنفيذ يكون ألياً كلما تم الطعن في الحكم بطريق من طرق الطعن غير العادية. ولقد خول ذلك الفصل 172 من مجلة المرافعات المدنية الذي نص على أن الاعتراض لا يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا أن رئيس المحكمة أو الحاكم الراجع له للنظر يمكن له تعطيل تنفيذ الحكم المطعون فيه بقرار مبني على مطلب كتابي مستقل عن مطلب الاعتراض" وكذلك الأمر بالنسبة للطعن بالتعقيب عملاً بأحكام الفصل 194 من م.م.ت. الذي نص على أنه "وبصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه الطاعن ذلك أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه...".

على أن المشرع ولئن تعرض للاعتراض فإنه لم يتعرض لالتماس إعادة النظر ضرورة أن

الفصل 162 من م.م.ت. اقتضى أن "رفع الالتماس لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه" وبالتالي وحسب الفصل المذكور لا يترتب عن طلب الالتماس توقيف تنفيذ الحكم فهل بإمكان المحكمة المرفوع أمامها الالتماس أن توقف تنفيذ الحكم المطعون فيه أمامها رغم غياب نص تشريعي يسمح بهذا الحل؟ لقد اختلفت الآراء وذهب البعض إلى إمكانية قبول طلب توقيف تنفيذ الحكم الملتزم إعادة النظر فيه وذلك لأن المشرع لم يمنع ذلك وعملاً بالمبادئ العامة للقانون ما لم يمنعه القانون فهو مسموح به وبالإضافة إلى ذلك فإن الفصل 44 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 والمتعلق بالمحكمة الإدارية اقتضى أنه يمكن توقيف التنفيذ إذا قدم طلب في ذلك إلى المحكمة الإدارية كلما وقع الطعن بالتمسك بإعادة النظر. في حين يرى أصحاب الرأي المعارض أن توقيف التنفيذ استثناء ولا يمكن تميمه على بقية الحالات، والرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب ضرورة أنه لو كان في نية المشرع قبول توقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالتمسك بإعادة النظر لنص على ذلك صراحة ولما سكت فإنه لا يجيز هذه الإمكانية.

أما بخصوص التساؤل الثاني الذي كنا طرحناه سابقاً والمتمثل في كون الطعن مطبقاً للقانون أو لم يقع الرجوع فيه. من المعلوم أن الرجوع في الطعن يوجب رفض طلب إيقاف التنفيذ لأن الفرع يتبع الأصل لكن هل أن رفض الطعن يوجب رفض المطلب الفرعي؟.

إن البت في الطلب الفرعي يكون قبل البت في الطلب الأصلي الأمر الذي قد يؤدي إلى تضارب الأحكام ولتجنب هذه الوضعية يمكن لرئيس محكمة الاستئناف الذي خصه المشرع بالنظر في وقف تنفيذ الأحكام عملاً بأحكام الفصل 209 من م.م.ت. أن يعين الملف الأصلي في دائرته حتى لا تتناقض الأحكام وهو ما دأب على القيام به رئيس محكمة الاستئناف السابق المرحوم عبد الوهاب بن عامر فكان يعين الملفات الأصلية بدائرتها عندما يكون قد قدم في نفس الوقت مطلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه.

2 - وجوب تقديم طلب إيقاف التنفيذ :

أن المحكمة لا تقضى بما لا يطلبه الخصوم ومن ثم فإن الطعن في الحكم لا ينجر عنه وقف التنفيذ بموجب القانون ولا بد من تقديم طلب في توقيف التنفيذ، وبالتالي وجب التعرض للقواعد التي تحكم تقديم الطلب وإجراءاته.

فأما بخصوص القواعد المنظمة والتي ينهض عليها طلب توقيف التنفيذ فإن هذا الأخير يكون مقترنا بالطعن الأصلي وبالتالي سابقا له وهو ما يستتج من بعض الفصول الواردة بمجلة المرافعات المدنية ومن ذلك الفصل 126 الذي نص على "أنه يمكن وبصفة استثنائية لرئيس المحكمة المرفوعة لديها الاستئناف أن يأذن بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه..." وكذلك الفصل 194 من نفس المجلة الذي اقتضى أنه "وبصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه ذلك أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه..."

أما بخصوص إجراءات تقديم مطلب توقيف التنفيذ فإن المشرع لم ينظمها، وبالتالي نكون مجبرين على اعتماد القواعد العامة للطعن في الأحكام التي توجب إيداع صحيفة الطعن بكتاتبة المحكمة بعد تحريرها من طرف المحامي، كما أنه بالإمكان تقديم طلب توقيف التنفيذ أثناء سير الخصومة في شكل مطلب كتابي دون أن يودع بكتاتبة المحكمة إذا تم إطلاع الخصم عليه قبل تقديمه وذلك بإمضائه أو تبليغه بواسطة عدل منفذ حسب طرق التبليغ القانوني، غير أنه لا يتم البت في المطلب إلا بعد إعلام الخصوم بذلك وحضورهم لدى الحاكم المختص وبعد بيان دواعي الحكم بوقف التنفيذ. غير أن تقديم المطلب إلى المحكمة بتركيبتها الثلاثية لا يعنى أنها هي المختصة بل أن المشرع قد جعل النظر في مطالب إيقاف التنفيذ من اختصاص حاكم فردي الذي يمكن أن يكون حسب الحالات أما رئيس محكمة الحكم المعترض عليه أو رئيس محكمة الاستئناف أو رئيس محكمة التعقيب.

إن رئيس محكمة الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية مختصان بالنظر في طلبات توقيف التنفيذ باعتبارهما من محاكم الطعن بالنظر إلى الطعن بالاعتراض في الحكم الصادر منهما وكذلك رئيس محكمة الاستئناف يكون مختصا إذا وقع الطعن بالاعتراض في حكم صادر عن محكمة الاستئناف.

أما الأحكام الاستعجالية ضرورة أن الاستئناف لا يوقف تنفيذها وكذلك الأحكام المشمولة بالتنفيذ الوقي فمن اختصاص رئيس محكمة الاستئناف توقيف تنفيذها أن طلب منه ذلك. كما يختص في إيقاف تنفيذ الأحكام الابتدائية الموصوفة غلطا بكونها نهائية عملا بأحكام الفصل 146 من مجلة المرافعات الذي نص على "غير أنه يجوز لرئيس المحكمة ذات النظر أن يأذن بتوقيف

تنفيذ الأحكام الموصوفة غلطا بكونها نهائية..."

وعلى الرغم من أن النص لم يسند هذا الاختصاص لرئيس محكمة الاستئناف فإن الفقهاء مجمعون على اعتبار أن محكمة الاستئناف هي المختصة في هذه الصورة ويسمى هذا الاستئناف بالاستئناف الوصفي⁽¹⁾ ورئيس محكمة الاستئناف بتونس يختص كذلك بوقف تنفيذ القرارات المطعون فيها والصادرة عن هيئة السوق المالية وذلك عملا بأحكام الفصل 54 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية والذي نص على أنه "تختص محكمة الاستئناف بتونس بالنظر في الطعن في قرارات هيئة السوق المالية والطعن لا يوقف التنفيذ إلا أنه يمكن لرئيس محكمة الاستئناف بتونس أن يأذن بتأجيل تنفيذ القرار المطعون فيه إذا كان من شأنه أن يحدث آثارا يستحيل تداركها".

أما رئيس محكمة التعقيب فختص بالنظر في مطالب توقيف تنفيذ جميع الأحكام النهائية عملا بأحكام الفصل 194 من م.م.م.ت. الذي اقتضى أنه "بصورة استثنائية يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب إذا طلب منه الطاعن ذلك أن يأذن بتوقيف الحكم المطعون فيه مدة شهر إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجرائه..." مع العلم أن بعض الأحكام يوقف التعقيب تنفيذا وبالتالي لا حاجة لطلب وقف تنفيذها ضرورة أن التوقيف يكون بموجب القانون، وهذا الأحكام هي الصادرة بإعدام ورقة مرمية بالزور أو حكم الطلاق أو بإبطال عقد زواج أو الأحكام الصادرة ضد الدولة بأداء مال أو برفع عقلة أجزتها الدولة لاستخلاص أموالها.

الفقرة الثانية - شروط الحكم بوقف التنفيذ :

إن الحكم بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه يفترض توفر جملة من الشروط أهمها احتمال حصول ضرر يستحيل بعد التنفيذ تداركه وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ أو خرق أحكام التنفيذ المؤقت أي أنه قد تم خرق أحكام الفصلين 125 و 126 من م.م.م.ت. أو أحكام القضاء الاستعجالي أي عنصري التأكد وعدم المساس بالأصل. وعلى كل أن هذه الشروط تنقسم إلى شروط عامة وشروط خاصة تتعلق بحالات معينة وتعين تبعا لذلك التطرق إلى الأحكام العامة

(1) أحمد علي حاد : "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف - ص. 102.

الحكم بوقف التنفيذ في نقطة أولى والأحكام الخاصة في نقطة ثانية.

1 - الأحكام العامة لتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه :

إن الشرطين الأساسيين لتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه هو إمكانية حصول ضرر يستحيل تلافيه لو استحالة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ مع إمكانية إلغاء الحكم المطعون فيه. فاما بخصوص الشرط الأول فإنه لا بد من التيقن أن تنفيذ الحكم المطعون فيه سيحدث ضررا جسيما الذي يختلف عن الضرر العادي الناتج عن كل عملية تنفيذ ضد أموال الغير، والضرر الجسيم هو ذلك الضرر الفاحش الذي يؤثر أثرا بليغا على الحالة المالية والأدبية للمحكوم عليه وهو ما أكدته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الإيطالية⁽¹⁾ وبالإضافة إلى جسامته الضرر له من الضروري أن يتعذر رفعه عملا بأحكام الفصل 194 من مجلة المرافعات المدنية الذي قضى أن "الرئيس الأول لمحكمة التعقيب يوقف تنفيذ الحكم إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة التي كانت عليه قبل إجرائه..." أن هذا النص ولئن ورد في باب محكمة التعقيب فإنه من الممكن القياس عليه بالنسبة للاستئناف والاعتراض خاصة وأن جل التشاريح الأجنبية نصت صراحة على ذلك باعتبار أنه لا يمكن القياس في مادة الإجراءات، لكن وطالما ترك المشرع سلطة تقديرية للمحكمة لوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه فإنه ملزمة بالارتكان إلى معايير موضوعية احتراماً لمبدأ المساواة بين المتقاضين.

وأما الشرط الثاني الواجب التوفر لامكانية توقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه هو خرقه للقانون واحتمال إلغائه وهو ما يبرر مصلحة القيام بضرورة أن الطاعن عند طعنه في الحكم إنما يرمى من وراء ذلك الحيلولة دون التنفيذ وذلك بالحكم له بإلغاء الحكم المطعون فيه.

2 - الأحكام الخاصة للحكم بتوقيف التنفيذ :

إن الأحكام الخاصة المنطبقة على وقف تنفيذ الأحكام والمتضمنة لشروط تتعلق بحالات خاصة هي حالة التنفيذ الوتقي المنصوص عليه بالفصلين 125 و 126 من مجلة المرافعات المدنية

والأحكام الاستعجالية الخاضعة للفصلين 201 و 209 من نفس المجلة.

فاما فيما يتعلق بالتنفيذ الوتقي الذي يجب أن تحكم به المحكمة إذا ما توفرت عدة شروط ذكرت على وجه الحصر بالفصل 125 ويمكنها أن تحكم به في الحالات المذكورة بالفصل 126 من المجلة المذكورة سلفا وبالتالي إذا ما تمت مخالفة الفصلين ولم تتوفر شروط الحكم بالإنفاذ المعجل ورغم ذلك قضت المحكمة بذلك فإنه بإمكان المحكوم عليه الطعن في الحكم وطلب توقيف التنفيذ.

أما ما يتعلق بالقضاء الاستعجالي الذي ينهض أساسا وبالضرورة على التأكد وعدم المساس بالأصل عملا بأحكام الفصل 201 من م.م.م.ت. وبالتالي أن القاضي الاستعجالي ملزم من التأكد من توفر هذين الشرطين، وفي صورة مخالفته لهذه القاعدة الأصولية يكون حكمه عرضة للنقض وضمينيا لوقف التنفيذ أن طلب الطاعن ذلك وأن دور محكمة الاستئناف هو مراقبة تطبيق قاضي العجلة للقانون تطبيقا سليما باعتبار أن التقدير يتسلط على مدى احترام شرطي التأكد وعدم مساس بالأصل من طرف محكمة الحكم المطعون فيه. وأن قوار رئيس محكمة الاستئناف لا يقبل الطعن بالتعقيب عملا بأحكام الفصل 126 من م.م.م.ت. وبالتالي أن القول بأن الحكم الاستعجالي المطعون فيه بالتعقيب يمكن طلب توقيف تنفيذه بعد أن رفض هذا الطلب أمام رئيس محكمة الاستئناف⁽²⁾ هو موقف مناقض لأحكام الفصل 126 من م.م.م.ت. ضرورة أنه لا يمكن تعقيب قرار وقف التنفيذ الصادر عن رئيس محكمة الاستئناف سواء بصورة فعلية أو ضمنية، ومن ثم أن الطعن بالتعقيب في الحكم الاستعجالي وطلب التوقيف يعتبر تعقيبا ضمينيا لقرار الرفض ويستوجب الرفض لأنه تحايل على القانون.

الفقرة الثالثة - آثار الحكم في طلب توقيف التنفيذ :

إن طلب توقيف التنفيذ ينتج عنه حكم سواء كان إيجابيا بوقف التنفيذ أو سلبيا برفض الطلب، وهذان الموقفان تنجر عنهما آثار قانونية ويترتب عن كليهما مشاكل قانونية صعبة ومتشابهة وتعين التعرض لحالة قبول الطلب وحالة رفضه ثم لآثار الحكم الصادر.

(1) فتحي والي : "التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية 1990 - ص.49.

(2) رضا الوسلاتي : "توقيف تنفيذ الأحكام المدنية"، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء - 1995.

قبول طلب توقيف التنفيذ ورفضه :

إذا توفرت الشروط لوقف التنفيذ فإنه من الضروري الحكم بالوقف، لكن ما هو مجال حكم أطول الأعمال السابقة لتقديم المطلب ؟

إن التنفيذ الواقع قبل تقديم المطلب لن يكون للحكم عليها أي أثر. أما التنفيذ اللاحق على المطلب فإن المشرع لم ينتهج موقفاً في شأنه وبالتالي فإن وقف التنفيذ لا ينصرف إلا بل ولا يمكن أن يكون له أثر رجعي، غير أن هناك اتجاهات ذهبت إلى القول أنه لا الاعتداد بأعمال التنفيذ اللاحقة لتقديم المطلب⁽¹⁾ ويكون للحكم أثر رجعي وأن الحل لهذه ل يكمن في تدخل المشرع وإقرار أن تقديم مطلب توقيف التنفيذ له أثر موقف بقوة ، لمجرد إيداء الطلب إلى أن يقع البت فيه، وهو ما انتهجه المشرع المصري بالمادة 209 من قانون المرافعات وهو حل توفيقي بين مصالح الخصوم ويحقق موازنة في الحماية : المنشودة.

ما إذا لم تتوفر شروط وقف التنفيذ فإنه يقضي برفض المطلب إلا أن هذا الحكم سيمكن م له بمواصلة التنفيذ وهو ما يخلق عدم توازن بين طرفي النزاع ولذلك أقر المشرع الضمانات في الحكم برفض طلب توقيف التنفيذ ودعم قفه القضاء ذلك.

هذه الضمانات هي ضرورة البت في دعوى الطعن الموضوعية في غضون شهر من تاريخ البت في طلب وقف التنفيذ وهو ما اقتضته الفصول 126 و 194 و 209 من المرافعات. كما أنه بإمكان القاضي الذي يقضي بتوقيف التنفيذ أن يوجب تقديم كفالة أو أو يأمر بما يراه كفيلاً بصيانة حق المحكوم عليه في طلب توقيف التنفيذ. وقد تكون كفالة شخصية أو عينية أو بإيداع مبلغ المال بصندوق الأمانات والودائع.

تنفيذ الحكم الصادر في طلب توقيف التنفيذ :

إن الأحكام الصادرة عن محكمة الطعن تكتسي صبغة خاصة في تنفيذها باعتبار

حصوله على قوة النفاذ بقوة القانون ولا ضرورة للحصول على نسخة تنفيذية منه و به حتى ينفذ إلا أنه يجب التفريق بين الحكم القاضي بوقف التنفيذ والقاضي برفض فالحكم القاضي بوقف التنفيذ يعتبر إلزاماً موجهاً إلى القائم بالتتبع والامتناع طيلة المدة المقررة من القاضي ويمكنه متابعة التنفيذ بعد انقضاء تلك المدة دون تر في النزاع، ويعتبر هذا الموقف خلافاً في قانون المرافعات ويمكن تجاوزه بتدخل وتعديل هذه الأحكام بأن يتم توقيف التنفيذ إلى البت في أصل النزاع.

أما الحكم القاضي برفض المطلب فهو حكم سلبي ويقر بأن الطالب ليس له اد طلب توقيف التنفيذ، وضمناً هو في مصلحة المحكوم له الذي سيواصل التنفيذ. الصادرة في مطالب وقف التنفيذ غير قابلة للطعن بصريح الفصول المتعلقة بها، فالخاص بتوقيف تنفيذ الأحكام المعترض عليها اقتضى أن "القرار القاضي بتعطيل يقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب" وكذلك الفصل 209 المتعلق بتوقيف القرارات الاستعجالية نص على أن "القرارات الصادرة بالإذن بإيقاف التنفيذ غير وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب" ويبدو أن هذا الموقف يتنافى مع الأحكام للإجراءات ضرورة أن العمل الإنساني عرضة للخطأ والأفضل أن يبقى باب الطعن حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة أعمال المحاكم الأقل "درجة ولقد نحى المشرع هذا المنحي وأقر إمكانية الطعن في القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بإيقاً أمام محكمة النقض بموجب المادة 212 من قانون المرافعات المصري.