شرح
المجلّة التونسيّة
للقانون الدولي الخاص

شرح فقهي تأصيلي لسائر أحكام المجلّة
معزّز بنصوص التشريع المقارن والأعمال التحضيرية

بقلم القاضي

مبروك بنموسى

الرئيس الأوّل لمحكمة التعقيب

تقديم
الأستاذ البشير التكاري
وزير العدل وحقوق الإنسان

نوفمبر 2003

تمّ سحب 1000 نسخة من هذا الكتاب في طبعة أولى: نوفمبر 2003
على مطابع: **المغاربية للطباعة والنشر والإشهار**
الشرقية II تونس ☎: 71718271

الإعداد للطباعة وتصميم الغلاف
بـ"دار الميزان للنّشر" بحمّام سوسة ☎: 98401829

© جميع الحقوق محفوظة للمؤلّف

شكر

يطيب لي أن أتوجه بالشكر الجزيل:

- للأستاذ البشير التكاري وزير العدل وحقوق الإنسان على تفضله بتقديم هذا الكتاب للقراء الكرام.

- ولمركز الدراسات القانونية والقضائية ولمديرته العامة على وجه الخصوص السيدة راضية بن صالح على ما وضعته على ذمتي من مصادر ومراجع ووثائق كانت لي خير عون على إنجاز هذا العمل المتواضع.

الوقت

الرمـوز

أ- العربية:

- م.ق.د.خ: مجلّة القانون الدولي الخاص
- م.إ.ع: مجلّة الإلتزامات والعقود
- م.أ.ش: مجلّة الأحوال الشخصية
- م.م.م.ت: مجلّة المرافعات المدنية والتجارية
- م.ح.ع: مجلّة الحقوق العينية
- ن: نشرية محكمة التعقيب
- ن.ق.م: نشرية محكمة التعقيب القسم المدني
- ق.ت: مجلّة القضاء والتشريع
- ج: جزء
- ط: الطبعة
- ص: صفحة

ب- الفرنسية:

- **D.I.P**: Droit International Privé
- **R.C.D.I.P**: Revue Critique de Droit International Privé
- **R.T.D**: Revue Tunisienne de Droit
- **C.E.D.H:** La Cour Européenne des droits de l'Homme
- **A.S.E**: Agence Spatiale Européenne
- **R. Trim.Droit.Europ**: Revue Trimestrielle des Droits Européens
- **P**: Page ou Pierre (Prénom)
- **T**: Tome
- **Ed**: édition
- **Art**: Article

ومبادئ القانون الدولي المقارن التي تعد نقطة إلتقاء بين مختلف القوانين. كما تعزّز هذا الشرح المتعدّد الأبعاد بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية الخاصّة بكل فصل ممّا أثرى هذا العمل الفقهي العميق وأعطاه نوعا من الخصوصيّة تسمح بالتنويه به وبالثناء على صاحبه لما بذله من جهد واضح في شرح أحكام المجلّة وجمع وتصنيف لمادّة القانون المقارن والأعمال التحضيرية على تشعبها، وما أظهره من خبرة وقدرة على حسن توظيفهما لخدمة أغراض الكتاب المتمثّلة في وضع أداة عمل ناجعة بين يدي القضاة والمحامين والطلبة والمطبقين ورجال القانون عامّة وفي إثراء المكتبة القانونيّة بمؤلّف فريد من نوعه يجد فيه المستعمل نص القاعدة القانونيّة وشرحها ونص ما يقابلها في العديد من التشاريع الأجنبيّة إلى جانب النظريات الفقهية التي توصلها وإجتهادات القضاء في كيفيّة تطبيقها وتدعم كلّ ذلك بخلاصة لما صاحب ميلاد القاعدة القانونية من الأعمال التحضيرية التي لا تخفى أهميّة دورها في الكشف عن إرادة المشرّع وفي فهم وإدراك روح النصّ ومضمونه.

ولا شكّ في أن هذا المؤلف يعدّ إضافة هامّة إلى عديد المبادرات الفقهيّة الأخرى في مجال القانون الدولي الخاص، وعسى أن يساهم الجميع بذلك فقهاء وقضاة ومحامون ومحكّمون في التعريف الموسّع بالقواعد القانونية، خاصّة المتشعبة منها إذ أنّ من دعائم دولة القانون نشر الثقافة القانونية لا بين المختصين فقط بل أيضا بين الكافة.

البشير التكاري

وزير العدل وحقوق الإنسان

تقديم

للأستاذ البشير التكاري

لقد عرف النظام القانوني التونسي منذ سنة 1987 حركة إصلاح وتجديد وتطوير واسعة بإعتبار القانون يمثل أهم أداة إصلاح في نظامنا السياسي الذي تأسّس على دولة القانون والمؤسسات. ويعد إصدار مجلّة القانون الدولي الخاص من أهم الإصلاحات التشريعية التي أدخلت على النصوص والقواعد القانونية المنظمة لعلاقاتنا الدولية الخاصّة التي كانت تشكو فراغا واضحا وتباينا صارخا بين واقع هذه العلاقات والنصوص التي تحكمها، ولا سيما المتعلّقة بالأحوال الشخصيّة والأسرة والأبناء.

ولعل أبرز ما يميزّ مجلّة القانون الدولي الخاص إنفتاحها على الحياة الدولية إذ تبنت أحدث النظريات الفقهية وشّرعت للعديد من العلاقات والوضعيات ذات العنصر الأجنبي بكثير من الجرءة أحيانا.

لكن هذا الإنفتاح، وإن تعدّدت مظاهره، فقد كان إنفتاحا متبّصرا إستبعد كلّ ما من شأنه أن يضر بالمصالح الحيوية للدولة أو بالإختيارات الأساسية للبلاد.

وقد وفق السيد مبروك بنموسى مؤلف هذا الكتاب في إبراز هذه المعادلة الصعبة القائمة على الإنفتاح على الحياة الدوليّة من ناحية، وحماية المصالح الوطنية ذات البعد الخارجي من ناحية أخرى، فقدّم هذه المعادلة في إطار شرح واضح ودقيق لمختلف أحكام المجلّة، مدعم بالنصوص التشريعية والفقه وفقه القضاء الوطني والمقارن التي إستروحت منها المجلّة أحكامها ليكون القارئ، والقاضي على وجه الخصوص، على بيّنة ممّا هو سائد في معظم البلدان التي تربطنا بها علاقات ومصالح وليتمكّن من توخي الحلول الأكثر تلاؤما مع قواعد

مقدمة

شهدت العشريتان الأخيرتان من القرن المنقضي (القرن 20) دفعا قويا لتطوير التشريع التونسي وتحديثه[1]، أملته حركة الإصلاح والتغيير السياسي التي عرفتها البلاد في السابع من نوفمبر 1987 وضرورة تحقيق الملاءمة بين

[1] - لقد صدرت في هذه الحقبة عدة قوانين جديدة نذكر منها: القانون عدد92 لسنة 1988 المؤرخ في 1988/08/02 المنقح بالقانون عدد113 لسنة 1992 المؤرخ في 1992/11/23 المتعلّق بشركات الإستثمار والقانون عدد20 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/12/27 المتعلّق بإصدار مجلّة تشجيع الإستثمارات والقانون عدد64 لسنة 1991 المؤرخ في 1991/07/29 المنقح والمتمم بالقانون عدد41 لسنة 1999 المؤرخ في 1999/05/10 المتعلّق بالمنافسة والأسعار والقانون عدد9 لسنة 1999 المؤرخ في 1999/02/13 المتعلّق بالحماية ضد الممارسات غير المشروعة عند التوريد. والقانون عدد42 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/04/26 المتعلّق بإصدار مجلّة التحكيم. والقانون عدد89 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/07/26 المتعلّق بالإيجار المالي. والقانون عدد34 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/04/17 المنقح بالقانون عدد63 لسنة 1999 المؤرخ في 1999/07/15 المتعلّق بإنقاذ المؤسّسات التي تمر بصعوبات إقتصادية. والقانون عدد4 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/02/02 المتعلّق بشركات إستخلاص الديون. والقانون عدد46 لسنة 1997 المؤرخ في 1997/07/14 المتعلّق بالإيواء السياحي بنظام إقتسام الوقت. والقانون عدد21 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/03/11 المتعلّق بالنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع. والقانون عدد65 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/07/20 المتعلّق بالشركات المهنية للمحامين. والقانون عدد52 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/05/11 المتعلّق بسند القرض والقانون عدد83 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/08/09 المتعلّق بالمبادلات والتجارة الألكترونية. والقانون عدد35 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/03/31 المتعلّق بإرساء السندات غير المادية هذا إلى جانب المراجعة الشاملة التي عرفها قانون الشركات والتي أسفرت عن إصدار "مجلّة للشركات التجارية" (القانون عدد93 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/11/03) تهدف إلى تطوير "التشريع الجاري به العمل بما يتماشى ومتطلبات تطوّر الحركة الإقتصادية وإيجاد نماذج من الشركات الجديدة مثل الشركة خفية الإسم المبسطة وشركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية وتجمع المصالح الإقتصادية وغيرها من الوسائل الجديدة التي تسهل إستجلاب رأس المال الخارجي وتمكن من إكتساب التكنولوجيا المتطورة.

التشريع[1] والتطور الإقتصادي والإجتماعي الذي عرفته البلاد[2].

ويندرج إصدار مجلّة القانون الدولي الخاص بموجب القانون عدد97 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/11/27 في هذا السياق إذ في الخامس

---

[1] – معظم القوانين التي كانت نافذة بتونس في بداية الخمس الأخير من القرن العشرين كانت إما قوانين صادرة في عهد الحماية الفرنسية وترجع إلى أوائل القرن العشرين مثل مجلّة الإلتزامات والعقود (صدرت في 1906/02/15) والمجلة الجنائية (صدرت في 1913/07/09) أو قوانين صادرة في بداية الإستقلال عن فرنسا الذي تم في 1956/03/20 مثل مجلّة الأحوال الشخصية (1956/08/13) والمجلة التجارية (1959/10/05) ومجلة المرافعات المدنية والتجارية (1959/10/05) ومجلة التجارة البحرية (1962/04/24) ومجلة الحقوق العينية (1965/02/12) ومجلة الإجراءات الجزائية (1968/07/24 ألغت قانون المرافعات الجنائية الصادر في 1921/12/30) وغيرها من النصوص القانونية الأخرى وقد بدت في أواخر القرن العشرين غير قادرة على الإستجابة للتطور الإجتماعي والإقتصادي الكبير الذي عرفته البلاد.

[2] – لقد كان عدد السكان في سنة 1966 لا يتجاوز (4534) ألف نسمة ومستوى الدخل الوطني للفرد لا يتجاوز 116،7د ونسبة الأمية (67،9%) فأصبح عدد السكان سنة 1999 يقدر بـ(9.686.400) نسمة ومستوى الدخل الوطني للفرد 2.501،8د وبلغت نسبة التمدرس في سن السادسة سنة 2000 نسبة 99% بالنسبة للفتيان والفتيات على حد سواء وإنخفضت نسبة الأمية إلى 27% (سنة 1999) وهناك برنامج لتعليم الكبار يهدف إلى خفض هذه النسبة إلى 20% خلال السنوات القليلة القادمة (بحلول سنة 2004) أما على المستوى الإقتصادي فقد تطوّر عدد المؤسّسات من حيث الشكل والعدد فبعد إن كان الإقتصاد في الخمسينيات يكاد يكون عائليا تعزّز دور إقتصاد السوق وصار يعتمد أكثر فأكثر على مؤسسات إقتصادية مهيكلة ومنظمة وبعد أن كان عدد الشركات في بداية الإستقلال لا يتجاوز بعض العشرات معظمها عائلية أو على ملك أجانب أصبح عدد الشركات المرسمة بالسجل التجاري حتى يوم 2000/06/30 حوالي 37500 شركة منها (3724) شركة خفية الإسم – أنظر التقرير السنوي الواحد والأربعين للبنك المركزي المتعلّق بسنة 1999جريدة La presse ليوم 2000/08/23 ووثيقة المخطط التاسع 1997-2001 المجلد الأول ص6.

من شهر أكتوبر 1996 أذن سيادة رئيس الجمهورية[1] بإصدار مجلّة للقانون الدولي الخاص تدعم إنفتاح المؤسّسات الإقتصادية التونسية على الإقتصاد العالمي وتلائم الأحكام التشريعية في هذا المجال مع قواعد ومبادئ القانون الدولي المقارن[2].

ويعد إصدار "مجلّة القانون الدولي الخاص" في هذا الظرف بالذات ضرورة لابد منها لإكتمال المنظومة التشريعية المتطورة التي تم ويتم حقن النظام القانوني التونسي بها بإعتبارها أداة قانونية لا غنى عنها لتأطير وتنظيم علاقاتنا الدولية الخاصة التي نمت وتطورت من الناحيتين الإقتصادية والإجتماعية بتنامي حركة دخول وخروج رؤوس الأموال عبر حدودنا الدولية (إستثمار خارجي – توريد، تصدير...) وبما أفرزته وتفرزه هذه الحركية من علاقات إجتماعية ذات صبغة دولية. تقتضي أن يكون بين يدي القاضي الأدوات القانونية الملائمة لحل إشكالاتها بما يضمن مصالح البلاد الدولية التي تختلف عن مصالحها الداخلية لأنّه ولئن كان لكل دولة الحق في أن تحدّد بحرية ما تعتبره نظاما دوليا[3] وما لا تعتبره كذلك فإنه لا يمكن لها أن تتجاهل الصبغة الدولية عند وضع القواعد المنظمة لهذا النوع من العلاقات القانونية وإلا بقي ما تقرره في شأنها من مبادئ وحلول مجرد حبر على ورق[4].

---

[1] – في إطار ممارسته لصلاحياته الدستورية إذ ينص الفصل 28 من الدستور "على أن مجلس النواب هو الذي يمارس السلطة التشريعية ولرئيس الجمهورية وللنواب على السواء حق عرض مشاريع القوانين ولمشاريع رئيس الجمهورية أولوية النظر إلى آخر الفصل...".

[2] – خطاب الرئيس زين العابدين بن علي بمناسبة الإحتفال السنوي باليوم الوطني للمؤسسة – أنظر الصحافة اليومية الصادرة بتونس يوم 1996/10/06 (جريدة الصباح، جريدة الشروق، الصحافة وغيرها).

[3] – الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص الجزء الأول قواعد التنازع – نشر ديوان المطبوعات الجامعية – المنشورات الجامعية والعلمية – الجزائر ص21.

– [4]H.Batiffol et Lagarde – Droit International Privé, 6éme Edition T1 L.G.D.J PARIS N°2 P3.

لكن إصدار مثل هذه المجلّة والعالم يعيش على وقع حدثين هامين: الأول إنهيار الإستقطاب الثنائي الذي حكم العلاقات الدولية لما يقارب ثلاثة أرباع القرن وما أفرزه هذا الإنهيار من هيمنة العوامل الإقتصادية والتجارية والمالية على العلاقات الدولية إذ أصبح العامل الإقتصادي هو المحدد الأول والخلفية الأساسية لما يشهده العالم من تحولات كالتفتح على الخارج وتعزيز دور إقتصاد السوق وهيمنة العنصر الإقتصادي على العلاقات الدولية والثاني التوجه نحو العولمة إذ أصبح العالم بفضل التطورات التكنولوجية الهائلة وخاصة في مجالي المبادلات والإتصال بمثابة قرية كونية[1] لا يكاد يرى فيه أثر للحدود والمسافات مهما تباعدت – إن صدور المجلّة في هذا الظرف العالمي ليدعو المشرّع للعلاقات الدولية الخاصة إلى البحث عن مبادئ وحلول جديدة ومتطورة تتجاوز المبادئ والحلول التقليدية المألوفة في القانون الدولي الخاص تأخذ بعين الإعتبار هذا الواقع الجديد وتأثيره على بناء العلاقات الدولية الخاصة وتضمن في نفس الوقت لمصالحنا ذات الأبعاد الخارجية الحماية الملائمة.

يبدو أن هذا الواقع بجميع أبعاده قد إنعكس على أحكام هذه المجلّة ولا سيما عند معالجتها المسائل ذات الطابع الإقتصادي إذ فسح المشرّع مجالا واسعا لإرادة أطراف العلاقة القانونية في إختيار القانون المنطبق عليها بكثير من الحرية ولا سيما في الإلتزامات الإرادية. وأقر جملة من المبادئ الحديثة والمتطورة التي بدأت تهيمن على القانون الدولي المقارن مثل:

– مبدأ العنصر المؤثر لتحديد الصبغة الدولية للعلاقة القانونية الدولية الخاصة (الفصل 2).

– ومبدأ التحديد الموضوعي لصنف الإسناد القانوني (الفصل 26).

---

[1] – أنظر وثيقة المخطط التاسع للتنمية 1997-2001 المجلد الأول ص4.

- ومبدأ إلزامية قاعدة الإسناد للقاضي (الفصل 28).

- ومبدأ مساواة القانون الأجنبي بالقانون الوطني وإخضاع تأويله لرقابة محكمة التعقيب (الفصل 34).

- ومبدأ إعتماد مصلحة الطفل الفضلى كمعيار وحيد لتحديد القانون المنطبق على إثبات نسبه (الفصل 52) أو إسناد حضانته (الفصل 50).

وإستبعدت بعض المبادئ والقواعد التي كان قد كرسها فقه القضاء الوطني رغم النقد الذي كانت تلقاه من الفقه مثل مبدأ إمتياز الجنسية وقاعدة الرد أو الإحالة، بل إستبعدت حتى بعض المبادئ التي كانت مكرسة بالتشريع مثل مبدأ المعاملة بالمثل كمعيار لتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية وقاعدة تطبيق قانون الزوج على حقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة وعلى نظام الأموال بين الأزواج والطلاق والتطليق والتفريق الجسدي وكذلك قاعدة تطبيق القانون الشخصي للأب على البنوة وتصحيح النسب والإقرار بالأبوة وإنكارها[1] وإستبدلتها بالقانون الشخصي المشترك أو المقر المشترك للزوجين، والقانون الأفضل للطفل مثلما أشرنا إلى ذلك مراعاة للتطور الإجتماعي الذي عرفته البلاد خلال العقود الأخيرة من القرن العشرين.

وقد راعينا من جهتنا - عند تأليف هذا الكتاب - الطابع الخاص الذي ميز هذه المجلّة فتوخينا في شرحها منهجية تقوم على شرح المجلّة فصلا فصلا ومن ثلاثة أبعاد مختلفة:

- الأوّل شرح للنص في شكله النهائي النافذ بإعتباره كائنا مستقلا عن المصدر أو المصادر التي أخذ منها.

---

[1] - أنظر الأمر المؤرخ في 1956/7/12 المنقح بالأمر المؤرخ في 1957/6/24 المتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب وقد تم نسخه بالفصل الثالث من القانون عدد97 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/11/27 المتعلّق بإصدار مجلّة القانون الدولي الخاص.

- والثاني شرح للنص من خلال مصادره.
- والثالث شرح للنص من خلال نشأته وتطوره (الأعمال التحضيرية).

وقبل أن نوضح هذه المنهجية بأبعادها الثلاثة (II) نرى من المفيد أن نستعرض ولو بإيجاز كيف تم إعداد مشروع هذه المجلّة (I) بإعتبار أن طريقة إعدادها تمثل منهاجا عاما ومتميزا دأبت وزارة العدل منذ سنة 1987 على توخيه في إعداد سائر النصوص القانونية التي يوكل إليها إعدادها مما صيره أسلوب عمل يستحق الإهتمام في حد ذاته هذا من جهة ومن أخرى فإن شرح الظروف والمراحل التي مر بها المشروع قد يساعد القارئ على فهم أحكام المجلّة في مجملها بإعتبار أن ما يتخلل تلك المراحل من مناقشات وشروح وآراء يعد من الأعمال التحضيرية التي تساعد على معرفة إرادة المشرّع وقد عولنا على ما ضمناه بهذه المقدمة من الأعمال التحضيرية في شرح بعض المسائل العامة التي لم نتمكن من توضيحها بما فيه الكفاية عند شرح فصول المجلّة بسبب المنهجية التي توخيناها في شرحها (فصلا، فصلا).

I/- كيف تم إعداد مشروع المجلّة:

لقد تم إعداد مشروع مجلّة القانون الدولي الخاص على ثلاث مراحل: الأولى إستشرافية، والثانية تنفيذية والثالثة تقييمية.

- المرحلة الإستشرافية:

لقد بدأ الإعداد لمشروع مجلّة القانون الدولي الخاص فور إذن رئيس الجمهورية بإصدارها في 1996/10/05، وذلك بإحداث لجنة فنية[1] بمركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل إنصرفت جهودها أوّل الأمر

---

[1] - ضمت ثلاثة أساتذة جامعيين مختصين في مادة القانون الدولي الخاص هم السادة: محمد العربي هاشم وعلي المزغني وكلثوم مزيو وقاضا باحثا بمركز الدراسات القانونية والقضائية هو السيد عادل بن عبد الله تولى تقرير أعمال اللجنة والتنسيق.

إلى دراسة الفكرة وسبر أغوار الموضوع من خلال تقييم التشريع الجاري بـه العمل للوقوف على مدى إستجابته لمقتضيات التعامل وضبط نقـاط الضـعف ومواطن الفراغ فيه وإستشراف الحلول الملائمة من خلال الوقوف على أكبـر عدد ممكن من التجارب في التشاريع المقارنة بالدول المتقدمة للإسـتعانة بهـا على إختيار الحلول الأكثر ملاءمة لتحقيق مصالح البلاد ذات الأبعاد الخارجية ثم شرعت في التنفيذ.

- المرحلة التنفيذية:

شرعت اللجنة الفنية فـي تجسـيم الفكـرة مسـتعملة نتـائج الدراسـة الإستشرافية التي كانت أنجزتها فور تعهد وزارة العدل بصورة رسمية بإعـداد مشروع المجلّة في الخامس من أكتوبر 1996 وكثفت من أعمالها حتى أنّه لـم تمض أربعة أشهر من إنطلاق أشغالها بصورة رسمية (فـي أوائـل أكتـوبر 1996) حتى قدمت نتيجة أعمالها لوزارة العدل (في 27 جانفي 1997) تحمـل عنوان "مشروع قانون يتعلّق بالقانون الدولي الخاص" يتألف من ستة عنـاوين ويعد 82 فصلا.

- المرحلة التقييمية:

مناقشة المشروع على مستوى خبراء وزارة العدل

في 4 مارس 1997 إنعقدت جلسة خاصـة بـوزارة العـدل لمناقشـة المشروع فتمحور النقاش حول المبادئ والأهداف العامـة للمشـروع وتركـز بالخصوص حول أربعة مسائل رئيسية هي:

1) **التسمية**: فما الذي ينبغي أن يسمى "المشروع"؟ أيسمى "قانونا يتعلّق بالقانون الدولي الخاص" كما إقترحته لجنة الخبراء لعدم شموله لكافـة المـواد التي يتكون منها القانون الدولي الخاص إذ أن اللجنة لم تقحم مـادتين هـامتين

للقانون الدولي الخاص في هذا المشروع وهما الجنسية ومركز الأجانب لتعلقهما بهيبة الدولة من ناحية ولوجود مجلّة للجنسية وقوانين تنظم مركز الأجانب بتونس (ولا سيما دخولهم وإقامتهم وتشغيلهم وإمتلاكهم للعقارات وتصرفهم فيها...) وإنما إقتصرت على إختصاص المحاكم وتنازع القوانين؟.

أم يسمى مجلّة القانون الدولي الخاص بالرغم من أن مفهوم "مجلّة" يعني نوعا من العمل التشريعي تنسحب أحكامه على قطاع كامل من النشاط التشريعي وهو مفهوم يتميز بالثبات في الأحكام ولا تمكن تسمية مشروع يضم خمسين أو سبعين فصلا "بالمجلة".

2) **النظام العام Ordre public**: لقد تركز النقاش حول مفهوم النظام العام ونطاقه وآليات إستخدامه من قبل القاضي وشروط إستعماله ولا سيما كيفية حماية حقوق المرأة والطفل والأسرة وقيم المجتمع الأساسية إزاء ما إنطوى عليه المشروع من إنفتاح على الحياة الدولية.

3) **المعاملة بالمثل La réciprocité**: إن إدراج المعاملة بالمثل ضمن أحكام الدستور (الفصل 32) قد أعاد طرح هذه المسألة من قبل عدد كبير من القضاة ولا سيما فيما يتعلّق بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية والولائية الأجنبية.

4) **الإحالة Le renvoi**: لقد إنقسمت آراء الحاضرين بين مؤيد لإقرار الإحالة بمختلف درجاتها بناء على أنّه لا يمكن تطبيق قانون دولة ما على علاقة دولية خاصة إذا كان هذا القانون يرفض تطبيقه عليها وبين معارض لها لما تتسبب فيه غالبا من إطالة لفترة النزاع وما قد تؤدي إليه من تطبيق لقانون أجنبي تتعارض أحكامه مع الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي في بعض الحالات.

وفي ختام هذه الجلسة أعلن عن تشكيل لجنة (سنسميها اللجنة الثانية) من الأساتذة الجامعيين (أعضاء اللجنة الأولى[1]) والقضاة[2] عهد إليها بدراسة كلّ المسائل التي أثيرت ومراجعة كامل المشروع فصلا فصلا والتقدم بمقترحات وحلول عملية فباشرت عملها على الفور وعقدت عدة جلسات تناولت فيها بالبحث والنقاش سائر فصول المشروع الأولي الذي أعدته اللجنة الأولى (وسنسميه المشروع الأوّل) ودونت مقترحاتها في شكل مشروع ثان للمجلة تضمن ملاحظات اللجنة حول ما تم إقراره أو تعديله أو إلغاؤه أو إكماله من فصول المشروع الأوّل وسنبين ذلك بالجزء المخصص لذلك من هذا الكتاب[3].

وفي 1997/04/04 تكونت لجنة[4] بوزارة العدل (سنسميها في ما بعد اللجنة الثالثة) تولت دراسة المشروع فصلا فصلا وحسمت كلّ المسائل التي بقيت معلقة أو كانت موضوع خلاف على نحو ما سنوضحه في موضعه من هذا الكتاب.

وبعد أن أصبح مشروع المجلّة جاهزا مع مذكرة في شرح أسبابه أحيل على بعض الوزارات والمؤسسات المعنية لإبداء مالها من ملاحظات ثم على مجلس الوزراء فالمجلس الدستوري ثم على مجلس النواب للمناقشة والتصديق. وسنوضح في الجزء المخصص للأعمال التحضيرية من هذا الكتاب سائر الأسئلة والإستيضاحات التي تقدم بها النواب وموقف الحكومة منها.

---

[1] – سبق ذكرهم.

[2] – وهم السادة: محمد اللجمي وكيل الدولة العام مدير المصالح العدلية والطيب اللومي الرئيس الأوّل لمحكمة الإستئناف بتونس ومبروك بنموسى رئيس المحكمة العقارية وعامر برورو رئيس خلية بمركز الدراسات القانونية والقضائية وصلاح الدين الضمبري والحبيب الشريف ونجاة بن صالح وهؤلاء الثلاثة الأخيرون قضاة مكلفون بمأمورية بديوان وزير العدل.

[3] – أنظر إثر كلّ فصل الجزء المخصص للأعمال التحضيرية: أ– في نطاق اللجان الفنية.

[4] – ضمت إلى جانب أعضاء اللجنة الثانية السادة عبد الله القلال وزير العدل وصالح بوراس الرئيس الأوّل لمحكمة التعقيب والطاهر المنتصر الوكيل العام لدى محكمة الإستئناف بتونس وجويدة قبقة المدير العام لمركز الدراسات القانونية والقضائية.

ويمكن تقديم مجلّة القانون الدولي الخاص على ضوء ما جاء بمذكرة شرح الأسباب بأنها مجلّة أتت لسد النقائص والثغرات التي صارت واضحة في هذه الفترة وفي أمس الحاجة للمراجعة بسبب ما تشكوه من نقص وقصور عن مواكبة التطور الذي عرفه النظام القانوني التونسي والتشريع المقارن ولا سيما بالبلدان التي ترتبط معها تونس بعلاقات تجارية هامة[1].

وتهدف المجلّة بصورة عامة إلى وضع قواعد تنظيمية لمسائل قانونية لم يقع تقنينها سابقا كتنازع القوانين وتطوير النصوص المتعلقة بالحقوق والأموال والالتزامات بما يتماشى ومتطلبات نمو البلاد وإلتزاماتها إزاء المنظمات الدولية والبلدان الأجنبية[2].

وتتناول المجلّة المسائل القانونية التالية:

1- الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية:

لقد إعتمدت المجلّة لتحديد إختصاص المحاكم التونسية عنصرين أثنين: إرتباط العلاقة أو المال بالنظام القانوني التونسي من جهة وعنصر السيادة من جهة أخرى[3].

2- الإعتراف بالأحكام والقرارات القضائية الأجنبية وتنفيذها:

لقد تمت مراجعة الفصل 316/317/318/319/320/321 من مجلّة

---

[1] - مذكرة شرح الأسباب ص1.

[2] - مذكرة شرح الأسباب ص1.

[3] - مذكرة شرح الأسباب ص2 ويتضح عنصر السيادة كمعيار محدد لإختصاص المحاكم التونسية فيما تضمنته أحكام الفصل 8 من المجلّة من إسناد الإختصاص للمحاكم التونسية دون سواها بالنظر في المسائل المتعلقة بالجنسية التونسية أو بعقار كائن بتونس أوبإجراء تحفظي أو تنفيذي بتونس ويستهدف مالا موجودا بها.

المرافعات المدنية والتجارية في إتجاه تبسيط الإجراءات من جهة والمحافظة على إجراء رقابة جدية على مدى إحترام الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية المطلوب الإذن بتنفيذها للمبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص[1].

3- الحصانة:

بالرغم من مصادقة تونس على إتفاقية فيانا للعلاقات الدبلوماسية[2] (المبرمة في 1961/04/18) بموجب القانون عدد29 لسنة 1967 المؤرخ في 1967/11/21 وعلى إتفاقية فيانا للعلاقات القنصلية[3] (المبرمة في 1963/04/24) بموجب القانون عدد40 لسنة 1967 المؤرخ في 1967/11/21 وإتفاقية نيويورك للبعثات الخاصة[4] (المبرمة بنيويورك في 1969/12/08) بموجب القانون عدد35 لسنة 1971 المؤرخ في 1971/07/28 وإتفاقية المقر[5] بين تونس وجامعة الدول العربية (المبرمة بتونس في 1980/06/18) بموجب القانون عدد29 لسنة 1981 المؤرخ في

---

[1] - مذكرة شرح الأسباب ص2.

[2] - أنظر نص الإتفاقية منشورا بالمجموعة العامة للقوانين التونسية وزارة العدل 1967-1971 ص523 وبالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد11 الصادر في 1970/02/27بموجب الأمر عدد69 لسنة 1970 المؤرخ في 1970/02/25.

[3] - نشرت بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد20 الصادر في 1970/04/17 بموجب الأمر عدد131 لسنة 1970 المؤرخ في 1970/04/14 وبالمجموعة العامة للقوانين التونسية وزارة العدل 1967-1971 ص554.

[4] - نشرت بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد44 الصادر في 1972/10/31 بموجب الأمر عدد340 لسنة 1972 المؤرخ في 1972/10/26 وبالمجموعة العامة للقوانين التونسية وزارة العدل 1967-1971 ص925.

[5] - غير منشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وقد لا تنشر إطلاقا بعد أن إنتقلت الجامعة من تونس إلى مصر ولم تعد تونس مقرا أصليا لجامعة الدول العربية وإنما هي مقر فرعي للجامعة.

1981/04/15 وغيرها[1] المتضمّنة للحصانات الدبلوماسية والقنصلية وحصانة البعثات الخاصة، فلم يسبق للمشرع التونسي أن نظم حصانة المحاكمة أو حصانة التنفيذ. ولهذا ونظرا لتطور وأهمية العلاقات القانونية الخاصة ولا سيما التجارية التي تكون الدولة أو المؤسّسات المنبثقة عنها طرفا فيها فقد وضعت المجلّة أحكاما تنظم الحصانة مستلهمة إياها من الإتفاقية الأوروبية لمدينة بال سنة 1978 والتشاريع المقارنة وفقه القضاء التونسي والمقارن[2].

4- تنازع القوانين:

لقد كان أمر 1956/07/12 النص الوحيد – تقريبا – الذي ينظم هذه المسألة لكنه كان محدود النطاق – إذ لا يتعلّق إلا بمادة الأحوال الشخصية – ومتناقضا مع الإختيارات الأساسية المكرسة في قانون الأسرة بإصلاحات 1981 [3] و1993 [4] إذ كان يعطي الإختصاص للقانون الشخصي وفي العلاقات المزدوجة يطبق قانون الزوج عند إبرام عقد الزواج ولهذا ومراعاة للتطورات التي عرفها قانون العائلة ألغت المجلّة أمر 1956 وأقرت أحكاما

---

[1] – مثل حصانة أعضاء مجلس الشورى لإتحاد المغرب العربي المادة 8 من النظام الداخلي للمجلس المذكور المحرر بالجزائر في 1989/06/10 – (أنظر منشور السيد وزير العدل عـ512ـدد/م3 الموجه إلى السادة القضاة والمتضمن دعوتهم إلى تطبيق الفصل 8 من النظام الداخلي المذكور).

[2] – مذكرة شرح الأسباب ص2.

[3] – صدر القانون عدد7 لسنة 1981 المؤرخ في 1981/02/18 بتنقيح العديد من فصول مجلّة الأحوال الشخصية ولا سيما الفصل 31 (منح الزوجة الحق في المطالبة بالطلاق أمام القضاء وفي طلب التعويض عن ضرر الطلاق بجراية والفصلين 155/154 (أصبحت الأم وليا على أولادها وتقدم على الوصي في صورة وفاة الأب أو فقدانه الأهلية).

[4] – صدر القانون عدد74 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/07/12 بتنقيح العديد من فصول مجلّة الأحوال الشخصية وخاصة الفصول 6 و23 و28 و32 و43 و44 و45 و60 و67 و153 فأقر مبدأ التعاون بين الزوجين على تسير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم ومنح الأم الحاضنة صفة الولي وحق الولاية على أبنائها القصر ...إلخ.

جديدة تراعي الواقع الإجتماعي وتأخذ بعين الاعتبار متطلبات التطور الإقتصادي الذي عرفته البلاد وذلك بوضع أحكام عامة لتنازع القوانين تقوم على تركيز العلاقة القانونية بصفة موضوعية مع توخي المرونة الضرورية لتجنب تطبيق قانون ليست له علاقة متينة بالنزاع أو يتعارض مع الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي وأخرى خاصة بحقوق الأشخاص والعائلة والأموال والإلتزامات.

وبالرغم من إنفتاح المجلّة على أحدث التشريعات في البلدان المتقدمة وأخذها بأحدث النظريات فيما يتعلّق بتحديد القانون المنطبق ولا سيما في مادة الإلتزامات[1] فقد عملت في صيغتها النهائية على الاحتياط لكل ما من شأنه أن يتسبب في صعوبات عند التطبيق أو يضر بالمصالح الحيوية للدولة أو الإختيارات الأساسية للبلاد[2] إذ تم إستبعاد بعض الأحكام القانونية لعدم إنسجامها مع الإختيارات الأساسية للتشريع التونسي أو لعدم إنصهارها ضمن المنظومة التشريعية المعتمدة[3].

ولذلك إستبعدت المجلّة المسائل المتعلقة بالجنسية ووضعية الأجانب وتركت تنظيمهما للنصوص الجاري بها العمل[4].

II- منهجية الكتاب:

لقد توخيت في وضع هذا الكتاب نفس المنهجية التي توخاها المشرّع في

---

[1] – مذكرة شرح الأسباب ص5.

[2] – أنظر في هذا الصدد دراسة لنا بعنوان "مجلّة القانون الدولي الخاص: خيارات وأهداف" – ضمن أعمال ملتقى نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس يوم 1999/03/12– تحت عنوان المجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص – (نشره المركز تحت نفس العنوان سنة 2000 ص11 وما بعد).

[3] – مذكرة شرح الأسباب ص6.

[4] – مذكرة شرح الأسباب ص6.

تبويب أحكام المجلّة فقسمته إلى عناوين وأبواب وأقسام.

لكن بما أني أعتبره موجها بصورة أساسية إلى القضاة والمحامين والطلبة وغيرهم من القائمين على النزاعات في الإدارة والمؤسسات وعدول التنفيذ والمطبقين عامة وهؤلاء قد لا يجدون الوقت الكافي لقراءة المطولات – فقد إعتمدت في تفريع المسائل "الفصل" كوحدة للشرح دون أن أهمل التنبيه إلى ما هو موجود بين بعض الفصول من علاقة أو إرتباط وذلك حتى يكون هذا الكتاب أداة عمل سهلة في أيدي هؤلاء يرجعون إليه كلما دعت الحاجة إلى ذلك دون إضاعة للوقت أو تحمل لكثير من العناء.

وقد توخيت في الشرح الإيجاز فلم أطنب في القول إلا حيث كان الأمر يحتاج إلى إطناب لكنني لم أبلغ في الإيجاز حد الإخلال بما يقتضيه المقام من التفصيل والبيان.

وبما أنّ القانون الدولي الخاص يمثّل إنعكاسا للقانون الداخلي على المستوى الدولي، ويتميّز بوجود عنصر خارجي يشكّل نقطة إلتقاء بين قوانين تختلف أصولها وطبيعتها[1] فقد حرصت على أن أثبّت إثر شرح كلّ فصل المصادر القانونية[2] الوطنية والأجنبية التي إستروح منها حتى يتمكّن القارئ

---

[1] – الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1 ص15 وما بعد.

[2] – مصادر القانون: يفرق الفقهاء بين المصادر المادية والمصادر الشكلية للقانون.

فالمصادر المادية أو الموضوعية Les sources matérielles للقانون هي العوامل أو الظروف التي أحاطت بظهور القاعدة ونشأتها وقد تكون إجتماعية أو سياسية أو إقتصادية أو دينية أو تاريخية وقد تكون قوانين مقارنة أو دولية كالإتفاقات الثنائية أو الجماعية.

وأما المصادر الشكلية Les sources formelles فهي التي تعطي للمصدر المادي الموضوعي شكله القانوني ليصبح قاعدة قانونية أي أنها هي التي تضفي عليه خاصيات العمومية والتجرد والإلزامية.

وهذه المصادر هي: التشريع والعرف وفقه القضاء والفقه.

أنظر – مدخل لدراسة القانون – للأستاذ محمد الشرفي ص151 وما بعد.

من فهم النص في محيطه القانوني السليم، ويستطيع القاضي خاصّة توخّي الحلول الأكثر تلاؤما مع قواعد ومبادئ القانون الدولي الخاص المقارن التي تمثّل نقطة الإلتقاء بين مختلف القوانين. ولمعرفة إرادة المشرّع التونسي والوقوف على حقيقة مراده أتبعت كلّ فصل من فصول المجلّة بملخص من الأعمال التحضيرية التي سبقت أو صاحبت ميلاده مع ما يستوجبه المقام من الشرح والبيان بإعتبار أن الأعمال التحضيرية تعد من أهم الوسائل المساعدة على معرفة إرادة المشرّع وفهم مراده.

لكن توخي لهذه المنهجية لا يعني أنني من أنصار مدرسة الشرح على المتون[1] L'école de l'esçégèse ولا من الداعين إلى هذا النوع من التفسير للقانون وإنما دونت مصادر المجلّة والأعمال التحضيرية التي سبقتها للغايات التي أشرت إليها آنفا وبقصد المساعدة على معرفة إرادة المشرّع المعلنة لا إرادة واضعي النص[2] وشرحت فصول المجلّة فصلا فصلا بإعتبارها كائنا مستقلا عن المصدر أو المصادر التي أخذت منها آملا أن أكون قد أسهمت في بلورة ما قصده المشرّع من أن يكون لتونس قانون دولي خاص ينظم علاقاتنا الدولية ويرعى على نحو أفضل مصالحنا الوطنية.

المرسى (تونس) في 2003/07/18

المؤلف

- المدخل إلى القانون للأستاذ حسن كيرة منشأة المعارف بالإسكندارية جمهورية مصر العربية الطبعة الخامسة 1991 ص23 وما بعد.

- محاضرات في القانون المدني ج1 للأستاذ محمد كمال شرف الدين ص25 وما بعد (دروس مرقونة كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس السنة الجامعية 1996/1995).

[1] - أنظر بيانات ضافية حول مختلف مدارس تفسير القانون: النظرية العامة للقانون للأستاذ سمير عبد السيد تناغو - منشأة المعارف بالإسكندرية - جمهورية مصر العربية 1986 ص749 وما بعد.

وأنظر أيضا: مدخل لدراسة القانون للأستاذ محمد الشرفي ص252 وما بعد.

[2] - الأستاذ تناغو - النظرية العامة للقانون ص766.

العنوان الأوّل
أحكام عامة

الفصل الأوّل

تحدّد أحكام هذه المجلّة بالنسبة للعلاقات الدولية الخاصة:

1- الإختصاص القضائي للمحاكم التونسية.

2- أثار الأحكام والقرارات الأجنبية بالبلاد التونسية.

3- حصانة التقاضي والتنفيذ.

4- القانون المنطبق.

I- الشرح: (مفهوم القانون الدولي الخاص)

يحدّد الفصل الأوّل من م.ق.د.خ المسائل التي ستشرع لها المجلّة وهي:

الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية وآثار الأحكام والقرارات الأجنبية بالبلاد التونسية والحصانات والقانون المنطبق.

فهل يعني هذا الحصر أن المشرّع التونسي قد تبنى المفهوم الضيق (La thèse restrictive)[1] للقانون الدولي الخاص[2]؟

---

[1] - الأستاذ محمد العربي هاشم:

Revue critique de droit international privé, N°2 Avril –Juin 1999, P230: Le code Tunisien de droit international privé.

[2] - إذ هناك مفهومان للقانون الدولي الخاص: واسع وضيق فهو يشمل -حسب المفهوم الواسع- الجنسية ووضعية الأجانب (أو مركز الأجانب) Les conditions des étrangers وتنازع القوانين Les conflits de lois وتنازع المحاكم Les conflits de juridictions ولا يشمل - حسب المفهوم الضيق - إلا تنازع المحاكم وتنازع القوانين وهذا الإتجاه سائد لدى العديد من الأنظمة القانونية وخاصة النظام الأنقلو - أمريكي.

لقد كان القانون الدولي الخاص قبل صدور المجلّة في معظمه غير مقنن وما قنن منه كان موزعا بين العديد من فروع القانون فالإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وبعض المسائل الأخرى تنظمه مجلّة المرفعات المدنية والتجارية وحجية الأحكام الأجنبية تنظمها مجلّة الإلتزامات والعقود والإعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها تنظمه مجلّة التحكيم وقواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب ينظمها أمر 1956/07/12[1] ولهذا كان مفهوم القانون الدولي الخاص غير مطروح لغياب نظام قانوني مهيكل لمكونات هذه المادة.

أما الآن وقد صدرت مجلّة كاملة للقانون الدولي الخاص وقد تضمنت ما سبقت الإشارة إليه وأغفلت الجنسية ووضعية الأجانب فقد أصبح التساؤل عمّا إختاره المشرّع من المفهومين السائدين للقانون الدولي الخاص مشروعا خاصة وان لجنة الخبراء التي أعدت المشروع الأولي للمجلة الحالية لم تسمه مجلّة وإنما سمته مشروع قانون يتعلّق "بالقانون الدولي الخاص" وإن المشرّع هو الذي إختار كلمة "مجلّة". وكلمة مجلّة (Code) حسب بعض المعاجم القانونية يقصد بها "النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون مجموعة في أبواب وفصول لأجل العمل بها مثل القانون المدني والتجاري"[2].

ولا شك أن هذا الخيار كان مقصودا وبالتالي يمثل خيارا له غاياته

- أنظر:

Droit International Privé, – Yvon Loussouarn et Pierre Bourel – Précis Dallos, 5éme édition, P3 et s.

- الأستاذ علي المزغني: Droit International Privé Tunis CERP P24 et s

[1] – كان هذا الأمر عند صدوره في 1956/7/13 يحمل العنوان التالي: "أمر يتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للتونسيين من غير المسلمين واليهود".

[2] – القاموس القانوني فرنسي – عربي للأساتذة إبراهيم النجار وأحمد زكي بدوي ويوسف شلالا مكتبة لبنان الطبعة الثالثة 1991 ص60 حرف C كلمة Code.

وأهدافه أكده المشرّع نفسه بمذكرة شرح الأسباب إذ جاء بها تحت عنوان " V – المسائل التي تم إستبعادها": تم الإحتياط من كلّ ما من شأنه أن يتسبب في صعوبات عند التطبيق أو يضر بالمصالح الحيوية للدولة أو الإختيارات الأساسية للبلاد. ولهذا تم إستبعاد بعض الأحكام القانونية لعدم إنسجامها مع الإختيارات الأساسية للتشريع التونسي أو لعدم إنصهارها ضمن المنظومة التشريعية المعتمدة (النظام القانوني التونسي) فإستبعدت من المجلّة: "الجنسية ووضعية الأجانب وترك تنظيمها للنصوص القانونية السارية".

لقد كان واضحا إذا أن المشرّع قد تعمد إستبعاد الجنسية ووضعية الأجانب من مجلّة القانون الدولي الخاص لكن هل أن إستبعادهما مؤسس على إختيار المفهوم الضيق للقانون الدولي الخاص أم على تحاشي الصعوبات التي قد تترتب عن إقحام الجنسية ووضعية الأجانب صلب مجلّة القانون الدولي الخاص لإتصالهما بمفهوم السيادة إتصالا وثيقا يتجافى وإمكانية إخضاعهما لمنهج قواعد الإسناد الذي يقوم عليه القانون الدولي الخاص؟.

كلا الإحتمالين وارد لكن ترجيح الخيار الثاني أجدى لأنّه لا يمكن لنا أن نتجاهل الأهمية البالغة التي يكتسيها موضوع الجنسية أو وضعية الأجانب بالنسبة للعلاقات الدولية الخاصة ذات العنصر الأجنبي إذ يبقى كلّ منهما عنصرا مرشدا ودالا في كثير من الحالات لتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم أو تعيين القانون المنطبق بإعتباره عنصر إسناد ترتكز عليه قواعد التنازع[1] وهذه من صميم القانون الدولي الخاص حسب المفهومين السائدين للقانون الدولي الخاص[2].

---

[1] – الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال القانون الدولي الخاص ص14.

[2] – مبروك بنموسى مجلّة القانون الدولي الخاص: خيارات وأهداف – أنظر الأعمال الكاملة لملتقى "المجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص 17

II- المصادر:

هذا الفصل وإن كان مستروحا من النظريات الفقهية السائدة في القانون الدولي الخاص ومن بعض التشاريع المقارنة كالتشاريع الأنقلو-أمريكية- فإن مصدره المادي يتمثل كما جاء بمذكرة شرح الأسباب المتعلقة بإصدار مجلّة القانون الدولي الخاص في: "إحتياط المشرّع من كلّ ما من شأنه أن يتسبب في صعوبات عند التطبيق أو يضر بالمصالح الحيوية للدولة أو الخيارات الأساسية للبلاد[1] وهي مصادر إجتماعية وسياسية وإقتصادية لا يكاد يخلو منها قانون في أي بلد كان.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل الأوّل في المشروع الأولي للمجلة الذي أعدته اللجنة الفنية الأولى (وهي لجنة خبراء تشكلت لدى مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل) على النحو التالي:

يحدّد هذا القانون بالنسبة للعلاقات الدولية الخاصة مع مراعاة المعاهدات الدولية:

1- الإختصاص الدولي للمحاكم القضائية التونسية

2- آثار القرارات والأحكام الأجنبية الدولية بالبلاد التونسية

3- الحصانة القضائية والتنفيذية

4- القانون المنطبق

---

[1]- مذكرة شرح أسباب هذه المجلّة.

ولما عرض على اللجنة الثانية (لجنة الخبراء والقضاة[1]) أقرتــه بعــد إعادة صياغته ليصبح كما يلي:

يحدّد هذا القانون بالنسبة للعلاقــات الدوليــة الخاصــة، مــع مراعــاة المعاهدات الدولية:

1- الإختصاص القضائي للمحاكم التونسية

2- آثار القرارات والأحكام الأجنبية بالبلاد التونسية

3- حصانة التقاضي والتنفيذ

4- القانون المنطبق

إلا أن اللجنة الثالثة[2] عدلته فإستبدلت كلمة القــانون بالمجلــة وحــذفت عبارة مع مراعاة المعاهدات الدولية من السطر الأوّل ليصــبح نــص الفصــل هكذا: تحدّد هذه المجلّة بالنسبة للعلاقات الدولية الخاصة:

1- الإختصاص القضائي للمحاكم التونسية

2- آثار القرارات والأحكام الأجنبية بالبلاد التونسية

3- حصانة التقاضي والتنفيذ

4- القانون المنطبق

وقد إستبعدت عبارة: "مع مراعاة المعاهدات الدوليــة إحترامــا لأحكــام الدستور (الفصل 32) التي تعتبر المعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين شريطة تطبيقها من الطرف الآخــر" ولأن إدراجهــا ضــمن نصوص القانون الداخلي يحولها إلى قانون وبذلك تفقد صبغتها كمعاهــدة (أي

---

[1]- أنظر المقدمة ص10.

[2]- وهي اللجنة التي تكونت صلب وزارة العدل برئاسة وزير العدل نفسه الأستاذ عبد الله قلال وتولت دراسة المشروع الذي أعدته اللجنة الثانية (مشتركة بين الخبراء وبعض القضاة السامين) فصــلا فصلا وأدخلت عليه الكثير من التعديلات سواء على مستوى الصياغة الشكلية أم علــى مســتوى المضمون وبتت حتى في بعض الخيارات الأساسية.

صبغتها التعاقدية) وبالتالي تفقد تفوقها على القانون وتصبح كسائر القوانين خاضعة في تفسيرها لسلطة القضاة بدلا من سلطة الحكومة.

أما إستبدال عبارة الحصانة القضائية بعبارة حصانة المحاكمة "فلمزيد الدقة لأن الحصانة القضائية مصطلح يستعمله المشرّع التونسي للتعبير عن الحصانة التي يتمتع بها القضاة إزاء التتبع الجزائي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

وعند عرض مشروع المجلّة على مجلس النواب تقدمت لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة حول هذا الفصل للحكومة بإقتراحين:

الأوّل: تعويض كلمة "للعلاقات" الواردة في السطر الأوّل بعبارة إلى العلاقات وكذلك بكامل فصول المشروع الواردة بها بالنسبة لتصبح "بالنسبة إلى".

والثاني: تقديم عبارة الأحكام على القرارات وإضافة القضائية بالمطة 2 لتصبح آثار الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية بالبلاد التونسية ملاءمة مع العنوان الثالث من المجلّة.

فكان جواب الحكومة من خلال وزارة العدل على الإقتراح الأوّل كالآتي: "ترى الوزارة أنّه من المستحسن الإبقاء على الصياغة الواردة بالمشروع لأن الغاية من التركيب اللغوي الوارد بالسطر الأوّل من الفصل الأوّل يؤدي المعنى المقصود بأكثر دقة. ولغويا تنوب حروف الجر بعضها البعض فوقع إستعمال حرف الجر اللام الذي يفيد الإلصاق عوضا عن حرف الجر "إلى" الذي يفيد العلو ولا مانع من ذلك الإستعمال لغويا، ولأننا هنا أمام

حرف الجر الذي يفيد الإلصاق فهو أقرب من حرف العلو الذي يفيد العلوية[1].

وكان جوابها على الإقتراح الثاني كالآتي: "لا ترى الوزارة مانعا من الإستجابة جزئيا للمقترح حيث سيقع تقديم عبارة "الأحكام" على القرارات بالمطة 2 بالفصل الأول.

إلا أنّه فيما يتعلّق بإضافة عبارة "قضائية" فيلاحظ أنّه قد تكون السندات الأجنبية أما قضائية وإما أحكام محكمين (وهو قضاء غير دولي مع الإشارة إلى أنّه يستوجب من القضاء التونسي تحلية تلك الأحكام بالصيغة التنفيذية) لذلك يستحسن أن يبقى التعبير المقترح بالمشروع على عموميته"[2].

كما تقدمت لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية بسؤالين:

الأول: يتعلّق ببرنامج الحكومة حول تكوين القضاة في مادة القانون الدولي الخاص وإمكانية التخصص فيه.

والثاني: يتعلّق بمدى إنسجام أحكام مشروع المجلّة مع القوانين الأجنبية المماثلة في إطار مبدأ المعاملة بالمثل.

فكان جواب وزارة العدل كالآتي[3]: "إن مبدأ المعاملة بالمثل هو مبدأ يتوافق مع مفهوم السيادة الوطنية للدول ومفهوم البعد الإقليمي في حين أن القانون الدولي الخاص ينظم أساسا علاقات الأفراد التابعين لدول مختلفة في نطاق ما يعرف "بالمجتمع الدولي" وبالتالي فإن كلّ دولة تحدّد بكامل الحرية ما

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص244.

[2]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص244.

[3]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص251.

تعتبره "نظاما دوليا" إلا أن هذا النظام لا يكون معزولا عن الأنظمة الأخرى بحكم المصالح المتبادلة وإمتدادها خارج حدود الوطن الواحد. وهو ما يجعل مشروع هذا القانون منسجما مع مقتضيات الحداثة والتفتح على المحيط الدولي من جهة ومع النجاعة والفاعلية وبعد النظر من جهة أخرى بحكم توفقه في الملائمة بين مختلف الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص الذي يعد من القوانين المتطورة بإستمرار.

الفصل 2:

تعتبر دولية العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي.

I- الشرح: (مفهوم العلاقة الدولية الخاصة)

لقد إعتبر الفصل الثاني من مجلّة القانون الدولي الخاص أن العلاقة القانونية الخاصة تكون دولية إذا كان لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي مفضلا هكذا معيار العنصر المؤثر أو الفعال (ب) على بقية المعايير الأخرى[1] المتبعة لتحديد مفهوم العلاقة الدولية الخاصة (أ).

أ- المعايير السائدة لتحديد مفهوم العلاقة الدولية الخاصة:

يتبع الفقه والقضاء وحتى التشريع عدة طرق لتحديد الطبيعة الدولية للعلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي من أبرزها:

---

[1]- أنظر - القانون الدولي الخاص (باللغة الفرنسية) للأستاذ علي المزغني مصدر سبقت الإشارة اليه ص 199.

1- المعيار القانوني:

وحسب هذا المعيار فإن العلاقة تكون دولية إذا كانت عناصرها موزعة على أكثر من دولة.

وعناصر كلّ علاقة قانونية هي: الأشخاص Les sujets أو الأطراف المعنيين بها والموضوع أوالمحل L'objet والواقعة المنشئة للعلاقة[1] Le fait générateur.

وبتطبيق هذا المعيار تكون العلاقة دولية إذا كان أحد أطرافها يحمل جنسية مختلفة عن جنسية الطرف الآجر أو إذا كان موضوع العلاقة (عقار أو منقول) كائنا بالخارج أو إذا كانت الواقعة أو التصرف المنشئ قد حصل أو أبرم أو نفذ بالخارج.

لكن هذا المعيار غير دقيق إذ لا يعد مثلا عقد النقل الذي يبرمه سائح فرنسي بتونس مع ناقل تونسي لإيصاله من جربة إلى قابس أو من المنستير إلى سوسة عقدا دوليا رغم أن جنسية أحد طرفيه أجنبية.

وقد نفت محكمة التعقيب[2] عن هذا النوع من العقود الصبغة الدولية وإعتبرته عقدا داخليا يخضع للقانون التونسي ولا داعي لإخضاعه لمنهج قواعد الإسناد لمعرفة القانون المنطبق وإعتبرت أحكام الفصل163 من مجلّة التجارية البحرية أن كلّ نقل يحصل بين مينائين تونسيين إذا لم ترس السفينة أثناء السفر بميناء أجنبي نقلا قوميا مهما كانت جنسية السفينة أو جنسية من يعنيهم أمر النقل. وإعتبرت ما عدا ذلك من عمليات النقل البحري "نقلا دوليا".

---

[1]- الأستاذ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص الطبعة الثانية 1983 توزيع مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية مصر ص8.

[2]- القرار المدني المؤرخ في 1963/03/30 - منشور بالمجلة القانونية التونسيةRTD سنة 65/1963 ص68 مع تعليق للأساتذين Bourel et Bigot.

لكن لا يعد عقدا داخليا العقد الذي يبرمه تونسيان بتونس لتوريد بضاعة أو لتصديرها إلى بلد أجنبي.

2- المعيار الإقتصادي:

تعتبر العلاقة دولية – حسب هذا المعيار – إذا تعلّقت بمصالح التجارة الدولية أي إذا إنطوت على حركة دخول وخروج لرأس المال بين الدول[1].

وقد إعتمد المشرّع التونسي هذا المعيار لإضفاء الصبغة الدولية على التحكيم إذ جاء بالفقرة "د" من الفصل 48 من مجلّة التحكيم أن التحكيم يكون دوليا "إذا تعلق بالتجارة الدولية".

3- معيار الجمع بين المعيارين الإقتصادي والقانوني[2]:

4- معيار العنصر المؤثر أو الفعال:

ب- المعيار الذي إختاره المشرّع التونسي:

لم يعتمد المشرّع التونسي في مجلّة القانوني الدولي الخاص المعيار القانوني ولا المعيار الإقتصادي ولا المعيار الذي يجمع بينهما معا وإنما إختار المعيار الرابع (العنصر المؤثر أو الفعال) وهو معيار يقوم على إنتقاء العنصر المؤثر من بين عناصر العلاقة القانونية فإن كان لهذا العنصر صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي عدت العلاقة دولية وخضعت لأحكام هذه المجلّة وإذا لم تكن له أية صلة بأي نظام قانوني غير النظام

---

[1]- الأستاذ علي المزغني: Droit International Privé, Le CERP Tunis, P24 et S
الأستاذان بديع منصور وعكاشة عبد العال القانون الدولي الخاص الدار الجامعة للطباعة والنشر بيروت لبنان ص14.

[2]- فقه قضاء فرنسي أشار إليه الأستاذ علي المزغني بكتابه القانون الدولي الخاص ص110/109 والأستاذ هشام خالد في كتابه خصائص وطبيعة ضمان الإستثمار العربي – مؤسسة شباب الجامعة – الإسكندرية جمهورية مصر العربية 1988 ص22 وما بعد.

القانوني التونسي إعتبرت العلاقة داخلية ووجب حلها وفق مناهج القانون الداخلي.

لكن كيف نعرف أن هذا العنصر مؤثر أو غير مؤثر؟ إن تحديد العنصر المؤثر في العلاقة القانونية ينطلق من فرضية عدم كفاية العنصر الأجنبي لإضفاء الصفة الدولية على العلاقات القانونية الخاصة وعلى إعطاء مفهوم أوسع لعناصر هذه العلاقة يشمل إلى جانب الأطراف والمحل والواقعة المنشئة سبب العلاقة ومكان التنفيذ والهدف منه وغير ذلك من العناصر المؤثرة في العلاقة لكنه يستبعد أي عنصر من هذه العناصر ولو كان أجنبيا إذا تبين أنّه قليل الأهمية ولا تأثير له في العلاقة المعنية بالتكييف فعنصر جنسية المسافر في عقد النقل الوطني (من مدينة تونسية لأخرى أو من ميناء تونسي إلى آخر أو من مطار داخلي إلى آخر) يعد قليل الأهمية لأن العقد أكثر تركيزا بتونس فوسيلة النقل تونسية والناقل تونسي وعملية النقل لم تتجاوز الحدود التونسية ولهذا يعد عقدا داخليا لأن العنصر الأجنبي فيه قليل الأهمية أو غير مؤثر أو غير فعال.

بينما عقد تصدير بضاعة أو خدمة الذي يبرم بتونس بين تونسيين يعد دوليا لأن عملية إجتياز البضاعة أو الخدمة الحدود الوطنية إلى تراب دولة أجنبية تمثل السبب الباعث على التعاقد وبالتالي هي العنصر المؤثر وبما أن لهذا العنصر صلة بنظام قانوني (نظام البلد المستورد للبضاعة) غير النظام القانوني التونسي فإن صفة الدولية تثبت لهذا العقد وهكذا تتمم معالجة كلّ علاقة على حدة.

والبحث وراء العنصر المؤثر في العلاقة الدولية لإخضاعها لأحكام القانون الدولي الخاص أو عدم إخضاعها له يفرض نفسه بصورة أساسية في

مادة التنازع[1].

أما بقية المواد وخاصة حالة الأشخاص فإن معيار الدولية يتعلّق عادة بأشخاصها وبالتالي فإن إختلاف جنسية هؤلاء كاف لإعتبار العلاقة دولية.

والملاحظ أن هذا المعيار (معيار أجنبية العنصر المؤثر في العلاقة الدولية) ذاتي ومن شأنه أن يفسح مجالا واسعا لإجتهاد القاضي في تحديد الطبيعة الدولية للعلاقات الدولية الخاصة.

ويبدو أن إختيار المشرّع هذا المعيار ينسجم مع طبيعة القانون الدولي الخاص الذي لا يمكنه أن يتجاهل الخصائص والمصالح الوطنية أو مقتضيات سيادة البلاد ولهذا يكون من المعقول جدا أن يترك المشرّع للقاضي الوطني سلطة واسعة لتقدير هذه المصالح والسيادة في مرحلة مبكرة عن طريق فرز ما هو دولي عمّا هو داخلي وإستبعاد العلاقات الداخلية من نطاق القانون الدولي خاصة وإن تونس بلد سياحي منفتح على العالم وإخضاع كلّ علاقة ذات عنصر أجنبي – ولو كان محدود الأهمية – لمقتضيات القانون الدولي الخاص وبالتالي حلها عن طريق أعمال قواعد التنازع من شأنه أن يزعزع أركان النظام القانوني التونسي ويجعل من مبدأ عدم جواز الأعذار بجهل القانون تكليفا بما لا يطاق.

II – المصادر:

يعتبر الفقه وفقه القضاء أهم مصادر هذا الفصل.

فهو من ناحية تبن واضح من المشرّع التونسي للنظرية الفقهية الحديثة

---

[1] – الأستاذ علي المزغني – القانون الدولي الخاص – مصدر سبقت الإشارة إليه ص107.

الأستاذ مايار:

– Pierre Mayer – Droit International Privé, 3e Edition Montchrestien Paris 14e, P3.

المعروفة بنظرية العنصر الفعال أو المؤثر وهي نظرية مستمدة من فقه سافيني SAVIGNY الفقيه الألماني[1] الشهير الذي يمتاز بمنهجه التحليلي الذي ينطلق دائما من تحليل العلاقة القانونية في حد ذاتها سواء لمعرفة طبيعتها أو لتحديد القانون المنطبق عليها[2] ومن ناحية أخرى تقنين لفقه قضاء محكمة التعقيب التونسية المكرس بقرارها المؤرخ في 30 مارس 1963[3].

III-الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد نص هذا الفصل بالمشروع الأولي الذي أعدته اللجنة الأولى (لجنة الخبراء) مطابقا لنصه الحالي غير أن اللجنة الثانية (الخبراء + بعض سامي القضاة) أعادت صياغته على النحو التالي: "تكون العلاقة القانونية دولية إذا إشتملت على عنصر متصل بنظام قانوني أجنبي" لفسح المجال أمام إجتهاد المحاكم بتحديد مواصفات العنصر الأجنبي لكن اللجنة الثالثة التي إجتمعت يوم 4 أفريل 1997 برئاسة وزير العادل الأستاذ عبد الله القلال وضمت أعضاء لجنة الخبراء وأعضاء اللجنة الثانية أقرت الصياغة الأولى لهذا الفصل أي الصياغة الحالية لأن الصياغة الأولى كانت أوضح وأدق معنى ولأن العنصر

---

[1]- أنظر القانون الدولي الخاص للأستاذين سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال الدار الجامعية بيروت لبنان ص57 وما بعد.

- وكذلك

Pierre Mayer –Droit International Privé, 3e Edition Montchrestien Paris 14e, P3.

- الأستاذ علي المزغني: Droit International Privé, Le CERP Tunis, P106 et s

[2]- الأستاذان بديع منصور وعكاشة عبد العال - القانون الدولي الخاص ص57.

الأستاذ مايار –

Pierre Mayer –Droit International Privé, 3e Edition Montchrestien Paris 14e, P3.

[3]- أنظر المجلّة القانونية التونسية RTD لسنة 1963 /65 ص68 وكذلك كتاب DIP للأستاذ علي المزغني ص108.

المتصل بنظام أجنبي والذي يجعل العلاقة دولية يجب أن يكون عنصرا مميزا لنتمكن من تجنب عدم إستقرار فقه القضاء إذ لا يكفي ولا ضرورة لوجود طرف أجنبي لتصبح العلاقة دولية بل يجب أن يتوفر عنصر مؤثر في هذه العلاقة حتى يكسبها صبغة العلاقة الدولية وذلك بصرف النظر عن وجود طرف أجنبي أو عدم وجوده فعنصر الجنسية الذي يكون عادة عنصرا مؤثرا في العلاقة الدولية المتعلقة بالحالة الشخصية يصبح في عقود النقل مثلا عنصرا غير مؤثر أحيانا[1].

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد تمت المصادقة عليه بدون أي إحتراز بإستثناء ملاحظة عامة أبداها النائب السيد أحمد الفارحي أثناء الجلسة العامة التي عقدها المجلس يوم 1998/11/02 للنظر في مشروع المجلّة وإنتهت بمصادقة المجلس عليه وهي ملاحظة لا تخص هذا الفصل فحسب وإنما تتعلّق بعموم القانون الدولي الخاص وتتمثل في خشيته من عولمة القضاء ومن التدخل الأجنبي من خلال – قواعد هذا القانون ولعله قصد إمكانية أن يؤدي تطبيق قواعد الإسناد إلى إنطباق بعض القوانين الأجنبية المخالفة للنظام العام التونسي ولهذا طمأنه السيد عبد الله القلال وزير العدل بأن مشروع المجلّة المعروض على المجلس قد تضمن ما يمكن أن يسمى بحزام الأمان والمتمثل في دفع القانون الأجنبي كلما غابت الحلول المنصفة التي لا تحترم قاعدة المعاملة بالمثل أو وقع المساس بالنظام العام التونسي المجسم لهويتنا التونسية وخياراتنا الوطنية والحضارية ...إلخ[2].

---

[1]-مداخلة الأستاذ علي المزغني أمام اللجنة المذكورة.

[2]-مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص259.

العنوان الثاني
إختصاص المحاكم التونسية

الفصل 3:

تنظر المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية:
بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم إذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية.

I- الشرط: (معيار الإقامة بتونس)

مفهوم الإقامة بتونس:

تختص المحاكم التونسية بالنظر في سائر النزاعات المدنية والتجارية مهما كان موضوعها وبصرف النظر عن جنسية أطرافها إذا كان المدعي عليه مقيما بالبلاد التونسية.

والإختصاص الدولي يشمل هنا كلا من الإختصاص القضائي والولائي لكن فكرة الإقامة بتونس تطرح إشكالا مهما، فهل أن المقصود بها المقر بمعناه الإجرائي الوارد بالفصل 7 من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية أم أن المقصود بالإقامة بالبلاد التونسية معناها الوارد بالقوانين المنظمة لحالة الأجانب بتونس[1] والتي تقسم الأقامة إلى إقامة وقتية وإقامة عادية وأي منهما يعتد به لتحديد الإختصاص؟.

---

[1]-أنظر القانون عدد7 لسنة 1968 المؤرخ في 1968/03/08 المتعلّق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية.
والأمر عدد198 المؤرخ في 1968/06/22 والمنقح بالأمر عدد716 المؤرخ في 1992/04/20 المتعلّق بضبط تراتيب دخول وإقامة الأجانب بالبلاد التونسية.

بالرغم من الفرق الواضح بين كلمتي المقر والإقامة فإن تأويل عبارة "مقيم بالبلاد التونسية" الواردة بهذا الفصل بالمعنى الإجرائي – مثلما ذهب إلى ذلك الأستاذ علي المزغني[1] هو التأويل الذي ينسجم مع إرادة المشرّع وروح النص إذ أن الفصل 3 قد ورد ضمن الأحكام المتعلقة بإختصاص المحاكم التونسية وقواعد الإختصاص تندرج ضمن المرافعات ولا علاقة لها بحالة الأجانب.

لقد أعتمد المشرّع إقامة المطلوب بالبلاد التونسية كقاعدة عامة لتحديد إختصاص المحاكم التونسية بالنظر في النزاعات ذات العنصر الأجنبي وهذا الإختيار قائم على مبدأ الفاعلية والقدرة على ضمان آثار الحكم الذي سيصدر عن المحاكم التونسية وعلى قيام رابطة حقيقية بين النزاع والإقليم إذ أن إقامة المطلوب (وهو المدين عادة) بتونس تؤكد قيام مثل هذه الرابطة من جهة وتعتبر – من جهة أخرى – قرينة على وجود مكاسب له بها يمكن التنفيذ عليها هذا إلى جانب ما يوفره وجود مقر للمطلوب بتونس من ضمان لإحترام حق الدفاع وحسن إجراءات التقاضي وهذا من شأنه أن يكفل تنفيذ الأحكام القضائية التونسية حتى خارج حدود الوطن.

والملاحظ أن هذا الفصل قد ألغى الفقرة الثانية وما بعدها من الفصل 2 من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية[2] وأصبح المطلوب التونسي الجنسية المقيم بالخارج لا تمكن مقاضاته أمام المحاكم التونسية إلا إذا رضى بالتقاضي لديها وإقترب في صياغته وأساسه من الفصل 30 من نفس المجلّة المتعلّق بتحديد الإختصاص الداخلي (الترابي) فكلاهما قد إعتمد في تحديد إختصاص

---

[1]- أنظر كتابه

Commentaires du Code de Droit International Privé Centre de Publication Universitaire Tunis 1999 P161.

[2]- وهذا نصها: كما تنظر في الدعاوى التي ترفع إليها ضد التونسي المقيم خارجه.

المحاكم التونسية على مبدأ: "الأصل في الأشخاص براءة الذمة وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات تعميرها أمام محكمة مقر المطلوب.

وهذا التجانس بين معايير وأسس تحديد الإختصاصين الدولي والداخلي (الترابي) قد يساعد على حل الإشكالية المتعلقة بالطبيعة القانونية لقواعد الإختصاص القضائي الدولي (فهل هي قواعد إختصاص حكمي وبالتالي متعلقة بالنظام العام وعلى القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه كما هو رأي محكمة التعقيب[1] في ظل التشريع السابق. أم هي قواعد إختصاص ترابي مثلما يرى بعض الفقهاء[2] وحتى بعض التشاريع المقارنة[3]؟) في إتجاه تغليب وجهة النظر التي تعتبر قواعد الإختصاص الدولي ذات صبغة ترابية إلا أنها صبغة ترابية عامة تتعلّق بكامل التراب الوطني أي أن النزاع من إختصاص محاكم الإقليم الوطني بكامله وتقف عند هذا الحد لتفسح المجال لقواعد الإختصاص الترابي الداخلي لتحديد المحكمة المختصة ترابيا بالنزاع من بين مجمل المحاكم الموجودة بتراب الجمهورية.

ونظرا لتركيز أحكام هذا الفصل على المقر والإقامة فإنه من المفيد أن نوضح مفهوم المقر على معنى أحكام هذا العنوان مع التذكير بأن كلمة الإقامة – كما قدمنا – يقصد بها المقر بالمعنى الإجرائي الوارد بالفصل 7 من م.م.م.ت.

– **المقر**: لقد عرف الفصل 7 من م.م.م.ت **المقر الإصلي** بأنه هو المكان الذي يقيم به الشخص عادة.

---

[1] – أنظر القرار التعقيبي المدني عدد3035 الصادر في 1964/05/07 ن1964 ص23. والقرار المدني عدد4196 الصادر في 1981/11/18 ن 1981 ق.م ج4 ص132.

[2] – الأستاذ علي المزغني Droit International Privé CERP Tunis 1991 P376

[3] – أنظر الفصل 10 من قانون المرافعات الجزائري

– **ومقر النشاط أو الأعمال** هو الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته ويعتبر مقرا أصليا لصاحب المهنة أو التجارة بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور

– **وأما المقر المختار** فقد عرفه الفصل المذكور بأنه هو المكان الذي يعينه الإتفاق أو القانون لتنفيذ إلتزام أو القيام بعمل قضائي.

ونتبين من هذه النصوص أن المشرّع التونسي قد سوى بين مكان الإقامة والمقر أو الموطن، لكنه فرق بين ثلاثة أنواع من المقرات:

المقر الأصلي، ومقر النشاط أو الأعمال، والمقر المختار.

أ– المقر الأصلي أو الموطن العام:

وهو المكان الذي يقيم به الشخص عادة (الفصل 7 من م م م ت) ومعنى ذلك أن مجرد الوجود العابر لشخص ما (كوجود السائح بأحد النزل) على الإقليم الوطني لا ينعقد به الإختصاص للمحاكم التونسية بل يجب أن يتوفر في الإقامة عنصران: عنصر مادي، وعنصر معنوي.

* **فالمادي** يتمثل في الإقامة بتونس على وجه الإستمرار وكلمة عادة هنا تعني في نظرنا أن الشخص المعني لا يعرف له مقر معتاد أخر غير مقره بتونس يقيم به أو يكثر التردد عليه وحسب أحكام القانون عدد68/7 المؤرخ في 8 مارس 1968 والأمر الترتيبي عدد68/198 المؤرخ في 22 جوان 1968 المنقح بالأمر عدد716 لسنة 1992 المؤرخ في 1992/04/20 المتعلقين بحالة الأجانب لا يعتبر مقيما بتونس إقامة عادية إلا من كان قد أقام بها مدة لا تقل عن خمس سنوات بدون إنقطاع أو من كان له إبن تونسي... إلخ ما جاء بالفصل 13 من القانون المذكور وكانت بيده بطاقة إقامة عادية مسلمة له من وزارة الداخلية طبق القانون.

* **وأما العنصر المعنوي** فهو نية البقاء بتونس وإتخاذها مستقرا وسكنا على وجه الإستمرار لكن الإستقرار لا يعني الإقامة دون إنقطاع وإنما المراد منه هو الإستمرار الذي يتحقق به الإعتياد ولو تخلله بعض الإنقطاع وحسب قانون حالة الأجانب المشار إليه والأمر الترتيبي المتقدم الذكر فإن الإنقطاع لا ينبغي أن يتجاوز مدة ستة أشهر وإلا فقد الأجنبي صفة الإقامة العادية.

والإقامة بتونس لمدة خمس سنوات بدون إنقطاع توفر للأجنبي قرينة قانونية على أنّه يقيم بها فعلا لكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس سواء بإتجاه إختصار مدة الإقامة بإثبات أن تونس صارت مقرا للأجنبي في زمن أدنى من الخمس سنوات أو بإتجاه التمديد فيها بإثبات أن مدة الخمس سنوات لم تكن كافية لإكتساب صفة المقيم بتونس.

وفعلا فقد إعتبرت محكمة سيدي بوزيد الإبتدائية إمرأة أجنبية تسكن بسيدي بوزيد عند رفع الدعوى مقيمة بتونس على معنى الفصل 2 من م.م.م.ت بناء على تقديمها تصريحا بتبديل إقامتها من فرنسا إلى تونس طبق أحكام الفصل 104 من القانون المدني الفرنسي وشهادة إقامة بتونس لمدة عام واحد (حكم مدني إستئناف نواحي عدد840 مؤرخ في 1988/10/27 غير منشور) أي أن محكمة سيدي بوزيد الإبتدائية إعتبرت إقامة الأجنبي بتونس لمدة عام واحد إذا تعززت بترك الإقامة بوطنه الأصلي تكفي لإعتباره مقيما بتونس على معنى الفصل الثاني من م.م.م.ت ولإنعقاد الإختصاص بالدعوى المتعلقة به طالبا أو مطلوبا للمحاكم التونسية[1].

---

[1] - وقريبا من هذا الإجتهاد رأي الغرفة المدنية التابعة لمحكمة قسنطينة (الجزائر) إذ إعتبرت "أن الهيئات القضائية الجزائرية تعتبر مختصة تجاه الأجانب المدعوين للمثول أمامها حين تنطوي المنازعات المرفوعة أمامها كما هي الحال في هذه الدعوى على صلة تربطها بالجزائر بسبب الإقامة أو الموطن" وقد علّلت إجتهادها هذا بقولها "وحيث أنّه يتبين من عناصر الملف أن المدعى عليه يمارس في الجزائر مهنته كطبيب منذ أكثر من ثلاث سنوات حيث مارس هذه المهنة أولا في

وبالنسبة لعديمي الأهلية أو ناقصيها فإن موطنهم هو موطن أوليائهم لأنهم لا يستطيعون إختيار موطنهم بأنفسهم، ويسمى هذا الموطن بالموطن القانوني أو الحكمي.

وكذلك الزوجة فإن مقرها الأصلي هو مقر الزوجية ما لم يثبت خلاف ذلك إذ الأصل أن تساكن المرأة زوجها بإعتبار ذلك من أوكد واجباتها إزاءه (الفصل 23 من م.ح.ش) وبالتالي فإن مقره هو مقرها.

وأما الصغير المأذون بالتجارة فيمكن أن يكون له موطن خاص بالنسبة للأعمال المأذون بها.

وأما الذوات المعنوية من جمعيات وشركات غير المقيمة فإن النزاعات المتعلقة بها تكون من إختصاص المحاكم التونسية إذا كان لها فرع بتونس وكان النزاع موضوع التقاضي متولدا عن نشاط الفرع المذكور (الفصل 33 من م.م.م.ت والفقرة 2 من الفصل 3 من الإتفاقية القضائية المبرمة بين تونس وإلمانيا الفيدرالية المتعلقة بالحماية والتعاون القضائي والإعتراف بالأحكام

قسنطينة ثم في الواد حاليا –وإن هذا يشكل عنصر تمركز جغرافي من شأنه أن يثبت بما فيه الكفاية إقامته وموطنه في الجزائر، وإن يستبعد بالتالي العناصر الأجنبية الأخرى للقضية، مما يقتضي نظرا لهذه الظروف رد الدفع بعدم الإختصاص المثار من قبل المدعى عليه والفصل في الأساس". الحكم الصادر في القضية عدد71/94 عن محكمة قسنطينة بتاريخ 20 أفريل 1972 مشار إليه من قبل الأستاذ أسعاد: القانون الدولي الخاص ج2 ص22.

وتجدر الإشارة إلى أن وضعية الأجانب في الجزائر ينظمها الأمر رقم 211/66 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية 1966 ص 723/721 على التوالي) وقد أشار إليهما الأستاذ إسعاد بالجزء الثاني من القانون الدولي الخاص ص 179.

ويبدو أنّه تشريع أقل تعقيدا من التشريع التونسي المنظم لحالة الأجانب إذ لا تسلم للأجنبي إلا بطاقة إقامة واحدة تثبت هويته وتثبت في الآن نفسه أن الجزائر مكان إقامته المعتادة والدائمة رغم أن مدة صلاحيتها محدد بسنتين –أنظر مزيدا من التفاصيل مؤلف الأستاذ إسعاد المشار إليه آنفا ص 179-190.

العدلية وتنفيذها في المادة المدنية والتجارية وكذلك بالتحكيم التجاري المؤرخة في 1965/07/19 والمصادق عليها بتونس في 1970/02/11).

ب- مقر النشاط أو الأعمال:

لقد عرفه الفصل 7 من م.م.م.ت بأنه هو المكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته فإذا كانت للأجنبي تجارة أو مهنة يمارسها بتونس كانت المحاكم التونسية مختصة بالنظر في الدعاوى الموجهة عليه ولو كان له مقر أصلي بالخارج متى كانت تلك الدعاوى متعلقة بالنشاط التجاري أو المهني الذي يمارسه بتونس.

ج- المقر المختار:

ويعرفه الفصل 7 من م.م.م.ت بأنه هو المكان الذي يعينه الإتفاق أو القانون لتنفيذ إلتزام أو القيام بعمل قضائي.

أي أنّه المقر الذي تحدده الإرادة أو القانون.

والمقر الذي تحدده الإرادة يمكن رده إلى فكرة الخضوع الإختياري لأنّه مثلما يكون سابقا للتقاضي (ضمن إلتزام مكتوب) يكون لاحقا لرفع الدعوى وذلك بقبول ولاية المحاكم التونسية بالجواب في أصل النزاع وعدم الدفع بعدم الإختصاص ونعتقد أنّه من الأجدى أن لا يعتد بالمقر المختار لمجرد إتخاذ الأجنبي له مقرا مختارا بتونس، بل لابد من قيام صلة تربط النزاع بالإقليم الوطني حتى يكون للحكم الذي سيصدر في شأنه قيمة فعلية وفقا لمبدأ "قوة النفاذ".

وأما المقر المختار الذي يحدده القانون فيخص حالات ذكرها المشرّع –

ولا يجوز القياس[1] عليها- لتسهيل القيام ببعض الإجراءات القضائية المتأكدة مثل إعتبار مقر المحامي الذي رفع الدعوى أو قام بالطعن مقرا مختارا للمدعي أو الطاعن في درجة التقاضي التي هو نائب فيها- (الفصلان 130/68 من م.م.م.ت) أو لتدارك نتائج الإخلال ببعض التنصيصات الوجوبية التي يجب توفرها في بعض الوثائق أو المستندات التي لها شكل مخصوص كإعتبار المشرّع التونسي المكان المبين بجانب إسم المسحوب عليه في الكمبيالة مقرا مختارا للمسحوب عليه ومحلا للدفع في نفس الوقت عند خلو الكمبيالة من بيان المكان الذي يجب فيه دفع معينها (الفصل 269 من.م.ت).

II- المصادر:

تتمثل بصورة عامة في القانون المقارن وفي أحكام مجلّة المرافعات المدنية والتجارية (الفقرة 1 من الفصل 2 والفصل 30 على وجه الخصوص) وفي بعض الإتفاقيات الدولية ولا سيما إتفاقية بروكسال[1] المؤرخة في 1968/09/27 والمتعلقة بالإختصاص القضائي وتنفيذ القرارات في المادة المدنية والتجارية وخاصة الفقرة الأولى من الفصل الثاني منها وهذا نصه:

Titre II: COMPETENCE
Section 1: Dispositions générales

Art 2 – *Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat.*

Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'Etat dans lequel elles sont domiciliées, y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux.

---

[1] - فإذا كان للمدعي وكيل خصام ليس بمحام (في القضايا التي تكون فيها إنابة المحامي غير وجوبية) فإنه لايجوز أن يعتبر مقره مقرا مختارا للطالب قياسا على المحامي.

[1] - وهي منشورة بـ:
Lamy S.A – Juin 1998 Division 11 Annexe de 010/2-1 jusqu'à 010/2-20

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد صيغ هذا الفصل من قبل اللجنة الأولى (لجنة الخبراء) على النحو التالي:

تنظر المحاكم التونسية في جميع النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم إذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية.

وتختص بالنظر أيضا إذا وقع تعيينها من أطراف النزاع أو إذا رضي المطلوب بالتقاضي لديها.

إلا أن اللجنة الثانية أدخلت عليه تعديلين هامين تمثل الأول في إزالة الصبغة الشمولية التي أضفتها عبارة "تنظر المحاكم التونسية في جميع النزاعات ... على إختصاص المحاكم التونسية وذلك بحذف كلمة "جميع" المتقدمة على كلمة "النزاعات" لفسح المجال لكل إستثناء محتمل.

وتمثل التعديل الثاني في إستثناء النزاعات التي يكون موضوعها حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية من نطاق إختصاص المحاكم التونسية المؤسّس على قبول الأجنبي غير المقيم التقاضي لديها.

وبما أن مضمون الفقرة الأولى يتمثل في الإختصاص القائم على فكرة المقر ومضمون الفقرة الثانية يتمثل في الإختصاص القائم على الخضوع الإرادي، وهما فكرتان مختلفتان فقد رأت اللجنة إبرازهذا الإختلاف وذلك بتفكيك الفصل 3 من المشروع الأول إلى فصلين: ثالث ورابع وضمنت الأول (الفصل 3 الحالي مع فارق بسيط يتمثل في صياغة آخره على النحو التالي: ... بعقار كائن بالخارج) الإختصاص المؤسّس على إقامة المطلوب الأجنبي بالبلاد التونسية، وضمنت الثاني (الفصل 4 الحالي) الإختصاص المبني على الخضوع

الإرادي.

ولما عرض المشروع على اللجنة الثالثة أقرت كلّ ما إقترحتــه اللجنــة الثانية بشأنه.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام لجنة التشريع العام والتنظيم العــام لــلإدارة أي تساؤل أو إقتراح لكنه أثار – أمام لجنة ا.لشؤون السياسية والعلاقات الخارجية – عدة أسئلة صيغت في أربعة مقترحات:

– **الأول**: تعويض كلمة الإختصاص كموضوع للعنوان الثاني بعبــارة: "إختصاص المحاكم التونسية".

– **والثاني**: إضافة "أو يوجد بها من يمثله للحضور لديها" في آخر هــذا الفصل.

– **والثالث**: إضافة فقرة ثانية لهذا الفصل: "تنظر المحاكم التونسية فــي النزاعات المدنية والتجارية الموجهة ضد تونسي ولو كان مقــره بالخــارج إذا كان الطالب مقره بتونس" خاصة وانه وقع إلغاء الفقرة الثانية وما بعــدها مــن الفصل الثاني من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية.

– **الرابع**: إضافة فقرة ثالثة تتعلّق بإختصاص المحاكم التونسية في حالة عدم وجود محكمة مختصة للنظر في نزاعات أشخاص ليست لهم جنسية.

وقد أجابت وزارة العادل على المقترح الأول بقبوله وتعــديل العنــوان الثاني ليصبح "إختصاص المحاكم التونسية"

وأجابت على المقترح الثاني بما يلــي: تلاحــظ الــوزارة أنّ قاعــدة الفصل 3 من المشروع ما هي إلا تكريس لإحدى قواعد الإجراءات التقليدية في

القانون الداخلي والمتمثلة في أن المحكمة المختصة ترابيا هي المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر المطلوب أصليا كان أو مختارا. وهو إختصاص موضوعي وبالتالي إذا لم يكن المطلوب مقيما بالبلاد التونسية فإن المحاكم التونسية لا يمكن أن يمتد إختصاصها للمطلوب المقيم بالخارج ولو وجد من يمثله بالحضور لديها ضرورة أنّه لا بد من التفريق كذلك بين معيار المقر الذي يؤسس للإختصاص ووجوبية تكليف المحامي للنيابة القانونية طبق ما تقتضيه إجراءات التقاضي.

وأجابت على المقترح الثالث بما يلي: لا توافق الوزارة على هذه الإضافة للأسباب الآتية:

1- إن هذه الإضافة بوجه الإستثناء قد يتولد عنها هضم حق التونسي نفسه عندما يكون مطلوبا ومقيما بالخارج في الدفاع عن مصالحة وهو ما سينجر عنه ظهور إزدواجية بين نظر المحاكم التونسية المتعهدة بدعوى ضد تونسي مقيم بالخارج والمحاكم الأجنبية التي قد يرفع أمامها الطالب دعوى ضد نفس المطلوب المذكور وفي نفس الموضوع وهذا مخالف لمبدأ إستقلالية النظم القضائية فضلا عمّا سيتكبده التونسي من مصاريف تنقل إلى غير ذلك[1].

2- إن المبدأ المنصوص عليه بالفصل 3 من المشروع هو مبدأ دولي وبالتالي فهو مكرس بمختلف التشاريع المقارنة.

3- إذا كان موضوع النزاع عقارا أو حقا عينيا أو متعلقا بإجراءات التفليس أو التصفية أو التنفيذ خارج حدود الوطن فإن المحاكم الأجنبية تكون وحدها المختصة بصفة مطلقة مما يفقد الإضافة المقترحة صفة العمومية التي

---

[1] – لقد رفضت المحاكم التونسية تحديد إختصاصها الدولي على أساس جنسية المدعي التونسية – أنظر الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد15255 بتاريخ 2000/6/29 (غير منشور).

يقتضيها التشريع.

وأجابت على المقترح الرابع بما يلي: "لا ترى الوزارة ضرورة في ذلك طالما أن مقر عديمي الجنسية يكون الرابطة الوحيدة الممكنة لهؤلاء مع نظام قانوني ما وهو ما يترتب عنه بالضرورة خلط بين الإختصاص القضائي والإختصاص التشريعي في حين أن الإختصاص الأوّل يقتضي وجود رابطة بين المتقاضي والمحكمة المتعهدة. وفي حالة عديمي الجنسية فإن الرابطة الوحيدة الممكنة هي المقر وبالتالي فإنه لا ضرورة من ذلك الإختصاص القضائي في هذه الصورة طالما أنّه يكفي تحديد الإختصاص التشريعي بمقتضى معيار "المقر" وهو الحل الذي إعتمده فقه القضاء الفرنسي منذ قرار "أورليون" في 29 فيفري 1929 والفصل 12 من إتفاقية نيويورك المؤرخة في 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بحالة من لا جنسية لهم والفصل 12 من إتفاقية جنيف المؤرخة في 28 جويلية 1951 المتعلقة "باللاجئين"[1].

الفصل 4:

تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية.

I- الشرط: (معيار الخضوع الإرادي للمحاكم التونسية)

أ- مفهوم الخضوع الإرادي:

يضيف هذا الفصل معيارا ثانيا لتحديد الإختصاص الدولي للمحاكم التونسية، هو معيار الخضوع الإرادي. فمثلما تختص المحاكم التونسية بالنظر

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي ص252 وما بعد.

في النزاعات المدنية والتجارية المرفوعة ضد الأجنبي المقيم بتـونس تخـتص بنظر هذا النوع من النزاعات إذا عينها الأطراف أو قبلوا التقاضي لديها ولو لم يكن لهم بها مقر أصلي أو مختار أو لم يكن النزاع من إختصاصها أصلا.

لكن حرية المتقاضين في تحديد الإختصاص القضائي الـدولي للمحـاكم التونسية ليست مطلقة بل أنها مقيدة بعدم تعلق موضوع النزاع بحق عيني على عقار كائن خارج البلاد بإعتبار هذا النوع من النزاعات غير مـرتبط بالنظـام القانوني التونسي ولا بالسيادة الوطنية وهما عنصرا الإسـناد المعتمـدان مـن المشرّع لتحديد إختصاص المحاكم التونسية[1].

وقد كانت إمكانية الإتفاق على إختيار المحاكم التونسية للنظر في النزاع ذي العنصر الأجنبي غير منصوص عليها بالتشريع الجاري به العمـل وكـان الرضا بالتقاضي لديها مخولا للأجنبي غير المقيم فحسب وكان فقـه القضـاء التونسي لا يجيز الإتفاق على تغيير الإختصاص القضـائي الـدولي للمحـاكم التونسية إلا إذا كان هذه الإتفاق يجلب لها إختصاصا لم يكن من أصله مقـررا لها[2] فجاء هذا الفصل ليخول للتونسي غير المقيم بتونس وللأجنبي غير المقيم بها على حد السواء إمكانية الإتفاق أو قبول التقاضي لديها.

لكن هل بإمكان طرفي القضية أن يتفقا بعد رفع الدعوى أمـام القضـاء التونسي على فسخ الإتفاق والمطالبة بالتخلي عن الدعوى لعدم الإختصـاص؟ وهل بإمكان المطلوب الذي قبل التقاضي لدى المحـاكم التونسـية أن يتراجـع أمامها فينكر عليها الإختصاص إذا ما رأى أن الدعوى تسير في إتجاه لا يتفـق

---

[1]- مذكرة شرح الأسباب.

[2]- أنظر الحكم المدني الإبتدائي عدد1058 المؤرخ في 1961/01/21 مجلّة القضاء والتشريع عدد6 لسنة 1961 ص58 والقرار التعقيبي المدني عـدد4196 الصـادر فـي 1981/11/08 ن1981 ص132.

ومصالحه مثلا؟ لقد نص الفصل 10 من المجلّة على أن الدفع بعدم إختصاص المحاكم التونسية يجب إثارته قبل الخوض في الأصل ولهذا فإن الإتفاق الصحيح على إسناد الإختصاص للمحاكم التونسية أو الرضا السليم بالتقاضي لديها ينعقد به الإختصاص لها بصورة نهائية إلا إذا ثبت أنّه قد إنبنى على تحايل Fraude (أنظر الفصل 30 من هذه المجلّة).

ومثلما يكون الإتفاق أو الرضا بإختصاص المحاكم الوطنية صريحا يكون ضمنيا بالحضور أمامها والجواب في الأصل دون إثارة مرجع النظر القضائي الدولي.

وقد يكون الإتفاق على الخضوع للمحاكم التونسية شفاهيا أو كتابيا وقد يكون سابقا لرفع الدعوى وقد يكون مصاحبا لها أو لاحقا لكن إذا أنكر أحد الطرفين الإتفاق الشفاهي فهل يجوز لخصمه أن يثبته بالبينة أو اليمين الحاسمة؟ بالرغم من أن المشرّع لم يشترط شكلا معينا لهذا الإتفاق أو ذلك الرضا فإن كلّ تأويل موسع لقواعد الإختصاص الدولي للمحاكم التونسية يعتبر مخالفا لإرادة المشرّع (أنظر الفصل 532 م.إ.ع) الذي كان من بين مقاصده حين أعاد النظر في قواعد إختصاص المحاكم التونسية وإستبدال أحكام الفقرة 2 وما بعدها من الفصل 2 من م.م.م.ت بأحكام العنوان الثاني من هذه المجلّة – كان من بين مقاصده الحد من نزعة توسيع إختصاصها التي كانت مهيمنة على فقة القضاء الوطني قبل صدور هذه المجلّة. هذا من جهة ومن أخرى فإن من بين مصادر هذا الفصل إتفاقية بروكسال والفصل 17 منها على وجه الخصوص الذي يشترط إذا كانت الإتفاقية على الإختصاص شفاهية أن يقع تأكيدها كتابيا.

لكن هل يعتبر غياب المدعي عليه قبولا ضمنيا لولاية المحاكم الوطنية؟ لم يجب المشرّع[1] على هذا السؤال ولا نعتقد أن عدم حضور الأجنبي ولو بلغه

[1]- خلافا للمشرع التونسي فقد أجاب المشرّع المصري على هذا السؤال إذ تضمنت المادة 35 من

الإستدعاء شخصيا يمكن أن يعتبر قبولا لولايـــة المحـــاكم التونســـية لأن أســـاس الإختصاص في هذه الحالة إنما هو قبول المدعى عليه الخضوع مختـــارا لولايـــة المحاكم الوطنية ولا يمكن أن يعتبر غيابه عن الحضور قبولا ولـــو ضـــمنيا بـــل الأقرب إلى الصواب أن يعتبر رفضا لولاية المحكمة التونسية التي دعي للمثـــول أمامها لأنها محكمة غير مختصة بالأساس، وتبقى غير مختصة طالما لم يحضـــر الأجنبي ويمنحها الإختصاص بقبول الخضوع لولايتها هذا من جهة ومـــن أخـــرى فإنه ليس من المعقول أن يطالب هذا الأجنبي بالحضور أمام محكمة غير مختصـــة في بلد غير بلده أو بتكليف محام نيابة عنه لمجرد الدفع بعدم الإختصاص.

وما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن إختيار القانون التونسي لحكـــم علاقة الطرفين لا يعني إختيارهما الخضوع لولاية المحاكم التونســـية[1] أخـــذا بمبدأ عدم تلازم الإختصاصين: القضائي والتشريعي[2].

ب- شروط الخضوع الإرادي:

أن حرية الإرادة في إختيار ولاية محكمة دولة ما بعرض نـــزاع معـــين عليها وإن لم يقيدها المشرّع التونسي إلا بإخراج حالة تعلـــق الـــدعوى بعقـــار خارج التراب من نطاق تلك الإرادة فإن الفقه[3] يربطها بشرطين إثنين:

قانون المرافعات المصري "إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظـــر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم إختصاصها من تلقاء نفسها".

[1]- لقد أكدت المحكمة الإبتدائية بتونس: "أن إختيار القانون الأجنبي كقانون للعقد لا يعنـــي إختيـــار محاكم ذلك البلد للنظر فيما قد ينشأ عن ذلك العقد من النزاع – أنظر الحكم التحضيري الصـــادر عنها في القضية عدد9901 بتاريخ 1999/10/13 (غير منشور).

[2]- أنظر الإجراءات المدنية والتجارية الدولية للأستاذ عكاشة محمد عبد العال نشر مكتبة سعيد رأفت 1984 جمهورية مصر العربية ص16 وما بعد.

[3]- الأستاذين سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص – الـــدار الجامعيـــة بيروت لبنان ص470 وما بعد. وكذلك الأستاذ: P.Mayer DIP P187 et s.

- **الشرط الأوّل:** وجود رابطة جدية بين موضوع النـــزاع المعـــروض والمحاكم الوطنية وإذا ظهر لهذه الأخيرة إنعدام كلّ صلة بين النزاع والإقلـــيم التونسي حكمت بعدم الإختصاص من تلقاء نفسها وذلك لمنـــع التحايـــل علـــى الإختصاص (يمكن أن نستروح هذا المبدأ من أحكـــام الفصـــل 30 مـــن هـــذه المجلّة) ولضمان القوة والفاعلية للأحكام التي تصدرها المحاكم الوطنية[1].

ومناط قيام تلك الصلة هو المصلحة المشروعة للخصوم ولو تعلق الأمر بنزاع هو من إختصاص محاكم أجنبية ما عدا حالة العقار خارج التراب فـــإن التخلي عن الدعوى المتعلقة به أمر حتمي لأن المشرّع أخرجـــه مـــن نطـــاق الإختيار الإرادي.

وقد تكون هذه الحالة الأكثر وضوحا ودلالة علـــى إنعـــدام الصـــلة أو المصلحة المشروعة للخصوم في إختيار الخضوع للمحاكم التونسية لذلك بـــادر المشرّع التونسي بإخراجها من نطاق سلطان إرادتهم بجعل إتفاقهم غير مـــاض بخصوصها.

- **الشرط الثاني:** "أن لا يتعلّق الإتفاق بالإختصاص المطلـــق للمحـــاكم الوطنية، ومؤدي هذا الشرط أنّه لا يجوز للأشخاص أن يتفقـــوا علـــى ســـلب المحاكم التونسية مثلا إختصاصها المطلق المقرر بمقتضى قوانينها الوطنية مثل الحالات المنصوص عليها بالفصل 8 من هذه المجلّة لأنّه يهم النظام العام.

أما الإختصاص الإختاري أو العادي فيجوز للأطراف أن يتفقـــوا علـــى

---

[1]- لقد قضت المحكمة الإبتدائية ومن تلقاء نفسها بعدم إختصاصها بالنظر في دعوى بين تونسيين يقيمون بفرنسا بناء على تمركز جميع عناصر النزاع بالخارج وعدم وجود رابطة وثيقة بين النزاع والنظام القانوني التونسي (نزاع حول أداء معين شيكات أصدرت بفرنسا بالعملة الفرنسية، بين تونسيين يقيمون جميعا بفرنسا) – أنظر الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد11267 بتاريخ 1999/12/23 (غير منشور).

سلبه من المحاكم الوطنية[1].

ومجال الإتفاق على الإختصاص القضائي الدولي يكاد ينحصر في المادة التعاقدية وعقود التجارة الدولية على وجه الخصوص[2].

II- المصادر:

هذا الفصل مستمد من:

1- الفقرة الثالثة من الفصل 2 من م.م.م.ت أولا التي تنص على: "إما إذا قدمت الدعوى ضد أجنبي مقيم خارج التراب التونسي فليس لها أهلية النظر في شأنها إلا في الحالات الآتية:

أولا: إذا رضي بالتقاضي لديها ما لم تكن الدعوى متعلقة بعقار خارج التراب".

وكما هو ملاحظ فإن النص الحالي قد أضاف إمكانية إتفاق الأطراف على تعيين المحاكم التونسية للنظر في النزاع ذي الصبغة الدولية وأضفى على رضا المطلوب بالتقاضي لديها صبغة عامة بما صيره ينسحب على كلّ مقيم خارج التراب التونسي سواء أكان أجنبيا أم تونسيا بينما النص القديم كان يعطي هذه الإمكانية للأجنبي فقط أما التونسي ولو كان مقيما بالخارج فإن مقاضاته كانت تقع حتما أمام المحاكم التونسية.

2- ومن إتفاقية بروكسال المؤرخة في 1968/9/27 والمتعلقة بإختصاص القضائي وتنفيذ القرارات المدنية والتجارية وهي إتفاقية مبرمة بين دول المجموعة الأوروبية (الإتحاد الأوروبي حاليا) وخاصة الفصل 17

---

[1] أنظر الحكم التحضيري (يتعلّق برفض الدفع بعدم الإختصاص) الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد 9901 بتاريخ 1999/10/13 (غير منشور).

[2]- أنظر: P.Mayer DIP P187- Civ 17/12/1985 RCDIP 1985 -

منها الذي هذا نصّه.

Section 6: Prorogation de compétence

Art 17 – *Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction est conclue:*

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles,

soit ,

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.

Le tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant auxquels l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit de relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.

Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 12 et 15 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 16.

Si une convention attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente convention.

En matière de contrats individuels de travail, la convention attributive de juridiction ne produit ses effets que si elle est postérieure à la naissance du différend ou si le travailleur l'invoque pour saisir d'autres tribunaux que celui du domicile du défendeur ou celui indiqué à l'article 5 point 1.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

تراجع الفقرة (أ) من الأعمال التحضيرية المتعلقة بالفصل 3 الذي كان يشتمل على مضمون الفصل 4 وقد أوضحنا ما قيل في شأنه من قبل هذه اللجان.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالين:

الأوّل: تقدمت به لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وتمثل في إقتراحها على وزارة العدل: إضافة فقرة ثانية تنص على: "وإذا قبل المطلوب المثول لديها بدون إثارة عدم الإختصاص في أوّل جلسة".

وكان جواب الوزارة أنها: "لا ترى ضرورة لإضافة فقرة ثانية للفصل 4 من المشروع طالما أنّه تعرض لهذه الحالة (تقصد الفصل 10 من المجلّة الذي يوجب إثارة الدفع بعدم إختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل وهي قاعدة عامة تنسحب على كلّ الحالات) مع الإشارة لقيام إستثناءات وهي نزاعات تخص عقارا موجودا بالخارج أو إجراءات تفليس بالخارج وكذلك في صورة بند تعاقدي يسند الإختصاص للمحاكم التونسية أو لغيرها (مثال الإتفاق التحكيمي).

والثاني: تقدمت به لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وتمثل في إقتراحها: تعويض عبارة "بالخارج" في آخر الفصل بـ"خارج البلاد التونسية"[1].

وقد إستجابت الوزارة للإقتراح وتم تعديل آخر الفصل الرابع ليصبح هكذا: ... بعقار كائن خارج البلاد التونسية"[2].

الفصل 5:

تنظر المحاكم التونسية أيضا:

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

2- إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد نفذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية إلا إذا تضمن العقد إتفاقا على إختصاص محكمة أجنبية.

3- في النزاعات التي يكون موضوعها حقا منقولا موجودا بالبلاد التونسية.

4- في النزاعات المتعلقة بالملكية الفكرية إذا وقع التمسك بحمايتها بالبلاد التونسية.

I- الشرط: (معيار تمركز العلاقة بتونس)

لقد إعتمد المشرّع – لتحديد إختصاص المحاكم التونسية عنصرين إثنين: عنصر إرتباط العلاقة أو المال بالنظام القانوني التونسي من جهة وعنصر

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص253.

[2]- مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص244.

السيادة[1] من جهة أخرى.

وعنصر الإرتباط يستخلص من مدى تمركز العلاقة القانونية بتونس وتعتبر العلاقة متمركزة بتونس (Localisé sur le territoire tunisien) إذا كان الحق موضوع النزاع (المال المنقول مثلا) أو مصدره (كالفعل الموجب للمسؤولية) متمركزا بها [2]. أي موجودا أو حصل بها.

وتبعا لهذا التمركز يسند لها الإختصاص ولو لم يكن للأجنبي المدعى عليه مقر بتونس بإعتبارها الأقدر على حل النزاع وبالكيفية التي تضمن للحكم الذي سيصدر عنها فاعليته ونفاذه – من جهة ولأن إعتماد التمركز الموضوعي للنزاع بالإقليم معيارا لإسناد الإختصاص به لمحاكم ذلك الإقليم من شأنه أن يساهم – من جهة أخرى – في إرساء مبدأ إستقلالية النظم القضائية الدولية بعضها عن بعض. وإستقلالية النظم القضائية تحد من ظاهرة تناقض الأحكام التي تعد من أكبر العقبات التي كثيرا ما تحول دون الحصول على الإذن بتنفيذ السندات القضائية خارج حدود الدولة التي صدرت فيها بالإضافة إلى إختصار أجل الخصام والتخفيف من تكاليف التقاضي[3].

وتطبيقا لهذا المعيار (إرتباط العلاقة أو المال بالنظام القانوني التونسي) أسند هذا الفصل للمحاكم التونسية الإختصاص بدعاوى المسؤولية المدنية التقصيرية (الناشئة عن جنحة أو شبهها) إذا إرتكب الفعل الموجب للمسؤولية بتونس أو إذا حصل الضرر الناجم عنه بها.

كما إسند لها الإختصاص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالمسؤولية

---

[1] – أنظر مذكرة شرح الأسباب.

[2] – أنظر دراسة الأستاذ محمد العربي هاشم:
Revue Critique de DIP N°2 Avril-Juin 99 P233

[3] – الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص ص58 وما بعد.

التعاقدية إذا كانت تونس مكان تنفيذ العقد[1] سواء نفذ هذا العقد بها بصورة فعلية (كليا أو جزئيا) أو كان واجب التنفيذ بها إما بطبيعته أو بموجب الإتفاق. وفي هذه الحالة يمكن للأطراف أن يتفقوا على إسناد الإختصاص لمحكمة أجنبية.

وفي كلا الحالتين يجب أن لا ينطوي إتفاقهما على إسناد الإختصاص للمحاكم التونسية أو سلبه منها على تحايل (Fraude).

كما أسند لها أيضا الإختصاص بالدعاوى المتعلقة بالحقوق المنقولة إذا كان الحق موجودا بتونس.

أما الملكية الفكرية فنظرا لصعوبة تركيزها في مكان ما فإن المشرّع التونسي قد إعتمد لتحديد إختصاص المحاكم التونسية بالنزاعات المتعلقة بها الحلول المكرسة بالإتفاقيات الدولية (إتفاقية بروكسال لسنة 1968 المتقدمة الإشارة إليها وإتفاقية بارن لحماية المؤلفات الأدبية والفنية المؤرخة في 1988/09/09) وبعض القوانين المقارنة (القانون السويسري) فأسند لها الإختصاص بالنظر إذا وقع التمسك بحمايتها بتونس.

ومفهوم الملكية الفكرية يحدّد وفق أحكام القانون التونسي بإعتباره قانون القاضي لتعلق الأمر بتفسير قاعدة إسناد وطنية (أنظر الفصل 27 من هذه المجلّة) [2].

II-المصادر:

هذا الفصل متعدّد المصادر:

---

[1] - القرار التعقيبي المدني عدد5649 المؤرخ في 1968/01/25 ق.ت عدد8-9 لسنة 1968 ص61.

وقد إعتبرت المحكمة الإبتدائية بتونس المحاكم التونسية مختصة ولو نفذ العقد بتونس في جزء منه فقط – أنظر الحكم الصادر في القضية عدد15255 بتاريخ 2000/6/29 (غير منشور).

[2] - أنظر P.Mayer DIP P112

فالفقرتان الأولى والثانية مستمدّتان من الفقرة 3 الملغاة من الفصل 2 من م.م.م.ت رابعا التي كانت تنص على إختصاص المحاكم التونسية بالدعوى التي ترفع ضد الأجنبي: "إذا كانت ناشئة عن حادثة وقعت بتونس أو عن عقد أبرم بها أو نفذ فيها أو كان مشروطا تنفيذه فيها" مع إعادة صياغة تلك الفقرة وتوسيع إختصاص المحاكم التونسية ليشمل حالتي وقوع الفعل الموجب للمسؤولية بتونس وحصول الضرر بها. وتضييق مجال إختصاصها بدعاوى المسؤولية العقدية بإلغاء حالة الإختصاص المؤسسة على مجرد إبرام العقد بتونس بناء على أن مكان إبرام العقد لم يعد رابطة كافية لإرتباط النزاع بالنظام القانوني خاصة إزاء التقدم الكبير الذي عرفته وسائل الإتصال[1].

وتخويل الأطراف تضمين العقد الذي إشترط تنفيذه بتونس أو كان واجب التنفيذ بها إتفاقهما على إسناد الإختصاص بالنظر في النزاعات التي قد تنشأ عنه لمحكمة أجنبية.

كما أن أحكام إتفاقية بروكسال المتعلقة بالإختصاص القضائي لم تكن غائبة عن أذهان محرري هذين الفقرتين ولا سيما الفقرتين 1 و3 من الفصل الخامس الذي نثبت هنا كامل نصه لمزيد الإستفادة من باقي أحكامه التفصيلية:

Seetion 2: Compétences spéeiales

Art 5 – *Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait, dans un autre Etat contractant:*

1- en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail ; lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut être également attrait devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a

[1] – الأستاذ علي المزغني: تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص سبقت الإشارة إليه ص166.

embauché le travailleur ;

2- en matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, sauf si cette compétence est uniquement fondée sur la nationalité d'une des parties ;

3- en matière délictuelle ou quasi délictuelle devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ;

4- S'il s'agit d'une action en réparation de dommage ou d'une action en restitution fondées sur une infraction, devant le tribunal saisi de l'action publique dans la mesure où, selon sa loi, ce tribunal peut connaître de l'action civile ;

5- s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant le tribunal du lieu de leur situation ;

6- en sa qualité de fondateur, de trustee ou de bénéficiaire d'un trust constitué soit en application de la loi soit par écrit ou par une convention verbale, confirmée par écrit, devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel le trust a son domicile.

7- s'il s'agit d'une contestation relative au paiement de la rémunération réclamé en raison de l'assistance ou du sauvetage dont a bénéficié une cargaison ou un fret, devant le tribunal dans le ressort duquel cette cargaison ou le fret s'y rapportant:

a) a été saisi pour garantir ce paiement, ou

b) aurait dû être à cet effet, mais une caution ou autre sûreté a été donnée,

Cette disposition ne s'applique que s'il est prétendu que le défendeur a un droit sur la cargaison ou sur le fret ou qu'il avait un tel droit au moment de cette assistance ou de ce sauvetage.

أمّا الفقرة 3 فهي نفس الفقرة ثالثا من الفصل 2 من م.م.م.ت بإستثناء عبارة "أموال غير منقولة التي أدرجت ضمن الفصل 8 من هذه المجلّة بإعتبارها من الإختصاص المطلق للمحاكم التونسية.

وأما الفقرة الرابعة من هذا الفصل فإختصاص مستحدث للمحاكم التونسية لم يعرفه التشريع السابق وقد إستروح الحل الوارد بها من إتفاقية بارن[1] لحماية المؤلفات الأدبية والفنية ومن القانون السويسوي (القانون الفدرالي الصادر في 1987/12/18) ونورد هنا نص الفصلين 5 و6 مكرر من إتفاقية بارن:

Convention de BERNE

Article 5

1- Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention.

2- La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ; cette jouissance et cet exercices sont indépendants de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis pour sauvegarder ces droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays ou la protection est réclamée.

3- La protection dans le pays d'origine est réglée par la

---

[1] – أبرمت في بارن بتاريخ 1888/9/9 وتممت بباريس في 1896/5/4 ووقعت مراجعتها ببرلين في 1908/11/13 ثم تممت ببارن في 1914/3/20 ثم وقعت مراجعتها من جديد بروما في 1928/6/12 وفي بروكسال في 1948/6/26 وفي باريس في 1971/7/24.

législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, Il aura dans ce pays les mêmes droits que les auteurs nationaux.

4- Est considéré comme pays d'origine:

a- pour les œuvres publiées pour la première fois dans l'un des pays de l'union ce dernier pays, toutefois, s'il s'agit œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'union admettent des durées de protection différentes, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue.

b- pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union, et dans un pays de l'Union, ce dernier pays.

c- pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant ; toutefois

i) s'il s'agit d'œuvres cinématographiques dont le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un pays de l'union, le pays d'origine sera ce dernier pays et,

ii) s'il s'agit d'œuvre d'architecture édifiées dans un pays de l'union ou œuvres des arts graphiques et plastiques faisant corps avec un immeuble situé dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays.

Article 6 bis

1- Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation.

2- Les droits reconnus à l'auteur en vertu de l'al 1 ci-dessus sont, après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes ou institutions

auxquelles la législation nationale du pays où la protection est réclamée donne qualité. Toutefois, les pays dont la législation en vigueur au moment de la ratification du présent acte ou de l'adhésion à celui-ci, ne contient pas de dispositions assurant la protection après la mort de l'auteur de tous les droits reconnus en vertu de l'al.1 ci-dessus ont la faculté de prévoir que certains de ces droits ne sont pas maintenus après la mort de l'auteur.

3- Les moyens de recours pour sauvegarder les droits reconnus dans le présent article sont réglés par la législation du pays où la protection est réclamée.

ونص الفصل 109 من القانون السويسري:

Chapitre 8: Propriété intellectuelle

Art 109:

I/- Compétence:

1- Les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou à défaut de domicile ceux du lieu où la protection est invoquée sont compétents pour connaître des actions portant sur les droits de propriété intellectuelle. Font exception les actions sur la validité ou l'inscription de droits de propriété intellectuelle à l'étranger.

2- Si plusieurs défendeurs peuvent être recherchés en Suisse et si les prétentions sont essentiellement fondées sur les mêmes faits et les mêmes motifs juridiques l'action peut être intentée contre tous devant le même juge compétent ; le juge saisi en premier lieu à la compétence exclusive.

3- Lorsque le défendeur n'a pas de domicile en Suisse les actions portant sur la validité ou l'inscription en Suisse de droits de propriété intellectuelle sont intentées devant les tribunaux suisses du siège commercial du représentant inscrit au registre ou à défaut devant les tribunaux du lieu où l'autorité qui tient le registre à son siège.

III-الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل الخامس من المجلّة في المشروع الأولى الذي أعدته اللجنة الأولى موزعا بين أربعة فصول هي:

- الفصل 4 وهذا نصه: وتختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالمسؤولية المدنية التقصيرية إذا كان الفعل الناجم عنه المسؤولية أو الضرر قد إرتكب أو وقع بالبلاد التونسية.

- الفصل 5 وهذا نصه: وتختص أيضا بالنظر إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد وقع تنفيذه أو كان من الواجب تنفيذه بالبلاد التونسية إلا إذا تضمن العقد إتفاقا على إختصاص محكمة أجنبية.

- والفصل 6 وهذا نصه: وتختص أيضا بالنظر في النزاعات التي موضوعها حق عيني موجود بالبلاد التونسية.

- والفصل 7 وهذا نصه: تختص المحاكم التونسية بالنظر في مادة الملكية الفكرية إذا وقع التمسك بحمايتها بالبلاد التونسية.

إلا أن اللجنة الثانية أعادت صياغة الفصول الأربعة وإستبدلت عبارة "حق عيني" بحق منقول" في الفصل 6 وجمعتها في فصل واحد هو الفصل 5 الحالي لإتحاد مضمونها.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل سؤالا واحدا تقدمت به لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة هذا نصه: "هل أن إتفاق الأطراف صلب العقد على الإختصاص الترابي يهم النظام العام وهل يمكن للمحكمة تجاوزه من تلقاء نفسها؟"

وقد أجابت وزارة العدل على هذا السؤال بما يلي: مبدئيا لا يهم الإختصاص الترابي النظام العام حسب مجلّة المرافعات المدنية والتجارية. فيمكن للأطراف المتعاقدة تحديد المحكمة التي يرونها للنظر في نزاعاتهم الناشئة عن ذلك العقد وليس للمحكمة حق إثارته لأنّه يهم مصالح الأطراف المتنازعة الذين عليهم إثارته من طرفهم وقبل أي جواب في أصل الدعوى وإلا بات تمسكهم به غير مقبول. إلا أنّه لا يجوز التعاقد خلافا للصور التي يكون فيها الإختصاص الترابي إضطراريا والمنصوص عليها صراحة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية لأنها تصبح في هذه الصورة ماسة بالنظام العام وذلك مثل النفقة وعندما تكون الدولة طرفا أو حين يكون العقار في تونس أو في الجنح وغيرها[1].

الفصل 6:

كما تنظر المحاكم التونسية:

1- في الدعاوى المتعلقة بالبنوة أو بإجراء لحماية قاصر يكون موجودا بالبلاد التونسية.

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

3- إذا تعلّقت الدعوى بتركة إفتتحت بالبلاد التونسية أو كانت مرتبطة بإنتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية.

I- الشرح: (بعض المعايير الخاصة)

- تسند الفقرة 1 من الفصل 6 م.ق.د.خ للمحاكم التونسية الإختصاص

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص245/244.

بالنزاعات ذات العنصر الأجنبي ولو كان المدعى عليه مقيما بالخارج إذا تعلّقت الدعوى بالبنوة أي بإثبات نسب الصغير أو نفيه أو بأي إجراء لحماية قاصر موجود بتونس سواء تعلّقت الحماية بذاته (كالحضانة) أو بما له (كالولاية).

لكن هل يشترط لإختصاص المحاكم التونسية أن يكون القاصر موجودا بتونس بصورة مادية فقط ولو كان بحالة عبور كالسائح في النزل أو المسافر في المطار أو الميناء أم يجب أن يكون مقيما بها (على معنى الفصل 7 من م.م.م.ت) وهل أن إختصاص المحاكم التونسية منحصر في الحالة التي يكون فيها القاصر مدعيا فقط دون الحالة التي يكون فيها مدعى عليه بإعتبار أن مصلحة الصغير هي الباعث على إختيار هذا الحل؟

بما أن معيار إسناد الإختصاص الدولي للمحاكم التونسية في هذه الصورة هو إرتباط العلاقة المعتبرة دولية بالنظام القانوني التونسي فإن عنصر الإرتباط لا يتحقق إلا في صورة وجود رابطة موضوعية بين العلاقة موضوع الدعوى والنظام القضائي التونسي ولقيام مثل هذه الرابطة يجب أن يكون الصغير مقيما بتونس أي أن تكون تونس هي المكان الذي يقيم فيه عادة أو يمارس فيه مهنته أو تجارته (إن كان مأذونا له بذلك بمقتضى القانون أو بإذن من القضاء).

لكن يكفي مجرد الوجود المادي للقاصر بتونس في صورة تعلق الأمر بإجراء حمائي متأكد.

وأما بخصوص حصر الإختصاص في الحالة التي يكون فيها القاصر مدعيا فإن تأويل عبارة "قاصر موجود بتونس" بمقيم بتونس تجعل هذا الشرط لا معنى له لان المحاكم التونسية ستكون مختصة بنظر الدعوى التي يرفعها الأجنبي غير المقيم بتونس مثلا على القاصر المقيم بها على أساس أحكام الفصل 3 من هذه المجلّة بناء على إقامة المطلوب بتونس وربّما يكون لهذا

الشرط معنى إذا أولنا عبارة "قاصر موجود بتونس" بالوجود المادي فحسب وهذا تأويل نستبعده لصعوبة تحقيق المحاكمة العادلة في مثل هذه الظروف الإستثنائية جدا.

- وأمّا الفقرة 2 من الفصل 6 فتسند الإختصاص للمحاكم التونسية بدعاوى النفقة إذا كان الدائن بها مقيما بتونس.

والملاحظ أن المشرّع لم يفرق بين دائن وآخر فكل دائن بالنفقة مقيم بتونس ومهما كان سبب دينه: القانون أو الإرادة تكون المحاكم التونسية مختصّة بالدعوى التي ترفع منه أو عليه (كما في دعوى الرجوع في النفقة لزوال موجبها) وذلك مراعاة للوضع المادي الذي يكون عليه هؤلاء والذي لا يسمح بتحميلهم مشقة وكلفة الإنتقال إلى المدين لمقاضاته أمام محكمة مقره وهذا الحل مكرس حتى بالنسبة للإختصاص الترابي الداخلي (الفصل 36 من م.م.م.ت الفقرة (5) التي تعطي الخيار للمدعي بين رفع دعواه أمام محكمة مقر المدين أو أمام محكمة مقر الدائن).

- وأما الفقرة (3) من الفصل 6 فتسند الإختصاص للمحاكم التونسية بالدعاوى المتعلقة بالإرث على أساسين مختلفين:

الأساس الأوّل: إفتتاح التركة بتونس أي أن كلّ الدعاوى المتعلقة بالتركة[1] التي أفتتحت بتونس تكون من إختصاص القضاء التونسي بقطع النظر

---

[1]- إعتبرت المحكمة الإبتدائية بتونس الدعاوى المتعلقة بإبطال العقود التي يبرمها المورث في مرض موته ليست من دعاوى التركة التي تختص بها محكمة مكان افتتاح التركة وإنما هي دعوى عقدية لا تخضع لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 6 من م.ق.د.خ –أنظر الحكم المدني الصادر عن المحكمة المذكورة في القضية عدد9296 بتاريخ 2000/02/21 (غير منشور) وقد جارتها محكمة الإستئناف بالعاصمة في ذلك (أنظر الحكم المدني الإستئنافي عدد78272 الصادر في 2002/04/10 – غير منشور).

لكن محكمة التعقيب نقضت الحكم الإستئنافي المذكور معتبرة حق الورثة في المطالبة بإبطال تصرفات

عن مكان وجود المال وإقامة الأطراف.

وتعتبر التركة قد إفتتحت بتونس إذا كانت البلاد التونسية (الإقليم) هي آخر مقر معلوم للمورث.

وهذا المعيار منتقد بأنه غير مؤسس على قيام رابطة حقيقية بين النزاع والنظام القانوني التونسي لأنّه يعطي للمحاكم التونسية الإختصاص ولو كانت أموال التركة غير موجودة بتونس. لكن المشرّع إعتبر أن محكمة إفتتاح التركة هي الأقدر على حل كلّ نزاع يتعلّق بها[1].

لكن هناك من يرى أن هذا الحل مؤسس على تركيز موضوعي واضح يتمثّل في أن إسناد الإختصاص لمحكمة إفتتاح التركة يعني إسناده لمحكمة آخر مقر للمورث وهذا الحل مؤسس على أن هذا المكان عادة ما تتركز فيه معظم أمواله وتوجد به غالبية مدينيه ومن ثم تكون محاكم هذه الدولة الأكثر قدرة على الفصل في الدعاوى المتعلقة بالتركة الكائنة بها[2].

الأساس الثاني: تعلق الدعوى بإنتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية بالرغم من عدم وضوح الجزء الثاني من الفقرة 3 من الفصل 6 من م.ق.د.خ فإن المقصود منه هو أن المحاكم التونسية لا تكون

مورثهم التي أبرمها في مرض موته يندرج ضمن حقهم في ضبط وتحديد أموال التركة وبالتالي فإن الدعاوى الرامية إلى ذلك تعتبر من الدعاوى المتعلقة بالتركة. وإعتبرت بناء على ذلك وتطبيقا لأحكام الفصل 3/6 من مجلّة القانون الدولي الخاص المحاكم التونسية مختصة بالنظر طالما أن التركة افتتحت بتونس (كانت بها وفاة المورث) القرار التعقيبي المدني عدد22813 المؤرخ في 2003/05/13 (غير منشور).

[1] - الأستاذ محمد العربي هاشم- المجلّة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص RCDIP N° 2 Avril-Juin 99 ص233 (مصدر سبقت الإشارة إليه).

[2] الأستاذ عكاشة محمد عبد العال: الإجراءات المدنية والتجارية الدولية نشر مكتبة سعيد رأفت جامعة عين شمس مصر 1985/1984.

مختصة في صورة إفتتاح التركة بالخارج إلا إذا كانت الأموال المتنازع عليها (عقارات كانت أم منقولات) موجودة بتونس[1].

وما ينبغي التنبيه إليه هنا أن إختصاص المحاكم التونسية الدولي في هذه المجالات مقيد بنوع الدعوى أي أنّه يجب أن يتعلّق النزاع بمسألة من مسائل الإرث أو بدعاوى التركة ومسألة تحديد ما يدخل في مضمون دعاوى الإرث سواء أكان شرعيا (Succession ab.intestat) أم أيصائيا (Succession testamentaire) مسألة تكييف يحكمها القانون التونسي بوصفه قانون القاضي إذ الأمر يتعلّق بتفسير قاعدة من قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية والمشرع التونسي[2] يعتبر الميراث من مسائل الأحوال الشخصية وإن كانت بعض التشاريع الأخرى تعتبره من نظام الأموال بناء على أن الميراث من أسباب كسب الملكية وله تأثير على توزيع الأموال التي تخضع لقانون موقع المال منقولا كان أو عقارا ولمحكمة دولة موقع المال مثل روسيا وبعض دول أمريكا الجنوبية[3] ولكن إعتبار الميراث من الأحوال الشخصية يبرره بعضهم بإتصاله الوثيق بروابط الأسرة سواء أكانت روابط نسب أم روابط زواج[4].

---

[1] – الأستاذ علي المزغني تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص168.
وقد إعتبرت المحكمة الإبتدائية بتونس نفسها غير مختصة بدعوى متعلقة بأموال منقولات وعقارات موجودة بالخارج (بإيطاليا) بالرغم من إفتتاح التركة بتونس – أنظر الحكم عدد9296 الصادر في 2000/02/21 (غير منشور).

[2] – أنظر الفصل 2 من أمر 1956/07/12 الذي ألغاه قانون إصدار هذه المجلّة عدد97 لسنة 1998 الصادر في 1999/11/27 وأنظر أيضا مجلّة الأحوال الشخصية.

[3] – أنظر القانون الدولي الخاص للأستاذين سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال ص275 وما بعد.

[4] – الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص 1983 الطبعة الثانية توزيع مؤسسة الثقافة الإسكندرية جمهورية مصر العربية ص596.

ويعتبر من المسائل التي تدخل في فكرة الميراث:

1- شروط إستحقاق الإرث:

وهي مسائل تدور كلها حول التحقق من موت المورث وحياة الوارث وحكم الموت الإعتباري الذي يخص المفقود ويعتبره في حكم الميت (الفصلان 151/85 من م.ح.ش) وحكم الحمل المستكن وهل يعتبر وارثا وهل يكفي أن يولد الجنين حيا أو قابلا للحياة أم يلزم إستمرار حياته فترة معينة (الفصول 148/147 150/149 من م.ح.ش) وهل يجوز توريث المفقود وإلى متى يعتبر حيا (الفصول 84/83/82/81 من م.ح.ش).

ويندرج ضمن هذه المسائل أيضا حالة وفاة المورث والوارث وعدم التأكد من معرفة أيهما توفي قبل الآخر وما حكم هذه الحالة (فصل 86 من م.ح.ش).

2- بيان الورثة ومراتبهم ودرجاتهم ونصيب كلّ منهم في التركة:

كما يندرج تحت هذه الفكرة موانع الإرث كالقتل وإختلاف الدين (الفصل 88 من م.ح.ش) والحجب والرد[1] والعول[2] وإستحقاق الإبن الطبيعي للإرث (الفصل 152 من م.ح.ش).

3- طبيعة خلافة الوارث للمورث:

هل تعتبر إجبارية كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية أو إختيارية كما في التشريع الوضعي التونسي (الفصل 241 من م.إ.ع) وغيره من التشاريع

---

[1]- الرد: هو حالة عدم إستغراق الفروض التركة وعدم وجود عصبة من النسب، فيرد الباقي على أصحاب الفروض كلّ بقدر فرضه. أما البنت تعددت أو إنفردت أو بنت الإبن وأن نزلت فيرد عليهما الباقي ولو مع وجود العصبة بالنفس من الإخوة والعمومة وصندوق الدولة (الفصل 143 مكرر من م ح ش حسبما وقع تنقيحه بالقانون عدد77 لسنة 1959 المؤرخ في 1959/06/19).

[2]- العول: هو حالة زيادة إنصباء أصحاب الفروض على التركة فتقسم التركة بنسبة إنصبائهم في الإرث (الفصل 112 من م ح ش).

الوضعية الأجنبية، أي أن الوارث مخير بين قبول التركة أو التنازل عنها. وشروط القبول وآثاره والمدة التي يجوز فيها إعلان هذا القبول، فهناك من التشاريع من يرتب على قبول الوارث للتركة تحمله بديون المورث بصفة مطلقة كما هو الشأن في فرنسا بينما تتجه بعض النظم الأخرى إلى تحمل الوارث بديون المورث في حدود ما آل إليه من أموال التركة كما هو الحال في إنقلترا وتونس (الفصل 241 من م.إ.ع) [1].

4- تحديد زمن إنتقال حقوق التركة إلى الورثة:

بما أن الحقوق المالية تنتقل بالميراث من المورث إلى الورثة فمن أي تاريخ يتم هذا الإنتقال؟ هل من تاريخ الوفاة؟ أم من تاريخ سداد الديوان (كما يرى المالكية) [2] وهل تنتقل للورثة بما لها وعليها أم لا ينتقل إليهم منها إلا ما زاد على سداد الديوان؟ المشرّع التونسي يعتبر الميراث سببا من أسباب كسب الملكية (الفصل 22 من م.ح.ع) والملكية تنتقل بمجرد تحقق سبب إنتقالها والميراث يكون بموت المورث حقيقة أو حكما.

ولهذا تنتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث (الفصل 85 م.ح.ش). ولا تعتبر من أموال المورث في نظرنا ما سبق له أن فوت فيه برسم صحيح.

5- مدى حق المورّث في تعيين منفذ للوصية ومدى سلطة القاضي في تعيين مصف للتركة:

(أنظر أحكام الأمر المؤرخ في 1957/7/18 في ما يخص إدارة التركات والتقديم على القاصرين).

---

[1] - أنظر حول الإشكالات التي يطرحها إنتقال التركة من المورث إلى الوارث الوسيط في شرح القانون المدني ج 9 للأستاذ عبد الرزاق السنهوري ص87 وما بعد.

[2] - الأستاذ عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني ج 9 -أسباب كسب الملكية دار أحياء التراث العربي بيروت- لبنان ص 95.

فكل الدعاوى والطلبات والإجراءات المرتبطة بهذه المسائل تندرج ضمن فكرة الإرث. وبالتالي تختص المحاكم التونسية بنظرها دوليا متى تعلّقت بتركة إفتتحت بتونس أو بأموال موجودة بتونس في صورة إفتتاح التركة بالخارج ولو كان المدعى عليه أجنبيا مقيما خارج التراب التونسي.

ويستثني بعض الشراح من مضمون الفكرة المسندة للميراث بعض المسائل ويلحقها بفكرة الأموال مثل مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال التركة وما يترتب على ذلك من تأثير على حقوق الورثة ويستند في ذلك إلى أن مثل هذه المسائل لا تتصل بنظام الأشخاص وإنما هي من نظام الأموال وسلامة المعاملات[1].

6- التركة الشاغرة:

هل تدخل التركة الشاغرة في مضمون فكرة الميراث؟ أم هي خارجة عن مضمون هذه الفكرة؟ فلنبدأ بتحديد مفهوم التركة الشاغرة أولا ثم ننظر في النظام القانوني الذي تنتمي إليه حتى نتمكن في النهاية من تحديد معيار الإختصاص القضائي المتعلّق بها.

1- مفهوم التركة الشاغرة:

لقد تضمن الفصل 24 من الأمر المؤرخ في 15 فيفري 1932 المتعلّق باللقطة البرية وغيرها: (أن المخلف يعتبر عاريا عن وارث له إذا لم يحضر من يطالب به بعد إنقضاء الآجال المعينة لتحرير تقييد التركة وإجراء النظر القانوني (ثلاثة أشهر وأربعون يوما[2] أو لم يكن هناك وارث معروف أو تنازل

---

[1] – الأستاذ محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص ط2 – ص598.

[2] – أنظر الفصل الثاني من قرار المدير العام للمالية التونسية المؤرخ في 28 ماي 1932 ويبدأ حساب أجل الثلاثة أشهر وأربعين يوما (هكذا) بعد الإشهار والتعليق المتعارف على شغور التركة (أنظر الفصل 770 من المجلّة المدنية الفرنسية بإعتباره منصوصا على تطبيقه بتونس بموجب

الورثة المعروفون عن حقوقهم) ولا تعتبر التركة شاغرة – حسب الفصل 29 من الأمر المذكور "إلا إذا طلبت الدولة إستحقاقها لعدم وجود أقارب شرعيين أو من سفاح من الطبقة الوارثة أو موصى له أو زوج".

2- النظام القانوني الذي تنتمي إليه التركة الشاغرة:

إذا توفي أجنبي عن تركة تتضمّن أموالا موجودة بتونس وتبين وفقا لقانون جنسيته (القانون الشخصي للمورث) – أنّه لا يوجد أي وارث له أو أن ورثته قد تنازلوا عن حقهم في التركة – ففي هذه الحالة تقرر النظم القانونية المختلفة – عادة – رجوع التركة الخالية من الورثة إلى الدولة[1].

لكن أي دولة؟ هل هي دولة القاضي أم الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته؟

يؤكد الفقه الفرنسي أن الفصل في هذه المشكلة يعد مسألة تكييف أولي يرجع في شأنها إلى قانون القاضي[2] فإن كانت صيرورة التركة إلى الدولة تقوم في قانون القاضي على أساس أن الدولة هي وارث لمن لا وارث له إعتبرت المسألة مندرجة في فكرة الميراث وخضعت بالتالي لقانون جنسية

الفصل 30 من الأمر المؤرخ في 15 فيفري 1932 لفهم النص فحسب) ولمفهوم الميراث حسبما جاء بالفصل 87 من م.ح.ش.

وأنظر الحكم الإستئنافي الصادر عن الدائرة السادسة بمحكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد2/92154 بتاريخ 1991/02/06 وقد إعتبرت أن رفض التركة لا يكون إلا بتصريح لقابض التسجيل بمكان إفتتاح التركة يقدم طبق أحكام الأمر المؤرخ في 1932/02/15 والقرار المؤرخ في 28 ماي 1932 الصادر عن المدير العام للمالية التونسية – مجلّة القضاء والتشريع عدد4 لسنة 1992 ص109

[1] – القانون المصري (المادة 4 من القانون رقم 77 لسنة 1943) يعتبر أن الأموال المتروكة دون وريث تعود إلى الخزينة العامة دون إعتبار الدولة من الورثة.

أشار إلى ذلك الأستاذ هشام علي صادق بكتابة تنازع القوانين ص622 وما بعد.

[2] – الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ط2 ص596 وما بعد.

المورث ولا تؤول الأموال المتروكة إلى الدولة التونسية إلا إذا كان القانون الشخصي للمورث (القانون الميراثي) يقتضي ذلك.

ولئن كانت صيرورة التركة الشاغرة للدولة تقوم على فكرة سيادة الدولة على إقليمها[1] فإنها تؤول إلى الدولة التونسية بوصفها السلطة العامة التي أوجب القانون أن يؤول إليها المال عند عدم ظهور وارث[2].

ويبدو أن هذا هو الأساس الذي بنى عليه المشرّع التونسي إستحقاق الدولة لتركة المورث الوطني عند عدم وجود وارث (الفقرة الأخيرة من الفصل 87 من م.ح.ش[3])، ومما يدعم هذا الإتجاه عدم إعتبار الدولة من العصبة عند أعمال قاعدة الرد.

أما إستحقاق الدولة للتركة الشاغرة فيبدو أنّه مقام على فكرة المال الضائع[4] أو فكرة المال المتروك (في صورة تنازل الورثة عنه) وليس على فكرة الإرث بدليل ورود الأحكام المتعلقة بها ضمن القانون المنظم للقطة البرية، وما يستخلص من أحكام الفصول 30/29 و31 من الأمر المؤرخ في 15 فيفري 1932 من أن حوز الدولة للتركة الشاغرة يكون في أوّل الأمر وقتيا، ولا يصبح نهائيا إلا بعد إجراء ما يلزم من الإشهار وتعليق الإعلانات، ولا يكون إلا بحكم قضائي من المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها المخلف، بينما الوارث يستحق التركة كلها أو بعضها بمجرد وفاة المورث ودونما حاجة إلى

---

1 – الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1، ص 320 وما بعد.

2 – الأستاذ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2 – ص599.

3 – وهذا نصّها: "إذا لم يوجد وارث آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة".

4 – المال الضائع هو المال الذي فقد صاحبه حيازته المادية دون أن يتخلى عن ملكيته فيبقى مالكا له ولا يكون محلا للإستيلاء، أما المال المتروك فقد تخلى صاحبه عن حيازته وعن ملكيته فأصبح غير مملوك لأحد، وبالتالي يجوز تملكه بالإستيلاء.
أنظر الوسيط للأستاذ ع. السنهوري، ج9، ص 35.

أي إجراء آخر بل أن الحوز النهائي للتركة الشاغرة من قبل الدولة لا يحول دون إسترداد أصحابها الشرعيين لها من يد الدولة (الفصل 31 من الأمر المذكور)، أن ظهروا ولو بعد الحكم بالحوز النهائي.

وعلى هذا الأساس وحسب صريح الفقرة الأخيرة من الفصل 31 المشار إليه فإن المحاكم التونسية لا تختص بنظر النزاع المتعلّق بمسألة التركة الشاغرة إلا إذا كان المال منقولا أو عقارا واقعا بتونس.

II- المصادر:

مصادر هذا الفصل دولية وداخلية

1- دعاوي النسب وحماية القصر (الفصل 1/6):

لقد تأثر محررو المجلّة بالقانون السويسري وبإتفاقية لاهاي المتعلقة بالسلط المختصة والقانون المنطبق في مادة حماية القصر.

ونثبت هنا نص الفصلين *66 –67* من القانون السويسري المتعلقين بالإختصاص القضائي الدولي بدعاوى النسب:

Chapitre 4: Filiation
Section 1: Filiation par naissance:

Art 66:

Les tribunaux suisses de la résidence habituelle de l'enfant ou ceux du domicile de l'un des parents sont compétents pour connaître d'une action relative à la constatation ou à la contestation de la filiation.

Art 67:

Lorsque les parents ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'enfant n'y a pas de résidence habituelle, les tribunaux du lieu d'origine suisse de l'un des parents sont compétents pour connaître d'une action relative à la constatation ou à la contestation de la filiation, si l'action ne peut être intentée ni au domicile de l'un des

parents ni à la résidence habituelle de l'enfant ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit.

والملاحظ أن كلا من الفصل 66 و67 من القانون السويسري[1] يتعلّق بالبنوة بالميلاد أي بالفراش فحسب (البنوة الشرعية).

وقد إعتمد المشرّع السويسري معيارا أساسيا لتحديد إختصاص المحاكم السويسرية بدعوى النسب هو إقامة الطفل أو أحد أبويه بسويسرا (الفصل 66) وحلا إستثنائيا قائما على الموطن الأصلي للأبوين (Lieu d'origine suisse) (الفصل 67) بينما إعتمد المشرّع التونسي وجود الطفل بتونس كمعيار وحيد لتحديد إختصاص المحاكم التونسية بالدعوى المتعلقة ببنوته مهما كان أساسها.

2- دعاوى النفقة (الفصل 2/6):

إن المعيار الذي توخاه المشرّع التونسي بشأنها معيار دولي مكرس في معظم التشاريع المقارنة وبالتشريع التونسي الداخلي.

فالبنسبة للقانون الدولي أنظر الفقرة *2* من الفصل *5* من إتفاقية بروكسال بالصفحة عدد55 من هذا الكتاب.

أما التشريع الوطني فإن أحكام الفصل 36 من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية تعد من المصادر المادية لأحكام الفقرة 2 من الفصل 6 من م.ق.د.خ كما هو واضح من مقارنة ما تضمنته هذه الفقرة بأحكام الفقرة 5 من الفصل 36 من م.م.م.ت التي تنص على أنّه: "للطالب في الصورة التالية الخيار في رفع دعواه لدى المحكمة المنصوص عليها بالفصلين 30 (محكمة مقر المطلوب) و31 (محكمة مقر الطالب إذا لم يكن للمطلوب مقر معروف بالتراب التونسي) أو لدى المحاكم الآتية... 5- في قضايا النفقات المحكمة التي بدائرتها مقر الدائن بالنفقة.

---

[1] - أنظر كامل نص هذا القانون منشورا بـ: RCDIP 77 (2) Avril-Juin 1988 P409 et s

والملاحظ أنّه ولئن لم ينص المشرّع بالفقرة 2 من الفصل 6 من م.ق.د.خ على حق الدائن بالنفقة في رفع دعواه أمام محكمة مقر المطلوب (أي المدين بها) أو أمام محكمة مقر الطالب أي الدائن بالنفقة فهو من تحصيل الحاصل كما يقال لأن قاعدة الفصل 3 التي تعطي الإختصاص الدولي بالنظر في الدعاوى الشخصية لمحكمة مقر المطلوب قاعدة عامة تنطبق على سائر الدعاوى الشخصية المبنية على إلتزام شخصي مصدره القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة.

3- الدعاوى المتعلقة بالميراث(الفصل 3/6):

هذه الفقرة مستروحة من التشريع التونسي ومن القانون المقارن.

- **التشريع التونسي:** أن المعيارالذي إعتمده المشرّع التونسي بالفقرة 3 من الفصل 6 من م.ق.د.خ يعد تكريسا للحل الذي كان معتمدا في السابق والمتمثل في أحكام الفصل 34 من م.م.م.ت وهو معيار دولي مستعار من المعيار الداخلي ومكمل للحل الوارد بالفقرة خامسا من الفصل 2 من م.م.م.ت الذي سكت عن حالة إفتتاح التركة بالخارج ووجود الأموال المتنازع عليها بتونس خاصة عندما يكون المورث غير تونسي الجنسية ومؤدى هذا المعيار كما هو واضح من ظاهر الفصل أن المحاكم التونسية تكون مختصة بالدعاوى المتعلقة بالتركة إذا إفتتحت التركة بتونس.

وإذا لم تفتتح التركة بتونس فإنها لا تكون مختصة إلا إذا كان الجزء الهام من أموال التركة موجودا بتونس.

وبإدراج هذه الأحكام صلب الفصل 3/6 من مجلّة القانون الدولي الخاص "يصبح الفصل **34** من م.م.م.ت متعلقا بالإختصاص الترابي الداخلي فقط[1].

[1] - الأستاذ علي المزغني: تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص168.

وهذا نص الفصل 34 من م.م.م.ت: "الدعاوى المتعلقة بالتركة ترفع لدى المحكمة التي إفتتحت بدائرتها التركة وإذا إفتتحت التركة خارج التراب التونسي فترفع للمحكمة التي بدائرتها محل الإستغلال الأصلي.

وقد رأينا أن المشرّع قد تخلى عن معيار الجنسية التونسية للمورث لتحديد إختصاص المحاكم التونسية الوارد بالفقرة خامسا من الفصل 2 من م.م.م.ت في صورة إفتتاح التركة بالخارج وتبني الحل الوارد بهذه الفقرة فيما يتعلّق بالتركات التي تفتتح بتونس.

- **القانون المقارن:** نذكر بالخصوص التشريع السويسري والتشريع الإيطالي.

الفصل 86 من القانون الدولي الخاص السويسري:

Chapitre 6: Successions

Art 86:

1- Les autorités judiciaires ou administrative suisses du dernier domicile du défunt sont compétentes pour prendre les mesures nécessaires au règlement de la succession et connaître des litiges successoraux.

2- Est réservée la compétence exclusive revendiquée par l'état de lieu de situation des immeubles.

الفصل 50 من القانون الدولي الخاص الإيطالي الصادر في 1995/05/31[1]

Article 50

Juridiction en matière successorale

1- En matière successorale, la juridiction italienne existe:

a)Si le défunt avait la nationalité italienne au moment de son décès,

---

[1] - أنظر كامل نص هذا القانون منشورا بـ: RCDIP 85 (1) Janvier- Mars 1996 P174 et s

b) Si la succession s'est ouverte en Italie,

c) Si, dans leur consistance économique, les biens successoraux sont, pour leur majeure partie, situés en Italie,

d) Si le défendeur est domicilié ou résident en Italie ou s'il a accepté la juridiction italienne, sauf les demandes concernant des biens immobiliers situés à l'étranger,

e) Si la demande concerne des biens situés en Italie.

III-الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 6 من م.ق.د.خ بالمشروع الأوّل الذي أعدته اللجنة الأولى موزعا بين ثلاثة فصول هي الفصول 8 و9 و10 الآتي نصها:

- الفصل 8: وتختص المحاكم التونسية أيضا بالنظر، إذا كان موضوع الدعوى البنوة أو أي إجراء لحماية قاصر يكون مقر إقامته الفعلي بالبلاد التونسية.

- الفصل 9: وتختص المحاكم التونسية أيضا بالنظر في النفقة إذا كان الدائن مقيما بالبلاد التونسية.

- الفصل 10: تختص المحاكم التونسية بالنظر إذا تعلّقت الدعوى بتركة فتحت بالبلاد التونسية أو كانت مرتبطة بإنتقال الملكية بموجب الإرث لمال: عقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية.

لكن اللجنة الثانية حذفت عبارة "يكون مقر إقامته الفعلي بالبلاد التونسية" من الفصل 8 من المشروع وعوضتها في المشروع الثاني بعبارة "يكون موجودا بتونس" وضمت الفصول الثلاثة بعضها لبعض فتكون منها الفصل 6 الحالي بناء على إتحاد موضوعها (الحالة الشخصية).

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار الفصل 6 من المجلّة أمام مجلس النواب ثلاثة أسئلة:

- **الأول:** طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وهذا نصه:

تقترح اللجنة إضافة الحالات التالية في فقرة رابعة من هذا الفصل كما يلي: 4: في دعاوى المواريث

- إذا كان الهالك له الجنسية التونسية عند الوفاة.
- إذا وجدت أغلبية التركة بتونس.
- إذا كان الهالك مقيما بتونس.
- إذا كان الطلب يتعلّق بأملاك توجد بتونس.
- إذا كان الهالك تونسيا ومقيما بالخارج.

وقد أجابت عليه وزارة العدل بما يلي: لا ترى الوزارة ضرورة لإضافة المقترح لأنّه يجب التفريق بين الإختصاص القضائي وبين الإختصاص التشريعي. فالإختصاص القضائي هو مسألة أولية تحدّد بمكان إفتتاح التركة قبل الخوض في الإختصاص التشريعي. فالقاضي التونسي لا يكون مختصا في مادة التركات بصفة مطلقة إلا عند وجود كافة عناصر التركة بالبلاد التونسية. وفي خصوص الإختصاص التشريعي فإن الفصل 54 من المشروع قد إعتنى بالمسألة ونظمها وتجدر الملاحظة أنّه حتى في صورة تولى القضاء الأجنبي النظر في تصفية تركة التونسي فإن تقنيات القانون الدولي الخاص المتمثلة خاصة في الإحالة من الدرجة الأولى يمكن بموجبها تطبيق القانون التونسي طبق ما هو مضمن بالفصل 54 من المشروع[1].

---

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص253.

والثاني والثالث طرحتهما لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وهذا نصهما فجواب وزارة العدل عليهما:

السؤال: تقترح اللجنة إعادة صياغة الفقرة الأولى لتصبح: في الدعاوى المتعلقة بالبنوة أو بإجراء لحماية قاصر ...".

الجواب: المقترح وجيه ولا ترى وزارة العادل مانعا من الإستجابة إليه وتقدم الصياغة التالية لتلك الفقرة: "في الدعاوى المتعلقة بالبنوة أو بإجراء لحماية قاصر يكون موجودا بالبلاد التونسية"[1].

السؤال: تسأل اللجنة عن الإختصاص بالنسبة للتركة المشتركة بالبلاد التونسية وخارجها الواردة بالفقرة 3 من الفصل.

الجواب: إن العبرة في إختصاص المحاكم التونسية أم لا، هو ما إذا كانت هناك بعض أجزاء التركة من عقار أو منقول بالبلاد التونسية فمتى وجدت بالبلاد التونسية ولو بعض أجزاء التركة تكون المحكمة التونسية هي المختصة وهو ما يستنتج من آخر الفقرة 3 من الفصل في قوله "أو كانت مرتبطة بإنتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية[2].

---

[1] – مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص245.

[2] – مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص245.

الفصل 7:

تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى التي لها إرتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية:

I- الشرط: (معيار إرتباط الدعوى بنزاع منشور أمام المحاكم التونسية)

تختص المحاكم التونسية حسب هذا الفصل بكل دعوى لها إرتباط بنزاع منشور أمام المحاكم الوطنية ولو لم يكن للأجنبي المدعى عليه مقر بتونس.

ومعيار إرتباط الدعوى بقضايا منشورة أمام المحاكم التونسية يستوعب كلّ المسائل الأولية والطلبات العارضة والمعارضة والمرتبطة بالنزاع المنشور أمام القضاء التونسي.

أ - المسائل الأوّلية:

هي كلّ مسألة يتوقف على البت فيها بوجه أو بآخر مصير النزاع الأصلي المعروض على المحاكم التونسية كجنسية المورث بالنسبة للنزاع المتعلّق بتركة أجنبي إفتتحت بتونس أو علاقة الزواج بالنسبة لنفقة الزوجة عندما تكون المحاكم التونسية متعهدة بالنظر في الدعاوى الأصلية المتعلقة بالتركة أو بالنفقة.

ولا تعتبر المسألة أولية إلا إذا كانت لازمة لفصل النزاع الأصلي وتقدير علاقة المسألة الأولية بأصل النزاع المعروض على القضاء التونسي ومدى لزوم البت فيها أولا من عدمه ومفهوم المسألة الأولية كلها مسائل تكييف[1] تخضع لقانون القاضي أي أن القاضي التونسي هو الذي يحدّد وفق قانونه

---

[1] - الأستاذ: نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف بالإسكندرية مصر، ص 90 وما بعد.

الوطني ما إذا كانت المسألة المثارة مسألة أولية يجب البت فيها أولا أم أنها ليست كذلك.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المسائل الأولية التي يختص القضاء التونسي بالنظر فيها على أساس هذا المعيار يجب أن تكون متصلة بنزاع منشور أمامه ولو كانت غير داخلة في إختصاصه بموجب معيار أخر من معايير الإختصاص الدولي أي أن يكون الإختصاص بالنزاع الأصلي هو الذي جلب لمحاكمنا الإختصاص الفرعي (المسألة الأولية) بمعنى أن المسألة الأولية لو رفعت ضمن دعوى أصلية مستقلة قبل أن تتعهد المحاكم الوطنية بالنزاع الأصلي أو بعد أن إتصل القضاء بشأنه ولم تكن داخلة في إختصاصه بموجب معيار آخر لكان مآلها الرفض لعدم الإختصاص بنظرها لأن الإختصاص بها مشروط بوجود صلة لها بقضية منشورة أمام القضاء التونسي.

لكن إذا كانت المسألة الأولية تتمثل في الدفع بوجود نزاع جزائي منشور أمام محكمة أجنبية متصل مثلا بدعوى تعويض عن فعل ضار اختصت به المحاكم التونسية بإعتبارها محكمة مقر المدعى عليه ولم تكن لا محكمة مكان حصول الفعل الضار ولا محكمة مكان حصول الضرر المترتب عنه فهل أن مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني يمكن أن يطبق فتوقف المحاكم التونسية النظر في دعوى التعويض حتى تقول المحكمة الجزائية الأجنبية كلمتها في الدعوى الجزائية ويتصل القضاء بشأنها أم أن مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني لا يطبق إلا فيما بين المحاكم التي تخضع لنفس السيادة؟

لاشك في أن المحاكم التونسية لا يجوز لها أن توقف النظر في الدعوى الأصلية لوجود مثل هذه المسألة الأولية مطروحة أمام القضاء الجزائي الأجنبي لأن مبدأ حجية الحكم الجزائي على القاضي المدني لا يطبق إلا في نطاق القانون الداخلي لتعلقه بالسيادة الوطنية.

لكن هل لها أن توقف النظر في الدعوى الأصلية لعدم إختصاصها بالمسألة الأولية؟

يمكن لها أن توقف النظر أن كانت هناك إتفاقية دولية تربط بين دولة القاضي ودولة من تمسك بالمسألة الأولية[1]. وفي غياب الإتفاقية فإن الإتجاه الفقهي السائد لا يرى مبررا لإيقاف النظر في دعوى التعويض لأن الحكم الجزائي الأجنبي لا يتصور أن تكون له حجية على القاضي التونسي المتعهد بالنظر في الدعوى المدنية[2]. وإن كان هناك من لا يرى مانعا من أن تكون للقاضي في هذه المسألة سلطة تقديرية تخوله النظر بحسب كلّ حالة على حدة فإن رأي أن حسن القضاء يقتضي التصدي للمسألة الأولية بت فيها ونظر الأصل دون توقف على مسألة التتبع الجزائي الجاري بالخارج وإن رأى أن حسن سير العدالة يقتضي الوقف أوقف النظر حتى يقول القضاء الجزائي الأجنبي كلمته في الدعوى الجزائية ويتصل قضاؤه بشأنها[3].

ب- الدعوى العارضة والدعوى المعارضة:

الطلبات العارضة هي الطلبات التي يتقدم بها المدعي "والتي تتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالنقص ذات النزاع من جهة موضوعه أو سببه أو أطرافه"[4] (الفصل 226 من م.م.م.ت).

أما الطلبات المعارضة (دعوى المعارضة) فهي الطلبات التي يتقدم بها

---

[1] الأستاذ: MOTULSKY- Encyclopedic de D. I.P.T.O 2 N° 197.

[2] - الأستاذ محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص الطبعة الثانية 1983 مؤسسة الثقافية الجامعية الإسكندرية جمهورية مصر العربية ص643.

[3] - الأستاذ: عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق ص116.

[4] - الأستاذ: أحمد أبو الوفاء المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثانية دار المعارف بمصر، ص 517.

المدعى عليه بقصد الدفاع لرد الدعوى الأصلية أو للمقاصة أو لطلب غرم الأضرار الناشئة عن الدعوى الأصلية (الفصل 227 من م.م.م.ت).

وقد تصدر الطلبات المعارضة عن الدخيل أو المتداخل الذي ينضم إلى جانب المدعى عليه أو يتخذ موقف المخاصم من الطرفين ناسبا الحق لنفسه ومطالبا بحمايته من كليهما.

كما قد تصدر الطلبات العارضة عن الدخيل أو المتداخل الذي ينضم إلى شق المدعي ويتبنى طلباته ويضيف إليها طلبات جديدة.

فإذا كانت المحاكم التونسية مختصة بأصل النزاع وكانت القضية ما تزال منشورة أمامها فإنها تكون مختصة أيضا بكل الطلبات العارضة أو المعارضة المتصلة بأصل النزاع ولو كانت غير مختصة بها لو قدمت في صورة دعوى أصلية مستقلة.

لكن يجب لقبول هذه الطلبات أن تقدم في الشكل ووفق الشروط التي حددها القانون التونسي أي أن تكون أسباب الطلبات العارضة موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية (الفصل 226 من م.م.م.ت) وإن يكون المقصود من الطلبات المعارضة رد الدعوى الأصلية أو غرم الضرر الناشئ عنها أو طلب المقاصة (الفصل 227 من م.م.م.ت) وإن يتقدم المدعي أو المدعى عليه أو المتداخل بهذه الطلبات قبل صرف القضية للمرافعة (الفصلين 227/226 من م.م.م.ت).

ج- الطلبات المرتبطة بنزاع منشور أمام القضاء التونسي:

يختص حسب هذا المعيار القضاء التونسي بالدعاوى التي لها إرتباط بدعوى منشورة أمامه ولو كانت هذه الدعاوى ليست من إختصاصه لو رفعت بصورة مستقلة قبل رفع النزاع الأصلي أو بعد إتصال القضاء بشأنه. والإرتباط بين دعويين يقوم على وجود صلة متينة تجمع بينهما وتجعل من حسن سير

العدالة ومنع تضارب الأحكام أن تختص بالنظر فيهما محكمة واحدة و"يتحقق الإرتباط عادة متى كانت هناك وحدة في الموضوع أو السبب أو الأطراف تجمع بين الدعويين" وتقدير وجود الإرتباط من عدمه متروك لإجتهاد القاضي.

وأما تحديد مفهوم الإرتباط فيتم وفقا لقانون القاضي (التونسي) لتعلق الأمر بمسألة تكييف لقاعدة إسناد وطنية[1].

II- المصادر:

أحاكم هذا الفصل مستمدة من الفصل 2 من م.م.م.ت الفقرة سادسا الجزء الأوّل التي هذا نصها "إذا كانت للدعوى صلة بقضية قائمة أمام القضاء التونسي" مع إعادة صياغتها بصورة أوضح وأدق إذ ترك محررو المجلّة عبارة "للدعوى صلة بقضية قائمة أمام القضاء التونسي" وعوضوها بـ"الدعوى التي لها إرتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية".

كما أن الأحكام التفصيلية الواردة بخصوص هذه المسألة بإتفاقية بروكسال (سبقت الإشارة إليها) لم تكن غائبة عن أذهان محرري هذه المجلّة ولذلك نورد نص الفصول 23/22/21 من الإتفاقية المذكورة لعلها تساعد على فهم أحكام هذا الفصل على نحو أفضل:

Section 8: Litispendance et connexité:

Art 21: *Lorsque les demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etat contractants différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.*

Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.

Art 22: *lorsque des demandes connexes sont formées devant*

---

[1] – الأستاذ: عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص 120.

des juridictions d'Etat contractants différents et sont pendantes au premier degré, la juridiction saisi en second lieu peut surseoir à statuer.

Cette juridiction peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que sa loi permette la jonction d'affaires connexes et que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des deux demandes.

Sont connexes, au sens du présent article les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément.

Art 23: *Lorsque les demandes de la compétence exclusive de plusieurs juridictions, le dessaisissement a lieu en faveur de la juridiction première saisie.*

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لم يطرأ على هذا الفصل أي تغيير بإستثناء ما إقتضاه دمج بعض الفصول بعضها في بعض من تغيير في أرقام بعض الفصول فقد كان هذا الفصل في المشروع الأول يحمل رقم 11 فأصبح يحمل رقم 7.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد آثار هذا الفصل أمام المجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وهذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تطلب اللجنة مزيد توضيح أحكام هذا الفصل مع إعطاء أمثلة.

الجواب: لتوضيح أحكام هذا الفصل تلاحظ الوزارة أن المحاكم التونسية تكون مختصة بالنظر في الدعاوى المرتبطة بدعوى أصلية منشورة أمام

أنظارها ولو كانت هذه الأخيرة مستقلة عن الأولى وهو حل يبرره توحيد أو "مركزة" النزاعات لتحاشي صدور قرارات أو أحكام متضاربة مع بعضها البعض بحكم إختلاف المحاكم ومثال ذلك إذا تعهد القاضي التونسي بدعوى أصلية في الطلاق فإنه يكون مختصا كذلك بالنظر في الدعاوى المرتبطة بها كالنفقة والحضانة والسكن أو متعهد بدعوى مدنية ترتبط بدعوى جزائية وهو ما يعرف بالإرتباط بين الدعاوى "Connexité" كما تنظر المحاكم المتعهدة بالدعاوى الأصلية في المسائل الأولية المترتبة عن هذه الدعوى ومثال ذلك تأويل مقرر إداري أجنبي Acte administratif étranger إذا كان لذلك تأثير على مآل النزاع أما بالنسبة للدعوى التي يتعهد بها القضاء التونسي فإن الدفع بالإزدواجية القضائية L'exception de litispendance تقتضي خلافا للصورة الأولى الإرتباط La connexité تخلي القاضي الثاني في التعهد عن النزاع[1].

الفصل 8:

تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر:

1- إذا كان موضوع الدعوى يتعلّق بإسناد الجنسية التونسية أو إكتسابها أو فقدانها أو سحبها أو إسقاطها.

2- إذا تعلّقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية.

3- إذا تعلّقت الدعوى بإجراءات جماعية مثل إنقاذ المؤسّسات أو التفليس.

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

5- وفي كلّ ما أسند إليها بنص خاص.

---

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 بتاريخ 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص254.

I- الفرع: (الإختصاص المطلق للمحاكم التونسية)

يسند هذا الفصل للمحاكم التونسية دون سواها النظر في الدعاوى المتعلقة بالجنسية التونسية أو بالعقارات الكائنة بتونس أو بالإجراءات الجماعية (مثل إنقاذ المؤسّسات أو التفليس) أو بالإجراءات التحفظية أو التنفيذية التي تستهدف مالا موجودا بتونس أو في أي دعوى أخرى ينص القانون على الإختصاص بها على وجه الإستثناء.

والإختصاص بهذا النوع من الدعاوى مؤسس على عنصر السيادة ولهذا فهو يهم النظام العام وبالتالي تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ولا يجوز للأطراف أن يتفقوا على مخالفته[1].

1- الدعاوى المتعلقة بالجنسية التونسية:

تختص المحاكم التونسية دون سواها وبغض النظر عن مكان إقامة الأطراف بالنظر في سائر الدعاوى المتعلقة بإسناد الجنسية التونسية أو بإكتسابها (بالميلاد أو بالتجنس) أو بفقدانها أو بسحبها أو بإسقاطها. وذلك بإعتبار أن الجنسية رابطة قانونية قائمة على أسس وعلاقات سياسية وإجتماعية تربط بين الفرد والدولة[2].

والملاحظ أن الدعاوى المتعلقة بالجنسية تختص بها المحاكم التونسية دون سواها وتخضع في كلّ ما يتعلّق بها للقانون التونسي أي أنّها تتمتع بوحدة الإختصاص القضائي والتشريعي.

---

[1] - إعتبرت المحكمة الإبتدائية بتونس حالات الإختصاص الواردة بالفصل 8 كلها من الإختصاص الوجوبي للمحاكم التونسية – أنظر الحكم التحضيري الصادر في القضية عدد 9901 بتاريخ 1999/10/13 – سبقت الإشارة إليه (غير منشور).

[2] - الأستاذ علي المزغني، تعليق على مجلّة القانون الدولي الخاص، ص 173.

2- الدعاوى المتعلقة بعقار كائن بتونس:

إن تحديد "مفهوم الدعاوى المتعلقة بعقار" يتم وفق أحكام القانون التونسي ووصف الدعاوى ورد بالفصل 20 من م.م.م.ت الذي ينص على أنّه توصف بدعاوى شخصية الدعاوى المبنية على إلتزام شخصي مصدره القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة وتوصف بدعاوى متعلقة بمنقول الدعاوى التي القصد منها إستحقاق شيء منقول بطبيعته أو إعتباره القانون منقولا.

وتوصف بدعاوى إستحقاقية الدعاوى التي تستند إلى حق عيني عقاري.

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

ومن هذا النص يمكن أن نستخلص أن الدعاوى التي يمكن أن تتعلّق بالعقار هي: الدعاوى الإستحقاقية التي تستند إلى حق عيني عقاري، والدعوى الشخصية العقارية التي يكون الحق العيني فيها متنازعا فيه، والدعوى المختلطة وهي الدعوى الشخصية المتعلقة بعقار لكن الحق العيني غير متنازع فيه، والدعوى الشخصية المتصلة بعقار (مثل دعوى الكراء)، وهناك أيضا الدعاوى الحوزية (لم يرد ذكرها بالفصل 20 المذكور).

لكن هل يعني ذلك أن المحاكم التونسية تختص دوليا بكل هذه الأنواع من الدعوى وبقطع النظر عن مكان إقامة الأطراف؟ إن صيغة الإطلاق التي وردت بها الفقرة (2) من الفصل 8 من م..ق.د.خ تسمح بتبني مثل هذا التأويل الواسع خاصة وأن إسناد الإختصاص للمحاكم التونسية بهذا النوع من الدعاوى مؤسس على عنصر السيادة الوطنية بإعتبار العقار الكائن بتونس جزءا من

الإقليم التونسي وعنصرا من عناصر الثروة الوطنية وكل نزاع حولها مهما كانت طبيعته يمكن أن ينال من هذه السيادة لا سيما وأن التشاريع الوطنية والأجنبية المتعلقة بكراء العقارات أصبحت تنزع إلى إعطاء المسوغ حقوقا تحد من حق الملكية مثل حق البقاء المخول لمتسوغي بعض أنواع المحلات المعدة للسكنى[1] وحق الملك التجاري المخول لمتسوغي العقارات ذات الإستعمال التجاري أو الحرفي[2] وحق الإنتفاع (وهو حق عيني عقاري) المخول لبعض المتسوغين للعقارات الفلاحية الدولة[3] وغيرها[4].

وهذا الإتجاه كانت قد كرسته إتفاقية بروكسال (تضم دول الإتحاد الأوروبي) بالفصل 16 الذي يعتبر الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية أو بكراء العقارات بصورة عامة من الإختصاص المطلق لمحكمة موقع العقار ولا تستثنى منها إلا الدعاوى المتعلّق بالشغل الوقتي (لمدة لا تتجاوز ستة أشهر[5].

3- الدعاوى المتعلقة بالإجراءات الجماعية (إنقاذ المؤسّسات والتفليس):

هناك نظامان للتنفيذ على مكاسب المدين:

---

[1]- أنظر القانون عدد35 لسنة 1976 المؤرخ في 1976/2/18.

[2]- أنظر القانون عدد37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/5/25.

[3]- أنظر الفصل 16 جديد مثلا من القانون عدد21 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/2/13 المنقح بالقانون عدد48 لسنة 1996 المؤرخ في 1996/9/10 المتعلّق بالعقارات الفلاحية الدولية.

[4]- أنظر الفصل 61 من مجلّة المواني البحرية التجارية (قانون عدد25 لسنة 1999 المؤرخ في 1999/03/18) الذي يمنح حق الإنتفاع لصحاب اللزمة على البناءات والمنشآت والتجهيزات الثابتة التي ينجزها على الملك العمومي موضوع عقد اللزمة.

وأنظر أيضا القانون عدد89 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/7/26 المتعلّق بالإيجار المالي والذي يمنح المستأجر الحق في الشراء والتجهيزات أو المعدات أو العقارات موضوع عقد الإيجار.

[5]- أنظر مصادر هذا الفصل.

– **فردي:** ويتبع في التنفيذ على المدين غير التاجر أو على التاجر قبل أن يتوقف عن دفع ديونه.

ويقوم على إستخلاص كلّ دائن دينه من ذمة مدينه على إنفراد وعلى إحتفاظ المدين بحيازة مكاسبه والتصرف فيها بحرية بإستثناء ما وقعت عقلته (حجزه) منها.

– **وجماعي:** يقوم على تصفية مكاسب المدين تصفية جماعية وتوزيع المتحصل منها على الدائنين كلّ بحسب نسبة دينه[1].

ويخص المدين التاجر الذي توقف عن دفع ديونه والذي حكم بتفليسه ويختلف عن نظام التنفيذ الفردي في كون الحكم بالتفليس يرفع يد المدين عن مكاسبه ويمنعه من التصرف فيها إذ توكل إدارة مكاسبه وتصفيتها إلى هيكل مختص (الحاكم المنتدب للفلسة وأمين الفلسة).

لكن نظرا للمكانة الإقتصادية والإجتماعية الهامة التي أصبحت تحتلها المؤسّسات الإقتصادية وقع إحداث نظام جديد للتنفيذ الجماعي يقوم على إقرار نوع من التوازن بين حقوق الدائنين في التنفيذ على مكاسب مدينهم بإعتبارها ضمانا لهم وبين حق المجموعة في ألا يؤدي هذا التنفيذ بصورة آلية إلى زوال المؤسسة وضياع مواطن الشغل التي كانت توفرها[2].

ولتحقيق هذه المعادلة عرفت بعض التشاريع المقارنة كما عرف التشريع التونسي إلى جانب نظام الإفلاس (ب) نظام الإنقاذ (أ).

---

[1]– الأستاذ مصطفى كمال طه – القانون التجاري الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع الإسكندرية مصر 1985 ص308.

[2]– أنظر مقالنا بعنوان: الشروط العامة للإنتفاع بنظام الإنقاذ، مجلّة القضاء والتشريع عدد 10 لشهر ديسمبر لسنة 1996 ص7 – نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية وزارة العدل تونس – الجمهورية التونسية.

أ- الدعاوى المتعلقة بإنقاذ المؤسّسات:

لقد أصبح التفليس – منذ دخول القانون عدد34 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/04/17 كما وقع تنقيحه بالقانون عدد63 لسنة 1999 المؤرخ في 1999/07/15 المتعلّق بإنقاذ المؤسّسات التي تمر بصعوبات إقتصادية حيز التطبيق – لا يلتجأ إليه إلا إذا تعذر على التاجر (سواء أكان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا) تسوية ديونه بالتراضي مع دائنيه إذا لم تبلغ الصعوبات التي تمر بها مؤسسته درجة التوقف عن الدفع أو بالتقاضي إذا تجاوزت هذه المرحلة وتوقفت عن دفع ديونها.

وينتفع بنظام الإنقاذ حسب الفصل 3 من القانون عدد34 لسنة 1995 المتقدمة الإشارة إليه كلّ شخص طبيعي أو معنوي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي يتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا كما تنتفع به الشركات التجارية التي تتعاطى نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري يمر بصعوبات إقتصادية.

ولئن لم يرد بالقانون المذكور أي شرط آخر (غير ما تضمنه الفصل الثالث) لإنتفاع المؤسسة التي تمر بصعوبات إقتصادية بنظام الإنقاذ فإنه من الضروري لكي تكون المحاكم التونسية مختصة بالدعاوى المتعلقة بإنقاذ المؤسّسات أن تكون تونس هي مكان الإستغلال الأصلي للمؤسسة المعنية بدعوى الإنقاذ.

ودعاوى الإنقاذ المقصودة بالفقرة 3 من الفصل 8 من م.ق.د.خ هي كلّ الدعاوى التي ترفع على أساس القانون عدد34 لسنة 1995 المتعلّق بإنقاذ المؤسّسات التي تمر بصعوبات إقتصادية سواء أكانت في إطار التسوية الرضائية أم في إطار التسوية القضائية أم في إطار التصفية العدلية.

* **أوّلا:** هل الإفلاس من الأحوال الشخصية أم من الأحوال العينيـــة إن قاعدة الفصل 457 من م. ت.ج التي رتبت على الإفلاس رفع يد المفلس مـــن تاريخ صدور الحكم بالإفلاس عن إدارة جميع مكاسبه وعن التصـــرف فيهـــا، وخولت أمين الفلسة جميع ما للمفلس من الحقوق والدعاوى المتعلّقة بكسبه قـــد تبعث على الإعتقاد بأن الإفلاس ضرب من ضروب الحجر، وبالتالي فهو مـــن مسائل الأحوال الشخصية (مسألة الأهلية) لكن رفع يد المفلس عن إدارة مكاسبة أو التصرف فيها لم يكن لحماية المدين نفسه مثلما هي الغاية من كلّ حجر وإنما هو "لتحقيق التصفية الجماعية وإحترام مبدأ عدم الإخلال بالمساواة بين دائنـــي المفلس"[1] هذا من جهة، ومن أخرى فإن المشرّع لم يعتبر المفلس قاصـــرا إلا بعد صدور حكم التفليس[2] وحتى بعد صدور الحكم فالمفلس ليس قاصرا بالمرة بدليل أن المشرّع قد خول له أن يباشر بنفسه بعض التصرفات القانونية التي لا تصح من عديمي الأهلية أو فاقديها مثل إتخاذ جميع الأعمال التحفظية لصـــيانة حقوقه (الفصل 457 من م.ت.ج) وممارسة جميع الحقوق الخاصة بشخصه أو التي تتناول مصلحة أدبية محضة مثل الزواج والطلاق سواء تعلق الأمر بذاتـــه أو بمن له عليهم ولاية من أبنائه ومنظوريه.

ولهذا فإن "نظام الإفلاس لا علاقة له بأهلية المفلس، وإنما هو وسيلة من وسائل التنفيذ على أمواله، لأن الغاية من التفليس إنما هي تصفية أموال المفلس تصفية جماعية وقسمة المتحصل منها على الدائنين قسمة غرماء"[3].

* **ثانيا:** طبيعة نظام الإفلاس: إن طبيعة الإفلاس لم تكن محل إجمـــاع المنظرين من الفقهاء، ولذلك نشأت لتحديد طبيعته عدة نظريات ومذاهب مـــن

---

[1] – الأستاذ: سعيد عبد الماجد نفس المصدر ص 233.

[2] – الفصل 6 من م.إ.ع يعتبر "المحجور عليهم لتفليسهم" من أصحاب الأهلية المقيدة.

[3] – الأستاذ: سعيد عبد الماجد: المصدر السابق ص233.

تتحقق إلا بإسناد الإختصاص بالحكم بالإفلاس لمحكمة واحدة تطبق تشريعا واحدا. وهذه المحكمة يجب أن تكون هي محكمة المركز التجاري الرئيسي للمدين[1].

والثانية: وجوب تحقيق المساواة بين جميع الدائنين، وهذه المساواة لاتتحقق إذا وجدت عدة محاكم في دول مختلفة مختصة بتقرير إفلاس التاجر المدين الواحد.

وبالإضافة إلى هذين الحجتين فإن مبدأ وحدة الإفلاس يستجيب لضروريات الحياة العملية لإمتيازه بالبساطة والإقتصاد والسرعة إذ يتجنب تعدد المصاريف وتعدد الإجراءات وما ينجر عن ذلك من تعدد الأمناء أيضا[2].

2- مذهب تعدد الإفلاس أو إقليمية الإفلاس:

وهناك رأي ثان يذهب إلى القول بإمكانية شهر الإفلاس في كلّ دولة يوجد على إقليمها فرع أو حتى بعض عناصر من ذمة المدين المتوقف عن دفع ديونه التجارية[3].

وإقليمية الحكم بالإفلاس تنجر عنها حتما إقليمية آثاره بحيث لاتمتد آثار الإفلاس إلى كامل ذمة المدين، وإنما تنحصر في الجزء الموجود منها بإقليم الدولة التي حكم فيها بإفلاسه، أي أن المدين تبقى له حرية التصرف في مكاسبه خارج تلك الدولة وتبقى لدائنيه إمكانية مقاضاته مباشرة والتنفيذ عليه فرادى دون أن يعارضوا بحكم الإفلاس الذي صدر ضدّه عن محكمة دولة أخرى.

---

[1] - الأستاذ سعيد عبد الماجد - نفس المصدر ص225 وما بعد.

[2] - الأستاذ: سعيد عبد الماجد: نفس المصدر ص225 وما بعد.

[3] - هذا الإتجاه أصبح بإمكانه الإستناد إلى إمكانية تعدد ذمم الشخص الواحد بعد أن إنتشرت شركة الشخص الواحد في العديد من التشاريع المعاصرة (ألمانيا وفرنسا وتونس).

التفليس بالنظر في جميع الدعاوي المرتبطة به".

وقد إعتبر فقه القضاء الوطني وحدة إجراءات الفلسة تهم النظام العام ورتب على ذلك إنحصار الإختصاص بالحكم بالتفليس في المحكمة التي يقع بدائرتها المركز التجاري الرئيسي للتاجر المدين المتوقف عن الدفع دون غيرها من محاكم الجمهورية[1].

وإذا أخذنا بمبدأ إمتداد قواعد الإختصاص الترابي الداخلي إلى النظام الدولي الذي يعد أحدى المعايير الإحتياطية لتحديد الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية أمكننا القول بأن قاعدة الإختصاص الترابي الداخلي الواردة بالفصل 35 من م.م.م.ت وبالفص 446 من م ت ج تقابلها قاعدة إختصاص دولي مماثلة لها[2].

لكن على المستوى الدولي وهو المجال الطبيعي للإعراب عن الإختيار فإن المشرّع التونسي قد أخذ بمذهب إقليمية الإفلاس إذ جاء بالفقرة الثانية من الفصل 28 من الإتفاقية القضائية المبرمة بين تونس وألمانيا الفيدرالية ببون في 1965/7/19 وبالفصل 17 من الإتفاقية المبرمة بين تونس وفرنسا بباريس في 28 جوان 1972 إن القواعد المتعلّقة بالإعتراف بالأحكام العدلية في المادة التجارية وبتنفيذها لاتنطبق على الأحكام المتعلّقة بالإفلاس[3] أو بصلح المفلس مع دائنيه أوغيرها من الإجراءات المماثلة بما فيها الأحكام المترتبة عن تلك

---

[1] – أنظر الحكم الإبتدائي الصادر في القضية عدد472 عن المحكمة الإبتدائية بتونس بتاريخ 1963/05/28 ق.ت عدد10/9 لسنة 1964 والحكم الإبتدائي الصادر عن نفس المحكمة في القضية عدد29326 بتاريخ 1970/04/08 ق.ت عدد1 وعدد2 لسنة 1970 ص89.

[2] – الأستاذ -Mayer- DIP, 3ème édition, P.185.-

[3] – المحكمة الإبتدائية بتونس ترى أن لحكم الإفلاس الأجنبي قوة إثباتية معترفا بها أمام المحاكم التونسية دون حاجة لإكسائه بالصيغة التنفيذية – أنظر الحكم الصادر في القضية عدد1259 بتاريخ 2000/6/29 (غير منشور).

(الفقرة الأخيرة من الفصل446 من م ت ج) [1] ومقيد بنشأة الدعوى عن الإفلاس وتعلق موضوعها به.

وتعتبر الدعوى متعلقة بالإفلاس كلّ دعوى تطبق فيها قاعدة من قواعد الإفلاس أو كلّ دعوى ناشئة عنه أو متعلقة بإدارة الفلسة مثل الدعاوى التي يرفعها أمين الفلسة لإبطال التصرفات الصادرة عن المفلس في فترة الريبة.

أما الدعاوى التي يرفعها أمين الفلسة على الغير الأجنبي غير المقيم بتونس طالبا إبطال تصرف المدين التاجر لسبب لا شأن له بالإفلاس فلا تختص بها المحاكم الوطنية إلا إذا تعلّقت بمال موجود بتونس أو بإلتزام نفذ فيها أو كان واجب التنفيذ بها.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن الإختصاص التشريعي يرتبط في مسائل الإفلاس بالإختصاص القضائي بمعنى أن القانون الذي يحكم الإفلاس هو قانون القاضي المختص بنظر النزاع.

4- الدعاوى المتعلّقة بإجراء تحفظي أو تنفيذي:

أن المقصود بالدعاوى هنا كلّ طلب يرمي إلى تدخل القضاء التونسي سواء أكان ذلك في إطار ممارسة المحاكم التونسية لوظيفتها القضائية (عن طريق تعهدها بدعوى قضائية أصلية) أو في إطار ممارستها لوظيفتها الولائية (عن طريق تعهدها بالأذون على العرائض).

وبصورة عامة كلّ الإجراءات التي تندرج تحت ما يسمى بقوانين الضبط

---

[1] - هناك مبدأ في القانون الدولي الخاص يقول أن كلّ قاعدة إختصاص داخلي تقابلها قاعدة إختصاص دولي، وبناء على ذلك فإن قاعدة الفصل 446 من م.ت.ج الداخلية تقابلها قاعدة إختصاص دولية تجعل المحاكم التونسية مختصة بكل الدعاوى المرتبطة بالإفلاس إذا كانت هي التي قضت بتفليس التاجر الأجنبي بصرف النظر عن كونه مقيما بتونس أوغير مقيم بها...إلخ.
أنظر: Pierre Mayer D.I.P 3ème édition P185 Montchristien Paris -France

من بيع ما يخشى تلفه والدعاوى المتعلّقة بإستحقاقها[1].

5- الإختصاص المسند للمحاكم التونسية دون سواها بنص خاص:

هذا المعيار إحتياطي وقد وضع ليستوعب كلّ الحالات التي لم تشملها المعايير الأربعة السابقة والمتعلقة بالسيادة الوطنية نذكر منها الإذن بالزواج إذا كان العقد سيبرم بتونس لدى إحدى السلط التونسية المختصة وكل الأذون أو القرارات القضائية الموجهة إلى السلط الإدارية التونسية كالإذن بتسليم وثيقة مودعة لديها (مثل الأذون التي يصدرها قاضي الناحية لضباط الحالة المدنية لتسليم نسخ مطابقة لرسم الولادة للغير تطبيقا لأحكام الفصل 14 من القانون عدد3 لسنة 1957 المؤرّخ في 1957/08/01 المتعلّق بتنظيم الحالة المدنية) وكذلك كلّ الدعاوى المتعلّقة بحل شركات القانون التونسي[2].

ومما تجدر الإشارة إليه في ختام شرح هذا الفصل أن الإختصاص القضائي الدولي المسند للمحاكم التونسية بموجب الفصل 8 – إنما هو إختصاص إستثنائي ومطلق فلا يعترف القانون التونسي لمحاكم أي دولة أخرى بممارسته عوضا عنها وبالتالي فإن الأحكام والقرارات الأجنبية وكذلك القرارات التحكيمية التي يكون موضوعها إحدى الدعاوى الواردة بهذا الفصل لا يمكن الإعتراف بها ولا بآثارها بتونس ولا يجوز الإذن بتنفيذها بها ما عدا ما خولته مجلّة التحكيم بفصليها 19 و53 لهيئات التحكيم الداخلي والدولي بعد مباشرة أعمالها من إمكانية إتخاذ أية وسيلة وقتية تكون لازمة لحفظ حقوق ومصالح الأطراف

---

[1] – يمكن أن ترفع دعوى إستحقاق المال المعقول أو المودع بمحل للأمانات على أساس موقع المال أيضا فتختص بها المحاكم التونسية تطبيقا لأحكام الفقرة 3 من الفصل 5 من م ق.د.خ أو الفقرة 2 من الفصل 8 من نفس المجلّة.

[2] – ذكر هذا النوع الأخير من الدعاوى الأستاذ علي المزغني بكتابه تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص176.

القضاء التونسي بالنظر فيها " إذ المقصود بالإختصاص هنا الإختصاص المطلق.

- **الفقرة 2/8:** مستمدة من أحكام الفقرة ثالثا من الفصل 2 من م.م.م.ت الملغاة وهذا نصها "ثالثا ... إذا كانت الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة موجودة بتونس".

ومن أحكام الفصل 38 من م.م.م.ت الذي هذا نصه: ترفع للمحكمة التي بدائرتها العقار:

أولا: الدعاوى الشخصية التي يقع القيام بها بمناسبة الأضرار التي تلحق العين

ثانيا: الدعاوى الحوزية

ثالثا: الدعاوى الإستحقاقية

وذلك بناء على أن كلّ قاعدة إختصاص ترابي داخلي تمكن إستعارتها لتكون قاعدة إختصاص قضائي دولي إذا لم يكن لها مثيل بالقانون الدولي الخاص.

كما أن القانون الدولي والقانون المقارن لم يكن غائبا عن أذهان محرري المجلّة وخاصة الفقرة الأولى من الفصل 16 من إتفاقية بروكسال المؤرخة في 1968/09/27 الذي هذا نصه:

Section 5: Compétence exclusives:

Art 16: *Sont seuls compétents, sans considération de domicile:*

1- a) en matière de droit réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'Etat contractant où l'immeuble est situé;

b) Toutefois, en matière de baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six

الفقرة سادسا من الفصل 2 من م.م.م.ت التي هذا نص ما بـه الحاجـة منها: ... إذا كانت للدعوى صلة ... أو بإجراءات تحفظية واجبة التنفيذ بتونس أو كانت تتعلّق بأمور يختص القضاء التونسي بالنظر فيها.

والفصل 35 من م.م.م.ت الذي هذا نصه: "جميـع الـدعاوى المتعلّقـة بالفلس ترفع للمحكمة التي بدائرتها الإستغلال الأصلي.

والفصل 446 من المجلّة التجارية الذي نصه: "يتقرر التفليس بحكم مـن المحكمة التي بدائرتها المركز التجاري الرئيسي بعد سماع النيابـة العموميـة وفيما إذا قررت عدة محاكم في وقت واحد تفليس تاجر فإن الأحكام الصـادرة بذلك تكون موجبة للتعديل بين المحاكم.

تختص المحكمة التي قررت التفليس بالنظر في جميع الدعوى المرتبطة به".

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 8 من هذه المجلّة في المشروع الأوّل يحمـل رقـم 12 وينص على ما يلي:

تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر:

- إذا كان موضوع الدعوى إسناد أو إكتساب أو فقـدان أو سـحب أو إسقاط الجنسية التونسية

- إذا تعلّقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية

- إذا تعلّقت الدعوى بإجراءات مشتركة (إنقاذ أو تسوية قضائية أو فلسة أو غيرها).

- إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظـي أو تنفيـذي بـالبلاد

بالنظر"[1].

الفصل 9:

إذا لم يكن للمطلوب مقر معلوم بالبلاد التونسية، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر الطالب.

وإذا كانت المحاكم التونسية مختصة بالنظر، في حين أن الطالب والمطلوب لا يقيمان بالبلاد التونسية، فإن الدعوى ترفع أمام محكمة تونس العاصمة.

I- الشرط: (المحكمة المختصة في صورة عدم إقامة الطرفين بتونس أو في صورة عدم وجود مقر معلوم بها للمطلوب)

هذا الفصل لا يتحدث عن أي معيار من معايير الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية وإنما يتحدث عن المحكمة التونسية المختصة ترابيا في حالات معينة من حالات الإختصاص القضائي الدولي:

أوّلا: [2] إذا كان المدعي مقيما بتونس والمدعى عليه ليس له مقر معلوم بها[3] وهي حالة لا يتصور الآن أن تكون المحاكم التونسية مختصة بها إلا إذا كان هناك إتفاق بين الطالب والمطلوب على إسناد الإختصاص بموضوعها للمحاكم التونسية[4] ما دامت حالات الإختصاص الأخرى قد أخضعت للحل

---

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص245.

[2] - ليسهل فهم هذا الفصل يكون الأفضل أن تقرأ الفقرة الثانية هي الأولى.

[3] - وتتمثل في الدعوى التي كانت ترفع - تطبيقا لأحكام الفقرة 2 من م.م.م.ت الملغاة - ضد التونسي المقيم بالخارج بإعتبارها من إختصاص المحاكم التونسية على أساس أن المطلوب تونسي الجنسية.

[4] - الأستاذ علي المزغني - تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص177 وما بعد.

من مشاق كثيرا ما تضعهم أمام خيارات صعبة تتمثل في ترك عملهم بالخارج والعودة إلى أرض الوطن للدفاع عن مصالحهم في أوقات وظروف يختارها خصومهم أو الغياب عن المحاكمة وما يترتب عنه من حرمان من حق الدفاع عن مصالحهم ومن المعلوم أن الظروف التي تحيط بظهور القاعدة القانونية تعد من المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية والتي من شأن العلم بها أن يساعد على فهمها وعلى حسن تأويلها.

III-1الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى تحت رقم 13 فأبقته اللجنة الثانية على الحالة التي هو عليها بإستثناء الرقم إذ أصبح 9 بدلا من 13.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة الشؤون العامة والتنظيم العام للإدارة هذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تقترح اللجنة تعويض عبارة "أمام محكمة تونس العاصمة" الواردة في آخر الفصل بعبارة "أمام المحاكم المختصة بتونس العاصمة".

الجواب: ترى الوزارة أنّه من المتجه الإبقاء على الصياغة الواردة بالمشروع لأن النزاع لا يمكن أن يرفع إلا أمام محكمة مختصة وحيدة لذلك ورد بالمشروع بصيغة المفرد (المحكمة) [1].

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص245.

النزاع لا علاقة له إطلاقا بالنظام القانوني التونسي كما إذا كان يتعلّق بعقار كائن خارج التراب الوطني (أنظر الفصل 4 من هذه المجلّة).

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من أحكام الفصل 18 من م.م.م.ت الذي هذا نصه: " الخصم الذي يقع إستدعاؤه لدى محكمة متحدة الدرجة مع المحكمة التي كان يجب رفع النازلة لديها له طلب التخلي عنها للمحكمة الراجع إليها بالنظر بشرط أن يقدم طلبه قبل الخوض في أصل النازلة وإلا فمطلبه غير مقبول".

كما يجد مصدره في الفقه الوطني والأجنبي الذي سبق أن أشرنا إليه في اكثر من موضع من هذا الكتاب.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في المشروع الأوّل يحمل رقم 14 ويتضمن ما يلي:

الفصل 14: يجب إثارة المنازعة في إختصاص المحاكم التونسية قبل الجواب في الأصل.

إلا أن اللجنة الثانية أعادت صياغته بما يتلاءم والمصطلحات المألوفة في قانون المرافعات وحصرت المنازعة في عدم الإختصاص متخلية عن الصبغة العامة التي وردت في المشروع الأوّل لما رأت فيها من إطلاق مشوب بالغموض قد يؤدي إلى سحب "مفهوم المنازعة في الإختصاص" على مسائل أخرى لم يقصدها المشرّع هذا من جهة ومن أخرى فإن للدفع بعدم الإختصاص علاقة مباشرة بقبول التقاضي لدى المحاكم التونسية. وقبول التقاضي أمام المحاكم التونسية أحد المعايير التي توخّاها المشرّع لتحديد الإختصاص القضائي

ومدى إلزاميته أو عدم إلزاميته للمحكمة المتعهدة بالنزاع ذي الصبغة الدولية مما جعل فقه القضاء يربط مختلف حالات الإختصاص بالسيادة الوطنية ويعتبرها من النظام العام دون تمييز بين حالة وأخرى.

ولتحاشي كلّ هذه السلبيات ومسايرة لتطور البلاد وإنفتاحها على الخارج ومواكبة للتطورات التي عرفتها القوانين المقارنة ولا سيما في البلدان المتقدمة إعتمدت المجلّة حسبما جاء بمذكرة شرح الأسباب لتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية على عنصرين أساسيين هما: عنصر إرتباط العلاقة أو المال بالنظام القانوني التونسي وعنصر السيادة مع الإقصاء التام لإمتياز المحاكمة والمعاملة بالمثل كعنصر إسناد لتعيين الإختصاص الدولي للمحاكم التونسية.

فهل إن ربط ثبوت الإختصاص للمحاكم التونسية بقيام رابطة قوية بين العلاقة أو المال المتنازع عليه والنظام القانوني التونسي أو السيادة الوطنية يعني أن المشرّع قد تبنى وجهة نظر فقه القضاء الوطني[1] التي كانت سائدة قبل صدور المجلّة وإعتبر كلّ حالات الإختصاص القضائي من النظام العام؟ وبالتالي فهي قواعد آمرة لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على مخالفتها وعلى المحكمة أن تتمسك بها ولو من تلقاء نفسها أم أن إعتماد تحديد هذا النوع من الإختصاص على عنصرين مختلفين هما عنصر الإرتباط بالنظام القانوني وعنصر الإرتباط بالسيادة يشير إلى أنّه قد إختار التفرقة بين حالات الإختصاص فما كان منها مرتبطا بالسيادة فهو من القواعد الآمرة المتعلّقة بالنظام العام وما كان منها غير مرتبط بالسيادة فهو لا يهم إلا مصالح الخصوم

---

[1]- قرار التعقيبي المدني عدد3035 المؤرّخ في 7 ماي 1964 ن.ص 23 والقرار عدد1/966 المؤرّخ في 1981/11/18 وغيرهما من القرارات التي تعتبر أن الإختصاص القضائي الدولي إختصاص حكمي يهم النظام العام.

دون الخوض في موضوع النزاع أو في نوع المحكمة المختصة به.

لكن هذا الرأي يبدو أنّه لا يقيم وزنا للتفرقة بين النظام القضائي والتراب فالنظام القضائي ليس بكيان مجسم مرتبط بمكان وإنما هو سيادة (سيادة تونس، سيادة الجزائر ...) والإختصاص الدولي هو في الواقع إسناد إختصاص لنظام قضائي ما بينما الإختصاص الترابي هو إسناد إختصاص لمحكمة ما على أساس موقعها الجغرافي[1].

فإذا لم يكن إختصاصا ترابيا فهل هو إختصاص نوعي؟ لا نعتقد ذلك لأنّه، ولئن كان الإختصاص النوعي يحدّد أحيانا على أساس صفة طرفي النزاع أو صفة أحدهما، والإختصاص القضائي الدولي مرتبط أحيانا بوجود صفة الأجنبي[2] لدى أحد أطراف النزاع فإن الإختصاص النوعي لا يقوم على صفة الخصوم فحسب وإنما على صفة الخصوم وعلى موضوع النزاع، ويعين المحكمة المختصة نوعيا بالذات (المحكمة الإدارية أو المحكمة العقارية أو المحكمة العسكرية ...) بينما الإختصاص الدولي يكتفي لتحديده بذكر الدولة التي تخص محاكمها بالنزاع دون أن يبين على أي محكمة من محاكمها يجب عرض النزاع.

وهناك من الفقهاء من يرى أن الإختصاص الدولي إختصاص حكمي بإعتبار أن الإختصاص الدولي يسند لمجموعة محاكم دولة ما، والإختصاص الحكمي الداخلي هو الذي يسند لمجموعة المحاكم وقد تبنت محكمة التعقيب التونسية هذا الإتجاه وإعتبرت لذلك قواعد الإختصاص القضائي الدولي تهم

---

[1] - الأستاذ مايار:

P.Mayer: Droit International Privé, 3e Edition Montchrestien, p 179/180

[2] - لقد عرف الفصل الأوّل من القانون عدد7 لسنة 1968 المؤرّخ في 8 مارس 1968 المتعلّق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية الأجانب بأنهم:"جميع الأشخاص الذين ليست لهم الجنسية التونسية سواء كانت لهم جنسية أجنبية أم لم تكن لهم جنسية".

تحول دون تقيده في الواقع وعند سن تلك القواعد[1] بالطبيعة الدولية للنزاع أيضا فيأخذ بعين الإعتبار المبدأ المعروف "بمبدأ القوة والنفاذ" الذي يوجب قيام صلة كافية بين النزاع المعروض والدولة تبرر إختصاص محاكمها به وتخول لمحاكمها سلطة فعلية تسمح بضمان ترتيب الحكم الصادر عنها آثاره.

2- هل هو من النظام العام؟:

إن المتأمل في الفصول المتعلّقة بإختصاص المحاكم التونسية وهي الفصول من 3 إلى 10 من مجلّة القانون الدولي يستوقفه منها فصلان:

* **الأوّل:** هو الفصل 8 الذي ينص على ما يلي:

"تختص المحاكم التونسية دون سواه بالنظر:

1- إذا كان موضوع الدعوى يتعلّق بإسناد الجنسية التونسية أو إكتسابها أو فقدانها أو سحبها أو إسقاطها.

2- إذا تعلّقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية.

3- إذا تعلّقت الدعوى بإجراءات جماعية مثل إنقاذ المؤسّسات أو التفليس.

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

5- وفي كلّ ما أسند إليها بنص خاص".

* **والثاني:** الفصل 10 الذي ينص على أنّه: "يجب إثارة الدفع بعدم إختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل".

فالأوّل: يتحدث عن مسائل مرتبطة بالسيادة وثيق الإرتباط لتعلّقها

---

[1]- الأستاذ عكاشة المرجع السابق ص35.

بالجنسية وإنقاذ المؤسّسات والعقارات الكائنة بتونس وبالإجراءات التحفظية والتنفيذية.

والثاني: يتحدث عن وجوب إثارة الدفع بعدم إختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل مما يستنتج منه أنّه لا يجوز الدفع بعدم إختصاصها بعد الخوض في الأصل وإرتباط الحق في إستعمال الدفع بعدم سبق الخوض في الأصل من خاصيات الدفوع التي لا تهم إلا مصالح الخصوم لأن الدفوع المتعلّقة بالنظام العام تثار من الخصم في كلّ وقت وحين وفي سائر درجات التقاضي ولدى محكمة التعقيب ولو كان ذلك لأول مرة كما للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها وأن تتمسك بها ولو تنازل عنها الخصوم أو أهملوا إثارتها.

وللتوفيق بين النصين إعتقد أن المشرّع قد فرق بين طائفتين من الإختصاصات:

الأولى: تتعلّق بالسيادة وبالتالي تهم النظام العام والقواعد الواردة بشأنها آمرة لا تمكن مخالفتها لا من الخصوم ولا من المحكمة وهي كلّ القواعد التي وردت بالفصل 8 من المجلّة دون أي إستثناء.

والثانية: لا تتعلّق بالسيادة أو أن علاقتها بها ضعيفة جدا والقواعد الواردة بشأنها غير آمرة ولا تهم النظام العام مثل حالات الإختصاص بدعاوى المسؤولية المدنية وغيرها مما لم يذكر بالفصل 8 المتقدمة الإشارة إليه.

ب- هل أن إقصاء إمتياز المحاكمة والمعاملة بالمثل من المعايير المحددة لإختصاص المحاكم التونسية خيار عام وشامل أم أنّه منحصر في هذا النطاق الخاص والضيق؟.

1- إمتياز المحاكمة أو الإمتياز القضائي:

Privilège de Juridiction إنّ إمتياز المحاكمة هنا يعني إخضاع

وإن المشرع [illegible] النظم القانونية. كما أن حريته في تحديد قواعد الإختصاص [illegible]

1- أنظر القرار التعقيبي المدني عدد3035 المؤرّخ في 7 ماي 1964 ن ص23 والقرار التعقيبي عدد4196 الصادر في 1981/11/18 ن 1981 ق.م ج4 ص132.

التونسي المدعى عليه لمحاكم وطنه ولو كان مقيما بالخارج بناء على إفتراض غير ثابت يتمثل في معرفة الوطني لنظام التقاضي بوطنه وبالتالي تأمين حماية أفضل لمصالحه.

لكنه إمتياز منتقد بأنه ينطوي على شيء من عدم الثقة بالقضاء الأجنبي وبأنه في كثير من الأحيان لا يخدم مصالح المواطنين المقيمين بالخارج الـذين يجدون أنفسهم وفي كثير من الأحيان بصورة مفاجئة مضطرين إلى العودة إلى تونس لمواجهة ما يرفع ضدهم من دعاوى أمام المحاكم التونسية وكثيـرا مـا تكون لهذه العودة آثارها السلبية على أوضاعهم في البلد الأجنبي إلى جانب مـا تكلفهم من خسائر وأتعاب مادية[1]. ولذلك كان إستبعاد هذا النوع من الإمتيـاز (إمتياز المحاكمة) محل إجماع آراء اللجنة الفنية واللجنة المختلطة التي تكونت بوزارة العدل لمراجعة المشروع وقد توج هذا الإجماع بمصادقة المشرّع وذلك مراعاة للإنتقادات المشار إليها ولأن المعايير التي إعتمـدتها المجلّـة لتحديـد الإختصاص القضائي للمحاكم التونسية والتفرقة الواضحة التي أقامتها بين مـا هو متعلق بالسيادة الوطنية وما هو غير متعلق بها – أصـبحت تغنـي عـن إستعمال إمتياز المحاكمة فالمسائل المتعلّقة بالسيادة الوطنية كالجنسية والعقارات الكائنة بتونس وغيرها مما تضمنه الفصل 8 من م.ق.د.خ هي من إختصـاص القضاء الوطني دون سواه سواء أكان التونسي المدعى عليه مقيما بتـونس أو بالخارج والمسائل الأخرى التي لا صلة لها بالسـيادة الوطنيـة كالإلتزامـات بمختلف أنواعها لا يضير النظام القانوني التونسي أن يختص بها قضاء أي بلد أجنبي آخر لا سيما إذا كان هذا القضاء هو الأنجع والأقدر على حـل النـزاع الذي به طرف تونسي كما إذا كان هو قضاء مقر إقامته أو قضاء موقع عقاره

---

[1]- أنظر بحثنا بعنوان: الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية – مرقون مودع لدى المعهـد الأعلى للقضاء.

خاصة وإن التونسي المقيم بالخارج يتمتع بحماية أقوى وأنجع من إمتياز المحاكمة إلا وهي الحماية الدبلومسية وهو حل ذكي إستبعد إمتياز المحاكمة كأداة تشريعية غير مرغوب فيها، وأعطى وظائفه الأساسية لأداة تشريعية أخرى مقبولة دوليا ومحل إجماع كلّ التشاريع.

2- المعاملة بالمثل:

في التشريع السابق (الفقرة سابعا من الفصل 2 م.م.م.ت) كانت المعاملة بالمثل معيارا يعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بالدعاوى التي ترفع ضد الأجنبي الذي ليس له مقر أصلي أو مختار بتونس على أساس ما تتضمنه قواعد الإسناد بقانونه الوطني، فكل دعوى يجوز رفعها ضد التونسي أمام محاكم الأجنبي المدعى عليه تكون من إختصاص المحاكم التونسية مهما كان نوعها ولو لم تكن داخلة في إختصاصها وفق أي معيار من معايير الإختصاص (قواعد الإسناد المتعلّقة بالإختصاص القضائي الدولي) وذلك على سبيل المعاملة بالمثل (الفقرة سابعا من الفصل2 م.م.م.ت).

ولتوضيح ذلك نورد هذا المثال: إذا تزوج تونسي مصرية بمصر ودخل بها هناك ثم عاد إلى تونس وإستقر بها وإمتنعت زوجته المصرية عن العودة إلى تونس وصارت مجهولة المقر في الخارج فإنه لا يستطيع وفق أي قاعدة من قواعد الإسناد التونسية أن يقاضيها أمام المحاكم التونسية من أجل حملها على القيام بواجباتها الزوجية (مساكنته مثلا أو إعتبارها ناشرا لا تستحق النفقة) أو لتطليقها لأنها غير مقيمة بتونس وليس لها بها مقر أصلي أو مختار (يجب أن نفترض هذا ليصح المثال) ولأن تونس ليست بمكان إبرام العقد ولا هي موطن تنفيذه ولأن دعوى المساكنه أو الطلاق ليست من الدعاوى التي يختص بها القضاء التونسي على وجه الإطلاق.

لكن وجود قاعدة إسناد بالتشريع المصري هي الفقرة 7 من المادة 30

من قانون المرافعات المدنية والتجارية[1] تخول للقضاء المصري نظر مثل هذه الدعاوى لو كان المدعي في المثال الذي أوردناه مصريا أو أجنبيا مقيما بمصر والمدعى عليها تونسية يجعل المحاكم التونسية مختصة بدعوى الطلاق التي يرفعها التونسي أمامها ضد زوجته المصرية المجهولة المقر بالخارج تطبيقا لمبدأ المعاملة بالمثل.

وللقول بوجود معاملة بالمثل يجب أن تكون المعاملة مطردة ومستقرة وخالية من جميع مظاهر التحايل على الإختصاص.

وبالرغم من وجود مدافعين عن هذا المبدأ صلب اللجنة المختلطة التي سبقت الإشارة إليها فقد تم إستبعاده كمعيار لتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية[2] إذ بقي المشروع خاليا منه مثلما أعدته لجنة الخبراء لكن بقي معتمدا في الهبة (الفصل 175 من م.ح.ش) وتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية لإتصالها بالسيادة الوطنية.

---

[1] - وهذا نص الفقرة السابعة من المادة 30 من قانون المرافعات المصري:"تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية: إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى".

[2] - لقد رفضت المحاكم التونسية إعتماد المعاملة بالمثل كمعيار لتحديد إختصاصها بناء على حذف هذا المعيار بنسخ الفصل 2 من م.م.م.ت بموجب قانون إصدار مجلّة القانون الدولي الخاص – أنظر الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد15255 بتاريخ 2000/6/29 (غير منشور).

العنوان الثالث

في تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية

الفصل 11:

لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية:

- إذا كان موضوع النزاع من إختصاص المحاكم التونسية دون سواها

- إذا سبق الفصل في نفس موضوع النزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السبب من المحاكم التونسية بقرار غير قابل للطعن بالطرق العادية

- إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع

- إذا كان القرار الأجنبي قد وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون البلد الصادر فيه أو غير قابل للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها

- إذا لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل

كما لا يؤذن بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية إلا حسب الشروط التي جاءت بها أحكام الفصل 81 من مجلّة التحكيم.

I- الشرط: (شروط الإذن بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية)

أ- مفهوم الحكم والقرار الأجنبي:

لقد كان المشرّع التونسي لا يعترف – على مستوى القانون الداخلي[1] – إلا بالأحكام القضائية (الفصول 316/ 317/ 318/320/ 321) من م.م.م.ت وقد ألغتها مجلّة القانون الدولي الخاص) وأحكام المحكمين الدولية (الفصل 277 من م.م.م.ت ألغي بمجلة التحكيم والفصل 80 من مجلّة التحكيم) ورسوم الحالة المدنية المتعلّقة بالتونسيين والأجانب المحررة بالخارج بشرط أن يكون تحريرها قد تم طبق التراتيب المعمول بها بذلك البلد (الفصل 16 من القانون المنظم للحالة المدنية) وقد أقرت مجلّة القانون الدولي الخاص ما كان يعترف به التشريع السابق ولم تضف إليه حسب رأينا إلا الإعتراف بالقرارات القضائية الولائية (كان معترفا بها في بعض الإتفاقيات الدولية الثنائية وبالنسبة للقرارات الصادرة عن محاكم ذلك البلد فقط).

ويجد هذا التأويل سنده فيما تضمنه العنوان الثالث من المجلّة الذي صيغ هكذا: "في تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية" بحيث وردت صفة

---

[1]- أما على المستوى الدولي وفي نطاق بعض الإتفاقيات الثنائية (هذه لها صبغة تعاقدية فلا تنطبق إلا على مواطني الدولتين المتعاقدتين) فيعترف المشرّع التونسي بجميع الأحكام العدلية مهما تكن تسميتها مثل الأحكام أو القرارات أو الأذون أو بطاقات التنفيذ ومهما تكن طبيعتها القضائية أو الولائية إلا أنه لا يعتبر من الأحكام العدلية القرارات التي تصدرها المحكمة بموجب سلطاتها الولائية في قضية تشتمل على طرف واحد وتعتبر من الأحكام العدلية حسب هذه الإتفاقية قرارات كتاب المحاكم التي تتولى فيما بعد ضبط مصاريف القضية.

كما يعترف بالأحكام الوقتية الصادرة بمنح مبالغ مالية ولو لم تكتسب قوة الشيء المحكوم فيه. أنظر الفصل27 من الإتفاقية التونسية الألمانية المبرمة ببون في 1965/07/19) لكن الإعتراف حتى حسب هذه الإتفاقية منحصر في القرارات العدلية دون الإدارية أو غيرها من القرارات الإدارية أو الهيئات المهنية الأخرى.

"القضائية" بعد كلمتي الأحكام والقرارات المعطوفتين على بعضهما ومن المعلوم أن الوصف بعد متعاطفين يعود عليهما معا حسب قاعدة الفصل 520 من م.إ.ع كما يجد سنده فيما تضمنه الفصل 12 من نفس المجلّة (والذي قد يوحي بإمكانية الإعتراف بالقرارات الصادرة عن أي سلطة أجنبية مختصة) من إستعمال المشرّع لكلمة قرارات أما متبوعة بقضائية أو بولائية ومن المعروف أن عبارة القرارات الولائية مصطلح قانوني لا يستعمله المشرّع التونسي إلا في معنى القرار القضائي وهو ما أكده جواب وزارة العدل على سؤال طرحه مجلس النواب حول مفهوم القرارات الولائية الواردة بهذا الفصل[1].

ويقصد بالأحكام والقرارات القضائية الأجنبية:

- الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن هيئات القضاء الرسمي[2] (قضاء الدولة) في المادة المدنية والتجارية وفي المادة الجزائية فيما يخص تعويض الأضرار وترجيع المكاسب فحسب وتعتبر بمثابة أحكام أجنبية الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية – مثل قرارات محكمة العدل الدولية الدائمة[3].

- والقرارات الصادرة عن الهيئات التحكيمية.

- أمّا السندات التنفيذية الأخرى (العرفية مثل بعض الحجج الرسمية) وإن لم تتعرض لها المجلّة فإن الرأي السائد بشأنها هو أنها لا يؤذن بتنفيذها إلا

---

[1]- الأعمال التحضيرية عدد6 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية يوم 1998/11/02 ص246.

[2]- رفضت المحكمة الإبتدائية طلبا تقدمت به إمرأة تونسية يرمي إلى الإذن بتنفيذ إشهاد بطلاقها محرر من مكتب توثيق الأحوال الشخصية بالقاهرة وعللت رفضها بأن شهادة الموثق على حصول تطليق المدعية بإرادة منفردة من الزوج دون تمكينها من ممارسة حقها في الدفاع عن مصالحها ليست بقرار قضائي حتى يؤذن بتنفيذه (إدراجه بدفتر الحالة المدنية) فضلا عن أن هذا الشكل من الطلاق يخالف النظام العام التونسي – أنظر الحكم المدني الصادر في القضية عدد34179 بتاريخ 2000/6/27 (غير منشور).

[3]- الأستاذ موحند إسعاد –القانون الدولي الخاص ج2 – ص60.

بشرط المعاملة بالمثل وبعد التأكد من كونها صحيحة وفق قانون السلطة التي قامت بتحريرها[1] (أنظر الفصل 68 من هذه المجلّة).

والملاحظ أن التشريع التونسي الداخلي لا يعترف إلا بعدد محدود جدا من السندات العرفية مثل السند المرسم[2] وكتب الإتفاق على التعويض الذي يبرم بين المتضرر من حوادث الشغل والأمراض المهنية والصندوق القومي للضمان الإجتماعي أو صاحب العمل (أنظر الفصول 74/73/72 من القانون عدد28 لسنة 1994 المؤرّخ في 1994/02/21).

أما القرارات الصادرة عن السلط الإدارية فما تزال غير معترف بها من قبل النظام القانوني التونسي وبالتالي لا يمكن الإذن بتنفيذها بتونس.

ب- مفهوم التنفيذ:

إن المقصود بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية بتونس ليس التنفيذ الإختياري المتروك لمطلق إرادة أطراف الحكم، وإنما المقصود هو التنفيذ الجبري الذي يكون بإستعمال السلطة العامة القوة[3] المادية لحمل المحكوم عليه على الإمتثال لما أمرت به الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار الأجنبي ومن هذا المنطلق يكون الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي بدون قيد أو شرط متعارضا مع فكرة السيادة لأن إستخدام السلطة العامة للقوة المادية محدود بإقليم الدولة حسب المبادئ السائدة في القانون الدولي العام ولأن السلطة المكلفة بالتنفيذ الجبري لا يمكنها – بوصفها مرفقا عاما – أن تنفذ إلا الأحكام التي

---

[1]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ط2 ص668 وما بعد.

[2]- أنظر الفصل 451 من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية.

[3]- يعتبر التنفيذ جبريا إذا تم عن طريق عدل التنفيذ ولو لم تقع الإستعانة بالقوة العامة (تدخل أعوان الأمن لحمل المحكوم عليه على الإمتثال للحكم بتسليم العين المحكوم بتسليمها أو حمل المعقول أو فتح باب المنزل وتمكين المحكوم له من حوزه ...).

تصدر عن سيادة الدولة التي تنتمي إليها[1].

لكن مبدأ السيادة الذي يتعارض والإذن بتنفيذ الأحكام الأجنبية يقابله مبدأ آخر هو تآزر كلّ السيادات (كلّ الدول) لصيانة حقوق كلّ الأشخاص داخل أقاليمها وهذا المبدأ يقتضي تنفيذ الأحكام الأجنبية حتى خارج حدود الإقليم الذي صدرت فيه[2].

ج- أنواع الرقابة التي تجريها المحاكم على الأحكام الأجنبية:

وللتوفيق بين مقتضيات السيادة وحاجة المعاملات الدولية قبلت بعض الدول تنفيذ الأحكام الأجنبية فوق ترابها بعد عرضها على محاكمها لتأمر بتنفيذها وفق شروط وقيود تختلف من دولة لأخرى ورفضت ذلك بعض الدول الأخرى وإشترطت رفع دعوى جديدة أمام محاكمها في أصل الحق يكون الحكم الأجنبي دليلها القاطع.

نظام رفع دعوى جديدة: في القانون الإنقليزي وقوانين البلدان التي حذت حذوه لا يؤذن بتنفيذ الحكم الأجنبي وإنما يجوز للمحكوم له أن يرفع دعوى جديدة أمام محاكم الدولة التي يرغب في التنفيذ فوق ترابها للمطالبة بنفس الحق الذي صدر به الحكم الأجنبي مستندا في إثباته إلى ذلك الحكم نفسه.

وهذه المحاكم تعتمد عادة الحكم الأجنبي كدليل قاطع على ثبوت الحق المطلوب[3] ويكون الحكم الصادر عنها هو القابل للتنفيذ[4].

---

[1]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ط2 ص668 وما بعد.

[2]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص الجزء الثاني ص56 وما بعد.

[3]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ط2 ص669 (هامش 2).

[4]- الأستاذان هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص – دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 2000 – الكتاب الثالث ص137.

نظام الإذن بالتنفيذ: يسود هذا النظام معظم البلدان الأوروبية والعربية ويقوم على رفع الطرف المعني بالحكم الأجنبي دعوى أمام محاكم الدولة التي يريد أن ينفذ فيها يكون موضوعها طلب الحصول على الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي فوق ترابها.

وقبل إعطاء هذا الإذن تجري المحاكم في هذه البلدان رقابة على الحكم الأجنبي تختلف من دولة لأخرى ولذلك يمكن التمييز بين ثلاثة أنظمة للرقابة.

نظام الرقابة المحدودة Système de contrôle limité: تكتفي المحكمة بإجراء رقابة شكلية للتأكد من إستيفاء الحكم الأجنبي جملة من الشروط الشكلية مثل قابليته للتنفيذ بالبلاد التي صدر فيه وإحترام حق الدفاع.

أما من حيث الموضوع فليس للمحكمة حسب هذا المذهب أن تتعرض له إلا بالقدر اللازم للتأكد من أن الحكم الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام في بلد قاضي الإذن بالتنفيذ[1]. وهذا ما كانت تطبقه المحاكم التونسية أثناء النظر في دعاوى الإذن بتنفيذ الأحكام الأجنبية[2].

نظام الرقابة غير المحددة Système de contrôle illimité: في هذا النظام يمكن للمحكمة أن تتعرض للموضوع لكن لا يجوز لها تعديل الحكم وإنما لها أن ترفض منح الإذن بالتنفيذ إذا رأت أن الحكم من حيث الموضوع غير صحيح[3].

نظام المراجعة Système de révision: تكون للمحكمة في هذا النظام سلطة أوسع لفحص الحكم الأجنبي وتقدير ما إذا كان قد أصاب في تطبيق

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 –ص69 وما بعد.

[2]- أنظر الحكم المدني عدد29326 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس العاصمة بتاريخ 1970/04/08 – منشور بـ(ق.ت عدد7 لسنة 1970 ص711/89).

[3]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ط2 ص670 وما بعد.

القانون وتقدير الوقائع أم أنّه لم يصب ولها أن تعدل ما قضى به[1].

د- شروط تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية والتحكيمية الأجنبية:

ومراعاة لمقتضيات المعاملات الدولية إعترفت مجلّة القانون الدولي الخاص التونسية للأحكام والقرارات القضائية الأجنبية بالقوة التنفيذية والقوة الإثباتية بعد إخضاعها لرقابة شكلية فالحكم الأجنبي ينفذ بتونس ويحتج به أمام المحاكم والسلط الإدارية التونسية إذا توفرت فيه الشروط القانونية.

أوّلا: شروط تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية:

يضبط الفصل 11 شروط الإذن بتنفيذ الحكم أو القرار القضائي الأجنبي وهذه الشروط هي:

1- أن يكون الحكم أجنبيا: أي صادرا بإسم سيادة دولة أجنبية بصرف النظر عن مكان صدوره أو جنسية القضاة الذين أصدروه[2].

2- وأن يكون صادرا عن هيئة قضائية مختصة. والإختصاص الذي يعتدبه في إطار[3] هذا النوع من الرقابة على الحكم الأجنبي إنما هو الإختصاص العام أي أن النزاع من إختصاص محاكم الدولة التي صدر فيها الحكم وليس من إختصاص المحاكم التونسية دون الخوض فيما إذا كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه بتونس هي المختصة أم أنّه من إختصاص محكمة أخرى من محاكم تلك الدولة[4]. لأن مخالفة الحكم الأجنبي الإختصاص الداخلي مسألة داخلية ولا تعني قاضي التنفيذ وبالتالي لا

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 ص66 وما بعد.

[2]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 ص60.

[3]- الأستاذ علي المزغني تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص195.

[4]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 ص73.

تدخل في نطاق الرقابة التي يجب إجراؤها على الحكم الأجنبي قبل الإذن بتنفيذه حتى أنّه يكون غير مختص بالرد على الدفع بعدم إختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي إذا ما أثاره الأطراف[1] أمامه.

3- أن يكون صادرا في مسألة من مسائل القانون الخاص. ولهذا لا يمكن الإذن بتنفيذ الأحكام الأجنبية الإدارية أو الجبائية أو الجزائية بإستثناء الجانب المتعلّق منها بالتعويض أو ترجيع المكاسب[2].

4- أن لا يكون موضوع النزاع الذي بت فيه الحكم الأجنبي من إختصاص المحاكم التونسية دون سواها ويشمل هذا الإختصاص كلّ الحالات المنصوص عليها بالفصل 8 من م.ق.د.خ. وكل ما أسند إليها بنص خاص.

5- أن لا يكون موضوع النزاع الصادر فيه الحكم الأجنبي قد سبق للقضاء التونسي أن بت فيه بحكم لم يعد قابلا للطعن بالطرق العادية[3] أي لم يعد قابلا للطعن لا بالإستئناف ولا بالإعتراض[4] ولو لم يكن الحكم الأجنبي مناقضا للحكم الصادر بتونس.

لكن على أي أساس تحدّد هذه الأسبقية فهل تحدّد بالرجوع إلى تاريخ تقديم دعوى الإذن بالتنفيذ أم بالرجوع إلى تاريخ صيرورة الحكم الوطني غير قابل للطعن بالطرق العادية؟

1- الأستاذ علي المزغني تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص196.

2- الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص ج 2 ص61.

3- أنظر الحكم المدني الإستئنافي عدد32266 الصادر بتاريخ 1973/07/12 عن محكمة الإستئناف بتونس ق.ت عدد9 لسنة 1974 ص729/51.

4- الطعن العادي: هو التظلم من الحكم القضائي لدى محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرته أو إلى ذات المحكمة (الإعتراض) ويجوز تأسيسه على أي سبب من الأسباب الشكلية أو الموضوعية. الأستاذ نبيل إسماعيل عمر – أصول المرافعات المدنية والتجارية نشر منشأة المعارف بالإسكندرية – مصر طبعة أولى سنة 1986 ص 1205.

إن أسبقية الفصل لا تحدّد بتاريخ صدور الحكم ولا بتاريخ رفع دعوى الإذن بالتنفيذ وإنما بالتاريخ الذي يصبح فيه الحكم التونسي غير قابل للطعن بالطرق العادية والتاريخ الذي يصبح فيه الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه فإذا كان الحكم الأجنبي قد أصبح قابلا للتنفيذ قبل أن يصبح الحكم التونسي غير قابل للطعن بالطرق العادية أمكن النظر في الإذن بتنفيذه بتونس وإن كان الحكم التونسي قد تقدم عليه في الإحراز على ذلك الوصف إمتنع القاضي التونسي عن الإذن بتنفيذه.

والملاحظ أن هذا الشرط يرمي إلى منع تنفيذ كلّ حكم أجنبي يكون موضوعه قد سبق أن بت فيه القضاء التونسي بحكم أصبح غير قابل للطعن بالطرق العادية قبل أن يصبح الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ إلا أن إستعمال معيار "عدم قابلية الحكم الصادر بتونس للطعن بالطرق العادية للتفرقة بين الأحكام التي يعارض بها الحكم الأجنبي والتي لا يعارض بها لا يحقق هذه الغاية بصورة شاملة إذ تبقى الأحكام التي يعطل التعقيب – وهو من طرق الطعن غير العادية – تنفيذها[1] محل إشكال[2] لكننا نعتقد أن التأويل الأسلم لهذه القاعدة هو أن تحمل على إطلاقها أي أن الحكم الأجنبي الذي يكون موضوعه قد سبق للمحاكم التونسية أن بتت فيه بحكم لم يعد قابلا للطعن بالطرق العادية لا يمكن الإذن بتنفيذه بتونس ولو كان الحكم الصادر عن المحاكم التونسية من الأحكام التي يوقف التعقيب تنفيذها.

6- أن لا يكون الحكم أو القرار الأجنبي قد صدر وفق إجراءات لم

---

[1] – مثل الأحكام الصادرة بإعدام ورقة مرمية بالزور أو محو آثارها أو الأحكام الصادرة بالطلاق أو بفساد عقد زواج أو الصادرة على الدولة بأداء مال أو برفع عقلة أجرته الدولة لإستخلاص أموالها (أنظر الفصل 194 م.م.م.ت).

[2] –الأستاذ علي المزغني – تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص202.

تحترم حقوق الدفاع ومن أهم هذه الحقوق مبدأ المواجهة بين الخصوم والذي يقتضي حضور المطلوب أو دعوته للحضور أمام المحكمة التي أصدرت الحكم بصورة قانونية وتمكينه من الإطلاع على سائر أوراق الملف ومن تقديم جوابه على الدعوى خلال أجل معقول.

ووجوب إحترام الحكم الأجنبي لحقوق الدفاع شرط لا بد من توفره للإذن بتنفيذ الحكم أو القرار الأجنبي ولو كان قانون البلد الذي صدر فيه لا يوجب ذلك لتعارض مثل هذه الأحكام مع النظام العام الدولي التونسي مع مراعاة الإستثناء الوارد بالفصل 12 من هذه المجلّة والمتعلق بالقرارات الولائية الأجنبية التي لا تتعلّق بإجراءات تحفظية أو تنفيذية واجبة التنفيذ بتونس (هذه الأخيرة يجب على أصحابها أن يطلبوها مباشرة من القضاء التونسي لتعلقها بعنصر السيادة الوطنية التي يعد قاضي التنفيذ حارسها[1] الأمين.)

7- أن لا يكون الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي.

ويكون الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام على معنى القانون الدولي الخاص إذا كان مضمون ما قضى به يتعارض جذريا مع المبادئ الأساسية والجوهرية في مجتمع قاضي التنفيذ كأن يكون منطويا على تمييز عنصري أو عرقي أو على مس بالسياسة التشريعية أو الإقتصادية أو الإجتماعية أو بالمصالح الحيوية لدولة القاضي أو بالقيم الحضارية التي يقوم عليها مجتمعه أو بالقيم الحضارية الكونية العامة[2] كحرمة جسد الإنسان وحقه في الحرية

---

[1]- الأستاذ: P. Mayer DIP - P262

[2]- أنظر المزيد من التفاصيل في هذا النطاق – دروس في القانون الدولي الخاص (باللغة الفرنسية) الكتاب الثاني تنازع القوانين للأستاذ محمد العربي هاشم – مركز النشر الجامعي تونس 1997 ص112 وما بعد.

والكرامة وما إلى ذلك.

8- أن يكون الحكم الأجنبي ما يزال قابلا للتنفيذ بالبلد الذي صدر فيه بأن لا يكون قد وقع إبطاله أو أوقف تنفيذه بموجب قانون ذلك البلاد أو مضت المدة القانونية المسقطة لتنفيذه أو إذا كان غير قابل للتنفيذ فيه سواء أكان ذلك بموجب وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ أو لإنطوائه على عيب شكلي أو موضوعي يجعله غير قابل للتنفيذ حسب قانون البلد الذي صدر فيه.

9- أن تكون الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي تأذن بتنفيذ الأحكام التي تصدرها المحاكم التونسي فوق ترابها وذلك على أساس المعاملة بالمثل.

فإذا كانت تلك الدولة تقبل بتنفيذ الأحكام القضائية التونسية فوق ترابها أذنت المحكمة التونسية بتنفيذه وأن كانت لا تقبل بتنفذها رفضت طلب الإذن بالتنفيذ ولو توفرت سائر شروطه الأخرى لكن في الحالة الأولى يطرح تساؤل حول ما إذا كانت المعاملة بالمثل تقتضي أن تتوخي المحاكم التونسية نفس نظام المراقبة الذي تتبعه المحاكم الأجنبية للإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي أم أنها تتبع في كلّ الحالات ومهما كان نظام المراقبة الذي تتبعه المحاكم الأجنبية – نظام المراقبة الشكلية الذي جاء به الفصل 11 من م.ق.د.خ؟.

بما أن الأمر يتعلّق بإجراءات سير مرفق عمومي تونسي فإنه ليس للمحاكم التونسية أن تغير هذه الإجراءات بل ينبغي عليها أن تتوخى لرقابة الحكم الأجنبي في صورة ثبوت وجود المعاملة بالمثل نظام الرقابة الذي نص عليه التشريع الوطني.

والمعاملة بالمثل إما أن تكون منصوصا عليها بالتشريع (الدولي أو الداخلي) مثلما جاء بالفصلين 27 و34 من الإتفاقية التونسية الألمانية المتعلّقة بالحماية والتعاون القضائي والإعتراف بالأحكام وتنفيذها المبرمة ببون في

.1965/07/19

وأما أن تكون المعاملة بالمثل مجرّد واقع متبادل عن طريق جريان عمل المحاكم بالبلد الأجنبي بالإذن بتنفيذ الأحكام القضائية التونسية فوق ترابه.

فأي نوع من المعاملة بالمثل عنته الفقرة قبل الأخيرة من الفصل 11 من م.ق.د؟.

لقد سبق لمحكمة التعقيب أن فسرت المعاملة بالمثل الواردة بالفصل 318 من م.م.م.ت الذي ألغته مجلّة القانون الدولي الخاص بأنها المعاملة التشريعية أي المنصوص عليها بتشريع البلد الأجنبي الذي أصدرت محاكمه الحكم المعروض على القضاء التونسي للإذن بتنفيذه وعللت رأيها بأن قاعدة المعاملة بالمثل إنما هي مستمدة أصلا من توافق قانون كلّ من البلدين أو على الأقل من تقاربهما لا من فقه قضائهما الذي يختلف رأيا حسب الأحوال الطارئة[1] مستبعدة بذلك المعاملة بالمثل الفعلية.

لكن التنصيص على مبدأ المعاملة بالمثل بالتشريع الأجنبي لا قيمة له إذا لم يكن محل تطبيق فعلي من قبل محاكم ذلك البلد ولهذا فإن المعاملة بالمثل الواقعية هي التي يعتد بها للإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي بتونس بحيث يجب على القاضي التونسي رفض إعطاء هذا الإذن إذا ثبت لديه أن الدولة الصادر بها الحكم أو القرار الأجنبي لا تحترم قواعد المعاملة بالمثل بصورة فعلية ولو كان تشريعها يتضمن قواعد تقرها.

بقي الآن أن نتساءل عن كيفية إثبات المعاملة بالمثل؟ وهل يجب على القاضي إقامة الدليل على وجودها أو نفيها بصفة تلقائية؟

---

[1] – القرار التعقيبي عدد7748 المؤرّخ في 1971/04/08 (مكتب التوثيق القضائي بالمحكمة الإبتدائية بتونس كلمة: حكم أجنبي صيغة تنفيذية) وهو منشور بـ(ق.ت لسنة 1972 عدد6 ص933/41).

إن ورود المعاملة بالمثل كشرط للإذن بتنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية يقتضي إثارته من قبل القاضي بصورة تلقائية وإثباته من قبل المتقاضي (طالب الإذن بالتنفيذ).

لكن بما أن إثبات المعاملة بالمثل ليس إلا إثباتا لمضمون القانون الأجنبي فلا مانع من تطبيق أحكام الفقرة الأولى من الفصل 32 من هذه المجلّة التي تنص على أنّه يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الأسناد في حدود علمه به وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الإقتضاء.

وفي هذا السياق يعتبر التنصيص على إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية بقانون دولة ما قرينة على إحترامها لقواعد المعاملة بالمثل وعلى من يدعى خلاف ذلك يقع عبء إثباته.

والمعاملة بالمثل معيار غير واسع الإنتشار في التشاريع المقارنة كقاعدة إسناد لتحديد الإختصاص القضائي الدولي[1] لكن الكثير من التشاريع المقارنة[2] قد عرفته كشرط للإذن بتنفيذ الأحكام الأجنبية، وذلك بقصد حمل الدول الأجنبية على الإعتراف بآثار الأحكام الوطنية فيها[3].

---

[1]- يوجد بالتشريع الليبي ضمن المادة 3 فقرة 4 من قانون المرافعات المدنية والتجارية ولا يوجد بالتشريع الفرنسي ولا بالتشريع الجزائري أو المصري مثلا.

[2]- التشريع المصري (المادة 296 من قانون المرافعات المدنية والتجارية) والتشريع الألماني والنمساوي أما التشريع الجزائي فلا يشترط لتنفيذ الأحكام الأجنبية المعاملة بالمثل (أنظر المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية (ومثله التشريع الفرنسي (أنظر الفصل 509 من المجلّة الجديدة للمرافعات المدنية)).

[3]- الأستاذ: هشام صادق -تنازع الإختصاص الدولي ص 205 وقد أشار بهامش تلك الصفحة إلى رسالة الأستاذ فؤاد رياض- القيمة الدولية للأحكام الأجنبية في القانون المقارن بالفرنسية جامعة باريس سيراي 1955 ص 113 وما بعد.

وقد إستهدف هذا الشرط لنقد شديد من قبل الكثير من الفقهاء[1] ومن إبرزواهم الإنتقادات التي وجهت إليه كشرط من شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية والتي يمكن أن توجه إليه كمعيار أو كقاعدة إسناد لضبط الإختصاص القضائي الدولي:

1) أنّه مبدأ يقوم على "فكرة المجاملة الدولية، وهي فكرة سياسية تقتضي بالضرورة تبادل المعاملة وأداء العدالة ينبغي أن لا يخضع لمجرد دواعي المنفعة أو للإعتبارات السياسية"[2].

2) أنّه بإمكان الدول أن تتحايل عليه، ويقدم المنتقدون له كمثل على التحايل ما حصل بالولايات المتحدة الأمريكية إثر زلزال سان فرانسيسكو سنه 1906 فقد رفع المتضررون من ذلك الزلزال دعاوى ضد شركات التأمين أمام القضاء الأمريكي فقضى لهم بالتعويض، وكان من بين شركات التأمين المحكوم عليها شركات ألمانية فأضطر الكثير من المحكوم لهم إلى التقدم للقضاء الألماني طالبين الإذن بتنفيذ ما بأيديهم من أحكام، ولما كان المشرّع الألماني لا يجيز تنفيذ الأحكام الأجنبية إلا بشرط المعاملة بالمثل فقد عمد المشرّع الأمريكي إلى التنصيص على شرط المعاملة بتشريعه بقصد التحايل على القضاء الألماني. ولاشيء يمنع من حصول مثل هذا التحايل على القضاء التونسي بقصد التأثير على مرجع النظر الدولي، وذلك بأن يبادر مشرع أجنبي أو أكثر بسن تشريع يمنع محاكمه من الإختصاص بنظر بعض الدعاوى المرفوعة ضد التونسيين تحايلا على القضاء التونسي حتى لا ينظر في نوع

---

[1]- أنظر عرضا مفصلا لمختلف أوجه هذا النقد بكتاب تنازع الإختصاص القضائي الدولي للأستاذ هشام صادق ص 207/206.

[2]- الأستاذ فؤاد رياض: القيمة الدولية للأحكام الأجنبية في القانون المقارن -رسالة دكتوراه باللغة الفرنسية باريس 1955 سيراى ص 113.

معين من القضايا التي ترفع ضد مواطنيه بتونس فتضطر المحاكم التونسية لمنع هذا التحايل إلى إستخدام فكرة النظام العام على غرار ما فعله القضاء الألماني إزاء تحايل المشرّع الأمريكي عليه[1] في المثل الذي سبقت الإشارة إليه، وإستخدام النظام العام في هذا الإطار ينطوي على تفكير سياسي، ومن حسن القضاء إبعاد الأفكار السياسية عن "الروابط القانونية المتعلّقة بحقوق الأفراد"[2].

3) ومن الإنتقادات الأخرى التي وجهت لهذا المبدأ من قبل أحد أعضاء[3] لجنة الخبراء التي أعدت مشروع المجلّة أنّه يتعارض ومبدأ السيادة وحق كلّ دولة في تحديد إختصاص محاكمها لأن إختصاص المحاكم التونسية على أساس المعاملة بالمثل سيكون موكولا للمشرع الأجنبي إن شاء منحه لها وأن شاء منعه عنها.

10- أن يكون الحكم الأجنبي معللا. هذا الشرط لم يرد ذكره صراحة بالفصل11 من م.ق.د.خ لكن مجمل مضمون بقية الشروط الواردة بالفصل المذكور يقتضيه.

فإذا لم يكن الحكم الأجنبي معللا وتعذر على القاضي إجراء الرقابة اللازمة عليه حكم برفض طلب الإذن بالتنفيذ[4] مع مراعاة الأوضاع الخاصة بالقرارات الولائية والتي لا تعلّل مثل الأحكام لكن ينبغي أن تتضمّن أو ترفق بالمعطيات والوثائق اللازمة لقيام قاضي التنفيذ بمراقبتها.

والملاحظ أن هذه الشروط هي أداة الرقابة التي لقاضي التنفيذ إستخدامها

---

[1]- الأستاذ هشام صادق: تنازع الإختصاص القضائي الدولي ص 207.

[2]- الأستاذ فؤاد رياض: القيمة الدولية للأحكام في القانون المقارن ص113.

[3]- الأستاذ: علي المزغني وقد أوضح موقفه الرافض لمبدأ المعاملة بالمثل كشرط لحصانة التقاضي بكتابه: تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص217 وما بعد.

[4]- الأستاذ: P. Mayer DIP, P 262.

للتحقق من أن الحكم الأجنبي لا يخالف النظام العام بدولته ولهذا يجب عليه قبل الإذن بالتنفيذ أن يتأكد من توفرها كلها في الحكم الأجنبي وعليه أن يثيرها من تلقاء نفسه ولا يمكنه أن يتجاوز أيّا منها ولو رضي أطراف الحكم بذلك لتعلق الأمر بالسيادة الوطنية التي يعتبر قاضي التنفيذ حارسها الأمين كما سبق أن فدمنا.

لكن عبء إثبات توفر هذه الشروط في الحكم الأجنبي موضوع طلب الإذن بالتنفيذ يحمل من حيث المبدأ على الطالب مع مراعاة ما تخوله أحكام الفصل 52 من م.ق.د.خ للقاضي من إمكانية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي في حدود إمكانيات عمله به عندما يؤول إثبات أحد هذه الشروط إلى إثبات القانون الأجنبي.

ثانيا: شروط تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية:

لقد نصت الفقرة الأخيرة من هذا الفصل على أنّه "لا يؤذن بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية إلا حسب الشروط التي جاءت بها أحكام الفصل 81 من مجلّة التحكيم.

وهذه الشروط تتعلّق بالقرارات التحكيمية الأجنبية (ولو كانت داخلية) وبالقرارات التحكيمية الصادرة في مجال التحكيم الدولي (أنظر الفصل 79 من مجلّة التحكيم).

ويعتبر التحكيم دوليا حسب الفصل 48 من مجلّة التحكيم إذا كان محل عمل أطراف إتفاقية التحكيم زمن إنعقادها واقعا في دولتين مختلفتين أو إذا كان مكان التحكيم أو أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به يقع خارج الدولة التي فيها محل عمل الأطراف أو إذا إتفق الأطراف صراحة على أن موضوع إتفاقية

الإنصاف — ...

يجيز تنفيذ الأحكام الأجنبية إلا بشرط المعاملة بالمثل ...
الأمريكي إلى التنصيص على شرط المعاملة بتشريعه بقصد التحايل على القضاء الألماني. ولاشيء يمنع من حصول مثل هذا التحايل على القضاء التونسي بقصد التأثير على مرجع النظر الدولي، وذلك بأن يبادر مشرع أجنبي أو أكثر بسن تشريع يمنع محاكمه من الإختصاص بنظر بعض الدعاوى المرفوعة ضد التونسيين تحايلا على القضاء التونسي حتى لا ينظر في نوع

التحكيم متعلق بأكثر من دولة. وبصفة عامة يكون التحكيم دوليا إذا تعلق بالتجارة الدولية.

وإذا كان القرار التحكيمي دوليا فإنه لا يجوز الإذن بتنفيذه بتونس إلا إذا توفرت فيه الشروط التالية:

- أن لا يكون مخالفا للنظام العام بمفهومه الوارد بالقانون الدولي الخاص التونسي.

- وأن تكون الدولة التي صدر بها القرار التحكيمي تحترم قواعد المعاملة بالمثل (تأذن بتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر بتونس فوق ترابها الفصل 79 من مجلّة التحكيم).

- وأن لا يثبت الطرف المطلوب تنفيذ القرار التحكيمي ضده لمحكمة الإستئناف بتونس العاصمة عند النظر في طلب الإذن بالتنفيذ أحد الأمور التالية:

* إن أحد أطراف إتفاقية التحكيم لا يتوفر فيه شرط من شروط الأهلية.

* أو أن إتفاقية التحكيم غير صحيحة.

* أو إن الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده لم يقع إعلامه بتعيين المحكمة أو بإجراءات التحكيم أو أنّه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه.

* أو أن قرار التحكيم قد بت في نزاع لم يشمله الإتفاق على التحكيم.

* أو أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم التي أتبعت كان مخالفا لإتفاقية التحكيم أو لنظام التحكيم المختار أو لقانون دولة وقع إعتماده أو لأحكام مجلّة التحكيم التونسية المتعلّقة بتشكيل هيئة التحكيم.

* أو أن قرار التحكيم قد أبطل أو أوقف تنفيذه من قبل قضاء أو قانون

البلد الذي صدر فيه.

– فإذا توفرت كلّ هذه الشروط تأذن المحكمة بتنفيذ الحكم أو القرار القضائي الأجنبي أو حكم التحكيم الدولي بتونس ويكسى الحكم الآذن بالتنفيذ بالصيغة التنفيذية[1] وينفذ الحكم الأجنبي تبعا لذلك كما تنفذ الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم التونسية.

– وإذا رفضت الإذن بالتنفيذ لعدم توفر أحد شروطه وإتصل القضاء بحكم الرفض فقد الحكم الأجنبي قوته التنفيذية وقوته الإثباتية لأن شروطهما واحدة.

II– المصادر:

هذا الفصل مستروح من القانون التونسي الداخلي ومن القانون الدولي والمقارن:

أ– المصادر الداخلية:

1– التشريع:

الفصل 318 من م.م.م.ت الذي هذا نصه:

الفصل 318: يجب للإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي توفر الشروط الآتية:

---

[1]– الصيغة التنفيذية تضمنها الفصل 253 من م.م.م.ت الذي هذا نصه: كلّ نسخة تنفيذية من حكم يكتب بطالعتها ما يأتي:
الجمهورية التونسية،
باسم الشعب التونسي أصدرت محكمة كذا الحكم الآتي نصه ويذكر بآخره ما يأتي: وبناء على ذلك فإن رئيس الجمهورية التونسية يأمر ويأذن سائر العدول المنفذين بأن ينفذوا هذا القرار (أو الحكم) إن طلب منهم ذلك ووكيل الجمهورية العام والمدعين العموميين ووكلاء الجمهورية بأن يساعدوا على ذلك، وسائر آمري وضباط القوة العامة بالإعانة على تحقيق تنفيذه عندما يطلب منهم ذلك بصفة قانونية وبموجب ذلك أمضى هذا القرار (أو الحكم).

أو أكثر بسن تشريع يمنح –
المرفوعة ضد التونسيين تحايلا على القضاء التونسي حتى – –

---

[1]– أنظر عرضا مفصلا لمختلف أوجه هذا النقد بكتاب تنازع الإختصاص القضائي الدولي للأستاذ هشام صادق ص 207/206.

[2]– الأستاذ فؤاد رياض: القيمة الدولية للأحكام الأجنبية في القانون المقارن –رسالة دكتوراه باللغة ... ة باريس 1955 سيراي ص 113.

أولا: أن يكون الحكم الأجنبي صادرا من **هيئة قضائية مختصة وفقا** لقانون البلد الأجنبي الصادر فيه وأنه أحرز على قوة إتصال القضاء وفقا لذلك القانون نفسه وما زال قابلا للتنفيذ بالبلد الصادر فيه.

ثانيا: أن يكون المحكوم عليه قد وقع إستدعاؤه بصفة قانونية لدى المحكمة التي أصدرت الحكم ومكن من الدفاع عن نفسه.

ثالثا: أن لا يكون النزاع الذي نظرت فيه المحكمة الأجنبية من أنظار المحاكم التونسية حسب القانون التونسي.

رابعا: أن لا يتعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره من محكمة تونسية في نفس الموضوع وبين نفس الخصوم وأحرز على قوة إتصال القضاء.

خامسا: أن لا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد النظام العام التونسي.

والفصل 319 من م.م.م.ت الذي هذا نصه:

الفصل 319: علاوة على الشروط الواردة بالفصل المتقدم والتي يلزم توفرها في جميع الأحوال فإنه لا يجوز الإذن بتنفيذ الأحكام الصادرة بالبلاد الأجنبية إلا بنفس الشروط التي تفرضها قوانين هذه البلاد لتنفيذ الأحكام الصادرة بالبلاد التونسية.

2- فقه القضاء:

وهو غزير ومتواتر بخصوص وجوب توفر جملة الشروط المشار إليه بالتشريع الوطني في الحكم الأجنبي للإذن بتنفيذه بتونس نذكر منه الحكم الإستئنافي المدني عدد56369 الصادر في 1963/11/28 عن محكمة الإستئناف بتونس ق.ت عدد4 لسنة 1964 ص57 والقرار التعقيبي المدني

عدد7748 الصادر في 1971/04/08 ق.ت عدد6 لسنة 1972 ص933/41

والملاحظ أن التشريع الجديد قد إستبدل معيار قوة إتصال القضاء بمعيار عدم قابلية الحكم الوطني للطعن بالطرق العادية بالنسبة لأسبقية البت في موضوع النزاع من قبل المحاكم التونسية بإعتباره شرطا مانعا من الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي بتونس لما يتميز به معيار قوة إتصال القضاء من عدم الدقة والوضوح في التشريع الوطني إذ هناك إختلاف في ضبط مفهومه على مستوى التشريع وفقه القضاء والفقه[1].

وإشترط صراحة إحترام الدولة الصادر بها الحكم أو القرار الأجنبي لقواعد المعاملة بالمثل مراعاة لأحكام الدستور التي أصبحت تقتضي ذلك لتنفيذ أي معاهدة دولية (الفصل 32 من الدستور حسبما وقع تنقيحه بالقانون الدستوري عدد65 لسنة 1997 المؤرّخ في 1997/10/27).

كما وقع حصر الأحكام الأجنبية التي لا يجوز إطلاقا النظر في الإذن بتنفيذها في الأحكام الأجنبية التي يكون موضوعها من إختصاص المحاكم التونسية دون سواها (الإختصاص الإستثنائي أو المطلق) فحسب وبذلك رفع الغموض الذي كان يشوب التشريع السابق والمتأتي من إستعمال عبارة ... "من أنظار المحاكم التونسية" دون قيد أو إستثناء لهذا الإختصاص.

ب- المصادر الدولية:

من أهم هذه المصادر:

---

[1]- فالفصل 286 من م.م.م.ت يعرف الحكم الذي أحرز على قوة إتصال القضاء بأنه الحكم الذي لم يكن أو لم يعد قابلا للطعن بإحدى الوسائل المعطلة للتنفيذ بينما تعتبره مجلّة الإلتزامات والعقود (الفصول 481/482/483/484) هو الحكم الذي لا رجوع فيه.

أما على مستوى الفقه وفقه القضاء فيراجع ما كتبه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري حول هذه المسألة بالجزء الثاني من الوسيط ص630 وما بعد

الإتفاقيات الدولية المبرمة بين تونس والعديد من البلدان الصديقة والشقيقة حول التعاون القضائي وخاصة الإتفاقية التونسية الألمانية المتعلّقة بالحماية والتعاون القضائي والإعتراف بالأحكام العدلية وتنفيذها في المادة المدنية والتجارية وبالتحكيم التجاري (مبرمة ببون في 1965/07/19) [1].

- إتفاقية بروكسال 1968/9/27 وخاصة الفصل 27 منها وهذا نصه:

Art 27: *Les décisions ne sont pas reconnues:*

1- Si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'Etat requis;

2- Si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile, pour qu'il puisse se défendre ;

3- Si la décision est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis ;

4- Si le tribunal de l'Etat d'origine, pour rendre sa décision, a en tranchant une question relative à l'état ou à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux testaments et aux successions, méconnu une règle de droit international privé de l'Etat requis, à moins que sa décision n'aboutisse au même résultat que s'il avait fait application des règles du droit international privé de l'Etat requis.

5- Si la décision est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un Etat non contractant entre les mêmes parties dans un Etat non contractant le même objet et la même cause, lorsque cette dernière décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat requis.

---

[1] - أنظر مجمل هذه الإتفاقيات بـ"مجموعة الإتفاقيات القضائية بين الجمهورية التونسية والدول الشقيقة والصديقة" نشر وزارة العدل تونس 1997/11/7.

ج- التشريع المقارن:

لقد كرس هذا الفصل الحلول المتبعة في القانون المقارن[1] ولا سيما في:

- القانون السويسري: الفصول 28/27/26/25 وهذا نصها:

Section 5: Reconnaissance et exécution des décisions étrangères

Art 25:

Une décision étrangère est reconnue en Suisse:

a) Si la compétence des autorités judiciaires ou administratives de l'Etat dans lequel la décision a été rendue était donnée.

b) Si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive, et

c) S'il n'y a pas de motif de refus au sens de l'article 27.

Art 26:

La compétence des autorités étrangères est donnée:

a) Si elle résulte d'une disposition de la présente loi ou à défaut d'une telle disposition, si le défendeur était domicilié dans l'Etat dans lequel la décision a été rendue.

b) Si en matière patrimoniale les parties se sont soumises par une convention valable selon la présente loi à la compétence de l'autorité qui a rendu la décision.

c) Si en matière patrimoniale le défendeur à procédé au fond sans faire de réserve, ou

d) Si, en cas de demande reconventionnelle, l'autorité qui a rendu la décision était compétente pour connaître de la demande principale et s'il y a connexité entre les deux demandes.

Art 27:

1- La reconnaissance d'une décision étrangère doit être

---

[1]- الأستاذ محمد العربي هاشم- المجلّة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص
RC de DIP N°2 Avril -Juin 1999-P234

refusée en Suisse si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public Suisse.

2- La reconnaissance d'une décision doit également être refusée si une partie établit:

a) qu'elle n'a été citée régulièrement ni selon le droit de son domicile, ni selon le droit de sa résidence habituelle, à moins qu'elle n'ait procédé au fond sans faire de réserve,

b) que la décision a été rendue en violation de principes fondamentaux ressortissant à la conception suisse du droit de procédure notamment que ladite partie n'a pas eu la possibilité de faire valoir ses moyens,

c) qu'un litige entre les mêmes parties et sur le même objet à déjà été introduit en suisse ou y a déjà été jugé ou qu'il a précédemment été jugé dans un Etat tiers, pour autant que cette dernière décision remplisse les conditions de sa reconnaissance.

3- Au surplus, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Art 28:

Une décision reconnue en vertu des articles 25 à 27 est déclarée exécutoire à la requête de l'intéressé

- القانون الإيطالي وخاصة الفصول 64 و65 و66 وهذا نصها:

Art 64: *Reconnaissance des jugements étrangers*

1. Le jugement étranger est reconnu en Italie sans que soit nécessaire le recours à aucune procédure si:

a) le juge qui l'a prononcé pouvait connaître de la cause selon les principes de compétence internationale propres de l'ordre juridique italien,

b) l'acte introductif d'instance a été porté à la connaissance du défendeur en conformité de la loi du lieu où s'est déroulé le procès et si les droits essentiels de la défense n'ont pas été violés,

c) les parties se sont constituées en jugement selon la loi du lieu où s'est déroulé le procès ou si le défaut a été constaté

conformément à cette loi,

d) le jugement est passé en force de chose jugée selon la loi du lieu où il a été prononcé,

e) le jugement n'est pas contraire à une sentence rendue par un juge italien et passée en force de chose jugée,

f) une instance, engagée avant le procès étranger, n'est pas pendante entre les même parties et pour le même objet devant un juge italien,

g) ses dispositions ne produisent pas d'effets contraires à l'ordre public.

Art 65: *Reconnaissance des décisions étrangères*

1- Ont effet en Italie les décisions étrangères relatives à la capacité des personnes ainsi qu'à l'existence des rapports de la famille et des droits de la personnalité lorsqu'elles ont été prononcées par les autorités de l'Etat dont la loi est désignée par les dispositions de la présente loi ou lorsqu'elles produisent effet dans l'ordre juridique de cet Etat quoique prononcées par les autorités d'un Etat tiers pourvu qu'elle ne soient pas contraires à l'ordre public et qu'aient été respectés les droits essentiels de la défense.

Art 66: *Reconnaissance des décisions gracieuses étrangères*

1. Sous les conditions posées par l'article 65 pour autant qu'elles s'y appliquent les décisions gracieuses étrangères sont reconnues sans que soit nécessaire le recours à aucune procédure, lorsqu'elles ont été prononcées par les autorités de l'Etat dont la loi est désignée par les dispositions de la présente loi ou si elles produisent effet dans l'ordre juridique de cet état quoique émanées des autorités d'un état tiers, ou si elles ont été prononcées par une autorité compétente selon des critères correspondant à ceux de l'ordre juridique italien.

- القانون الكندي (كيبـــاك) وخاصـــة الفصـــل3155/ 3156/ 3157/ 3158 وهذا نصّها:

3155: *Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants:*

1- L'autorité de l'Etat dans lequel la décision a été rendue n'était pas compétente suivant les dispositions du présent titre,

2- La décision, au lieu où elle a été rendue, est susceptible d'un recours ordinaire ou n'est pas définitive ou exécutoire.

3- La décision a été rendue en violation des principes essentiels de la procédure,

4- Un litige entre les même parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet, a donné lieu au Québec à une décision passé ou non en force de chose jugée ou est pendant devant une autorité québécoise, première saisie ou a été jugé dans un Etat tiers et la décision remplit les conditions nécessaires pour sa reconnaissance au Québec.

5- Le résultat de la décision étrangère est manifes-tement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales,

6- La décision sanctionne des obligations découlant des lois fiscales d'un Etat étranger.

***3156**: Une décision rendue par défaut ne sera reconnue et déclarée exécutoire que si le demandeur prouve que l'acte introductif d'instance a été régulièrement signifié à la partie défaillante, selon la loi du lieu où elle a été rendue.*

Toutefois, l'autorité pourra refuser la reconnaissance ou l'exécution si la partie défaillante prouve que, compte tenu des circonstances, elle n'a pu prendre connaissance de l'acte introductif d'instance ou n'a pu disposer d'un délai suffisant pour présenter sa défense.

***3157**: la reconnaissance ou l'exécution ne peut être refusée pour la seule raison que l'autorité d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été applicable, d'après les règles du présent livre.*

3158: L'autorité québécoise se limite à vérifier si la décision dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée remplit les conditions prévues au présent titre, sans procéder à l'examen au fond de cette décision.

ويضاف إلى جملة هذه المصادر فقه القضاء الفرنسي ولا سيما القرار التعقيبي الشهير: قرار مونزير Munzer المؤرّخ في 1964/07/07 والقرارات التي تلته والتي ضبطت الشروط الواجب توفرها في الحكم الأجنبي للإذن بتنفيذه وحصرتها في:

- ثبوت الإختصاص القضائي للمحكمة التي أصدرته.
- ثبوت الإختصاص التشريعي للمحكمة التي أصدرته.
- إحترام النظام العام الدولي للبلد المطلوب منه الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي
- إنعدام التحايل على القانون.
- صحة الإجراءات[1] المتبعة في المحاكمة التي إنتهت بالحكم المطلوب الإذن بتنفيذه.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل بالمشروع الأوّل ضمن العنوان الثالث تحت عنوان إكساء الصيغة التنفيذية يحمل رقم 15 ويتضمن ما يلي:

العنوان الثالث: إكساء الصيغة التنفيذية

---

[1]- أنظر الأستاذ Mayer DIP, P 262 et s

و الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج 2، ص 66 وما بعد.

الفصل 15: لا تمنح الصيغة التنفيذية للقرارات الأجنبية:

- إذا كان موضوع النزاع من إختصاص المحاكم التونسية دون سواها

- إذا كان سبق الفصل في موضوع النزاع بقرار صادر عن المحاكم التونسية غير قابل للطعن بالطرق العادية.

- إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام الدولي التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع.

- إذا كان القرار الأجنبي غير قابل للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها

ولما عرض على اللجنة الثانية غيرت العنوان ليصبح "الإعتراف بالقرارات القضائية الأجنبية وتنفيذها" وأعادت صياغته تحت رقم11 على النحو التالي:

العنوان الثالث: في تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية

الفصل 11 – لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية:

- إذا كان موضوع النزاع من إختصاص المحاكم التونسية دون سواها

- إذا سبق الفصل في نفس موضوع النزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السبب من المحاكم التونسية بقرار غير قابل للطعن بالطرق العادية

- إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام الدولي التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع.

- إذا كان القرار الأجنبي غير قابل للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها.

لكن اللجنة الثالثة أعادت صياغته جزئيا وأضافت له الجزء الأول من المطة الرابعة وكامل المطلة الخامسة والفقرة الأخيرة منه.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل سؤالا واحدا طرحته لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة هذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تقترح اللجنة إضافة عبارة "في البلاد الصادر فيها الحكم" بعد عبارة "لم تحترم حقوق الدفاع" الواردة في السطر السادس.

الجواب: يستحسن الإبقاء على الصياغة الواردة بالمشروع لأن طالع الفصل 11 يتحدث عن القرارات القضائية الصادرة في البلاد الأجنبية هذا وطالما أن مفهوم حقوق الدفاع في القانون التونسي يتطابق مع مفهومها في القانون المقارن عموما[1].

الفصل 12:

يؤذن بتنفيذ الأحكام وكذلك القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة وتكسى بالصيغة التنفيذية متى سلمت من الموانع المنصوص عليها بالفصل 11 من هذه المجلّة.

وإذا لم تكن هناك منازعة من أحد الأطراف وتوفرت شروط الإذن بالتنفيذ فإن القرارات القضائية والولائية الأجنبية يكون لمضمونها قوة إثباتية أمام المحاكم والسلط الإدارية التونسية.

I- الشرح: (القوة التنفيذية والقوة الإثباتية للحكم أو القرار الأجنبي)

يضع هذا الفصل شروطا موحدة للإعتراف بالقوة التنفيذية Force exécutoire أو بالقوة الإثباتية Force probante للأحكام والقرارات

[1] - مداولات مجلس النواب حول المجلّة عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص245.

الولائية الأجنبية هي جملة الشروط التي وردت بالفصل 11 من هذه المجلّة وقد كنا إستعرضناها بشيء من التفصيل عند شرح ذلك الفصل.

لكنه يفرق بين الإجراءات الواجب توخيها لتحدث تلك الأحكام آثارها التنفيذية والإجراءات الواجب إتباعها لتحدث آثارها الإثباتية بتونس.

فبالنسبة للقوة التنفيذية يجب بالإضافة إلى توفر جميع الشروط الواردة بالفصل 11 أن تأذن المحاكم التونسية بتنفيذ الحكم أو القرار الأجنبي فوق التراب الوطني بينما يكتسب الحكم أو القرار الأجنبي القوة الإثباتية ويحتج به أمام المحاكم أو السلط الإدارية التونسية (يعترف به) بمجرد أن تتوفر فيه شروط الإذن بالتنفيذ (شروط الفصل 11) وعدم وجود أي منازعة في توفرها فيه وذلك دونما حاجة إلى صدور حكم من القضاء يمنحه هذه القوة[1] أو يأذن بتنفيذه لكن إذا طلب الإذن بالتنفيذ أو الإعتراف بالقوة التنفيذية (يجب أن يكون هناك من ينازع في هذه القوة وإلا فلا مصلحة للقائم بطلبها) ورفض القضاء التونسي منح الإذن بالتنفيذ أو الإعتراف بالقوة التنفيذية وأحرز ذلك الحكم على قوة ما إتصل به القضاء فإن الحكم الأجنبي يفقد كلّ آثاره القانونية بتونس.

والمنازعة في إحراز الحكم أو القرار القضائي الأجنبي شروط التنفيذ قد تثار أمام السلطة الإدارية وقد تثار أمام القضاء.

فإذا نازع أحد أطراف الحكم أو القرار الأجنبي أو الغير في توفر شروط التنفيذ أمام السلط الإدارية فليس لهذه السلط أن تبت في النزاع لعدم الإختصاص وإنما عليها أن تنتظر حتى يقول القضاء كلمته في النزاع وأما إذا أثير النزاع

---

[1] – الأستاذ موحند إسعاد يرى – بالنسبة للقانون الجزائري الذي لا يتضمن نصا صريحا بخصوص القوة الإثباتية للحكم الأجنبي – أن الحكم الأجنبي ولو لم يكن قابلا للتنفيذ في الجزائر (مازال لم يؤذن بتنفيذه بها) يشكل سندا قد يبرر إتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية القانون الدولي الخاص ج2 ص90 وما بعد.

في توفر هذه الشروط أمام قاضي الناحية فإنه يوقف النظر في القضية (لوجود مسألة أولية ليست من إختصاصه) أن كان للحكم أو القرار الأجنبي تأثير واضح من شأنه أن يغير وجه الفصل في القضية، وذلك حتى تقول المحكمة الإبتدائية كلمتها في النزاع بإعتبارها صاحبة الإختصاص بكل ما يتعلّق بالإذن بتنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية أو بعدم حجيتها على أحد الأطراف أو بعدم معارضة الغير بها (أنظر الفصل 16 من هذه المجلّة).

لكن إذا أثير النزاع في شروط الإذن (شروط الفصل 11) أمام المحكمة الإبتدائية أو أمام محكمة الإستئناف[1] فإنها تتولى التحقيق في هذا الدفع وتبت فيه مع أصل النزاع المعروض عليها كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بإنفراده عملا بقاعدة محكمة الأصل محكمة الدفع.

II- المصادر:

هي نفس المصادر التي إستروح منها الفصل 11 من هذه المجلّة مضافا إليها الفصل 443 من مجلّة الإلتزامات والعقود الذي هذا نصه:

من الحجج الرسمية أيضا:

أولا: ما يحرره القضاة رسميا بمحلهم طبقا للشرع.

ثانيا: الأحكام الصادرة من المجالس القضائية التونسية والأجنبية على معنى أن ما ثبت لدى هاته المجالس يعول عليه ولو قبل إكتسابه صفة التنفيذ.

---

[1] - لكن لا يمكن في هذا السياق أن يؤول الأمر إلى طلب الإذن بالتنفيذ لأول مرة أمام محكمة الإستئناف بإعتباره طلبا جديدا - أنظر القانون الدولي الخاص ج2 للأستاذ موحند إسعاد ص86.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد صيغت أحكام الفصل 12 من قبل اللجنة الأولى في فصلين: 16 و17 وفيما يلي نص كلّ منهما:

الفصل 16: تكسى الأحكام والقرارات الولائية الصادرة عن سلطة مختصة أجنبية، بالصيغة التنفيذية لغاية التنفيذ على المال أو لعمل قصري على الأشخاص.

الفصل 17: إذا لم تكن هناك منازعة من أحد الأطراف فإن القرارات القضائية والولائية الأجنبية يعترف بها بقوة القانون.

ويكون لمضمونها قوة إثباتية أمام المحاكم والسلط الإدارية التونسية.

ولما عرضا على اللجنة الثانية أعادت صياغة الأول أي الفصل 16 تحت رقم 12 ليصبح كما يلي:

الفصل 12: يؤذن بتنفيذ الأحكام وكذلك القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة وتكسى بالصيغة التنفيذية.

وأقرت الثاني أي الفصل 17 تحت رقم 13 مع إضافة جملة واحدة للفقرة الأولى بعد كلمة الأطراف هي: "وتوفرت شروط الإذن بالتنفيذ" ليصبح هكذا:

الفصل 13: إذا لم تكن هناك منازعة من أحد الأطراف وتوفرت شروط الإذن بالتنفيذ فإن القرارات القضائية والولائية الأجنبية يعترف بها بقوة القانون.

ويكون لمضمونها قوة إثباتية أمام المحاكم والسلط الإدارية التونسية.

لكن اللجنة الثالثة أدمجتهما في فصل واحد هو الفصل 12 الحالي وكما هو واضح فقد أضافت للفصل 12 (الفقرة الأولى من الفصل 12 الحالي)

وجوب توفر شروط الإذن بالتنفيذ (شروط الفصل 11) وحذفت عبارة "يعترف بها بقوة القانون" من الفصل 13 (الفقرة الثانية من الفصل 12 الحالي) حتى لا يقع الخلط بين القوة الإثباتية والقوة التنفيذية المعترف بها للأحكام والقرارات القضائية الأجنبية.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد آثار هذا الفصل أمام مجلس النواب إقتراحا وسؤالا هذا نصهما ونص جواب وزارة العدل عليهما:

الإقتراح: تقترح اللجنة تعويض عبارة "أجنبية" الواردة بالسطر الأول قبل عبارة "مختصة" لتصبح "الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة".

الجواب: تقبل الوزارة المقترح لوجاهته وتقدم صياغة جديدة للسطر الأول من الفصل فيكون على النحو التالي: "يؤذن بتنفيذ الأحكام وكذلك القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة".

السؤال: تسأل عن مفهوم "القرارات الولائية" الواردة بالسطر الرابع.

الجواب: لتوضيح المقصود بمفهوم "القرارات الولائية" يجب التفريق بين وضعيتين وهو أن القاضي أما أن يصدر قراره بعد إستدعاء الطرفين وسماع أقوالهما في الموضوع ونكون عندئذ أمام قرار قضائي حاسم للموضوع في تلك الدرجة القضائية وإما بإمكانية إصدار قرارات ولائية وهذه القرارات تكون نتيجة مطلب من أحد الأطراف يقدم للقاضي مباشرة ويقرر في شأنه ما يراه دون حضور الطرف الثاني ودون أن يقع إستدعاؤه لأنّه إما لا وجود لهذا الطرف الثاني أو أن سرعة إتخاذ القرار تستوجب ذلك فيكون هذا القرار عندئذ قرارا ولائيا وهو بإمكان القاضي منحه أو رفضه وذلك مثل الإذن بإستخراج نسخة من حجة عادلة من دفتر عدول أو إستخراج نسخة من كتب خط يد بقباضة التسجيل أو منع السفر بمحضون إلى خارج تراب الجمهورية التونسية

لمدة محددة[1].

الفصل 13:

تدرج دون الإلتجاء إلى إجراءات الإذن بالتنفيذ، بسجل الحالة المدنية للمعني بها، رسوم الحالة المدنية المقامة ببلد أجنبي وأحكام الحالة المدنية بإستثناء ما يتعلّق منها بالأحوال الشخصية، بشرط إعلام الطرف المعني بها.

I- الشرح: (الأحكام والرسوم التي تنفذ دون إذن قضائي)

هذا الفصل يستثني رسوم الحالة المدنية المقامة ببلد أجنبي وأحكام الحالة المدنية النهائية ما عدا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية من الإلتجاء إلى إجراءات الإذن بالتنفيذ ويسمح بإدراجها بسجل الحالة المدنية للمعني بها دون إذن قضائي.

فهذه الأحكام والرسوم تدرج من قبل ضباط الحالة المدنية بسجل الحالة المدنية للمعني بها دون لزوم للإدلاء بإذن من المحكمة بإدراجها بل يكفي تقديم ما يثبت أن الحكم نهائي وقابل للتنفيذ بالبلد الذي صدر فيه.

وإذا لم يكن طالب الإدراج هو الشخص المعنى يجب على ضابط الحالة المدنية إعلامه بموضوع الإدراج.

وللمعني بالأمر في صورة عدم الموافقة على عملية الإدراج أن يلتجئ إلى القضاء لطلب التشطيب على الحكم أو الرسم الذي أدرج بسجل حالته المدنية.

---

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص246/245.

وأحكام الحالة المدنية القابلة للإدراج دون اذن قضائي هي:

- الأحكام المثبتة للولادة أو الوفاة أو الفقدان أو التمويت أو الظهور بعد الفقدان.

- الأحكام المتعلّقة بإصلاح الإسم أو اللقب أو إبدالهما أو بتاريخ الولادة أو بمكانها أو بإصلاح السلسلة الإسمية (إسم الأب والجد ...).

- الأحكام المتعلّقة بإصلاح أو إبدال الجنس (من الذكورة إلى الأنوثة أو العكس).

- الأحكام المتعلّقة بحمل الزوجة اسم أو لقب زوجها.

- أما الأحكام المتعلّقة بإصلاح جنسية الأب والأم برسم الولادة أو الوفاة فلا تدرج إلا إذا كانت تتعلّق بأجنبي ويشترط أن لا تكون الجنسية المطلوب إلغائها من الرسم أو بإدراجها به هي الجنسية التونسية.

- لكن الأحكام المتعلّقة بالأحوال الشخصية مثل الطلاق والتطليق والتفريق الجسدي وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية لا تدرج إلا بأذن قضائي خاص (اذن بالتنفيذ) [1].

II- المصادر:

هذا الفصل تكريس للحلول الواردة بالفقرة الأولى من الفصل 10 من القانون عدد3 لسنة 1957 المؤرّخ في 1957/08/01 المتعلّق بتنظيم الحالة المدنية التي هذا نصها:

---

1 - أنظر الاشكالات والنقد الموجه لمثل هذا الحل وبعض الاجتهادات القضائية الفرنسية التي ترى ان حكم الطلاق الاجنبي ينبغي الإعتراف بآثاره بفرنسا دونما حاجة إلى الحصول على الصيغة التنفيذية لهذا الحكم - أنظر ذلك بمؤلف الاستاذ موحند اسعاد: القانون الدولي الخاص ج2 ص91 وما بعد.

يعتمد كلّ رسم من رسوم الحالة المدنية المتعلّق بالتونسيين وبالأجانب المحرر خارج المملكة (الجمهورية) إذا وقع تحريره طبق التراتيب المعمول بها بذلك البلد.

وبالفصل 42 من نفس القانون الذي ينص على أنّه: "إذا صدر الحكم بالطلاق خارج البلاد التونسية يقع ترسيمه بسعى ممن يهمهم الأمر بدفاتر الحالة المدنية للمكان الذي وقع ترسيم الزواج" به.

مع توضيح الإجراءات الواجب إتباعها للإدراج وإقامة تفرقة بين إدراج رسوم الحالة المدنية وأحكام الحالة المدنية النهائية وإدراج الأحكام المتعلّقة بالحالة الشخصية.

كما أن أحكام هذا الفصل تجد مصدرها في بعض التشاريع المقارنة الأوروبية وخاصة القانون الإيطالي والفصل 64 منه على وجه الخصوص (أنظر مصادر الفصل 11 المتقدم).

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد صيغ هذا الفصل من قبل اللجنة الأولى تحت رقم 18 على النحو التالي:

الفصل 18: ترسم دون الإلتجاء إلى إجراءات إكساء الصيغة التنفيذية بسجل الحالة المدنية للمعني بها رسوم الحالة المدنية المقامة ببلد أجنبي وأحكام الحالة المدنية النهائية بشرط إعلام الطرف المعني بها.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته دون تعديل بإستثناء إستبدال كلمة "ترسم" بتدرج ببداية الفصل.

إلاّ أنّ اللّجنة الثالثة أعادت صياغته ليصبح على ما هو عليه الآن مستثنية أحكام الحالة الشخصية من إمكانية الإدراج دون إذن قضائي نظرا لأهمية وخطورة الآثار القانونية التي تترتب عن إدراجها دون إخضاعها لرقابة القضاء سواء على الأطراف أو على النظام العام.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد آثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالين إثنين هذا نصهما ونص جواب وزارة العدل عليهما:

السؤال الأوّل: هل ينطبق شرط الإعلام الوارد بهذا الفصل المتعلّق برسوم الحالة المدنية المقامة ببلد أجنبي على الرسوم المقامة من قبل القنصليات التونسية مثل عقود الزواج وغيرها من الرسوم.

الجواب: إن القنصليات التونسية شأنها شأن كلّ مؤسسة تونسية تنطبق على أعمالها أحكام التشريع الداخلي التونسي وبالتالي فإن قانون الحالة المدنية التونسية يفرض عليها إدراج كلّ ما هو متعلق بالحالة المدنية للشخص التونسي بالدفاتر المسلمة لها من الجهات المختصة التونسية مثل دفاتر الحالة المدنية الممضاة صفحاتها من قاضي الناحية بتونس العاصمة ثم هي توجه نسخة منها لضباط الحالة المدنية بتونس العاصمة الذي يعلم بدوره ضابط الحالة المدنية بالمكان المقامة به الحالة المدنية لذلك الشخص وذلك مثل رسوم الزواج دون حاجة لإعلام أي كان من غير من ذكر.

السؤال الثاني: تسأل اللجنة عن مفهوم وتعريف الأحوال الشخصية الواردة بالسطر الثالث وتطلب أن يقع تحديد ذلك بالفصل.

الجواب: إن مفهوم الأحوال الشخصية في تشريعنا التونسي متفق عليه من طرف المشرّع والفقه والقضاء التونسي وقد إستعمل المشرّع التونسي هذه

اللفظة في أكثر من نص من ذلك ما جاء بالقانون الدستوري عدد45 لسنة 1997 المؤرّخ في 27 أكتوبر 1997 المتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من الدستور إذ جاء بالفصل الثامن من الدستور ما يلي: "تساهم الأحزاب في تأطير المواطنين "لتنظيم مشاركتهم في الحياة السياسية على أسس ديمقراطية وعليها أن تحترم سيادة الشعب وقيم الجمهورية التونسية وحقوق الإنسان والمبادئ المتعلّقة بالأحوال الشخصية".

وقد جاء ذكر الأحوال الشخصية أيضا بالقانون الأساسي عدد32 لسنة 1988 الذي يتعلّق بتنظيم الأحزاب السياسية بالفصل الثاني منه قوله: "وعليه أن يحترم ويدافع خاصة عن: مكاسب الأمة وخاصة منها النظام الجمهوري وأسسه ومبدأ سيادة الشعب كما نظمها الدستور والمبادئ المتعلّق بالأحوال الشخصية.

كما أن هناك مجلّة الأحوال الشخصية الصادرة بالأمر المؤرّخ في 13 أوت 1956 وقد إحتوت تلك المجلّة على جميع ما هو من مشمولات الأحوال الشخصية من الفصل 1 منها إلى الفصل 213 وقد جاء الفصل الأوّل من أمر 13 أوت 1956 المتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية ناصا على ما يلي "النصوص المنشورة فيما بعد المتعلّقة بالأحوال الشخصية جمعت في تأليف واحد بإسم "مجلّة الأحوال الشخصية".

وعرف فقهاء القانون الخاص بأن القصد من لفظة الأحوال الشخصية هو كلّ ما يتعلّق بحياة الإنسان الشخصية التي لها علاقة بالأسرة من يوم الولادة إلى تلاشي ذمته المالية ووفاته وقسمة تركته.

وعليه فإن مفهوم الأحوال الشخصية محدد بالقانون كما سبقت الإشارة إليه ولم يثر على الصعيد العملي أي إشكال منذ صدور مجلّة الأحوال الشخصية

إلى اليوم[1].

الفصل 14:

يمكن للطرف الأحرص أن يبادر برفع دعوى في طلب الإذن بالتنفيذ أو في طلب التصريح بعدم الحجية.

الفصل 15:

لكل ذي مصلحة من الغير أن يطلب التصريح بعدم معارضته بالحكم أو القرار الأجنبي.

ويقضى بعدم المعارضة إذا لم يتوفر بالحكم أو القرار الاجنبي شرط من الشروط الواجبة للإذن بتنفيذه.

الفصل 16:

ترفع الدعاوى المتعلّقة بطلب الإذن بالتنفيذ أو عدم الحجية أو التصريح بعدم المعارضة بالأحكام والقرارات الأجنبية، أمام المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقر الطرف المحتج ضده بالقرار الأجنبي وعند إنعدام المقر بالبلاد التونسي فأمام المحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة.

وترفع الدعاوى المتعلّقة بطلب الإعتراف أو الإذن بتنفيذ الأحكام التحكيمية بتونس طبقا لأحكام الفصل 80 من مجلّة التحكيم.

---

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص246.

الفصل 17:

تقدم عريضة طلب الإذن بالتنفيذ أو عدم الحجية أو التصريح بعدم المعارضة مرفوقة بنسخة قانونية معربة من الحكم أو القرار.

والأحكام الصادرة بشأن طلب يرمي إلى الإذن بتنفيذ حكم أجنبي أو قرار أجنبي أو عدم الحجية أو التصريح بعدم المعارضة تكون فيما يخص وسائل الطعن فيها خاضعة للقانون التونسي.

I- الشرط: (دعاوى الإذن بالتنفيذ وطلب التصريح بعدم الحجية أو عدم المعارضة بالأحكام أو القرارات الأجنبية)

هذه الفصول الأربعة ذات طابع إجرائي وقد خصصت لبيان الإجراءات القانونية الواجب إتباعها لممارسة دعاوى الإذن بالتنفيذ(أ) وعدم الحجية(ب) وعدم المعارضة(ج) بالحكم أو القرار الأجنبي ما عدا الفقرة الأخيرة من الفصل 16 فقد خصصت "للدعاوى" المتعلّقة بطلب الإعتراف أو الإذن بتنفيذ الأحكام التحكيمية بتونس(د).

وتستند القواعد الإجرائية المتبعة في هذا المجال على عنصرين هامين يتمثلان في تبسيط الإجراءات من جهة وفي المحافظة على إجراء رقابة جدية لإحترام المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص[1] من جهة أخرى.

ويتمثّل تبسيط الإجراءات خاصة في توحيد الشروط المتعلّقة بالإذن بتنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية وعدم الحجية وعدم المعارضة وفي وحدة المحكمة المختصة بنظر هذه الدعاوى الثلاثة.

---

[1] - مذكرة شرح أسباب مجلّة القانون الدولي الخاص ص2.

وتتمثّل جدية الرقابة في حصرها في الجوانب المتصلة بالسيادة الوطنية والنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو بالمبادئ والخيارات الأساسية للبلاد.

أ- دعوى طلب الإذن بتنفيذ الحكم أو القرار الأجنبي:

حق طلب الإذن بتنفيذ الحكم أو القرار الأجنبي بتونس مخول للمحكوم له ولممثله القانوني ولوكيله ولمحاميه ولخلفائه وكذلك لدائنيه وللمحكوم ضـــده أن كانت له مصلحة في طلب التنفيذ (كالمدعى عليه في دعوى الطلاق مثلا).

وبصورة عامة يمكن للأحرص من الطرفين إذا توفرت فـــي الحكـــم أو القرار الأجنبي الذي بيده الشروط القانونية (شروط الفصل 11 مـــن م.ق.د.خ) أن يلتجئ إلى القضاء التونسي لطلب الإذن بتنفيذه بها وفق الإجراءات التالية:

شكل المطلب والمحكمة المختصة:

يطلب الإذن بتنفيذ الحكم أو القرار الأجنبي برفع دعوى أصلية للمحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقر الطرف المحتج ضده بالحكم أو القـــرار الأجنبـــي سواء تعلق الأمر بطلب تنفيذ حكم أصلي تنازعي أو قرار ولائي[1].

وإذا لم يكن له بتونس مقر أصلي أو مختار فإن الدعوى ترفع للمحكمـــة الإبتدائية بتونس العاصمة.

وترفع هذه الدعوى بعريضة يحررها محام غير متمرن وتكون مشـــتملة على كلّ البيانات المنصوص عليها بالفصل 70 من مجلّة المرافعـــات المدنيـــة والتجارية ويبلغ نظير منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات إلى المطلوب بواسطة عدل منفذ.

---

[1] - الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص، ج2، ص84 وما بعد.

الوثائق التي يجب تقديمها للمحكمة:

ترفق عريضة دعوى طلب الإذن بالتنفيذ وجوبا بالوثائق التالية:

- نسخة قانونية (مشهود بمطابقتها للأصل) من الحكم أو القرار الأجنبي المطلوب تنفيذه بتونس.

- شهادة تثبت أن الحكم أو القرار قابل للتنفيذ إذا كانت هذه العناصر لا تستخلص من الحكم.

- تعريب رسمي لكل من نسخة الحكم والشهادة المشار إليهما ولسائر الوثائق الأخرى إذا كانت محررة بلغة أجنبية.

الحكم في طلب الإذن بالتنفيذ:

تتولى المحكمة فحص الحكم أو القرار الأجنبي من الناحية الشكلية للتأكد من إستيفائه كلّ الشروط اللازمة للإذن بتنفيذه ولا تنظر في موضوع النزاع إلا بالقدر اللازم للتحقق من أن الحكم الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام.

وإذا تأكدت المحكمة من توفر كلّ الشروط أمرت بالتنفيذ.

وإذا لم تتوفر في الحكم الأجنبي كلّ الشروط اللازمة لتنفيذه رفضت المطلب برمته وليس لها أن تعدل الحكم الأجنبي لا بالزيادة ولا بالنقصان.

الحكم الأجنبي المأذون بتنفيذه:

يرتفع الحكم الأجنبي المأذون بتنفيذه من قبل المحاكم التونسية إلى مرتبة الحكم الوطني وينفذ وفق القانون التونسي بشرط المعاملة بالمثل من قبل الدولة الصادر بها الحكم.

ب- دعوى عدم حجية الحكم الأجنبي:

يعتبر الحكم الأجنبي الذي توفرت فيه شروط الإذن بالتنفيذ والذي لم يكن محل منازعة من أي كان أمام القضاء التونسي أو الأجنبي قرينة على أن ما قضى به هو عنوان الحقيقة، ولا يقبل إثبات العكس ويكون لمضمونه القوة الإثباتية التي للحكم الوطني (قرينة قانونية قاطعة) فيحتج به أمام المحاكم والسلط الإدارية التونسية.

لكن يمكن لكل طرف في الحكم الأجنبي أن يرفع أمام القضاء التونسي – إذا لم يسبق للحكم الآذن بالتنفيذ أن أحرز على قوة ما أتصل به القضاء – دعوى في عدم حجية الحكم أو القرار القضائي الأجنبي الصادر ضده وهي دعوى مضادة لدعوى طلب الإذن بالتنفيذ يمكن تقديمها في صورة طلب أصلي (دعوى مستقلة) أو في شكل دفع (دعوى معارضة لرد دعوى الإذن بالتنفيذ) وفي الحالة الأولى يمكن للمدعى عليه أن يطلب – في شكل دعوى معارضة – الإذن بتنفيذ الحكم أو القرار القضائي الأجنبي[1].

وترفع هذه الدعوى للمحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقر الطرف المحتج ضده بالحكم أو القرار الأجنبي وعند إنعدام المقر بالبلاد التونسية فأمام المحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة.

وتنحصر أسباب المنازعة من قبل أطراف الحكم الأجنبي في مناقشة شروط تنفيذه بتونس (شروط الفصل 11 من م.ق.د.خ) مثل إثبات المطلوب عدم دعوته لحضور المحاكمة أو وجود ظروف حالت دون علمه بالإستدعاء أو عدم منحه أجلا كافيا لتقديم دفاعه.

---

[1] – الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 ص85.

ج- دعوى عدم المعارضة بالحكم الأجنبي:

يمكن لكل ذي مصلحة من الغير أن يرفع دعوى في طلب التصريح بعدم معارضته بالحكم أو القرار الأجنبي.

وتختص بالنظر في هذه الدعوى المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقر الطرف المحتج ضده بالحكم أو القرار الأجنبي وعند إنعدام المقر بالبلاد التونسية فأمام المحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة.

فإذا لم يتوفر في الحكم أو القرار الأجنبي شرط من الشروط الواجبة للإذن بالتنفيذ قضت المحكمة بعدم المعارضة وان توفرت تلك الشروط قضت بعدم سماع الدعوى فأسباب المنازعة منحصرة في مناقشة شروط الإذن بالتنفيذ فحسب.

والأحكام الصادرة بشأن طلب الإذن بتنفيذ حكم أجنبي أو عدم الحجية أو التصريح بعدم المعارضة تكون فيما يخص وسائل الطعن فيها خاضعة للقانون التونسي.

وبما أنها تصدر عن المحاكم الإبتدائية فهي خاضعة لسائر وسائل الطعن العادية وغير العادية.

د- إجراءات الحصول على الإعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية بتونس أو الإذن بتنفيذها بها:

يمكن لكل طرف في القرار التحكيمي الأجنبي أن يطلب الإعتراف به أو تنفيذه بتونس وذلك بأن يقدم لمحكمة الإستئناف بتونس العاصمة مطلبا كتابيا يحرره الطالب أو محاميه يتضمن بيان إسم ولقب كلّ من طالب التنفيذ والمطلوب التنفيذ ضده ومقره ومضمون القرار التحكيمي ومكان صدوره وتاريخ ومنطوق الحكم (نص الحكم).

ويجب أن يرفق المطلب بالوثائق التالية:

- أصل القرار مشهودا بصحته أو صورة منه مطابقة للأصل.

- أصل إتفاقية التحكيم أو صورة منها مطابقة للأصل.

- ترجمة رسمية للوثيقتين المذكورتين إلى العربية إذا كانتا محررتين بلغة أجنبية.

ولا يجوز لمحكمة الإستئناف أن ترفض الإذن بالتنفيذ إلا إذا لم تتوفر في القرار التحكيمي الشروط القانونية للإذن بتنفيذه وإنما يجوز تأجيل الحكم فيه إذا أدلي لها بما يثبت تقديم طلب بإبطاله أو إيقاف تنفيذه للمحكمة المختصة بالبلد الصادر فيه.

ويعتبر الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس العاصمة برفض طلب إبطال القرار التحكيمي الأجنبي إذنا بتنفيذه بتونس ويكسى حكم محكمة الإستئناف القاضي بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أو القاضي بعدم سماع دعوى إبطاله بالصيغة التنفيذية وينفذ وفق القانون التونسي بشرط المعاملة بالمثل من قبل الدولة الصادر بها القرار التحكيمي.

والأحكام التي تصدرها محكمة الإستئناف بتونس العاصمة في هذا النطاق قابلة للطعن بالتعقيب.

والملاحظ أن مجلّة القانون الدولي الخاص لم تتحدث عن دعاوى عدم الحجية أو عدم المعارضة بالأحكام التحكيمية الدولية وهذا السكوت مقصود ومنسجم مع التوجه العام الذي كرسته مجلّة التحكيم والرامي إلى تشجيع الإلتجاء إلى التحكيم الدولي وذلك من خلال عدم إخضاع أحكام المحكمين الدولية لوسائل الطعن إطلاقا وحصر وسائل التظلم منها في دعوى الإبطال لا غير (أنظر الفصل 78 من مجلّة التحكيم).

غير القانون الذي أخضعها له الأطراف أو أنها – عند عدم الإشارة إلى مثل هذا القانون – غير صحيحة في نظر قواعد القانون الدولي الخاص.

ب- أنّ الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يقع إعلامه على الوجه الصحيح بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم، أو أنّه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه.

ج- أن حكم التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده الإتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي، أو أنّه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الإتفاق على التحكيم أو الشرط التحكيمي، على أنّه إذا كان من الممكن فصل نص الحكم المتعلّق بالمسائل المعروضة على التحكيم عن نصه المتعلّق بالمسائل غير المعروضة على التحكيم فجزؤه القاضي بالحكم في المسائل المعروضة على التحكيم هو وحده الذي يجوز الإعتراف به وتنفيذه.

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو ما وقع إتباعه في إجراءات التحكيم كان مخالفا لمقتضيات إتفاقية تحكيم بصفة عامة أو لنظام تحكيم مختار أو لقانون دولة وقع إعتماده أو لقواعد أحكام هذا الباب المتعلّقة بتشكيل هيئة التحكيم.

هـ – أن حكم التحكيم قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى محاكم البلد الصادر فيه ذلك الحكم، أو أنّه وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون ذلك البلد.

ثانيا: إذا رأت المحكمة أن الإعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص.

ب- المصادر الدولية:

هي:

- المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص مثل مبدأ السيادة والمعاملة

بالمثل وتيسير المعاملات الدولية و إحترام مقتضيات النظام العام في بلد التنفيذ.

– وأهم الإتفاقيات الدولية: مثل إتفاقية نيويروك لسنة 1958 المتعلّقة بتنفيذ القرارات التحكيمية وإتفاقية بروكسال المؤرخة في 1968/09/27 المتعلّقة بالإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المادة المدنية والتجارية وخاصة الفصل 25 و26 و27 و28 و29 و30 و31 و32.

– ونكتفي هنا بإدراج نص الفصلين 31 و32 من الإتفاقية المذكورة

Section 2: Exécution

Article 31

Les décision rendues dans un Etat contactant et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre Etat contractant après y avoir été déclarées exécutoire sur requête de toute partie intéressée.

Toutefois, au Royaume-Uni, ces décisions sont mises à exécution, sur requête de toute partie intéressée, dans l'une ou l'autre de ces parties du Royaume-Uni, suivant le cas.

Article 32

1- La requête est présentée:

-En Belgique au tribunal de première instance ou à la «recht-bank van eerste aanleg» :

- au Danemark, au «byret»,

-en république fédérale d'Allemagne, au président d'une chambre du «Landgericht».

- en Grèce, ... (مكتوبة بحروف غير موجودة في أجهزة الكتابة المألوفة بتونس)

- en Espagne, au « Juzgado de Pimera Instancia »

-en France, au président du tribunal de grande instance ;

- en Irlande, à la «High Court»

- en Italie, à la «corte d'appello» ;

-au Luxembourg, au président du tribunal d'arrondissement ;

- en Autriche devant le «Bezirksgericht»

-aux Pays-Bas au président de «l'arrondissements

rechtbank».

- au Portugal, au «Tribunal Judicial de Circulo»

- en finlande, devant le «Käräjäoikeus/tingsrätt»

- en Suède, au «Svea hovrätt»,

- au Royaume-Uni:

a) en Angleterre et au Pays de Galles, à la «High Court of Justice» ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, à la «Magistrates Court» saisie par l'intermédiaire du «Secretray of State»,

b) en Ecosse, à la «Court of Session», ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire à la « Sherriff Court » saisie par l'intermédiaire du «Secretray of State»,

c) en Irlande du Nord, à la «High Court of Justice» ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, à la «Magistrates Court» saisie par l'intermédiaire du «Secretray of State»,

2- La juridiction territorialement compétente est déterminée par le domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée. Si cette partie n'est pas domiciliée sur le territoire de l'Etat requis, la compétence est déterminée par le lieu de l'exécution.

- وبعض التشاريع المقارنة نذكر منها على وجه الخصـــوص القـــانون السويسري وخاصة الفصول 29 و30 و31 و32 الآتي نصها:

Art 29:

1- La requête en reconnaissance ou en exécution sera adressée à l'autorité compétente du canton où la décision étrangère est invoquée

Elle sera accompagnée:

a) D'une expédition complète et authentique de la décision

b) D'une attestation constatant que la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou qu'elle est définitive, et

c) En cas de jugement par défaut d'un document officiel

établissant que le défaillant a été cité régulièrement et qu'il a eu la possibilité de faire valoir ses moyens.

2- La partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution est entendue dans la procédure elle peut y faire valoir ses moyens.

3- Lorsqu'une décision étrangère est invoquée à titre préalable l'autorité saisie peut statuer elle-même sur la reconnaissance.

Art 30:

Les articles 25 à 29 s'appliquent à la transaction judiciaire qui est assimilée à une décision judiciaire dans l'Etat où elle a été passée.

Art 31:

Les articles 25 à 29 s'appliquent par analogie à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision ou d'un acte de la juridiction gracieuse.

Art 32:

1- Une décision ou un acte étranger concernant l'état civil est transcrit dans les registres de l'état civil en vertu d'une décision de l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil.

2- La transcription est autorisée lorsque les conditions fixées aux articles 25 à 27 sont remplies.

3- Les personnes concernées sont entendues préalablement s'il n'est pas établi que dans l'état étranger où la décision a été rendue les droits des parties ont été suffisamment respectés au cours de la procédure.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 14 ضمن المشروع الأوّل الذي أعدته لجنـــة الخبـــراء يحمل رقم 19 وينص على ما يلي:

الفصل 19: يمكن للطرف الأحرص أن يبادر برفع دعوى في طلب إكساء الصيغة التنفيذية لغاية التنفيذ أو في طلب عدم الإعتراف.

ويحصل عدم الإعتراف إذا كان هناك إخلال بشرط من شروط الحصول على الصيغة التنفيذية.

ويترتب عن قبول الدعوى في عدم الإعتراف رفض إكساء الصيغة التنفيذية.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته تحت رقم 15 بعد أن إستبدلت "طلب إكساء الصيغة التنفيذية" بطلب "الإذن بالتنفيذ" بناء على أن الإكساء بالصيغة التنفيذية لا يمنح إلا للأحكام القابلة للتنفيذ ويكفي لإكساء الحكم الصيغة التنفيذية أن يكون قابلا للتنفيذ بتونس.

لكن لما عرض على اللجنة الثانية إستبدلت عبارة "طلب عدم الإعتراف" بطلب "التصريح بعدم الحجية" بناء على أن ما يعنى الأطراف إنما هو حجية الحكم عليهم أو عدم حجيته وأما الإعتراف بالأحكام الأجنبية فيتعلق بالسيادة وكل ما يتعلّق بالسيادة متروك لتقدير السلطة العليا في الدولة ولا شأن للأشخاص به والقانون هو الذي يمنحه للأحكام الأجنبية أو لا يمنحه لها.

وألغت الفقرتين الثانية والثالثة لذات السبب ولأن أحكام الفصل 11 متقدم تستوعب ما جاء بهما.

وأعادت صياغة هذا الفصل الذي أصبح يحمل رقم 14 وصار على ما هو عليه الآن وتمت المصادقة عليه من قبل مجلس النواب دون أي تغيير أو تعديل.

– أما الفصل 15 فقد ورد ضمن المشروع الأوّل يحمل رقم20 وينص على ما يلي:

الفصل 20: ولكل ذي مصلحة من الغير أن يطلب التصريح بعدم معارضته بالحكم الأجنبي.

ويقضى بعدم المعارضة إذا لم يتوفر بالحكم الأجنبي شرط من الشروط الواجبة لإكسائه الصيغة التنفيذية.

إلا أن اللجنة الثانية أعادت صياغته تحت رقم 16 على ضوء ما أوضحناه بالفصل المتقدم فصار نصه كما يلي:

– الفصل 16: لكل ذي مصلحة من الغير أن يطلب التصريح بعدم معارضته بالحكم الأجنبي.

ويقضى بعدم المعارضة إذا لم يتوفر بالحكم الأجنبي شرط من الشروط الواجبة للإذن بتنفيذه.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرته دون أي تعديل تحت رقم 1.

الفصل 16: ورد في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم21 وينص على ما يلي:

الفصل 21: ترفع الدعاوى المتعلّقة بطلب إكساء الصيغة التنفيذية أو بعدم الإعتراف أو بالتصريح بعدم المعارضة للقرارات الأجنبية، أمام المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقر الطرف المحتج ضده بالقرار الأجنبي وعند إنعدام المقر بالبلاد التونسية فأمام المحكمة التي يكون تنفيذ القرار بدائرتها.

لكن اللجنة الثانية أقرته تحت رقم 17 بعد إستبدال عبارة "...الصيغة التنفيذية" بـ"الإذن بالتنفيذ" وكلمة الإعتراف "بالحجية" وعبارة "المحكمة التي يكون تنفيذ القرار بدائرتها" بعبارة "المحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة" لتوحيد الإجراءات وتبسيطها كما قدمنا.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرته تحت رقم 16 وأضافت إليه الفقرة الثانية المتعلّقة بأحكام المحكمين.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد آثار هذا الفصل أمام مجلس النواب إقتراحا تقدمت به لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة يتمثل في إضافة كلمة "أو القرار"[1] بعد عبارة بالحكم الواردة بالسطرين الأول والثاني ملاءمة لما جاء بالعنوان الثالث وتعميم هذا المقترح على بقية الفصول فإستجابت وزارة العدل لهذا المقترح وأصبح نص الفصل مطابقا لما هو عليه الآن وتمت المصادقة عليه بالجلسة العامة للمجلس دون تغيير أو تعديل ما عدا كلمة القرار أو القرارات التي أضيفت إليه لما كان بصدد المناقشة على مستوى اللجان بمجلس النواب مثلما أشرنا إلى ذلك.

- الفصل 17: ورد في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 22 وينص على ما يلي:

الفصل 22: تقدم عريضة طلب إكساء الصيغة التنفيذية أو عدم الإعتراف أو التصريح بعدم المعارضة مرفوقة بنسخة أصلية من القرار.

الأحكام الصادرة بشأن طلب يرمي إلى الإذن بتنفيذ حكم أجنبي أو بعدم الإعتراف أو التصريح بعدم المعارضة تكون فيما يخص وسائل الطعن فيها خاضعة للقانون التونسي.

لكن اللجنة الثانية عدلته تحت رقم 18 على ضوء الملاحظات السابقة وقد أقرته اللجنة الثالثة تحت رقم 17 وتمت المصادقة عليه من قبل مجلس

---

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ص 247.

النواب بعد إضافة عبارة "أو قرار"[1] بعد كلمة الحكم في الفقرة الأولى وعبارة حكم أجنبي في الفقرة الثانية.

الفصل 18:

الأحكام والقرارات الأجنبية التي تصبح قابلة للتنفيذ بالبلاد التونسية تنفذ وفقا للقانون التونسي شريطة المعاملة بالمثل.

I- الشرح: (كيف تنفذ الأحكام والقرارات الأجنبية بتونس)

هذا الفصل يقتضي أن الحكم أو القرار الأجنبي لا ينفذ بتونس إلا بعد أن يصبح قابلا للتنفيذ بها (أ) وإذا أصبح كذلك فإن تنفيذه يكون وفقا للقانون التونسي (ب) لكن بشرط أن تكون الأحكام أو القرارات الصادرة بتونس تلقى نفس المعاملة (ج) بالبلاد الذي صدر فيه ذلك الحكم الأجنبي المعروض على التنفيذ بتونس.

أ- متى يصبح الحكم أو القرار الأجنبي قابلا للتنفيذ بتونس:

يصبح الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ بتونس بشرطين إثنين:

الأوّل: أن يصدر حكم عن القضاء التونسية يأذن بتنفيذه بتونس وقد رأينا عند شرح الفصل 11 من هذه المجلّة أن هذا الحكم لا يصدر إلا إذا توفرت في الحكم أو القرار الأجنبي جملة من الشروط من بينها أن يكون قد أصبح وما يزال قابلا للتنفيذ بالبلاد التي صدر فيها.

والثاني: أن يكون الحكم الذي أذن بتنفيذه هو بدوره قابلا للتنفيذ أي أنّه قد صدر بتونس وعن محكمة تونسية مختصة وأصبح غير قابل للطعن بأي

---

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ص 247.

وسيلة من وسائل الطعن المعطلة للتنفيذ (الفصل 286 من م.م.م.ت) كأن يكون أجل إستئنافه قد إنقضى دون أن يقع الطعن فيه بهذه الوسيلة أو أنّه قد إستئنف ورفض الإستئناف شكلا أو أصلا أو أنّه أي حكم الإذن بالتنفيذ قد تضمن الإذن بتنفيذ الحكم أو القرار الأجنبي مؤقتا وبغض النظر عن إستئناف الحكم القاضي بالتنفيذ فإذا توفرت كلّ هذه الشروط نفذ الحكم الأجنبي وفق القانون التونسي.

ب- التنفيذ وفق القانون التونسي:

إذا أذنت المحاكم التونسية بتنفيذ حكم أجنبي بتونس فإن ذلك الحكم الأجنبي لا يستوعبه الحكم التونسي إذ يبقى محافظا على شكله ومضمونه الأجنبي لكنه يرتقي من مجرد حجة رسمية (الفصل 443 من م.إ.ع) إلى سند تنفيذي مضاه لأي سند تنفيذي وطني ولرفع كلّ إلتباس قد ينشأ عن إحتفاظ الحكم الأجنبي بشكله ومضمونه وقابليته للتنفيذ بتونس وتطبيقا لمبدأ خضوع إجراءات التنفيذ لقانون مكانه[1] – نص الفصل 18 من م.ق.د.خ على أن الحكم الأجنبي إذا أصبح قابلا للتنفيذ بتونس ينفذ وفقا لأحكام القانون التونسي.

والقانون التونسي المقصود هنا هو قانون المرافعات المدنية والتجارية والجزء الثامن منه على وجه الخصوص (الفصول من 285 إلى 490 من م.م.م.ت) وغيره من النصوص والأحكام الخاصة المتعلّقة بالتنفيذ.

وبإختصار شديد يجب على عدل التنفيذ أن يتوخى في تنفيذ الحكم الأجنبي نفس الإجراءات التي يجب عليه أن يتوخاها لتنفيذ الأحكام الوطنية ولو كانت مجهولة من قبل قانون البلد الأجنبي الذي أصدر الحكم[2] فلا ينفذ الحكم الأجنبي إلا بعد الإعلام به ومضى أجل الإذعان ولا يجوز له تنفيذه بحضور

---

[1] – الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ط2، ص 657 وما بعد.

[2] – الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص، ج2، ص 88.

والأستاذين: Y. Loussouarn et P. Bourel, DIP 5ème édition, P 562

المحكوم له ولا على ما لا يجيز القانون التونسي التنفيذ عليه من مكاسب المدين ولا في الليل أو أيام الأعياد والعطل التي حظر القانون التنفيذ فيها ولو كان القانون الأجنبي المنطبق في ذلك الحكم يجيز ذلك إلا إذا رضي المحكوم عليه بمخالفة تلك الأحكام رضا صريحا كما لا عمل بأي إمتياز يعطيه ذلك الحكم للمحكوم له إذا كان القانون التونسي لا يمنحه إياه[1] لأن ترتيب الدائنين يندرج ضمن إجراءات التنفيذ المتسمة بالإقليمية البحتة والتنفيذ ولا سيما الجبري يجب أن يتم وفق القانون التونسي كما قدمنا.

وبما أن تنفيذ الحكم الأجنبي مثلما تنفذ الأحكام التونسية ينطوي على إعتراف بسيادة الدولة الأجنبية وبإمتداد آثار تلك السيادة إلى الإقليم التونسي تيسيرا للمعاملات الدولية – فقد إشترط المشرّع وجود معاملة مماثلة بذلك البلد للأحكام الصادرة بتونس.

ج- المعاملة بالمثل:

إن شرط المعاملة بالمثل هنا لا يتعلّق بالتنفيذ في حد ذاته إذ المفروض إن محكمة الإذن بالتنفيذ قد تحققت من أن الدولة الأجنبية الصادر فيها الحكم أو القرار تحترم قواعد المعاملة بالمثل على مستوى الإذن بالتنفيذ وعلى مستوى قبول التنفيذ بصورة فعلية على مكاسب المحكوم عليه الموجودة فوق إقليمها – وإنما تتعلّق المعاملة بالمثل بإخضاع تنفيذ الحكم الأجنبي لنفس القواعد التي ينفذ وفقها الحكم الوطني أي أن الدولة الأجنبية لا تشترط مثلا على طالبي تنفيذ الحكم الصادر بتونس دفع رسوم أو تقديم ضمان أو كفالة لا يلزم بتقديمها مواطنوها.

لكن متى يثار هذا الشرط ومن يثيره ويحقق فيه؟ فهل تثيره وتحقق فيه

---

[1] – الأستاذ محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص، ط2، ص687 وما بعد.

محكمة الإذن بالتنفيذ عند النظر في دعوى طلب التنفيذ أم هياكل التنفيذ هي التي تثيره وتحقق فيه؟ لا أعتقد أن المشرّع قد عنى هؤلاء الأخيرين لعدم إختصاصهم بمثل هذه المسائل وإنما عنى محكمة الإذن بالتنفيذ التي ينبغي لها أن تثير وتحقق في كلّ المسائل المتعلّقة بالمعاملة بالمثل وهي التي تشير صلب الحكم الآذن بالتنفيذ إلى أن الحكم الأجنبي ينفذ وفق القانون التونسي أو ينفذ وفق الشروط الخاصة التي تنفذ بها الدولة الأجنبية الأحكام الصادرة بتونس على أساس المعاملة بالمثل.

وإذا كانت المعاملة بالمثل تقضي تأمين مبلغ من المال فإن محكمة الإذن بالتنفيذ تحدّد مقداره وتعين الجهة التي يؤمن لديها.

II- المصادر:

نفس المصادر التي أشرنا إليها بمصادر الفصول من 11 إلى 17 من هذه المجلّة.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللّجان الفنية:

لقد ورد الفصل 18 ضمن المشروع الأول الذي أعدته لجنة الخبراء يحمل رقم 23 وينص على ما يلي:

الفصل 23: الأحكام الأجنبية التي تصبح قابلة للتنفيذ بالبلاد التونسية تنفذ وفقا للقانون التونسي.

وقد أقرت اللجنة الثانية هذه الصيغة تحت رقم 19 لكن اللجنة الثالثة أضافت شرط المعاملة بالمثل للأسباب التي سبقت الإشارة إليها.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

ولما عرض على مجلس النواب إقترح تعديله بإضافة عبارة "والقرارات" بين كلمتي "الأحكام" و"الأجنبية" فوافقت وزارة العدل على هذا المقترح[1] وصادق مجلس النواب على هذا الفصل في صيغته الحالية.

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص247.

العنوان الرابع
الحصانة

الفصل 19:

تتمتع بحصانة التقاضي أمام جميع المحاكم التونسية الدولة الأجنبية وكذلك الذات المعنوية العمومية التي تتصرف كسلطة عمومية بإسم سيادتها أو لحسابها وذلك شريطة المعاملة بالمثل.

I- الشرح: (حصانة التقاضي)

يعترف المشرّع التونسي من خلال هذا الفصل بحصانة التقاضي للدولة (أ) والذوات المعنوية العمومية الأجنبية (ب) لكنه يلازم الصمت بخصوص حصانة رؤساء الدول الأجنبية (ج) وغيرهم من الأشخاص الممثلين لها وحصانة المنظمات الدولية (د) ويضع المعاملة بالمثل (هـ) شرطا عاما للتمتع بحصانة التقاضي.

أ- حصانة الدول الأجنبية من التقاضي:

إن المقصود بالدول الأجنبية إنما هو الدول بالمعنى المتعارف في القانون الدولي العام[1] وهي هيئات سياسية يتكون منها المجتمع الدولي[2].

---

[1] - الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص ج2 ص45 لكن هناك من يعتبر أن مفهوم الدولة يشمل الأجزاء الترابية التي لها إستقلال ذاتي داخل الدولة ويمنعها بناء على ذلك بالحصانة مثل قانون الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1976 المتعلّق بحصانة الدول الأجنبية أنظر القسم 1603 أ منشورا بالفقرة المخصصة للمصادر القانونية لهذا الفصل.

[2] - هناك من الفقهاء من يرى أن المجتمع الدولي لا يتكون إلا من الدول وهناك من يرى أن المجتمع الدولي يتكون من الدول والمنظمات الدولية. أنظر قانون العلاقات الدولية للأستاذ أحمد

ولتكون الدولة عضوا بالجماعة الدولية يجب أن تتوفر فيها الأركان الثلاثة المكونة للدولة وهي مجموعة بشرية مستقرة ومستمرة ومترابطة (أمة) وإقليم جغرافي معين ومحدد ترتكز عليه الدولة وسلطة فعلية وحيدة وسيدة[1] يخضع لها الإقليم والمجموعة البشرية التي تعيش عليه.

أما الدول الأعضاء في الدولة الإتحادية أو الفدارلية والجهات السياسية للدولة المتمتعة بحكم ذاتي Les démembrements territoriaux وأقسام الدولة Les départements فلا تتمتع بالحصانة إلا إذا تصرفت بإسم الدولة أو لحسابها الخاص مستعملة إمتياز الدولة المسند إليها طبق التنظيم السياسي والإداري الداخلي للدولة[2].

ولا يحول دون تمتع الدولة بالحصانة عدم الإعتراف بها من قبل الدولة المتمسك أمام محاكمها بالحصانة لأن عدم الإعتراف لا يحول دون وجودها ضمن المجتمع الدولي ولا يمنع من تمتعها بالشخصية الدولية وفقا للقانون الدولي العام[3].

سرحان – المؤسّسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت لبنان الطبعة الثانية 1993 ص137 وانظر كذلك قانون العلاقات الدولية للأستاذ عبد المجيد العبدلي دار أقواس للنشر مطبعة فن وألوان، الطبعة الأولى 1994 ص 56.

[1] – الأستاذ عبد الفتاح عمر – الوجيز في القانون الدستوري – مركز الدراسات والبحوث والنشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1987، ص159 وما بعد.

[2] – الأستاذ علي المزغني – تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص214.

[3] – الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 ص45 وقد أشار (بنفس الصفحة) إلى قرار محكمة باريس الإستئنافية (قرار مدني مؤرخ في 1972/11/02 ومنشور بالمجلة الإنتقادية ص310 مع تعليق للأستاذ بوريل Bourel) الذي منح حصانة التقاضي لجمهورية فيتنام الشمالية الديمقراطية على الرغم من عدم إعتراف فرنسا بها في ذلك الوقت. (القرار أستخلص من الإتفاقيات المبرمة بين الطرفين ومن وجود تمثيل تجاري لفيتنام بفرنسا وجود إعتراف فعلي).

لإجتهاد القاضي الذي عليه أن يحدّد مفهوم الذات المعنوية العمومية حسب قانونه أي حسب القانون التونسي بإعتبارها مسألة تكييف أولي تخضع لقانون القاضي أما تحديد ما إذا كانت تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية الدولة أم أنها لا تتمتع بمثل هذه الشخصية أو الإستقلالية فيتم عن طريق الرجوع إلى القانون الأجنبي بإعتباره من حالة الأشخاص.

والذوات المعنوية العمومية التي يعرفها القانون التونسي عديدة ومختلفة لكن يمكن تصنيفها بالنظر إلى إستقلالها المالي عن الدولة أو عدم إستقلالها عنها إلى نوعين ذوات معنوية عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية وليس لها إستقلال مالي عن الدولة مثل الصناديق[1] التي تحدث صلب بعض الوزارات لتحقيق مصلحة عامة معينة بذاتها.

---

[1] – نذكر منها صندوق ضمان ضحايا حوادث السيارات المحدث بموجب المرسوم عدد23 لسنة 1962 المؤرّخ في 1962/08/30 وهو مكلف بدفع التعويض المخول لضحايا الحوادث الجسدية إذا لم يقع التوصل لمعرفة المسؤول عن الأضرار أو يتبين أنّه غير قادر على الدفع كليا هو أو مؤمنه، وينص الفصل 3 من المرسوم المذكور على ما يلي: "إن هذا الصندوق تتصرف فيه كتابة الدولة للتصميم والمالية (وزارة المالية حاليا) وهو محرز على الشخصية المدنية (القانونية) وأن ما يقوم به من العمليات المالية يشمله حساب خاص مرسم بكتايب الخزينة.

وصندوق التنمية البلدية المحدث بالفصل 84 من القانون عدد113 لسنة 1983 المؤرّخ في 1983/12/30 المتعلّق بقانون المالية لسنة 1984 والذي ينص على أنّه: "يفتح بدفاتر أمين المال العام للبلاد التونسية حساب خاص بالخزينة يطلق عليه صندوق التنمية البلدية يهدف إلى مساعدة البلديات على إنجاز مشاريع التجهيز الأساسية المحلية وتحقيق برامج ذات صبغة ثقافية وإجتماعية في المناطق البلدية التي تشكو نقصا في التجهيزات الأساسية.

يتولى وزير الداخلية الإذن بالدفع لمصاريف هذا الصندوق.

كما ينص الفصل 85 من نفس القانون على مصادر تمويله ومن بينها: "إعتمادات تسند من الميزانية العامة للدولة".

وكذلك صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق أنظر القانون عدد65 لسنة 1993 المؤرّخ في 1993/07/05 المتعلّق بإحداث الصندوق المذكور.

كالأعمال غير الشرعية أو كانت قد أتتها بإعتبارها شخصا خاصا مثل الأعمال التجارية والمدنية التي لا علاقة لها بسيادة الدولة الأجنبية ولا بوظائفها الأساسية كأن يتعلّق النزاع بتعليم لغتها بمقابل مادي أو بعمليات إشهارية لبضائعها ومنتوجاتها[1] أو بإرث أحد مواطنيها الذي لا وارث له فمثل هذه التصرفات والأعمال لا تتمتع فيها الدولة الأجنبية بحصانة التقاضي.

وتقدير ما إذا كانت الدولة قد تصرفت كسلطة عمومية أم كأحد الخواص وتقرير ما إذا كان النشاط مثار النزاع مشمولا بالحصانة أم غير مشمول بها يخضع لإجتهاد القاضي المتعهد بالنزاع. مما يعني أن تمتع الدولة أو الذات العمومية الأجنبية بحصانة التقاضي أو عدم تمتعهما بها يحدده القاضي المتعهد بالنزاع وبالتالي فإن نطاق الحصانة لا يمكن أن يمتد إلى إجراءات التقاضي المتقدمة على رفعه إلى القضاء مثل تبليغ عريضة الدعوى أو مستندات الطعن أو الإعلام بالحكم الذي كانت الدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية طرفا فيه.

ب- حصانة الذوات المعنوية العمومية من التقاضي:

يسوي الفصل 19 من م.ق.د.خ بين الدولة الأجنبية والذوات المعنوية العمومية في التمتع بحصانة التقاضي إذا ما تصرفت هذه الذوات كسلطة عمومية بإسم سيادة الدولة أو لحسابها.

لكن ما هي الذوات المعنوية العمومية التي يمكن أن تتمتع بحصانة التقاضي وما هي تصرفاتها المحصنة؟

1- الذوات المعنوية العمومية:

لم تعرف المجلّة الذوات المعنوية العمومية الأجنبية بل تركت الأمر

---

[1] - جواب وزارة العدل على أحد أسئلة النواب أنظر الأعمال التحضيرية الخاصة بالفصل 24 من هذه المجلّة: ب - في نطاق مجلس النواب (المداولات).

الحصانة النسبية أو المقيدة واتجهت شيئا فشيئا نحو التضييق من حصانة الدول الأجنبية[1] وإمتيازاتها وإعطاء فرص أكبر للأفراد المتعاملين معها كي يلجؤوا إلى قضائهم الوطني تجنبا للمشقة التي يتحملونها عند اللجوء إلى القضاء الأجنبي خاصة بعد أن تعاظم تدخل الدول في النشاط الإقتصادي وتعددت وظائفها وأصبحت تتصرف مثل أي شخص من أشخاص القانون الخاص.

وقد أخذ المشرّع التونسي بعين الإعتبار عند سن الأحكام المتعلّقة بالحصانة التوجهات الحديثة السائدة في القانون المقارن (مثل التشريع الأمريكي والإنقليزي والإتفاقية الأوروبية حول حصانة الدول الأجنبية) وحصر حصانة المحاكمة وكذلك حصانة التنفيذ في الحالات التي تتصرف فيها الدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية كسلطة عمومية بإسم الدولة أو لحسابها وبشرط أن لا يكون النشاط الذي تمارسه الدولة أو الذات المعنوية العمومية تجاريا أو من الخدمات المدنية التي لا علاقة لها بسيادة الدولة أو بوظائفها الأساسية.

فالمعيار الذي إعتمده المشرّع التونسي معيار وظيفي[2] أي أن الدولة الأجنبية لا تتمتع بالحصانة أمام القضاء التونسي إلا إذا تعلق موضوع النزاع بتصرف الدولة كسلطة عمومية وفي نطاق احترامها للقانون الدولي إما إن كانت أعمالها أو تصرفاتها موضوع النزاع غير مطابقة للقانون الدولي[3]

---

[1] – أنظر الإتفاقية الأوروبية حول حصانة الدول التي كرست جل أحكامها للحد والتضييق من حصانة الدول القضائية والتنفيذية.

[2] – أنظر بخصوص هذه المسائل: دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الأول للأستاذ محمد العربي هاشم. نشر مركز الدراسات والبحوث والنشر. كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1996 (باللغة الفرنسية) ص 183 وما بعد.

[3] – الأستاذ علي حسين الشامي – الدبلوماسية ص372 وما بعد.

الدبلوماسي – منشأة المعرف بالإسكندرية – جمهورية مصر

وحصانة التقاضي تعني إعفاء الدولة الأجنبية من الخضوع للقضاء التونسي ومن المثول أمامه. لكنها لا تحول دون تبليغ نظير من عريضة الدعوى لها ودعوتها (بالطرق الدبلوماسية) [1] للمثول أمام المحاكم حسبما يستخلص من أحكام الفصول 22/21/20 من م.ق.د.خ خاصة وإن بإمكانها التنازل عن الحصانة والقبول بولاية القضاء الوطني للنظر في الدعوى المرفوعة ضدها، وأن عدم حضورها يكفي لرفض الدعوى بمبادرة من القاضي المتعهد بها.

والحصانة بصورة عامة تشمل مبدئيا جميع المحاكم التونسية الجزائية والمدنية والإدارية.

لكن الفقه وفقه القضاء المقارن[2] مجمع على تمتع الدول الأجنبية بحصانة مطلقة أمام المحاكم الجزائية ومختلف حول مدى ونطاق الحصانة المدنية.

لكن منذ بداية القرن الماضي (القرن 20) أخذت معظم الدول بمبدأ

---

[1] – لقد صدر في هذا الصدد عن وزير العدل المنشور عدد95/500 بتاريخ 1995/11/13 موجها إلى عدول التنفيذ وهذا نصه:

منشور

إلى السادة عدول التنفيذ

وبعد، فلقد لفت إنتباهنا أقدام بعض الدول المنفذين على أرسال إستدعاءات قضائية مباشرة للسفارات والهيئات الدبلوماسية المعتمدة ببلادنا في شخص ممثليها القانونيين للحضور أمام المحاكم دون اللجوء إلى طرق التبليغ الدبلوماسية طبق ما تقتضيه الإتفاقات والأعراف الدولية وذلك بتوجيه الإستدعاء مشفوعا بترجمته والمؤيدات المراد تبليغها إلى وزارة العدل التي تقوم بإحالته على وزارة الشؤون الخارجية لتبليغه إلى الموجه إليه بالطرق الدبلوماسية. لذا فإننا نعول على حسن إستعدادكم لتفهم ما جاء بهذا المنشور والعمل على تطبيقه على أحسن وجه.

تونس في 13 نوفمبر 1995

وزير العدل: الصادق شعبان

[2] – أنظر عرضا مفصلا للإتجاهات الفقهية والقضائية حول هذه المسألة كتاب الدبلوماسية للأستاذ علي حسين الشامي – دار العلم للملايين بيروت لبنان – الطبعة الأولى 1990 ص 359 وما بعد.

وذوات معنوية عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي عن الدولة وهذه تنقسم بدورها إلى مؤسسات عمومية ذات صيغة إدارية ومنشآت عمومية.

- **مؤسّسات عمومية ذات صبغة إدارية**:وهي مؤسّسات متفرّعة عن أحد أقسام الدولة (الوزارات) يوكل إليها إدارة مرفق عام أو مصلحة عمومية وللقيام بمهامها تضع الدولة على ذمتها الوسائل البشرية والمادية (موظّفين وأعوان عموميين وميزانية مقتطعة من ميزانية الدولة) اللازمة لإدارة المرفق أو المصلحة.

وتكون لها شخصية قانونية وإستقلال مالي عن الدولة لكنها تكون خاضعة لإشرافها ورقابتها من خلال ميزانيتها المقتطعة من المالية العمومية والمرتبطة بالذكر بميزانية الدولة (تكون فصلا من فصول ميزانية الوزارة الخاضعة لإشرافها) ومن خلال الرقابة على التصرف في الميزانية وتسمية وعزل المشرفين والعاملين بالمؤسسة.

ويمكن أن نذكر كمثال لهذا النوع من المؤسّسات العمومية: الجامعات والمعاهد ومراكز البحث العلمي وغيرها.

- **المنشآت العمومية**: وتشمل المؤسّسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كليا، والشركات التي تمتلك الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسّسات العمومية أو الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كليا أكثر من 50% من رأس مالها كلّ بمفرده أو بالإشتراك (أنظر الفصل 8 من القانون عدد9 لسنة 1989 المؤرّخ في أوّل فيفري 1989 والمتعلّق بالمساهمات والمنشآت والمؤسسات العمومية) [1] مثل

---

[1] - حسبما وقع تنقيحه بالقانون عدد102 لسنة 1994 المؤرّخ في أوّل أوت 1994 والقانون عدد74 لسنة 1996 المؤرّخ في 29 جويلية 1996.

البنوك العمومية وشركات النقل بأنواعه الثلاثة والكهرباء وغيرها.

وتكون لها عادة الشخصية المعنوية والإستقلال المالي وتكون ميزانيتها غير مرتبطة بالذكر بميزانية الدولة لكنها تخضع إلى المراقبة العامة للمصالح العمومية والمراقبة العامة للمالية ومراقبة تفقديات الوزارات (الفصل 7 من القانون عدد9 لسنة 1989 المشار إليه) إلى جانب وجود ممثلين للدولة بمجالس إدارة هذه المؤسّسات يضبط عددهم حسب نسبة مساهمتها (الفصل الأوّل من القانون عدد9 لسنة 1989).

فكل مكونات وخصائص الذوات المعنوية العمومية التونسية ولا سيما عناصر الإنبثاق عن الدولة L'émanation de l'Etat والصبغة العمومية لرأس مال المؤسسة وإشراف الدولة ورقابتها تمثل معايير بإمكان القاضي التونسي إستعمالها لمعرفة ما إذا كانت الذات المعنوية الأجنبية ذاتا عمومية وبالتالي تتمتع بحصانة المحاكمة أمام القضاء التونسي أم أنها ليست كذلك.

لكن إذا كانت الذوات المعنوية العمومية الأجنبية من المؤسّسات غير المعروفة في النظام القانوني التونسي فإن أحكام الفصل 27 من م.ق.د.خ تخول للقاضي التونسي أن يقوم لغاية التكييف بتحليل عناصر النظام القانوني الأجنبي الذي تنتمي إليه لمعرفة ما إذا كانت الذات التي دفعت بحصانتها ضد التقاضي أو التنفيذ بتونس هي ذات معنوية عمومية حسب ذلك القانون الأجنبي أم أنها ليست كذلك وفي هذا النطاق هناك عدة معايير يمكن إستخدامها لمعرفة ما إذا كانت الذات المعنوية ذات عمومية أم خاصة مثل الإنبثاق عن الدولة الأجنبية

وانظر الأمر عدد2378 لسنة 1999 المؤرّخ في 1999/10/27 المتعلّق بتنقيح الأمر عدد564 لسنة 1997 المؤرّخ في 1997/3/31 المتعلّق بضبط قائمة المؤسّسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والتي تعتبر منشآت عمومية – الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد89 لسنة 1999 المؤرّخ في 1999/02/05 ص2601/2600.

والتصرف في المال العمومي نيابة عن الدولة ورقابة وتوجيه الدولة الأجنبية للذات المعنوية.

لكن تبقى مع ذلك محل إشكال الذوات المعنوية المختلطة أي التي يكون رأس مالها ملكا مشتركا بين الدولة والخواص فهل تعتبر ذاتا معنوية عمومية تتمتع بالحصانة أم تعتبر ذاتا معنوية خاصة وبالتالي لا تتمتع بالحصانة.

لم تتضمّن مجلّة القانون الدولي الخاص حلا لهذه الإشكالية لكن أحكام الفصل 8 من القانون عدد9 لسنة 1989 المتعلّق بالمساهمات والمنشآت العمومية تعتبر الذات المعنوية عمومية (منشأة عمومية) إذا كانت للدولة أو الجماعة المحلية أو لهما معا مساهمة في رأس مالها تفوق 50%.

ومعيار ملكية الدولة لكامل رأس مال المؤسّسة أو لأغلبيته يعتمده القانون المقارن لتمتيع المؤسّسات العمومية الأجنبية بحصانة التقاضي والتنفيذ ولا سيما قانون الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1976 المتعلّق بحصانة الدول والمؤسسات العمومية الأجنبية (أنظر القسم 1603 من القانون المذكور بالجزء المتعلّق بالمصادر القانونية لهذا الفصل).

هذه تقريبا أهم أنواع الذوات المعنوية العمومية التي يعرفها القانون التونسي.

لكن هل تتمتع كلها بالحصانة؟ أم أن بعضها فقط هو الذي يتمتع بهذا النوع من الإمتياز؟.

لقد وردت عبارة الفصل 19 من م.ق.د.خ بخصوص هذا الصدد مطلقة ولا داعي لتقييدها لكن معيار إسناد الحصانة ليس شكليا وإنما هو وظيفي كما قدمنا. ولهذا وجب البحث عن التصرفات أو الأعمال التي تأتيها هذه المؤسّسات الأجنبية وتكون محصنة فيها من المقاضاة أمام المحاكم التونسية.

2- التصرفات والأعمال المحصنة:

لا تتمتع الذات المعنوية العمومية الأجنبية بحصانة التقاضي أمام القضاء التونسي إلا إذا تصرفت كسلطة عمومية بإسم الدولة أو لحسابها وكان هذا التصرف يهدف إلى تحقيق حاجيات مصلحة عامة فلا عبرة بصفة الذات العمومية وإنما العبرة بطبيعة عملها فيجب أن تكون "مكلفة بمهمة مرفق عام وأن تكون هي بالذات بمثابة كيان منبثق عن السلطة المركزية"[1] وفي هذا النطاق إعتبرت محكمة الإستئناف بتونس العاصمة شركة المترو الخفيف لمدينة تونس شخصا عموميا معبرا عن وظيفة أساسية من وظائف الدولة هي تحقيق المصلحة العامة بناء على أن الدولة هي التي أنشأتها لإدارة مرفق عام هو نقل الركاب بواسطة عربات المترو، وهي المالك لجميع رأس مالها والمنظمة لإدارتها بواسطة قانون صادر عنها وهي التي تملك حق تحويرها أو حلها أو تعديل نشاطها.

كما إعتبرت بناء على ذلك قيام هذه الذات المعنوية العمومية بأشغال على الطريق العام لمد خطوط السكة وما نتج عنه من غلق للطريق العام في وجه المرتفقين عليه (ومنهم المصحة المتضررة) عملا صادرا عن مؤسسة عمومية (ذات معنوية عمومية) بمقتضى ما لها من سلطة عمومية لإدارة المرفق العام والمحافظة على إستمراره[2].

ويعتبر تصرف الذات المعنوية العمومية الأجنبية واقعا بإسم الدولة ولفائدتها وبالتالي محصنا من التقاضي أمام المحاكم التونسية كلما كان يحقق مصلحة عامة داخلة في الوظائف الأساسية للدولة.

---

1 - الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 ص45.

2 - حكم مدني عدد1332 صادر في 1993/02/10 منشور بمجلة القضاء والتشريع عدد7 جويلية 1994 ص91 مع تعليق للأستاذ كمال قرداح.

للقاضي التونسي [illegible]
الذي تنتمي إليه لمعرفة ما إذا كانت الذات التي دفعت بحصانتها ضد التقاضي أو التنفيذ بتونس هي ذات معنوية عمومية حسب ذلك القانون الأجنبي أم أنها ليست كذلك وفي هذا النطاق هناك عدة معايير يمكن إستخدامها لمعرفة ما إذا كانت الذات المعنوية ذات عمومية أم خاصة مثل الإنبثاق عن الدولة الأجنبية

وانظر الأمر عدد2378 لسنة 1999 المؤرّخ في 1999/10/27 المتعلّق بتنقيح الأمر عدد564 لسنة 1997 المؤرّخ في 1997/3/31 المتعلّق بضبط قائمة المؤسّسات العمومية التي لا تكتسي صبغة [illegible] منشآت عمومية – الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد89 لسنة 1999

لكن يستثني بعض الفقهاء[1] من هذه الحصانة التقسيمات الأقليمية والإدارية في الدول كالولايات (المقاطعات) والمناطق والبلديات كما يستثني هؤلاء أيضا المراكز الثقافية والمصالح الإجتماعية والتجارية بناء على أنها لا تشكل أشخاصا للقانون الدولي العام ولا تمارس أية سيادة.

أما فقه القضاء الفرنسي[2] فلا يعترف بحصانة التقاضي أو التنفيذ إلا للبنوك المركزية والدواوين والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ج- حصانة رؤساء الدول الأجنبية:

لم تتعرض مجلّة القانون الدولي الخاص لحصانة رؤساء الدول ولا عن لغيرهم من الأشخاص الرسمين الممثلين للدولة مثل الوزراء والسفراء والقناصل تاركة ذلك مثلما قدمنا[3] لأحكام القواعد الدولية بإعتبارها أقوى نفوذا من القانون الداخلي (الفصل 32 من الدستور يعتبر المعاهدات والإتفاقيات الدولية المصادق عليها أقوى نفوذا من القانون الداخلي شريطة تطبيقها من الطرف الآخر).

لكن الإتفاقيات الدولية نظمت الحصانة الديبلوماسية والقنصلية[4]

---

[1] - الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص ج2 ص46.

[2] - أنظر الأستاذ محمد العربي هاشم:

Les leçons de Droit International Privé, Livre I-, Centre d'Etudes de Recherches et de Publications Tunis– 1996.

[3] - أنظر شرحنا للفصل الأول: الجزء المخصص للأعمال التحضيرية في نطاق اللجان الفنية.

[4] - ينص الفصل 43 من إتفاقية فيانا للعلاقات القنصلية (مبرمة في 1963/04/24 ومصادق عليها من الجمهورية التونسية) تحت عنوان الحصانة القضائية على:

أن الموظفين القنصلين والمستخدمين القنصليين ليسوا بتابعين لإختصاص السلط العدلية والإدارية بالدولة التي بها الإقامة وذلك بالنسبة للأعمال الواقع القيام بها أثناء مباشرتهم لوظائفهم القنصلية.

غير أن مقتضيات الفقرة 1 من هذا الفصل لا تنطبق في صورة وجود دعوى مدنية ناتجة:

وحصانة البعثات الخاصة وتركت حصانة رؤساء الدول لقواعد العرف والتقاليد الدولية ولذلك نخصها هنا بكلمة ولو موجزة ونشير إلى أنّه رغم السكوت التشريعي فإن حصانة التقاضي والتنفيذ معترف بها لرئيس الدولة الأجنبية[1] بموجب العرف والتقاليد الدولية يستمدها من حصانة الدولة بإعتباره ممثلا لها ومن صلاحياته القيام ببعض وظائفها على المستوى الدولي[2].

ويتمتع رئيس الدولة الأجنبية بحصانة التقاضي الجزائية والمدنية أمام القضاء الأجنبي وبحصانة التنفيذ أيضا كما يتمتع بنفس الحصانات أفراد أسرته وحاشيته قياسا على الحصانة المعترف بها بموجب الإتفاقيات الدولية (إتفاقية فيينا لسنة 1961) لأسرة وحاشية المبعوث الدبلوماسي[3] الذي ما هو إلا نائب لرئيس الدولة لكن ليس على أساس فكرة تمثيل الدولة كما هو شأن الرئيس وإنما على أساس فكرة المجاملة الدولية التي تكاد تعتبر إلتزاما حقيقيا يربط بين مختلف الدول[4].

وهي حصانة مطلقة بالنسبة للتقاضي الجزائي بإستثناء الجرائم الدولية والأعمال الموجهة ضد سلم الإنسانية وأمنها مثل جرائم الإبادة الجماعية

عن إبرام عقدة تعاقدية من طرف موظف قنصلي أو مستخدم قنصلي ولم يتعاقد فيها صراحة أو ضمنيا بكونه عن الدولة المرسلة.

أو ناتجة عن قيام الغير بطلب غرم الضرر المترتب عن حادث تسببت فيه بالدولة التي بها الإقامة سيارة أو سفينة أو طائرة.

[1] – لقد إعترف القضاء التونسي بحصانة التقاضي والتنفيذ للدول الأجنبية أنظر الحكم الإستعجالي عدد17499 الصادر في 1994/11/19 عن المحكمة الإبتدائية بتونس بين دولة المجر والشركة القومية للسلك الحديدية التونسية منشور بالمجلة التونسية للقانون لسنة 1994 ص301 مع تعليق للأستاذ نور الدين قارة.

[2] – أنظر الدبلومسية للأستاذ علي حسين الشامي ص121 وأنظر أيضا DIP –Mayer P202.

[3] – الأستاذ علي صادق أبو هيف – القانون الديبلوماسي طبعة ثانية ص49.

[4] – الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 ص44.

والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة العدوان[1] فإن مرتكبها لاتعفيه من المسؤولية صفته كرئيس دولة أو حكومة حسب قوانين ولوائح الأمم المتحدة الصادرة بعد الحرب العالمية الثانية[2] وحسب أحكام المادة 27 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وحصانة مقيدة بالنسبة للتقاضي والتنفيذ المدني تتعلّق بالأعمال الرسمية المرتبطة بسيادة الدولة دون الأعمال الشخصية وقد إعتبر معهد القانون الدولي الدعاوى التالية مندرجة ضمن الأعمال الشخصية التي لا تتمتع فيها الدول ولا رؤساؤها بالحصانة أمام المحاكم الأجنبية[3]:

- الدعاوى العينية سواء تعلّقت بعقار أو منقول
- الدعاوى المتعلّقة بالميراث والوصية
- الدعاوى التجارية
- الدعاوى التي تقبل فيها الدولة أو رئيسها التقاضي أمام القضاء الأجنبي.
- دعاوى تعويض الأضرار الناشئة عن جرم إرتكبه رئيس الدولة في إقليم الدولة المضيفة بإستثناء الضرر الناشئ عن أعمال السيادة.

والملاحظ أن حصانة رؤساء الدول مرتبطة في كلّ الحالات بقواعد المعاملة بالمثل والمجاملة والتقاليد التي تتبعها كلّ دولة فهناك من الدول من

---

[1] - أنظر المادة 5 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الموقع في روما بتاريخ 1998/7/17.

[2] - أنظر الدبلومسية للأستاذ علي حسين الشامي، ص121/120.

[3] - أنظر الدبلومسية للأستاذ علي حسين الشامي، ص117 وما بعد.

يتوسع في نطاق الحصانة ومنها من يضيق فيها[1].

وأن رئيس الدولة يتمتع بالحصانة سواء أكان وجوده خارج بلاده لأغراض رسمية أم خاصة، ولا يجرده منها سفره إلى الخارج متنكرا أو تحت إسم مستعار إذ يتمتع بالحصانة بمجرد الكشف عن صفته.

ويتمتع الرئيس بهذا الإمتياز من تاريخ توليه لمنصبه ولو كان غير مباشر لصلاحياته إلى أن يفقده بصورة رسمية[2].

د- حصانة المنظمات الدولية:

لقد رأينا أن هناك من الفقهاء من يعتبر المجتمع الدولي يتألف من الدول والمنظمات الدولية[3].

ويعرف فقهاء قانون العلاقات الدولية المنظمات الدولية بأنها تنظيمات تقوم في أكثر من دولة واحدة وتتمتع بشخصية قانونية تؤهلها للقيام بمهامها بإستقلالية عن الإعضاء فيها[4].

وهي منظمات عالمية كمنظمة الأمم المتحدة ووكالاتها المختصة وإقليمية

---

[1] – فالإجتهاد الإنقليزي يميل إلى منح حصانة كاملة لرؤساء الدول بينما يميل فقه القضاء الفرنسي إلى التفرقة بين الأعمال الخاصة الصرفة وهذه لا حصانة فيها لرئيس الدولة والأعمال التي يقوم بها رئيس الدولة في إطار ممارسته لوظائفه الأساسية وهذه فقط هي التي يتمتع فيها بالحصانة.
الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 ص50.

[2] – الأستاذ علي صادق أبو هيف – القانون الدبلوماسي طبعة ثانية منشأة المعارف بالإسكندرية – جمهورية مصر ص 49/48.

[3] – أنظر قانون المنظمات الدولية للأستاذ صادق شعبان مركز الدراسات القانونية والبحوث والنشر تونس 1985 ص 14 وما بعد. وأنظر قانون العلاقات الدولية للأستاذ عبد المجيد العبدلي ص56.

[4] – الأستاذ الصادق شعبان – قانون المنظمات الدولية – مركز الدراسات والبحوث والنشر تونس 1985 ص 19.

والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة العدوان[1] فإن مرتكبها لاتعفيه من المسؤولية صفته كرئيس دولة أو حكومة حسب قوانين ولوائح الأمم المتحدة الصادرة بعد الحرب العالمية الثانية[2] وحسب أحكام المادة 27 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وحصانة مقيدة بالنسبة للتقاضي والتنفيذ المدني تتعلّق بالأعمال الرسمية المرتبطة بسيادة الدولة دون الأعمال الشخصية وقد إعتبر معهد القانون الدولي الدعاوى التالية مندرجة ضمن الأعمال الشخصية التي لا تتمتع فيها الدول ولا رؤساؤها بالحصانة أمام المحاكم الأجنبية[3]:

- الدعاوى العينية سواء تعلّقت بعقار أو منقول
- الدعاوى المتعلّقة بالميراث والوصية
- الدعاوى التجارية
- الدعاوى التي تقبل فيها الدولة أو رئيسها التقاضي أمام القضاء الأجنبي.
- دعاوى تعويض الأضرار الناشئة عن جرم إرتكبه رئيس الدولة في إقليم الدولة المضيفة بإستثناء الضرر الناشئ عن أعمال السيادة.

والملاحظ أن حصانة رؤساء الدول مرتبطة في كلّ الحالات بقواعد المعاملة بالمثل والمجاملة والتقاليد التي تتبعها كلّ دولة فهناك من الدول من

---

[1] - أنظر المادة 5 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الموقع في روما بتاريخ 1998/7/17.

[2] - أنظر الدبلومسية للأستاذ علي حسين الشامي، ص120/121.

[3] - أنظر الدبلومسية للأستاذ علي حسين الشامي، ص117 وما بعد.

يتوسع في نطاق الحصانة ومنها من يضيق فيها[1].

وأن رئيس الدولة يتمتع بالحصانة سواء أكان وجوده خارج بلاده لأغراض رسمية أم خاصة، ولا يجرده منها سفره إلى الخارج متنكرا أو تحت إسم مستعار إذ يتمتع بالحصانة بمجرد الكشف عن صفته.

ويتمتع الرئيس بهذا الإمتياز من تاريخ توليه لمنصبه ولو كان غير مباشر لصلاحياته إلى أن يفقده بصورة رسمية[2].

د- حصانة المنظمات الدولية:

لقد رأينا أن هناك من الفقهاء من يعتبر المجتمع الدولي يتألف من الدول والمنظمات الدولية[3].

ويعرف فقهاء قانون العلاقات الدولية المنظمات الدولية بأنها تنظيمات تقوم في أكثر من دولة واحدة وتتمتع بشخصية قانونية تؤهلها للقيام بمهامها بإستقلالية عن الإعضاء فيها[4].

وهي منظمات عالمية كمنظمة الأمم المتحدة ووكالاتها المختصة وإقليمية

---

[1] - فالإجتهاد الإنقليزي يميل إلى منح حصانة كاملة لرؤساء الدول بينما يميل فقه القضاء الفرنسي إلى التفرقة بين الأعمال الخاصة الصرفة وهذه لا حصانة فيها لرليس الدولة والأعمال التي يقوم بها رليس الدولة في إطار ممارسته لوظائفه الأساسية وهذه فقط هي التي يتمتع فيها بالحصانة. الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص ج2 ص50.

[2] - الأستاذ علي صادق أبو هيف - القانون الدبلوماسي طبعة ثانية منشأة المعارف بالإسكندرية - جمهورية مصر ص 49/48.

[3] - أنظر قانون المنظمات الدولية للأستاذ صادق شعبان مركز الدراسات القانونية والبحوث والنشر تونس 1985 ص 14 وما بعد. وأنظر قانون العلاقات الدولية للأستاذ عبد المجيد العبدلي ص56.

[4] - الأستاذ الصادق شعبان - قانون المنظمات الدولية - مركز الدراسات والبحوث والنشر تونس 1985 ص 19.

2- الأضرار الناشئة عن التمتع بالحصانة:

قد تدفع الدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية الدعوى التي يرفعها مالك العقار الذي في كراء الدولة الأجنبية (أو سفارتها) للمطالبة بالخروج من المكرى لإنتهاء المدة أو للمطالبة بمعين الكراء - بالحصانة أو تغيب عن المحاكمة فتقضي المحكمة برفض الدعوى ويلحق المتقاضي ضرر واضح من عدم وفاء الدولة أو الذوات العمومية الأجنبية بما إلتزمت به إزاءه. فمن المسؤول عن هذا الضرر؟.

لقد عالجت بعض التشاريع المقارنة[1] هذه المسألة من خلال وضع نظام

---

[1] - مثل قانون الولايات المتحدة الأمريكية القسم 1608 وهذا نصه:

Section 1608: Significations ; délais de comparution ; défaut

(2) En ce qui concerne les actions introduites devant les tribunaux fédéraux et des Etats, les significations seront faites aux Etats étrangers et à leurs démembrements territoriaux de la manière suivantes:

1- Par la signification d'un exemplaire de l'assignation et des conclusions initiales dans la forme prévue par un accord intervenu à cet effet entre le demandeur et l'Etat étranger ou son démembrement territorial ; ou

2- en l'absence d'un tel accord, par la signification d'un exemplaire de l'assignation et des conclusions initiales en conformité avec toute convention internationale relative à la signification des actes judiciaires dans la mesure où une telle convention est applicable ; ou

3- si une signification est impossible en vertu des alinéas (1) ou (2) ci-dessus, en envoyant un exemplaire de l'assignation et des conclusions initiales au chef du ministère des affaires étrangères de l'état en question par toute forme de courrier comportant la délivrance d'un accusé de réception signé par le destinataire ; l'envoi doit être effectué par le greffier du tribunal et contenir, en outre des documents mentionnés, une «note explicative» et une traduction de tous ces papiers dans la langue officielle de l'Etat en question ; ou

4- s'il est impossible d'effectuer une signification selon le mode précisé à l'alinéa (3) ci-dessus pendant une période de plus de trente jours, en envoyant deux exemplaires de l'assignation, des conclusions initiales et de la note explicative, avec traduction dans la langue officielle de l'Etat en question, par toute forme de courrier pour laquelle un accusé de réception signé doit être délivré par le destinataire au secrétaire de l'Etat des Etats-Unis, à Washington, district de Columbia, à l'attention du directeur du bureau des Services consulaires spéciaux ; cet envoi doit être effectué par le greffier du

tribunal ; le secrétaire d'Etat transmettra un exemplaire de ces documents à l'Etat étranger par la voie diplomatique, et enverra au greffier du tribunal une copie sertifiée conforme de la note diplomatique indiquant quand les documents on été transmis.

Dans la présente sous-section, le terme «note explicative » (notice of suit) désigne une note adressée à l'Etat étranger conformément à un règlement qui sera promulgué par le secrétaire de l'Etat.

(b) En ce qui concerne les actions introduites devant les tribunaux fédéraux ou des Etats contre les établissements publics étrangers, les significations seront effectuées de la manière suivante:

1- par la signification d'un exemplaire de l'assignation et des conclusions initiales dans la forme prévue par un accord intervenu à cet effet entre le demandeur et l'établissement public ; ou

2-en l'absence d'un tel accord à cet effet, par la signification d'un exemplaire de l'assignation et des conclusions initiales à un membre de la direction de l'établissement public, ou à un gérant (de succursale local), ou à un représentant général, ou à tout autre représentant autorisé é par un acte de l'établissement ou par une disposition législative à recevoir des significations aux Etats-Unis ; ou en conformité avec toute convention internationale relative à la signification des actes judiciaires dans la mesure où une telle convention est applicable, ou

3- si une signification est impossible en vertu des alinéas (1) ou (2) ci-dessus, en signifiant un exemplaire de l'assignation et des conclusions initiales, ainsi qu'une traduction de ces documents dans langue officielle de l'Etat en question selon une des méthodes suivantes sous condition que la méthode choisie offre des garanties raisonnables que les documents en question soient effectivement délivrés à l'établissement public:

Selon la méthode choisie par l'autorité étrangère agissant sur commission rogatoire,

par voie postale, utilisant toute forme de courrier qui comporte la délivrance d'un accusé de réception signé par le destinataire ; l'envoi doit être effectué par le greffier du tribunal et adressé à l'établissement public en question,

(C) selon la méthode indiquée par le tribunal pourvu que cette méthode soit conforme au droit du lieu où la signification doit être effectuée.

(c) La signification sera réputée faite.

1- Si elle a été effectuée en vertu de l'alinéa (a) (4) ci-dessus, à la date de la transmission des documents telle qu'elle apparaît sur la copie certifiée conforme de la note diplomatique ; et

2- dans tous les autres cas mentionnés dans la présente section, à la date où les documents ont été reçus, date indiquée sur le certificat ou l'accusé de réception postal ou établi par tout autre mode de preuve pertinent pour la procédure de signification utilisée.

(d) Dans toute action introduite auprès des tribunaux fédéraux ou des Etats, l'Etat étranger, son démembrement territorial ou son établissement public

إجرائي خاص بمقاضاة الدول الأجنبية أو الذوات العمومية الأجنبيـــة (تتـــولى المحكمة توجيه نسخ من العريضة والمؤيدات لوزارة الخارجية بالدولـــة التـــي تمسكت بالحصانة) لربط الصلة بين الطالب والدولة الأجنبية مما يســـمح بفـــتح حوار مباشر بينهما قد يساعد على حل النزاع بالتراضـــي أو التقاضـــي (بعـــد تنازل الدولة الأجنبية عن الحصانة) ويرتفع بذلك الضرر الناجم عن الحصانة.

لكن تنظيم إجراءات التمتع بالحصانة لا يضمن دائمـــا عـــدم حصـــول الضرر إذ تبقى إمكانية عدم الإتفاق على الحل قائمة ففي هذه الحالة ماذا بإمكان المتضرر أن يفعل؟ لقد أقر الفقه الفرنســـي للمتضـــرر مـــن حصـــانة الـــدول والذوات العمومية الأجنبية إمكانية إثارة مسؤولية الدولـــة (دولـــة المتضـــرر) ومطالبتها بالتعويض على أساس مبدأ التســـاوي أمـــام الأعبـــاء العموميـــة [1] Le principe de l'égalité devant les charges publiques بإعتبار أن منح إمتياز الحصانة للدول والذوات العمومية الأجنبية قد إقتضته المصلحة العامـــة ولا يمكن أن يتحمل أعباء الصالح العام مواطن بمفرده وإنما يجب أن يتحملـــه سائر أفراد المجموعة بالتساوي فيما بينهم ويكون ذلك بـــدفع التعـــويض لمـــن وقعت التضحية بمصلحته الخاصة من خزينة الدولة التي تمثّل مـــالا مشـــتركا لسائر المواطنين.

3- إساءة إستعمال إمتياز الحصانة:

تنص المادة 14 من إتفاقية الأمم المتحدة على أن الحصانات والمزايا لا

---

devra signifier ses propres conclusions en réponse dans les 60 jours de la date à laquelle la signification a été effectuée en vertu de la présente section.

(e) Un jugement par défaut ne sera rendu contre un Etat étranger, son démembrement territorial ou son établissement public que si le demandeur établit que ses prétentions sont fondées par des preuves que le tribunal trouve satisfaisantes. Une copie d'un tel jugement par défaut sera signifiée à l'Etat étranger ou à son démembrement territorial en la manière prévue par la présente section pour la signification de l'acte introductif.

[1]- الأستاذ Mayer DIP P203

تمنح لممثلي الدول الأعضاء لمصلحتهم الخاصة ولكن ضمانا لتمتعهم بكامل إستقلالهم في أداء أعمالهم بالهيئة.

وتطلب تبعا لذلك من الدول الأعضاء رفع الحصانة عن ممثليها في جميع الحالات التي يتضح فيها أن تلك الحصانة "تحول دون تحقيق العدالة" أو أن رفعها عنهم لا يؤثر على الغرض الذي من أجله منحت.

وهو نفس ما تضمنته المادة (16) من إتفاقية الوكالات المتخصصة والمادة 14 من إتفاقية الجامعة العربية تقريبا.

لكن رغم ذلك قد يسيء بعض المنتفعين بالحصانة إستعمالها كأن يقوموا بأعمال تجسس على الدولة المضيفة أو بتهريب بضائع محجرة (كالآثار) أو كأن لا يحترموا قواعد الأمن والبوليس التي تهدف إلى حفظ النظام والطمأنينة والسلامة العامة داخل الدولة (مثل قواعد إقامة المباني وقواعد المرور وحفظ الصحة).

فما الذي تستطيع الدولة المضيفة أن تفعله لوضع حد لتجاوزاتهم؟ تنبغي الإشارة بادئ ذي بدء إلى أنّه ليس للدولة المضيفة أن توقف التمتع بالحصانة عمن أساء إستعمالها لمجرد حصول التجاوز وتقدم على محاكمته لأن ذلك قد يضر بعلاقاتها ومصالحها مع المنظمة الدولية أو الدولة الأجنبية وإنما لها بحسب الحالات أن تلفت نظر المخالف إلى إحترام قوانين البلاد أو أن تشكوه إلى الدولة أو المنظمة التي أو فدته أو أن تعلن أنّه شخص غير مرغوب فيه وتطلب رحيله عنها.

كما لها أن تدعو الدولة أو المنظمة التي يمثلها إلى رفع الحصانة عنه. وأما بالنسبة للموظفين والخبراء التابعين للوكالات المتخصصة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة وكذلك ممثلي الدول لديها فإن أحكام الفصل 24 من إتفاقية

الوكالات المذكورة تخول للدولة التي تلاحظ مثل هذه الإساءة أن تطلب من الوكالة المعنية وضع حد للتجاوزات وأن لم يصلا إلى إتفاق في أجل معقول يمكن رفع الأمر إلى محكمة العدل الدولية فإذا أقرت هذه المحكمة حصول الإساءة أمكن للدولة المتضررة بعد إشعار الوكالة المعنية أن تحرم هذه الوكالة من الحصانة والإمتيازات التي أساءت إستعمالها[1] فقط دون بقية الحصانات والإمتيازات الأخرى.

II- المصادر:

لقد إستوحى المشرّع التونسي الفصل 19 وبقية الفصول المتعلّقة بالحصانة من القانون المقارن وخاصة الإتفاقية الأوروبية لمدينة بال والقانون الإنقليزي لسنة 1978 والقانون الأمريكي لسنة 1976 والقانون الكندي لسنة 1982 وفقه القضاء الفرنسي والألماني والسويسري وفقه القضاء التونسي[2].

1- الإتفاقية الأوروبية لمدينة بال المؤرخة في 16 ماي 1972 هذه الإتفاقية ولئن تضمنت إعتراف أطرافها للدولة بحصانة التقاضي وحصانة التنفيذ أمام المحاكم الأجنبية بصورة ضمنية فإن أحكامها موجهة بصورة أساسية نحو الحد من هذه الحصانات ونحو ضمان تنفيذ الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم في دول الإتحاد الأوروبي ضد الدول الأعضاء في ذلك الإتحاد.

وقد تأثرت بها مجلتنا فيما يتعلّق بهذا الجانب من أحكامها وسوف نبرز هذا في موضعه.

---

[1]- القانون الدبلوماسي – الأستاذ أبوهيف ص 406 وما بعد.

[2]- الأستاذ محمد العربي هاشم تقديم مجلّة القانون الدولي الخاص ص3 مداخلة مرقونة قدمت في إطار ملتقى يتعلّق بمجلة القانون الدولي الخاص وهي منشورة بالمجلة التونسية للقانون سنة 1999 ص11 وما يليها- مركز النشر الجامعي.

وأما ما يعد مصدرا قانونيا مباشرا لهذا الفصل فالقانون الأمريكي والقانون الإنقليزي على وجه الخصوص.

2- القانون الأمريكي لسنة 1976[1] المتعلّق بحصانات الدول الأجنبية وخاصة الأقسام Les sections 1602/1603/1604 وهذا نصها:

Chapitre 97: Immunités de juridiction des Etats étrangers
Section:

1602 – Bases et but de la loi
1603 – Définition
1604 - Immunités de juridiction des Etats étrangers
1605 - Exceptions générales à l'Immunités de juridiction des Etats étrangers
1606 – Etendue de la responsabilité des Etrangers
1607 - Demandes reconventionnelles
1608– Significations; délais de comparution ; défaut
1609 - Immunité de saisie et d'exécution des biens d'un Etat étranger
1610- Exceptions à l'immunité de saisie et d'exécution
1611 - Immunités d'exécution dont bénéficient certaines catégories de biens

Section 1602: Bases et but de la loi

Le congrès considère comme établi que la justice serait servie, et les droits des Etats étrangers et des plaideurs faisant appel aux tribunaux des Etats-Unis protégés, si les questions d'immunité de juridiction des Etats étrangers étaient résolues par les tribunaux des Etats-Unis. Le droit international (public) ne confère pas d'immunité de juridiction aux Etats devant les tribunaux d'autres pays dans la mesure où les activités commerciales de ces Etats sont en cause. Leurs propriété à caractère commercial est sujette à saisie pour l'exécution des jugements rendus contre eux en relation avec leurs activités commerciales. Il convient donc que dorénavant, les questions

[1]- أنظر النص الكامل لهذا القانون مترجما إلى اللغة الفرنسية بالمجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص لسنة 1978 ص399 وما بعد RCDIP - 1978.

d'immunité des états étrangers soit décidées par les tribunaux des Etats-Unis et des Etats en conformité avec les principes énoncés dans le présent chapitre.

Section 1603: Définition

Dans le présent chapitre:

a) Sauf dans la section 1608 du présent titre, le terme «Etat étranger» inclut un démembrement territorial d'un Etat étranger ou un établissement public (Agency of instrum-entality) d'un état étranger, tel que ce terme est défini sous (b) ci-dessous.

b) Le terme «établissement public d'un Etat étranger» signifie un organisme qui:

(1) possède une personnalité morale distincte, que ce soit en forme de société ou autrement et

(2) est un organe d'un Etat étranger ou d'un de ses démembrements territoriaux ou dont la majorité des actions est la propriété d'un Etat étranger ou d'un démembrement territorial d'un tel Etat ou pour lequel il existe une participation majoritaire d'un Etat étranger ou d'un démembrement d'un tel Etat sous une autre forme et qui

(3) n'est pas un citoyen d'un Etat des Etats-Unis conformément à la section 1332 (c) et (d) du présent titre ni n'a été établi conformément aux lois d'un pays tiers.

c) le terme «Etats-Unis» inclut tout le territoire continental et insulaire des Etats-Unis, et toutes les eaux sur lesquelles ils exercent leur compétence (juridiction)

d) le terme «activité commercial» signifie soit des activités commerciales suivies et régulières, soit un acte commercial isolé. Le Caractère commercial d'un acte ou d'une activité doit être déterminé en fonction de sa nature et non en fonction de son but

e) le terme «activité commerciale d'un Etat étranger aux Etats- Unis» signifie une activité commerciale de cet Etat qui a des liens substantiels avec les Etats-Unis.

Section 1604: Immunité de juridiction des Etats étrangers

Sauf pour les règles contenues dans les conventions internationales actuellement en vigueur auxquelles les Etats-Unis sont partie et sauf pour ce qui est dit aux sections 1605-1607 du

présent chapitre, les Etats étrangers jouiront d'une immunité de juridiction devant les tribunaux des Etats-Unis et devant les tribunaux des Etats.

3- القانون الإنقليزي (المملكة المتحدة)[1] الصّادر في 1978/07/20 ولا سيما القسمين 1-(1) و8 (1) و8 (2) وهذا نصهما:

Rayaume-Uni – Immunité – Etats étrangers
Loi du 20 juillet 1978
(State Immunity Act 1978; Elizabeth II 1978 chapter 33)

Loi portant dispositions nouvelles en ce qui concerne les instances introduites au Royaume-Uni par ou contre un Etat étranger ; détermination de l'effet des jugements rendus contre le Royaume-Uni par les tribunaux des Etats parties à la convention européenne sur l'immunité des Etats ; réforme du régime des immunités et privilèges des chefs d'Etats étrangers ; matières connexes (du 20 juillet 1978).

Sa Majesté la Reine, vu la recommandation et le consentement de la chambre des lords et de la Chambre des communes, réunies au sein du Parlement, approuve la présente loi:

PREMIERE PARTIE
Instances Introduites au Royaume-Uni par ou contre un Etat Etranger
IMMUNITE DE JURIDICTION ET D'EXECUTION

1-(1) L'Etat étranger jouit de l'immunité de juridiction et d'exécution devant les tribunaux du Royaume –Uni sauf lorsque cette partie de la présente loi y apporte une exception.

8-(1) L'Etat étranger ne jouit pas de l'immunité de juridiction dans une instance relative à sa participation à une personne morale ou autre groupement dépourvu de personnalité juridique, qui

a) comprend des membres autres que des Etats ; et

---

[1]- أنظر ترجمة كاملة لنص هذا القانون بالمجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص لسنة 1980 ص156 وما بعد (باللغة الفرنسية) RCDIP – 1980 P156 et S.

b) est incorporée, ou constituée, (selon le cas) conformément à la loi du Royaume-Uni, ou a le siège de son administration centrale (controlled) ou son lieu d'exploitation principal, au Royaume-Uni ;

dans la mesure où les parties à l'instance sont l'Etat étranger et les membres du groupement, les associés ou la société elle-même.

(2) Cette section est inapplicable en cas d'accord contraire des parties constaté par écrit, ou de clause contraire dans les statuts sociaux, ou dans tout autre instrument régissant le groupement en question.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 19 الحالي في المشروع الذي أعدته لجنة الخبراء يحمل رقم 24 وينص على ما يلي:

الفصل 24: الدولة الأجنبية وكذلك الأشخاص المعنويون العموميون والذين يتصرفون بإسم سيادتها أو لحسابها وبصفة سلطة عامة، يتمتعون بالحصانة القضائية أمام جميع المحاكم التونسية.

وقد أقرته اللجنة الثانية مع تعديل طفيف وأصبح يحمل رقم 20:

الفصل 20: الدولة الأجنبية وكذلك الذات المعنوية العمومية التي تتصرف كسلطة عامة بإسم سيادتها أو لحسابها تتمتع بحصانة التقاضي أمام جميع المحاكم التونسية.

لكن اللجنة الثالثة أعادت صياغته وأضافت إليه شرط المعاملة بالمثل وصار يحمل رقمه الحالي 19 وهذا نصه: تتمتع بحصانة التقاضي أمام جميع المحاكم التونسية الدولة الأجنبية وكذلك الذات المعنوية العمومية التي تتصرف

كسلطة عامة بإسم سيادتها أو لحسابها وذلك على شرط المعاملة بالمثل.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد آثار هذا الفصل أمام مجلس النواب إقتراحين قدمتهما لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وقبلتهما وزارة العدل وتمت إعادة صياغة الفصل 19 وأصبح على شكله الحالي وهذا نص المقترحين وجواب وزارة العدل عليهما:

تقترح اللجنة تعويض عبارة "عامة بالسطر الأول بـ"عمومية".

الجواب: المقترح وجيه ولا ترى الوزارة مانعا من الإستجابة إليه فتصبح عبارة "عامة الواردة بالسطر الأول من الفصل 19 من المشروع "عمومية".

تعويض عبارة "وذلك على شرط المعاملة بالمثل" الواردة بالسطر الثاني بعبارة "شريطة المعاملة بالمثل" على غرار الفصل 18.

الجواب: الإقتراح وجيه ولا ترى الوزارة مانعا من الإستجابة إليه وتقدم صياغة جديدة لكامل الفصل فيكون كما يلي:

"تتمتع بحصانة التقاضي أمام جميع المحاكم التونسية الدولة الأجنبية وكذلك الذات المعنوية العمومية التي تتصرف كسلطة عمومية بإسم سيادتها أو لحسابها وذلك شريطة المعاملة بالمثل"[1].

---

[1] - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 ص247.

الفصل 20:

لا عمل لحصانة التقاضي إذا كان النشاط المعني تجاريا أو يتعلّق بخدمات مدنية وحصل ذلك النشاط بالبلاد التونسية أو أنتج آثاره مباشرة بها.

I- الشرح: (الأنشطة المستثناة من الحصانة)

يستثنى هذا الفصل من حصانة التقاضي الممنوحة للدولة والذوات المعنوية العمومية الأجنبية بموجب الفصل 19 الأنشطة التجارية (أ) والخدمات المدنية (ب) التي تمارس بتونس أو تنتج أثارها المباشرة بها.

أ- الأنشطة التجارية:

إن المقصود بالنشاط التجاري الذي لا يتمتع بالحصانة إنما هو كلّ عمل يعتبره القانون تجاريا أما بطبيعته أو بالتبعية إذا وقعت ممارسته من قبل الدولة أو الذوات المعنوية العمومية الأجنبية بهدف المضاربة وتحقيق الربح كالشراء لإعادة البيع وسائر أعمال الصرف والبنوك وإما بشكله كالكمبيالة وغيرها مما يعتبره القانون عملا تجاريا بالشكل.

أما الأعمال المختلطة[1] فلا تعد من الأعمال التجارية إلا إذا كانت الدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبيّة التي أتتها قد إكتسبت صفة التاجر.

وتقدير ما إذا كان النشاط تجاريا أم غير تجاري يخضع لإجتهاد القاضي

---

[1] - الأعمال المختلطة هي الأعمال التي تكون تجارية بالنسبة لأحد الطرفين ومدنية بالنسبة للطرف الآخر كشراء تاجر حبوب كمية من القمح لتجارته من فلاح. فالعملية تجارية بالنسبة للتاجر ومدنية بالنسبة للفلاح.

أنظر الفصل 2 من المجلّة التجارية التونسية. وأصول القانون التجاري للأستاذ مصطفى كمال طه، الدار الجامعية للطباعة والنشر لبنان 1994، ص49 وما بعد.

ويتم تحديد طبيعته وفقا لقانون القاضي المتعهد بالنزاع الذي أثيرت بمناسبته مسألة الحصانة لكن لا يكفي أن يكون العمل تجاريا لتجرد الدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية من حصانة التقاضي بل يجب أن يكون هذا العمل قد تمت ممارسته بتونس أو أنتج آثاره بها إذا كانت ممارسته قد تمت خارج الإقليم التونسي. كما إذا كانت الكمبيالة قد أنشئت بالخارج وحل أداؤها بتونس أو كانت تونس مكان الوفاء بالكمبيالة أو أي إلتزام تجاري أبرم بالخارج.

لكن إذا كانت الدعوى تتعلّق بنشاط تجاري لم تمارسه الدولة أو الذوات المعنوية العمومية الأجنبية بتونس ولم ينتج أي أثر مباشر بها فهل تتمتع بالحصانة إزاءه؟.

إن الإستثناءات التي ترد على مبدأ الحصانة لا تأخذ بعين الإعتبار إلا المصالح الوطنية ولهذا فإن الأعمال التي تأتيها دولة ما خلافا لما تقتضيه أحكام القانون التونسي خارج الإقليم والتي لا تمس مصالحنا الوطنية لا تعد مشمولة بأحكام القانون الوطني وبالتالي لا يطولها الإستثناء الوارد بهذا الفصل ولو كان قانون الدولة التي تمت فيها هذه الأنشطة يستثنيها هو بدوره من حصانة التقاضي.

أما إن كان لها مساس بالمصالح الوطنية فتعتبر قد أنتجت آثارها بتونس وبالتالي لا تتمتع الدولة أو الذوات العمومية الأجنبية التي أتتها بحصانة التقاضي أمام المحاكم التونسية.

هذا من جهة ومن أخرى فإن مفهوم المخالفة (Contrario) لقاعدة الفصل 20 يقتضي عدم خروج الأنشطة التجارية والخدمات المدنية الممارسة بالخارج والتي لم يكن لها أي أثر مباشر أو مساس بالمصالح الوطنية من نطاق الحصانة التي أقرّتها أحكام الفصل 19 المتقدم للدول والذوات المعنوية العمومية الأجنبية.

ب- الخدمات المدنية:

النوع الثاني من الأنشطة المستثناة من نطاق حصانة الدول والذوات المعنوية العمومية الأجنبية هو الخدمات المدنية والمراد بها كلّ الوقائع والتصرفات التي تأتيها الدولة أو الذات العمومية بوصفها شخصا خاصا وليس بوصفها شخصا عموميا والتي لا تتعلّق بسيادة الدولة ولا بوظائفها الأساسية[1].

وتشمل على وجه الخصوص كلّ الدعاوى التي كنا أشرنا إليها عند الحديث عمّا لا تشمله حصانة الدول ورؤساء الدول وممثليها مثل الدعاوى العينية والدعاوى المتعلّقة بالميراث والوصية وغيرها مما هو مفصل بشرحنا للفصل 19 تحت -ج- حصانة رؤساء الدول الأجنبية.

وإلى جانب تلك الوقائع والتصرفات تستثني القوانين المقارنة من حصانة التقاضي الممنوحة للدول والذوات العمومية العديد من التصرفات والوقائع الأخرى نذكر منها على وجه الخصوص:

- الدعاوى المتعلّقة بعقود الشغل التي تبرمها الدولة أو الذات العمومية الأجنبية بدولة قاضي النزاع ويكون العقد واجب التنفيذ كليا أو جزئيا بتلك الدولة (قانون المملكة البريطانية المتحدة القسم 4 (1) أو الدعاوى المتعلّقة بجبر الأضرار الناجمة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

ولعل ما يبرّر هذا الإستثناء قيام قرينة فعلية على رضا الدولة بالتقاضي أمام محاكم الدولة التي أبرم ونفذ فيها العقد بإعتبار أن الدولة عندما تلتزم بإقليم دولة ما وينفذ الإلتزام فوق ذلك الإقليم تكون قد إلتزمت في نفس الوقت بحل كلّ خلاف ينشأ عن إلتزامها في نفس المكان وبسائر الطرق الودية والقضائية على حد سواء هذا من جهة. ومن أخرى فإن الأجير يمثل الطرف الأضعف في عقد

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص ج2 ص50 وما بعد.

الشغل وموضوع الدعوى يكتسي في الغالب صبغة معاشية وإستعمال الدولة لحصانتها في مثل هذه الظروف يستهجنه العرف الدولي لأنّه يحول دون تحقيق العدالة ولأن التنازل عنها في مثل هذا النوع من الدعاوى لا يؤثر على الغرض الذي منحت من أجله[1].

ولئن لم يستثن الفصل 20 الدعاوى الشغلية ولا دعاوى تعويض الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية فإن المبررات التي ذكرناها تسمح للقاضي التونسي بإستثنائها من نطاق حصانة الدول الأجنبية خاصة وأن التشريع الوطني الداخلي قد أخذ بمثل هذه المبررات عندما إستثنى من إمتياز الدولة بالتقاضي سواء كانت طالبة أم مطلوبة أمام محكمة مقرها (محاكم تونس العاصمة) القضايا المتعلّقة بنظام تعويض الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية (الفصل 32 من م.م.م.ت) مراعاة للوضع الإجتماعي والصحي والمالي الذي تكون عليه هذه الفئة من المتقاضين.

وفي خاتمة شرح هذا الفصل يمكن التساؤل عمّا إذا كانت الدعاوي التي تختص بها المحاكم التونسية دون سواها (الفصل 8 من هذه المجلّة) يشملها الإستثناء من الحصانة أم أن بإمكان الدولة والذوات العمومية الأجنبية أن تتمتع إزاءها بالحصانة أو إزاء بعضها على الأقل؟ بالرغم من أن معظم تلك الدعاوى يندرج ضمن الإستثناءات التي أشرنا إلى عدم خضوعها للحصانة فإن بقاء بعضها خارج الإستثناء مثل دعاوى الجنسية والإجراءات التحفظية وغيرها من الدعاوى التي يسند الإختصاص بها للمحاكم التونسية دون سواها بنص خاص يبرر التساؤل ويدعو إلى بحث المسألة.

لقد رأينا أن أساس إسناد هذا الإختصاص للمحاكم التونسية دون سواها إنما هو إتصالها إتصالا وثيقا بالسيادة الوطنية.

---

[1] – المادة 24 من إتفاقية المقر للأمم المتحدة.

والحصانة تقتضي تخلي المحاكم التونسية عن النظر في الدعوى لعدم الإختصاص بما يعنيه من وجود محكمة أخرى مختصة[1] في حين أن القانون التونسي لا يقر بالإختصاص بهذا الصنف من الدعاوى لأي محكمة غير المحاكم التونسية. ولذلك فإن قبول الدفع بالحصانة في مثل هذا النوع من الدعاوى يؤدي إلى إنكار العدالة (Déni de la Justice) ومبادئ القانون الدولي العام تدعو الدول إلى التخلي عن حصانتها إذا كان التمسك بها يحول دون تحقيق العدالة (أنظر المادة 24 من إتفاقية المقر للأمم المتحدة).

وإذا لم تتنازل الدولة الأجنبية المدعى عليها عن حصانتها، فهل يجوز للقاضي التونسي أن يقبل الدفع بحصانة الدولة أو الذوات المعنوية العمومية الأجنبية حتى وأن تعلق الأمر بإحدى الدعاوى التي تختص بها المحاكم التونسية دون سواها (دعاوى الفصل 8 من م.ق.د.خ)؟ في ظل غياب حل تشريعي (إستثناء حالات الإختصاص الوجوبي من نطاق الحصانة) [2] قد تبدو لأول وهلة الإجابة على هذا التساؤل بالنفي صعبة بإعتبار أن رفض الحصانة يعد حلا سياسيا لمسألة قانونية. وإتخاذ الحلول والمواقف السياسية المؤثرة على العلاقات الدولية ليس من إختصاص القضاة[3].

---

[1] – هي محكمة الدولة المنتفعة بالحصانة لأن كلّ دعوى يرفضها القضاء الوطني تطبيقا لحصانة الدولة الأجنبية يمكن للطالب أن يرفعها عليها أمام محاكمها الوطنية.

[2] – لقد إستثنت بعض التشاريع المقارنة مثل التشريع الإنقليزي حالات الإختصاص الوجوبي من نطاق الحصانة أنظر القسم 4 (4) من قانون المملكة المتحدة لسنة 1978 بالقسم المخصص لمصادر هذا الفصل.

[3] – أنظر بعض الحلول للإشكالية التي تطرحها حصانة الدول وحقوق الغير بكتاب الدبلوماسية للأستاذ علي حسين الشامي، ص 376 وما بعد.

وليس من بينها إختصاص القضاء الوطني وإنما هناك التوقي من الحصانة بإشتراط التحكيم إن كان ذلك ممكنا والإلتجاء لمحاكم الدولة المتشبثة بالحصانة أو إلى محكمة العدل الدولية عندما يكون طرفا النزاع دولتين ...إلخ.

لكن رغم ذلك فإن تعلق أحكام الفصل 8 من م.ق.د.خ بالنظام العام لا يسمح بقبول الدفع في شأنها بالحصانة. لأن أساس الحصانة المجاملة ولا مجاملة في المسائل المتعلّقة بالنظام العام.

لكن يستثنى من ذلك (من عدم التمتع بالحصانة) العقارات المستعملة لسد حاجيات البعثات الدبلومسايةوالقنصلية كمقر البعثة وإقامة رئيس البعثة الدبلوماسية أو القنصلية إذا كانت ملكا للدولة الأجنبية التي تمثلها البعثة الدبلوماسية. إذ يجري العرف الدولي على عدم المساس بها في كلّ الحالات والظروف.

II- المصادر:

هذا الفصل مستوحى من أحكام القانون الدولي العام وخاصة الاتفاقيات الدولية المتعلّقة بالحصانة الدبلوماسية والقنصلية وحصانة البعثات الخاصة (إتفاقيات فيانا لسنة 1961 وسنة 1963)[1] ومن بعض القوانين المقارنة مثل القانون الأمريكي والقانون الإنقليزي:

القانون الأمريكي (قانون الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1976) وخاصة القسم 1605 الذي هذا نصه:

---

[1] - إتفاقية فيانا للعلاقات الدبلوماسية مبرمة في فيانا بتاريخ 1961/04/18 ومصادق على إنخراط تونس فيها بالقانون عدد29 لسنة 1967 المؤرّخ في 1967/11/21 ومنشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بموجب الأمر عدد69 لسنة 1970 المؤرّخ في 1970/02/25

إتفاقية فيانا للعلاقات القنصلية مبرمة بفيانا في 1963/04/24 ومصادق على إنخراط تونس فيها بالقانون عدد40 لسنة 1967 المؤرّخ في 1967/11/21 ومنشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بموجب الأمر عدد131 لسنة 1971 المؤرّخ في 1970/04/14.

إتفاقية فيانا للبعثات الخاصة مبرمة بفيانا في 1963/04/24 ومصادق على إنخراط تونس فيها بالقانون عدد35 لسنة 1971 المؤرّخ في 1971/07/28 ومنشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بموجب الأمر عدد340 لسنة 1971 المؤرّخ في 1972/10/20.

Section 1605

Exceptions générales à l'immunité de juridiction des Etats étrangers:

a) un Etat étranger ne jouira pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux fédéraux ou des Etats:

si l'Etat étranger a renoncé à son immunité expressément ou implicitement, et cela même en cas de révocation de la renonciation, sauf

si la révocation a été effectuée en conformité avec les termes de la renonciation;

si une action (contre un Etat étranger) est fondée sur une activité commerciale de l'Etat étranger aux Etats-Unis, ou sur un acte accompli aux Etats-Unis dans le cadre d'une activité commerciale de l'Etat étranger ayant eu lieu hors des Etats-Unis, ou sur un acte accompli hors du territoire des Etats-Unis dans le cadre d'une activité commerciale d'un Etat étranger ayant eu lieu hors des Etats-Unis, si l'acte produit des effets directs aux Etats-Unis;

Si l'action porte sur des droits de propriété relatifs à des biens saisie en violation du droit international (public) et que ces biens, ou les biens donnés en échange se trouvent aux Etats-Unis dans le cadre d'une activité commerciale d'un Etat étranger aux Etats-Unis ; ou si les biens en question ou les biens donnés en échange sont la propriété d'un établissement public d'un Etat étranger, ou sont sous le contrôle de ce dernier, et cet établissement est engagé dans des activités commerciales aux Etats-Unis;

Si une action porte sur des droits de propriété relatifs à des biens sis aux Etats-Unis qui ont été acquis par voie des donation ou de succession ou si une action porte sur des droits réels dans des immeubles sis aux Etats-Unis; ou

Si une action non comprise dans les termes de l'alinéa (2) ci-dessus est intentée contre un Etat étranger à l'occasion d'une demande en dommages intérêts pour blessures corporelles, décès ou dégâts matériels causés aux Etats-Unis par un acte fautif ou une omission fautive d'un Etat étranger ou d'un agent ou fonctionnaire

d'un Etat étranger agissant dans l'exercice de ses fonctions; le présent alinéa ne s'applique cependant pas:

(A) si l'acte accompli ou omis a un caractère discrétionnaire même en cas d'abus du pouvoir discrétionnaire, ni

(B) aux demandes qui sont la conséquence d'abus de procédure, diffamations, fraudes ou ingérences dans les contrats d'autrui (interference with contract rignts)

b) Un Etat étranger ne jouit pas d'une immunité de juridiction lorsqu'une action est intentée devant le tribunal maritime pour l'exécution d'une créance maritime portant sur un navire ou une cargaison d'un Etat étranger et lorsque la créance est fondée sur une activité commerciale de cet Etat, à condition que:

1- la personne, ou le représentant de la personne ayant la possession du navire ou de la cargaison sur lequel la créance maritime porte ait reçu notification qu'une action a été intentée, notification qui doit être faite par la signification de l'assignation et des conclusions initiales ; mais cette notification sera réputée non avenue, et elle ne peut pas être renouvelée ensuite, si le navire ou la cargaison a été saisi à la demande de la partie ayant intenté l'action, sauf si cette partie ignorait que le navire ou la cargaison en question était la propriété d'un Etat étranger, auquel cas la signification de l'ordonnance de saisie vaut signification des documents mentionnés ci-dessus; et

2- Dans les dix jours de la signification mentionnés à l'alinéa, (1) l'Etat étranger reçoive notification qu'une procédure a été commencée contre cet Etat, la notification devant être faite en conformité avec les règles énoncées à la section 1608 du présent titre; dans le cas d'une partie ayant ignoré le caractère gouvernemental du navire ou de la cargaison, cette notification doit être faite dans les dix jours de la date à laquelle la partie s'était aperçue des droits de l'Etat étranger.

Dés que la signification en vertu de l'alinéa (1) ci-dessus a été effectuée, la créance maritime contre le navire ou la cargaison sera réputée transformée en créance personnelle contre l'Etat étranger propriétaire du navire ou de la cargaison. Le jugement rendu contre cet Etat ne peut l'être pour une somme excédant la

valeur du navire ou de la cargaison sur la quelle la créance maritime portait, valeur qui doit être évaluée à la date de la signification mentionnée à l'alinéa (1) ci-dessus.

القانون الإنقليزي (قانون المملكة المتحدة لسنة 1978) وخاصة الأقسام من 3 إلى 7 وهذا نصها:

3. (1) L'Etat étranger ne jouit pas de l'immunité de juridiction dans les instances relatives à:

a) une opération commerciale à laquelle il est partie ; ou

b) une obligation contractuelle à sa charge (qu'elle soit ou non de nature commerciale) devant s'exécuter en tout ou en partie au Royaume-Uni.

(2) la présente section est inapplicable lorsque les parties à l'instance sont exclusivement des Etats, ou lorsqu'il existe un accord contraire des parties constaté par écrit;

et la sous section (1) (b) ci-dessus est inapplicable à un contrat non-commercial conclu sur le territoire de l'Etat concerné, si l'obligation en cause relève du droit administratif de cet Etat.

(3) Au sens de la présente section, une «opération commerciale s'entend de;

(a) tout contrat de fourniture de biens ou de services;

(b) tout prêt ou autre opération financière, et toute caution (indemnity) ou garantie se rapportant à une obligation financière; et

(c) toute autre opération ou activité (quelle soit commerciale, industrielle, financière, professionnelle, ou de nature similaire) entreprise par l'Etat étranger ou dans laquelle il s'engage autrement que dans l'exercice de la puissance publique;

mais aucun des paragraphes de la sous-section (1) ci-dessus ne s'applique à un contrat de travail conclu entre un Etat et une personne privée.

4. (1) l'Etat étranger ne jouit pas l'immunité de juridiction dans les instances relatives à un contrat de travail conclu entre l'Etat et une personne privée, lorsque le contrat a été conclu au Royaume-Uni et que le travail doit s'y exécuter en tout ou en partie.

(2) sous réserve des sous-section (3) et (4) ci-dessous, la présente section est inapplicable.

a) si au moment de l'introduction de l'instance le travailleur était le ressortissant de l'Etat concerné ; ou

b) si au moment de la conclusion du contrat, le travailleur n'avait pas la qualité de ressortissant britannique, et n'avait pas sa résidence habituelle au Royaume-Uni; ou

c) en cas d'accord contraire des parties constaté par écrit.

(3) lorsque le travail doit s'exécuter au service d'une succursale, d'une agence, ou d'un établissement entretenu par l'Etat étranger sur le territoire du Royaume-Uni à des fins commerciales les sous-section 2 (a) et (b) ci-dessus n'excluent pas l'application de la présente section, à moins que le travailleur n'eût, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle dans cet Etat

(4) La sous-section (2) (c) ci-dessus n'exclut pas l'application de la présente section lorsque la loi du Royaume-Uni attribue une compétence impérative aux juridictions du Royaume-Uni.

(5) Au sens de la sous-section (2) (b) ci-dessus, le terme «ressortissant du Royaume-Uni» s'entend de tout citoyen du Royaume-Uni et des colonies ; de toute personne ayant la qualité de sujet britannique (British subject) en vertu des sections 2,3 et 16 de la loi sur la nationalité britannique de 1965 ; de tout citoyen d'un protectorat (British prortected person) au sens de la loi de 1948 ; ou de tout citoyen de la Rhodésie du sud

(6) Au sens de la présente section, toute référence aux «instances relatives à un contrat de travail» comprend les litiges survenant entre les parties à un contrat de travail relatifs aux droits et obligations attachés par la loi à leur qualité d'employeur ou d'employé.

5. L'Etat étranger ne jouit pas de l'immunité de juridiction lorsque l'instance concerne;

(a)un décès, ou un dommage personnel; ou

(b) un dommage causé à un bien, ou la perte d'un bien,

du fait d'un acte ou omission survenus au Royaume-Uni

6. (1) l'Etat étranger ne jouit pas de l'immunité de juridiction lorsque l'instance concerne:

(a) un droit de l'Etat portant sur la propriété, la possession ou l'usage d'un immeuble sis au Royaume –Uni; ou

(b) une obligation à la charge de l'Etat étranger et qui découle de l'existence d'un tel droit

(2) l'Etat étranger ne jouit pas de l'immunité de juridiction lorsque l'instance concerne un droit réel mobilier ou immobilier (interest in movable or immovable property) lui appartenant, et qu'il a acquis par voie de succession, de donation, ou à titre de bien vacant.

(3) le fait pour l'Etat étranger d'être titulaire ou de prétendre être titulaire d'un droit réel ne fera pas obstacle à ce que les tribunaux exercent à son égard leur juridiction en matière de succession, de tutelle, de liquidation de sociétés, ou d'administration de trust.

(4) Les tribunaux pourront connaître d'une action intentée contre une personne autre que l'Etat, nonobstant le fait que l'instance est relative à un bien.

a) qui est en la possession ou sous le contrôle de l'Etat étranger ; ou

b) sur lequel l'Etat étranger fait valoir un droit réel,

dans l'hypothèse ou l'Etat étranger n'aurait pas jouit de l'immunité à l'occasion d'une action in personam introduite contre lui dans les mêmes conditions, ou, dans le cas du paragraphe (6) ci-dessus, si l'Etat ne peut apporter à l'appui de sa prétention des preuves prima facie.

7. L'Etat étranger ne jouit pas de l'immunité de juridiction:

a) dans une instance relative aux brevets, marques, dessins industriels, ou autres monopoles d'exploitation appartenant à l'Etat étranger et délivrés, protégés ou ayant fait l'objet de sa part d'une demande de protection, au Royaume-Uni ; ou

b) lorsque l'Etat étranger est poursuivi pour une contrefaçon au Royaume-Uni de brevets, marques, dessins, droits de propriété

littéraire et artistique, ou autres monopoles d'exploitation ; ou

c) lorsque l'instance est relative au droit d'utiliser un nom commercial au Rayaume-Uni.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 20 في المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 25 وينص على ما يلي:

"لا مجال للحصانة القضائية إذا كان النشاط المعني تجاريا وإذا حصل ذلك النشاط بالبلاد التونسية أو أنتج آثاره مباشرة بها".

فأقرته اللجنة الثانية مع تعديل بسيط تمثل في إستبدال عبارة لا مجال "بلا عمل" وكلمة القضائية بالتقاضي وحذف كلمة "إذا الموجودة قبل كلمة حصل فأصبح يحمل رقم 22 وينص على ما يلي:

الفصل 22: لا عمل لحصانة التقاضي إذا كان النشاط المعني تجاريا وحصل ذلك النشاط بالبلاد التونسية أو أنتج آثاره مباشرة بها.

ولما عرض المشروع الثاني على اللجنة الثالثة أعادت صياغته وأضافت إليه عبارة "أو يتعلّق بخدمات مدنية" بناء على أن الإتفاقيات الدولية المنظمة للحصانة والعرف الدولي والقانون المقارن يستثني العديد من الأنشطة المدنية والتوجه العام الذي يسود قانون العلاقات الدولية يميل نحو الحد من حصانات الدول وإمتيازاتها.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر أي تساؤل.

الفصل 21:

لا تنتفع الدولة الأجنبية والذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلّة بحصانة التقاضي إذا قبلت صراحة التقاضي لدى المحاكم التونسية.

I- الشرح: (العدول عن حصانة التقاضي)

هذا الفصل يكرس طبيعة الحصانة كإمتياز ممنوح للدول والذوات المعنوية العمومية الأجنبية على أساس المجاملة[1] ولذلك فإنه ولئن كان من غير الجائز للقاضي أن لا يثير حصانة الدولة الأجنبية (الفصل 22 من هذه المجلّة) ولو في صورة غيابها فإن بإمكان هذه الأخيرة أن تتنازل عن حصانتها[2] ويلتقي التشريع التونسي في هذا التكييف لحصانة الدول الأجنبية مع أحكام القانون الدولي العام وخاصة قوانين الأمم المتحدة التي تدعو الدول الأعضاء إلى رفع الحصانة عن ممثليها في جميع الحالات التي يتضح فيها أن تلك الحصانة "تحول دون تحقيق العدالة" أو أن رفعها عنهم لا يؤثر على الغرض الذي من أجله منحت" (أنظر المادة 14 من إتفاقية الأمم المتحدة المتعلّقة بالمقر).

لكن وضع الأمم المتحدة معيارين أو سببين لرفع الحصانة هما: حيلولة الحصانة دون تحقيق العدالة وعدم تأثير رفعها على الغرض الذي منحت من أجله لا يخرج أمر رفعها عن مشيئة الدول إذ لا يجوز للقضاة أن يجتهدوا لرفعها عند توفر موجبات التمتع بها ولو في صورة قيام أحد السببين المذكورين ولذلك إشترط المشرّع التونسي صلب هذا الفصل أن يكون التنازل عن حصانة

---

[1] - الأستاذ علي حسين الشامي - الديبلوماسية، ص 115 وما بعد.

[2] - الأستاذ علي حسين الشامي - الديبلوماسية، ص 378 وما بعد.

التقاضي من قبل الدولة أو الذوات المعنوية العمومية الأجنبية صريحا.

وإشتراط التنازل الصريح عن الحصانة أو القبول الصريح بالخضوع للمحاكم التونسية ينطوي على تضييق واضح لحالات التنازل عن الحصانة لا يساير الإتجاه السائد في التشاريع المقارنة والذي سبق أن أشرنا إلى أنّه يميل إلى الحد من نطاق الحصانة.

وعبارة القبول الصريح للتقاضي لدى المحاكم التونسية وأن كانت لا تقتضي القبول الضمني فإنها لا تعني القبول المكتوب.

وهذه المراوحة بين القبول الصريح والقبول غير المكتوب التي تطبع التنازل عن حصانة التقاضي تستوجب توضيح مفهوم العدول الصريح (أ) وبيان من هو المؤهل للتعبير عن هذا العدول الصريح (ب).

أ- متى يكون العدول عن الحصانة صريحا؟:

لقد خول المشرّع التونسي للدول والذوات المعنوية العمومية الأجنبية المتمتعة بالحصانة أمام القضاء التونسي أن تتنازل عن حصانة التقاضي[1] أو عن حصانة التنفيذ أو أن تتنازل عنهما معا.

وبالرغم من إختلاف العبارات المستعملة في الفصل 20 (... إذا قبلت صراحة) للتعبير عن العدول عن حصانة التقاضي عن العبارات المستعملة في الفصل 25 (ويجب أن يكون العدول ثابتا وصريحا لا لبس فيه) للتعبير عن العدول عن حصانة التنفيذ فإن المشرّع لم يشترط أن يكون العدول عن أي

---

[1] - وهذه القاعدة تعد تكريسا لفقه قضاء تونسي قديم ومستقر أنظر الحكم المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد56369 بتاريخ 1963/11/28 ق.ت عدد4 لسنة 1964 ص57 وقد إعتبر أن "المتمتع بالحصانة الدبلوماسية يعتبر قد تنازل ضمنيا عن التمسك بها إذا رضي بالتقاضي لدى محكمة البلاد الأجنبية التي يمارس بها وظيفته الدبلوماسية".

منهما كتابيا.

وهذا ما يسمح بالقول أن العدول عن حصانة التقاضي أو حصانة التنفيذ يمكن أن يكون كتابيا مثلما يمكن أن يكون شفاهيا وفي كلا الحالتين يجب أن يكون ثابتا وصريحا لا لبس فيه.

والعدول عن الحصانة يمكن أن يكون سابقا لنشأة النزاع أو لاحقا له لكن إختيار قانون دولة القاضي المتعهد بالنزاع كقانون للعقد لا يعد تنازلا عن الحصانة بالنسبة للنزاعات المتولدة عنه[1].

وتعتبر الدولة الأجنبية قد قبلت صراحة التقاضي لدى المحاكم التونسية إذا كانت هي المدعية[2] أو إذا تداخلت في القضية بصورة إختيارية أو شاركت في الإجراءات بصورة أو بأخرى كما إذا حضرت لدى القاضي المقرر وشاركت في الأبحاث المكتبية أو الميدانية أو حضرت أعمال الإختبار الذي أذنت به المحكمة المتعهدة بالقضية دون أن تثير الدفع بالحصانة.

كما يعتبر حضور المحاكمة والجواب في الأصل دون أثارت الدفع بالحصانة عدولا عن التمسك بالحصانة[3] لكن الحضور لمجرد إثارة الدفع بالحصانة لا يعد تنازلا عنها.

---

[1] - أنظر القسم 2- (1) و2 (2) من القانون الإنقليزي.

[2] - أنظر الحكم المدني الإستئنافي عدد56369 الصادر في 1963/11/28 عن محكمة الإستئناف بتونس العاصمة (سبقت الإشارة إليه) الذي إعتبر أن "قيام الدبلوماسي نفسه بدعوى لدى المحكمة التونسية يعد عدولا منه عن التمسك بالحصانة ويخول لخصمه المطلوب القيام عليه بالدعوى المعارضة.

[3] - أنظر الفصل 3 من الإتفاقية الأوروبية لحصانة الدول.

ب- من هو المؤهل قانونيا للتعبير عن العدول الصريح عن حصانة التقاضي؟

تعتبر الدول ذات السيادة أشخاصا معنوية وكل شخص معنوي يجب أن يكون له شخص طبيعي يمثله في ممارسة حياته القانونية. وممثلو الدول هم رؤساؤها أو ملوكها أو من في حكمهم كالأمراء والأباطرة والسلاطين وغيرهم والذوات المعنوية العمومية يمثلها بحسب شكلها رئيسها أو مديرها أو مديرها العام.

والتنازل عن الحصانة ينبغي أن يصدر عن الممثل القانوني للذات المعنوية.

لكن لرؤساء الدول تفويض غيرهم لتمثيل الدولة كالوزراء والسفراء وغيرهم.

كما لممثلي الذوات المعنوية العمومية حق تفويض غيرهم أيضا ولهذا يكون التنازل عن الحصانة الصادر عن هؤلاء المفوضين ملزما للدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية متى كان صريحا وثابتا لا لبس فيه.

لكن تفويض التنازل عن الحصانة بصورة عامة ولا سيما حصانة الدولة يطرح العديد من الإشكالات تتعلّق خاصة بإثبات وجوده ونطاقه (يشمل حصانة التقاضي والتنفيذ أم يشمل أحداهما فقط) وحتى مدى مشروعيته[1] بإعتبار التنازل عن الحصانة يتعلّق بالسيادة وسيادة الدولة لا يحوز التنازل عنها من قبل أي كان ولو من رئيس الدولة. غير ان إتساع تدخل الدول خلق إتجاها قويا سواء على مستوى القانون الدولي العام أو على مستوى القوانين الداخلية يدعو

---

[1] - أنظر الديبلوماسية للأستاذ علي حسين الشامي، ص 521 وما بعد.

إلى الحد من نطاق حصانة الدول[1] لضمان تحقيق العدالة[2] فأصبحت التشاريع وفقه القضاء يتساهل في إثبات صفة ممثل الدولة الصادر عنه التنازل عن الحصانة. إذ يكفي أن يكون له صفة تمثيل الدولة في التصرف الذي نشأ عنه النزاع مثلا.

وفي هذا الإطار يعتبر القانون الإنقليزي – مثلا – التنازل عن الحصانة صادرا عن الدولة إذ أصدر عن رئيس البعثة الدبلوماسية بدولة القاضي أو عن الشخص المكلف ولو وقتيا بمهام رئيس البعثة.

كما يعتبر التنازل صادرا عن الدولة إذ صدر عن الشخص الذي أبرم العقد بإسم الدولة أو لحسابها (أنظر القسم 13 – (5) من قانون 1978) وذلك بالنسبة لكل نزاع يتعلّق بذلك العقد.

II– المصادر:

هذا الفصل مستوحى من فقه القضاء التونسي (أنظر الحكم المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد 56369 بتاريخ 1963/11/28)[3] ومن التشريع المقارن ومن القانون الإنقليزي والأمريكي ومن الإتفاقية الأوروبية لحصانة الدول ومن فقه القضاء السائد في هذه الدول على وجه الخصوص.

ونورد هنا نص أبرز الأحكام التشريعية التي كان لها تأثيرها على نشأة هذا الفصل:

– الفصول 3/2/1 من الإتفاقية الأوروبية المتعلّقة بحصانة الدول (إتفاقية

---

[1] – الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص، ج2، ص51 وما بعد.

[2] – الأستاذ علي حسين الشامي – الديبلوماسية، ص 376 وما بعد.

[3] – منشور بمجلة القضاء والتشريع عدد4 لسنة 1964، ص 57 – نشر وزارة العدل التونسية.

بال Bâle المؤرخة في 1972/05/16) [1]:

CHAPITRE PREMIER
IMMUNITE DE JURIDICTION
Article premier

1- Un Etat contractant demandeur ou intervenant dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat contractant se soumet, pour la procédure ainsi engagée, à la juridiction des tribunaux de cet Etat.

2- Un tel Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant les tribunaux de l'autre Etat contractant en ce qui concerne une demande reconventionnelle:

a) lorsque celle-ci dérive du rapport de droit ou des faits sur lesquels est fondée la demande principale;

b) lorsque cet Etat, si une procédure distincte avait été engagée contre lui devant les tribunaux de l'autre Etat, n'aurait pu, selon les dispositions de la présente convention, invoquer l'immunité.

3- Un Etat contractant qui introduit une demande reconventionnelle devant un tribunal d'un autre Etat contractant se soumet à la juridiction des tribunaux de cet Etat tant pour la demande principale que pour la demande reconventionnelle.

Article 2

Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant s'il s'est engagé à se soumettre à la juridiction de ce tribunal en vertu:

a) d'un accord international;

b) d'une disposition expresse figurant dans un contrat écrit; ou

c) d'un consentement exprès donné après la naissance du différend.

Article 3

1- Un Etat contractant ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant s'il conclut au fond avant de l'invoquer. Néanmoins, s'il établit qu'il

---

[1]-Revue Trimestrielle des Droits Européens 1973 P313 et s

n'a pu prendre qu'ultérieurement connaissance des faits sur lesquels il aurait pu fonder l'immunité, il peut invoquer celle-ci s'il se prévaut de ces faits aussitôt que possible.

2- Un Etat contractant n'est pas censé avait renoncé à l'immunité lorsqu'il comparait devant un tribunal d'un autre Etat contractant pour l'invoquer.

- القسمان 2 و9 من القانون الإنقليزي لسنة 1978:

2. (1) L'Etat étranger ne jouit pas de l'immunité chaque fois qu'il a accepté de se soumettre à la juridiction des tribunaux du Royaume-Uni.

(2) La soumission volontaire à la juridiction des tribunaux peut intervenir postérieurement à la naissance du litige, ou résulter d'un accord écrit antérieur; mais une clause contractuelle désignant la loi du Royaume-Uni comme loi du contrat n'équivaut pas à une soumission volontaire à la juridiction de ses tribunaux.

(3) L'Etat sera considéré comme ayant accepté de se soumettre à la juridiction des tribunaux du Royaume-Uni.

a) s'il est demandeur à l'instance; ou

b) sous réserve des sous-sections (4) et (5) ci-dessous, s'il comparait ou participe de quelque manière que ce soit au déroulement de la procédure.

(4) La sous-section (3) (b) ci-dessus est inapplicable lorsque la comparution a pour seule fin

a) de soulever l'immunité de juridiction, ou

b) de faire valoir un droit réel (à l'occasion d'une action in rem) dans des conditions telles qu'à l'occasion d'une action in personam, l'Etat aurait pu soulever son immunité.

(5) La sous section (3) (b) ci-dessus est inapplicable lorsque au moment de la comparution, l'Etat ignorait l'existence de faits lui donnant droit à l'immunité, s'il n'avait raisonnablement pu en avoir connaissance et s'il a soulevé l'immunité dès qu'il a eu la possibilité raisonnable de le faire.

(6) La soumission volontaire de l'Etat étranger à la juridiction des tribunaux à l'occasion d'une instance déterminée emporte renonciation à se prévaloir de l'immunité en cause d'appel, mais l'immunité subsiste en cas de demande reconventionnelle, à moins que la demande ne soit fondée sur la

même relation juridique ou sur les mêmes faits que la demande principale.

(7) Le chef d'une mission diplomatique étrangère au Royaume-Uni ou la personne provisoirement investie de ses pouvoirs, sera considéré comme ayant qualité pour accepter la juridiction au nom de l'Etat étranger dont il relève ; et toute personne ayant conclu un contrat au nom et pour le compte d'un Etat étranger sera considérée comme ayant qualité pour accepter la juridiction à l'occasion de toute instance relative au contrat.

9. (l) Lorsque l'Etat étranger a consenti par écrit à soumettre un différend né ou à naître à un arbitre, cet Etat sera considéré comme ayant renoncé à l'immunité de juridiction dans toute instance judiciaire se rapportant à cet arbitrage.

(2) La présente section recevra effet sous réserve de toute clause contraire dans la convention d'arbitrage; elle est inapplicable aux conventions d'arbitrage conclues entre Etats.

- القسم 1605 من القانون الأمريكي أنظر مصادر الفصل 20.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 26 متضمنا ما يلي:

الفصل 26: لا تنتفع الدولة الأجنبية والأشخاص المعنويون المتفرعون عنها على معنى الفصل 24 بالحصانة القضائية إذا قبلت الخضوع لقضاء المحاكم التونسية صراحة أو ضمنيا.

لكن اللجنة الثانية حذفت عبارة "أو ضمنيا" وحصرت التنازل في حالة القبول الصريح بالتقاضي لدى المحاكم التونسية حتى لا يقع التوسع في مفهوم التنازل عن حصانة الدول على وجه الخصوص وإستبدلت كلمة الخضوع بالتقاضي لعدم التلاؤم بين مفهوم الخضوع والسيادة التي تبقى الدولة الأجنبية

متمتعة بها ولو قبلت أن تقاضى أمام محكمة تابعة لسيادة دولة أخرى.

وقد أقرته اللجنة الثالثة على الصيغة التي إقترحتها اللجنة الثانية وهي نفس الصيغة الحالية.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أي إشكال أمام مجلس النواب وقد تمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 22:

تطبق المحاكم التونسية حصانة التقاضي حتى في حالة عدم حضور الدولة الأجنبية أو الذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلّة لديها.

I- الشرح: (الطبيعة القانونية للدفع بالحصانة)

لقد رأينا عند شرح الفصل 10 من هذه المجلّة أن الدفع بعدم الإختصاص الدولي يهم مصالح الخصوم الشخصية ولهذا يجب إثارته ممن له مصلحة في التمسك به قبل الخوض في الأصل وإلا عد الجواب في الأصل المقترن بالسكوت عن إثارة هذا الدفع قبولا بالتقاضي أمام المحاكم التونسية.

لكن الفصل 22 من م.ق.د.خ يعطي الدفع بالحصانة طبيعة قانونية مغايرة تماما لطبيعة الدفع بعدم الإختصاص الدولي فهو دفع يثيره القاضي من تلقاء نفسه وحتى في حالة غياب الدولة الأجنبية أو الذات المعنوية العمومية.

ومبدأ حياد القاضي يقتضي أن لا يثير القاضي أي دفع من تلقاء نفسه إلا إذا كان يتعلّق بالنظام العام.

وحسب هذا المعيار فإن الدفع بالحصانة من النظام العام ولذلك يثيره

القاضي من تلقاء نفسه ولو في غياب الدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية.

وهو من الدفوع المتعلّقة بالإختصاص ومن المعلوم أن القانون التونسي يعرف ثلاثة أنواع من الإختصاص: ترابي أو إقليمي وحكمي ونوعي (هذا إذا إعتبرنا الإختصاص الدولي ترابيا أو حكميا حسب إختلاف آراء الفقهاء بشأنه).

فما هي طبيعة الدفع بالحصانة؟ لا شك في أنّه غير ترابي لأنّه مؤسس على تساوي الدول في السيادة وما يترتب عنه من عدم جواز خضوع سيادة لأخرى[1] ولأن الإختصاص الترابي لا يتعلّق بالنظام العام والدفع بالحصانة يهم النظام العام كما قدمنا. ولذلك تبقى طبيعته القانونية منحصرة بين الإختصاص الحكمي والإختصاص النوعي. لكن الإختصاص الحكمي يستمد طبيعته أما من وصف الدعوى (إستحقاقية أو شخصية أو مختلطة) أو من قيمتها ولا علاقة للدفع بالحصانة لا بوصف الدعوى ولا بقيمتها وإنما بأطرافها فتكون المحاكم الوطنية غير مختصة بالنزاع إذا كان المطلوب دولة أجنبية أو ذاتا معنوية أجنبية (مع مراعاة الحالات التي لا يعمل فيها بالحصانة بناء على طبيعة الواقعة أو التصرف الصادر عن الدولة الأجنبية) وهذا هو الإختصاص النوعي ومن خصائصه أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه وأن يدفع به أمام محاكم الموضوع (إبتدائية كانت أم إستئنافية) وأمام محكمة القانون (محكمة التعقيب) ولو لم تسبق إثارته أمام محاكم المَوضوع.

وإذا كانت هذه هي طبيعة الدفع بالحصانة فهو من الإجراءات المتعلّقة بالنظام العام وهو بطبيعته هذه يمثّل الإستثناء الوحيد من قاعدة الفصل 10 من م.ق.د.خ التي تعتبر الدفع بعدم الإختصاص الدولي من الإجراءات التي لا تهم إلا مصالح الخصوم الشخصية.

---

[1] - الأستاذ: P.Mayer, DIP, P 202 et s.

والمفروض أن يكون غير قابل للتنازل عنه لكن للإعتبارات التي أشرنا إليها بمناسبة شرح الفصل المتقدم خول المشرّع للدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية أن تتنازل عن الحصانة وهذا ما يسمح بالقول مع الأستاذ P.Mayer: "إن التمسك بالحصانة وإن كان ليس بواجب على الدولة فهو واجب على القاضي"[1].

لكن تنبغي الإشارة إلى أنّه يجب على القاضي أن لا يثير من تلقاء نفسه الحصانة. إلا إذا ثبت لديه بصورة قطعية أن موضوع النزاع التي كانت الدولة الأجنبية أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية طرفا فيه تشمله حصانة التقاضي وفق القانون التونسي.

كما تجب الإشارة أيضا إلى أن التنازل عن الحصانة يكون نهائيا وغير قابل للرجوع فيه لأنّه واحد من المعايير التي ينعقد بها الإختصاص للمحاكم التونسية وإذا إنعقد الإختصاص للمحكمة ولو بناء على رضا الطرفين أو أحدهما فقد الأطراف حقهم في تجريدها منه.

II-المصادر:

أهمها:

- الإتفاقية الأوروبية المتعلّقة بحصانة الدول (إتفاقية بال 16 ماي 1972) وخاصة الفصل 15 منها وهذا نصه:

Article 15

Un Etat contractant bénéficie de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat contractant si la procédure ne relève pas des articles 1 à 14 le tribunal ne peut connaître d'une telle procédure même lorsque l'Etat ne comparait pas.

- القانون الإنقليزي لسنة 1978 وخاصة القسم 1 - (2) وهذا نصه:

(2) Les tribunaux du Royaume-Uni donneront effet à l'immunité conférée par la présente section même lorsque l'Etat défendeur ne comparait pas.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 22 في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 27 وينص ما يلي:

الفصل 27: تطبق المحاكم التونسية أحكام الحصانة القضائية حتى في حالة عدم حضور الدولة الأجنبية أو الأشخاص المعنويين، المشار إليها بالفصل 24، لديها.

وقد أقرته اللجنة الثانية تحت رقم 23 بعد أن إستبدلت عبارة "الحصانة القضائية" بحصانة التقاضي وعبارة "الأشخاص المعنويين" بالذوات المعنوية.

وقد أقرته اللجنة الثالثة دون تعديل لكن تحت رقمه الحالي أي 22.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد وقعت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 23:

تتمتع الدولة الأجنبية وكذلك الذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلّة بالحصانة التنفيذية على ممتلكاتها الموجودة بالبلاد التونسية والمخصصة لنشاط سيادة أو لإسداء خدمة عمومية لها.

I- الشرح: (حصانة التنفيذ)

يقر هذا الفصل حصانة التنفيذ لممتلكات الدول والذوات المعنوية العمومية الأجنبية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلّة (وقد سبق أن بيناها عند شرح الفصل المذكور) لكن بشرطين إثنين هما:

- أن تكون الممتلكات مخصصة لنشاط مرتبط بسيادة الدولة أو لتحقيق مصلحة عمومية[1].

- وأن تكون الممتلكات المخصصة لنشاط سيادة أو لإسداء خدمة عمومية موجودة بالبلاد التونسية.

والأموال المادية تعتبر موجودة بتونس إذا كانت فوق الإقليم التونسي وتعتبر موجودة فوقه وأن خرجت منه إذا كان خروجها قد تم بصورة غير قانونية لكن المال الذي هو بحالة عبور لا يعتبر موجودا بتونس[2].

أما الأموال غير المادية كالإلتزامات وغيرها من الحقوق المعنوية فتعتمد لتحديد موقعها مبادئ القانون الدولي الخاص المتعلّقة بمكان وجود هذا النوع من

---

[1] - الأستاذ محمد العربي هاشم - المجلّة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص- RCDIP 1999 P236.

[2] - الأستاذ محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص، ط2، ص 574.

الأموال[1].

ومفهوم التنفيذ هنا يشمل سائر طرق التنفيذ الفعلي كالعقل التنفيذية أو البيوع الجبرية كما يشمل كلّ الوسائل التحفظية مثل العقل التحفظية وغيرها[2].

وحصانة التنفيذ حسبما يتضح من الفصول الواردة بالعنوان الرابع من المجلّة ومما إستقر عليه الفقه وفقه القضاء المقارن[3] ليست إمتدادا لحصانة التقاضي أو أثرا من آثارها القانونية المباشرة بما يعنيه ذلك من أنّه إذا لم تتمتع الدولة أو الذات المعنوية العمومية في نزاع ما بحصانة التقاضي تفقد حقها في التمتع بحصانة تنفيذ ذلك الحكم على مكاسبها والعكس بالعكس. لا نعتقد بوجود مثل هذا الترابط الذي لا وجود له حتى بالنسبة للنزاعات بين أشخاص القانون الخاص لوجود أموال يمكن التنفيذ عليها وأخرى لا يجوز التنفيذ عليها فحصانة التنفيذ مستقلة عن حصانة التقاضي وأن كانت تلتقي معها في أن أساس كلّ منهما المجاملة الدولية إذ لا يستساغ أن تمارس دولة سيدة طرق التنفيذ الجبري على دولة أخرى ذات سيادة مثلها.

لكن ما هي أنشطة السيادة والخدمات العمومية (أ) التي تتمتع أموال الدولة المخصصة لها بحاصنة التنفيذ (ب)؟ ومن يتحمل عبء إثبات تخصيص المال العمومي (ج) لهذا النوع من النشاط أو ذاك؟.

أ- أنشطة السيادة والخدمات العمومية:

تستمد الحصانة بنوعيها أساسها من حق كلّ دولة في ممارسة وظائفها بإعتبارها شخصية قانونية دولية ذات سيادة مستقلة ولا تخضع لأي سيادة

---

[1]- أنظر القانون الدولي الخاص للأستاذين سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال ص311 وما بعد.

[2]- الأستاذ Mayer, DIP, 3éme Edition P 27.

[3]- الأستاذ Mayer, DIP, 3éme Edition P 207.

أخرى ما عدا تلك التي يقرها القانون الدولي[1] كخضوع الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة لقرارات هذه المنظمة مثلا.

والأصل في نشاط الدول أن يكون في إطار ممارستها سيادتها بإعتبار أن أعمال السيادة تندرج ضمن صلاحياتها ووظائفها العادية.

وممارسة الدولة لسيادتها أو لصلاحياتها إما أن تتم داخل إقليمها وتمارسها على سائر الأشخاص الموجودين فوقه سواء أكانوا مواطنين أو أجانب. وهذا لا يطرح في الغالب أي إشكال لا بخصوص حصانة التقاضي ولا بخصوص حصانة التنفيذ لان كلّ نزاع في شأنه سيكون من إختصاص القضاء الوطني ولا حصانة للدولة أمام قضائها.

وأما أن تمارس أعمال السيادة خارج الإقليم وهنا سيكون نشاطها محدودا بسيادة الدولة المضيفة فلا تستطيع أن تمارس منه إلا ما يسمح به القانون والعرف الدوليان أو ما تقبل به الدولة المضيفة.

ويصنف الفقهاء[2] هذه الوظائف إلى ثلاث فئات هي:

– وظائف أو صلاحيات إقليمية صغرى وهي التي تمارسها دولة ذات سيادة تامة فوق إقليم دولة ذات سيادة ناقصة كالوظائف التي تمارسها الدولة الحامية فوق إقليم الدولة المحمية.

– ووظائف شخصية وهي التي تمارسها الدول الأجنبية في حدود القانون الدولي إزاء مواطنيها المقيمين أو الموجودين على إقليم دولة ثانية مثل

---

[1] – الأستاذ علي حسين الشامي، الدبلوماسية، ص 359.

[2] – أنظر

Droit International Public, 3é Edition L.G.D.J Paris 1980, P 413-418
Dinh, N.Quoc, P.Daillier et A.Pellet

والدبلوماسية للأستاذ حسين الشامي، ص 352 وما بعد.

ممارستها من خلال أعوانها الدبلوماسيين أو القنصليين توثيق الأحوال الشخصية لمواطنيها بالدول الأجنبية والحماية الدبلوماسية لمواطنيها ومصالحها أو الدعوة إلى التعبئة العامة والخدمة العسكرية وتمكين مواطنيها من المشاركة في إنتخاب رئيس دولتهم وغيرها.

– والفئة الثالثة هي الوظائف المتعلّقة بإقامة وتسيير المرافق العامة إذ يعترف الفقه والإجتهاد[1] للدول الأجنبية أن تمارس هذه الوظائف خارج إقليمها مثل البعثات الدبلوماسية، والقنصلية، والمؤسسات الثقافية والإجتماعية المقامة على أساس إتفاقيات متبادلة لخدمة مواطني الدولة الأجنبية أو لنشر ثقافتها وحضارتها والتعريف بها خارج حدودها.

وحصانة التنفيذ تتعلّق مباشرة بالأموال المخصصة للفئتين الأخيرتين (الوظائف الشخصية والمرفقية).

ب– الأموال المتمتّعة بحصانة التنفيذ:

كلّ الأموال الموجودة فوق الإقليم الوطني والمتأتية من المال العمومي للدولة الأجنبية والمخصصة لأعمال السيادة التي أشرنا إليها آنفا تتمتع بحصانة التنفيذ كالأموال والمكاسب المخصصة لشراء الأسلحة والمعدات اللازمة لجيش الدولة الأجنبية أو لإكساء أو غذاء جنودها أو لإكساء العمال المدنيين العامين بالجيش وكذلك الأموال المرصودة لشراء الأدوية التي تحتاجها المستشفيات والمؤسسات الصحية العمومية والأموال المخصصة للبعثات الدبلوماسية والقنصلية (كأجور الأعوان وكراء مقر البعثة وغيرها مما هو لازم لسير هذا النوع من المرافق) والمكاسب التابعة للبعثة كالمقرات والممتلكات الأخرى اللازمة لقيام البعثة بوظائفها (مثل مقر إقامة السفير أو القنصل والسيارات

---

[1] – أنظر – الدبلوماسية – للأستاذ علي حسين الشامي، ص 358.

والعربات) والأموال اللازمة والمخصصة للبعثات الثقافية الدائمة أو المؤقتة أو المرصودة لبناء المستشفيات أو الجامعات وبصورة عامة كـلّ مـال عمـومي موجود بتونس ومخصص لقيام الدولة أو الذات المعنويـة العموميـة الأجنبيـة بالوظائف العادية اللازمة لحماية الدولة أو تطويرها[1] تشمله حصـانة التنفيـذ حسب مقتضيات هذا الفصل ما لم يثبت أن التخصيص مفتعل ولا يقصد منه إلا التهرب من التنفيذ.

تبقى **الأموال الراجعة للغير الموجودة تحت يد الدولة** أو الذوات المعنوية العمومية كمعينات الكراء التي بذمة السفارة لمالك العقـار المسـتعمل كمقـر للسفارة محل إشكال بإعتبارها أموالا عمومية مخصصة لإسداء خدمات عمومية إلا أنها تصبح بمجرد حلول أدائها أموالا مملوكة للغير. فهل يجوز التنفيذ عليها بناء على مآلها أم لا يجوز التنفيذ عليها بناء على تخصيصها لخدمـة المرفـق العمومي؟.

بالرغم من تخصيص هذه الأموال للمرفق العمومي الأجنبي فإن المرفق – بمجرد حلول أجل أدائها – يكون قد إستفرغ حاجته منها ولم يعد مالكا لهـا وبالتالي تجوز عقلتها تحت يده لغاية التنفيذ عليها خاصة وأنه يكفيه التصـريح بها ويغنيه حتى عن الحضور أمام المحكمة.

لكن إذا لم تقدم الدولة أو الذات المعنوية الأجنبية أي تصريح إثر العقلـة التوقيفية أو كان تصريحها غير مستوف لشروطه القانونية فلا يجـوز الحكـم عليها بإعتبارها مدينة للدائن العاقل (تطبيقا لأحكام الفصل 341 مـن م.م.م.ت) لتمتعها بحصانة التقاضي إلا إذا تنازلت صراحة عن هذه الحصانة.

ومثل هذا الحل مكرس في القانون الداخلي التونسي بالنسبة لعقلة أمـوال

---

[1] – الأستاذ: Mayer, DIP, P 207

الدولة والمؤسسات العمومية الإدارية والجماعات المحلية[1] وإستعارة حلول القانون الداخلي لسد الفراغات في القانون الدولي الخاص من المبادئ المكرسة في فقه القانون الدولي الخاص وفقه قضائه[2].

لكن ينبغي لفت الإنتباه إلى أن العقارات أو المنقولات المملوكة للغير والمستعملة أو المستغلة من قبل الدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية على وجه الكراء أو العارية لا تشملها الحصانة بنوعيها. وبالتالي يمكن أن تكون موضوعا للتقاضي والتنفيذ على حد سواء والنزاع بشأنها لا يطرح من الناحية القانونية أي إشكال لأن الدولة أو الذات المعنوية العمومية الأجنبية سوف لا تكون طرفا فيه بإعتبارها غيرا لا يعينه النزاع لكنها من الناحية العملية تثير بعض الصعوبات مثل دخول الخبراء أو عدول التنفيذ أو القضاة لمقر البعثة أو إقامة السفير لإجراء المعاينات والأبحاث الميدانية التي قد يتطلبها التحقيق في الدعاوي أو تقتضيه إجراءات التنفيذ كعقلة المنقول أو العقار وما يقتضيه ذلك من وصف المنقولات أو العقارات وكيل مساحتها وبيان محتوياتها وتقدير قيمتها وبيعها بالمزاد العلني أمام القضاء (العقارات) أو على عين المكان أو نقلها للأسواق وغيرها من أماكن العرض قصد بيعها أو تسليمها للمحكوم له بإستحقاقها.

إنّ وجود مثل هذه الأموال تحت يد دولة أو ذات معنوية عمومية أجنبية لا ينبغي أن يكون حائلا دون ممارسة الغير ما له عليها من حقوق لكن ما تتمتع به الدول الأجنبية من إحترام وتبجيل ومجاملة يستوجب توخّي طرق عملية

---

[1] - تمنع عقلة أموال ومكاسب الدولة أو المؤسّسات العمومية الإدارية أو الجماعات المحلية (الفصل 37 من مجلّة المحاسبة العمومية) وتجوز عقلة الأموال التي بذمتها للغير والإعتراض عليها (الفصل 43 من مجلّة المحاسبة العمومية والفصل 348 من م.م.م.ت) بشرط أن تكون الدولة قد توصلت بمقابلها من البضائع أو الخدمات (الفصل 352 من م.م.م.ت).

[2] - الأستاذ: Mayer, DIP, P 185

تضمن – في نفس الوقت – المحافظة على حرمة المقرات الدبلوماسية للدول الأجنبية وممارسة الغير لحقوقهم في التقاضي والتنفيذ على تلك المكاسب.

ولعلّ أنجع السبل لتحقيق هذه المعادلة هي إقامة حوار بنّاء وتعاون مثمر بين مصالح السفارة المعنية وعدل التنفيذ المكلّف بالتنفيذ أو بالقيام بالإجراء إما مباشرة أو عن طريق وزارة الخارجية بغية الوصول إلى التنفيذ على هذه المكاسب غير المحصنة على أن تعطى للسفارة الأجنبية إمكانية إختيار كيفية التنفيذ أو القيام بالإجراء كتحديد زمانه بإختيار الوقت الذي تراه مناسبا، أو قيامها هي بنقل المكاسب من داخل السفارة إلى مكان آخر يتفق عليه أو يعينه القاضي ليتم عليها التنفيذ هناك أو مد الخبير أو عدل التنفيذ بالوثائق أو بالمعطيات اللازمة لإنجاز مهمته (كتشخيص العقار أو وصف المنقول).

وهذا التعاون البناء تقتضيه الأعراف والمواثيق الدولية التي تحمل المتمتعين بالحصانة واجب عدم إستعمالها للإضرار بالغير وتدعوهم في مثل هذه الحالات إلى إظهار أكبر قدر من التفهم لحل مثل هذه الإشكالات التي تطرح على هامش الحصانة لكنها ليست من صميمها.

أمّا وزارة الخارجية في دولة المقر فتعد الطرف المعني مباشرة بمثل هذه المسائل لأنها هي المكلفة بالسهر على تنفيذ الحصانات التي تتمتع بها الدول والذوات المعنوية العمومية الأجنبية وضبط قائمة إسمية بأصحابها وتذليل كلّ الصعوبات التي تنشأ عن ممارستها للغير من سكان الإقليم وعدم قيامها بهذا الواجب (يمثل خطأ) هو الذي تنشأ عنه مباشرة مسؤولية الدولة المضيفة في تعويض الضرر الذي يلحق الغير من جراء إفراط الدول الأجنبية في إستعمال حصانة التقاضي أو حصانة التنفيذ وقد ترتقي هذه المسؤولية إلى درجة المسؤولية الشخصية للمكلف بمثل هذه المهام بوزارة الخارجية.

ج- عبء إثبات حصانة التنفيذ:

قد تكون أموال الدولة الأجنبية مبالغ مالية مودعة بإحدى المؤسّسات المصرفية الموجودة بتونس أو دينا في ذمة الغير مما يصعب معه معرفة ما إذا كانت مخصصة لنشاط سيادة او لإسداء خدمة عمومية أم أنها مخصصة لنشاط تجاري أو خاص فهل يجب على الدولة إثبات تخصيص المال لنشاط سيادة أو مصلحة عمومية لتتمتع في شأنه بحصانة التنفيذ أم يجب على من يدعي تخصيص المال العمومي لنشاط تجاري أو خاص إثبات ما يدعيه؟.

بالرغم من إتساع نشاط الدول وتنوعه وتدخلها في الميادين التجارية والصناعية إلى حد منافسة أشخاص القانون الخاص في هذه الميادين فإن الفقه وفقه القضاء يعتبر أن الأصل في أموال الدولة أن تكون عمومية[1] وأن الأصل أن تكون الدولة تمارس إمتياز السلطة وبالتالي متمتعة دائما بالحصانة والإستثناء أن تمارس نشاط الخواص[2] وهذا ما يسمح لنا بالقول أن الأصل في أموال الدولة أن لا تخصص إلا لأنشطة السيادة أو لإسداء خدمات عمومية وعلى من يدعي أنها مخصصة لنشاط تجاري أو خاص يقع عبء الإثبات تطبيقا للمبادئ العامة التي تنظم الإثبات بوجه عام.

وفي الختام تنبغي الإشارة إلى أن المشرّع لم يشترط المعاملة بالمثل لتمتع أموال الدولة والذوات المعنوية العمومية الأجنبية الموجودة بتونس بحصانة التنفيذ بالرغم من أن حصانة التنفيذ أهم وأدعى لإشتراط المعاملة بالمثل من حصانة التقاضي. فهل يطبق القاضي هذا الشرط بإعتبار إشتراطه

---

[1] - الأستاذ: نور الدين قارة المجلّة التونسية للقانون لسنة 1994، ص 310 في تعليق له على الحكم الإستعجالي عدد17499 الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس بتاريخ 1994/11/19 (سبقت الإشارة إليه).

[2] - الأستاذ علي المزغني – تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص.

في حصانة التنفيذ من باب أولى وأحرى؟

لا نعتقد ذلك وقد كنا أشرنا في مستهل شرحنا لهـذا الفصـل إلـى أن حصانة التنفيذ مستقلة عن حصانة التقاضي وليست إمتدادا لها ولا أثـرا مـن آثارها القانونية.

II- المصادر:

أهم مصادر هذا الفصل: الفقه وفقه القضاء ونكتفي منه بمـا سـبق أن أشرنا إليه بمناسبة التعليق على هذا الفصل.

والقانون المقارن وخاصة:

- الإتفاقية الأوروبية المتعلّقة بحصانة الدول ولا سيما الفصل 23 منهـا وهذا نصه:

Article 23

Il ne peut être procédé sur le territoire d'un Etat contractant ni à l'exécution forcée, ni à une mesure conservatoire sur les biens d'un autre Etat contractant, sauf dans les cas et dans la mesure où celui-ci y a expressément consenti par écrit.

- والقانون الأمريكي وخاصة القسم 1609 الذي هذا نصه:

Section 1609: Immunité de saisie et d'exécution des biens d'un Etat étranger

Sauf pour ce qui est prévu par des règles contenues dans les conventions internationales actuellement en vigueur auxquelles les Etats-Unis sont partie, et sauf pour ce qui est dit aux section 1610 et 1611 du présent chapitre, les biens d'un Etat étranger sis aux Etat-Unis jouiront d'une immunité de saisie et d'exécution.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 23 في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقـم 28 ويـنص

على ما يلي:

الفصل 28: تتمتع الدولة الأجنبية وكذلك الأشخاص المعنويون المشار إليها بالفصل 24، بالحصانة التنفيذية على ممتلكاتها الموجودة بالبلاد التونسية والمخصصة لنشاط سيادة أو لمصلحة عامة.

وقد أقرته اللجنة الثانية تحت رقم 25 مع تعديل طفيف تمثل في إستبدال عبارة "أو لمصلحة عامة" بعبارة أو لإسداء خدمة عمومية لها لمزيد الدقة وحصر الحصانة في الخدمات المرفقية التي من وظائف الدولة الأساسية أن تسديها لمواطنيها.

ولما عرض على اللجنة الثالثة تبنته دون أن تدخل عليه أي تعديل.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وقد تمت المصادقة عليه من غير أي تعديل.

الفصل 24:

أملاك الدولة الأجنبية وكذلك الذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلّة لا تتمتع بالحصانة التنفيذية إذا كانت مخصصة لتعاطي نشاط خاص أو ذي طابع تجاري.

I- الشرح: (أملاك الدولة والذوات المعنوية العمومية الأجنبية التي لا تتمتّع بحصانة التنفيذ)

هذا الفصل يستثني من نطاق حصانة التنفيذ التي تتمتع بها الدول والذوات المعنوية العمومية الأجنبية على أملاكها الكائنة بتونس – الأموال المخصصة لتعاطي نشاط خاص (في نطاق القانون الخاص) أو تجاري أي كلّ نشاط لا

تمارسه الدولة أو الذات العمومية الأجنبية بوصفها شخصا عموميا وإنما بوصفها أحد أشخاص القانون الخاص سواء أكان هذا النشاط مدنيا أو تجاريا.

وقد أوضحنا بما فيه الكفاية مفهوم الأنشطة التجارية والمدنية بمناسبة شرح الفصل 20 من هذه المجلّة فليراجع ذلك الشرح.

II- المصادر:

من أهم مصادر هذا الفصل نذكر:

- القانون الأمريكي وخاصة القسم 1610 وهذا نصه:

Section 1610: Exceptions à l'immunité de saisie et d'exécution

a) Dans le cas d'un jugement rendu par un tribunal fédéral ou d'un Etat après l'entrée en vigueur de la présente loi, les biens d'un Etat étranger, tels que définis à l'article 1603 (a) du présent chapitre, sis aux Etats-Unis et Utilisés pour une activité commerciale, ne jouiront pas d'une immunité de saisie aux fins d'exécution, ni d'une immunité d'exécution.

1- si l'Etat étranger a renoncé à son immunité de saisie aux fins d'exécution, ou à son immunité d'exécution, expressément ou de manière implicite, et cela même si l'état étranger prétend révoquer sa renonciation, sauf si la révocation est effectuée en conformité avec les termes mêmes de la renonciation ; ou

2- si les biens ont été utilisés pour l'activité commerciale sur laquelle la demande est fondée;ou

3- si l'exécution concerne un jugement établissant des droits rélatifs à des biens qui ont été confisqués en violation du droit international, ou donnés en échange pour de tels biens ; ou

4- si l'exécution concerne un jugement déterminant des droits sur des biens ;

(A) acquis par voie de succession ou de donation ou

(B) qui sont des immeubles sis aux Etats-Unis, sauf si ces immeubles sont utilisés pour les besoins d'une mission diplomatique ou consulaire, ou

comme résidence du chef de mission ; ou

5- si les biens consistent en une obligation créée par contrat d'indemniser l'Etat étranger ou ses employés, contenue dans une police d'assurance automobile ou dans une autre police d'assurance responsabilité ou accident, pourvu que la police d'assurance couvre le jugement à exécuter et que le jugement empêche une nouvelle demande aux mêmes fins.

(b) En plus des cas mentionnés sous (a) ci-dessus, sont aussi sujets à saisie aux fins d'exécution et à exécution les biens sis aux Etats-Unis d'un établissement public d'un Etat étranger qui est engagé dans des activités commerciales aux Etats-Unis si l'exécution concerne un jugement rendu par un tribunal fédéral ou d'un Etat après l'entrée en vigueur de la présente loi, et que

1- L'établissement public a renoncé à son immunité de saisie aux fins d'exécution, ou à son immunité d'exécution, expressément ou de manière implicite et cela même si l'établissement prétend révoquer sa renonciation, sauf si la révocation est effectuée en conformité avec les termes de la renonciation ; ou

2- Le jugement se fonde sur une demande au sujet de laquelle, en vertu de la section 1605 (a) (2) (3) ou (5) ou de la section 1605 (b) du présent chapitre, l'établissement ne jouit pas de l'immunité de juridiction, sans égard à ce que les biens en question aient , ou n'aient pas été utilisés pour les actes qui ont fondé la demande.

(c) aucune saisie, ni exécution ne peut-être pratiquée en vertu des sous-sections (a) et (b) ci-dessus sauf sur autorisation expresse du tribunal et après que celui-ci a déterminé qu'un temps raisonnable s'est écoulé après le prononcé du jugement et, le cas échéant, après la signification prévue à la section 1608 du présent chapitre.

(d) Les biens d'un Etat étranger, tel que ce terme est défini à la section 1603 (a) du présent chapitre, ne jouissent pas d'une immunité contre une saisie conservatoire pratique avant le prononcé d'un jugement dans une action intentée devant un tribunal des Etats-Unis ou d'un Etat ou avant la fin du délai mentionné sous (c) c-dessus, pourvu que:

1- l'Etat étranger ait expressément renoncé à son immunité contre les saisies conservatoires, et ceci même si l'Etat étranger prétend révoquer sa renonciation, sauf si la révocation est effectuée en conformité avec les termes de la renonciation ; et

2- le but de la saisie est d 'assurer l'exécution d'un jugement qui a été, ou pourrait être rendu contre l'Etat étranger, et non de donner compétence au tribunal.

- القانون الإنقليزي لسنة 1978 وخاصّة القسم 13 منه وهذا نصه:

13-(1)aucune sanction privative de liberté ou pécuniaire ne sera imposée en raison de l'omission ou du refus par ou pour le compte de l'Etat étranger de révéler ou de produire un document ou autre renseignement pour les besoins de l'instance à laquelle il est partie.

(2)Sous réserve des sous–sections (3) et (4) ci-dessous ;

a) le tribunal saisi n'accordera réparation à la charge de l'Etat étranger ni par voie d'injonction (ordre de ne pas faire) ni au moyen d'un ordre d'exécution en nature ou de restitution d'un bien, et

b) les biens de l'Etat étranger ne seront soumis à aucune procédure tendant à l'exécution d'un jugement ou d'une sentence arbitrale ou dans le cas d'une action in rem, tendant à la saisie, détention, ou adjudication d'un bien.

(3)La sous-section (2) ci-dessus ne fait pas obstacle à ce que le tribunal saisi ordonne une telle réparation avec le consentement écrit de l'Etat étranger. Et un tel consentement (qui peut résulter d'un accord antérieur) peut être de portée limitée en général. Mais une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux du Royaume-Uni ne peut être considérée comme un consentement au sens de cette sous-section.

(4)La sous-section (2) (b) ci-dessus ne fait pas obstacle à ce que soit ordonnée une mesure d'exécution sur un bien utilisé à des fins commerciales, ou destiné à l'être, au moment où la mesure est ordonnée, mais pour les cas ne rentrant pas dans la section 10 ci-dessus, la présente sous-section n'est applicable aux biens appartenant à un Etat partie à la convention européenne sur

l'immunité des Etats que si:

a) la mesure tend à l'exécution d'un jugement définitif au sens de la section 18 (l) (b) ci-dessous et que l'Etat a fait une déclaration aux termes de l'article 24 de la convention, ou

b) la mesure tend à l'exécution d'une sentence arbitrale.

(5) Le chef d'une mission diplomatique étrangère au Royaume-Uni, ou la personne provisoirement investie de ses pouvoirs, sera considéré comme ayant qualité pour donner pour le compte de l'Etat dont il relève, le consentement visé à la sous-section (3) ci-dessus, et aux fins d'application de la sous-section (4) ci-dessus, son attestation qu'un bien n'est pas utilisé par l'Etat ou pour son compte à des fins commerciales, ou destiné à l'être, sera admise sauf preuve contraire.

(6) En cas d'application de la présente section à l'ecosse:

a) le terme «injonction» sera compris comme une référence à «l'interdict»

b) au paragraphe (b) de la sous-section (2) ci-dessus, il sera substitué le paragraphe suivant: «(b): les biens d'un Etat étranger ne seront soumis ni à une «diligence» tendant à l'exécution d'un jugement, ni à un ordre de faire, ni dans le cas d'une action in rem, à une saisie ou adjudication », et

c) toute référence à une mesure d'exécution sera comprise comme une référence à une «diligence» et la référence de la sous-section (4) (b) ci-dessus à une «sentence» arbitrale comme une référence à un «decree» arbitral.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 42 في المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 92 ويتضمّن ما يلي:

الفصل 29: أملاك الدولة الأجنبية وكذلك الأشخاص المعنويون المشار إليها بالفصل 24، لا تتمتع بالحصانة التنفيذية إذا كانت مخصصة لتعاطي نشاط خاص أو ذي طابع تجاري.

وقد أقرّته اللجنة الثانية تحت رقم 25 مع تعديل طفيف تمثل في إستبدال عبارة "الأشخاص المعنويين" بـ"الذوات المعنوية" إنسجاما مع باقي النصوص الأخرى التي وردت بها هذه العبارة.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرّته دون أي تعديل لكن أصبح يحمل رقم 24 وهو رقمه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل سؤالا واحدا طرحته لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وهذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

تسأل اللجنة عن مفهوم "نشاط خاص" الواردة بالسطر الثاني.

الجواب: إن المقصود من لفظة "النشاط الخاص" الواردة بالفصل هي كلّ ما يقع القيام به من أعمال لا علاقة لها بالسيادة أو إسداء خدمة عمومية تابعة لنشاط السيادة ومثال ذلك إمتلاك سفارة لدولة أجنبية بتونس لشقة أو عمارة مستغلة في تعليم لغة تلك الدولة بمقابل مالي أو إمتلاكها لقاعة عرض بضاعة إشهارا لمنتوجاتها الوطنية وذلك وفقا لإتفاقية فيانا لسنة 1961[1].

الفصل 25:

للدولة الأجنبية وكذلك الذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلّة العدول عن الإنتفاع بالحصانة التنفيذية على ممتلكاتها المشمولة بهذه الحصانة.

ويجب أن يكون العدول ثابتا وصريحا لا لبس فيه

I- الشرح: (العدول عن حصانة التنفيذ)

هذا الفصل يعطي للدولة والذوات المعنوية العمومية الأجنبية الحق في

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي ص247.

العدول عن حصانة التنفيذ مثل ما يعطيها الفصل 21 من نفس المجلّة الحق في التنازل عن حصانة التقاضي وما قلناه بخصوص التنازل عن حصانة التقاضي يصدق على التنازل عن حصانة التنفيذ.

II- المصادر:

أهم مصادر هذا الفصل هي:

- الإتفاقية الأوروبية المتعلّقة بحصانة الدول وخاصة الفصلين 23 و26 وهذا نصهما:

Article 23

Il ne peut être procédé sur le territoire d'un Etat contractant ni à l'exécution forcée, ni à une mesure conservatoire sur les biens d'un autre Etat contractant, sauf dans les cas et dans la mesure où celui-ci y a expressément consenti par écrit.

Article 26

Nonobstant les dispositions de l'article 23, un jugement rendu contre un Etat contractant dans une procédure relative à une activité industrielle ou commerciale exercée par l'Etat de la même manière qu'une personne privée peut être exécutée dans l'Etat du for sur les biens, utilisés exclusivement pour une telle activité, de l'Etat contre lequel le jugement a été rendu si:

a) l'Etat du for et l'Etat contre lequel le jugement a été rendu ont fait la déclaration prévue à l'article 24 ;

b) la procédure qui a donné lieu au jugement relève des articles 1er à 13 ou a été engagée en conformité des dispositions de l'article 24, paragraphes 1er et 2 ; et

c) le jugement remplit les conditions prévues à l'article 20, paragraphe 1er, lettre (b).

- القانون الأمريكي وخاصّة الفقرة 1 من القسم 1610

(أنظر مصادر الفصل 24)

- والقانون الإنقليزي وخاصة الفقرة 3 من القسم 13
(أنظر مصادر الفصل 24)

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 25 ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 30 ويتضمن ما يلي:

الفصل 30: الدولة الأجنبية وكذلك الأشخاص المعنويون المشار إليها بالفصل 24 يمكنها العدول عن الإنتفاع بالحصانة التنفيذية على ممتلكاتها المشمولة بهذه الحصانة.

ويجب أن يكون العدول ثابتا وواضحا وصريحا.

لكن اللجنة الثانية أعادت صياغته تحت رقم 26 مستبدلة عبارة "الأشخاص المعنويين" بـ"الذوات المعنوية" وعبارة "وواضحا بعبارة "لا لبس فيه" لتصبح صياغة هذا الفصل على ما هو عليه الآن.

وقد أقرت اللجنة الثالثة هذه الصيغة لكن تحت رقم 25 أي الرقم الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وقد تمت المصادقة عليه في صيغته التي أقرتها اللجنة الثالثة دون أي تعديل.

العنوان الخامس
القانون المنطبق
الباب الأوّل: أحكام عامة
تنازع القوانين

الفصل 26:

إذا كانت العلاقة القانونية دولية، يطبق القاضي القواعد الواردة بهذه المجلّة، وعند التعذر يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني.

I- الشرح: (تحديد القانون المنطبق)

يعالج هذا الفصل إشكالية تحديد القانون المنطبق على العلاقات القانونية الدولية.

والعلاقات القانونية الدولية الخاصة هي علاقات تتداخل فيها المصالح الوطنية التي تستوجب حمايتها إستبعاد بعض القوانين أو القواعد الأجنبية التي قد يؤدي تطبيقها إلى الأضرار بالمصالح الحيوية للدولة أو الإختيارات الأساسية لتشريع البلاد وذلك من خلال تخير قواعد الإسناد وتحديد الظروف والحالات التي يستعمل فيها النظام العام الدولي ومقتضيات الحياة الدولية التي تفترض – لتحقيق فكرة العدالة في العلاقات الدولية الخاصة – إرساء قواعد تتازع موضوعية تجنب ترجيح كلّ ما هو وطني[1] وتعمل على تحقيق التناسق بين

---

[1] – لقد كانت بعض محاكمنا تذهب ولا سيما في مادة الأحوال الشخصية إلى تطبيق القانون التونسي وإستبعاد القانون الأجنبي في حالة تنازعهما على حكم المسائل المتعلّقة بالحالة الشخصية أو الميراث أنظر الحكم المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد19017 بتاريخ

الأنظمة القانونية وإقامة الإنسجام بين الحلول التشريعية[1].

وهذا التباين بين المصالح الوطنية ومقتضيات الحياة الدولية يضع المشرّع أمام عدة خيارات إذ سيكون مدعوا إما إلى توخي الحماية الكليّة والشاملة للمصالح الوطنية دون أي إعتبار لمقتضيات الحياة الدولية بما ينطوي عليه هذا الخيار من إنغلاق وعزلة وتعطيل لحركة إتصال الشعوب أو إلى توخي الإنفتاح الكلي على الحياة الدولية دون أي توق مما قد يترتب عن هذا الإنفتاح من مساس بالمصالح الوطنية أو بالمكونات الأساسية للنظام القانوني للبلاد أو توخي حلا وسطا يقوم على التوفيق بين المصالح الوطنية ومقتضيات الحياة الدولية[2].

لقد إختار المشرّع التونسي: الحل التوفيقي القائم على الموازنة بين المصالح الوطنية ومقتضيات الحياة الدولية وذلك بتبني النظرية الحديثة[3]

1961/07/07 ق.ت عدد9 لسنة 1961 ص1532/36. والحكم المدني الإبتدائي عدد8305 الصادر في 1969/04/07 ق.ت عدد6-7 لسنة 1969 ص167.

[1] – الأستاذين: سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال القانون الدولي الخاص، ص 58 وما بعد.
الأستاذ موحلد إسعاد القانون الدولي الخاص، ج1، ص127 وما بعد.
الأستاذين: Loussouarn et Bourel, DIP, 5ème édition Dalloz, p 44 et s
الأستاذ: P.Mayer, DIP, P 72 et s

[2] – مبروك بنموسى: مجلّة القانون الدولي الخاص: خيارات وأهداف – أعمال ملتقى نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل يوم 12 مارس 1999 حول المجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص – أنظر الأعمال الكاملة للملتقى نشر المركز المذكور 2000 ص 50 وما بعد.

[3] – هناك نظريات لتنازع القوانين تقوم على وضع مبدأ عام مسبق تخضع له العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي مثل مبدأ إقليمية القانون (يكون على أساسه قانون إقليم قاضي النزاع هو المنطبق) أو شخصية القانون (يكون على أساسه قانون الجنسية هو المنطبق) وهناك نظريات تعتمد على أشخاص العلاقة القانونية دون بقية عناصرها. أنظر القانون الدولي الخاص للأستاذين سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، ص 51 وما بعد.

لتنازع القوانين (مستمدة من فقه سافيني والتوجهات الحديثة[1]) المتمثلة في تركيز العلاقات القانونية تركيزا موضوعيا وربطها بمكان معين (المكان يعني هنا العنصر الأساسي للعلاقة) تمهيدا لتطبيق قانون ذلك المكان على نزاعاتها[2] مثل إخضاع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو لقانون مقره إلى آخر ما جاء بقائمة الحلول الجاهزة التي وضعها المشرّع صلب الفصول من 39 إلى 76 من هذه المجلّة.

وسنوضح أهم جوانب هذه النظرية.

- التحديد الموضوعي لصنف الإسناد القانوني:

يحدّد القانون المنطبق حسب هذه النظرية – إستنادا إلى قواعد تنازع تعتمد وضع حلول مسبقة لا تنطلق من مبدأ عام معد سلفا (مثل مبدأ إقليمية القانون أو شخصيته) وإنما تنطلق من ذات العلاقة القانونية التي تثير التنازع ويختار على ضوء المعطيات الخاصة بهذه العلاقة القانون الأكثر ملاءمة لحلها. كإخضاع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار بدلا من قانون الجنسية أو المقر الخاص بأحد الطرفين أو بهما معا لأن قانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار هو الأنسب لحل العلاقة المتنازع بشأنها بإعتباره القانون المحدد لقواعد السلوك في ذلك المكان ومن ثم الأساس المسؤولية. فيكون من الأقرب إلى العدل أن يتولى هذا القانون تحديد المسؤولية وتقدير الجزاء (التعويض) عند الإقتضاء.

وقد تبنى المشرّع التونسي هذه النظرّية إذ جاء بالفصل 26 من م.ق.د.خ ما يلي: "إذا كانت العلاقة القانونية دولية يطبق القاضي القواعد الواردة بهذه

---

[1]- الأستاذ محمد العربي ماشي: المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص، RCDIP 1999, P237 .

[2]- الأستاذ سامي بديع منصور – القانون الدولي الخاص، ص 60.

المجلّة، وعند التعذر يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني".

والقواعد المشار هنا على القاضي بتطبيقها هي القواعد الواردة بالفصول من 39 إلى 76 من المجلّة وهي فصول تتعلّق بقواعد التنازع وتتضمن قائمة من الحلول الجاهزة لتحديد القانون المنطبق.

وهكذا يتبين لنا أن المشرّع قد قدم منهاجا وأنموذجا تطبيقيا لهذا المنهاج لحل تنازع القوانين وتحديد القانون المنطبق.

1- المنهاج:

ونعني به كيف تركز العلاقات القانونية الدولية الخاصة تركيزا موضوعيا لتحديد القانون المنطبق عليها.

يتم تركيز العلاقة القانونية الدولية التي تثير التنازع بتحليلها على أسس موضوعية لمعرفة النظام القانوني الذي ترتبط به بأوثق صلة[1] وذلك لمعرفة عنصر أو صنف الإسناد القانوني المركزي في العلاقة أو عنصر التركيز في العلاقة[2] ويقصد التعرف على عنصر التركيز يقع تحديد العنصر الأساسي في العلاقة وهذا الأخير هو الذي يحدّد على ضوئه القانون المنطبق على العلاقة.

وعناصر تركيز العلاقة: أربعة

- **الشخص**: لكل علاقة أشخاصها وموضوعها والواقعة المنشئة لها والشخص تتصل به العلاقة أما عن طريق جنسيته أو عن طريق محل إقامته.

- **الشيء**: عقارا أو منقولا وتركيزه يتم في موقعه وهو أمر يسير لأن

---

[1] - الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص، ج1، ص127.

[2] - الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص، ص 77.

للأشياء عادة مكان مادي جغرافي (للعقار) أو قانوني (كمربط السفينة).

- **الواقعة القانونية:** وتركز بمكان وقوعها (مكان وقوع الفعل الضار)

- **التصرفات القانونية:** يترك لإرادة الأطراف أمر تركيزها عن طريق إختيار القانون المنطبق (قانون الإرادة).

- **شكل التصرفات القانونية:** يركز بمكان إبرامها.

- **الإجراءات:** تركز بالمحكمة التي يتم إمامها الإجراء.

وبعد أن يقع تحديد العنصر الذي تركزت فيه العلاقة أي إتصلت به يحدّد **العنصر الأساسي في العلاقة** ويعتمد في تحديده التصنيف المعتمد في قانون القاضي للحقوق[1] وأصناف الحقوق حسب مجلّة القانون الدولي الخاص التونسية ثلاثة هي:

- **حقوق تتعلّق بالحالة الشخصية:** وتضم حقوق الأشخاص وحقوق العائلة والمواريث والعنصر الأساسي فيها هو الشخص وبالتّالي فإنّ التنازع بشأنها يحل إما بقانون الجنسية أو بقانون المقر.

- **حقوق تتعلّق بالأموال:** والعنصر الأساسي فيها هو المال (منقول أو عقار) والتنازع بشأنها يحل على أساس قانون مكان وجود المال بصورة عامة.

- **حقوق تتعلّق بالإلتزامات:** والإلتزامات إما إرادية والعنصر الأساسي فيها هو الإرادة والتنازع بشأنها يحلّ على أساس القانون الذي تعينه إرادة الأطراف أو قانون مقر أحدهم.

وأما غير إرادية أي قانونية والعنصر الأساسي فيها هو مكان وقوع

---

[1] - الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال - القانون الدولي الخاص، ص 78 وما بعد.

الفعل الضار أو النافع مع مراعاة بعض الإستثناءات[1].

هذا هو المنهاج الذي إعتمده المشرّع لوضع الأنموذج المشار إليه.

2- الأنموذج:

ويتمثل في قائمة من الحلول الجاهزة لتحديد القانون المنطبق يتضح من تصفحها أنّه لم يقع التوصل إليها إنطلاقا من مبدأ معد سلفا وإنما إنطلاقا من علاقة قانونية إختير لها القانون الأكثر ملاءمة لحلها.

وهذه القائمة موزعة بين الفصول من 39 إلى 76.

نكتفي بذكر أمثلة منها:

- تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي (الفصل 39 من م.ق.د.خ).

- تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة (الفصل 47 من م.ق.د.خ).

- الهبة ينظمها القانون الشخصي للواهب زمن حصولها.

وتخضع الهبة في شكلها للقانون الشخصي للواهب أو لقانون الدولة التي تمت الهبة فيها (الفصل 56 من م.ق.د.خ).

- الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال (الفصل 58 من م.ق.د.خ).

---

[1] - مبروك بنموسى - مجلّة القانون الدولي الخاص: خيارات وأهداف - أعمال ملتقى نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل يوم 12 مارس 1999 حول المجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص - أنظر الأعمال الكاملة للملتقى ص 55.

- يخضع إنقضاء الدين بالمقاصة للقانون المنطبق على ذلك الدين (الفصل 66 من م.ق.د.خ).

- يخضع تصرف الفضولي والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل الذي تولدت عنه (الفصل 76 من م.ق.د.خ)[1].

ولإستكمال ما قد يظهر في تلك القائمة من نقص – عند التطبيق – أرشد المشرّع القاضي إلى المنهاج الذي كان إتبعه في التوصل إلى تلك الحلول وإشار عليه بإتباعه لإستنباط الحلول الملائمة للعلاقات التي لا يعثر لها على حل بتلك القائمة وغايته من ذلك تمكين النظام القانوني من حركية ذاتية لمجابهة ما قد يفرزه الواقع المتغير من علاقات وأوضاع قانونية جديدة من جهة والمحافظة – من جهة أخرى – على إنسجام الحلول الإجتهادية مع الحلول التشريعية من خلال إستخدام ذات المنهاج في التحليل[2].

II- المصادر:

من أهم مصادر هذا الفصل:

الفقه والفقه الفرنسي على وجه الخصوص ونكتفي منه بما كنا أشرنا إليه عند شرح هذا الفصل.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى (لجنة الخبراء) كمأول فصل من "العنوان الخامس" تحت عنوان "تنازع القوانين" الباب الأول أحكام عام.

---

[1] – مبروك بنموسى– مجلّة القانون الدولي الخاص: خيارات وأهداف، نفس المصدر السابق ص56.

[2] – مبروك بنموسى– مجلّة القانون الدولي الخاص: خيارات وأهداف، نفس المصدر السابق ص56.

إلاّ أنّ اللجنة الثانية عدلت هذه العنونة فجعلت موضوع العنوان الخامس "القانون المنطبق" وإعتبرت تنازع القوانين أحد المواضيع المتفرعة عنه وأدرجته ضمن الأحكام العامة وإتخذته عنوانا لها فصارت العنونة هكذا: العنوان الخامس – القانون المنطبق الباب الأوّل أحكام عامة: تنازع القوانين. وذلك بناء على أن عبارة القانون المنطبق أعم وأشمل من عبارة تنازع القوانين إذ تستوعب الأولى كيفية تحديد القانون المنطبق والتكييف وتعيين القانون المنطبق بينما لا تتسع – في نظر اللجنة دائما – عبارة تنازع القوانين لكل هذه المفاهيم والقضايا المتفرعة عنها.

ونعود الآن إلى ما يخص الفصل 26 بالذات فنشير إلى أنّه ورد بمشروع اللجنة الأولى تحت رقم 31 وهذا نصه:

العنوان الخامس

تنازع القوانين

الباب الأوّل: أحكام عامة

الفصل 31: إذا كانت العلاقة القانونية دولية، يطبق القاضي القواعد الواردة بهذا القانون، وعند التعذر، يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني.

وقد وقع إقرار هذه الصياغة من قبل اللجنة الثانية دون أي تعديل بإستثناء ما يتعلّق بالعناوين كما وقع إقراره من قبل اللجنة الثالثة دون أي تعديل.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثارت أحكام العنوان الخامس سؤالا عاما طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وفيما يلي نصه ونصه جواب وزارة العدل

عليه[1].

السؤال: تلاحظ اللجنة عدم تعرض مشروع هذا القانون إلى المسائل التالية:

- الوعد من طرف واحد،
- الأوراق المالية (الكمبيالة، الشيك، الإذن بالدفع)،
- النيابات الإدارية لمؤسسات إقتصادية

واللجنة تسأل عن القانون المنطبق على هذه المسائل؟

الجواب: تلاحظ الوزارة أنّه ولئن لم يتعرض مشروع هذا القانون بصفة خاصة للمسائل المذكورة فإنه لم يغفل عنها تماما ذلك أنّه بالنسبة للوعد من طرف واحد والذي يعد عملا قانونيا إراديا أحادي الجانب فإنه يدخل بصفته تلك ضمن الإلتزامات الإرادية التي تعرض لها الفصل 62 وما بعده من المشروع لعمومية عنوان الباب السادس المتعلّق بالإلتزامات. أمّا بالنسبة للأوراق المالية فإنه لا بد من التفريق بين الشكل الذي يكون خاضعا لقانون مكان الإنشاء ومضمون الإلتزام المحال الذي يخضع إما لقانون العقد أو الشركة مع الملاحظ أنّه لا بدّ من التفريق بين الوضعيات التالية:

- السندات الإسمية: إن علاقة حامل السند بمصدره خاضعة لقانون العقد (الشركة) بحكم أن كلّ الحقوق المتولدة على إنشاء الشركة تكون خاضعة لنفس قانون الإنشاء. كذلك فيما يخص علاقة صاحب السند والمدين التي هي خاضعة لقانون العقد (إرادة الطرفين) وكذلك لمشتري السند.

---

[1]- مداولات مجلس النواب حول مشروع المجلّة عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص251.

إلاّ أنّه بالنسبة للقيم المنقولة المتداولة بالبورصة فإنه يطبق عليها قانون مكان التداول لمساسه بالنظام العام، ولا ينطبق قانون العقد إلا في تنظيم العلاقات الأساسية بين الأطراف (الإلتزامات المتبادلة وشروط وآثار الإحالة...).

– السندات للإذن: وهي تخضع لقانون مكان الإصدار او مكان التظهير بحكم أن الإلتزامات التجارية تكون مستقلة بحكم تداول السندات (إتفاقية جنيف المتعلّقة بالكمبيالة والصك الفصل 5).

– السندات للحامل: وهي تخضع لقانون مكان الوجود الحالي للسند Loi de situation du titre إلا أن قانون الشركة تنظمه شروط الإكتساب وبقاء أو فقدان صفة الحامل.

وأما في خصوص إجراءات تنفيذ الإلتزامات المالية فهي تخضع طبق الفصل 64 من مشروع القانون لقانون المكان الذي يتم به التنفيذ.

أما فيما يتعلّق بالنيابات الإدارية للمؤسسات الإقتصادية فهي تبقى خاضعة لقانون مكان ممارسة النشاط وذلك في نطاق مزيد إحكام تدخل القانون الوطني بالنسبة للشركات الكبرى متعددة الجنسيات. هذا وتجدر الملاحظة أن هذه المسألة وقع التعرض إليها بمشروع مجلّة الشركات التجارية.

كما أثارت نفس اللجنة تساؤلا يتعلّق بالفصل 26 هذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه[1]:

السؤال: تطلب اللجنة توضيحا لهذا الفصل مع إعطاء أمثلة عن أوجه التعذر فيه.

---

[1]– مداولات مجلس النواب حول مشروع المجلّة عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص254.

الجواب: تلاحظ الوزارة في سياق توضيح هـذا الفصـل أن الإشـكالية المميزة للقانون الدولي الخاص تتمثل في تحديد الوضعية القانونية ووضعها في إطار النظام العالمي وذلك بواسطة أحد عناصرها الذي يمكن أن يكون ماديا أو إقليمياً أو إراديا أو غيره.

وتتدخل عموما في تحديد الوضعية ثلاثة عناصر.

1- صاحب الحق: Le sujet de droit

2- موضوع الحق: L'objet de droit

3- مصدر الحق: La source du droit

وبالتالي فإن أول عملية يقوم بها القاضي هي تحديد طبيعـة الوضـعية الواقعية المعروضة عليه حتى يتمكن من إخضاعها لعناصر الإسناد التي نـص عليها مشروع المجلّة (مثال الجنسية –العقد – الإقليم – المقر...).

إلا أنّه قد يواجه صعوبات في تحديد عناصر الإسناد إما لتعددها أو لعدم وضوحها ولا يجد في المشروع عنصرا وثيقا للربط بـين الوضـعية ونظـام القانون المنطبق فيتولى عندئذ بشيء من المرونـة وإعتمـادا علـى مصـالح الأطراف وعلاقاتها بالبلدان المعنية تحديد عناصر الإسناد وفي هـذا الصـدد يمكنه البحث حالة بحالة عن عنصر الإسناد طبق ما هو معمول به في النظرية الأنقلو سكسونية Proper law of the tort أو Proper law of the contrat.

الفصل 27:

يتم التكييف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من تعيين القانون المنطبق، طبقا لأصناف القانون التونسي

ويتم لغاية التكييف، تحليل عناصر الأنظمة القانونية غير الواردة في القانون التونسي طبقا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه.

وتؤخذ بعين الإعتبار، عند التكييف مختلف الأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص.

ويتم التكييف في نطاق المعاهدات الدولية بإعتماد الأصناف الخاصة للمعاهدات المعنية.

I- الشرح: (التكييف)

هذا الفصل يعالج مسألة التكييف La qualification.

والتكييف هو العملية الأولية التي يجب على القاضي أن يقوم بها لمعرفة القانون المنطبق على العلاقة أو الوضعية القانونية مثار التنازع بإعتبار أن كلّ علاقة دولية لها صلة بنظام قانوني أو أكثر غير النظام القانوني التونسي وبالتالي فكل علاقة قانونية دولية خاصة يتنازع حكمها أكثر من نظام قانوني وعلى القاضي تعيين القانون المختص بحكمها من بين هذه القوانين المتنازعة والوصول إلى هذا الهدف يقتضي تعيين قاعدة التنازع La règle de conflit وتعيين قاعدة التنازع يقتضي تكييف العلاقة القانونية محل النظر أي تحليل طبيعتها القانونية قصد وضعها ضمن صنف من الأصناف القانونية[1]: أحوال شخصية، أحوال عينية، عقد، جنحة، شبه جنحة، إجراءات...

[1]- الأستاذ: P.Mayer, DIP, P 99 et s.

وأصناف القانون التونسي حسب مجلّة القانون الدولي الخاص ثلاثة:

– حقوق تتعلّق بالحالة الشخصية وتضم حقوق الأشخاص وحقوق العائلة والمواريث.

– وحقوق تتعلّق بالأموال وتضم سائر الأموال المنقولة وغير المنقولة المادية منها وغير المادية.

– وحقوق تتعلّق بالإلتزامات وهي إما إرادية كالعقد سواء أكان نتيجة إلتقاء إرادتين فأكثر أم كان نتيجة إرادة منفردة وإما قانونية وتضم الجنحة وشبه الجنحة والإثراء بدون سبب ودفع غير المستحق وتصرف الفضولي.

فإذا كانت العلاقة القانونية الدولية الخاصة المعروضة على القاضي مثلا تتلخص في المطالبة بتعويض ضرر ناتج عن حادث مرور فإن أول عمل يقوم به القاضي هو تكييف هذه العلاقة أي تحليل طبيعتها القانونية لوضعها ضمن أحد أصناف القانون التونسي التي أشرنا إليها ليتمكن على ضوء ذلك من تحديد القانون المختص بحكمها. وصنف هذه العلاقة هو "الإلتزام" لكن بما أن الإلتزام يمكن أن يكون قانونيا أو إراديا تجب مواصلة التحليل لتحديد صنف الإسناد بكل دقة وذلك بالنظر في طبيعة العلاقة التي تربط المتضرر بالمسؤول عن الحادث فإن كان أجيرا بصدد القيام بعمله أو في طريق الذهاب إليه أو العودة منه تدرج العلاقة ضمن الإلتزامات الإرادية وضمن عقود الشغل على وجه التحديد[1]، وإن كان المتضرر مسافرا يربطه بالمسؤول عن الحادث عقد نقل تدرج ضمن الإلتزامات الإرادية (العقد) وتخضع في حلها لقانون الإرادة وأن كان المتضرر لا تربطه بالمسؤول عن الحادث أي رابطة إرادية كأن كان مترجلا بصدد قطع

[1]– لأن مجلّة القانون الدولي الخاص تستثني عقود الشغل من قانون الإرادة أو العقد وتفردها بحل خاص تضمنه الفصل 67 من نفس المجلّة سوف نتعرض له بشيء من التحليل فيما سيجيء من البحث.

الطريق أدرجت العلاقة ضمن الإلتزامات القانونية وهكذا.

لكن الأمر ليس دائما على هذا القدر من السهولة والوضوح إذ أن مسألة التكييف تطرح العديد من الإشكالات سواء على المستوى النظري(أ) أم على مستوى الحلول(ب) التي توختها هذه المجلّة.

أ- أهم النظريات الفقهية المتعلّقة بالتكييف[1]:

تسود الفقه وفقه القضاء وحتى التشاريع المقارنة عدة نظريات بخصوص تكييف العلاقة القانونية الدولية الخاصة نستعرض في إيجاز أهمها:

1- التكييف وفق قانون القاضي: La qualification lege fori

تقوم هذه النظرية على إعتبارات السيادة لأن تكييف العلاقة القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي يهدف إلى تحديد قاعدة التنازع التي ستعين القانون المنطبق على تلك العلاقة وهذه قد تفضي إلى تطبيق قانون أجنبي يعتمده القاضي الوطني في حكمه على النزاع ولا يمكن ترك مسألة خطيرة كهذه إلّى قانون آخر غير قانون القاضي[2].

ويتزعم هذه النظرية الفقيهان الألماني كاهن Kahn والفرنسي بارتان

---

[1]- يراجع بخصوص هذه المسألة المصادر التالية:

- Droit International Privé – Mayer, P99 et S.
- Droit International Privé – Ali Mezgheri, P247 et S.
- Leçons de Droit International Privé – Livre II: Les conflits de Lois . Mohamed Arbi Hachem, P55 et S.
- القانون الدولي الخاص، للأستاذين سامي بديع منصور، ص 82 وما بعد.
- أصول القانون الدولي الخاص – الأستاذ كمال فهمي، ص 397 وما بعد.

[2]- الأستاذ محمد كمال فهمي ناسبا ذلك إلى الفقيه الفرنسي BARTIN – أصول القانون الدولي الخاص ص401.

Bartin وتعتمدها معظم التشاريع العربية[1]: المصري (المادة 10) والكويتي (المادة 31 من القانون رقم 5 لسنة 1961) والجزائري (الفصل 9) واللبناني (الفصل 19) والسوري والليبي والأردني والمادة 10 من المجلّة العربية الموحدة للمصالحة وكذلك بعض التشاريع الأوروبية كالقانون الإسباني (الفصل 12).

ويبرر الفقه الحديث إعتماد هذه النظرية بأن التكييف مسألة أولية تسبق إختيار أي قانون وليس من المعقول أن نكيف وفق قانون أجنبي لم يعرف بعد[2].

2-التكييف وفق قانون العلاقة: La qualification lex causae

ومؤداها أن التكييف يكون وفق مفاهيم القانون المحتمل التطبيق على العلاقة.

وقد دافع عنها عدة فقهاء منهم Despanet وPacchioni وWolff[3]

لكن وقع إنتقاد هذه النظرية بأنه لا يمكن عمليا التكييف حسب مفاهيم القانون الذي قد يكون مختصا بحكم العلاقة وهو لم يعرف ولم يصبح مختصا بعد[4].

3- التكييف على أساس مفاهيم مستقلة وعالمية[5]:

La qualification selon les concepts universels وتنطلق هذه

---

[1]- الأستاذ محمد العربي هاشم – دروس في القانون الدولي الخاص – الكتاب الثاني ص60.

[2]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص، ص86.

[3]- الأستاذ محمد العربي هاشم – دروس في القانون الدولي الخاص – الكتاب الثاني ص61.

[4]- أنظر القانون الدولي الخاص – الأستاذان منصور وعبد العال، المصدر السابق ص87.

[5]- هذه النظرية كانت موضوع أطروحة الأستاذ RABEL سنة 931 – أنظر المصدر المتقدم ص90.

النظرية من تساؤل نقدي لنظرية التكييف وفق قانون القاضي مؤداه كيف نكيّف علاقة دولية وفق قانون داخلي[1]؟

وتقوم على فكرة توحيد المفاهيم المستعملة في تكييف العلاقات ذات الطابع الدولي الخاص ولذلك يرى أصحاب هذه النظرية ضرورة أن تكون المفاهيم القانونية التي تعتمد لتكييف العلاقات القانونية الدولية الخاصة تتمتع بإستقلالية خاصة وذات صبغة عالمية تتفق وحاجة المعاملات الدولية التي سنت قاعدة الإسناد لمعالجتها وهذه المفاهيم المستقلة والعامة والمجردة لقاعدة الإسناد[2] لا توجد في قانون قاضي النزاع وإنما يجب البحث عنها في القانون المقارن ويمكن إستخلاصها من العناصر المشتركة بين المؤسّسات القانونية التي تقوم بنفس الوظيفة.

وإزاء عدم سلامة أي من النظريات الثلاثة من النقد[3] تكون ما يشبه النظرية الرابعة للتكييف وان كانت للحلول التوفيقية أقرب منها للنظرية الفقهية.

4- الحلول التوفيقية:

تقوم هذه الحلول على مبدأ وإستثناء فالمبدأ أن التكييف يتم وفق قانون القاضي والإستثناء أن يتم على خلافه.

المبدأ: التكييف يتم وفق قانون القاضي إذا كانت الغاية منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من تعيين القانون المنطبق مع توسيع مفاهيم القانون المحلي لتستوعب المفاهيم المجاورة والمعروفة في القانون المقارن فلا يقتصر القاضي

---

[1]- أنظر دروس الأستاذ محمد العربي هاشم، المشار إليها سابقا ص61.

[2]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ص404.

[3]- أنظر المصادر التي أشرنا إليها بالهامش بمناسبة الكلام عن "أهم النظريات الفقهية المتعلقة بالتكييف".

أثناء قيامه بالتكييف على أصناف القانون الداخلي وإنما يأخذ بعين الإعتبار مختلف الأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص.

مثلما فعله فقه القضاء الفرنسي عندما أعطى مفهوما واسعا للزواج ليشمل تعدد الزوجات الذي لا يعرفه النظام القانوني الفرنسي[1] أو عندما أعطى مفهوما واسعا للميراث ليشمل ربع الزوج الفقير[2] الذي لا يعرفه القانون الفرنسي أيضا[3].

الإستثناء: يتم التكييف حسب قانون القاضي لكن لتحديد قاعدة التنازع فحسب أما أنواع التكييف الأخرى اللاحقة (التكييف الفرعي أو التكييف الثانوي La qualification en sous-ordre ou la qualification secondaire) فتخضع للقانون الذي عينته تلك القاعدة (قانون العلاقة Lex causae) كما إذا وقع تكييف العلاقة مثار التنازع وفق قانون القاضي (Lex fori) على أنها من مسائل الأحوال العينية فإن دور قانون القاضي يقف عند هذا الحد ويترك المجال للقانون الذي حددته قاعدة الإسناد (قانون موقع المال) ليصنف المال إلى منقول أو عقار.

ويكون التكييف وفق قانون العلاقة أيضا (Lex causae) إذا تعلق الأمر بمؤسسات لا يعرفها القانون الوطني (قانون القاضي) ويتعذر على القاضي إدخالها ضمن إحدى الأصناف القانونية التي يعرفها قانونه الداخلي.

---

[1] - الأستاذ محمد العربي هاشم دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني، ص 63.

[2] - ربع الزوج الفقير: هو مقدار معين (الربع) يأخذه الزوج الفقير الباقي على قيد الحياة من مجمل تركة قرينه قبل قسمتها بين الورثة حسب القانون المالطي أنظر قضية زواج المالطيين (وهي قضية طرحت على القضاء الفرنسي بالجزائر عند ما كانت مستعمرة فرنسية يحكمها القانون الفرنسي) بأصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي، ص 399 وما بعد وبدروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم، ص 56 وما بعد.

[3] - الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص، ص 93.

وتضاف إلى هذه المستثنيات المعاهدات الدولية سواء أكانت ثنائية أم جماعية فلا تصنف لا حسب قانون القاضي ولا حسب المفاهيم العالمية وإنما حسب التصنيف الخاص بها.

ب- الحلول التي توختها المجلّة (الفصل 27):

لقد توخى المشرّع التونسي في الفصل 27 الحلول التوفيقية التي أشرنا إليها بحذافيرها تقريبا لكنه ميز بين التكييف الذي يتم في إطار النظرية العامة للتكييف (1) والتكييف الذي يتم خارج هذا الإطار (تكييف المعاهدات الدولية)(2).

1- التكييف في إطار النظرية العامة:

يتم التكييف حسب الفصل 27 من م.ق.د.خ – إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع – طبقا لأصناف القانون التونسي وحسب القانون الأجنبي أو قانون العلاقة Lex causae بالنسبة للتكييف اللاحق (التكييف الفرعي أو الثانوي) أو إذا تعلق بمؤسسة لا يعرفها القانون التونسي.

وفي كلّ هذه الحالات ينبغي أن تؤخذ بعين الإعتبار عند التكييف مختلف الأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص بما يعني بصورة عامة إعطاء الإختصاص للنظام القانوني الذي تنتمي إليه قاعدة التنازع[1] وهذا هو الحل الذي كان أقره فقه القضاء التونسي منذ سنة 1959[2].

أما المعاهدات الدولية فإن التكييف في نطاقها يتم إعتمادا على الأصناف الخاصة بالمعاهدة أو المعاهدات المعنية.

---

[1]- الأستاذ علي المزغني – تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص54.

[2]- أنظر الحكم الصادر عن محكمة تونس الإبتدائية في 25 مارس 1959 تحت عدد. والقرار التعقيبي عدد885 ق.ت عدد4 لسنة 1959 ص252/34.

2- التكييف في نطاق المعاهدات الدولية:

المعاهدات الدولية وإن كانت تندرج ضمن النظام القانوني لقاضي النزاع بمجرد المصادقة عليها من دولته إلا أن طبيعتها التعاقدية تفرض – عند تأويلها – البحث عن الإرادة المشتركة لأطرافها وكل ما يوحد تأويلها. وبما أن التكييف عبارة عن تأويل لقاعدة الإسناد يجب أن يتم في هذا الإطار ولهذا إستثنى الفصل 27 تكييف المعاهدات ودعا إلى أن يتم بإعتماد الأصناف الخاصة بالمعاهدات المعنية أي أن تكييف المعاهدة سواء أكانت ثنائية "أم جماعية يكون بطريقة خاصة تقوم على إعتماد الأصناف القانونية التي تعينها المعاهدة وهذه الأصناف في كثير من الأحيان تتضمنها المعاهدة نفسها فإتفاقية بارن لحماية الأعمال الأدبية والفنية (مبرمة في 1888/09/09) قد تضمنت بفصلها الثاني بيان المفهوم الذي عنته الإتفاقية للأعمال الأدبية والفنية وكذلك إتفاقية لاهاي حول القانون المنطبق على المسؤولية على فعل المنتجات إذ نص الفصل 2 منها على أن كلمة منتوج تشمل المنتوجات الطبيعية والصناعية مهما كانت: خاما أو مصنعة، عقارا أو منقولا.

وإتفاقية لاهاي المؤرّخة في 1961/10/05 المتعلّقة بتنازع القوانين في مادة شكل الوصية قد نص الفصل 5 منها على أن كلّ شرط من شأنه أن يقيد شكليات الوصية يرتبط بسن الموصي أو بجنسيته أو بإحدى صفاته الشخصية لا يعد من الشكليات.

والإتفاقية التونسية المالية للتعاون القضائي المبرمة في بماكو في 1965/11/28 نص الفصل 35 منها على أنّه يقصد برسوم الحالة المدنية على معنى الفصول 31 و32 و33 و34 المتقدّمة ما يلي:

- رسوم الولادة

- رسوم الوفاة
- الإعلامات بالإلحاق
- رسوم الزواج
- ترسيم الأحكام والقرارات الصادرة في مادة الأحوال الشخصية.
- التنصيص بهامش رسوم الحالة المدنية.

وإذا لم تشتمل المعاهدة على أي تصنيف خاص يمكن إعتماده عند التكييف وجب على القاضي البحث عنه في تلك المعاهدة أو المعاهدات ولو أدى الأمر إلى طلب تأويل المعاهدة من السلطة التنفيذية إذا كان النظام القانوني أو المعاهدة نفسها لا تسمح بتأويلها من قبل القضاء.

هذا بالنسبة للمعاهدات المصادق عليها.

أما في صورة عدم المصادقة على المعاهدة فيجب الرجوع للمبدأ المنصوص عليه بالفقرة الأولى من هذا الفصل عملا بقاعدة القابلية العامة والثانوية لقانون القاضي المتعهد بالنزاع[1] (la vocation générale et subsidiaire de la loi du for) مثلما جاء بجواب وزارة العدل على أحد أسئلة مجلس النواب بمناسبة مناقشته مشروع المجلّة.

II- المصادر:

هذا الفصل له مصادر: فقهية وفقه قضائية وقد سبقت الإشارة إليها أثناء التعليق عليه ولذلك نكتفي بما ذكرناه منها هناك ونحيل القارئ عليها.

وله مصادر تشريعية مقارنة نذكر منها على وجه الخصوص الفصل 3078 من المجلّة المدنية الكندية (كيباك) الذي هذا نصه:

---

[1]- مداولات مجلس النواب حول مشروع مجلّة القانون الدولي الخاص الرائد الرسمي للجمهورية التونسية جلسة يوم 1998/11/02 عدد6 ص254.

3078. La qualification est demandée au système juridique du tribunal saisi, toutefois, la qualification des biens, comme meubles ou immeubles, est demandée à la loi du lieu de leur situation.

Lorsque le tribunal ignore une institution juridique ou qu'il ne la connaît que sous une désignation ou avec un contenu distincts, la loi étrangère peut être prise en considération.

III-الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 32 ويتضمن ما يأتي:

الفصل 32: يتم التكييف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من تعيين القانون المنطبق، طبقا لأصناف القانون التونسي.

ويتم لغاية التكييف، تحليل عناصر المؤسّسات غير الواردة في القانون طبقا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه.

وتؤخذ بعين الإعتبار، عند التكييف، مختلف الأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص.

ويتم التكييف في نطاق المعاهدات الدولية بإعتماد الأصناف الخاصة للمعاهدات المعنية.

إلا أن اللجنة الثانية إستبدلت كلمة المؤسّسات بعبارة "الأنظمة القانونية" بإعتبار المؤسّسات القانونية هي إحدى العناصر التي تتكون منها الأنظمة القانونية وتبنت صياغة اللجنة الأولى فيما عدا ذلك مع تغيير رقم الفصل ليصبح 28.

وأقرت اللجنة الثالثة هذه الصيغة وأصبح الفصل يحمل رقم 27 وهو رقمه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحدا تقدمت به لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وهذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه.

السؤال: تسأل اللجنة عن موقف هذا القانون بالنسبة للمعاهدات الدولية غير المصادق عليها من طرف البلاد التونسية وكيف يقع التكييف في شأن القضايا المتعلّقة بها؟

الجواب: تلاحظ الوزارة أن الفصل 27 من المشروع نص على أن التكييف الذي يهدف لتحديد قاعدة التنازع بقصد تحديد القانون المنطبق يتم طبق أصناف القانون التونسي أما تحليل عناصر الأنظمة غير الواردة في القانون التونسي فإنه يتم طبقا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه. أما إذا وجدت معاهدات دولية مثلا كتلك المتعلّقة بالعقود أو بالنقل أو بالمبادلات وغيرها فإن القاضي يعتمد هذه التكييفات المنصوص عليها بالإتفاقية التي تكون في صورة المصادقة عليها جزءا لا يتجزأ من القانون الداخلي (الفصل 32 من الدستور) وفي صورة عدم وجود المصادقة وهو موضوع السؤال فإنه يتم الرجوع للمبدأ المنصوص عليه بالفقرة الأولى من الفصل 27 من المشروع أي عملا بقاعدة "القابلية العامة والثانوية (أو الإحتياطية) لقانون القاضي المتعهد بالنزاع La vocation générale et subsidiaire de la loi du for [1]

---

[1] - مداولات مجلس النواب حول مشروع مجلّة القانون الدولي الخاص عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص254.

الفصل 28:

قاعدة التنازع من قواعد النظام العام إذا كان موضوعها صنفا يتضمن حقوقا ليست فيها للأطراف حرية التصرف.

وفي الحالات الأخرى تكون القاعدة ملزمة للقاضي إلا إذا عبرت الأطراف بصورة جلية عن إرادتها في عدم تطبيقها.

I- الشرح: (القوة الملزمة لقاعدة التنازع)

هذا الفصل يتناول القوة الملزمة لقاعدة التنازع فيصنف قواعد التنازع بالنسبة إلى موضوعها إلى صنفين: قواعد تنازع من النظام العام وقواعد تنازع ليست من النظام العام.

أ- قواعد التنازع التي تهم النظام العام:

هي كلّ قاعدة تنازع يكون موضوعها صنفا قانونيا يتضمن حقوقا ليست للأطراف حرية التصرف فيها مثل قواعد التنازع المتعلّقة بحالة الأشخاص[1] وأهليتهم وبالحقوق الذاتية وتضم تقريبا كلّ قواعد التنازع الواردة بالباب الثاني (حقوق الأشخاص) والباب الثالث (حقوق العائلة) والباب الرابع (المواريث) وقواعد التنازع المتعلّقة بالحقوق العينية أو بإشهار بعض التصرفات وهي قواعد آمرة يثيرها القاضي من تلقاء نفسه وليس للأطراف حق التنازل عن تطبيقها بما يعني أن تحديد القانون المنطبق لا يكون إلا عن طريقها. وهذا هو

---

[1] - أنظر الحكم المدني الصادر عن محكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد33005 بتاريخ 2000/06/27 (غير منشور) وقد إعتبرت فيه الزواج والنفقة والطلاق من المسائل التي تتعلّق بحقوق أساسية لا يمكن للأطراف التصرف المبدئي فيها ولذلك وعملا بأحكام الفصل 28 من م.ق.د.خ فإن المحكمة ملزمة بأن تثير من تلقاء نفسها قواعد التنازع.

تقريبا ما كان قد أقره فقه القضاء التونسي بخصوص طبيعة قاعدة التنازع[1].

ب- قواعد التنازع التي لا تهم النظام العام:

هي كلّ القواعد الأخرى لكنها وأن لم تكن من النظام العام فهي ملزمة للقاضي أي عليه أثارتها[2] وإستخدامها لتحديد القانون المنطبق إلا إذا عبرت الأطراف المعنية بصورة جلية وواضحة عن إرادتها في عدم تطبيقها.

والملاحظ أن المشرّع وإن أفرد المعاهدات الدولية بنظام خاص للتكييف فقد سكت عن طبيعة قواعد التنازع التي يكون مصدرها إتفاقية دولية فهل يؤول السكوت على أنها معتبرة من النظام العام أم يؤول على أنها خاضعة للمعيار العام الوارد بهذا الفصل؟

أعتقد أن سكوت المشرّع عن بيان طبيعة هذا النوع من قواعد التنازع لا يخرجها عن نطاق ذلك المعيار أي أنها تكون من النظام العام إذا كان موضوعها حقوقا ليست للأطراف حرية التصرف فيه وتكون ملزمة للقاضي فيما عدا ذلك إلا إذا عبرت الأطراف صراحة عن إرادتها في عدم تطبيقها.

1- أنظر الحكم المدني عدد56276 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 1963/10/31 ق.ت عدد2 لسنة 1964 ص131/61 وقد أكدت فيه المحكمة على إعتبار قاعدة التنازع من النظام العام إذا كان موضوعها من الأحوال الشخصية إذ إعتبرت أنّه ليس للأجانب حق تطبيق قانون الحالة الشخصية التونسية عليهم ولو عبروا صراحة عن عدولهم على حالتهم الشخصية لتطبق ذلك بقواعد النظام العام.

2- أنظر الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد33953 بتاريخ 2000/06/27 والحكم المدني الصادر عن نفس المحكمة في القضية عدد15255 بتاريخ 2000/06/29 وقد أثارت فيه المحكمة قاعدة التنازع من تلقاء نفسها (كلا الحكمين غير منشور).

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح:

1 – من الفقه وفقه القضاء المقارن ومن فقه القضاء التونسي[1] والفرنسي خاصة ولا سيما الفقرة الثانية منه وقد أشار الأستاذ علي المزغني إلى العديد من القرارات التعقيبية الفرنسية المتعلّقة بسلطان قاعدة التنازع نذكر منها القرارات التالية:

Coveco (1990) et Rebouh et Bisbal et Schule

(1988/10/11 -1988/10/18) أنظر كتابه تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص61.

2- ومن مشروع القانون الفرنسي المتعلّق بالقانون الدولي الخاص ولاسيما الفصل 2287 الذي هذا نصه:

Article 2287

Les tribunaux appliquent, même d'office, les règles françaises de conflits de lois.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 33 وينص على ما بمضمونه الحالي وبقى هكذا دون تغيير حتى تمت المصادقة عليه من

---

[1]- أنظر الحكم المدني عدد56276 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس العاصمة بتاريخ 1963/10/31 ق.ت عدد2 لسنة 1964 ص131/61 (سبقت الإشارة إليه).

والقرار التعقيبي المدني عدد4063 المؤرّخ في 1965/11/11 ق.ت عدد3 لسنة 1966 ص198/34 وقد إعتبرت فيه المحكمة أن قاعدة التنازع التونسية ملزمة للقاضي وعدم إحترامها المتمثل في تطبيق القانون التونسي بدلا من القانون الأجنبي (القانون الإيطالي) الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية يعد خرقا للقانون يستوجب النقض.

قبل مجلس النواب ما عدا رقمه فقد أقرته اللجنة الثانية تحت رقم 29 وأقرته اللجنة الثالثة تحت رقمه الحالي أي 28.

ب- في نطاق مجلس النواب:

لم يثر أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 29:

يعين القانون المنطبق حسب الحالة إما بعنصر الإسناد القائم عند نشأة الوضعية القانونية أو بعنصر الإسناد القائم عند حدوث آثارها.

I- الشرح: (التنازع المتحرك)

يعالج هذا الفصل قضية التنازع المتحرك "Conflit mobile".

ويكون التنازع متحركا عندما يتغير عنصر الإسناد المعتمد لتعيين القانون المنطبق.

وعناصر الإسناد أو ظروف الإسناد إما حينية تنشأ في زمن محدود ويكتمل وجودها في لحظة معينة وهي ظروف ثابتة بطبيعتها وغير قابلة للتحريك كزمن إلتقاء إرادة المتعاقدين ومكان إبرام العقد ومكان حصول الفعل الضار...

وأما مستمرة لا ترتبط بزمان كالجنسية والمقر وموقع المال.

وهذه الأخيرة منها ما هو ثابت مستقر كموقع العقار ومنها ما هو قابل للتغيير كالجنسية والمقر وموقع المال المنقول وهذه هي الظروف التي يمكن أن

تكون متحركة[1].

فإذا نصت قاعدة التنازع على أن حالة الشخص تخضع لقانونه الشخصي (الفصل 39 من م.ق.د.خ) أي لقانون جنسيته فإن الجنسية هي ظرف الإسناد أو عنصر الإسناد وتغيير هذا العنصر لا يغير قاعدة الإسناد وإنما يخلق تنازعا على حكم حالته بين قانون جنسيته القديمة وقانون جنسيته الجديدة وهذا هو التنازع المتحرك.

فهل يطبق القاضي المتعهد بنزاع حول حالة هذا الشخص قانون الجنسية القديمة أم قانون الجنسية الجديدة (الأمر لا يتعلّق بقانون قديم وقانون جديد وإنما بعملية إنتقال من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى لتغير عنصر الإسناد "الجنسية في هذا المثال") أم يوزع الإختصاص بين القانونين أم يفضل أحدهما على الآخر؟

هناك العديد من المذاهب والنظريات الفقهية عالجت الجواب على مثل هذه الأسئلة محاولة إيجاد الحلول المناسبة للإشكاليات التي يطرحها التنازع المتحرك[2] لا يتسع المجال لذكرها خاصة بعد أن كفانا المشرّع التونسي مؤونة الخوض في تفاصيلها بإختياره الحل المتمثل في توزيع الإختصاص بين القانونين القديم والجديد بإعتبار أن تطبيق قاعدة الإسناد قد أفضي إلى ثبوت الإختصاص لكلا القانونين على حد سواء ولهذا فإن القانون المنطبق يعين – حسب الحالة – أما بعنصر الإسناد القائم عند نشأة الوضعية القانونية (قانون الجنسية القديمة في المثال الذي ذكرناه) أو بعنصر الإسناد القائم عند حدوث

---

[1] – الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ص437 وما بعد.

[2] – أنظر: Droit International Privé –P. Mayer P160 et S-

– أصول القانون الدولي الخاص محمد كمال فهمي ص437 وما بعد.

– دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم ص91 وما بعد.

آثارها (قانون الجنسية الجديدة في مثالنا).

لكن هل أن هذا الحل يطبق على كلّ الأوضاع القانونية (أ)؟ وكيف سيتم توزيع الإختصاص بحكم الوضعية القانونية المعنية بين هذه القوانين المتنازعة (ب)؟.

أ- نطاق التنازع المتحرك (مجال تطبيق الفصل 29 من م.ق.د.خ):

لقد بينا أن عناصر الإسناد أو ظروف الإسناد حينيـــة أو مســـتمرة وان الأولى ثابتة بطبيعتها وغير قابلة للتحريك كمكان إبرام العقد أو مكان حصـــول الفعل الضار.

وإن الثانية مستمرة كالجنسية والمقر وموقع المال المنقول وهـــذه هـــي ظروف أو عناصر الإسناد التي يمكن أن تكون متحركة وبالتالي يمكن أن تثير ما يسمى بالتنازع المتحرك.

ب- كيف يتم توزيع الإختصاص بين القانون القديم والقانون الجديد إذا تحرك عنصر الإسناد:

لقد توخى المشرّع التونسي لحل التنازع المتحرك نفس المنهاج المتبـــع لحل التنازع الزمني الذي تثيره القوانين الإنتقالية الداخلية والـــذي يقتضـــي أن القانون الجديد لا ينسحب على الأوضاع التي تمت في ظل القانون القديم إلا أن له أثره الفوري والمباشر والذي يقتضي التطبيق الحيني على الآثار التي تحدثها الأوضاع القديمة في ظل نفاذه وهكذا تبقى شروط تكوين العلاقة أو الوضـــعية القانونية والآثار التي حصلت في الماضي خاضعة للقانون الذي تمت في ظلـــه وهو القانون القديم ويعينه ظرف الإسناد الذي كان قائمـــا فـــي ذلـــك التـــاريخ (الجنسية القديمة أو المقر القديم أو الموقع الأوّل للمنقول).

أما الآثار التي تحصل بعد نفاذ القانون الجديد فتصبح خاصة لهذا القانون

الجديد ويعينه ظرف الإسناد القائم عند حدوث هذه الآثار أي الجنسية الجديدة أو المقر الجديد أو الموقع الجديد للمنقول.

لكن يستثنى من ظرف الإسناد المتعلّق بموقع المال المنقول الميراث ولو تعلق بأموال منقولة لأن ظرف الإسناد وإن كان الجنسية وهو ظرف يمكن أن يتحرك بتغيرها فهو ظرف مركز زمنيا وعلى نحو ثابت لان جنسية المورث تعنى جنسيته في اللحظة التي أصبح فيها متصفا بصفة المورث لا غير أي آخر جنسية كان يحملها لحظة وفاته[1].

ولكي يكون هناك تنازع متحرك وبالتالي تنطبق أحكام هذا الفصل يجب أن يكون تغيير عنصر الإسناد حقيقي وغير مصطنع[2]. كما إذا كان تغيير الجنسية أو المقر قد تم لغاية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة أي ينبغي أن لا يكون تغيير عنصر الإسناد قد تم لمجرد التحايل على القانون.

II- المصادر:

يعتبر الفقه المصدر الأساسي للفصل 29 وقد أشرنا إلى مصادر هذا الفقه أثناء شرحنا هذا الفصل فلتراجع.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 34

---

[1] - الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ص 442.

[2] - إعتبرت المحكمة الإبتدائية بتونس أنّه في صورة تغيير عنصر الإسناد (المقر) بعد تكوين العقد يحذ القانون المنطبق على أساس عنصر الإسناد (المقر) القائم عند حدوث الأثر – أنظر الحكم المدني الصادر في القضية عدد11930 بتاريخ 2000/06/29 (غير منشور).

ويتضمّن ما يلي:

الفصل 34: يعين القانون المنطبق حسب الحالة إما بعنصر الإسناد القائم عند نشأة الوضعية القانونية أو عند إحداث آثارها.

وقد أقرته اللجنة الثانية تحت رقم 30 مع إدخال تعديل طفيف على صياغته فحسب بما صيره هكذا:

الفصل 30: يعين القانون المنطبق حسب الحالة إما بعنصر الإسناد القائم عند نشأة الوضعية القانونية أو بعنصر الإسناد القائم عند إحداث آثارها.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرته على تلك الصيغة.

ب- في نطاق مجلس النواب:

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب إقتراحا واحدا تقدمت به لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة هذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

إقتراح تعويض "إحداث آثارها" الواردة في آخر الفصل بعبارة "حدوث آثارها".

الجواب: المقترح وجيه ولا ترى الوزارة مانعا من الإستجابة إليه وتقدم تحريرا جديدا للسطر الأخير من الفصل فيكون على النحو التالي: "**القانونية أو بعنصر الإسناد القائم عند حدوث آثارها**".

الفصل 30:

يتكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة.

وإذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغير عنصر الإسناد.

I- الشرح: (التحايل على القانون)

يعالج هذا الفصل مفهوم الدفع بالتحايل على القانون(أ) (de la fraude à la loi L'exception) ويضبط شروطه(ب) ويحدد آثاره(ج).

أ- مفهوم التحايل على القانون:

لقد قدمنا – عند شرح الفصل 26 من هذه المجلّة – أن ظروف أو أصناف الإسناد تحدّد بصورة موضوعية من شأنها أن تجعل قواعد التنازع تعين دائما القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة القانونية الدولية الخاصة أو على الأقل القانون الذي أراد المشرّع تطبيقه على تلك العلاقة. كما رأينا أن تغيير عنصر الإسناد قد يؤدي إلى تغيير القانون المنطبق وبالتالي إخضاع العلاقة القانونية إلى قانون غير ملائم لحكمها أو لقانون لم يرغب المشرّع في تطبيقه عليها.

ولهذا فكل تغيير مصطنع وغير حقيقي لعنصر الإسناد من قبل أحد الأطراف من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع العلاقة القانونية إلى قانون آخر غير القانون الذي تعينه قاعدة التنازع سواء أدى هذا التغيير المصطنع إلى تطبيق القانون التونسي أو إلى تطبيق القانون الأجنبي يعد غير مقبول قانونيا وبالتالي يجوز للطرف الآخر أن يدفعه بالتحايل على القانون متى توفّرت شروطه.

ب- شروط الدفع بالتحايل على القانون:

ليكون تغيير عنصر الإسناد منطويا على تحايل على القانون يجب أن يتوفّر شرطان أساسيان: أحدهما مادي والآخر معنوي.

1- الشرط المادي:

يتمثل هذا الشرط في إقدام أحد أطراف العلاقة القانونية الدولية الخاصة محل النزاع على إصطناع عنصر الإسناد المتعلّق بالوضعية القانونية الواقعية كأن يعمد شخص رشيد بعد إبرام عقد بيع إلى تغيير جنسيته الأولى بجنسية دولة أخرى يشترط قانونها سنا أرفع للرشد تجعله قاصرا زمن إبرام ذلك العقد ليتسنى له طلب إبطاله مثلا أو كأن يعمد أحد الطرفين إلى تغيير موقع المال المنقول بعد حصول واقعة ما أو إتمام تصرف ما من دولة إلى أخرى ليؤثر على وصفه أو حوزه.

2- الشرط المعنوي:

يتمثل في أن يقترن تغيير عنصر الإسناد (تغيير الجنسية في المثال المقدم) بنية تجنب تطبيق القانون الذي تعينه قاعدة التنازع سواء أكان هذا القانون هو القانون التونسي أم القانون الأجنبي.

ونية التحايل على القانون مسألة واقعية تخضع لإجتهاد قضاة الموضوع.

ويمكن أن نضيف لهذين الشرطين شرطا ثالثا هو أن يؤدي تغيير عنصر الإسناد فعلا إلى تغيير القانون المنطبق على العلاقة فإذا غيرت شركة مثلا مقرها من دولة لأخرى لتجنب أحكام قانون دولة مقرها الرئيسي وتبين أن أحكام قانون دولة المقر المصطنع لا تعتد لتحديد القانون المنطبق إلا بالمقر الفعلي الذي هو قانون دولة المقر الحقيقي فإن هذا التغيير في عنصر الإسناد لا يعد إحتياليا لأنّه لن يؤدي إلى تغيير القانون المنطبق إذ سيبقى قانون المقر

الأول هو القانون المنطبق على الوضعية القانونية الواقعية.

ج- آثار التحايل على القانون:

إذا توفرت شروط التحايل على القانون فإن عنصر الإسناد الجديد يعتبر كأن لم يكن ويعتمد عنصر الإسناد الأول (الجنسية الأولى في المثال المقدم) ويحدد القانون المنطبق على أساسه دون إلتفات لقانون الجنسية الجديدة لأنّه عنصر مفتعل والغاية منه التأثير على قاعدة التنازع لتجنب تطبيق القانون الذي ستعينه تلك القاعدة لإعتبارات مصلحية.

والملاحظ أن الحل الذي توخاه المشرّع التونسي صلب هذا الفصل مخالف للحل الذي إتبعه القضاء الفرنسي وبعض القوانين المقارنة والمتمثل في رفض إستبعاد نتيجة التحايل على القانون إذا أدت إلى تطبيق القانون الوطني (الفرنسي) [1].

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من الفقه وفقه القضاء وقد أشرنا إلى مصادرهما بمناسبة شرح هذا الفصل فلتراجع.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 35 ويتضمن ما يلي:

---

[1]- أنظر: - الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ص522 وما بعد
- الأستاذ محمد العربي هاشم دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني ص122.
- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال القانون الدولي الخاص ص189 وما بعد.

الفصل 35: يتكون التحيل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة.

وإذا توفرت شروط التحيل على القانون، فلا عبرة لتغير عنصر الإسناد.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته تحت رقم 31 مع إستبدال كلمة "التحيل" بكلمة "التحايل" لإقامة تفرقة بين التحيل بمفهومه الجزائي والتحايل على القانون الذي وأن إنطوى على عنصر الإيهام فهو عمل غير مجرَم والنية فيه تتجه نحو التأثير على القانون المنطبق وليس نحو الإضرار بالخصم بل إن ركن الضرر أو النتيجة التي لا بد من حصولها لتتوفر أركان جريمة التحيل الجزائي غير محقق الوقوع في التحايل على القانون وبإمكان الخصم تجنبها بإستعمال الدفع بالتحايل على القانون.

ولما عرض النص على اللجنة الثالثة أقرته دون أي تعديل وأصبح رقمه 30 وهو رقمه الحالي.

ب – في نطاق مجلس النواب:

لم يثر هذا الفصل أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 31:

تطبق الأحكام الإنتقالية الواردة في القانون الذي عينته قاعدة التنازع.

I – الشرح: (الأحكام الإنتقالية)

هذا الفصل يقدم حلا تشريعيا لتنازع القوانين في الزمان الذي قد ينشأ بين القانون القديم والقانون الجديد المعدل أو الناسخ له على حكم علاقة قانونية

ما إذ يشير إلى تطبيق الأحكام الإنتقالية لتحديد مجال تطبيق كلّ منهما.

ولمزيد التوضيح نحدد مفهوم الأحكام الإنتقالية (أ) ونبين الحلول العملية لتنازع القوانين في الزمان في صورتي التنصيص والسكوت عن الأحكام الإنتقالية (ب).

أ- الأحكام الإنتقالية:

من سمات القوانين الوضعية أنها ليست أبدية وإنما هي قابلة للتعديل وحتى للإلغاء كلما رأى المشرّع أنها لم تعد تستجيب لحاجيات المخاطبين بها.

لكن وجود فاصل زمني[1] ولو كان قصيرا بين تاريخ نشر القانون الجديد وتاريخ نفاذه يفسح المجال لإمكانية إستمرار القاعدة القانونية القديمة Le principe de survie de la règle ancienne المنسوخة أو المعدلة نافذة ولو لمدة قصيرة رغم نسخها أو تعديلها وتوقف القاعدة القانونية الجديدة عن النفاذ ولو لمدة محددة رغم مصادقة السلط المختصة عليها[2] وهذا التعايش بين القانون القديم والقانون الجديد هو الذي يخلق التنازع الزمني بينهما.

ويحل تنازع القوانين في الزمان حسب مبادئ وقواعد تعرف بالقانون

---

[1]- ينص الفصل 2 من القانون عدد64 لسنة 1993 المؤرّخ في 1993/07/05 المتعلّق بنشر النصوص القانونية بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبنفاذها على أن: "النصوص القانونية والترتيبية لا تكون نافذة المفعول إلا بعد مضي خمسة أيام على إيداع الرائد الرسمي المدرجة به بمقر ولاية تونس العاصمة ولا يعتبر في الأجل يوم الإيداع مع إمكانية أن تتضمّن هذه النصوص إذنا صريحا بتنفيذها حالا أو في أجل يتجاوز المهلة المذكورة".

[2]- السلط المختصة في تونس هي إما السلطة التشريعية (مجلس النواب) إن إتخذت القاعدة شكل القانون (أنظر الفصل 34 من الدستور بخصوص القواعد القانونية التي يجب أن تصدر في شكل قانون) أو السلطة الترتيبية العامة (السلطة التنفيذية رئيس الجمهورية بالنسبة للأوامر والوزراء أو رؤساء البلديات بالنسبة للقرارات) أن إتخذت القاعدة القانونية شكل الأمر أو القرار (أنظر الفصل 35 من الدستور بخصوص القواعد القانونية التي يمكن أن تصدر في شكل أمر أو قرار).

الإنتقالي Le droit transitoire والقوانين الإنتقالية أو الحلول الإنتقالية إما أن تكون عامة دائمة وأما أن تكون خاصة ومؤقتة.

1- الحلول الدائمة:

وهي مبادئ قانونية معروفة في الفقه وفقه القضاء[1] تعمد بعض التشاريع إلى تدوينها ضمن المبادئ العامة لقانونها العام وهو القانون المدني[2] في الغالب وتتمثل خاصة في:

- مبدأ عدم رجعية القانون الجديد: Le principe dc la non-rétroactivité

- والأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد: L'effet immédiat

وهما مبدآن متكاملان فالقانون القديم يفقد نفاذه على الأوضاع القانونية الجديدة بمجرد صيرورة القانون الجديد نافذا ما لم ينص المشرّع على تطبيقه على الماضي والقانون الجديد يطبق بأثر فوري على الأوضاع القانونية التي تتكون إبتداء من تاريخ نفاذه.

والأوضاع القانونية التي تمت نشأتها أو أنقضت أو رتبت كلّ آثارها في

---

[1]- أنظر النظرية العامة للقانون للأستاذ سمير عبد السيد تناغو – توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية جمهورية مصر العربية 1986 ص646 وما بعد.

- مدخل لدراسة القانون – للأستاذ محمد الشرفي دار سراس للنشر 1991 ص195 وما بعد.

- القرار التعقيبي المدني عدد29651 الصادر في 1994/01/13 مجلّة القضاء والتشريع عدد2 لسنة 95 ص75 وما بعد وغيره من القرارات والأحكام الأبتدائية والإستئنافية وقد أشار الأستاذ هاشم إلى عدد منها بكتابه دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني ص89 وما بعد.

- القرار التعقيبي المدني الفرنسي المؤرّخ في 1982/01/13: RCDI 1982 note Batiffol – DIP Mayer P156

[2]- أنظر القانون المدني الجزائري وخاصة المادتين 7 و8 منه والقانون المدني المصري وخاصة المواد 9/7/6.

ظل القانون القديم تعد وقائع أو تصرفات قانونية تامة وتخضع للقانون الذي تمت في ظله أي للقانون القديم ولا يسري عليها القانون الجديد إلا بموجب نص صريح تطبيقا لمبدأ الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة.

وأما التصرفات أو الوقائع التي لم تكتمل نشأتها أو لم ترتب آثارها بعد فيتقاسمها القانونان على النحو التالي:

- شروط تكوين العلاقة أو الوضعية القانونية والآثار التي حصلت في الماضي تبقى خاضعة للقانون الذي تمت في ظله وهو القانون القديم.

- وأما الآثار التي تحصل بعد نفاذ القانون الجديد ولو تعلّقت بوضعية تكونت في ظل القانون القديم فتكون خاضعة للقانون الجديد[1].

وهكذا حتى تتم تصفية الأوضاع القانونية التي تكونت في ظل القانون القديم.

2- الحلول الظرفية:

هي عبارة عن قواعد قانونية إنتقالية تصاحب القانون الجديد وتتضمن حلولا خاصة لمشكلة التنازع الزمني بين القانون الجديد والقانون القديم خارج القواعد العامة لتنازع القوانين في الزمان إذ يتم تعويضها بنظام إنتقالي بين القانون القديم والقانون الجديد وهي تهدف بالأساس إلى تمكين الأشخاص الخاضعين للقانون الجديد من فرصة أو مهملة لملاءمة أوضاعهم مع مقتضيات القانون الجديد[2] مثلما فعل المشرّع التونسي عند إحداث المفعول المنشئ للترسيم بالنسبة للحقوق العينية المتعلّقة بالعقارات المسجلة إذ تضمن القانون عدد46 لسنة 1992 المؤرّخ في 1992/05/04 الذي عدل بعض الفصول من

---

[1]- أنظر شرحنا للفصل 29 من هذه المجلّة ضمن هذا الكتاب.

[2]- الأستاذ سمير تناغو - النظرية العامة للقانون ص649.

مجلّة الحقوق العينية في إتجاه إقرار مبدأ المفعول المنشئ للترسيم منح الأشخاص الذين قد تكون لهم تصرفات أو وقائع واجبة الترسيم لم ترسم أجل ثلاث سنوات لترسيمها (مدد في هذا الأجل مرتين) وأستحدث بموجب القانون عدد39 لسنة 1992 المؤرّخ في 1992/04/27 أجهزة لتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود (اللجان الجهوية للتحيين وتخويل المحكمة العقارية تحيين تلك الرسوم المجمدة أيضا) حتى تصبح قادرة على تقبل الترسيم. وكلها أحكام إنتقالية ترمي إلى تمكين المخاطبين بالقانون الجديد من ملاءمة أوضاعهم مع مقتضيات القانون الجديد الذي صير الحق العيني العقاري المتعلّق بعقار مرسم لا ينشأ ولا ينتقل ولا يعدل ولا ينقضي ... إلخ إلا بالترسيم وإبتداء من تاريخ الترسيم.

أو كما فعل عندما ألغى الأحكام المتعلّقة بالإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية والقواعد المنظمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية بمجلة القانون الدولي الخاص إذ تضمن الفصل 2 من قانون إصدار هذه المجلّة[1] على أنّه: يجري العمل بأحكام هذه المجلّة ويقع تطبيقها بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بدون أن يكون لها تأثير على الماضي إلا

---

[1]- قانون إصدار مجلّة القانون الدولي الخاص هو القانون عدد97 لسنة 1998 المؤرّخ في 1998/11/27 وقد نص الفصل 3 منه على ما يلي: "بداية من جريان العمل بهذه المجلّة (1999/03/7) تلغى جميع النصوص المخالفة لها وبالأخص منها الفقرة الثانية وما بعدها من الفصل 2 والفصول 31 و316 و317 و318 و319 و320 و321 من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية الصادرة بالقانون عدد130 لسنة 1959 المؤرّخ في 1959/10/05 والأمر المؤرّخ في 1956/07/12 المتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للتونسيين من غير المسلمين واليهود والنصوص التي نقّحته أو تممته".

والفصول والنصوص الملغاة تتعلّق حسب الترتيب بالإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية (الفصل 2 والفصل 31 من م.م.م.ت) وتنفيذ الأحكام والقرارات التحكيمية الأجنبية (بقية فصول م.م.م.ت) ومفهوم الأحوال الشخصية وقواعد تنازع القوانين المتعلّقة بها (أمر 1956).

أن القضايا التي لا زالت جارية في تاريخ جريان العمل بهذه المجلّة تبقى خاضعة لأحكام القانون المعمول به في التاريخ السابق عن جريان العمل بهذه المجلّة إلى أن تنفصل بوجه بات وتصبح أحكاما محرزة على قوة ما اتصل به القضاء.

ب- الحلول العملية:

إن صياغة نص الفصل 31 من م.ق.د.خ تفترض وجود حالة تعاقب بين قانونين: سابق ولاحق في القانون الذي عينته قاعدة التنازع إذ لا سبيل للحديث عن تطبيق الأحكام الإنتقالية خارج هذا الإطار القانوني ولا في غياب تنازع زمني بين قانون قديم وقانون جديد معدل أو ناسخ لأحكامه.

كما تفترض إحتواء هذا القانون الذي عينته قاعدة الإسناد على أحكام إنتقالية لحل ذلك التنازع الزمني بين القانون القديم والقانون الجديد.

لكن الواقع العملي قد يفرز هذه الفرضية وقد يفرز خلافها إذ من الجائز أن تعين قاعدة التنازع قانونا لا يتضمن أحكاما إنتقالية مهما كان نوعها فماذا يكون الحل عندئذ؟.

1- القانون المعين يتضمن أحكاما إنتقالية:

لقد رأينا أن الحلول الإنتقالية قد تكون قواعد عامة دائمة مدرجة بالقانون العام الداخلي الذي عينته قاعدة التنازع سواء أكان هذا القانون هو القانون التونسي أم القانون الأجنبي وقد تكون أحكاما خاصة منصوصا عليها بالقانون المنطبق على الوضعية القانونية الخاصة محل النزاع ففي كلا الحالتين لا يوجد أي إشكال إذ ينص الفصل 31 من م.ق.خ على أن الأحكام الإنتقالية الواردة في القانون الذي عينته قاعدة التنازع تعد جزء من ذلك القانون ويجب تطبيقها هي دون إلتفات للأحكام الإنتقالية لقانون القاضي.

ويتم التعرف عليها وفق الطرق المنصوص عليها بالفصل 32 من نفس المجلّة وسنوضح ذلك عند شرح الفصل المذكور فيما بعد.

لكن إذا تبين أن القانون الذي عينته قاعدة التنازع يتضمن قواعد إنتقالية عامة وقواعد إنتقالية خاصة فإن القواعد الخاصة هي التي تطبق وتبقى الأولى كقواعد إحتياطية لسد الفراغ أو الغموض أو النقص في القواعد الإنتقالية الخاصة.

2- القانون المعين لا يتضمن أحكاما إنتقالية:

إذا عينت قاعدة التنازع قانون دولة لا يتضمن لا حلولا عامة ولا خاصة لتنازع القوانين في الزمان وكانت الوضعية القانونية المعروضة على القاضي يتنازع حكمها قانونان سابق ولاحق فما هو الحل؟.

يجب أن ننبه إلى أن القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد يشمل – مثلما ينص على ذلك الفصل 33 من هذه المجلّة – مجموع الأحكام الواردة بكل المصادر الشكلية التي يعتمدها فإذا كان يعتمد كمصادر شكلية له التشريع والعرف وفقه القضاء والفقه وجب البحث عن القواعد الإنتقالية في كلّ مصدر من هذه المصادر ولا يعد خاليا من الأحكام الإنتقالية إلا إذا خلت منها جميع مصادره الشكلية. وحتى في هذه الحالة تبقى أمام القاضي إمكانية أخرى لحل مشكلة التنازع الزمني في إطار التأويل الخاص الذي قد يكون أعطاه فقه قضاء ذلك البلد لتلك القواعد المتنازعة زمنيا ولو كان تأويله لها خارج نطاق الأحكام الإنتقالية كأن يكون قد أولها بما ينفي عنها التنازع بشكل أو بآخر.

وإذا إستنفدت كلّ هذه الإمكانيات ولم يصل القاضي إلى أي حل طبق أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من هذه المجلّة التي تنص على أنّه إذا تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي والقانون

التونسي بدوره لا يتضمن قواعد إنتقالية عامة[1] لكنه سيكون في هذه الحالة هو القانون الذي عينته قاعدة الإسناد وبالتالي فهو يشمل مجموع الأحكام وفق المصادر الشكلية التي يعتمدها (الفصل 33 من م.ق.د.خ) ومنها فقه القضاء والفقه وكلاهما زاخر بالحلول الإنتقالية وقد سبقت الإشارة إلى العديد منها.

بقي أنْ نشير إلى أن تعديل القانون الأجنبي أو إلغاءه قد يمس عنصر الإسناد L'élément de rattachement فيطرح مشكلة التنازع المتحرك وقد رأينا أن حلها يكون وفق المبادئ والحلول الواردة بالقانون الإنتقالي (أنظر شرح الفصل 29 من هذه المجلّة).

وقد يمس قاعدة التنازع La règle de conflit de lois أو مضمون القانون المعين بقاعدة التنازع Le contenu du droit désigné par la règle de conflit de loi.

ولا شك أن تطبيق الأحكام الإنتقالية ينسحب حسب ظاهر الفصل 31 على التنازع الزمني الذي يحصل بين قواعد القانون الأجنبي الداخلية مثلما ينسحب على التنازع الزمني بين قواعده الدولية (قواعد التنازع).

لكن تأويل الفصل 31 من م.ق.د.خ لا ينبغي أن يتم بمعزل عن الفصل 35 من نفس المجلّة الذي لا يقبل الإحالة Le renvoi إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ورفض القانون التونسي الإحالة يعني إستبعاد قواعد التنازع من القانون الذي تعينه قاعدة التنازع الوطنية والمرور مباشرة إلى القواعد الداخلية في القانون الأجنبي فإذا عينت قاعدة التنازع التونسية القانون الفرنسي أو الألماني

---

[1] - باستثناء القاعدة الواردة بالفصل 13 من الدستور والتي تنص على أن "العقوبة شخصية ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع". أو القاعدة الواردة بالفصل الأول من المجلّة الجنائية والتي تنص على أنّه: "لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع لكن إذا وضع قانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم البات وكان نصه أرفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره".
لكن كلا القاعدتين يتعلّق كما هو واضح بالقانون الجزائي فحسب.

كقانون منطبق لحكم علاقة زوجية مـــثلا فـــإن المقصـــود بالقـــانون الألمـــاني أو الفرنسي إنما هي قواعده الداخلية المنظمة للشروط الشكلية أو الموضـــوعية لعقـــد الزواج وليس قواعد التنازع فيه التي قد تفضي إلى الإحالة على قانون آخر.

ولهذا فإن المقصود أساسا بالأحكام الإنتقالية في الفصل 31 إنمـــا هـــو الأحكام الإنتقالية المتعلّقة بتنازع قواعد القانون الأجنبي الداخلية في الزمان مما يجعل من قضية التنازع الزمني بين قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبـــي قضية غير مطروحة في القانون الدولي الخاص التونسي إلا في الحالـــة التـــي يوجد فيها نص خاص يشير إلى قبول الإحالة ولا أعلم بوجود ولو حالة واحدة ينص فيها قانون تونسي على قبول الإحالة.

لكن إذا تحقق هذا الإستثناء يوما ما فإن أحكام الفصل 31 ستكون قادرة على تقديم الحل بقطع النظر عن صيغتها العامة التي تستوعب الأحكام الإنتقالية المتعلّقـــة بقواعد التنازع في القانون الأجنبي.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من فقه القضاء التونسي والفرنسي وقد أشرنا إلـــى ما فيه الكفاية من هذه المصادر عند شرح هذا الفصل.

ومن الفقه الفرنسي والتونسي أنظر مثلا:

Droit International privé - Ali Mezgheni P298 et S

Leçons de Droit International Privé livre II- Mohamed El Arbi Hachem P89 et S

Droit International Privé –Batiffol et Lagarde L.G.D.J. TI 1982 T2 1983

Droit International Privé –Loussouarn et Bourel Paris

III-الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 31 في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 36 ويتضمن ما يلي:

الفصل 36: تطبق الأحكام الإنتقالية الواردة في القانون الذي عينته قاعدة التنازع.

وقد بقي بدون أي تغيير ما عدا رقمه فقد أصبح 31.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وقد تمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 32:

يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الإقتضاء.

وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه.

ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية.

وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي.

ويجب في جميع الحالات إحترام مبدأ المواجهة.

I-الشرح: (إثبات محتوى القانون الأجنبي)

يتناول هذا الفصل طبيعة القانون الأجنبي(أ) ووسائل إثباته(ب) ومن

يتحمل عبء إثباته(ج) وضرورة إحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم(د) سواء وقع العمل بالقانون الأجنبي أم بالقانون التونسي.

أ- طبيعة القانون الأجنبي:

هناك نظريتان أساسيتان تتنازعان تحديد طبيعة القانون الأجنبي: نظرية تعتبره مجرد واقعة من الوقائع[1] ونظرية تعتبره قانونا[2].

لكن المشرّع التونسي – حسبما يفهم من الفصل 32 من م.ق.د.خ – يعتبر أن القانون الأجنبي إذا عينته قاعدة التنازع (الوطنية أو الأجنبية) يحتفظ – أمام القضاء التونسي – بصفته كقانون[3] إلا أنّه لا ينصهر في النظام القانوني للقاضي وإنما يبقى رغم ذلك خارج هذا النظام[4] بدليل جواز إستبعاده وتطبيق القانون التونسي بدلا منه.

---

[1]- هي نظرية الحقوق المكتسبة في الفقه الإنقلو سكسوني وعلى رأس القائلين بها Peale et Dicey كما أن بعض الفقه الفرنسي وحتى فقه القضاء في مرحلة من تطوره إعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة وبالتالي لا تثير المحكمة تطبيقه من تلقاء نفسها ولا تثبت محتواه وإنما على من تمسك به من الأطراف يقع عبء إثبات وجوده وإثبات محتواه.

أنظر عرضا لمختلف الإتجاهات الفقهية والفقه قضائية بخصوص هذه المسألة: أصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي ص474 وما بعد – دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم ص 97 وما بعد.

والقانون الدولي الخاص للأستاذين سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال ص116 وما بعد – وتعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص للأستاذ علي المزغني ص70 وما بعد ودراسة لنا بعنوان الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية مرقونة ومودعة بالمعهد الأعلى للقضاء ص80 وما بعد.

[2]- هي نظرية إدماج القانون الأجنبي في القانون الوطني التي سادت الفقه الإيطالي – أنظر أصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي ص474.

[3]- الأستاذ محمد العربي هاشم – تقديم مجلّة القانون الدولي الخاص – المجلّة التونسية للقانون سنة 1999 ص11- مركز النشر الجامعي تونس.

[4]- الأستاذ علي مزغني – تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص74.

لكن هل يعتبر مجرد واقعة إذا لم تعينه قاعدة الأسناد كأن يكون أحد الأطراف هو الذي إستند إليه في دعواه أو في دفوعه؟.

إن حمل عبء إثبات محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد على القاضي وحمل إثبات محتواه على من يثيره من الخصوم في الحالات الأخرى قد يجد فيه البعض ما يدعم مثل هذه التفرقة لكننا نعتقد أن هذه التفرقة ليست قائمة على إختلاف في طبيعة القانون الأجنبي بإختلاف الشخص المتحمل لعبء إثباته لإنعدام كلّ مبرر منطقي لمثل هذه التأويل لتلك التفرقة وإنما هي تفرقة قائمة على مجرد مساعدة القاضي على إثبات محتوى القانون الأجنبي لأن القاضي حتى في صورة إثارة القانون الأجنبي من قبل أحد الخصوم غير معفى تماما من إقامة الدليل على محتواه ولأن الخصوم لا يمكنهم الإستناد إلى القانون الأجنبي إلا في إطار ما تخوله لهم قواعد الإسناد كما في صورة إتفاق الطرفين على إستبعاد قواعد التنازع التي لا تهم النظام العام وإختيارقانون أجنبي معين (الجزء الأخير من الفقرة الأخيرة من الفصل 28 م.ق.د.خ) وتخويل الخصوم مخالفة قاعدة الإسناد وتعيين القانون الذي يرونه مناسبا لحل خلافاتهم يعد في حد ذاته قاعدة إسناد أو تنازع ويكون القانون الأجنبي الذي يختارونه لا يختلف في طبيعته على هذا الأساس عن القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع فإن كان الأوّل قانونا لمجرد تعيينه من قبل قاعة التنازع فإن الثاني قانون أيضا لأنّه معين من قاعدة التنازع المتمثله في تفويض المشرّع الخصوم تعيين القانون المنطبق.

ب- وسائل إثبات القانون الأجنبي:

لقد أوجب الفصل 32 من م.ق.د.خ الكتابة وسيلة لإثبات وجود ومحتوى القانون الأجنبي مستبعدا بقية وسائل الإثبات القانونية الأخرى وذلك لأن وجود القانون الأجنبي مكتوبا على وثيقة مضافة لملف القضية ضروري لتمكين

القاضي من ممارسة حقه في الرقابة للتأكد من أن ما قدم هو فعلا محتوى القانون الأجنبي المحتج به أو الذي عينته قاعدة الإسناد.

كما أن الكتابة أمر ضروري لتجسيد مبدأ المواجهة بين الخصوم عن طريق الإطلاع على نصه والتمعن فيه وإبداء الرأي بشأنه.

لكن المشرّع لم يشترط في الوثيقة المكتوبة المتضمّنة للقانون الأجنبي أن تكون وثيقة رسمية[1] ولا أن تكون ممضاة من جهة معينة أو مؤرخة أو ثابتة التاريخ[2]. وإنما يكفي أن تكون مقنعة بأن ما حوته هو مضمون القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد أو الذي إحتج به الأطراف ولذلك يمكن إثبات القانون الأجنبي بتقديم المجلّة أو الكتاب أو الجريدة أو الحكم القضائي المتضمن له أو شهادة عرفية صادرة عن إحدى سلط البلد الأجنبي[3] (وزارة الخارجية أو

---

[1]- الأستاذ علي المزغني – تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص74.

[2]- أنظر الحكم المدني عدد30593 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس العاصمة بتاريخ 1973/05/27 ق.ت عدد6/5 لسنة 1974 ص410/62 وقد تم فيه إثبات القانون الدنماركي (قانون الأحوال الشخصية) بتقديم نسخة من مجلّة الأحوال الشخصية الدنماركية صادرة عن وزارة العدل بالدنمارك ومصادق عليها من قبل سفارة الدنمارك بتونس ومعربة من قبل مترجم محلف تونسي.

[3]- وندرج هنا شهادة عرفية صادرة عن نائبة القنصل البريطاني بتونس بتاريخ 1999/12/23 قدمت لمحكمة ناحية قرطاج بمناسبة إقامة حجة وفاة أحد الرعايا البريطانيين الذي توفي بتونس وترك وصية لمواطن تونسي وذلك بقصد التنصيص على الوصية والموصى له بتلك الحجة وهذا نص الشهادة: تعريب

مقتضيات القانون

أهلية الوصية

إني الممضية أسفله فالبري الزاوي، نائبة القنصل البريطاني بتونس، أشهد بهذه وحسب القانون السكتلندي أن حرية الموصي في أن يوصي بأملاكه إلى أي شخص أو أشخاص حسب إختياره يخضع ضرورة إلى ما يلي:

أ- أن يجهز الملكية لدفع المعاليم القانونية المطالبة بها زوجة وأبناء الموصي من الأجزاء الموصى

السلط القنصلية أو الدبلوماسية) المنسوب إليه القانون أو حتى مجرد صورة أو نسخة من هذه الوسائل المكتوبة.

لكن هل أنّ شرط الكتابة لإثبات القانون الأجنبي ينسحب على القاضي وعلى الخصوم على حد سواء أم أنّه لا ينسحب إلا على هؤلاء الأخيرين فحسب؟.

إعتقد أنّه ولئن إستعمل المشرّع عبارة "يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد فإنه لم يقصد أن يكون الدليل مكتوبا. وإنما أراد أن يبحث القاضي على القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد وان يعلمه بالوقوف على مصادره لأن علاقة القاضي بالقانون لا تكون إلا في إطار المبدأ الشهير "يفترض في القاضي العلم بالقانون" مع تخفيف هذا المبدأ عندما يتعلّق الأمر بالقانون الأجنبي ليصبح يفترض فيه العلم بالقانون الأجنبي في حدود إمكانياته.

لكن تحميل القاضي واجب تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم يفرض عليه إلى جانب العلم بالقانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد إظهار ذلك العلم للخصوم مكتوبا سواء بإضافة الوثيقة التي تحتويه لأوراق الملف أو بكتابه مضمونه على محضر الجلسة ودعوة الأطراف إلى الإطلاع عليه وإبداء ما لهم

بها من وصية الموصي.

ب- أن يرفض قبول التراكمات مع رأس المال عن المدات الزائدة.

ج- أن يرفض قبول الشروط الإيصائية غير القانونية وغير الأخلاقية وغير الممكنة.

إلى جانب الشروط المحددة أعلاه، يكون للموصي حريةُ الوصية في أملاكه لشخص أو أشخاص حسب إختياره.

إمضاء: الزاوي

(ختم السفارة البريطانية – القسم القنصلي – تونس)

السفارة البريطانية

تونس في 23 ديسمبر 1999

من ملاحظات بشأنه.

ج- عبء إثبات القانون الأجنبي:

لقد حمل الفصل 32 م.ق.د.خ القاضي عبء إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد وحمل من يحتج من الخصوم بالقانون الأجنبي عبء إثبات وجوده وإثبات مضمونه.

1- دور القاضي في إثبات القانون الأجنبي:

إن إعتبار قاعدة التنازع من النظام العام إن كان موضوعها صنفا من الحقوق التي ليس للأطراف حرية التصرف فيها وإعتبارها ملزمة للقاضي فيما عدا ذلك إلا إذا عبر الأطراف بصورة جلية عن إرادتهم في عدم تطبيقها هو الذي دفع المشرّع إلى تخويل القاضي إقامة الدليل بصفة تلقائية على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد لكن ينبغي التأكيد على أنّه لم يلزمه بذلك حتى في هذه الحالة وإنما دعاه – بإلحاح – إلى القيام بذلك في حدود إمكانيات علمه.

وإسناد هذا الدور الوسط بين الإلزامية والإمكانية للقاضي في إثبات محتوى القانون الأجنبي أملته الطبيعة القانونية التي أعطاها المشرّع لهذا القانون أمام القضاء الوطني والمتراوحة هي بدورها بين صفة القانون والقانون غير المنصهر في النظام القانوني التونسي وهو دور ينسجم مع قصر العمل بالمبدأ الشهير "المحكمة أو القاضي تعرف القانون (Jurano Vitouria) على القانون الداخلي فحسب ومنح قاعدة الإسناد القوة الإلزامية مما يجعل القاضي مدعوا إلى البحث من تلقاء نفسه عن القانون الأجنبي كلما عينته قاعدة الإسناد الوطنية لحكم الحالة القانونية المعروضة عليه لكن إلتزام القاضي هنا إلتزام ببذل عناية فقط وليس بتحقيق نتيجة أي أنّه عليه أن يستعمل كلّ ما يملكه من

الوسائل للتعرف على أحكام القانون الأجنبي وله أن يستعين في بحثه بالخصوم فإن إهتدى إليه طبقه وأن تعذرت عليه معرفته طبق قانونه بما له من إختصاص إحتياطي عام بشرط التعليل[1].

هذا إن كانت قاعدة الإسناد هي التي عينت القانون الأجنبي إما إن كان أحد الخصوم هو الذي تمسك به فعليه يقع عبء إثبات وجوده ومحتواه وللقاضي أن يساعده على ذلك في إطار ما تخوله له المبادئ والقواعد العامة للمرافعات من القيام بكل الإجراءات والأعمال الكاشفة للحقيقة (أنظر الفصول 87/86/12 م.م.م.ت).

2- دور الخصوم في إثبات القانون الأجنبي:

بالرغم من إعتبار المشرّع القانون الأجنبي بمثابة القانون وليس مجرد واقعة فإنه لم يستطع التخلص تماما من آثار النظرية التي سادت الفقه وفقه القضاء الفرنسيين وحتى فقه القضاء التونسي[2] والتي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة من وقائع الدعوى وبالتالي فإن القاضي لا يقيم الدليل على صحة هذه الواقعة (إثبات وجود القانون الأجنبي وإثبات محتواه) من تلقاء نفسه وإنما يجب أن يثير القانون الأجنبي من له مصلحة من الخصوم في التمسك به وعليه أن يثبت مضمونه لكنه طور هذه النظرية بأن إعتبر القانون الأجنبي بمثابة القانون سواء عينته قاعدة الإسناد أم تمسك به أحد الخصوم مع إقامة تفرقة على مستوى عبء إثباته بأن أسند الدور الرئيسي في الإثبات للقاضي في الحالة

---

[1]- الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية – مبروك بنموسى ص80 مصدر سبقت الإشارة إليه.

[2]- القرار التعقيبي المدني عدد5934 المؤرّخ في 1968/03/21 نشرية محكمة التعقيب القسم المدني عدد2 لسنة 1968 ص22 وقد ورد به أن محكمة التعقيب لا تراقب صحة تطبيق القانون الأجنبي إلا إذا كان في أسانيد الحكم تحريف واضح لنص ذلك القانون" مشبهة إياه بالوقائع المادية للدعوى.

الأولى وللخصوم في الحالة الثانية على أن يساعد الخصوم القاضي في إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي ويمد القاضي يد المساعدة للخصوم – عند الإقتضاء – لإثبات وجوده أو محتواه لكن في حدود ما تخوله له المبادئ العامة للمرافعات من سعي جاد لإظهار الحقيقة فحسب.

وهكذا يتضح أن دور الخصوم في إثبات القانون الأجنبي لا يتعدى مجرد مساعدة القاضي إن كان معينا من قبل قاعدة الإسناد الوطنية ويرتقي إلى مستوى الدور الرئيسي والفاعل لإثبات وجود ومحتوى القانون الأجنبي عندما يستندون إليه في دعواهم أو دفوعهم[1].

لكن صعوبة إثبات مضمون القانون الأجنبي وتعذر إعتبار القاضي يعرف القانون الأجنبي لا سيما معرفة الموقف السائد في الإجتهاد[2] القضائي أو الفقهي لديه (الفصل 33 من هذه المجلّة يعتبر القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد يشمل مجموع الأحكام وفق المصادر الشكلية التي يعتمدها والفصل 34 من نفس المجلّة يشير على القاضي بتطبيق القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه) جعل المشرّع يتوخى حلا وسطا يقوم على معاملة القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بوصفه قانونا وليس مجرد واقعة وعلى القاضي أن يبذل قصارى جهده للبحث عن مضمونه وله أن يستعين في ذلك بالخصوم وان يمكنهم من الآجال الكافية لإثبات مضمونه لكن إذا تعذر

---

[1]- لقد حملت المحكمة الإبتدائية بتونس المدعي الذي تمسك بالقانون الأجنبي عبء إثباته وأصدرت لهذا الغرض حكما تحضيريا تطالبه فيه بتقديمه لها وهذا نص ذلك الحكم التحضيري: "قررت المحكمة رفض الدفع بعدم الإختصاص وتأخير القضية لجلسة يوم 1999/12/01 وعلى نائب المدعية تقديم القانون السويسري المنطبق على دعوى الحال وما يفيد تأويله وفق النظام القانوني المنتمي إليه فقها وقضاء وتحديد سند الدعوى على ضوئه".

صدر هذا الحكم التحضيري في القضية عدد9901 بتاريخ 1999/10/13 (غير منشور).

[2]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1 ص241.

عليه أو على الخصوم أو عليهما معا إقامة الدليل الواضح عليه جاز للقاضي الإلتجاء إلى القانون الوطني الذي له إختصاص إحتياطي عام.

لكن يجب على القاضي سواء طبق القانون الأجنبي أم قانونه الوطني أن يحترم مبدأ المواجهة بين الخصوم.

د- إحترام مبدأ المواجهة:

من الحقوق الأساسية للأشخاص الحق في محاكمة عادلة[1] ولا تكون المحاكمة عادلة إلا إذا توفرت فيها جملة من الشروط منها أن لا يحكم على أي طرف إلا بعد حضوره المحاكمة أو إستدعائه لحضورها طبق ما يقتضيه القانون وتمكينه من الإطلاع على مكونات ملف القضية ومنحه أجلا كافيا للدفاع عن مصالحه ويلخص مجمل هذه الحقوق مبدأ قانوني عام هو: مبدأ المواجهة بين الخصوم وإحترام هذا المبدأ هو المعيار العام لعدالة المحاكمة وقد نص عليه الدستور التونسي بالنسبة للمحاكمة الجزائية صلب الفصل 12 وأشارت إلى بعض مظاهره مجلّة المرافعات المدنية والتجارية بالفصل 4 (لكل خصم حق الإطلاع على أوراق النازلة وعلى جميع الوثائق التي أدلى بها خصمه).

وإحترام مبدأ المواجهة هنا يعني أن القاضي بعد بحثه عن القانون الأجنبي أما أن يهتدي إليه ويتعرف على مضمونه فيضيف الوثيقة المكتوبة المحتوية عليه للملف ويمنح الخصوم أجلا معقولا للإطلاع عليها ومناقشتها إحتراما لمقتضيات مبدأ المواجهة بين الخصوم.

وأما أن يسفر البحث عن عجز الأطراف والقاضي عن التوصل إلى معرفة القانون الأجنبي وهنا سيقرر القاضي تطبيق قانونه لكن لا يمكنه أن يطبقه إلا بعد إحترام مبدأ المواجهة وذلك بالتصريح بعدم معرفة القانون

---

[1]- أنظر الفصول 8 و 9 و 10 و 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد أو الذي إستند إليه الخصوم وإعتزام المحكمة تطبيق قانونها مع الإشارة إلى القواعد القانونية الوطنية التي تعتزم تطبيقها على النزاع وتمكين الأطراف من أجل معقول للإطلاع على قرار المحكمة ومناقشته ومناقشة القانون المنطبق.

لكن قد لا تتمكن المحكمة من البت في وجود ومحتوى القانون الأجنبي أو عدم وجوده إلا بعد حجز القضية للمفاوضة في هذه الحالة يقتضي مبدأ المواجهة حل المفاوضة وتمكين الخصوم – بحسب الحالات – من مناقشة القانون الأجنبي أو القانون الوطني الذي سيطبق على النزاع.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من الفقه وفقه القضاء الوطني والمقارن وقد أشرنا إلى مصادرها أثناء شرح هذا الفصل.

ومن التشريع المقارن أيضا وخاصة القوانين التالية:

– القانون الإيطالي الصادر في 31 ماي 1995 (القانون الدولي الخاص) ولا سيما الفصل 14 منه الذي ينص على ما يلي:

Article 14
(Connaissance de la loi étrangère applicable)

1- L'établissement de la loi étrangère est recherché d'office par le juge. A cette fin celui-ci peut utiliser en plus des instruments indiqués par les conventions internationales, les informations obtenues par l'intermédiaire du Ministère de la justice, il peut aussi interroger des experts ou des institutions spécialisées.

2- Lorsque, même avec le concours des parties, le juge ne parvient pas à établir la loi étrangère désignée, il applique la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même hypothèse normative. A défaut, la loi italienne s'applique.

- مشروع القانون الفرنسي المتعلّق بالقانون الدولي الخاص ولا سيما الفصلين 2289/2288 الآتي نص كلّ منهما:

Article 2288

Le contenu de la loi étrangère est établi, au besoin à la diligence du juge, par tous moyens.

Article 2289

En cas d'impossibilité d'établir le contenu de la loi étrangère, la loi française est applicable.

- القانون السويسري (سبقت الإشارة إليه) وخاصة الفصل 16 وهذا نصه:

Article 16

1- Le contenu du droit étranger est établi d'office. A cet effet la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties.

2- Le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 23 ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 37 ويتضمن ما يلي:

الفصل 37: يتولى القاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين في حدود إمكانيات علمه به وفي أجل معقول ومع إمكانية مساعدة الأطراف.

وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه.

ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية (المسلمة من قانونيين أو سلط إدارية مختصة) وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي.

ويجب في جميع الحالات إحترام مبدأ المواجهة.

لكن اللجنة الثانية عدلته تحت رقم 33 فإستبدلت كلمة يتولى بـ"يمكن" لأن الأولى تدل على الإلزام في حين أن الثانية تخول للقاضي إمكانية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي ... وحذفت عبارة المسلمة من قانونيين أو سلط إدارية مختصة الموضوعة بين قوسين لغاية التيسير والتوسيع في وسائل إثبات القانون الأجنبي.

وقد أقرت اللجنة الثالثة هذا الفصل على صيغته المعدلة وأصبح يحمل رقم 32 أي الرقم الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالين[1] طرحتهما لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وفيما يلي نصهما ونص جواب وزارة العدل على كلّ منهما:

السؤال الأول: تقترح اللجنة تعويض عبارة "مع مساعدة" الواردة في السطر الثاني بـ"**بمساعدة**".

الجواب: المقترح وجيه ولا ترى وزارة العدل مانعا من الإستجابة إليه وتقدم تحريرا جديدا للسطر الثاني من الفصل فيكون كما يلي:

---

[1]- أنظر مداولات مجلس النواب حول مشروع المجلّة عدد6 جلسة 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص248/247.

"الإسناد في حدود إمكانيات علمه به وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الإقتضاء".

السؤال الثاني: تسأل اللجنة عن المقصود بعبارة "أجل معقول" وتطلب مزيد توضيح ذلك.

الجواب: إن المقصود من عبارة **"في أجل معقول"** الواردة بمشروع الفصل تعني أن القاضي يأخذ من الوقت المدة الكافية للبحث عن النص الأجنبي بمفرده أو بمساعدة الأطراف بما هو مقبول عرفا وعقلا بحيث يكون الوقت الذي إستغرقه في البحث عن ذلك النص الأجنبي لا إفراط فيه فلا تبقى القضية منشورة لسنوات عديدة في إنتظار البحث عن ذلك النص الأجنبي وكذلك لا يتسرع القاضي في الحكم دون بذل جهد كاف للبحث عن النص المناسب لإعتماده في حكمه[1].

الفصل 33:

يشمل القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد مجموع الأحكام وفق المصادر الشكلية التي يعتمدها.

I- الشرح: (مشمول القانون الأجنبي)

يوضح هذا الفصل المقصود بالقانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد حسب أحكام هذه المجلّة بإعتبار أن لكل قانون مصادر تحدّد ما يعتبره المشرّع قانونا أو مصدرا تستمد منه القواعد القانونية(أ) وان هذه القواعد تستمد قوتها وأولويتها في التطبيق من المصدر الذي إنحدرت منه ومن المرتبة أو الدرجة التي يحتلها ذلك المصدر في السلم المعتمد لهيكلة مصادر القانون(ب).

---

[1]- أنظر مداولات مجلس النواب حول مشروع المجلّة عدد6 جلسة 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص248.

أ- مصادر القانون:

يذكر الفقهاء العديد من المعاني لمصطلح "مصدر القانون"[1] نذكر من بينها: المصدر الموضوعي أو المادي أو الحقيقي (Source matérielle ou réelle) ويقصد به "الحقائق الموضوعية التي إستمد منها المشرّع القاعدة القانونية كالحقائق التاريخية والإجتماعية والإقتصادية والسياسية والدينية وغيرها مما أوحى إلى المشرّع بالقاعدة القانونية"[2].

وليس هذا هو المعنى الذي تعنيه عبارة "المصادر الشكلية" الواردة بالفصل 33 من م.ق.د.خ وإنما المقصود بالمصادر الشكلية (Sources formelles) الأسباب المنشئة للقاعدة القانونية[3] أي الأسباب التي تعطي للمصدر المادي الموضوعي شكله القانوني ليصبح قاعدة قانونية متصفة بالعمومية والتجرد والإلزامية[4].

وهذه المصادر تختلف من تشريع لآخر ومعرفة المصادر الشكلية لقانون ما لا تخلو من بعض الصعوبات لأن التشاريع لا تنص عادة على مصادر القانون بصورة صريحة أو لا تنص على جميعها وان الذي يتولى ضبط المصادر الشكلية إنما هو الفقه الذي قد لا يكون هو بدوره مصدرا للقانون.

---

[1]- أنظر النظرية العامة للقانون للأستاذ سمير عبد السيد تناغو ص231 وما بعد.
ومدخل لدراسة القانون للأستاذ محمد الشرفي ص153 وما بعد.
ومحاضرات في القانون المدني الجزء الأول ص64 للأستاذ محمد كمال شرف الدين وهي عبارة عن دروس مرقونة مقدمة لطلبة السنة الأولى بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس السنة الجامعية 1996/1995.

[2]- الأستاذ: سمير تناغو – النظرية العامة للقانون ص238/237.

[3]- الأستاذ سمير تناغو المصدر السابق ص234.

[4]- الأستاذ محمد كمال شرف الدين المصدر السابق ص25.

والفقه السائد يضع ثلاثة قوائم للمصادر الشكلية للقانون هي:

- **القائمة الأولى:** ويعتبر أصحابها[1] أن المصادر الشكلية للقانون هي: التشريع والعرف وفقه القضاء.

- **القائمة الثانية:** ويعتبر أصحابها[2] أن المصادر الشكلية للقانون هي: التشريع والعرف وفقه القضاء والفقه[3].

- **القائمة الثالثة:** وهي قائمة موسعة ويعتبر أصحابها[4] أن المصادر الشكلية للقانون هي: القانون أي التشريع، والإتفاقيات الدولية، وفقه القضاء، والعرف، والممارسات الجاري بها العمل، والمبادئ العامة للقانون، وقواعد الإنصاف، والفقه.

ولكن الجميع يتفق على أن المصدر الأساسي للقانون إنما هو التشريع

---

[1]- التشريع المصري – حسب الأستاذ سمير تناغو لا يعترف إلا بالتشريع والعرف وفقه القضاء كمصادر شكلية للقانون المصري أما الفقه – حسب رأي الأستاذ تناغو – فلا يعتبر من مصادر القانون لأنّه يضطلع بدراسة القواعد القانونية من حيث وجودها دراسة تقريرية، ومن حيث تفسير مضمونها وهذه دراسة تقويمية" – انظر ص510 وما قبلها من كتابه: "النظرية العامة للقانون".

[2]- الأستاذ شرف الدين إعتبر في محاضراته المشار إليها أن مصادر القانون ولا شك أنّه يقصد مصادر القانون التونسي تشمل: التشريع والعرف وفقه القضاء والفقه. لكنه – في كتابه القانون المدني: النظرية العامة – الأشخاص – إثبات للحقوق الطبعة الأولى 2002 المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية ص51 وما بعد – حصرها في الثلاثة الأولى فقط مستبعدا الفقه أو فقه الشراح كما يسميه من مصادر القانون.

[3]- إعتبرت المحكمة الإبتدائية بتونس: التشريع والفقه وفقه القضاء من المصادر الشكلية للقانون الأجنبي (القانون السويسري) – أنظر الحكم التحضيري الصادر في القضية عدد9901 بتاريخ 1999/10/13 (غير منشور).

[4]- الأستاذ محمد الشرفي – مدخل لدراسة القانون ص161.

القانوني للدولة وترتب تحت أحكام الدستور بقية القواعد بحسب قوتها التي تستمدها من القاعدة التي تفوقها منزلة وليس لها أن تتعارض مع أحكامها[1] وهكذا حتى نهاية السلم الذي يأخذ في الغالب هذا الشكل:

1- الدستور

2- الإتفاقيات الدولية المصادق عليها (أنظر الفصل 32 من الدستور)

3- القوانين المصادق عليها بالإستفتاء الشعبي.

4- القوانين الأساسية وهي القوانين المنصوص عليها بالفصول 4 و8 و9 و10 و66 و67 و68 و69 و70 و71 من الدستور وتتعلق بعلم الجمهورية وشعارها وبالحريات العامة (كحرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والإجتماع وتأسيس الجمعيات والأحزاب والحق النقابي) وحرمة المسكن وسرية المراسلة وحرية التنقل والإقامة وولاية القضاء وتنظيم المجلس الأعلى للقضاء والضمانات اللازمة للقضاة والمحكمة العليا ومجلس الدولة والمجلس الإقتصادي والإجتماعي والجماعات المحلية والقانون الإنتخابي (أنظر الفصل 28 من الدستور).

5- القوانين العادية

6- المراسيم

7- الأوامر

8- القرارات

ثم تأتي بعد ذلك المصادر الثانوية وفي مقدمتها قواعد القانون العمومية حسب الفصل 535 من م.إ.ع ثم العرف والعادة لكن ليس لهما أن يخالفا النص الصريح (الفصل 543 من م.إ.ع) ثم فقه القضاء ثم الفقه.

---

[1]- الأستاذ محمد الشرفي – مدخل لدراسة القانون، ص161.

- لكن يجب التنبيه إلى أن ترتيب النصوص بحسب قوتها يرجع فيه إلى الترتيب المعتمد في القانون الذي عينته قاعدة الإسناد وليس للترتيب المعتمد في قانون القاضي وعند غياب مثل هذا الترتيب في القانون المعين بقاعدة الإسناد تعتمد المبادئ العامة السائدة بخصوص هذه المسألة في القانون الدولي الخاص والتي تعطي الأولوية لأحكام الدستور فالمعاهدات المصادق عليها ثم النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية ثم النصوص الصادرة عن السلطة الترتيبية العامة إلخ.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من النظريات الفقهية التي أشرنا إليها و إلى العديد من مصادرها ومن التشريع المقارن وخاصة الفقرة الأولى من الفصل 13 من القانون السويسري الذي هذا نصه (نص كامل الفصل):

Section 3: Droit applicable

Art 13. La désignation d'un droit étranger par la présente loi comprend toutes les dispositions qui d'après ce droit sont applicables à la cause. L'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد جاء هذا الفصل بمشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 38 وينص على ما يلي:

الفصل 38: يتضمن القانون الأجنبي المعين مجموعة الأحكام وفق المصادر الشكلية التي يعتمدها.

لكن اللجنة الثانية أعادت صياغته تحت رقم 34 وإستبدلت كلمة يتضمن

بكلمة يشمل مع المحافظة على نفس المضمون.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرته دون أي تعديل وأصبح رقمه 33 وهو رقمه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية هذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه (قبلت المقترح وتم تعديل الفصل).

السؤال: تقترح اللجنة إضافة: "**بقاعدة الإسناد**" إثر "**القانون الأجنبي المعين**" الواردة في هذا الفصل.

الجواب: توافق الوزارة على المقترح وتضيف للفصل 33 من المشروع عبارة "**بقاعدة الإسناد**" وذلك إثر "**القانون الأجنبي المعين**".

الفصل 34:

يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه.

ويخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب.

I- الشرح: (تأويل القانون الأجنبي)

يتناول هذا الفصل القانون الأجنبي بوصفه قانونا وبذلك يكون المشرّع التونسي قد حسم الجدل القائم حول طبيعة القانون الأجنبي هل هو قانون أم هو مجرد واقعة مادية لفائدة الإتجاه الأوّل حسبما هو واضح من تخويل محكمة التعقيب حق الرقابة على تأويله (ب) من قبل محاكم الموضوع وإخضاع تأويله

للنظام القانوني الذي ينتمي إليه (أ).

أ- تأويل القانون الأجنبي:

تأويل القانون الأجنبي يعني تفسير قواعده ومن المعلوم أن التفسير أنواع فهناك التفسير التشريعي وهناك التفسير القضائي والفقهي.

كما توجد مناهج ومدارس لتفسير القانون كمدرسة الشرح على المتون L'école de l'exégèse والمدرسة التاريخية ومدرسة البحث العلمي الحر.

كما توجد قواعد لتفسير القانون[1] نذكر منها إزالة التعارض بين قواعد القانون والتفسير اللفظي والتفسير المنطقي أو التفسير بالدلالة أو الفحوى ومفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة والقياس العادي والقياس الجلي ... إلخ.

وتختلف التشاريع من دولة لأخرى في تبني هذه النظرية أو تلك وفي إعتماد هذا المنهاج أو ذاك ولهذا أشارت الفقرة الأولى من الفصل 34 م.ق.د.خ على القاضي التونسي بتأويل القانون الأجنبي كما قد يؤوله القاضي الأجنبي[2] (أي قاضي القانون الأجنبي) وذلك بالرجوع إلى مبادئ ومناهج وقواعد التأويل المعروفة والمتبعة في تأويل القانون الأجنبي في النظام القانوني للدولة التي ينتمي إليها[3].

---

[1]- أنظر النظرية العامة للقانون – للأستاذ سمير تناغو، ص737 وما بعد.
– مدخل لدراسة القانون للأستاذ محمد الشرفي، ص 250 وما بعد.

[2]- لقد طالبت المحكمة الإبتدائية المدعي الذي تمسك أمامها بإنطباق القانون السويسري على موضوع النزاع بتقديمه لها وبما يفيد تأويله وفق النظام القانوني الذي ينتمي إليه فقها وفقه قضاء وتحديد سند دعواه على ضوئه – أنظر الحكم التحضيري الصادر في القضية عدد9901 بتاريخ 1999/10/13 (غير منشور).

[3]- الأستاذ محمد العربي هاشم – دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني، ص 104.

ب- رقابة محكمة التعقيب على تأويل القانون الأجنبي:

إن الجدل الذي عرفته طبيعة القانون الأجنبي والذي أشرنا إليه منذ حين قد عرفته رقابة محكمة التعقيب على تأويل القانون الأجنبي فقد كانت محكمة التعقيب التونسية – مثلما ذكرنا آنفا – لا ترى موجبا لإجراء رقابتها على القانون الأجنبي إلا إذا كان في أسانيد الحكم تحريف واضح لنص ذلك القانون[1] (أنظر شرح الفصل 32 من هذه المجلّة) وذلك إستنادا إلى أن محكمة التعقيب "قد أنشئت لضمان وحدة القانون الداخلي"[2] عن طريق توحيد الإجتهاد القضائي.

لكن المشرّع التونسي حسم الأمر على نحو لا يقبل الجدل إذ نصت الفقرة الثانية من الفصل 34 م.ق.د.خ صراحة على أن تأويل القانون الأجنبي يخضع لرقابة محكمة التعقيب.

ويتم تعهيد محكمة التعقيب بالرقابة على سلامة وحسن تطبيق أو تأويل القانون الأجنبي وفق أحكام القانون التونسي (الفصل 175 وما بعده من م.م.م.ت) وهذا يستدعي وجود حكم نهائي الدرجة وتأسيس الطعن في هذا الحكم على سبب من أسباب الطعن الواردة في القانون التونسي وإن يرفع الطعن في الآجال وحسب الصيغ المقررة بالقانون التونسي إذ لا عبرة بأسباب الطعن المعتمدة لتعقيب الأحكام في النظام القانوني الذي تنتمي إليه القاعدة القانونية الأجنبية التي وقعت مخالفتها من القضاء التونسي أو التي حصل خطأ في تطبيقها أو تأويلها منه عملا بقاعدة الإسناد القائلة بأن الإجراءات يسري

---

[1]- القرار التعقيبي المدني عدد5934 المؤرّخ في 1968/03/21 ن القسم المدني عدد2 لسنة 1968 ص22 (سبقت الإشارة إليه).

[2]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ص497.

عليها قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات[1].

لكن محكمة التعقيب التونسية تجري رقابتها على سلامة تطبيق القانون الأجنبي وفق مبادئ التأويل المعروفة في القانون الأجنبي وليس لها أن تخالف هذه المبادئ ولو بدا لها أن تأويل القاعدة القانونية في القانون الأجنبي خاطئ ومخالف لظاهر النص أو منطوقه لان الفقرة الأولى من هذا الفصل توجب تطبيق القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من الفقه وفقه القضاء الوطني والمقارن وقد أشرنا إلى جملة من مصادر هما أثناء شرح هذا الفصل.

ومن القانون المقارن وخاصة القانون الإيطالي (سبقت الإشارة إليه) والفصل 15 منه على وجه الخصوص الذي ينص على ما يلي:

Article 15
(Interprétation et application de la loi étrangère)
La loi étrangère est appliquée selon ses propres critères d'interprétation et d'application dans le temps.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- على مستوى اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل بمشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 39 ويتضمن ما يلي:

الفصل 39: يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه.

---

[1]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ط2، ص657.

ويخضع تأويل القانون الأجنبي لمراقبة محكمة التعقيب.

وقد أقرته اللجنة الثانية تحت رقم 35 مع إبدال عبارة "لمراقبة" بعبارة "لرقابة" لأن كلمة "رقابة" هي السائدة في فقه القضاء التونسي وبالتالي فهي مألوفة ومستعملة للدلالة على رقابة تطبيق القانون بخلاف كلمة مراقبة فهي غير متداولة في فقه القضاء وتستعمل للتعبير عن أنواع أخرى من الرقابة كمراقبة الحدود ومراقبة الأداءات وغير ذلك من الإستعمالات الأخرى.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرت تلك الصياغة تحت رقم 34 دون أي تعديل.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أي إشكال أمام مجلس النواب وقد تمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 35:

لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله.

I- الشرح: (الرد أو الإحالة)

يعالج هذا الفصل مسألة هامة من مسائل القانون الدولي الخاص هي مسألة الرد أو الإحالة (Le renvoi) فيرفضها بصورة أساسية سواء أدت إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بالقانون الأجنبي ويقبلها في الحالات التي يرى فائدة في قبولها أي في حالات خاصة يتولى المشرّع التنصيص عليها حالة بحالة عند الإقتضاء ولا تقبل الإحالة فيما عداها. ولمزيد التوضيح نبين مفهوم

الإحالة (أ) وما يعنيه رفض قبولها (ب).

أ- مفهوم الرد أو الإحالة: Le renvoi

لقد رأينا أن حل التنازع بين القوانين على حكم العلاقة القانونية الدولية الخاصة يتم عن طريق إستعمال ما أصطلح على تسميته بقواعد الإسناد أو قواعد التنازع وإستعمال هذه القواعد قد يؤدي إلى تطبيق القانون الداخلي للقاضي (قواعده الموضوعية) فينتهي التنازع.

وقد يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي وهنا تطرح مسألة تحديد مفهوم القانون الأجنبي فهل المقصود بالقانون الأجنبي قواعده الموضوعية فحسب أم قواعده الموضوعية والدولية (أي قواعد التنازع) على حد سواء في هذه الحالة الأخيرة يمكن أن تبرز مسألة "الإحالة" Le renvoi إذ أن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي قد تعين القانون الأجنبي ذاته فتطبق قواعده الموضوعية وينتهي التنازع بين القوانين وقد تعين قانونا آخر غيره وهذا القانون المعين قد يكون قانون القاضي فنكون أمام إحالة من الدرجة الأولى (Renvoi au 1er degré) وقد يكون قانون دولة ثالثة فنكون أمام إحالة من درجة ثانية وقد تتوالى الإحالة من قانون لآخر فلا تقف عند حد معين[1] وخشية الوقوع في هذه الحلقة المفرغة ترفض العديد من التشاريع الإحالة أصلا.

ب- رفض الإحالة:

تختلف أراء الفقهاء ومواقف التشاريع بشأن قبول الإحالة أو رفضها[2] فالقائلون بقبولها ومنهم الفقيه الفرنسي باتيفول Batiffol يرون أن الإحالة

---

[1]- الأستاذ محمد كامل فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ص417 وما بعد.

[2]- أنظر عرضا لمختلف هذه المواقف: القانون الدولي الخاص للأستاذين سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال ص94 وما بعد.

تحقق التناسق بين أنظمة التنازع في الدول المختلفة وعن طريقها يتم تحديد القانون الأصلح لحل العلاقات الخاصة[1] بينما يعتبرها الرافضون أداة لإطالة عمر النزاع وتعجيز القاضي والخصوم على إثبات مضمون القانون الأجنبي ومدخلا لتسرب بعض القواعد أو الأنظمة القانونية الأجنبية غير المعترف بها (في دولة القاضي) إلى النظام القانوني الوطني فضلا عن "تقلص العمل بها في القانون المقارن وعدم جدواها في القانون الدولي الخاص والإرتباك والشكوك التي تحدثها عند المتقاضي حول معرفة القانون المنطبق"[2] ولهذه الإعتبارات رفض المشرّع التونسي الإحالة سواء أدت إلى العمل بالقانون التونسي[3] (الإحالة من الدرجة الأولى) أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون في حالة معينة على قبولها.

إن رفض الإحالة يعني إستبعاد قواعد التنازع من القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد والمرور مباشرة إلى قواعده الداخلية (الموضوعية) لتطبيقها على العلاقة الخاصة موضوع النزاع. فإذا عينت قاعدة التنازع القانون الفرنسي مثلا لحكم علاقة زواج فإن قواعد التنازع في القانون الفرنسي لا يلتفت إليها إطلاقا – إلا إذا كان هناك نص خاص ينص على قبول الإحالة في حالة معنية بذاتها – وإنما يبحث في قواعده الداخلية المتعلّقة بالزواج عن القاعدة

---

[1]- أشار إليه الأستاذ محمد كمال فهمي بكتابه "أصول القانون الدولي الخاص" ط2 ص424 ومابعد.

[2]- الأستاذ محمد العربي هاشم تقديم مجلّة القانون الدولي الخاص المجلّة التونسية للقانون سنة 1999 ص11 وما بعد والأستاذ نور الدين قارة في تعليق على القرار التعقيبي عدد60562 المؤرّخ في 1999/01/26 المجلّة التونسية للقانون سنة 1999 لكن الأستاذ علي المزغني يرى خلاف هذا انظر تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص65 وما بعد.

[3]- لقد كان فقه القضاء التونسي يقبل الإحالة – أنظر القرار التعقيبي المدني عدد505 الصادر بتاريخ 1978/5/30 (القانون الكندي كان هو القانون الذي عينته قاعدة الإسناد كقانون منطبق على ميراث طبيب كندي مقيم بتونس لكن القانون الكندي (مقاطعة كيباب) أحال على القانون التونسي بإعتبار أن تونس كانت آخر مقر للهالك).

الموضوعية التي تحكم المسألة محل الخلاف لتطبيقها على النزاع.

وفي الختام يمكن التساؤل عمّا إذا كانت الخيارات التشريعية التي قامت عليها المجلّة تقتضي رفض الإحالة أم قبولها؟.

لقد رأينا أن تعيين القانون المنطبق يتم بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني وهذا يعني أن القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد هو القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة القانونية التي أثارت التنازع وأن المقصود بالقانون الأجنبي الأكثر ملاءمة ليس قواعد الإسناد فيه لأننا لا نستطيع من خلالها فحسب أن نعرف ما إذا كان هذا القانون ملائما لحكم العلاقة أم غير ملائم لها، وإنما المقصود هو قواعده الموضوعية هذا من جهة ومن أخرى فإن تكليف القاضي ببذل كلّ جهده لمعرفة القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة التنازع وإقامة الدليل تلقائيا على محتواه يتجافى وقبول الإحالة إذ سيصبح سعي القاضي وراء معرفة القانون الأجنبي بمثابة الجري خلف السراب كلما ظن أنّه ظفر به لم يجده شيئا وهكذا نكون قد أهدرنا جهده دون طائل ولهذا يكون من الأنسب لتجانس قواعد التشريع وإنسجامها مع خياراته وأهدافه الأساسية رفض الإحالة[1].

هذا بالإضافة إلى أن جل القوانين المقارنة التي قننت قواعد القانون الدولي الخاص لم تقبل الإحالة[2].

---

[1]- أنظر دراسة لنا بعنوان: مجلّة القانون الدولي الخاص: الخيارات والأهداف- أعمال ملتقى نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل يوم 12 مارس 1999 حول المجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص الأعمال الكاملة لذلك الملتقى – مصدر سبقت الإشارة إليه – ص62 وما بعد.

[2]- أنظر إتفاقية روما المتعلّقة بالقانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية (الفصل 15) والقانون الكندي (كيباك) الفصل 3080 ومشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد (المادة 111) والقانون السويسري (الفصل 14) وغيرها.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

– فقه القضاء الوطني والمقارن وقد أشرنا إلى البعض من مصادره أثناء شرح هذا الفصل.

–والقانون المقارن: ونذكر منه على وجه الخصوص:

إتفاقية روما حول القانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية (مؤرخة في 1980/06/19) [1] وخاصة الفصل 15 منها وهذا نصه:

Article 15

Exclusion du renvoi

Lorsque la présente convention prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé.

– مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد[2] وخاصة المادة 111 التي هذا نصها:

المادة 111

إذا تقرّر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فإنّه لا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلّق بالقانون الدولي الخاص.

---

[1] – منشورة بـ: RCDIP 80 (2) Avril-Juin 1991.

[2] – كان يسمّى مشروع المجلّة العربية الموحدة للمصالحة وكانت هذه المادة تحمل رقم 87 لكن لما وقعت المصادقة عليها من قبل اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية في دورتها التاسعة التي إنعقدت بتونس من 5 إلى 1983/12/16 م أصبحت تحمل رقم 111.

- القانون السويسري (سبقت الإشارة إليه) وخاصة الفصل14 منه وهذا نصه:

Article 14

1- Lorsque le droit applicable renvoi au droit suisse ou à un autre droit étranger, ce renvoi n'est pris en considération que si la présente loi le prévoit.

2- En matière d'état civil, le renvoi de la loi étrangère au droit suisse est accepté.

- القانون الكندي (كيباك) وخاصة الفصل 3080 وهذا نصه:

3080. Lorsqu'en vertu des règles du présent livre la loi d'un état étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet état, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois.

- مشروع القانون الفرنسي المتعلّق بإصلاح القانون الدولي الخاص وخاصة الفصل 2284:

Article 2284

La loi étrangère s'applique compte tenu de ses règles de conflits de lois chaque fois que celles-ci conduisent à l'application, soit de la loi interne française, soit de la loi interne d'un autre Etat étranger dont les règles de conflits de lois admettent la désignation.

Toutefois, en matière contractuelle et de régimes matrimoniaux, ainsi que pour la forme des actes, il n'est tenu aucun compte des règles étrangères de conflits de lois: il en est de même lorsque le testateur a opté pour sa loi nationale en application de l'article 2307.

- القانون الألماني وخاصة الفصل 4 منه وهذا نصه:

Article 4
Renvois au premier et au second degré
conflits internes

1- Lorsque la loi d'un Etat étranger est désignée, il faut aussi appliquer ses règles de conflit, pour autant qu'elles n'aillent pas à l'encontre du sens de la règle de conflit allemande. Lorsque la loi de cet Etat renvoie à la loi allemande, les règles de droit interne allemandes doivent être appliquées.

2- Si les parties ont la faculté de choisir elles-mêmes la loi d'un Etat, elles ne peuvent opter que pour ses règles substantielles.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 40 ويتضمن ما يلي:

الفصل 40: يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى قانون دولة أخرى.

ولا يقبل الرد إذا تبين للقاضي إعتمادا على قواعد التنازع أن القواعد الموضوعية الأجنبية هي وحدها المعينة.

وإذا سمحت قاعدة التنازع بإختيار القانون المنطبق فإن هذا الإختيار ينحصر في أحكام القانون الأجنبي الموضوعية دون قواعده التنازعية.

لا يقبل الرد المتولد عن إختلاف أصلي في التكييف.

يرفض الرد إذا أفضى إلى العمل بأحكام تمييزية.

ولمّا عرض مشروع اللجنة الأولى على اللجنة الثانية برز صلبها

إتجاهان أحدهما مؤيد لقبول الإحالة والآخر معارض لها وكانت حجج كلّ فريق متمحورة حول الأسباب الرئيسية لقبول الإحالة أو رفضها والتي كنا أشرنا إليها بمناسبة شرحنا لهذا الفصل.

وبعد حوار مطول بين أعضاء اللجنة اتفق أعضاؤها على إعداد ثلاث صياغات للفصل 40 الذي أصبح يحمل رقم 36 تلخص الإتجاهات الكبرى السائدة في التشاريع والفقه وفقه القضاء المقارن وترك الخيار في إعتماد هذه الصياغة أو تلك للسلطة السياسية العليا. وهذا نص الصياغتين الثانية والثالثة لأن الأولى هي نفس الصياغة التي أعدتها اللجنة الأولى والتي سبق إدراجها.

الفصل 36: (صياغة ثانية)

لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله.

الفصل 36: (صياغة ثالثة)

يقبل الرد إذا أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو بقانون دولة أخرى.

ولا عمل بالرد إذا أدت قاعدة التنازع التونسية إلى تطبيق قانون دولة على أساس إختيار الأطراف المعنية.

ولما عرض على اللجنة الثالثة تبنت الصياغة الثانية للفصل 36 الذي أصبح يحمل رقم 35 في المشروع الذي عرض على مصادقة مجلس النواب.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 36:

لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي.

ويثير القاضي الدفع بالنظام العام، مهما كانت جنسية أطراف النزاع.

ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة إرتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي.

ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي.

ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي إستبعد تطبيقها.

I- الشرح: (الدفع بالنظام العام)

يتناول هذا الفصل فكرة النظام العام. وشرحه يستوجب تحديد مفهوم النظام العام (أ) والدفع بالنظام العام (ب) وآثار الدفع بالنظام العام.

أ-مفهوم النظام العام:

يفرق الفقهاء[1] بين ثلاثة أنواع من النظام العام:

---

[1]- أنظر الأستاذ محمد العربي هاشم - دروس في القانون الدولي الخاص - الكتاب الثاني (باللغة الفرنسية)، ص111 وما بعد.

- الأستاذ على المزغني - تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص، ص77 وما بعد.

- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال - القانون الدولي الخاص، ص 140 وما بعد.

النظام العام الداخلي:l'ordre public interne

والنظام العام الدولي الخاص:

l'ordre public international privé ou l'ordre public au sens du DIP

والنظام العام الدولي حقيقة:

l'ordre public réellement international

فالنظام العام الداخلي يتمثل في غايات وأهداف تشريعية عامة تستخلص من روح التشريع الداخلي ومقاصده العامة أو تتضمنها نصوص وقواعد قانونية داخلية تعرف بقواعد النظام العام مثل: قواعد القانون العام (كالقواعد المنظمة للسلطة العامة أو للعلاقات بين السلط في الدولة ...).

والقواعد الدستورية (كالقواعد المحددة للنظام السياسي أو المقررة للحريات العامة أو الشخصية).

وقواعد القانون الجزائي.

وقواعد التنظيم القضائي (أنواع المحاكم وتركيبة هيئات القضاء وتوزيع الإختصاص بينها: الحكمي والنوعي).

وقوانين العملة والصرف والقوانين المنظمة للأسرة ورعاية القصر وغيرها.

فكل ما يتصل بهذه المسائل يعد من النظام العام الداخلي.

- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ص511 وما بعد.
- الأستاذ: P-Mayer – DIP P128 et S
- الأستاذين: Loussouarn et Bourel- DIP 5ème édition 1996 Dalloz P283 et s

والوظيفة الأساسية للنظام العام الداخلي هي ضمان الأمن والعدالة[1] في دولة القاضي ولا يجوز مخالفة النظام العام الداخلي ويعتبر كلّ إتفاق أو علاقة مخالفة له باطلة بطلانا مطلقا.

والنظام العام الداخلي يتعدد وينتوع بتنوع ميادين تدخله فهناك النظام العام الإقتصادي والنظام العام الإجتماعي، والسياسي والحمائي[2] ...إلخ.

بينما النظام العام الدولي الخاص التونسي أي النظام العام بمعناه في القانون الدولي الخاص يعرفه بعض الفقهاء بأنه: "القواعد القانونية التي تتعلّق بالركائز الأساسية لكيان البلاد الإجتماعي أو السياسي أو الإقتصادي والتي يحدث خرقها خللا في هذه الركائز" أو هو: "القواعد العليا التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلّق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد[3] أو هو القواعد الوثيقة الصلة بالنظام القانوني والإجتماعي الذي إستقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الإعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها"[4].

والنظام العام الدولي الخاص يقوم بدور حمائي للنظام القانوني فهو الذي يحمي الأسس الجوهرية في مجتمع قاضي النزاع بمنع تسرب وإنفلات القوانين الأجنبية التي تتعارض جذريا مع تلك الأسس وذلك برفض تطبيق القوانين الأجنبية التي يؤدي تطبيقها إلى نتائج غير عادلة فلا يقبلها الشعور الجماعي

---

[1]- الأستاذ محمد العربي هاشم – دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني ص112.

[2]- الأستاذ سامي بديع منصور – القانون الخاص ص160/159.

[3]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص ص145 وما بعد.

[4]- نقض مصري مؤرخ في 1964/05/27 مجموعة أحكام النقض للمكتب الفني س15 العدد الثاني ص227 – أشار إليه الأستاذ محمد فهمي بكتابه أصول القانون الدولي الخاص ط2 1983 ص570.

كقوانين الميز العنصري أو العرقي أو التي يؤدي تطبيقها إلى المساس بالمبادئ التي تشكل الأسس السياسية والإجتماعية والإقتصادية التي يرتكز عليها مجتمع قاضي النزاع[1] كحقوق المرأة[2] والطفل والحقوق الإقتصادية والإجتماعية وحقوق الإنسان بصورة عامة التي نصت عليها المواثيق الدولية.

أما النظام العام الدولي الحقيقي: l'ordre public réellement international فيعرّفه الأستاذ محمد العربي هاشم بأنه مفهوم خاص جدا للنظام العام ويهدف إلى حماية الأخلاق الدولية ومبادئ القانون الطبيعي (مبادئ القانون الدولي) وقد رفض القضاء المقارن[3] شرعية التصرفات المناهضة لهذه الأخلاق والمبادئ وإعتبرها باطلة ولم يمنحها الحماية القضائية مثل التصرفات والإتفاقات المتعلّقة بتهريب الأسلحة أو بقلب الأنظمة السياسية القائمة أو بتجارة الرقيق الأبيض أو بيع الأطفال وغير ذلك من القيم الكونية.

ب- الدفع بالنظام العام: L'exception de l'ordre public

الدفع بالنظام العام مصطلح خاص يقصد به إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد كقانون منطبق لحكم العلاقة القانونية الدولية الخاصة محل النزاع لمخالفته النظام العام الدولي الخاص في قانون القاضي،[4] وتطبيق قانون المحكمة أو قانون القاضي بدلا منه.

---

[1]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص ص183.

[2]- أنظر الحكم المدني الصادر عن محكمة تونس الإبتدائية تحت عدد3799 بتاريخ 1993/11/19 الذي إستبعدت فيه المحكمة تطبيق القانون السعودي لأنّه لا يعطي المرأة الحق في طلب الطلاق المجلّة التونسية للقانون لسنة 1993 القسم العربي، ص429.

[3]- لقد أورد الأستاذ هاشم في كتابه دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني عدة أقضية تكرس هذا المفهوم الخاص للنظام العام الدولي أنظر، ص117 وما بعد.

[4]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ط2 1983 ص512 وما بعد.

ولا يمكن الحديث عن الدفع بالنظام العام إلا إذا أدى تطبيق قاعدة التنازع إلى تعيين القانون الأجنبي كقانون منطبق على العلاقة القانونية الدولية الخاصة المعروضة على القاضي وتم التعرف على هذا القانون وعلى محتواه وتبين أن أحكامه التي ستطبق على النزاع أو بعضها يتعارض مع الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي[1].

ولهذا لا يعتبر من قبيل الدفع بالنظام العام إستبعاد القانون الأجنبي لإستحالة معرفته أو لإستحالة التعرف على مضمونه أو إستبعاده من قبل قاعدة الإسناد الوطنية نفسها كما في الحالات التي يجلب فيها الإختصاص القضائي الإختصاص التشريعي بحيث تكون المحاكم التونسية هي المختصة والقانون التونسي الداخلي هو المنطبق (مثل حالات الإختصاص بالإجراءات الجماعية أوالإجراءات التحفظية أوالتنفيذية...) ففي هذه الحالات يطبق القانون التونسي ولو كان الأمر سيؤول إلى تطبيق القانون الأجنبي عند النظر في الأصل.

فدعوى الطلاق بين أجنبيين التي ترفع أمام القضاء التونسي ينطبق عليها القانون الشخصي المشترك للزوجين أو قانون آخر مقر مشترك لهما عند إختلاف الجنسية... (الفصل 49 من م.ق.د.خ) لكن الوسائل الوقتية من نفقة وحضانة الصغير وزيارته تتخذ وفقا لأحكام القانون التونسي دون إلتفات إلى القانون الأجنبي الذي يستبعد مؤقتا[2] لأن صبغة التأكد المتمثلة في توفير الحماية العاجلة للقاصر لا تترك أي مجال لإضاعة الوقت في البحث عن القانون الأجنبي والتعرف على مضمونه.

---

[1]- أنظر الحكم المدني عدد2819 الصادر عن محكمة الإستئناف بسوسة بتاريخ 1971/06/24 ق.ت عدد1 لسنة 1972 ص101 وقد إعتبرت فيه المحكمة أن النظام العام يعتبر الوسيلة القانونية في إستبعاد ما يطبق من أحكام أجنبية متى تعارضت جذريا مع الأفكار التي يقوم عليها قانون القاضي.

[2]- الأستاذ محمد العربي هاشم – دروس في القانون الدولي الخاص ص111.

لكن متى يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام الدولي الخاص في قانون القاضي؟ وبأي نوع من النظام العام (لقد رأينا أن هناك ثلاثة أنواع من النظام العام) يدفع القانون الأجنبي؟ ومن يثير الدفع بالنظام العام؟ ومتى؟.

1- متى يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام ؟

يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام الدولي الخاص التونسي إذا كان مضمونه يتعارض مع الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي أي لجملة المبادئ والقيم التي يكرسها الدستور والمواثيق الدولية التي صادقت عليها تونس[1] مثل حرمة الفرد وحرية المعتقد وحرمة المسكن وحرية التنقل والمساواة ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ الأصل البراءة وحق الملكية وحقوق المرأة[2] والطفل وسائر حقوق الإنسان التي ضمنتها المواثيق الدولية التي صادقت عليها تونس وكل القيم الكونية المشتركة بين سائر الأمم كالأمن

---

[1]- الأستاذ محمد العربي هاشم – تقديم مجلّة القانون الدولي الخاص – المجلّة التونسية للقانون 1999 ص15.

والمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص – لنفس الكاتب – المجلّة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص عدد2 أفريل – جوان 1999 – RCDIP – ص239.

[2]- رفضت المحكمة الإبتدائية بتونس طلبا للإذن بتنفيذ حكم طلاق صادر من الزوج أمام موثق الأحوال الشخصية بالقاهرة (مصر) بالرغم من أن طالبة الإذن كانت هي الزوجة بناء على مخالفة هذا النوع من الطلاق النظام العام التونسي في مضمونه الأصلي والمتطق بالقانون الدولي الخاص لأنّه يتعارض مع الخيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي المكرسة بالدستور والمواثيق الدولية التي صادقت عليها تونس مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع إشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 – أنظر الحكم الصادر في القضية عدد34179 بتاريخ 2000/06/27 القسم الفرنسي (المجلّة التونسية للقانون سنة 2000، ص 425 وما بعد مع تعليق الأستاذة منية بن جميع).

كما إستبعدت نفس المحكمة القانون السعودي لمخالفته النظام العام بخصوص منع الزوجة من طلب الطلاق إنشاء وطبقت القانون التونسي – أنظر الحكم الصادر عن المحكمة المذكورة في القضية عدد32779 بتاريخ 2000/07/11 (غير منشور).

والسلم والتآخي بين البشر.

وتحديد مفهوم التعارض بين أحكام القانون الأجنبي المنطبقة على موضوع النزاع والخيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي وإن كان موكولا – مبدئيا – لإجتهاد القاضي فإنه يخضع لبعض الضوابط أو الشروط الموضوعية أهمها:

– أن يكون التعارض واضحا إلى الحد الذي يمكن معه أن يؤدي تطبيق القانون الأجنبي إلى صدم الشعور العام كأن يكون القانون الأجنبي إذا طبق على الوقائع المعروضة على القاضي التونسي سيؤدي إلى إجازة الرق أو إلى إقرار الزواج بين المحارم أو إلى الزواج بين ذكرين أو أنثين أو إلى إجازة تهريب الأسلحة الكيميائية أو الجرثومية أو صنعها أو الإتجار فيها ... إلخ.

– وأن يكون التعارض جديا وثابتا ومستخلصا من منطوق أو مفهوم الأحكام الخاصة في القانون الأجنبي والتي ستطبق فعلا على النزاع وليس من مجرد مبادئ أو توجهات عامة موجودة في القانون الأجنبي وليس لها أي إنعكاس على البت في موضوع النزاع.

وهذا الشرط تقتضيه أحكام الفقرة الرابعة من هذا الفصل التي تنص صراحة على أنّه لا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي.

– وأن لا يكون التعارض مؤسّسا على مدى قوة إرتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي (الفقرة الثالثة من هذا الفصل) وبتعبير آخر أن لا يختلف الدفع بالنظام العام بحسب وجود تقارب بين النظام الذي ينتمي إليه القانون الأجنبي والنظام القانون التونسي أو عدم وجود مثل هذا التقارب (إستبعاد واضح لشرط

تقارب الأنظمة القانونية La condition de proximité) [1] بل يجب على القاضي التونسي أن يثير الدفع بالنظام العام كلما توفرت شروطه وبصرف النظر عن جنسية أطراف النزاع[2].

2- بأي نوع من النظام العام يقع دفع القانون الأجنبي ؟

لقد رأينا أن هناك ثلاثة أصناف من النظام العام لكن ما يعنيه الفصل 36 من م.ق.د.خ إنما هو النظام العام الدولي الخاص التونسي والنظام العام الدولي الحقيقي. أما النظام العام الداخلي فلا يتدخل إلا في العلاقات الداخلية لضمان الأمن والعدالة وكثيرا ما يتسخدم لحماية مصالح بعض الأشخاص كالقصر وفاقدي الأهلية بينما النظام العام الدولي الخاص يتدخل لحماية الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي أي أن دوره حماية الأسس الجوهرية في مجتمع القاضي عن طريق منع تسرب القوانين الأجنبية التي يؤدي تطبيقها إلى نتائج تصدم الشعور الجماعي في مجتمع القاضي.

بينما النظام العام الدولي الحقيقي لا يتدخل إلا لحماية الأخلاق الدولية ومبادئ القانون الطبيعي.

ولعل الفرق بين هذين الصنفين من النظام العام يكمن في أن الأوّل يحمي النظام القانوني لقاضي النزاع ومجال تدخله يكاد يكون منحصرا في الحالات

---

[1]- ويعد هذا الخيار التشريعي رفضا لنظرية سافينيي Savigny الذي كان يرى أن أساس تطبيق القانون الأجنبي هو التقارب بين الأصول العامة في التشريع وهذا التقارب هو الذي يجعل تطبيق القانون الأجنبي غير متعارض مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي وإذا إنقطع هذا التقارب حصل التعارض وأمكن إستبعاد القانون الأجنبي – أنظر مزيدا من التفصيل حول هذه المسألة – أصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي- ص511 وما بعد.

[2]- كانت بعض محاكمنا ترى أنّه "لا يمكن الإحتجاج بالنظام العام إلا عند تنازع القانون التونسي وقانون أجنبي". أنظر الحكم المدني عدد56468 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في 1963/12/25 ق.ت عدد4 لسنة 1964 ص302/66.

التي تكون فيها للعلاقة أو الوضعية القانونية التي أثارت التنازع صلة ببلد القاضي المتعهد بالنزاع[1] ويكون من شأن تطبيق القانون الأجنبي عليها أن يصدم الشعور العام في مجتمع القاضي.

بينما الثاني أي النظام العام الدولي الحقيقي وأن كان هو أيضا يحمي النظام القانوني لقاضي النزاع – بإعتبار حماية الأخلاق الدولية ومبادئ القانون الطبيعي من الخيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي – فإنه يتدخل ولو لم تكن للوضعية القانونية التي أثارت التنازع صلة ببلد القاضي (بتونس). بل يكفي أن تنطوي على خرق واضح لمبادئ القانون الطبيعي أو مساس بالأخلاق الدولية ليثير القاضي الدفع بالنظام العام الدولي الحقيقي كأن تكون العلاقة القانونية الدولية المعروضة على القاضي تتعلّق بالمطالبة بأداء ثمن كمية من المخدرات وقع تبييضه (أي الثمن) في عقد قرض أو في مساهمة في رأس مال شركة وقع فسخها ولم يكن لأي عنصر من عناصر هذه العلاقة صلة بتونس كما إذا كانت المخدرات قد صنعت وبيعت بالخارج ومكان الوفاء يقع بالخارج وعقد الشركة أبرم وفسخ بالخارج والأطراف مقيمين بالخارج وإنما إتفقوا على إسناد الإختصاص للمحاكم التونسية أو رضوا بالتقاضي لديها وقاعدة الإسناد عينت قانونا أجنبيا تبين أن مضمونه لا يرفض شرعية مثل هذا النوع من العلاقات التجارية أي يقبل هذا النوع من الصورية ففي هذه الحالة يجوز للقاضي التونسي أن يدفع القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد بالنظام العام الدولي الحقيقي تطبيقا لأحكام الفقرة الثالثة من هذا الفصل ويبطل العقد حماية للأخلاق الدولية التي توجب تضامن الشعوب وتعاونها على حماية البشرية من مخاطر آفة المخدرات.

---

[1] – الأستاذ محمد العربي هاشم دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني ص116.

3- من يثير الدفع بالنظام العام ؟

توكل كلّ التشاريع مهمة حماية النظام القانوني للقضاء بإعتباره مفوضا من الدولة لفض النزاعات أي أن مهمته تتمثل في إزالة العوارض والصعوبات التي تحول دون تطبيق القانون بصورة تلقائية وتمكين النظام القانوني من مواصلة سيره التلقائي[1].

لكن إثناء قيامه بهذه المهمة قد يكتشف ومن خلال تطبيق قواعد التنازع أن القانون المنطبق على النزاع أي القانون الذي سيعتمده لإصدار أمره بإزالة العارض الذي حال دون تطبيق القاعدة القانونية يتنافى مع الإختيارات الأساسية لنظامه القانوني فيثير ذلك من لقاء نفسه عن طريق الدفع بالنظام العام أي إستبعاد القانون الأجنبي المتعارض تماما مع الخيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي.

وقد رأينا أنّ على القاضي أن يثير الدفع بالنظام العام بقطع النظر عن مدى إرتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي – أي بصرف النظر عن جنسية الأطراف (تونسيين أو أجانب) وإقامتهم أو عدم إقامتهم بتونس وبصرف النظر عمّا إذا كان لمحل العلاقة أو الفعل المنشئ لها صلة بالنظام القانوني التونسي أم لا؟.

لكن هذا لا يمنع الأطراف من إثارة الدفع بالنظام العام إذ بإمكانهم أن يدفعوا به لكن إستعمال هذا الدفع أو عدم إستعماله يخضع لسلطة القاضي التقديرية فإن إقتنع بوجود التعارض بين القانون الأجنبي والنظام القانوني التونسي دفع بالنظام العام وطبق قانونه وإن لم يقتنع طبق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد مع التعليل في كلتا الحالتين.

---

[1]- الأستاذ نبيل إسماعيل عمر – الأوامر على عرائض – منشأة المعارف بالإسكندرية – جمهورية مصر العربية ص16 وما بعد.

4- متى يثار الدفع بالنظام العام؟

يمكن إثارة الدفع بالنظام العام في كلّ طور من أطوار القضية وفي كلّ درجة من درجات التقاضي كما تمكن إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة التعقيب.

لكن بما أن النظام العام يمتاز بالتغير مع الزمن وبعدم الثبات والإستقرار فما يكون مخالفا اليوم للنظام العام قد يصبح غير مناف له غدا – فإن العبرة بكون القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد يتعارض أولا بتعارض مع النظام العام الدولي الخاص التونسي بزمن الحكم في أصل النزاع بل أن الدفع بالنظام العام يرفع إذا زال التعارض بعد صدور الحكم الإبتدائي أن وقع الطعن في ذلك الحكم بالإستئناف على هذا الأساس.

ج- آثار الدفع بالنظام العام:

للدفع بالنظام العام أثران أحدهما سلبي والآخر إيجابي.

1- الأثر السلبي:

ويتمثل في إستبعاد القانون الأجنبي لتعارضه كليا مع الخيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي بالرغم من كونه هو القانون الذي عينته قاعدة الإسناد لحكم العلاقة القانونية التي أثارت التنازع.

لكن الإستبعاد يكون منحصرا في القاعدة القانونية المتعارضة مع الخيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي فحسب دون بقية أحكام القانون الأجنبي فإذا كان القانون الأجنبي يتضمن مبادئ وأحكاما عامة تمنع الملكية الفردية وتستثنى من هذا المنع الحدائق المنزلية أو الضيعات العائلية الصغيرة كما كان عليه الحال في الإتحاد السوفياتي وبلدان أوروبا الشرقية قبل إنهيار الشيوعية فإن القانون السوفياتي لا يستبعد إذا كانت القواعد التي ستطبق منه

هي القواعد المتعلّقة بالحدائق المنزلية مثلا لا المبادئ العامة المانعة لحق الملكية الخاصة لأن هذه القواعد العامة هي التي تتعارض مع الخيارات الأساسية في النظام القانوني التونسي القائمة على إحترام الملكية الفردية.

2- الأثر الإيجابي:

أما الأثر الإيجابي فيتمثل في إحلال القانون التونسي محل القانون الأجنبي بتطبيق أحكامه الموضوعية على العلاقة التي أثارت التنازع.

لكن المشرّع التونسي مراعاة منه لمقتضيات المعاملات الدولية وما تمليه من واجب الإعتراف بالحقوق المكتسبة بالخارج لطف من آثار الدفع بالنظام العام وإعترف لبعض الوضعيات التي نشأت بالخارج بصفة شرعية بأن تكون لها بتونس بعض الآثار القانونية وهذا هو مضمون الفصل 37 من م.ق.د.خ الذي سنتولى شرحه إثر هذا الفصل.

II- المصادر:

الفصل 36 من م.ق.د.خ مستروح من:

- الفقه وفقه القضاء الوطني[1] والمقارن وقد أشرنا إلى العديد من مصادرها أثناء شرحنا لهذا الفصل.

- القانون المقارن: وخاصة:

• إتفاقية روما (سبقت الإشارة إليها) والفصل 16 منها على وجه الخصوص وهذا نصه:

---

[1]- أنظر الحكم المدني عدد2819 الصادر عن محكمة الإستئناف بسوسة بتاريخ 1971/06/24 ق.ت عدد1 لسنة 1972 ص101 (سبقت الإشارة إليه).

Article 16
Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

• القانون السويسري (سبقت الإشارة إليه) والفصل 17 منه على وجـــه الخصوص وهذا نصه:

Article 17

L'application des dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse.

• القانون الكندي (كيباك) والفصل 3081 منه خاصة وهذا نصه:

3081. L'application des dispositions de la loi d'un Etat étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales.

• القانون الألماني والفصل 6 منه خاصة وهذا نصه:

Article 6
Ordre public

La règle de droit d'un Etat étranger sera écartée, lorsque son application conduit à un résultat manifestement incompatible avec les principes fondamentaux du droit allemand. C'est notamment le cas lorsque son application est inconciliable avec des droits fondamentaux.

• مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي الفصل 2283 وهـــذا نصه:

Article 2283

Aucune application n'a lieu en France des lois étrangères manifestement incompatibles avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales.

• مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد وخاصة المادة 113 التي هذا نصها الذي صادقت عليه اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية في دورتها التاسعة التي إنعقدت بتونس من 16 إلى 1983/12/12 م:

المادة 113

"لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت تلك الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام"[1].

III-الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 41 ويتضمن ما يلي:

الفصل 41: أ- لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام الدولي أمام المحكمة التونسية لمجرد إختلاف أحكام القانون الأجنبي المعين عن أحكام القانون التونسي.

يثير القاضي الدفع بالنظام العام إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين معارضة للإختيارات المبدئية للسياسة التشريعية التونسية أو للمبادئ العالمية كالمساواة والحرية وعدم التمييز.

ويثير القاضي الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع

---

[1]- لقد كانت هذه المادة قبل المصادقة عليها تحمل رقم 89 وتتضمن ما يلي "لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي عينته النصوص السابقة إذا كانت تلك الأحكام مخالفة للنظام العام أو الأخلاق الحميدة - أنظر ترجمة إلى الفرنسية لمشروع المجلّة العربية الموحدة للمصالحة والذي عدل وأدمج فيما بعد ضمن مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد – بالمجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص (RCDIP) لسنة 1984 ص383.

Article 16
Ordre public
L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

• القانون السويسري (سبقت الإشارة إليه) والفصل 17 منه على وجـــه الخصوص وهذا نصه:

Article 17

L'application des dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse.

• القانون الكندي (كيباك) والفصل 3081 منه خاصة وهذا نصه:

3081. L'application des dispositions de la loi d'un Etat étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales.

• القانون الألماني والفصل 6 منه خاصة وهذا نصه:

Article 6
Ordre public
La règle de droit d'un Etat étranger sera écartée, lorsque son application conduit à un résultat manifestement incompatible avec les principes fondamentaux du droit allemand. C'est notamment le cas lorsque son application est inconciliable avec des droits fondamentaux.

• مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي الفصل 2283 وهـــذا نصه:

Article 2283

Aucune application n'a lieu en France des lois étrangères manifestement incompatibles avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales.

• مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد وخاصة المادة 113 التي هذا نصها الذي صادقت عليه اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية في دورتها التاسعة التي إنعقدت بتونس من 16 إلى 1983/12/12 م:

المادة 113

"لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت تلك الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام"[1].

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 41 ويتضمن ما يلي:

الفصل 41: أ- لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام الدولي أمام المحكمة التونسية لمجرد إختلاف أحكام القانون الأجنبي المعين عن أحكام القانون التونسي.

يثير القاضي الدفع بالنظام العام إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين معارضة للإختيارات المبدئية للسياسة التشريعية التونسية أو للمبادئ العالمية كالمساواة والحرية وعدم التمييز.

ويثير القاضي الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع

---

[1]- لقد كانت هذه المادة قبل المصادقة عليها تحمل رقم 89 وتتضمن ما يلي "لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي عينته النصوص السابقة إذا كانت تلك الأحكام مخالفة للنظام العام أو الأخلاق الحميدة - أنظر ترجمة إلى الفرنسية لمشروع المجلّة العربية الموحدة للمصالحة والذي عدل وأدمج فيما بعد ضمن مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد – بالمجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص (RCDIP) لسنة 1984 ص383.

وبصرف النظر عن إنتماءاتها العقائدية.

ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى وثاقة روابط النزاع بالنظام القانوني التونسي.

ب- لا يشكل النظام العام عائقا أمام الإعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي.

يقر القاضي بصحة وضعية نشأت أو آثار ترتبت بموجب النظام العام الدولي الأجنبي، على شرط أن يكون هذا النظام العام مطابقا للمبادئ العالمية كالمساواة والحرية وعدم التمييز.

ج- ولا يزاح من القانون الأجنبي سوى أحكامه المخالفة للنظام العام الدولي ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي المبعدة.

لكن اللجنة الثانية رأت أن به أحكاما تفصيلية ينبغي تركها للفقه وفقه القضاء خاصة وأن تقنينها لا يساعد على الإجتهاد ومجابهة الوضعيات القانونية التي قد تفرزها العلاقات الدولية الخاصة التي تتطور بإستمرار فأعادت صياغته وإستبدلت عبارة الإختيارات المبدئية للسياسة التشريعية التونسية أو المبادئ العالمية كالمساواة والحرية وعدم التمييز بعبارة "الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي لأن محتوى التعبير الجديد (والكلام للجنة) أوسع نطاقا من التعبير الأول ويمثل تغييرا لمضمون الفصل وتولت تجزئته إلى فصلين وذلك بإدماج الفقرتين "أ" و"ج" بالفصل الأول وإفراد الفقرة "ب" بفصل مستقل (يتضمن الأثر المخفف للنظام العام) وأصبح الأول يحمل رقم 37 والجزء الثاني يحمل رقم 38 وهذا نص الفصل 37 كما جاء بالمشروع الذي أقرته

اللجنة الثانية:

الفصل 37: لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الخيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي.

ويثير القاضي الدفع بالنظام العام، مهما كانت جنسية أطراف النزاع.

ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة إرتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي.

ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام الدولي التونسي.

ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي المبعدة.

ولما عرض المشروع على اللجنة الثالثة أقرته بعد إدخال تعديل بسيط عليه لمزيد التوضيح تمثل في إستبدال عبارة "ولا يزاح" في الفقرة الرابعة بعبارة "ولا يستبعد" وكلمة المبعدة في الفقرة الأخيرة بعبارة "التي إستبعد تطبيقها" وأصبح الفصل يحمل رقم 36 وهو رقمه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 37:

يتم الإعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي.

I- الشرح: (الأثر المخفف للدفع بالنظام العام)

بعد أن ضبط المشرّع في الفصل المتقدم الآثار الأساسية للدفع بالنظام العام (إستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون التونسي بدلا منه) عمد في هذا الفصل إلى تخفيف تلك الآثار[1] أخذا بمبدأ الإعتراف الدولي بالحقوق المكتسبة الذي يسود القانون الدولي الخاص وذلك بإقامة تفرقة بين نشأة العلاقة القانونية في دولة القاضي (ب) وبين نشأتها في الخارج (أ).

أ- الوضعيات القانونية التي نشأت بصفة شرعية بالخارج:

وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية (عقد زواج بثانية صحيح حسب القانون السعودي تطبيقا لقاعدة الإسناد التونسية التي تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كلّ على حدة - الفصل 45 من م.ق.د.خ) هي التي يعترف بآثارها بتونس ما لم تكن هذه الآثار في حد ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي فيعترف بآثار الزواج بثانية الذي أبرم بين سعوديين بالمملكة العربية السعودية طبق القانون السعودي ويقبل طلب

---

[1]- أنظر بخصوص الأثر المخفف للنظام العام Effet atténué وموقف الفقه وفقه القضاء الفرنسي والتونسي خاصة دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم ص121/120 (بالفرنسية) وكذلك القانون الدولي الخاص للأستاذ علي المزغني ص348/347 (بالغة الفرنسية).

أصول القانون الدولي الخاص – للأستاذ محمد كمال فهمي ص517 وما بعد.

والقانون الدولي الخاص للأستاذين سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال ص182 وما بعد.

الزوجة الثانية المتعلّق مثلا بالنفقة أو الحضانة أو الميراث لأن منح هذه الزوجة النفقة أو الحضانة أو نصيبها من الميراث لا يتعارض في حد ذاته مع النظام العام الدولي التونسي ضرورة أن القانون التونسي يرتب على الزواج واجب الإنفاق على الزوجة المدخول بها ويخوّلها حضانة أبنائها كما يمنح الزوجة نصيبا من مخلّف زوجها.

أما إن كانت آثار العلاقة التي نشأت صحيحة في الخارج تتعارض هي في حد ذاتها مع النظام العام الدولي التونسي فلا يعترف بها فعقد الرهن العقاري المبرم بفرنسا طبق القانون الفرنسي بإعتباره قانون الإرادة أو طبق القانون التونسي بإعتباره قانون موقع العقار لا يمكن أن يرهن به عقار كائن بالبلاد التونسية أو أن يعتمد لتسليط رهن عليه (الفصل 274 من مجلّة الحقوق العينية). لأن هذه الآثار ذاتها تتعارض مع النظام العام الدولي التونسي.

ب- الوضعيات التي تنشأ بدولة القاضي

فلا يعترف بها ولا بآثارها إذا كانت مخالفة لقانونه أو متعارضة مع ركائزه الأساسية. إذ لا يكتسب أي حق في الداخل خلافا للقانون الوطني أو للنظرة الداخلية إلى الموضوع[1] ولهذا فلا مجال للإعتراف بصحة الزواج بثانية المبرم بتونس ولو بين أجنبيين وتطبيقا لقانونهما الشخصي[2].

---

[1]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص، ص183.

[2]- مجلّة القانون الدولي الخاص: الخيارات والأهداف مبروك بنموسى، ص32/31/30 مصدر سبقت الإشارة إليه.

- الأستاذ علي المزغني – تعليق على مجلّة القانون الدولي الخاص، ص77 وما بعد.

-الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال- القانون الدولي الخاص، ص140 وما بعد.

- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ص511 وما بعد.

- الأستاذ: P-Mayer – DIP P128 et S

II- المصادر:

الفصل 37 من م.ق.د.خ مستروح من الفقه وفقه القضاء الفرنسي على وجه الخصوص وقد أشرنا إلى البعض من مصادره أثناء شرح هذا الفصل فلتراجع.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد سبقت الإشارة إلى أن هذا الفصل كان يمثل الفقرة "ب" من الفصل 41 من المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى لكن اللجنة الثانية أفردته بفصل مستقل هو الفصل 38 في مشروعها وهذا نصه:

الفصل 38: لا يشكل النظام العام عائقا أمام الإعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام التونسي.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أعادت صياغته تحت رقم 37 بما صير مضمونه مطابقا لنصه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة في شكل إقتراح لم تقبله الحكومة (وزارة العدل) وهذا نصه فنص جواب وزارة العدل:

السؤال: تقترح اللجنة تعويض عبارة "شرعية" الواردة بالسطر الأول بعبارة "قانونية".

الجواب: تلاحظ الوزارة أنّه من المتجه الإحتفاظ بلفظة "شرعية" الواردة

بالفصل لأنها أولا تؤدي المعنى المطلوب أكثر من لفظة قانونية لأن النص المقترح قد قرن بين عبارتي "الشرعية" و "وفق القانون" وهو كاف للدلالة على وساعة المعنى المقصود. ثم إن الغاية من إستعمال عبارة "شرعية" هو إعتراف البلاد التونسية بوضعيات نشأت بصفة مقبولة عرفا وعادة ببلدان أخرى وليست مناقضة للنظام العام الدولي التونسي أو أنها صحيحة حسب الأوضاع التشريعية لتلك البلدان[1].

الفصل 38:

تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها.

ويطبق القاضي أحكام القانون الأجنبي غير المعين بقواعد التنازع إذا كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود منها.

ولا يمنع من تطبيق القانون الأجنبي أو أخذه بعين الإعتبار إكتساؤه صبغة القانون العام.

I- الشرح: (تطبيق قواعد الضبط أو الأمن)

يتناول هذا الفصل – بقدر كبير من الإنفتاح – القواعد ذات التطبيق المباشر وعلى وجه التحديد ما يعرف منها في فقه القانون الدولي الخاص بقواعد الضبط أو الأمن (Les lois de police)[2] (أ) فيشير إلى وجوب

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ص 248.

[2]- أنظر: - DIP P.Mayer P78 et s

تطبيقها سواء أكانت وطنية أم أجنبية(ب) ثم يمضي في هذا التوجه الإلتفاحي فيقبل تطبيق القانون الأجنبي ولو كان يكتسي صبغة القانون العام(ج).

أ – مفهوم قواعد الضبط أو الأمن: La notion de la loi de police

توجد طريقتان رئيسيتان[1] في القانون الدولي الخاص لصياغة قواعد الإسناد التي يحدّد بها القانون المنطبق على العلاقات القانونية ذات الصبغة الدولية الخاصة فالقانون المنطبق يحدّد:

– أما حسب قواعد إسناد مزدوجة أو ثنائية:

Règles de rattachement doubles ou bilatérales وهي قواعد تحدّد بنفس الطريقة وإسنادا إلى نفس المعيار تطبيق القانون الوطني أو الأجنبي[2] مثل قاعدة الإسناد التي تقول تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها فإذا كان الشخص تونسي الجنسية كان القانون التونسي هو المنطبق (هذا إتجاه) وإذا كان أجنبي الجنسية كان القانون الأجنبي هو المنطبق (وهذا إتجاه ثان).

– تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص للأستاذ علي المزغني (باللغة الفرنسية)، ص46 ومابعد

– دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم (باللغة الفرنسية)، ص147 وما بعد.

– القانون الدولي الخاص الجزء الأول للأستاذ موحند إسعاد نشر ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص130 وما بعد.

– وكلمة بوليس Police مأخوذة من اللغة اليونانية وتعني فن حكم المدينة أنظر هامش ص132 من كتاب الأستاذ موحند إسعاد المشار إليه أعلاه.

1 ـ توجد في مجال عقود التجارة الدولية قواعد مادية تطبق دون الإستناد إلى قانون أي دولة مثل Lex mercatoria وعقد بدون قانون (Contrat sans loi) وغيرهما – أنظر دروس الأستاذ هاشم، ص159 وما بعد.

2 ـ الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص، ص76.

تطبيقها سواء أكانت وطنية أم أجنبية(ب) ثم يمضي في هذا التوجه الإنفتاحي فيقبل تطبيق القانون الأجنبي ولو كان يكتسي صبغة القانون العام(ج).

أ- مفهوم قواعد الضبط أو الأمن: La notion de la loi de police

توجد طريقتان رئيسيتان[1] في القانون الدولي الخاص لصياغة قواعد الإسناد التي يحدّد بها القانون المنطبق على العلاقات القانونية ذات الصبغة الدولية الخاصة فالقانون المنطبق يحدّد:

- أما حسب قواعد إسناد مزدوجة أو ثنائية:

Règles de rattachement doubles ou bilatérales وهي قواعد تحدّد بنفس الطريقة وإسنادا إلى نفس المعيار تطبيق القانون الوطني أو الأجنبي[2] مثل قاعدة الإسناد التي تقول تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها فإذا كان الشخص تونسي الجنسية كان القانون التونسي هو المنطبق (هذا إتجاه) وإذا كان أجنبي الجنسية كان القانون الأجنبي هو المنطبق (وهذا إتجاه ثان).

- تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص للأستاذ علي المزغني (باللغة الفرنسية)، ص46 ومابعد
- دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم (باللغة الفرنسية)، ص147 وما بعد.
- القانون الدولي الخاص الجزء الأول للأستاذ موحند إسعاد نشر ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص130 وما بعد.
- وكلمة بوليس Police مأخوذة من اللغة اليونانية وتعني فن حكم المدينة أنظر هامش ص132 من كتاب الأستاذ موحند إسعاد المشار إليه أعلاه.

[1]- توجد في مجال عقود التجارة الدولية قواعد مادية تطبق دون الإستناد إلى قانون أي دولة مثل Lex mercatoria وعقد بدون قانون (Contrat sans loi) وغيرهما – أنظر دروس الأستاذ هاشم، ص159 وما بعد.

[2]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص، ص76.

ويتمثل هذا النوع من القواعد – بالنسبة للقانون التونسي – على وجه الخصوص في القواعد الواردة بالباب الثاني من مجلّة القانون الدولي الخاص أي الفصول من 39 إلى 76.

– وإما حسب قواعد إسناد منفردة الجانب أو ذات شق واحد:

Règles de rattachement unilatérales وتقتضي هذه القواعد أن تقتصر قاعدة الإسناد على تحديد نطاق إختصاص القانون الوطني فحسب لأن المشرّع الوطني ليس له صفة لتحديد نطاق تطبيق القوانين الأجنبية[1] ومن أبرز الأمثلة على هذا النوع من قواعد الإسناد: قواعد الإختصاص القضائي الدولي.

لكن هذه الطرق المتبعة لتعيين القانون المنطبق وخاصة الطريقة المزدوجة والتي ما تزال مهيمنة على كيفية صياغة قواعد التنازع – قد لا توفر في بعض الحالات الحماية اللازمة للخيارات الأساسية للدولة فيتدخل المشرّع– عن طريق التشريع– لتخليص قواعد التنازع المزدوجة من الصبغة الدولية فيقصي قواعد التنازع تماما ويأمر بتطبيق قوانين الأمن (Les lois de police) مباشرة ودون ما حاجة إلى أن تعينها إحدى قواعد الإسناد[2].

ويعرف الفقيه الفرنسي Francescakis قوانين الأمن بأنها تلك القواعد التي يكون تطبيقها ضروريا لحماية التنظيم السياسي والإجتماعي أو الإقتصادي للبلاد[3]. مثل قوانين الصرف أو القوانين المتعلّقة بصيانة الأموال الشائعة من التلاشي عن طريق منع قسمة كلّ ما يمثل وحدة إقتصادية من المال الشائع الكائن بتونس ومثل حماية المستهلك، وعدم جواز إغراق السوق وحماية

---

[1] – الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – ص 267 وما بعد.

[2] – الأستاذ علي المزغني: تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص، ص46 وما بعد.

[3] – الأستاذ: P. Mayer DIP p78/79.

العمال: بتحديد الأجر الأدنى ووجوب الإنذار قبل فسخ عقد الشغل والقوانين المنظمة لمهنة البنوك أو للإستثمار الأجنبي والقوانين المنظمة لشركات التجارة الدولية أو المتعلّقة بالمناطق الحرة[1] وغيرها من الحالات والأوضاع التي تكون فيها للعلاقة القانونية صلة بأكثر من نظام قانوني ومع ذلك يطبق عليها القانون الوطني أو الأجنبي بإعتباره من قوانين الأمن دون إستعمال لقواعد الإسناد أو للدفع بالنظام العام.

لكن هذه القوانين لا تطبق – حسب الفصل 38 من م.ق.د.خ – إلا إذا كانت ترمي إلى تحقيق غرض محدد وكان تطبيقها ضروريا لتحقيق الغرض المقصود من وضعها بحيث لا تطبق إلا لحماية الأغراض السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية التي وضعت من أجلها.

ب- تطبيق قواعد الأمن:

1- قواعد الأمن الوطنية: Les lois de police nationales

تشير أحكام الفقرة الأولى من هذا الفصل إلى أن قواعد الأمن الوطنية تطبق وجوبا على العلاقة الدولية الخاصة إذا كان تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها وذلك مهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أي سواء أكان القانون التونسي أم القانون الأجنبي فإذا تعلق النزاع بعقد بيع تضمن تسوية ديون مثلا بين شخصين أحدهما مقيم بتونس (حسب قانون الصرف) والآخر غير مقيم بها فإن قاعدة التنازع المنصوص عليها بالفصل 62 من م.ق.د.خ تخضع هذا العقد للقانون الذي تعينه الأطراف لكن بما أن الأمر يتعلّق بدخول وخروج العملة الذي له تأثير على السياسة النقدية للدولة التي ينظمها قانون خاص هو مجلة الصرف والتجارة الخارجية فإن أحكام هذا

[1] - الأستاذة حمدة الورسيغني: دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني ص 152.

القانون هي التي يجب أن تطبق دون سواها مهما كان القانون الذي قد تعينه قاعدة الإسناد التي يتم إستبعادها تماما من هذا المجال بقواعد الأمن الوطنية. لكن في حدود ما يشمله نطاق قاعدة الأمن لا غير أما بقية المسائل الأخرى كأهلية المتعاقدين وتأويل العقد وما قد يترتب عن عدم تنفيذه من مسؤولية فتبقى خاضعة للقانون الذي تعنيه قاعدة الإسناد.

وتحديد ما إذا كانت أحكام القانون التونسي (Lois de police) هي التي يجب أن تطبق دون سواها بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها يخضع لإجتهاد قضاة الأصل تحت رقابة محكمة التعقيب بإعتباره من مسائل القانون.

2- قواعد الأمن الأجنبية: Les lois de police étrangères

إن إتصال قواعد الأمن الأجنبية بسيادة الدولة التي تنتمي إلى نظامها القانوني إتصالا وثيقا جعل قواعد التنازع الثنائية تقصيها دائما من محتوى القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد لا لشيء إلا لأنها تخدم مصالح دولة أجنبية[1]. لكن هذا الإقصاء لا يجد له مبررا في بعض الحالات التي يكون فيها هذا النوع من القواعد الأجنبية تربطه بالوضعية القانونية المعروضة على القاضي روابط وثيقة ويكون تطبيقها ضروريا لحل النزاع بناء على أن الغرض المقصود من وضعها إنما هو تطبيقها هي دون غيرها من أحكام القانون الأجنبي على الوضعية القانونية المعنية.

ولتجنب الوقوع في دوامة الجدل التي عرفها الفقه وفقه القضاء المقارن[2] فضل المشرّع التونسي (الفقرة الثانية من هذا الفصل) حسم هذه المسألة بالتنصيص صراحة على إمكانية تطبيق القانون الأجنبي ولو لم تعينه

---

[1]- الأستاذ: P. Mayer DIP p81.

[2]- أنظر عرضا مفصلا لهذه الآراء والمواقف المتباينة بخصوص قوانين الأمن الأجنبية: القانون الدولي الخاص – الجزء الأول للأستاذ موحند إسعاد ص139 وما بعد.

قاعدة الإسناد إذا كانت القواعد التي ستطبق منه قواعد أمن (Les loi de police).

لكن بشرطين هما:

- أن تكون لها روابط وثيقة بالوضعية القانونية المتنازع بشأنها أي أن تكون لها علاقة متينة إما بأطراف العلاقة القانونية الدولية الخاصة أو بموضوعها أو بالواقعة المنشئة لها (Le fait générateur).

- وأن يكون تطبيقها أي قواعد الأمن ضروريا بالنظر للغرض المقصود منها مثل القوانين التي تحمي الأجراء أو القصر.

ج- القانون الأجنبي يكتسي صبغة القانون العام:

تشير الفقرة الأخيرة من هذا الفصل إلى أن إكتساء القانون الأجنبي صبغة القانون العام لا ينبغي أن تحول دون تطبيقه أو أخذه بعين الإعتبار على الأقل إذا عينته قاعدة الإسناد الوطنية لكن بالرغم من وضوح هذه الفقرة الظاهر فإن وجودها بهذا الفصل الذي خصصه المشرّع لقواعد الأمن يضفي عليها بعض الغموض لأن إعطاءها هذا المفهوم الذي يعني أن القانون الأجنبي يشمل حتى القواعد التي تكتسي صبغة القانون العام يجعل إدراجها كفقرة من فقرات هذا الفصل لا مبرر له بالإضافة إلى أن القانون الدولي الخاص إنما هو قانون العلاقات الدولية الخاصة وليس العلاقات العامة ولكي يرفع هذا الغموض وتستبعد قلة التجانس بين أجزاء هذا الفصل فلا مناص من تأويل عبارة القانون الأجنبي بأنها تعني قواعد الأمن في القانون الأجنبي فحسب وهي التي تطبق أو تؤخذ بعين الإعتبار ولو كانت تكتسي صبغة القانون العام كتلك القواعد المتعلّقة بالأداءات والضرائب.

II-المصادر:

إلى جانب المصادر الفقهية التي أشرنا إليها أثناء شرح هذا الفصل فقد رجعت اللجان الفنية إلى عدة تشاريع مقارنة قبل أن تحدّد مضمونه وتصوغ أحكامه نذكر منها:

- القانون السويسري والفصول 18 و19 و13 على وجه الخصوص وهذا نص الفصلان الأولان أما الفصل 13 فقد سبق إدراجه ضمن مصادر الفصل 33:

Article 18

Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi.

Article 19

1- Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit

2- Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit.

- القانون الإيطالي الفصل 17 منه خاصة:

Article 17

(Normes d'application nécessaire)

Est réservée la primauté sur les dispositions qui sutvent des règles Italiennes qui, en considération de leur objet et de leur but, doivent être appliquées nonobstant la désignation de la loi étrangère.

- القانون الكندي (قانون كيبـاك) والفصـل 3082 منـه علـى وجـه الخصوص:

3082: A titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre Etat. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 42 ويتضـمن ما يلي:

الفصل 42: تنطبق مباشرة أحكام القانون التونسي التي يكـون تطبيقهـا بالنظر إلى غرضها الخصوصي ضروريا وأكيدا مهما كان القانون المعين مـن قواعد التنازع.

يطبق القاضي الأحكام الآمرة لقانون أجنبي غير معين بقواعد التنازع إذا كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق هـذه الأحكـام ضروريا وأكيدا حسب هذا القانون.

إن صبغة القانون العام للقانون الأجنبي لا تشكل عائقا أمـام تطبيقـه أو أخذه بعين الإعتبار حسب الحالة.

وقد أقرت اللجنة الثانية مضمون هذا الفصل تحـت رقـم 39 بعـد أن أدخلت على صياغته بعض التعديل لمزيد الوضوح والدقة.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرت الصياغة التي كانت أعدتها اللجنـة

الثانية وأصبح الفصل يحمل رقمه الحالي أي 38.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وهذا نصه فنص جواب وزارة العدل:

السؤال: تقترح اللجنة تعويض عبارة "روابط وثيقة" الواردة بالسطر الرابع بـ"إرتباط وثيق".

الجواب: يتجه الإبقاء على العبارة كما وردت بالمشروع ذلك أن لفظة "روابط" أدق من الناحية النظرية والقانونية طالما أن المشروع إعتمد النظرية الأنقلو سكسونية التي تقوم على إعتماد القاضي لروابط أو عناصر عديدة لها وثيق العلاقة بالوضعية القانونية المعروضة عليه وهي النظرية المعبرعنها بـ The proper law خارج إطار قاعدة الإسناد وهي طريقة مرنة تتطلب النظر حالة بحالة وتفرز تطبيق القانون الأكثر ملاءمة مع الوضع المطروح.

الباب الثاني
حقوق الأشخاص

الفصل 39:

تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي.

وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية.

وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي.

I- الشرح: (الأحوال الشخصية)

إذا كانت العلاقة القانونية المعروضة على القاضي ذات عنصر أجنبي (Elément extraneïté) فإن حل الخلاف بشأنها يمكن أن يخضع لقوانين دول مختلفة فينشأ ما يعرف بتنازع القوانين Conflit de lois وعندئذ يتولى القاضي حل هذا التنازع مستعملا قواعد قانونية وطنية خاصة تعرف بقواعد التنازع أو الإسناد Règles de conflit ou de rattachement لتعيين القانون المنطبق على النزاع (La loi applicable) وقد رأينا أن الفصل 26 من هذه المجلّة قد وضع منهاجا و"أنموذجا" لتحديد القانون المنطبق وقلنا أن الأنموذج يتمثل في قائمة من الحلول الجاهزة لتحديد القانون المنطبق لم يقع التوصل إليها إنطلاقا من مبدأ معد سلفا وإنما إنطلاقا من علاقة قانونية أختير لها القانون الأكثر ملاءمة لحلها[1].

---

[1]- مبروك بنموسى: مجلّة القانون الدولي الخاص: خيارات وأهداف - أعمال ملتقى نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل يوم 12 مارس 1999 حول المجلّة التونسية

ويتمثل هذه الأنموذج في سلسلة من الحلول تضمنتها الفصول من 39 إلى 76 من هذه المجلّة وذلك لأن القانون المنطبق على النزاع ذي العنصر الأجنبي يختلف بإختلاف أصناف الحقوق وأصناف الحقوق في القانون الدولي الخاص التونسي ثلاثة: حقوق تتعلّق بالحالة الشخصية وحقوق تتعلّق بالأموال وحقوق تتعلّق بالإلتزامات.

وقد صنفت مجلّة القانون الدولي الخاص الأحوال الشخصية إلى ثلاثة أصناف: حقوق الأشخاص وحقوق العائلة وحقوق الإرث وحددت القانون المنطبق على كلّ صنف.

ويمثل الفصل 39 الذي إستهل به المشرّع قواعد الإسناد المحددة للقانون المنطبق على حقوق الأشخاص المبدأ العام والحل الأساسي لحالات التنازع المتعلّقة بالحالة الشخصية بصورة عامة. ولهذا فإن شرحه يستوجب توضيح مفهوم الأحوال الشخصية بصورة عامة (أ) ومفهوم حقوق الأشخاص (ب) ثم بيان القانون المنطبق (ج).

أ- مفهوم الأحوال الشخصية:

الأحوال الشخصية هي مجمل العلاقات والأوضاع القانونية المتصلة بذاتية الشخص وبعلاقاته العائلية[1].

وقد جاء بجواب وزارة العدل على أحد أسئلة مجلس النواب بمناسبة مناقشة مشروع قانون هذه المجلّة أن القصد من عبارة الأحوال الشخصية هو كلّ ما يتعلّق بحياة الإنسان الشخصية التي لها علاقة بالأسرة من يوم الولادة

للقانون الدولي الخاص أنظر الأعمال الكاملة لذلك الملتقى – مصدر سبقت الإشارة إليه ص52 وما بعد.

[1]- الأستاذ: موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص الجزء الأول ص267.

إلى تلاشي ذمته المالية ووفاته وقسمة تركته[1].

ويشمل مصطلح الأحوال الشخصية حسب الفصل 2 من الأمر المؤرّخ في 12 جويلية 1956 المتعلّق بالأحوال الشخصية للأجانب[2]: النزاعات المتعلّقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالزواج ونظام الأموال بين الأزواج وحقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع وواجب النفقة بين الأقارب وغيرهم وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقيامة والحجر والترشيد والهبات والمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات بموجب الموت والغيبة وإعتبار المفقود ميتا.

ولئن لم تتوخ مجلّة القانون الدولي الخاص منهاج التعداد الذي كان أمر 1956 قد إتبعه لتحديد نطاق الحالة الشخصية فإنها قد إستوعبت – تقريبا – جميع الحالات التي تضمنها الأمر المذكور مع سد بعض الفراغات حسبما سنلاحظه من خلال شرح الفصول من 40 إلى 56.

ب- مفهوم ونطاق حقوق الأشخاص:

إن المقصود بحقوق الأشخاص أو حقوق العائلة أو حقوق الميراث – هنا – ليس الحق في حد ذاته وإنما قواعد التنازع المتعلّقة به لأن القانون الدولي الخاص (قواعد التنازع) لا ينشئ الحقوق وإنما يعين القانون المنطبق عليها حسب التصنيف القانوني الذي توخاه.

ولهذا فإن المقصود بحقوق الأشخاص إنما هو قواعد الإسناد المحددة

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 حول مشروع القانون المتعلّق بإصدار مجلّة القانون الدولي الخاص – الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص246.

[2]- ألغى هذا الأمر بالفصل 3 من القانون عدد97 لسنة 1998 المؤرّخ في 1998/11/27 المتعلّق بإصدار مجلّة القانون الدولي الخاص.

للقانون المنطبق على هذه الحقوق التي تنشئها قواعد قانونية موضوعية توجد خارج القانون الدولي الخاص (مثل قانون الحالة المدنية[1] أو مجلّة الأحوال الشخصية أو مجلّة الإلتزامات والعقود أو مجلّة الحقوق العينية وغيرها).

وحقوق الأشخاص هي حقوق تخص الشخص ذاته وتتعلق بتعريف الفرد كالإسم واللقب والجنسية والموطن[2] أو بشخصيته القانونية كالأهلية والولاية والفقدان والغياب أو بمقومات هذه الشخصية المادية والمعنوية كحقوق الشخصية (Droit de la personnalité).

ج- القانون المنطبق على الأحوال الشخصية:

لقد إستقر رأي الفقهاء على إخضاع الحالة الشخصية للقانون الشخصي لصاحب العلاقة إلا أنهم إختلفوا حول عنصر الإسناد الذي يحدّد هذا القانون[3] وكادوا يجمعون على أن نطاق القانون الشخصي أضيق من أن يستوعب كلّ ما يتعلّق بالحالة الشخصية لإفراد الناس.

1- عنصر إسناد الأحوال الشخصية:

لقد إختلف الفقهاء[4] حول عنصر الإسناد الأكثر ملاءمة لحل التنازع

---

[1]- أنظر فصل 26 من القانون عدد3 لسنة 1957 المؤرّخ في 1957/08/01 المتعلّق بتنظيم الحالة المدنية الذي يعطي للشخص الحق في إسم أو أسماء ... إلخ أو الفصل 1 من القانون عدد53 لسنة 1959 المؤرّخ في 1959/05/26 المتعلّق باللقب العائلي الذي يوجب على كلّ مواطن تونسي أن يكون له زيادة على إسمه أو أسمائه لقب عائلي.

[2]- لم تتعرض المجلّة لا للموطن ولا للجنسية وقد كنا بينا أن القانون المنطبق على الجنسية لا تحدده قواعد الإسناد الثنائية وإنما تحدده قواعد أحادية تطبق مباشرة. أما الموطن فقد إقترح الفقهاء عدة حلول لربطه بقانون معين منها: القانون الشخصي وقانون قاضي النزاع وقانون مكان إبرام التصرف كما إقترح الأستاذ لوفاسار أن يرتبط المقر بالمؤسسة القانونية التي يطبق بصددها أنظر الأستاذ موحند إسعاد القانون الدولي الخاص الجزء الأوّل ص283.

[3]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص الجزء الأوّل ص269 وما بعد.

[4]- أنظر القانون الدولة الخاص للأستاذ موحند إسعاد الجزء الأوّل ص269 وما بعد

أما إذا كانت العلاقة مثار النزاع تربط بين شخصين أو أكثر وكان كلّ واحد منهم يحمل جنسية تختلف عن جنسية الآخر فإن المجلّة قد توخت الحل الأكثر إنسجاما مع أحكام مجلّة الأحوال الشخصية ولا سيما بعد إصلاحات 1993/07/12 إذ أخضعت العلاقة لقانون المقر المشترك أو لقانون مكان إبرام العقد أو لقانون المحكمة بحسب الحالات (أنظر الفصول 59/48/47 من م.ق.د.خ) وبذلك تحاشت الصعوبات التي قد يخلقها التطبيق التوزيعي[1] لكل القوانين المختصة في صورة إختلاف جنسية الطرفين وخضوع العلاقة المتنازع بشأنها للقانون الشخصي لكل منهما.

– **إنعدام الجنسية:** لم تتعرض المجلّة لعنصر الإسناد الذي يحدّد به القانون المنطبق على الحالة الشخصية لعديمي الجنسية ويبدو أنها تركت الأمر لأحكام القانون الدولي العام مثلما فعلت بالنسبة للحصانات الدبلوماسية والقنصلية وحصانة البعثات الخاصة لإعتبارات كنا وضحناها عند شرح الفصل الأوّل من هذه المجلّة والفصول المتعلّقة بحصانة الدول والذوات المعنوية العمومية الأجنبية ولهذا يجب الرجوع لإتفاقية نيويورك المؤرخة في 1954/09/28 المتعلّقة بعديمي الجنسية[2] التي تنص المادة 12 منها على أن حالتهم تخضع لقانون مقرهم أو لقانون القاضي عند إنعدام المقر.

– **اللاجئون:** تعتبر صلة اللاجئ بوطنه منقطعة ولو بصورة وقتية لأن دولته – حتى وأن إحتفظ بجنسيتها – لا تستطيع مدة لجوئه أن تمارس عليه سلطتها بصورة فعلية[3] ولهذا يتمتع اللاجئون بوضع قانوني خاص تنظمه

---

[1]– أنظر شرحا مفصلا "للتطبيق التوزيعي" لقانونين منطبقين على نفس العلاقة – القانون الدولي الخاص الجزء الأوّل ص274 وما بعد للأستاذ موحند إسعاد.

[2]– مصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية بموجب القانون عدد27 لسنة 1969 المؤرّخ في 9 ماي 1969 (الرائد الرسمي عدد19 الصادر في 13 ماي 1969).

[3]– الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص الجزء الأوّل ص273/272.

الإتفاقيات الدولية.

وبخصوص القانون المنطبق على أحوالهم الشخصية فقد نصت المادة 12 من إتفاقية جينيف للاجئين المبرمة في 1951/07/28[1] على أنها تخضع لقانون المقر وفي صورة عدم وجود مقر للاجئ فقانون مكان إقامته.

2- نطاق القانون الشخصي:

تخضع الأحوال الشخصية بصورة عامة للقانون الشخصي للمعني بالأمر وقد رأينا أن عنصر الإسناد المحدد للقانون الشخصي هو مبدئيا جنسية المعني بالعلاقة لكن لكل مبدأ أو قاعدة إستثناء فالقانون الشخصي وأن كان هو القانون المنطبق على الأحوال الشخصية بمفهومها الواسع الذي سبقت الإشارة إليه فإن بعض الأوضاع القانونية يحكمها قانون المقر أو قانون قاضي النزاع (مثل تعيين المقدمين على القصر أو محاسبتهم) أو قانون مكان وجود المال (مثل الميراث في بغض الحالات أنظر الفصل 54 من م.ق.د.خ) أو غيرها مما سنوضحه في موضعه أثناء شرحنا بقية الفصول المتعلّقة بحل التنازع في مادة الأحوال الشخصية.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من القانون الداخلي ومن القانون المقارن.

أ- القانون الداخلي:

1- التشريع:

الفصل الأوّل من أمر 1956/07/12 المنقح بأمر 1957/06/24 وأمر

---

[1]- مصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية بموجب الأمر العلي المؤرّخ في 1955/06/02 (الرائد الرسمي التونسي عدد47 الصادر في 1955/06/14).

1957/09/27 المتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب وهذا نصه[1]: "الأجانب خاضعون فيما يخص أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني".

2- فقه القضاء:

نذكر منه الحكم المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد30593 بتاريخ 1973/05/24 (ق.ت عدد615 لسنة 1974 ص410/62).

ب- القانون المقارن:

من أهم المصادر القانونية المادية لهذا الفصل نذكر:

- القانون الألماني والفصل 5 منه على وجه الخصوص وهذا نصه.

Article 5
Statut personnel

1- Lorsqu'est applicable la loi nationale d'une personne et que celle-ci possède plusieurs nationalités, il faut se reporter à la loi de l'Etat auquel la personne est le plus étroitement liée, notamment par sa résidence habituelle ou des événements caractéristique de sa vie. Si la personne possède aussi la nationalité allemande cette nationalité prévaut.

2- Lorsqu'une personne est apatride, ou que sa nationalité ne peut pas être établie, sera appliquée la loi de l'Etat de sa résidence habituelle ou, à défaut, de sa résidence.

3- Lorsqu'est applicable la loi de la résidence ou de la résidence habituelle et qu'une personne ayant une capacité restreinte change de résidence sans le consentement de son

---

[1]- صدر هذا الأمر في 12 جويلية 1956 يحمل العنوان التالي "أمر يتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للتونسيين من غير المسلمين واليهود ثم عدل بالأمر المؤرّخ في 1957/06/24 فأصبح عنوانه: "أمر يتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب كما أصبح الفصل الأوّل منه ينص على: "الأجانب خاضعون فيما يخص أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني وقد نسخ هذا الأمر بموجب قانون إصدار مجلّة القانون الدولي الخاص.

représentant légal, ce changement n'entraîne pas, à lui seul, l'application d'un autre droit.

- مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي والفصل 2285 منه على وجه الخصوص وفيما يلي نصه كاملا:

Article 2285

Pour l'application des règles françaises du droit international privé, si une personne a plusieurs nationalités dont la nationalité française, cette dernière est seule retenue.

Lorsque cette personne ne possède pas la nationalité française, seule est prise en considération sa nationalité effective.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 43 ويتضمن ما يلي:

الفصل 43: تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي.

إذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية.

إذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي.

ولمّا عرض المشروع على اللجنة الثانية أقرته دون تعديل مكتفية بإضافة حرف الواو في بداية الفقرتين الثانية والثالثة للربط وتحوير رقمه من 43 إلى 40.

أما اللجنة الثالثة فقد أقرت هذا الفصل حسب الصيغة التي إعتمدتها اللجنة الثانية دون أي تعديل ما عدا رقمه فقد أصبح 39 وهو رقمه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أي إشكال أمام مجلس النواب وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 10:

تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية، أما بالنسبة للذوات المعنوية فهي تخضع إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط..

وإذا كان أحد الأطراف في إلتزام مالي له الأهلية حسب قانون الدولة التي أبرم فيها ذلك الإلتزام فإنه لا يمكنه الإحتجاج بعدم أهليته أو نقصانها عملا بقانونه الشخصي أو بقانون الدولة التي نشأ فيها أو تعاطى فيها نشاطه إلا إذا كان الطرف المتعاقد معه يعلم أو كان عليه العلم بإنعدام أهليته أو نقصانها عند إبرام الإلتزام.

I- الشرح: (الأهلية)

إن شرح هذا الفصل يستوجب بيان فكرة الأهلية وتحديد نطاقها (أ) وبيان القانون المنطبق على الأهلية (ب).

أ- فكرة الأهلية ونطاقها:

الأهلية كمفهوم قانوني تعني الصلاحية أو القدرة على إكتساب الحقوق وتحمل الواجبات.

وهي نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء أو تصرف.

فأهلية الوجوب هي "صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات

التي يقررها القانون[1].

وأما أهلية التصرف فهي صلاحية صاحب الحق لإستعمال ذلك الحق بنفسه أي صلاحية من له أهلية الوجوب لممارسة حقوقه بنفسه[2].

وإذا كان الشخص الطبيعي يتمتع بأهلية الوجوب والأداء (التصرف) فإن الذات المعنوية لا تتمتع إلا بأهلية الوجوب وفي حدود الغرض أو الأغراض التي أحدثت من أجلها (موضوع الشركة مثلا).

أما أهلية التصرف فلا تتمتع بها الذوات المعنوية لأنها غير قادرة على ممارسة حقوقها بنفسها[3] إذ أنها ولو كانت منزلة منزلة الصغير الذي يمكن أن يصبح مع مرور الزمن مميزا ثم رشيدا – فإنها غير قادرة بطبيعتها على الميز والإدراك وبالتالي لا بد لها من شخص طبيعي ينوبها في القيام بالأعمال القانونية بإسمها وفي حقها.

وفكرة الأهلية تشمل على وجه الخصوص:

شروط إكتساب الأهلية بنوعيها: وسن التمييز، والترشيد، والرشد وأسباب الحجر (صغر السن والجنون وضعف العقل والسفه، والخضوع لبعض أنواع العقوبات السالبة للحرية، أو لبعض أنواع التحاجير...)، والتصرفات التي يجوز لناقص الأهلية القيام بها بمفرده والتي لا يجوز له القيام بها إلا بواسطة

---

[1]- الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ج1 ص107 – نشر دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

الأستاذ محمد الزين – النظرية العامة للإلتزامات –1-العقد – تونس 1993 ص 81

[2]- دروس في القانون المدني – للمؤلف المعهد الأعلى للقضاء– شعبة تكوين عدول التنفيذ دورة 1998/99.

[3]- الأستاذان محمد الشرفي وعلي المزغني – أحكام الحقوق – دار الجنوب للنشر سنة 1995 ص271.

وليه أو إلا بإذن من القاضي المختص وجزاء مخالفة نقص الأهلية (البطلان النسبي أو المطلق) وتقادم التصرفات المشوبة بهذا النوع من العيوب، ومن يحق له أن يتمسك بالبطلان الناشئ عن نقص الأهلية، وإمكانية إقرار تصرفات ناقص الأهلية أو عدم جواز إقرارها، ووسائل حماية ناقصي الأهلية كالوصاية والقوامة[1].

ب- القانون المنطبق على الأهلية:

يفرق الفصل 40 فيما يخص القانون المنطبق بين أهلية الشخص الطبيعي وأهلية الشخص المعنوي.

1- القانون المنطبق على أهلية الشخص الطبيعي:

1.1- أهلية التصرف: ينطبق على أهلية تصرف الشخص الطبيعي كقاعدة عامة القانون الشخصي للمعني بالأمر أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها صاحب الوضعية القانونية المتنازع بشأنها.

لكن يستثنى من تطبيق القانون الشخصي على مسائل الأهلية حالات إنعدام الأهلية الخاصة وأهلية التقاضي، وحالة الجهل المعذر بالقانون الأجنبي (الفقرة الثانية من الفصل 40).

حالات إنعدام الأهلية الخاصة: يتدخل المشرّع أحيانا لحماية الغير أو المجتمع أو الورثة فيجرد بعض الأشخاص من أهلية الوجوب مثل منع القضاة وكتاب المحاكم والمحامين ووكلاء الخصام من إكتساب الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم التي يباشرون بها وظيفتهم وغيرهم من الأشخاص المذكورين بالفصول 566/567/568/569/570 من مجلّة الإلتزامات والعقود أو ببعض النصوص الخاصة.

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص الجزء الأوّل ص286 وما بعد.

أو من أهلية الأداء مثل المحكوم عليه بالسجن مدة تتجاوز العشر سنوات من أجل جريمة واحدة.

فهذه الحالات من إنعدام الأهلية والتي يكون جزاء مخالفتها بطلان التصرف بطلانا مطلقا لا تخضع للقانون الشخصي للمعني بالأمر وإنما للقانون الذي يخضع له ذلك التصرف[1].

أهلية التقاضي: ونقصد بها صلاحية الشخص لممارسة حق القيام بطلب ماله من حق أمام القضاء التونسي.

ويخضع هذا النوع من الأهلية للقانون التونسي وأحكام الفصل 19 من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية على وجه التحديد الذي ينص على أن "حق القيام لدى المحاكم (التونسية) يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق ويجب أن يكون للقائم مصلحة في القيام.

غير أنّه في المادة الإستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم.

ومن واجب المحكمة رفض الدعوى إذا تبين لها من أوراق القضية أن أهلية الطالب منعدمة أو لم يكن للطالب صفة القيام بها.

غير أنّه إذا كان شرط الأهلية المقيدة هو المختل عند القيام فإن تلافيه أثناء القضية يصحح الدعوى"...إلخ.

والمقصود من إنطباق القانون التونسي على أهلية التقاضي ليس تحديد سن الرشد (بعشرين سنة مثلا) أو سن التمييز (13 سنة) أو الترشيد التي تبقى

---

[1]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال القانون الدولي الخاص ص225.
وقد ورد هذا الحل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى (لجنة الخبراء) لكن يبدو أن الفقرة المتعلّقة بهذا الحل قد سقطت سهوا من هذا الفصل.

خاضعة للقانون الشخصي للمعني بالأمر.

وإنما المقصود توفر شرط الأهلية التامة أو المقيدة على الأقل (بشرط تصحيح الإجراءات أثناء نشر القضية بإدخال الولي) بالنسبة للتقاضي في الأصل وشرط التمييز في المادة الإستعجالية في صورة وجود خطر ملم يتهدد مصالح القاصر فإذا كان القانون الشخصي للأجنبي لا يجيز للمميز رفع الدعاوى الإستعجالية مثلا أو كان يخول لناقص الأهلية رفع الدعاوى الأصلية مباشرة ولو بدون مشاركة وليه ولو كانت لا حقه فإن ذلك لا يؤثر على أهلية الخصوم للتقاضي أمام القضاء التونسي إذ العبرة بالقانون التونسي لأنّه هو قانون مكان الأجراء الواجب الإتباع لرفع الدعوى.

الجهل المعذر بالقانون الأجنبي أو "المصلحة الوطنية": لقد تعرضت الفقرة الثانية من هذا الفصل إلى وضعية خاصة كان القضاء الفرنسي قد عالجها خلال النصف الثاني من القرن 19 في إطار قضية عرفت بقضية Lizardi وتتلخص وقائعها في أن شابا يدعى Lizardi مكسيكي الجنسية يبلغ من العمر 23 سنة إشترى من تاجر فرنسي بمدينة باريس مجوهرات مقابل ثمن مؤجل وأمضى له سندا في ذلك ولما طالبه بالوفاء دفع ببطلان العقد لنقص أهليته حسب القانون المكسيكي الذي يحدّد سن الرشد بـ25 سنة.

ولما عرض النزاع على محكمة التعقيب الفرنسية[1] قضت بصحة العقد وبررت قضاءها بأن المتعاقد الوطني معذور بجهله أحكام القانون الأجنبي الخاصة بالأهلية ما دام معاقده الأجنبي كامل الأهلية وفق القانون الفرنسي.

ولم يلبث هذا القرار أن أفرز ما عرف في الفقه الفرنسي بفكرة المصلحة الوطنية L'intérêt national ومؤداها أن يستبعد القانون الأجنبي من مسألة

---

[1]- قرار محكمة التعقيب الفرنسية (دائرة العرائض) المؤرّخ في 1861/01/16 دالوز 1861 ص193.

الأهلية إذا كان تطبيقه يضر بمصلحة المعاقد الوطني ويطبق بدلا منه قانون القاضي[1].

لكن المشرّع التونسي طور فكرة المصلحة الوطنية من حل إجتهادي لمشكلة فردية إلى قاعدة وضعية عامة تقوم على ضمان إستقرار المعاملات المالية داخل الإقليم الواحد ومؤداها أنّه إذا إختلفت جنسية المتعاقدين في الإلتزامات المالية فإن أهلية التعاقد تحدّد حسب قانون الدولة التي أبرم فيها الإلتزام فمن كان ذا أهلية من الطرفين حسب هذا القانون لا يمكنه الإحتجاج بعدم أهليته أو نقصانها عملا بقانونه الشخصي إلا إذا أثبت أن معاقده كان يعلم حين أبرام الإلتزام أو كان عليه أن يعلم ذلك بحكم مهنته كما إذا كان رجل قانون محترفا (محاميا أو محكما...) أو كان ممن لا يعذر بجهله القانون الشخصي لمعاقده (كما إذا كان يحمل وإياه نفس الجنسية).

ولهذا فإن أحكام الفقرة الثانية من هذا الفصل لا تنطبق إلا إذا توفرت الشروط التالية:

– أن يكون المعاقد الأجنبي رشيدا في نظر قانون الدولة التي أبرم فيها الإلتزام.

– وأن يكون الإلتزام ماليا.

– وأن لا يتعلّق الإلتزام بالحقوق غير القابلة للتصرف وهي كلّ الحقوق التي لا تدخل في الذمة المالية للشخص كالزواج والطلاق والولاية والحضانة... فكل هذه الإلتزامات لا يعتد فيها إلا بالأهلية الحقيقية لكل طرف حسب القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد.

– وأن يكون المعاقد الآخر حسن النية أي لا يعلم ولا كان من واجبه أن

---

[1] – الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ص 558.

يعلم أن معاقده قاصر حسب قانونه الشخصي.

2.1- أهلية الوجوب: لقد تضمن المشروع الأول الذي أعدته لجنة الخبراء حلا لهذه المسألة يتمثل في إخضاع أهلية الوجوب في البلاد التونسية للقانون التونسي وهو ما يسمح بالقول بأن أهلية الوجوب تخضع لقانون القاضي بصورة عامة ويبدو أن الفقرة المكرسة لهذا الحل قد سقطت سهوا من هذا الفصل.

2- القانون المنطبق على أهلية الذات المعنوية:

لقد رأينا أن الذات المعنوية ليس لها أهلية تصرف مستقلة ولذلك يجب أن يكون لها شخص أو أشخاص طبيعيون يمثلونها ويأتون التصرفات القانونية بإسمها ونيابة عنها وأهلية هؤلاء تخضع لقانونهم الشخصي.

أما أهلية الوجوب فتخضع حسب الجزء الثاني من الفقرة الأولى من هذا الفصل إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها الذات المعنوية نشاطها وقانون ممارسة النشاط – حسب القانون التونسي – هو قانون الدولة التي بها المقر الرئيسي للذات المعنوية (الفصلين 33/30 من مجلّة المرافعات المدنية والتجارية والفصل 18 من المجلّة التجارية).

ونطاق أهلية الوجوب بالنسبة للذات المعنوية يحدده الهدف الذي أنشئت من أجله (موضوع الشركة أو أهداف الجمعية) فما لم يندرج من الحقوق والواجبات ضمن موضوعها أو أهدافها ليس لها أهلية وجوب لإكتسابه أو تحمله فالشركة الفلاحية التي موضوعها أحياء مساحة معينة من الأرض ليس لها حق المشاركة في مناقصة لتوريد الأقمشة أومواد البناء مثلا وإنما أهليتها منحصرة فيما هو ضروري ولابد منه لتحقيق أهدافها لاغير لكن لكل ذات

معنوية مهما كان موضوعها حق التقاضي[1](Le droit d'ester en justice) إلا إذا لم تكن لها الشخصية المدنية كشركة المحاصة (الفصل 14 من المجلّة التجارية).

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من الفقه وفقه القضاء المقارن وقد أشرنا إلى أهم مصادرهما فليراجع بخصوصهما الشرح.

ومن التشريع التونسي والمقارن:

1- التشريع التونسي:

الفقرة الأولى من الفصل 4 من أمر 12 جويلية 1956 المنقح بالأمر المؤرّخ في 1957/06/24 وبالأمر المؤرّخ في 1957/09/27 المتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب والذي ألغي بالفصل 3 من القانون عدد97 لسنة 1998 المؤرّخ في 1998/11/27 المتعلّق بإصدار مجلّة القانون الدولي الخاص وهذا نصها:

إذا كانت النازلة بين متقاضيين خاضعين لحالتين شخصيتين مختلفتين فإن القانون المنطبق لفصل النزاع يعين حسب الشروط التالية:

1- يرجع في حالة الأشخاص وأهليتهم... للقانون الشخصي لكل من الطرفين.

2- التشريع المقارن:

- إتفاقية رومة (سبقت الإشارة إليها) الفصل 11 وهذا نصه:

---

[1]- الأستاذان محمد الشرفي وعلي المزغني أحكام الحقوق ص270.

Article 11
Incapacité

Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part.

- القانون الإيطالي: الفصل 23 وهذا نصه:

Article 23
(Capacité d'exercice des personnes physiques)

1- La capacité d'exercice des personnes physiques est régie par leur loi nationale. Cependant. lorsque la loi applicable à un acte prescrit des conditions spéciales de capacité d'exercice, celles-ci sont régies par cette même loi.

2- Relativement aux contrats entre personnes qui se trouvent dans le même Etat, la personne considérée comme capable par la loi de l'Etat dans lequel le contrat est conclu ne peut invoquer l'incapacité dérivant de sa loi nationale que si l'autre partie contractante, au moment de la conclusion du contrat, avait connaissance de cette incapacité ou ne l'a ignorée que par sa faute.

3- Relativement aux actes unilatéraux, la personne considérée comme capable par la loi de l'Etat dans lequel l'acte est effectué ne peut invoquer l'incapacité dérivant de sa loi nationale que s'il n'en résulte pas un préjudice pour ceux qui, sans faute, ont tablé sur la capacité de l'auteur de l'acte.

4- Les limitations des paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent pas aux actes relatifs aux rapports de famille et de succession pour cause de mort ni aux actes relatifs aux droits réels portant sur des immeubles situés dans un Etat autre que celui où l'acte est effectué.

- القانون الكندي (كيباك): الفصلان 3086/3087 وهذا نصهما:

***3086**. La partie à un acte juridique qui est incapable selon la loi de l'Etat de son domicile ne peut pas invoquer cette incapacité*

si elle était capable selon la loi de l'Etat du domicile de l'autre partie lorsque l'acte a été passé dans cet Etat, à moins que cette autre partie n'ait connu ou dû connaître cette incapacité.

3087. La personne morale qui est partie à un acte juridique ne peut pas invoquer les restrictions au pouvoir de représentation des personnes qui agissent pour elle si ces restrictions n'existaient pas selon la loi de l'Etat du domicile de l'autre partie lorsque l'acte a été passé dans cet Etat, à moins que cette autre partie n'ait connu ou dû connaître ces restrictions en raison de sa fonction ou de sa relation avec la partie qui les invoque.

- القانون الألماني: الفصلان 7 و12 وهذا نصهما:

Article 7

Capacité de jouissance et capacité d'exercice

1- La capacité de jouissance et la capacité d'exercice d'une personne sont régies par la loi de l'Etat dont elle est ressortissante. Cette règle s'applique également lorsque la capacité d'exercice est élargie par le mariage.

2- La capacité de jouissance ou la capacité d'exercice une fois acquise n'est pas affectée par l'acquisition ou la perte du statut d'Allemand.

Article 12

Protection de la partie cocontractante

Lorsqu'un contrat est conclu entre des personnes se trouvant dans un seul et même Etat, une personne physique qui serait capable selon la loi interne de cet Etat ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi interne d'un autre Etat que si au moment de la conclusion du contrat le cocontractant connaissait ou devait connaître cette incapacité. Cette disposition ne s'applique ni aux actes juridiques du droit de la famille et du droit des successions ni aux actes de disposition relatifs à des immeubles situés dans d'autre Etats.

- مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي: الفصل 2290 وهذا نصه:

Chapitre 1er
De la loi applicable aux personnes
Section 1: De l'état et de la capacité
Artiele 2290

L'état et la capacité des personnes sont régis par la loi nationale.

Toutefois, l'Etat et la capacité des apatrides et réfugiés sont régis par la loi du domicile et, à défaut de domicile, par celle de la résidence ; à défaut de résidence, ils sont régis par la loi française.

- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد: المادة 98 وهذا نصها:

المادة 98

1- يسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم على أنّه في التصرفات المالية التي تعقد في الدولة التي تطبق هذا القانون وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في تصرفه.

2- يسرى على النظام القانوني للأشخاص الإعتبارية الأجنبية قانون الدولة التي فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي إلا إذا كان نشاطها الرئيسي يوجد في "الدولة التي تطبق هذا القانون" فإن أحكامه هي التي تسرى.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 44 ويتضمن ما يلي:

الفصل 44: تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي.

لا إعتبار لعدم الأهلية أو نقصانها، الواردة في القانون الشخصي لأجنبي طرف في تصرف مالي إذا كان من الصعب معرفتها ولم يكن الطرف الآخر عالما بها أو كان عليه العلم بها.

تخضع الموانع الخاصة بالتصرف للقانون التونسي المنطبق عليه.

وتخضع أهلية الوجوب في البلاد التونسية للقانون التونسي.

ولما عرض على اللجنة الثانية أعادت صياغته دون أن تغير مضمونه حسبما هو مدون بباب الملاحظات أما حسب النص فقد حذفت الفقرتان الأخيرتان الثالثة والرابعة من مشروع اللجنة الأولى دون بيان الأسباب الداعية لذلك ويبدو أنهما سقطتا سهوا إذ ورد في الجزء المخصص من مشروع اللجنتين الثانية والثالثة للملاحظات: إعادة صياغة مع المحافظة على المضمون.

وأصبح يحمل رقم 41 ويتضمن ما يلي:

الفصل 41: تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي.

وإذا كان أحد الأطراف في إلتزام مالي له الأهلية حسب قانون البلاد التي أبرم فيها ذلك الإلتزام فإنه لا يمكنه الإحتجاج بعدم أهليته أو نقصانها عملا بقانونه الشخصي إلا إذا كان الطرف المتعاقد معه يعلم أو كان عليه العلم بإنعدام أهليته أو نقصانها عند إبرام الإلتزام.

وعندما ما نظرت فيه اللجنة الثالثة أعادت صياغته وغيرت مضمونه بإقامة تفرقة بين أهلية تصرف الذات الطبيعية وأهلية تصرف الذات المعنوية وأخضاع الأولى للقانون الشخصي وإخضاع الثانية لقانون الدولة التي تتعاطى فيها "ذلك النشاط" (هكذا!) وأصبح يحمل رقم 40 ومطابقا في مضمونه للنص الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وهذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تسأل اللجنة لماذا لم يتعرض الفصل 40 إلى المقر الأصلي للذات المعنوية أو مقر تكوينها؟.

الجواب: تلاحظ الوزارة بخصوص هذا الفصل أن عدم التعرض إلى المقر الأصلي للذات المعنوية أو مقر تكوينها له عدة أسباب منها خاصة أن المقر الأصلي أو مقر التكوين قد لا يكون بالبلاد التونسية وبالتالي فإن المشروع أراد أن يطبق قانون الدولة التي يتعاطى فيها ذلك النشاط بالنسبة لأهلية التصرف أي بالنسبة لحالات إنعدام الأهلية كذلك يشمل هذا القانون النيابات الإدارية للذوات المعنوية المستقرّة بتونس[1].

---

[1]- الأعمال التحضيرية عدد6 جلسة 1998/11/02 حول مشروع قانون مجلّة القانون الدولي الخاص الرائد الرسمي للجمهورية ص255.

الفصل 11:

الولاية ينظمها القانون الشخصي للقاصر أو المحجور عليه.
غير أن الوسائل الوقتية أو المتأكدة تتخذ على مقتضى القانون التونسي إذا كان القاصر أو المحجور عليه موجودا بالبلاد التونسية عند إتخاذها أو إذا تعلّقت الوسيلة الحمائية بمال منقول أو عقار كائن بالبلاد التونسية.

I – الشرح: (الولاية)

يستوجب شرح هذا الفصل تحديد نطاق فكرة الولاية (أ) وبيان القانون المنطبق عليها (ب).

أ – نطاق فكرة الولاية:

تعتبر الولاية سلطة يمارسها الولي لحماية الطفل أو المحجور عليه في أمنه وصحته وأخلاقه وتربيته وإدارة مكاسبه بما يحقق مصلحته الفضلي في كلّ الحالات[1].

والولاية نوعان: ولاية على النفس وتشمل حفظ الطفل (أو المحجور عليه) وتربيته وتعليمه وتأديبه ومراقبته والموافقة على زواجه[2].

والولاية على المال تشمل إدارة مكاسب الطفل (أو المحجور عليه)

---

1 – مبروك بن موسى – إسقاط الولاية – القضاء والتشريع عدد1 جانفي 1999 الناشر مركز الدراسات القانونية والقضائية وزارة العدل تونس ص11 وما بعد.

2 – أنظر الفصل 147 من مشروع مجلّة الطفل الذي أعده مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل في نطاق برنامج إدماج الشاب في مسار حقوق الإنسان بالتعاون مع المجموعة الإقتصادية الأوروبية جوان 1994 (مرقون).

وحفظها والتصرف فيها حسب مصلحته الفضلي[1].

وفكرة الولاية تشمل إسناد الولاية بموجب القانون أو بحكم من القاضي والشروط التي يجب أن تتوفر في الولي، وصلاحياته، وما يجوز له أن يباشره من التصرفات بإسم المولي عليه دون إذن القاضي وما يجب أن يرخص له القاضي في القيام به وما يجوز للمولي عليه أن يباشره بنفسه وما يجب أن يباشره بمشاركة وليه وجزاء مخالفة مقتضيات القانون المتعلّق بالولاية.

كما تشمل الترشيد القضائي والترشيد القانوني، وإنتهاء الولاية وإسقاطها لكنها لا تشمل الحضانة لأنها بالرغم من كونها لا تعدو أن تكون جزءا من الولاية على النفس – أكثر إلتصاقا بحقوق العائلة ولذلك إدرجها المشرّع ضمن هذه الفئة من الحقوق (أنظر شرح الفصل 50 من هذه المجلّة) كما لا تشمل الولاية العمومية بإعتبار القواعد المتعلّقة بها من قواعد إلا من (Les lois de police) التي يطبق عليها القانون التونسي مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد الإسناد (الفصل 38 من م.ق.د.خ).

ب- القانون المنطبق على الولاية:

لقد فرق المشرّع بين النزاعات المتعلّقة بالمسائل الأصلية للولاية كإسنادها أو إسقاطها فأخضعها للقانون الشخصي للقاصر أو المحجور عليه وبين الوسائل الوقتية أو المتأكدة سواء تعلّقت بحماية ذات القاصر أو المحجور عليه أم بحماية مكاسبه وأخضعها للقانون التونسي. لكن بشرط أن يكون القاصر أو المحجور عليه موجودا بتونس عند إتخاذ هذه الوسائل ولو كان وجوده بها مؤقتا أو عابرا (لا لزوم لتوفر شرط الإقامة)، وأن يكون المال (منقولا أو عقارا) كائنا بالبلاد التونسية.

---

[1] – الفصل 148 من مشروع مجلّة الطفل المشار إليه بالهامش السابق.

وحفظها والتصرف فيها حسب مصلحته الفضلي[1].

وفكرة الولاية تشمل إسناد الولاية بموجب القانون أو بحكم من القاضي والشروط التي يجب أن تتوفر في الولي، وصلاحياته، وما يجوز له أن يباشره من التصرفات بإسم المولي عليه دون إذن القاضي وما يجب أن يرخص له القاضي في القيام به وما يجوز للمولي عليه أن يباشره بنفسه وما يجب أن يباشره بمشاركة وليه وجزاء مخالفة مقتضيات القانون المتعلّق بالولاية.

كما تشمل الترشيد القضائي والترشيد القانوني، وإنتهاء الولاية وإسقاطها لكنها لا تشمل الحضانة لأنها بالرغم من كونها لا تعدو أن تكون جزءا من الولاية على النفس – أكثر إلتصاقا بحقوق العائلة ولذلك إدرجها المشرّع ضمن هذه الفئة من الحقوق (أنظر شرح الفصل 50 من هذه المجلّة) كما لا تشمل الولاية العمومية بإعتبار القواعد المتعلّقة بها من قواعد إلا من (Les lois de police) التي يطبق عليها القانون التونسي مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد الإسناد (الفصل 38 من م.ق.د.خ).

ب- القانون المنطبق على الولاية:

لقد فرق المشرّع بين النزاعات المتعلّقة بالمسائل الأصلية للولاية كإسنادها أو إسقاطها فأخضعها للقانون الشخصي للقاصر أو المحجور عليه وبين الوسائل الوقتية أو المتأكدة سواء تعلّقت بحماية ذات القاصر أو المحجور عليه أم بحماية مكاسبه وأخضعها للقانون التونسي. لكن بشرط أن يكون القاصر أو المحجور عليه موجودا بتونس عند إتخاذ هذه الوسائل ولو كان وجوده بها مؤقتا أو عابرا (لا لزوم لتوفر شرط الإقامة)، وأن يكون المال (منقولا أو عقارا) كائنا بالبلاد التونسية.

---

[1]- الفصل 148 من مشروع مجلّة الطفل المشار إليه بالهامش السابق.

لكن ينبغي لفت الإنتباه إلى أن الإجراءات القضائية تخضع دائما وفي كلّ الحالات لقانون المحكمة أي قانون قاضي النزاع سواء تعلق الأمـــر بالمســـائل الأصلية أم بالمسائل الوقتية.

II- المصادر:

أهم المصادر التي إستروح منها هذا الفصل هي:

أ- القانون الداخلي:

- أمر 1956/07/12 الفقرة 4 وهذا نصها:

وفي الوصاية والقيامة والحجر والترشيد (يرجع) إلى القانون الشخصـــي للقاصر أو المحجور عليه.

- وفقه القضاء المكرس لأحكام الفقرة الأولى والفقرة الرابعة من الأمـــر المذكور[1].

ب- القانون المقارن:

القانون الألماني والفصل 24 منه على وجه الخصوص وهذا نصه:

Article 24
Tutelle et curatelle

1- La naissance, la modification et la fin de la tutelle et de la curatelle, ainsi que les modalités de la tutelle et de la curatelle légales sont régies par la loi de l'Etat dont le pupille ou la personne placée sous curatelle est ressortissant. Lorsque l'interdiction est prononcée en vertu de l'article 8[2], la tutelle peut

---

[1]- أنظر الحكم العدلي عدد56276 الصادر عن محكمة الإستئناف بتـونس بتـاريخ 1963/10/31 ق.ت عدد2 لسنة 1964 ص131/61.

[2]-**Article 8**: Interdiction
Le ressortissant d'un Etat étranger qui a sa résidence habituelle ou, à défaut de

être organisée selon la loi allemande. La curatelle selon l'article 1910 du Code civil peut être ordonnée en lieu et place de ces mesures.

2- Lorsqu'une curatelle se révèle nécessaire, parce qu'il n'est pas possible de déterminer quelles sont les personnes concernées par l'affaire, ou parce que l'une des personnes concernées se trouve à l'étranger, il y a lieu d'appliquer la loi qui règle l'affaire en cause.

3- Les mesures provisoires ainsi que les modalités de la tutelle et de la curatelle sont régies par la loi de l'Etat qui les ordonne.

– وقانون الإمارات العربية المتحدة[1] (قانون رقم 185 ديسمبر 1985) والمادة 16 منه على وجه الخصوص وهذا نصها بعد تعريبها:

القواعد الأصلية للإدارة القانونية والولاية والقوامة وغيرها من مؤسسات حماية القصر وناقصي الأهلية والغائبين يعينها القانون الوطني للشخصي المعنى بالحماية.

– مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي والفصل 2301 منه على وجه الخصوص وهذا نصه:

Article 2301

La protection des incapables est régie par leur loi personnelle. Toutefois, elle est régie par la loi qui gouverne les effets du mariage ou de l'adoption dans la mesure où cette loi en confie l'exercice au père ou à la mère légitimes ou adoptifs.

La loi du domicile de l'incapable peut cependant être appliqués à titre provisoire si l'urgence le requiert. Elle peut l'être à titre permanent si la loi normalement applicable attribue aux

---

[1]– أنظر ترجمة له إلى اللغة الفرنسية بالمجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص RCDIP لسنة 1988 ص390 وما بعد وهذا نص الفصل 16 كما ورد بتلك الترجمة.

Article 16: *Les règles de fond en matière d'administration légale, de tutelle, de curatelle et d'autres institutions de protection des incapables, de ceux qui ont une capacité limitée et des absents seront déterminées par la loi nationale de la personne à protéger.*

autorités judiciaires ou administratives un rôle radicalement incompatible avec les pouvoirs conférés par la loi du domicile aux autorités correspondantes.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 45 ويتضمن ما يلي:

الفصل 45: الولاية ينظمها القانون الشخصي للقاصر أو المحجور عليه.

تخضع الولاية العمومية في البلاد التونسية للقانون التونسي.

الوسائل الوقتية أو المتأكدة تتخذ على مقتضى القانون التونسي، إذا كان الطفل موجودا على أرض البلاد التونسية عند إتخاذها، أو إذا تعلّقت الوسيلة الحمائية بمال منقول أو عقار بالبلاد التونسية.

لكن اللجنة الثانية أعادت صياغته وحذفت منه "الولاية العمومية" للأسباب التي سبقت الإشارة إليها، وأصبح رقمه 42 ومضمونه مطابقا لمضمونه الحالي.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرت الصياغة التي أعدتها اللجنة الثانية دون أي تعديل.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 42:

يخضع اللقب للقانون الشخصي للمعني به.

وإذا كان من شأن تغيير الحالة المدنية أن يحدث تبديلا في اللقب يطبق القانون المنظم للآثار المترتبة عن ذلك التغيير.

I- الشوم: (اللقب)

نتناول هذا الفصل بالشرح من خلال تحديد مفهوم فكرة اللقب ونطاقها(أ) من جهة وبيان القانون المنطبق(ب) من جهة أخرى.

أ- مفهوم فكرة اللقب ونطاقها:

يعتبر اللقب من العلامات المميزة للشخص[1] وهو جزء من حالته المدنية وعنصر من العناصر المكونة للهوية[2] لكنه يرتبط إرتباطا وثيقا بالعلاقات العائلية بحكم كونه كثيرا ما يختزن العادات والتقاليد والإنتماء إلى جماعة معينة[3]. ولهذا أخضعت فكرة اللقب إلى القانون الشخصي.

والملاحظ أن المشرّع تحدث عن اللقب وسكت عن الإسم لكن الفقهاء يلحقون الإسم باللقب ويخضعونهما لنفس النظام[4].

وتشمل فكرة اللقب كلّ المسائل المتعلّقة بالحق في إختياره وإستعماله وتغييره وإصلاحه، وحمايته وإنتقاله إلى الأبناء بالميلاد أو بالتبني، وتغيره أو

---

[1]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ص536.

[2]- تشمل الهوية حسب الفصل 5 من مجلّة حماية الطفل: الإسم واللقب العائلي وتاريخ الولادة والجنسية (ويعتبر الفصل 5 المذكور أن لكل طفل الحق في الهوية منذ الولادة).

[3]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص الجزء الأوّل ص281.

[4]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال القانون الدولي الخاص ص227.

والأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1 ص282.

عدم تغيره بالزواج أو التجنس، أو الطلاق أو التفريق الجسدي.

ب- القانون المنطبق على اللقب:

يخضع اللقب وكذلك الإسم وكل المسائل المتعلّقة بهما – وقد أشرنا إلى العديد منها – للقانون الشخصي للمعني بالأمر كقاعدة عامة.

لكن إذا أثيرت مسألة اللقب بإعتبارها أثرا من آثار تغير في الحالة المدنية للمعني بالأمر بالتبني أو بالزواج أو بالتجنس أو بالطلاق أو بالتفريق الجسدي – فإن القانون المنطبق يكون هو القانون المنظم لآثار الزواج أو التبني أو الطلاق أو التفريق الجسدي أو التجنس.

أما حق الأطفال المهملين أو مجهولي النسب في إسناد لقب عائلي لهم فيخضع للقانون التونسي لأن القواعد المتعلّقة بهذا الحق – وهي أحكام القانون عدد75 لسنة 1998 المؤرّخ في 1998/10/28 والمنقح بالقانون عدد51 لسنة 2003 المؤرّخ في 2003/7/07 – من قوانين الأمن Les lois de police التي تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد الإسناد (الفصل 38 من هذه المجلّة).

II- المصادر:

أ- القانون الداخلي:

- أمر 1956/07/12 والجزء الأوّل من الفقرة 1 منه على وجه الخصوص وهذا نص ما به الحاجة منه: 1- **يرجع في حالة الأشخاص... للقانون الشخصي.**

ب- القانون المقارن:

من بين أهم مصادر هذا الفصل نذكر القانون الألماني وخاصة الفصل

الذمة المالية للشخص ولذلك فهي لا تقبل التفويت ولا الإسقاط ولا التقادم ولا الإنتقال[1].

وكل تصرف تكون هذه الحقوق موضوعا له يعد باطلا بطلانا مطلقا بإستثناء ما تقضيه ضرورة المحافظة على سلامة الشخص نفسه كالعمليات الجراحية أو ما تجيزه بعض القوانين لفائدة الصالح العام كالتبرع بالأعضاء.

وتشمل حقوق الشخصية:

- الحرمة الجسدية: ويندرج ضمنها الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية والحق في حماية هذه الحقوق من كلّ إعتداء سواء أكان مصدره الغير أم الشخص ذاته.

- وحرمة الحياة الخاصة: وتشمل الحياة الخاصة للفرد وأسرته ومسكنه ومراسلاته وشرفه، وسمعته وحقه في إختيار أصدقائه وطريقة عيشه.

- والحق في الصورة: فلا يصور الشخص ولا تستعمل صورته ولا تنشر إلا بموافقته ورضاه بإستثناء ما يقتضيه القانون أحيانا (كأخذ صورة للمتهم أو عينه من دمه أو من خلاياه لضرورة التحقق من هويته وتكوين سجل عدلي له).

- والحريات المدنية: كحرية المعتقد وحرية التنقل وحرية التزوج.

- وسائر حقوق الإنسان التي تضمنها المواثيق الدولية أو القوانين الوطنية.

2- القانون المنطبق على حقوق الشخصية المخولة للشخص الطبيعي:

يخضع وجود أو عدم وجود سائر حقوق الشخصية التي يمكن أن يتمتع

---

[1]- الأستاذان محمد الشرفي وعلي المزغني – أحكام الحقوق، ص 238.

بها الشخص الطبيعي لقانونه الشخصي.

ب- حقوق الشخصية المخولة للذات المعنوية:

1- مفهومها ونطاقها:

يتمتع الشخص المعنوي بسائر الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي بإستثناء ما هو ناشئ منها عن الطبيعة الإنسانية للشخص الطبيعي كحقوق الأسرة وحقوق الإنسان[1].

وتشمل حقوق الشخصية بالنسبة له:

- الإسم، والمقر والجنسية، والذمة المالية المستقلة عن ذمم الأشخاص المتكون منهم والأهلية[2].

2- القانون المنطبق على حقوق الشخصية المخولة للشخص المعنوي:

يخضع وجود الحقوق المتعلّقة بشخصية الذات المعنوية لقانون الدولة التي أنشئت فيها أي البلد الذي تمت فيه إجراءات التأسيس ولهذا فإن القانون المنطبق قد يكون قانون المقر أو قانون مكان الترسيم في السجلات الخاصة بالذات المعنوية المعنية[3].

أما فيما يتعلّق بنشاط الذات المعنوية والقيود أو الشروط أو الموانع أو التراخيص التي قد تفرض عليه فتخضع لقانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط[4].

---

[1]- الأستاذان محمد الشرفي وعلي المزغني – أحكام الحقوق، ص271.

[2]- الأستاذ علي المزغني – تعليق على مجلّة القانون الدولي الخاص، ص108.

[3]- الأستاذان محمد الشرفي وعلي المزغني – أحكام الحقوق، ص238.

[4]- أنظر المرسوم عدد14 لسنة 1961 المؤرّخ في 1961/08/30 المتعلّق ببيان شروط تعاطي بعض أنواع النشاط التجاري، المصادق عليه بالقانون عدد46 لسنة 1961 المؤرّخ في 1961/11/06 والمنقح بالقانون عدد84 لسنة 1985 المؤرّخ في 1985/08/11.

II-المصادر:

أهم المصادر التي إستروح منها هذا الفصل هي:

1- المرسوم عدد14 لسنة 1961 المؤرّخ في 1961/08/30 والمنقح بالقانون عدد84 لسنة 1985 المؤرّخ في 1985/08/11 المتعلّق بشروط تعاطي بعض أنواع النشاط التجاري وقد سبقت الإشارة إليه.

2- القانون الإيطالي والفصلين 24 و25 منه على وجه الخصوص وفيما يلي نصهما:

Article 24

(Droits de la personnalité)

1-L'existence et le contenu des droits de la personnalité sont régis par la loi nationale du sujet, toutefois les droits qui dérivent d'un rapport de famille sont régis par la loi applicable à ce rapport.

2-Les conséquences de la violation des droits visés au paragraphe 1 sont régies par la loi applicable à la responsabilité pour faits illicite.

Chapitre III

Personnes juridiques

Article 25

(Sociétés et autres entités)

1-Les sociétés, les associations, les fondations et toute autre entité, publique ou privée, même dépourvue de nature associative, sont régies par la loi de l'Etat dans le territoire duquel a été accompli le processus de constitution. Toutefois la loi italienne s'applique si le siège de l'administration est situé en Italie, ou si l'objet principal de telles entités se trouve en Italie

2- En particulier sont régies par la loi applicable à l'entité:

a) la nature juridique

b) la dénomination ou raison sociale

c) la constitution, la transformation et l'extinction

d- la capacité

la formation, les pouvoirs et les modalités de fonctionnement des organes

f- la représentation de l'entité

g) les modalités d'acquisition et de perte de la qualité d'associé ou de sociétaire ainsi que les droits et les obligations inhérents à cette qualité

h) la responsabilité pour les obligations de l'entité

i) les conséquences des violations de la loi ou de l'acte constitutif

3- Les transferts du siège statutaire dans un autre Etat et les fusions d'entités ayant leurs sièges dans des Etats différents n'ont d'efficacité que s'ils sont effectués conformément aux lois desdits Etats intéressés.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 47 ويتضمن ما يلي:

الفصل 47: يخضع وجود ومحتوى الحقوق المتعلّقة بالشخصية للقانون الشخصي.

ولما عرض على اللجنة الثانية عدلته وفرقت بين حقوق الشخصية المخولة للذوات الطبيعية وحقوق الشخصية المخولة للذوات المعنوية لصعوبة

تحديد القانون المنطبق في صورة إخضاع حقوق الشخصية لهذه الأخيرة لقانون جنسيتها لإختلاف الأنظمة القانونية حول الإعتراف بالجنسية للذوات المعنوية وحول المعايير التي تعتمد لإسنادها ولأن قانون مكان إنشاء الذات المعنوية (أو قانون مكان تعاطي النشاط) هو القانون الأكثر ملاءمة لحكم مثل هذه المسائل المتصلة إتصالا وثيقا بالسيادة وقد أصبح الفصل 47 بعد تعديله يحمل رقم 44 ويطابق في مضمونه نص الفصل 43 الحالي.

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرته دون أي تعديل ما عدا رقمه قد أصبح 43 وهو رقمه الحالي كما هو ملاحظ.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وهذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: إضافة عبارة "ذلك" قبل كلمة "النشاط" الواردة بالسطر الثالث ليصبح "... التي تتعاطى في ذلك النشاط"

الجواب: المقترح وجيه من حيث إضافة لفظة "ذلك" قبل كلمة النشاط مع الإبقاء على الجار والمجرور "فيها" على حالته ليستقيم المعنى.

وعليه تصبح صياغة آخر الفصل هكذا "التي تتعاطى فيها ذلك النشاط"[1].

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص248.

الفصل 44:

تخضع شروط وآثار الفقدان والغياب لآخر قانون شخصي للمفقود أو الغائب.

I- الشرح: (الفقدان والغياب)

يستوجب شرح هذا الفصل تحديد مفهوم فكرة الفقدان والغياب ونطاقهما (أ) وبيان القانون المنطبق على شروطهما وآثارهما (ب).

أ- مفهوم فكرة الفقدان والغياب ونطاقها:

1- الفقدان:

لقد عرف الفصل 81 من مجلّة الأحوال الشخصية المفقود بأنه كلّ شخص "إنقطع خبره وممكن الكشف عنه حيا"[1]

لكن يستخلص من الفصل 82 من نفس المجلّة ومن الفصل 54 من القانون عدد3 لسنة 1957 المؤرّخ في 1957/08/01 المتعلّق بالحالة المدنية أن المفقود ليس مجرد شخص إنقطعت أخباره في ظروف عادية كمن هاجر إلى وجهة غير معروفة وتعذر الإتصال به أو التعرف على مقره وإنما هو شخص إنقطعت أخباره في ظروف يغلب فيها الهلاك والموت دون التحقق من حياته أو مماته كظروف الحرب والزلزال والحريق والغرق وهلاك السفينة في عرض البحر أو سقوط الطائرة أو إنهيار العمارات والإنزلاقات الأرضية والفيضانات وإنتشار الأوبئة أو الإنفجارات أو الحوادث النووية.

والمفقود يمكن الحكم بموته وعندئذ تنتهي شخصيته القانونية ويصبح في عداد الموتى ولا يمكن له – في صورة ظهوره بعد الحكم بموته – أن يستعيد شخصيته القانونية (وجوده) إلا بحكم قضائي ثان يلغي الأوّل.

2- الغياب:

لم يعرف المشرّع التونسي الغائب لكنه تحدث عنه في عدة نصوص قانونية.

فقد تحدث الفصلان 41/40 من مجلّة الأحوال الشخصية عن غياب الزوج عن زوجته وتركها بدون نفقة وخولا للزوجة الخيار في هذه الحالة بين الإنفاق على نفسها والرجوع عليه بما أنفقت عند ظهوره أو طلب الطلاق بعد أن يضرب له الحاكم أجلا مدته شهر عسى أن يظهر فإن لم يظهر طلق عليه زوجته بعد ثبوت غيابه وحلف الزوجة على غيابه وعدم تركه لها مالا يكفي للإنفاق عليها أو تكليفه شخصا يتولّى الإنفاق عليها نيابة عنه.

كما تحدث عنه الأمر المؤرّخ في 1957/07/18 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم (أنظر الفصول 10/12/7 من الأمر المذكور).

لكن الفقهاء يعرفون الغائب بأنه الشخص "الذي إنقطعت أخباره في ظروف لا يغلب عليها الهلاك وإنما تكون حياته محققة لكنه مجهول المقر أو الإقامة بحيث لا يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه"[1].

وهذا هو المفهوم الذي يستخلص من نصوص التشريع التونسي المشار إليها.

والغائب بهذا المفهوم لا يجوز الحكم بموته لأن حياته محققة وإنما يجوز فقط تسمية مقدم عنه لإدارة شؤونه إلى أن يظهر أو يصبح في وضع المفقود فتنطبق عليه أحكام الفقدان.

---

[1]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص ص229.

وتشمل فكرة الغيبة والفقدان:

– الشروط التي يجب توفرها لإعتبار الشخص مفقودا أو غائبا: وتتضمن مفهوم الغيبة والفقدان والظروف التي يعد فقدان الشخص أو غيابه فيها يخول ذوي المصلحة المطالبة بحصر مكاسبه وتقديم شخص عليه لإدارتها وحفظها والقيام بشؤونه نيابة عنه طيلة غيابه أو فقدانه.

والآجال التي تضرب للحكم بموت المفقود، أو للتقديم على الغائب، والحكم بالتقديم على الغائب (أنظر الفصول 17/12/10/7 من أمر 1957/07/18 المتعلّق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم) أو المفقود، والحكم بتمويت المفقود (أنظر الفصول 84/83/82/81 من م.ح.ش).

– والآثار التي تترتب على إعتبار المفقود ميتا (بإعتبار أن الغائب لا يحكم بموته إلا إذا أصبح مفقودا) وتندرج ضمنها: إنتهاء شخصيته القانونية وحلول ديونه وإستحقاق تركته، وتنفيذ وصيته، وإنتهاء ولايته على أبنائه القصر أو المحجور عليهم.

كما تشمل حقوق المفقود أو الغائب نفسه كحق الغائب في إثبات ظهوره وحق المفقود في إثبات وجوده وهل أن ذلك يتم بمجرد الظهور أو الوجود المادي أم لا بد من حكم قضائي لإثبات ذلك وكحق الغائب في إسترداد مكاسبه من المقدم عليه بمجرد ظهوره ودون أي إجراء ومحاسبة المقدم على ما قبضه وأنفقه من دخلها وحق المفقود في إسترداد ما يبقي موجودا من مكاسبه وما إلى ذلك من الآثار القانونية التي تترتب على الغيبة أو الفقدان.

ب- القانون المنطبق:

ينطبق على شروط الفقدان والغياب وعلى آثارهما آخر قانون شخصي

للمفقود أو الغائب أي قانون آخر دولة كان يحمل جنسيتها والعبرة في نظرنا بآخر جنسية معلومة كان يحملها عندما توفرت فيه شروط الغائب أو المفقود.

وإذا كانت شروط الغيبة أو الفقدان وآثارهما التي أشرنا إليها آنفا لا تثير أي إشكال بخصوص خضوعها لآخر قانون شخصي للمفقود أو الغائب فإن حقوق المفقود في الميراث تثير بعض الإشكال بخصوص طبيعتها والقانون المنطبق عليها.

فهل هي من المسائل المندرجة ضمن فكرة الغيبة بإعتبارها أثرا من آثارها؟ أم أنها من المسائل المندرجة ضمن فكرة الميراث بدليل وجودها ضمن أحكام الكتاب التاسع من مجلّة الأحوال الشخصية المخصص للميراث وعدم الإشارة إليها بالكتاب الثامن من نفس المجلّة المخصص لأحكام المفقود؟.

بالرغم من أن حق المفقود في الميراث يعد أثرا من الآثار العامة للفقدان إلا أنّه ليس بالأثر الخاص المرتبط أساسا بواقعة الفقدان ولهذا فإن إدراجه ضمن فكرة الميراث أفضل وتبرره ضرورة توحيد أحكام الميراث.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من القانون التونسي والمقارن:

أ- القانون الداخلي:

- أمر 1956/07/12 المنقح بالأمر المؤرّخ في 1957/06/24 ثم بالأمر المؤرّخ في 1957/09/27 المتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب، وخاصة الفقرة 9 من الفصل 4 التي تنص على ما يلي:

"وفي الغيبة واعتبار المفقود ميتا يرجع إلى القانون الشخصي للغائب والمفقود المعتبر ميتا"

ب- القانون المقارن:

- قانون الإمارات العربية المتحدة وخاصة الفصل 16 منه (أنظر مصادر الفصل 41).

- القانون الألماني والفصل 9 منه خاصة:

Article 9

Déclaration judiciaire de décès

La déclaration judiciaire de décès, la constatation du décès et du moment où il est survenu, ainsi que les présomptions de vie et de mort sont régies par la loi de l'Etat dont l'absent (der Verschollene) était le ressortissant au moment où selon les dernières nouvelles, il était encore vivant. Si, à cette date, l'absent était le ressortissant d'un Etat étranger, sa mort peut, en cas d'intérêt légitime, être déclarée selon la loi allemande.

- القانون السويسري الفصلين 41/42:

Art 41.

1- Les tribunaux suisses du dernier domicile connu d'une personne disparue sont compétents pour prononcer la déclaration d'absence.

2- Les tribunaux suisses sont en outre compétents pour prononcer la déclaration d'absence si un intérêt légitime le justifie.

3- Les conditions et les effets de la déclaration d'absence sont régis par le droit suisse.

Art 42

Une déclaration d'absence ou de décès prononcée à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle émane de l'Etat du dernier domicile connu ou de l'Etat national de la personne disparue.

III-الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 48 ويتضمن ما يلي:

الفصل 48: تخضع شروط وآثار الفقدان والغياب لآخر قانون شخصي للغائب أو المفقود.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته دون أي تعديل كما أقرته اللجنة الثالثة دون تعديل أيضا ما عدا رقمه فقد أصبح 44.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل سؤالا واحدا تقدمت به لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وهذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تقترح اللجنة تقديم عبارة "المفقود" على عبارة "للغائب" الواردة بآخر السطر على غرار بدايته.

الجواب: المقترح وجيه ولا ترى الوزارة مانعا من قبوله وتقترح صياغة جديدة للفصل كما يلي:

"تخضع شروط وآثار الفقدان والغياب لآخر قانون شخصي للمفقود أو الغائب"[1].

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص248.

الباب الثالث

حقوق العائلة

الفصل 45:

تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كلّ على حدة.

I- الشرح: (الشروط الأصلية للزواج)

هذا الباب خصصه المشرّع للحلول المتعلّقة بتنازع القوانين حول حقوق العائلة التي تشمل الزواج وواجبات الزوجين والنظام المالي للزوجية والطلاق والتفريق الجسدي والحضانة والنفقة وإثبات البنوة والمنازعة فيها والتبني والكفالة.

وقد إختار لحل تنازع القوانين حول هذه الحقوق القانون المشترك للزوجين بدلا من القانون الشخصي للزوج الذي كان مكرسا في قواعد التنازع بموجب أمر 1956 حتى تاريخ دخول هذه المجلّة حيز التطبيق.

وهو إختيار معقول ويستجيب لمقتضيات الإصلاحات التي عرفها قانون العائلة وخاصة إصلاحات 1993/07/12 وغيرها. إذ منحت المرأة والطفل مزيدا من الحقوق وكثيرا من الحماية والرعاية.

أما الفصل 45 فيحدد القانون المنطبق على الشروط الأصلية للزواج وشرحه يستوجب منا تحديد مفهوم الزواج (أ) وبيان الشروط الموضوعية للزواج (ب) والقانون المنطبق عليها (ج) في صورة التنازع على حكمها بين قانونين فأكثر.

أ- مفهوم الزواج:

يقصد بالزواج في هذه المجلّة وفي كلّ القوانين المقارنة تقريبا الرابطة الزوجية التي تجمع بين ذكر وأنثى من بني البشر والرامية إلى تكوين عائلة وإلى المحافظة على بقاء الجنس البشري وإستمراره دون غيرها من الروابط الجنسية الأخرى التي أصبحت تثير بعض الجدل القانوني.

ومفهوم الزواج يشمل الزواج بعقد مكتوب أو بدون عقد مكتوب (الزواج على خلاف الصيغ القانونية) والزواج الصحيح والزواج الفاسد والزواج بواحدة وبعدة زوجات (كما في بعض البلدان العربية الإسلامية. أما القانون التونسي فلا يعترف بتعدد الزوجات بل يعتبره مخالفا للنظام العام).

لكن هل يشمل الخطبة؟ بالرغم من أن الفصل الأوّل من مجلّة الأحوال الشخصية قد نص صراحة على أن "كلا من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به" فإن الخطبة أو الوعد بالزواج ليس إلا تمهيدا لرابطة زوجية وإن كانت لا تقيد أحدا من المتواعدين فإنها تنشئ علاقات بين الخطيبين لا يمكن تجريدها من أي أثر قانوني[1] كإسترداد الهدايا في صورة العدول عن الخطبة أو تعويض الضرر الذي قد ينشأ عن النكول غير المبرر[2].

ولما كانت الخطبة قابلة لأن تكون موضوعا لعلاقة دولية خاصة فلا بد من إدراجها ضمن فئة من فئات التصنيف القانوني ليتسنى حل ما قد ينشأ حول الوضعيات القانونية التي تتولد عنها من تنازع بين القوانين.

ويبدو أن فئة الأحوال الشخصية وفكرة الزواج على وجه التحديد هي

---

[1]- الأستاذان: أحمد رفعت خفاجي ورابح لطفي جمعة – قضاء الأحوال الشخصية – نشر مكتبة النهضة المصرية – القاهرة مصر 1960 ص7.

[2]- الفصل 2 من مجلّة الأحوال الشخصية ينص على أن لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص.

الأقرب إلى طبيعة الخطبة من الإلتزامات القانونية[1] أو الإرادية لأنها تلتقي معها في كونها من الحقوق التي لا تدخل في الذمة المالية من جهة ولإرتباطها المباشر- من جهة أخرى – بفكرة الزواج إذ هي إما وعد أو مواعدة به.

هذا بالإضافة إلى أن بعض القوانين المقارنة – كالقانون الإيطالي[2] – قد أدرجت الخطبة ضمن حقوق العائلة.

ب- الشروط الأصلية للزواج (Les conditions de fond):

الشروط الأصلية للزواج هي الأركان والشروط اللازمة لتكوين عقد الزواج وتتمثل خاصة في:

- الرضا، والأهلية، والسن الدنيا للزواج (17 عاما بالنسبة للفتاة و20 عاما بالنسبة للفتي – الفصل 5 من م.ح.ش)

- وكيل الزواج والولي والشروط التي يجب أن تتوفر فيه (الفصل 8 من م.ح.ش) وصلاحية المرأة لأن تزوج نفسها بنفسها.

---

[1]- الفقه الفرنسي (Batiffol et Lagarde) يدرج الخطبة ضمن فئة الإلتزامات القانونية ويخضع العدول عنها لقانون مكان وقوع الفعل الضار (Lex loci delicti) أنظر دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم ص187.

[2]- أنظر العنوان الرابع والفصل 26 من القانون الدولي الخاص الإيطالي (قانون عدد218 مؤرخ في 1995/05/31 المجلّة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص 85 (1) جانفي – مارس 1996 ص174 وما بعد.

وهذا نص الفصل 26 من القانون الإيطالي حسب ترجمته الفرنسية المنشورة بالمجلة المذكورة:

RCDIP

Chapitre IV: Rapports de famille

Article 26: (Promesse de mariage)

1- La promesse de mariage et les conséquences de sa violation sont régies par la loi nationale commune des futurs époux ou à défaut par la loi Italienne.

- موانع الزواج، المؤبدة والمؤقتة،

- إختلاف الدين La disparité du culte (أنظر منشور وزير العدل الصادر في نوفمبر 1973 المتعلّق بمنع إبرام عقود زواج مسلمة بغير مسلم) [1] وما إذا كان مانعا من موانع الزواج أم لا (حرية الزواج من حقوق الإنسان حسب المواثيق الدولية).

- أجل العدة (Délais de Viduité).

- تعدد الزوجات (لا يبيحه القانون التونسي إذ هو ممنوع حسب الفصل 18 من م.ح.ش).

ج- القانون المنطبق على الشروط الأصلية للزواج:

تخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الشخصي المشترك أن كان الزوجان يحملان نفس الجنسية وعند إختلاف جنسيتهما يطبق القانون الشخصي للزوجين كلّ على حدة.

فإذا كان الزواج بين تونسي وفرنسية - مثلا - يطبق القانون التونسي على الزوج التونسي ويطبق القانون الفرنسي على الزوجة الفرنسية ولا ينعقد الزواج بينهما إلا إذا توفرت الشروط الموضوعية التي يقتضيها القانون التونسي في الزوج وتوفرت الشروط الموضوعية التي يقتضيها القانون الفرنسي في الزوجة.

---

[1]- وهو منشور بمجلة القضاء والتشريع عدد9 لسنة 1973 ص811/83.

وقد سبق للجزائر أيضا أن عالجت هذه المسألة إذ أصدر وزيرا العدل والداخلية التعليمة رقم 286 بتاريخ 1967/01/02 وقد تضمنت ما يلي: "على المأمور العام أن يرفض عقد زواج جزائرية مسلمة مع غير مسلم لأنّه زواج محرم في القانون الإسلامي، وغير مقبول لدى أي تعامل ويشكل هذا مانعا مطلقا" أنظر هامش رقم 6 ص297 من القانون الدولي الخاص الجزء الأوّل للأستاذ موحند إسعاد.

لكن هذا التطبيق التوزيعي لكل من القانون الشخصي للزوجين قد يفضي إلى نتائج غير مقبولة كما إذا كان أحد الزوجين تونسيا والآخر سعوديا فإن تطبيق القانون الشخصي للزوجين كلّ على حدة قد يؤدي إلى تعدد الزوجات. ولتحاشي مثل هذه النتائج غير المقبولة يتم تطبيق كلّ من القانونين تطبيقا توزيعيا ولو كان مضمونهما مختلفا وعند وجود شرط يمنع الزواج بأحد القانونين يسحب على الزوج الآخر ولو لم يكن موجودا بقانونه الشخصي بما يعني أن الزواج لا يتم إذا كان أحد الزوجين لا يتوفر فيه شرط من الشروط الموضوعية التي يقتضيها أحد القانونين ولو كان أهلا لإبرام ذلك الزواج حسب قانونه الشخصي[1].

II- المصادر:

إلى جانب المصادر الفقهية التي أشرنا إلى البعض من مراجعها فقد إستروح هذا الفصل من عدة مصادر قانونية أخرى أهمها:

- الفقرة (1) من الفصل 4 من أمر 12 جويلية 1956 المتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب[2] وهذا نصه:

1- يرجع في حالة الأشخاص وأهليتهم وفي الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي لكل من الطرفين.

- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المادة 73 (أصبحت بعد المصادقة عليها من قبل اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية في دورتها التاسعة التي إنعقدت بتونس من 5 إلى 1983/12/16 تحمل رقم 99 وتختلف

---

[1]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص ص239 وما بعد.

[2]- ألغي بالفصل 3 من القانون عدد97 لسنة 1998 المؤرّخ في 1998/11/27 المتعلّق بإصدار مجلّة القانون الدولي الخاص.

عن المادة 73 فيما يتعلّق بالقانون المنطبق على الشروط الموضوعية خاصة إذ أصبح قانون الزوج[1] بعد أن كان قانون الزوجين زمن إبرام العقد) وهذا نص المادة 73 (الفقرتين 1 و2) بعد تعريبه[2].

1- يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى القانون الشخصي لكل من الزوجين وقت إنعقاد الزواج.

2- أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ووطني صحيحا إذا إنعقد طبق قانون البلد الذي أبرم فيه أو طبق الشروط الشكلية المحددة بقانون كلّ من الزوجين.

- القانون الإيطالي الفصل 27:

Article 27

(Conditions du mariage)

La capacité matrimoniale et les autres conditions pour contracter mariage sont régies par la loi nationale de chaque futur époux au moment du mariage, sauf la liberté matrimoniale que l'un d'eux aurait acquise par l'effet d'un jugement prononcé ou reconnu en Italie.

- القانون الكندي (مقاطعة كيباك) الفصل 3088:

§.2- Du mariage

3088. Le mariage est régi, quant à ses conditions de fond, par la loi applicable à l'état de chacun des futurs époux.

---

[1]- وهذا نص المادة 99 (حسب نصها الأصلي):

1- يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون الزوج وقت إنعقاد الزواج.

2- أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ووطني صحيحا إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه أو وفق قانون الزوج.

[2]- أنظر ترجمته إلى الفرنسية: RCDIP 1984 P383 et S

الحالة المدنية أو عدلي الإشهاد لا يمكن لهم إبرام عقد الزواج إلا إذا تضمنت شهادة القنصل أن الزوج المعني في حل من كلّ رابطة زوجية أخرى (الفقرة الثانية من م.ق.د.خ).

لكن يمكن لأجنبيين من جنسية واحدة أن يتزوجا أمام الأعوان الديبلوماسيين أو القناصل الممثلين لبلادهم بتونس وفي هذه الحالة يعلم العون الديبلوماسي أو القنصل ضابط الحالة المدنية الذي بمنطقته بإنعقاد الزواج وهذا يرسم عقد الزواج بدفتر معد لذلك (الفصلين 39/38 من قانون الحالة المدنية).

2- الإشهاد على الزواج:

يشترط القانون التونسي لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة (الفصل 3 من م.ح.ش) على معرفة الزوجين وعلى خلوهما من كلّ موانع الزواج.

3- المهر La dot:

يعتبر المهر حسب الفصل 3 من م.ح.ش شرطا شكليا لازما لصحة الزواج[1].

4- خيار الشرط:

"وهو مصطلح فقهي إسلامي"[2] مؤداه إمكانية تضمين عقد الزواج ما يتفق عليه الزوجان من شروط تتعلّق بشخصهما أو بذمتهما أو ذمة أحدهما

---

[1]- تعتبر المذاهب الإسلامية المهر أثرا من آثار الزواج ماعدا المذهب المالكي فيعتبره شرطا لصحته وقد تبنت مجلّة الأحوال الشخصية المذهب المالكي – أنظر دروس في القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد العربي هاشم ص188.

[2]- القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف مجلّة الأحوال الشخصية – سلسلة الميزان التشريعي – دار الميزان للنشر سوسة تونس 1997 ص27.

المالية على أن لا يكون الشرط أو الشروط منافية لجوهر العقد كعدم المساكنة أو عدم الإتصال الجنسي...

ويندرج ضمن فكرة خيار الشرط: جوازه أو عدم جوازه، وتأثيره أو عدم تأثيره على عقد الزواج.

5- الشهادة الطبية السابقة للزواج:

لا يمكن حسب الفصل الأول من القانون عدد40 لسنة 1964 المؤرّخ في 1964/11/03 لضباط الحالة المدنية وعدول الإشهاد وكذلك الأعوان الديبلوماسيين والقناصل التونسيين بالخارج أن يحرروا عقود الزواج إلا بعد أن يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها على الشهرين تثبت أن المعني بالأمر قد وقع فحصه قصد الزواج دون أن تذكر بها إشارة أخرى.

6- الإعتراض على إبرام عقد الزواج وهل يجوز أم لا، ومن له حق الإعتراض ولمن يقدم، وهل يوقف إجراءات إبرام العقد أم لا تأثير له عليها ... إلخ.

ب- القانون المنطبق على الشروط الشكلية للزواج:

تخضع الشروط الشكلية للزواج – كقاعدة عامة – للقانون الشخصي المشترك للزوجين إذا كانا من جنسية واحدة، وأن كانا من جنسيتين مختلفتين فلقانون مكان إبرام الزواج.

لكن هذا لا يمنع الموثق التونسي من إستبعاد كلّ شرط مخالف للنظام العام التونسي ولا دون فرض الإستجابة لكل شرط يقتضيه النظام العام التونسي أو القواعد الأساسية المنظمة لمرفق الحالة المدنية أو مهنة الإشهاد كضرورة التعريف بالطرفين وحضورهما شخصيا أمام الموثق ووجوب تحرير عقد

الزواج بتونس أمام عدلي إشهاد أو أمام ضابط الحالة المدنية ولو كان القانون الشخصي للزوجين يخول إبرامه أمام غير هؤلاء كالمحامين وغيرهم من الموثقين غير الرسميين.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من القانون الداخلي ومن القانون المقارن.

أ- القانون الداخلي:

1- التشريع:

وقد أشرنا إلى العديد من النصوص أثناء شرح هذا الفصل ونكتفي بما ذكرناه منها.

2- فقه القضاء:

ونذكر منه على وجه الخصوص القرار التعقيبي المدني عدد885 ق.ت عدد4 لسنة 1959 ص252/34 الذي إعتبر عقد الزواج المبرم بين تونسي وإيطالية بتونس طبق القانون التونسي صحيحا بناء على عدم مخالفته لأي من قانون الزوجين.

ب- القانون المقارن:

ونذكر منه خاصة:

- القانون الإمارتي وخاصة الفقرة "2" من المدة 12 (أنظر مصادر الفصل السابق).

- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المادة 99 في صياغتها الأولى تحت رقم 73 (أنظر مصادر الفصل السابق).

- القانون الإيطالي وخاصة الفصل 28 منه وهذا نصه:

Article 28

(Forme du mariage)

Le mariage est valable, quant à la forme, s'il est considéré tel par la loi du lieu de célébration ou par la loi nationale d'au moins l'un des époux au moment de la célébration ou par la loi de l'Etat de la résidence commune à ce moment.

- القانون الكندي (مقاطعة كيباك) وخاصة الفصل 3088 منه (أنظر مصادر الفصل السابق).

- القانون السويسري والفصل 44 منه خاصة وفيما يلي نصه:

Art 44.

1- Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en suisse sont régies par le droit suisse.

2- Si les conditions prévues par le droit suisse ne sont pas réunies le mariage entre étrangers peut néanmoins être célébré pour autant qu'il satisfasse aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés.

3- La forme de la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 50 ويتضمن ما يلي:

الفصل 50: تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج.

وإذا كان أحد الزوجين من مواطني بلد يسمح بتعدد الزوجات فإن ضابط الحالة المدنية لا يمكنه إبرام عقد الزواج إلا بناء على شهادة رسمية تثبت أن ذلك الزوج في حل من كلّ رابطة زوجية أخرى.

لا يعترف بالزواج بثانية المنعقد بالبلاد التونسية بين أجنبيين ولو تم أمام سلطاتهما القنصلية

و لما عرض على اللجنة الثانية أبقت على نفس الصياغة ولاحظت "أن الفقرة الأخيرة تمثل خيارا سياسيا للتشريع التونسي"[1].

لكن اللجنة الثالثة أضافت عبارة "أو عدلي الإشهاد" وحذفت الفقرة الثانية تاركة الأمر للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وإجتهاد المحاكم في تحديد نطاق فكرة النظام العام فأصبح رقمه 46 ومضمونه مطابقا لنصه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه من غير أي تعديل.

---

[1]- محاضر جلسات اللجنة الثانية.

الفصل 47:

تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك.
وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة.

I- الشرح: (واجبات الزوجين)

أ- مفهوم واجبات الزوجين:

المقصود بواجبات الزوجين: الحقوق والواجبات الشخصية المتبادلة بين الزوجين أو ما يعبر عنه بالآثار الشخصية للزواج[1].

وقد أوضح هذه الحقوق والواجبات الفصل 23 من مجلّة الأحوال الشخصية (لكن ليس على وجه الحصر) فأوجب على كلّ واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به.

كما أوجب عليهما التعاون على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية وأسند للزوج رئاسة العائلة وحمله واجب الإنفاق على زوجته وأبنائه على قدر حالة وحالهم كما حمل الزوجة أن كان لها مال واجب المساهمة في الإنفاق على الأسرة.

وأوكل كيفية القيام بهذه الواجبات إلى ما يقتضيه العرف والعادة لكن بما أن الفصل 47 من م.ق.د.خ يخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك أو لقانون آخر مقر مشترك لهما أو لقانون المحكمة فإن العرف والعادة التي تحدّد كيفية قيام كلّ واحد من الزوجين بواجباته إنما هي الإعراف والعادات السائدة في البلد الذي يحملان جنسيته أن كانا من جنسية واحدة أو

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص، ج1، ص305 وما بعد.

بالبلد الذي به آخر مقر مشترك لهما إن كانا من جنسيتين مختلفتين أو ببلد المحكمة المتعهدة بالنزاع في صورة عدم وجود مقر مشترك لهما.

كما تتدرج ضمن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين ممارسة بعض المهن[1].

وواجب الوفاء، والمساكنة والتنازع بين الزوجين (بسبب أضرار أحدهما بالآخر الفصل 25 من م.ح.ش).

ب- القانون المنطبق على واجبات الزوجين:

تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك إن كانا من جنسية واحدة وعند إختلاف الجنسية ينطبق عليها قانون الدولة التي كان لهما فيها آخر مقر مشترك.

أما إذا لم تكن للزوجين لا جنسية مشتركة ولا مقر مشترك فإن واجباتهما تخضع لقانون المحكمة المتعهدة بالنزاع (قانون القاضي) المتعلّق بتلك الواجبات.

والملاحظ أنّه ولئن أدرجت مجلّة الأحوال الشخصية النفقة على الزوجة والأبناء ومساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة ضمن واجبات الزوجين فإن

---

[1]- لقد كان القانون التونسي يمنع الزوجة من أن تؤجر نفسها للغير بدون موافقة زوجها وإلا فله فسخ الإجارة – الفصل 831 من م.إ.ع – ولا أن تكفل غيرها كفالة مال في أكثر من ثلث مالها إلا بإذنه – الفقرة الثانية من الفصل 1481 من م.إ.ع – ولا أن تكفل غيرها كفالة وجه إلا بإذنه –الفصل 1524 من م.إ.ع – لكن الفصل 24 من مجلّة الأحوال الشخصية نص صراحة منذ سنة 1956 (تاريخ صدور المجلّة) على أن لا ولاية للزوج على أموال زوجته ثم صدر أخيرا القانون عدد17 لسنة 2000 المؤرّخ في 2000/02/07 فألغى الفصل 831 والفقرة الثانية من الفصل 1481 والفقرة الثانية من الفصل 1524 من مجلّة الإلتزامات والعقود التي كانت تحد من حرية تصرف المرأة المتزوجة في أموالها.

مجلّة القانون الدولي الخاص لم تخضع النفقة لنفس القانون الذي يحكم واجبات الزوجين (انظر شرحنا الفصل 51 من هذه المجلّة).

II-المصادر:

أهم المصادر التي إستروح منها هذا الفصل هي:

- القانون الإيطالي: الفصل 29 وفيما يلي نصه الكامل:

Article 29

(Rapports personnels entre époux)

1-Les rapports personnels entre époux sont régis par la loi nationale commune.

2-Les rapports personnels entre époux ayant nationalités différentes ou plusieurs nationalités communes sont régis par la loi de l'Etat dans lequel la vie conjugale se localise de manière prépondérante.

- القانون الكندي (مقاطعة كيباك) الفصل 3089 وفيما يلي نصه:

***3089**. Les effets du mariage, notamment ceux qui s'imposent à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, sont soumis à la loi de leur domicile.*

Lorsque les époux sont domiciliés dans des Etats différents. la loi du lieu de leur résidence commune s'applique ou, à défaut. la loi de leur dernière résidence commune ou à défaut la loi du lieu de la célébration du mariage.

- مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي وهذا نصه:

Article 2294

Les effets du mariage, sont régis par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune. sinon par la loi du pays où ils ont leur domicile et. à défaut, par celle de leur dernier domicile commun.

- القانون الألماني: الفصل 14 وهذا نصه:

Article 14

Effets généraux du mariage

(1) Les effets généraux du mariage sont régis:

1" par la loi de l'Etat dont les deux époux, durant le mariage, sont ressortissants ou l'étaient en dernier lieu, pourvu que l'un d'eux possède encore la nationalité de cet Etat, à défaut.

2" par la loi de l'Etat dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle ou avaient leur dernière résidence habituelle, pourvu que l'un d'eux ait conservé cette résidence, subsidiairement.

3" par la loi de l'Etat avec lequel les époux gardent en commun le lien le plus étroit d'une quelque autre manière.

(2) Lorsque l'un des deux époux est ressortissant de plusieurs Etats, les époux peuvent, nonobstant l'article 5, alinéa 1er, choisir la loi de l'un de ces Etats pourvu que l'autre époux possède également cette nationalité.

(3) les époux peuvent choisir la loi de l'Etat dont l'un d'eux est ressortissant, si les conditions de l'alinéa 1er, chiffre 1, ne sont pas remplies et que:

1" aucun des époux n'est ressortissant de l'Etat dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle, ou que.

2" les époux n'ont pas leur résidence habituelle dans le même Etat.

Les effets de ce choix prennent fin lorsque les époux acquièrent une nationalité commune.

(4) Le choix de la loi applicable doit être fait par acte notarié. Lorsqu'il n'intervient pas sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, il suffit qu'il satisfasse aux conditions de forme prévues pour la conclusion d'un contrat de mariage, soit par la loi choisie, soit par la loi du lieu où le choix est intervenu.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 51 ويتضمن ما يلي:

الفصل 15: تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك.

وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة.

وقد إحتفظ بنفس الصياغة والمضمون أمام اللجنتين الثانية والثالثة ماعدا رقمه فقد أصبح 47 وهو رقمه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل سؤالين طرحتهما لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وفيما يلي نصهما فنص جواب وزارة العدل عليهما:

السؤال الأول: تقترح اللجنة إقرار إمتياز الجنسية التونسية كلما تعلق الأمر بطرف تونسي خلافا لما تضمنه السطر الثاني من إنطباق قانون آخر مقر مشترك وتعميم ذلك على بقية الفصول.

الجواب: لا يجوز إقرار إمتياز الجنسية التونسية كلما تعلق الأمر بطرف تونسي في النزاع المعروض على القاضي لان ذلك يؤول لنفي فلسفة وقواعد القانون الدولي الخاص بوصفه قانون علائقي "Droit de contact" بين الشعوب وطالما أن إعتماد الإمتياز يؤول لإقصاء واضح لإمكانية تطبيق القانون الأجنبي الذي تضعه قاعدة الإسناد على قدم المساواة مع القانون الوطني في مرحلة إحتمال تطبيق أحد القانونين كذلك يعتبر تكريس إمتياز الجنسية خلطا بين

الإختصاص القضائي والإختصاص التشريعي اللذين لا بد من التفريق بينهما وإلا فإن تعهد القاضي الوطني بالنظر في النزاع سيؤول إلى تطبيق قانونه. وتجدر الإشارة هنا أن فقه القضاء التونسي قد قطع إعتماده لإمتياز الجنسية منذ القرار المعروف "بحامد"[1] وذلك سنة 1973 تماشيا مع روح القانون الدولي الخاص وبالتالي فإن "قانون المحكمة" هو حل بديل قد يشمل القانون الوطني أو الأجنبي بحسب إختصاص القاضي المتعهد بالدعوى وطبق تقنيات الإحالة "Le renvoi".

السؤال الثاني: تقترح اللجنة تعويض عبارة "فقانون المحكمة" الواردة بالسطر الثالث بعبارة "فالقانون التونسي".

الجواب: تفضل الوزارة الإبقاء على كلمة "فقانون المحكمة" الواردة بالفصل وذلك تماشيا مع مبدأ مراعاة إرادة الأطراف المتعاقدة ومصلحة العائلة لان في جعل المحكمة المتعهدة تطبق قانونها أسلم من أن تفرض عليها أن تطبق قانونا أجنبيا عنها كما أن إلتجاء الأطراف لتلك المحكمة كان نتيجة إقامتهما بدائرتها القضائية وربما لسنوات طويلة مما جعلهما يدركان أنها الأنسب لفض نزاعهما ووفق قانونها الذي سن طبق وضعها الجغرافي والإجتماعي الذي عاشت في نطاقه الأطراف المعنية وأن الحل الذي أتى به المشرّع هو المعتمد اليوم دوليا ومصلحة بلادنا تقتضي الإقتراب اكثر فأكثر من التشاريع المقارنة حتى تكون أحكامنا محل قبول وتنفيذ من طرف الدول الأجنبية لموضوعية القانون الدولي الخاص للبلاد التونسية ومسايرته للتطور القانوني الحاصل في البلدان المتقدمة.

---

[1] – هو القرار المدني عدد9645 الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 1973/09/29 ق.ت عدد10 لسنة 1974 ص800/42 وهو منشور أيضا بنشرية محكمة التعقيب القسم المدني الجزء الثاني ص95 وفيه رأت محكمة التعقيب أن تركة الأجنبي يطبق عليها القانون التونسي إذا كان كلّ ورثته من ذوي الجنسية التونسية.

الفصل 48:

يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند إنعقاد الزواج وعند إختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أوّل مقر مشترك لهما إن وجد وإلا فلقانون مكان إبرام عقد الزواج.

I- الشرح: (النظام المالي للزوجية)

أ- مفهوم النظام المالي للزوجية:

يقصد بالنظام المالي للزوجية النظام القانوني الذي تخضع له العلاقات المالية للزوجين[1] الناشئة مباشرة عن عقد الزواج إما بقوة القانون أو بإرادة الزوجين[2] كالإشتراك أو التفرقة في المكاسب وإدارتها والإنتفاع بها والتفويت فيها أثناء قيام العلاقة الزوجية، وكيفية توزيعها بينهما وتصفيتها عند إنحلال الرابطة الزوجية.

لكن لا يندرج ضمن فكرة النظام المالي للزوجية العلاقات التعاقدية العادية التي قد تنشأ بين الزوجين كتوكيل أحدهما الآخر للقيام نيابة عنه بعمل ما أو إبرام تصرف في مال يخصه أو بيع أحدهما الآخر شيئا من مكاسبه أو هبته له فمثل هذه العلاقات تخضع للنظام العقدي العام ولو شابها شيء من

---

[1]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص – ص244.

[2]- يكون الإشتراك أو التفرقة في المكاسب ناشئا بقوة القانون عند ما توجد قاعدة عامة في نظام قانوني ما تنص على إشتراك الزوجين في المكاسب بمجرد إبرام عقد الزواج أو على عدم إحداث الزواج أي تأثير على العلاقات المالية للزوجين مثلما كان الحال في التشريع التونسي قبل صدور القانون عدد91 لسنة 1998 المؤرّخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلّق بنظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين (والأصل في القانون التونسي حتى بعد صدور هذا القانون هو التفرقة بين مال الزوجين ما لم يتفقا على الإشتراك).

إستغلال النفوذ الأدبي[1] الذي لأحد الزوجين على الآخر.

ب- القانون المنطبق على النظام المالي للزوجية:

يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الذي يختاره الزوجان عند إختلاف جنسيتهما (قانون الإرادة) وإذا لم يختارا أي قانون لحكم نظامهما المالي أو لم يستطيعا إثبات إتفاقهما على إختيار قانون ما أو عجزا عن إثبات مضمونه تطبق أحكام الفصل 48 من م.ق.د.خ[2] وحسب هذا الفصل يخضع النظام المالي للزوجية إلى واحد من ثلاثة قوانين:

- القانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة أي لقانون الدولة التي كانا يحملان جنسيتها عند إبرام عقد الزواج.

- أو قانون أوّل مقر مشترك لهما عند إبرام عقد الزواج في صورة إختلاف الجنسية أو إنعدامها بالنسبة لهما أو لأحدهما).

- أو قانون مكان إبرام الزواج في صورة إختلاف الجنسية أو إنعدامها وعدم وجود مقر مشترك لهما.

ولا تنسحب أحكام هذا الفصل على عديمي الجنسية أو اللاجئين إذ كما

---

[1]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – قانون الدولي الخاص – ص245/244

[2]- أنظر جواب وزارة العدل على سؤال لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية الذي إعتبر قاعدة هذا الفصل قاعدة إحتياطية لا يلتجأ إليها إلا عند عدم وجود إتفاق كتابي ينص على القانون المنظم لأموال الزوجين (مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي ص255) بالرغم من أن النظام المالي للزوجية مصنف قانونا ضمن الأحوال الشخصية التي كان فقه القضاء السابق عن المجلّة يعتبرها من النظام العام لكن يبدو أن المشرّع غلب الصبغة العينية (التعاقدية) التي للنظام المالي للزوجية على الصبغة الشخصية لتعلق نظام الأموال بين الزوجين بحقوق مالية صرفة قابلة للتعامل خلافا لبقية مسائل الأحوال الشخصية التي تتعلّق بحقوق غير مالية مثل الزواج والطلاق وغيرهما.

سبق أن أشرنا عند شرح الفصل 39 من هذه المجلّة يوجد نظام قانوني خاص بالأحوال الشخصية لهؤلاء (هناك إتفاقيات دولية تنظم أحوالهم الشخصية وتخضعها لقانون مقرهم أو لقانون القاضي عند إنعدام المقر).

II- المصادر:

تعد الإصلاحات الإجتماعية التي عرفها قانون العائلة في تونس ولا سيما الحقوق التي تمتعت بها المرأة والطفل من أهم المصادر المادية لهذا الفصل والفصل السابق له وكذلك الفصول اللاحقة من هذا الباب. إذ كان التشريع القديم (أمر 1956/07/12) يعطي الإختصاص بكل المسائل المتعلّقة بحقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق الجسدي لقانون الزوج وقت إبرام عقد الزواج ويعطي الإختصاص بالمسائل المتعلّقة بالبنوة وتصحيح النسب والإقرار بالأبوة وإنكارها إلى القانون الشخصي للأب.

كما رجعت اللجنة إلى القانون المقارن وخاصة:

- القانون السويسري: الفصول 57/55/54/53/52 الآتي نصها:

Art. 52

1- Le régime matrimonial est régi par le droit choisi par les époux.

2- Les époux peuvent choisir le droit de l'Etat dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage, ou le droit d'un Etat dont l'un d'eux a la nationalité. L'article 23. 2e alinéa n'est pas applicable.

Art.53

1- L'élection de droit doit faire l'objet d'une convention écrite ou ressortir d'une façon certaine des dispositions du contrat de mariage en outre, elle est régie par le droit choisi.

2- L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout

temps. Si elle est postérieure à la célébration du mariage, elle rétroagit au jour du mariage, sauf convention contraire.

3- Le droit choisi reste applicable tant que les époux n'ont pas modifié ou révoqué ce choix.

Art.54

1- A défaut d'élection de droit, le régime matrimonial est régi:

a) Par le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés en même temps ou, si tel n'est pas le cas.

b) Par le droit de l'Etat dans lequel, en dernier lieu, les deux époux ont été domiciliés en même temps.

2- Si les époux n'ont jamais été domiciliés en même temps dans le même Etat, leur droit national commun est applicable.

3- Les époux qui n'ont jamais été domiciliés dans le même Etat et n'ont pas de nationalité commune sont soumis au régime suisse de la séparation de biens.

Art.55

1- En cas de transfert du domicile des époux d'un Etat dans un autre le droit du nouveau domicile est applicable et rétroagit au jour du mariage. Les époux peuvent convenir par écrit d'exclure la rétroactivité.

2- Le changement de domicile n'a pas d'effet sur le droit applicable lorsque les époux sont convenus par écrit de maintenir le droit antérieur ou lorsqu'ils sont liés par un contrat de mariage.

Art.57

1- Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont régis par le droit de l'Etat dans lequel cet époux était domicilié au moment où ce rapport a pris naissance.

2- Toutefois, ces effets sont régis par le droit applicable au régime matrimonial si le tiers connaissait ou devait connaître ce droit au moment où le rapport juridique a pris naissance.

- مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي الفصل 2310 وهذا نصه

Article 2310

Le régime matrimonial est déterminé par la loi de la nationalité commune des époux au moment du mariage ou, à défaut, par celle du premier domicile matrimonial.

Toutefois, il est soumis à la loi à laquelle les parties ont entendu se référer lorsque les époux ont fait un contrat de mariage et que la situation présente un caractère international, soit en raison de la nationalité et du domicile des futurs époux au moment de la conclusion du contrat, soit parce que les futurs époux se sont installés à l'étranger conformément à l'intention qu'ils avaient manifestée lors de la conclusion du contrat.

- القانون الكندي (مقاطعة كيباك) وخاصة الفصول 3122 و3123 و3124 الآتي نصها:

§.8- Du régime matrimonial

3122. *La loi applicable au régime matrimonial conventionnel est déterminée par les règles générales applicables au fond des actes juridiques.*

3123. *Le régime matrimonial des époux qui se sont mariés sans passer de conventions matrimoniales est régi par la loi de leur domicile au moment du mariage.*

Lorsque les époux sont alors domiciliés dans des Etats différents, la loi de leur première résidence commune s'applique ou, à défaut, la loi de leur nationalité commune ou à défaut la loi du lieu de la célébration du mariage.

3124. *La validité d'une modification conventionnelle du régime matrimonial est régie par la loi du domicile des époux au moment de la modification.*

Si les époux sont alors domiciliés dans des Etats différents, la loi applicable est celle de leur résidence commune ou, à défaut, la loi qui gouverne leur régime.

- القانون الألماني: الفصل 15 وهذا نصه:

Article 15

Régime matrimonial

(1) Le régime matrimonial est régi par la loi qui gouverne les effets généraux du mariage lors de sa célébration.

(2) Toutefois, les époux peuvent choisir:

1" la loi de l'Etat dont l'un d'eux est ressortissant.

2" la loi de l'Etat dans lequel l'un d'eux a sa résidence habituelle, ou

3" pour des biens immobiliers, la loi du lieu de leur situation.

(3) L'article 14, alinéa 4, s'applique par analogie

(4) Sont réservées les dispositions de la loi relative au régime matrimonial des réfugiés et des victimes d'expulsions massives (Vertriebene).

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 52 ويتضمن ما يأتي:

الفصل 52: يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند إنعقاد الزواج وعند إختلاف الجنسية يخضع نظام الزوجية لقانون أول مقر مشترك لهما إن وجد وإلا فلقانون مكان إبرام عقد الزواج.

وقد إحتفظ بشكله ومضمونه أمام اللجنتين الثانية والثالثة إذ لم يدخل عليه أي تغيير بإستثناء رقمه فقد أصبح 48 وهو رقمه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالين: الأول طرحته لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: هل تشمل عبارة "النظام المالي للزوجية" الأملاك المنقولة والعقارات المشتركة بين الزوجين؟.

الجواب: إن النظام المالي للزوجية المشار إليه بالفصل لا يمكن تحديد ما يمكن أن يكون شاملا له من أموال: عقارات أو منقولات أو حقوق أدبية أو غيرها من الأشياء إلا على ضوء القانون الواجب الإنطباق على الزوجين. ففي تشريعنا التونسي الأصل التفرقة بين مال الزوجين سواء أكانت عقارات أم منقولات أو غيرها بينما التشريع الفرنسي الأصل الإشتراك في الأملاك الحاصلة للزوجين من يوم إبرام عقد الزواج بقطع النظر عن طبيعتها القانونية من عقارات أو منقولات. فلفظة النظام المالي للزوجية هي لفظة عامة ويخصصها النظام القانوني الذي سيطبق علي النزاع من طرف المحكمة التي ستنظر في شأنه وهذه ميزة القانون الدولي الخاص التي تتمثل في عدم التحديد المسبق للقانون المنطبق[1].

والسؤال الثاني طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: هل يمكن للزوجين أن يختارا القانون المنطبق على نظامهما المالي كتابيا؟.

---

[1]- الأعمال التحضيرية عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص 249.

الجواب: تلاحظ الوزارة في هذا الصدد أن الفصل 48 من المشروع يكون منطبقا في صورة عدم وجود إتفاق كتابي ينص على القانون المنظم لأموال الزوجين عند إختلاف الجنسية وإلا فإن المسألة تكون خاضعة للتكييف طبق المشروع الذي لم يغير بالنسبة لقانون 1956 في إعتبار نظام الأموال بين الزوجين أحد أصناف الأحوال الشخصية[1].

الفصل 49:

الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند إختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها.

وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى.

I- الشرح: (الطلاق والتفريق الجسدي)

أ- مفهوم فكرة الطلاق والتفريق الجسدي ونطاقها:

1- المفهوم:

لقد كان أمر 1956 يتكلم عن الطلاق والتطليق بإعتبارهما صيغتين مختلفتين من الصيغ العديدة التي ينحل بها الزواج إلى جانب الوفاة والغيبة. لكن مجلّة القانون الدولي الخاص لم تذكر من صيغ إنحلال الزواج إلا الطلاق والتفريق الجسدي فهل يعود سبب إغفال التطليق إلى أن التشريع التونسي لم يعد يعرفه منذ غرة جانفي 1957 تاريخ دخول مجلّة الأحوال الشخصية حيز

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص 255.

التطبيق أم إلى أن المشرّع التونسي لا يعترف بالتطليق كصيغة من صيغ إنحلال الزواج؟.

سنجيب على هذا التساؤل من خلال بيان مفهوم الطلاق والتطليق والتفريق الجسدي أولا ثم نبين المفهوم الذي عناه المشرّع بكلمة طلاق في الفصل 49 من م.ق.د.خ.

الطلاق: مصطلح فقهي إسلامي يعني حل الرابطة الزوجية من قبل أحد الزوجين بإرادته المنفردة وهو من حق الزوج وحده[1] وقد جاء في القرآن الكريم ﴿الطّلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ ... إلخ الآية.[2] ويقابل مصطلح الطلاق بهذا المعنى في اللغة الفرنسية كلمة La répudiation.

أما التطليق: فيعني إنهاء الرابطة الزوجية بحكم من القضاء[3] وتقابله في اللغة الفرنسية (حسب المنجد) كلمة (Le divorce).

أما التفريق الجسدي: La séparation de corps فيعني المباعدة بين الزوجين دون إنهاء الرابطة الزوجية التي تجمعهما.

وهو إجراء تلتجئ إليه بعض التشاريع المقارنة ولا سيما في البلدان الأوروبية[4] المسيحية أما للحيلولة دون صدور حكم بالطلاق في إنتظار إنتهاء

1- أحمد بن تيمية مجموع فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية المجلد 33 مكتبة المعارف الرباط المغرب إشراف المكتب التعليمي السعودي بالمغرب – كتاب الطلاق، ص 5 وما بعد.

2- سورة البقرة الآية 229.

3- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ص547.
والإمام الأكبر محمود شلتوت – الإسلام عقيدة وشريعة، ص 192 الطبعة السابعة دار الشروق بيروت – القاهرة – جدة – 1974.

4- لقد إعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن التشريع التونسي لا يقر بالتفريق الجسدي بين الزوجين والذي لا يتماشى والتشريع التونسي والنظام العام بتونس بإعتبار أن تونس بلد إسلامي يجيز الطلاق ولا يجيز غير ذلك من إجراءات تتنافى والنظام الإجتماعي ونقضت الحكم الإستئنافي الذي

العلاقة الزوجية بوفاة أحد الزوجين (بالنسبة للتشاريع التي تمنع الطلاق ويبدو أن كلّ التشاريع الأوروبية قد تخلت عن هذه الفكرة) وأما لمحاولة الإبقاء على رابطة الزوجية والتريث قبل الحكم بالتطليق[1].

وقد كان أمر 1956/07/12 المتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب يستعمل هذه المصطلحات الثلاثة إذ كان الفصل 4-2 ينص على أنّه "يرجع في الطلاق والتطليق والتفريق إلى القانون الشخصي للزوج وقت عقد الزواج".

لكن لما صدرت مجلّة الأحوال الشخصية في الشهر الموالي لصدور الأمر المذكور إستعملت مصطلح الطلاق بدلا من التطليق (Le divorce) بالرغم من كونها قد ألغت الطلاق الذي كان سائدا آنئذ. وبالرغم من أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد إستعملوا مصطلح التطليق لا الطلاق عندما يقع حل الزواج بحكم من القاضي[2] ولعل الباعث على إستعمال مصطلح الطلاق للتعبير في الواقع عن التطليق هو رغبة المشرّع في المحافظة على إستقرار الأوضاع الإجتماعية التي هزتها الإصلاحات الجريئة التي أدخلتها المجلّة على نظام الأسرة ولو بإستعمال بعض القوالب اللغوية المألوفة لتمرير مضامين تلك الإصلاحات التي كانت ثورية إلى حد بعيد في تلك المرحلة من تاريخ البلاد.

أذن بتنفيذ حكم إيطالي قاض بالتفريق الجسدي لعدم التأكد من توفر الشروط المنصوص عليها بالفصل 318 م.م.م.ت (نسخ) - القرار التعقيبي المدني عدد 570/200 بتاريخ 2000/06/12 (غير منشور).

- يبدو أن رفض محكمة التعقيب التفريق الجسدي كان خاصا بالتونسيين لأن الحكم المطعون فيه يتعلّق بالإذن بتنفيذ حكم صادر عن المحاكم الإيطالية بين زوجين تونسيين مقيمين بإيطاليا.

[1]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ص547.

[2]- يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الطلاق الذي يكون بإرادة الزوج المفردة ومن حقه هو دون الزوجة وبين التطليق الذي لا يكون إلا بحكم من القاضي ومن حق المرأة أن تطلبه لفك عصمتها من الزوج للضرر – أنظر الإسلام عقيدة وشريعة للإمام الأكبر محمود شلتوت – دار الشروق بيروت القاهرة – جدة الطبعة السابعة 1974 ص192.

ولم يحاول فقه القضاء ولا الفقه تصحيح هذا الخلط بين المفاهيم بل قبل الإثنان المصطلح الجديد وأولاه بما ينسجم ومضامين النصوص القانونية التي لا تعني غير التطليق إذ لم يعد بالإمكان حل الرابطة الزوجية إلا بحكم قضائي أو وفاة أحد الزوجين.

وقد سارت مجلّة القانون الدولي الخاص في نفس الطريق وإستعملت مصطلح الطلاق للتعبير عن التطليق أي حل الرابطة الزوجية بحكم قضائي.

وهكذا يمكن لنا الآن أن نقول أن للطلاق مفهوما خاصا في القانون التونسي هو حل الرابطة الزوجية بحكم قضائي وهو الصيغة الوحيدة المعترف بها لحل عقدة الزواج بغير موت أحد الزوجين.

أما التطليق بمعني حل الرابطة الزوجية بإرادة أحد الزوجين فهو غير معترف به في القانون التونسي ولا بآثاره إذا تم بتونس ولو بين أجنبيين لتعارضه مع النظام العام الدولي الخاص التونسي.

لكن يمكن حسب أحكام الفصل 37 من هذه المجلّة الإعتراف بآثاره إذا تم بالخارج بين أجنبيين بصفة شرعية ووفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع ما لم تكن آثاره في حد ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي (أنظر مزيدا من التوضيح لهذه المسألة شرحنا للفصل 37 المشار إليه).

2- النطاق:

ينحل الزواج بالطلاق والتطليق والوفاة والفقدان (التمويت أي بإعتبار المفقود ميتا ويكون بحكم قضائي) لكن أحكام الفصل 49 من م.ق.د.خ إكتفت بذكر الطلاق والتفريق الجسدي بإعتبار التطليق غير معترف به إلا في النطاق الذي ضبطه الفصل 37 من نفس المجلّة والوفاة والفقدان تخضعان لنظام قانوني آخر (آخر قانون شخصي للمتوفي أو المفقود).

ولهذا فإن نطاق فكرة الطلاق والتفريق الجسدي ينحصر في:

- شروط الطلاق والتفريق الجسدي

- **الصلح:** كعقد تنحل به الرابطة الزوجية (لا يجيزه القانون التونسي).

- **والصلح كإجراء** (واجب في القانون التونسي وتتكرر محاولة الصلح بين الزوجين ثلاث مرات في صورة وجود إبن قاصر أو أكثر - الفصل 32 من م.ح.ش).

- **أسباب الطلاق:** وهل يقبل الطلاق الذي لا يستند إلى أحد الأسباب التي حددها المشرّع لطلب الطلاق أم لا يقبل (الفصل 31 من م.ح.ش حدّد ثلاثة أسباب للطلاق: الضرر، الإتفاق، رغبة أحد الزوجين بدون بيان أي سبب ويمكن أن نضيف إليها الإعسار بالنفقة - الفصل 39 من م.ح.ش وإن كان يمثل نوعا خاصا من الضرر).

- **آثار الطلاق وهي آثار شخصية:** كحق المطلقة أو المفارقة جسديا في الإستمرار على حمل لقب مفارقها أو عدم إستمرارها على ذلك ومدة العدة وحصانة الأبناء.

- **وآثار مالية:** كتعويض الضرر الناشئ عن الطلاق وهل يحكم به في شكل رأس مال أم في شكل جراية ومآل النظام المالي للزوجية وكيفية تصفيته، ونفقة الزوجين ومقر الزوجية وحق الزوجين أو أحدهما في البقاء به أو مغادرته والشروط الواجبة لبقائه به أو مغادرته.

ب- القانون المنطبق على الطلاق والتفريق الجسدي:

ينطبق على الطلاق والتفريق الجسدي القانون الشخصي المشترك

للزوجين عند إقامة الدعوى[1] أي قانون الدولة التي يحملان جنسيتها وقت رفع الدعوى، إن كانا من جنسية واحدة[2].

أما عند إختلاف جنسية الزوجين فيطبق قانون الدولة التي كان لهما بها آخر مقر مشترك[3].

وإذا لم تكن للزوجين لا جنسية مشتركة ولا مقر مشترك يطبق القاضي قانونه (قانون المحكمة المتعهدة بالنزاع).

لكن يستثني من ذلك:

---

[1]- كانت أحكام أمر 1956/07/12 الملغاة تعطي الإختصاص لقانون الحالة الشخصية للزوج حين إبرام عقد الزواج أنظر تكريسا لهذه القاعدة الحكم المدني عدد56468 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 1963/12/25 ق.ت عدد4 لسنة 1964 ص302/66 والحكم المدني عدد29030 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 1969/07/31 ق.ت عدد1 لسنة 1970 ص88.

لكن رغم ذلك فقد كانت بعض المحاكم تطبق القانون التونسي كلما تعلق الأمر بالحالة الشخصية وكان أحد الطرفين تونسيا عملا بمبدأ إمتياز الجنسية – أنظر الحكم المدني الصادر في القضية عدد26855 عن إحدى الدوائر بالمحكمة الإبتدائية بتونس بتاريخ 1999/06/29 (غير منشور) وقد أشارت فيه صراحة إلى أن فقه القضاء التونسي قد درج على إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إعتمادا على مبدأ إمتياز الجنسية وتطبيق القانون التونسي بإعتباره هو القانون المنطبق وحده في مادة الطلاق إذا كان أحد الزوجين تونسي الجنسية حين إبرام عقد الزواج وفقا للنظام العام وإستندت في ذلك إلى الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد26262 بتاريخ 1967/7/27 ويبدو أنّه من الأحكام الشاذة لأن فقه القضاء التونسي كان قد تخلى منذ زمن بعيد عن مبدأ إمتياز الجنسية مثلما سبق أن ذكرنا.

[2]- الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد33005 بتاريخ 2000/06/27 (غير منشور) إعتبر القانون التونسي هو المنطبق على الطلاق والتفريق الجسدي بإعتباره القانون المشترك للزوجين (تونسيين) عند إقامة الدعوى.

[3]- أنظر الحكم المدني عدد33955 الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس بتاريخ 2000/05/27 (غير منشور) طبقت القانون التونسي بناء على إقامة الزوجين (تونسية وبلجيكي) بتونس.

– النظام المالي للزوجية فقد رأينا أنّه يخضع لقانون الإرادة أو للقانون الشخصي المشترك للزوجين عند إنعقاد الزواج أو لقانون أوّل مقر مشترك لهما إن وجد وإلا فلقانون مكان إبرام الزواج (أنظر التعليق على الفصل48).

– الوسائل الوقتية التي تتخذ أثناء سير الدعوى كتقدير نفقة للزوجة أو إبقائها بمحل الزوجية وحضانة الأبناء وزيارتهم وغير ذلك من الإجراءات الوقتية ذات الصبغة التحفظية وتخضع كلها للقانون التونسي بإعتبارها من إجراءات الأمن المدني(Les lois de police)[1].

– الحضانة وتخضع للقانون الأفضل للطفل من بين القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره (أنظر الفصل 50 من هذه المجلّة).

– أما إجراءات التقاضي المتعلّقة بالطلاق أو التفريق الجسدي فتخضع لقانون القاضي كقاعدة عامة.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من روح ومقتضيات التشريع التونسي المتعلّق بالأسرة[2] ومن بعض التشاريع المقارنة نذكر منها على وجه الخصوص:

–القانون المدني الكندي (مقاطعة كيباك) الفصل 3090 منه وفيما يلي نصه:

§.3- De la séparation de corps

3090. La séparation de corps est régie par la loi du domicile des époux.

---

[1]– الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص، الجزء الأوّل، ص 309 وما بعد.
– الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ص 509.

[2]– أنظر المصادر الموضوعية للفصل السابق.

Lorsque les époux sont domiciliés dans des Etats différents, la loi du lieu de leur résidence commune s'applique ou, à défaut, la loi de leur dernière résidence commune ou, à défaut, la loi du tribunal saisi.

Les effets de la séparation de corps sont soumis à la loi qui a été appliquée à la séparation de corps.

- القانون الإيطالي الفصل 31 وهذا نصه:

Article 31

(Séparation personnelle et dissolution du mariage)

la séparation personnelle et la dissolution du mariage sont régies par la loi nationale commune des époux au moment de la demande de séparation ou de dissolution du mariage ; à défaut, s'applique la loi de l'Etat dans lequel la vie conjugale apparaît localisée de manière prépondérante.

Lorsqu'elles ne sont pas prévues par la loi étrangère applicable, la séparation personnelle et la dissolution du mariage sont régies par la loi italienne.

-مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي الفصل 2295 وهـذا نصه:

Article 2295

Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi nationale des époux lorsqu'elle est commune, sinon par la loi du pays où ils ont leur domicile et, à défaut, par celle du tribunal saisi.

III-الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 53 ويتضـمن ما يأتي:

الفصل 53: الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند إختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها.

ينظم الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى القانون التونسي.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته دون أي تعديل ما عدا رقمه فقد أصبح 50.

كما أقرته اللجنة الثالثة تحت رقمه الحالي (49) مع تعديل طفيف لصياغته تمثل في إستبدال عبارة "لهما" بالفقرة الأولى بعبارة "الزوجين" وزيادة حرف "الواو" في بداية الفقرة الأخيرة.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالين: أحدهما طرحته لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تقترح اللجنة تعويض عبارة "قانونها" الواردة بالسطر الثالث بعبارة "القانون التونسي" إستنادا إلى مبدأ إمتياز الجنسية.

الجواب: ترى الوزارة أنّه من المتجه الإحتفاظ بالصياغة الواردة بالمشروع كما سبق توضيحه بالإجابة عن السؤالين رقم 29 و30 لأن التوجه الذي إختاره المشروع هو ترك جانبا الإختيار السابق الذي كان يسود القانون الدولي الخاص وهو إمتياز الجنسية لتخلي القوانين المقارنة عنه وتجاوزه من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص وجعل المحكمة المتعهدة بالنزاع تطبق قانونها

أن لم تجد قانونا آخر تطبقه وفقا لإرادة الأطراف المفترضة[1].

والسؤال الآخر طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وهذا نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تقترح اللجنة إعادة صياغة الفقرة الثانية على النحو التالي: "وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى".

الجواب: توافق الوزارة على ذلك وتصبح الفقرة الأخيرة من النص المذكور على النحو التالي: "وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى"[2].

الفصل 50:

تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.
ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل.

I- الشرح: (الحضانة)

أ- مفهوم فكرة الحضانة ونطاقها:

الحضانة هي – كما عرفها الفصل 54 من مجلّة الأحوال الشخصية – حفظ الولد (ذكرا أو أنثى) في مبيته والقيام بتربيته.

وتشمل فكرة الحضانة:

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص 249.

[2]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص 256/255.

مفهوم حفظ الطفل وتربيته ومفهوم مصلحة الطفل الفضلي كمعيار لإسناد حضانته ومن له من الأبوين حق حضانته أثناء قيام الرابطة الزوجية ومتى يحوز إسناد الحضانة إلى غيرهما والشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن وهل يجوز التنازل عن الحضانة أم لا يجوز وحق الأب أو الأم في الزيارة عندما تسند الحضانة للآخر.

وإسقاط الحضانة، وشروط الإسقاط، والتنازل عنها وإنتهاؤها، وحق الطفل في العيش في وسط عائلي ومصاريف القيام بشؤون المحضون ومن يتحملها – وسكنى الحاضنة، وأجرتها وسفر الحاضنة وما يترتب عنه – وعلاقة ولي الطفل بحاضنه أو حاضنته وغير ذلك من المسائل المتصلة بحفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.

ب- القانون المنطبق على الحضانة:

تخضع حضانة الطفل للقانون الأفضل له من القوانين التالية:

– القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية في صورتي الطلاق والتفريق الجسدي بين الأبوين أو في حالة إبطال عقد زواجهما وهذا القانون هو القانون الشخصي المشترك للأبوين أو قانون آخر مقر مشترك لهما أو قانون المحكمة عند عدم وجود قانون مشترك يجمع بينهما سواء على أساس إتحاد الجنسية أو وحدة المقر.

– القانون الشخصي للطفل أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها عند النظر في دعوى الحضانة.

– قانون مقر الطفل.

وتقدير أفضلية هذا القانون أو ذاك يخضع لإجتهاد قضاة الأصل.

والقانون الأفضل للطفل هو القانون الذي يحقق له في مبيته (إقامته

بصورة عامة) أفضل أشكال الحفظ والسلامة النفسية والعقلية والبدنية ويضمن له في تربيته الحصول على أسلم أنواع التربية العقلية والبدنية والإجتماعية وبصفة عامة الأعداد الأفضل للحياة[1].

وإذا تساوت هذه القوانين في الأفضلية فهل يطبق القاضي جميعها أم يطبق قانونه؟.

لقد رأت المحكمة الإبتدائية بتونس تطبيق قانون المحكمة في هذه الحالة[2] ويبدو أنّه الرأي السليم بشرط أن تكون المساواة في الأفضلية ثابتة ومبينة على تحليل ومقارنة موضوعية بين القانونين أو القوانين التي عينتها قاعدة الإسناد.

لكن إذا تقررت الحضانة كإجراء وقتي تحفظي فإن قانون القاضي هو الذي ينظمها ولا يطبق القانون الأفضل للطفل إلا عند النظر في الأصل.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من روح ومقتضيات التشريع التونسي وخاصة أحكام مجلّة الأحوال الشخصية المتعلّقة بالحضانة ومجلة حماية الطفل ومن

---

[1]- إعتبرت المحكمة الإبتدائية بتونس أن القانون التونسي أفضل لطفل ولد لأم تونسية وأب سعودي لأنّه يسند الحضانة على أساس مصلحة المحضون بخلاف القانون السعودي الذي يسندها على أساس القرابة من جهة الأم – أنظر الحكم الصادر في القضية عدد32779 بتاريخ 2000/7/11 (غير منشور). أما محكمة التعقيب فقد رأت أن مصلحة المحضون هي الأولى في الإعتبار دون غيرها من الإعتبارات الأخرى وأيدت حكما إستئنافيا أذن بتنفيذ حكم صادر عن القضاء الفرنسي بإسناد حضانة طفلة لأمها الفرنسية رغم معارضة أبيها التونسي وتمسكه بأن إسناد الحضانة لهذه الأم يقطعها عن بيئتها الطبيعية ويمس بالنظام العام التونسي – القرار المدني عدد7286/2001 الصادر بتاريخ 2001/03/02 (غير منشور) أنظر عكس هذا الإتجاه القرار التعقيبي المدني عدد69523/98 المؤرّخ في 1999/01/04 (غير منشور أيضا).

[2]- أنظر الحكم الصادر في القضية عدد33551 بتاريخ 2008/6/27 (غير منشور).

إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل المبرمة في 1989/11/26 والتي صادقت عليها تونس بالقانون عدد92 لسنة 1991 المؤرّخ في 1991/11/29 ونشرت بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد84 لسنة 1991 ص1658 وما بعد.

ومن بعض التشاريع المقارنة نذكر منها القانون الكندي والفصل 3093 من القانون المدني على وجه الخصوص وفيما يلي نصه:

3093. La garde de l'enfant est régie par la loi de son domicile.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 54 ويتضمن ما يأتي:

الفصل 54: تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.

ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل.

ولما عرض على اللجنتين الثانية والثالثة أقرتاه دون أي تعديل بإستثناء رقمه الذي أصبح 51 ثم 50.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وقد تمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 51:

تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن او قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره.

ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن.

إلا أن نفقة الزوجين ينظمها القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرابطة الزوجية.

I- الشرح: (النفقة)

أ- نطاق فكرة النفقة:

فكرة النفقة تشمل أسباب النفقة (الزوجية، القرابة، الإلتزام) ومكونات هذا الحق (الطعام، الكسوة، المسكن، التعليم ...إلخ) ومن يستحقه وبداية إستحقاقه، ونهايته وكيفية تقديره، وقابلية حق النفقة للتقادم بمرور الزمن أو عدم قابليته لذلك.

وترتيب مستحقي النفقة عند عدم قدرة المنفق على الإنفاق عليهم جميعا وكيفية توزيع أداء النفقة على المدينين بها وهل يكون بحسب اليسار أم بحسب الرؤوس أم بحسب الإرث (على الذكر ما على أنثيين).

ب- القانون المنطبق على النفقة:

يضع الفصل 51 من م.ق.د.خ قاعدة عامة لتحديد القانون المنطبق على النفقة وإستثناء من تلك القاعدة.

1- القاعدة العامة:

تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن بها أو لقانون مقره أو للقانون الشخصي للمدين أو لقانون مقره.

وذلك حسب إختيار الدائن لكن يجب على القاضي في كلّ الحالات تطبيق القانون الأفضل للدائن من بين تلك القوانين الأربعة.

وتقدير أفضلية هذا القانون على ذاك تخضع لإجتهاد القاضي ومن بين عناصر التفضيل:

- إتساع مشمولات النفقة أو ضيقها.

- تقادم الحق بمرور الزمن أو عدم تقادمه، وطول مدة التقادم أو قصرها.

- تعدد الملزمين بالنفقة وتضامنهم في أدائها.

فالقانون الذي يعتبر النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وغيرها مما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة أفضل للدائن من القانون الذي يحصر النفقة في الطعام والكسوة مثلا.

والملاحظ أن المشرّع قد منح الأفضلية للدائن في أختيار القانون المنطبق بإعتباره الطرف الضعيف في الإلتزام ولأن دينه يكتسي صبغة معاشية وحياتية متأكدة[1].

2- الإستثناء:

أما الإستثناء فيتمثل في إخضاع نفقة الزوجين للقانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرابطة الزوجية[2] (أنظر الفصل 49 من هذه المجلّة).

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 جواب وزارة العدل على أسئلة النواب – الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص256.

[2]- أنظر الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد33005 بتاريخ 2000/6/27 (غير منشور) وقد طبقت فيه على نفقة الزوجة القانون التونسي بإعتباره القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرابطة الزوجية.

وهذا الإستثناء يجد مبرراته في أن نفقة الزوجين بعد إنحلال الرابطة الزوجية تعد أثرا من آثار الطلاق (كنفقة العدة بالنسبة للزوجة) وبالتالي فإن القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بالطلاق هو القانون الأقدر على تنظيم آثاره.

لكن هذا الإستثناء رغم وجاهته يطرح تساؤلا حول القانون المنطبق على نفقة الزوجين قبل حل الرابطة الزوجية فهل هو القانون الأفضل للدائن من تلك القوانين الأربعة التي أشارت إليها الفقرة الأولى من هذا الفصل؟ أم القانون الذي يخضع له حل عقدة الزواج؟.

لا يمكن إخضاع نفقة الزوجين قبل حل الزواج للقانون الذي يحكم الطلاق مثلا لأنّه ما يزال غير معلوم ولا مبرر لأن يتولى قاضي النفقة البحث عنه لأن تكييف الوقائع المعروضة عليه لن يسمح له بتحديد صنف الإسناد القانوني الذي يمكنه من معرفة القانون المنطبق تحديدا موضوعيا مثلما توجبه أحكام الفصل 26 من م.ق.د.خ.

ولهذا يكون من المتعين الرجوع إلى القانون المنطبق على عموم النفقة وهو القانون الأفضل للدائن من تلك القوانين التي أشارت إليها الفقرة الأولى من هذا الفصل.

ولعله من المفيد أن نذكر بأن النفقة يحكمها القانون التونسي عندما يحكم بها القاضي[1] كوسيلة وقتية أثناء سير الدعوى وقانون الإرادة عندما يكون سببها الإلتزام إذا تضمن العقد تحديدا للقانون المنطبق إما إذا سكت فالقانون الأفضل للدائن من بين القوانين التي سبقت الإشارة إليها.

---

[1]- يبدو أن قاضي الأسرة لدى المحكمة الإبتدائية هو المعني بالإعفاء من البحث عن القانون المنطبق في هذه الحالة دون قاضي الناحية الذي يختص بالنظر في دعاوى النفقة بوصفه قاضي أصل وصاحب الإختصاص الأساسي. فيكون من واجبه أن يطبق قاعدة التنازع لتعيين القانون المنطبق إلا إذا كان الأمر يتعلّق بتحديد نفقة وقتية لقاصر مثلا.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من القانون التونسي ومن الفصل 4 -3 من أمر 1956/07/12 ومجلة حماية الطفل ومن إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ومن بعض التشاريع المقارنة وخاصة:

- القانون الكندي (مقاطعة كيباك) ولا سيما الفصول 3094 و3095 و3096 وهذا نصها:

§.5- De l'obligation alimentaire

3094. L'obligation alimentaire est régie par la loi du domicile du créancier. Toutefois, lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de cette loi, la loi applicable est celle du domicile de ce dernier.

3095. La créance alimentaire d'un collatéral ou d'un allié est irrecevable si, selon la loi de son domicile, il n'existe pour le débiteur aucune obligation alimentaire à l'égare du demandeur.

3096. L'obligation alimentaire entre époux divorcés séparés de corps ou dont le mariage a été déclaré nul est régie par la loi qui est applicable au divorce, à la séparation de corps ou à la nullité.

- القانون الألماني الفصل 18 منه وفيما يلي نصه:

Article 18
Aliments

(1) La loi interne du lieu où le créancier d'aliments a actuellement sa résidence habituelle régit les obligations alimentaires. Lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de cette loi, il y a lieu d'appliquer la loi interne de l'Etat dont le créancier et le débiteur sont les ressortissants.

(2) La loi allemande s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu des lois visées à l'alinéa 1er, phrase 1 ou 2.

(3) Dans les relations alimentaires entre collatéraux et entre alliés, le débiteur peut opposer à la prétention du créancier

l'absence d'obligation à son égard suivant leur loi nationale commune ou, à défaut de nationalité commune, suivant la loi interne de sa résidence habituelle.

(4) Lorsque le divorce est prononcé ou reconnu en République fédérale d'Allemagne, la loi appliquée au divorce régira aussi les obligations alimentaires entre époux divorcés et la révision des décisions relatives à ces obligations. Cette disposition s'applique également aux cas de séparation de corps, de nullité ou d'annulation du mariage.

(5) La loi allemande s'applique lorsque le créancier et le débiteur ont la nationalité allemande et que le débiteur a sa résidence habituelle sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne.

(6) La loi applicable à l'obligation alimentaire détermine notamment:

1" si, dans quelle mesure et à qui le créancier peut réclamer des aliments,

2" qui est admis à intenter l'action alimentaire et quels sont les délais pour l'intenter.

3" les limites de l'obligation du débiteur, lorsque l'institution publique qui a fourni les aliments au créancier demande le remboursement de sa prestation conformément à la loi dont elle relève.

(7) même si la loi applicable en dispose autrement il doit être tenu compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur dans la détermination du montant de la prestation.

- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد: المادة 101 (كانت تحمل رقم 76 قبل المصادقة عليها من قبل اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية في دورتها التاسعة التي إنعقدت بتونس من 5 إلى 1983/12/16) وفيما يلي نصها: "يسري على الإلتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون دولة الملتزم بها".

- القانون الإماراتي المادة 15 وهذا نصها: "يسري على الإلتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون دولة الملتزم بها".

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 55 ويتضمن ما يلي:

الفصل 55: تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره.

ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن.

إلا أن نفقة الزوجين ينظمها القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرابطة الزوجية.

ولما عرض على اللجنة الثانية ثم اللجنة الثالثة أقرتاه دون أي تعديل ما عدا رقمه فقد أصبح 52 ثم 51.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تسأل اللجنة عن مبررات إختيار القانون الأفضل للدائن دون المدين؟.

الجواب: تلاحظ الوزارة في هذا الصدد أن الدائن بإلتزام شخصي له صبغة معاشية وحياتية مؤكد يكون في وضعية أصعب من غيره من الدائنين بإلتزامات مالية مدنية أو تجارية لذلك وقع منح الأفضلية للدائن في إختيار القانون المنطبق طالما أنّه الطرف الضعيف في الإلتزام[1].

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص 256.

الفصل 52:

يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين:

- القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره.

- القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.

وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه.

I- الشرح: (البنوة)

يحدّد هذا الفصل القانون المنطبق على إثبات البنوة، وعلى نفيها دون تفرقة بين البنوّة الشرعية والبنوة الطبيعية كما لو أن مسألة البنوة الطبيعية قد حسمت في حين ما يزال القانون الداخلي ولاسيما على مستوى التشريع وفقه القضاء لم يتخذ له موقفا ثابتا من ذلك. ولهذا أراني مدعوا إلى توضيح مفهوم البنوة على ضوء أحكام هذا الفصل وما يتسع له بخصوصها القانون الداخلي (أ) قبل أن نحدد القانون المنطبق على إثبات البنوة أو نفيها (ب).

أ- مفهوم البنوة ونطاقها:

1- المفهوم:

البنوة رابطة بيولوجية بين الإبن وأبويه وهي إما شرعية أو طبيعية.

- **البنوة الشرعية:** هي التي تكون ثمرة زواج صحيح أو فاسد وبتعبير آخر هي التي تكون أثرا من آثار عقد الزواج.

وتنظم البنوة والنسب بصورة عامة في التشريع التونسي الفصول من 68 إلى 76 من مجلّة الأحوال الشخصية.

والملاحظ أن هذه الفصول التسعة لم يرد بها أي ذكر للإبن الطبيعي مما جعل فقه القضاء ولا سيما فقه قضاء محكمة التعقيب يؤولها على أنها خاصة

بالنسب الشرعي ويرفض الإعتراف بالإبن الطبيعي بناء على أن التشريع الوطني لا يعرف هذه المؤسسة ويشترط لقبول إثبات النسب بغير الفراش الشرعي حسبما جاء بمستندات إحدى القرارات التعقيبية[1] أن لا يظهر من ظروف الحال أن الولد من زنا وإلا فلا نسب إتساقا مع القاعدة الشرعية القائلة بأن "نعمة النسب لا تأتي عن طريق محرم" وهو ما أخذ به التشريع التونسي في باب النسب "ضمنيا" وفي باب الإرث "صراحة".

لكن يبدو أن هذا الرفض المطلق لإثبات البنوة الطبيعية قد فقد خلفيته التشريعية المتمثلة في خلو فصول مجلّة الأحوال الشخصية المتعلّقة بالنسب من كلّ ذكر للإبن الطبيعي بصدور القانون عدد75 لسنة 1998 المؤرّخ في 1998/10/28 والمنقح بالقانون عدد51 لسنة 2003 المؤرّخ في 2003/07/07 والمتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب والذي تضمن فصله الأوّل إعتراف المشرّع التونسي للإبن الطبيعي ببعض الحقوق إزاء أبيه وسمح له للتمتع بتلك الحقوق بإثبات بنوته لأبيه ولو كانت طبيعية.

– **البنوة الطبيعية:** هي البنوة التي تأتي من خارج الفراش أي هي التي تكون ثمرة إتصال جنسي لا يستند إلى عقد زواج صحيح أو فاسد.

وقد رأينا أن أحكام مجلّة الأحوال الشخصية لم تساعد فقه القضاء على قبول إثبات نسب الإبن الطبيعي وإنما دفعته نحو الرفض المتواصل بالرغم من

---

[1]– **القرار المدني عدد25274 الصادر في 1991/02/12 – أنظر تعليق القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف على مجلّة الأحوال الشخصية – دار الميزان سوسة – تونس –1997 ص183 خاصة والصفحات من 177 إلى 190 وقد تضمنت ملخصا لأهم القرارات التعقيبية والأحكام القضائية وقائمات في أهم المصادر المتعلّقة بالنسب.**

النقد المستمر الذي لقيه من لدن الفقه[1].

لكن يبدو أن الوضع القانوني للإبن الطبيعي قد تغير منذ صدور القانون عدد75 لسنة 1998 المؤرّخ في 1998/10/28 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. إذ أن هذا القانون قد خول لهؤلاء إمكانية إثبات بنوتهم لآبائهم بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني. صحيح أن ثبوت بنوة هؤلاء لآبائهم لا تمنحهم حق النسب ولا حق الميراث وإنما تمنحهم حمل لقب آبائهم (دون الإسم والسلسلة الإسمية الموالية له) بصفة نهائية ودائمة، والتمتع بالنفقة والحضانة والولاية وتحمل ما ينشأ عن أفعالهم من مسؤولية إزاء الغير إلى أن يبلغوا سن الرشد إلا إذا كان الولد معاقا وعاجزا عن الكسب فإن نفقته وحضانته وولايته تستمر حتى تزول إعاقته ويرتفع عجزه أو يموت.

كما رتب عن ثبوت النسب الطبيعي كلّ موانع الزواج الواردة بالفصول 14 و15 و16 و17 من مجلّة الأحوال الشخصية.

لكن مهما كانت محدودية الآثار القانونية التي رتبها هذا القانون على ثبوت النسب الطبيعي لهؤلاء الأطفال، فإن تخويل إثباته بكل وسائل الإثبات[2]

---

[1] – أنظر – وضعية الطفولة الطبيعية أو غير الشرعية في تونس للأستاذ سامي بن حليمة ق.ت. عدد2 1966.

وأنظر كذلك لنفس الكاتب:

La filiation paternelle légitime en droit tunisien, (Thèse pour Doctorat d'Etat Tunis 1976).

[2] – بما فيها التحليل الجيني وقد كان فقه القضاء قد قبل إثبات النسب عن طريق تحليل الدم منذ وقت بعيد، أنظر:

القرار التعقيبي المدني عدد5931 الصادر في 1968/08/21 وقد جاء بأحد أسانيده ما يلي: "يكون قابلا للنقض القصور في التعليل القرار الإستئنافي الذي قضى بنقض الحكم الإبتدائي بثبوت النسب دون الرد عما إستند إليه الطاعن من تحليلات دموية تدعيما لما كان أدلى به من أدلة". ن 1968

يمثل ثغرة واسعة في جدار الصد الذي كان أقامه فقه القضاء أمام الإبن الطبيعي لما يزيد عن الأربعين سنة سوف لا يلبث أن يتسرب من خلالها إلى إثبات نسبه كاملا غير منقوص بإستخدام أحكام مجلّة الأحوال الشخصية (الفصول ص68 إلى 76) التي كان قد أخرج من حضيرتها منذ وقت طويل.

إذا كان هذا هو واقع القانون التونسي الداخلي فيما يتعلّق بالنسب فما هو تفسير عدم إنعكاسه على قواعد التنازع المتعلّقة بإثبات النسب الواردة بالفصل 52 من م.ق.د.خ؟.

إعتقد أن هناك ثلاثة أسباب على الأقل وراء عدم وضع قواعد إسناد خاصة بالبنوة الشرعية وأخرى خاصة بالبنوة الطبيعية.

السبب الأول: هو أن وضع قواعد إسناد موحدة لحل تنازع القوانين حول بنوة الطفل لا يتعارض بشكل مطلق مع وجود قواعد في القانون الداخلي تفرق بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي وتعترف بكليهما أو بأحدهما فقط لأن قواعد القانون الدولي الخاص لا تطبق إلا على العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي وكثيرا ما يكون سائر أطراف هذه العلاقة من الأجانب وفي صورة تطبيق القانون الأجنبي فسوف يستخدم القاضي الدفع بالنظام العام لإستبعاد أحكام القانون الأجنبي – ولو عينته قاعدة الإسناد الوطنية – التي تتعارض مع الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي.

السبب الثاني: الإنفتاح على الحياة الدولية[1] الذي ميز مجلّة القانون

القسم المدني ص86 ق.ت عدد8 1969 ص45 وكان موضوع تعليق الأستاذة DE LA GRANGE RTD 1969/1970 كلّ هذا مشار إليه بمجلة الأحوال الشخصية تعليق القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف – دار الميزان للنشر – سوسة 1997 ص179.

[1] – أنظر دراسة لنا بعنوان مجلّة القانون الدولي الخاص: الخيارات والأهداف – الفقرة المخصصة للإنفتاح على الحياة الدولة – أعمال ملتقى نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية يوم

الدولي الخاص وما يقتضيه هذا الإنفتاح من ضرورة الإعتراف بآثار بعض الوضعيات التي نشأت صحيحة بالخارج ما دامت لا تتعارض مع النظام العام الدولي الخاص التونسي وإعتقد أن قواعد القانون الأجنبي التي تتضمّن الإعتراف بالإبن الطبيعي لا تتعارض مع النظام العام الدولي الخاص التونسي بل ولا مع النظام العام الداخلي ولا سيما بعد أن خولت أحكام القانون عدد75 لسنة 1998 إثبات البنوة الطبيعية ورتبت على ثبوتها بعض الحقوق للإبن الطبيعي وبالتالي يمكن تطبيق تلك القواعد القانونية الأجنبية إذا عينتها قاعدة الإسناد.

السبب الثالث: النزعة الإستشرافية لأحكام الفصل 52 وغيره من العديد من فصول المجلّة وتزامن[1] صدورها مع صدور القانون عدد75 لسنة 1998 الذي أجاز إثبات نسب الإبن الطبيعي وأعطاه بعض الحقوق – جعل واضعي المجلّة يتوقعون حصول تطوّر سريع في هذا المجال فشرعوا لبعض الواقع ولما إعتقدوا أنّه مستقبل قريب.

لكل هذه الأسباب لم يفرق الفصل 52 من م.ق.د.خ بين البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية فيما يتعلّق بقواعد الإسناد[2].

1999/03/12 أنظر الأعمال الكاملة لذلك الملتقى – مصدر سبقت الإشارة إليه – ص25 وما بعد.

[1]- يفصل بين تاريخ صدور القانون عدد75 لسنة 1998 المؤرّخ في 1998/10/28 وتاريخ صدور مجلّة القانون الدولي الخاص (صدرت في 1998/11/27) شهر واحد ويفصل بين دخولهما حيز التطبيق ثلاثة أشهر (تأخر تنفيذ م.ق.د.خ بـ3 شهور).

[2]- بعض التشاريع تخضع البنوة الشرعية لقانون الأب إن كان هو المطلوب الإنتساب إليه ولقانون الأم إن كانت هي المطلوب الإنتساب إليها والبعض يخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج بإعتباره أثرا من آثاره.

أنظر أصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي ص554.

أما البنوة الطبيعية فهناك من التشاريع من سواها بالبنوة الشرعية مثل التشريع الفرنسي (أنظر الفصول من 14/311 إلى 18/311 من المجلّة المدنية الفرنسية) وأخضع إثبات كلّ منهما إلى

2- النطاق:

تشمل فكرة البنوة: إثبات البنوة والإقرار بها ودعوى إثبات النسب، ووسائل الإثبات المقبولة ومدة القيام بالدعوى وإنكار النسب، والأشخاص الذين لهم حق رفع دعوى نفي النسب أو إثباته (الأم الحاضنة[1]، الولي العمومي، النيابة العمومية ... أقارب الصغير ...إلخ) وإشكال الإعتراف بالبنوة وشروط الإعتراف بها ومن له حق المنازعة في البنوة والإستلحاق وغير ذلك من المسائل المرتبطة بفكرة إثبات البنوة أو نفيها.

ب- القانون المنطبق:

فرق الفصل 52 بين إثبات البنوة والمنازعة فيها.

فإثبات البنوة يخص الأطفال مجهولي النسب.

ويخضع للقانون الأفضل للطفل من بين القوانين التالية:

- القانون الشخصي للمطلوب (الأب أو الأم) أو قانون مقره.
- القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.

أمّا نفي البنوة أو المنازعة فيها فيخص الأبناء معلومي النسب أما لأنهم

القانون الشخصي للأم يوم ميلاد الطفل وإذا كانت الأم مجهولة فللقانون الشخصي للطفل (الفصل 14/311) مع بعض الإستثناءات.

أنظر الفصل 15/311 من المجلّة المدنية الفرنسية.

وأنظر DIP للأستاذ P.Mayer ص361 وما بعد وأنظر أيضا بخصوص البنوة القانون الدولي الخاص ج1 للأستاذ موحند إسعاد، ص 312 وما بعد.

[1]- أنظر دراسة معمقة للأستاذ رشيد الصباغ بعنوان "صفة الأم في رفع الدعوى بإثبات نسب إبنها من أبيه ودعوى إلزامه بالإنفاق عليه" المجلّة القانونية التونسية 1979 (العدد الأوّل) الصادرة عن مركز الدراسات والبحوث والنشر لكلية الحقوق والعلوم السياسية والإقتصادية لجامعة تونس – تونس (أصبح الآن مركز النشر الجامعي) ص51 وما بعد.

ولدوا من فراش شرعي ونسبوا منذ الولادة لآبائهم أو وقع إثبات بنوتهم طبق أحكام الفقرة الأولى من هذا الفصل وتخضع للقانون الذي نشأت بمقتضاه أي للقانون الذي يحكم آثار الزواج إذا كانت البنوة المتنازع فيها شرعية بإعتبار النسب أثرا من آثار الزواج وهذا القانون هو القانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة أو قانون آخر مقر مشترك لهما زمن ولادة الطفل وعند إنعدام القانون المشترك يطبق القاضي قانونه (قانون المحكمة) حسبما يستخلص من الفصول المنظمة لآثار الزواج. وللقانون الذي إعتمد لإثباتها من بين القوانين الأربعة التي أشير إليها آنفا ولو لم يكن هو القانون الأفضل إذا وقع إثبات البنوة بعد أن كانت مجهولة وأريد المنازعة فيها بعد إثباتها وذلك تطبيقا لأحكام الفقرة الأخيرة من هذا الفصل التي تخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه.

II- المصادر:

إلى جانب فقه القضاء والفقه الذي أشرنا إلى بعض مصادره فقد إستروح هذا الفصل من بعض التشاريع المقارنة نذكر منها:

- المجلّة المدنية الفرنسية وخاصة الفصول 311/14 /311/15 311/16 311/17 /311/18 الآتي نصها:

Section III

Du conflit des lois relatives à l'établissement

de la filiation

Art.311-14. *La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.*

Art.311-15. *Toutefois, si l'enfant légitime et ses père et mère l'enfant naturel et l'un de ses père et mère ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état*

produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.

Art.311-16. *Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise. Soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux ; soit par la loi personnelle de l'enfant*

La légitimation par autorité de justice est régie, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant.

Art.311-17. *La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant.*

Art.311-18. *L'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur.*

- وكذلك مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي والفصل 2298 منه خاصة وهذا نصه:

Article 2298

La filiation naturelle est régie par la loi personnelle de l'enfant

Toutefois, si cette loi n'autorise pas la reconnaissance, celle-ci pourra être faite par son auteur conformément à sa loi personnelle.

En outre, si cette loi n'accorde pas d'aliment à l'enfant, il pourra en obtenir conformément à la loi de sa résidence habituelle.

- القانون المدني الكندي (مقاطعة كيباك) الفصل 3091 وهذا نصه:

3091. *L'établissement de la filiation est régi par la loi du domicile ou de la nationalité de l'enfant ou de l'un de ses parents, lors de la naissance de l'enfant, selon celle qui est la plus avantageuse pour celui-ci.*

Ses effets sont soumis à la loi du domicile de l'enfant

ويخضع للقانون الأفضل للطفل من بين القوانين التالية:

- القانون الشخصي للمطلوب (الأب أو الأم) أو قانون مقره.

- القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.

أمّا نفي البنوة أو المنازعة فيها فيخص الأبناء معلومي النسب أما لأنهم

القانون الشخصي للأم يوم ميلاد الطفل وإذا كانت الأم مجهولة فللقانون الشخصي للطفل (الفصل 14/311) مع بعض الإستثناءات.

أنظر الفصل 15/311 من المجلّة المدنية الفرنسية.

أنظر أيضا بخصوص البنوة القانون الدولي P.Mayer ص 361 وما بعد

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 56 ويتضمن ما يلي:

الفصل 56: يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين:

- القانون الشخصي للأم أو قانون مقرها
- القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره

وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه.

ولما عرض على اللجنة الثانية إستبدلت القانون الشخصي للأم أو قانون مقرها بالقانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره ليشمل الأم والأب على حد سواء وهو إختيار تقني[1] محض. وقد أقرته اللجنة الثالثة دون أي تعديل ما عدا رقمه فقد أصبح 52 وهو رقمه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وقد تمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 53:

تخضع شروط التبني لقانون المتبني والمتبنى كلّ فيما يتعلّق به.

تخضع آثار التبني للقانون الشخصي للمتبني.

إذا قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة فإن أثار التبني ينظمها قانون مقرهما المشترك.

وتخضع الكفالة لنفس الأحكام.

I- الشرح: (التبني والكفالة)

أ- مفهوم التبني والكفالة:

التبني: هو إلحاق نسب طفل قاصر بنسب شخص رشيد وقطع نسبه بأبويه.

ولا يتم- حسب القانون التونسي - إلا بحكم قضائي يصدر نهائيا عن قاضي الناحية المختص بعد التحقق من توفر الشروط القانونية ومصادقة المتبني وزوجه ووالدي المتبنى عند الإقتضاء أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطفل (الفصل 13 من القانون عدد27 لسنة 1958 المؤرّخ في 1958/03/04 المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبني).

بينما **الكفالة** عقد يبرم بين الكفيل من جهة وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا أو مجهولا أو عند الإقتضاء الولي العمومي أو من يمثله من جهة أخرى يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر لمدة أقصاها بلوغ الطفل المكفول سن الرشد.

ولعل أهم فارق بين التبني والكفالة أن الكفالة لا تؤثر على نسب الطفل

ولا على هويته.

ب- القانون المنطبق عليهما:

يفرق الفصل 53 من م.ق.د.خ بين شروط التبني والكفالة وآثارهما:

فشروط التبني الموضوعية تخضع للقانون الشخصي للمتبني والمتبنى كلّ فيما يتعلّق به ويتم تطبيقهما تطبيقا توزيعيا وعند وجود شرط يمنع التبني أو الكفالة بأحد القانونين يسحب على الطرف الآخر ولو لم يكن موجودا بقانونه الشخصي[1].

أما الشروط الشكلية فتخضع لقانون البلد الذي يتم فيه التبني.

وتشمل شروط التبني خاصة: سن المتبني والمتبنى والفارق بينهما من حيث العمر فالقانون التونسي يشترط أن يكون المتبني رشيدا متمتعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة وقادرا على القيام بكل شؤون المتبنى الذي يجب أن يكون قاصرا وأن لا يقل فارق السن بينه وبين المتبني خمسة عشر سنة – الفصول: 11/10/9 من القانون عدد27 لسنة 1958 المؤرّخ في 1958/03/04 المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

كما تشمل شكل ونوع السند الذي يتم بمقتضاه التبني، والسلطة المخول لها تحرير السند، والإجراءات الواجب إتباعها بشأنه ومن له حق التصريح بالرضا نيابة عن المتبنى.

أما **آثار التبني** والكفالة فتخضع للقانون الشخصي للمتبني أو الكفيل وقت التبني وإذا قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة فإن آثار التبني في هذه الحالة ينظمها قانون مقرهما المشترك عند التبني.

---

[1] – الأستاذان: سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص ص207 وما بعد والأستاذ محمد كمال أصول القانون الدولي الخاص ص555.

وتشمل آثار التبني: لقب المتبنى[1] وإسمه (هل يجوز إبدال إسمه أم لا وهل يحمل لقب المتبني أم يحتفظ بلقبه) [2].

كما تشمل حقوق كلّ من المتبني والمتبنى إزاء الآخر (حقوق الآباء على الأبناء وحقوق الأبناء على الآباء) [3].

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

أ- القانون الداخلي:

1- التشريع:

الفقرة 6 من الفصل 4 من الأمر المؤرّخ في 1956/07/12 المتعلّق بضبط الأحوال الشخصية للأجانب (نسخته هذه المجلّة).

2- فقه القضاء:

نذكر منه خاصة القرار التعقيبي المدني عدد4063 المؤرّخ في 1965/11/11 (ق.ت عدد3 لسنة 1966 ص198/34) وقد إعتبرت فيه المحكمة الحكم بالتبني الذي لم يطبق التشريع الإيطالي الجاري به العمل في مادة التبني بالرغم من أن المتبنى والمتبنيين من ذوي الجنسية الإيطالية خارقا لقاعدة التنازع التونسية ومستوجبا للنقض لخرقه القانون.

---

[1]- أنظر القرار التعقيبي المدني عدد4063 المؤرّخ في 1965/11/11 ق.ت عدد3 لسنة 1966 ص198/34.

[2]- يحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل إسمه وللمتبني أن يطلب التنصيص على ذلك بحكم التبني (الفصل 14 من القانون عدد27 لسنة 1958 المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبني).

[3]- إذا كان أقارب الطفل المتبني معروفين تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول 14 و15 و16 و17 من مجلّة الأحوال الشخصية قائمة (الفصل 15 من القانون عدد27 لسنة 1958).

ب- القانون المقارن:

وخاصة القانون المدني الكندي (مقاطعة كيباك) ولاسيما الفصل 3092 منه وهذا نصه

§.4- De la filiation par le sang et de la filiation adoptive

3092. Les règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption d'un enfant sont celles que prévoit la loi de son domicile.

Les effets de l'adoption sont soumis à la loi du domicile de l'adoptant.

- مشروع قانون إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي ولا سيما الفصلين 2300/2299 وهذا نصهما:

Article 2299

Les conditions de l'adoption exigées de l'adoptant et de l'adopté sont régies par leur loi personnelle respective. Ils doivent satisfaire aux conditions établies par l'une et l'autre loi lorsqu'elles les concernent tous deux.

Lorsque l'adoption est demandée par deux époux, les conditions exigées des adoptants sont régies par la loi qui gouverne les effets du mariage.

Article 2300

Les effets de l'adoption sont régis par la loi personnelle de l'adoptant.

Lorsque l'adoption a été consentie par deux époux, ses effets sont régis par la loi qui gouverne les effets du mariage.

- القانون الإيطالي وخاصة الفصلان: 39/38 الآتي نصهما:

Article 38

(Adoption)

1- Les conditions, la constitution et la révocation de l'adoption sont régies par le droit national de l'adoptant ou des adoptants, s'il leur est commun ou, à défaut, par le droit de l'Etat dans lequel les adoptants sont l'un et l'autre résidents, ou par celui de l'Etat dans lequel leur vie conjugale est localisée de manière

prépondérante au moment de l'adoption. Toutefois le droit Italien s'applique lorsque l'adoption tendant à attribuer à un mineur l'état d'enfant légitime est demandée au juge italien.

2- En tous les cas, dans ses éventuelles dispositions relatives aux consentements requis, l'application de la loi nationale du majeur à adopter est réservée.

Article 39

(Rapports entre adopté et les parents adoptants)

Les rapports personnels et patrimoniaux entre l'adopté et l'adoptant ou les adoptants et les parents de ceux-ci sont régis par le droit national de l'adoptant ou des adoptants s'il leur est commun ou, à défaut, par le droit de l'Etat dans lequel les adoptants sont l'un et l'autre résidents ou par celui de l'Etat dans lequel leur vie conjugale est localisée de manière prépondérante.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 57 ويتضمن ما يلي:

الفصل 57: تخضع شروط التبني لقانون المتبني والمتبنى كلّ فيما يتعلّق به.

وتخضع آثار التبني للقانون الشخصي للمتبني.

إذا قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة فإن آثار التبني ينظمها قانون مقرهما المشترك.

ولما عرض على اللجنة الثانية أضافت إليه فقرة رابعة وأخيرة تضمنت إخضاع الكفالة لنفس الأحكام المنظمة للتبني. وقد أقرته اللجنة الثالثة دون أن تدخل عليه أي تعديل ما عدا رقمه فقد أصبح 53.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل عليه.

السؤال: تقترح اللجنة الإشارة في هذا الفصل إلى إختصاص القاضي التونسي في حالة وجود أولياء تونسيين أو في حالة وجود طفل له الجنسية التونسية أو يقطن بالبلاد التونسية؟

الجواب: إن حماية القصر ترتبط بوجود إنعدام الأهلية وهي تدخل ضمن صنف الأحوال الشخصية وتهم النظام العام، كما أنها ترتبط بالقانون الإقليمي وقانون القاضي المتعهد بدعوى تشمل قاصرا لغاية حماية هذا الأخير بحماية أمواله (ولاية المال) والنفس (ولاية النفس). وقد كرس الفصل 53 من المشروع المبدأ التقليدي في الأخذ بقانون جنسية المتبني في كلّ ما يهم مصالحه (النيابة القانونية، الولاية، الحضانة، الكفالة، الأموال...) ومراقبة الأشخاص المؤهلين لممارسة حقوق على القاصر (مجال سلطة الولي في التصرف والإدارة) وتجدر الإشارة أن تنظيم هذه المسائل يتطلب تدخل السلطة العامة ومراقبة السلطة القضائية (قاضي التقاديم والنيابة العمومية) وبالتالي فإن القانون الوطني يمكنه دائما التدخل كقانون حمائي Loi de police ليفرض تدابير تربوية أو حمائية بموجب تدخل الإدارة لتعلق الأمر بالنظام العام سواء بالنسبة للقصر ذوي الجنسية التونسية أو حتى القصر الأجانب المقيمين بالبلاد التونسية وذلك طبقا لإتفاقية لاهاي المؤرخة في 5 أكتوبر 1961 (فصل 9 خاصة)[1].

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص.256.

الباب الرابع
المواريث

الفصل 54:

يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا.

وإذا لم يسند القانون المنطبق على التركة أملاكا كائنة بالبلاد التونسية لوارث من الأشخاص الطبيعيين، فإن هذه الممتلكات تؤول للدولة التونسية.

I- الشرح: (الميراث)

تمثل المواريث الصنف الثالث والأخير من الأصناف القانونية الثلاثة المكونة للأحوال الشخصية (تحدثنا عن الصنفين الأولين: حقوق الأشخاص وحقوق العائلة) [1].

وتشمل فكرة المواريث: الميراث والوصية.

وقد ألحقت بهما الهبة بالرغم من كونها من التصرفات الإرادية غير المضافة لما بعد الموت ولا علاقة لها بالتركة وإنما لأنها من الأسباب التي تنتقل بها الملكية بدون عوض وبإرادة منفردة وتقوم أساسا على نية التبرع لدى الواهب وتندرج ضمن حالته الشخصية وبالتالي تخضع مثل الميراث والوصية للقانون الشخصي للواهب.

---

[1]- المقصود قانون الأشخاص وقانون العائلة – أنظر شرح الفصل 39.

ونعود الآن للحديث عن الفصل 54 المتعلّق بالميراث الشرعي لنحدد نطاقه(أ) ونبين القانون المنطبق على مختلف المسائل الداخلة في مضمونه(ب).

أ- نطاق الميراث:

يشمل الميراث: شروط إستحقاق الإرث (وفاة المورث حقيقة أو حكما قبل الوارث وتحقق حياة هذا الأخير عند وفاة المورث) وموانع الميراث،[1] وتاريخ إنتقال أموال التركة إلى الورثة وحق هؤلاء في قبول التركة أو رفضها

---

[1]- تنص أحكام الفصل 88 من م.ح.ش على أن "القتل العمد من موانع الإرث. فلا يرث القاتل سواء أكان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه". لكنها لا تذكر غيره من بقية الموانع المعروفة في الفقه الإسلامي (عش لك رزق) مما أثار جدلا صاخبا حول تأويل هذا الفصل وخاصة حول الوقوف عند المعنى الذي تقتضيه عبارته (حسب الفصل 532 من م.إ.ع) أم ربطه بالتشريع الإسلامي بإعتباره من المصادر الشكلية لمجلة الأحوال الشخصية. وقد كان "إختلاف الدين" في معظم الحالات هو المحرك والمغذي لهذا الجدل. إذ صدرت عدة أقضية تعتبره من موانع الإرث (أشهرها القرار التعقيبي المعروف بقرار حورية (القرار عدد3384 المؤرّخ في 1966/01/31 ق.ت عدد6 لسنة 1967 ص389/37 والمجلة التونسية للقانون 1968 من 114 مع تعليق للأساتذة RTD 1968 note de lagrange

وقد انقسم الفقه حولها بين مؤيد ورافض لكن إحدى الدوائر بالمحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة أصدرت مؤخرا حكما في القضية عدد7602 بتاريخ 18 ماي 1999 إعتبرت أن إختلاف الدين ليس مانعا من موانع الميراث لأنّه يتعارض وأحكام الفصل 88 من م.ح.ش والمبادئ العامة للنظام القانوني التونسي القائمة على عدم التمييز لإعتبارت دينية ولأن القاضي ليس عليه التعرف على المعتقدات الدينية للمتقاضين بإعتبارها مسألة باطنية خاصة بالأفراد.

أنظر كامل الحكم منشورا بالمجلة التونسية للقانون لسنة 2000 ص 247 وما بعد القسم العربي مع تعليق للأستاذ علي المزغني.

والملاحظ أن هذا الحكم قد وقع الطعن فيه بالإستئناف لدى محكمة الإستئناف بتونس وقد قضت تحت عدد78579 بتاريخ 2001/7/11 بتأييده لكن على أساس أن دعوى إبطال عقد البيع المؤسسة على أن البائعة لم تكن وارثة لإختلاف دينها عن دين مورثها (مسلم) تتعلّق بعقار مسجل وقد تم التفويت فيه للغير حسن النية وفي وقت كانت البائعة مالكة للمبيع بموجب وجود إسمها بحجة وفاة المورث ضمن الورثة وبالسجل العقاري من بين المستحقين (أدرجت حجة وفاة المورث قبل البيع) حكم غير منشور.

أو التنازل عنها، وتحديد أشخاص الوارثين وبيان أنصبائهم،ووقف توزيع التركة كليا أو جزئيا لإنتظار ولادة الحمل الظاهر ومعرفة جنسه، والتوارث في حالة الوفاة الجماعية بين متوارثين.

لكن لا تدخل في فئة الأحوال الشخصية وبالتالي لا تندرج ضمن مسائل الميراث المسائل التالية:

- الحقوق التي إكتسبها الغير على أموال التركة (الحقوق المتعلّقة بعين التركة الفصل 87 من م.ح.ش).

- تنظيم حالة الشيوع بين الورثة ومدة الشيوع وكيفية إنقضائه وإدارة المشترك.

- نقل الملكية وإجراءاته والمفعول المنشيء أو الحفظي للترسيم (بالنسبة للأموال الخاضعة لواجب الترسيم بالسجل العقاري أو غيره من السجلات الرسمية).

فكل هذه المسائل تندرج ضمن فئة الأحوال العينية وتخضع لقانون مكان وجود المال[1].

لكن ينبغي لفت الإنتباه - هنا - إلى أن مسائل الأحوال الشخصية التي تخضع للقانون الشخصي تبقى خاضعة للقانون المنطبق عليها ولو كانت متصلة بالميراث كالنسب والزواج والفقدان (أنظر شرحنا للفصول المتعلّقة بها من هذه المجلّة).

---

[1] - الأستاذان: سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص ص275 وما بعد.

ب- القانون المنطبق على الميراث[1]:

لعل أوّل ما يلفت الإنتباه في صياغة هذا الفصل هو إستعمال المشرّع لأداة العطف "أو" في نسق سردي لمختلف القوانين التي يمكن أن تحكم الميراث دون قيد أو شرط لإنطباق هذا القانون أو ذلك، أو إشارة لتفضيل أحدها على الآخر مما يضفي على النص شيئا من الغموض ويدعو إلى التساؤل عن الوظيفة اللغوية لأداة العطف "أو" فهل هي للتخيير أم للترتيب؟.

يصعب إعتبار العطف "بأو" في الفقرة الأولى من هذا الفصل للتخيير لأن الخيار يقتضي المفاضلة. ولا يوجد أي مبرر لتفضيل قانون على آخر من القوانين الثلاثة التي ذكرها النص. فضلا عن سكوت المشرّع – وعلى خلاف عادته في الحالات المشابهة (أنظر الفصول 52/51/50 من هذه المجلّة) – عن بيان الجهة التي لها حق المفاضلة أو الإختيار. ولا يمكن للقاضي في غياب مبرر واضح للمفاضلة بين هذه القوانين الثلاثة أن يختار أحدها كقانون منطبق على الميراث ولا أن يطبق جميعها لإستحالة التطبيق الجمعي في مثل هذه الحالات.

---

[1]- هناك عدة إتجاهات في القانون المقارن بخصوص تكييف الإرث والقانون المنطبق عليه:

- فهناك من يعتبره حالة من الأحوال الشخصية ويخضعه للقانون الشخصي للمورث (قانون جنسيته أو قانون مقره).

وهذا الإتجاه يسود القانون التونسي ومعظم القوانين العربية (مصر، سوريا، ليبيا، الجزائر، العراق) وبعض البلدان الأوروبية (إيطاليا واليونان).

- وهناك من يعطيه وصفا مختلطا (أحوال عينية وأحوال شخصية) مثل معظم بلدان أوروبا كفرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية.

فالتركة العقارية تخضع لقانون موقع العقار والتركة المنقولة تخضع لقانون مقر المورث عند وفاته.

- لكن إتفاقية لاهاي حول القانون المنطبق على التركة بسبب الموت تبنت قانون الدولة التي كان للمورث بها آخر مقر وقت وفاته (الفصل 3).

أنظر دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم ص 203 وما يليها

ولتحاشي تعطيل تطبيق هذا النص لا مناص من إعتبار العطف بـأو للترتيب أي أن مسائل الميراث تخضع للقانون الشخصي للمورث[1] وهو قانون الدولة التي كان يحمل جنسيتها عند وفاته أو قانون الدولة التي كان له بها آخر مقر إذا لم تكن له جنسية.

وإذا لم يكن للمورث قانون شخصي (أي ليس له جنسية ولا مقر) فإن ميراثه يخضع لقانون الدولة التي ترك بها أملاكا.

لكن قانون أي دولة ينطبق على الميراث عند توزع أموال التركة على عدة دول؟

لم يضع المشرّع أي حل لهذه المسألة ويبدو أنّه قد ترك إختيار القانون المنطبق في هذه الحالة للمبادئ والقواعد العامة السائدة في القانون الدولي الخاص وهذه المبادئ تمنح الإختصاص لقانون الدولة التي توجد بها أهم أموال التركة (أنظر الفصل 26 من ق.د.خ).

وخلافا لبقية المسائل الأخرى وبالرغم من عدم قبول المشرّع التونسي الإحالة (أنظر الفصل 35 ق.د.خ) فقد نص هذا الفصل صراحة على تطبيق القانون الداخلي مباشرة على الميراث دون المرور بقواعد الإسناد في القانون المنطبق سواء أكان هذا القانون القانون التونسي أم القانون الأجنبي فإذا عينت قاعدة الإسناد التونسية مثلا: القانون الفرنسي كقانون منطبق على تركة شخص ما فإن القاضي التونسي يطبق مباشرة القواعد الداخلية في القانون الفرنسي دون إلتفات لقواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي.

لكن إذا لم يسند القانون الداخلي المنطبق على التركة كلّ أموال التركة

---

[1]- القانون الشخصي يحدّد إما بجنسية صاحب الحالة أو بمقره حسب الأحوال والتشاريع.

لأشخاص طبيعيين[1] فإن ما كان من تلك الممتلكات الباقية موجودا بتونس يؤول للدولة التونسية وهذا ما تقتضيه أحكام القانون الداخلي إذ تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 87 من مجلّة الأحوال الشخصية على أنّه "إذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة[2]. بإعتبار تلك الأموال شاغرة (مال سائب) وإستيلاء دولة أجنبية على مال يقع بتونس ولو كان سائبا يتعارض مع النظام العام[3] لأن حق الدولة في إمتلاك المكاسب التي لا مالك لها والموجودة داخل إقليمها وجه من أوجه ممارسة سيادتها على ذلك الإقليم.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

- القانون التونسي: الفقرة 8 من الفصل 4 من أمر 1956/07/12 المتعلّق بالأحوال الشخصية للأجانب التي تنص على أنّه:

يرجع في المواريث والهبات والوصايا وغير ذلك من التصرفات بسبب الموت إلى القانون الشخصي للمورث والواهب والموصي.

- والقانون المقارن ولا سيما:

القانون الألماني: الفصل 25 وهذا نصه:

---

[1]- عبارة أشخاص طبيعيين ينبغي أن تفهم على ظاهرها فترجع أملاك المورث الذي لا وارث له من الأشخاص الطبيعيين أو ما يبقى منها بعد أخذ هؤلاء مناباتهم للدولة التونسية ولو كان القانون المنطبق يورث دولة أخرى أو يعطي تلك الأموال بأي شكل من الأشكال لشخص معنوي كالمنظمات الإنسانية أو الجمعيات الخيرية تونسية كانت أم أجنبية.

[2]- وهذا ما يطرح مسألة التركة الشاغرة وأساس إستحقاق الدولة لها. فهل هو الميراث أم عمل السلطة؟ يخول القانون الداخلي رجوع التركة الشاغرة (التي لا وارث لها أو تنازل عنها أصحابها) للدولة التونسية (أمر 1932/01/15 المتعلّق بالنقطة البرية وغيرها).

[3]- الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص، ج1، ص321.

Article 25
Succession à cause de mort

1- La succession à cause de mort est régie par la loi de l'Etat dont le défunt était ressortissant au moment de son décès.

2- Pour les biens immobiliers situés en République fédérale d'Allemagne, le défunt peut choisir la loi allemande dans l'une des formes des dispositions à cause de mort.

- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المادة 103 (كانت قبل المصادقة عليها من قبل اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية في دورتها التاسعة المنعقدة بتونس من 5 إلى 1983/12/16 تحمل رقم 77) وهذا نص المادة 103:

المادة 103

1- يسرى على الميراث قانون الدولة التي ينتمي إليها المورث وقت موته على أنّه بالنسبة لغير المسلمين لا يرث الأجنبي من الوطني إذا كان قانون دولة الأجنبي لا يورث الوطني.

2- تؤول إلى الدولة الحقوق المالية للأجنبي الذي لا وارث له الموجودة على إقليمها ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك.

- القانون الإيطالي الفصلان 46 و49 وفيما يلي نصهما:

Chapitre VII
Successions
Article 46
(Succession à cause de mort)

1- La succession à cause de mort est régie par la loi nationale du défunt au moment de son décès.

2- Le de cujus peut soumettre, par déclaration expresse en forme testamentaire l'entière succession à la loi de l'état dont lequel il réside ce choix reste sans effet si, au moment du décès, le déclarant ne réside plus dans cet Etat. Dans le cas de la succession

d'un citoyen Italien, le choix ne préjudicie pas aux droits que la loi italienne attribue aux légitimaires résidents en Italie au moment de la mort du défunt.

3- Le partage successoral est régi par la loi applicable à la succession, à moins que les copartageants ne désignent d'un commun accord la loi du lieu d'ouverture de la succession ou du lieu de situation d'un ou de plusieurs biens successoraux.

Article 49

(Succession de l'Etat)

Lorsque la loi applicable à la succession, à défaut de successibles, n'attribue pas la succession à l'Etat, les biens successoraux existant en Italie sont dévolus à l'Etat italien.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل بالمشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 58 ويتضمن ما يلي:

الباب الرابع: المواريث

الفصل 58: يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل جنسيتها الهالك عند وفاته.

إذا لم يسند القانون المنطبق على التركة أملاكا كائنة بالبلاد التونسية لوارث من الأشخاص الطبيعيين، فإن هذه الممتلكات تؤول للدولة التونسية.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته دون أي تعديل إلا أن اللجنة الثالثة أضافت قانون المقر الأخير للهالك وقانون موقع المال كقوانين منطبقة على الميراث حتى لا يبقى أي فراغ تشريعي قد يتعذر على الإجتهاد القضائي سده عند الإقتضاء فأصبح رقمه 54 ومضمونه مطابقا لنصه الحالي ما عدا كلمة "الهالك" بالسطر الأول من الفقرة الأولى التي أصبحت "المتوفى" بناء على

إقتراح من مجلس النواب.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد آثار هذا الفصل ثلاثة أسئلة طرحتها لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وفيما يلي نصها فنص أجوبة وزارة العدل عليها:

السؤال الأول: تقترح اللجنة تعويض عبارة "الهالك" الواردة بالسطر الأول بعبارة "المتوفي".

الجواب: المقترح وجيه وترى وزارة العدل قبوله وتصبح الفقرة الأولى من الفصل هكذا: "يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا ..."[1].

السؤال الثاني: تسأل اللجنة عن الكيفية والطريقة التي يتم فيها الإختيار بين الأنظمة الثلاث الواردة بالفصل بإعتبار أنها إختيارية.

الجواب: إن القواعد العامة المعتمدة في تفسير النصوص القانونية تفرض على القاضي إتباع الترتيب الوارد في النص القانوني إذ أنّه لا ينتقل من قاعدة قانونية إلى أخرى واردة في النص الواحد إلا إذا وجد هناك حائلا يمنعه من تطبيق القاعدة القانونية الأولى الواردة في الذكر وهو ما درج عليه فقه القضاء سواء بالبلاد التونسية أو بغيرها من البلاد التي تعتمد نظام التفريق بين السلط الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية إحتراما لإرادة المشرّع[2].

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص249.

[2]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص250.

السؤال الثالث: تعويض عبارة "الطبعيين" الواردة بالسطر الأخير بعبارة "الطبيعيين".

الجواب: المقترح وجيه ويبدو أنّه تسرب خطأ مطبعي إلى كتابة اللفظة وعليه فإن وزارة العدل ترى من الوجيه إصلاح الخطأ وإعتبار اللفظة الصحيحة "الطبيعيين".

ويصبح السطر الأخير من الفصل هكذا: "الأشخاص الطبيعيين"[1].

كما أثار سؤالا رابعا طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال الرابع: تتساءل اللجنة عن الملاءمة بين هذا الفصل ومقتضيات الشريعة الإسلامية والقانون المدني التونسي المنظمين لعملية الميراث وذلك في حالة وفاة أحد الزوجين خارج البلاد التونسية؟.

الجواب: تلاحظ الوزارة أن الفصل 54 جاء متلائما مع القانون الوضعي التونسي المنظم لعملية الميراث.

وقد إعتمد الفصل 54 من المشروع على جنسية المتوفى وهو عنصر إسناد يتجاوز الإنتماء الديني وإعتمد كذلك المقر وهو من شأنه فتح السبل لتطبيق أوسع للقانون التونسي حتى على الأجنبي المقيم بتونس قبل وفاته (وقد كان توجه فقه القضاء في هذا السياق واضحا في قرار "حامد" وقرار "طبيب الأسنان الكندي" إلى غير ذلك ...) أما القانون الأجنبي فهو يحدّد صفة الوارث وحقه في الإرث. وتجدر الإشارة أنّه بالنسبة لوفاة أحد الزوجين خارج البلاد التونسية فإن الحلول الممكنة تتمثل في ما يلي:

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص250.

1- إذا كان القاضي الأجنبي متعهدا بالدعوى بحكم إفتتاح التركة بالخارج وكان الهالك يحمل الجنسية التونسية فإن القانون المنطبق هو القانون الشخصي للهالك أو قانون آخر مقر له وذلك بمقتضى الإحالة من الدرجة الأولى.

وإذا كان المتوفى تونسيا فإن القانون المنطبق يكون القانون التونسي تبعا لقواعد الإرث فيه. إلا أنّه تجدر الإشارة أن القاضي الأجنبي قد يزيح الإنطباق لمخالفة هذه القواعد لقانونه الخاص وذلك من منطلقه للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص. كما يمكن إن تكون كلّ عناصر التركة بالخارج وهنا يطبق القانون الإقليمي.

2- إذا كان القاضي التونسي متعهدا بالدعوى بحكم إفتتاح التركة بتونس وكان الهالك يحمل جنسية تونسية (فلا إشكال) نظرا لأن القرين الأجنبي من ديانة أخرى لا يمكنه التوارث أما إذا كان الهالك أجنبيا وبمقتضى قواعد الإحالة يطبق القانون الأجنبي إلا أنّه إذا نص هذا القانون على المقر فيمكن أن تكون هناك إحالة للقانون التونسي من درجة ثانية ويطبق هذا القانون طبق ما يسمح به هذا المشرّع لذلك تجدر الملاحظة أنّه في صورة تواجد جميع مكاسب الهالك بتونس فإن القانون التونسي يكون منطبقا [1].

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص257/256.

الفصل 55:

تخضع الوصية للقانون الشخصي للموصي زمن وفاته.

ويخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي حررت به.

I- الشرح: (الوصية)

أ- فكرة الوصية ونطاقها:

الوصية كما عرفها المشرّع التونسي بالفصل 171 من مجلّة الأحوال الشخصية: "هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة". أو هي تصرف في التركة مضاف لما بعد الموت[1].

وتشمل الوصية: الوصية الإختيارية والوصية الواجبة والهبة في مرض الموت وكل تصرف في مرض الموت قصد به التبرع (الفصلين 355/354 من م.ا.ع) وقبول الوصية وردها والشروط الموضوعية للوصية مثل أهلية الموصي للإيصاء (تجوز الوصية من ناقصي الأهلية كالصغير المميز الذي تجاوز 18 عاما والمحجور عليه للسفه أو لضعف العقل).

اما أهلية التعاقد فتخضع للقانون الشخصي للموصي زمن تحرير الوصية كسائر التصرفات القانونية الأخرى (أنظر الفصل 40 من هذه المجلّة).

كما تشمل فكرة الوصية جواز او عدم جواز الإيصاء للوارث والوصية للأجنبي وشرط المعاملة بالمثل والنصاب الذي يجوز للموصي أن يوصي به وموانع الإيصاء (نفس موانع الميراث) وغير ذلك من المسائل المتعلّقة بالشروط

---

[1]- المادة 1 من قانون الوصية المصري (صادر سنة 1946) أنظر - أصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي ص570.

الموضوعية للوصية.

كما تشمل الشروط الشكلية للوصية مثل شكل سند الوصية[1] (حجة رسمية أو كتب خطي) والجهة التي يجب أن تعاين وجود الوصية أو تشرف على تنفيذها.

كما تشمل أيضا بطلان الوصية.

ب- القانون المنطبق على الوصية:

يخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي (قانون الدولة التي يحمل جنسيتها) أو لقانون المكان الذي حررت به، أي أن الوصية تكون صحيحة سواء وفق القانون الشخصي للموصي أو وفق قانون الدولة التي حررت بها وقت تحرير الوصية أو وقت وفاة الموصي على حد سواء[2].

أما موضوع الوصية فيخضع للقانون الشخصي للموصي زمن وفاته حقيقة أو حكما.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

- القانون التونسي: الفقرة 8 من الفصل 4 من أمر 1956/07/12 التي تنص على أنّه:

يرجع في المواريث والهبات والوصايا وغير ذلك من التصرفات بسبب

---

[1]- الفصل 176 من مجلّة الأحوال الشخصية ينص على أنّه: "لا تثبت الوصية إلا بحجة رسمية أو بكتب محرر ومؤرخ ومضي من الموصي".

[2]- أنظر إتفاقية لاهاي حول تنازع القوانين في مادة شكل الوصايا المبرمة في 1961/10/05 (دخلت حيز التطبيق في سنة 1967) وخاصة الفصل الأوّل منها.

الموت إلى القانون الشخصي للمورث والواهب والموصي.

- والقانون المقارن ولا سيما:

إتفاقية لاهاي المؤرخة في 1961/10/05 حول تنازع القوانين في مادة الأحكام المنظمة لشكل الوصايا.

القانون الألماني: الفصل 26 الذي ينص على ما يلي:

Article 26
Dispositions à cause de mort

(1) Une disposition testamentaire, même rédigée par plusieurs personnes dans un seul et même acte, est valable quant à la forme si celle-ci répond:

1° à la loi de l'Etat dont le défunt était ressortissant, nonobstant l'article 5 alinéa 1er, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

2° à la loi du lieu où le défunt a disposé, ou

3° à la loi du lieu dans lequel le défunt avait son domicile ou sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou

4° pour les immeubles, à la loi du lieu de leur situation, ou

5° à la loi qui gouverne la succession à cause de mort ou à celle qui aurait été applicable au moment où il à disposé.

La question de savoir si le défunt avait un domicile dans un lieu déterminé est régie par la loi de ce même lieu.

(2) L'alinéa premier s'applique aussi aux dispositions testamentaires révoquant une disposition testamentaire antérieure. La révocation est également valable quant à la forme si elle répond à l'une des lois aux termes de laquelle, conformément à l'alinéa 1er, la disposition testamentaire révoquée était valable.

(3) Les prescriptions limitant les formes de dispositions testamentaires admises et se rattachant à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur, sont considérées comme appartenant au domaine de la forme. Il en est de même des qualités que doivent posséder les témoins requis pour la validité d'une disposition testamentaire.

(4) Les alinéas 1 à 3 s'appliquent par analogie à d'autres dispositions à cause de mort.

(5) Au surplus, la validité d'une disposition à cause de mort et l'exclusion de révocation qui en résulte (die Bindung an sie) sont soumises à la loi qui régirait la succession au moment de la disposition. L'acquisition ou la perte du statut d'Allemand n'affecte pas la capacité de tester acquise antérieurement.

القانون الكندي (مقاطعة كيباك): الفصل 3109 الفقرة الثالثة من القانون المدني مع الملاحظ أن المشرّع الكندي يصنف الوصية ضمن الإلتزامات وليس ضمن الأحوال الشخصية مثلما هو الشأن في التشريع التونسي وفيما يلي نص الفصل المذكور:

CHAPITRE TROISIEME
DU STATUT DES OBLICATION
Section 1
Disposition Générales
§.1- De la forme des actes juridiques

3109. *La forme d'un acte juridique est régie par la loi du lieu où il est passé.*

Est néanmoins valable l'acte qui est fait dans la forme prescrite par la loi applicable au fond de cet acte ou par celle du lieu où, lors de sa conclusion, sont situés les biens qui en font l'objet ou, encore, par celle du domicile de l'une des parties lors de la conclusion de l'acte.

Une disposition testamentaire peut, en outre, être faite dans la forme prescrite par la loi du domicile ou de la nationalité du testateur soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès.

- القانون الإيطالي: الفصلين 47 و48 الآتي نصهما:

Article 47
(Capacité testamentaire)

1- La capacité de disposer par un testament, de modifier ou révoquer celui-ci est régie par la loi nationale du disposant au moment du testament, de la modification ou de la révocation.

Article 48
(Forme du testament)

1- Le testament est valable, quant à la forme, s'il est considéré tel soit par la loi de l'Etat dans lequel le testateur a disposé, soit par la loi de l'Etat dont, au moment du testament ou de son décès, il avait la nationalité, soit encore par la loi de l'Etat dans lequel il avait son domicile ou sa résidence.

قانون الإمارات العربية المتحدة: الفقرات 3 و4 و5 من المادة 17 وهذا نصها تعريبها عن ترجمة لها إلى الفرنسية قام بها الأستاذ سامي أبو سهيلة[1]:

المادة 17

1- تخضع المواريث للقانون الوطني للمورث زمن الوفاة.

2- ترجع أموال المورث الذي لا وارث له للدولة الكائنة بها تلك الأموال.

3- تخضع الشروط الأصلية في مادة الوصية وغيرها من التصرفات بسبب الموت للقانون الوطني للموصي زمن وفاته.

4- تخضع الشروط الشكلية للوصية وغيرها من التصرفات بسبب الموت للقانون الوطني للموصي وقت الإيصاء أو لقانون الدولة التي حررت بها.

5- تخضع لقانون الإمارات العربية المتحدة وصية الأجنبي المتعلّقة بعقارات كائنة بها.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 59 ويتضمن ما يلي:

الفصل 59: تخضع الوصية للقانون الشخصي للموصي زمن وفاته.

---

[1]- أنظر RCDIP 1988 ص390 وما بعد.

ويخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي أقيمت به.

لا تخضع وصية التونسي لفائدة الأجنبي لشرط المعاملة بالمثل.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته تحت رقم 56 مع تعديل بسيط يتمثل في إستبدال كلمة "أقيمت" بكلمة "حررت" وناقشت الفقرة الأخيرة المتعلّقة بإلغاء المعاملة بالمثل دون أن تتوصل بشأنها إلى إتفاق وإكتفت بخصوصها بالملاحظة التالية: "الفقرة الأخيرة تمثل خيارا سياسيا هاما سواء عند الإبقاء عليها أو حذفها".

ولما عرض هذا الفصل ضمن مشروع المجلّة على اللجنة الثالثة حذفت منه الفقرة الأخيرة إنسجاما مع التوجهات العامة للمشرع بخصوص هذه المسألة[1] ومع أحكام الفصل 175 من مجلّة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنّه: "إذا كان الموصى له أجنبيا يشترط المعاملة بالمثل" وأصبح رقمه 55 ومضمونه مطابقا لنصه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

---

[1]- **وخاصة المستخلصة من تعديل الفصل 32 من الدستور (المتعلّق بالمعاهدات) بموجب القانون الدستوري عدد65 لسنة 1997 المؤرّخ في 1997/10/27 وذلك بإضافة "شريطة تطبيقها من الطرف الآخر" لآخر الفصل المذكور.**

الفصل 56:

الهبة ينظمها القانون الشخصي للواهب زمن حصولها.
وتخضع الهبة في شكلها للقانون الشخصي للواهب أو لقانون الدولة التي تمت الهبة فيها.

I- الشرح: (الهبة)

أ- مفهوم الهبة:

الهبة عقد من عقود التبرع لكنه يختلف عن الوصية في كونه يحدث آثاره في حياة الواهب بينما الوصية لا تحدث آثارها القانونية إلا بعد وفاة الموصي.

وقد عرفها الفصل 200 من مجلّة الأحوال الشخصية بأنها عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض.

ويسميها فقهاء الشريعة في هذه الحالة هبة ثواب.

وإذا إقترنت نية التبرع لدى الواهب بفرض إلتزام ما على الموهوب له سميت هبة عوض[1].

وتشمل فكرة الهبة: هبة الثواب وهبة العوض، وتسليم الهبة وشكل الهبة (في التشريع التونسي لا تصح إلا بحجة رسمية) وإشهارها (لا تتكون الحقوق العينية المترتبة عنها إلا بالترسيم بالسجل العقاري إذا كانت العقارات الموهوبة مسجلة – الفصل 204 من م.ح.ش) وضمان الواهب، والرجوع في الهبة ... إلخ.

---

[1]- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ج5 ص3 وما بعد.

ب- القانون المنطبق على الهبة:

يفرق المشرّع بين القواعد المتعلّقة بالأصل والقواعد المتعلّقة بالشكل.

فالأصل ينظمه القانون الشخصي للواهب (قانون الدولة التي يحمل جنسيتها) زمن حصول الهبة.

والشكل يخضع للقانون الشخصي للواهب أو لقانون الدولة التي تمت فيها الهبة.

ونحيل القارئ على ما قلناه بخصوص الوصية في هذا الصدد.

ونقتصر هنا على التساؤل عمّا يقصده المشرّع "بزمن حصول الهبة" في الفقرة الأولى من هذا الفصل وبـ"تمت الهبة" في الفقرة الثانية منه.

فهل المقصود هو مجرد تحرير عقد الهبة وإمضائه من الواهب؟ أم أن المقصود بزمن حصول الهبة وإتمام الهبة هو ما عناه الفصل 201 من مجلّة الأحوال الشخصية الذي جاء تحت عنوان "أركان الهبة" وتضمن أن الهبة تتم بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له. والهبة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم وأن إجتهد الموهوب له في طلبه.

بما أن تسليم الهبة للموهوب له ركن من أركان الهبة لا "تحصل" ولا تتم إلا به فإن المقصود بزمن حصول الهبة والوقت الذي تتم فيه الهبة إنما هو الوقت الذي يتم فيه تسليم الشيء الموهوب (حوز الهبة) [1]. ويترتب على هذا أن القانون المنطبق على الهبة إنما هو القانون الشخصي للواهب زمن حوز

---

[1]- أنظر القرار التعقيبي المدني عدد4869 المؤرّخ في 1981/12/29 ن 1981 ق.م. ج4 ص312. والقرار التعقيبي المدني عدد18652 المؤرّخ في 1990/05/08 ن 1990 ق.م ص219 وكلاهما مشار إليه بمجلة الأحوال الشخصية تعليق القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف دار الميزان للنشر سوسة طبعة سنة 1997 ص245.

الهبة لا زمن تحرير العقد المثبت لها فإذا تغيرت جنسية الواهب بعد تحرير عقد الهبة وقبل حصول الحوز فإن القانون الذي ينطبق على الهبة إنما هو قانون آخر دولة كان الواهب يحمل جنسيتها زمن حصول الحوز ما لم يكن قد غير جنسيته لمجرد التحايل على القانون.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

- القانون التونسي وخاصة الفقرة 8 من الفصل 4 من أمر 1956/07/12 التي تنص على أنّه: "يرجع في المواريث والهبات والوصايا وغير ذلك من التصرفات بسبب الموت إلى القانون الشخصي للمورث والواهب والموصي.

- القانون الإيطالي: الفصل 56 وفيما يلي نصه:

CHAPITRE IX
Donations
Article 56
(Donations)

1- Les donations sont régies par la loi nationale du donateur au moment de la donation.

2- Le donateur peut, par déclaration expresse concomitante de la donation, soumettre la donation à la loi de l'Etat dans lequel il réside

3- La donation est valable, quant à la forme, si considérée telle par la loi qui en régit la substance ou par la loi de l'Etat dans lequel l'acte a été accompli.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد الفصل 56 ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم

60 ويتضمن ما يلي:

الفصل 60: الهبة ينظمها القانون الشخصي للواهب زمن حصولها.

وتخضع الهبة في شكلها للقانون الشخصي للواهب أو لقانون الدولة التي وقع القيام بالهبة فيها.

لكن لما عرض على اللجنة الثانية أقرته تحت رقم 57 بعد أن أدخلت عليه تغييرا تمثل في إستبدال عبارة: "وقع القيام بالهبة فيها" بعبارة: "التي تمت الهبة فيها".

ولما عرض على اللجنة الثالثة أقرته دون أي تعديل.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه بعد إصلاح خطأ مادي بسيط تمثل في الكلمة الأخير منه فقد كتبت في المشروع خطأ: "فيه" بدلا من "فيها" فإقترحت لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة إصلاح ذلك الخطأ فوقع إصلاحه[1].

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 ليوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

الباب الخامس
الأموال

الفصل 57:

يوصف المال بمنقول أو عقار حسب قانون الدولة التي يوجد بها المال.

I- الشرح: (الأحوال العينية)

يتناول هذا الباب (الخامس) الصنف الثاني من الحقوق وهي الحقوق المتعلّقة بالأموال سواء أكانت منقولة أم غير منقولة وتسمى هذه الحقوق بالأحوال العينية أيضا، لتقابل الأحوال الشخصية (الصنف الأول من الحقوق وقد تقدم تفصيل مشمولاتها).

أما الفصل 57 فيتحدث عن القانون المختص بتكييف الحقوق المتعلّقة بالأموال سواء أكانت عقارا أم منقولا. وشرحه يستوجب تحديد نطاق الأحوال العينية(أ) وبيان القانون المختص بوصف ما هو منقول وما هو غير منقول (عقار) من تلك الأموال(ب).

أ- نطاق الأحوال العينية: (Les statuts réels)

تشمل الحقوق المتعلّقة بالأموال أو الأحوال العينية سائر الأموال العقارية والمنقولة المادية منها وغير المادية.

1- الأموال العقارية:

وتشمل سائر الحقوق العينية الأصلية (كحق الملكية وحق السكنى والإنتفاع وحق الإستعمال وحقوق الإرتفاق) والتبعية (كحق الرهن وحق

الإمتياز) وأسباب إكتساب هذه الحقوق والطبيعة القانونيـــة للمـــال المنقـــول أو العقاري (عقار بطبيعته أم بالتخصيص) ونظام الملكية الفرديـــة أو الجماعيـــة (الشيوع وملكية الطبقات...) وسائر الدعاوى المتعلّقة بهذه الحقـــوق (كـــدعوى الإستحقاق، ودعوى الإرتفاق ودعوى الحيازة ودعوى الشفعة) [1].

2- الأموال المنقولة:

الأصل في الأموال أو الحقوق والدعاوى أن تكون منقولة ما لم تكن حقا عينيا على عقار أو دعوى تتعلّق بحق عيني على عقار[2] ولهذا فإن كلّ الحقوق والدعاوى غير العقارية هي حقوق منقولة أو دعاوى تتعلّق بمنقول.

والأموال المنقولة تشمل خاصة سائر الحقوق العينية الأصلية[3] والتبعية المتعلّقة بمنقول[4].

كما تشمل الدعاوى الشخصية مهما كان موضوعها (منقولا أو عقارا أو عملا أو إمتناعا عن عمل).

وتعتبر من المنقولات الأسهم والحصص فـــي الشـــركات[5] والأصـــول

1- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري يعتبر دعوى الشفعة دعوى عقارية - أنظر الوسيط ج8 ص197.

2- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ج8 ص198.

3- الحقوق العينية الأصلية المتعلّقة بالمنقول هي حق الملكية وحق الإنتفاع وحق الإستعمال إذا وقعا على منقول أما حق السكنى وحقوق الإرتفاق فلا تقع إلا على العقار ولا تكون إلا عقارا.

4- الحقوق العينية التبعية المنقولة هي حق الرهن وحق الإمتياز وحق الحبس.

- أنظر مزيدا من التفصيل حول هذه المسائل الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكيـة - ج8 للأستاذ السنهوري ص194 وما بعد.

- وأحكام الحقوق للأستاذين محمد الشرفي وعلي المزغني ص44 وما بعد.

5- مناب الشريك في شركات الأشـــخاص (شـــركة المفاوضـــة la société en nom collectif وشركة المحاصـــة La société en participation والشـــركة ذات المســـؤولية المحـــدودة La société à responsabilité limitée وشـــــركة المقارضـــــة البســـــيطة

التجارية (Fonds de commerce) وحقوق الملكية الأدبية والفنية مهما كان المظهر التعبيري الذي صيغت به (كتابة، صوت، رسم، تصوير، حركة... إلخ)[1].

ب- القانون المختص بتصنيف المال إلى منقول وعقار:

لقد رأينا عند شرح الفصل 27 من هذه المجلّة أن تكييف العلاقة أو الوضعية القانونية مثار النزاع لتحديد القانون المنطبق عليها يحكمه في القانون الدولي الخاص التونسي مبدأ وإستثناء فالمبدأ أن التكييف يتم وفق قانون القاضي والإستثناء أن يتم على خلافه.

ويندرج تكييف المال إلى منقول أو عقار تحت هذا الإستثناء لإعتبارات تتصل بمبدأ إحترام سيادة الدول فالأموال ولا سيما العقارية منها تمثل جزءا من إقليم الدولة[2]. وبما أن كلّ دولة ملتزمة قانونا بإحترام سيادة بقية الدول الأخرى أعضاء المجتمع الدولي فإن وضع قواعد قانونية من قبل دولة ما لتصنيف الحقوق التي يمكن أن تكتسب على إقليم دولة أخرى يعد تدخلا في شؤون هذه الدولة وبالتالي نيلا من سيادتها. ولهذا أعطى الفصل 57 من م.ق.د.خ الإختصاص بتصنيف المال إلى عقار أو منقول لقانون الدولة التي يوجد بها المال المتنازع بشأنه. وإعطاء الإختصاص بتصنيف المال إلى منقول أو عقار لقانون دولة موقعه ينطوي - زيادة على إحترام سيادة الدولة الكائن بها العقار - على ميل واضح إلى مقاومة ظاهرة تعدد القوانين المنطبقة على

La société en commandite simple) **بحسب بالحصة** (Part). **ومناب الشريك في شركات الأموال (الشركة خفية الإسم** La société anonyme **وشركة المقارضة بالأسهم** La société en commandite par actions) **بحسب بالسهم** (Action).

[1] - **أنظر القانون عدد36 لسنة 1994 المؤرّخ في 1994/02/24 المتعلّق بالملكية الأدبية والفنية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد17 سنة 1994 ص353.**

[2] - **الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال - القانون الدولي الخاص ص306.**

العلاقة القانونية الدولية الواحدة وما قد يؤدي إليه هذا التعدد من حلول متناقضة.

II- المصادر:

أهم المصادر التي إستروح منها هذا الفصل هي:

- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد وخاصة الفقرة الثالثة من المادة 106 منه التي هذا نصها.

المادة 106

1- يسرى على الحيازة والملكية وسائر الحقوق العينية في المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق.

2-أما فيما يختص بالعقار فإنه يسرى قانون موقعه في جميع الأحوال سواء في ذلك الوصية والإلتزامات التعاقدية وسائر الحقوق العينية.

3- القانون الذي يحدّد ما إذا كان الشيء عقارا أو منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها ذلك الشيء.

- قانون دولة الإمارات العربية المتحدة: الفقرة 2 من المادة 18 وهذا نص المادة 18 بأكملها[1]:

المادة 18

1- يسرى على الحيازة والملكية وسائر الحقوق العينية في العقار قانون موقع العقار وفي المنقول قانون المكان الذي يوجد فيه المنقول وقت تحقق

---

[1]- تعريب عن ترجمة إلى اللغة الفرنسية قام بها الأستاذ سامي أبو سهلية المجلّة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص مصدر سبقت الإشارة إليه ص390 وما بعد.

السبب الذي ترتب عليه كسب أو فقد الحيازة أو الملكيـــة أو الحقـــوق العينيـــة الأخرى.

2- توصف الأموال بعقار أو منقول حسب قانون الدولة التي توجد بهـــا تلك الأموال.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في مشروع اللجنة الأولى ضمن الباب الخامس تحت عنوان "الأموال" يحمل رقم 61 ويتضمن ما يلي:

الباب الخامس: الأموال

الفصل 61: يوصف المال بمنقول أو عقار حسب قانون الدولـــة التـــي يوجد بها المال.

ولما عرض على اللجنة الثانية ثم الثالثة أقرتاه دون أي تعديل ما عـــدا رقمه الذي تغير إلى 58 فـــ57.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليـــه دون أي تعديل.

الفصل 58:

الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال.

I- الشرح: (الحقوق العينية)

أ- مفهوم ونطاق الحقوق العينية:

لقد بينا ذلك عند شرح الفصل السابق ولذلك نحيل القارئ على ما كتبناه تعليقا على ذلك الفصل تحت رقم 1 من المبحث "أ".

ب- القانون المنطبق على الحقوق العينية:

يخضع الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية التي كنا حددنا نطاقها بمناسبة شرح الفصل المتقدم لقانون الدولة التي توجد بها هذه الأموال.

وهذا الحل يكاد يكون كونيا إذ تتبعه معظم البلدان لما لموقع العقار من دور فعال في تركيز العلاقة القانونية تركيزا موضوعيا.

لكن معظم الأنظمة القانونية لا تسحب قانون موقع العقار إلا على "النظام القانوني للعقار في حد ذاته[1]. أما المسائل الأخرى كالأهلية والعقود[2] وأن تعلّقت بعقار فتبقى خاضعة لقواعد التنازع الخاصة بها.

---

[1]- بإستثناء النظام الإنقلو ساكسوني فإنه يطبق القانون الإقليمي لا على المال العقاري فحسب وإنما يطبقه أيضا على المسائل المرتبطة به كأهلية الأطراف - الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص - الجزء الأول ص330-331.

[2]- العقد كسبب من أسباب الملكية يندرج ضمن الأحوال العينية ويخضع لقانون موقع المال والعقد كالتزام إرادي يندرج ضمن الإلتزامات الإرادية ويخضع للقانون الذي ينظم الإلتزامات الإرادية من حيث وجوده وصحته وتأويله وتنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه ...إلخ وللقانون الشخصي من حيث أهلية أطرافه.

وبالرغم من شبه الإجماع العالمي على إخضاع مختلف مسائل الحقوق العينية العقارية لقانون دولة موقع العقار فإن تطبيق هذا القانون لا يخلو من بعض الصعوبات ولا سيما عندما يتعلّق الأمر ببعض الحقوق ذات الصبغة الخاصة كحق الإرتفاق[1] أو الملكية التجارية (الأصل التجاري).

1- حق الإرتفاق:

لا يطرح حق الإرتفاق أي إشكال عندما يكون العقار المرتفق (المخدوم) والعقار المرتفق عليه (الخادم) واقعين في نفس الإقليم وخاضعين لنفس السيادة. وإنما الإشكال يطرح عندما يكون العقار المرتفق (المخدوم) واقعا في إقليم دولة، والعقار المرتفق عليه (الخادم) واقعا في إقليم دولة أخرى ذات سيادة مستقلة عن الأولى. مثلما هو شأن سهول الشمال التونسي التي تسقى من مياه جبال الأوراس الجزائرية (عبر وادي مجردة ووادي ملاق).

فهل يطبق على هذه الحقوق الإرتفاقية قانون دولة العقار الخادم أم قانون دولة العقار المخدوم؟.

يبدو أن القانون الأولى بالتطبيق هو قانون دولة العقار المخدوم (القانون التونسي في المثال الذي ضربناه) لأن حق الإرتفاق حق تبعي بالنسبة لحق ملكية العقار المخدوم (حق أصلي).

لكن الأستاذ باتيفول (Batiffol) يرجح تطبيق قانون العقار الخادم لأن الأعمال المادية التي يتجلى بها حق الإرتفاق تتم على العقار الخادم لا على العقار المخدوم[2].

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1 ص330 وما بعد.

[2]- أشار إلى ذلك الأستاذ موحند إسعاد بالجزء الأوّل من القانون الدولي الخاص ص331.

2- الأصل التجاري:

بالرغم من كونه لا يمثّل وحدة قانونية[1] فإنه يمثّل مجموعة من الحقوق والأموال لها نظامها القانوني الخاص بها.

لكن المشرّع التونسي ومعظم التشاريع المقارنة تعتبر الحرفاء والسمعة التجارية (الفصل 189 من المجلّة التجارية التونسية) هي العناصر الأساسية التي يتكون منها الأصل التجاري. وبالتالي فإنه يتمركز حيث يستقر حرفاؤه وتنتشر سمعته التجارية وعلى ذلك فإن قانون مكان موقع الأصل التجاري هو قانون المكان الذي يوجد به الحرفاء والسمعة التجارية[2].

II- المصادر:

أهم المصادر التي إستروح منها هذا الفصل:

- قانون الإمارات العربية المتحدة: المادة 18 (أنظر مصادر الفصل المتقدم).

- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المادة 106 (أنظر مصادر الفصل المتقدم).

- القانون الكندي (مقاطعة كيباك) الفصل 3097 وفيما يلي نصه:

CHAPITRE DEUXIEME
Du statut réel
Section I
Disposition générale

3097. Les droits Réels ainsi que leur publicité sont régis par 'a loi du lieu de la situation du bien qui en fait l'objet.

Cependant, les Droits réels sur des biens en transit sont régis

---

[1]- إفتقاره لأصول مدينة - الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص ج1 ص335.

[2]- الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص ج1 ص335.

par la loi de l'Etat du lieu de leur destination.

- مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي: الفصل 2303 وفيما يلي نصه:

CHAPITRE II
De la loi applicable aux biens
Article 2303

Les droits réels sont régis par la loi de la situation des biens aux quels ils s'appliquent.

- القانون السويسري وخاصة الفصلان 99 و100 وهذا نصهما:

Art.99

1- Les droits réels immobiliers sont régis par le droit du lieu de situation de l'immeuble.

2- Les prétentions résultant d'immissions provenant d'un immeuble sont régies par les dispositions de la présente loi relatives aux actes illicites (art.138).

Art.100

1- L'acquisition et la perte de droits réels mobiliers sont régies par le droit du lieu de situation du meuble au moment des faits sur lesquels se fonde l'acquisition ou la perte.

2- Le contenu et l'exercice de droits réels mobiliers sont régis par le droit du lieu de situation du meuble.

- القانون الإيطالي الفصل 51 وفيما يلي نصه:

CHAPITRE V111
Droits réels
Article 51
Possession et droits réels

1- La possession, la propriété et les autres droits réels sur les biens mobiliers et immobiliers sont régis par la loi de l'Etat dans lequel les biens se trouvent.

2- La même loi en régit l'acquisition et la perte, sauf en matière successorale et dans les cas où l'attribution d'un droit réel dépend d'un rapport de famille ou d'un contrat.

III-الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل بالمشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 62 ويتضمن ما يلي:

الفصل 62: الحوز والملكية والحقوق العينية الأخرى ينظمها قانون مكان وجود المال.

ولما عرض على اللجنة الثانية ثم الثالثة أقرتاه دون أي تعديل ما عدا حذف كلمة "الأخرى".

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 59:

يخضع المال المنقول المرسم أو المسجل لقانون الدولة التي سجل أو رسم فيها.

I- الشرح: (المال المنقول المرسم أو المسجل)

أ- مفهوم المال المنقول المسجل أو المرسم ونطاقه:

لقد أصبح لبعض المنقولات قيمة مالية عالية، وأهمية إقتصادية بالغة، دفعت المشرعين إلى التدخل لتنظيم ملكيتها والتصرف فيها بطريقة تضمن للمتعاملين مع أصحابها الشفافية والوضوح وذلك بفرض تسجيلها بدفاتر تمسكها في الغالب جهات رسمية محايدة يدون بها المال (بذكر نوعه ووصفه، وإسمه...) وإسم أو أسماء مالكيه كما هو الشأن بالنسبة للسفن والطائرات المدنية والسيارات وغيرها ومن لحظة تسجيلها تصبح كلّ التصرفات والوقائع المتعلّقة بها والخاضعة لواجب الترسيم (أنظر الفصول 32/31/30 من مجلّة التجارة البحرية) لا يعارض بها الغير إلا بترسيمها، وإبتداء من تاريخ الترسيم (الفصل 29 من مجلّة التجارة البحرية).

وتشمل فكرة المال المنقول أو المرسم: وظيفة التسجيل أو الترسيم، (مجرد الإشهار أم إنشاء الحقوق)[1] وهل هو وجوبي أم إختياري (الفصل 23 من مجلّة التجارية البحرية ينص على وجوب تسجيل كلّ سفينة تقوم بالملاحة تحت العلم التونسي بمركز إحدى المناطق البحرية التونسية ويكون ذلك المركز مربطا لها) وإجراءاته وما يترتب على عدم إحترام تلك الإجراءات من آثار قانونية، وحجية الترسيم بين الأطراف وإزاء الغير (حسب الفصل 29 من مجلّة التجارة البحرية كلّ حق متعلق بسفينة سبق تسجيلها لا يعارض به الغير إلا

---

[1] - الأستاذ نبيل بدر منصور وكاشة عبد العال - القانون الدولي الخاص ص 341 وما يل

بترسمه وإبتداء من تاريخ ذلك الترسيم) والحقوق والتصرفات والوقائع الواجب ترسيمها (أنظر الفصول 30 /32/31 من مجلّة التجارة البحرية).

وأولوية الترسيم عند تزاحم المطالب على مركز الترسيم (حسب الفصل 35 من مجلّة التجارية البحرية تحدّد الأولوية بتاريخ التنصيص على المطلب بدفتر الإيداع ...إلخ).

كما تشمل فكرة المال المسجل أو المرسم شكل السند القابل للترسيم والتنصيصات الواجب إدراجها به، والجهة التي لها صلاحية تحريره، وكذلك إجراءات التعديل أو التشطيب على الحق المرسم والجهة المختصة بذلك.

ب- القانون المنطبق على المال المنقول المسجل أو المرسم:

يخضع المال المنقول المسجل أو المرسم لقانون الدولة التي سجل أو رسم فيها بإعتبار أن إقليم هذه الدولة هو المكان القانوني الذي يوجد فيه هذا المال ومكان وجود المال هو عنصر الإسناد الذي إختاره المشرّع لتحديد القانون المنطبق على الحقوق العينية المنقولة وغير المنقولة ولذلك يكون إخضاع الأموال المنقولة المسجلة أو المرسمة لقانون الدولة التي سجلت أو رسمت بها إنما هو تطبيق لقاعدة إخضاع المال لقانون دولة موقعه لأن إشهار هذه الحقوق بالتسجيل أو الترسيم وما يترتب على ذلك من عدم الإعتداد إلا بما هو مسجل أو مرسم يجعلها (تلك الحقوق) متمركزة قانونا بالمكان الذي سجلت أو رسمت فيه ولو كانت غير موجودة به بصورة فعلية اللهم إن كان التسجيل أو الترسيم قد تم للتحايل على القانون.

II- المصادر:

من أهم المصادر القانونية التي إستروح منها هذا الفصل نذكر الفصل 2304 من مشروع إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي وهذا نصه:

Les droits réels portant sur les navires de mer, les bateaux de navigation intérieure et les aéronefs sont régis par la loi du lieu d'immatriculation. Cette loi est également applicable aux biens se trouvent à leur bord.

- الجزء الأوّل من الفقرة 33[1] من القانون النمساوي (القانون الفدرالي المؤرّخ في 1978/06/15 المتعلّق بالقانون الدولي الخاص[2]) وفيما يلي نص الفصل المذكور.

§. 33. Moyens de transport.

1- Les droit réels enregistrés et concernant les aéronefs et les bateaux sont régis, sous réserve de l'alinéa 2, par le droit de l'Etat du registre ; aux véhicules ferroviaires est applicable le droit de l'Etat dans lequel l'entreprise ferroviaire exploitant les véhicules a le siège effectif de sa direction principale.

2- Le paragraphe 31 vaut également pour les gages légaux ou constitués par contrainte ainsi que pour les droits de rétention légaux, si ces gages et droits garantissent les créances de réparation pour les dégâts causes par le véhicule ou bien les dépenses faites pour celui-ci.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 63 ويتضمن ما يلي:

الفصل 63: يخضع المال المنقول المرسم أو المسجل، لقانون الدولة التي سجل أو رسم فيها.

---

[1]- الفقرة تقابل الفصل تقريبا إذ القانون النمساوي مجزأ ومرقم بالفقرات § وليس بالفصول.

[2]- أنظر ترجمة له إلى الفرنسية بالمجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص لسنة 1979 RCDIP ص176 وما بعد.

ولما عرض على اللجنة الثانية ثم الثالثة وقع إقراره دون أي تعديل ما عدا رقمه فقد أصبح 60 ثم 59.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 60:

تخضع الحقوق العينية على مال في حالة عبور لقانون البلاد التي يوجد بها.

I- الشرح: (الحقوق العينية على المال العابر)

أ- مفهوم المال العابر:

إن المقصود بالحقوق العينية على مال في حالة عبور إنما هو سائر الحقوق العينية الأصلية والتبعية المتعلّقة بمنقول لأن العقار لا يكون إلا مستقرا وثابتا بمكان محدود حقيقة أو حكما.

والمال العابر أو "في حالة عبور" هو كلّ البضائع والسلع والآلات والمعدات المادية المنقولة عند ما تكون فوق إقليم دولة لكن في طريقها إلى دولة أخرى (en transit) [1] سواء أنزلت من وسيلة النقل المقلة لها أم لم تنزل.

ويتناول هذا الفصل كيفية تركيز المال المنقول الذي يكون بحالة عبور ويخضع لعملية قانونية (كأن تحصل واقعة قانونية أو يتم تصرف قانوني ينقل ملكيته من شخص لآخر أو يوظف عليه رهن) فهل يركز هذا المال في وسيلة

---

[1]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال -القانون الدولي الخاص ص308 وما بعد.

النقل ذاتها بإعتبارها مكان وجوده وينطبق عليه قانون الدولة التي تحمل السفينة أو الطائرة علمها (قانون العلم) أم قانون وجهة ذلك المال (قانون الدولة المتجه نحوها) أم قانون مكان تواجده الفعلي إذا كانت مركزته ممكنة[1] (كما إذا توقفت وسيلة النقل بإقليم دولة معينة لفترة زمنية محددة)؟

ب- القانون المنطبق:

لقد إختار المشرّع التونسي الحل الأخير متحاشيا التنازع المتحرك[2] فأخضع المال الذي يكون في حالة عبور لقانون الدولة التي يوجد بها بصورة فعلية أي لقانون موقع المال وهو القاعدة العامة بالنسبة للأموال المنقولة وغير المنقولة. لكنه سكت عن الحالة التي تكون مركزة هذا النوع من الأموال غير ممكنة وذلك عندما تكون السفينة التي تنقله بأعالي البحار (بالمياه الدولية) أو تكون الطائرة التي تحمله في الأجواء الحرة؟.

يبدو أن القانون المنطبق في هذه الحالة سيكون قانون العلم وليس قانون الوجهة الذي يقصدها المال لأن الأوّل هو الأقرب لمكان الوجود الفعلي للمال الذي إختاره المشرّع كعنصر إسناد لحل التنازع في هذه الحالة.

كما سكت عن المال المنقول Le bien transporté أي المال الذي يكون في طريقه من دولة لأخرى. إذا إستأنسنا بالتشاريع المقارنة نجدها تخضعه لنفس القانون الذي يخضع له المال العابر أي لقانون الإقليم الذي يوجد به المال بصورة فعلية أو لقانون دولة وجهته كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الكندي أو الإيطالي أو السويسري.

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد القانون الدولي الخاص ج1 ص329 وما بعد.

[2]- الأستاذ علي المزغني – تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص138.

II- المصادر:

نذكر منها:

القانون الكندي (إقليم كيباك): الفصل 3097 (أنظر مصادر الفصل 58)

- القانون السويسري الفصول: 101/102/103/104 الآتي نصها:

Art.101

L'acquisition et la perte, par des actes juridiques, de droits réels sur des biens en transit sont régies par le droit de l'Etat de destination.

Art. 102

1- Lorsqu'un bien meuble est transporté de l'étranger en Suisse et que l'acquisition ou la perte de droits réels n'est pas encore intervenue à l'étranger les faits survenus à l'étranger sont réputés s'être réalisés en Suisse.

2- Lorsque parvient en Suisse un bien sur lequel a été valablement constituée à l'étranger une réserve de propriété qui ne répond pas aux exigences du droit suisse. Cette réserve de propriété conserve néanmoins sa validité pendant trois mois.

3- Le tiers de bonne foi ne pourra se voir opposer l'existence de pareille réserve de propriété constituée à l'étranger.

Art. 103

La réserve de propriété constituée sur une chose mobilière destinée à l'exportation est régie par le droit de l'Etat de destination.

Art. 104

1- Les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte de droits réels mobiliers au droit de l'Etat d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base.

2- L'élection de droit n'est pas opposable aux tiers.

- القانون الإيطالي: الفصل 52 وفيما يلي نصه:

Article 52

(Droits réels sur les choses en transit)

Les droits réels sur les choses en transit sont régis par la loi du lieu de destination.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 64 ويتضمن ما يلي:

الفصل 64: تخضع الحقوق العينية على مال في حالة عبور، لقانون البلاد الموجه إليها.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته تحت عدد61 دون أي تعديل لكن اللجنة الثالثة غيرت القانون المنطبق من قانون البلاد الموجه إليها المال إلى قانون البلاد التي يوجد بها بإعتباره الحل الأكثر إنسجاما مع القاعدة العامة المنطبقة على عموم الأموال (خضوع المال لقانون دولة موقعه) وأصبح يحمل رقم 60 وهو رقمه الحالي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 61:

يخضع إشهار تصرفات التأسيس والحفظ والإنتقال وإنقضاء الحقوق العينية لقانون الدولة التي يتم فيها القيام بإجراءات الإشهار.

I- الشرح: (إشهار التصرفات)

أ- مفهوم الإشهار ونطاقه:

تحدث بعض التصرفات والوقائع آثارا قانونية وإقتصادية تتجاوز أطرافها ولذلك يوجب المشرّع إشهارها لحماية الغير أو لمعارضته بها[1] مثل أعمال تأسيس شركات المساهمة التي يجب إشهارها بكتابة المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها المركز الرئيسي للشركة وبالسجل التجاري والرائد الرسمي للجمهورية التونسية (أنظر الفصول من 14 إلى 20 من مجلّة الشركات التجارية[2] والقانون عدد44 لسنة 1995 المؤرّخ في 1995/05/02 المتعلّق بالسجل التجاري).

ومثل الحقوق العينية والرهون الموظفة على السفن والتي يجب إشهارها عن طريق ترسيمها بورقة التسجيل المرقومة التي تمسكها السلط البحرية (الفصل 29 من مجلّة التجارة البحرية).

ومثل ترسيم التصرفات والوقائع الناقلة لملكية الحقوق العينية العقارية أو المعدلة لها أو المؤدية إلى إنقصائها وقيد الدعاوى قيدا إحتياطيا وغير ذلك من

---

[1]- الأستاذ: P.Mayer, DIP, P 390 et s.

[2]- مجلّة حديثة صدرت بموجب القانون عدد93 لسنة 2000 المؤرّخ في 2000/11/03 وقد ألغى الفصل الثاني من القانون المذكور الفصول من 14 إلى 188 من المجلّة التجارية بما فيها الفصول 177 و178 و179 التي كانت تنظم إشهار الشركات التجارية.

التصرفات والوقائع التي أوجب القانون (أنظر الفصل 373 من مجلّة الحقوق العينية) ترسيمها بالسجل العقاري الذي تمسكه إدارة الملكية العقارية إن كان العقار المتعلّقة به مسجلا.

ونطاق فكرة الإشهار يشمل التصرفات والوقائع وغيرها من الأعمال القانونية الخاضعة لواجب الإشهار والمفعول القانوني للإشهار والآثار القانونية التي تترتب على القيام بالإشهار وعلى عدم القيام به أصلا أو عدم القيام به في آجاله (مثل قيام قرينة قانونية على أن الذات الطبيعية المسجلة بالسجل التجاري لها صفة التاجر – الفصل 60 من قانون السجل التجاري) والآجال التي يجب أن يتم فيها الإشهار ومن له صفة القيام به (أنظر الفصل 3 من قانون السجل التجاري والفصل 392 من مجلّة الحقوق العينية) ومدة بقاء الإشهار قائما ومحدثا لآثاره.

ب- القانون المنطبق:

يخضع إشهار تصرفات التأسيس والحفظ والإنتقال وإنقضاء الحقوق العينية العقارية والمنقولة مثلما وقع تحديد مشمولاتها في الفقرة (أ) أعلاه لقانون الدولة التي يتم فيها القيام بإجراءات الإشهار والعبرة بالقانون الجاري به العمل وقت إتمام التصرف أو حصول الواقعة الخاضعة لواجب الإشهار.

II- المصادر:

أهمها:

- القانون الكندي (مقاطعة كيباك): الفصل 3102 على وجه الخصوص وفيما يلي نصه:

§.2. Des sûretés mobilières

3102. La validité d'une sûreté mobilière est régie par la loi de l'Etat de la situation du bien qu'elle grève au moment de sa

constitution.

La publicité et ses effets sont régis par la loi de l'Etat de la situation actuelle du bien grevé.

- القانون الإيطالي: الفصل 55 وفيما يلي نصه:

Article 55

(Publication des actes relatifs aux droits réels)

La publication des actes de constitution, de transfert et d'extinction des droits réels est régie par la loi de l'Etat dans lequel le bien se trouve au moment de l'acte.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل بالمشروع الأوّل الذي أعدته لجنة الخبراء (اللجنة الأولى) يحمل رقم 65 ويتضمن ما يلي:

الفصل 65: شهر تصرفات التأسيس والحفظ والإنتقال وإنقراض الحقوق العينية ينظمه قانون الدولة التي يتم فيها القيام بإجراءات الشهر.

ولما عرض على اللجنة الثانية إستبدلت كلمة "شهر" بكلمة "إشهار" لأنها الكلمة المتعارف عليها في هذا المجال والأكثر إستعمالا من قبل المشرّع التونسي.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الباب السادس
الإلتزامات

القسم الأوّل
الإلتزامات الإرادية[1]

الفصل 62:

يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف وإذا لم يحدّد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري.

I- الشرح: (القانون المنطبق على العقد)

يتناول الباب السادس القانون المنطبق على الإلتزامات بصورة عامة.

ومن المعلوم أن الإلتزامات قد تنشأ عن الإرادة (ثنائية أو مفردة) فتسمى إلتزامات إرادية. وقد تنشأ عن القانون فتسمى إلتزامات قانونية. ولذلك قسم واضعو المجلّة هذا الباب إلى قسمين: القسم الأوّل خصص لتحديد القانون المنطبق على الإلتزامات الإرادية والقسم الثاني خصص لتحديد القانون المنطبق على الإلتزامات القانونية.

ويندرج الفصل 62 ضمن القسم الأوّل المخصص لتحديد القانون

[1]- أنظر مداخلة لنا بعنوان "القانون المنطبق على العقد" قدمت في الدورة الدارسية التي نظمها مركز الدراسات القانونية والقضائية يوم 2000/06/16 بنزل الدبلوماسي بتونس حول المجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص (بصدد النشر).

المنطبق على الإلتزامات التعاقدية أي الإرادية ويهتم بالقانون المنطبق على العقد.

وينبغي التذكير بأن المقصود بالعقد هنا العقد الدولي أي العقد الذي يكون لأحد عناصره[1] المؤثرة صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي (أنظر شرحنا الفصل 2 من هذه المجلّة).

وقيام هذه الصلة بين العقد وتلك الأنظمة القانونية المتعددة سيكون مدعاة لتنازعها على حكمه. ولحل هذا التنازع لا بد من تعيين قانون أو أكثر (قد يكون واحدا من تلك القوانين وقد يكون غيرها) لحكم ذلك العقد.

ولتحديد قانون العقد هناك إتجاهان:إتجاه يميل إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد، وإتجاه يرى تجزئة العقد Dépeçage du contrat وإخضاع كلّ عنصر من عناصره لقانون خاص به[2]. وقد فضل المشرّع التونسي مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد إذ أخضع مضمون العقد وشكله مبدئيا لقانون واحد هو القانون الذي تحدده إرادة الأطراف بكل حرية.

وقانون الإرادة يعد ظرف إسناد معتمد في معظم التشاريع لحل تنازع القوانين في مادة الإلتزامات الإرادية.

وقد أقرّه المشرّع التونسي كقانون منطبق في عقود النقل البحري[3] وفي

---

[1]- عناصر العقد أو العلاقة القانونية هي: الأشخاص Les sujets أو الأطراف والموضوع أو المحل L'objet والواقعة المنشئة للعلاقة Le fait générateur – أنظر أصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي ط2 ص8 وما بعد.

[2]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص ص582 وما بعد.

[3]- لقد صدرت مجلّة التجارة البحرية بمقتضى القانون عدد13 لسنة 1962 المؤرّخ في 1962/04/24 وقد نص الفصل 164 منها صراحة على حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد النقل البحري. أنظر نص هذا الفصل بالجزء المخصص للمصادر من شرح هذا الفصل.

مادة التحكيم التجاري الدولي (أنظر الفصل 73 من مجلّة التحكيم الصادرة سنة 1993). كما أقره فقه القضاء التونسي[1] والمقارن وفقه قضاء التحكيم التجاري الدولي حتى أصبح قاعدة عالمية[2] تكاد تسود سائر بلدان الدنيا.

لكن كيف يمارس أطراف العقد حرية اختيار القانون المنطبق على العقد؟.

وهل لهذه الحرية حدود؟.

وما هو الحل في صورة عدم اختيار الأطراف لأي قانون؟.

وهل ما تزال هناك جدوى من إقامة تفرقة بين المسائل المتعلّقة بمضمون العقد، والمسائل المتعلّقة بشكله بعد أن أخضع المشرّع (الفصلان 68/62 م.ق.د.خ) العقد برمته لقانون الإرادة؟.

أ- اختيار القانون المنطبق على العقد:

للأطراف الحرية المطلقة في إختيار القانون المنطبق على العقد. فلهم أن يختاروا تطبيق أي قانون أجنبي أو أية إتفاقية أنموذجية أو أن يقتبسوا من عدة قوانين أو إتفاقات أنموذجية ما يرونه ملائما لحكم علاقاتهم كما لهم أن يحدثوا إتفاقيات أنموذجية جديدة تلائم ما التقت عليه إراداتهم[3].

لكن هل أن هذه الحرية تخولهم إختيار أي قانون شاؤوا ولو لم تكن له أية علاقة بالعقد؟

---

[1]- القرار التعقيبي المدني عدد7105 الصادر في 1970/06/08 منشور بالمجلة التونسية للقانون 1975 مع تعليق للأستاذ محمد العربي هاشم ص219.

[2]- الأستاذ علي المزغني - تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص139.

[3]- الفصل 164 من مجلّة التجارة البحرية.

يرى بعض المشرعين[1] وكذلك بعض الفقهاء[2] أن القانون الذي يختاره المتعاقدان يجب أن تكون له صلة فعلية بالعقد لأن إختيارهم قانونا لا تجمعه أية رابطة بالعملية موضوع العقد لا يعدو أن يكون تحايلا على القانون الواجب التطبيق. هذا من جهة ومن أخرى فإن القانون الذي يختاره المتعاقدان لا يحمي الأطراف فحسب. وإنما يهدف أيضا إلى حماية الغير والمقتضيات الإجتماعية والإقتصادية[3]. ولهذا يجب أن تكون له علاقة بالعقد الذي إختير لحكمه.

لكن إذا لم يحترم الطرفان هذه المقتضيات وإختارا قانونا لا صلة له بالعقد فهل للقاضي أن يستبعده؟ إلا تجاه السائد لا يعطي للقاضي أية إمكانية لإستبعاده إلا إذا كان الأمر يتعلّق بالتحايل على القانون[4] (أنظر شرحنا للفصل 30 من هذه المجلّة) أو بقواعد الأمن المدني Les lois de police (أنظر شرحنا للفصل 38 من هذه المجلّة) ضرورة أن حرية إختيار القانون المنطبق على العقد مثلما تخول للأطراف إختيار أي قانون شاؤوا تخولهم أن لا يختاروا أي قانون إطلاقا ويحتكموا إلى قواعد العدل والإنصاف مثلا.

وإذا كان لأطراف العقد الحرية التامة في إختيار القانون المنطبق عليه فهل لهم أن يجمدوا أحكام القانون الذي يختارونه بأن يشترطوا تطبيقه وفقما كان عليه يوم إبرام العقد، دون ما يجد من أحكامه اللاحقة؟.

بالرغم من عدم مشروعية هذا الشرط لصدروه عن سلطة غير مختصة ولما ينطوي عليه من تعطيل لسلطة الدولة التشريعية فقد جرى العمل في

1- مثل الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا وإنقليترا وسويسرا وفرنسا – انظر القانون الدولي الخاص ج1 للأستاذ موحند إسعاد ص368/367.

2- الأستاذ باتيفول (H. Batiffol) أنظر دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم ص233.

3- الأستاذ باتيفول (H. Batiffol) أشار إليه الأستاذ هاشم بكتابه المتقدم الذكر ص233.

4- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1 ص368.

العلاقات الدولية على قبوله مع تطبيق الأحكام اللاحقة إذا كانت آمرة على الرغم من وجود[1] مثل هذه الشرط.

وإختيار القانون المنطبق على العقد يمكن أن يتم عند تحرير العقد ويدرج صلب أحد بنوده أو في وقت لاحق وضمن وثيقة مستقلة. وإختيار قانون دولة ما لا يحول دون إستبعاده كليا أو جزئيا وإحلال قانون آخر مكانه بشرط أن يتفق الطرفان على ذلك.

وإختيار الأطراف لقانون العقد يجب في جميع الحالات أن يكون صريحا أو مستخلصا بصورة ثابتة من أحكام العقد.

وإذا لم تعبر الأطراف عن إرادتها في إختيار القانون المنطبق على العقد بصورة صريحة فمن يحل محلهم ويعين القانون المنطبق: المشرّع أم القاضي؟.

ب- قانون العقد في غياب الإختيار:

إذا لم يختر أطراف العقد القانون المنطبق بصورة صريحة، فهل للقاضي أن يبحث عن إرادتهم الضمنية أو المفترضة؟.

لقد وضع الفقه عدة نظريات وإهتدى فقه القضاء إلى عدة طرق لمعالجة سكوت الأطراف عن إختيار القانون المنطبق على العقد مثل نظرية التركيز الذاتي أو الموضوعي ونظرية القانون الأكثر إرتباط بالعلاقة[2] لكن المشرّع التونسي فضل الحسم والوضوح وتولى بنفسه تعيين القانون المنطبق على العقد عند سكوت الأطراف وهو قانون دولة مقر الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد لحظة إبرامه أو مقر مؤسسته في تلك اللحظة أيضا إذا كان

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1 ص369/368.

[2]- أنظر بخصوص هذه النظريات دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم ص232 وما بعد.

العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري ويتم تعيين هذا القانون عن طريق القيام بعملية تحليل وظيفي للعلاقة القانونية التي تثير النزاع وتركيزها تركيزا موضوعيا لإختيار صنف الإسناد الأكثر ملاءمة لحلها وذلك بالإعتماد على الوظيفة الإقتصادية للعقد[1]. وصنف أو ظرف الإسناد المختار هو مقر الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد لحظة إبرامه أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري.

والإلتزام المؤثر في تكييف العقد هو الإلتزام الذي يستمد منه العقد وصفه القانوني فإلتزام البائع في عقد البيع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري هو الذي يعطي العقد وصف البيع (عقد البيع) وبالتالي يكون مقر البائع هو ظرف الإسناد المحدد للقانون المنطبق على عقد البيع الذي هو قانون الدولة التي يوجد بها مقره أو مقر مؤسسته إذا كان عقد البيع قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري.

وهكذا فإلتزام الطرف الذي أسند الإستعمال في الإلتزامات المتعلّقة بإستعمال شيء أو حق وإلتزام المستودع Dépositaire في عقد الوديعة، وإلتزام الضامن Garant أو الكفيل Caution في عقد الضمان أو الكفالة هو الذي يؤثر في تكييف العقد وبالتالي يكون قانون دولة مقر مسند الإستعمال أو المستودع أو الضامن أو الكفيل لحظة إبرام العقد هو القانون المنطبق على العقد[2].

وإذا تساوت إلتزامات الطرفين في التأثير على تكييف العقد كما في عقود المعاوضة المتعلّقة بالمنقولات طبق القاضي قانونه[3].

---

[1]- الأستاذ محمد العربي هاشم المصدر السابق ص235.

[2]- أنظر الفصل 117 من القانون السويسري بالجزء المخصص لمصادر هذا الفصل.

[3]- أنظر جواب وزارة العدل على أسئلة مجلس النواب المتعلّقة بهذا الفصل (مداولات مجلس النواب

والملاحظ أن حصر قانون العقد في قانون دولة مقر الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد تخص حالة سكوت الأطراف عن إختيار القانون المتعلّق بمضمون العقد.

أما في صورة سكوت الأطراف عن إختيار القانون المتعلّق بشكل العقد فإن القانون المنطبق كما يوضحه الفصل 68 من هذه المجلّة هو القانون المنطبق على مضمون العقد (مثلما حدده الفصل 62 من م.ق.د.خ) أو قانون مكان إبرام العقد أو قانون الدولة التي يوجد بها أحد المتعاقدين إذا كان العقد مبرما بين أشخاص موجودين بدول مختلفة.

ج- مضمون العقد وشكله:

يبدو من قراءة الفصول المتعلّقة بالقانون المنطبق على الإلتزامات الإرادية (الفصول من 62 إلى 69) أن المشرّع التونسي قد أخضع شكل العقد للقانون الذي يحكم مضمونه وبالتالي تصبح عملية فرز المسائل التي تتعلّق بالمضمون عن التي تتعلّق بالشكل لا طائل من ورائها غير أن حصر ظرف الإسناد المحدد للقانون المنطبق على مضمون العقد في إرادة المتعاقدين ومقر الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد وتوسيع ظرف الإسناد المحدد للقانون المنطبق على شكل العقد ليشمل قانون العقد (قانون الإرادة أو قانون الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد) وقانون مكان إبرامه وقانون الدولة التي يوجد بها أحد أطرافه في صورة وجودهم بدول مختلفة – يعيد لتلك التفرقة أهميتها ويجعل فصل نطاق مضمون العقد عن نطاق شكله أمرا لا مفر منه لتحديد القانون المنطبق على العقد إلا أن المنهجية التي توخيناها في شرح أحكام هذه المجلّة تجعلنا نرجئ هذه التفرقة إلى شرح الفصول التالية ولا سيما الفصل 64 الذي يحدّد نطاق القانون المنطبق على

عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي ص257).

مضمون العقد والفصل 68 الذي يعين القوانين المنطبقة على شكل العقد.

بقي أن نشير في نهاية هذه الفقرة إلى أن الفقه يكاد يجمع على إستبعاد الإحالة Le renvoi من مادة الإلتزامات التعاقدية لأن الأطراف يؤسسون إختيارهم للقانون المنطبق على معرفتهم لمضمونه[1] وبالتالي فإن إرادتهم تكون قد إتفقت على إختيار القواعد الداخلية منه وليس على قواعده الدولية وتطبيق العقد يكون بالكشف عن الإرادة الحقيقية لإطرافه وقت التعاقد وقد كرست هذا الإتجاه الفقهي إتفاقية رومة المبرمة في 1980/06/19 المتعلّقة بالقانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية إذ إستبعد الفصل 15 صراحة الإحالة من نطاق القانون المنطبق على العقد.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فإنه لا يقبل الإحالة سواء أدت إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى (الفصل 35 من م.ق.د.خ) في جميع أصناف الحقوق إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

أ- القانون الداخلي:

1- التشريع:

خاصة الفصلين 164 و297 من مجلّة التجارية البحرية وفيما يلي نص كلّ منهما:

الفصل 164: ترمي أحكام هذا الكتاب إلى بيان وتحديد حقوق وواجبات الطرفين في الإتفاقات المتعلّقة بالنقل البحري وذلك فقط لتلافي ما قد يظهر من

---

[1]- الأستاذ P.Mayer DIP P431.

نقصان أو إلتباس أو غموض في تلك الإتفاقات أو في الأحكام التي يشير الطرفان إلى تطبيقها.

وللطرفين الحرية في إبرام إتفاقاتهما على النحو الذي يريانه وخاصة بالإشارة إلى تطبيق أي قانون أجنبي أو أية إتفاقية أنموذجية أو بالإقتباس من عدة قوانين أو إتفاقات انموذجية أو بإحداث إتفاقات أنموذجية جديدة كلّ ذلك مع مراعاة القيود والتحاجير الواردة بهذه المجلّة.

الفصل 297: ترمي أحكام هذا الكتاب إلى بيان وتحديد حقوق وواجبات الطرفين في الإتفاقات المتعلّقة بالتأمين وذلك فقط لتلافي ما قد يظهر من نقصان أو إلتباس أو غموض في تلك الإتفاقات أو في الأحكام التي يشير الطرفان إلى تطبيقها.

وللطرفين الحرية في إبرام إتفاقاتهما على النحو الذي يريانه وخاصة بالإشارة إلى تطبيق أي قانون أجنبي أو أية إتفاقية أنموذجية أو بالإقتباس من عدة قوانين أو إتفاقات أنموذجية أو بإحداث إتفاقات أنموذجية جديدة كلّ ذلك مع مراعاة القيود والتحاجير الواردة بهذه المجلّة.

والأحكام القانونية المتعلّقة بالتامين البري لا تنطبق على التأمين البحري.

والفصل 73 من مجلّة التحكيم التي ينص على ما يأتي:

الفصل 73:

1- تبت هيئة التحكيم في النزاع وفقا لأحكام القانون الذي يعينه الأطراف.

2- إذا لم تحدّد الأطراف القانون المنطبق، فإن هيئة التحكيم تعتمد القانون الذي تراه مناسبا.

3- يجوز لهيئة التحكيم البت في النزاع طبق قواعد العدل والإنصاف إذا أباح الأطراف ذلك صراحة

4- في جميع الأحوال تبت هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد مع الأخذ بعين الإعتبار العرف التجاري المنطبق على المعاملة.

2- فقه القضاء: نذكر منه الحكم المدني عدد19798 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 1960/12/07 (ق.ت عدد1 لسنة 1961 ص907/21) وقد تضمن أن القانون المنطبق على الإلتزامات التقاعدية هو قانون الإرادة مستخلصة ذلك من وجود قاعدة غير مكتوبة بقانون الإلتزامات والعقود ومقبولة من الجميع هي مبدأ إستقلال الإرادة.

ب- التشريع المقارن:

وخاصة

- إتفاقية رومة المتعلّقة بالقانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية ولا سيما الفصلين: 3 و4 الآتي نص كلّ منهما:

Article 3
Liberté de choix

1- Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

2- Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente convention. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte

pas atteinte aux droits des tiers.

3- Le choix par les parties d'une loi étrangère, assortie ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives».

4- L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 8,9,11.

Article 4

Loi applicable à défaut de choix

1- Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

2- Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui ou est situé cet autre établissement.

3- Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.

4- Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu

de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises.

5- L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2,3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

– القانون السويسري: الفصلان 116 و117 وفيما يلي نص كلّ منهما:

Art 116:

1- Le contrat est régi par le droit choisi par les parties.

2- L'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances en outre elle est régie par le droit choisi.

3- L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés.

Art 117:

1- A défaut d 'élection de droit le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

2- Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale son établissement.

3- Par prestation caractéristique on entend notamment:

a) La prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation.

b) La prestation de la partie qui confère l'usage dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit.

c) La prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autre contrats de prestation de service.

d) La prestation du dépositaire dans le contrat de dépôt

e) La prestation du garant ou de la caution dans les contrats de garantie ou de cautionnement.

– القانون الألماني: الفصلان 27 و28 وفيما يلي نص كلٍّ منهما:

Article 27

Liberté de choix

1- Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

2- Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que cette qui régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur, soit en vertu d'autres dispositions de la présente sous-section. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

3- Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat (dispositions impératives).

4- L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 11, 12, 29, alinéa 3, et 31.

Artiele 28

Loi applicable à défaut de choix

1- Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 27, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois si une partie du contrat séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

2- Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, ou, s'il s'agit d'une société association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement. Lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée, le présent alinéa est mapplicable.

3- Dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.

4- Le contrat de transport de marchandises est présumé avoir les liens les plus étroits avec le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat, à condition que le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur y soit également situé. Pour l'application du présent alinéa, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour l'objet de réaliser un transport de marchandises.

5- Les présomptions des alinéas 2,3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonslances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

- القانون المدني الكندي (مقاطعـــة كيبـــاك) الفصـــول 3111 و3112 و3113 وفيما يلي نصها:

§.2- Du fond des actes juridiques

3111. *L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.*

Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extraneité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'Etat qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique.

3112. En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'Etat qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent présente les liens les plus étroits avec cet acte.

3113. Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن مشروع اللجنة الأولى يحمل رقم 66 ويتضمن ما يلي: الباب السادس:

الإلتزامات

الفقرة الأولى

الإلتزامات الإرادية

الفصل 66: يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف. وإذا لم تحدّد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته تحت رقم 63 دون أي تعديل.

كما أقرته اللجنة الثالثة تحت عدد62 دون تعديل ما عدا إستبدال عبارة

"الفقرة الأولى" في العنوان بعبارة "**القسم الأوّل**".

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل عند عرضه على مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وفيما يلي نص السؤال فجواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تسأل اللجنة عن القانون المنطبق في صورة تساوي الأطراف المتعاقدة في تأثيرهم على تكييف العقد؟.

الجواب: تلاحظ الوزارة بخصوص السؤال أنّه في صورة تساوي الأطراف المتعاقدة في تأثيرهم على تكييف العقد، ولو أن هذه الفرضية صعبة الوقوع لأنّه عادة ما يكون إلتزام أحد الأطراف أكثر تأثيرا من الطرف المقابل إلا أنّه وفي صورة التساوي فإن القاضي المتعهد بالدعوى يمكنه اللجوء لمبدأ القابلية العامة والثانوية لقانونيه.

La vocation générale et subsidiaire de la loi du for[1]

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص257.

الفصل 63:

تخضع العقود المتعلّقة بإستغلال العقارات من حيث شكلها ومضمونها إذا لم تحدّد الأطراف القانون المنطبق لقانون المكان الذي يوجد به العقار.

I- الشرح: (القانون المنطبق على عقود إستغلال العقارات)

خلافا لأحكام الفصل المتقدم – الذي يعد القاعدة العامة في القانون المنطبق على العقد – فإن العقود المتعلّقة بإستعمال العقارات كعقود الكراء والإعارة والخدمة والإيجار المالي وشركات الإستغلال الفلاحي أو المدني (الوكالة العقارية) تخضع في شكلها وضمونها – في غياب قانون الإرادة – لقانون المكان الذي يوجد به العقار بإعتباره القانون الأكثر ملاءمة لحكمها.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

– إتفاقية رومة المؤرخة في 1980/06/19 المتعلّقة بالقانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية وخاصة الفقرة 3 من الفصل 4 (أنظر مصادر الفصل المتقدم)

– القانون الألماني وخاصة الفقرة 3 من الفصل 28 (أنظر مصادر الفصل المتقدم)

– *القانون السويسري وخاصة الفصل 119 وفيما يلي نصه:*

Art 119.

1- Les contrats relatifs aux immeubles ou à leur usage sont régis par le droit du lieu de leur situation.

2- L'élection de droit est admise.

3- Toutefois, la forme du contrat est régie par le droit de

l'Etat dans lequel l'immeuble est situé, à moins que celui-ci n'admette l'application d'un autre droit. Pour l'immeuble sis en Suisse la forme est régie par le droit suisse.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل في المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 67 ويتضمن ما يلي:

الفصل 67: تخضع العقود المتعلّقة بالعقارات أو بإستعمالها في شكلها ومضمونها إذا لم تحدّد الأطراف القانون المنطبق، لقانون المكان الذي يوجد به العقار.

وقد أقرته اللجنة الثانية دون أي تعديل إلا أن الثالثة عدلت صياغته فإستبدلت عبارة "بالعقارات أو بإستعمالها" بعبارة "بإستغلال العقارات" وحذفت كلمة "أو" مما جعل أحكام الفصل منحصرة في العقود المتعلّقة بإستغلال العقارات دون غيرها من عقود التفويت فيها ببيعها أو قسمتها ... ولم تتضمّن محاضر جلسات تلك اللجنة ذكر أي سبب.

لكن يبدو أنها إعتبرت عقود بيع العقارات أو قسمتها أو رهنها لا تعدو أن تكون أسبابا لإكتساب الملكية أو غيرها من الحقوق العينية وبالتالي فهي تصرفات متعلقة بالملكية العقارية وبالحقوق العينية وتندرج ضمن فكرة المال العقاري الخاضعة لقانون مكان وجود المال حسب أحكام الفصل 58 من نفس المجلّة[1]. ولذلك لم تر فائدة في إعادة تشريع ما سبق تقنينه.

---

[1]- أنظر شرح الفصلين 57 و58 من هذه المجلّة.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل عند عرضه على مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تطلب اللجنة مزيد توضيح هذا الفصل مع إعطاء أمثلة لذلك.

الجواب: تلاحظ الوزارة في هذا الصدد أن الفصل 63 من المشروع يشكل أحد تجليات تأثير العقار على القانون المنطبق في الإلتزامات والنشاطات التي تشمله ففي صورة عدم إتفاق الأطراف من جنسيات مختلفة يخضع شكل العقد ومضمونه لمكان تواجد العقار وذلك تحقيقا للوحدة القانونية "L'unité juridique" كما يتجه التذكير أنّه حتى في صورة إتفاق الأطراف فإن هذا الإتفاق لا يمكنه مخالفة قواعد النظام العام الإقتصادي والقوانين ذات الإنطباق الإلزامي (Les lois de police) [1].

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص257.

الفصل 64:

ينظم القانون المنطبق على العقد خاصة:

1- وجوده

2- صحته

3- تأويله

4- تنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه

5- نتائج التنفيذ الكلي أو الجزئي للإلتزامات بما في ذلك تقدير الضرر وطرق التعويض.

6- الأوجه المختلفة لإنقضاء الإلتزامات وسقوطها بمرور الزمن وتقادمها المؤسسة على إنقضاء الآجال.

7- آثار بطلان العقد

وتخضع طرق التنفيذ والوسائل التي يتخذها الدائن عند عدم التنفيذ لقانون الدولة التي يتم إجراؤها فيها بصفة فعلية.

I- الشرح: (نطاق القانون المنطبق على مضمون العقد)

يتناول هذا الفصل -مثلما أشرنا إلى ذلك عند شرح الفصل 62- نطاق القانون المنطبق على مضمون العقد بتعداد المسائل المندرجة تحته. لكنه تعداد ذكري لا حصري مثلما هو واضح من طالع الفصل ذاته.

فالقانون المنطبق على مضمون العقد سواء عينه الأطراف أو المشرّع أو القاضي يسري على:

1- وجود العقد:

أي تكوينه بما ينطوي عليه من التراضي ومشروعية المحل والسبب. لكنه أي قانون العقد لا ينظم أهلية التعاقد التي تبقى خاضعة للقانون الشخصي

للمتعاقدين بإعتبارها من مسائل الحالة الشخصية.

2- صحة العقد:

أي عدم مخالفته للقانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام وإستفائه لبعض شروط الصحة الخاصة كالتراخيص الإدارية (مثل رخصة البنك المركزي في الإتفاقات المتعلّقة بتحويل العملة أو الوفاء أو الإلتزام بالوفاء بواسطة نقد أجنبي فيما بين المقيمين ... أنظر الفصل 1 والفصل 21 من مجلّة الصرف والتجارة الخارجية الصادرة بموجب القانون عدد18 لسنة 1976 المؤرّخ في 1976/01/21).

ومن المعلوم أن إخلال العقد بمثل هذه المسائل يترتب عنه البطلان (قد يكون مطلقا وقد يكون نسبيا) ولهذا يمكن إدراج كلّ ما يتصل بالبطلان تحت هذه المسألة وإخضاعه لقانون العقد ولو كان هذا البطلان ناتجا عن إخلال بتكوين العقد وسواء أكان البطلان مطلقا (أنظر الفصل 325 من م.إ.ع) أم نسبيا (عيوب الرضا) فقانون العقد هو الذي يحدّد من له حق التمسك بالبطلان، وتصحيح البطلان بالإجازة، أو بمرور الزمن.

لكن إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف شرط يقتضيه قانون القاضي فإن قوانين الأمن في قانون القاضي قد تتدخل لحكم هذه المسألة.

3- تأويل العقد:

يتم تأويل العقد حسب القانون الذي يعينه الأطراف أو يحدده المشرّع بإعتباره قانون العقد ويطبق القاضي قانون العقد كما وقع تأويله في النظام القانوني الذي ينتمي إليه ولو كان مخالفا من هذه الناحية لقانونه كأن تكون لبعض المصطلحات والمفاهيم دلالات مغايرة لدلالاتها في قانون القاضي (أنظر الفصل 34 من هذه المجلّة).

4- تنفيذ الإلتزامات المترتبة عن العقد:

يخضع لقانون العقد كلّ ما يتعلّق بتنفيذه كحسن النية في تنفيذ الإلتزام ومن له الحق في طلب التنفيذ وحق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني والتضامن، ووجوب إنذار المدين أو عدم لزوم ذلك، وجواز قبول الوفاء الجزئي أو عدم جوزاه، ومكان التنفيذ وزمانه وكيفية التنفيذ[1].

أما ممارسة الدائن حق الحبس فتندرج ضمن مسائل الأموال (الأحوال العينية) وتخضع لقانون موقع المال الذي سيمارس عليه الحبس.

5- نتائج عدم التنفيذ:

ينظم قانون العقد كلّ ما يترتب عن عدم تنفيذ الإلتزام سواء أكان جزئيا أو كليا فهو الذي يحدّد أركان المسؤولية العقدية، وأسباب الإعفاء منها والطرق التي يجوز للمدين أن يدفع بها وفسخ الإلتزام أو تنفيذه جبرا وهل أن الدائن مجبر على طلب غصب مدينه على الوفاء أوّلاً أم أنّه مخير بين طلب الوفاء أو طلب الفسخ بحسب مصلحته.

وقانون العقد هو الذي يحدّد التعويض عن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ وطرقه سواء أكان الضرر ناشئا عن مجرد التأخير أم عن عدم التنفيذ، وهو الذي ينظم الشرط الجزائي، وإمكانية تعديل العقد أو عدم إمكانية تعديله (بحسب قبول قانون العقد أو عدم قبوله لنظرية الظروف الطارئة).

أما الغرامة التهديدية فتخضع لقانون القاضي لأنها من الإجراءات التي تلجأ إليها المحكمة لحمل المدين على الإذعان للحكم القاضي بإلزامه بالوفاء[2].

---

[1]- الأستاذ محمد العربي هاشم - دروس في القانون الدولي الكتاب الثاني ص238 إلى 240.

[2]- الأستاذ محمد كمال فهمي - أحوال القانون الدولي الخاص ص592.

6- إنقضاء الإلتزام:

ينظم قانون العقد سائر المسائل المتصلة بإنقضاء الإلتزام مثل: الوفاء، وتعذر الوفاء، والإبراء الإختياري وإستبدال الدين بغيره وإختلاط الذمة والإقالة الإختيارية، وتقادم دعوى المطالبة بالحق (أنظر الفصل 339 من م.إ.ع) وسقوط حق المطالبة بالحق بمضي المدة المحددة قانونا لطلبه.

وقد إستثنى المشرّع المقاصة من قانون العقد بالرغم من كونها من الأسباب التي ينقضي بها الإلتزام وإخضعها للقانون المنطبق على الدين (أنظر فيما يلي شرحنا الفصل 66).

7- آثار بطلان العقد:

العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس عملا قانونيا وإنما هو مجرد واقعة قانونية[1] لكن المشرّع رتب عليه بعض الآثار القانونية نوجزها فيما يلي:

أ- **إسترداد ما وقع دفعه بموجب الإلتزام الباطل من أصله** (كإسترداد المشتري الثمن وإسترجاع البائع العين المبيعة أنظر الفصلين 325/77 من م.إ.ع).

ب- **قيام الأصل في صورة بطلان التابع** إذ تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 326 من م.إ.ع على أن "بطلان الإلتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل" فإذا بطل شرط التحكيم أو الشرط الفسخي[2] المدرج بعقد البيع فإن البيع يبقى قائما ولا يبطل لمجرد بطلان ذلك الشرط.

---

[1]- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج1 ص495.

[2]- الأستاذ محمد الزين النظرية العامة للإلتزامات –1- العقد – تونس1993 ص، 173.

ج- إنتقاص العقد:

وقد ورد هذا الأثر للعقد الباطل ضمن أحكام الفصل 327 من م.إ.ع الذي ينص على أن "بطلان بعض الإلتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص".

د- تحول الإلتزام:

لقد نص الفصل 328 من م.إ.ع صراحة على هذا الأثر للإلتزام الباطل إذ جاء به أنّه: "إذا بطل الإلتزام وكانت به من الشروط ما يصح به إلتزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الإلتزام" ويمكن أن نورد كمثال على تحول الإلتزام الباطل إلى إلتزام آخر تحول الكمبيالة التي لم تتوفر فيها التنصيصات الوجوبية الواردة بالفصل 269 م.ت إلى سند للأمر Billet à ordre أو إلى إعتراف بدين[1].

فكل هذه الآثار المترتبة عن بطلان العقد (سواء كان مطلقا أم نسبيا) تخضع لقانون العقد أي للقانون الذي يختاره الطرفان أو يعينه المشرّع كقانون منطبق على العقد وعلى الإلتزامات الإرادية بصورة عامة.

أما طرق التنفيذ والوسائل التي يتخذها الدائن عند عدم التنفيذ كالعقل والإعتراضات التحفظية والقيود الإحتياطية فتخضع لقانون الدولة التي يتم إجراؤها فيها بصفة فعلية.

والملاحظ أن قانون العقد مهما إتسع نطاقه فإنه لا يمكن له فيما يتعلّق بتنفيذ الإلتزام أن يتجاوز حدود السلطة المسندة لمحكمة قاضي النزاع بموجب قانونه الإجرائي[2] ولا سيما فيما يتعلّق بالإختصاص. فالدعوى التي لا يخول

---

[1]- الأستاذ محمد الزين – المصدر السابق ص176.

[2]- أنظر الفصل 10 من إتفاقية رومة المبرمة في 1980/06/19 والمتعلقة بالقانون المنطبق على

لها قانونها النظر فيها أو الإجراء الذي لا يجوز لها إتخاذه لا يمكن لها أن تتعاطى النظر فيه ولو كان قانون العقد يقتضيه لأن القاعدة العامة في هذا المجال هي أن قواعد الإختصاص وكل المسائل الخاصة بالإجراءات ينطبق عليها قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو يمارس فيه الإجراء[1].

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح خاصة من الفصل 10 من إتفاقية رومة والفصل 32 من القانون الألماني وفيما يلي نص كلّ منهما:

- الفصل 10 من إتفاقية رومة للقانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية:

Article 10
Domaine de la loi du contrat

1- La loi applicable au contrat en vertu des articles 3 à 6 et de l'article 12 de la présente Convention régit notamment:

a) Son interprétation ;

b) L'exécution des obligation qu'il engendre ;

c) Dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligation, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent ;

d) Les divers modes d'extinction des obligations ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ;

e) Les conséquences de la nullité du contrat ;

2- En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution, on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu.

- الفصل 32 من القانون الألماني:

الإلتزامات التعاقدية وهو منشور بالقسم المخصص لمصادر هذا الفصل

[1] - الأستاذ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص ص657.

Article 32
Domaine de la loi du contrat

1- la loi applicable au contrat en vertu des articles 27 à 30 et de l'article 33 alinéas 1er et 2, régit notamment:

1° Son interprétation ;

2° l'exécution des obligation qu'il engendre ;

3° dans les limites fixées par les règles de procédure allemandes, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent,

4° les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ;

5° les conséquences de la nullité du contrat.

2- En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu.

3- La loi régissant le contrat s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve. Les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par les règles de procédure allemandes, soit par l'une des lois visées aux articles 11 et 29 alinéa 3, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant les règles de procédure allemande n'écartent pas ce mode de preuve.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى (لجنة الخبراء) يحمل رقم 69 وقبله الفصل 68 (ألغي من المشروع) وهذا نص كلّ منهما:

الفصل 68: عقود الإستهلاك العادي والمخصص لإستعمال شخصي أو عائلي للمستهلك، والتي لا علاقة لها بنشاطه المهني أو التجاري، ينظمها قانون الدولة التي يوجد فيها المقر المعتاد للمستهلك إلا إذا طلب هذا الأخير تطبيق

قانون مقر إقامة أو نشاط المزود المهني.

الفصل 69 – ينظم القانون المنطبق على العقد خاصة:

أ- وجوده

ب- صحته

ج- تأويله

د- تنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه

هـ- نتائج عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للإلتزامات بما في ذلك تقدير الضرر وطرق التعويض.

و- الأوجه المختلفة لإنقضاء الإلتزامات وسقوطها بمرور الزمن وتقادمها المؤسسة على إنقضاء الآجال.

ز- آثار بطلان العقد

وتخضع طرق التنفيذ والتحقق منها والوسائل التي يتخذها الدائن عند عدم التنفيذ لقانون الدولة التي تم إجراؤها فيها بصفة فعلية.

ولما عرض المشروع على اللجنة الثانية أقرت الفصل 68 دون أي تعديل لكن يبدو أن اللجنة الثالثة هي التي حذفته من المشروع وقد رجعت إلى محاضر جلساتها فلم أجد بها أية إشارة لا لحذفه ولا للأسباب المبررة لذلك، ويبدو أنّه قد حذف بناء على أن عقود الإستهلاك العادي المخصص لإستعمال شخصي أو عائلي لا تعد حسب الفصل 2 من م.ق.د.خ من العقود الدولية وإنما هي عقود داخلية يحكمها القانون الداخلي للبلاد الذي تمت فيه لأن العنصر الأجنبي فيها غير مؤثر (أنظر شرحنا الفصل 2 من هذه المجلّة).

أما الفصل 69 والذي أصبح يحمل رقم 64 فقد أقر من طرف اللجنة الثانية بعد حذف عبارة "والتحقق منها" من الفقرة الأخيرة لأن إخضاع طرق التنفيذ والوسائل التي يتخذها الدائن لحفظ حقوقه لقانون الدولة التي يتم إجراؤها

فيها يقتضي حتما إختصاص ذلك القانون (محاكم ذلك البلد) بالتحقق من صحتها وسلامتها لعدم وجود أي قانون آخر مختص بذلك.

ب – في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل عند عرضه على مجلس النواب سؤالا واحدا طرحتــه لجنــة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تقترح اللجنة ترقيم الفقرات (أ–ب–ج...) بالأعداد (1–2–3...) ملاءمة مع الفصول السابقة (5–6–8).

الجواب: المقترح وجيه ووزارة العدل تقبل هذا المقترح وتصبح صياغة الفصل هكذا:

"ينظم القانون المنطبق على العقد خاصة:

1– وجوده

2– صحته

3– تأويله

4– تنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه

5– نتائج عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للإلتزامات بما في ذلــك تقــدير الضرر وطرق التعويض.

6– الأوجه المختلفة لإنقضاء الإلتزامــات وســقوطها بمــرور الــزمن وتقادمها المؤسسة على إنقضاء الآجال.

7– آثار بطلان العقد

وتخضع طرق التنفيذ والوسائل التي يتخذها الدائن عند عدم التنفيذ لقانون الدولة التي تم إجراؤها فيها بصفة فعلية [1].

---

[1]– مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة يوم 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهوريــة التونســية ص250.

الفصل 65:

يخضع إنتقال الإلتزام التعاقدي للقانون الذي يعينه الأطراف ولا يمكن معارضة الدائن أو المدين الأصليين بهذا الإختيار بدون مصادقته عليه.

وإذا لم يعين الأطراف القانون المنطبق، يخضع إنتقال الإلتزام التعاقدي للقانون المنطبق على الإلتزامات المحالة.

I- الشرح: (القانون المنطبق على إنتقال الإلتزامات التعاقدية)

هذا الفصل يتناول جانبا من نطاق مضمون العقد لم تشمله أحكام الفصل السابق (64) يتمثل في إنتقال الإلتزام التعاقدي.

ونوضح في إيجاز مفهوم إنتقال الإلتزام ونطاق هذه الفكرة (أ) ثم نبين القانون المنطبق عليها (ب).

أ- مفهوم إنتقال الإلتزام ونطاقه:

إنتقال الإلتزام كما يوضحه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري[1] هو تحول الإلتزام ذاته من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين.

ويسمى تحول الإلتزام من دائن إلى دائن آخر بحوالة الحق Cession de créance وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحوالة الدين (Cession de dette).

وسواء أكانت الحوالة حوالة حق (إحالة) أم حوالة دين (حوالة) فإن الذي ينتقل بالحوالة هو الإلتزام ذاته بجميع صفاته وضماناته ودفوعه.

وأسباب إنتقال الإلتزام هي الإرادة (الإحالة والحوالة والحلول الإتفاقي) والقانون (الحلول القانوني).

---

[1]- الوسيط في شرح القانون المدني ج3 ص413.

وتشمل فكرة إنتقال الإلتزام التصرف الناقل للإلتزام في حد ذاتـــه مـــن حيث وجوده وصحته وتأويله وتنفيذه. كما تشمل ما يجوز وما لا يجوز قانونـــا تحويله من الإلتزامات وشروط معارضة الدائن أو المدين بالإحالة أو الحوالـــة وغير ذلك من المسائل المتصلة بالإحالة والحلول (أنظر الفصول من 199 إلى 239 من مجلّة الإلتزامات والعقود).

ب- القانون المنطبق على إنتقال الإلتزام التعاقدي:

يخضع إنتقال الإلتزام التعاقدي للقانون الذي تعينـــه الأطـــراف (قـــانون الإرادة) لكن إختيار المحيل في عقد الإحالة (حوالة الحق) الـــذي هـــو الـــدائن والمحال له (أجنبي عن العقد الأول) للقانون المنطبق علـــى عقـــد الإحالـــة لا يعارض به المدين الأصلي (المحال عليه) إلا إذا صادق عليه صراحة أو ضمنا (كأن يقبل تطبيقه على بعض جوانب الإلتزام مثلا).

كما أن إتفاق المحيل في عقد حوالة الدين الذي هو المدين الأصلي مـــع المحال عليه (أجنبي عن العقد الأصلي) على إختيار القانون المنطبق على عقد حوالة الدين لا يعارض به الدائن الأصلي (المحال cédé) إلا إذا صادق عليـــه صراحة أو ضمنا.

وإذا لم تعين أطراف عقد إنتقال الإلتزام (أطراف حوالة الحق أو حوالـــة الدين) القانون المنطبق على هذا العقد فإن إنتقال الإلتـــزام التعاقـــدي يخضـــع للقانون المنطبق على الإلتزامات المحالة (إلتزامات الدائن في العقد الأصلي أو إلتزامات المدين في العقد الأصلي) وهو في الغالب القانون المنطبق على العقد الأصلي الذي أحيل الحق الناشئ عنه (في صورة حوالـــة الحـــق) أو الإلتـــزام المتولد عنه (في صورة حوالة الدين).

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

- إتفاقية روما المبرم في 1980/06/19 المتعلّقة بالقانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية وخاصة الفصلين 12 و13 الآتي نصهما:

Article 12
Cession de créance

1- Les obligation entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies, par la loi qui en vertu de la présente Convention, s'applique au contrat qui les lie.

2- La loi qui régit la créance détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

Article 13
Subrogation

1- Lorsqu'en vertu d'un contrat, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations.

2- La même règle s'applique Lorsque plusieurs personnes sont tenues à la même obligation contractuelle et que le créancier a été désintéressé par l'une d'elles.

- القانون الألماني: الفصل 33 وفيما يلي نصه:

Article 33
Cession de créance ; Subrogation

1- Dans la cession de créance, les obligations entre le cédant et le cessionnaire sont régies par la loi qui s'applique au contrat qui les lie.

2- La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci lès rapports entre cessionnaire et débiteur, les

conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

3- Lorsqu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations la même règle s'applique lorsque plusieurs personnes sont tenues de la même obligation et que le créancier a été désintéressé par l'une d'elles.

- القانون السويسري وخاصة الفصول 145/146/147:

Art.145

1- La cession contractuelle de créances est régie par le droit choisi par les parties ou, à défaut de choix, par le droit applicable à la créance cédée le choix fait par le cédant et le cessionnaire n'est pas opposable au débiteur sans son approbation.

2- L'élection de droit relative à la cession d'une créance d'un travailleur n'est valable que dans la mesure où l'article 121, 3eme alinéa, relatif au contrat de travail, l'admet

3- La forme de la cession est exclusivement régie par le droit applicable au contrat de cession.

4- Les questions concernant exclusivement les relations entre cédant et cessionnaire sont régies par le droit applicable au rapport juridique à la base de la cession.

Art.146

1- La cession légale de créances est régie par le droit qui règle le rapport originaire entre l'ancien et le nouveau créancier et, en l'absence d'un tel rapport par le droit qui régit la créance.

2- Les dispositions du droit régissant la créance qui sont destinées à protéger le débiteur sont réservées.

Art. 147

1- La monnaie est définie par le droit de l'Etat d'émission.

2- Les effets qu'une monnaie exerce sur l'ampleur d'une dette sont déterminés par le droit applicable à la dette.

3- Le droit de l'Etat dans lequel le paiement doit être effectué détermine dans quelle monnaie ce paiement doit être fait.

- القانون الكندي: الفصل 3120:

§. 6- De la cession de créance

3120. Le caractère cessible de la créance, ainsi que les rapports entre le cessionnaire et le débiteur cédé, sont soumis à la loi qui régit les rapports entre le cédé et le cédant.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 70 ويتضمن ما يلي:

الفصل 70: يخضع إنتقال الإلتزام التعاقدي للقانون الذي تعينه الأطراف ولا يمكن معارضة الدائن أو المدين الأصليين بهذا الإختيار بدون مصادقته عليه.

وإذا لم تعين الأطراف القانون المنطبق، يخضع إنتقال الإلتزام التعاقدي للقانون المنطبق على الإلتزامات المحالة.

ولما عرض على اللجنة الثانية ثم على اللجنة الثالثة أقرتاه دون أي تعديل.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 66:

يخضع إنقضاء الدين بالمقاصة للقانون المنطبق على ذلك الدين.

I- الشرح: (القانون المنطبق على المقاصة)

أ- مفهوم المقاصة ونطاقها:

المقاصة "أداة وفاء وهي في الوقت ذاته أداة ضمان" لأنها تمكن الدائن من إقتضاء دينه عندما يصبح دائنا ومدينا لغيره ومن الإختصاص بالدين الذي في ذمته دون غيره من دائني مدينه[1].

ولا تصح المقاصة إلا إذا توفرت شروطها القانونية وأهمها حسب الفصلين 374/373 من م.إ.ع أن يكون الدينان متفقين جنسا وصفة وحالين ومعلومي المقدار.

وتتم المقاصة (أي ينقضي الدين بالمقاصة) بإستهلاك الدينيين بقدر ما تساويا فيه من وقت وجودهما معا (الفصل 380 من م.إ.ع).

ويندرج تحت فكرة المقاصة: أنواع المقاصة (إتفاقية قضائية قانونية) وشروط صحة المقاصة، وما تحوز فيه المقاصة وما لا تحوز فيه من الديون والحقوق، ومن له حق طلب المقاصة، وتأثير المقاصة على حقوق الغير.

ب- القانون المنطبق على المقاصة:

تنص أحكام الفصل 66 من م.ق.د.خ على أن إنقضاء الدين بالمقاصة يخضع للقانون المنطبق على ذلك الدين. لكن أي دين والمقاصة تفترض وجود دينين حالين قد إنقضيا؟ فهل المقصود بالقانون المنطبق على "ذلك الدين" قانون

---

[1]- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج3 ص874.

الدين الذي وقع الدفع بإنقضائه بالمقاصة بإعتباره هو الدين موضوع المطالبة[1]؟ أم قانون الدين الذي نشأ أخيرا بإعتبار نشأته هي التي كانت سببا في وقوع المقاصة[2]؟.

يبدو أن المعنى الأوّل هو الذي قصده المشرّع. لكنه حل جزئي ويخص المقاصة القانونية[3] فحسب.

وهو حل مخالف لما هو سائد في فقه القانون الدولي الخاص[4] حيث يحدّد القانون المنطبق على المقاصة تبعا لمصدرها فإن كانت إتفاقية فقانون الإرادة، وإن كانت قضائية فقانون القاضي، وإن كانت قانونية فيجب أن تكون ممكنة حسب القانونين اللذين يحكمان الديون المعنية بالمقاصة.

وبما أن الحل الوارد بالفصل 66 لا يخص إلا المقاصة القانونية فلا مانع من تبني الحلول السائدة بالنسبة للمقاصة القضائية والإتفاقية لا سيما والمشرع التونسي قد تبنى قانون الإرادة كقاعدة عامة في تحديد القانون المنطبق على الإلتزامات الإرادية.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من بعض المبادئ العامة السائدة في القانون الدولي

---

[1]- وهذا المعنى هو الذي كانت صياغة الفصل 66 تعبر عنه بوضوح أنظر نصه الحرفي بالأعمال التحضيرية المتعلّقة بهذا الفصل.

[2]- وكلاهما رأي فقهي يقول به بعض الفقهاء وقد أشار إليه الأستاذ محمد كمال فهمي في كتابة أصول القانون الدولي الخاص ص592.

[3]- الأستاذ علي المزغني تعاليق على مجلّة القانون الخاص ص149.

[4]- أنظر دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم ص249 وكذلك تعاليق علي مجلّة القانون الدولي الخاص للأستاذ علي المزغني ص149 وأصول القانون الدولي

الخاص ومن القانون السويسري والفصل 148 منه خاصة.

Art. 148

1- Le droit applicable à la créance en régit la prescription et l'extinction

2- En cas d'extinction par compensation le droit applicable est celui qui régit la créance à laquelle la compensation est opposée.

La novation la remise de dette et le contrat de compensation sont régis par les dispositions de la présente loi relatives au droit applicable en matière de contrats (art 116 ss).

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 71 ويتضمن ما يلي:

الفصل 71: تخضع المقاصة للقانون المنظم للدين الذي وقعت معارضته بها.

لكن اللجنة الثانية أعادت صياغته تحت رقم 69 فأصبح نصه كما يلي: "يخضع إنقضاء الدين بالمقاصة للقانون المنطبق عليه " وقد جاء بمحاضر جلسات تلك اللجنة في باب الملاحظات "إعادة صياغة مع المحافظة على المضمون".

ولما عرض على اللجنة الثالثة إستبدلت عبارة "عليه" بآخر الفصل بعبارة "على ذلك القانون".

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 67:

يخضع عقد الشغل لقانون الدولة التي يؤدي العامل عادة عمله فيها.

وإذا تعود العامل على أداء عمله في عدة دول فإن عقد الشغل يخضع لقانون الدولة التي بها مؤسسة المؤجر إلا إذا تبين من جملة الظروف أن للعقد روابط أوثق بدولة أخرى وفي هذه الحالة يطبق قانون هذه الدولة.

I- الشرح: (القانون المنطبق على عقد الشغل)

أ- مفهوم عقد الشغل ونطاقه:

هو نفس المفهوم ونطاق أي عقد مع مراعاة خاصيات هذا العقد المعروفة و لا سيما خاصيتي الإدارة والمراقبة التي للمؤجر على الأجير (أنظر الفصل 6 من مجلّة الشغل) ولذلك فإن ما قيل بشأن نطاق العقد من الناحيتين الأصلية والشكلية يمكن أن يقال بشأن عقد الشغل إذ لا فرق مبدئيا بينه وبين غيره من هذه النواحي وإنما الفرق الجوهري بينهما يكمن في القانون المنطبق.

ب- القانون المنطبق على عقد الشغل:

إن علاقة الأجير بالمؤجر وإن كانت ذات صبغة تعاقدية فإن عدم التكافؤ بين إرادتي طرفيها، وإرتباط علاقات الشغل في سائر دول العالم بالسياسات الإجتماعية والإقتصادية التي تهدف إلى تحقيقها كلّ دولة، دفع المشرعين حتى في البلدان ذات الإقتصاد الحر منذ أوائل القرن الماضي (القرن 20) إلى التدخل لتنظيم علاقات الشغل بقواعد آمرة قلصت إلى حد كبير مجال تدخل إرادة

الأطراف في تنظيم عقد الشغل[1]، وجعلت قاعدة الإسناد العامة التي تخضع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة (الفصل 62 من م.ق.د.خ) تتجافى وطبيعة هذا النوع من العقود.

وقد دفعت هذه الطبيعة الخاصة لعقد الشغل المشرعين مثلما دفعت الفقهاء والقضاة إلى البحث عن قاعدة إسناد ملائمة لحل ما قد ينشأ عن هذا النوع من العلاقات من تنازع. فذهبت بعض التشاريع إلى إعتماد قانون الإرادة مع التأكيد على أن القانون الذي يختاره الطرفان لحكم عقد الشغل لا يمكن أن يؤدي في أي حال إلى حرمان العامل من الحماية التي تضمنها له الأحكام الآمرة في قانون الدولة التي يؤدي فيها عادة عمله[2] وذهب البعض الآخر إلى إعتماد قانون دولة مكان تنفيذ العقد مع فتح المجال أمام القاضي للإجتهاد في البحث عن القانون الذي له روابط أوثق بعقد الشغل وذلك من خلال تبني المبدأ المعروف بشرط الإستثناء[3] Le principe de la clause d'exception مثل المشرّع السويسري (الفصل 121) [4] والمشرع التونسي إذ تم إقصاء قانون الإرادة من مجال عقود الشغل حتى لا يقع النيل من الحماية القانونية الخاصة التي يتمتع بها العامل من خلال هيمنة الصبغة الآمرة على الأحكام المنظمة لعقد الشغل.

فعقد الشغل حسب مجلتنا يخضع لقانون مكان تنفيذه وهو على وجه

1- دروس في القانون الدولي الخاص للأستاذين هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد – دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية جمهورية مصر العربية 2000 – الكتاب الثاني ص387.

2- القانون الكندي (إقليم كبياك) الفصل 3118.

3- ومؤدى هذا الشرط أنّه إذا تبين من جملة الظروف المحيطة بالعقد (إبرامه وتنفيذه) أن له روابط أوثق بدولة أخرى غير التي تم أو يتم تنفيذه فيها يقع إقصاء قاعدة الإسناد ويطبق قانون الدولة التي للعقد بها روابط أوثق إلا إذا كان القانون المنطبق قد تم إختياره من قبل طرفي العقد.

4- أنظر مصادر هذا الفصل (الفصل 121 سويسري).

التحديد قانون الدولة التي يؤدي العامل فيها عادة عمله لأنّه القانون الأكثر إرتباطا بعلاقة الشغل بإعتباره هو القانون الذي يجب أن يؤدى العمل وفق أحكامه ولا سيما الآمرة فيه مثل أوقات العمل وسن العمل وساعات العمل القصوى والأجر الأدنى المضمون قانونا ووجوب سبق الإنذار عند الطرد ووسائل الحماية والوقاية والسلامة المهنية بصورة عامة. وهذا النوع من القواعد يطبق في الواقع بصورة مباشرة بإعتباره من قواعد الأمن والبوليس التي تطبق ولو كانت أجنبية دون اللجوء إلى قواعد الإسناد (أنظر الفصل 38 من هذه المجلّة).

لكن هل أن قاعدة الإسناد التي تخضع عقد الشغل لقانون مكان تنفيذه قاعدة آمرة تهم النظام العام وبالتالي لا يجوز إستبدالها بقانون الإرادة ولو كان أصلح بالأجير؟[1].

تعتبر قاعدة التنازع حسب الفصل 28 من هذه المجلّة من النظام العام إذا كان موضوعها صنفا يتضمن حقوقا ليست فيها للأطراف حرية التصرف" وموضوع قاعدة التنازع التي تحكم عقد الشغل هو حقوق العامل وواجباته وهذه الحقوق منها ما يتعلّق بالجانب التنظيمي ومنها ما يتعلّق بالجانب الموضوعي لعقد الشغل وإذا كانت القواعد المتعلّقة بالجانب التنظيمي تهم النظام العام فإن القواعد التي تتعلّق بالجانب الموضوعي للعقد يصعب وصفها من هذه الناحية ولذلك فإن القانون الذي يختاره الطرفان لحكم عقد الشغل ينبغي أن لا يؤدي في كلّ الحالات إلى حرمان العامل من الحماية التي تضمنها له الأحكام الآمرة في قانون الدولة التي يؤدي فيها عادة عمله لكن هذا لا يحول دون تطبيق قانون

---

[1] – فقه القضاء الفرنسي الحديث قبل إخضاع عقود الشغل لقانون الإرادة إذا كان أصلح بالأجير بإعتباره لا يتعارض مع القواعد الآمرة في قانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ العقد – أشار إلى ذلك الأستاذان هشام صادق وحفيظة السيد الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص – الكتاب الثاني ص394.

الإرادة إذا أكثر نفعا للأجير[1].

لكن إذا تعددت أماكن تنفيذ عقد الشغل فأي قانون يجب تطبيقه عليه؟.

إن القانون المنطبق على عقد الشغل في هذه الحالة يختلف بحسب فرضيات ثلاث.

الفرضية الأولى: ينفذ العقد أو يجرى تنفيذه بصورة أساسية فوق إقليم دولة معينة لكن يقع تنفيذه بصورة فرعية أو مؤقتة في دولة أو عدة دول أخرى في هذه الحالة يطبق قانون الدولة التي تم أو يجرى فيها التنفيذ بصورة أساسية بإعتباره قانون مكان تنفيذ مجمل العقد[2].

الفرضية الثانية: ينفذ العقد في أكثر من دولة لكن يصعب إعتبار تنفيذه في هذه الدولة أساسيا، وفي الأخرى فرعيا أو وقتيا مثل عقود الوكلاء التجاريين الذين يمثلون المؤسّسات التجارية ويمارسون أعمالهم في أكثر من دولة وعقود عملة النقل الدولي[3]. في هذه الحالة يطبق مبدئيا قانون الدولة التي بها مقر مؤسسة المؤجر بإعتباره المكان الذي يفترض أن ينفذ فيه عقد الشغل، وبإعتبار أن القيام بالعمل المؤقت في أكثر من مكان خارج إقليم الدولة التي توجد بها مؤسسة المؤجر يعد إمتدادا لنشاط هذا الأخير حسبما يراه الفقه وفقه القضاء الفرنسي الراجح لكن بشرط أن تقوم رابطة وثيقة بين العمل الذي يؤديه

---

[1]- إن أحكام القانون الداخلي حتى المتعلّقة بالجانب التنظيمي لعلاقات الشغل – مثل القواعد الخاصة بالأجور وساعات العمل – تقر تطبيق الشروط الأكثر نفعا للعامل ولو كانت مخالفة لقواعد آمرة (أنظر الفصلين 134/31 من مجلّة الشغل).

[2]- الأستاذان هشام صادق وحفيظة الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص- الكتاب الثاني، ص 395.

[3]- الأستاذان هشام صادق وحفيظة الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص- الكتاب الثاني، ص 396.

الأجير والمؤسسة التي يتبعها كأن يكون يتلقى توجيهاته منها[1].

الفرضية الثالثة: ينفذ العقد فوق إقليم عدة دول لكن يتضح من الظروف المحيطة بإبرامه وبتنفيذه أن له روابط أوثق بدولة أخرى. في هذه الفرضية يطبق قانون الدولة التي للعقد بها رابطة أوثق.

وهذه الفرضية التي كانت موضوع الجزء الثاني من الفقرة الأخيرة (وهي إستثناء من قاعدة الإسناد الواردة بهذه الفقرة – قانون الدولة التي بها مؤسسة المؤجر–) تمنح القاضي سلطة واسعة لتحديد القانون المنطبق على عقد الشغل.

وهي قاعدة حديثة تعرف في القانون الدولي الخاص بشرط الإستثناء[2] Clause d'exception وقد إستروحها واضعو المجلّة من القانون الدولي الخاص السويسري الفدرالي (الفصل 15 منه) [3].

وأحكام الفصل 26 من هذه المجلّة –التي تنص على أنّه إذا تعذر على القاضي إخضاع العلاقة القانونية الدولية الخاصة لإحدى قواعد الإسناد الواردة

---

[1]– الأستاذان هشام صادق وحفيظة الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص– الكتاب الثاني ص396.

[2]– أنظر الأستاذ محمد العربي هاشم دروس في القانون الدولي الخاص–الكتاب الثاني ص 176 وما بعد.

[3]– وهذا نصه:

Art 15:

1- Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.

2- Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit.

وأنظر كامل نصوص هذا القانون الصادر في 1987/12/18 منشورة بالمجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص: RCDIP 77 (2) Avr – Juin 1988 P409 et s

بالمجلة جاز له أن يستخلص القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني- من شأنها أن تساعد على تحديد القانون المنطبق على عقد الشغل في مثل هذه الحالة.

لكن هل ينسحب القانون المنطبق على عقد الشغل حتى على المسؤولية عن حوادث الشغل والأمراض المهنية؟ أم أنها تخضع للقانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية بصورة عامة؟.

يبدو أنها تخضع لنفس القانون الذي يحكم عقد الشغل وذلك للأسباب التالية:

1- إن المسؤولية التقصرية تقوم على أساس الخطأ الثابت أو المفترض[1] بينما المسؤولية عن حوادث الشغل والأمراض المهنية مسؤولية موضوعية[2] تقوم على أساس تحمل التبعة[3] فيتحملها المؤجر ولو لم يرتكب أي خطأ بل ولو كان الخطأ الذي أدى إلى حصول الحادث أو المرض قد إرتكبه الأجير المتضرر[4]-ما لم يكن الخطأ عمديا (أنظر الفصل 21 من القانون عدد28 لسنة 1994 المؤرّخ في 1994/2/21 المتعلّق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية).

2- إن التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل أو الأمراض

---

[1]- الأستاذان هشام صادق وحفيظة الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص-الكتاب الثاني ص397.

[2]- الأستاذ محمد حسن منصور – التأمينات الإجتماعية – منشأة المعارف بالإسكندرية جمهورية مصر العربية (دون تاريخ) ص207.

[3]- الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج1 دار أحياء التراث العربي بيروت لبنان (دون تاريخ) ص774 هامش 1.

[4]- الأستاذان هشام صادق وحفيظة الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص-الكتاب الثاني ص397.

المهنية لا يخضع للمبادئ العامة في المسؤولية التقصيرية إذ هو تعويض جزافي ولا يساوي الضرر الذي يصيب العامل[1] وإنما هو أقل منه[2].

3- إن توحيد حلول التنازع الناشئة عن علاقات الشغل يقتضي إخضاع كافة هذه العلاقات لقانون دولة مكان تنفيذ عقد الشغل خاصة إذا كانت هذه القوانين آمرة ولدولة مكان التنفيذ مصلحة جدية ومشروعة في أن يطبق قانونها على سائر علاقات الشغل التي تنفذ فوق إقليمها[3].

لكن هل يطبق قانون دولة مكان تنفيذ عقد الشغل ولو كانت تأخذ **بنظام التأمين الإجباري على حوادث الشغل والأمراض المهنية؟**.

إن إعتبار التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية من التأمينات الإجتماعية (كما هو الشأن في تونس) يتطلب تدخل السلطة العامة من خلال مرفق عام يتولى إدارة التعويض وتنظيمه[4] وتدخل المرفق العام من شأنه أن يضفي على القواعد الخاصة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية طابع القانون العام[5] ومبدأ إقليمية القانون العام لا تسمح للمحاكم الوطنية بتطبيق القانون العام الأجنبي.

1- الأستاذان هشام صادق وحفيظة الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص-الكتاب الثاني ص397.

2- فالتعويض عن العجز الوقتي – حسب القانون التونسي – يساوي ثلثي الأجر عند وقوع الحادث والتعويض عن العجز الدائم لا يستحق إلا إذا تجاوزت نسبته 5% ويخفض إلى النصف إذا تجاوز تلك النسبة مع تنقيل من تجاوز عجزه نسبة 50% (أنظر الفصلين 35 و42 من قانون حوادث الشغل والأمراض المهنية المتقدمة الإشارة إليه).

3- الأستاذان هشام صادق وحفيظة الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص-الكتاب الثاني ص398.

4- هو الصندوق القومي للضمان الإجتماعي بالنسبة للقطاع الخاص في تونس.

5- الأستاذان هشام صادق وحفيظة الحداد – دروس في القانون الدولي الخاص-الكتاب الثاني ص399.

لكن المشرّع التونسي قد تجاوز هذه النظرية التقليديـــة وأجـــاز تطبيـــق قواعد الأمن المدني (Loi de police) الأجنبية ولو كانت تكتسي صبغة القانون العام إذا كان تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود منها (الفصـــل 38 من م.ق.د.خ). وأعتقد أن هذا هو شـــأن القواعـــد المنظمـــة للتعـــويض عـــن المسؤولية الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية سواء أكانت مســـؤولية فردية أو جماعية[1].

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

- القانون السويسري: الفصل 121 وهذا نصه:

Art. 121

1- Le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

2- Si le Travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement ou à défaut d'établissement du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur.

3- Les parties peuvent soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle.

- إتفاقية روما (سبقت الإشارة إليها): الفصل 6 وفيما يلي نصه:

---

[1]- تكون المسؤولية جماعية في أنظمة التأمين الإجباري على حوادث الشغل والأمراض المهنيـــة- كما هو الحال في تونس- عندما تحل المسؤولية الجماعية محل المسؤولية الفرديـــة للمـــؤجرين الذين ينحصر دورهم في دفع أقساط التأمين للهيئة العامة (الصندوق القومي للضمان الإجتماعي) المكلفة بإدارة التأمين الإجتماعي وهذه هي التي تكون مسؤولة إزاء الإجراء عن دفع التعـــويض وعليها هي وحدها مطالبة المؤجر بدفع أقساط التأمين فالأجير يكفيه لإستحقاق التعـــويض عـــن الحادث أو المرض المهني أن يثبت علاقة الشغل التي تربطه بالمؤجر وحصـــول الحـــادث أثنـــاء الشغل أو بمناسبته، ولا تأثير لعدم دفع أقساط التأمين على إستحقاق التعويض أو على إقتضـــائه من الصندوق.

Article 6

Contrat individuel de travail

1- Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.

2- Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régit:

a) Par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou

b) Si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

- القانون الألماني: الفصل 30 وفيما يلي نصه:

Article 30

Contrat individuel de travail

1- Dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent Les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu de l'alinéa 2 du présent article.

2- A défaut de choix, le contrat de travail est régi par la loi pays:

1° dans lequel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou

2° dans lequel se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

- القانون الكندي: الفصل 3118 وفيما يلي نصه:

§. 4- Du contrat de travail

3118. Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'Etat où il accomplit habituellement son travail, même s'il est affecté à titre temporaire dans un autre Etat ou, s'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même Etat, de la loi de l'Etat où son employeur a son domicile ou son établissement.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de l'Etat où le travailleur accomplit habituellement son travail ou la loi de l'Etat où son employeur a son domicile ou son établissement sont, dans les mêmes circonstances, applicables au contrat de travail.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 72 ويتضمن ما يلي:

الفصل 72: يخضع عقد الشغل لقانون الدولة التي يؤدي العامل عادة عمله فيها.

وإذا تعود العامل على أداء عمله في عدة دول فإن عقد الشغل يخضع لقانون الدولة التي بها مؤسسة المؤجر إلا إذا تبين من جملة الظروف أن للعقد روابط أوثق بدولة أخرى وفي هذه الحالة يطبق قانون هذه الدولة.

ولما عرض على اللجنة الثانية ثم الثالثة وقع إقراره دون أي تعديل.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تغيير.

الفصل 68:

يكون العقد صحيحا شكلا إذا توفرت فيه الشروط التي عينها القانون المنطبق على العقد أو قانون مكان إبرامه.

ويكون شكل العقد المبرم بين أشخاص موجودين بدول مختلفة صحيحا إذا توفرت فيه الشروط المعينة بقانون إحدى هذه الدول.

I- الشرح: (القانون المنطبق على شكل العقد)

أ- مفهوم شكل العقد ونطاقه:

شكل العقد هو "مجمل الأعمال المادية التي يقترن بها إنعقاده، والتي تكوّن المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة[1].

ويندرج ضمن نطاق فكرة شكل العقد: البيانات الجوهرية التي يجب أن يتضمنها العقد (هوية الأطراف، ووصف الشيء محل العقد، تاريخ العقد مكان إبرامه، إمضاء الطرفين أو ختمهما ومكان ذلك من العقد بآخره أم بأسفل كلّ صفحة منه ...) ونوع العقد رضائي أو شكلي (مكتوب، رسمي، عرفي).

كما يشمل شكل العقد لزوم حضور الشهود أو عدم لزوم ذلك وحضور أو عدم حضور شخص ثالث (مساعد أو مترجم) أمام الموثق لمساعدة أصحاب العاهات أو من يجهل لغة العقد على التصريح برضاهم[2] والجهة التي تحرر

---

[1]- الأستاذ محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص ص596.

[2]- أنظر الفصل 23 من القانون عدد60 لسنة 1994 المؤرّخ في 1994/05/23 المتعلّق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد الذي ينص على أن تحرير عقود التفويت في المكاسب المبرمة من طرف الأشخاص المصابين بالعاهات الكبيرة يتم بمحضر شخص يعينه رئيس المحكمة الإبتدائية (بمكان إبرام العقد).

العقد (جهة رسمية: مأمور عمومي، عدلا إشهاد أم جهة غير رسمية: (محام أحد الأطراف أو الغير).

وغير ذلك مما ينص القانون على أنّه من المسائل الشكلية للعقد مثل الرخص الإدارية عندما لا تكون ركنا لازما لصحة العقد.

ب- القانون المنطبق على شكل العقد:

يعتبر العقد صحيحا شكلا إذا كان مطابقا لأي واحد من القوانين التالية:

1- قانون العقد أي القانون الذي إختاره الطرفان أو قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري.

2- قانون مكان إبرام العقد

3- قانون إحدى الدول التي يوجد بها أحد المتعاقدين زمن إبرام العقد إذا كان التعاقد قد تم بين أشخاص موجودين بدول مختلفة.

مع مراعات الإستثناءات الواردة بالفصلين 63 (قانون مكان العقار بالنسبة لعقود إستغلال العقارات) و67 (قانون الدولة التي يؤدي فيها العامل عمله عادة بالنسبة لعقود الشغل).

لكن يستثنى من هذه القاعدة (القاعدة العامة) المسائل التالية:

1- الإشكال المكملة للأهلية: Les formalités habilitantes

كالإذن للقاصر بإجراء تصرف معين أو المصادقة على تصرف كان قد سبق أن أجراه فتخضع للقانون الذي يحكم الأهلية (القانون الشخصي للقاصر).

2- إشتراط الكتابة أو الرسمية، أو الحصول على بعض الرخص الإدارية كركن قائم بذاته لصحة العقد:

هذه الشكليات ليست مجرد مظهر خارجي للتعبير عن الإرادة بل هي شروط موضوعية يقصد من ورائها التنبيه إلى خطورة العقد من جهة والتحقق – من جهة أخرى – من أن الرضا بالعقد قد أصبح نهائيا[1]. ولهذا لا ينطبق عليها القانون الذي يحكم الشكل وإنما القانون الذي يحكم الأصل.

3- الإثبات:

يطرح تصنيف الإثبات إشكالا جديا فهل هو من مسائل الأصل أم من مسائل الشكل أم من مسائل الإجراءات وبالتالي لا علاقة له بالعقد؟

الأنظمة الإنقلو ساكسونية تعتبر الإثبات من مسائل الإجراءات وتخضعه لقانون القاضي[2].

أما الأنظمة اللاتنية والأستاذ باتيفول "Batiffol" على وجه الخصوص فيعتبر الإثبات من مسائل الشكل[3].

وأما في القانون التونسي (متأثر بالقانون الفرنسي المنتمي إلى النظام اللاتيني) فيبدو أن أنواع وسائل الإثبات المقبولة قانونا (كالإعتراف والقرائن واليمين ...إلخ) تعد من مسائل الأصل ومما يدعم هذا التوجه ورودها ضمن مجلّة الإلتزامات والعقود (الفصول من 420 إلى 512) وهي مدونة لقانون الموضوع وقيام صلة وثيقة بين الحق المدعى به ووسيلة إثباته[4]. وبالتالي فهي

---

[1]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ص596/595.

[2]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ص597.

[3]- الأستاذ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص، ص 597.

[4]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص، ج1، ص385.

تخضع للقانون المنظم لمضمون العقد.

أما إجراءات الإثبات أمام القضاء مثل كيفية أداء اليمين ومكـــان أدائهـــا والتحقيق في الأدلة فتندرج ضمن مسائل الإجراءات وتخضع لقانون القاضي.

4- إشهار العقد:

أما إشهار العقد فيخضع للقانون المحلي (قانون مكان إبرام العقـــد) لأن الغاية منه حماية الغير والمصلحة العامة[1]. وهذه الحماية لا تتحقق إلا إذا وقع الإشهار بمكان إبرام العقد.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من القوانين التالية:

- إتفاقية روما المتعلّقة بالقانون المنطبق علـــى الإلتزامـــات التعاقديـــة (1980/06/19) وخاصة الفصل 9 وفيما يلي نصه:

Article 9

Forme

1- Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente Convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.

2- Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente Convention ou de la loi de l'un de ces pays.

3- Lorsque le contrat est conclu par un représentant, le pays où le représentant se trouve au moment où il agit est celui qui doit

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1 ص385.

être pris en considération pour l'application des paragraphes 1 et 2.

4- Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu de la présente Convention ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu.

5- Les dispositions des paragraphes précédents ne s'appliquent pas aux contrats qui entrent dans le champs d'application de l'article 5, conclus dans les circonstances qui y sont décrites au paragraphe 2, la forme de ces contrats est régie par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

6- Nonobstant les dispositions des quatre premiers paragraphes du présent article, tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble est soumis aux règles de forme impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que selon cette loi elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond.

- القانون السويسري: الفصل 124 وفيما يلي نصه:

Art. 124

1- Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions fixées par le droit applicable au contrat ou par le droit du lieu de conclusion.

2- La forme d'un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans des Etats différents est valable si elle satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un de ces Etats.

3- La forme du contrat est exclusivement régie par le droit applicable au contrat lui-même lorsque pour protéger une partie ce droit prescrit le respect d'une forme déterminée à moins que ce droit n'admette l'application d'un autre droit.

- القانون الألماني: الفصل 11 الآتي نصه:

Article 11
Forme des actes juridiques

1- Un acte juridique est valable, quant à la forme, s'il satisfait aux conditions de forme, soit de la loi qui régit le rapport de droit dont il est l'objet, soit de la loi du lieu où il est passé.

2- Un contrat conclu entre des personnes se trouvant dans des Etats différents est valable quant à la forme, s'il satisfait aux conditions de forme, soit de la loi qui régit le rapport de droit dont il est l'objet, soit de la loi de l'un de ces Etats.

3- Lorsque le contrat est conclu par un représentant, l'Etat où se trouve ce représentant est déterminant pour l'application des alinéas 1 et 2.

4- Les contrats qui ont pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, sont soumis aux règles de forme impératives de l'Etat où l'immeuble est situé, pour autant que selon le droit de cet Etat elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond.

5- Un acte juridique relatif à la constitution ou à la disposition d'un droit réel sur une chose n'est valable quant à la forme que s'il satisfait aux conditions de forme de la loi à laquelle obéit le rapport de droit dont il est l'objet.

- القانون الكندي: الفصل 3109 وفيما يلي نصه:

§. 1- De la forme des actes juridiques

3109. La forme d'un acte juridique est régie par la loi du lieu où il est passé.

Est néanmoins valable l'acte qui est fait dans la forme prescrite par la loi applicable au fond de cet acte ou par celle du lieu où, lors de sa conclusion, sont situés les biens qui en font l'objet ou, encore, par celle du domicile de l'une des parties lors de la conclusion de l'acte.

Une disposition testamentaire peut, en outre, être faite dans la forme prescrite par la loi du domicile ou de la nationalité du

testateur soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès.

- مشروع قانون إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي: الفصل 2315:

Article 2315

La forme du contrat est régie soit par la loi du lieu où il a été passé, soit par la loi du contrat, soit par la loi nationale commune des parties.

- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المادة 105 التي تنص على ما يلي:

المادة 105:

يسرى على الإلتزامات التعاقدية شكلا وموضوعا القانون الذي يتفق المتعاقدان على تطبيقه عليها صراحة أو ضمنا.

فإن سكت العقد يطبق قانون الدولة التي تم فيها التعاقد.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 73 ويتضمن ما يلي:

الفصل 73: يكون العقد صحيحا شكلا إذا توفرت فيه الشروط التي عينها القانون المنطبق على العقد أو قانون مكان إبرامه.

ويكون شكل العقد المبرم بين أشخاص متواجدين بدول مختلفة صحيحا إذا توفرت فيه الشروط المعينة بقانون إحدى هذه الدول.

ولما عرض على اللجنة الثانية ثم اللجنة الثالثة أقرتاه دون أي تعديل ما عدا رقمه فقد أصبح 68.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحدا طرحته لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل عليه:

السؤال: تعويض عبارة "متواجدين" الواردة بالسطر الأول بعبارة "موجودين".

الجواب: المقترح وجيه ووزارة العدل تقبله وتصبح الفقرة الثانية من الفصل هكذا: "ويكون شكل العقد المبرم بين أشخاص موجودين بدول مختلفة صحيحا إذا توفرت فيه الشروط المعينة بقانون إحدى هذه الدول[1].

---

[1]- مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص250.

الفصل (69):

تخضع العقود المتعلّقة بالملكية الفكرية لقانون الدولة التي بها مكان الإقامة المعتاد لمن نقل حق الملكية الفكرية أو لمن تنازل عنه وذلك ما لم تعين الأطراف قانونا غيره.

والعقود المبرمة بين المؤجر والأجير والمتعلقة بحقوق الملكية الفكرية التي أنجزها العامل في إطار أدائه لعمله ينظمها القانون المنطبق على عقد الشغل.

I- الشرح: (القانون المنطبق على عقود الملكية الفكرية)

أ- مفهوم الملكية الفكرية:

الملكية الفكرية أو حق الملكية الأدبية والفنية كما يسميها المشرّع التونسي في القانون عدد36 لسنة 1994 المؤرّخ في 1994 المتعلّق بالملكية الأدبية والفنية. هو كلّ مصنف[1] مبتكر أدبيا كان أو علميا أو فنيا مهما كانت قيمته والوجهة التي هو معد لها والطريقة أو الصيغة المستعملة في التعبير عنه (الفصل الأوّل من القانون المشار إليه) الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو النحت أوالحركة.

ب- القانون المنطبق على العقود المتعلّقة بحق الملكية الفكرية:

ينبغي لفت الإنتباه إلى أن هذا الفصل يتحدث عن القانون المنطبق على عقود التصرف في الملكية الفكرية فحسب ولا يتحدث عن القانون المنطبق عليه كمال (يخضع لقانون موقعه ...)[2] وإلى أن النقل أو التنازل يخص الحقوق

---

[1]-أنظر الفصل 2 من إتفاقية بارن (Berne) لحماية المصنفات الأدبية والفنية المبرمة في 1888/09/09 المعدلة بيروكسال في 1948/06/26 وبباريس في 1971/7/24.

[2]- قانون موقع حق المؤلف هو قانون المكان الذي نشر فيه المصنف لأول مرة ... أنظر تنا ع

المالية فحسب[1].

والقانون المنطبق على عقود نقل حق الملكية الفكرية حسب الفصل 69 هو القانون الذي تعينه الأطراف (قانون الإرادة) وإن لم يعين الأطراف صراحة أي قانون فإن القانون المنطبق هو قانون الدولة التي بها مكان الإقامة المعتاد لمن نقل هذا الحق أو تنازل عنه سواء أكان هو المؤلف للمصنف أو غيره كالناشر والوارث وكل من له الحق في نقل هذا الحق أو التنازل عنه بشرط أن لا يكون النقل أو التنازل قد إتخذ شكل الهبة لأن الهبة مهما كان موضوعها تخضع للقانون الشخصي للواهب مثلما ينص على ذلك الفصل 56 من هذه المجلّة.

لكن إذا كان عقد نقل الملكية الفكرية أو التنازل عنها كليا أو جزئيا قد أبرم بين أجير ومؤجر في إطار إنجاز العامل لعمله فإن القانون المنطبق هو نفس القانون المنطبق على عقد الشغل أي قانون الدولة التي يؤدي فيها العامل عادة عمله أو قانون الدولة التي بها مؤسسة المؤجر إذا تعود العامل على أداء عمله في عدة دول إلا إذا تبين من الظروف المحيطة بالعلاقة أن للعقد روابط أوثق بدولة أخرى فإنه ينطبق عليه قانون هذه الدولة (أنظر الفصل 67 من هذه المجلّة).

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من القانون المقارن ومن القانون السويسري على وجه الخصوص ولا سيما الفصل 122 منه وفيما يلي نصه:

القوانين – للأستاذ هشام صادق منشأة المعارف بالإسكندرية مصر ط2 ص750 والقانون الدولي الخاص ج1 للأستاذ موحند إسعاد ص340 وما بعد.

[1]- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ج8 ص382 وما بعد.

Art. 122

1- Les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat dans lequel celui qui transfert ou concède le droit de propriété intellectuelle a sa résidence habituelle.

2- L'élection de droit est admise.

3- Les contrats passés entre un employeur et un travailleur, qui concernent des droits de propriété intellectuelle sur des inventions que le travailleur a réalisées dans le cadre de l'accomplissement de son travail sont régis par le droit applicable au contrat de travail.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 74 ويتضمن ما يلي:

الفصل 74: تخضع العقود المتعلّقة بالملكية الفكرية، ما لم تعين الأطراف القانون المنطبق لقانون الدولة التي بها المقر المعتاد لمن نقل أو تنازل عز حق الملكية الفكرية.

والعقود المبرمة بين المؤجر والأجير والمتعلقة بحقوق الملكية الفكرية التي أنجزها العامل في إطار أدائه لعمله ينظمها القانون المنطبق على عقد الشغل.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته بعد إجراء تعديل طفيف على صياغته دون مضمونه مثلما هو واضح من مقارنة نص الفصل 74 المثبت أعلاه بالفصل الجاري به العمل في الوقت الحالي (الفصل 69) أما اللجنة الثالثة فقد أقرته دون أي تعديل.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل سؤالين طرحتهما لجنة الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية وفيما يلي نصهما ونص ما أجابت به وزارة العدل على كلّ منهما:

السؤال الأوّل: ترى اللجنة أن ناقل حق الملكية الفكرية يختلف عن المتنازل عنها وتسأل عن القانون المنطبق في صورة إنتمائهما إلى دول مختلفة.

الجواب: تلاحظ الوزارة أن الإختلاف بين نقل الملكية والتنازل عنها لا يطرح بالضرورة صعوبات في تحديد القانون المنطبق إذ هو في كلّ الحالات قانون البلد الذي نشأ فيه الحق وتبعا لذلك يتم تطبيق قانون المتنازل وقانون ناقل الحق وذلك كلّ حسب المكان الذي نشأ فيه الحق.

السؤال الثاني: تقترح اللجنة إضافة كلمة "لمن" مباشرة بعد كلمة "أو" الواردة بالفقرة الأولى.

الجواب: توافق الوزارة على مقترح اللجنة وتضيف كلمة "لمن" مباشرة بعد كلمة "أو" الواردة بالفقرة الأولى فتصبح على النحو التالي: "لمن نقل حق الملكية الفكرية أو لمن تنازل عنه وذلك ما لم تعين الأطراف قانونا غيره...".

القسم الثاني
الإلتزامات القانونية

الفصل 70:

تخضع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار.

إلا أنّه إذا نتج الضرر بدولة أخرى فإن قانون هذه الدولة ينطبق إذا طلب المتضرر ذلك.

وإذا كان للمتسبب وللمتضرر مقر إقامة معتاد بنفس الدولة، ينطبق قانون هذه الدولة.

I- الشرح: (القانون المنطبق على المسؤولية التقصيرية)

يتناول هذا القسم تحديد القانون المنطبق على الإلتزامات غير التعاقدية. والمقصود بالإلتزامات غير التعاقدية هو الإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) أو عن الفعل النافع كالإثراء بلا سبب، ودفع ما لا يلزم وتصرف الفضولي.

أما الإلتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة فلا تندرج في فكرة الإلتزام غير التعاقدي. لأن القانون نفسه هو الذي يتكفل بتقريرها ويعين من يلزم بها دون أن يضع لذلك ضابطا معينا أو قاعدة عامة[1].

هذا من جهة ومن أخرى فإن كلّ واقعة قانونية تنتمي إلى فئة قانونية مستقلة بذاتها تخضع للقانون المنطبق على تلك الفئة. فواقعة الولادة أو الوفاة

[1]-الأستاذ هشام صادق – تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية ص363.

تنتمي إلى فئة الحالة الشخصية وتخضع للقانون المنطبق على هذه الفئة والإستيلاء على الحقوق العينية والحيازة تنتمي إلى الحالة العينية وتخضع لقانون موقع المال. وحوادث الشغل والأمراض المهنية مرتبطة بعقد الشغل وتخضع للقانون الذي ينظمه[1]، والنفقة بالرغم من كونها إلتزاما قانونيا إلا أن المشرّع خصها بقانون منطبق خاص بها (أنظر الفصل 51 من هذه المجلّة).

ولهذا يمكن القول بأن أحكام هذا القسم لا تنسحب إلا على الإلتزامات القانونية التي لا تنتمي إلى فئة من الفئات القانونية السابقة (الأحوال الشخصية والأحوال العينية والإلتزامات الإرادية). وإنما تنسحب فقط على المسؤولية التقصيرية (الجنحة وشبه الجنحة) وشبه العقود (الإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم والفضالة).

وأما الفصل 70 الذي يتصدر هذا القسم فيحدد القانون المنطبق على المسؤولية غير التعاقدية أو التقصيرية ولذلك فإن شرحه يستوجب توضيح فكرة المسؤولية التقصيرية وتحديد نطاقها (أ) ويقتضي بيان القانون المنطبق عليها وعلى مختلف المسائل المتفرعة عنها أو المتصلة بها (ب).

أ- المسؤولية التقصيرية ونطاقها:

المسؤولية التقصيرية: هي جزاء الإخلال بإلتزام قانوني يتمثل في عدم الإضرار بالغير[2].

وتشمل فكرة المسؤولية التقصيرية او المسؤولية غير التعاقدية:

---

[1]- أنظر القانون الدولي الخاص ج1 للأستاذ موحند إسعاد ص354 وأصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي ص604 والقانون الدولي الخاص للأستاذ سامي منصور وعكاشة عبد العال ص344.

[2]-الأستاذ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج1 ص748.

- **أركان المسؤولية:** الخطأ (قصدي، غير قصدي، مفترض، قرينة خطأ قرينة مسؤولية) والضرر. (مادي، معنوي، المتضرر والورثة الذين لهم الحق في التعويض، الأقارب ووجه القرابة) والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

- **طبيعة المسؤولية:** موضوعية، خطأ شخصي مسؤولية بدون خطأ.

- **أنواع المسؤولية:** مسؤولية عن الفعل الشخصي، مسؤولية عن فعل الغير، مسؤولية عن فعل الشيء أو الحيوان.

- **آثار المسؤولية التقصيرية:** التعويض مقاديره وكيفية تقديره (عناصر الضرر والوقت الذي يعتد به لتحديد مبلغه) وأشكاله (رأس مال، أقساط، جراية...).

- **نفي المسؤولية:** الأسباب التي يمكن للمدين أن ينفي بها المسؤولية عنه: كوجود سبب أجنبي أو قيام قوة قاهرة أو فعل من لحقه الضرر أو الغير[1].

- **دعوى المسؤولية:** ممن ترفع، وضد من ترفع، تعدد المسؤولين، تعدد المتضررين مرور الزمن المسقط لحق القيام بالدعوى، قبول البينات على إرتكاب الفعل الضار (الإعتراف، القرائن، اليمن ...إلخ ماعدا إجراءات الإثبات فتبقى من إختصاص قانون القاضي).

- **عبء الإثبات:** على من يحمل عبء إثبات قيام أركان المسؤولية.

القيام أمام المحكمة المدنية، أو أمام المحكمة الجزائية أو ترك الحرية في

---

[1] -الأستاذان سامي منصور وعكاشة عبد العال - القانون الدولي الخاص تأليف مشترك ص344 وما بعد

- الأستاذ موحند إسعاد - القانون الدولي الخاص ج1 ص353 وما بعد

- الأستاذ محمد العربي هاشم - دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني ص247 وما بعد.

إختيار إحداهما للمتضرر.

– تتبع الدعوى الجزائية بالخارج وتأثيره على الدعوى المدنية يوقف النظر فيها أم لا. أم أنّه يخضع لتقدير قاضي الدعوى المدنية.

حجية الحكم الجزائي على القاضي المدني[1].

– إستقلال الدعوى المدنية أو تبعيتها للدعوى الجزائية.

والملاحظ أن القيام بالدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية يخضع المسؤولية التقصيرية لقانون القاضي لأنّه لا مجال لتطبيق قواعد التنازع أمام القاضي الجزائي حسب الرأي السائد في فقه القانون الدولي الخاص[2].

ب– القانون المنطبق على المسؤولية التقصيرية:

تخضع المسؤولية التقصيرية وكل المسائل المتفرعة عنها أو المرتبطة بها والتي أشرنا إلى أهمها لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار.

لكن لهذه القاعدة عدة إستثناءات بعضها ورد بهذا الفصل وبعضها تضمنته فصول لاحقة من هذه المجلّة والبعض الآخر أغفل المشرّع ذكره تماما.

ولذلك سنوضح القاعدة أولا ثم نستعرض أهم الإستثناءات الواردة عليها ثانيا:

أولا: القاعدة: الأصل أن المسؤولية التقصيرية يحكمها قانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار.

ويبرر الفقهاء إختيار مكان وقوع الفعل الضار كعنصر إسناد لتحديد

---

[1]– الحكم الجزائي الأجنبي لا أثر له في الخارج لكن للمحكمة أن تستلهم منه العناصر التقديرية الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1 ص356.

[2]–الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ص357.

القانون المنطبق على المسؤولية التقصيرية بعدة أسباب نظرية نذكر أهمها:

1) هناك من أرجعها إلى سيادة الدولة على إقليمها وما تقتضيه من خضوع المسؤولية عن الفعل الضار الذي يقع بإقليم دولة ما لقانون تلك الدولة[1].

2) وهناك من أرجع إختصاص قانون دولة مكان وقوع الفعل الضار إلى تعلق قواعد المسؤولية التقصيرية بالأمن المدني "Les lois de police" لأنها قواعد ترمي إلى تأمين الناس على إقامتهم وذلك بمنع إقتراف الأفعال الضارة وغير المشروعة في حقهم وضمان حصولهم على تعويض عادل إن إستهدفوا إلى شيء من ذلك، ومن ثم تكون محاكم الدولة المعنية بالردع هي الأقدر على فرض الجزاء (التعويض المدني هنا) فيتوحد الإختصاص القضائي والتشريعي وفي توحدهما جدوى لا تنكر[2].

هذا من جهة ومن أخرى "فإن إرتكاب جرم بإقليم معين يؤدي قبل كلّ شيء إلى تعكير صفو النظام العام بهذا الإقليم فضلا عن ضرورة إجراء عمليات التحقيق حول ظروف إرتكابه من قبل السلطات المحلية التي لها مصلحة أوضح من جنسية الفاعلين أو المتضررين في تعويض الضرر ومعاقبة الفاعلين"[3].

3) وهناك من يرى أن أحكام المسؤولية التقصيرية تهدف إلى فرض مفهوم للحذر والإحتياط اللازم الذي يتعين على الأفراد مراعاته من جهة وإلى توفير الثّقة اللازمة في حماية القانون لكل من أصابه ضرر نتيجة لعدم إتخاذ الحيطة وتوخي الحذر الذي يفرضه القانون من جهة أخرى، ولا يتحقق هذا

---

[1]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج1 ص350.

[2]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص ص346 وما بعد.

[3]- الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ج2 هامش 7 ص20.

التوازن إلا بإسناد الإختصاصين القضائي والتشريعي معا لدولة موقع الفعل الذي نشأ عنه الإلتزام[1].

4) وهناك من يرى أن إختيار مكان حصول الفعل الضار كظرف إسناد لتحديد القانون المنطبق يعد إختيارا موضوعيا إذ لا علاقة له لا بجنسية محدث الضرر ولا بجنسية المتضرر ولا بمحل إقامة أي منهما. وهو إلى جانب ذلك يسمح بمعرفة القانون المنطبق سلفا، ويسهل الإثبات والتحقيق في الفعل الضار لأنّه غالبا ما تكون محكمة محل وقوع الفعل الضار هي المختصة فيتوحد الإختصاصان القضائي والتشريعي وفي توحدهما جدوى لا تنكر[2].

ثانيا: الإستثناءات: بالرغم من الإنتشار الواسع الذي عرفته قاعدة إخضاع المسؤولية التقصيرية لقانون مكان الفعل الضار فقد عرف القانون المقارن إتجهات حديثة ترمي إلى إضفاء المزيد من الواقعية على هذه القاعدة وذلك بالتخلي عن قانون مكان وقوع الفعل الضار إلى القانون الذي يتضح أن له صلة أهم وامتن بالواقعة القانونية المنشئة للمسؤولية[3] وقد أخذ المشرّع التونسي بهذه التوجهات وأدخل على قاعدة قانون مكان وقوع الفعل الضار بعض الإستثناءات نكتفي هنا بذكر ما تضمنه منها الفصل 70 الذي نحن بصدد شرحه وبما لم تذكره المجلّة من هذه الإستثناءات:

* **الإستثناء الأوّل:** إختلاف مكان حصول الضرر عن مكان وقوع الفعل المضر: قد يقع الفعل الضار بإقليم دولة، ويحصل الضرر بإقليم دولة أخرى كما إذا وقع تزييف منتجات في دولة وبيعها في دولة أخرى أو حصل إنفجار

---

[1] – الأستاذ هشام صادق – تنازع القوانين في مسائل التقصيرية ص362.

[2] – الأستاذان: سامي منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص ص344 وما بعد، الأستاذ محمد العربي هاشم دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني ص247 وما بعد.

[3] –الأستاذ موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص ص348.

مواد سامة أو مشعة في دولة ونتج الضرر (إنتشر في الواقع كما في حادثة إتشارنوبيل) في دولة أخرى ففي هذه الحالة ترك المشرّع التونسي (الفقرة 2 من الفصل 70) الخيار للمتضرر بين التمسك بقانون مكان حصول الفعل الضار أو طلب تطبيق قانون الدولة التي نتج بها الضرر.

ويبرر الفقهاء تطبيق قانون الدولة التي حصل بها الضرر بأن الضرر هو العنصر الجوهري للمسؤولية التقصيرية وفي مكان وقوعه يتحقق الإخلال بالتوازن بين المصالح التي يهدف القانون إلى حمايتها[1].

ويرى البعض أنّه ينبغي الإعتداد بمكان حصول الضرر دون مكان وقوع الفعل الضار – عند إختلافهما – في الحالات التي يتخذ فيها الخطأ صورة السهو أو الإمتناع لتعذر تركيز علاقة المسؤولية بسبب عدم وجود سلوك إيجابي يمكن على أساسه تحديد المكان الذي وقع فيه الخطأ ويتمحض الإختصاص في هذه الحالة لقانون دولة مكان حصول الضرر[2].

• **الإستثناء الثاني:** إقامة المتسبب في الضرر والمتضرر على ذات الإقليم: تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 70 من م.ق.د.خ على أنّه إذا كان للمتسبب وللمتضرر مكان إقامة معتاد بنفس الدولة ينطبق قانون هذه الدولة.

والملاحظ أنّه في هذه الحالة ليس للمتضرر أي خيار غير القبول بتطبيق قانون المقر المشترك الذي يجمع بينه وبين المتسبب في الضرر.

والإشتراك في المقر لا يقتضي أن يكون المتسبب والمتضرر يقيمان بنفس المدينة أو الحي أو بنفس الدائرة البلدية أو القضائية. وإنما يكفي أن يكونا يقيمان عادة (أي مقرهما المعتاد) فوق إقليم نفس الدولة.

---

[1] – الأستاذ هشام صادق – تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية ص361 وما بعد.

[2] –الأستاذ هشام صادق – تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية ص363.

* **الإستثناء الثالث:** وقوع الفعل الضار أو حصول الضرر في مكان لا يخضع لأي سيادة كوقوع الفعل الضار أو حصول الضرر بالسفن عندما تكون في أعالي البحار حيث لا سيادة لأي دولة أو في الطائرات عندما تكون في الأجواء الحرة حيث لا سيادة أيضا لأي دولة.

إذا وقع الفعل الضار أو حصل الضرر على ظهر سفينة أو على متن طائرة فإن القانون المنطبق – حسب الفقه السائد – هو قانون علم السفينة أو الطائرة (أي قانون الدولة التي تحمل السفينة أو الطائرة علمها) [1].

وإذا وقع الحادث الضار بين سفينتين أو طائرتين أو طائرة وسفينة لا تحملان ذات العلم طبق قانون قاضي النزاع بإعتباره صاحب الإختصاص الطبيعي في الحالات التي يتعذر فيها إستعمال ظرف من ظروف الإسناد[2].

والملاحظ أن الإستثناء الثالث لا يلتجأ إليه – في القانون التونسي – إلا في صورة حصول كلّ من الفعل الضار والضرر بالمياه الإقليمية أو الأجواء الحرة إما إن وقع الفعل الضار بأعالي البحار أو بالأجواء الحرة ونتج الضرر بإقليم دولة ما فإن قانون هذه الدولة هو القانون المنطبق على المسؤولية التقصيرية وكذلك الشأن عندما يقع الفعل الضار بإقليم دولة ما وينتج الضرر بأعالي البحار أو الأجواء الحرة فإن قانون الدولة التي وقع بها الفعل الضار هو القانون المنطبق على المسؤولية التقصيرية المتولدة عن ذلك الفعل.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من:

- القانون السويسري: الفصل 133 الآتي نصه:

---

[1]- الأستاذان سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص، ص358.

[2]-الأستاذان: سامي منصور وعكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص، ص 358.

Art. 133

1- Lorsque l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même Etat, les prétentions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de cet Etat.

2- Lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle dans le même Etat ces prétentions sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis. Toutefois, si le résultat s'est produit dans un autre Etat, le droit de cet Etat est applicable si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait.

3- Nonobstant les alinéas précédents, lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique.

- القانون الإمارتي: المادة 20 وفيما يلي نصها[1]:

يسرى على الإلتزامات غير التعاقدية قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام.

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة بالنسبة للإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون فيه غير مشروعة إذا كانت مشروعة في الإمارات العربية المتحدة.

- مشروع قانون إصلاح القانون الدولي الخاص الفرنسي: الفصل 2312 وفيما يلي نصه:

Article 2312

Les obligations non contractuelles sont régies par la loi de lieu où est survenu le fait dont elles résultent.

- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المادة 107 وفيما نصها:

---

[1] - مصدر عن ترجمة له إلى اللغة الفرنسية وقت الكتابة إلى مصدرها

المادة 107

1- يسرى على الإلتزامات غير التعاقدية قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام.

2- لا تسرى أحكام الفقرة السابقة بالنسبة للإلتزام الناشيء عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون فيه غير مشروعة إذا كانت مشروعة في ظل القانون الوطني.

- القانون الإيطالي الفصل 62 وفيما يلي نصه:

Article 62
(Responsabilité pour fait illicite)

1- la responsabilité pour fait illicite est régie par la loi de l'Etat dans lequel en survient la conséquence. Toutefois la victime peut demander l'application de la loi de l'Etat dans lequel est advenu le fait générateur.

2- Lorsque le fait illicite n'implique que des personnes ayant la nationalité d'un même Etat où elles sont résidentes, la loi de cet Etat s'applique.

- القانون الكندي (مقاطعة كيباك): الفصل 3126 وهذا نصه:

§.10 – De la responsabilité civile

3126. L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'Etat où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre Etat, la loi de cet Etat s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait.

Dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même Etat, c'est la loi de cet Etat qui s'applique.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 75 ويتضمن ما يلي:

الفقرة الثانية: الإلتزامات القانونية

الفصل 75: تخضع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار.

إلا أنّه إذا نتج الضرر بدولة أخرى، فإن قانون هذه الدولة ينطبق إذا طلب المتضرر ذلك.

إذا كان للمتسبب وللمتضرر مقر إقامة معتاد بنفس الدولة، ينطبق قانون هذه الدولة.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته تحت رقم72 دون أي تعديل إلا أن اللجنة الثالثة إستبدلت عبارة "الفقرة الثانية" في العنوان بعبارة "القسم الثاني" وأضافت حرف "الواو" في أوّل الفقرة الأخيرة للربط وأصبح الفصل يحمل رقمه الحالي (70).

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه بدون أي تعديل.

الفصل 71:

يمكن للأطراف، بعد حصول الفعل الضار، الإتفاق على تطبيق قانون المحكمة ما دامت القضية في الطور الإبتدائي.

I- الشرح: (الإتفاق على تطبيق قانون المحكمة)

يمثل هذا الفصل إستثناء من أحكام الفصل المتقدم ومن قاعدة الإسناد العامة التي تخضع الإلتزام غير التعاقدي لقانون مكان حصول الفعل الضار. إذ تخول أحكام هذا الفصل لأطراف النزاع في العلاقة الدولية الإتفاق على تطبيق قانون المحكمة المتعهدة بالقضية بشرطين:

الأول: أن يتم الإتفاق بعد حصول الفعل الضار لأن الإتفاق سلفا على إرتكاب الجنح أو شبهها أو على نتائجها وآثارها غير جائز لمخالفته النظام العام[1].

الثاني: أن يتم الإتفاق قبل صدور الحكم الإبتدائي. لكن قواعد المرافعات توجب حصول الإتفاق على تطبيق قانون المحكمة قبل حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم لأنّه خلال هذه الفترة لا تقبل أية ملاحظة أو حجة (الفصل 119 من م.م.م.ت) إلا بترخيص خاص من المحكمة يصدر قبل حجز القضية للمفاوضة (نفس الفصل المشار إليه آنفا).

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من القانون السويسري والفصل 132 منه على وجه الخصوص وفيما يلي نصه:

Art. 132

Les parties peuvent après l'événement dommageable convenir à tout moment de l'application du droit du for.

---

[1]- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج1 ص402 وما بعد.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 76 ويتضمن ما يلي:

الفصل 76: يمكن للأطراف، بعد حصول الحدث الضار، الإتفاق على تطبيق قانون المحكمة ما دامت القضية في الطور الإبتدائي.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته دون أي تعديل. لكن اللجنة الثالثة إستبدلت كلمة "الحدث" بكلمة "الفعل" لأنها المألوفة والمتداولة في التشريع والفقه وفقه القضاء وأصبح يحمل رقم 71 (رقمه الحالي).

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وتمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 72:

ينظم المسؤولية الناجمة عن منتوج حسب إختيار المتضرر:

1- قانون الدولة التي بها مؤسسة الصانع وعند عدم وجودها فمقره.

2- قانون الدولة التي تم فيها إقتناء المنتوج إلا إذا أثبت الصانع أنّه قد عرض بالسوق بدون موافقته

3- قانون الدولة التي حصل بها الضرر

4- قانون الدولة التي يوجد بها مكان الإقامة المعتاد للمتضرر

I- الشرح: (القانون المنطبق على المسؤولية الناجمة عن منتوج)

إن شرح هذا الفصل يستوجب توضيح مفهوم بعض الكلمات الواردة به كالمسؤولية والمنتوج والضرر والصانع[1] (أ) ثم بيان القانون المنطبق على المسؤولية الناجمة عن فعل المنتجات (ب):

أ- مفهوم مسؤولية الصانع عن الضرر الناجم عن فعل المنتجات:

يتناول المشرّع صلب هذا الفصل مسؤولية الصانع عن فعل المنتوج وعن الأضرار التي يتسبب فيها المنتوج من غير أي توضيح لما يقصده من هذه العبارات والكلمات. لكن بالرغم من هذا السكوت يمكن لنا – إستئناسا بما ورد بإتفاقية لاهاي (لسنة 1973) المتعلّقة بالقانون المنطبق على فعل المنتجات

---

[1]- أنظر تحديدا لهذه المفاهيم بالفصول 1 و2 و3 من إتفاقية لاهاي لسنة 1973 حول القانون المنطبق على المسؤولية عن فعل المنتوجات (منشورة كملحق بص 332 من كتاب الأستاذ محمد العربي هاشم: دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني).

بإعتبارها من أهم مصادر[1] هذا الفصل – أن نبين المقصود من تلك الكلمات أو العبارات التي تبدو في حاجة إلى التوضيح.

فيقصد بالمسؤولية هنا المسؤولية التقصيرية التي تنشأ عمّا قد يصيب الغير من أضرار المنتجات المعروضة أو المخزونة أو التي هي بصدد الصنع أو النقل عبر مختلف الطرقات (مثل إنفجار خزانات أو أنابيب الغاز أو المفاعلات النووية أو تسرب بعض المواد السامة أو المشعة).

لكن هذه المسؤولية – مثلما أشرنا إليه في السابق (أنظر شرح الفصل 70) قد تترتب عن واقعة مادية (كإنفجار صهريج غاز بالطريق العام وحصول أضرار منه لبعض المارة) وقد تنشأ عن تصرف قانوني (كما إذا كان المتضرر قد إقتنى المنتوج الذي ألحق به الضرر – أنظر الحالة 2 من هذا الفصل وكذلك الفصلين 4 و5 من إتفاقية لاهاي المبين نصهما بمصادر هذا الفصل).

ويقصد بالمنتجات (Produits) كلّ منتوج طبيعي أو صناعي سواء أكان في شكل مادة خام أم مصنعا، منقولا أم غير منقول.

ويقصد بالضرر كلّ ضرر يلحق الأشخاص في أبدانهم أو في مكاسبهم بما في ذلك الخسائر الإقتصادية التي تلحق المتضرر بسبب هذه الحوادث كفوات الأرباح المحققة او خسارة الأجور الثابتة.

لكن مفهوم الضرر هنا لا ينسحب على هلاك المنتجات في حد ذاتها ولا على الخسائر الإقتصادية المتولدة عن هلاكها لوقوعها تحت طائلة نوع آخر من المسؤولية (مسؤولية تعاقدية أو تقصيرية عادية) وخضوعها تبعا لذلك لقاعدة

---

[1] – وأن كان المشرّع التونسي قد خالفها بإختيار القانون الأفضل للمتضرر كقانون منطبق على المسؤولية عن فعل المنتوج فقد إستلهمها في ضبط قائمة القوانين التي وضعها بين يدي المتضرر لممارسة حقه في إختيار أفضلها (أنظر تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص للأستاذ علي المزغني ص153).

إسناد أخرى (إرادة الأطراف أو مكان وقوع الفعل الضار...).

ويقصد بالصانع Fabricant: صانع المنتوج سواء أكان صنعه له تاما أم جزئيا ومنتج المنتجات الطبيعية، والمزود وغيرهم من الأشخاص المكونين لشبكة الإنتاج والتوزيع التجاري كمصلحي المنتجات وخازنيها (Les entrepositaires).

كما ينسحب مفهوم الصانع على أعوان وتابعي الأشخاص المذكورين أعلاه أيضا.

ب- القانون المنطبق على المسؤولية عن فعل المنتجات:

لقد أعطى المشرّع المتضرر من فعل المنتجات حرية إختيار القانون المنطبق على هذا النوع من المسؤولية لكنها حرية مقيدة بواجب إختيار هذا القانون من ضمن قائمة حددها المشرّع تحديدا موضوعيا (أنظر الفصل 26 من هذه المجلّة) وتضم:

1- قانون الدولة التي بها مؤسسة الصانع وعند عدم وجودها فقانون الدولة التي بها مقره.

2- قانون الدولة التي يتم فيها إقتناء المنتوج إلا إذا أثبت الصانع أنّه قد عرض بالسوق بدون موافقته (في هذه الحالة تنطبق أحكام الفصل 70 من هذه المجلّة).

3- قانون الدولة التي حصل بها الضرر.

4- قانون الدولة التي يوجد بها مكان الإقامة المعتاد للمتضرر.

والمفروض أن يقع إختيار المتضرر على واحد من هذه القوانين دون مراعاة لترتيبها الوارد في النص. لكن هل له أن يرفضها كلها أو أن يختار

أكثر من قانون من بين هذه القوانين التي إختارها المشرّع كأن يختار قانون الدولة التي بها مؤسسة الصانع لإحتساب أجل القيام بالدعوى لأنّه يتضمن مدة أطول لرفعها، وقانون الدولة التي حصل بها الضرر لضبط نطاق الضرر وتحديده مقداره؟.

الجواب على السؤال الأوّل يكون بالإيجاب لأن المشرّع قد خيره ولم يلزمه وإذا لم يمارس حقه في الإختيار أو رفض تطبيق كلّ القوانين الواردة بهذا الفصل يطبق القاضي القاعدة العامة الواردة بالفصل 70 أي قانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار[1].

أما السؤال الثاني فيطرح إشكالا جديا لأن صياغة الفصل 72 مثلما توحي بوجوب إختيار قانون واحد من القوانين الواردة بالقائمة لا تمنع من أن يقع الإحتيار على أكثر من قانون.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من القانون المقارن ولا سيما القوانين التالية:

- إتفاقية لاهاي (1973) المتعلّقة بالقانون المنطبق على المسؤولية عن فعل المنتجات وخاصة الفصول 1 و2 و3 و4 و5 الآتي نصها:

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable à la responsabilité des fabricants et autres personnes visées à l'article 3 pour les dommages causés par un produit, y compris les dommages résultant d'une description inexacte du produit ou de l'absence d'indication adéquate concernant ses qualités, ses caractères spécifiques ou son mode d'emploi.

Lorsque la propriété ou la jouissance du produit a été transférée à la personne lésée par celle dont la responsabilité est

---

[1]- الأستاذ علي المزغني تعاليق على مجلّة القانون الدولي الخاص ص154.

invoquée, la Convention ne s'applique pas dans leurs rapport respectifs.

La présente Convention s'applique quelle que soit la juridiction ou l'autorité appelée à connaître du litige.

Article 2

Au sens de la présente Convention:

a) Le mot «produit» comprend les produits naturels et les produits industriels, qu'ils soient bruts ou manufacturés, meubles ou immeubles ;

b) Le mot «dommage» comprend tout dommage aux personnes ou aux biens, ainsi que la perte économique ; toutefois le dommage causé au produit lui-même, ainsi que la perte économiques qui en résulte, sont exclus, à moins qu'ils ne s'ajoutent à d'autre dommages ;

c) Le mot «personne» vise les personnes morales aussi bien que les personnes physiques.

Article 3

La présente Convention s'applique à la responsabilité des personnes suivantes:

1- Les fabricants de produits finis ou de parties constitutives,

2- Les producteurs de produits naturels,

3- Les fournisseurs de produits,

4- Les autres personnes, y compris les réparateurs et les entrepositaires constituant la chaîne de préparation et de distribution commerciale des produits.

La présente Convention s'applique aussi à la responsabilité des agents ou préposés de l'une des personnes énumérées ci-dessus.

Article 4

La loi applicable est la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit, si cet Etat est aussi:

a) l'Etat de la résidence habituelle de la personne directement lésée, ou.

b) l'Etat de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée, ou

c) l'Etat sur le territoire duquel le produit a été acquis par la personne directement lésée.

Article 5

Nonobstant les dispositions de l'article 4, la loi applicable est la loi interne de l'Etat de la résidence habituelle de la personne directement lésée, si cet Etat est aussi:

a) l'Etat de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée, ou

b) l'Etat sur le territoire duquel le produit a été acquis par la personne directement lésée.

- القانون السويسري: الفصل 135 وفيما يلي نصه:

Art. 135

1- Les prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies au choix du lésé:

a) Par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur a son établissement ou, à défaut d'établissement, sa résidence habituelle, ou

b) Par le droit de l'Etat dans lequel le produit a été acquis, sauf si l'auteur prouve que le produit a été commercialisé dans cet Etat sans son consentement.

2- Si des prétention fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour un tel dommage en vertu du droit suisse.

- القانون الإيطالي: الفصل 63 وفيما يلي نصه:

Article 63

(Responsabilité extra-contractuelle du fait des produits)

La responsabilité pour dommage du fait des produits est régie, au choix de la victime, par la loi de l'Etat dans lequel se trouve le domicile ou l'Etablissement du fabricant ou par la loi de l'Etat dans lequel le produit a été acquis, à moins que le fabricant ne prouve que le produit y a été mis sur le marché sans son accord.

- القانون الكندي (مقاطعة كيباك) الفصل 3128 وفيما يلي نصه:

3128. La responsabilité du fabricant d'un bien meuble, quelle qu'en soit la source, est régie, au choix de la victime:

1- Par la loi de l'Etat dans lequel le fabricant a son

établissement ou, à défaut, sa résidence.

2- Par la loi de l'Etat dans lequel le bien a été acquis.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 77 ويتضمن ما يلي:

الفصل 77: المسؤولية عن الضرر بفعل منتوج ينظمها حسب إختيار المتضرر:

أ- قانون الدولة التي بها مؤسسة الصانع وعند عدم وجودها، فمقره.

ب- قانون الدولة التي تم فيها إقتناء المنتوج، إلا إذا أثبت الصانع أنّه قد عرض بالسوق بدون موافقته.

ج- قانون الدولة التي حصل بها الضار.

د- قانون الدولة التي يوجد بها مقر للمتضرر.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته دون أي تعديل تحت رقم 74. لكن اللجنة الثالثة أدخلت عليه تعديلا طفيفا يتمثل في إعادة صياغة السطر الأول ليصبح الفصل يبدأ بجملة فعلية وأقرته فيما زاد على ذلك تحت عدد72 (الرقم الحالي).

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لقد أثار هذا الفصل أمام مجلس النواب سؤالا واحد طرحته لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة. وفيما يلي نصه فنص جواب وزارة العدل:

السؤال: تقترح اللجنة إعادة الترقيم بالأعداد بالنسبة للفقرات عوضا عن الأحرف.

الجواب: المقترح وجيه والوزارة تقبله وتصبح صياغة الفصل 72 كما يلي: "ينظم المسؤولية الناجمة عن المنتوج حسب إختيار المتضرر:

1- قانون الدولة التي بها مؤسسة الصانع وعند عدم وجودها فمقره

2- قانون الدولة التي تم فيها إقتناء المنتوج إلا إذا أثبت الصانع أنّه قد عرض بالسوق بدون موافقته

3- قانون الدولة التي حصل بها الضرر

4- قانون الدولة التي يوجد بها مكان الإقامة المعتاد للمتضرر"[1].

الفصل 73:

تخضع المسؤولية المترتبة عن حادث مرور لقانون المكان الذي جد به الحادث.

ويمكن للمتضرر أن يتمسك بقانون مكان حصول الضرر إلا أنّه إذا كانت جميع الأطراف مقيمة بالبلاد التي هي في الآن نفسه بلاد تسجيل العربة أو العربات المعنية بالحادث فإن قانون تلك البلاد هو المنطبق.

I- الشرح: (المسؤولية المترتبة عن حادث مرور)

أ- القانون المنطبق على المسؤولية المترتبة عن حوادث المرور:

تخضع المسؤولية عن حوادث المرور لقانون الدولة التي حصل بها

[1] - مداولات مجلس النواب عدد6 جلسة 1998/11/02 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص251/250.

الحادث وإذا جد الحادث بإقليم دولة وحصل الضرر بإقليم دولة أخرى يكون للمتضرر الخيار بين طلب تطبيق قانون مكان وقوع الحادث أو قانون مكان حصول الضرر.

لكن إذا كان لجميع الأطراف محل إقامة مشتركة بنفس البلاد المسجلة بها العربة المرتكبة للحادث فإن الإختصاص يتمحض لقانون هذه الدولة دون سواه من قانون مكان حصول الحادث أو قانون مكان ظهور الضرر. لأن إتحاد مكان إقامة الأطراف ومكان تسجيل العربة يشكل عنصر إتصال وتركيز للعلاقة بإقليم تلك الدولة أصدق دلالة وأكبر أهمية من مكان وقوع الفعل الضار أو مكان حصول الضرر.

لكن رغم ذلك فإن الفصل 7 من إتفاقية لاهاي المتعلّقة بالقانون المنطبق على حوادث المرور تنص على أنّه مهما كان القانون المنطبق ينبغي عند تحديد المسؤولية أن تؤخذ بعين الإعتبار قواعد السير والأمن النافذة في مكان الحادث زمن وقوعه[1].

بقي أن نشير إلى أن الفقرة الأخيرة من هذا الفصل تشترط لتطبيق قانون البلاد التي سجلت بها العربة أو العربات المعنية بالحداث أن تكون هذه البلاد هي نفسها بلد إقامة جميع أطراف النزاع.

فهل أن عبارة "جميع الأطراف" تشمل المتضرر من الحادث والمتسبب فيه والمؤمن (بالكسر) للعربة المعنية بالحادث؟ أم أنها لا تشمل إلا المتضرر من الحادث والمتسبب فيه فحسب؟.

أن الأطراف أو الخصوم في قضية ما يحددهم المدعي وبالتالي فإنه إذا رفعت الدعوى من المتضرر ضد المتسبب في الحادث دون المؤمن للعربة

---

[1]-أنظر نص هذا الفصل بالجزء المخصص للمصادر من شرحنا على هذا الفصل.

المعنية فالعبرة بوجود مقرات هؤلاء فقط ببلاد تسجيل العربة لتحديد القانون المنطبق. أما مقر المؤمن فلا تأثير له ولو تداخل في القضية أو أدخله المدعى عليه. ولا يجوز له – في هذه الحالة – إذا كان يقيم بدولة أخرى – أن يدفع بعدم إختصاص قانون دولة مكان تسجيل العربة طالما أن المدعي لم يعتبره خصما ولم يوجه عليه الدعوى وتداخله أو إدخاله فيها من طرف المدعى عليه لا يضار به المدعي.

ويكون الأمر بخلاف ذلك في صورة الدعوى المباشرة التي يرفعها المتضرر مباشرة على المؤمن إذ سيكون طرفا حقيقيا في النزاع وبالتالي يجب أن يكون له مقر أصلي أو مختار بإقليم دولة تسجيل العربة حتى ينعقد الإختصاص لقانون تلك الدولة.

ب– نطاق القانون المنطبق على المسؤولية عن حوادث المرور:

يحدّد القانون المنطبق على المسؤولية المترتبة عن حوادث المرور إلى جانب كلّ المسائل التي أشرنا إليها في نطاق القانون المنطبق على المسؤولية التقصيرية (أنظر شرح الفصل 70 من هذه المجلّة):

– مفهوم العربة وهل تشمل العربات البرية فقط أم تشمل حتى عربات السكة الحديدية والمترو.

– ومفهوم الطريق وهل هو كلّ سبيل مفتوح للجولان العمومي، أم أنّه كلّ مكان يمكن أن تتحرك فيه العربة ولو كان خاصا وغير مفتوح للجولان العمومي.

– ومفهوم حادث المرور

– ومفهوم المتضرر والضرر والخطأ

– والدعوى المباشرة. وهل يجوز للمتضرر مباشرتها أمام كلّ المحاكم

المدنية والجزائية أم أمام المحاكم المدنية فقط.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من إتفاقية لاهاي للقانون المنطبق على حوادث المرور[1] المؤرخة في 1971/05/04 وخاصة الفصول 1 و2 و 3 و 4 و5 و6 الأتي نصها:

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle découlant d'un accident de la circulation routière, quelle que soit la nature de la juridiction appelée à en connaître.

Par accident de la circulation routière au sens de la présente Convention, on entend tout accident concernant un ou des véhicules, automoteurs ou non, et qui est lié à la circulation sur la voie publique, sur un terrain ouvert au public ou sur un terrain non public mais ouverte à un certain nombre de personnes ayant le droit de le fréquenter.

Article 2

La présente Convention ne s'applique pas:

1- A la responsabilité des fabricants, vendeurs et réparateurs de véhicules ;

2- A la responsabilité du propriétaire de la voie de circulation ou de toute autre personne tenue d'assurer l'entretien de la voie ou la sécurité des usagers ;

3- Aux responsabilités du fait d'autrui, à l'exception de celle du propriétaire du véhicule et de celle du commettant ;

4- Aux recours entre personnes responsables ;

5- Aux recours et aux subrogations concernant les assureurs ;

6- Aux actions et aux recours exercés par ou contre les organismes de sécurité sociale, d'assurance sociale ou autres

---

[1]- الإتفاقية منشورة باللغة الفرنسية بالمجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص RCDIP 1975 ص522 وما بعد.

institutions analogues et les fonds publics de garantie automobile, ainsi qu'aux cas d'exclusion de responsabilité prévus par la loi dont relèvent ces organismes.

Article 3

La loi applicable est la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu.

Article 4

Sous réserve de l'article 5, il est dérogé à la disposition de l'article 3 dans les cas prévus ci-après:

a) Lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans l'accident et qu'il est immatriculé dans un Etat autre que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu, la loi interne de l'Etat d'immatriculation est applicable à la responsabilité:

- envers le conducteur, le détenteur, le propriétaire ou toute autre personne ayant un droit sur le véhicule, sans qu'il soit tenu compte de leur résidence habituelle ;

- envers une victime qui était passager, si elle avait sa résidence habituelle dans un Etat autre que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu ;

- envers une victime se trouvant sur les lieux de l'accident hors du véhicule, si elle avait sa résidence habituelle dans l'Etat d'immatriculation.

En cas de pluralité de victimes, la loi applicable est déterminée séparément à l'égard de chacune d'entre elles.

b) Lorsque plusieurs véhicules sont impliqués dans l'accident, les dispositions figurant sous lettre a ne sont applicables que si tous les véhicules sont immatriculés dans la même Etat.

c) Lorsque des personnes se trouvant sur les lieux de l'accident hors du ou des véhicules sont impliquées dans l'accident, les dispositions figurant sous lettres a et b ne sont applicables que si toutes ces personnes avaient leur résidence habituelle dans l'Etat d'immatriculation. Il en est ainsi, alors même qu'elles sont aussi victimes de l'accident.

Article 5

La loi applicable en vertu des articles 3 et 4 à la responsabilité envers le passager régit aussi la responsabilité pour les dommages aux biens transportés dans le véhicule, qui

appartiennent au passager ou qui lui ont été confiés.

La loi applicable en vertu des articles 3 et 4 à la responsabilité envers le propriétaire du véhicule régit la responsabilité pour les dommages aux biens transportés par la véhicule, autres que ceux visés à l'alinéa précédent.

La loi applicable à la responsabilité pour les dommages aux biens se trouvant hors du ou des véhicules est celle de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu. Toutefois, la responsabilité pour les dommages aux effets personnels de la victime se trouvant hors du ou des véhicules est soumise à la loi interne de l'Etat d'immatriculation, lorsqu'elle est applicable à la responsabilité envers la victime en vertu de l'article 4.

Article 6

Pour les véhicules non immatriculés ou immatriculés dans plusieurs Etats, la loi interne de l'Etat du stationnement habituel remplace celle de l'Etat d'immatriculation. Il en est de même lorsque ni le propriétaire, ni le détenteur, ni le conducteur du véhicule n'avaient, au moment de l'accident, leur résidence habituelle dans l'Etat d'immatriculation.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 77 ويتضمن ما يلي:

الفصل 76: تخضع المسؤولية المترتبة عن حادث مرور لقانون المكان الذي جد به الحادث.

ويمكن للمتضرر أن يتمسك بقانون مكان حصول الضرر.

إلا أنّه إذا كانت جميع الأطراف مقيمة بالبلاد التي هي في الآن نفسه بلد تسجيل العربة أو العربات المتورطة في الحادث فإن قانون تلك البلاد هو المنطبق.

ولما عرض على اللجنة الثانية فالثالثة أقرتاه دون أي تعديل يذكر ما عدا إستبدال كلمة "المتورطة" بالمعنية (قامت به اللجنة الثالثة) ورقمه الذي أصبح 75 ثم 73 (الرقم الحالي).

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وقد تمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 74:

يمكن للمتضرر القيام مباشرة على مؤمن المسؤول إذا كان ذلك جائزا حسب القانون المنطبق على الفعل الضار أو القانون المنطبق على عقد التأمين.

I- الشرح: (الدعوى المباشرة)

هذا الفصل يعالج بعض جوانب المسؤولية المترتبة عن حوادث المرور، والمتمثلة في إمكانية قيام المتضرر مباشرة على مؤمن (بالسكر) مدينه (محدث الضرر) ومطالبته بالتعويض في حدود القيمة المؤمن عليها – بالرغم من عدم وجود علاقة مباشرة بينهما – في صورة وجود نص تشريعي يخول له مثل هذا الحق إزاء المؤمن.

لكنه لا يفردها بقانون منطبق خاص بها وإنما يؤكد على جواز القيام بها من قبل المتضرر على مؤمن المسؤول عن الحادث متى أجاز له القيام بها القانون المنطبق على الفعل الضار أو القانون المنطبق على عقد التأمين.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح بصورة أساسية من إتفاقية لاهاي المتعلّقة بالقانون المنطبق على مادة حوادث المرور المؤرخة في 1971/05/04 ولا سيما الفصول 9 و10 و11 و12 الآتي نصها:

Article 9

Les personnes lésées ont le droit d'agir directement contre l'assureur du responsable, si un tel droit leur est reconnu par la loi applicable en vertu des articles 3, 4 ou 5.

Si la loi de l'Etat d'immatriculation, applicable en vertu des articles 4 ou 5, ne connaît pas ce droit, il peut néanmoins être exercé s'il est admis par la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu.

Si aucune de ces lois ne connaît ce droit, il peut être exercé s'il est admis par la loi du contrat d'assurance.

Article 10

L'application d'une des lois déclarées compétentes par la présente Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 11

L'application des articles 1er à 10 de la présente Convention est indépendante de tout condition de réciprocité. La convention s'applique même si la loi applicable n'est pas celle d'un Etat contractant.

Article 12

Toute unité territoriale faisant partie d'un Etat à système juridique non unifie est considérée comme un Etat pour l'application des articles 2 à 11, lorsqu'elle a son propre système de droit concernant la responsabilité civile extra-contractuelle en matière d'accidents de la circulation routière.

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم

79 ويتضمن ما يلي:

الفصل 79: يمكن للمتضرر القيام مباشرة على المؤمن المسؤول إذا كان ذلك جائزا حسب القانون المنطبق على الفعل الضار أو القانون المنطبق على عقد التأمين.

ولما عرض على اللجنة الثانية ثم الثالثة أقرتاه دون أي تعديل ما عدا رقمه فقد أصبح 74.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وقد تمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 75:

يحدّد القانون المنطبق على الفعل الضار على وجه الخصوص، الأهلية الخاصة بالمسؤولية المدنية وشروط ومدى تلك المسؤولية، وكذلك الشخص المسؤول.

وتؤخذ بعين الإعتبار قواعد السلامة والسلوك السارية بمكان حصول الفعل الضار.

I- الشرح: (نطاق القانون المنطبق على الفعل الضار)

هذا الفصل يحدّد نطاق القانون المنطبق على الفعل الضار. وقد كنا وضحنا بما فيه الكفاية كلّ هذه المسائل الواردة بهذا الفصل ولذلك نكتفي هنا بالإحالة على ما كتبناه شرحا للفصل 70 من هذه المجلّة.

II- المصادر:

هذا الفصل مستروح من إتفاقية لاهاي المتعلّقة بالقانون المنطبق على مادة حوادث المرور ولا سيما الفصلين 7 و8 منها وفيما يلي نصهما:

Article 7

Quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de circulation et de sécurité en vigueur au lieu et au moment de l'accident.

Article 8

La loi applicable détermine notamment:

Les conditions et l'étendue de la responsabilité ;

Les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et tout partage de responsabilité ;

L'existence et la nature des dommages susceptibles de réparation ;

Les modalités et l'étendue de la réparation ;

III- الأعمال التحضيرية:

أ- في نطاق اللجان الفنية:

لقد ورد هذا الفصل ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى يحمل رقم 80 ويتضمن ما يلي:

الفصل 80: يحدّد القانون المنطبق على الفعل الضار، على وجه الخصوص، الأهلية التقصيرية، وشروط ومدى المسؤولية، وكذلك الشخص المسؤول.

وتؤخذ بعين الإعتبار قواعد السلامة والسلوك السارية بمكان حصول الفعل الضار.

ولما عرض على اللجنة الثانية أقرته بعد إدخال تعديل طفيف على

صياغته دون مضمونه وأما اللجنة الثالثة فقد أقرته في صيغته المعدلة دون أي تغيير.

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات):

لم يثر هذا الفصل أمام مجلس النواب أي إشكال وقد تمت المصادقة عليه دون أي تعديل.

الفصل 76:

يخضع تصرف الفضولي والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل الذي تولدت عنه.

I- الشرح: (القانون المنطبق على شبه العقد)

يشمل شبه العقد: الإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم والفضالة.

أ- مفهوم الإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم والفضالة:

1- الإثراء بدون سبب L'enrichissement sans cause:

هو إنتقال جزء من ذمة مالية (أو الإنتفاع بعمل شخص[1]) إلى ذمة مالية أخرى فتنقص الأولى (تفتقر) وتزداد (تغتني) الثانية دون موجب من تعاقد أو نص قانوني[2].

وقاعدة الإثراء بدون سبب تقتضي أن كلّ من أثرى على حساب الغير

---

[1]- الفصل 72 من مجلّة الإلتزامات والعقود التونسية يدرج الإنتفاع بعمل الغير ضمن مفهوم الإثراء بدون سبب.

[2]- أنظر القاموس القانوني (فرنسي – عربي) للأساتذة إبراهيم النجار وأحمد زكي بدوي ويوسف شلالا الطبعة الثالثة 1991 مكتبة لبنان ص123.

دون سبب قانوني ملزم – ولو كان حسن نية – بأن يرد لذلك الغير مقدار ما أثرى به في حدود ما لحقه من خسارة (يرد له الأدنى من القيمتين: قيمة الإفتقار وقيمة الإغتناء)[1].

2- دفع ما لا يلزم Paiement de l'indu:

ويتمثل في أن يدفع شخص (المفتقر) دينا (أو شيئا أو توثقة[2]) ليس واجبا عليه دفعه. أما لأنّه غير مدين تماما للقابض أو أن دينه لم يحل بعد أو أنّه قد إنقضى بمرور الزمن[3] إعتقادا منه بأنه ملزم بدفعه.

لكن معظم القوانين تخول لمن دفع ما لا يلزمه أن يرجع على من دفع له الدين[4] بدعوى دفع ما لا يلزم.

3- الفضالة: La gestion d'affaires:

هي – كما عرفها الفصل 1179 من م.إ.ع – "أن يباشر شخص مصالح غيره إختيارا أو ضرورة بدون إذن منه أو من الحاكم في مغيبه أو بدون علمه".

ب- القانون المنطبق:

يندرج تصرف الفضولي والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم تحت فكرة شبه العقد. (Quasi-contrat) ولذلك أخضعها المشرّع كلها لقانون واحد

---

[1]- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج1 ص1103.

[2]- أنظر الفصل 79 من م.إ.ع.

[3]- الفصل 78 من م.إ.ع لا يخول إسترداد ما وقع دفعه وفاء بإلتزام طبيعي أو بدين سقط حق القيام به بمرور الزمن.

[4]- لكن إذا كان الدافع غير مدين تماما للقابض يجوز له الرجوع إما على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بدون سبب أو الرجوع على الدائن الحقيقي الذي دفع له الدين بدعوى دفع ما لا يلزم (الأستاذ السنهوري الوسيط ج1 ص1186).

هو قانون الدولة التي حصل فيها الفعل الذي تولدت عنه الفضالة (النتيجة المفيدة) أو الإثراء أو الدفع وهو قانون المكان الذي قام فيه الفضولي بالعمل لفائدة الغير بالنسبة للفضالة وقانون المكان الذي حصل فيه دفع ما لا يجب بالنسبة لدفع ما لا يلزم وقانون مكان الإغتناء بالنسبة للإثراء بدون سبب لأن الإغتناء "هو النتيجة والإفتقار هو السبب المباشر له هذا من جهة ومن اخرى فإن الإغتناء ظاهرة إيجابية[1] ومن السهل تركيزها[2] بينما الإفتقار ظاهرة سلبية يعسر تركيزها، وإن الإغتناء مثلما يكون إيجابيا (عندما تضاف قيمة مالية لذمة المدين) يكون سلبيا (كتجنيب المدين خسارة محققة كأن يلقي الربان بالبضاعة المنقولة في البحر لإنقاذ السفينة من الغرق[3]) فإنه يبقى دائما إغتناء والنتيجة واحدة بالنسبة للقانون التونسي ما دام قد إختار قانون مكان الإغتناء.

ج- نطاق القانون المنطبق على شبه العقود:

يحدّد القانون المنطبق على الفضالة والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم:

- شروط الإثراء، وما يعتبر إغتناء وما يعتبر إفتقار وجزاء الإثراء، ونطاق التعويض (أي القيمتين تدفع: قيمة الإثراء أم قيمة الإفتقار أم الأدنى أو الأرفع منهما ...) والوقت الذي يعتدبه في تقدير الإثراء (وقت حصوله أو وقت رفع الدعوى) ودعوى الإثراء وأطرافها والإثبات، وعبء الإثبات ووسائل الإثبات المقبولة قانونا.

- أما إجراءات الإثبات والتحقيق في الإدلة فيبقى دائما من إختصاص قانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى.

---

[1]- الأستاذ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص ص605.

[2]- الأستاذ محمد العربي هاشم - دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني ص260/259.

[3]- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ج1 ص1123.

12. قانون العلاقات الدولية – الأستاذ أحمد سرحان – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت لبنان الطبعة الثانية 1993.

13. قانون العلاقات الدولية – الأستاذ عبد المجيد العبدلي – دار أقواس للنشر مطبعة ف وألوان الطبعة الأولى 1994 تونس.

14. قانون المنظمات الدولية – الأستاذ الصادق شعبان – مركز الدراسات والبحوث والن تونس 1985.

15. المركز القانوني للشركات الأجنبية – الأستاذ سعيد عبد الماجد.

16. مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المصادق عليه من قبل اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية في دورتها التاسعة التي إنعقدت بتونس من 5 إلى 83/12/16

17. مدخل لدراسة القانون – محمد الشرفي دار سراس للنشر ومركز الدراسات والبحوث والنشر بجامعة الحقوق والإقتصاد والتصرف تونس III 1991.

18. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض في خمسين عاما من 1931–1981 ج1 أنور طلبة – دار النشر والثقافة الإسكندرية – مصر.

19. الإسلام عقيدة وشريعة للإمام الأكبر محمود شلتوت – دار الشروق بيروت القاهرة – جدة الطبعة السابعة 1974.

20. أصول القانون التجاري – الأستاذ مصطفى كمال طه – الدار الجامعية للطباعة والنشر لبن 1994.

21. القانون التجاري – الأستاذ مصطفى كمال طه – الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوز ع الإسكندرية مصر 1985.

22. أصول المرافعات المدنية والتجارية – الأستاذ نبيل إسماعيل عمر – منشأة المعا ب بالإسكندرية مصر الطبعة الأولى 1986.

23. الأوامر على عرائض – الأستاذ نبيل إسماعيل عمر – منشأة المعارف بالإسكندرية مصر (بد ن تاريخ).

24. أحكام الحقوق –الأستاذان محمد الشرفي وعلي المزغني – دار الجنوب للنشر سنة 95 1.

25. النظرية العامة للإلتزامات – العقد – الأستاذ محمد الزين – تونس 1993.

26. النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات– الأستاذ وجدي راغب فهمي من اة المعارف بالإسكندرية 1974.

27. النظرية العامة للقانون – الأستاذ سمير عبد السيد تناغو – توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية جمهورية مصر العربية 1986.

28. المدخل إلى القانون – الأستاذ حسن كيرة – منشأة المعارف بالإسكندرية جمهورية مصر.

.. المرافعات المدنية والتجارية – الأستاذ أحمد أبو الوفاء – الطبعة الثانية دار المعارف بمصر.

30. الوجيز في القانون الدستوري – الأستاذ عبد الفتاح عمر – مركز الدراسات والبحوث والنشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1987.

.. الوسيط في شرح القانون المدني – الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري – نشر دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ج1–2–3–4–5–6–7–8–9–10.

. خطب بينات، كلمات – زين العابدين بن علي – ج9 – الناشر المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية.

. قضاء الأحوال الشخصية – الأستاذان أحمد رفعت خفاجي ورابح لطفي جمعة – نشر مكتبة النهضة المصرية – القاهرة مصر 1960.

حقوق الإنسان مجموعة صكوك دولية الأمم المتحدة نيويورك 1988.

35. مجموع فتاوي – شيخ الإسلام أحمد بن تيمية المجلد 33 – مكتبة المعارف الرباط المغرب إشراف المكتب التعليمي السعودي بالمغرب – كتاب الطلاق.

36. وثيقة المخطط التاسع للتنمية 1997–2000 المجلد الأوّل.

7 القاموس القانوني (فرنسي – عربي) للأساتذة إبراهيم النجار وأحمد زكي بدوي ويوسف شلالا الطبعة الثالثة 1991 مكتبة لبنان.

8 القضاء الإبتدائي أعمال ملتقى من 10 إلى 12 أفريل 1997 مجموعة لقاءات الحقوقيين العدد السابع – نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1999 تونس.

9 مشروع مجلّة الطفل الذي أعده مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل في نطاق برنامج إدماج الشاب في مسار حقوق الإنسان بالتعاون مع المجموعة الإقتصادية الأوروبية جوان 1994 (مرقون).

40. مجلّة الأحوال الشخصية – القاضي الأستاذ محمد الحبيب الشريف – سلسلة الميزان التشريعي – دار الميزان للنشر سوسة (تونس) 1997.

1.. دروس في القانون الدولي الخاص – الأستاذان هاشم صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد – دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 2000.

42. قانون مدني – النظرية العامة – الأشخاص – إثبات الحقوق – الأستاذ محمد كمال شرف الدين الطبعة الأولى 2002 المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية تونس العاصمة.

الدوريات

1. المجلّة القانونية التونسية RTD لسنة 1963 والسنوات اللاحقة وخاصة 1991 و1999 و2000 – مركز الدراسات والبحوث والنشر جامعة الحقوق والإقتصاد والتصرف بتونس.
2. مجلّة القضاء والتشريع – وزارة العدل تونس – ثم مركز الدراسات القانونية وزارة العدل تونس (بداية من 1993).
3. نشرية محكمة التعقيب: نشر وزارة العدل ثم مركز الدراسات القانونية والقضائية.

المقالات والدراسات

1. الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية – مبروك بنموسى – مرقون مودع لدى المعهد الأعلى للقضاء.
2. مجلّة القانون الدولي الخاص: الخيارات والأهداف – مبروك بنموسى – أعمال ملتقى نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل يوم 12 مارس 1999 حول المجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص نشر سنة 2000.
3. إسقاط الولاية – مبروك بنموسى – القضاء والتشريع عدد1 جانفي 1999 الناشر مركز الدراسات القانونية والقضائية وزارة العدل تونس.
4. الشروط العامة للإنتفاع بنظام الإنقاذ – مبروك بنموسى – مجلّة القضاء والتشريع عدد10 لشهر ديسمبر لسنة 1996 ص7 – نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية وزارة العدل تونس – الجمهورية التونسية.
5. محاضرات في القانون المدني الجزء الأوّل – الأستاذ محمد كمال شرف الدين (دروس مرقونة مقدمة لطلبة السنة الأولى لكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس السنة الجامعية 1996/1995).
6. القانون المنطبق على العقد – مبروك بنموسى – مداخلة قدمت في الدورة الدارسية التي نظمها مركز الدراسات القانونية والقضائية يوم 2000/06/16 بنزل الدبلوماسي بتونس حول المجلّة التونسية للقانون الدولي الخاص (بصدد النشر).

- دروس في القانون المدني – مبروك بنموسى– المعهد الأعلى للقضاء– شعبة تكوين عدول نفيذ دورة 1998/99.
- دراسة معمقة للأستاذ رشيد الصباغ بعنوان "صفة الأم في رفع الدعوى بإثبات نسب إبنها ن أبيه ودعوى إلزامه بالإنفاق عليه" – المجلّة القانونية التونسية 1979 (العدد الأوّل) – مركز الدراسات والبحوث والنشر لكلية الحقوق والعلوم السياسية والإقتصادية لجامعة تونس تونس (أصبح الآن مركز النشر الجامعي) ص51 وما بعد.

الإتفاقيات الدولية

1. فاقية المقر للأمم المتحدة أقرتها الجمعية العامة لهذه الهيئة في 1946/02/13
2. اتفاقية حصانات وإمتيازات الوكالات المخصصة المصادق عليها من الجمعية العامة لهيئة أمم المتحدة في 1947/11/21.
3. إتفاقية نيويورك المتعلّقة بعديمي الجنسية المبرمة في 1954/9/28.
4. فاقية جنيف للاجئين المبرمة في 1951/07/28.
5. اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل المبرمة في 1989/11/26 المصادق عليها من قبل ونس بالقانون عدد92 لسنة1991 المؤرّخ في 1991/11/29 والمنشورة بالرائد الرسمي عدد84 لسنة 1991 ص1658.
6. تفاقية فيانا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة في فيانا بتاريخ 1961/04/18 المصادق على إنخراط تونس فيها بالقانون عدد29 لسنة 1967 المؤرّخ في 1967/11/21 والمنشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بموجب الأمر عدد69 لسنة 1970 المؤرّخ في 1970/02/25.
7. إتفاقية فيانا للعلاقات القنصلية المبرمة بفيانا في 1963/04/24 المصادق على إنخراط تونس فيها بالقانون عدد40 لسنة 1967 المؤرّخ في 1967/11/21 والمنشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بموجب الأمر عدد131 لسنة 1971 المؤرّخ في 1970/04/14.
8. إتفاقية فيانا للبعثات الخاصة المبرمة بفيانا في 1963/04/24 المصادق على إنخراط تونس فيها بالقانون عدد35 لسنة 1971 المؤرّخ في 1971/07/28 والمنشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بموجب الأمر عدد340 لسنة 1971 المؤرّخ في 1972/10/20.
9. الإتفاقية الأوروبية حول حصانة الدول المبرمة في بال 1972/05/16 (منشورة بـ Revue

.(Trime Droit Europ 1973 P313 et s

10. إتفاقية بارن (Berne) لحماية المصنفات الأدبية والفنية المبرمة في 1888/09/09 والمعدلة ببروكسال في 1948/06/26 وبباريس في 1971/7/24.

11. إتفاقية لاهاي حول تنازع القوانين في مادة شكل الوصايا المبرمة في 1961/10/05 (دخلت حيز التطبيق في سنة 1967).

12. إتفاقية بروكسال المبرمة في 1968/09/27 المتعلّقة بالإختصاص القضائي وتنفيذ القرارات المدنية والتجارية حسبما وقع تعديلها حتى سنة 1996 (منشورة بـ Lamy SA-Juin 1998).

13. إتفاقية لاهاي للقانون المنطبق على حوادث المرور المؤرخة في 1971/05/04 (المنشورة باللغة الفرنسية بالمجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص RCDIP 1975 ص522 وما بعد).

14. إتفاقية لاهاي لسنة 1973 حول القانون المنطبق على المسؤولية عن فعل المنتجات.

15. إتفاقية لاهاي حول القانون المنطبق على التركة بسبب الموت 1988 (منشورة بـ RCDIP 77 (4) Oct-Déc 1988 P807 et s).

16. الإتفاقية التونسية الألمانية المبرمة ببون في 1965/07/19 وغيرها من الإتفاقيات الثنائية المتعلّقة بالتعاون القضائي (منشورة بمجلة القضاء والتشريع عدد3 لسنة 1984 وبالنشرية الصادرة عن وزارة العدل في 7 نوفمبر 1997 تحت عنوان مجموعة الإتفاقيات القضائية بين الجمهورية التونسية والدول الشقيقة والصديقة).

17. إتفاقية روما المؤرخة في 1980/06/19 المتعلّقة بالقانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية (منشورة بـ RCDIP 80 (2) Avril-Juin 1991).

18. إتفاقية المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

19. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الموقع في روما بتاريخ 1998/7/17.

فقه القضاء

أ- المنشور:

1. الحكم المدني الإبتدائي عدد1058 المؤرّخ في 1961/01/21 مجلّة القضاء والتشريع عدد6 لسنة 1961 ص58.
2. الحكم المدني الإبتدائي الصادر في القضية عدد472 عن المحكمة الإبتدائية بتونس بتاريخ 1963/05/28 ق.ت عدد10/9 لسنة 1964 ص150.
3. الحكم المدني الإبتدائي الصادر عن محكمة تونس الإبتدائية في القضية عدد790 بتاريخ 1963/10/15 ق.ت عدد10/9 لسنة 1964 ص 26.
4. الحكم المدني الإبتدائي عدد8305 الصادر في 1969/04/07 ق.ت عدد6-7 لسنة 1969 ص167.
5. الحكم المدني الإبتدائي الصادر عن نفس المحكمة في القضية عدد29326 بتاريخ 1970/04/08 ق.ت عدد1 وعدد2 لسنة 1970 ص89.
6. الحكم المدني الإبتدائي الصادر عن نفس المحكمة في القضية عدد7602 بتاريخ 1999/05/18 المجلّة التونسية للقانون لسنة 2000 ص247.
7. الحكم المدني الإبتدائي الصادر عن نفس المحكمة في القضية عدد6714 بتاريخ 1972/07/29 – المجلّة التجارية للأستاذ محمد الحمير طبعة أولى 1986 مؤسسة الطباعة والنشر تونس ص 149.
8. الحكم المدني الصادر عن محكمة تونس الإبتدائية في القضية عدد9402 بتاريخ 1976/5/15 – المجلّة التجارية للأستاذ محمد الحمير طبعة أولى 1986 مؤسسة الطباعة والنشر تونس ص 182.
9. الحكم المدني الإبتدائي الصادر عن نفس المحكمة تحت عدد3799 بتاريخ 1993/11/19 – المجلّة التونسية للقانون لسنة 1993 القسم العربي ص429.
10. الحكم الإستعجالي عدد17499 الصادر في 1994/11/19 عن المحكمة الإبتدائية بتونس

بين دولة المجر والشركة القومية للسلك الحديدية التونسية منشور بالمجلة التونسية للقانون لسنة 1994 ص301.

11. الحكم المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد19017 بتاريخ 1961/07/07 ق.ت عدد9 لسنة 1961 ص36/.1532

12. الحكم المدني عدد56276 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس العاصمة بتاريخ 1963/10/31 ق.ت عدد2 لسنة 1964 ص131/61.

13. الحكم المدني الإستئنافي عدد56369 الصادر في 1963/11/28 عن محكمة الإستئناف بتونس العاصمة ق.ت عدد4 لسنة 1964 ص57.

14. الحكم المدني عدد56468 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في 1963/12/25 ق.ت عدد4 لسنة 1964 ص302/66.

15. الحكم المدني عدد29030 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 1969/07/31 ق.ت عدد1 لسنة 1970 ص88 وما بعد.

16. الحكم المدني عدد29326 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس العاصمة بتاريخ 1970/04/08 ق.ت عدد7 لسنة 1970 ص711/89.

17. الحكم المدني عدد2819 الصادر عن محكمة الإستئناف بسوسة بتاريخ 1971/06/24 ق.ت عدد1 لسنة 1972 ص101.

18. الحكم المدني عدد30593 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس العاصمة بتاريخ 1973/05/27 ق.ت عدد5/6 لسنة 1974 ص410/62.

19. الحكم المدني الإستئنافي عدد32266 الصادر بتاريخ 1973/07/12 عن محكمة الإستئناف بتونس ق.ت عدد9 لسنة 1974 ص729/51.

20. الحكم المدني الإستئنافي الصادر عن محكمة الإستئناف بالعاصمة في القضية عدد57053 بتاريخ 1984/4/4 مشار إليه بالمجلة التجارية للأستاذ محمد الحمير طبعة أولى 1986 مؤسسة الطباعة والنشر تونس ص 182.

21. الحكم المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد2/92154 بتاريخ 1991/02/06 ق.ت لسنة 1992 عدد4 ص109.

22. الحكم المدني عدد1332 صادر عن محكمة الإستئناف بتونس في 1993/02/10 منشور

بمجلة القضاء والتشريع عدد7 جويلية 1994 ص91

23. القرار المدني الصادر عن محكمة التعقيب عدد885 ق.ت عدد4 لسنة 1959 ص252/34.

24. القرار المدني الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 1963/03/30 – منشور بالمجلة القانونية التونسيةRTD سنة 65/1963 ص68.

25. القرار التعقيبي المدني عدد3035 المؤرّخ في 7 ماي 1964 الصادر في 1964/05/07 ن 1964 ص23.

26. القرار التعقيبي المدني عدد4063 المؤرّخ في 1965/11/11 ق.ت عدد3 لسنة 1966 ص198/34.

27. قرار تعقيبي مدني عدد4063 المؤرّخ في 1965/11/11 ق.ت عدد3 لسنة 1966 ص198/34.

28. قرار تعقيبي مدني عدد3384 المؤرّخ في 1966/01/31 ق.ت عدد6 لسنة 1967 ص389/37.

29. القرار التعقيبي المدني عدد5649 المؤرّخ في 1968/01/25 ق.ت عدد8–9 لسنة 1968.

30. القرار التعقيبي المدني عدد5934 المؤرّخ في 1968/03/21 نشرية محكمة التعقيب القسم المدني عدد2 لسنة 1968 ص22.

31. القرار التعقيبي المدني عدد7105 الصادر في 1970/06/08 منشور بالمجلة التونسية للقانون 1975 ص219.

32. القرار التعقيبي عدد7748 المؤرّخ في 1971/04/08 (مكتب التوثيق القضائي بالمحكمة الإبتدائية بتونس كلمة: حكم أجنبي صيغة تنفيذية) وهو منشور بـ(ق.ت لسنة 1972 عدد6 ص933/41).

33. القرار المدني عدد9645 الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 1973/09/29 ق.ت عدد10 لسنة 1974 ص800/42 وهو منشور أيضا بنشرية محكمة التعقيب لسنة 1973 القسم المدني الجزء الثاني ص95.

34. القرار التعقيبي المدني عدد505 الصادر في 1978/5/30.

35. القرار التعقيبي المدني عدد4196 الصادر في 1981/11/18 ن 1981 ق.م. ج4 ص132.

36. القرار التعقيبي المدني عدد4869 المؤرّخ في 1981/12/29 ن 1981 ق.م ج4.

37. قرار التعقيبي المدني عدد18652 المؤرّخ في 1990/05/08 ن 1990 ق.م ص219.

38. القرار المدني عدد25274 الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 1991/02/12 ق.ت لسنة 1991 ص183.

39. القرار التعقيبي المدني عدد2965 الصادر في 1994/01/13 مجلّة القضاء والتشريع عدد2 لسنة 95 ص75 وما بعد.

ب- فقه القضاء غير المنشور:

1. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد26855 بتاريخ 1999/6/29.

2. الحكم التحضيري الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد9901 بتاريخ 1999/10/13.

3. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد29446 بتاريخ 1999/10/18.

4. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد11267 بتاريخ 1999/12/23.

5. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد9256 بتاريخ 2000/02/21.

6. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد33955 بتاريخ 2000/05/27.

7. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد33953 بتاريخ 2000/6/27.

8. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد33005 بتاريخ 2000/6/27.

9. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد34179 بتاريخ 2000/6/27.

10. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد33551 بتاريخ

.2000/6/27

11. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد1259 بتاريخ .2000/6/29

12. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد15255 بتاريخ .2000/6/29

13. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد11930 بتاريخ .2000/6/29

14. الحكم المدني الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في القضية عدد32779 بتاريخ .2000/7/11

15. الحكم المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد78579 بتاريخ 11 جويلية 2001.

16. الحكم المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد78272 بتاريخ 10 أفريل 2002.

17. القرار التعقيبي المدني عدد69523 الصادر بتاريخ 4 جانفي 1999.

18. القرار التعقيبي مدني عدد570 الصادر بتاريخ 12 جوان 2000.

19. القرار التعقيبي المدني عدد7286 الصادر بتاريخ 2 مارس 2001.

20. القرار التعقيبي مدني عدد22813 الصادر بتاريخ 13 ماي 2003.

II/- باللغة الفرنسية

1. Commentaires du Code de Droit International Privé Ali Mezghani Centre de Publication Universitaire Tunis 1999

2. Droit International Privé – Yvon Loussouarn et Pierre Bourel 5éme édition – Précis Dallos Paris 1996

3. Droit International Privé 6éme Edition T1 L.G.D.J PARIS N°2 - H.Batiffol et Lagarde

4. Droit International Privé– Ali mezghani – Centre d'Etudes, de Recherches et de Publications de l'Université de droit, d'Economic

et de Gestion (Tunis III) Tunis – Tunisie

5. Droit International Privé Pierre Mayer - 3ème édition - Montchristien Paris –France

6. Droit International Public 3é Edition L.G.D.J Paris 1980 Dinh, N.Quoc, P.Daillier et A.Pellet

7. Leçons de Droit International Privé Livre I-Les règles matérielles condition des étrangers et conflits de juridiction – Mohamed El Arbi Hachem – Centre d'Etudes, de Recherches et de Publications - Faculté de Droit et des Sciences Politiques Tunis– 1996.

8. Leçons de Droit International Privé Livre II- les conflits de lois- Mohamed El Arbi Hachem Centre de Publication Universitaire Tunis 1997.

9. Revue critique de droit international privé Dalloz Paris (1999,1988, 1985, 1984, 1980, 1979, 1978, 1975)

10. Revue Trimestrielle des Droits Européens

11. Revue Universelle des Droits de l'Homme 30/11/1999 Vol.11 N°7-9

الفهرس

الإهداء 5
شكر 7
الرموز 9
تقديم: للأستاذ البشير التكاري 11
مقدمة 13
I/- كيف تم إعداد مشروع المجلّة: 18
- المرحلة الإستشرافية: 18
- المرحلة التنفيذية: 19
- المرحلة التقييمية: 19
1- الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية: 22
2- الإعتراف بالأحكام والقرارات القضائية الأجنبية وتنفيذها: 22
3- الحصانة: 23
4- تنازع القوانين: 24
II- منهجية الكتاب: 25
العنوان الأوّل: أحكام عامة 29
الفصل الأوّل **29**
I- الشرح: (مفهوم القانون الدولي الخاص) 29
II- المصادر: 32
III- الأعمال التحضيرية: 32
أ- في نطاق اللجان الفنية: 32
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 34
الفصل 2: **36**
I- الشرح: (مفهوم العلاقة الدولية الخاصة) 36
أ- المعايير السائدة لتحديد مفهوم العلاقة الدولية الخاصة: 36
1- المعيار القانوني: 37
2- المعيار الإقتصادي: 38

3- معيار الجمع بين المعيارين الإقتصادي والقانوني.....38
4- معيار العنصر المؤثر أو الفعال:.....38
ب- المعيار الذي إختاره المشرّع التونسي: 38
II- المصادر:.....40
III- الأعمال التحضيرية: 41
أ- في نطاق اللجان الفنية:.....41
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 42
العنوان الثاني: إختصاص المحاكم التونسية 43
الفصل 3: 43
I- الشرح: (معيار الإقامة بتونس).....43
مفهوم الإقامة بتونس: 43
أ- المقر الأصلي أو الموطن العام: 46
ب- مقر النشاط أو الأعمال: 49
ج- المقر المختار: 49
II- المصادر:.....50
III- الأعمال التحضيرية: 51
أ- في نطاق اللجان الفنية:.....51
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 52
الفصل 4: 54
I- الشرح: (معيار الخضوع الإرادي للمحاكم التونسية) 54
أ- مفهوم الخضوع الإرادي: 54
ب- شروط الخضوع الإرادي: 57
II- المصادر:.....59
III- الأعمال التحضيرية: 61
أ- في نطاق اللجان الفنية:.....61
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 61
الفصل 5: 62
I- الشرح: (معيار تمركز العلاقة بتونس) 62
II- المصادر:.....64

III- الأعمال التحضيرية: 70
أ- في نطاق اللجان الفنية: 70
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 70
الفصل 6: 71
I- الشرح: (بعض المعايير الخاصة) 71
1- شروط إستحقاق الإرث: 76
2- بيان الورثة ومراتبهم ودرجاتهم ونصيب كلّ منهم في التركة: ...76
3- طبيعة خلافة الوارث للمورث: 76
4- تحديد زمن إنتقال حقوق التركة إلى الورثة:.....77
5- مدى حق المورث في تعيين منفذ للوصية ومدى سلطة القاضي في تعيين مصف للتركة: 77
6- التركة الشاغرة:.....78
1- مفهوم التركة الشاغرة: 78
2- النظام القانوني الذي تنتمي إليه التركة الشاغرة:.....79
II- المصادر:.....81
1- دعاوي النسب وحماية القصر (الفصل 1/6): 81
2- دعاوى النفقة (الفصل 2/6): 82
3- الدعاوى المتعلّقة بالميراث(الفصل 3/6): 83
III- الأعمال التحضيرية: 85
أ- في نطاق اللجان الفنية: 85
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 86
الفصل 7: 88
I- الشرح: (معيار إرتباط الدعوى بنزاع منشور أمام المحاكم التونسية) 88
أ - المسائل الأولية: 88
ب- الدعوى العارضة والدعوى المعارضة: 90
ج- الطلبات المرتبطة بنزاع منشور أمام القضاء التونسي: 91
II- المصادر:.....92
III- الأعمال التحضيرية: 93

أ- في نطاق اللجان الفنية: 93
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 93
الفصل 8: 94
I- الشرح: (الإختصاص المطلق للمحاكم التونسية) 95
1- الدعاوى المتعلّقة بالجنسية التونسية: 95
2- الدعاوى المتعلّقة بعقار كائن بتونس: 96
3- الدعاوى المتعلّقة بالإجراءات الجماعية..... 97
(إنقاذ المؤسّسات والتفليس): 97
أ- الدعاوى المتعلّقة بإنقاذ المؤسّسات: 99
ب- الدعاوى المتعلّقة بالتفليس: 100
- طبيعة الإفلاس: 100
1- مذهب وحدة نظام الإفلاس وعمومية آثاره: 102
2- مذهب تعدد الإفلاس أو إقليمية الإفلاس: 103
3- المذاهب الوسيطة: 104
- دعوى إعلان إفلاس التاجر الأجنبي: 106
- الدعاوى المتعلّقة بالإفلاس: 106
4- الدعاوى المتعلّقة بإجراء تحفظي أو تنفيذي: 107
5- الإختصاص المسند للمحاكم التونسية دون سواها بنص خاص: 109
II- المصادر: 110
III- الأعمال التحضيرية: 113
أ- في نطاق اللجان الفنية: 113
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 114
الفصل 9: 115
I- الشرح: (المحكمة المختصة في صورة عدم إقامة الطرفين بتونس أو في صورة عدم وجود مقر معلوم بها للمطلوب) 115
II- المصادر: 116
III- الأعمال التحضيرية: 117
أ- في نطاق اللجان الفنية: 117
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 117

الفصل 10: 118
I- الشرح: (الدفع بعدم الإختصاص)..... 118
II- المصادر:..... 119
III- الأعمال التحضيرية: 119
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 119
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 120
ملاحظات ختامية حول: 120
أ- الطبيعة القانونية للإختصاص القضائي الدولي:..... 122
1- هل هو إختصاص حكمي أم ترابي أم نوعي؟: 122
2- هل هو من النظام العام؟:..... 125
ب- هل أن إقصاء إمتياز المحاكمة والمعاملة بالمثل من المعايير المحددة لإختصاص المحاكم التونسية خيار عام وشامل أم أنّه منحصر في هذا النطاق الخاص والضيق؟. 126
1- إمتياز المحاكمة أو الإمتياز القضائي:..... 126
2- المعاملة بالمثل: 128
العنوان الثالث: في تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية 131
الفصل 11: 131
I- الشرح: (شروط الإذن بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية) 132
أ- مفهوم الحكم والقرار الأجنبي:..... 132
ب- مفهوم التنفيذ:..... 134
ج- أنواع الرقابة التي تجريها المحاكم على الأحكام الأجنبية: 135
د- شروط تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية والتحكيمية الأجنبية: . 137
أوّلا: شروط تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية:..... 137
ثانيا: شروط تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية: 146
II- المصادر:..... 148
أ- المصادر الداخلية:..... 148
1- التشريع: 148
2- فقه القضاء:..... 149

ب- المصادر الدولية: 150
ج- التشريع المقارن: 152
III- الأعمال التحضيرية: 156
أ- في نطاق اللجان الفنية: 156
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 158
الفصل 12: 158
I- الشرح: (القوة التنفيذية والقوة الإثباتية للحكم أو القرار الأجنبي) 158
II- المصادر: 160
III- الأعمال التحضيرية: 161
أ- في نطاق اللجان الفنية: 161
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 162
الفصل 13: 163
I- الشرح: (الأحكام والرسوم التي تنفذ دون إذن قضائي) 163
II- المصادر: 164
III- الأعمال التحضيرية: 165
أ- في نطاق اللجان الفنية: 165
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 166
الفصل 14: 168
الفصل 15: 168
الفصل 16: 168
الفصل 17: 169
I- الشرح: (دعاوى الإذن بالتنفيذ وطلب التصريح بعدم الحجية أو عدم المعارضة بالأحكام أو القرارات الأجنبية) 169
أ- دعوى طلب الإذن بتنفيذ الحكم أو القرار الأجنبي: 170
شكل المطلب والمحكمة المختصة: 170
الوثائق التي يجب تقديمها للمحكمة: 171
الحكم في طلب الإذن بالتنفيذ: 171
الحكم الأجنبي المأذون بتنفيذه: 171
ب- دعوى عدم حجية الحكم الأجنبي: 172

ج- دعوى عدم المعارضة بالحكم الأجنبي: 173
د- إجراءات الحصول على الإعتراف بالقرارات التحكيميـــة الأجنبيـــة بتونس أو الإذن بتنفيذها بها:..... 173
II- المصادر:..... 175
أ- المصادر الداخلية:..... 175
ب- المصادر الدولية: 177
III- الأعمال التحضيرية:..... 180
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 180
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 183
الفصل 18: 184
1- الشرح: (كيف تنفذ الأحكام والقرارات الأجنبية بتونس) 184
أ- متى يصبح الحكم أو القرار الأجنبي قابلا للتنفيذ بتونس: 184
ب- التنفيذ وفق القانون التونسي: 185
ج- المعاملة بالمثل: 186
II- المصادر:..... 187
III- الأعمال التحضيرية: 187
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 187
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 188
العنوان الرابع: الحصانة 189
الفصل 19: 189
1- الشرح: (حصانة التقاضي)..... 189
أ- حصانة الدول الأجنبية من التقاضي:..... 189
ب- حصانة الذوات المعنوية العمومية من التقاضي: 193
1- الذوات المعنوية العمومية:..... 193
2- التصرفات والأعمال المحصنة:..... 198
ج- حصانة رؤساء الدول الأجنبية:..... 199
د- حصانة المنظمات الدولية: 202
هـ- المعاملة بالمثل: 204
1- حصانة التقاضي والحق في الإلتجاء إلى القضاء: 205

2- الأضرار الناشئة عن التمتع بالحصانة: 207
3- إساءة إستعمال إمتياز الحصانة: 209
II- المصادر: 211
III- الأعمال التحضيرية: 215
أ- في نطاق اللجان الفنية: 215
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 216
الفصل 20: 217
I- الشرح: (الأنشطة المستثناة من الحصانة) 217
أ- الأنشطة التجارية: 217
ب- الخدمات المدنية: 219
II- المصادر: 222
III- الأعمال التحضيرية: 228
أ- في نطاق اللجان الفنية: 228
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 228
الفصل 21: 229
I- الشرح: (العدول عن حصانة التقاضي) 229
أ- متى يكون العدول عن الحصانة صريحا؟: 230
ب- من هو المؤهل قانونيا للتعبير عن العدول الصريح عن حصانة التقاضي؟ 232
II- المصادر: 233
III- الأعمال التحضيرية: 236
أ- في نطاق اللجان الفنية: 236
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 237
الفصل 22: 237
I- الشرح: (الطبيعة القانونية للدفع بالحصانة) 237
II- المصادر: 239
III- الأعمال التحضيرية: 240
أ- في نطاق اللجان الفنية: 240
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 240

الفصل 23: 241
I- الشرح: (حصانة التنفيذ) 241
أ- أنشطة السيادة والخدمات العمومية: 242
ب- الأموال المتمتعة بحصانة التنفيذ: 244
ج- عبء إثبات حصانة التنفيذ: 248
II- المصادر: 249
III- الأعمال التحضيرية: 249
أ- في نطاق اللجان الفنية: 249
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 250
الفصل 24: 250
I- الشرح: (أملاك الدولة والذوات المعنوية العمومية الأجنبية التـــي لا تتمتع بحصانة التنفيذ) 250
II- المصادر: 251
III- الأعمال التحضيرية: 254
أ- في نطاق اللجان الفنية: 254
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 255
الفصل 25: 255
I- الشرح: (العدول عن حصانة التنفيذ) 255
II- المصادر: 256
III- الأعمال التحضيرية: 257
أ- في نطاق اللجان الفنية: 257
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 257
العنوان الخامس: القانون المنطبق 259
الباب الأوّل: أحكام عامة - تنازع القوانين 259
الفصل 26 : 259
I- الشرح: (تحديد القانون المنطبق) 259
1- المنهاج: 262
2- الأنموذج: 264
II- المصادر: 265

III- الأعمال التحضيرية: 265
أ- في نطاق اللجان الفنية: 265
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 266
الفصل 27: 270
I- الشرح: (التكييف)..... 270
أ- أهم النظريات الفقهية المتعلّقة بالتكييف:..... 272
1- التكييف وفق قانون القاضي: La qualification lege fori.... 272
2-التكييف وفق قانون العلاقة: La qualification lex causae ... 273
3- التكييف على أساس مفاهيم مستقلة وعالمية:..... 273
4- الحلول التوفيقية: 274
ب- الحلول التي توختها المجلّة (الفصل 27): 276
1- التكييف في إطار النظرية العامة:..... 276
2- التكييف في نطاق المعاهدات الدولية: 277
II- المصادر:..... 278
III- الأعمال التحضيرية: 279
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 279
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 280
الفصل 28: 281
I- الشرح: (القوة الملزمة لقاعدة التنازع)..... 281
أ- قواعد التنازع التي تهم النظام العام: 281
ب- قواعد التنازع التي لا تهم النظام العام:..... 282
II- المصادر:..... 283
III- الأعمال التحضيرية: 283
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 283
ب- في نطاق مجلس النواب:..... 284
الفصل 29: 284
I- الشرح: (التنازع المتحرك)..... 284
أ- نطاق التنازع المتحرك (مجال تطبيق الفصل 29 من م.ق.د.خ):286
ب- كيف يتم توزيع الإختصاص بين القانون القديم والقانون الجديد إذا

تحرك عنصر الإسناد:..... 286
II- المصادر:..... 287
III- الأعمال التحضيرية:..... 287
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 287
ب- في نطاق مجلس النواب:..... 288
الفصل 30: **289**
I- الشرح: (التحايل على القانون) 289
أ- مفهوم التحايل على القانون: 289
ب- شروط الدفع بالتحايل على القانون: 290
1- الشرط المادي:..... 290
2- الشرط المعنوي: 290
ج- آثار التحايل على القانون:..... 291
II- المصادر:..... 291
III- الأعمال التحضيرية:..... 291
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 291
ب- في نطاق مجلس النواب:..... 292
الفصل 31: **292**
I- الشرح: (الأحكام الإنتقالية)..... 292
أ- الأحكام الإنتقالية: 293
1- الحلول الدائمة:..... 294
2- الحلول الظرفية:..... 295
ب- الحلول العملية:..... 297
1- القانون المعين يتضمن أحكاما إنتقالية:..... 297
2- القانون المعين لا يتضمن أحكاما إنتقالية: 298
II- المصادر:..... 300
III- الأعمال التحضيرية:..... 301
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 301
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 301

I- الشرح: (إثبات محتوى القانون الأجنبي)..... 301
أ- طبيعة القانون الأجنبي:..... 302
ب- وسائل إثبات القانون الأجنبي:..... 303
ج- عبء إثبات القانون الأجنبي: 306
1- دور القاضي في إثبات القانون الأجنبي: 306
2- دور الخصوم في إثبات القانون الأجنبي:..... 307
د- إحترام مبدأ المواجهة: 309
II- المصادر:..... 310
III- الأعمال التحضيرية: 311
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 311
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 312
الفصل 33: 313
I- الشرح: (مشمول القانون الأجنبي)..... 313
أ- مصادر القانون:..... 314
ب- السلم الهيكلي لنصوص القانون:..... 316
II- المصادر:..... 318
III- الأعمال التحضيرية: 318
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 318
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 319
الفصل 34: 319
I- الشرح: (تأويل القانون الأجنبي)..... 319
أ- تأويل القانون الأجنبي: 320
ب- رقابة محكمة التعقيب على تأويل القانون الأجنبي:..... 321
II- المصادر:..... 322
III- الأعمال التحضيرية: 322
أ- على مستوى اللجان الفنية: 322
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 323
الفصل 35: 323
I- الشرح: (الرد أو الإحالة) 323

أ- مفهوم الرد أو الإحالة: Le renvoi 324
ب- رفض الإحالة: 324
II- المصادر: 327
III- الأعمال التحضيرية: 329
أ- في نطاق اللجان الفنية: 329
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 330
الفصل 36: 331
I- الشرح: (الدفع بالنظام العام) 331
أ-مفهوم النظام العام: 331
ب- الدفع بالنظام العام: L'exception de l'ordre public 334
1- متى يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام ؟..... 336
2- بأي نوع من النظام العام يقع دفع القانون الأجنبي ؟..... 338
3- من يثير الدفع بالنظام العام ؟ 340
4- متى يثار الدفع بالنظام العام؟ 341
ج- آثار الدفع بالنظام العام: 341
1- الأثر السلبي: 341
2- الأثر الإيجابي: 342
II- المصادر: 342
III- الأعمال التحضيرية: 344
أ- في نطاق اللجان الفنية: 344
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 346
الفصل 37: 347
I- الشرح: (الأثر المخفف للدفع بالنظام العام) 347
أ- الوضعيات القانونية التي نشأت بصفة شرعية بالخارج: 347
ب- الوضعيات التي تنشأ بدولة القاضي 348
II- المصادر: 349
III- الأعمال التحضيرية: 349
أ- في نطاق اللجان الفنية: 349
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 349

الفصل 38: 350
I- الشرح: (تطبيق قواعد الضبط أو الأمن)..... 350
أ- مفهوم قواعد الضبط أو الأمن: La notion de la loi de police351
ب- تطبيق قواعد الأمن: 353
1- قواعد الأمن الوطنية: Les lois de police nationales..... 353
2- قواعد الأمن الأجنبية: Les lois de police étrangères 354
ج- القانون الأجنبي يكتسي صبغة القانون العام: 355
II- المصادر:..... 356
III- الأعمال التحضيرية: 357
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 357
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 358
الباب الثاني: حقوق الأشخاص..... 359
الفصل 39: 359
I- الشرح: (الأحوال الشخصية) 359
أ- مفهوم الأحوال الشخصية:..... 360
ب- مفهوم ونطاق حقوق الأشخاص: 361
ج- القانون المنطبق على الأحوال الشخصية:..... 362
1- عنصر إسناد الأحوال الشخصية: 362
2- نطاق القانون الشخصي:..... 366
II- المصادر:..... 366
أ- القانون الداخلي:..... 366
1- التشريع: 366
2- فقه القضاء:..... 367
ب- القانون المقارن:..... 367
III- الأعمال التحضيرية:..... 368
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 368
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 369
الفصل 40: 369
I- الشرح: (الأهلية) 369

أ- فكرة الأهلية ونطاقها: 369
ب- القانون المنطبق على الأهلية: 371
1- القانون المنطبق على أهلية الشخص الطبيعي: 371
2- القانون المنطبق على أهلية الذات المعنوية: 375
II- المصادر: 376
1- التشريع التونسي: 376
2- التشريع المقارن: 376
III- الأعمال التحضيرية: 379
أ- في نطاق اللجان الفنية: 379
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 381
الفصل 41: 382
1- الشرح: (الولاية)..... 382
أ- نطاق فكرة الولاية:..... 382
ب- القانون المنطبق على الولاية: 383
II- المصادر: 384
أ- القانون الداخلي:..... 384
ب- القانون المقارن: 384
III- الأعمال التحضيرية: 386
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 386
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 386
الفصل 42: 387
I- الشرح: (اللقب)..... 387
أ- مفهوم فكرة اللقب ونطاقها:..... 387
ب- القانون المنطبق على اللقب: 388
II- المصادر: 388
أ- القانون الداخلي:..... 388
ب- القانون المقارن: 388
III- الأعمال التحضيرية: 390
أ- في نطاق اللجان الفنية:..... 390

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 391
الفصل 43: 392
I- الشرح: (حقوق الشخصية) 392
أ- حقوق الشخصية المخولة للشخص الطبيعي: 392
Droits de la personnalité 392
1- مفهومها ونطاقها: 392
2- القانون المنطبق على حقوق الشخصية المخولة للشخص الطبيعي: 393
ب- حقوق الشخصية المخولة للذات المعنوية: 394
1- مفهومها ونطاقها: 394
2- القانون المنطبق على حقوق الشخصية المخولة للشخص المعنوي: 394
II- المصادر: 395
III- الأعمال التحضيرية: 396
أ- في نطاق اللجان الفنية: 396
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 397
الفصل 44: 398
I- الشرح: (الفقدان والغياب) 398
أ- مفهوم فكرة الفقدان والغياب ونطاقها: 398
1- الفقدان: 398
2- الغياب: 399
ب- القانون المنطبق: 400
II- المصادر: 401
أ- القانون الداخلي: 401
ب- القانون المقارن: 402
III- الأعمال التحضيرية: 403
أ- في نطاق اللجان الفنية: 403
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 403
الباب الثالث: حقوق العائلة 404

الفصل 45: 404
I- الشرح: (الشروط الأصلية للزواج) 404
أ- مفهوم الزواج: 405
ب- الشروط الأصلية للزواج (Les conditions de fond): 406
ج- القانون المنطبق على الشروط الأصلية للزواج: 407
II- المصادر: 408
III- الأعمال التحضيرية: 411
أ- في نطاق اللجان الفنية: 411
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 411
الفصل 46: 412
I- الشرح: (الشروط الشكلية للزواج) 412
أ- مفهوم الشروط الشكلية للزواج ونطاقها: 412
1- شكل العقد: 412
2- الإشهاد على الزواج: 414
3- المهر La dot: 414
4- خيار الشرط: 414
5- الشهادة الطبية السابقة للزواج: 415
ب- القانون المنطبق على الشروط الشكلية للزواج: 415
II- المصادر: 416
أ- القانون الداخلي: 416
1- التشريع: 416
2- فقه القضاء: 416
ب- القانون المقارن: 416
III- الأعمال التحضيرية: 417
أ- في نطاق اللجان الفنية: 417
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 418
الفصل 47: 419
I- الشرح: (واجبات الزوجين) 419
أ- مفهوم واجبات الزوجين: 419

ب- القانون المنطبق على واجبات الزوجين: 420
II- المصادر: 421
III- الأعمال التحضيرية: 423
أ- في نطاق اللجان الفنية: 423
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 423
الفصل 48: 425
I- الشرح: (النظام المالي للزوجية)..... 425
أ- مفهوم النظام المالي للزوجية:..... 425
ب- القانون المنطبق على النظام المالي للزوجية: 426
II- المصادر: 427
III- الأعمال التحضيرية: 430
أ- في نطاق اللجان الفنية: 430
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 431
الفصل 49: 432
I- الشرح: (الطلاق والتفريق الجسدي) 432
أ- مفهوم فكرة الطلاق والتفريق الجسدي ونطاقها: 432
1- المفهوم:..... 432
2- النطاق: 435
ب- القانون المنطبق على الطلاق والتفريق الجسدي: 436
II- المصادر: 438
III- الأعمال التحضيرية: 439
أ- في نطاق اللجان الفنية: 439
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 440
الفصل 50: 441
I- الشرح: (الحضانة)..... 441
أ- مفهوم فكرة الحضانة ونطاقها: 441
ب- القانون المنطبق على الحضانة: 442
II- المصادر: 443
III- الأعمال التحضيرية: 444

أ- في نطاق اللجان الفنية: 444
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 444
الفصل 51: 445
I- الشرح: (النفقة) 445
أ- نطاق فكرة النفقة: 445
ب- القانون المنطبق على النفقة: 445
1- القاعدة العامة: 445
2- الإستثناء: 446
II- المصادر: 448
III- الأعمال التحضيرية: 450
أ- في نطاق اللجان الفنية: 450
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 450
الفصل 52: 451
I- الشرح: (البنوة) 451
أ- مفهوم البنوة ونطاقها: 451
1- المفهوم: 451
2- النطاق: 456
ب- القانون المنطبق: 456
II- المصادر: 457
III- الأعمال التحضيرية: 459
أ- في نطاق اللجان الفنية: 459
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 459
الفصل 53: 460
I- الشرح: (التبني والكفالة) 460
أ- مفهوم التبني والكفالة: 460
ب- القانون المنطبق عليهما: 461
II- المصادر: 462
أ- القانون الداخلي: 462
1- التشريع: 462

2- فقه القضاء: 462
ب- القانون المقارن: 463
III- الأعمال التحضيرية: 464
أ- في نطاق اللجان الفنية: 464
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 465
الباب الرابع: المواريث 466
الفصل 54: 466
I- الشرح: (الميراث) 466
أ- نطاق الميراث: 467
ب- القانون المنطبق على الميراث(): 469
II- المصادر: 471
III- الأعمال التحضيرية: 473
أ- في نطاق اللجان الفنية: 473
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 474
الفصل 55: 477
I- الشرح: (الوصية) 477
أ- فكرة الوصية ونطاقها: 477
ب- القانون المنطبق على الوصية: 478
II- المصادر: 478
III- الأعمال التحضيرية: 481
أ- في نطاق اللجان الفنية: 481
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 482
الفصل 56: 483
I- الشرح: (الهبة) 483
أ- مفهوم الهبة: 483
ب- القانون المنطبق على الهبة: 484
II- المصادر: 485
III- الأعمال التحضيرية: 485
أ- في نطاق اللجان الفنية: 485

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 486
الباب الخامس: الأموال 487
الفصل 57: **487**
I- الشرح: (الأحوال العينية) 487
أ- نطاق الأحوال العينية: (Les statuts réels) 487
1- الأموال العقارية: 487
2- الأموال المنقولة: 488
ب- القانون المختص بتصنيف المال إلى منقول وعقار: 489
II- المصادر: 490
III- الأعمال التحضيرية: 491
أ- في نطاق اللجان الفنية: 491
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 491
الفصل 58: **492**
I- الشرح: (الحقوق العينية) 492
أ- مفهوم ونطاق الحقوق العينية: 492
ب- القانون المنطبق على الحقوق العينية: 492
1- حق الإرتفاق: 493
2- الأصل التجاري: 494
II- المصادر: 494
III- الأعمال التحضيرية: 496
أ- في نطاق اللجان الفنية: 496
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 496
الفصل 59: **497**
I- الشرح: (المال المنقول المرسم أو المسجل) 497
أ- مفهوم المال المنقول المسجل أو المرسم ونطاقه 497
ب- القانون المنطبق على المال المنقول المسجل أو المرسم 498
II- المصادر 498
III- الأعمال التحضيرية 499
أ- في نطاق اللجان الفنية 499

ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات) 500
الفصل 60: 500
I- الشرح: (الحقوق العينية على المال العابر) 500
أ- مفهوم المال العابر 500
ب- القانون المنطبق..... 501
II- المصادر 502
III- الأعمال التحضيرية 503
أ- في نطاق اللجان الفنية 503
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات) 503
الفصل 61: 504
I- الشرح: (إشهار التصرفات) 504
أ- مفهوم الإشهار ونطاقه..... 504
ب- القانون المنطبق..... 505
II- المصادر 505
III- الأعمال التحضيرية 506
أ- في نطاق اللجان الفنية 506
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات) 506
الباب السادس: الإلتزامات 507
القسم الأول..... 507
الإلتزامات الإرادية 507
الفصل 62: 507
I- الشرح: (القانون المنطبق على العقد) 507
أ- اختيار القانون المنطبق على العقد: 509
ب- قانون العقد في غياب الإختيار: 511
ج- مضمون العقد وشكله:..... 513
II- المصادر:..... 514
أ- القانون الداخلي:..... 514
1- التشريع: 514
ب- التشريع المقارن: 516

III- الأعمال التحضيرية: 521
أ- في نطاق اللجان الفنية: 521
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 522
الفصل 63: 523
I- الشرح: (القانون المنطبق على عقود إستغلال العقارات) 523
II- المصادر: 523
III- الأعمال التحضيرية: 524
أ- في نطاق اللجان الفنية: 524
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 525
الفصل 64: 526
I- الشرح: (نطاق القانون المنطبق على مضمون العقد) 526
1- وجود العقد: 526
2- صحة العقد: 527
3- تأويل العقد: 527
4- تنفيذ الإلتزامات المترتبة عن العقد: 528
5- نتائج عدم التنفيذ: 528
6- إنقضاء الإلتزام: 529
7- آثار بطلان العقد: 529
ج- إنتقاص العقد: 530
د- تحول الإلتزام: 530
II- المصادر: 531
III- الأعمال التحضيرية: 532
أ- في نطاق اللجان الفنية: 532
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 534
الفصل 65: 535
I- الشرح: (القانون المنطبق على إنتقال الإلتزامات التعاقدية) 535
أ- مفهوم إنتقال الإلتزام ونطاقه: 535
ب- القانون المنطبق على إنتقال الإلتزام التعاقدي: 536
II- المصادر: 537

III- الأعمال التحضيرية: 539
أ- في نطاق اللجان الفنية: 539
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 539
الفصل 66: 540
I- الشرح: (القانون المنطبق على المقاصة) 540
أ- مفهوم المقاصة ونطاقها: 540
ب- القانون المنطبق على المقاصة: 540
II- المصادر: 541
III- الأعمال التحضيرية: 542
أ- في نطاق اللجان الفنية: 542
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 542
الفصل 67: 543
I- الشرح: (القانون المنطبق على عقد الشغل) 543
أ- مفهوم عقد الشغل ونطاقه: 543
ب- القانون المنطبق على عقد الشغل: 543
II- المصادر: 550
III- الأعمال التحضيرية: 552
أ- في نطاق اللجان الفنية: 552
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 552
الفصل 68: 553
I- الشرح: (القانون المنطبق على شكل العقد) 553
أ- مفهوم شكل العقد ونطاقه: 553
ب- القانون المنطبق على شكل العقد: 554
1- الإشكال المكملة للأهلية: Les formalités habilitantes 554
2- إشتراط الكتابة أو الرسمية، أو الحصول على بعض الرخص الإدارية كركن قائم بذاته لصحة العقد: 555
3- الإثبات: 555
4- إشهار العقد: 556
II- المصادر: 556

III- الأعمال التحضيرية: 559
أ- في نطاق اللجان الفنية: 559
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 560
الفصل 69: 561
I- الشرح: (القانون المنطبق على عقود الملكية الفكرية) 561
أ- مفهوم الملكية الفكرية: 561
ب- القانون المنطبق على العقود المتعلّقة بحق الملكية الفكرية: 561
II- المصادر: 562
III- الأعمال التحضيرية: 563
أ- في نطاق اللجان الفنية: 563
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 564
القسم الثاني: الإلتزامات القانونية 565
الفصل 70: 565
I- الشرح: (القانون المنطبق على المسؤولية التقصيرية) 565
أ- المسؤولية التقصيرية ونطاقها: 566
ب- القانون المنطبق على المسؤولية التقصيرية: 568
II- المصادر: 572
III- الأعمال التحضيرية: 575
أ- في نطاق اللجان الفنية: 575
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 575
الفصل 71: 576
I- الشرح: (الإتفاق على تطبيق قانون المحكمة) 576
II- المصادر: 576
III- الأعمال التحضيرية: 577
أ- في نطاق اللجان الفنية: 577
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 577
الفصل 72: 578
I- الشرح: (القانون المنطبق على المسؤولية الناجمة عن منتوج) .. 578
أ- مفهوم مسؤولية الصانع عن الضرر الناجم عن فعل المنتجات: . 578

ب- القانون المنطبق على المسؤولية عن فعل المنتجات: 580
II- المصادر: 581
III- الأعمال التحضيرية: 584
أ- في نطاق اللجان الفنية: 584
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 584
الفصل 73: 585
I- الشرح: (المسؤولية المترتبة عن حادث مرور) 585
أ- القانون المنطبق على المسؤولية المترتبة عن حوادث المرور: .. 585
ب- نطاق القانون المنطبق على المسؤولية عن حوادث المرور: ... 587
II- المصادر: 588
III- الأعمال التحضيرية: 590
أ- في نطاق اللجان الفنية: 590
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 591
الفصل 74: 591
I- الشرح: (الدعوى المباشرة) 591
II- المصادر: 592
III- الأعمال التحضيرية: 592
أ- في نطاق اللجان الفنية: 592
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 593
الفصل 75: 593
I- الشرح: (نطاق القانون المنطبق على الفعل الضار) 593
II- المصادر: 594
III- الأعمال التحضيرية: 594
أ- في نطاق اللجان الفنية: 594
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 595
الفصل 76: 595
I- الشرح: (القانون المنطبق على شبه العقد) 595
أ- مفهوم الإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم والفضالة: 595
1- الإثراء بدون سبب L'enrichissement sans cause: 595

2- دفع ما لا يلزم Paiement de l'indu: 596
3- الفضالة: La gestion d'affaires: 596
ب- القانون المنطبق: 596
ج- نطاق القانون المنطبق على شبه العقود: 597
II- المصادر: 598
III- الأعمال التحضيرية: 599
أ- في نطاق اللجان الفنية: 599
ب- في نطاق مجلس النواب (المداولات): 599
المراجع 601
I/- باللغة العربية 601
الكتب 601
الدوريات 604
المقالات والدراسات 604
الإتفاقيات الدولية 605
فقه القضاء 607
أ- المنشور 607
ب- فقه القضاء غير المنشور 610
II/- باللغة الفرنسية 611
الفهرس 613