الجمهوريـــة التونسيـــة
وزارة العدل وحقوق الإنسان
المعهد الأعلى للقضاء

*مصلحة الطفـــل الفضلى في القانون والقضاء *

و

*آثـــار القرارات الأجنبية بالبلاد التونسية *

ملتقى جهوي

الجمعة 12 مارس 2004 بالكاف

البرنامـــج

***

9.00 – كلمة الترحيب – **السيـــد الهادي الحجاجي**
الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف بالكاف

9.15 – كلمة الإفتتاح – **السيـــد حسن بن فلاح**
المدير العام للمعهد الأعلى للقضاء

9.30 – كلمة السيد والـــي الكاف

10.00 – استـــــــــراحة

10.30 – <u>المداخلة الأولى</u> :

– مصلحة الطفل الفضلى – **السيـــد عمـــاد بالرجب**
قاضي التحقيق الأول بالمحكمة الإبتدائية بسليانة

11.00– <u>المداخلة الثانية</u>:

– آثار القرارات الأجنبية بالبلاد التونسية – **السيد واصف خليل**
القـاضي بالمحكمة الإبتدائية بجندوبة

11.30 – نقـــــــاش

13.00 – كلمة الإختتام – **السيد حسن مبارك**
الوكيل العام لدى محكمة الإستئناف بالكاف

الجمهوريـــــة التونسيـــــة
وزارة العدل وحقوق الإنسان
محكمة الإستئناف بالكـــاف

****

مصلحة الطفل الفضلى

****

إعـــداد : عمـــاد بـــن رجـــب
حاكـــم التحقيـــــق
بالمحكمة الإبتدائية بسليانة

ك /م

الجمهوريـــــة التونسيـــــــــة

وزارة العدل وحقوق الانسان

محكمـــة سليانـــة الابتدائيـــــــة

مصلحـــة الطفـــل الفضلـــــى

*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*_*

تتبـــوأ الطفولـــة في بلادنا مكانة راقيـــة شاملـــــة مســـــت هـــــذه الفئة الاجتماعيـــة بشكـــل مباشـــر شـــأنها شـــان الفئـــــات الأخرى المشكلة للمجتمع وذلـــك في اطار منظومـــة حقوق الانســـان . والحقيقة ان حقوق الانسان في تونس هي ممارســـــة فعليـــة وليســـت شعارات فضفاضة لا ترتقي لواقع التطبيق ولاجل ذلك اريـــد ان تكـــون مجلة حماية الطفل انجازا رائـــدا يدخـــل فـــي الانجـــازات التشـــريعية والاجتماعية التي تهم الانسان بصفة عامة وتدخل في باب التعزيز لمـــا هو ثابت وموجود في مجال الحريات الاساســـية الفرديـــة والجماعيـــة وانطلاقا من الايمان بان النهوض بالانسان وتحقيق توازنـــــه النفســـي والاجتماعي يبدا من مرحلة الطفولة لما لتلك المرحلة من اهميـــة فـــي صقل وتكوين الانسان التونسي المستقبلي والفاعل الايجابي في مجتمـــع مدني قوامه الانجاز والبناء والرقي ومصلحة هذا الوطن .

ولقد انبنت مجلة حماية الطفل على مجموعة من المبادىء والقيم والمفاهيم ذات الأبعاد الكونية والاجتماعية والأخلاقية والقانونية قوامها والرابط بين جميعها تحقيق مصلحة الطفل الفضلى الذي يعيش صعوبات بدنية أو أدبية أو اجتماعية وفي ذلك تتنزل وجوبية حمايته من كل أشكال التجاوزات والمخاطر التي تتهدده وهي في الواقع مسؤولية مشتركة يتحملها الى جانب المجتمع أسرة ذلك الطفل نفسه باعتبارها الخلية الأساسية التي يترعرع وسطها وينشأ فيها طبق المباديء والقيم التي تلقن له .

ولأجل ذلك أ ولى المشرع صلب مجلة حماية الطفل اهتماما بالغا بمصلحته الفضلى وأكسى ذلك المفهوم صيغة الوجوب والالزام بان ذكر بالفصل الرابع منها " يجب اعتبار مصلحة الطفل الفضلى في جميع الاجراءات التي تتخذ بشأنه " ويكون ذلك الواجب محمولا على جميع الهياكل المتداخلة في موضوعه منها القضائية او الادارية أو المؤسسات المهتمة بشؤونه الاجتماعية سواء كانت منها المؤسسات ذات الصبغة العمومية أو الخاصة .

والسؤال هنا ما هي مصلحة الطفل الفضلى ؟

لقد وردت عبارة مصلحة الطفل الفضلى صلب احكام الفصل الرابع من المجلة كما سبق القول الا أن المشرع لم يحدد تعريفا خاصا بها ، وهي في حقيقة الأمر لها مفهوم نسبي يختلف من مشرع الى مشرع بحسب التركيبة الاجتماعية والدينية والأخلاقية السائدة في المجتمعات ومن قاض الى أخر بطبيعة شخصيته وتكوينه والقانون المطالب بتطبيقه .

والــرأي عندي وانه يمكــن تعريف مصلحة الطفل الفضلى بالهـــدف المراد تحقيقه من سن مجلة حمايــة الطفــل وهو أساســا ابقاء الطفل في محيطه الأسري وبذلك تكون " مصلحة الطفــل الفضلــى فــي كــل اجــراء يبقي وبقــدر الامكان الطفــل في محيطـــه العــائلي" وهــو تعريف أسس له سيادة رئيس الجمهوريــة في خطابــه بمناسبة حفــل امضاء قانون اصدار مجلــة حمايــة الطفــل يوم التاســع مــن شــهر نوفمبر 1995 بقوله حرفيا " أن حق الطفل في الحماية ضد كـــل اشــكال التجاوزات والمخاطر التي تتهدده هو مسؤولية موكولة بالدرجة الأولــى الى الأبوين وهي كذلك مســؤولية اجتماعيــة تســتوجب جملــة مــن الضمانات القانونية والمؤسسات الكفيلة بدعم الأسرة باعتبارها الخليــة الأساسية للمجتمع والمحيط الطبيعي لتنشئة الأطفال ورعايتهم " وهـــو الأمر الذي كرسته كذلك أحكام الفصلين السابع والثامن من المجلة .

ولتحقيق مصلحة الطفل الفضلى جاءت مجلــة حماية الطفـــل مقـوة لآليات ومؤسسات واجراءات من شانها تكريس ذلك الهـــدف سواء فيمــا يتعلــق بالطفل المهدد موضــوع الفقــرة الأولـــى أو الطفـــل الجانح موضــوع الفقــرة الثانيـــة .

.الفقرة الأولى

.المصلحة الفضلى بالنسبة للطفل المهدد :

الواضح والثابت وان أحكام ونصوص مجلة حماية الطفل تهدف أولا الى ابقاء الطفل في محيطه الأسري لدى عائلته بالدرجة الأولى لأهمية دور الأسرة الوقائي في حمايته وتأكيدا لمسؤولياتها في تنشئته تنشئة متكاملة ومتوازنة وطبيعية .

ولقد اورد المشرع التونسي بالفصل 20 من مجلة حماية الطفل وانه من الحالات الصعبة التي تجعل الطفل مهددا في صحته او سلامته البدنية او المعنوية حالات فقدانه لوالديه وتعريضه للاهمال والتشرد والتقصير في تربيته ورعايته والتعود على سوء معاملته واستغلاله جنسيا واستغلاله كذلك في الاجرام المنظم وتعريضه للتسول وعجز الأبوين أو من يسهر على رعايته .

ويتناوب على حماية الطفل في تلك الحالات فيما يتعلق بجانبها الاجتماعي والوقائي مندوب حماية الطفولة الواقع التنصيص عليه كمؤسسة حديثة بالباب الأول في الحماية الاجتماعية وقاضي الاسرة في جانبها القضائي والواقع التنصيص عليه في الباب الثاني تحت عنوان الحماية القضائية .

ويتولى مندوب حماية الطفولة حفظ الطفل من كل خطر يتهدده ويتهدد سلامته وقد خولت له صلاحيات واسعة نصت عليها أحكام الفصل 30 وما بعده من تلك المجلة .

وتأكيدا على الدور الذي يقوم به مندوب حماية الطفولة فلقد جاء بالفصل 36 منها على تمتيعه بصفة مأمور الضابطة العدلية ولم يكن ذلك التنصيص اعتباطيا اذ أن القيام بالأبحاث الاجتماعية وسماع الأبوين

والدخول لأي مكان يوجد فيه الطفل والقيام بالتحقيقات وغيرها كما هو منصوص عليها بالفصل 35 تقتضي من جهة توسيع صلاحياته ومن اخرى توفر صفة الضابطة العدلية فيه .

والسؤال هنا اذا كان لمندوب حماية الطفولة الحق في الدخول لأي مكان يوجد فيه الطفل وبالنسبة لمحلات السكنى باذن شاغليها أفلا يتعارض ذلك مع مبدا مصلحة الطفل الفضلى في ابقائه بمحيطه الاسري وبذلك اعطاء الأسرة دورها الأساسي في رعايته ، ثم ما الجدوى بالتنصيص على ذلك الحق اذا رفض ساكنوا المحل السكني تمكينه من الدخول الأمر الذي يجرنا الى طرح السؤال الوليد : ماهي الاجراءات والصلاحيات المخولة لمندوب الطفولة في حالة تحقق رفض الدخول ؟ هل له الحق في الاستعانة باعوان القوة العامة الحاملين لصفة الضابطة العدلية ؟ واذا كان الامر كذلك فمن أي جهة يستأذن ؟ ثم ألا يعتبر دخول مندوب الطفولة قسرا لمحل سكني متعارضا مع روح نصوص المجلة الهادفة اساسا الى معاملة الطفل معاملة انسانية اجتماعية نظرا لصغر سنه وحساسية الموقف الذي يمكن ان يوضع فيه وما يمكن ان تحدثه الاجراءات الصدامية الجافة المجردة من بعدها الاجتماعي والانساني من عقد لديه تفرغ العمل الاجتماعي والانساني المذكور للمندوب من روحها وغاياتها المنشودة .

ان الفقرة الاخيرة من الفصل 35 من المجلة وان جاءت بالاجابة عن بعض تلك التساؤلات وذلك بالتنصيص على الحصول على اذن عاجل من قاضي الاسرة بناء على مطلب يقدم اليه فان ذلك لا يحل الاشكال ، ذلك ان روح التشريع المتعلق بحماية الطفل هو قانون اجتماعي انساني بالاساس تراعى فيه مصلحة الطفل الفضلى بقطع النظر عما

تعنيه تلك النصوص من تحديد لصلاحيات معينة لجهة ما من الجـــهات المتداخلة في مجال حماية الطفل .

والواضح من منطوق الفقرة الأخيرة من الفصل 35 من المجلة وان هـذه الاخيرة تحيلنا الى مؤسسة قاضي الاسرة وهي المؤسسة المخول لـــها مراقبة اعمال مندوب حماية الطفولة والمصادقة على تدابيره .

غير انه وفي حالة الخطر الملم فقط فلمندوب حماية الطفولة التصـــرف دون اذن قاضي الاسرة على انه عليه اعلامه في اجل اقصـــاه اربعـــة وعشرين ساعة وذلك بالصبغة الاستعجالية و المتاكدة للتدبير المذكـــور كما هو منصوص عليه بالفصلين 47 و48 من ذات المجلة .

هذا وتعتبر مؤسسة قاضي الأسرة من المؤسسات التـــي نـــص عليـــها المشرع في الباب الثاني من المجلة وتدخل في اطار الحماية القضائيـــة التي امتدت لتشمل تدخل القاضي فيما يتعلق بســـلوك الانســـان الطفـــل وسلوك المحيطين به لحمايته من نفسه اولا باعتبار صغر سنه ولعـــدم قدرته على ادراك مصلحته الامر الذي يجعلـــه محتاجـــا الـــى التوجيـــه والرعاية ومن الغير ثانيا الذي من الممكـــن ان يســـتغل صغـــر ســـنه وسذاجة تفكيره وضعفه فيفعل به ما يضره وما يمس بالأمن العام وهـــو ما يمكن اعتباره نقلة نوعية في العمل القضائي .

هذا ونظرا لكون قاضي الأسرة من المؤسسات القضائية الهامـــة التـــي تلعب دورا اساسيا ورئيسيا في رعاية شؤون الطفل وحفظه من حـــالات التهديد والتهميش التي يمكن ان يعيشها يبرز ســـؤال هـــام : هـــل ان قاضي الأسرة يتعهد من تلقاء نفسه بكل حالة صعبة تهدد الطفل ؟ ام ان حالات تعهده قد وردت على سبيل الحصر ؟ واذا كانت كذلك هـــل لـــه الحق بالتدخل في غير الحالات الواردة على ســـبيل الحصـــر ؟ وعلـــى

فرض تدخله في غير تلك الحالات المبينة هل يكون تدخله باطلا اجرائيا وبالتالي لا تتحقق النتيجة والمصلحة الفضلى للطفل المعني بـــالاجراء ؟ واذا قلنا بذلك البطلان الاجرائي ألا يتعارض ذلك مع اهداف مجلة حماية الطفل نفسها ؟

الواقع أن الاجابة عن تلك التساؤولات من حيث تحديـــد صـــور تعـــهد قاضي الأسرة قد جاءت بها أحكام الفصل 51 من المجلة التـــي حـــددت صور تعهده بوضعية الطفل المهدد وهي صور اوردها الفصل المذكـــور على سبيل الحصر وتتمثل في تعهده بناءا على مجرد مطلب من قـــاضي الأطفال أو النيابة العمومية او مندوب حمايـــة الطفولـــة او المصـــالح العمومية للعمل الاجتماعي او المؤسسات المعنية بشؤون الطفولـــة او التعهد من تلقاء نفسه في الصور التي حددتها المجلة .

معنى ذلك وان تدخل قاضي الاسرة وصور ذلك التدخل قد وردت علـــى سبيل الحصر وكأنه حسب الظاهر من النص فان قاضي الاسرة لا يمكنه التعهد والتدخل في غير تلك الصور الواردة .

غير انه اذا سلمنا بظاهر النصوص القانونية بذلك الشكل المادي الضيق ألا يتعارض ذلك مع روح القانون نفسه وأهدافه الاجتماعية بالاســـاس بما ان حالة التهديد والتهميش التي يعيشها الطفل هي حالة اجتماعيـــة ولا يمكن ان تكون غير ذلك كما لا يمكن ان تفسر بذلك الشكل المـــادي الضيق لتعارضها مع المباديء العامة التي سطرتها المجلة ككل وهدفها واحد ألا وهو تحقيق مصلحة الطفل الفضلى بأنسنة النصوص وتفسيرها بشكل اجتماعي .

وهذا وحسب رأيي ما جعل المشرع وفي كامل المجلة لم يوزد ويرتـــب أي اثر في حالة ما اذا خالف قاضي الاسرة صور تعهده طالمـــا كـــانت

النتيجة المثلى قد تحققت الا وهي مصلحة الطفل الفضلـــى وهـو مـا يتوافق كذلك مع روح المباديء المثالية الراقية التي ســطرها ســيادة رئيس الجمهورية وهو ما يؤدي الى القول وان لا مانع من تعهد قاضي الاسرة بحالة الطفل المهدد اذا تقدم له الطفل مـن تلقـاء نفسـه فـي الغرض او تقدم اليه احد أقاربه لاعلامه بحالة التهديد او التهميش التي يعيشها .

وتحقيقا لتلك المصلحة الفضلى ومن باب المتابعة لها فقد جاءت احكـام الفصل 54 من المجلة موجبة لمندوب حماية الطفولة وفي حالة تعـهده من طرف قاضي الاسرة باتمام الابحاث الاجتماعية حول الطفل نفسه او محيطه ان يقدم نتيجة اعماله اليه في اجل محدد الا وهو اجـل شـهر واحد ولا يمكن له ان يتجاوز ذلك الأجل الا اذا ما اقتضت الضرورة ذلك وفي حالة الحصول على اذن بالتمديد من طرف القاضي نفسـه بقـرار يصدر في الغرض .

والسؤال المطروح والهام هنا : ما هو الحل اذا تاخر منـدوب حمايـة الطفولة عن مد قاضي الاسرة بنتيجة اعماله في الاجال او تعذر عليـه لأسباب منعته من تحقيق وانجاز اعماله كعدم حضور احـد الاطـراف المعنية لديه ، او رفضه ذلك ؟ ثم كيف يتصرف قاضي الأسرة نفسـه في حالة عدم حضور احد الاطراف لديه او رفضه الحضور؟ هل له مثلا ان يصدر بطاقة جلب ضد من لم يحضر قياسا على الاجراءات الجزائيـة المتخذة في شأن من يمتنع عن الحضور سواء بالنسبة للانسان الراشد او للطفل الجانح ؟

الواقع وان المشرع لما سكت عن التنصيص عن الاجـراءات الواجـب اتخاذها لاحضار كل معني لدى مندوب حماية الطفولة او لـدى قـاضي

الاسرة فان ذلك السكوت لم يكن سهوا منه بما انـــه لا يتعـارض مـــع اساس المجلة وهدفها الا وهو تحقيق مصلحة الطفل الفضلى بمـــا انـــه وكما سبق القول من كون الاجراءات الجافة والمجـــردة مـــن بعدهـــا الانساني والاجتماعي لا يمكن ان تخلف بالضرورة غير تعميـــق عقـد الطفل النفسية والاجتماعية وتنمي بالتالي حالة الحقد لديه وتعيـــق أي امل في اصلاحه وتنشئته بشكل سليم نظرا لهشاشة نفســـيته وتكوينـــه الجسدي .

وهو الامر الذي يقتضي من كل هيكل متداخل في مجال حمايـــة الطفـــل المهدد بذل مجهود مضاعف وقدرة كبيرة على استيعاب مشاكل الطفـــل وايجاد الحلول المناسبة لها في ابانها .

ولاجل ذلك ربط الفصل 54 قرار التمديد الصادر مـــن قـــاضي الاســـرة لمندوب حماية الطفولة بضرورة اقتضاء مصلحة الطفل الفضلى لذلـــك التمديد وموافقة قاضي الاسرة على ذلك وهي ليست بالالية بـــل هـــي مرتبطة بمدى تحقق المصلحة الفضلى لذلك الطفـــل مـــن وراء قـــرار التمديد من عدم ذلك .

ويلاحظ هنا وطبق ما تبين من ذلك الفصل فان مصلحة الطفل الفضلـــى جاءت سابقة عن قرار التمديد ليصبح بالتالي هذا الاجراء الاخير بالذكر نتيجة الية للمصلحة الفضلى ولا يكون لقاضي الاسرة في هذه الحالة الا الموافقة على قرار التمديد دون خيار او اجتهاد اذا تحققت وثبتت تلـــك المصلحة وتاكد تحققها من وراء التمديد .

هذا ويتولى قاضي الاسرة أخذ قراراته بعد استكمال الأبحاث الاجتماعيـة وغيرها المكلفة بها السلط الامنية وهي القرارات والاحكام المنصـــوص عليها صلب احكام الفصلين 56 و59 من المجلة والتي تقتضي من قـــاضي

الاسرة ومن جميع الهياكل المتداخلة في مجال حماية الطفل المهدد ان تتجرد من صفتها الوظيفية الضيقة لتعمل بصبغتها الأجتماعية بعيدا عن الاسلوب الرادع والمجرد من روحه الانسانية .

وترسيخا لمبدأ تلك المصلحة الفضلى وتحقيقا لذلك فقد نص المشرع صلب أحكام الفصلين 62 و63 على مراجعة الأحكام التي يصدرها قاضي الأسرة اذ جاء الفصل 63 ناصا على امكانية مراجعة الاحكام والتدابير التي يتخذها ازاء الطفل وهي تدابيرمنصوص عليها صلب احكام الفصل 59 وذلك بمجرد مطلب ممن يهمه الأمر .

هذا وتعتبر المراجعة بمثابة نشر جديد لقضية الطفل المهدد بما ان قاضي الاسرة ملزم باعادة اتخاذ الاجراءات القانونية من جديد وهي الاجراءات المنصوص عليها صلب احكام الفصل 58 وتتمثل في سماع الطفل ووليه او حاضنه او مقدمه او كافله كما يكون عليه تلقي ملاحظات ممثل النيابة العمومية ومندوب حماية الطفولة وعند الاقتضاء محاميه .

ويبقى نظر قاضي الأسرة عند البت في مطلب المراجعة مقيدا باجل حدده الفصل 64 بخمسة عشر يوما التي تلي تاريخ تقديمه حرصا من المشرع على ضرورة الاسراع بمعالجة الحالة الطارئة التي اقتضت اجراء المراجعة وبالتالي اتخاذ القرار الجديد المناسب للوضع الجديد الذي اصبح عليه الطفل .

.الفقـــرة الثانيـــة :

.المصلحة الفضلى للطفل الجانح :

اذا كان قاضي الاسرة ينظر اساسا في حالة الطفل المهدد فان قـــاضي الاطفال يختص بالنظر في الحالات المعنية بجنوح الطفل أي ذلك الطفـل المرتكب لجريمة سواء كانت مخالفة او جنحة بينما تكـــون الجنايـات المرتكبة من طرفه من انظار قاضي التحقيق للأطفال الذي يبحث فيـــها ويتخذ الاجراء المناسب بخصوصها .

وبقطع النظر عن التصنيف التقني للجرائم المرتكبة من طرف الطفـــل الجانح فان المبدا يبقى ثابت الا وهو مراعات مصلحته الفضلى وعـــدم فصله عن محيطه الاسري قدر الامكان وعدم اتخاذ أي اجـــراء تجاهـــه يبعده عن ذلك المحيط ذلك ان اساس تدخل اجـــهزة العدالـــة الجزائيـــة بجميع تصنيفاتها هو ايجاد وتوفـــير الحلـــول الملائمـــة ذات الصبغـــة الاجتماعية بالأساس استنادا لـــــروح النصـــوص القانونيـــة وللابعـــاد الانسانية لها والاعطاء بالتالي للبعد الوقائي والتربوي الحـــيز الشـــامل والنافذ .

ولاجل ذلك نص المشرع بصيغة تكاد تكون مشمولة بصيغة الالزام حين ذكر بالفصل 13 من المجلة عبارة " ويجتنب قدر الامكان الالتجاء الـــى الاحتفاظ والايقاف التحفظي والى العقوبات السالبة للحرية " وخاصة تلك القصيرة المدة التي لا تخول للمؤسسات المعنية الحيز الزمني الكـــافي لاصلاح الطفل بتلك المؤسسات المعنية به والتي تعتبر شريكه في اتخاذ القرارات واختيار التدابير التي تتماشى ومصلحة الطفل الفضلى كما جاء ذلك بالفصل 14 منها .

وقد جاء الفصل 14 المذكور جامعا لاليات تحقيق مصلحة الطفل الفضلى بان جاء فيه تكريس لاجراءات الوساطة والتجنيح وعدم التجريم .

وتعتبر الوساطة الية جاء التنصيص عليها صلب احكام الفصل 113 وهي ترمي الى ابرام صلح بين الطفل الجانح ومن يمثله قانونا وبين المتضرر او من ينوبه او ورثته وهدفها الرئيسي والاساسي ايقاف مفعول التتبعات او المحاكمة او التنفيذ وذلك في صورة ارتكاب الطفل لمخالفة او جنحة فقط دون الجناية التي لا تجوز فيها الوساطة طبق احكام الفصل 115 من المجلة وذلك لما لتاثير تلك التتبعات او المحاكمات من تاثير على نفسية الطفل في حالة استمرارها من اعاقة لمصلحته الفضلى الهادفة اساسا لتنشئته في محيط اسري واجتماعي متكامل وسليم .

والسؤال ما هي آليات واجراءات الوساطة ؟ ومن هي الجهة المعنية بالقيام بتلك الاجراءات ؟

الواقع ان الاجابة عن تلك التساؤلات جاءت صلب احكام الفصل 116 من المجلة الذي جاء به وانه يرفع المطلب الى مندوب حماية الطفولة الذي يتولى الجمع بين طرفي الخلاف ويبرم الصلح بينهما ثم يتولى احالته على الجهة القضائية المعنية التي تتولى اكسائه بالصيغة التنفيذية ما لم يتعارض ذلك مع مباديء النظام والأخلاق العامة .

هذا وقد خولت الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور لقاضي الأطفال مراجعة كتب الصلح مراعاة لمصلحة الطفل الفضلى وهذا لعمري تأ كيدا على ان المنظور اساسا في كل اجراء يتخذ ضد الطفل هو مصلحته الفضلى .

اما بالنسبة لمؤسسة التجنيح فالواقع فان تلك المؤسسة لم يكن لها وجود تشريعي لا بالنسبة للجرائم المرتكبة من طرف الرشد ولا كذلك بالنسبة للجرائم المرتكبة من طرف الأطفال وقد كان الفضل للقانون الصادر به هذه المجلة في اكساء هذه المؤسسة بعدها التشريعي النصي عندما تناولها الفصل 69 منها الذي جاء ناصا على امكانية تجنيح كل الجنايات المنسوبة للاطفال ما عدا منها جرائم القتل لخطورة تلك الجريمة اساسا .

والواقع فان المشرع التونسي بالتنصيص على التجنيح في كل الجنايات تستثني منها جرائم القتل فقد اكمل ما كان مدعاة للتساؤل حول عدم اجازة الاستنفاذ بامتيازات الوساطة بالنسبة للطفل اذا ارتكب جناية باعتبار وان المؤسستين المذكورتين وان اختلفتا عنوانا فان هدفها واحد وهو تحقيق مصلحة الطفل الفضلى في اطار من التكامل بين المؤسسات القانونية ذلك ان محاكمة الطفل الجانح من اجل الجنحة بدل الجناية له فيها امتيازات قصوى أساسها سرعة فصل الدعوى باختصارها على قاضي الأطفال بدل بحثها لدى قاضي التحقيق للأطفال ثم احالتها على دائرة الاتهام للأطفال ثم لمحكمة الأطفال.

اما بالنسبة لمؤسسة عدم التجريم فقد جاء التنصيص عليها صلب أحكام الفصل 68 الذي متع الطفل بقرينة غير قابلة للدحض على عدم قدرته على خرق القوانين الجزائية اذا لم يكن قد بلغ سن الثلاثة عشر عاما معنى ذلك وان الطفل ومهما كان الجرم المرتكب من طرفه وبقطع النظر عن تصنيفه التقني والفني فلا يمكن بتاتا مؤاخذته جزائيا ليبقى الالتجاء للتعويض او الصلح للقضاء المدني او لمؤسسة الوساطة في حالة ارتضاء جميع الأطراف بذلك .

هذا ولا يفوتنا ان نذكر وان الفصلين 107 و108 من مجلة حماية الطفل نصا على مبدا حماية الطفل في طور التنفيذ بارسائه لنظام الحرية المحروسة .

هذا ويشكل نظام الحرية المحروسة أسلوبا ناجعا في معالجة جنوح الاطفال وذلك لما يقتضيه الأمر من متابعة لذلك الطفل في محيطه الطبيعي اولا ولتقييم مدى استجابته للتدابير المتخذة بشانه ثم لتحقيق التدخل في وقته المناسب لحمايته من كل ما من شانه ان يؤثر على السلوك القويم لديه حماية له من العود للسلوك الاجرامي وهي كذلك تهدف لتاهيل المحيط الذي يعيش به الطفل تاهيلا سليما يوفر الارضية اللازمة السليمة والمساعدة على معالجة وضعية الطفل الجانح فيما كان ارتكبه من سلوك اجرامي وبالتالي فهي توفر وتساعد على توفير العلاج للطفل نفسه ولمحيطه الاجتماعي الامر الذي يجرنا الى القول بازدواجية مرامي ذلك النظام وهما تجنب فصل الطفل عن ابويه خاصة اذا كانا قادرين على تحقيق مصلحته الفضلى بشكل مباشر .

هذا وتبقى امكانية الفصل قائمة عند هذه الحالة اذا ما اقتضت الضرورة ذلك لصيانة مصلحته الفضلى ، اضافة لاعطاء الاعتبار للعمل الوقائي داخل الاسرة لما لها من دور اساسي وجذري في تنشئة الطفل.

هذا ويمكن القول وان تلك المؤسسات تتدخل وقائيا وذلك بشكل مطلق وفي جميع الحالات التي يكون فيها الطفل مهددا في صحته او سلامته في جميع أوجهها الجسدية أو المعنوية ضمن المحيط الذي يعيش به ذلك الطفل سواء كان داخل اسرته او خارجها وخاصة منها تلك الحالات الواردة على سبيل الحصر ضمن احكام الفصل 20 من مجلة حماية الطفل المشار اليه اعلاه .

الخاتمـــــــــــــــــة :

لقد اعتمدت بلادنا استراتيجية كاملة ومتكاملة في تحركها الشمولي فـي مجال حقوق الانسان ومنها حقوق الطفل والسعي لتحقيـــق مصلحتـــه الفضلى في جميع الاجراءات والقرارات والقوانين الصادرة والمعتمـــدة في شانه بشكل دؤوب مستمر لايتوقف ومـــن هـــذا المنطلـــق تعـــددت المبادرات وتلاحقت الاصلاحات الجوهرية الرامية الى تطوير التشريعات ودعم الهياكل المعنية بالطفولة ومتابعة ذلك وهذه التدابير والاجـــراءات تنم عن رغبة واضحة على تاسيس ما وجد واستشراف في نفس الوقت للمستقبل وما يمكن ان ينجز على ما انجز وتبقى مجلة حماية الطفل اهم انجاز وعلامة وضاءة في تاريخ تونس التغيير برزت من خلال ثناياهـــا عناية سيادة رئيس الجمهورية بالانسان وبالطفولة لمـــا جمعـــت هـــذه المجلة من قيم انسانية ومفاهيم حضارية اســـــت علـــى اعتبـــار وان النهوض بالانسان وضمان توازنه النفساني والاجتماعي يبدا من مرحلة الطفولة وان الضرورة تقتضي العناية به وتربيته على اساس مجموعـة من المنطلقات والقيم ابرزها تنشئته على الاعـــتزاز بهويتـــه الوطنيـــة والوفاء لتونس واعداده لحياة حرة مسؤولة في مجتمع مدني قائم علـى الربط بين الوعي بالحقوق والالتزام بالواجب .

وفي الختام ارجو ان اكون قد وفقت في هذا الانجاز المتواضع الواقع القاؤه امام الحضور الكريم .

المراجـــــع :

1 ــ خطاب سيادة رئيس الجمهورية بمناسبة حفل امضاء قانون اصدار مجلة حماية الطفل بقرطاج بتاريخ 1995/11/09 .

2 ــ مجلة حماية الطفل

3 ــ مجلة القضاء والتشريع العدد 3 السنة 39 مارس 1997 .

4 ــ مجلة القضاء والتشريع العدد 08 السنة 40 اكتوبر 1998

5 ــ مجلة القضاء والتشريع العدد 01 السنة 41 جانفي 1999

6 ــ مجلة القضاء والتشريع العدد 09 السنة 41 نوفمبر 1999

7 ــ مجلة القضاء والتشريع العدد 1 السنة 44 جانفي 2002 .

8 ــ مجلة الامتياز نشرية ثقافية اخبارية تصدرها شعبة قمرت القريـــــة كل ثلاثة اشهر ــ العدد 14 اوت 2001.

آثار القرارات الأجنبية في تونس

خارج نطاق الإذن بالتّنفيذ

إعداد السيد : محمد واصف جليّل

قاضي بالمحكمة الإبتدائية بجندوبة

المقدمـــة

أظهر تطوّر الحياة الإجتماعية والإقتصادية في العصر الحديث احتياج المجتمع لما بيد الآخر فأدّى ذلك حتما إلى قيام علاقات تعامل بين أفراد الأقاليم والدّول ازدهرت مع الأيام ونشأ عن ذلك نوع جديد من الرّوابط القانونية هي الرّوابط ذات الطابع الدّولي لاشتمالها على عنصر أجنبي سواء في موضوعها أو في سببها أو في أطرافها وهي لا تخضع في تنظيمها إلى القانون الداخلي للدولة لأنّ خُضوعها له من شأنه أن يحدّ من نمو تلك الرّوابط الدولية وازدهار ما تُنتجه من معاملات. واصبح من الضّروري عدم الإكتفاء بالحديث عن الحكم القضائي الوطني بل وتجاوز ذلك إلى الحديث عن الحكم القضائي الأجنبي والقرارات الأجنبية عموما.

وإنّ قبول قرار أجنبي صادر عن دولة أجنبية داخل إقليمها وباسم سيادتها وجعله منتجًا لآثاره داخل التراب الوطني من شأنه أن يلقى معارضة لما في الأمر من مساس بمبدأ السيادة الذي هو خاصية جوهرية تنبني عليها الدولة الحديثة. وأمام ما أملته ضرورات التعاون القضائي من جهة، والتمسّك بسيادة الدّولة وعلويتها من جهة أخرى، وجب التوفيق بين كليهما دونما إفراط أو تفريط، لأنّ الإنغلاق على الذات والتشدّد في التعامل مع الآخر هي نظرة تجاوزتها الأحداث ولا تمكّن بحال من تحقيق التطور المنشود وأمّا الإنفتاح لحد طمس رموز السيادة ومعالمها فلا سبيل إليه لأنّه من واجب الدولة وحدها رسم سياستها التشريعية والمحافظة عليها. وبقدر هذا التوفيق يكون النّفع للأفراد، سواء مواطني تلك الدّولة أو الأجانب منها، لأنّ إحرازهم على حكم أجنبي سيجد له صدى وآثارا داخل الدولة المطالب بالإعتراف لديها.

وقد اختلفت النُّظم القانونية في الطُّرق المتّبعة لإعتماد الحكم الأجنبي، فمنها من يشترط رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحق الذي أقرّه الحكم الأجنبي، وأنظمة أخرى تُقرّ بقابلية الحكم للإعتراف به وتنفيذه إذا ما توفرت فيه شروط مضبوطة وإجراءات دقيقة. ومن هنا ظهر نظامان نظام المراقبة القضائية من جهة، ونظام المراجعة القضائية من جهة أخرى، ليوجد بعدهما نظام ثالث اختار حلاّ وسطًا والذي به يسمح للقاضي بمراقبة الشروط الخارجية الأساسية للحكم وكذلك موضوعه ولكن دون تعديله ويسمّى بنظام المراقبة غير المحدودة.

وقد نهج التشريع التونسي على منوال الدول الآخذة بهذا النّظام الأخير بحيث يكون على القاضي الوطني المعروض أمامه القرار الأجنبي أن يتولى فحصه من الناحية الشكلية وكذلك الإجراءات المتّبعة في إصداره إضافة إلى النظر في محتواه إن كان متماشيا مع مقتضيات النظام العام الوطني في مفهومه الدولي.

ويجدر في هذا الإطار التعرّض إلى الظروف التي وقع فيها سنّ القواعد المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية ببلادنا فقد صدرت مجلة المرافعات المدنية والتجارية[1] مباشرة إثر الإستقلال فكرّست طريقة الإذن بالتنفيذ وحدّدت الإختصاص الدّولي للمحاكم التونسية وقد تزامن ذلك مع توحيد القضاء والتشريع.

وقد صاغ المشرع أحكام هذا الموضوع في مناسبة أولى صلب الفصول 284 و 286 و 288 ثم صدر القانون عدد 66 لسنة 1966 المؤرخ في 26-07-1966 فنقّح هذه الفصول وأعاد النظر فيها وأصبح ينظم المسألة ويحتوي الموضوع بالفصول من 316 إلى 321 من المجلة ثمّ وفي مرحلة أخيرة تمّ سنّ مجلة القانون الدولي الخاص وذلك خلال سنة 1998[2] والتي بقدر أهميتها فإن إحداثها كان ضرورة حتّمتها التطورات المعاشة على الصعيد العالمي، ولتواكب المسار الذي سلكته ووصلت إليه بقيّة الدّول المتقدّمة في مجال القانون الدّولي الخاص.

و يطرح التساؤل بخصوص الأحكام الجزائية الأجنبية والأخرى الإدارية خصوصًا وأنّ ميدان القانون الدّولي الخاص يرتكز على القرارات المدنيّة والتّجارية.

إن مثل هذه الأحكام لا تدخل مبدئيّا في ميدان القانون الدّولي الخاص لأنّها تصدر في محيط نشاط الدولة الإداري والعقابي، الذي يظهر سيادتها، لكن هذا الإقصاء لا يؤخذ على إطلاقه إذ العبرة هي بطبيعة النزاع لا بالجهة التي أصدرت الحكم. فالحكم الأجنبي الذي يفصل في مسألة ذات صبغة مدنية يعتبر حكما مدنيا يمكن اعتماده وتنفيذه ولو كان صادرا عن القضاء الإداري وكذلك الشّأن بالنسبة للحكم المدني التابع للدعوى الجزائيّة والصادر عن القضاء الجزائي.

وقد شمل التوسّع أيضًا في مجال الإعتراف تبني م.ق.د.خ لمفهوم القرار الأجنبي بصورة مُوسّعة بعد أن كان لا يُعترف إلا بالأحكام القضائية في مفهومها الضيق، وهذا دلالة على التفتح والتحرر وتكريس مبدأ قبول الآخر والتعامل معه.

---

[1]- القانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 1959/10/05

[2]- القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/11/27

فالحكم القضائي هو القرار الصادر عن محكمة مشكّلة تشكيلا قانونيّا في منازعة مطروحة لديها بمقتضى خصومة رفعت إليها وفقا لقواعد المرافعات[1]. أما القرارات غير القضائية فهي تلك القرارات التي تصدر عن هيئة تتوفر فيها صفة المحكمة مثل القرارات المتعلقة بالنفقة وإجراءات حماية القصر[2] التي تصدر عن الإدارة في البلدان الإسكندنافية كالسويد والنرويج. بالرّغم من أن هذه القرارات ليست لها صبغة الأحكام لأنها لم تصدر عن سلطة قضائية، فإن ذلك لا يمنع إمكانية الإعتراف بها استنادا على أن الفقرة الثانية من الفصل الأول من م.ق.د.خ والتي أشارت إلى الأحكام والقرارات الأجنبية والتي تتبنى التفرقة بين الأحكام من جهة وتقصد بها القرارات القضائية والقرارات من جهة أخرى وتقصد بها القرارات غير القضائية. وممّا يدعم ذلك أنّه لا يوجد أي مبرّر لاستبعاد هذه القرارات بسبب كونها لم تصدر عن محكمة وهو ما لا يتماشى مع روح القانون الدولي الخاص الذي يقوم على احترام اختيارات التشريعات الأجنبية، فضلاً على أنّ مثل هذا الإقصاء للقرارات غير القضائية قد تكون نتائجه وخيمة على الشخص إذ قد يُؤدّي إلى عدم استقرار وضعيته المدنية.

و نُشير في هذا الإطار إلى أنّ القرار الأجنبي لكي يُعتمد ويُنتج آثاره وجب أن يتوفّر فيه شرطان أساسيان هما :

أوّلا – أن يكون القرار الأجنبي صادرا باسم سيادة دولة أخرى : فالمعيار المعتمد هنا هو السيادة لا المعيار الجغرافي، من ذلك أنّه بالإمكان الإعتراف بقرار مُتّخذ من طرف سلطة قنصلية على تراب الدولة المطلوب الإعتراف بالقرار لديها[3]. كذلك يُطرح التساؤل والأمر متعلق بالسيادة حول الدولة غير المُعترف بها والمُصدرة لذلكم القرار؟ الرأي الغالب هنا هو وُجوب الإعتراف بالقرارات الصادرة عن دولة غير مُعترف بها إذا ثبت أنها مارست السلطات الطبيعية للدولة[4]، ذلك أنّ عدم الإعتراف بالدولة يجب أن لا يُضرّ بحقوق اكتُسبت بصفة شرعية[5].

ثانيا– الهيئة المصدرة للقرار : من الجائز أن يصدر القرار عن هيئة غير قضائية مثل هيئة إدارية فيكون له التأثير على المراكز القانونية للأفراد وبالتّالي جاز الإعتراف به كما في أحكام الطلاق الصّادرة عن السلطة الإدارية في بعض البلدان مثل اليابان والصّين.

---

[1]– دروس الأستاذ الباشا البحّار بالمعهد الأعلى للقضاء " وسائل التنفيذ " غير منشور، جابر جاد عبد الرحمان.
القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الرابع، ص 257 .

[2]– مالك الغزواني، تنفيذ القرارات الأجنبية في مادة الأحوال الشخصية، م.ق.ت، ص 113.

[3] - Holleaux (D), Foyer (J), de la pradelle (G) : droit international privé, p 422

[4] - Audit (B); droit international privé, n° 443

[5] - Batiffol et la Garde; droit international privé, n° 713

ويُمكن توسيع هذا الحل ليشمل أحكام الطلاق أو ابطال الزواج وغيرها الصادرة عن سلطة دينية معترف بها في الدول الأجنبية، والغاية من ذلك هي تنظيم الحالة المدنية للأشخاص[1]. وكان على المشرّع التونسي أن يُدرج صراحة مثل هذا التمشّي القاضي بالإعتراف والإكساء عموما للقرارات الصادرة عن سلطة غير قضائية، حتّى لا يتعارض مع مبادىء المجلّة الجديدة القاضية بتوسيع كل من مجاليْ الإعتراف والإكساء.

ومّا يمكن استخلاصه انّ مجلة القانون الدولي الخاص جاءت مترجمة لجملة هذه المبادىء والتوجهات، ساعية قدر الإمكان إلى ارساء نظام تعاون راقٍ مع القرار الأجنبي، وهو أمر دعّمته مُختلف الإتفاقيات القضائية التي أبرمتها البلاد التونسية في هذا الإطار، لتتّضح جليّا المكانة التي تُحضى بها القرارات الأجنبية وخاصة الآثار التي ستتولّد عنها.

كما أنّ الإقرار بهذه الآثار يتجاوز مصالح الدولة ذاتها ليَشملَ مُواطنيها وبالأحرى كل فرد داخلها يطلب من قضائها إنصافه وإعطائه الحق الذي منحه له قرار أجنبي، وبالتّالي هي خير كفيل لتيسير حصول الأشخاص على حقوقهم وخير ضامن لحسن استقرار وضعياتهم القانونية عموما. وإنّ هذه الآثار المتحدّث عنها لها من الأهمية التي لا جدال فيها، الأمر الذي يستدعي التساؤل عن ماهية الآثار التي من الممكن أن يُنتجها القرار الأجنبي داخل التراب الوطني بمعزل عن الإكساء؟

يُمكننا أن نحدّد هي الآثار التي يـــصح اعتبارها الآثار ذات النّفاذ المباشر من خلال آلية الإعتراف بهـــا(جزء أوّل) والقوّة الثبوتيّة التي يُحضى بها أيضا (جزء ثاني).

[1] - Bernard (C) : « Les problèmes posés par les demandes d'éxéqatur des décisions d'autorités religieuses en matière de divorce et de séparation de corps » T.C.F.D.I.P 1977- 1979, p.61

الجـــزء I : الإعتراف بالقرارت الأجنبيّـــة

كان لزاما على كل نظام قانوني أن يقبل حدًّا أدنى من التعاون لإعطاء أثر فوق ترابه للقرارات الأجنبية لأنّ في توفير مثل هذه المرونة شرط من شروط تعايش الأنظمة القانونية[1]. وإن البلاد التونسية، التي قبلت وتقبل دوما بالآخر، سعت إلى جعل القرار الأجنبي يُنتج آثاره داخل ترابها وذلك بمنأى عن عملية اكسائه بالصيغة التنفيذية.

وقـــد جاءت مجلّة القانون الدّولي الخاص دالّة على الأخذ بمبدأ الإعتراف مُزيحة بذلك السّكوت التشريعي الذي سبقها. فكان هـــذا الـــتّنصيص التشريعي مدعّما ومقّرا للإعتراف (مبحث1) وفي المقابل نجد عديد الإتفاقيات التي كانت البلاد التونسية طرفا فيها قد اعتنت بهذا المفهوم (مبحث 2).

مبحث 1 – الإعتراف استنادا إلى مجلة القانون الدولي الخاص :

رغم حداثة هذه المجلة فإنّ إشارتها للإعتراف بالقرارات الأجنبية لم تكن بالصّورة المرجوّة ممّـــا يستدعي معه إبراز أسس التكريس التشريعي للإعتراف (فقرة أولى) ثم تحديد مجاله (فقة ثانية).

فقرة 1 – الأسس القانونية للتكريس التشريعي للإعتراف :

يتّجه تبيان مدلول هذا الإعتراف من ناحية أولى ثم إبراز مظاهر تكريسه من ناحية أخرى.

أ – مدلول الإعتراف :

يستوجب التنفيذ الجبري للقرار الأجنبي ضرورة الحصول على الإذن بالتنفيذ من قبل المحاكم الوطنية أي واجب المرور بإجراء الإكساء بالصيغة التنفيذية، وهذا التنفيذ الجبري يتم على الأموال أو على ذات الشخص، ليبقى السؤال المطروح هنا هو هل أنّ الإكساء بالصيغة التنفيذية يكون دائما ضروريا حتّى في حال عدم الحاجة إلى التنفيذ الجبري؟

للإجابة عن هذا السؤال تبرز أهمية الإعتراف باعتباره وسيلة تُمكّن القرار الأجنبي من أن يُنتج أثره الفوري، بالرغم من أنه قد يخضع لمراقبة القاضي الوطني وهي مراقبة ستكون مخففة إضافة إلى أنّه قد يعترف للقرار الأجنبي بآثار عامة بوصفه حكما وبقطع النظر عن مصدره، مما يعفيه من التشدّد في مراقبته من ناحية شرعيته الدولية. وقد يحدث ان ينتج هذا الحكم آثارهُ حتّى قبل خضوعه للمراقبة والتي من المفروض إجراؤها بمجرّد تمسّك أحد الأطراف بعدم الشرعيّة.[2]

---

[1]- رجاء بوسمّة : الإعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، رسالة لنيل شهادة ختم الدّروس بالمعهد الأعلى للقضاء، 1996-1997، ص.4.

[2] - Alexandre (D) ; Les effets des jugements étrangers indépendants de l'éxéquatur, T.C.F.D.I.P, 1975-1977,p.60

ينجرّ عن الإعتراف مبدئيّا عنصران أوّلهما حجية الأمر المقضي بمفهومها السلبي المتمثل في الحيلولة دون إعادة نشر النزاع الذي وقع فصله بالخارج، وثانيهما يتمثل في قبول كلّ التغيرات التي أنشأها الحكم الأجنبي بالنسبة للرّابطة القانونية محل النزاع والتي تحقّقت دون حاجة لتنفيذ الحكم.

ب – مظاهر التكريس التشريعي للإعتراف :

إنّ المشرع التونسي لم يدرج صراحة وبصفة واضحة وجلية الإعتراف بالقرار الأجنبي وإعطائه تبعا لذلك آثارا خارجة عن نطاق الإكساء بالصيغة التنفيذية.

فقد ورد بالفصل 12 من م.ق.د.خ أن القرار الأجنبي له قوّة ثبوتية، وهذا بالطبع لا يعني بالضّرورة الإعتراف به، خاصة أن هذه القوة الثبوتية للقرار الأجنبي نجدها بالفصل 443 م.إ.ع[1] فقد تُوحي قراءة أولية للفصل 12 المشار إليه بأنّه لا وجود لمبدأ الإعتراف في التشريع التونسي الأمر الذي يمكن أن يتدعم لو وقع اعتماد التفسير الضيّق لهذا النص وخاصة لعبارة الإثبات الواردة به، بما يُصبح معه وكأنّ مجلة القانون الدولي الخاص لم تأت بأيّ جديد. لذا يتّجه فهم هذا النص الفهم الصحيح وإعطاء مفهوم آخر للقوة الثبوتية[2]، دون أن نذهب في التأويل إلى حدّ التعسف والخروج عن الإرادة الحقيقية للمشرع[3].

وتأسيسا على ذلك يرى أغلب الشرّاح أنّ ما ورد بهذا الفصل من وجوب مراقبة الحكم الأجنبي حتى تكون له القوّة الثبوتية يعني أنّ الأمر لا يتعلق بالقوة الثبوتية مطلقا بل بالإعتراف أساسا.

وممّا يدعّم هذا التمشي ما ورد بالفصل 13 من م.ق.د.خ[4] الذي يُقرّ الإعتراف برسوم الحالة المدنية المقامة ببلد أجنبي وبأحكام الحالة المدنية النهائية.

ومن الأدلة التي يمكن أن نسوقها حول تبني مجلة القانون الدّولي الخاص لمفهوم الإعتراف ما جاء بالفصل 14 منها الذي اقرّ صراحة انّه بالإمكان رفع دعوى بغاية التصريح بعدم الحجية فبديهي إذا الإقرار بوجود الإعتراف بما أن دعوى عدم الإعتراف مكرّسة صراحة.[5]

فقرة 2 – مجال الاعتراف

إنّ تحديد مجال الإعتراف يعني تحديد القرارات الأجنبية الممكن الإعتراف بها في تونس دون المرور

---

[1] - الفصل 443 م.إ.ع " من الحجج الرسمية ايضا ...2 – الأحكام الصّادرة في المجالس القضائية التونسية والأجنبية على معنى أنّ ما ثبت لدى هاته المجالس يعوّل عليه ولو قبل اكتسابه صفة التنفيذ."

[2] - Monia Ben Jmia : L'exequatur des décisions étrangères en matière de statut personnel, R.T.D 2000, p.147

[3] - Mezghani (A) : Commentaires du code de droit international privé, p.190.

[4] - الفصل 53 م.ق.د.خ : " تدرج دون الإلتجاء إلى إجراءات الإذن بالتنفيذ بسجل الحالة المدنية للمعني بها ."

[5] - Ben Jmia (M) : O p. cit, p.147.

بإجراءات الإكساء بالصيغة التنفيذية ، فالسؤال المطروح هو هل أن اتخاذ هذا الإجراء يبقى دائما ضروريا حتى وإن لم تكن الغاية الحصول على إذن بالتنفيذ الجبري ؟

كان اتباع إجراءات الإكساء لجل الأحكام الأجنبية قبل صدور مجلة القانون الدولي الخاص أمرًا لازمًا حتى تنتج آثارها ولا يستثنى من ذلك إلاحالات محدودة مثل التنصيص على الولادة أو الوفاة أو الزواج. وأدّى هذا الأمر برجال القانون إلى المناداة بضرورة الإعتراف مباشرة بكل ما يطرأ من تغـــيرات على الحالة المدنية للشخص وذلك ضمانا لمبدأ استمرار هذه الحالة المدنية وانسجامهـــا، فلا يعقل أنّ شخصا تحصل بالخارج على حكم طلاق يقع اعتباره بتونس متزوجا طالما لم يصدر حكم بإكساء طلاقه بالصيغة التنفيذية[1].

يتّضح بالرّجوع إلى الفصل 13 أنـــه : " تدرج دون الإلتجاء إلى إجراءات الإذن بالتنفيذ بسجل الحالة المدنية للمعني رسوم الحالة المدنية المقامة ببلد أجنبي وأحكام الحالة المدنية النهائية باستثناء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية ..."

فالملاحظ أنّ هذا النصّ أجاز صراحة الإعتراف المباشر في حالات معيّنة لكن غموضه قد يقصي كل إمكانية لهذا الإعتراف. فكيف بالإمكان التفريق بين الحالة المدنية والحالة الشخصية والحال أنهما متلازمان متّحدان أساسا ذلك أنّ الأولى هي جزء من الثانية[2]. فكان أوْلى جعْل هذه الأحكام أو الرسوم المصرحة أو المنشاة للحالة والأهلية في حلّ من الإكساء مادامت لم تلق معارضة ولا تستوجب اتخاذ إجراء للتنفيذ على الذات أو على الأموال وذلك حتى يقصى كل التباس. فالقول بما ذكر ووفق مقتضيات هذا النص يجعل مثلا أن طلاقا وقع بالخارج و لم يكسى بالصيغة التنفيذية يعتبر معه أن الطرفين داخل تراب تونس مازالت تربطهما العلاقة الزوجية ، بعبارة أخرى يجدر التساؤل ان كان بإمكان الشخص الذي تحصل على حكم أجنبي بالطلاق أن يتزوج بتونس والحال أنه لم يتم إكساء ذلك الحكم بالصيغة التنفيذية ؟ الإجابة هي واضحة بإقرارنا أن الطلاق لن يعطي مفعوله في تونس إلاّ إذا تم إكساءه بالصيغة التنفيذية ، إذًا فالزوج الذي يُقدم على إبرام عقد زواج جديد دون أن يكون الحكم الأجنبي القاضي بطلاقه مكسيا بالصيغة التنفيذية يُعد مرتكبا في منظور قانونه الوطني لجريمة التزوج بثانية وفي صورة إقدامه على ربط علاقة جنسية مع امرأة أخرى يُعتبر مُرتكبا لجريمة الزّنا[3].

---

[1]- مالك الغزواني : المقالة المذكورة، ص 123.

[2]- مالك الغزواني : المقالة المذكورة، ص 123.

[3]- عبد المنعم كيوة : هل أنّ الحكم الأجنبي القاضي بإسناد الحضانة خاضع للإعتراف به وتنفيذه بتونس لإجراء الإكساء بالصيغة التنفيذية أمام المحاكم التونسية، م.ت.ق. ص، 122.

فنقول أي جديد أضافته مجلّة القانون الدّولي الخاص بخصوص الإعتراف سوى التنصيص عليه مما يخشى أن يبقى حبرا على ورق، رغم أنه كان من اليسر تفادي هذه الوضعية لو وقع إعتماد التمييز القائم على الهدف المنشود بين كلٍّ من الإعتراف والإكساء [1].

وقبل التعرّض لرأي فقه القضاء لابدّ من التعرّض إلى القانون المنظم للحالة المدنيّة .

1- قانون الحالة المدنية المؤرخ في 01 أوت 1957 :[2]

لقد جاء بالفصل 42 من هذا القانون انه : " إذا صدر الحكم بالطلاق خارج البلاد التونسية يقع ترسيمه بسعي ممّن يهمّهم الأمر بدفاتر الحالة المدنية للمكان الذي وقع فيه ترسيم الزواج " من هنا نلمس أن لا مبّرر و الحالة ما ذكر للحصول على شرط الإكساء بالصيغة التنفيذية. فالإقرار بضرورة الإكساء تحميل على كاهل الأطراف بما لم يُلزم والأصل هو التيسير لا التعسير . فمن الغريب وأمام صراحة هذا القانون ما أفرزه جريان العمل من مطالبة ضبّاط الحالة المدنية بما يفيد حصول الإكساء للحكم الأجنبي المراد الإعتراف به. والأغرب من ذلك أنّ جريان العمل هذا لم يكن يشمل كامل بلديات الجمهورية التونسية بل معظمها دون جميعها فنجد أن بعضًا من ضباط الحالة المدنية يعترفون بالأحكام الأجنبية المراد إدراجها بسجل الحالة المدنية دونما إلزام لإكسائها .

ويرجع تهميش هذا القانون إلى منشور صادر عن كاتبي الدولة للعدل والداخلية في 29 نوفمبر 1965 تحت عدد 418 موجه إلى ضباط الحالة المدنية لتذكيرهم بأنه : " لا يمكن إجراء أي ترسيم الا إذا أذن به حكم صادر عن محكمة تونسية " وقد وصف هذا المنشور الرأي القائل بترسيم أحكام الطلاق مباشرة بأنه رأي يستند إلى" نظرية مخطئة ولا يمكن بحال الأخذ بها ."

فاي انسجام بين مرسوم 29 نوفمبر 1965 والفصل 42 من قانون الحالة المدنية الأعلى درجة في سلّم الـنّصوص[3]؟

2- موقف فقه القضاء :

سعى فقه القضاء في البداية إلى تفادي التّضارب المشار إليه آنفًا ، إذ عملت محكمة التعقيب على توضيح الموقف ، فصدر القرار المؤرخ في 6 ماي1997 [4] والذي مفاده أن إنتاج حكم الطلاق الأجنبي لآثاره بتونس لا يتوقف على اكسائه بالصّيغة التنفيذية، فاعتبرت بالإعتماد على الفصل 42 من قانون الحالة المدنية :" أن المشرع التونسي لم يُشرْ لا صراحة ولا تلميحًا إلى أن حكم

---

[1] - Mezghani (A), OP. cite, p. 191.

[2] - الرّائد الرسمي للجمهورية التونسية، 30 جويلية – 2 أوت 1957.

[3] -مالك الفرواني : المقالة المذكورة، ص. 124.

[4] - قرار عدد 50326 مؤرخ في 27 ماي 1998، غير منشور.

الطّلاق الصادر بالخارج يقع اكساؤه بالصيغة التنفيذية بخصوص الفرع المتعلق بالطلاق بل يشير الى ترسيمه بسعي ممن يهمهم الأمر ...، إذ أن وحدة حالة الأشخاص لا تقبل التفريق بين بلد واخر" كما اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرار مؤرخ في 27 ماي 1998[1] أنّه : " لا مجال الى ربط الإعتراف بالأحكام الأجنبية بوجوب صدور إذن بتنفيذها ".

لكن مثل هذا الإتجاه نحو الإعتراف المباشر بمعزل عن الإكساء لم يصمد طويلاً، من ذلك نذكر القرار الصادر عن محكمة التعقيب في 28 جوان 1999[2] والذي فرض على الحكم الأجنبي القاضي بالتبني أن يكون ضرورة محلى بالإكساء حتى ينتج آثاره داخل التراب التونسي ."

وتتمثل وقائع هذا القرار في أن الطّفلة المتبنّاة تقدّمت إلى المصالح التونسية المختصة لتطلب إقامة حجة وفاة والدها المتبنية لها مستشهدة بحكم فرنسي قاض بالتبني لكنّ الطلب تمّ رفضه لأنّ حكم التبني لم يكن مكسيّا بالصّيغة التنفيذيّـــة. والإتجاه نفسه أكّدته المحكمة الإبتدائية في حكمها المؤرخ في 5 نوفمبر 1999[3] .

ويُستخلص من خلال التوجّه الأخير لفقه القضاء التّونسي أنّ الحصول على الإكساء هو أمر لا محيص عنه حتى يُرتب الحكم الأجنبي آثاره داخل التراب التونسي. فهل من تغيير للموقف الذي هو حسب رأينا ضروري إن لم نقل محتما لاستقرار وضعية الحالة الشخصية للأفراد والتي يجب أن يكون لها نفس الأثر أيّا كان المكان؟ نقول محاولة منّا لفك الغموض المشار إليه قدر المستطاع أنّ الحل قد نجده بالفصل 13 ذاته موضوع هذا الجدل والنّقاش إذا ما اعتبرنا أنّ كلّ من ميدانيْ الحالة المدنية والأحوال الشخصية منفصل بعضه عن الآخر، وبالتّالي فلا تناقض يشوب هذا الفصل ولا تداخل فيه بل هو أحيانا مجرّد تأثير يُفرزه تغيير حكم الحالة الشخصية للشخص علىحالته المدنية، ومن هذا المنطلق ستكون أحكام الحالة المدنية والتي تستوجب الإعتراف بها هي أساســـاً تلك المتعلّقة بتغيير أحد عناصر الهويّة من ذلك :

-الأحكام المصرّحة بالولادة أو الوفـــاة.

-الأحكام المتعلّقة بإصلاح الإسم واللقب أو تغييرها أو تلك المتعلّقة بإصلاح تاريخ الولادة.

-الأحكام الخاصّة بتغيير الجنس.

-الأحكام الرّامية لحمل الزوجة لقب زوجها.

---

[1]- قرار عدد 49602 مورخ في 6 ماي 1997.

[2]- قرار عدد 3070 مورخ في 28 جوان 1999، غير منشور

[3]- حكم عدد 9985 من المحكمة الإبتدائية بتونس بتاريخ 5 نوفمبر1999.

أمّـــا الأحكـــام المتعلّقة بالأحوال الشخصية والواجب فيها الحصول على الإكساء فهي تلك التي تُنشيءُ وضعية عائلية جديدة كإثبات النسب أو أبطال زواج أو الطلاق.

يـــبقى من المهم الإشارة أنّ الحالة الأخيرة أي الطلاق من المفروض اقصاؤها من نطاق تطبيق هذا الفصل لكونها منظّمة بمقتضى قانون خاص، وعليه فهي في حلّ من واجب الإكساء.

ومهما يكن فرغم هذا السعي لإيجاد التبريرات والحلول لفهم هذا الفصل، فإنه كان أولى بالمشرع اعـــتماد أسلوب واضح يتفادى به الغموض، وكان أحرى مجاراة التّشاريع المقارنة المقرّة بتوسيع مجال الإعتراف عمومًا ليَشمل جلّ أحكام الحالة والأهلية للأشخاص.

مبحث 2 – الإعتراف استنادا إلى الإتفاقيات الدولية :

جـــاء الفصـــل 32 من الدستور ناصّا على أنّ "المعاهدات لا تُعدّ نافذة الاّ بعد المصادقة عليها" والمعـــاهدات المصـــادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين شريطة تطبيقها من الطرف الآخر. والمعاهدات أو ما اصطلح على تسميتها بالإتفاقيات تُعدّ شكلاً من أشكال التعاون الدّولي وهي تهدف أساسا إلى تحسين سير مرفق القضاء من خلال تبادل الخدمات بين الدّول، وقد ظهرت الحاجـــة إلى هذا النّوع من التعاون حديثًا[1] وذلك نتيجة للتقدّم السائر بخطوات عملاقة في الميادين العلمية والتقنية وانفتاح المجتمعات بعضها على بعض ممّا تسبّب في تشابك العلاقات وبروز عديد النزاعات ذات العنصر الأجنبي التي تتطلب مراجعة الطّرق المتّبعة في فضّها والقوانين المنظمة لـــها مُـــراجعة جذرية ليكون القضاء في مستوى العصر الذي امتاز بطابع التحوّل المستمر. وكان لا بدّ لتحقيق هذه المراجعة من تظافر جهود أكثر من دولة، فأبرمت عديد الإتفاقيات سُمّيت باتفاقيات الـــتعاون القـــانوني والقضائي هدفها الأساسي هو تحسين سير مرفق القضاء حتّى يُواكب التطوّر الحاصل ويُعطي للنزاعات المتولّدة عن هذه العلاقات الجديدة حُلولاً، ونخصّ بالذكر مجال الإعتراف بالأحكام وتنفيذها، فكانت الإتفاقيات الثنائية (فقرة 1) وتلك المتعدّدة الأطراف (فقرة 2).

فقرة 1 – الإتفاقيات الدّولية الثنائية الطرف :

نعـــني بالإتفاقيات الثنائية الطرف تلك المُبرمة بين الدولة التونسية ودولة أخرى سواء أكانت عربية أم افريقية (أ) أو دولة أُروبية (ب).

---

[1] – جابر جاد عبد الرحمان : المرجع السّابق، ص. 243.

أ – الإتّفاقيات المبرمة مع الدّول العربيّة والإفريقيّة :

كـــانت الغايـــة من هذه الإتّفاقيات إعطاء قوّة الزامية ومفعول للحكم الأجنبي الصّادر عن أحد البلدين وجعل آثاره تمتدّ وتُنفذ بسهولة داخل تراب البلد المقابل من ذلك نذكر الإتفاقيات المُبرمة مع دُول ليبيا، الجزائر، المغرب، موريطانيا، مصر، سوريا، السّينغال، الكوت ديفوار[1].

إن المـــتأمّـــل في جلّ هذه الإتفاقيات يُلاحظ أنّ التنصيص على حجيّة الحكم الأجنبي لدليل على الإضـــافة والتحرّر مُقارنة بالتشريع الدّاخلي لكون هذه الحجيّة تشمل جميع الأحكام دونما استثناء لبعضـــهاكتلك المتعـــلقة بحالـــة وأهلية الأشخاص. ولكن يبقى هذا التحرّرمُحتشما لفرض هذه الإتفاقيـــات جمـــلة مـــن الشروط والقيود سواء تلك المتعلّقة بضرورات المراقبة أو بتحديد مجال الإعـــتراف أو التنصيص على أنّ الإعتراف لا يمضي الا إذا كان الحكم قابلا للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه. فتكون بذلك قد حمّلت وثقّلت كاهل المتمسّك بالحكم المراد الإعتراف به ما لم يفرضه عـــليه التشـــريع الدّاخلي ذاته. لكن رغما عن كل ذلك فهناك من الإتفاقيات الثنائية التي سلكت خطـــوات عملاقـــة في مسار الإعتراف من ذلك الإتفاقية الفرنسية الجزائرية، والتي يعتبرها بعض الشرّاح الأكثر تقدّميةً في هذا المجال[2].

ب – الإتفاقيات المبرمة مع الدول الأوروبيّـــة :

توجـــد اتفاقيات أبرمتها البلاد التونسية مع العديد من الدّول الأوروبية، (المانيا، إيطاليا، بلغاريا، تـــركيا، بـــلجيكا...)[3]، لكن نخصّ بالذكر والتحليل الإتفاقية المبرمة مع فرنسا في مجال التعاون القضائي في المادة المدنيّة والتجاريّة والإعتراف بالأحكام العدليّة وتنفيذها وكذلك الإتفاقيّة المُبرمة مع نفس البلد والمتعلّقة بالتعاون القضائي في مواد الحضانة وحقّ الزّيارة والنّفقة.

بخصوص الإتفاقية الأولى فقد نصّت أنّه يقع الإعتراف خارج نطاق التنفيذ الجبري مُباشرة بالحكم الأجنبي الصادر عن احدى الدولتين داخل تراب الدولة الأخرى إن استجاب طبعا لجملة الشروط المنصوص عليها بالإتفاقية. لكن بمزيد التأمّل يتّضح أنّ الأحكام المتعلّقة بالحالة والأهلية هي فقط ما وقع الإشارة صراحة إلى امكانية إدراجها في سجلّ الحالة المدنية دونما حاجة إلى إكسائها بالصيغة التنفيذية، فقد جاء بالفصل 18 فقرة 2 من الإتفاقية أن "... الأحكام المتعلقة بحالة الأشـــخاص

---

[1] – أحمد الورفلي : الزّواج المختلط ومصلحة المحضون " لمحة عامة "، م.ق.ت، ص. 98.

[2] – مصطفى الصحري : الإتفاقيات القضائية الدّولية، أحكامها ونفوذها.

[3] – مصطفى الصحري : المرجع السابق.

وأهليـــتهم الصّادرة عن محاكم أحد الطرفين الساميين المتعاقدين يُمكن التنصيص عليها وترسيمها بشـــرط أن لا تتنافى مع القواعد المقرّرة بهاته الإتفاقية." فالغموض إذًا يزول بتطبيق هذه الإتفاقية وهو ما يُمكّن من تجاوز إشكالية الفصل 13 من ق. د. خ لكن هذا الوضوح الظاهري في الفصل 18 مـــن الإتفاقيـــة السّالفة الذكر قد يزول مع ما تضمّنه من أنّ "الأحكام المتعلّقة بحالة وأهلية الأشـــخاص... يُمكـــن التنصيص عليها وترسيمها..." أي أنّ بعضا من هذه الأحكام لا تُدرج مباشرة بسجل الحالة المدنية وإنما يجب بداية اكساؤها بالصيغة التنفيذية، ومع غياب التنصيص على معيار للتفرقة بين تلك الأحكام الواجب فيها الإكساء من عدمها، فهل أنّ الأصل والحال ما ذُكر مـــتروك لاجـــتهاد ضابط الحالة المدنية؟ مهما يكن فإنّ هذا الإعتراف لا يتم بصفة آلية بل يخضع للمراقـــبة مـــن ذلك أنّ الحكم الأجنبي يجب أن لا يكون متعارضا مع الأحكام المنصوص عليها بالإتفاقية إلى جانب ضرورة تقديم جملة الوثائق المنصوص عليها بالفصل 22 منها.[1]

أمّا بخصوص الإتّفاقية الثّانية والمتعلقة بمواد الحضانة والزيارة والنفقة، فقد وضعت جملة من الآليات تُساهم في قبول تسهيل الأحكام وتنفيذها إن تعلّقت بإحدى المواد المذكورة. هذه الإتفاقية قرّرت إنشـــاء لجـــنة استشارية تتكوّن من ممثّلين عن وزارتيْ العدل والشؤون الخارجية في كلٍّ منهما، وتجـــتمع اللجنة بصفة دورية لإيجاد الحلول للمشاكل التي تُعرض عليها. كما اقتضت الإتفاقية أنّ وزارتيْ العـــدل في البـــلدين هما المكلّفتان بتطبيق الإلتزامات المتولّدة عن الإتفاقية، وتتّصلان فيما بينهما مباشرة وترفعان الأمر إلى الجهة المختصّة عند الإقتضاء، على أن يكون تدخّلهما مجانياً.

ومن جهة أخرى فقد خوّل الفصل الثالث لكلٍّ من السلطتين المركزيتين في البلدين طلب المعلومات والبحوث في القضايا المدنية والتّجارية، والتي تتعلّق بالأحوال الشخصية ما لم يكن في ذلك مساس بالنّظام العام، وأوجب نفس الفصل على الجهة المقدّم إليها الطلب أن توافي الجهة الطالبة بما يُطلب منها من تسليم نُسخ المستندات العمومية وخاصّة منها نسخ الأحكام ورسوم الحالة المدنية والوثائق المتعلّقة بالأحوال الشخصيّة.

ومن الآليات القضائية التي جاءت بها هذه الإتّفاقية نذكر أساسًا :

- ضـــمان حريّة ممارسة حق الحضانة وحق زيارة القصّر فوق تراب كلٍّ من البلدين وتحت مراقبة ســـلطتهما القضائيّة، وخصوصا التعهّد بحسن تنفيذ الأحكام الصّادرة في اقليم كل واحدة منهما على تراب الأخرى.

---

[1]- Kalthoum (M) : " Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisiens et français : Le cas du divorce des couples mixtes » p. 406.

- الـــتعاون بـــين السلطتين المركزيتين في صورة عدم التسليم الإداري على تسهيل تنفيذ الأحكام القضائية الخاصّة بحق الحضانة وحق الزّيارة إذا كانت قابلة للتنفيذ في الدّولة الطّالبة.

- خلافـــا لأحكام القانون العام، فقد مكّنت الإتّفاقية النّيابة العمومية لدى محاكم كل واحدة من الدولـــتين المـــتعاقدتين مـــن القيام لدى المحاكم المختصة لطلب إكساء الأحكام الصّادرة في مادة الحضانة والزّيارة بالصّيغة التنفيذية أو طلب البتّ في دعاوى تسليم الطفل وفي دعاوى تحديد حقّ الزّيارة أو حمايته وإيواء الطفل في إحدى الدولتين لفائدة الأب الذي لم تسند له الحضانة.

- الـــتعاون على تنفيذ الإنابات القضائية الصّادرة من محاكم إحدى الدولتين لمحاكم أخرى بسرعة ونجاعة معقولتين.

فقرة 2 – الإتفاقيات الدّولية متعدّدة الأطراف :

نذكر أساسًا اتّفاقية الرّياض والإتّفاقية المـــُبرمة بين دول اتحاد المغرب العربي.

أ – اتّفاقية الرّياض العربيّـــة للتّعاون القضائي[1] :

حـــاولت هـــذه الإتّفاقية التوسّع في الأحكام القابلة للإعتراف والصادرة من أحد محاكم الـــدّول المتعاقدة، لكن ما يسترعي الإنتباه ما تضمنتـــه بعض أحكام هذه الإتّفاقية المـــُفضية إلى رفض الإعتراف وهو ما يُمثّل نوعًا من التشدّد وتعقيدًا للأمور، فالغاية الأساسيّة من هذه الإتفاقية وما شاكلها هو تجاوز عراقيل وصعوبات القانون الدّاخلي فيما يخصّ قبول الأحكام الأجنبية، وما تُرتّبه من آثار وحتى لا يقع تهميش البعض من هذه الأحكام نتيجة التشدّد[2] تأتي بصبغتها التحرّرية في سبيل تسهيل الإقرار بهذا الإعتراف.

وتأكيدا على ما تقدّم نستشهد بالمادة 30 التي جاء بها " يُرفض الإعتراف بالحكم في الحالات الآتيـــة : أ- إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النّظام العام أو الآداب من الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف..."

فما الفائدة من التنصيص على عبارة الشريعة الإسلامية والحال أنّ ميدان هذه الإتّفاقية هو القانون الخاص الذي لا ينضوي حتما تحت هذه المعايير والضوابط، فعلى فرض الإقرار بمثل ما ذُكر فإنّه لن يكون للحكم التونسي القاضي بالتّبنّي آذان صاغيـــة لدى أي دولة هيْ طرف في الإتّفاقية

---

[1] - وقّعت بالرياض في 6 أفريل 1983 صادقت عليها تونس بالقانون عدد 69 لسنة 1985 المؤرخ في 12 جويلية 1985 (الرائد الرسمي عدد 54 الصّادر في 12-16 جويلية 1985)

[2] - Mayer (P) : Droit international privé, p. 298.

المذكورة ، فحقوقٌ إذًا سوف تُهضم بتعلّة مجانبة أحكام الشريعة الإسلامية والحال أنه يجب أن ينظر إلى ذلك الحكم نظرة موضوعية تقتصر على مجرّد مراقبة فحواه وما دون ذلك فلا عمل عليه.

نُشير في النّهاية أنّ هذه الإتّفاقية تعتبر التنفيذ هو الأصل والرّفض الإستثناء، ولكن بالتأمّل يتّضح أنّ المحكمة المراد التنفيذ لديها بإمكانها وبكلّ سهولة رفض التنفيذ استنادًا إلى الجملة الأخيرة من الفقرة (هـــ) الواردة بالمادة 30 المتضمّنة أنّه "للجهة القضائية... أن تُراعي القواعد القانونية في بلدها" وكان من الأفضل التنصيص على أنّه لا يجوز الرّفض الاّ وفق قرار مسبب يؤدّي بتنفيذ ذلك الحكم إلى وقوع أضرار بليغة وشديدة بالمصالح الوطنيّة[1].

ب – اتّفاقية التّعاون القانوني والقضائي بين دول اتّحاد المغرب العربي :

هي اتّفاقية مقتبسة من اتّفاقية الرياض[2]، وقد نظّم الباب الثاني والثالث من القسم الرّابع منها مسألة الإعتراف بالأحكام الصّادرة عن محاكم الدول الأطراف والأمر بتنفيذها.

وقـــد شلمت الإتّفاقية الأحكام القضائية بمعناها الضيّق أي : القرارات الصّادرة عن محاكم مُشكّلة تشكيلاً قانونيّا في منازعات مطروحة لديها بخصومات رُفعت إليها وفقًا لقواعد المرافعات[3]، كما شملت الأحكام الولائية.

ومســـألة الإعتراف جاءت بها المادة 37 من هذه الإتّفاقية التي جاءت ناصّة على أنّ " ما تُصدره المحـــاكم القائمـــة ببلد أحد الأطراف المتعاقدة في الدّعاوى المدنيّة، وبما في ذلك الأحكام المتعلّقة بـــالأحوال الشخصيّة وبالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية وفي الدّعاوى التّجارية بمقتضى صلاحياتها القضائية والولائيّة يكون له قانونا ببلدان الأطراف الأخرى قوّة الأمر المقضي به."

وترتيـــبا على ذلك فإنّه باستثناء التنفيذ الذي يُحتّم المرور بإجراءات الإكساء تتمتّع هذه الأحكام بكلّ قوّتها ويُعترف لها بكلّ الآثار التي من الممكن أن تنتجها شريطة الإلتزام بتقديم جملة من الوثائق نصّت عليها المادة 43 من الإتّفاقية المذكورة[4].

نُلاحظ ختامًا وإزاء كلّ ما تقدّم أنّ كلّ هذه الإتّفاقيات وغيرها التي أُبرمت مع البلدان التي تربطها بتونس علاقات هامّة (كلّ البلدان العربية ودول أوروبا الغربية...) سينجرّ عنها تضييق مجال تطبيق مجلّة القانون الدّولي الخاص إلى حدٍّ بعيد، فلا تنطبق أحكامها إلاّ على ما قد يتأتّى من

---

[1]- ممدوح حافظ عرموش : القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، ص. 338.

[2]- نورالدين الغزواني : تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية والإعتراف بها في مجلّة القانون الدولي الخاص، اعمال ملتقى حول " المجلّة التونسية للقانون الدّولي الخاص"، ص. 188 .

[3]- حابر حاد عبد الرحمان : المرجع السّابق، ص. 157.

[4]- كمـــال بوحاه : اتّفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة بكلية الحقوق بتونس 1993- 1994، ص. 143

أحكام نادرة صادرة عن دُول لا تربطها بتونس الاّ علاقات ضعيفة، لأنّ مبدأ علوية الإلتزامات الدّولية يفرض تفضيل الإتّفاقيات على القوانين الدّاخلية.

لكن نُلاحظ على صعيد التطبيق أنّ المحاكم تبتعد عن هذا التمشّي وتُصدر أحكامها وفقًا لقواعد م.ق.د.خ ولو أنّ العلاقة تُغطّيها معاهدة دوليّة[1] رغم أنّ في هذا الموقف مسٌّ من الفصل 32 من الدستور. وقد يكون مردُّ ذلك أحيانا إلى أنّ شروط التنفيذ الواردة بالمعاهدات هي أشدّ من تلك الموضوعة في مجلّة القانون الدّولي الخاص فيُمكن تبرير تطبيق هذه الأخيرة بالنّظر إلى فلسفة القانون الدّولي الخاص وغايته العليا في تسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية[2].

الجـــزء II : القوّة الثبوتيّة للقرار الأجنبي :

يُرتب الحكم الأجنبي خارج نطاق الإذن بالتنفيذ آثارًا لا ينكرها عاقل، هي آثار لم تفرضها مجرّد سعي الدّول إلى تقديم الخدمات "المجانية" إن صحّ التعبير لبعضها البعض في إطار التحابب والتآخي بقدر ما هو تكريس لمبدأ العدالة التي تُحتّم عدم تهميش وجهل ذلك الحكم المقرّ لحقوق متمسّك بها صاحبها في بلد غير البلد المصدر له، وبالتّالي التخفيف عنه عناء إعادة أطوار التقاضي، كما هو لا محالة أيضا تخفيف لذلك البلد بأن لا يثقل كاهل محاكمه بعدد من القضايا هي في غنى عنها.

وتفريعا لما ذكر يكون متجها معرفة أوجه اعتماد هذه القوّة الثبوتية (مبحث 1) ومعرفة الحجيّة التي للحكم الأجنبي (مبحث 2).

مبحث 1 – أوجه اعتماد القوّة الثبوتية للقرار الأجنبي :

تستدعي هذه القوّة الثبوتيّة أساسا بيان مدلولها (فقرة 1) يُضاف لذلك أنّ هذا القرار الأجنبي هو بمثابة الواقعة القانونية (فقرة 2).

فقرة 1 – مفهوم القوّة الثبوتية للقرار الأجنبي :

جاء بالفصل 12 فقرة 2 من م. ق. د. خ أنه : " إذا لم تكن هناك منازعة من أحد الأطراف وتوفّرت شروط الإذن بالتنفيذ، فإنّ القرارات القضائية والولائية الأجنبية يكون لمضمونها قوّة ثبوتيّة أمام المحاكم والسّلط الإداريّة التونسيّة."

---

[1] – مثل الأحكام التالية الصّادرة عن المحكمة الإبتدائية بتونس عدد 34481 المورخ في 11 جويلية 2000 حول طلاق صادر في عمان المخضع إلى م.ق.د.خ والحال أنه يدخل في مجال اتفاقية الرياض العربية، أو الحكم عدد 9985 المورخ في 5 نوفمبر 1999 الذي كان من المتّجه اخضاعه للإتّفاقية التونسية الفرنسية .

[2] – مالك الغزواني : المقالة المذكورة، ص. 127.

Ben Achour (S) : « Ressources du droit tunisien de l'exéquatur, tentative de résolution du conflit entre le droit commun et le droit conventionnel », intervention inédite dans une journée d'études organisée à la faculté des sciences juridiques sur le code de D.I.P, le 19 avril 2001.

من خلال هذا النصّ يتضح أنّه قد وقع التنصيص صراحة على هذه القوّة الثبوتيّة بالمجلة الجديدة للقانون الدّولي الخاص، لكن ما ليس جديدا هو أنّ التنصيص كان مُضمّنا بمجلة الإلتزامات والعقود وتحديدا بالفصل 443 الذي اقتضى بأنّه : " من الحجج الرسميّة أيضا... 2 – الأحكام الصّادرة من المجالس القضائية التونسية والأجنبية على معنى أنّ ما ثبت لدى هذه المجالس يُعوَّلُ عليه ولو قبل اكتسابه صفة التنفيذ."

فمن الطبيعي أن يقع الإستدلال والإقرار من خلال هذين النصّين على موقف المشرّع التونسي الواضح ونيّته في الإعتراف بالقوة الإثباتيّة للقرار الأجنبي، بعبارة أخرى فإنّ القرار الأجنبي بالتراب التونسي يُعدُّ وسيلة إثبات. وهو يستمد هذه القوّة من طبيعته كسند رسمي أو كوثيقة رسميّة تُعطي الدّلالة على صحّة الوقائع المضمّنة به من طرف القاضي الذي أصدره، ومن ثمّة فإنّ أي رسم أو سند وقع الإقرار برسميّته من قبل الدولة التي أنشىء فيها يحتفظ بهذه الصّفة التي تصبغه بالشرعية حتى خارج الحدود[1].

واستنادًا إلى ذلك فالقاضي الوطني يستدلّ بما توصّل إليه القاضي الأجنبي لتقرير حكمه وما اتخذه من وسائل اثبات والتي له أن يسترشد بها أو يعتمدها كقرائن، من ذلك أنّ القرار الأجنبي يعتمد فيما نقله من الوثائق التي أضافها الخصوم للملف، كما يُعتمد فيما نقله من الشّهادة ويُعتدّ به أيضا فيما يشاهده أو يعاينه الحاكم عند التوجّه وأيضا في الصلح المجرى بين الخصوم وفي توجيه اليمين وقلبها. علمًا أنّه يمكن اعتماد هذه القوّة الثبوتية في حكم تقرّرت استحالة اكسائه بالصيغة التنفيذيّة، حيث يُمكن في تلك الحالة الإستدلال بما ورد فيه من معلومات[2].

والسؤال المطروح هنا هو هل أنّ هذا المبدأ يُؤخذ على اطلاقه؟ أي هل أنّ ما تضمّنه القرار الأجنبي من وقائع يُعتبر دليلا قاطعا أم هي تُؤخذ على سبيل الإستدلال فقط؟ هنا يتّجه القول أنّ الكلمة الفصل تبقى دوما للقاضي الوطني الذي عليه أن يأخذ في الحسبان جملة من المعطيات التي بها يتحدّد الموقف، من ذلك مصدر تلقّي تلك الوقائع والأخبار التي استند إليها القاضي الأجنبي في قضائه، فما كان عاينه من الأمور عند إجرائه توجّه على عين المكان أو سماعه شاهدا أو تصريحه بالصّلح المجرى بين الخصوم بمحضره، كلّها وغيرها ممّا شابهها من الأمور لها لا محالة خصوصيّة تُحتّم اعطاءها أهميّة واعتمادها دليلاً موثوقا به لا تُرد الا بالقيام بدعوى الزّور[3]. وفي المقابل فإنّ ما

---

[1]- عثمان الكثيري : تنفيذ القرارات الأجنبية في مادة الأحوال الشخصية، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، ص. 28.

[2] - Mayer (P) : OP.cite, p. 296.

[3]- ممدوح حافظ عرموش : المرجع السّابق، ص. 359.

استخلصه القاضي الأجنبي واستنتجه من جملة الوثائق أو المعطيات المعروضة عليه لا تُقيّد القاضي الوطني بشيء والذي له حسب سلطة مُطلَقة أن يُقرّر في شأنها ما يراه.

لكن ومع كلّ ما ذُكر فالقاضي التونسي لا يعتمد القرار الأجنبي كحجّة رسمية الاّ بعد إجراء مراقبة عليه، غير أنّها لا تعد أن تكون سوى مراقبة بسيطة جدّا، فلا بُدّ من التثبت أوّلا أنّ الوثيقة التي قُدّمت تمثّل في واقع الأمر حكما صادرا عن هيئة رسمية، وثانيا من أنّ ما أثبته الحكم الأجنبي لا يتناف مع النظام العام التونسي، فالصلح على ما لا يجوز شرعًا أو قانونا لا يعتمده القاضي التونسي كالإتفاق الواقع بمحضر القاضي الأجنبي مثلًا على عقد كراء يتعلّق بمنزل مُعدّ للخناء.

فقرة 2 – القرار الأجنبي باعتباره واقعة قانونيّة:

استنادًا إلى الفصل 12 من م.ق.د.خ فإنّ القرار الأجنبي وخارج نطاق الإكساء بالصيغة التنفيذية له قوّة ثبوتيّة. وبما أنّه فصل وحيد أقرّ مثل هذه الوضعية فالتأويل السّليم يُفضي إلى الإقرار أيضا أنّه يتضمّن أثرا آخر يتمثّل في اعتبار القرار الأجنبي وفي كلّ الحالات يُشكّل واقعة قانونية. ومثل هذا التأويل أمرٌ لا بدّ منه استنادًا على القاعدة الأصولية التي تنصّ أنّ من أمكنه الأكثر أمكنه الأقلّ.

ويمكن القول أنّه ينجر عن هذا الأثـــر للقرار الأجنبي وضعيتين اثنتين، من ذلك مثلا أنّ القرار الذي تمّ تنفيذه بالخارج هو في حد ذاته واقعة قانونية كالوفاة أو الولادة أو الوفاء الجزئي أو توجيه الإنذار أو حصول حالة قوّة قاهرة أو أمر طارىء أو تحقق بلوغ سنّ الرشد.

وقد يكون القرار الأجنبي سببًا أيضًا لقيام دعوى جديدة، فالحكم الأجنبي الذي أثبت فيه النّسب مثلا يكون سببًا لرفع دعوى جديدة بالنفقة أو بالإرث أو بالولاية أو بالوصاية، كذلك فالحكم الذي يُثبت تقصير المدين في التنفيذ العيني يكون سببًا لرفع دعوى جديدة للمطالبة بالفسخ أو التعويض.

لذا فإنّ الحكم الأجنبي بوصفه واقعة ثابتة هو سبب مُبرّر لإنشاء حقوق أخرى، بمعنى أنّه يُمثّل سببًا شرعيا لاتفاقات ومراكز جديدة لاحقة له، ذلك أنّ المَركز الواقعي الذي يترتّب عن هذا الحكم هو حقيقة يجب أن يأخُذها القاضي الوطني بعين الإعتبار[1].

مبحث 2 – حجيّة الأمر المقضي به :

يستدعي النّظر في مفهوم هذه الحجيّة (فقرة 1) ثم في كيفية صيرورة هذه الحجيّة وسيلة بها يُراقب الحكم الأجنبي (فقرة 2)

---

[1]– رجاء بوسمة : المرجع السّابق، ص. 124.

فقرة 1 – مفهوم حجيّة الأمر المقضي به :

من المسلّم به القول إنّ من المبادىء المعروفة في طرق الإجراءات عموما أنّ الدعوى الواحدة لا تُرفع مرّتين، وأنّ الدعوى عند صدورها تتمتّع بما اصطلح على تسميته بمبدأ حجيّة الشيء المحكوم فيه، وعليه فلا يجوز لنفس الخصوم لنفس السّبب ونفس الموضوع أن يرفعوا دعوى جديدة بهذا الشأن، وإذا ما رفع أحد الخصوم الدّعوى ثانية جاز لخصمه التمسّك بهذا الدّفع لردّ الدّعوى الثّانية[1].

والسؤال البديهي هنا هو هل أنّ هذه الحجيّة يتمتّع بها الحكم الأجنبي في بلد غير ذلك الذي صدر فيه، أم أنّه من الضروري المرور عبر إجراءات الإكساء بالصيغة التنفيذية للوصول إلى المبتغى؟ من الأهمية بمكان إعطاء الحكم الأجنبي مفعوله داخل النّظام الوطني وجعله يُنتج آثاره وذلك في حدود مضبوطة حتّى قبل اصطباغه بالإكساء، والحجية تندرج في هذا الإطار ، بما يعني اعتبار الحكم الأجنبي يُشكّل قرينة قانونية على الفصل نهائيا في وقائع النّزاع وحقوق أطرافه[2]. ذلك أنّ منع تجديد المنازعات أمر يقتضيه السّلام العام في الدّولة سواء في نطاق الحالات القانونية الوطنيّة أو الأجنبيّة على حدّ السواء تأسيسا على أنّ حجيّة الأمر المقضي تشتمل على قرينة قانونية مفادها الحقيقة، فبالإمكان الطّعن بالإستئناف أو التعقيب ومن غير الممكن طبعًا إعادة عرض النّزاع أمام نفس درجة التّقاضي (نفس الأطراف والموضوع والسّبب) وإلاّ فالنّزاع لن ينتهي، إلى جانب إمكانية الوقوع في تضارب الأحكام. فالمنطق يفرض إذًا تكريس الهدف المنشود من هذه الحجيّة ألا وهو تجنّب تجديد أو بالأحرى تكرار الدّعاوى.

ويبقى من الضّروري التمييز بين حجيّة الأمر المقضي وقوّة الأمر المقضي، والحكم يكتسي قوّة الأمر المقضي به إذا أصبح نهائيا غير قابل للمعارضة ولا للإستئناف أي غير قابل للطّعن فيه بطريقة من طُرق الطّعن الإعتياديّة، وإن ظلّ قابلاً للطّعن فيه بوسيلة غير اعتياديّة[3] فهو حكم قد استنفذ اذًا طُرق الطّعن العاديّة.

بالرجوع إلى الفصل 482 من م.إ.ع فقد ورد به: " أنّ الأحكام الآتي بيانها لا تُعتبر من الأحكام التي لا رجوع فيها وهي ... ثانيا : أحكام مجالس البلاد الأجنبية حتّى يصدر الحكم بتنفيذها من المجالس التّونسية. "

---

[1]- ممدوح حافظ عرموش، المرجع السّابق، ص. 354.

[2]- الخير قشي : إشكالية تنفيذ أحكام المحاكم الدّولية بين النصّ والواقع، ص. 15.

[3]- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 2، ص. 632.

أنّ التقيُّد بعبارات هذا النصّ تجعلنا نُقرّ صراحة بأنّ الأحكام الأجنبيّة لن تتمتّع بالحجيّة ما دام لم يصدر الإذن في شأنها بالتّنفيذ، ذلك أنّ هذا الإشتراط لا ينتج عنه سوى إثقال كاهل المتمسّك باتّصال القضاء بحكم أجنبي القيام بدعوى إكساء قد لا يكون في حاجة إليها. (غياب الهدف التنفيذي لذلك الحكم كأن يصدر حكم بعدم سماع دعوى المدّعي في أداء مال أمام قاضي أجنبي، فالمدّعى عليه ليس في حاجة لإكساء ذلك الحكم) فاتّصال القضاء بالحكم الأجنبي ليس آليًا وهو رهين مُراقبة القاضي الوطني له وتوفّر شروط الصحّة فيه. وليس من شأن اشتراط الإكساء الاّ تعقيد الأمور على الأطراف من حيث إضاعة الوقت وزيادة التكاليف، كما أنّ هذا الإشتراط ينمّ عن عدم إيمان بمفهوم راق للتّعاون الدّولي في مجال القضاء ناتج عن حذر مبدئي من الأحكام الأجنبية وتمييز القضاء الوطني[1].

هذا الموقف لم يعد يُوجد ما يُبرّره في القانو ن التّونسي لأنّ الإشكال لم يعد يُطرح منذ صدور مجلّة القانون الدّولي الخاص المقرّرة لمبدأ الإعتراف بالأحكام الأجنبية دونما حاجة إلى اللّجوء للإكساء، لنستخلص أنّ هذا الإعتراف يشمل أيضا الحجيّة إذ أنّه يمكّن ويخوّل المتمسّك بحكم أجنبي أن يدفع بحجيّة الأمر المقضي ضدّ خصمه الذي رفع ضدّه نفس الدّعوى أمام المحاكم الوطنيّة، أو أن يقع الدّفع آليًا من قِبل القاضي [2]وذلك دون الحاجة إلى حصوله على الإكساء ما دام لم يقع أي عمل تنفيذي[3].

وعلى ذلك الأساس تكون مجلّة القانون الدّولي الخاص قد نسخت ضمنيّا الفقرة الثانية من الفصل 482 المذكور اعتبارا وأنّه لم يقع التنصيص على ذلك صراحة، بل وأكثر من ذلك فهذا الفصل يُترجم خلطًا للأمور من قِبل المشرّع الذي أراد من خلاله الحديث عن قوّة الأمر المقضي لا حُجّيته خاصّة أنّ مسايرة عبارات مثل هذا الفصل يعني أنّ الحجيّة تنصهر في إطار الإذن بالتنفيذ فلا يُمكنها أن تُنتج آثارها بمعزل عنه وهو ما لا يُمكن بحال تقبّله.

فقرة 2 – الحجيّة كوسيلة لمراقبة القرار الأجنبي:

إنّ تمتّع الحكم الأجنبي بالحجيّة هو أمر لا يؤخذ على اطلاقه، فمع ضرورة اعطائه آثارًا خارج الإقليم الذي صدر فيه الاّ أنّ ذلك لا يعفيه من كلّ مراقبة والتي ستكون مبسّطة[4] من طرف القاضي الوطني لكون الأمر لن يستلزم تنفيذًا على الذّات أو على الأموال، أي هي غير رقابة

---

[1] - Simon-depitré (M) : droit international privé problèmes actuels, p. 181.

[2] - Mayer (P), OP. cite, p. 270.

[3] - H. de cock, effets et exécutions des jugements étrangers, R.C.F.D.I 1929, T. 10, p. 439.

[4] - Alexandre (D) : " Les pouvoirs du juge de l'éxéquatur", p. 138.

الإكساء. وعليه فإنّ التفرقة بين كلٍّ من مفهوميْ الحجية والتنفيذ تؤدّي إلى تخصيص كلّ منهما بدعوى مستقلّة وإجراءات خاصّة، إذ يبدو ومن غير المنطقي رفع دعوى الإذن بالتنفيذ إن لم يكن الهدف من ورائها تنفيذ الحكم إضافة إلى أنّ الأحكام لا تحتاج جميعها إلى التنفيذ بل إنّ بعضها غير قابل للتنفيذ.

ومن هنا فإنّه وبالنّظر إلى الهدف المراد تحقيقه من الحكم تتحدّد طبيعة المراقبة التي سيقع اجراؤها عليه والتي هي في غير حالة الإكساء بالصيغة التنفيذيّة ستكون امّا عن طريق الدّعوى (أ) أو عن طريق الدفع (ب).

أ – الرّقابة عن طريق الدّعوى :

وذلك إمّا من خلال دعوى عدم الحجيّة أو دعوى عدم المعارضة.

1- دعوى عدم الحجيّة :

جاء بالفصل 14 من ق. د. خ أنّه : " يُمكن للطّرف الأحرص أن يُبادر برفع دعوى في طلب الإذن بالتّنفيذ أو في طلب التصريح بعدم الحجيّة. "

يتبيّن من هذا النصّ أنّ الدعوى مُخوّلة لأحد طرفيْ الحكم الذي يخشى من خصمه أن يستدلّ ضدّه بحكم أجنبي صادر بينهما. وحسب صريح هذا الفصل لا يُمكن للطّرف المتمسّك بالحكم الأجنبي المطالبة بالإعتراف به إذ أنّه مخوّل له فقط طلب عدم الحجيّة وبالتّالي فلا يبقى لـــه لتحقيق مبتغاه سوى طلب الإذن بالتنفيذ. لكن اليس من حقّ كلّ طرف في النّزاع المطالبة بالإعتراف له بحجيّة الحكم الأجنبي، فالمحكوم لفائدته قد يحتاج إلى مثل تلك الوسيلة رغم إذعان المحكوم ضدّه وتنفيذه للحكم في البلاد المصدرة له. هنا وبالرّغم من استحالة الحصول على الإكساء لافتقار شرط من شروطه الأساسيّة ألا وهو أن يكون الحكم الأجنبي ما زال قابلاً للتنفيذ بالبلد المصدر له فإنّه بالإمكان الظّفر بالحجيّة وبالتّالي تكريس الإستقلاليّة عن التنفيذ والتي هي ضمان لحقوق هي بدورها مستقلّة عن التنفيذ. فمنطقيًّا لا يُمكن الإذن بتنفيذ حكم وقع تنفيذه و لم يعد بالتّالي قابلاً للتّنفيذ، الاّ أنّنا إذا أخذنا الدعوى على اطلاقها باعتبارها لا تنحصر في هدف التنفيذ فإنّه يُمكن تصوّر قيام مصلحة المحكوم لفائدته في طلب الإعتراف بحكم تمّ تنفيذه ونشره دعوى يطلب فيها إقرار شرعية الحكم الأجنبي وبالتّالي شرعية الحقوق التي انجرّت له بمقتضاه حتّى يضمن عدم قابليتها للرّجوع فيها أو الغائها فيتصدّى بذلك لإمكانية قيام المحكوم ضدّه بدعوى يطلب فيها ارجاع ما كان دفعه بوصفه مدينا مؤسّسا دعواه على عدم شرعية الحكم الأجنبي الصّادر ضدّه بالأداء.

وللوصول إلى المبتغى من الطّبيعي أن يقع تفقّد ذلك الحكم من قبل القاضي الوطني وفق منهج مرن به يكون الإقرار بالشرعية المتحدّث عنها من عدمها.

والأمر ذاته بخصوص قيام المحكوم ضدّه، فلئن كان المنطق يفترض أن يكون الطّالب في الدعوى الأصلية هو المتقدّم بطلب الإعتراف له بحجية الحكم الأجنبي الصّادر لفائدته الاّ أنّه قد تكون من مصلحة المدّعى عليه أيضًا الحرص على معرفة مركزه وحقوقه وضمان استقرارها عبر الحدود. ومثال ذلك أن يصدر الحكم ضدّه بأداء مال فيطلب الإعتراف به حتّى يتفادى التعرّض إلى محاكمة جديدة يمكن أن تؤول إلى الحكم عليه بمبلغ أكبر[1] خاصّة إذا تصورناه مقيما بالخارج وهو ما قد يُعيقه من الدّفاع عن نفسه والمعارضة باتّصال القضاء، ومن هنا تبرز جدوى موقف فقه القضاء الفرنسي منذ قرار " GARINO " [2] الذي بمقتضاه يسمح القيام بهذه الدّعوى كلّما تراءى وجود مصلحة ولو " مستقبليّة " ومُحتملة في ذلك[3].

2 – دعوى عدم المعارضة :

تضمّنت الفقرة الأولى من الفصل 15 من م. ق. د. خ وأنّ " لكلّ ذي مصلحة من الغير أن يطلب التّصريح بعدم معارضته بالحكم أو القرار الأجنبي."هي دعوى لا نجد لها مثيلاً في التّشاريع المقارنة إذ هي لا تُقبل الاّ من الغير الذي لم يكن طرفًا في النّزاع، مع وجوب توفّر طبعا الشّـــروط العامّة والأساسيّة لصحّة القيام. وعموما هي تُقدّم بمجرّد خشية ذلك الغير الإحتجاج ضدّه بالحكم الأجنبي أو تبيّن أنّ آثاره تمسّ بحقوقه، فله القيام بهذه الدّعوى لإبراز الإخلالات التي عليها ذلك الحكم ومن ثمّة وضع حدٍّ له، فهدفها إذاً التصريح بعدم شرعية الحكم الأجنبي وبالتّالي جعله غير قابل للتّنفيذ فوق التّراب الوطني[4]. واستنادًا إلى الفصل الملمع إليه فالغير المتحدّث عنه مخوّل له فقط القيام بهذه الدّعوى دون سواها، من ذلك لا يُمكنه رفع دعوى لطلب الإكساء بالصّيغة التنفيذيّة أو لطلب عدم الحجيّة[5]. لكن إذا اعتبرنا أنّ الأحكام تتمتّع مباشرة بالحجيّة ولو بصفة وقتيّة، ونظرًا لأنّه ليس من المستبعد أن يمسّ الحكم حقوق ومصالح أطراف أخرى غير الأطراف المشمولين به فإنّه يُمكن أيضًا تصوّر قيام مصلحة الغير الذي لم يشمله الحكم الأجنبي لطلب الإعتراف به وتنفيذه.

---

[1] - Holleaux (D) : Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, p. 461.

[2] - Cass. Civil I, 3 janvier 1980, clunet 1980, p.341, note Huet.

[3] – رجاء بوسمّة : المرجع السّابق، ص. 130.

[4]- Holleaux (D), Foyer (J), De la pradelle (G), Op. cite, p. 470

[5]- Mezghani (A), OP. cite, p. 209.

مع كلّ ما تقدّم نُشير أنّه من الأهمية بمكان تكريس المشرّع ضمن مجلّة القانون الدّولي الخاص لكلى الدعويين في عدم الحجيّة وعدم المعارضة، وهو إن كان تطوّرًا ملحوظًا فإنّ غموضا ما زال يعتري الأمر، وهو غموض مَردّه اكتفاء بالذّكر دون أي تفسير أو توضيح لما يُمكن أن ينجرّ من النّتائج عن مثل هذه الدّعاوى، فهل مردُّ ذلك سهوٌ أم تعمّد؟ فالذّكر لم يتعدّى الطّرق الإجرائية من كيفية رفع الدّعوى والمحكمة المختصّة وطُرق الطعّن والتي هي نفسها المعمول بها بخصوص دعوى الإكساء.

أمّا القصور في الذّكر فقد تغاضى عن التركيز عن أهمّ الأمور، من ذلك عدم اعتبار التصريح أو قبول دعوى عدم المعارضة يُفضي إلى نتيجة عدم قبول دعوى الإكساء والعكس صحيح. وهذا من شأنه أن يُقصي كلّ امكانيّة في تكرار المراقبة القضائية للحكم الأجنبي، بما أنّ مُجرّد الإدلاء بحكم وطني قاضٍ بعدم شرعية الحكم يكون كافيا للتّصدي إلى قبول مطلب الإكساء بالصّيغة التنفيذيّة[1]. مثل هذا التمشّي فيه حماية للأطراف وربح للوقت[2]كما أنه يقصي كلّ امكانية للتّناقض بين الأحكام الوطنيّة، لأنّه في بقاء الأمر على حاله قد يُصرّح في مرحلة أولى بعدم الحجيّة أو عدم المعارضة ثمّ تجيز نفس المحاكم الوطنية مطلب الإكساء بالصّيغة التنفيذية.

ب – الرّقابة عن طريق الدّفع :

قد تقوم هذه الرّقابة في صورة تعهّد القاضي الوطني بنزاع معيّن، يتمسّك خلاله أحد الأطراف بحجية الحكم الأجنبي فيدفع الطّرف المقابل له بعدم شرعية ذلك الحكم. من الأمثلة نذكر صدور حكم أجنبي يقضي بالطّلاق يقع الإحتجاج به أمام القاضي الوطني بمناسبة قضيّة في إبطال الزّواج الجديد على أساس منع تعدّد الأزواج. في هذه الحالة وفي صورة الدّفع بشرعيته فإنّه لا يقع اعمال ذلك الحكم إلاّ بعد تفحّصه ومراقبته، أو في صورة تتبّع جزائي من أجل التزوّج بثانية فيقع الإحتجاج بحكم أجنبي يقضي بطلاق القرين بما يجعله في حلٍّ من رابطة زوجيّة أخرى وهي وضعيّة أو مناسبة لإخضاع الحكم الأجنبي للرّقابة القضائية إن وقع التمسّك بعدم شرعيّته[3].

وتُطرح في هذا الموضوع مسألة اختصاص القاضي الوطني المتعهّد بقضية أصليّة للنّظر في مسأله الدّفع المُثارة بصورة تبعيّة[4]، فهل سيوقف القاضي النّظر إذا أُثيرت لديه مسألة حجيّة حكم أجنبي في انتظار أن يقع البتّ في مسألة شرعيّته؟

---

[1]- Meziou (K) : thèse précité, p. 415 ; Addassi (R) « L'éxéquatur des jugements étrangers en droit tunisien », p.60.

[2]- Mezghani (A). OP. cite, p. 210.

[3]- عثمان الكثيري : المرجع السّابق، ص. 39.

[4]- رجاء بوسمّة : المرجع السّابق، ص. 135.

من المعلوم أنّ الإختصاص في هذه المادّة هو اختصاص حكمي مُسند إلى المحكمة الإبتدائيّة، فإذا كان المجلس الإبتدائي هو الذي بصدد الفصل في الدّعوى الأصليّة المرفوعة إليه فلا مانع مبدئيًا من انتصابه في مسألة شرعية الحكم الأجنبي المحتجّ به لديه.

لكن ما هو الحلّ في صورة تعهّد محكمة أخرى بالدّعوى الأصليّة؟ ومثال ذلك حكم أجنبي قاضٍ بإقرار النّسب يقع التمسّك به أمام قاضي النّاحية لطلب النّفقة بوصفه هو المُختصّ للنّظر في مثل هذه القضايا، هنا إن لم تقع إثارة شرعية ذلك الحكم فإنّه يقع اعتماده، لكن إن وقع التمسّك بوجود إخلالات فيه فالحلّ يبدو أنّ على ذلك القاضي إحالة الأطراف على المحكمة المختصّة، خاصّة إن اعتبرنا أنّ اختصاص المحكمة الإبتدائيّة في هذا الشّأن هو اختصاص مُطلق.

تجدر بنا الإشارة في النّهاية أنّ هذه المُراقبة المُسلّطة على الحكم الأجنبي من قِبل القاضي الوطني هي رهينة دفع الخصم بعدم شرعيّة ذلك الحكم المتمسّك بالإحتجاج به، فنقول بأنّ هذا الدّفع لوحده هو الذي يُحيز ويُفضي إلى المراقبة استنادًا إلى الفقرة 2 من الفصل 12 من م. ق. د. خ . يبقى أنّ هذه المراقبة المتحدّث عنها لا تتعدّى أن تكون مراقبة شكليّة يُكتفى بها بمجرّد التثبّت في مدى توفّر شروط الإذن بالتّنفيذ، وهو ما أكّده الفصل السّالف الذّكر.

الخاتمة

إنّ تكاثف العلاقات الدولية بين الخواص وتشعبها جعلها تستقلّ عن العلاقات بين الدول بل إنّ علاقات القانون الدولي الخاص أصبحت هي المؤثرة على علاقات القانون الدولي العام بحيث لم يعد بالإمكان أن يقف افتراض اصطدام الإعتراف بالأحكام الأجنبية بمبدأ احترام السيادة الوطنية لبلد مُعين حائلا دون تحقيق المصالح الخاصّة للمتعاملين مع مواطني ذلك البلد أو مستوطنيه وأصبحت الدّول في إطار تقبّلها لضرورة التّنازل عن مظهر من مظاهر السيادة وسعيها إلى التّعاون والتّعايش مع بقية الأنظمة ، تُبرم اتفاقيات للتّعاون والتّبادل القضائي وتُولي أهميّة كبرى لتنظيم المسألة وذلك بغاية تحقيق الحماية اللازمة للأشخاص في حقوقهم الشخصيّة ومصالحهم المالية وضمان استقرار معاملاتهم عبر الحدود وتفادي الإصطدام والتّنازع بين سلطة القاضي الأجنبي من جهة وسلطة القاضي المتعهد بالإعتراف بحكمه وتنفيذه من جهة أخرى .

وقد سعت البلاد التونسية إلى مواكبة مقتضيات التطوّر من خلال سنّ مجلة القانون الدولي الخاص الآخذة بأحدث الحلول التي توصّلت إليها القوانين المقارنة ومستلهمة مبادئها من أحدث الأفكار التي اقترحها الفقهاء متخلّية بذلك عن الجمود الذي كان يسيطر على هذا المجال وتحديدا قطع العهد مع مجلة المرافعات المدنية والتّجارية التي كانت مُنظّمة لهذه المسالة .

فالتحرّر والتيسير في التعامل مع الآخر كان من ميزات هذه المجلة مُقارنة بالوضع السّابق فكان التوسّع في مجال الإعتراف والإكساء عموما ليَشملَ الأحكام وكذلك القرارات الصّادرة عن سلطة أجنبية مختصة، بما في ذلك القرارات الولائية وغير الولائية منها ، غير أنّ مثل هذا التوسع في فهم فصول هذه المجلة والمتماشي مع روح مبادئها وتوجّهاتها لم يلقى الصّدى الكافي لدى فقه القضاء الذي مُطالب منه والحال ما ذكر نزع ثوب التردّد في هذا الشأن وتعميم المبدأ على القرارات عموما .

كما كرّست هذه المجلة مبدأ الإعتراف بالقرار الأجنبي ليتّجه القول بأن هذا القرار بإمكانه أن ينتج آثاره بمعزل عن الإكساء بالصّيغة التنفيذيّة. وكان محبّذًا لو وقع اعتماد هذه الآلية بأسلوب واضح صريح يجنب التشكيك في فاعلية وجدوى الفصل 13 من م. ق. د. خ لأنّه ورغم المبرّرات ورغم محاولات إيجاد الحلول لهذه المسألة ورغم السّعي في التفنّن في تفسير وفهم هذا النص وجعله

يستوعب قدر الإمكان الإعتراف بالقرارات الأجنبية فإنّه كان أولى بالمشرّع تجنيب القاضي والباحث هذا العناء لو أنه ساير في هذا الصّدد التشاريع المقارنة ونخصّ بالذكر التشريع الفرنسي الذي ومنذ زمن بعيد تجاوز هذه المسألة، فكأننا بالمشرّع التونسي تعمّد الأخذ بيد ما منحه بأخرى، والحال أنّ الأمر تجاوزته الأحداث ويكاد يجمع الفقهاء على ضرورة الإعتراف المباشر بالأحكام الأجنبية المتعلّقة بالأهلية والأحوال الشخصية، لتطلعنا م. ق. د. خ بأن هذا الإعتراف يشمل رسوم الحالة وأحكام الحالة المدنية النهائية باستثناء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية .

أمّا في خصوص الدّفع باتصال القضاء بالحكم الأجنبي فالفصل 482 م.إ.ع يشترط الإكساء ليعتبر الحكم الأجنبي قد أحرز على قوّة اتّصال القضاء، فيجب اعتبار هذا النص قد نسخ بمقتضى الفصل 12 من م.ق.د.خ رغم ما يكتنف الفصل الثاني من غموض ذلك أن رفض الدفع باتصال القضاء بالحكم الأجنبي الاّ بعد اكسائه ليس من شأنه الاّ إثقال كاهل المتقاضيين بزيادة الإجراءات والتكاليف للقيام بدعوى إكساء، والحال أنّ القاضي المتعهّد بإمكانه أصالة مراقبة الحكم الأجنبي وقبوله للدّفع باتصال القضاء من عدمه[1] .

نقول ختاما بأن هذه الرقابة المتحدث عنها لا يجب أن تكون حاجزا أمام التقبّل الأفضل للقرار الأجنبي، لأنّ القاضي التونسي يبقى خير حكم لتقدير مدى سلامته من عدمه، هدفه من ذلك الحفاظ على مقوّمات بلاده وسياستها التشريعية، والحذر كل الحذر من أن تُنتهك سيادتها، غير أنّ ذلك لا يجب أن يحجب مُهمّة القاضي الأساسية وهي البحث عن العدل، ومتى وجده في قضائه أو قضاء غيره فجدير به أن يعتمده وأن لا يتمسّك بالشكليات على حساب الجوهر .

---

[1] - عثمان عروس : الإكساء بالصيغة التنفيذية، رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، ص. 171.

المراجـــع

I – المراجع باللغة العربية

1 – المـــؤلّفات :

* أحمد ابراهيم، القانون الدّولي الخاص، الإختصاص القضائي الدّولي والآثار الدّولية، الجزء الثاني، الكتاب الأوّل، عابدين بن عبد الله 1991.

* جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدّولي الخاص العربي، الجزء الرّابع، في تنازع السلطات وتنازع الإختصاص، جامعة الدّول العربية، معهد الدّراسات العربية والعالمية، 1964.

* الخير قشي، إشكالية تنفيذ أحكام المحاكم الدّولية بين النصّ والواقع.

* عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني.

* محمد كمال فهمي، أصول القانون الدّولي الخاص، الطبعة الثانية، 1980.

* مصطفى الصخري، الإتّفاقيات القضائية الدّولية، أحكامها ونصوصها، أوربيس للنّشر 1996.

* ممدوح حافظ عرموش، القانون الدّولي الخاص الأردني والمقارن، مكتبة دار الثّقافة للنّشر والتوزيع، 1998.

* هشام علي صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدّولي، منشأة المعارف الإسكندرية.

2 – الرّسائل والمذكّرات :

* رجاء بوسمّة، الإعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، رسالة لنيل شهادة ختم الدّروس بالمعهد الأعلى للقضاء، الفوج الثّامن، 1996-1997.

* عثمان الكثيري، تنفيذ القرارات الأجنبية في مادة الأحوال الشخصية، رسالة لنيل شهادة ختم الدّروس بالمعهد الأعلى للقضاء، الفوج الثالث عشر، 2001-2002.

* عثمان عروس، الإكساء بالصّيغة التنفيذية، رسالة لنيل شهادة ختم الدّروس بالمعهد الأعلى للقضاء، الفوج الحادي عشر، 1999- 2000.

* كمال بوجاه، اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتّحاد المغرب العربي، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة بكلية الحقوق بتونس، 1993- 1994.

2 - المـــقالات :

***مجلة القضاء والتشريع :**

- أحمد الورفلّي، الزّواج المختلط ومصلحة المحضون : لمحة عامّة، جانفي 2002.
- الباشا البجّار، القانون الدّولي الخاص : مصادره وتأثيراته بالبلاد التّونسية، افتتاح السنة القضائية 1976- 1977.
- مالك الغزواني، تنفيذ القرارات الأجنبيّة في مادّة الأحوال الشخصيّة، جانفي 2002.

***المجلّة التّونسية للقانون :**

- عبد المنعم كيوة، هل أنّ الحكم الأجنبي القاضي بالحضانة خاضع للإعتراف به وتنفيذه بتونس لإجراء الإكساء بالصّيغة التنفيذية أمام المحاكم التّونسية، 1998.

***منشورات مركز الدّراسات القانونية والقضائية :**

- نورالدّين الغزواني، الإعتراف بالأحكام والقرارات القضائية الأجنبية وتنفيذها، ماي 2001.
- نورالدّين الغزواني، تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية والإعتراف بها في مجلّة القانون الدّولي الخاص، مارس 1999.

II – المراجع باللّغة الفرنسيّة :

1 - *Les ouvrages* :

- *Audit (B), Droit international privé, Economica, 2 è éd, 1979.*
- *Alexandre (D), Les pouvoirs du juge de l'éxéquatur. G.D.J, 1970.*
- *Batiffol (H),et Lagarde (P), Droit international privé, Tome II, 7è éd, L.G.D.J. 1983.*
- *Holleaux (D), Foyer (J), de la pradelle (G), Droit international privé, Masson, 5 è éd.*
- *Holleaux (D), Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, Dalloz, 1970.*
- *Mayer (P), Droit international privé, Montchrestien, 5 è éd, 1994.*
- *Mezghani (A), Commentaire du code de D.I.P, C.P.U, 1999.*
- *Mezghani (A), Droit international privé, états nouveaux et relations privées internationales, Ceres, 1991.*
- *Simon-dépitré (M), Droit international privé problèmes actuels, collection Armand colin, 1964.*

2 -*Thèses et mémoires* :

- *Addassi (R), L'éxéquatur des jugements étrangers (en droit tunisien), mémoire F.S.J.P.S, 1994 –1995.*
- *Meziou (K), Les relations en D.I.P de la famille entre les systèmes tunisien et français : Le cas du divorce des couples mixtes.*

3 - *Revues périodiques* :

- *Ben Attar (R), Les conflits de juridictions en matière de divorce, La compétence judiciaire tunisienne et les effets internationaux des jugements étrangers, R.T.D, 1968.*
- *Ben Jemia (M), L'éxéquatur des décisions étrangères en matière de statut personnel, R.T.D, 2000.*
- *Alexandre (D), Les effets des jugements étranges indépendants de l'éxéquatur, T.C.F.D.I.P, 1975 – 1977.*
- *Bernard (C), Les problèmes posés par les demandes d'éxéquatur des décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps, T.C.F.D.I.P, 1977 – 1979.*
- *H. Decock, effets et exécutions des jugements étrangers, R.C.A.D.I, Tome 10, 1929.*