الجمهورية التونسية

# التقرير السنوي
# لمحكمة التعقيب
# 2017

سبتمبر 2018

# الحـــــــــمد لـــلّـــه

عملا بأحكام الفصل 115 من الدستور، تنطلق محكمة التعقيب، على بركة الله، في إعداد تقريرها السنوي الأوّل، ترفعه إلى السيد رئيس الجمهورية، والسادة رئيس مجلس نواب الشعب، ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الأعلى للقضاء، ونشره.

**والله وليّ التوفيق**

| | |
|---|---|
| **الرئيس الأول** | **وكيل الدولة العام** |
| ***الهادي القديري*** | ***طارق شكيوة*** |

# شـــكـــــر

نشكر وزير العدل السيد غازي الجريبي على دعمه لمحكمة التعقيب طيلة السنة القضائيــة، وعلى مساعدته في اكتمال هذا التقرير السنوي الأول، إعدادا وطباعة ونشرا.

ونأمل أن يكون هذا التقرير رافدا من روافد التعريف بمحكمة التعقيب، ومترجما لسخاء عطاء قضاتها، ومتوجا لجهد إطاراتها وأعوانها، وأن يستقر العمل على إنجازه سنويا احتراما لمرتبته الدستورية، ولأهميته العملية.

# التعريف بمحكمة التعقيب
## (السنة القضائية 2017-2018)



**الرئيس الأول : السيد الهادي القديري**



**وكيل الدولة العام : السيد طارق شكيوة**

**العنوان : شارع 9 أفريل 1019 تونس**

**الهاتف : 71561970 الفاكس : 71571178**

**البريد الالكتروني لمحكمة التعقيب :**

**courdecassation@justice.tn**

**البريد الالكتروني للسيّد الرئيس الأول :**

**courdecassation.1president@justice.tn**

**البريد الالكتروني للسيد وكيل الدولة العام :**

**courdecassation.procureurgeneral@justice.tn**

**البريد الالكتروني لكتابة المحكمة :**

**courdecassation.greffe@justice.tn**

**موقع الواب :**

**www.courdecassation.tn**

# لجنة إعداد التقرير السنوي2017

## الرئاسة :

- السيد الهادي القديري، الــرئـيس الأول لمحكمـــــــة التعقيب
- السيد طارق شكيوة، وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب

## الأعضاء :

### مكتـب الرئيس الأول،

- السيدة رجاء بوسمة، مستشار بمحكمـــة التعقيب
- السيد حاتم بن جماعة، مستشار بمحكمة التعقيب
- السيد بديع بن عباس، مستشار بمحكمـة التعقيب

# الـفهــرس

**الكتاب الأول : تقديم محكمة التعقيب..... 21**

I- مراحل تطور القضاء بتونس..... 24

1- مرحلة ما قبل دخول الإسلام إلى تونس ..... 24

- القضاء عند البربر..... 24

- القضاء القرطاجي..... 25

- القضاء الروماني ..... 26

- القضاء الوندالي ..... 26

- القضاء البيزنطي ..... 27

2- مرحلة العصر الإسلامي ..... 27

- القضاء الأغلبي ..... 27

- القضاء الفاطمي ..... 28

- القضاء الصنهاجي والموحدي ..... 28

- القضاء الحفصي ..... 29

- القضاء العثماني ..... 30

- القضاء المرادي ..... 30

- القضاء الحسيني ..... 30

II- مراحل ظهور قضاء التعقيب في تونس ..... 33

1- مـرحـلة عـهد الأمــان ..... 33

أ- مجالس الضّبــطيــة ..... 34

ب- مجالس الجنايـــات ..... 35

ج- مــجلس التحقيـق ..... 36

د- مجـــلس التــجــارة ..... 37

هـ- المجلس العسكري ..... 37

و- الـــــمجلس الأكبر ..... 37
2- مـرحـــلـــة الاحتلال الفرنسي لتونس ..... 39
أ- مقاومة القضاة للاحتلال الفرنسي ..... 40
1- مقاومة القضاة للإحتلال الفرنسي قبل 1921 ..... 40
- رفض التشريعات وعدم قبول التعامل مع الفرنسيين ..... 41
- المطالبة بتوفير محاكم عدلية تونسية وفصل السلطة القضائية عن الإدارة ..... 44
- المطالبة بالدستور ..... 45
2- مقاومة القضاة للإحتلال الفرنسي بعد 1921 ..... 46
ب- قضاء التعقيب في عـــهد الإحتلال الفرنسي ..... 48
- مجلس التعقيب ..... 48
- لجنــة التـمييــز ..... 49
- لجـــنة القضايــا ..... 50
3- مرحلة ما بعد الاستقلال ..... 52
III- حاضر محكمة التعقيب ..... 53
1- الموارد البشريــة ..... 53
أ- الإطار القضائي ..... 53
- القضاء الجالس ..... 53
- الادعـاء الـعمومي ..... 55
ب- الإطار الإداري ..... 55
2- الموارد الــماديــة ..... 56
أ- وصف واقع مقر محكمة التعقيب ..... 56
ب- احتيــاجــات محكــمة التعقيب ..... 57
**الكتاب الثاني: الكلمات الافتتاحية .....** 59
I- كلمة السـيد الـهادي الـقديـري الرئيس الأول لمحكمة التعقيب بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2017-2018 ..... 62

II- كلمة السيد طارق شكيوة وكيل الدولة العام لمحكمة التعقيب بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2017-2018 ..... 66

III- محاضرة افتتاح السنة القضائية 2017-2018 القاضي والتشجيع على الاستثمار د. بديع بن عبّاس، مستشار بمحكمة التعقيب ..... 70

**الكتاب الثالث : التعديلات المقترحة ..... 107**

I- مقترحات تعديلات تشريعية خاصة بمحكمة التعقيب ..... 109

أ- في خصوص وكالة الدولة العامة ..... 110

ب- في خصوص إجراءات الطعن بالتعقيب ..... 110

* في الطعن بالتعقيب في المادة الجزائية ..... 111

* في الطعن بالتعقيب في المادة المدنية ..... 115

ج-في خصوص صياغة القرار التعقيبي ونشره ..... 119

II- مقترحات تعديلات تشريعية عامة ..... 119

أ- المقترحات في المادة المدنية ..... 119

ب- المقترحات في المادة الجزائية ..... 123

**الكتاب الرابع : نشاط محكمة التعقيب ..... 131**

I- النشاط القضائي ..... 133

1- فقه القضاء ..... 133

أ- قرارات الدوائر المجتمعة ..... 133

- قرارات الدوائر المجتمعة في المادة المدنية ..... 133

* مرافعات مدنية وتجارية ..... 133

- خطأ بين ..... 133

- شروط انعقاد الدوائر المجتمعة ..... 137

- امضاء المحامي بعريضة الدعوى ..... 139

*مـــدنـــي ..... 140

- دعوى بليانية ..... 140

- تأمين ..... 147
- كراء ..... 149
* اجتماعي ..... 151
- الامتناع عن تقديم الوثائق المحاسبية والأجور ..... 151
- قرارت الدوائر المجتمعة في المادة الجزائية ..... 153
* إجراءات جزائية ..... 153
- خطأ بيّن ..... 153
ب- قرارات صادرة عن الـدوائر ..... 155
1- أحوال شخصية ..... 155
1-1- استقلالية الضر المعنوي عن الدخل المادي في الطلاق ..... 155
1-2- إنفاق الأم المطلقة على الأبناء؟ ..... 156
1-3- سكنى الحاضنة ..... 157
1-3-1- سكنى الحاضنة من متعلقات الحضانة ..... 157
1-3-2- انتهاء أمد الحضانة ..... 158
1-4- تقدير غرم الضرر المادي للزوجة من الطلاق ..... 159
1-5- الرجوع في الاتفاق على الطلاق من طرف واحد ..... 160
1-6- مؤشرات الترفيع في الجراية ..... 161
1-7- فقدان العذرية لا يعد اخلالا بواجب المصارحة ..... 162
1-8- الصفة في دعوى نفي النسب (69 و75 من م ا ج) ..... 163
2- اجتماعي ..... 164
2-1- إثبات الإيقاف عن العمل ..... 164
2-2- إثبات الهفوة الفادحة ..... 165
2-3- تقيد قاضي الشغل بالحكم الجزائي القاضي بعدم سماع الدعوى؟ ..... 166
2-4- التعويض عن انهاء عقد الشغل بفعل الأمير ..... 168
2-5- التغطية الاجتماعية لأعوان الدولة العرضيين ..... 169

2-6- التغطية الاجتماعية لعملة الحضائر ..... 170
2-7- نزاع الشغل الفردي ونزاع الشغل الجماعي ..... 171
2-8- عبء إثبات واقعة الطرد ..... 172
3- مدني عام ..... 173
3-1- الهبة ..... 173
3-1-1- صحة هبة الرقبة ..... 173
3-1-2- بطلان هبة ملك الغير ..... 174
3-1-3- التسليم في الهبة ..... 175
3-2- إتصال القضاء ..... 176
3-2-1- شروط قرينة اتصال القضاء ..... 176
3-2-2- مفهوم اتصال القضاء ومفهوم قوة الحكم في الاثبات ..... 178
3-2-3- حكم الطرح لا يتصل به القضاء ..... 178
3-2-4- الحكم الجزائي وشروط حجية ما اتصل به القضاء ..... 178
3-2-5- إنبناء الحكم الذي اتصل به القضاء على غلط حسي ..... 180
3-3- العقد ..... 181
3-3-1- عقد توزيع وعقد استغلال تحت التسمية الأصلية ..... 181
3-3-2- التجديد الضمني للعقد ..... 183
3-3-3- فسخ العقد ..... 185
3-3-3-1- الشرط الفسخي والفسخ بموجب القانون ..... 185
3-3-3-2-فسخ العقد للإكراه ..... 185
3-3-4- الاعلام بانتقال الملكية ..... 187
3-3-5- شروط الدعوى البوليانية ..... 188
3-3-6- الوكيل الذي يبيع لابنه لا يعتبر قد تعاقد لنفسه ..... 189
3-4- تجزئة الإقرار ..... 190
3-5- رفع مضرة ..... 191

3-5-1- الحرمان من مشاهدة البحر ..... 191
3-6- رفض قبول الإرث ..... 192
4- قانون عقاري وتهيئة عمرانية ..... 196
4-1- الشفعة ..... 196
4-1-1- الشفعة والرهن العقاري ..... 196
4-1-2- إعلام الشفيع بالشراء ..... 197
4-2- دعوى كف الشغب وحماية واضع اليد ..... 199
4-3- الدعوى الحوزية ودعوى الخروج لعدم الصفة ..... 200
4-4- التاريخ المرجعي لتقدير قيمة إحداثات الحائز عن حسن نية ..... 201
4-5- علاقة مثال التهيئة العمرانية بحق الملكية ..... 205
4-6- ملك الدولة الخاص ..... 206
4-7 -إتمام بيع-أراضي الدولة-انتقال الرهن العقاري ..... 209
4-8- ضمان الاستحقاق الجزئي للمبيع-سقوط دعوى الاستحقاق ..... 210
4-9- حكم التسجيل انبنى على أدلة ثبت زورها ..... 211
4-10- الاحتجاج بالوعد بالبيع-عقار مسجل- قيد احتياطي ..... 212
5- تجاري ..... 213
5-1- إنقاذ شركة تمر بصعوبات اقتصادية ..... 213
5-2- تعديل برنامج انقاذ ..... 214
5-3- ابطال برنامج انقاذ ..... 216
5-4- شهادة في عدم وجود تقاييد ..... 217
5-5-كراء تجاري ..... 218
5-5-1- فسخ كراء تجاري لإدخال تغييرات جوهرية بالمكرى ..... 218
5-5-2- فسخ كراء تجاري لعدم دفع الزيادة الاتفاقية ..... 219
5-5-3- غرامة الحرمان ..... 219
5-5-4- الزيادة الاتفاقية بعد صدور حكم التعديل ..... 220

5-6- الاعتراض على تسجيل علامة تجارية ..... 222
5-7- إثبات شركة محاصة ..... 223
5-8- إجراءات انعقاد الجلسة العامة العادية والجلسة الخارقة للعادة ..... 224
5-9- فسخ الكراء التجاري وحماية الدائن المرتهن ..... 225
5-10- القفل الضمني للحساب الجاري ..... 227
5-11- نقل بحري ..... 229
6- مسؤولية مدنية وتأمين ..... 233
6-1- حوادث المرور ..... 233
6-1-1- تجزئة المسؤولية ..... 233
6-1-2- المرافق ..... 234
6-1-2-1- مرافق لسائق الشاحنة ..... 234
6-1-2-2- مرافق للدارجي ..... 234
6-1-2-3- المرافق مالك للعربة ..... 235
6-1-3- استقلالية الضررين المعنوي والجمالي ..... 237
6-1-4- الضرر المهني وعدم اشتراط العمل ..... 239
6-1-5- التعويض عن الاضرار المادية للعربة ..... 240
6-1-6- التعويض عن سرقة سيارة موضوع عقد ايجار مالي ..... 241
6-1-7- التأمين الاختياري والتأمين الالزامي ..... 242
6-1-8- الخيار في اتباع إجراءات التسوية الصلحية ..... 243
6-2- مسؤولية الصيرفي في مراقبة امضاء الحريف ..... 244
6-3- أركان المسؤولية التقصيرية ..... 245
6-4- سقوط الحق في الضمان من جراء عدم الاعلام عن الحادث ..... 247
6-5- الخطأ الفادح والخطأ غير المغتفر ..... 248
7- إجراءات مدنية وتجارية ..... 249
7-1- العقلة التوقيفية ..... 249

7-1-1- بطلان محضر العقلة التوقيفية ..... 249
7-1-2- العذر الشرعي لعدم تقديم التصريح في العقلة التوقيفية ..... 250
7-1-3- رفع العقلة التوقيفية لا يكون إلا بحكم ..... 252
7-1-4- علاقة فرع طلب الأداء بفرع صحة العقلة التوقيفية ..... 253
7-2- الاختصاص القضائي ..... 255
7-2-1- الاختصاص الترابي ..... 255
7-2-2- اختصاص الدائرة التجارية ..... 256
7-2-2-1- معايير اختصاص الدائرة التجارية ..... 256
7-2-2-2- طبيعة اختصاص الدائرة التجارية ..... 257
7-3- اختصاص المحاكم العدلية ..... 258
7-4- الطعن في الحكم التفسيري ..... 260
7-5- آجال استدعاء المقيم في الخارج في المادة الشغلية ..... 261
7-6- استدعاء الخصم لحضور اختبار طبي ..... 263
7-7- إعادة نشر قضية ..... 264
7-7-1- إعادة نشر القضية إجراء إداري ..... 264
7-7-2- إجراءات إعادة النشر ..... 264
7-8- التبتيت ..... 265
7-8-1- المبتت له غير ملزم بتأمين الثلث في صورة التسديس ..... 265
7-8-2- محضر التبتيت لا يعد لائحة حكم ..... 266
7-8-3- ابطال إجراءات التسديس وابطال حكم التسديس ..... 267
7-9- اختصاص الرئيس الأول في توقيف التنفيذ ..... 268
7-10- شروط استصدار الأذون على العرائض ..... 269
7-11- شروط الاعتراض المدني ..... 270
7-12- صفة الوكيل العقاري على أملاك الأجانب ..... 270
7-13- آجال الحضور في دعوى غرامة الحرمان ..... 271

8- قانون دولي خاص ..... 272
8-1- المقر ..... 272
8-1-1- مفهوم المقر ..... 272
8-1-2- المقر المشترك للزوجين ..... 274
8-2- اختصاص المحاكم التونسية في الدعاوى المتعلقة بالعقود ..... 274
9- استعجالي ..... 276
9-1- الخصم من المورد ..... 276
9-2- اثبات بداية الكراء يخرج عن مناط القضاء الاستعجالي ..... 276
9-3- دعوى إرجاع المتسوغ للمكرى ..... 277
9-4- الغرامة التهديدية والقضاء الاستعجالي ..... 277
9-5- القاضي الاستعجالي وعلامة الصنع ..... 281
10- تحكيم ..... 282
10-1- التخلي عن التحكيم ..... 282
10-2- الدفع الشكلي بعدم اختصاص هيئة التحكيم ..... 283
11- قانون جزائي وإجراءات جزائية ..... 284
11-1- قانون جزائي عام ..... 284
11-1-1- الفرق بين الأعمال التحضيرية والشروع في التنفيذ ..... 284
11-1-2- التجنيح ..... 287
11-1-3- التناسب بين الفعل والعقوبة ..... 288
11-2- قانون جزائي خاص ..... 289
11-2-1- الموظف بالبنك مؤتمن على ما يقبضه من مال مودع ..... 289
11-2-2- تزوير الوثيقة الالكترونية ..... 289
11-2-3- أركان جريمة غسل الأموال ..... 291
11-2-5- إعادة تكييف الأفعال ..... 293
11-2-6- الجريمة الجماعية ..... 293

11-2-7- الفرق بين التحرش الجنسي والاعتداء بفعل الفاحشة ..... 297
11-2-8- الجريمة المثارة ..... 300
11-2-9- مفهوم المحل المسكون في السرقة ..... 303
11-2-10- الركن المادي في جريمة الانضمام إلى تنظيم إرهابي ..... 306
11-2-11- صفة المتسوغ في عقد الإيجار المالي ..... 306
11-3- إجراءات جزائية ..... 308
11-3-1- إلغاء مرسوم الصحافة لأحكام المجلة الجزائية ؟ ..... 308
11-3-2- تقيد دائرة الإتهام بنص إحالة النيابة العمومية ..... 308
11-3-3- تنازع القوانين الجزائية في الزمان ..... 310
11-3-4- تعليل حفظ التهمة ..... 311
11-3-5- الاختصاص الحكمي لجريمة الاستيلاء على مشترك قبل القسمة ..... 313
11-3-6- الضم والارتباط واتصال القضاء ..... 314
11-3-7- رقابة الدائرة الجنائية على قرار دائرة الاتهام ..... 315
11-3-7-1- إبطال قرار دائرة الاتهام من الدائرة الجنائية ..... 315
11-3-7-2- المفعول التطهيري لاتصال القضاء بقرار دائرة الاتهام ..... 317
11-3-8- تعقيب قرار رفض أو قبول القيام على المسؤولية الخاصة ..... 317
11-3-9- الشروط الشكلية لمحضر باحث البداية ..... 319
11-3-10- تقيد أعوان الضابطة العدلية بإجراءات قانون حماية المستهلك ..... 320
11-3-11- استدعاء القائم بالحق الشخصي بالطور الاستئنافي ..... 321
11-3-12- التفكيك والضم ..... 321
11-3-13- الترويج لمادة مخدرة-تكرر فعل الاتجار ووحدة التتبع ..... 324
11-3-14- الاعتراض على الحكم الغيابي ..... 327
11-3-14-1- شكليات الاعتراض عند تقديم المطلب من المحامي ..... 327
11-3-14-2- تضمين تاريخ انعقاد الجلسة الاعتراضية بالاستدعاء ..... 329
11-3-14-3- الاعلام بتاريخ الجلسة يكون للمعترض شخصيا ..... 330

11-3-15- سقوط الدعوى العمومية الناتجة عن التعذيب بمرور الزمن ..... 331
11-3-16- استجلاب ..... 332
2- معطيات إحصائية ..... 333
أ- نشاط محكمة التعقيب للسنوات القضائية 2013-2017 ..... 333
النشاط العام للمحكمة ..... 333
النشاط القضائي للمحكمة حسب المادة ..... 336
ب- نشاط محكمة التعقيب للسنة الإدارية 2017..... 337
النشاط العام للمحكمة ..... 337
النشاط القضائي للمحكمة حسب المادة ..... 344
إحصائيات الدوائر ..... 351
أنشطة أخرى للمحكمة ..... 359
الدوائر المجتمعة ..... 360
ج- مشروع قياس عبء العمل القضائي : محكمة التعقيب نموذجا ..... 362
3- مختارات من طلبات الادعاء العام ..... 394
1- طلبات الادعاء العام في مطلب تعديل بين الحكام عدد1041 ..... 394
2- طلبات الادعاء العام في مطلب الاستجلاب عدد685 ..... 396
3- طلبات الادعاء العام في القضية الجنائية عدد63761 ..... 397
4- طلبات الادعاء العام في القضية التجارية عدد 53912 ..... 399
5- طلبات الادعاء العام في القضية الشغلية عدد39218 ..... 402
6- طلبات الادعاء العام في القضية المدنية عدد 56209 ..... 406
II- النشاط غير القضائي ..... 409
1- الأنشطة المنجزة سنة 2017 ..... 409
1-1- تكثيف تعاون محكمة التعقيب مع محيطها ..... 409
1-1-1- التعاون الدولي ..... 409
أ- تدعيم التعاون مع المحاكم والمؤسسات القضائية الأوروبية ..... 409

ب- تواصل التعاون مع المحاكم والمؤسسات القضائية الافريقية والعربية ..... 411
2-1-1- التعاون الداخلي ..... 412
أ- المشاركة في الملتقيات العلمية ..... 412
ب- ابرام اتفاقيات تعاون مع كليات الحقوق ..... 413
2-1- تطوير تجربة مكتب الرئيس الأول ..... 415
1-2-1- التوثيق ..... 416
2-2-1- البحوث والدراسات ..... 419
* مواضيع مشاركة السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب في المؤتمر الثامن لرؤساء المحاكم العليا للدول العربية بالجمهورية الإسلامية الموريتانية (23 و24 أكتوبر 2017) ..... 419
1- سلطات المحكمة العليا كمحكمة موضوع ..... 420
2- هل للمحكمة العليا إثارة ما تراه عفوا خلال نظرها في الطعون المعروضة عليها؟ ..... 428
3- الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون في المادة المدنية والجزائية ..... 438
* مواضيع مشاركة مكتب الرئيس الأول في ملتقيات علمية ..... 447
1- نزاهة العدالة، الأخلاقيات القضائية ومكافحة الرشوة ..... 448
2- الوصول إلى العدالة للجميع ..... 464
3- التطورات في أتمتة المحاكم التونسية ..... 484
2- الأنشطة المبرمج إنجازها سنة 2018 ..... 505
الملاحق : ..... 508
* توزيع العمل للسنة القضائية 2017-2018 ..... 508
* لائحة مؤتمر ليلة القدر المنعقد في 26 رمضان 1365هـ الموافق لـــ 23 أوت 1946 بمنزل محمد الصفر جراد وبرئاسة القاضي العروسي الحداد (رئيس الدائرة الجنائية بالعدلية) ..... 514




# الكتاب الأول

## تقديم محكمة التعقيب

من الطبيعي أن يقترن تعدد المحاكم بتعدد ما يصدر عنها من أحكام حول تطبيق نفس القاعدة القانونية وتفسيرها. فتحديد شروط ومفترضات ونطاق تطبيق القواعد القانونية وتفسير العبارات التي وردت فيها هي تعد من المسائل التي تقبل الاختلاف في شأنها. ولكن السماح بتناقض الأحكام وتضاربها يؤدي إلى اضطراب النظام القانوني بأكمله وينال من فاعليته، فضلا عن كونه يشكل مدعاة إلى عدم الاستقرار في المعاملات وإلى عدم الثقة في القانون. فاستقرار الحقوق والمراكز القانونية، هدف القانون وغايته، لا يمكن أن يتحقق في ظل اختلاف المحاكم وتضاربها حول تطبيق القواعد القانونية وتفسيرها.

وبناءً عليه، لابد من وجود محكمة تعمل على توحيد تفسير القانون وتوحيد فهمه في كل البلاد، وهذه المحكمة هي محكمة التعقيب[1]: محكمة واحدة تقف في قمة الهرم القضائي وتنظر في جميع الأحكام والقرارات النهائية (الفصل 42 من م.م.م.ت.).

ولا تعد محكمة التعقيب درجة ثالثة من درجات التقاضي وهو المبدأ الذي يعني أن محكمة التعقيب هي محكمة قانون لا محكمة أصل. ويرتب المبدأ تبعا لذلك عدم تدخلها في الواقع واقتصار رقابتها على القانون. فهي محكمة لا تفصل في الخصومات بل تنظر في الطعن، فإما أن

[1] اعتماد المشرع لمصطلح "التعقيب" وتخليه عن مصطلحات النقض والإبرام والنقض والتمييز، يستند لأكثر من سبب، ذلك أن لفظة التعقيب تنطوي لغة على معان هي أقرب ما تكون لما يحمله الطعن من معان في القانون، فهي تعني على الصعيد اللغوي إضافة قول على قول، والتعليق على ما سبق، بما يناقضه أو يضعفه أو يدعمه ويقره، وقد وردت هذه العبارة في الذكر الحكيم بهذا المعنى، قال تعالى "والله يحكم لا معقب لحكمه"(سورة الرعد-آية 41)، وحاشى أن ترقى الأحكام الصادرة عن البشر إلى مستوى حكم بارئهم، لذلك فهي تقبل الطعن بالتعقيب حتى ولو كانت نهائية الدرجة وسبق أن تفحصتها محكمة الاستئناف. علاوة على ذلك، فإن المعطى التاريخي المتمثل في أن المصالح الفرنسية كانت في عهد الحماية تعد جل التشريعات باللغة الفرنسية ثم تعهد إلى تونسيين لترجمتها، وهم طبقة من الموظفين، وإن لم يكونوا دوما متضلعين في المادة القانونية إلا أنهم يمتازون بثقافة عربية يغلب عليها الجانب الفقهي، فكانوا لا يتحرجون أحيانا من عدم التقيد بحرفية النص ويلجئون إلى مصطلحات فقهية مألوفة عندهم اعتقادا منهم أنها كافية لتأدية المعنى المقصود.

فمصطلح النقض(Cassation)، رغم أنه الأقرب معنى و الأدق ترجمة من المصطلح المعتمد لتسمية محكمة التعقيب الفرنسية التي وقع الاستئناس بنظامها، إلا أنه لا يعكس حقيقة نشاط محكمة التعقيب، باعتبار أن توفر سبب من الأسباب القانونية التي تفتح الحق في الطعن في الحكم القابل للطعن فيه أمام هذه المحكمة لا يفضي بالضرورة إلى نقضه، إذ يجوز في صور معينة أن يغني تدارك محكمة التعقيب الخلل بما يتعين من إصلاح أو حذف ما كان به من تزيد، عن نقضه، مثلما نص على ذلك صراحة الفصل 177 من م.م.م.ت. أو الفصل 271 من م ا ج، وهو ما جرى فقه القضاء على الأخذ به، وقد يحول الإخلال بالشكليات التي فرض القانون مراعاتها ورتب عن الإخلال بها سقوط الطعن دون إمكانية نقض الحكم المطعون فيه رغم ما قد يكون به من عيوب قانونية(الفصلان 185 و195 من م.م.م.ت.).

كما أن مصطلح التمييز ليس أكثر توفقا في الإحاطة بوظيفة التعقيب، فدور محكمة التعقيب خلافا لما هو شائع لا يتمثل بالأساس في تمييز الحكم السليم عن الحكم المعيب مطلقا، إذ أنه علاوة على عدم امكانية قيام هذه المحكمة بهذه الوظيفة إلا متى تعهدت بطعن ممن له مصلحة من أطراف الحكم المطعون فيه، فإنها حتى في صورة تعهدها بمثل هذا الطعن، قد تضطر لإبقاء حكم معيب ضمن الأحكام المنتجة لآثارها إذا لم تقع مراعاة الشكليات القانونية الوجوبية التي رتب المشرع عن الإخلال بها سقوط الطعن.

أما مصطلح النقض والابرام، فإنه يتجاوز في عنصره الثاني وظيفة محكمة التعقيب وقد يضفي على وظيفتها مفهوما لم يقل به أحد، إذ أن إبرام الحكم لا يستوجب تدخل محكمة التعقيب ولا يتوقف عن صدور قرار في ذلك منها، باعتبار أن الحكم يصبح مبرما بحكم القانون وبقوته بمجرد انقضاء أجل التعقيب، دون مباشرة ذلك الطعن. أنظر في هذا الخصوص، محمد اللجمي، قضاء التعقيب مقاربة تاريخية وتحليلية، مؤلف خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959-2009، مركز النشر الجامعي، تونس 2010، ص. 17 و18.

تسلم بجديته ووجاهته فتنقض الحكم أو القرار المطعون فيه، وإما أن ترى عكس ذلك فتقضي برفضه.

وللإلمام بحاضر محكمة التعقيب(III)، يستحسن الرجوع إلى ماضيها. إذ لا يمكن دراسة الحاضر دون الرجوع للماضي، ولا يمكن الإضافة والبناء، دون الالتفات إلى التاريخ، حتى تكون الرؤية أشمل ومعالم الأشياء أوضح. فقد مرت محكمة التعقيب بمراحل تاريخية معينة لا مناص من التعرض إليها (II)، ولكن قبل ذلك سيقع بإيجاز تناول مراحل تطور القضاء التونسي عامة (I)،

## I- مراحل تطور القضاء بتونس

يمكن تقسيم مراحل تطور القضاء في تونس استنادا إلى أهم المراحل التاريخية التي عرفتها بلادنا، كالتالي : - مرحلة ما قبل دخول الإسلام إلى تونس- مرحلة العصر الإسلامي- مرحلة الحماية- مرحلة ما بعد الاستقلال.

وسيتم، في هذا الجزء من الدراسة، تناول مرحلة ما قبل دخول الإسلام ومرحلة العصر الإسلامي، أما مرحلتي الحماية ومابعد الاستقلال فسيقع التطرق إليهما عند النظر في مراحل تطور قضاء التعقيب في تونس[1]، لارتباط تطور هذا الصنف من القضاء بتطور النظام القضائي التونسي بصفة عامة.

### 1- مرحلة ما قبل دخول الإسلام إلى تونس

- **القضاء عند البربر:** كان القانون البربري موجودا بتونس قبل أربعين قرنا من ميلاد النبي عيسى عليه السلام، وهو حينئذ أقدم من القوانين المصرية الموضوعة في القرن العشرين قبل الميلاد، وهو كذلك أسبق من قانون حمورابي الآشوري الموضوع في القرن العشرين قبل الميلاد[2].

ويتأسس القانون البربري على مجموع العادات والأعراف الجارية، أما القضاء المكلف بتطبيقه فيقام بأمكنة معينة ومن محاكم[3] متكونة من شيوخ الجماعة المتواجدة في تلك المنطقة (عرش أو

---

[1] مما لا جدال فيه أن أول ظهور لفكرة التعقيب بتونس قد تزامن مع إعلان دستور 1861، وأن تلك الفكرة لم تتبلور إلا أثناء فترة الحماية. في هذا المعنى، الأزهر بوعوني، تقديم ملتقى التعقيب لسنة 1988، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989، ص.7.

V. aussi, Nadhir BEN AMMOU, Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, Faculté de droit de Tunis, Thèse de doctorat d'Etat,1996, p. 35, n° 73 : « On pourrait voir dans le conseil suprême institué par la constitution du 26/04/1861 l'ancêtre directe de l'actuelle cour de cassation. »

[2] محمود شمام، خلاصة تاريخ القضاء في تونس، أوت 1992، ص. 9.

[3] من ذلك مثلا المحكمة البربرية- قصر العدالة- الواقع اكتشافه بين أطلال طبرنق قرب بلاريجيا BULLA REGIA وهو قصر ذو نوافذ ثلاثة مقوسة وذات شكل جميل. أنظر، محمود بوعلي، القضاء في تونس تراث ثلاثة آلاف سنة، بدون تاريخ، ص. 12.

قبيلة أو دشرة)، وهو ما يعني أن القضاء حينها يخضع إلى قوانين لا وثنية ولا سماوية بل نابعة من الواقع.

ولقد تسرب الكثير من هذه العادات والأعراف في المعاملات، فنجد آثاره في بعض الأحكام العرفية ببعض الولايات التونسية وخاصة منها الواقعة بجنوب البلاد، باسم محدود المعنى وهو "قانون الجماعة" في إطار حلف يعقده عدد هام من الشيوخ خاصة عند "التوازين" و"أولاد عون الله" و"الكراشوة" أي ببنقردان ومدنين وبني خداش وتطاوين.

ومما لا يجوز إغفاله ما قام به الملك البربري "ماسينيسا" من تكوين دولة مهابة لها نظام متماسك، فقد أوصى لما أشرف على العقد الثامن من عمره بإسناد السلطة القضائية إلى المقرب من أبنائه وهو "مستنبعل" Mastanabal في حين أسند إلى أكبر أبنائه وهو "ميسيبسا" Micipsa السلطة الإدارية وإلى ابنه الآخر "غولوسة" Gulusa السلطة العسكرية وقيادة الجيش[1]. وهذا التحليل للسلطة الأساسية الملكية وخاصة هذا الاعتبار للسلطة القضائية ما هو إلا شاهد لما كان يوليه الانسان التونسي منذ أكثر من ألفي عام من مكانة للقضاء.

- **القضاء القرطاجي (814 ق م-146ق م):** كان القضاء القرطاجي يمتاز بالازدواجية أي بتواجد حاكمين معا يحمل كل منهما اسم"الشفط" Suffetes، وكلمة "شفط" عند القرطاجيين تقابل كلمة "سبط" بالعربية بمعنى حاكم. وقد تطور واختلف أسلوب ترشيح الشفطين الاثنين بحسب الظروف، وفي أغلب الأحيان ينتخبهما السكان من العائلات المشهورة والغنية لأن كل الوظائف السياسية والعدلية كانت مجانية بدون مرتب فكان الترشيح في العديد من الأحيان متوارثا أباً عن جد.

وفي كل الحالات فإن هذين الشفطين كان أحدهما مكلفا بالشؤون القضائية أي حاكما فاصلا للقضايا والثاني مكلفا بالشؤون البلدية البحتة (مراقبة الأسعار، الموازين ونظافة المدينة...)

هذه الازدواجية التي وضعها القرطاجيون الأولون على رأس المدينة برزت بمرور الزمن فيما بعد على رأس الدولة نفسها فأصبحت حكومة قرطاج، ملكيّة غير أنها تسيّر أمورها بواسطة شفطين، أي ملكين حاكمين لمدة عام مع إمكانية التجديد لهما وكان مقرّهما على قمة ربوة "بيرصة" في قصر يحتوي على دواليب الدولة بما فيها أكبر رجال القضاء[2].

[1] محمود بوعلي، مرجع سابق، ص. 12.

[2] محمود بوعلي، مرجع سابق "صفحة 15".

وكان حول الحاكمين مجلسان منتخبان، أولهما يدعى "المجلس الأعلى" وأعضاؤه 200 فيه نواب أكبر العائلات وأشهر التّجار وثانيهما مجلس القدماء أي مجلس الشيوخ وعدد أعضائه 104... وكان هذا المجلس يراقب أعمال كل المسؤولين في الدولة من القمّة أي الأشفاط إلى أبسط الموظفين الإداريين فكان بمثابة محكمة تنظر في القضايا الخطيرة.

وما تجدر الإشارة إليه هو أنه في حالة الخلاف بين المجلسين، كان يرجع للشعب القرطاجي نفسه حلّه فيجتمع في الساحة المعدّة لهذا الغرض ومنه يتّخذ القول الفصل والقرار الحاسم.

وهكذا يلاحظ أن الدولة القرطاجية هي من أول الدول في العالم التي سنّت مبدأ الحياة الدستورية والنظام النيابي.

- **القضاء الرّوماني (146 ق.م. – 439 ب.م):** بدأ العهد الروماني الذي امتّد لمدّة أكثر من ثمانية قرون، مع تهديم قرطاج وتقتيل أهلها وانتصاب قوانين كانت تعتمد في طورها الأول على مبادئ شفاهية مستوردة من الغزاة الرومانيّين، ثم أصبحت في حقبة أخرى تعتمد ما يسمى بقانون اللوحات الاثنتي عشر (La loi des 12 Tables) المؤلّفة سنة 450 قبل الميلاد والمستمدّة من القانون اليوناني. وقد كان الحكام الرّومان بإفريقيّة يجمعون بين أيديهم كامل السّلط باسم الإمبراطور، السّلطة المدنيّة والعسكرية والقضائيّة ولا رقيب عليهم في ذلك.

ومما يذكر أن قضاء العهد الروماني كان يتمتع بهيبة لم يسبق لها مثيل. فكان القاضي عندما يسير في الطريق يسبقه عون حامل لرمز العدالة بين يديه أو على كتفه لإنهاض الناس الجلوس وإيقاف المارة إجلالا للقاضي وإلا تعرضوا إلى العقوبات الموجهة ضد كل من تقاعس عن احترام القاضي المعني بالأمر وللقضاء الإمبراطوري ككل.

- **القضاء الوندالي (439 – 535 ب.م.) :** لما دخل الوندال مدينة قرطاج تحالفوا مع البربر ضدّ الرومان وتمّ التعايش بينهم للشبه الكبير بين ما توارثه البربر وما توارثه الوندال عن الجرمانيّين القدامى من احترام العائلة الكبرى تحت قيادة شيخها الأكبر المتجسدة في كل سلطات القبيلة وبنفوذه كقاضي ينظر في جرائم أفراد قبيلته.

وكما كان للبربر "قضاء الجماعة" كان للوندال نفس القضاء يسمّى بقضاء "المال" (Mall باللّغة الألمانية)، والمتمّثل في كبار الرجال الأحرار. فأحكام الجماعة كأحكام المال، كانت دائما لا تقبل الطّعن كما كانت الاجتماعات تقع بحضور كل أفراد المجموعة المعنية بالمحاكمة.

أمّا العقوبات فكانت عند كل من الوندال والبربر تصدر حسب "قائمة مسعّرة" معروفة من طرف الجميع، غير أن العقوبة كانت تتنوّع حسب مقام وقيمة المجرم وأيضا حسب مقام وقيمة المعتدى عليه.

- **القضاء البيزنطي (536 – 647 ب.م.) :** تعتبر الفترة البيزنطية من أحلك الفترات التي مرّت بها تونس وهذا من القمّة أي من الوالي ممثّل قيصر الرّوم المتواجد ببيزنطة وبمقرّ مدينة قرطاج، إلى القاعدة العسكريّة والإداريّة مرورا بشبكة الهياكل المرتكزة عليها، فقد انتصب الحكّام العسكريّون بالمدن وانتظم تركيز الظلم في أرجاء البلاد، حيث كانت المناصب السياسية والإداريّة تباع، أمّا المحاكم فكانت كالأسواق تعرض فيها الأحكام وتشترى.

**2- مرحلة العصر الإسلامي**

- **القضاء الأغلبي (648– 909 م):** في عهد الخليفة عثمان رضي الله عنه سنة 27 للهجرة وقع فتح تونس من جيش إسلامي يقوده عبد الله ابن ابي سرح[1]، وكان القضاء عند الفتح يُجرى طبق التشريع الإسلامي من كتاب وسنة واجتهاد كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

وكان أول من تولى القضاء عبد الرحمان بن رافع التنوخي وهو من أعضاء البعثة العلمية التي وجهها الخليفة عمر بن عبد العزيز لتثقيف أهل البلاد كما تولى القضاء في هذه الفترة عبد الرحمان ابن أنعم الذي ولاه أبو جعفر المنصور القضاء بالقيروان وعبد الله ابن فرّوخ وعبد الله ابن غانم وأسد ابن الفرات.

وقد عرف القضاء تحولا عميقا بفضل الإمام سحنون الذي قسم القضاء إلى درجات ثلاثة :

الدرجة الأولى: وهي درجة القضاء الفردي أو دائرة صاحب المظالم، وهذا النوع من القضاء يرجع إليه النظر في القضايا المدنية التي لا يزيد مقدارها على العشرين دينارا، ويرأس هذه الدائرة قاض له خبرة خاصة في الأمور التجارية والصناعية ومهارة في التوفيق بين الناس وإصلاح ذات البين.

ولا تنظر دائرة القضاء الفردي في المخالفات والجنح التي تستوجب التعزير ولا في الجنايات التي تستوجب إقامة الحدود.

الدرجة الثانية: وهي درجة القضاء البلدي أو دائرة صاحب الحسبة، وهذه الدائرة ترجع لها المخالفات التي ترتكب ضد المصالح العامة والصحة العامة والطرقات والمساجد والأخلاق الفاضلة، كما يرجع إليها إجراء الرقابة على المكاييل والموازين ومعروضات الأسواق وعلى راحة السكان وأمنهم.

[1] وهو جيش يضم العبادلة السبع وهم : عبد الله ابن عباس، وعبد الله ابن عمر، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وعبد الله ابن جعفر، وعبد الله ابن الزبير، وعبد الله ابن الزبير.

الدرجة الثالثة: وهي درجة القضاء العالي أو محكمة قاضي القضاة، وتنظر دائرة القضاء العالي في الجنح المستوجبة للتعزير وفي الجنايات المستوجبة للحدود وتنظر أيضا فيما هو خارج عن دائرتي المظالم والحسبة.

ويتولى هذه الدائرة القاضي الذي ينتخبه أهل العلم ويعينه الأمير ويتساوى في التقاضي أمامه الجميع بدون أي استثناء.

وقد ابتكر الإمام سحنون، الذي لم يكن يتقاضى أجرا مقابل عمله، خطة الكتابة العامة للقضاء العالي، وأحدث نظام الاستدعاء الشخصي كتابة إضافة إلى الاستدعاء الشفاهي، وكذلك نظام الاستقدام الجبري، فإذا تلدد أحدهم في المثول أمام القاضي يأمر عون المحكمة بجلبه، وأدخل طريقة القضاء على الغائب والجدول اليومي المعد لضبط أسماء المتقاضين بحسب أسبقيتهم في الحضور وقرر أن يُجرى القضاء بمحضر كاتب وشاهدي التسجيل والخصوم ونوابهم.

**القضاء الفاطمي (909 – 973 م.) :** هيمن في العهد الفاطمي المذهب الشيعي من القمة إلى القاعدة مرورا بهياكل القضاء، وقد نظم الفاطميون مراسم تقليد القضاة بأن جعلوه على مرحلتين :

**أولا :** أثناء استقبال في قصر الخليفة تقع في مستهله قراءة السجل الحامل لنص تسمية القاضي الجديد ثم تسلم له الخلعة التي هي شعار الخطة.

**ثانيا :** يقع حفل بالمسجد يقرأ أثناءه نص "العهد" الذي يحتوي على حدود نفوذ القاضي الجديد موضوعيا وترابيا.

وكان الزي الرسمي للقضاة آنذاك أبيض اللون، ومع الخلعة كان القاضي يضع على رأسه القلنسوة ويركب حمارا أو بغلة دهماء اللون، وكان لتكملة هندامه لحية لا طويلة ولا قصيرة.

والجدير بالذكر أن تنصيب قاضي القضاة يستوجب حضور الخليفة الفاطمي نفسه، فيخلع بصفة رمزية قميصه الملكي ويضعه على كتفي القاضي الجديد معلنا أمام الحاشية ورجال الدولة رفعه إلى مستوى مسؤوليات، هي قبل كل شيء من خصائص الخلافة. أما تسمية القضاة الأقل نفوذا، فإن قاضي القضاة هو الذي يقوم بنفس المراسم الرسمية الرمزية التي يقوم بها الخليفة الفاطمي عند تنصيب كل واحد منهم.

- **القضاء الصنهاجي والموحدي(973 – 1207 م.) :** بعد انتهاء الهيمنة الفاطمية على افريقية واتجاههم نحو مصر انتصبت الدولة الصنهاجية بالمهدية خصوصا بقيادة المعز بن باديس، وظهر في

تلك الفترة العديد من رجال القضاء من بينهم: عبد الله ابن زيد القيرواني صاحب الرسالة الشهيرة شيخ المالكية بالمغرب الذي كان سماه معاصروه "مالكا الصغير"، وعلي بن محمد الربعي المعروف بأبي الحسن اللخمي القيرواني الذي استقر بصفاقس، وعبد الحميد بن محمد الصايغ وأبو القاسم عبد الرحمان بن محمد اللبيدي الذي ألف كتابا جامعا في المذهب المالكي به أكثر من مائتي جزء في عامة مسائل الفقه، وأبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المشهور بالإمام المازري الذي يعتبره المؤرخون من شيوخ افريقية في تحقيق العلوم الدينية والقضائية.

غير أنه كان من نتائج قرار المعز ابن باديس مقاطعة الشيعة مذهبا وخلافة، توجيه الفاطميين لقوم بني هلال وبني سليم من مصر نحو افريقية قصد تحطيم كيانها. فانقسمت البلاد إلى دويلات[1]، على رأس كل واحدة منها أمير يعتبر من أهم خصائصه القيام بالقضاء وإصدار أحكام غير قابلة للطعن كما أن العفو لا يصدر إلا عنه.

- **القضاء الحفصي (1207 – 1574 م.) :** لما بويع المستنصر الحفصي اعتنى بخطة القضاء اعتناءً كبيرا، وأحدث عدة تنظيمات وتراتيب قضائية حيث، وقع تقسيم خطط القضاء على خمس خطط،فجعل لكل قاض مرجع نظر خاص به وهم قاضي الجماعة الذي هو قاضي القضاة، وإليه يرجع تنفيذ جميع الأحكام التي تصدر من بقية القضاة، وقاضي المعاملات، وقاضي الأنكحة، وقاضي الآهلة، وقاضي الفريضة.

كما ظهر في العهد الحفصي ما يسمى بالصداق القيرواني، والذي كان يلتزم بمقتضاه الزوج إلا يتزوج بثانية وكذلك عقد المغارسة الذي ابتكره الفقهاء التونسيون عندما دعت الحاجة لخدمة الأرض وتشجيرها وتعميرها، مسايرة منهم للتطور الاقتصادي والاجتماعي، فضلا على أن ميلاد القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص قد تحقق في العهد الحفصي وذلك بإبرام العديد من الاتفاقيات بين تونس وكثير من دول أوروبا غايتها احترام الغير وتطوير المعاملات في كنف السلم، ومن أهم ما حفظ العهد الحفصي وثيقة المعاهدة التي أبرمت بين السلطان المستنصر بالله وملك فرنسا فيليب الثالث في 21 نوفمبر 1270 والتي كانت غايتها بالخصوص ضمان أمن المسلمين خارج التراب التونسي.

[1] فكان بنو خراسان بتونس وبنو جامع بقابس وبنو الرند بقفصة وآل الغرياني بصفاقس وبنو الورد ببنزرت وبنو علال بطبربة وعياض بن نصر الله بالكاف وحماد بن خليفة بزغوان...ومما انجر عن هذا الانقسام الطموحات التي كانت تخالج كل امير في الاستحواذ على الإمارات المجاورة الأمرالذي شجع تدريجيا أطماع الأعداء إلى مهاجمة البلاد. فأصبحت افريقية مهددة من الداخل بالفوضى من الأعراب والبربر التي كانت تسيطر على الأرياف وبعض أحياء المدن، وكذلك من جهة البحر لتكاثر مراكب القراصنة وتعوّدهم على مهاجمة سواحلها بدون مواجهة أو رد فعل من السلطات الضعيفة (الإمارات).

- **القضاء العثماني (1574 – 1637 م.) :** كان القضاء في العهد العثماني تحت نفوذ قاض معين من حكومة إسطنبول ينتمي للمذهب الحنفي وناطق باللغة التركية وأول قاض نصب تحت إشراف سنان باشا اسمه حسين أفندي الذي كان في نفس الوقت قاضيا على العسكر وقاضيا على الجماعة وتواصل تعيين القضاة من تركيا حتى تكون جيل من علماء متفقهين في المذهب الحنفي فأسندت مهمة القضاء إليهم، وكان أول قاضي حنفي ولد بتونس هو الشيخ محمد برناز.

وأصبح هناك قاضي قضاة للجماعة الحنفية وقاضي قضاة للجماعة المالكية ويساعدهما مفتون من علماء مذهبه يجتمعون بدار القاضي سائر أيام الأسبوع وتقع جلسة يوم الخميس بدار الباشا الأمير وبمحضره.

ولم تكن هناك تسوية تامة بين رجال القضاء الحنفيين والمالكيين، وقد أبدى علماء المالكية ورجال القضاء منهم قلقهم من الحيف الذي وصل إلى عدم التسوية في الجراية وأكثر من ذلك جلوس الأحناف بمكان على يمين الأمير أعلى من المكان الذي يجلس عليه قضاة المالكية[1]. وفي سنة 1255 هـ/1840م أزال الأمير أحمد باشا باي هذه الفوارق وأمر في تلك السنة بجمع المجلس الشرعي من المالكية والحنفية أمام محراب جامع الزيتونة بين الظهرين وأرسل الوزير أحمد ابن أبي الضياف مكتوبا تلاه عليهم هناك الشيخ إبراهيم الرياحي باش مفتي المالكية ويتضمن انه جعل لعلماء المالكية مرتبا مثل مرتب الفقهاء الأحناف دفعا لما قد يُتوهم من الحيف[2].

- **القضاء المرادي (1637 – 1725 م.) :** تلاشى شيئا فشيئا نفوذ حكومة إسطنبول على تونس وتحول تدريجيا إلى البايات حتى صاروا هم أهل الحل والعقد واستطاع البايات المراديون أن يجعلوا منصب الباي وراثيا في أسرتهم. علما أنه ولئن بقي الحكم بيد الأرستقراطية التركية المقيمة في البلاد فإنها بدأت تذوب تدريجيا وتطبعت بعادات البلاد وطبعوا أهاليها بعاداتهم فوقع تفاعل نتج عنه تعاون وانسجام.

وما وقع في الميدان الاجتماعي والسياسي من انسجام هو نفسه ما حصل في الميدان القضائي من تعايش بين القضاء الحنفي والقضاء المالكي.

- **القضاء الحسيني (1705 – 1881 م.) :** عند صعوده على العرش، لقّب "حسين بن علي" نفسه "قاضي القضاة" فأصبح ينتصب كل يوم سبت للحكم بين المتقاضين بقصر باردو[3].

---

[1] ويصف ابن أبي الضياف هذه الحالة " وظن بعض الناس أن ذلك –الحيف- عناية بعلماء المذهب الحنفي الذي هو مذهب الأمراء بعد انقراض الدولة الحفصية ويشهد له ظاهر الحال وربما تأثرت نفوس المالكية من ذلك وهم السواد الأعظم في المملكة ولا نسبة بينهم وبين الحنفية في العدد." ج. 4، ص. 35.

[2] محمود شمام، مرجع سابق، ص. 20-21.

[3] ولا يتخلّى إلا على المخالفات البسيطة التي يتعهّد بالنّظر فيها للقيّاد وأعوانهم كما كان أحيانا يفوّض النّظر في بعض القضايا للمشائخ على المذهب الحنفي أو على المذهب المالكي.

أمّا علي باشا الثّاني (1759 – 1788) فقد اعتنى بأحوال القضاة والمفتيين متتبعا ما يصدر عنهم من أحكام وتوقيع العقاب على من ثبت سوء سيرته فضلا على كونه كان يباشر القضاء بنفسه شخصيّا.

وقد صدر عن "الباي حسين الثاني" بادرة جعلت تونس في مقدّمة البلدان التي تحترم حقوق الإنسان عندما تم التوقيع على المعاهدة التونسية الفرنسية يوم 8 أوت 1830 بقصر باردو التي أعلن بندها الثاني أن الباي يلغي إلى الأبد في ولايته استرقاق المسيحيّين، كما يحرر كل العبيد المسيحيّين الذين يتواجدون بالأراضي التونسية، وفي سنة 1841 صدر أمر يقضي بمنع بيع الرقيق في السّوق وبهدم الدّكاكين التي كانت معدّة لجلوس العبيد "بالبركة" (سوق الصّاغة اليوم).كما أمر أحمد باي الأوّل في نفس السّنة بتحجير التجارة بالعبيد خارج التّراب التونسي. وفي ديسمبر 1842، أصدر كذلك أمرا قاضيا بأن من ولد بالتّراب التّونسي يعتبر حرّا لا يباع ولا يشترى.

ومع التسلسل الزمني، تستوجب الإشارة إلى ظاهرة يمكن اعتبارها من أخطر سلبيات القضاء ببلادنا مدة قرون، فقد كان القضاة من الحنفية والمالكية يحكمون في بيوتهم، كما كانت المفاتي من الصنفين تعرض عليهم الفتاوى وهم أيضا بديارهم.

وفي يوم 13 نوفمبر من سنة 1856 (السادس عشر من ربيع الأنوار سنة 1273) تأسست المحكمة الشرعية (الديوان)وألقى شيخ الإسلام على لسان محمد باي خطبة يمكن تلخيصها كما يلي :

1- إحداث محل للتقاضي لا يحكم إلا به.

2- تنظيم سير العمل به وحضور القضاة والمفتيين وحضور المفتيين لإرشاد العموم وعين العمل به لمدة أربع ساعات يوميا[1]

3- تعيين الموظفين وهم ستة من العدول وثلاثين عونا ينتخبهم شيخ الإسلام وحصر الوكلاء الشرعيين في عشرة.

ولم تكن هناك إجراءات تحدد مرجع النظر الحكمي فالمتقاضي يرفع قضيته إلى الدائرة التي يريد والمدعى عليه له الحق في التمسك بالدائرة الأخرى حسب مصالحه، وهو أمر انجر عنه تلاعب بالحقوق[2].

[1] بعد هذا الخطاب بيوم واحد صدر الأمر العلي المؤرخ في 14 نوفمبر 1856 الذي حدد صيغ دفع مرتبات القضاة الشرعيين وهي مرتبات جلها هزيلة تقتطع لا من الميزانية الرسمية للدولة بل من «فواضل الأوقاف» كما هو منصوص في كتاب «صفوة الاعتبار» للمؤرخ بيرم الخامس (طبعة بيت الحكمة ص. 250). وهي حالة غير عادية في ميدان الجرايات نسجت على منوالها حكومة الحماية بينما كانت طوال مدة الاحتلال توزع عشرات الملايين شهريا على رجال القضاء الفرنسي تستخرج من صلب مجموع الآداءات التي كان يدفعها الأهالي.

[2] ففي الشفعة مثلا يقوم الجار بطلب الشفعة أمام الدائرة الحنفية لأن المذهب الحنفي يسمح بالشفعة للجار، فيعمد المطلوب المشفوع عنه على التمسك بالمذهب المالكي الذي لا يرى شفعة للجار ويطلب التخلي عن القضية لفائدة الدائرة المالكية.

ثم أن القاضي يحكم طبق المشهور من مذهبه وقد يعمد إلى النصوص ويرجح قولا على آخر ويخالف بذلك أحكاما صدرت عن غيره. وهكذا فإن الوكلاء والخصوم لا يعرفون النص على وجه التحديد ولا يعرفون هل يحكم لهم أم عليهم. وقد بقي الأمر على هذه الحالة إلى أن صدرت مجلة الإجراءات الشرعية في 2 سبتمبر 1948 الموافق لـــــ 28 شوال 1367 وقد تضمنت هذه المجلة إجراءات من شأنها الحد من تلاعب الخصوم والتنقيص من الفوضى، فقد عينت مثلا الدائرة الحنفية للقضاء في الشفعة دون الدائرة المالكية.

وفي 9 سبتمبر 1857 يصدر لأول مرة في بلد عربي إعلان عهد الأمان الذي جاء مستهلا بهذه الكلمات: «باسم الله الرحمان الرحيم الحمد الله الذي أوضح للحق سبيلا وجعل العدل لحفظ نظام العالم كفيلا...».

وجاء بعهد الأمان هذه «القاعدة الأولى» المتمثلة في : "تأكيد الأمان لسائر رعيتنا وسكان إيالتنا على اختلاف الأديان والألسنة والألوان في أبدانهم المكرمة وأموالهم المحرمة وأعراضهم المحترمة إلا بحق يوجبه نظر المجلس الشورى ويرفعه إلينا ولنا النظر في الإمضاء أو التخفيف ما أمكن أو الإذن بإعادة النظر."

وقد أصدر نفس الباي أي محمد (المشير الثاني) قبل هذا بسنة (يوم 14 نوفمبر 1856) أمرا نظم به الشرع وجعل به مقرا رسميا «دار الشرع» المعروف باسم الديوان الشرعي.

وفي 26 أفريل 1861 صدر أول دستور تونسي وهو فعلا أول دستور يظهر للوجود في بلد عربي إسلامي خمسة عشر سنة قبل صدور دستور مماثل بالسلطنة العثمانية كان من فحواه تنظيم عصري للقضاء.

وكان لهذا الإنجاز أيضا صداه في البلدان الأوروبية والولايات المتحدة. ولكن سريعا ما تدخلت سرا وعلانية بعض البلدان الأوروبية، أولا فرنسا، وثانيا إيطاليا، لإيقاف العمل بهذا الدستور وإرغام الباي على الرجوع لما كان عليه من استبداد بالحكم المطلق كما كان يعمل به أجداده، وجمدت الحياة الدستورية الرائدة، فوقع إيقاف العمل بالدستور يوم 30 أفريل 1864 ودخلت البلاد في دوامةإلى حين السقوط في هاوية الاستعمار.

## II- مراحل ظهور قضاء التعقيب في تونس

### 1- مرحلة عهد الأمان

بدأ التفكير في تونس في إحاطة التقاضي بما تستوجبه إجراءاته من ضمانات منذ الإعلان في 10 سبتمبر 1857 عن عهد الأمان، وذلك في عهد المشير محمد باشا باي. فقد ورد أول ذكر لنواة الطعن في الأحكام أمام جهة عليا بالنقطة السادسة من وثيقة عهد الأمان حيث تم بموجبها " تأكيد الأمان لسائر رعايا وسكان المملكة على اختلاف أديانهم، وألسنتهم، وألوانهم، في أبدانهم المكرمة، وأموالهم المحرمة، وأعراضهم المحترمة، إلا بحق يوجبه نظر المجلس بالمشورة، ويرفعه إلى صاحب المملكة، الذي له النظر في الإمضاء أو التخفيف ما أمكن، أو الإذن بإعادة النظر.[1]"

غير أنه ولئن أقرت تلك الوثيقة حق إجراء الرقابة على أحكام وقرارات المجالس القضائية، إلا أنها لم تصل إلى حد بيان طبيعة تلك الرقابة إن كان في الجانب القانوني الصرف فقط أم في الواقع والقانون[2]، وإن كان إسناد صلاحية إجرائها إلى "صاحب المملكة" يجعل من المستبعد أن تكون تلك الرقابة تتصل بمدى توافق الأحكام مع القانون، وتذكر إلى حد بعيد بنظام القضاء المقيد[3]. ومهما يكن من أمر فإن تقنية الإحالة الوجوبية في صورة النقض إلى المجلس الذي أصدر الحكم أو القرار لإعادة النظر فيه تذكر من جهتها ولو بصورة محدودة بالتعقيب[4].

إقرار الحق في الطعن في الأحكام والقرارات النهائية ومراقبة مدى مطابقتها للقانون لم تظهر إلا مع صدور دستور البلادفي 26 أفريل 1861 الموافق ليوم 15 شوال 1277 هجري[5] الذي يعد أول دستور مكتوب في الوطن العربي وهو يمثل أولى محاولات توحيد القضاء واستعادة الدولة لسيادتها.

لئن كان من غير الواقعي إغفال حقيقة ما مورس من ضغوط على الباي لإعلان عهد الأمان ودستور 1861 وما تلاهما من مؤسسات من بينها القضائية لإجراء رقابة على الأحكام، فإنه لا يمكن اختزال جملة الدوافع التي وراء تلك الإصلاحات في تلك الضغوط وإهمال العوامل الداخلية التي أدت

---

[1] من ضمن مبادئ الإعلان الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1857 يمكن ذكر النقاط التالية: 1-تأكيد الأمان لسائر السكان على اختلاف أجناسهم وأديانهم في الأبدان والأنفس والأموال والأعراض. 2-مساواة الناس في الأداء. 3-مساواة المسلم وغيره في الإنصاف. 4-حرية مساواة غير المسلم. 5-تجنيد العسكر يكون بالقانون والقرعة وتحديد مدة الخدمة. 6-إقامة مجالس للنظر في الجنايات. 7-إقامة مجلس للنوازل التجارية مع الدول الأجنبية. 8-مساواة الناس في الأمور العرفية والقوانين الحكمية. 9-إباحة التجارة لكل الناس. 10-حرية العمل في الإيالة بشرط اتباع قوانين البلاد. 11-حرية الملكية.

[2] قضاء التعقيب مقاربة تاريخية وتحليلية، محمد اللجمي، مجلة القضاء والتشريع، السنة 51، عدد 9، نوفمبر 2009، ص. 23.

[3] محمد اللجمي، مرجع سابق، ص. 23.

[4] محمد اللجمي، مرجع سابق، ص. 23.

[5] المعروف بقانون الدولة التونسية

بدورها إلى حصول تلك التغييرات ومنها خاصة صدى ما كان يحدث في إسطنبول عاصمة الدولة العثمانية من تنظيمات في أذهان جانب معتبر من التونسيين المتنورين من أمثال الشيخ الرياحي وأحمد ابن أبي الضياف ومحمود قبادو الذين كانوا من ضمن من يتطلعون إلى انجاز إصلاحات اجتماعية وسياسية مماثلة منذ عهد أحمد باي. لذلك فليس من المبالغة في شيء القول بأن البلاد التونسية كانت مهيأة لتلك الإصلاحات خاصة إزاء ما تمت معاينته من إصلاحات قام بها السلطان العثماني عبد العزيز في أوائل سنة 1856 أو أنجزت في أوروبا، فالرغبة الداخلية الملحة لبعض المصلحين قد مهدت إذن لصدور الإعلان ومن ثمة كان لها دور في بلورته فيما بعد. ويخلص من ذلك كله أن فكرة التعقيب إنما انطلقت بفكر تونسي[1].

وقد شكل صدور الدستور المذكور حدثا بارزا في خصوص تنظيم القضاء ذلك انه يعتبر أول قانون وضعي خاص بالتنظيم القضائي فقد أقر إمكانية الطعن في الأحكام الصادرة عن مجالس الدرجة الأولى أمام مجلس أعلى له سلطة مراقبة الأحكام والقضاء بنقضها وهو المجلس الأكبر. وركّز بالتالي نظاما قضائيا يتميز بتعدد الدرجات على النمط الغربي، فأثمر هذا الإصلاح في المستوى الهيكلي على اتخاذ الجهاز القضائي لشكل هرمي، تكون قاعدته مجلس الضبطية، ويمثل قمته المجلس الأكبر[2].

**أ- مجالس الضّبطية :**

يتركب مجلس الضّبطيّة في كل عمل من عامل وهو الرئيس وكاهية وأعضاء من أهل البلد، أما بالنسبة للناجعة[3] بالبادية فإن كل مجلس يتركب من أربعة أعضاء، الرئيس والكاهية وعضوين فضلا على كاتب، ولكل مجلس عدد من رجال الضبطية كأعوان له بقدر الحاجة.

ويختص بالنظر في الجرائم الخفيفة كقضايا الإلزام بدفع المال التي لا يتجاوز مقدارها 200 ريال وله أن يتولى إيقاف الجناة وتقديمهم لمجلس الجنايات.

---

[1] تراجع مداخلة الأستاذ حسن المَمّي، ملتقى التعقيب من 4 إلى 7 أفريل 1988، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989.

[2] ما تجدر الإشارة إليه أن قانون الدولة حذر جميع المجالس التي أحدثها من مغبة التدخل في القضايا التي من اختصاص الشرع، سهوا أو عمدا. وحدد القانون المذكور لذلك نظر المجالس الشرعية في مجالات لا يمكن لغيرها الحكم فيه وهي النظر في الأحباس والعُمرى من جهة الصحة والفساد وهبة المستحق والإنزال والمغارسة في الحُبُس والصدقات والهبات وقسمة الأملاك وأوضاع الأيتام والمحجور عليهم والترشيد والنكاح وسائر متعلقاته من طلاق وغيره والحضانة والنفقة والمواريث والتركات وأموال الغيّب من جهة الاحتفاظ عليها وما يتعلق بها والوصايا وسائر العبادات وضرر الزوجين والحقوق الواجبة بينهما. الفصلان 26و28 من قانون الجنايات والأحكام العرفية.

[3] جاء في لسان العرب أن النَّجْعُ: هوالمكان الذي يَحُطُّ فيه القومُ رحلَهم لوجود الماء والعشب و" النُّجْعةُ عند العرب : المَذْهَبُ في طلَبِ الكلإِ في موضعه .والبادِيةُ تُحْضَرُ مَحاضِرُها عند هَيْجِ العُشْبِ ونَقْصِ الخُرَفِ وفَناءِ ماء السماء في الغُدْرانِ، فلا يزالون حاضرة يشربون الماء العِدَّ حتى يقع رِبِيعٌ بالأَرض، خَرَفِيّاً كان أو شَتِيّاً، فإِذا وقع الربيع تَوَزَّعَتْهُمُ النُّجَعُ وتتبعوا مَساقِطَ الغيث يَرْعَوْنَ الكَلأَ والعُشْبَ، إِذا أَعْشَبَتِ البِلادُ، ويشربون الكَرَعَ، وهو ماءُ السماءِ، فلا يزالون في النُّجَعِ إِلى أَن يَهيجَ العُشْبُ من عام قابل وتَنِ..."

ولهذه المجالس أهمية كبيرة بحكم انتشارها في كامل البلاد. لذلك كان عددها كبيرا بلغ ثمانين مجلسا موزعة على المدن والقرى والأرياف.

وما يلاحظ أن مجلسا ضبطية تونس الحاضرة وحلق الوادي يختلفان عن بقية مجالس الضبطية الأخرى سواء من حيث عدد الأعضاء أو في تركيبة الأعضاء ذاتها بوجود عسكريين ضمنها.[1]

**ب- مجالس الجنايات :**

يتركب كل مجلس من رئيس وكاهية وخمسة أعضاء وكاتبين، بالإضافة إلى عضو يهودي يحضر المجلس عندما يكون أحد المتقاضين يهوديا، علما بأن كل مجالس الجنايات يوجد بها عضو يهودي إلا مجلس المنستير والجريد[2]. وكان اختيار أعضاء المجالس يتم من طرف العامل والمجلس الشرعي في كل

---

[1] يتركب مجلس ضبطية الحاضرة على النحو التالي: أمير اللواء سليم رئيسا، أمير اللواء مراد كاهية، أمير ألاي هاشم، عمر ثابت شيخ المدينة، إبراهيم معلى شيخ باب سويقة، الحاج الطيب التونسي شيخ ربض باب سويقة. وبلغ عدد رجال الضبطية بالحاضرة ألف رجل تحت نظر ثلاثة ضباط من الرتبة الأولى و18 ضابطا من الرتبة الثانية و36 ضابطا من الرتبة الثالثة. والكل تحت قيادة رئيس مجلس الضبطية. الرائد التونسي، عدد5 بتاريخ 24 صفر 1277هـ/ 10 ديسمبر 1860

وهذا العدد الضخم من الضباط الكبار والأعوان يعود إلى أهمية المدينة كعاصمة وضرورة توفير الأمن بها وحل المشاكل ومعرفتها بسرعة.

أما مجلس ضبطية حلق الوادي فيتركب من الأشخاص الآتية أسمائهم: القائم مقام (مقدم) علي بن رمضان، البينباشي (رائد)، الصاغ قلاغسي حمودة بن مسعود الإرياني، اليوزباشي (نقيب) محمد المداني، اليوزباشي أحمد بن مسعود الشتيوي القرقني، الملازم محمد النايلي القرقني، كاتب المجلس صالح بن بلقاسم. الرائد التونسي عدد 36 بتاريخ 8 ذي الحجة 1277 هـ/ 15 جوان 1861. وتركيبة هذا المجلس أيضا تعود إلى أهمية الأمن بالمنطقة، فحلق الوادي يسكنه عدد كبير من الأجانب وهي النافذة البحرية الرئيسية للدخول والخروج من البلاد، وما يترتب على ذلك من حدوث المشاكل وضرورة الحزم والانضباط في سير الحياة هناك. انظر، الشيباني بنبلغيث، النظام القضائي في البلاد التونسية 1857-1921، مكتبة علاء الدين، صفاقس، طبعة أولى 2002، ص. 138.

[2] تركيبة أعضاء مجلس الجنايات بالمدن كانت كالتالي : **1- مجلس الجنايات بالجريد:** الرئيس: يونس بن محمد التوزري، الأعضاء: - الحاج إبراهيم البختري - الحاج علي بوكادي - الحاج بوبكر بن عبد الله النفطي - صالح بن محمد التوزري - إبراهيم بن إبراهيم القفصي - محمد بن جلاب الودياني.

**2- مجلس الجنايات بسوسة :** الرئيس محمد الريغي، الأعضاء: - الحاج عبد الحفيظ - خليفة بن عبد الكريم - حميدة العلوي - محمد العياشي - محمد الغنوشي - عبد الحميد اللطيف - العضو اليهودي: يوسف شمامة.

**3- مجلس الجنايات بالمنستير :** الرئيس: محمد بن فرج علاق، الأعضاء: - صالح بن الحاج حمودة مزالي - الحاج محمد بن شعبان مزالي - إبراهيم بن أحمد بدر الدين - علي بن محمد الأحول - محمد بن علي الشريف - الحاج محمد الزواغي.

**4- مجلس الجنايات بصفاقس :** الرئيس: عبد السلام الشرفي، الأعضاء: - محمد بن محمود الاعذار - محمد بن الحاج أحمد الكتاري - محمد بن علي عمار - أحمد بن محمد حمزة - محمد بن الحاج الخراط - العضو اليهودي: مردخاي الصباغ.

**5- مجلس الجنايات بالأعراض:** الرئيس : الحاج محمد الصغير الجوادي توفي وولي عوضه علي الحبيب، الأعضاء: - الحاج النوري بن الحاج مبارك استعفى وولي عوضه عمر بن عمارة البكاري - الحاج بلقاسم بن الحاج مبارك استعفى وولي عوضه السنوسي بن الحبيب - صالح بن محمد بن رحومة - محمد بن محمد ثابت الوذرفي - البحري بن صالح القابسي - الحاج بلقاسم بن مبروك المطوي - العضو اليهودي حايي حداد.

**6- مجلس الجنايات بجربة** الرئيس : قاسم بوشداخ، الأعضاء : - عبد الرحيم بن الحاج عبد الرحمان استعفى وولي عوضه عمر الفطوري الجربي - محمد بن يوسف - صالح بن حفيظ ولي عوضه أحمد بن يوسف بن علي قاسم - الحاج سالم زروق - سالم بن يعقوب - الرايس رمضان بن عمر الحرايري - العضو اليهودي: يعقوب حداد.

**7- مجلس الجنايات بباجة :** الرئيس: محمود السعيد، الأعضاء: - محمد المغراوي - محمد صالح الأصفر - محمد بن صالح بن حسين - سليمان الجريدي - محمد بن محمود الصمادحي - حمدة بن يوسف - العضو اليهودي: طرير فيتوشي.

**8- مجلس الجنايات بالكاف** الرئيس : محمد النوري (عزل)، الأعضاء: - أحمد بن صالح المسراتي - أحمد الزين بن علي الجزيري (استعفى) عوضه محمد بن صغير الباجي - محمد بن علي بن عمار - محمد المازري بن محمد العيساوي - علي حناشي بن منصور - محمد الطاهر بن الحاج العلمي - العضو اليهودي: هوده شوشان.

بلد عُيّن فيه مجلسا للجنايات. واشترط القانون أن تتوفر في العضو المنتخب إحدى الصفتين : العلم أو الوجاهة، أي أن يكون من أهل العلم وهم شيوخ الزيتونة المدرسين في المدن الهامة، أو من أهل الوجاهة ومعرفة مقتضيات السياسة،على أن يكون الرئيس من الوجهاء.

تختص مجالس الجنايات بالنظر في الجرائم الهامة باستثناء الجرائم العسكرية، لذلك وجدت في مراكز المدن الكبرى والمناطق ذات الكثافة السكانية،كما أنها تنتصب كمحكمة استئناف لأحكام مجالس الضبطية، إذ يرجع إليها عمل الضبطية وهي المحققة عليها فيما تصدره[1]. وأحدثت مجالس الجنايات في المدن التالية: الحاضرة، بنزرت، باجة، الكاف، القيروان، توزر، قابس، جربة، صفاقس، سوسة والمنستير.

**ج- مجلس التحقيق :**

خلافا لما قد يتبادر إلى الذهن فإن مجلس التحقيق الذي تخضع قراراته بموجب أحكام النص الدستوري المشار إليه لرقابة المجلس الأكبر لا ينصرف مفهومه إلى المؤسسة القضائية المعروفة اليوم والمكلفة في القضايا الجزائية بتحري الحقيقة وجمع أدلة الإثبات، وإنما هي تتعهد حسبما جاء بالفصل24 من قانون الجنايات الصادر سنة 1277 هـ (1860 م) " بتدقيق النظر في كل حكم صدر عن مجلس الجنايات والأحكام العرفية وأحكام مجلس التجارة" وقد اعتبر البعض أن هذا المجلس يصدر أحكاما نهائية الدرجة كسائر محاكم الاستئناف بالمفهوم المتعارف عليه اليوم، وهو ما يعني أن وظيفة هذا المجلس لا تختلف عن وظيفة محكمة الاستئناف.

فيما ذهب العض الآخر أن عمل المجاس هو في تحقيق النوازل التي حكمت فيها مجالس الجنايات ومجالس الضبطية إن رغب المحكوم عليه، وقد يوافق أو يخالف لكن حكمه لا يعتبر نقضا للمحكوم فيه، بل إن عمله هو تدقيق النظر في الحكم الصادر إن كان مطابقا للقانون أم لا. لذلك فهو يختلف عن الاستئناف.[2]

ويتركب المجلس من سبعة أعضاء وهم: إسماعيل صاحب الطابع رئيسا، الشيخ محمد الشاهد كاهية الرئيس، والشيخ حميدة بن الخوجة، الشيخ محمد الستاري، الشيخ محمد النيفر، الشيخ حسونة عباس، الشيخ حسونة الشحيح، والعضو اليهودي زاكي لمبروزو.

---

**9- مجلس الجنايات ببنزرت :** الرئيس: الشيخ الشاذلي باكور، الأعضاء : - حمودة بن جامع - على اللزّام - الحاج أحمد الصفاقسي - سليمان الأسود - الحاج إبراهيم العباس - محمد باكور - العضو اليهودي: اسحاقو ستروك.

[1] الفصل 233 من قانون الدولة في ترتيب مجلس الضبطية بالبلدان.

[2] الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 126.

والملاحظ أن أعضاء هذا المجلس كلهم من الفقهاء عدا الرئيس، مما يدل على أن الفقهاء تواجدوا في كل مجالس الأحكام وأيدوا العمل بالقانون بل وأكثر من ذلك فقد أوكلت إليهم في هذا المجلس مهمة التحقيق والمراقبة للأحكام الصادرة من المجلس والتي يشتكي أصحابها إليه إن كانت مطابقة للشرع والقانون أم لا[1].

**د- مجلس التجارة :**

ينظر هذا المجلس في القضايا التجارية،إذ ورد في نص دستور عهد الأمان " أن نجعل مجلسا للتجارة برئيس وكاتب وأعضاء من المسلمين وغيرهم من رعايا أحبابنا الدول للنظر في نوازل التجارات..."

**هـ- المجلس العسكري :**

جاء به الفصل 26 من قانون الدولة وينظر في القضايا العسكرية، ويتركب هذا المجلس من سبعة أعضاء، ويختلف تركيبه تبعا لرتبة المتهم العسكرية، إضافة إلى مباشر وشارح وكاتب[2].

**و- المجلس الأكبر :**

وهو قمة الهرم القضائي الذي أحدثه دستور عهد الأمان والأكثر عددا في الأعضاء، فهو يتركب من 60 عضوا ثلثاه من الأعيان، والثلث الباقي من الوزراء. واتبع في اختيارهم إحدى الصفتين أو كلاهما : العلم أو الوجاهة. ونظم قانون عهد الأمان تركيبة المجلس الأكبر ووظيفته وصلاحياته مخصّصا له ستّة عشر فصلا جُمّعت في الباب السّادس تحت عنوان "في تركيب أعضاء المجلس الأكبر وشروطه"[3]والذي يبدأ من الفصل 44 لينتهي بالفصل 59. وينظر المجلس الأكبر في :

- سن القوانين وتنقيحها
- **شرح القانون وتأويله**
- وضع الميزانية العامة وميزانية الوزارات ومحاسبة الوزراء
- النظر في المرتبات المدنية والعسكرية

[1] الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 126.

[2] قانون الأحكام العسكرية، مخطوط رقم 815، بالمكتبة الوطنية، أورده الشيباني بن بلغيث بالمرجع السابق، ص. 141.

[3] وقد كرست هذه الفصول من خلال طريقة تعيين الأعضاء تبعيّة المجلس الأكبر للباي.

- الموافقة على الزيادة في الأداء أو التنقيص فيه
- الدفاع عن قانون الدولة وحمايته
- **التعقيب لبعض القضايا المرفوعة إليه بعد نظر مجلس التحقيق**
- عزل الباي إذا لم يطبق الدستور

لا يشكّل المجلس الأكبر بهذا المعنى محكمة عليا فقط بل هو يمثّل أيضا صنفا من البرلمان. لذلك جاء الفصل 61 من دستور 1861 أن المجلس الأكبر "إذا رُفعت له شكايةُ مَحكوم عليه من مجلس التحقيق وكانت النازلة في جناية، عليه أن يعين مجلسا من أعضائه أقله اثنا عشر عضوا للنظر في مطابقة الحكم للقانون. فإن رأى مخالفة في تطبيق القانون أرجع النازلة إلى مجلس التحقيق وبين له وجه المخالفة ليعيد النظر. فإن حكم بما حكم أولا اجتمع أعضاء المجلس الأكبر كلهم وكل ما يتفق عليه أغلبيتهم يمضي."

المجلس الأكبر يلتئم، إذن، للنظر في الطعون المؤسسة على خرق القانون التي ترفع أمامه بهيئة مختصرة تتركب من 12 عضوا على الأقل يختارهم المجلس من بين أعضائه الستين[1]-[2]. وإذا ما ارتأت تلك الهيئة أن القانون طُبّق تطبيقا سليما وأن الحكم مكتمل الشروط، فإنها تقر الحكم المطعون فيه. أما إذا تبين لها أنه مشوب بخرق القانون، فإنها تبين وجه ذلك الخرق، وتقرر نقض الحكم المطعون فيه على ذلك الأساس، وتحيل القضية للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لإعادة المحاكمة من جديد. وإذا أصرت محكمة الإحالة على موقفها الأول، مخالفةً بذلك قرار النقض، فإن المجلس الأكبر يلتئم من جديد بأعضائه الستين ويكون القرار الذي يصدره المجلس الأكبر بهذه التركيبة ملزما.

ويمكن الإشارة في هذا السياق إلى الشبه الكبير بين المجلس الأكبر وبين محكمة التعقيب فكلاهما يقف على قمة هرم الجهاز القضائي ويضطلع بمهمة محكمة قانون عبر مراقبة مدى سلامة تطبيق القانون من طرف المجالس القضائية الأقل منهما درجة، وكلاهما يمكنه إقرار أحكام هذه المجالس أو نقضها وإرجاعها لمصادرها لإعادة النظر فيها، وكلاهما يجتمع برمته لاتخاذ قرار بشأن

[1] وهم : أمير الأمراء محمد المكلف بالساحل رئيسا، الحاج حسونة الحداد كاهية الرئيس، أمير اللواء حسن كاهية بنزرت، أمير اللواء عصمان، أمير اللواء حسن المقرون، الحاج محمد بالأمين، محمد عريف، الطاهر القصار، الحاج حميدة بن زاكور، علالة الباجي، إسماعيل معاوية وعثمان بن محمود. الرائد التونسي، عدد 3، السنة الأولى بتاريخ 7 صفر 1860/1277.

[2] رتب الباي، إضافة لذلك مجلسا خاصا يتركب من 25 عضوا يدوم عملهم مدى الحياة ويرأسه الباي بنفسه يضم ولي العهد والوزراء وأعيان الدولة، ينظر في المصلحة العامة للبلاد، وبعض أحكام المجالس في العقوبات الشديدة، وفيما يعرض عليه من المجلس الأكبر وهذا يعني أن صفته مزدوجة سياسية وقضائية. ومن أهم أعضائه من الفقهاء المفتي الشيخ محمد الطاهر بن عاشور.

الحكم الصادر ثانية باعتماد غالبية الآراء، وعموما كلاهما حارس للقانون إلا أن حراسة المجلس الأكبر لهذا القانون محدودة نظرا لانحصارها في حماية القوانين الجزائية وهو ما تثبته عبارة "إذا كانت النازلة في الجناية" المنصوص عليها بالفصل 60 من قانون عهد الأمان.

يؤدي إذا هذا المجلس وظيفة محكمة التعقيب في المادة الجزائية عندما ينظر في الطعون الصادرة ضد أحكام مجلس التحقيق بوصفه محكمة استئناف لأحكام مجلس الجنايات ويتصدى لنظر الموضوع إذا انتصب للنظر بجميع أعضائه[1].

لكن سرعان ما تم التراجع عن عهد الأمان خلال شهر فيفري من سنة 1864 وتقرر تعطيل العمل بسائر المجالس المختصة وعاد الباي إلى ممارسة صلاحياته القضائية من جديد، واحتجب الطعن في الأحكام سواء كان ذلك بالاستئناف أو من باب أولى بالتعقيب، وظلّ الوضع على ما هو عليه من غياب كل إمكانية لإجراء الرقابة على سلامة ما يصدر من أحكام وقرارات عن المحاكم التونسية إلى حدود 18 مارس 1896 تاريخصدورالأمر العليّ المؤرخ في 15 مارس 1896 والمتعلق "بتأسيس محاكم تنظر في الأمور المدنية والجنائيّة بصفاقس وقابس وقفصة"

**2- مرحلة الاحتلال الفرنسي لتونس**

مثلت الفترة التي عقبت إيقاف العمل بالدستور أحلك الفترات وأشدها قساوة على البلاد، فعاد الحكم المطلق وغاب القانون بتوقف العمل بالمجالس. وكان لفرض الضرائب مع غياب قضاء عادل في المحاكمات،الأثر الكبير في المآسي التى حلت بالتونسيين في تلك الفترة.

ورغم بصيص الأمل الذي لاح في وزارة خير الدين حين وقعت محاولة إيجاد هياكل قضائية جديدة وتحسين طرق القضاء والإدارة، فإنه لم يكتب له الدوام،إذ حورب من الداخل والخارج. وفتح خروج خير الدين من الوزارة الباب لعودة أعداء الإصلاح وهو ما أدى إلى اضطراب القضاء وتَسَلُّم

[1] الصلاحية المتاحة للمجلس الأكبر لما يحكم مجلس التحقيق بما حكم به أولا والمتمثلة في إمكانية تصديه للواقع كمحكمة أصل، لا تقره الأنظمة التي تحصر مهمة التعقيب في السهر على مراعاة سلامة تطبيق القانون وحسن تأويله. فهذه الصلاحية تختلف حتى مع ما أباحه القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1986/09/01 للقاضي المدني من إمكانية التصدي للواقع، إذ أن هذا التعديل مقيد بعدة ضوابط من ضمنها أن تكون القضية مهيأة للفصل أي ألا يكون هناك ما يدعو لتقدير واقعي جديد أو ما يوجب إجراء تحقيق أو إضافة حجة جديدة. المنجي الأخضر، الامتداد التاريخي لفكرة التعقيب الجزائي وتطورها بتونس، مجلة القضاء والتشريع، نوفمبر 2010، ص. 17.

هذا الاستثناء يبرر ما ذهب إليه البعض من أن نظام التعقيب المحدث بموجب الفصل 61 من دستور 1861 قد اقتبس على الأقل جزئيا عن نظام مجلس اللوردات البريطاني. وهو بهذا المفهوم وفي ذلك النطاق بمثابة محكمة أصل استئنافية من درجة ثالثة.

Nadhir BEN AMMOU, Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, Thèse, Faculté de droit de Tunis, 1996, n° 91, « En y ajoutant l'influence du système anglais, le système imaginé par la constitution de 1861, s'apparentait davantage à un second appel qu'a un pourvoi en cassation »

مصطفى بن إسماعيل الوزارة الكبرى متجاوزا كل قضاء ومقاضاة، إلى أن سلمها في النهاية لسلطة الحماية بمقتضى معاهدة باردو المؤرخة في 1881/05/12 ثم اتفاقية المرسى المؤرخة في 1883/06/08. غير أن الحماية تحولت إلى نظام استعماري جرّد البلاد التونسية من سيادتها وأضحى الباي ووزرائه مجرد موظفين لدى سلطات الاحتلال الفرنسي.

وكان للقضاء موقع هام في مقاومة هذا الاحتلال ، لذلك سنتعرض في محور أول إلى أوجه مقاومة القضاة للاحتلال الفرنسي(أ)، لنخلص في محور ثان إلى التنظيم القضائي الذي أرساه المستعمر(ب).

**أ- مقاومة القضاة للاحتلال الفرنسي**

كانت فرنسا طيلة عهد االاحتلال تضع المخططات الواسعة لاختراق صفوف العلماء والقضاة واحتوائهم وإفساد علاقتهم بالمواطنين بإسناد كل التهم السيئة إليهم إذا لم يبدو حسن نيتهم إزاءها، والهدف واضح وهو إضعاف القضاة في عيون العامة حتى تقلل من مكانتهم لديهم.

غير أن تتبع مواقف القضاة من الاحتلال اعتمادا على ما أوردته أساسا تقارير المراقبين الفرنسيين أنفسهم مدنيين وعسكريين، يبين أن ما طغى على سلوكهم هو رفضهم المطلق لسياسة الإدارة الفرنسية وتصديهم لها، فقد تضمنت التقارير المحررة من المراقبين الفرنسيين إلى المقيم العام مواقف القضاة التونسيين وتصرفاتهم المعادية للاحتلال، وهو ما مثل دليلا كافيا لتنزيلهم صلب المقاومة الوطنية[1].

فللقضاء في تونس، كغيره من الميادين، تاريخا طويلا وله رجالات ومواقف. وبالرجوع إلى مسيرة مواقف القضاة في تونس على امتداد فترة الاحتلال الفرنسي، يمكن تقسيمها زمنيا على فترتين، شهد فيها النظام القضائي عهدين مختلفين في الحكم سياسيا وتشريعيا، ومثلت سنة 1921 حدا فاصلا بينهما. إذ برزت خلالها الحركة الوطنية طارحة بشكل جدّي قضية إعادة الدستور المتوقف منذ سنين، "لذلك فإن المحور الأساسي للبداية والنهاية هو الدستور"[2].

**1- مقاومة القضاة للاحتلال الفرنسي قبل سنة 1921**

عملت فرنسا منذ انتصاب الاحتلال على التحكم في شؤون البلاد التونسية عن طريق التحكم في القضاء، وعلى هذا الأساس فإن مجرد محافظة القضاة على الهوية القضائية والدفاع عنها، والذود عن

[1] الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 411.

[2] الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 9.

المكونات الأساسية للشخصية الوطنية، يعدّ عملا وطنيا وقف به ضد محاولات المستعمر سلب سلطة التشريع والقضاء. وقد اتخذت مساهمة القضاة في دفع الحركة الوطنية وجوه عديدة يمكن إجمالها فيما يلي :

- رفض التشريعات وعدم قبول التعامل مع الفرنسيين
- المطالبة بتوفير محاكم عدلية تونسية
- المطالبة بالدستور وفصل السلطة القضائية عن الإدارة

*** رفض التشريعات وعدم قبول التعامل مع الفرنسيين**

ما إن استقر الأمر لسلطة الاحتلال حتى أصبح القضاة كماسك جمرة من نار لضغط المستعمر ورغبة القاضي التونسي يومها في إنصاف المواطن وإيصاله حقه رغم كل العراقيل التي كانت موجودة أمامه[1].

فمع بداية فرض سلطة الاحنلال لتشريعاتها الجديدة وسعيها إلى التقليص من اختصاصات القضاء التونسي، عبر القضاة عن رفضهم لذلك وكانت ردة الفعل الأولى بالاحتجاج فيما يعرف بالنازلة التونسية، ثم تطور هذا التعبير بأكثر حدة وجرأة برفض القضاة علنا تحكم السلطة الفرنسية إلى حد أن المراقبين الفرنسيين وصفوا بتقاريرهم بعض القضاة بالخطر على نفوذ الدولة، وسبب ذلك هو عدم رضوخهم لسلطة المراقبين المذكورين وما يفرضونه باسم دولة الحماية.

ونورد فيما يلي عددا من التقارير المذكورة تأكيدا لذلك.

- **في قفصة :**

أشار رئيس العساكر الفرنسية بأن كلا من قاضي قفصة الشيخ السنوسي بن عبد الرحمان، وأحمد بن علي باش مفتي بها سابقا، وصالح بن علي الباش مفتي الحالي، قد اشتهروا بعداوتهم للحماية والوقوف ضدها، من ذلك أن القاضي المذكور كان يثير السكان ضد الحاج حسن اللنقو المكلف بالعسة بالجهة (متعاون مع الاحتلال) وعند وفاته رفضوا الصلاة عليه ولما سئل القاضي عن ذلك أجاب بأن خدمته للعساكر أخرجته عن الإسلام فلا يُصلى عليه.

كما أشار التقرير إلىأنه رغم تسليط العقاب على هؤلاء الشيوخ بالغرامة إلا أنهم لم يذعنوا وأكدوا بأنهم سيقتلون كل من يسير في ركاب الفرنسيين. كما كان القاضي السنوسي بن عبد الرحمان

[1] الطيب اللومي، دور القضاء في المجتمع المتكامل، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 1981، ص. 47.

يجتمع في بيته ليلا مع من كانوا غير راضين عن الحماية ويتحاور فيما يجب فعله لإعاقة مجهودات فرنسا في تنظيم البلاد. وقد رأى الجنرال الحاكم بقفصة معاقبة أعضاء محكمة قفصة وأرسل القاضي السنوسي مسجونا إلى سوسة[1].

**- في باجة :**

جاء في تقرير رئيس العساكر الفرنسية أن القاضي محمد الصديق يبغض الإدارة الفرنسية ويمنعها منعا باتا من إجراء ما تريده من النفوذ في البلاد التونسية، واقترح عزله من خطة القضاء لأن عقابه بدفع غرامة لا يكفي لزجره. ومن أمثلة وقوف القاضي محمد الصديق المذكور ضد الإدارة الفرنسية وإعاقتها على تنفيذ سياستها التغيير في دفتر القرعة العسكرية، وهو القاضي الذي يجب أن يكون أمينا في حفظ الدفاتر، لكنه يراه عملا مشروعا لأن فيه منع للشباب المسلم من العمل تحت لواء قيادة جيش الاحتلال في بلاده وهو نوع من المقاومة لمخطط المستعمر في عسكرة التونسيين لفائدتها.[2]

**- في بلدة سليمان :**

يشير تقرير المراقب المدني بنابل إلى المقيم العام بتاريخ 1893/01/01 إلىأن القاضي أحمد ماضور الذي له سلطة على المكان هو المحرك للأهالي ببلدة سليمان وهو من الأفراد المضادين لسياسة فرنسا بالجهة[3].

**- في بلدة نفطة :**

ورد بتقرير المراقب المدني بتوزر ما يلي:" إن القاضي سي الجيلاني[4]...معاند ومخالف لرأينا،... جميع أحبابه أعداؤنا ومنهم بعض الأعضاء الخطرين على نفوذنا وأفكارنا...وأن استغلال القاضي المتظاهرين والمعارضين لإجراءات العامل لكي يجعله أضحوكة عند المعاندين والمرابطين والمتغالين في الديانة الذين يعتبرون ما ذكر قاعدة أصولية في معارضة النفوذ الفرنسي، ويرون إخوانهم الذين يعاونون الفرنسيين كفارا" ويقترح تعويضه بمن يعينهم ويرضخ لسياستهم الاستعمارية[5].

[1] الأرشيف، س: ب/ص: 4/ م: 3/1/ وثيقة 9 بتاريخ جوان 1883، ذكرها الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 412.

[2] الأرشيف، س: ب/ص: 4/ م: 3/1/ وثيقة 1 بتاريخ سبتمبر 1883، ذكرها الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 41.

[3] الأرشيف، س: ب/ ص: 20 / م: 3/1 وثيقة 23 بتاريخ أول جانفي 1893، ذكرها الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 414.

[4] اسم القاضي هو محمد الجيلاني السلامي، تولى قضاء نفطة وماطر وأولاد عون وطبربة.

[5] الأرشيف، س: ب / ص:3/ م: 2/6/ و: 88، 1898، ذكره الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص.415.

**- في قابس :**

كان القاضي عبد العزيز بن يحي يحرض السكان على الجهاد ضد الفرنسيين ويدفعهم إلى المقاومة.

كما أقدمت السلطات الفرنسية على عزل القاضي محمد الصالح بن عبد الجواد عن الوظيفة عزل عقاب لما قام به من دور في تحريض الأهالي ضدهم ومحاربته لهم، لدرجة بات يُخشى فيها من قيام الثورة ضد الاحتلال[1]. "وهذا دليل على استمرار النضال الوطني، وكان القضاة محركين له خلال الفترة."[2]

**- أولاد سيدي عبيد:**

أُعفي القاضي محمد زروق النفطي من القضاء بقبائل سيدي عبيد والشبيكة وتمغزة وميداس لأسباب سياسية وهي عدم موالاته لسلطة الاحتلال، رغم مطالبة مشايخ هذه الأمكنة وأهاليها ببقائه باعتباره من قضاة الحق والعدل[3].

**- أولاد عون :**

تمثلت معارضة قاضي هذا البلد في عدم تطبيقه لما تمليه عليه إدارة الاحتلال ورفضه تدخل السلطة السياسية في أحكامه. و"يبدو واضحا من تكرار الشكاياتفي القاضي من العامل والشيوخ أن القاضي متمسك بأفكاره، مستمر في تطبيقها، ولا يريد أن يأتمر بأمر سلطات الحماية الإدارية مهما كانت النتائج. وهذا نوع من المقاومة الفردية التي يتحمل صاحبها تبعاتها، ويدرك نتائجها. وهو موقف مقصود من القاضي مما أزعج سلطة الاحتلال وأعوانها، لأنه كما يبدو خدم مصلحة الأهالي وحل مشاكلهم... والواضح أن القاضي كان قد كسب سندا من الطبقة الشعبية التي رحبت بأحكامه، وتعاطفت معه دون تذمر، فاستمر ملبيا رغبتها باجتهاده دون التفات لما يقال عنه. وهو ما يعني عدم الاعتراف بالسلطة التشريعية الفرنسية وأساليبها في القضاء وتنفيذ الأحكام... وقد عزل من منصبه دون ذنب واضح أو بحث دقيق كما هو عادة."[4]

---

[1] الأرشيف، س: ب / ص: 15/م: 4/1/ و: 13 محرم 1895/1313، ذكرها الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 416.

[2] الشيباني بنبلغيث، النظام القضائي في البلاد التونسية 1857-1921، مرجع سابق، ص. 416.

[3] المصدر نفسه، ص. 417.

[4] المصدر نفسه، ص. 418.

**- في صفاقس:**

كان القاضي محمد العذار والباش مفتي الشافعي يشجعان المقاومة ضد الاحتلال، واستهداف المخططات الاستيطانية للفرنسيين. وقاما بعمل لا يستهان به في التصدي للاحتلال وقيادة حملات تنبيه السكان بما أحدثته فرنسا بتونس[1].

*** المطالبة بتوفير محاكم عدلية تونسية وفصل السلطة القضائية عن الإدارة**

في سبيل المحافظة على الشخصية القضائية التونسيةوالتي لاحظ القضاة عزم المستعمر على طمسها من خلال إصدار قوانين جديدة خاصة في الميدان العقاري وفي الشؤون العسكرية، عمل القضاة على المطالبة بمحاكم عدلية تونسية وسن التشريعات المنظمة لها. وقد أثمرت هذه المطالبة تأسيس المحاكم العدلية وتفويض الأحكام.

- تأسيس المحاكم العدلية :

صدر الأمر المحدث لوزارة العدل في 1921/04/24 [2] وتم تعيين طاهر باشا خير الدين وزيرا لها[3]. ولئن كانت تسمية تونسي على رأس هذه الوزارة في حد ذاتها حدثا هاما في زمن لم تكن هذه الخطة موجودة أصلا، فإن الأمر لا يعدو في الحقيقة أن يكون سوى ذرّا للرماد على العيون.

فقد كان اختيار فرنسا للوزير طاهر باشا خير الدين مدروسا، لما يحمله التونسيون من ذكرى طيبة لوالده خير الدين باشا قبل الحماية والذي بقيت اصلاحاته عالقة في الأذهان، "كما توفرت في الرجل الصفات المطلوبة فهو مثقف وله ميول غربية فرنسية بالتحديد وفوق ذلك فهو عسكري مطيع، عاش أميرا ولم يعرف للألم الذي يحدثه الاستعمار بالشعوب سبيلا، لا يستطيع أن يلوي العصا في يد رؤسائه، وحتى إن فكر أو رغب في الإصلاح لن يذهب بعيدا، لأن يديه مغلولتان ويدين لفرنسا

---

[1] المصدر نفسه، ص. 409.

[2] يحتوي هذا الأمر على أربعة فصول:" الفصل الأول: إن وزيرنا الأكبر وكاتب الدولة العام يستعينان في كل ما يتعلق بنظام وسير المحاكم التونسية بمتوظف عالي تونسي وبحاكم فرنسي يلقب الأوّل بوزير العدلية والثاني بمعتمد لدى وزير العدلية.

الفصل الثاني: تشمل سلطة وزير العدلية والمعتمد لدى وزارة العدلية:

أولا : إدارة الأمور العدلية.

ثانيا : قسم الأمور الشرعية والتقاديم والعدول.

الفصل الثالث : إن إدارة قسم الأمور الشرعية والتقاديم والعدول يباشرها متوظف عالي تونسي يلقب بمستشار العدلية.

الفصل الرابع : يقوم وزير العدلية بوظيف ضابط للحالة المدنية لأفراد عائلتنا. ويتكلف بتقرير سائل النوازل الشخصية المتعلقة بهم وبأملاك عائلتنا."

يتبين من الفصول المتقدمة أن سلطة وزير العدلية ولدت مكبلة بسلطة المعتمد الفرنسي وذلك في الأمور العدلية والشرعية والتقاديم والعدول، ولا يختص بسلطة مفردة إلا في شؤون الأسرة الحاكمة.

[3] ولد بتونس في 5 فيفري 1875 وهو ابن الوزير خير الدين باشا وغادر تونس مع عائلته صغيرا إلى إسطنبول سنة 1878.

بجميل يطوق عنقه، فهي التي سعت في إخراجه من منفاه بالأناضول في عهد الاتحاديين وآوته في باريس وتونس."[1]

ومهما يكن من أمر فإن إحداث وزارة العدل تعتبر مرحلة هامة يمكن البناء عليها، كما يمكن أن تشكل لاحقا مركز مقاومة ومشروعا للتكريس الفعلي لاستقلال القضاء.

- تفويض الأحكام :

وهو مطلب رفعه القضاة طويلا وتأخر تحقيقه إلى تاريخ إحداث الوزارة. فقد كانت الأحكام تصدر ولكنها غير قابلة للتنفيذ ما لم يصادق عليها الباي، لذلك تنازل الباي عن هذه السلطة.

*** المطالبة بالدستور**

بعد الحرب العالمية الأولى تركّزت مطالب القضاة حول الدستور المتوقف منذ ستين عاما، وقد أصبح هذا المطلب هو المطلب الرسمي صلب الحركة الوطنية. لذلك ليس من باب الصدفة أن نجد بعض القضاة من رواد المناضلين لانخراطهم في النشاط السياسي من خلال دعمهم الصريح للحركة الوطنية.

فقد كان القاضي محمد باش حامبة حاكما بالدريبة، إلا أنه اضطر للهجرة خارج البلاد واستقر بسويسرا حيث أسس مجلة المغرب للدفاع عن القضية التونسية إلى وفاته سنة 1920، ومن بين مطالب القاضي محمد باش حامبة إصدار دستور تونسي يضمن الحقوق والحريات، يفصل بين السلطات، يقر المساواة أمام القانون، يحدث مجلس تشريعي منتخب وينظم البلديات.

وكان القاضيان إسماعيل الصفايحي (القاضي الحنفي) والخضر بن الحسين (القاضي المالكي) الذي استقر بدمشق قد عملا على جاهدين على التعريف بالقضية التونسية وكسب تأييد المسلمين ضد الاستعمار الفرنسي.

كذلك كان الشيخ الصادق النيفر القاضي المالكي بالعاصمة رئيسا لوفد الأربعين، وكان أيضا من ضمن الوفد المذكور القاضي أحمد العتكي الذي أحيل إثر هذه المشاركة على مجلس التأديب وصدر قرار عن الكاتب العام للحكومة في 1920/07/01 بإيقافه عن العمل مدة ثلاثة أشهر دون مرتب[2].

[1] الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 659.

[2] محمود شمام، أعلام من المدرسة الصادقية، بدون تاريخ، طبع مطبعة بيبلي سيتاي، تونس، ص. 84.

"من هنا يمكن أن نقول إن القضاء بقضاته وقوانينه خير حافظ للهوية الوطنية خلال عهد الاحتلال بتونس، وكان عنصرا من عناصر الكفاح البارزة في السياسة والتشريع واللغة وصيانة الأسرة من الانحراف والتغريب... نستخلص من كل ذلك أن الحركة الوطنية ولدت في إطار جهاز القضاء التونسي، وقد نمت باطراد طيلة عهد الاحتلال حاملة رؤية إصلاح القضاء واستقلاله رافضة ازدواجية التعبير والمحاكم والقوانين واللغة وتشتت إجراءات التقاضي.

ومن خلال هذا التحرك الوطني في سبيل إيجاد قضاء عادل للتونسيين ولد أوّل حزب وطني سمّي باسم الدستور، وهو الاسم الذي كان يحرك شعور الوطنيين باستمرار، ومن ثمّ أصبحت الحركة الوطنية مطلبا تشريعيا قضائيا بالأساس وتحمل اسما قانونيا يعبر عن مطلب العدل والعدالة"[1].

**2- مقاومة القضاة للاحتلال الفرنسي بعد سنة 1921**

برز في هذه الفترة العديد من القضاة كرواد للحركة الوطنية وامتدادا للحركة الإصلاحية، وساهموا بمواقفهم في غرس فكرة رفض المستعمر وسياسته الرامية إلى القمع وطمس الهوية التونسية.

وقد مثل الشيخ سالم بوحاجب رمزا لهذا الامتداد وساعده في ذلك طول عمره حيث ولد سنة 1827 وتوفي سنة 1924، وكان أول المنادين بالإصلاح قبل انتصاب الحماية وأول المطالبين بالحرية والاستقلال عن دولة المستعمر وتتلمذ على يده العديد من القضاة والفقهاء الذين آمنوا بأفكاره وتبنوا بحثه الدائم عن عزة النفس والحرية.

من جهة أخرى، كان للقضاة دور في الحفاظ على تماسك الحركة الوطنية، وقد برز ذلك خاصة في نجاحه في لم شمل الوطنيين[2] في أشهر المؤتمرات التي عرفها النضال الوطني، وهو مؤتمر ليلة القدر الذي انعقد في 23 أوت بعد 1946 بعد إفطار يوم 26 رمضان بمنزل محمد الصفر جراد، واختير القاضي العروسي الحداد رئيسا للمؤتمر، وكان حينذاك رئيسا للدائرة الجنائية بالعدلية، وقد افتتح المؤتمر بكلمة كان لها الصدى الواسع في أوساط الشعب: "اليوم نحكم على الاستعمار بالإعدام"، وهي كلمة مصطبغة بنَفَس القضاء، فقد ظهر رئيس المؤتمر وكأنه في جلسة حكمية. وقد كان تأثير القضاة الحاضرين بالمؤتمر كبيرا، ويكفي قراءة اللائحة التي تم تحريرها في خاتمة المؤتمر للوقوف على ذلك، فقد تم تحريرها في شكل حيثيات قانونية(أنظر الملحق 2).

[1] الشيباني بنبلغيث، مرجع سابق، ص. 645.

[2] ضم المؤتمر قرابة 200 شخصية من كامل البلاد، شارك فيه الحزب القديم ممثلا في شخص صالح فرحات والاتحاد العام التونسي للشغل، كما كان من ضمن الحضور مشايخ جامع الزيتونة منهم الشيخ العلامة الفاضل بن عاشور والشاذلي بلقاضي اللذين قاما بعمل كبير لإعداد المؤتمر. وقد مثل المؤتمر فرصة جمعت بين الحزب القديم والجديد ومختلف المنظمات الوطنية وكذلك المستقلين واتفاقهم على اتباع سياسة موحدة.

ويتضح مما تقدم أن الحركة الوطنية عرفت من جهة أولى، قمة تعبئة حشودها في ظل المؤتمر الشهير الذي تزعمه واحد من خيرة القضاة التونسيين، مما أدى البعض إلى القول بأن " تسلح القضاة بسيف العدالة جعل شجاعتهم تضاهي مدافع الفرنسيين"[1]، كما بينت من جهة ثانية، أن قدرة القضاء على الحفاظ على استقلاليته دون تحزب أو ميل لأحد جلبت له الثقة من الجميع أحزابا ومنظمات ومكنته من احتضان الجماهير على اختلاف مشاربهم وتوحيد راية النضال وهو دور لا يقدر عليه إلا القضاء الوطني.

واستمر دور القضاة الوطني بعد أن عمدت سلطات الاحتلال إلى اعتقال عدد كبير من الوطنيين كردة فعل منها على نتائج مؤتمر ليلة القدر، فقد قام رئيس المحكمة الشرعية شيخ الإسلام الحنفي محمد الصالح بن مراد بجمع الإمضاءات في عريضة احتجاج وقع إمضاؤها من طرف قضاة المحكمة الشرعية، وهو تصرف كلفه الإزاحة عن منصبه من طرف الباي محمد الأمين بإيعاز من المقيم العام الفرنسي آنذاك الجنرال "ماست".

وقد عملت الجمعية الوداية للحكام التونسيين، من جهتها، منذ تأسيسها على استرجاع حق القاضي التونسي في رئاسة أعلى دائرة قضائية وهي دائرة التعقيب، وقد أكدت الوداية بالنشرية التي يصدرها مجلسها أن ما يعنيها "قبل كل شيء هو الدفاع عن الكيان العدلي وإرجاع ما بتر منه وما فتئت تعمل لإرجاع الرئاسة في أكبر محكمة تونسية وهي دائرة التعقيب إلى صاحبها الشرعي وهو الحاكم التونسي. ولذا فقد كتب رئيس ودادية الحكام التونسيين آنذاك محمدبن عمار سنة 1947 مخاطبا الباي : "منذ أصبحت العدلية متعددة الدوائر مستقرة النظام مختلفة الدوائر وقع إسناد رئاسة دائرة التعقيب وهي أولى دوائر القضاء التونسي لمعالي وزير جلالتكم للقلم والاستشارة ... ومن يد هذا الوزير تسلم الرئيس التونسي الأول لدائرة التعقيب عاطر الذكر المرحوم الشيخ عبد العزيز تاج مقعد رئاستها فزانها بانقطاعه التام للعمل والنزاهة المطلقة في أداء الواجب وإثر وفاته تسلم هذا المنصب السامي بجدارة واستحقاق خلفه المرحوم الرئيس الجليل الشيخ محمد بوسن فكان هو أيضا عند ظن مليكه فأخلص في عمله وشرّف في شخصه عدلية بلاده ولم تتوجه نحوه من أي ناحية أو لأي سبب طعنة طاعن ولا منقصة ناقد وكان قد تأهل في عهد الرئيسين الجليلين كثير من القضاة التونسيين لأن يخلفوا الراحل غير أن السير انعكس اطراده والتدرج انقطع امتداده فظهرت إثر وفاة الرئيس محمد بوسن فكرة استدعاء أحد حكام السلك العدلي الفرنسي لإشغال رئاسة التعقيب فترة

[1] الحبيب الربعي، دور القضاء التونسي في الحركة الوطنية، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، السنة القضائية 2004-2005، ص. 96.

قصيرة من الزمن لمقاصد لم يدرك مغزاها وقد تم ذلك بالفعل رغم الاحتجاجات المقدمة معززة بالحجج اللامعة و البراهين الساطعة ولا زالت تلك الرئاسة تنتقل من حاكم فرنسي إلى آخر والحال أن هذا الإسناد كان ذا صبغة وقتية موعود بها وهكذا استمرت حالة حرمان تضرر منها حكام عدليتكم بتجريدهم من أعلى منصب في القضاء التونسي هو حق ملي وطبيعي لهم ..."[1]

وقد انتهى الأمر في سنة 1948إلى العدول عن إسناد رئاسة دائرة التعقيب إلى رؤساء من الجنسية الفرنسية، عندما تسلم الشيخ القاضي محمد القلعي الرئاسة إلى أن أحيل على التقاعد[2].

كما سعى مكتب ودادية الحكام التونسييننمن جهة أخرى بعد استشارة حكام الوزارة وحكام الدريبةإلى إسناد خطة وكالة الدولة للتونسيين "على أن يقع الانتخاب لتلك الخطة من بين المترشحين المرسمين بجريدة القدرة"[3].

فمثل بذلك هيكل الودادية لسان كفاح القضاة، غير أن رئيسها محمد بن عمار الورتتاني تجاوز دفاعه الوطني إطار القضاء ودخل زعامة العمل النقابي، فقد كانت بتونس جامعة عامة للموظفين على رأسها موظف سام وأيضا جامعة الشمال وجامعة الجنوب وجميعها يتكون منها الاتحاد العام التونسي للشغل، وقد اتفقت هذه الجامعات على تكوين لجنة أنابت عنها الرئيس بن عمار ليدافع عن عموم العملة.

**ب- قضاء التعقيب في عهد الإحتلال الفرنسي**

سعت سلطات الإحتلال إلى تأسيس محاكم عدليّة تونسية بعد مرور حوالي خمسة عشر عاما على انتصابها فظهرت من جديد محكمة التعقيب التي تمثّلت في مجلس التعقيب والذي تحولت تسميته لاحقا إلى لجنة التمييز ثم أصبحت التسمية لجنة القضايا.

**★ مجلس التعقيب**

إثر انتصاب الحماية الفرنسية بتونس وتعطيل العمل بدستور عهد الأمان مع ما نتج عنه من هياكل قضائية، ظهرت أوّل بوادر محكمة التعقيب صدور الأمر العليّ المؤرخ في 15 مارس 1896 والمتعلق «بتأسيس محاكم تنظر في الأمور المدنية والجنائيّة بصفاقس وقابس وقفصة."

[1] القضاء التونسي، نشرة يصدرها مجلس الودادية للحكام التونسيين، طبع تعاضدية دار الهدى، سنة 27-1322 الموافقة لسنة 1947، ص. 11.

[2] الهادي مزراح، نظرات حول محكمة التعقيب، مجلة القضاء والتشريع، 1959، ص. 371.

[3] خطاب ألقاه محمد بن عمار الورتتاني رئيس مكتب ودادية الحكام التونسيين يوم 30 ديسمبر 1949 عند اجتماع الحكام التونسيين لانتخاب مكتب الودادية الجديد، القضاء التونسي، سنة 67 – 1369 الموافق لسنة 1949، المطبعة التونسية، نهج سوق البلاط 57، تونس، ص. 127

وقد أورد الأمر المذكور ضمن الفصول من 34 إلى39 أحكاما خاصة لما أسماه "الطعن بالتعقيب" واستعمل هذا المصطلح كعبارة عامة تشمل الطعن بالتعقيب والطعن بالاستئناف في آن واحد، فبينت أحكام الأمر العلي المذكور ضمن الفصل 34 منه أن التعقيب في النوازل القابلة للتعقيب يقع لدى مجلس الوزارة وواضح هنا أن المقصود بالطعن بالتعقيب هو الطعن بالاستئناف إذ من المعروف أن ذلك المجلس خصص للنظر استئنافيا في الأحكام الابتدائية.

ثم تحدث الفصل 35 من الأمر العلي عن مجلس التعقيب والأمر هنا يتعلق بطعن مختلف عن الطعن المتحدث عنه ضمن الفصل 34 ويتصل بالطعن بالتعقيب بمفهومه الدقيق في الأحكام النهائية. إلا أن أحكام الأمر العلي المشار إليه اكتفت بإجازة الطعن بالتعقيب دون بيان الحالات التي يجوز فيها الطعن بالتعقيب أو اشتراط أن يكون الطعن مؤسسا على سبب متصل بخرق القانون أو بسوء تأويله أو سوء فهمه، محررا بذلك هذا الطعن من كل قيد[1].

**★ لجنة التمييز**

أحدثت بموجب الأمر العليّ الصادر عن "محمد النّاصر باشا بايصاحب المملكة التونسيّة" بتاريخ 26 ديسمبر 1910 والمتعلق بإصدار مجلّة بعنوان "القانون التونسي للمرافعات المدنيّة" والتي دخلت حيّز التنفيذ بداية من غرّة جوان1911. حيث جاءت هذه المجلة بتنظيم أوّلي للطعن بالتعقيب، فقد أورد الفصل 103 منها الحالات التي يفتح فيها حق اللجوء إلى وسيلة الطعن تلك، التي صنفتها ضمن وسائل الطعن غير العادية التي لا يترتب عليها من حيث المبدأ العام تعطيل التنفيذ، وأضافت أحكام تلك المجلة أن لجنة التمييز المذكورة متركبة من رئيس القلم ( أي ما يوازي كاهية الوزير أو الكاتب العام للحكومة) ورئيسي دائرتي مجلس الوزارة، وأنه يجوز لها أن تتعهد بالنظر تعقيبيا ولو تلقائيا دون صدور طلب من أي أحد بكل حكم تراه مشوبا بإحدى الإخلالات المبينة بالفصل 103 من المجلة، وذلك عن طريق استجلاب القضية من مجلس الوزارة والتعهد بإجراء رقابتها على الحكم الصادر فيها. وفي صورة توفر حالة من حالات الطعن المتقدم بيانها يتعين عليها أن تصرح بقبول الطعن وأن تحيل القضية لمحكمة الوزارة لإعادة النظر فيها بوصفها مجلس استئناف وفقا للإجراءات المعمول بها لديه.

[1] في المقابل، فقد أسند الفصل 39 من الأمر المؤرخ في 15 مارس 1896 إلى الوزير الأكبرحق جلب أي نازلة من تلقاء نفسه من مشمولات أنظار المجالس الآفاقية ولو كانت منشورة لدى أحدها ونشرها لدى مجلس الوزارة كما يحق له إعادة أي حكم صدر من المجالس الآفاقية، وعدد الصور التي يمكنه بحصولها تفعيل هذه الصلاحية، وهي صور تذكّر إلى حد ما ببعض حالات الطعن بالتعقيب:" النازلة مما لا يحتاج فيه إلى المجلس أو مما ليس للمجلس حق النظر فيه أو كان الحكم غير منطبق على سنده الشرعي أو القانوني أو كان مسند لوجه أو كان مضادا لوجوه النازلة أو كان مرتبا عن غلط بين."

والظاهر أن فتح المجال للجنة التمييز للتعهد تلقائيا بإجراء رقابتها على الأحكام النصوص عليه بقانون المرافعات لسنة 1910 إلى جانب تعهدها بإجراء تلك الرقابة عن طريق الطعن من الطرف الصادر ضده الحكم النهائي، مرده غياب جهاز للنيابة العمومية لدى اللجنة المذكورة الذي يمكنه القيام بذلك الطعن لصالح القانون ضد الأحكام المشوبة بخرق صارخ له في صورة تخلف أطرافها لأي سبب من الأسباب عن الطعن فيها.

**★ لجنة القضايا**

تحت ضغط الحركة الوطنية التي قامت بتونس عقب انتهاء الحرب العالمية الأولى، اضطرت فرنسا لإدخال بعض الإصلاحات على الجهاز الحكومي، وكان من أبرز مظاهرها الأمر المؤرخ في 24 أفريل 1921 القاضي بتحقيق مبدإ تفريق السلطتين الإدارية والعدلية، وتمكين حكام الوزارة من حق إصدار الأحكام باسم الباي بتفويض منه، بعد أن كان النطق بها من خصائصه. ومما جاء في خطاب الباي المؤرخ في تاريخ الأمر المشار إليه والمنشور بالرائد الرسمي في30 أفريل من السنة نفسها أنه "وبناءً على ذلك فقد أمضينا اليوم أمرا في تقليد هذه المحاكم سلطة إصدار الأحكام كالمجالس الآفاقية وتكون لهذه الأحكام قوة التنفيذ بقيد واحد وهو طرق التعقيب الاستثنائية التي وضعها القانون للنوازل المدنية..."

ومعنى هذا أن القضاء عرف نقلة نوعية على غاية من الأهمية، إذ تم التحول من القضاء المحبوس أو المقيد أي خضوع الأحكام لمصادقة الباي حتى تصبح نافذة، إلى القضاء المفوض بتخلي الباي عن صلاحياته للمحاكم.

وترتب عن هذه الإصلاحات أيضا صدور الأمر المؤرخ في 26 أفريل 1921 الذي أتى ببعض التنقيحات على فصول مجلة المرافعات لسنة 1910(1)، وصدور الأمر المؤرخ في 30 ديسمبر 1921 المتعلق بإصدار مجلة الإجراءات الجزائية(2).

**1**- أحدث الأمر المؤرخ في 26 أفريل 1921 الذي نقح مجلة المرافعات لسنة 1910، تغييرات بلجنة التّمييز انطلاقا من تسميتها الّتي أصبحت "لجنة القضايا" لكن بعض المراجع تعتمد تسمية مغايرة إلا وهي تسمية "لجنة العرائض" وهي تسمية استعملت على المستوى التطبيقي من طرف وزارة العدل في ترجمتها الفرنسية «La chambre des requêtes» فتكون ترجمتها الصّحيحة إلى العربية هي دائرة أو لجنة العرائض لا القضايا، كما أشارت بعض المراجع إلى أنّ هذه اللجنة لئن حافظت على

التسمية الممنوحة لها بمقتضى الأمر المشار إليه مدّة تقارب التسع سنوات فقد استرجعت تسميتها القديمة فعادت لتصبح "دائرة التمييز التابعة لمجلس التعقيب" وذلك في الفترة الفاصلة بين سنتي 1930 و1947.

وتتركب هذه اللجنة من رئيس يعين بأمر من الباي ومن عضوين من رؤساء الدوائر لمجلس الوزارة. وعند تغيب رئيس اللجنة أو حصول مانع له أو أن الخطة لم يول بها أحد فإن الأقدم من رؤساء الدوائر لمجلس الوزارة يرأس اللجنة. وإذا كان أحد الأعضاء متغيبا أو حصل له مانع فنصاب اللجنة يتمم برئيس مجلس الدريبة أو بكاهية رئيس من مجلس الوزارة أو من الدريبة.

ومهما بلغت أهمية هذا الإصلاح الذي نجم عنه تعويض الرئيس الإداري بقاض فإن لجنة القضايا لم تكن في الحقيقة أكثر من نواة لمحكمة تعقيب بالمعنى الكامل، لا من حيث تركيبتها وإجراءاتها، ولا من حيث وظائفها وتصور مهمتها.

فقد كان الرئيس هو العضو الوحيد القار وكان مدير العدلية هو الممثل لخطة وكيل الحق العام لديها يباشر خطته بنفسه أو بواسطة نواب عنه وجميعهم من الموظفين الفرنسيين.

أما من الناحية الإجرائية فقد كان النقص فيها فادحا إلى درجة يمكن حصر الموجبات المفروضة في احترام أجل الطعن وتأمين الرسوم القضائية، ومن جهة الأصل فقد كان من ضمن الأسباب الرامية إلى النقض ما لا محل لافتراضه في مثلهذا الطعن وهو ما يدعو للاعتقاد بأن التمييز بين الواقع والقانون لم يتبلور بعد. فقد نص الفصل الثاني من الأمر العلي الصادر بتاريخ 26 أفريل 1921 على الحالات التي يفتح فيها الحق في ممارسة التعقيب وهي حالات ذات طبيعة متباينة بعضها من الحالات المألوفة في مختلف التشاريع الإجرائية المعاصرة مثل تجاوز السلطة وسوء تطبيق القانون وصدور أحكام نهائية متناقضة، وبعضها الآخر مثل انبناء الحكم على حجة مدلسة أو على شهادة ثبت زورها أو على خديعة من الخصم، إنما هي من الحالات التي تبرر اللجوء إلى وسيلة الطعن بالمراجعة والتي تختص المحكمة التي أصدرت الحكم موضوع هذا الطعن بالبت فيه، والتي نظمها التشريع الإجرائي الجزائي والمدني الحاليين ضمن الأحكام المتصلة بالطعن بإعادة النظر أو بالتماس إعادة النظر.

وقد أدلت الدائرة التعقيبية بمختلف مسمياتها بدلوها في وضع اللبنات الأولى لفقه قضاء تعقيبي تونسي محض نشر بعضه في الرائد التونسي والبعض الآخر في "مجلة القضاء التونسي" وهي نشرية سنوية ذات أبواب قارة كانت تصدر في أواسط الأربعينات من القرن الماضي عن مجلس الوادية للحكام التونسيين وكذلك بالأعداد الأولى من مجلة القضاء والتشريع.

**2**- الأمر المؤرخ في 30 ديسمبر1921 المتعلق بإصدار مجلة الإجراءات الجزائية.

حددت مجلة الإجراءات الجزائية المدرجة بموجب الأمر المشار إليه أوجه الطعن بالتعقيب صلب الفصل 170 منها وهي: عدم الاختصاص (خروج النازلة عن نظر من حكم فيها)، الإفراط في السلطة، خرق القانون، والخطأ في تطبيقه، وهي أسباب تشمل في ذاتها سوء تأويل أحكام القانون على اعتبار أن خرق القانون هو مصدر جميع أوجه الطعن بالتعقيب.

وقد حدد الفصل 170 المذكور، المقصود بالحكم المطعون فيه بأنه الحكم العدلي الصادر نهائيا ولو تم تنفيذه. كما تضمن الفصل 174 من ذات المجلة أنه : "إذا حكمت لجنة التمييز بقبول المطلب تحيل النازلة لمجلس لم ينظر فيها قبل أو لدائرة محكمة الوزارة المدنية..." إضافة لذلك، فقد تضمن الفصل 172 من مجلة الإجراءات الجزائية لسنة 1921 تحديد آجال الطعن بالتعقيب مع التأكيد على أن مطلب التعقيب يقدم لكتابة محكمة الوزارة أي للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

أما الفصل 174 فقد مكن الدائرة من البت في الأصل دون إحالة لما تصر محكمة الإحالة على موقفها، وذلك في صورة ما إذا أصرت المحكمة المحال إليها القضية على موقفها من المسألة القانونية مبنى النقض والإحالة وآل الأمر إلى الطعن بالتعقيب من جديد بعين الصورة الأولى أي لذات السبب.

**3- مرحلة ما بعدالاستقلال**

إثر استقلال البلاد التونسيّة يوم 20 مارس 1956 كان لا بدّ من اتّخاذ خطوات نحو تدعيم هذا الاستقلال على مستوى مؤسّسات البلاد فجاء توحيد القضاء الوطني انطلاقا من أمر 3 أوت 1956 القاضي بإدماج المحاكم الشّرعيّة في نظام المحاكم العدليّة وصولا إلى اتفاقيّة غرّة جويلية 1957 والتي بمقتضاها تمّ حذف المحاكم الفرنسيّة وإحالة سلطاتها على المحاكم التونسيّة وهو ما تحقق فعلا يــوم 6 جويلية 1957 تاريخ إتمام توحيد الهياكل القضائيّة وتونستها. وقد كان توحيد القضاء منطلقا لنهضة قضائيّة شاملة تجلّت خاصة في إعادة تنظيم المؤسسات القضائيّة وفي إحداث محاكم جديدة. حيث أقرّ الاستقلال تجربة جديدة بتأسيسه لمحكمة التّعقيب و ذلك بمقتضى الأمر العليّ المؤرخ في 3 أوت 1956 الصّادر عن صاحب المملكة التونسيّة "محمد الأمين باشا باي" الذي ضبط قانون الإطارات الجديدة لوزارة العدل فنصّ في بداية تعرّضه للمصالح العدليّة على "محكمة التعقيب" لكن ظهورها اقتصر على المستوى القانوني بينما وجدت فعليّا "محكمة النّقض والإبرام" إلى أن صدرت مجلة المرافعات المدنية والتجارية بموجب القانون عـــ130ـــــــدد لسنة 1959 المؤرخ في 1959/10/05 والتي دخلت حيز النفاذ في غرة جانفي 1960 وهو التاريخ الفعلي لظهور محكمة التّعقيب.

## III- حاضر محكمة التعقيب

### 1- الموارد البشرية

#### أ- الإطار القضائي

**★ القضاء الجالس :**

تتألف محكمة التعقيب من دوائر يشرف عليها رئيس أعلى يسمى الرئيس الأول، وهو الذي يتولى توزيع القضايا المعروضة على المحكمة بين الدوائر بحسب موضوعها (مدنية، تجارية، اجتماعية، جزائية).

وتتركب كل دائرة من ثلاثة قضاة (رئيس دائرة ومستشارين اثنين ويمكن عند الضرورة أن يرأس الدائرة أقدم المستشارين بها أو بدائرة أخرى).

ويؤلف مجموع الدوائر، الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، وهو هيكل يوجدصلب محكمة التعقيب، يختص بالنظر في توحيد الآراء بين الدوائر، فض الخلافات القانونية بينها وبين محاكم الإحالة وتصحيح الخطإ البين الذي قد تقع فيه بعض الدوائر ويرأسه الرئيس الأول لمحكمة التعقيب.

وقد كانت محكمة التّعقيب تتشكل في تاريخ احداثها بموجب الأمر المؤرخ في 3 أوت 1956 من ثلاث دوائر ثمّ وفي سنة 1957 أحدثت ضمنها دائرة التعقيب العسكريّة بمقتضى الفصل 29 من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكريّة الصّادرة في 10 جانفي 1957 كما أحدثت سنة 1968 دائرة التّعقيب الخاصّة بمحكمة أمن الدّولة بمقتضى الفصل 3 من القانون عدد 17 لسنة 1968 المؤرّخ في 2 جويلية 1968 والمتعلّق بإحداث محكمة أمن الدّولة والّتي وقع إلغاؤها سنة 1987.

وقد تطوّر عدد الدّوائر التّعقيبيّة لتصبح خمسة دوائر سنة 1976 ثمّ 10 دوائرسنة 1981 ثمّ 11 دائرة سنة 1987 ثمّ 14 دائرة خلال السنة القضائية 1993/1992 ثمّ 16 دائرة خلال السّنة القضائيّة 1996/1995 ثم 21 دائرة خلال السنة القضائية 2009/2008، ثم 26 دائرة خلال السنة القضائية 2013/2012 و31 دائرة للسنة القضائية 2016/2015 لتصبح 39 دائرة خلال السنة القضائية 2018/2017.

وقد تعاقب على منصب الرئيس الأول لمحكمة التعقيب كل من :

**أولا :** الشّيخ محمد العزيز جعيّط انطلاقا من غرّة أكتوبر 1956 إلى موفّى فيفري 1957، فقد أسندت إليه ابتداءً من غرة مارس 1957 حسب الأمر المؤرخ في 4 أفريل 1957 خطة مفتي الديار

التونسية ونص على أن بداية المباشرة تكون من غرة مارس سنة1957، ولما ولي الشيخ جعيط مفتيا شغرت خطته السابقة وهي خطة الرئيس الأول لمحكمة التعقيب، فسمي مكانه الشيخ موسى الكاضم ابن عاشور.

**ثانيا :** الرئيس محمد المالقي لفترة امتدت من 15 نوفمبر 1958 إلى غاية 28 فيفري 1959.

**ثالثا :** الرّئيس محمد الوصّيف الذي امتدت فترة رئاسته من غرّة أفريل 1959 إلى 30 جوان 1971.

**رابعا :** الرئيس محمد العنابي الذي امتدت فترة رئاسته من 1 جويلية 1971 إلى غاية موفي سنة 1974.

**خامسا :** الرّئيس محمود العنّابي الذّي استمرّ في خطّته طيلة المدّة الفاصلة بين غرّة جانفي 1971 و20 جويلية 1976.

**سادسا** : الرئيس محمد بن سلامة الّذي زاول خطته انطلاقا من يوم غرّة جانفي 1975 إلى غاية يوم 20 جويلية 1976.

**سابعا :** الرئيس إبراهيم عبد الباقي الّذي امتدت فترة رئاسته من 1 ماي 1980 إلى موفّى ديسمبر 1980.

**ثامنا** : الرئيس عبد السّلام المحجوب الذي امتدت فترة رئاسته من غرّة جانفي 1981 إلى غاية 30 جوان 1987.

**تاسعا** : الرئيس الهادي سعيّد الذي امتدت فترة رئاسته من غرّة جويلية 1987 إلى موفّى ديسمبر 1988

**عاشرا** : الرئيس رشيد الصّبّاغ الذي امتدت فترة رئاسته من غرّة جانفي 1989 إلى 20 فيفري 1991.

**حادي عشر**: الرئيس الهادي بالصادق وامتدت فترة رئاسته من 19 مارس 1991 إلى 30 نوفمبر 1994.

**ثاني عشر**: الرئيس عبد اللّه هلالي الذي دامت رئاسته من غرّة ديسمبر 1994 إلى31 جانفي 1997.

**ثالث عشر**: الرّئيس صالح بوراس الّذي دامت فترة رئاسته من 1 فيفري 1997 إلى 28 فيفري 2000.

**رابع عشر**: الرئيس المبروك بن موسى الذي انطلقت رئاسته منذ غرّة مارس 2000 إلى 31 ديسمبر 2006.

**خامس عشر**: الرئيس محمد اللجمي، 2007/01/01-2010/01/31

**سادس عشر**: الرئيس المنجي الأخضر، 2010/02/01-2011.

**سابع عشر**: الرئيس فريد السقا، 2011/04/28-2012.

**ثامن عشر**: الرئيس إبراهيم الماجري، 2012/03/08-2014.

**تاسع عشر**: الرئيس خالد العياري، 2014/09/18-2016/12/31.

**عشرون** : الرئيس الهادي القديري بداية من 2017/06/14.

**★ الادعاء العمومي:**

يوجد بمحكمة التعقيب هيكل للنيابة العمومية مستقل يسمى الادعاء العمومي يرأسه وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب ويتألف من عدد من المدعين العموميين ومهمة هذا الجهاز هي السهر على سلامة تطبيق القانون. ولذلك يتقدم في كل قضية بمفردها بطلبات كتابية تتضمن رأي النيابة في كيفية تطبيق القانون على الوقائع المعروضة على محكمة الموضوع على ضوء المطاعن التي يتقدم بها الخصوم. وله أن يثير من تلقاء نفسه كل مطعن يتعلق بالنظام العام. ويرافع المدعي العام أمام الدائرة أو الدوائر المجتمعة على ضوء تلك الطلبات لكنه لا يشارك في المفاوضة وليس له صوت أو رأي في الحكم الذي تصدره المحكمة.

والجدير بالذكر أن النيابة العمومية بمحكمة التعقيب مستقلة عن أعضاء النيابة المتواجدين في سائر محاكم الموضوع، فهؤلاء لا يخضعون لسلطة وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب الذي ليس له حق توجيه الأوامر لهم رغم انتمائه إلى أسمى سلطة في نظامنا العدلي.

**ب- الإطار الإداري**

تضمّ محكمة التعقيب هيكلا إداريّا يتكوّن حسب أمر 3 أوت 1956 من "الموظّفين الرّسميّين غير الحكّام" وهم حسب نفس النّصّ " رئيس كتبة و11 كاتبا ومستكتبا ومستكتب واحد مترجم و15 شاوشا" (بمعنى حاجب) أي يكونون في مجموعهم 28 فردا.

وقد تغيّر هذا الإطار نسبّيا من حيث الخطط المعتمدة فيه في السنوات الموالية ومن حيث العدد كذلك، فأصبح يتكوّن سنة 1976 من رئيس كتبة وكاتبين أوّلين ومتصرّف ملحق و9 كتّاب و4 راقنين و5 حجّاب وسائق أي 23 فردا، ثمّ وفي سنة 1984 صار يتكوّن من رئيس كتبة و7 كتّاب أولين و15 كاتبا و3 مستكتبين و8 راقنين ومكتبي واحد. وإعلاميّ واحد و11 حاجبا و3 سائقي سيّارة وفي الجملة 52 فردا ، أمّا خلال السنة القضائيّة 1996/1995 فقد شمل الإطار الإداري لمحكمة التّعقيب رئيس كتبة ورئيس كتبة مساعدين و5 كتّاب أوّلين و15كاتبا مساعدا و6 متصرّف كتابة محكمة و7 أعوان محكمة ومعاون مكتبي موثّق واحد و22 عاملا أي 105 فردا.

وتواصل تطور الإطار الإداري لمحكمة التعقيب ليصبح متكونا من 90 فردا سنة 2000 يتمثلون في 7 متصرفي كتابة محكمة وملحقين إداريين اثنين وكاتبين أوّلين اثنين و23 كاتب محكمة و23 كاتب مساعد وموثق مكتبيّ مساعد واحد و10 أعوان محكمة و22 عامل فالإطار الإداري إذن لمحكمة التّعقيب هو إطار تغيّر عدده عبر السنين كما تغيّرت خططه.

وكتبة محكمة التّعقيب (مثل نظرائهم بالمحاكم الأخرى) هم مساعدون للقضاء بل هم أكثر مساعديه التصاقا به فكتّاب المحاكم عندما يشارك أحدهم في جلسة الحكم يصبح جزءا من هيئة المحكمة التي لا تنعقد دون حضوره.

ويسهر الإطار الإداري على القيام بأعمال الكتابة فيتلقى الإعلامات بتعقيب الأحكام من كتابة المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وتقييد القضايا وتحريرمحاضرالجلسات وحفظ الملفات وكل ما تقتضيه الإجراءات إلى جانب تقديم الخدمات المخولة إسدائها للمتقاضين. وهم خاضعون في تعيينهم وترقيتهم وعزلهم إلى قانونهم الأساسي الذي فتح لهم آفاق مهنية جديدة تستجيب لعملية تأهيل وتطوير إدارة القضاء ضرورة أن المعهد الأعلى للقضاء منذ إنشائه في 1 فيفري 1989 يتولى إعداد دورات تكوينية للكتبة ليتمرسوا على مسك الدفاتر ومعرفة إجراءات سير الدعوى بصفة دقيقة واستعمال الإعلامية لرقن الأحكام ولتخزينها.

**2- الموارد المادية**

**أ- وصف واقع مقر محكمة التعقيب**

تم تشييد المقر الحالي محكمة التعقيب سنة 1981على مساحة مغطاة قدرها 4339 مترا مربعا. وقد تم إعداد تصاميمها في ذلك الوقت لتستوعب عددا من القضاة والموظفين لا يتجاوز 100 شخص باعتبار نشاطها لم يكن يتجاوز 4592 ملفا سنة 1981 و11043 ملفا سنة 1992.

تتكون محكمة التعقيب من عدد 4 طوابق (كانت تتكون من 3 طوابق وأضيف لها طابق رابع في التسعينات) ومأوى سيارات مساحته 244 مترا مربعا يتسع لعدد 50 سيارة.

يشمل الطابق الأرضي عدد 12 مكتب به كتابة المحكمة مع قاعة رقن وشباك إرشاد وشباك استقبال، وتشكو المكاتب اكتظاظا إذ يعمل بكل مكتب 5 كتبة في مساحة لا تتجاوز 15 مترا مربعا حيث يعسر عليهم التنقل بين المكاتب وبين خزانات حفظ الملفات.

أما رؤساء الدوائر والمستشارين فهم موزعون على ثلاث طوابق يحتوي كل من الطابق الأول والثاني والرابع على 21 مكتب بكل طابق ويضاف إلى الطابق الأول مكتبة وقاعة جلسة مخصصة لاجتماعات الدوائر المجتمعة فيما يحتوي الطابق الثالث على مكتبي الرئيس الأول ووكيل الدولة العام مع عدد 7 مكاتب، وبالتالي فجملة عدد المكاتب هي 70 مكتب دون احتساب مكتب الرئيس الأول ومكتب وكيل الدولة العام، خصص عدد 8 مكاتب منها إلى المستشارين وعددهم بالمحكمة 107 (أي بمعدل مكتب لكل 13,37 مستشار).

تمسح مكتبة المحكمة 32 مترا مربعا وهي في حالة سيئة وتشكو نقصا فادحا في المراجع والكتب فضلا عن عدم توفر أخصائي في الإشراف على المكتبات بما يجعلها مهملة وغير مستغلة من القضاة والموظفين.

أما قاعة الدوائر المجتمعة فتبلغ مساحتها أيضا 32 مترا مربعا وهي لا تتسع لكافة أعضاء الدوائر المجتمعة أي جميع رؤساء الدوائر وأقدم مستشار من كل دائرة ووكيل الدولة العام وكاتب الجلسة وعددهم 86 وإنما صممت لتجمع عددا أقصاه أربعون شخصا.

**ب- احتياجات محكمة التعقيب**

يبلغ عدد الإطار القضائي بمحكمة التعقيب 183 قاضيا بين الرئيس الأول ووكيليه ووكيل الدولة العام ومساعديه ورؤساء الدوائر التسعة والثلاثين والمائة وسبعة مستشار والثلاثة والثلاثين مدع عام بما يحتاج معه الإطار القضائي المذكور على الأقل 45 مكتبا فرديا للرئيس الأول ووكيليه ووكيل الدولة العام ومساعديه ورؤساء الدوائر و70 مكتبا ثنائيا للمستشارين والمدعين العامين.

ويبلغ عدد إطار كتابة المحكمة 104 بين رئيس الكتبة والمتصرفين والكتبة الأول والكتبة بما يحتاج معه هذا الإطار على الأقل 50 مكتبا.

ويبلغ عدد القضايا الواردة سنويا على المحكمة 55687 حسب إحصائيات سنة 2016-2017 وهو في تزايد بمعدل 5000 ملف سنويا.

وبالرجوع إلى خزينة المحكمة نجدها تضم خزينة مصلحة الأحكام الجزائية ومساحتها 41,4 مترا مربعا وبها 3000 مجلد و40000 ملف، خزينة مصلحة الأحكام المدنية وتمسح 41,4 مترا مربعا وبها 5000 مجلد و50000 ملف، وخزينة الأرشيف الجزائي مساحتها 47,5 مترا مربعا وبها 150000 ملف، وخزينة الأرشيف المدني مساحتها 100 متر مربع وبها 250000 ملف، وهي مساحات لا تسمح بتنظيم أرشيف المحكمة بطريقة لائقة بما يجعل أروقتها تعج بالمجلدات ورزم الملفات.

أما المأوى فهو لا يتسع لسيارات قضاة المحكمة وموظفيها فما بالك بالمحامين والمتقاضين وغيرهم من المتعاملين مع المحكمة بل ولا يتسع حتى للسيارات الإدارية الخاصة برؤساء الدوائر إذ كثيرا ما يضطر القضاة إلى وضع سياراتهم في أماكن بعيدة عن المحكمة والتحول إليها حاملين ملفاتهم على أقدامهم بما ينجم عنه تعطيل لسير العمل نتيجة التأخر عن الجلسات فضلا عما يسببه من إزعاج وتعكير لصفو قضاة خدموا القضاء لأكثر من عشرين عاما وتعكرت ظروف عملهم على مدى هذه السنوات.

وفي الأخير فإن وضع التجهيزات الصحية المتوفرة غير لائق ولا يسمح بالتواجد بالمحكمة أثناء كامل التوقيت الإداري اليومي (بيت راحة وحيد لكل طابق).

تبعا للمعطيات الواقعية المشار إليها سلفا التي تبين عدم تلبية البنية التحتية لمحكمة التعقيب المتوفرة حاليا لحاجيات العمل وتطويره بما يعيق أي محاولة لإدخال إصلاحات على تنظيمها وتحسين مردوديتها تحقيقا للنجاعة ولما تمثله خاصة كمحكمة عليا حاملة لرمزية للسلطة القضائية وما تحتله من مكانة في دولة القانون، فإنه من الضروري التفكير في نقلتها إلى مقر يتسع لقضاتها وموظفيها ويستوعب نشاطها بشكل يمكن من تطوير طرق العمل بها والنهوض بهذه المؤسسة الهامة إلى ما يليق بهيبة السلطة القضائية وما يرتقي بصورة العدل في بلادنا على الصعيدين الوطني والدولي إلى المستوى المطلوب.

# الكتاب الثاني

# الكلمات الإفتتاحية



**تم افتتاح السنة القضائية 2017-2018 بقصر العدالة بتونس صبيحة يوم الخميس 09 نوفمبر 2017 لأوّل مرة تحت الإشراف المشترك لمجلس القضاء العدلي ووزارة العدل، وبدعوة من السيدين الرئيس الأول لمحكمة التعقيب ووكيل الدولة العام بها، وذلك بحضور رئيس الجمهورية السيد الباجي قائد السبسي، والسيدين محمد الناصر رئيس مجلس نواب الشعب، ويوسف الشاهد رئيس الحكومة.**

**وقد ترأّسَ الجلسة الممتازة لافتتاح السنة القضائية السيد الهادي القديري الرئيس الأول لمحكمة التعقيب، وعضوية السادة: أحمد الحافي رئيس المحكمة العقارية، وعبد المجيد بوريقة بوصفه أكبر رئيس دائرة تعقيبية سنا، وزهير عروس الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس، وثريا الجريبي رئيس المحكمة الابتدائية بتونس، بحضور السيد طارق شكيوة وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب، وبمساعدة السيد عثمان الشارني رئيس كتابة محكمة التعقيب.**

**ألقى خلالها السيدان الرئيس الأول لمحكمة التعقيب ووكيل الدولة العام بها كلمتي الافتتاح، ثم تولى السيد بديع بن عباس المستشار بذات المحكمة تقديم محاضرة بعنوان "القاضي والاستثمار" .**

**وبعد المحاضرة صرح السيد الهادي القديري بطلب من السيد طارق شكيوة عن ختم السنة القضائية 2017/2016 وافتتاح السنة القضائية الجديدة 2018/2017 وأعلن إثر ذلك عن رفع الجلسة.**

## I- كلمة السيد الهادي القديري الرئيس الأول لمحكمة التعقيب بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2017-2018.

بسم الله الرحمان الرحيم

سيادة رئيس الجمهورية

السيد رئيس مجلس نواب الشعب

السيد رئيس الحكومة

السيدات والسادة الضيوف الكرام

زميلاتي وزملائي الأعزاء

يشرفني أن أرحب بكم جميعا أبناء هذا القصر وضيوفه الأجلاء لنحتفل معا بافتتاح السنة القضائية الجديدة 2017-2018.

اليوم وقد مرت ستون سنة على توحيد القضاء التونسي وسبع سنوات على الثورة، فإنني أدعوكم لوقفة تأمل حول الوضع الراهن للقضاء وما نطمح إليه كقضاة ومتقاضين.

لا حاجة هنا للرجوع إلى ما كان عليه القضاء قبل الثورة فقد ورثنا ظروف عمل صعبة من محاكم متداعية وتشريعات بالية وتضخم متزايد لعدد الملفات ونقص في مستلزمات العمل القضائي، وإنما نُذَكّر بذلك آملين مشاركة الجميع في بناء قضاء عادل وهو ما لا يكون إلا إذا كان قضاؤنا ناجعا ناجزا كافلا للمتقاضين حقوقهم في آجال معقولة.

السيدات والسادة الحضور الكرام،

لقد كرس دستور 2014 المبادئ الدولية لاستقلال القضاء بالتنصيص على القضاء كإحدى السلط الثلاث وإرساء المجلس الأعلى للقضاء والمحكمة الدستورية، غير أن ذلك ليس إلا لبنة لإصلاح المنظومة القضائية لنا وللأجيال القادمة.

وإن المنطلق في كل عمل إصلاحي يبدأ بضبط حاجيات المواطن، وقد تطورت انتظارات المواطن التونسي وتغيرت رؤيته للأشياء فلم يعد يسعى إلى سد حاجته ويقبل بالموجود وإنما أصبح يطمح إلى الأحسن ويطلب الجودة في الخدمات المقدمة إليه بما في ذلك الخدمات القضائية مسايرة لما تسديه الدول المتقدمة لمواطنيها.

إن المعايير الدولية لجودة القضاء تجاوزت مؤشرات العدل والإنصاف التقليدية المرتبطة بكيفية أداء القضاة لواجبهم المهني ومدى التزامهم بمبادئ النزاهة والحياد،لتشمل مؤشرات تشريعية تتعلق بمدى نجاعة الإجراءات وأخرى مؤسساتية تتعلق بمدى سهولة النفاذ إلى المرفق والاستفادة من خدماته.

مازالت ظروف عمل الإطار القضائي صعبة فالمحاكم ما زالت مختنقة بالقضايا والقضاة والكتبة ما زالوا مرهقين بكمها الهائل والمتزايد سنة بعد سنة، وإننا ولئن شعرنا بعد الثورة بوجود إرادة صادقة نحو إصلاح منظومة العدالة، ومع الوعي الكامل بالتحديات التي تواجهها بلادنا، فإننا نلاحظ أن تعزيز المحاكم بالقضاة وإحداث محاكم جديدة لا يكفي لتجاوز المصاعب التي تواجهها المؤسسة القضائية والصعوبات التي يتعرض لها المواطن للحصول على حقوقه، وإنما يكمن الحل في تحسين البنية التحتية للمحاكم، ورقمنة المنظومة القضائية، واستكمال الإصلاحات التشريعية.

فأما على مستوى البنية التحتية، تمثل الحالة المادية السيئة للمحاكم العائق الأكبر أمام إصلاح المنظومة القضائية، ورغم الجهود التي نلاحظها على مستوى صيانة مقرات المحاكم، يبقى الوضع الحالي لأغلب المحاكم صعبا ولا يفي بالحاجة، وقد استبشرنا بما بلغنا من الشروع في إجراءات تشييد المقر الجديد للمحكمة الابتدائية بتونس ونحن نأمل أن يشمل ذلك غيرها من المحاكم ومنها محكمة التعقيب، فهذه المحكمة لم تعد قادرة على استيعاب نشاطها وإطارها القضائي والإداري الذي تضاعف عديد المرات مقارنة بما كان عليه الأمر عند تشييدها سنة 1981 بارتفاع النشاط من 4000 إلى 55000 قضية والإطار القضائي والإداري من 100 إلى 300.

وأما على مستوى رقمنة المحاكم، فإن تطوير قطاع العدل والرفع من جودة خدماته يتوقف على تركيز المعالجة الالكترونية الشاملة للملفات ولإدارة القضايا من تقييد وتبليغ الكتروني وتبادل عن بعد فيما بين المحاكم وفيما بينها وبين المحامين ومساعدي القضاء وأعوان الضابطة العدلية والبلديات والقباضات المالية والمؤسسات الأخرى ذات الصلة، واستخراج نسخ الأحكام وغيرها من الشهادات والخدمات عن بعد، والولوج إلى بيانات السجل العدلي.

ففضلا عما تحققه مسايرة التطور التكنولوجي من قيمة مضافة للاقتصاد وللمجتمع بتبسيط إجراءات التقاضي وتوفير الوقت والجهد وتخويل إسداء الخدمات عن بعد بمواصفات جودة عالية تجمع بين السرعة والدقة والتكلفة الأقل، فإن مزايا استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة تتجاوز ذلك إلى سير العمل بالمحاكم بما تحققه من تخفيف لصفوف الانتظار وتقليص من حالات التوتر

والاحتقان وبما توفره على الإدارة من جهد وتكاليف ناتجة عن استعمال الدفاتر والورق وحبر الطباعة والتصوير، إضافة إلى الترفيع في مستوى أمان الملفات والدفاتر بالحد من نسب ضياعها أو تلفها، والإعفاء من تخصيص فضاءات واسعة لحفظ الأرشيف بما يمكن من استغلال أفضل لمساحات المحاكم، وهي فوق كل ذلك تمثل أداة إحصائية فعالة تخول رفع مستوى الحوكمة واتخاذ القرارات الأنسب والأمثل في أحسن الآجال.

كما تشكل رقمنة العدالة عاملا هاما في تحقيق المزيد من ضمانات النزاهة والشفافية والمساواة أمام المرفق العام.

وقد تابعنا بوادر البرنامج الحالي 2016-2020 المتعلق برقمنة العدالة لكننا لاحظنا بطئا في تنفيذه بما يدعو إلى المناداة بإعطائه الأولوية التي يستحقها إذ كلما تأخرنا في ذلك تقلص أملنا في الالتحاق بركب الدول المتقدمة.

وأما على المستوى التشريعي، فقد عاينا انطلاق العمل على تنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الإجراءات الجزائية وغيرها من القوانين التي تهدف إلى تحسين الإجراءات بتكوين لجان في الغرض، لكن تحقيق مقاصد إصلاح المنظومة القضائية يقتضي الإسراع في تفعيل أحكام الفصل 115 من الدستور فيما يتعلق بإصدار القانون الأساسي للقضاة وما يتبعه من نظام تأجير مستقل لهم يتماشى مع المعايير الدولية، وتنظيم القضاء العدلي واختصاصاته والإجراءات المتبعة لديه، كإصدار قانون إطاري للمحاكم، وتحيين القانون المنظم لسلك كتبة المحاكم بما يفتح أمامهم الآفاق في التدرج والارتقاء في الخطط الوظيفية كغيرهم من موظفي الدولة، والإسراع بتحيين النصوص المنظمة لمهن العدول المنفذين وعدول الإشهاد حتى يمكنهم ممارسة مهنهم بأكثر أريحية وكذلك مراجعة القوانين المنظمة لمهن بقية مساعدي القضاء.

كما أن الحاجة تدعو إلى تبسيط إجراءات التقاضي في المادتين المدنية والجزائية فأما في المادة الجزائية فإننا نقترح مراجعة وصف الجرائم كأن لا تُعَد الجريمة جناية إلا فيما زادت عقوبته القصوى عن عشر سنوات على أن يبقى ما دون ذلك من قبيل الجنح المجلسية وهو ما من شأنه أن يخفف الأعباء على قضاة التحقيق، مع تكريس مؤسسة القاضي المنفرد فيما كانت عقوبته أقل من خمس سنوات، كمراجعة اختصاصات دائرة الاتهام إن تعذر حذفها، وكذلك بالنسبة لمنظومة مناشير التفتيش ومؤسسة الجبر بالسجن بحذفهما في المخالفات والجنح البسيطة، وأما في المادة المدنية فنقترح مزيد تكريس صداقة النظام القانوني التونسي للتحكيم، وتكريس مبدأ القوة التنفيذية لمحررات عدول

الإشهاد عند اتفاق المتعاقدين على ذلك، ولِمَ لا إرساء نظام المحامي المصالح لشيوخ مهنة المحاماة قبل اللجوء إلى قضاء الدولة، ومراجعة اختصاصات قاضي الناحية، وتكريس مؤسسة القاضي المنفرد، وإعادة النظر في أحكام التقاضي الخاصة بمحكمة التعقيب بمراجعة النظام المتعلق بالطعن لديها بوصفها محكمة قانون لا درجة ثالثة للتقاضي تجنبا للتعسف في ممارسة حق الطعن أمامها بالترفيع في معاليم الطعن وإحداث دائرة فرز للقضايا، وكذلك مراجعة دور النيابة العمومية في القضايا المدنية، وتغيير تركيبة الدوائر المجتمعة وإرساء نظام الدوائر المختلطة، كالتفكير في تكريس الاستقلالية المالية لمحكمة التعقيب لتمكينها من مسايرة التطور العلمي وتبادل الخبرات وإقامة الملتقيات وغيرها من الأنشطة الداخلة في مهامها بوصفها أعلى هرم في القضاء العدلي.

السيدات والسادة الحضور الأفاضل

بين ثقل المهام المنوطة بعهدة القضاة وكتبة وأعوان المحاكم من جهة وثقل دور الدولة في إيجاد التوازن بين حجم العمل القضائي وبين ضمانات التقاضي وحق النفاذ إلى العدالة من جهة أخرى، لا بُدَّ من تكاتُف جُهودِ السلطاتِ الثلاثة من أجل خدمة المواطن وكسب ثقته ورضاه ليتماشى مرفقُ العدالةِ بصفة أنجح مع متطلبات المتقاضين ويتكيفَ مع مستجدات العولمة والانفتاح الاقتصادي فتتحققُ مصداقيةُ سياستِنا الاقتصادية على الصعيدين الوطني والدولي.

وإننا لننشد تحقيقَ نقلة نوعية في وقت وجيز يشهد التاريخ لأصحاب القرار فيها ولمنفذيها ولمؤيديها، ذلك أن تطويرَ المنظومة القضائية والأخذَ بالمعايير الدولية للجودة في هذا القطاع الحيوي يُعَدُّ محركا أساسيا للاستثمار باعتبار دورِه المِحْوريَّ في استقطاب ثقة المستثمرين الوطنيين منهم والأجانب، وهو الموضوع الذي سيقع تناوله من طرف المستشار بمحكمة التعقيب ودكتور الدولة في القانون الخاص السيد بديع بن عباس في محاضرة الافتتاح لهذه السنة القضائية حول دور القاضي في تشجيع الاستثمار.

ختاما أتوجه بالشكر لكافة الحضور من أعضاء حكومة وديبلوماسيين وأساتذة جامعيين ولكافة أعضاء الأسرة القضائية الموسعة من قضاة وكتبة محاكم ومحامين وعدول منفذين وعدول إشهاد وخبراء ومترجمين وإطارات وأعوان وزارة العدل وإطارات وأعوان مؤسسات السجون والإصلاح وإطارات وأعوان الضابطة العدلية من شرطة وحرس وإطارات وأعوان الديوانة.

وأتمنى لكم بداية سنة قضائية موفقة مكللة بالنجاح.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

## II- كلمة السيد طارق شكيوة وكيل الدولة العام لمحكمة التعقيب بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2017-2018.

- سيادة رئيس الجمهورية

- السيد رئيس مجلس نواب الشعب

- السيد رئيس الحكومة

- السيدات و السادة أعضاء الحكومة

- السادة رؤساء وممثلي الهيئات الدستورية

- السيدات و السادة ممثلي المنظمات والهيئات الوطنية والدولية

- السيدات و السادة المحامين

- السيدات والسادة مساعدي القضاء وعدول الاشهاد وعدول التنفيذ والخبراء والمصفين والمؤتمنين العدليين وكتبة المحاكم

- زملائي القضاة الأعزاء

- أيها الملأ الكريم

بسم الله الرحمــان الرحــيــم

اسمَحُوا لِي بِدَايةً أَنْ أُرحِّبَ بِكُمْ بِآسْمِ السُّلطَةِ القَضائِيَّةِ لِقُبولِكُمْ تَشْرِيفَهَا بِحُضورِ هَذا الحَفْلِ الّذِي يَنْعَقِدُ بِمُناسَبَةِ اِفْتِتَاح السَّنَةِ القَضائِيَّة، هَذِهِ المُنَاسَبَة الَّتِي تُتِيحُ لِهَذهِ السُّلْطَة المُقَيَّدِ لِسَانُهَا بِوَاجِبِ التَّحَفُّظِ المُلْقَى عَلَى عَاتِقِ قُضَاتِهَا، أن تُخَاطِبَ الجَمِيعَ، عَرْضًا لِحَجْمِ الإِنْجَازِ وَتبيانا لِمَا يَتَطَلَّبُهُ المَسَارُ تَدْعِيمًا وَتَقْوِيمًا.

إِنَّ الوَظِيفَةَ القَضَائِيَّةَ هِيَ وَظِيفَةٌ أَسَاسِيَّة مِنْ وَظَائِفِ الدَّوْلَةِ تَحْتَكِرُهَا لِأَنَّهَا تُعَبِّرُ عَنْ سِيَادَتِهَا وَسُلْطَانِهَا، وَتُمَثِّلُ سُورَهَا الوَاقِي مِنَ المَخَاطِر، وَالمَلَاذَ الآمِنَ والمُسْتَقِلَّ وَهِيَ خَصَائِص تَرْجَمَهَا الفصل 102 مِنَ الدُّسْتُور فِي أَجْلَى المَظَاهِرِ تَنْصِيصًا: "القَضَاءُ سُلْطَةٌ مُسْتَقِلَّةٌ تَضْمَنُ إِقَامَةَ العَدْلِ، وَعُلْوِيَّةَ الدُّسْتُورِ، وَسِيَادَةَ القَانُونِ، وَحِمَايَةَ الحُقُوقِ والحُرِّيَّاتِ" .

لَقَدْ اِرْتقَى الدُّسْتُورُ بِالقَضَاءِ إلى سُلْطَةٍ مُؤْتَمَنَةً عَلَى دَوْلَةِ القَانُونِ، هَذَا المَبْدَأُ يَقْتَضِي وُجُودَ سُلْطَةٍ مُسْتَقِلَّةٍ وَمُحَايِدَةٍ تَقِفُ عَلَى مَسَافَةٍ وَاحِدَةٍ مِنْ جَمِيعِ الأَطْرَافِ تَسْهَرُ عَلَى تَطْبِيقِ نُصُوصِ القَانُونِ

بِالشَّكْلِ الَّذِي يَسْمَحُ لَهُ بِأَنْ يَكُونَ أَدَاةً فَعَّالَةً فِي خِدْمَة التَّنْمِيَةِ وَالمُجْتمَعِ، وَبِتَنَاغُمِ تِلْكَ السُّلْطَة مَعَ غَيْرِها مِن السُّلُطَاتِ المُكَوِّنَة للدَّوْلَة واِحْتِرَام كُلِّ سُلْطَة لِوَظَائِفِها واِخْتِصَاصَاتِهَا تَتَرَسَّخُ أَرْكَانُ دَوْلَةِ القَانُونِ وتَتَحَقَّقُ أَهْدافُها وغَايَاتُها.

حضرات السيدات والسادة

إنَّ مَا يَزِيدُ مِنْ أَهَمِّيَّةِ هَذِه المُناسَبَةِ اِنْعِقَادُهَا فِي مَرْحَلَةٍ فَاصِلَةٍ فِي مَسِيرَةِ وَطَنِنا العَزِيزِ شُرِعَ فِيهَا بِتَنْزِيلِ أَحْكامِ دُسْتُورِ الجُمْهُورِيَّة الثَّانِيَة فِي الوَاقِعِ التَّشْرِيعِيِّ مِنْ خِلاَلِ إرْسَاءِ المُؤَسَّسَاتِ الدُّسْتُورِيّةِ وَفِي طَلِيعَتِها المَجْلِسُ الأَعْلَى للقَضَاءِ بَعْد مَخَاضٍ عَسِيرٍ. فَقَدْ تَمَّ خِلاَلَ هَذِهِ السَّنَةِ تَرْكِيزُ المَجْلِسِ الأَعْلَى للقَضَاءِ كَمُؤَسَّسَةٍ دُسْتُورِيَّةٍ ضَامِنَةٍ فِي نِطَاقِ صَلاَحِيَّاتِها حُسْنَ سَيْرِ القَضَاءِ واِسْتِقْلاَلِيَّةِ السُّلْطَةِ القَضَائِيَّةِ طِبْقَ أحْكامِ الدُّسْتورِ والمُعاهَداتِ الدُّوَلِيَّةِ المُصَادَقِ عَلَيْهَا، آمِلِينَ أَنْ يَكُونَ هَذا المَجْلِسُ فِي مُسْتَوَى تَطَلُّعَاتِ الكَافَّةِ، لَيْسَ القُضَاةَ فَقَطْ، بَلْ مُخْتَلَفِ مُكَوِّنَاتِ الأُسْرَةِ القَضَائِيَّةِ وَجَمِيعِ المُوَاطِنِينَ لأَنَّ اِسْتِقْلاَلَ القَضَاءِ ضَمَانَةٌ لِلْكَافَّةِ كَشَأْنٍ وَطَنِيٍّ عَامٍّ طَالَمَا كَانَ القَضَاءُ المَلاَذَ والمَلْجَأَ .

وَهَكَذَا فَإِنَّنَا نَفْتَتِحُ السَّنَةَ القَضَائِيَّةَ الجَدِيدَةَ فِي خِضَمِّ مُتَغَيِّرَاتٍ كَثِيرَةٍ لَهَا اِرْتِبَاطٌ بِكِيَانِ السُّلْطَةِ القَضَائِيَّةِ فِي عَلاَقَتِهَا بِبَاقِي السُّلَطِ وَأَدَائِهَا لِلْأَدْوَارِ المَنُوطَةِ بِعُهْدَتِهَا دُسْتُورِيًّا وَتَحْدِيدِ مَجَالاَتِ التَّعَاوُنِ وَتَدْبِيرِ التَّوَازُنِ بَيْنَهَا مَعَ إِيجَادِ آلِيَّاتِ اِسْتِقْلاَلِ حَقِيقِيٍّ تُسْتَرْجَعُ بِهِ ثِقَةُ المُوَاطِنِ وَتُكَرَّسُ مِنْ خِلاَلِهِ دَوْلَةُ المُؤَسَّسَات.

حضرات السيدات والسادة

إنَّ المَجَالِسَ أو الهَيْئَاتِ القَضَائِيَّةَ الضَّامِنَةَ لِاسْتِقْلاَلِ القَضَاءِ، وَالنُّصُوصِ القَانُونِيَّةِ الرَّامِيَةِ إلى تَوْفِيرِ الحِمَايَةِ وَالحَصَانَةِ لِلْقُضَاةِ، بِمَا يَشْمَلُ المَسَارَ المِهَنِيَّ وَالأَمْنَ الوَظِيفِيَّ وَالإِسْتِقْلاَلِيَّةِ المَالِيَةِ، وَلَئِنْ كَانَتْ لاَزِمَةً إلا أَنَّهَا تَبْقَى قَاصِرَةً. ذَلِكَ أَنَّ خَيْرَ ضَمَانَاتِ القَاضِي هِي تِلْكَ الَّتِي يَسْتَمِدُّهَا مِنْ قَرَارَةِ نَفْسِهِ، وَخَيْرُ حِصْنٍ يَلْجَأُ إليه هُوَ ضَمِيرُهُ، هَذِهِ الحَصَانَةُ الذَّاتِيَّةُ هِيَ أَسَاسُ اِسْتِقْلاَلِ القَضَاءِ لاَ تَخْلُقُهَا نُصُوصٌ وَلاَ تُعَزِّزُهَا تَشْرِيعَاتٌ، إِنَّمَا تُقَرِّرُ القَوَانِينُ الضَّمَانَاتِ الَّتِي تُؤَكِّدُ هَذَا الحَقَّ وَتُعَزِّزُ وَتَسُدُّ كُلَّ ثَغْرَةٍ قَدْ يَنْفَذُ مِنْهَا السُّوءُ إلى اِسْتِقْلاَلِ القَضَاءِ .

وَإِنِّي وَ إذ أَشْكُرُ السَّادَةَ القُضَاة وَأُهَنِّئُهُمْ بِالسَّنَةِ القَضَائِيَّةِ الجَدِيدَةِ، فَإِنِّي أَسْتَنْهِضُ هِمَمَهُمْ لِبَذْلِ المَزِيدِ مِنَ الجُهْدِ مُثَابَرَةً وَتَكْوِينًا ذَاتِيًّا للرُّقِيِّ بِقَضَائِنَا إلى المُسْتَوَى الَّذِي يَلِيقُ بِهِ، إذ لاَ يَخْفَى عَلَيْكُمْ أَنَّ نَزَاهَةَ القَضَاءِ وَسُرْعَتَهُ أَضْحَتْ فِي طَلِيعَةِ سُلَّمِ مَنَاخِ الأَعْمَالِ التَّنَافُسِي وَرَقْمًا مُهِمًّا فِي تَكْرِيسِ دَوْلَةِ القَانُونِ، مُسْتَحْضِرِينَ تَارِيخًا قَضَائِيًّا عَرِيقًا وَمَسِيرَةً طَوِيلَةً حَافِلَةً بِالعَطَاءِ تَعَاقَبَتْ عَلَيْهَا أَجْيَالٌ مِنْ

خِيرَةِ القُضَاةِ رَفَعُوا مِشْعَلَ العَدَالَةِ بِأَمَانَةٍ وَشَرَفٍ وَسَلَّمُوهُ لِخَلَفِهِمْ بِإِخْلاَصٍ بَاذِلِينَ جُهُودَهُمْ فِي سَبِيلِ إِعْلاَءِ قِيَمِ الحَقِّ وَالعَدْلِ .

وَلِبَيَانِ الدَّوْر الذي يَقُومُ بِه القُضَاة عَلَى المسْتَوى الوَطَنِي إِعْلاَءً لِكَلِمةِ الحَقِّ ومُسَاهَمَةً فِي تَحقِيق الأَمْن القَانُوني والسِّلْم الاجْتِمَاعِي، اسْمحُوا لِي بِأَنْ أُقَدِّمَ بَعْض الاحْصَائِيَّاتِ التي تَبْدُو ضَرُورِيَّة. فَقَد بَلَغَ مَجمُوعُ حَجْم النَّشَاط القَضَائِي لِكَافَّة مَحَاكِم البِلاَدِ خِلاَلَ السُّدَاسِي الأَوَّل مِنَ السَّنة القَضَائِيَّة 2017/2016 وَذَلِكَ إلى مُوَفَّى مارس 2017 :

فَبِخُصُوصِ الوَارِد 1.372411

أَمَّا بِخصُوصِ المفْصُول 1.374597

أَيْ بِنِسْبَةِ فَصْل قَدْرُهَا 100.15 بالمائَة

أَمَّا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بالنَّشَاط الوَلاَئي فَقَدْ بَلَغَ الوَارِدُ 1.746423، وَالمفْصُول 1.748151، أَيْ بنسْبَة فَصْل تُقَدَّرُبـ 100.09 بالمائَة .

وَبالتَّالي فَإِنَّ المجْمُوع للوارد 1.746423، وَللْمَفْصُول 1.748151،أَيْ بنسْبَة مئَويَّة قَدْرُهَا 100.09%.

وَالجَديرُ بِالملاَحَظَةِ أَنَّ الحَجْمَ المتَضَخِّم لِعَدَدِ القَضَايَا وَاكَبَهُ تَدْعِيمٌ لِلْخَارِطَةِ القَضَائِيّة بِالعَدِيدِ مِنَ المحَاكِمِ مُنْذُ 2011 مِنْ خِلاَل إِحْدَاث محَاكِم اسْتِئْنَاف بِكُلٍّ مِن سِيدِي بُوزِيد، القصْرِين، القَيْرَوَان، بَاجَة، وَجَنْدُوبَة وَفَرْعَيْن لِلْمَحْكَمَةِ العَقَّارِيَّة بِنَابل وَجَنْدُوَبة.

حضرات السيدات والسادة

إِنَّ اِسْتِمْرَارَ هَذَا التَّقْلِيد القَضَائِيَّ يُشَكِّلُ فُرْصَةً سَانِحَةً أَمَامَ الفَاعِلِينَ وَالمُتَدَخِّلِينَ فِي قِطَاعِ العَدَالَةِ لِإِبْرَازِ مَا حَقَّقَهُ مِنْ تَطَوُّرٍ وَلَكِنْ أَيْضًا مَا يُعَانِي مِنْهُ مِنْ نَوَاقِصَ تَتَطَلَّبُ تَعْزِيزَ الوَسَائِلِ اللُّوجِسْتِيَّةِ وَتَحْسِينِ الظُّرُوفِ المَادِّيَّةِ وَتَطْوِيرِ الخَارِطَةِ القَضَائِيَّةِ بِالنَّجَاعَةِ المَطْلُوبَةِ، وَالرَّفْعَ مِنْ قُدُرَاتِ وَكَفَاءَاتِ العَامِلِين فِي مَجَالِ العَدَالَة، وَتَأْهِيلِ المَوَارِدِ البَشَرِيَّةِ بِالمَحَاكِمِ بِالتَّكْوِينِ المُسْتَمِرِّ بَدْءًا بِنِظَامِ الإِمْتِحَانَاتِ وَالتَّدريس وَالتَّقْيِيمِ، وَتَخْفِيفِ الضَّغْطِ عَلَيْهِ بِتَقْلِيصِ مُعَدَّلاَتِ فَصْلِ القَضَايَا، وَتَرْشِيدِ الطُّعُونِ إلى جَانِبِ دَعْمِ الخَدَمَاتِ القَضَائِيَّةِ وَحِمَايَةِ القُضَاةِ وَتَأْمِينِ المَقَرَّاتِ وَتَوْفِيرِ المُلاَئِمِ مِنْهَا .

إِنَّ الهَدَفَ الأَسْمَى الَّذِي نَبْتَغِيهِ جَمِيعًا هُوَ أَنْ يُصْبِحَ القَضَاءُ التُّونِسِي قَضَاءً نَاجِعًا وَفَعَّالاً، قَادِرًا عَلَى مُقَارَبَةِ مُخْتَلَفِ القَضَايَا وَالمِلَفَّاتِ بِجُرْأَةٍ وَنَزَاهَةٍ، وَالإِلْتِزَام بِتَرْسِيخِ قِيَمِ العَدْلِ وَإِيثَارِ الصَّالِحِ العَامِّ

بِكُلِّ مَسْؤُولِيَّةٍ وَمَوْضُوعِيَّةٍ، اِنْطِلاَقًا مِنْ أَنَّ القَضَاءَ هُوَ ضَمِيرٌ وَشَرَفُ الأُمَّةِ وَأَنَّ العَدْلَ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِ الله لاَ سَبِيلَ لِتَحْقِيقِهِ إلا بِقَضَاءٍ قَوِيٍّ يَلُوذُ بِهِ النَّاسُ جَمِيعًا. وَمِنْ هَذَا المَنْظُورِ تَتَطَلَّبُ المَرْحَلَةُ الرَاهِنَةُ أَنْ نَبْذُلَ كُلَّ جُهْدٍ مُخْلِصٍ صَادِقٍ لِبُلُوغِ هَذَا الهَدَفِ، وَأَنْ نَتَجَنَّدَ جَمِيعًا لِإِرْسَاءِ هَذَا الإِصْلاَحِ الهَامِّ فِي مَحَطَّتِهِ النِّهَائِيَّةِ.

وَ القَضَاءُ بِصِفَتِهِ حَامِيَ الحُرِّيَّات وَصَائِنَ الحُقُوق، وَالضَّامِنَ لِلْأَمْنِ الإِجْتِمَاعِيِّ وَالآخِذِ عَلَى يَدِ الظَّالِمِ، وَ المُسَاعِدِ عَلَى اِسْتِقْرَارِ المُعَامَلاَتِ وَتَحْفِيزِ الإِسْتِثْمَارِ وَالوَاقِفِ أَمَامَ اِنْتِشَارِ الجَرِيمَةِ بِأَنْوَاعِهَا، مُطَالَبٌ أَكْثَرَ مِنْ أَيِّ وَقْتٍ مَضَى بِمُعَاضَدَةِ جُهُودِ الدَّوْلَةِ فِي التَّصَدِّي لِلإِرْهَابِ وَمُكَافَحَةِ الفَسَادِ بَعْدَ أَنْ تَمَّ سَنُّ القَانُونِ الأَسَاسِي عَدَدَ77 المُؤَرَّخِ فِي 6 دِيسمبر 2016 المُتَعَلِّقِ بِالقُطْبِ القَضَائِيِّ الإِقْتِصَادِيِّ وَالمَالِيِّ، وَكَذَلِكَ القانون الأساسي عدد10 بتاريخ 7مارس2017 المُتَعَلِّقِ بِالإِبْلاَغِ عَنِ الفَسَادِ وَحِمَايَةِ المُبَلِّغِينَ تَكْرِيسًا لِمَبَادِئِ الشَّفَافِيَّةِ وَالنَّزَاهَةِ وَالمُسَاءَلَةِ وَالحَوْكَمَةِ الرَّشِيدَةِ .

وَلاَيفُوتُنِي التَّنْوِيه بِالجُهْدِ المَبْذُول مِنَ الإِطَارِ الإِدَارِي لِإِنجاحِ العملِ القضائي وكذلك ما يَبْذُلُهُ السادة المحامين ومساعدي القضاء من أجل تحقيق ضماناتِ المحاكمةِ العادلةِ .

وَفِي الخِتَام أَتَقَدَّمُ بِالشُّكْرِ لِضُيُوفِنَا الكِرَام عَلَى تَشْرِيفِنَا بِحُضُورِهِم بَيْنَنَا مُتَمَنِّيًا للجَمِيعِ مَوْفُورَ الصِّحَّةِ وَلِلأُسْرَة القَضَائِيَّةِ سَنَةً مَلِيئَةً بِالعَمَلِ الجَادِّ وَالعَطَاءِ المُتَمَيِّزِ خِدْمَةً لِلحَقِّ وَلِلمُجْتَمَعِ وَتَعْزِيزًا لِدَوْرِ القَضَاءِ فِي تَرْسِيخِ أُسُسِ وَأَرْكَانِ دَوْلَةِ القَانُونِ.

## III- محاضرة افتتاح السنة القضائية 2017-2018

# القاضي والتشجيع على الاستثمار

**د. بديع بن عباس**
**مستشار بمحكمة التعقيب**

**المـــقـــدمـــة :**

يعتبر **الاستثمار** الشغل الشاغل للدول المتقدمة والدول النامية على حد السواء[1]. ويمثل دعامة أساسية للتنمية الاقتصادية لكونه يشكل، إضافة إلى تطوير الطاقة الإنتاجية، الزيادة في الثروات وانتعاش الاقتصاد ومكافحة البطالة. وهو ما يبرز جليّا من الواقع الاقتصادي الذي أصبح يقوم على تجمعات وتكتلات تستهدف إعادة ترتيب الاقتصاديات العالمية وفتح الأسواق أمام المنافسة الشرسة وتحرير الاقتصاد من القيود المكبّلة والتعريف بفرص الاستثمار وإيجاد مناخ ملائم لدفع التنمية الاقتصادية وتشجيع الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال وتحريك سوق الشغل وخلق فرص عمل جديدة[2]. "إذ لا مستقبل لاقتصاد منعزل أو سوق مسيجة بالإجراءات الحمائية "[3].

ولا ريب أن الاستثمار عموما، والاستثمار الأجنبي علي وجه الخصوص بحاجة إلى مناخ ملائم يساعد على نموه وطمأنة المستثمر. ولا يتأتّى ذلك إلا في ظل نظام قانوني متطور يحرسه **قضاء** نزيه مستقل وعلى درجة عالية من المهنية والحرفية. وتفرض التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها العالم اليوم، وسرعة تحرك رؤوس الأموال، وتطور وسائل الاتصال، وتنوع طرق التعامل التجاري وآلياته، على القضاء تحديد رؤية مستقبلية تساير تلك التطورات السريعة، وتساهم في توفير الضمانات القضائية التي ينشدها المستثمرون خاصة الأجانب منهم، تضمن حمايتهم من المخاطر التي قد

---

[1] سالم أحمد الفرجان، العولمة والدول النامية من منظور إستثماري، دار الكتب الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى، 2004، ص 25.

- علي حسين نجم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998، ص 59.

[2] Horchani (F.), Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation J.D.I., 2004, p.373.

Horchani (f.), « Mondialisation sociétés transnationales et droit des investissements » *in* colloque de l'association internationale de droit Economique, Mondialisation et droit économique, R.I.D.E., mai 2003.

- عادل المهدي، عولمة النظام الاقتصادي ومنظمة التجارية العالمية، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة 2003.

[3] حسن عز الدين دياب، القانون الجزائي الاستثمار دراسة مقارنة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2011، ص. 2.

يتعرضون إليها خارج إقليم دولهم وبمعزل عن أنظمتهم القانونية، وتتسم بالسرعة والنجاعة والفاعلية[1].

وقد وجد الباحثون صعوبة في **تعريف الاستثمار**، نظرا لغموض ملامحه المتحركة وارتباطه بالتطورات الاقتصادية التي لا تستقر أبدا والتحولات في العلاقات التجارية التي تأخذ كل يوم أوجها جديدة بإمكانيات ووسائل متجددة.

فالاستثمار لغة مشتق من الثمر أي حمل الشجر وأنواع المال ويقال ثمر الرجل ماله أي نمّاه وأثمر الرجل أي كثر ماله[2].

والاستثمار اصطلاحا له مدلول اقتصادي وينطوي على عدّة معان تمتد لتشمل ميادين متنوعة يتمثل في خلق رأس المال واستخدامه وتشغيله بقصد تحقيق نمائه[3].

ويتميّز التعريف القانوني للاستثمار بالتعددية نظرا لتعدد المصادر القانونية الدولية والداخلية[4].

---

[1] يمكن التمييز بين نوعين من الاستثمار وهما الاستثمار الداخلي والاستثمار الخارجي الذي يعتبر ممولا للاقتصاد الوطني ، وعاملا أساسيا لاندماج الاقتصاد في الدورة الاقتصادية العالمية ، وفي العلاقات التجارية الدولية بما يجيز القول بأن مستقبل العلاقات بين الدول يخضع تأثيرا وتأثرا بمدى تطور العلاقات التجارية الدولية التي هي من مظاهر التكامل والوحدة بين الدول، و الأمثلة على ذلك كثيرة تظهر في مقدمتها العلاقات الدولية الأوروبية والعلاقات التجارية المقررة وفق معاهدات اتحاد دول المغرب العربي (الجزائر-تونس-ليبيا-موريتانيا-المغرب)، أو ما تسعى إليه دول الخليج العربي فيما يعرف بمجلس التعاون لدول الخليج العربي.

ومما لا شك فيه أن الدول التي لا تتفاعل مع هذا النمط الجديد في العلاقات الدولية ستظل معزولة سياسيا، واقتصاديا عن كافة المجتمع الدولي بما يحتم عليها :

* **الانضمام** إلى أحلاف أو**إنشاء** أحلاف مثل تنظيم السوق الأوروبية المشتركة ،والتكتل الاقتصادي الأمريكي، وتكتل دول شرق آسيا، والتكتلات العربية مثل السوق العربية المشتركة.

* **تنظيم علاقتها** وفق اتفاقيات ثنائية أو جماعية في مختلف المعاملات الاقتصادية والتجارية سواء اتصلت بعمليات البيع الدولية أو بالاستثمارات التجارية الدولية أو عقود الاستيراد و التصدير.

[2] ابن منظور، معجم لسان العرب، دار بيروت 1956، ص. 42.

تاج العروس من جواهر القاموس، ص149/6 مادة ثمر لسان العرب، 406/4 مادة ثمر.

[3] القاموس الاقتصادي والمالي يعرف الاستثمار كالآتي "الاستثمار هو امتلاك لوسائل الإنتاج عن طريق التوسع، ويساوي أيضا امتلاك لرأس المال من أجل الحصول على دخل".

يراجع :

BERNARD (Y.), Dictionnaire économique et financier, édition seuil, Paris VI, 1975/

وعرّفته الموسوعة العلمية والعملية بأنه "توظيف للنقود لأي أجل في أي أصل أو حق ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال وتنميته، سواء بأرباح دورية وبزيادة في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية".

يراجع : الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية (الاستثمار)، الجزء السادس الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامي، 1982، ص. 16.

[4] VADCAR(C.), « Problématique et définition de l'investissement direct étranger en droit national et international », J.CL. De droit international 1999, fascicule, 565-50, pp.01-28.

- «Document de réflexion sur la définition de l'investissement », Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, OMC, avril 2002.

لم تتضمن قواعد القانون الدولي وأحكام المحاكم الدولية تعريفا للاستثمار، واستعملت تلك العبارة لأول مرّة ضمن المادة 12 من ميثاق لا هافان لسنة 1948 دون وضع تعريف جامع وذلك لترك قدرمن المرونة للمعاهدات من أجل استيعاب الأشكال الجديدة من الاستثمارات التي قد تظهر في ظل المتغيرات المستمرة في العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية[1]. وتستعمل الاتفاقات الثنائية أسلوب التعداد الحصري أو الإحالة إلى قانون الدولة التي تستضيف العمليات الاستثمارية على أراضيها[2].

ويعتبر تعريف صندوق النقد الدولي مرجعا دوليا في تحديد مفهوم الاستثمار، فقد اعتبر أن "هذا المصطلح يشمل كل عملية منجزة بهدف اكتساب مصلحة مستمرة في إطار مؤسسة"[3].

ويعتبر النموذج الأمريكي والاتفاق على حماية الاستثمارات لسنة 2004 وتشجيعه في فصله الأول أن الاستثمار في مفهومه العام يشمل الاستثمار الأجنبي المباشر وذلك عبر تحريك رؤوس الأموال من بلد لآخر بصفة مستمرة ومصحوبة بنية إعادة تحويل رأس المال مع عوائده إلى الموطن الأصلي[4].

وعرّفته الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية بالمادة السادسة منها على أنه "استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في اقليم دوله طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله عليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الاتفاقية"[5]. أمّا المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فقد عرّفت الاستثمارات على أنه "تلك العمليات طويلة الأجل التي يكون لأصحابها دور ومشاركة فعلية في الإدارة واتخاذ القرارات عن طريق المشاركة الدائمة في رأس مال المشروع الاستثماري"[6].

أما في القانون التونسي، فرغم صعوبة إيجاد تعريف جامع للاستثمار لعدة أسباب تتعلق أساسا بطبيعته الخاصة باعتباره حدثا اقتصاديا وقانونيا في آن واحد، وبحداثة المفهوم القانوني للاستثمار

---

[1] LAVIEC (J-P.), Promotion et la protection des investissements, étude de droit international économique, 1er édition, P.U.F., Paris 1998, P.11.

[2] TOUNSI (M.), La promotion et la protection des investissements dans les traités bilatéraux conclus par la Tunisie, mémoire D.E.A., Faculté de droit et des sciences politiques, Tunis 2000, P.9.

[3] عز الدين ذياب، المرجع السابق، ص.17.

[4] MOHAMED (A), Le modèle Américain d'accord de protection et d'encouragement des investissements, mémoire D.E.A., Faculté D.S.P. de Tunis, 2005, p.17.

[5] أبرمت بتاريخ 1980/11/26: ماجدة بركة، اتفاقية الاستثمار المتعدد الأطراف: الاقتصاد العربي في مواجهة تحديات القرن الواحد والعشرين، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد الدراسات العربية، 1988، ص.79.

أبرمت تونس ما لا يقل عن 54 اتفاقية تتعلق بحماية وتشجيع الاستثمار.

[6] هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، دار المطبوعات الجامعية 2003، ص .20.

HORCHANI (F.), L'investissement interarabe recherche sur la contribution des conventions multilatérale arabe à la formation du droit régional des investissements, CERP, Tunis 1992, p.87.

ومحتواه " المطاطي" والمتحرك[1]، وافتقار أغلب القوانين المقارنة لتعريف أكاديمي للاستثمار واكتفائها بتحديد مجالاته فضلا عن الطبيعة المعقدة والمركبة للعمليات الاستثمارية التي لا تتصل دائما بأصناف قانونية متفق عليها[2]، فقد تولى المشرع التونسي تعريف الاستثمار صلب القانون الجديد عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بالاستثمار[3]، وجاء بالفصل 3 من القانون ما يلي : "الاستثمار كل توظيف مستدام لأموال يقوم به المستثمر لإنجاز مشروع من شأنه المساهمة في تنمية الاقتصاد التونسي مع تحمل مخاطره ويكون في شكل عمليات استثمار مباشر أو استثمار بالمساهمة.

1- عملية الاستثمار المباشر: كل إحداث لمشروع جديد مستقل وبذاته بغرض إنتاج سلع أو إسداء خدمات أو كل عملية توسعة أو تجديد تقوم بها مؤسسة قائمة في إطار ذات المشروع من شأنها الرفع من قدرتها الإنتاجية أو التكنولوجية أو التنافسية،

2- عملية الاستثمار بالمساهمة: المساهمة النقدية أو العينية في رأس مال شركات بالبلاد التونسية سواء عند تكوينها أو عند الترفيع في رأس مالها أو اقتناء مساهمة في رأس مالها.

- المستثمر: كل شخص طبيعي أو معنوي، مقيم أو غير مقيم، ينجز استثمارا.

- المؤسسة : كل وحدة تهدف إلى إنتاج سلع أو إسداء خدمات وتأخذ شكل شركة أو مؤسسة فردية طبق التشريع التونسي.

إن المتأمل في **تاريخية التشاريع المتعلقة بالاستثمار** يلاحظ أنها كانت وليدة محطات سياسية هامة عاشتها البلاد قبل الاستقلال. إذ بدأ ظهور الاستثمار في تونس مع بداية دخول الرأسمال الأجنبي إليها منذ 1868. ولم يكن همّ الشركات الأجنبية آنذاك تنمية الاقتصاد بقدر ما كانت تطمح لاستنزاف خيرات البلاد ونقل الثروة إلى خارج حدودها. وهو ما يبرّر الغاية الاستعمارية، فكتب المقيم العام الفرنسي سنة 1881 أن "احتلال تونس لن يكون عملا سياسيا عظيما فحسب بل إنه سيصبح صفقة تجارية حسنة"[4].

وبعد الاستقلال انخرطت تونس في خطة الاقتصاد الشمولي وأمضت عديد الاتفاقات الثنائية لتشجيع الاستثمار وحمايته[5]. وصدرت سنة 1969 مجلة الرصود المالية برزت معها ملامح جدية

---

[1] La VIEC (J-p.), op.cit., p.25 « elle garde un aspect générique et une dimension fonctionnelle ».

[2] حسن عز الدين ذياب، المرجع السابق، ص.18.

[3] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 7 أكتوبر 2016، ص.3379.

[4] محمد كمال شرف الدين، "التطور التاريخي للنظام العقاري التونسي"، م.ق.ت. عدد 9، نوفمبر 1987، ص.18.

[5] أبرمت اتفاقيات مع الولايات المتحدة 1959، سويسرا 1964.

للاقتصاد التونسي أساسها تشجيع المبادرات الخاصة واعتماد الصناعة المعملية والتصديرية والتخلي عن تدخل الدولة المكثف في الاقتصاد وتجربة التعاضد. ثم جاء قانون 27 أفريل 1972 ليخلق الإطار القانوني لنمط اقتصادي جديد. وتلاحقت النصوص القانونية المتعلقة بالاستثمار أهمها القانون عدد 74 لسنة 1974 المؤرخ في 13 أوت 1974 الذي ألغى مجلة الرصود المالية جزئيا وخلق اللامركزية الصناعية. وتتالت التشريعات التي تشجع رؤوس الأموال على انجاز المشاريع الاستثمارية في الميادين الفلاحية والصناعية والسياحية[1]، تولى المشرع جمعها في مجلة التشجيع على الاستثمار المصادق عليها بالقانون عدد 120 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر1993[2].

وصادقت تونس سنة 1994 على اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية والتي ألغت الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية GATT. وأمضت سنة 1995 على اتفاقيات شراكة مع دول المجموعة الأوروبية وانخرطت بالتالي في النظام الاقتصادي العالمي الجديد القائم على إلغاء القيود والحواجز الجمركية[3]. وأعفي الأجانب من الترخيص للعمليات العقارية بالمناطق الصناعية والسياحية تشجيعا للاستثمار الخارجي بموجب القانون عدد 40 لسنة 2005 المؤرخ في 11 ماي 2005[4].

كما بادر المشرع التونسي بإصدار القانون عدد 60 لسنة 2007 المؤرخ في 27 سبتمبر 2007 المتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية، وجاء بالفصلين الأول والثاني منه أن "حفز المبادرة الاقتصادية تعد أولوية وطنية تعمل جميع الأطراف الاقتصادية والاجتماعية على تكريسها، ويجب أن تكون ثقافة جميع الأطراف حتى يتم ترسيخها ونشرها..."[5].

**ويكتسي موضوع تشجيع الاستثمار أهمية آنيّة بالغة** لما جدّ من تقلبات اقتصادية وهزّات اجتماعية بعد الثورة التي عرفتها البلاد في 14 جانفي 2011، والتي مثلت منطلقا للقطع مع السياسيات القديمة وضرورة تبنّي سياسيات طموحة تنبني على الشفافية في المعاملات الاقتصادية وتذليل العوائق وتقديم الحوافز لخلق أرضية ينمو فيها المشروع الاستثماري.

---

[1] سالم السحيمي، الإطار القانوني الجديد للاستثمار الصناعي (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، 1991، ص.7.

[2] مداولات مجلس النواب، عرض ومناقشة مشروع قانوني يتعلق بإصدار مجلة تشجيع الاستثمارات عدد 24 جلسة يوم 1993/12/21، ص.3.

-HORCHANI (F.), « Le code tunisien d'incitation aux investissements, Journal du droit international » 1998, p.67.

[3] الطاهر بن مرزوقة، تونس والانخراط في منظومة التجارة العالمية، سلسلة دراسات برلمانية، عدد 12، تونس 2007، ص.30.

[4] مداولات مجلس النواب، جلسة يوم الثلاثاء 10 ماي 2005، الرائد الرسمي عدد 21ـ ص.897 ومابعده.

- الهادي بوقراص، "إعفاء الأجانب من الترخيص للعمليات العقارية بالمناطق الصناعية والسياحية، مجلة القانونية، عدد 55/54، أكتوبر 2008، ص. 6 و 7.

[5] نبيل بلحسن، "الإطار القانوني لحفز الاستثمار"، م.ق.ت. عدد 70، 2009، ص.25 وما بعد.

لقد فرضت التحولات العالمية والمستجدات الداخلية على تونس تغيير سياستها الاقتصادية واعتماد منهج الانفتاح والتحرر، نظرا لحاجة البلاد المتأكدة إلى استثمارات عالية وحركية اقتصادية متواصلة تمكنها من مواجهة تصاعد مؤشرات المديونية وتضخم التكاليف المرافقة للاقتراض الخارجي.

وتحتل تونس مراتب متوسطة في التصنيفات التي تصدرها doing Business من خلال التوصيات الواردة في التقرير السنوي للبنك الدولي للتنمية اعتمادا على المؤشرات التنموية والتنافسية الاقتصادية والإصلاحات القانونية والهيكلية في البلاد. ويعتبر التقرير المذكور معيارا أساسيا في وصف مناخ الاستثمار، ومرجعا رئيسيا للمستثمرين الأجانب[1].

كما أعطى خبراء البنك الدولي مجالا واسعا للإطار القانوني للاستثمار معتبرين إياه يهم التشريع المتعلق بالصرف، والتجارة الخارجة، والقوانين الجبائية والبنكية وتلك المتعلقة بالائتمان عامة والتشريع المنظم للسوق المالية.

ويقدم البنك الدولي مقترحات حول تحسين تصنيف ترتيب الدول في جلب الاستثمار باعتماد سلسلة من الممارسات الفضلى في نظام إدارة القضايا ورقمنة (مكننة أوأتمتة) المحاكم وحوكمتها عبر مؤشرات عديدة تضمن جودة العدالة لعل أهمها:

- إنشاء محكمة متخصصة للمسائل التجارية والاستثمارية من أجل تحديد أولويات المنازعة وتطوير الخبرة القضائية.

- إنشاء نظام إدارة القضايا إلكترونيا من خلال تطوير منصات إلكترونية للتبادل والتواصل بين الإدارة القضائية والدفاع، وانفتاح الإدارة القضائية على محيطها ببروتوكولات التبادل الالكتروني التي من شأنها تسهيل عمل المحاكم وتقريبه وتمكين المحامين من مباشرة إجراءات التقاضي عن بعد بتحديد المذكرات والتوصّل بالاستدعاءات ومباشرة الإجراءات المتعلقة بالقضية والاطلاع على المؤيدات وتبادل التقارير والتصريح بالأحكام إلكترونيا دون حاجة للتنقل للمحكمة[2].

- نشر الأحكام القضائية إلكترونيا لزيادة القدرة على التنبؤ والشفافية في عملية التقاضي وتحسين سمعة النظام القضائي بالكامل عندما يمكن أن يرى العالم الأحكام في نظام المحكمة، وهو ما يعزز ثقة العامة والمستثمرين[3].

---

[1] بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2017، ص.21، "ينبني التصنيف الذي يصدره سنويا البنك الدولي للتنمية على مؤشرات اقتصادية تتعلق بمناخ الإستثمار ويتأسس على عدّة نقاط، لعل أهمها التشجيعات الجبائية والتظيم البنكي والتشريعات الخاصة بالعقود ونجاعة القضاء والسرعة في فصل النزاعات وتوفير الضمانات وغيرها.

[2] يراجع الموقع الإلكتروني الخاص بالبنك الدولي WWW.World bank.com

[3] منصف الكشو، "في تطبيق وإنقاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار"، مقال غير منشور، أوت 2013، ص.3.

ويعطي التصنيف العالمي لقاعدة البيانات نقطة مكافأة لكل من هذه التحسينات، كما تساعد التصنيفات الدول على تحليل عملية التقاضي من وجهة نظر الأعمال التجارية والبحث عن سبل تطويرها وهي مفيدة للمستثمرين لفهم نظام المحاكم وفصل النزاعات في الدولة[1].

وتسعى السلط العمومية في تونس إلى توفير أقصى ممهدات النجاح للرهانات الاقتصادية المسطرة من خلال ضبط السياسات وتوفير الآليات القانونية الملائمة لبعث المؤسسات والمشاريع والتشجيع على الانتصاب الحر والاستثمارات في القطاعات ذات القيمة المضافة والارتقاء بأداء المؤسسات وبقدرتها التنافسية حتى تتمكن من الصمود أمام المنافسة الخارجية واكتساح الأسواق العالمية. كما تسعى الدولة إلى جلب الاستثمارات الأجنبية لا فقط لمواجهة الأزمة المالية الحادّة وإنما لرسم مناخ قادر على الاعتراف بالإمكانيات الموجودة وتوظيفها من أجل دفع الاستثمار الذي يشكل أهم رافد من روافد التنمية ونقل التكنولوجيا والتقنيات الحديثة ورفع المهارات والمساهمة في تراكم رأس المال وإنعاش المالية العمومية.

وأعطى مجلس نواب الشعب الأولوية المطلقة للقوانين التي تمكن من تخطّي الأزمة الاقتصادية ودفع التنمية وخلق مواطن الشغل وذلك من خلال التشجيع على الاستثمار فأصدر القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 وعززه بالقانون عدد 8 لسنة 2017 المؤرخ في 14 فيفري 2017المتعلق بمراجعة منظومة الامتيازات الجبائية[2]. وسبقتهما عدّة تشريعات عامة تتعلق بالاستثمار أفرزتها التطورات الاقتصادية والقيمة المالية المتعاظمة للعقود واكتساحها مجالات جديدة كالإعلامية والإشهار والمجال السمعي وغيرها التي حتمت تصورا متطورا وتشريعات تضمن التوازن الاقتصادي

[1] في نيويورك ترفع معظم الدعاوى أمام محاكم الولاية إلكترونيا(CPLR 304) ، ويستطيع جميع المحامين الحصول على هوية المستخدم (المعرف) وكلمات السر الخاصة بهم مجانا عن طريق تسجيل الدخول إلى النظام، ثم يرفعون الدعاوى باستخدام بطاقة الائتمان لدفع رسوم التسجيل البالغة 210 دولار أمريكي، مع ضرورة إرسال إشعارات التبليغ والشكوى الأولية إلى الخصوم مشفوعة بنسخة ورقية ما لم يوافق محامي الخصم على استلام المراسلات الأولية إلكترونيا. ثم تقدم جميع الأوراق الكترونيا، ما لم يقدم المحامي نموذج يوضح فيه سبب عجزه عن تقديم واستلام المستندات الأولية إلكترونيا. مثلا عدم امتلاكه لجهاز كمبيوتر أو تعذر دخوله إلى الأنترنت، ويستطيع المتقاضين من الأفراد ممن ليس لهم محامون ويمثلون أنفسهم، بدء الإجراءات بتقديم الأوراق (نسخة ورقية)، وعليه يجب مراسلتهم بمستندات ورقية، مع ضرورة مسح جميع المستندات ضوئيا على النظام بحيث يمكن للأطراف والمحامي الاطلاع عليها من أي مكان. ما لم يقدم المستند مشمعا، ولكنه يكون متاحا للجمهور أيضا، على أن يُخطر القضاة عن طريق البريد الالكتروني بإيداع أي مستند جديد، ويملك قضاة الشعبة التجارية أجهزة لوحية تمكنهم من الاطلاع على المستندات من أي مكان.

وقد لزم القضاة وقتا لتكييف أوضاعهم بما يتماشى مع النظام القضائي الخالي من الأوراق، حيث يطلب ستة أو سبعة قضاة من بين أل60 قاضيا في مقاطعة نيويورك (بما في ذلك معظم القضاة التجاريين) من المحامين تزويدهم بنسخ عمل أو نسخ ورقية من المستندات المقدمة. وبعد أن بات العديد من المحامين يستخدمون ارتباطات تشعبية إلى القضايا والقوانين التي يستشهدون بها في مذكراتهم، فقد أصبح القضاة أكثر اعتيادا على العمل مع البيانات الإلكترونية، حيث أصبح القضاة ينشئون برامجهم الإلكترونية الخاصة لإصدار الأوامر المشتركة، ويمكن لأي شخص الدخول إلى النظام الالكتروني لتقديم القضايا عن طريق الموقع WWW.nycourts.gov/efile. يراجع الموقع المذكور.

[2] المشرع ربط بين قانون الاستثمار ومراجعة منظومة الامتيازات الجبائية واكتفى بإصدار القانون الأول وأرجأ دخوله حيّز التنفيذ إلى 1 جانفي 2017 دون التوصل إلى إصدار قانون حول الحوافز الجبائية، فنص قانون المالية التكميلي لسنة 2016 الصادر بالرائد الرسمي عدد 1 لسنة 2017 وأرجأ دخول قانون الاستثمار حيّز التنفيذ إلى 1 أفريل 2017 ريثما يتسنى لمجلس نواب الشعب المصادقة على قانون الامتيازات الجبائية وهو ما تم بتاريخ 2017/02/14.

وتعالج الاستغلال المفرط والهيمنة على السوق والممارسات المخلة بحرية المنافسة، فصدر القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار[1]. كما تولى المشرع تنظيم الأنشطة الاقتصادية التي تقوم بها الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية في إطار تحقيقها المرافق العامة واخضاعها إلى نظام متميّز من حيث إجراءات الإبرام والتنفيذ بالنظر إلى تعلقها بالمصلحة العامة من خلال قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص المؤرخ في 27 نوفمبر 2015[2].

كما تولى المشرع الاستجابة للموقف المعلن للمؤسسات العالمية المقرضة لتونس الذي انبنى على وجوب تعديل جملة من القوانين المؤثرة على التوازنات المالية والنظام المالي ومن ضمنها قانون الإجراءات الجماعية بموجب القانون المؤرخ في 29 أفريل2016[3]، وإصلاح القطاع البنكي المؤرخ في 11 جويلية 2016[4].

والقضاء بصفته حامي الحريات وصائن الحقوق، وبأنه الضامن للأمن الاجتماعي والآخذ على يد الظالم، وهو المساعد على استقرار المعاملات وتحفيز الاستثمار والواقف أمام انتشار الجريمة بأنواعها، مطالب أكثر من أي وقت مضى بمعاضدة جهود الدولة في التصدي للإرهاب ومكافحة الفساد تحقيقا للسلم الاجتماعية وتهيئة لمناخ الاستثمار بعد أن تم سن عديد التشريعات لعل أهمها القانون الأساسي عدد77 المؤرخ في 6 ديسمبر 2016 المتعلق بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي الذي يختص بالبحث والتتبع والتحقيق والحكم في الجرائم الاقتصادية والمالية المتشعبة التي تتطلب اجراء أعمال استقرائية معمقة ودقيقة ، وكذلك القانون الأساسي عدد10 بتاريخ 7مارس2017 المتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلّغين تكريسا لمبادئ الشفافية والنزاهة والمساءلة والحوكمة الرشيدة ومنع الفساد في القطاعين العام والخاص[5].

---

[1] القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، الرائد الرسمي 25 و29 سبتمبر 2015، عدد 8، ص.2772.

[2] القانون عدد 49 لسنة 2015 المؤرخ في 27 نوفمبر 2015 المتعلق بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، الرائد الرسمي عدد 96 بتاريخ 1 ديسمبر 2015، ص 3307.

تراجع : سناء البحري، " قراءة في القانون عدد 49 المؤرخ في 27 نوفمبر 2015، المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص"، مجموعة أعمال مهداة إلى الأستاذ فرج القصير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، 2016، ص.161 وما بعد.

ماجدة صفر، "اللزمة في القانون التونسي"، م.ق.ت.، 2010، عدد 3، ص.97 وما بعد.

Karray (B.), « Le contrat de partenariat public-privé dans les lois du 19 Février 2007 relatives à l'économie numérique », communication présentée au colloque international, université Paris-est Créteil, mai 2010, Revue Tunisienne de fiscalité, n° 17, 2012, p.22.

[3] القانون عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 أفريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية –الرائد الرسمي عدد 38 المؤرخ في 10 ماي 2016.

[4] القانون عدد لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016، الرائد الرسمي عدد62، بتاريخ 2016/7/29، ص.2677.

[5] مجموعة النصوص القانونية المتعلقة بمكافحة الفساد، مركز الدراسات والتكوين حول مكافحة الفساد، تونس 2017 ص.142 وما بعد و ص.667

**وتتميز نزاعات الاستثمار، من حيث أهميتها الواقعية**، بعدّة تقاطعات وثنائيات[1]. وتتشعب علاقة القضاء بالاستثمار لتشمل جلّ فروعه، إذ لا تقتصر على القاضي العدلي بجميع اختصاصاته المدنية والتجارية والشغلية والجزائية والعقارية[2]، بل تتعداه إلى القضاء الإداري[3]، والقضاء المالي[4]. وقد يكون الاختصاص منعقدا إلى الهيئات التعديلية أو الشبه قضائية للدولة[5]، أو للطرق والوسائل القضائية البديلة كالمصالحة والتحكيم[6].

ويبدو من قراءة الفصل 30 من قانون 27 نوفمبر 2015 المتعلق بالشراكة بين القطاعين الخاص والعام والفصول 23 و 24 من قانون الاستثمار المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 أن المشرع التونسي أخذ بعين الاعتبار تخوّف المستثمرين الأجانب عموما من القضاء الوطني للدول، وخوفهم من تأثره بمصلحة الدولة وعدم التزامه الحياد ومن بطء الإجراءات والتأخير في فصل النزاعات، مقابل الثقة العالية في التحكيم الذي لا ينكر دور القاضي الوطني Le Juge d'appui في تعيين المحكمين والبت في صحة القرارات التحكيمية وإكسائها بالصبغة التنفيذية، إذ أن المتأمل في القرارات المنشورة وغير المنشورة لمحكمة استئناف تونس ولمحكمة التعقيب، له أن يقف على قضاء محفّز للاستثمار ومشجع

[1] الاستثمار قد يكون داخليا أو أجنبيا، وقد يكون عاما أو خاصا، وقد يربط بين الدول أو الخواص، وقد يطبق فيه القانون الخاص أو العام، وغيرها من الثنائيات.

[2] يرتبط الاستثمار أساسا بالقضاء التجاري، وقد يتعلق بالمادة العقارية لأن الوعاء العقاري هو مناط كل استثمار، وقد يكون مرتبطا بالمادة الاجتماعية فيما يتعلق بقضايا الشغل وعلاقة الأجراء مع أرباب العمل، أو القضاء الجزائي فيما يتعلق بالجرائم المالية والاقتصادية أو الصرفية.

[3] يحمي القاضي الإداري المستثمر من تعسف الجهة الإدارية عند إبرام العقود الإدارية ذات الصبغة الاستثمارية وأثناء تنفيذها بعقلنة سلطات الإدارة مع مراعاة النظام القانوني والمصلحة العامة.

[4] يرعى القاضي المالي الاستثمار العمومي من خلال المهمة الرقابية التي يسلطها على شراءات الدولة والمؤسسات والمنشآت والجماعات المحلية والتي تتجسد في تقارير سنوية تتضمن مقترحات لتطوير التصرف في المال العام.

[5] كما توجد هيئات تعديلية شبه قضائية مختصة في المادة التجارية كمجلس المنافسة المنصوص عليه بقانون 15 سبتمبر 2015 الذي أسند له المشرع صلاحية تسليط الخطايا المالية على مرتكبي الممارسات المخالفة للتشريع وتراتيب المنافسة والأسعار (اعتبر الأستاذ عياض بن عاشور قاضي المنافسة قاضي إداري متخصص). إضافة إلى هيئة السوق المالية المحدثة بموجب القانون المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 واللجنة المصرفية التي أعيد تنظيمها بموجب القانون المؤرخ في 11جويلية 2016 وتختص بتسليط الخطايا المالية على مرتكبي الممارسات المخالفة للتشريع وتراتيب البنوك.

[6] توفّر الوسائل البديلة الأمن القضائي الذي ينتظره المستثمر وتساهم في توفير المناخ المناسب لتشجيع الاستثمار.

وسائل حل المنازعات البديلة التي تنص عليها الاتفاقيات تكون ذات طابع حر (ADHOC)أو مؤسساتي.

1/وسائل حل النزاعات البديلة الحرة :

هي الوسائل التي يحدد بموجبها أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين أو الخبراء أو الموفق، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في النزاعات. تتسم هذه الوسائل البديلة الحرة -الغير خاضعة للإدارة والإشراف – بالمرونة وانخفاض تكلفة مصاريفها، وبسرعتها في نفس الوقت، كل ذلك في حال تعاون أطراف النزاع مع بعضها البعض.

2/وسائل حل النزاعات البديلة المؤسساتية

فرضت وسائل حل النزاعات البديلة أهميتها وجدواها بل ضرورتها خصوصا في مجال علاقات التجارة الدولية، مما اقتضى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال وسائل حل النزاعات البديلة بما تملكه من إمكانات علمية وفنية مادية وعملية ولوائح وأنظمة خاصة في حل النزاعات،ولقد أنشئت العديد من تلك الهيئات على المستويات الدولية نذكر منها نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية الذي حدد مهام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في حل النزاعات ذات الطابع الدولي في مجال الأعمال عن طريق التحكيم.

له من خلال البحث عن النجاعة والسرعة واستبعاد البطلان وعدم التوسع في مفهوم النظام العام عند الإكساء بالصبغة التنفيذية[1].

لقد تبنّى المشرع التونسي في فض النزاعات الاستثمارية نظاما مرنا وميّز بين النزاعات مع الدولة والنزاعات مع الأشخاص. وأعطى في الأولى الأولوية للمصالحة وفي صورة التخلي عن المصالحة فللمستثمر الأجنبي اللجوء للتحكيم أو للمحاكم التونسية، أما المستثمر التونسي فله اللجوء إلى التحكيم في النزاعات ذات الصبغة الدولية. أما في النزاعات بين المستثمرين الخواص فإن المحاكم التونسية هي المختصة ما لم يوجد اتفاق مخالف.

لقد كان القاضي التونسي مؤتمنا أساسيا على الانتقال الديمقراطي ومن المأمول أن يكون مؤتمنا أيضا على التأسيس الديمقراطي من خلال جذب الاستثمار للنهوض بالاقتصاد التونسي في ظل الصعوبات المالية العمومية اليوم. وقد اعترف الدستور الجديد بالقاضي كسلطة مستقلة وبالتالي لابد من الاستثمار في استقلالية القضاء ليس فقط تجاه السلطة السياسية وإنما أيضا أمام رأس المال. ولا بد، أيضا، من توفير الوسائل اللوجستية لتمكين القاضي من أداء رسالته على أحسن وجه والنفاذ بيسر إلى كل ما من شأنه أن يساعده على فصل نزاعات استثمارية معقدة والنهوض بالاقتصاد الوطني والخروج به من الصعوبات المالية الحادة[2].

**فكيف تبرز مساهمة القاضي، باعتباره المؤتمن على تطبيق القوانين، في التشجيع على الاستثمار والنهوض بالاقتصاد الوطني؟**

لمّا كانت الوظيفة القضائية سلطة من سلطات الدولة وسورها الواقي من المخاطر والملاذ الآمن المحايد والمستقل للأفراد والمجموعات، فإن القاضي التونسي قد انخرط في المجهودات الرامية إلى تشجيع الاستثمار باعتباره المؤتمن على تطبيق التشريعات (**الجزء الأول**).

---

[1] حسن عزالدين دياب، المرجع السابق، ص.447.

تتمثل الاتفاقيات الدولية الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية في اتفاقية البنك الدولي لعام 1965 (اتفاقية واشنطن) والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وفي الاتفاقية المبرمة بين الدول العربية عام 1974 والتي أنشأت المجلس العربي لتسوية المنازعات ويضاف إليهما اتفاقيات جماعية دولية أو ثنائية تعقدها الدول المضيفة للاستثمار مع الدول المصدرة له.

[2] تتسم منازعات الاستثمار بالتعقيد، خاصة تلك التي تكون الدولة طرفا فيها،إذ تضفي على المنازعة مسألة السيادة الوطنية ويغلب فيها عدم رغبة المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني لجهله بإجراءات التقاضي أو عدم اطمئنانه لحيادية واستقلالية قضاء الدولة المضيفة للاستثمار وحرصه على الاحتكام إلى القضاء الدولي لان الاتفاقيات الدولية والإقليمية تقدم ضمانات قانونية لكل من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار لتسوية المنازعات التي تطرأ بينهما، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي أنشأ ت المركز الدولي لتسوية منازعات وكذلك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى لعام 1974 :

اتفاقية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمواطنين العرب بتاريخ 1974/06/10 التي دخلت حيز التنفيذ في 20 أوت 1976 بعد أن صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974.

وقد تأكدت الحاجة إلى صياغة قوانين متتالية في فترة زمنية وجيزة للتشجيع على الاستثمار وحماية المستثمر، من شأنها أن تضع القاضي أمام رهانات جديدة للمساهمة الجوهرية من خلال صياغة الأحكام والقرارات القضائية في حسن تطبيق التشريعات الجديدة وتحقيق التناسق بينها في مواجهة تشتّت النصوص واضطراب المرجعيات وتعقّد العمليات الاستثمارية (**الجزء الثاني**).

## الجزء الأول : التجليات

لقد سعى القاضي التونسي سواء كان قاضيا إداريا أم قاضيا عدليا، من خلال النزاعات ذات الصلة بالاستثمار الداخلي أو الخارجي، إلى ابتكار جملة من المبادئ والقواعد الرامية إلى تشجيع الاستثمار. وقد استلهمها من الواقع الاقتصادي والاجتماعي للبلاد ومن فلسفة المشرع ومن توجه عقلاني في تعامله مع سائر الإشكاليات القانونية التي طرحت عليه في باب الاستثمار بصفة عامة، وهو توجه يقوم أساسا على الحرص على حسن تطبيق القانون والتقيّد بأحكامه دون أن يمنع تأويله واجتناب كل تضييق فيه كلما احوجت الضرورة عبر تطوير مفهوم الاستثمار (**الفرع الأول**)، والاضطلاع بدور ريادي يمكن القاضي من مساندة مجهودات المشرع ومسايرة السياسات الرامية إلى تهيئة مناخ الاستثمار (**الفرع الثاني**).

### الفرع الأول : تطوير القاضي لمفهوم الاستثمار

لم يتوصل فقهاء القانون إلى وضع مفهوم موحد وواضح للاستثمار نظرا لوقوعه في حدّ فاصل بين الاقتصاد والقانون ولتعدد مصادره. وقد تم الاقتصار على دراسة جوانبه القانونية المتعلقة أساسا بحماية المستثمرين والامتيازات الجبائية التي يمكن للمستثمر الانتفاع بها.

ولتشجيع العملية الاستثمارية ودفعها ما فتئ القاضي الإداري يوسع في نطاق مفهوم الاستثمار كلما احوجت الضرورة إلى التأويل دعما للمبادرة الاستثمارية (**الفقرة الأولى**) ولتمتيع المستثمر بالامتيازات الجبائية (**الفقرة الثانية**).

#### الفقرة الأولى : من خلال دعم المبادرة الاستثمارية

لقد سعى القاضي الإداري إلى تكريس عديد المبادئ العامة لعقلنة سلطات الإدارة والتصدي لتعسفها ولعل مبدأ حرية الصناعة والتجارية من أهم المبادئ التي تتحكم الاستثمار. وترفض المحكمة الإدارية التضييق من نطاق هذا المبدأ أو الحدّ من مفهومه، وأعلنت صراحة في القضية الابتدائية عدد

15966 بتاريخ 29 ديسمبر 1999 على أن "المبدأ في ميدان الصناعة والتجارة هو حرية الممارسة وأن التقييد منها يقتضي نصا صريح العبارة لا يستدعي تطبيقه اللجوء إلى وسائل الاجتهاد والتأويل"[1]. وسبق للمحكمة الإدارية أن اعتبرت أن صدور القرار القاضي برفض الترخيص لممارسة نشاط تجاري في صيغة عامة وغير مبررة من شأنه أن يمسّ من حرية التجارة والصناعة ويعرض القرار المنتقد للإلغاء، وأن كل ترخيص غير مشروع لممارسة نشاط تجاري يعد من قبيل القرارات الإدارية التي تنشئ وضعيات مزاحمة غير مشروعة لا تضمن التكافؤ في الفرص ولا تحقق مبادئ المنافسة النزيهة[2].

وتمارس المحكمة الإدارية الاختصاص الموكول لها في المادة الجبائية تعقيبيّا. فالمتأمل في القرارات التي تصدرها الدوائر التعقيبية يستنتج التوجه إلى مساندة المبادرة الاقتصادية وحفزها باعتبارها أولوية وطنية، دون أن تغفل الدوائر المذكورة التصدي لكل أشكال التهرب الجبائي وكل ما من شأنه أن يضر بمصالح الخزينة والتوازنات المالية للدولة وعيا منها بالدور الموكول للقاضي الإداري في حماية الصالح العام والمحافظة على الأموال العمومية[3].

وانتهت الدائرة التعقيبية الأولى بالمحكمة الإدارية في قرارها عدد 39042 المؤرخ في 1 فيفري 2010 إلى عدم حرمان المطالبة بالأداء من حق الطرح المنصوص عليه بالفصل 39 من قانون المالية لسنة 2002 رغم سهوها عن إيداع التصاريح الجبائية التصحيحية في الآجال القانونية، نظرا لأنها استعملت الأموال في قطاعات منتجة وخصصتها لإنجاز الاستثمارات المقررة بالفقرة الأخيرة من الفصل 25 من قانون المالية لسنة 2001، وبررت المحكمة ذلك صراحة " لقد درج فقه قضاء المحكمة الإدارية في مادة تشجيع الاستثمارات على تغليب الغاية المنشودة من تشريع الامتيازات الجبائية وهي تحقق المقصود من الإجراء بصرف النظر عن وجود إخلالات إجرائية يتم تداركها تلقائيا من طرف المطالب بالضريبة"[4].

وفي سياق آخر أكد القرار التعقيبي الإداري عدد 34395 الصادر بتاريخ 27 مارس 2006 أن "حصول المعقب ضدها لاحقا على شهادة صادرة عن الديوان القومي للسياحة مؤرخة في 7 أكتوبر 1996 تدمج نشاط المتحف ومدينة الأحلام ضمن الترخيص النهائي لا يعتبر ترخيصا جديدا بأثر رجعي

[1] أورده القاضي محمد العيادي بمقال "تطور مفهوم الاستثمار من خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية"، م.ق.ت. عـدد3، مارس 2011، ص.106.

[2] الحكم الابتدائي عدد 3779 الصادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 14 مارس 1995 (غير منشور).

[3] محمد العيادي، المقال السابق، ص.107.

[4] قرار تعقيبي إداري عدد 39042 بتاريخ 1 فيفري 2010 (غير منشور).

وإنما هو قرار تصحيحي ينعطف على الماضي ويستوعبه...للتأكيد على أن المشروع السياحي المرخص فيه ينسحب على كامل مكوناته ويتمتع بالتالي بالامتيازات الجبائية المقررة في هذا المجال"[1]. وهو نفس التوجه الذي قررته المحكمة الإدارية لاحقا في قرارها عدد 39317 المؤرخ في 22 جوان 2009[2].

واستقر فقه قضاء المحكمة الإدارية في العديد من القضايا التعقيبية على تمكين المؤسسة من الانتفاع بمزايا العملية الاستثمارية طالما ثبت أن الغاية من سن الإجراء أو الشرط الشكلي قد تحقق من خلال حصول عملية الاستثمار وتجسيدها على أرض الواقع بأي شكل من الأشكال[3].

**الفقرة الثانية : من خلال التوسع في الانتفاع بالامتيازات الجبائية**

يبرز دور القاضي الإداري في التشجيع عل الاستثمار على عدّة مستويات لعل أهمها التوسع في تأويل النصوص القانونية من جهة، والتصدي لتضييق الإدارة في حق الانتفاع بالامتيازات الجبائية من جهة أخرى.

فبخصوص التوسع في تأويل القانون، فقد استغل القاضي الإداري الصياغة العامة والمطلقة التي وردت عليها عبارات الفصل 21 من مجلة تشجيع الاستثمارات للتوسع في قاعدة العملية التصديرية وتنويع مجالاتها دون الخروج عن مقاصد المشرع. وفي هذا السياق اعتبر القرار التعقيبي عدد 310470 الصادر بتاريخ 24 ماي 2010 "أن عبارات الفصل 21 من مجلة تشجيع الاستثمارات جاءت عامة ومطلقة ولم تحدد أصنافا معينة من الخدمات التي تعتبر من قبيل عمليات التصدير، وعليه فإن تلك العبارة تؤخذ على إطلاقها ويجوز بالتالي إدراج خدمات المطاعم التي يسديها المعقب ضده لفائدة مؤسسات مصدرة كليا ضمن عمليات التصدير على معنى الفصل 21"[4].

---

[1] قرار تعقيبي إداري عدد 34395 بتاريخ 27 مارس 2006 (غير منشور).

[2] كما أوضحت المحكمة في القرار التعقيبي الصادر عنها بتاريخ 22 جوان 2009 في القضية عدد 39317 أنه وطالما ثبت أن نشاط المعقب ضدّها يندرج ضمن أحكام الفصل 19 من مجلة تشجيع الاستثمارات التي نصّت على إمكانية إسناد الباعث مهمة تسيير المشروع للغير، فإنّ ما تمسّكت به الإدارة من وقف التسيير الفعلي للمشروع على الباعث مخالف للأحكام السابقة".

[3] في هذا الصدد نستحضر ما جاء بالقرار الصادر عن الدائرة التعقيبية الثالثة بالمحكمة الإدارية بتاريخ 31 ديسمبر 2007 في القضية عدد 36910 والذي أبرزت فيه المحكمة أنه ولئن غفلت الشركة المطالبة بالأداء على إدماج الأرباح المعاد استثمارها في رأس المال في الأجل القانوني المنصوص عليه بالفصل 7 من مجلة تشجيع الاستثمارات (أي قبل إيداع التصريح النهائي بعنوان أرباح السنة التي وقع فيها الانتفاع بالطرح) فإنّ الإغفال المذكور ليس من شأنه أن يترتّب عنه حرمانها من حق الطرح المنصوص عليه بالفصل 7 من المجلة سالفة الذكر طالما ثبت أنّ الغاية من الإجراء قد تحقّقت من خلال الاحتفاظ بالأرباح المراد إعادة استثمارها ضمن حساب الاحتياطات المؤجلة وتخصيصها فعلا للاستثمارات المقرّرة خاصة بعد الإدلاء بما يفيد تدارك الإغفال المذكور وتقديم ما يفيد تصحيح الوضعية إزاء الإجراء المختل وانتفاء كل ضرر بالخزينة.

كما انتهت الدائرة التعقيبية الثانية بالمحكمة الإدارية بمناسبة القرار الذي أصدرته في القضية عدد 39034 بتاريخ 1 ديسمبر 2008 إلى أنّ إغفال المطالب بالضريبة عن إدراج المبالغ المعفاة ضمن حساب عنوانه "احتياطي ذو نظام خاص" على نحو ما اشترطه الفصل 25 من قانون المالية لسنة 2001 ليس من شأنه أن يترتّب عنه حرمانه من حق الطرح المنصوص عليه بالفصل 39 من قانون المالية لسنة 2002 طالما تحقق المقصود من الإجراء من خلال ثبوت استعمال تلك المبالغ في قطاعات منتجة وتخصيصها لإنجاز الاستثمارات المقرّرة بالفقرة الأخيرة من الفصل 25 من قانون المالية لسنة 2001 علاوة على عدم ثبوت حصول ضرر لخزينة الدولة.

4 قرار تعقيبي إداري غير منشور.

كما اعتبرت في نفس السياق أن تأمين الخدمات المتعلقة بالإقامة والنقل لمستخدمي مجهزي السفن وطاقمها التابعين لشركات أجنبية مصدرة كليا تعد عمليات تصديرية حتى ولو كانت مسداة داخل البلاد التونسي وذلك في قرارها عدد 310025 المؤرخ في 1 مارس 2010[1]. وهو اتجاه استقر عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية في عدّة قضايا مشابهة[2].

وبخصوص التصدّي لتضييق الإدارة في حق الانتفاع بالامتيازات الجبائية المنصوص عليها بمجلة التشجيع على الاستثمار، وذلك بفعل استناد الإدارة إلى نصوص ترتيبية تتجاوز التأهيل التشريعي الممنوح لها وضبط شروط لم ترد بنص القانون، فقد أكد القاضي الإداري أن استناد قرار التوظيف إلى مقتضيات ترتيبية غير شرعية يجعله عرضة للإبطال وأنه "طالما تولى المشرّع ضبط شروط الانتفاع بالامتياز الجبائي المخوّل للمدّخرين ولم يسند لوزير المالية سوى بعض القواعد المتعلّقة بفتح حسابات الادخار والتصرف فيها، فإنّ التنصيص صلب قرار الوزير على وجوب استغلال الأموال المدخرة خلال أجل أقصاه ثلاث سنوات يعدّ تجاوزا للتفويض التشريعي الممنوح له وتضييقا في مجال الامتياز الذي حددّه القانون". (القرار التعقيبي عدد 37961 بتاريخ 29 نوفمبر 2008).

كما تمّ التأكيد من جهة أخرى على وجوب احترام قواعد سحب الامتيازات الجبائية وإجراءاتها الواردة بالفصل 65 من مجلة تشجيع الاستثمارات باعتبارها توفّر جملة من الضمانات القانونية الكفيلة بحماية المطالب بالضريبة من كل انحراف بالسلطة أو بالإجراءات، ذلك أنه يجب على الإدارة التقيّد بمقتضيات الفصل 65 من مجلّة تشجيع الاستثمارات إذا ما تبيّن لها إثر إجراء المراقبة أن المطالب بالأداء لا يستجيب لشروط الإعفاء من الأداء على القيمة المضافة طبقا للفصل 9 من نفس المجلّة وهو ما يستوجب سحب ذلك الامتياز (القرار التعقيبي عدد 39922 بتاريخ 21 ديسمبر 2009)[3].

---

1 قرار تعقيبي إداري غير منشور.

2 اعتبرت المحكمة ضمن القرار التعقيبي الصادر في القضية عدد 38307 بتاريخ 6 أكتوبر 2008 أنه طالما ثبت أنّ نشاط الشركة المعقّب ضدّها يتمثل في تقديم خدمات النقل البري عن طريق المناولة باسم حريفها الألماني ولفائدة المؤسسات المصدرة كليا دون غيرها فإنّها تعدّ بدورها مؤسسةمصدّرة كليا على معنى الفصلين 10 و21 من مجلة تشجيع الاستثمارات ذلك أنّ المؤسسات التي تتعامل حصريا مع المؤسسات المصدرة كليا تعتبر بدورها مصدرة كليا سواء تمّ ذلك التعامل بصفة مباشرة أو عن طريق المناولة.

وفي نفس هذا الاتجاه انتهت المحكمة ضمن القرار التعقيبي الصادر عنها بتاريخ 19 ماي 2008 في القضية عدد 37525 إلى أنّ الشركة المتكوّن رأسمالها في جزء منه من غير مقيمين تونسيين أو أجانب والتي تسدي خدماتها إلى غير المقيمين وتحقق مقابل خدمات الاستشارة أو الدراسات مداخيل بالعملة الصعبة تستجيب للشروط الواجب توفرها في المؤسسات المصدّرة كليا على معنى الفصل 10 من مجلة تشجيع الاستثمارات.

كما أبرزت المحكمة في القرار التعقيبي عدد 38316 الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 2009 أنه "يفهم من مقتضيات الفصل 21 من مجلّة تشجيع الاستثمارات أنّ جميع الخدمات التي لها علاقة بالتصدير تعتبر في حدّ ذاتها من قبيل عمليات التصدير وتتمتع تبعا لذلك بالامتيازات الجبائية الشاملة لعمليات التصدير ذاتها...

3 محمد العيادي، المقال السابق، ص 115 و116.

ويساهم القاضي العدلي والقاضي المالي بدورهما في التشجيع على الاستثمار وتوفير المناخ الملائم على عدّة أصعدة بآليات متعددة.

**الفرع الثاني : تهيئة مناخ الاستثمار**

يضطلع القاضي بدور مزدوج قصد توفير المناخ الملائم للاستثمار وحماية المستثمر من جميع التجاوزات والعراقيل التي قد تحول دون تنفيذه لبرنامج الاستثمار وقد يكون تدخل القاضي وقائيا سابقا **(الفقرة الأولى)** أو علاجيا لاحقا **(الفقرة الثانية)**.

**الفقرة الأولى : التدخل الوقائي للقاضي**

لقد كان لفتح الأسواق التونسية على الخارج اشتداد المنافسة على المؤسسات التونسية التي عرفت البعض منها صعوبات اقتصادية خصوصا في بعض القطاعات كالخياطة والنسيج والأحذية. لذلك سعى المشرع التونسي إلى الأخذ بيد المؤسسات الاقتصادية باعتبارها تمثل مصدرا للإنتاج واستقطاب الاستثمارات وخلق فرص للتشغيل من خلال مبادرته بسن أول قانون لإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية عكس تحولا جذريا للإجراءات الجماعية من قانون يهتم بخلاص الديون وإقصاء المدين المتعثر والعاجز من الدورة الاقتصادية ومعاقبته إلى قانون يهتم بإنقاذ المؤسسة وإخراجها من الصعوبات التي تمر بها[1].

يجب أن يعي المستثمر بإمكانية فشل صناعته أو تجارته ونجاحه ثانية وأن يؤمن بحتمية عدم الانغلاق على نفسه حتى وإن مرّ بصعوبات مالية تقتضي مساعدته كي لا تطال المؤسسة الإجراءات الجماعية (تسوية أو تفليس)، ولا تطاله آثارها كمسيّر في شخصه وفي ماله، ونخرج بالتالي من عقلية المؤاخذة والعقاب والانتقال إلى عقلية تفادي أسباب الفشل وتجاوز آثاره[2].

وقد كان لذلك الانتقال النوعي عميق الأثر على الدّور الذي يقوم به القاضي فبعد أن كان القاضي مجرد **"متفرّج"** يقتصر دوره على المصادقة على الصّلح الاحتياطي[3]، والتصريح بالإفلاس ومتابعة إجراءات

[1] كان تدخل المشرع في البداية محتشما من خلال إحداث اللجنة الوطنية لتطهير المؤسسات وهيكلة الذوات ذات المساهمة العمومية (المنشور عدد 34 لسنة 1994 المؤرخ في 18 ماي 1994) كتشجيع البنوك على التخلي عن جزء من ديونها لفائدة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية مقابل انتفاعها بمنافع جبائيه (الفصل 49 من قانون المالية لسنة 1988 المؤرخ في 1987/12/31). ثم صدر القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بالإنقاذ المنقح بالقانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 وبالقانون عدد 79 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003.

[2] منصف الكشو، قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية دراسة نظرية وتطبيقية، 2015، ص.6.

[3] Mechri (F), leçons de droit commercial, les procédures collectives : le concordat préventif et la faillite, centre d'études, de recherches et de publications, Tunis 1994, p.14 et s.

استنضاض مكاسب المفلس واستخلاص ماله من ديون بذمة الغير، أصبح يمثل لاعبا أساسيّا في الإجراءات الجماعيّة وفاعلا في تقرير مصير المؤسسات التي تشهد صعوبات اقتصادية[1] ، من خلال وضع حلول لمشكلات اقتصادية تستمد قيمتها من نجاعتها وقابليتها للتطبيق[2]. ورغم ما يثيره تدخل القضاء عموما في سير الدّعوى والإجراءات من احترازات بحجّة تملك الأطراف للدّعوى وتقيّد القاضي بمبدأ الحياد[3] ، فإنّ الفقه الحديث يؤكّد على أنّ تدخل القاضي في مسار إنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية يمثل ضمانة أساسيّة للمدين ولدائنيه على حدّ السواء ضرورة أنّ المحاكم تمثل هياكل محايدة لا تخدم مصلحة طرف على حساب طرف آخر وإنّما تسعى لتحقيق العدالة[4]. ويبدو أن تراجع خلاص الدّائنين إلى المرتبة الثالثة[5]، سواء في ظلّ قانون 1995/04/17 أو في ظل القانون عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 2016/04/29 والمتعلّق بالإجراءات الجماعيّة[6]، قد يمثل إعلانا صريحا من المشرّع على انحسار دور الدّائنين في سبيل تمكين المؤسسة من استرجاع عافيتها واستئناف نشاطها والحفاظ على مواطن الشغل فيها وهو ما يعطي للقضاء دورا رياديّا في عمليّة الإنقاذ باعتباره قاطرة تدفع نحو الإنقاذ[7].

ويركز فقه القضاء على تلازم أبعاد القانون الاقتصادية وهي استمرار النشاط والاجتماعية وهي المحافظة على مواطن الشغل[8].

كما تؤكد محكمة التعقيب على مقصد المشرع من خلال قانون الإنقاذ الذي لا يتأسس على المساعدة القضائية فقط وإنما أيضا على تفادي التفليس والعمل على ضمان استمرار المؤسسة، وهو ما يبرر الدور الوقائي للقاضي[9]. واعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 26426 الصادر بتاريخ 15 مارس 2016 أن هذا القانون يهدف أساسا لمساعدة المؤسسات على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن

---

[1] Brahmi (N), l'intervention judiciaire dans les procédures de redressement des entreprises en difficultés économiques, p.14.

[2] القاضي عند التعهد بمطالب التسوية لا يفصل في خصومات قضائية ينهيها بحكم لهذا الطرف أو ذاك وإنما يضع حلولا لمشاكل اقتصادية ويوازن بين مصالح متضاربة في سبيل مساعدة المؤسسة على مواصلة نشاطها والحفاظ على مواطن الشغل فيها وخلاص ديونها.

قرار تعقيبي مدني عدد 10114/9495 صادر في 2014/05/08، (غير منشور).

[3] الفصل 12 من م.م.م.ت.

لا يمارس القاضي في مطالب التسوية وظائفه بحياد سلبي وإنّما يعمل على إيجاد الحلول الملائمة التي تنهض بالمؤسسة.

يراجع منصف الكشو، قانون إنقاذ الشركات التي تمر بصعوبات اقتصادية، دراسة نظرية وتطبيقية، ص.1.

[4] Guyon (I), Droit des affaires, T2 Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire, faillite, Economica 1997, p30, n°126.

[5] Knani(Y), le banquier et l'entreprise en difficulté, R.T.D. 1996, p.112.

[6] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 10 ماي 2016، عدد 38.

[7] Vasseur, le crédit menacé j.cp.éd.E1985, II14569 p.563.

[8] قرار تعقيبي مدني عدد 4293 مؤرخ في 27 جانفي 2007، منشور الجديد في فقه القضاء، 2009، ص.164.

[9] قرار تعقيبي مدني عدد 13811 مؤرخ في 03 ديسمبر 2003، النشرية، القسم المدني، 2007، ص.128.

الشغل فيها والوفاء بديونها[1]. وهو ما يؤكد الترتيب التفاضلي لأهداف القانون للمحافظة على نشاط المؤسسة بما يوفر مواطن الشغل أولا وحركية اقتصادية ثانيا[2]. ولم يغيّر المشرع ذلك عند إصداره للقانون الجديد المؤرخ في 29 أفريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية عندما اعتبر بالفصل 415 أن "نظام الإنقاذ يهدف إلى مساعدة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها والوفاء بديونها". كما أكد المشرع عند تعرضه للتسوية القضائية بالفصل 439 أنه " على المحكمة أن تسعى إلى إنقاذ المؤسسة...".

ويجب أن يكون تدخل القاضي مبكّرا وفعّالا لإخراج المؤسسة من حالة التعثر وتجنيبها حالة التوقف عن الدفع سواء من خلال إجراءات الإشعار ببوادر الصعوبات أو من خلال التسوية الرضائية.

وقد أنشأت خطة قاضي مختص في السجل التجاري بموجب القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995. ويمكن الاطلاع على السجل التجاري المستثمر من المعلومات الشفافة والصادقة حول الشخص التاجر الذي سيتعامل معه في مشروعه الاستثماري.

وعهد المشرع للقاضي بأدوار وقائية في سبيل تشجيع الاستثمار من خلال الرقابة القضائية على صحة تكوين الشركات التجارية [3]، وحسن تسييرها[4]. وقد وردت كلمة "قاض" أو "محكمة" بمجلة الشركات التجارية في حوالي ثمانين فصلا ولما يزيد عن التسعين مرّة تأكيدا على دوره الفعال في التشجيع على الاستثمار.

وتختص محكمة المحاسبات المنصوص عليها بالفصل 117 من الدستور الجديد بمراقبة حسن التصرف في المال العام وفقا لمبادئ الشرعية والنجاعة والشفافيّة، وتقضي في حسابات المحاسبين العموميين، وتقيّم طرق التصرف.

وتحتل محكمة المحاسبات مكانة محورية في دفع الاستثمار وحمايته سواء كان خاصا أو عموميا من خلال المهام الرقابية. وتتناول بالتدقيق والمراجعة أعمال هياكل ذات علاقة بالاستثمار، ومن ثمة تقوم بتقديم التوصيات التي من شأنها تصحيح الوضعية وتتدارك بها العوائق.

---

[1] قرار غير منشور ورد بمقال الأستاذ محمد الهادي الإخوة، أهداف قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وتكريس مبدأ المساواة بين الدائنين"، القانونية عدد 237/236، مارس 2017، ص.28.

[2] منصف الكشو، المرونة والواقعية في الإنقاذ (قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية)، مطبعة سوجيك، صفاقس، 2011، ص.17.

[3] بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2017، ص.344 وما بعد تصحيح تكوين الشركات كلما اعترى تكوينها نقص أو إهمال في الشركات ذات المسؤولية المحدودة (الفصلان 107 و108م.شركات تجارية) والشركات خفية الاسم (الفصل 179 من نفس المجلة)

[4] عبد الله الهلالي، "دور القاضي في الشركات التجارية"، ملتقى نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائية 5و 6 أفريل 2000، ص.22.

وتعدّ محكمة المحاسبات تقريرا عن مشروع غلق ميزانية الدولة تضمنه خاصة تحليلا لتطور الوضعية المالية للدولة، وتساهم في لفت نظر السلط العمومية لنسب إنجاز الاستثمارات المباشرة وحجمها، والتي على ضوئها يمكن للسّلط البحث عن الدواعي التي حالت دون تحقيق النسب المأمولة والعمل على تجاوزها[1].

**الفقرة الثانية : التدخل العلاجي للقاضي**

يتميّز تدخل القاضي في إطار تشجيع الاستثمار بالمرحلية. ولبثّ الطمأنينة في نفوس المستثمرين قد يتجاوز القاضي، سواء العدلي أو المالي، دوره الوقائي للاضطلاع بدور علاجي أو زجري.

ويبادر القاضي بعد تشخيص المؤسسة والوقوف على أسباب "مرضها" بالبحث عن "الوضعية العلاجية" التي تحول دون ترديها في وضع ميؤوس منه وتمكنّها من مواصلة نشاطها والحفاظ على مواطن الشغل وسداد ديونها. ويكون من الملائم، كلما توقفت المؤسسة عن الدفع، افتتاح إجراءات التسوية القضائية ضد المدين وإخضاعه لفترة مراقبة تمكن من الوقوف على حقيقة وضعه الاقتصادي وحجم المديونية والقدرة على الوفاء بها ومدى قيام فرص جديّة للإنقاذ. وتسمح فترة المراقبة باسترداد المؤسسة لأنفاسها لتعطل كل أعمال التنفيذ ضدها وسريان جميع الفوائض وغرامات التأخير وتعليق إجراءات العُقل المضروبة على أموالها.

بعد دراسة الوضع الاقتصادي والاجتماعي للمدين يقوم المتصرف القضائي بإعداد تصور مستقبلي لوضعية المدين والحلول المقترحة لإنقاذه. ويضمّن مشروعه المستقبلي للإنقاذ صلب برنامج إنقاذ تشترط فيه المحاكم قبل المصادقة عليه أن يكون واضح المعالم ولا ينبني على معارضة جدية من شركاء الإنقاذ.

ويتضمن برنامج الإنقاذ ثلاثة محاور أساسية :

محور يعنى بالجانب الاقتصادي ويتضمن وسائل النهوض بالمؤسسة وإعادة هيكلتها وتنظيم نشاطها والأموال التي يجب توفيرها لتخصيص جانب منها يسمح بإبرام صفقات جديدة مربحة...وجانب آخر لخلاص جزء من الديون الحالّة.

وآخر يعني بالجانب المالي من خلال تقديم تصوّر لخلاص الدائنين في ديونهم المرسمة والآجال المقرّرة لذلك. فبرنامج الإنقاذ وإن كان يعنى بالمؤسسة أساسا وطرق المحافظة عليها بمواصلة نشاطها فإنه لا يمكن أن يغفل الهدف الثالث من الإنقاذ وهو خلاص الديون.

[1] الفصل 177 من الدستور والفصلين 50 و54 من القانون عدد 8 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 المتعلق بتنظيم دائرة المحاسبات والمنقح بالقانون الأساسي عدد 3 لسنة 2008 المؤرخ في 29 جانفي 2008.

وآخر يهتم بالجانب الاجتماعي من خلال تقديم رؤية واضحة للحفاظ على مواطن الشغل بصفة كلية أو جزئية بما يسمح بالحفاظ على مناخ اجتماعي نقي يمكن المؤسسة من مواصلة نشاطها في ظروف ملائمة[1].

وبعد استكمال عملية تشخيص الصعوبات والوقوف على حقيقة الوضع المالي والاقتصادي للمؤسسة يتدخل "القاضي الحكيم" بوصف العلاج المناسب من خلال إقرار برنامج إنقاذ يقوم على مواصلة المؤسسة لنشاطها بنفسها أو كرائها أو إعطائها في نطاق وكالة حرّة أو إحالتها للغير.

وبخصوص القاضي الجزائي فقد استقرت التشريعات المعاصرة على إعطاء دور بارز للقانون الجزائي في ميدان الاستثمار. وقد عارض عديد الفقهاء تدخل القاضي الجزائي في الاستثمار لتعارضه مع التحررية الاقتصادية ولأنه سيؤول إلى تكبيل روح المبادرة وعرقلة النمو الاجتماعي والاقتصادي[2].

في حين يرى أنصار التدخل الجزائي في الاستثمار أن التحررية الاقتصادية تتطلب وجود قانون جزائي يسعى إلى الحد من تجاوزات الحرية في ميدان الاستثمار، وبالتالي يبقى القانون الجزائي بفضل قائمة قواعده الزجرية قادرا على معالجة عدم كفاية الجزاءات المدنية والإدارية. لأن القانون الجزائي هو حارس القوانين الأخرى[3].

ولايمكن أن يكون التجريم في الاستثمار مجرد بناء اصطناعي ينحصر موضوعه في جمع عدد من أصناف الجرائم تشترك في اتصال موضوعها بالاستثمار، بقدر ما تتميّز بجملة من الخصائص التي تنفرد بها عن جرائم القانون العام والتي لم تعد تفي بالحاجة في الوقت الراهن لاتساع مجال العلاقات الاقتصادية وتشعب الإجرام الاقتصادي[4].

وتجدر الملاحظة إلى وجود ترسانة من القوانين والتنظيمات الاقتصادية تنزع إلى التخصص في المادة الاستثمارية[5].

ويصعب ضبط حدود القانون الجزائي في الاستثمار نظرا لوجود "إفراط في التجريمات وتداخل في القوانين في الاستثمار"، فضلا عن عدم ثبات الظواهر الاقتصادية وحركيتها. وهي صعوبات تعترض

[1] وليد بن جديديه، المقال السابق، ص.21.

[2] نائلة قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحقوقية، بيروت 2005، ص.26.

[3] عبد السلام النصيري، القانون الجنائي وتنظيم التعاقد في المادة الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، 1994، ص.39.

[4] حسن عز الدين دياب، المرجع السابق، ص.34.

[5] VERON (M.), Droit pénal des affaires, 4ème édition, Armand Colin, Paris, 2001, p.8.

القاضي الجزائي التي يجد نفسه، أحيانا، أمام ثنائية التجريم أو تعدد التجريم في العديد من النصوص للفعل الإجرامي الواحد نظرا لتشتت النصوص المتعلقة بالاستثماروتفرّقها سواء القانون الجبائي أو الديواني أو الصرفي أو في مجلة الشركات أو صلب قانون الإنقاذ أو القانون المنظم للسوق المالية أو قانون المنافسة والأسعار وغيرها[1].

ويُمارس **القاضي المالي** اختصاصات قضائية زجرية من خلال معاقبة العون الذي أسند امتيازا دون وجه حق وتقاعس في متابعة مآل المساعدة الاقتصادية أو المالية مهما كان شكلها وترتب عنها ضرر مالي للهيكل العمومي، لأن هذا العمل يدرج في خانة خطأ التصرّف وتسلط على العون المخالف خطية يتراوح مبلغها ما بين الجزء الثاني عشر وكامل المرتب الخام السنوي الذي يمنح له في التاريخ الذي حصلت فيه المخالفة المذكورة.

كما تقوم محكمة المحاسبات بدور أساسي في مراقبة الاستثمار المباشر العمومي (حجم الاستثمارات المباشرة في سنة 2014 بلغ 1.859.999 دينار) من خلال فحص الصفقات العمومية ومراقبتها في جميع المهام الرقابية ، فضلا على أن المحكمة أرست فقه قضاء متنوع في زجر أخطاء التصرف المتصلة بالصفقات المنصوص عليها بالفصلين 1 و3 من القانون عدد 74 لسنة 1985 المؤرخ في 20 جويلية 1985 يتعلق بتحديد أخطاء التصرف التي ترتكب إزاء الدولة والمؤسسات العمومية الإدارية والجماعات العمومية المحلية والمشاريع العمومية وضبط العقوبات المنطبقة عليها وبإحداث دائرة الزجر المالي.

ويكتسي زجر أخطاء التصرف في مادة الصفقات العمومية أهمية بالغة نظرا لكون الصفقات تستنزف جانبا هاما وكبيرا من الأموال العمومية، إذ يمثل حجم الصفقات العموميّة 18% من الناتج الداخلي الخام و35% من ميزانية الدولة. وبذلك تعد الصفقات العمومية أهم آلية تنفّذ بها ميزانية الدولة، إذ يتضح جليّا من الوزن الذي تتخذه الصفقات العمومية في المجال المالي أهمية دورها الحيوي في سياسة التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وقد اعتبرت دائرة الزجر المالي أن تعمد الرئيس المدير العام لمشروع عمومي تجاوز رأي اللجنة القطاعية للصفقات العمومية عند إبرام صفقة يعتبر خرقاً للفصل 40 من الأمر عدد 1036 المؤرخ في 1 سبتمبر 1985 المنظم للصفقات المبرمة من طرف المشاريع العمومية، وترتب

[1] حسن عز الدين دياب، المرجع السابق، ص.450.

عنه إثقال كاهل المشروع العمومي بالتزامات مالية تحمل وزرها، يشكل تجاوزا من طرف المدعى عليه لحدود مشمولاته. واعتبرته بالتالي خطأ تصرف وأقرت عقوبة مالية ضده1.

وقد أدانت المحكمة بمقتضى قرارها عدد 24 لسنة 1993، موظف بوزارة يشغل خطة مدير عام، من أجل "التأخير في إصدار أذون بدء الأشغال خلافاً لما حددته وثائق الصفقة المبرمجة مع الشركة المعنية مما نتج عنه تحميل الإدارة مبلغا إضافيا قدره 306.635 ديناراً بعنوان مراجعة الأسعار، وقد كان على المعني بالأمر بصفته المشرف الأول على القسط الأول من المشروع متابعة تنفيذ الأشغال لتجنب حصول هذا الضرر المالي".

وقد مثّلت الأشغال التكميلية محور أخطاء تصرف مرتكبة من طرف أعوان المشتري العمومي في فقه قضاء دائرة الزجر المالي. وهو أمر آل إلى التسرع في تنفيذ الصفقات بالنظر إلى أن الأشغال التكميلية تتنزل عادة لمعالجة وضعيات كان من الممكن للمشتري العمومي التنبؤ بها. وهوما تصدت له دائرة الزجر المالي بحزم بالنظر إلى أن العقود التنقيحيّة تضعف في الواقع من موقف الإدارة أو المنشأة العمومية التي تجد نفسها مضطرة إلى التفاوض والتعامل في ظروف ملائمة لصاحب الصفقة بناء على أن الأسعار الجديدة المتفق عليها لا تكون ناتجة عن المنافسة الحرة. وعلاوة على الترفيع في التكلفة، ينجر عن هذه التغيرات المقحمة خلال التنفيذ تأخير كبير في إنجاز المشاريع. ومن البديهي أن يؤدي هذا التأخير إلى حرمان المجموعة من التمتع بمنافع هذه الانجازات في الآجال المحددة ويتسبب لها بالتالي في خسارة كبيرة"[2]. وقضت دائرة الزجر المالي تطبيقاً لذلك في القرار عدد 149 المؤرخ في 23 نوفمبر 2001 بإدانة عون عمومي من أجل «عدم تقيده بكراس الشروط وتكليف صاحب الصفقة بإنجاز أشغال إضافية لا علاقة لها بالمشاريع موضوع الصفقة".

ولا يتم خلاص صاحب الصفقة إلا بعد التثبت من الانجاز الفعلي للطلب موضوع الصفقة وذلك تطبيقاً لقاعدة العمل المنجز المضمّنة بالفصول 41 و107 من مجلة المحاسبة العمومية التي تقتضي بأن الخلاص يتم وجوباً لصاحبه بعد التأكد من أدائه للعمل المطلوب. وعملاً بهذه القاعدة قضت دائرة الزجر المالي في القرار عدد 149 المؤرخ في 23 نوفمبر 2001 بإدانة رئيس مصلحة إدارية وبتسليط العقاب من أجل "عدم احترامه قاعدة العمل المنجز عند الإذن بخلاص أشغال لم يتم انجازها

[1] القرار عدد 78 المؤرخ في 13 جوان 1992، التقرير السنوي الرابع لسنة 1992، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 92 المؤرخ في 3 ديسمبر 1993، ص.2073-2072.

[2] فتحي بن معلم، " القضاء الزجري في مادة الصفقات العمومية"، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، قانون عام ومالي، 2007-2008، ص.69.

كلياً". كما أكدت في نفس السياق على أنه "لا تصرف النفقات العمومية إلا لمستحقيها وبعد ثبوت قيامهم بالعمل المطلوب منهم"[1].

كما تمثل غرامة التأخير ديناً عمومياً بذمة صاحب الصفقة، واعتبرت دائرة الزجر المالي في القرار عدد 106 المؤرخ في 19 ماي 1995 أن "الإحجام عن المطالبة بغرامات التأخير المستوجبة من أحد المتعاقدين مع المشروع في إطار إحدى الصفقات المبرمة، مخالفاً بذلك ما نصت عليه بنود الصفقة وخاصةً الأحكام الصريحة المنصوص عليها بالأمر عدد 1036 لسنة 1985 المؤرخ في غرة سبتمبر 1985 المتعلق بالصفقات التي تبرمها المشاريع العمومية مما ترتب عنه إلحاق ضرر مالي بالمشروع بلغ ما جملته 5.515 دينارا. وهو ما يشكل خطأ تصرف على معنى القانون عدد 74 لسنة 1985 في فصله الثالث فقرة أخيرة".

وتطرح ترسانة القوانين الجديدة ذات العلاقة بالاستثمار رهانات وتحديات أمام القاضي في التشجيع على الاستثمار وتطوير آلياته وحماية روّاده.

## الجزء الثاني: الرهانات

إن المتأمل في القوانين الجديدة التي سنها المشرع التونسي وخاصة منها الفصل 30 من قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص والفصول 23 و24 و25 من قانون الاستثمار يلاحظ غياب منظومة قضائية واضحة لتسوية النزاعات الاستثمارية. ومن بين أهم وسائل التسوية القضائية هي القضاء الوطني في الدولة.

ويواجه القاضي في تونس رهانات عديدة في تحديد الهيئة القضائية المختصة في النزاعات الاستثمارية (**الفرع الأول**)، والضمانات التي ينشدها المستثمر التي تفترض علاوة على معرفته المسبقة بقاضيه، الاستثمار في هذا القاضي (**الفرع الثاني**).

### الفرع الأول : قاضي الاستثمار

تطرح القوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار عدّة رهانات تتمثل أساسا في تحديد المؤسسة القضائية المختصة بالبت في النزاعات الناشئة عن تطبيق تلك القوانين[2]، وما تفترضه من توفير لعدة

[1] القرار عدد 124 المؤرخ في 21 ديسمبر 2001، التقرير السنوي الثالث عشر لسنة 2001، المرجع السابق، ص. 2501.

[2] Walid Ben HAMIDA, « où vont les modes de règlement des différends ? L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions »*in*, où va le droit de l'investissement, Désordre normatif et recherche

ضمانات لعلّ أهمها مؤسسة قاضي الاستثمار (**الفقرة الأولى**)، وما تعتريها من نقائص تتمثل أساسا في غموض صياغة بعض الفصول القانونية أحيانا، والتناقض الذي سقط فيه المشرع أحيانا أخرى، وما يتطلبه كل ذلك من دور اجتهادي لقاضي الاستثمار (**الفقرة الثانية**)[1].

**الفقرة الأولى : الرهانات المؤسساتية**

تطرح الرهانات المؤسساتية إنشاء محكمة متخصّصة أو قاضي مختص في المسائل الاستثمارية (أ)، وتوفير الوسائل اللوجستية لتطوير الإدارة القضائية استجابة لما يطلبه المستثمرون الأجانب من نظم المحاكم (ب).

**أ- خلق مؤسسة قاضي الاستثمار :**

يعتبر النظام القانوني المعتمد في فض النزاعات معيار هام في جلب المستثمرين ودفع الاستثمار[2]. وقد ميّز المشرع التونسي صلب القانون المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بالاستثمار بين النزاعات مع الدولة والنزاعات مع الأشخاص. وأعطى الفصل 23 من القانون الجديد الأولوية للمصالحة في تسوية كل نزاع يطرأ بين الدولة التونسية والمستثمر بمناسبة تأويل هذا القانون أو تطبيقه. وعند تعذر التسوية أو في صورة التخلي عن المصالحة فإنه يتم اللجوء إلى التحكيم أو قضاء الدولة. أمّا بخصوص النزاعات بين الأشخاص المستثمرين فإن المحاكم التونسية هي المختصة بالنظر في النزاع ما لم يوجد اتفاق مخالف[3].

كما أعطى الفصل 30 من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأولوية في فض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد "بالحسنى" في مرحله أولى وخلال مدّة محددة. وعند التعذر فاللجوء إلى التحكيم أو قضاء الدولة[4].

ورغم إحالته إلى " المحاكم التونسية" أو "قضاء الدولة"، بحسب العبارات المستعملة بكل قانون، فإن المشرع التونسي قد سكت عن تحديد القاضي المختص في تسوية النزاعات الاستثمارية. ويطرح

---

d'équilibre, Actes du colloque organisé à Tunis 3 et 4 mars 2006, sous la direction FERHAT HORCHANI, Editions A. PEDONE, Paris, Septembre 2006, p.195 et S.

[1] فرج أحمد معروف، "دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار"، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة من 24 إلى 26 سبتمبر 2013، ص.2.

[2] AZOUZ Ben Temessek, « l'interaction entre la bonne gouvernance et l'investissements, article précité, p.97.

[3] فاطمة عبد الكافي، " ضمانات المستثمر في القانون التونسي"، مداخلة غير منشورة ألقيت في اليوم الوطني للاستثمار، جربة بتاريخ 24 و25 مارس 2017، ص.27 وما بعد.

[4] سناء البحري، " قراءة في القانون عدد 49 المؤرخ في 27 نوفمبر 2015، المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص"، المقال السابق، ص.161 وما بعد.

هذا السكوت التشريعي ضبابية باعتبار أن الاستثمار هو عملية مركبة ومعقدة متعددة الأبعاد، وتستوجب تدخل عدّة جهات وتفترض انطباق عدّة تشريعات تشكل في مجملها مناخ الاستثمار، وخلق مؤسسة قضائية تعني بفض النزاعات الاستثمارية وتشكل امتيازا تفاضليا Avantage comparatif للاقتصاد الوطني تكون في شكل محكمة اقتصادية على غرار عديد الدول من شأنه أن يشجع على الاستثمار بالنظر إلى المعرفة المسبقة بالقاضي المختص في حالة النزاعات الاستثمارية. وهو ما يمكن القاضي من التمرّس على فضّ تلك النزاعات ويرفع من حرفيّته وتخصّصه[1].

ويطرح الإشكال حول القاضي المختص في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالنظر إلى عدم تكييف قانون 27 نوفمبر 2015 لطبيعة العقد، هل هو عقد إداري أم عقد خاص؟

ولعل أهم الرهانات تتمثل في الزخم الذي صاحب صدور القانون مقابل السكوت عن تحديد القاضي المختص، وهو ما يفتح المجال لنزاعات سلبية وأخرى إيجابية في الاختصاص. وما قد يؤثر سلبا على دفع العملية الاستثمارية، لأنه من بين أهم المعايير التي يبني عليها المستثمر أعماله هو معرفته المسبقة في حالة النزاعات بالقاضي المختص[2].

والأرجح في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن القاضي الإداري هو المختص لأن القانون أسند سلطات للجهة الإدارية غير مألوفة في القانون الخاص، من بينها الفسخ الانفرادي للعقد من أجل المصلحة العامة، فضلا على تعلق موضوع العقد بالمال العام والاستثمار العمومي ووجود الإدارة كطرف فيه.

وتتميز نزاعات الاستثمار على معنى قانون 30 ديسمبر 2016 والقوانين التي تؤطر العملية الاستثمارية عموما بعدّة تقاطعات وثنائيات. وقد يكون القاضي العدلي هو المختص سواء كان قاضيا مدنيا أم قاضيا جزائيا، وقد يعهد الاختصاص إلى القاضي الإداري أوإلى القاضي المالي، وقد تنشأ نزاعات سلبية أو إيجابية حول الاختصاص. وقد يكون الاختصاص منعقدا إلى القاضي الدستوري عند النظر في دستورية القوانين عملا بالفصل 13 من الدستور الجديد الذي يفرض عرض عقود الاستثمار وخاصة منها عقود الثروات الطبيعية على اللجنة المختصة.

---

[1] Bartron LEGU M, « La réforme CIRDI, vers une juridictionnalisation de l'arbitrage transnational ? », *in* Désordre normatif, et recherche d'équilibre, Actes du colloque organisé à Tunis 3 et 4 mars 2006, *op.cit*., p.283 et s.

[2] عبد الرحيم بحار، "دور القضاء التجاري في تشجيع على الاستثمار وصون حقوق المستثمرين"، مقال منشور بالانترنتAdmin، الخميس 20 ديسمبر 2012، ص.5.

ويبرز الدور الفعال للقاضي المختص في المادة الاستثمارية في حسن تطبيق القانون والوفاء لإرادة المشرع الرامية إلى التشجيع على الاستثمار وتدارك النقائص وحل الإشكاليات القانونية.

**ب- رقمنة (مكننة، أتمتة) وحوكمة نظام المحاكم**

تساعد التصنيفات العالمية الدول على تحليل عملية التقاضي من وجهة نظر المستثمرين لفهم نظام المحاكم في الدولة والموافقة أو عدم الموافقة على التقاضي.

ويساهم تصنيف ترتيب ممارسة أنشطة الأعمال من البنك الدولي الذي أنشئ في عام 2002 في تجميع البيانات الكمية لمقارنة بيئات تنظيم الأعمال التجارية عبر الاقتصادات وعلى مر الزمن. ويشمل مشروع 2016 عـ11ـدد مجموعة مؤشرات لحوالي 189 من الاقتصادات في العالم. وقام تقرير عام 2016 بإدخال إجراء جديد، وهو مؤشر نوعية العمليات القضائية وسيادة القانون، وتقييم ما إذا كان كل اقتصاد قد تبنى سلسلة من الممارسات الجيدة التي تعزز الجودة والكفاءة في نظام المحاكم، والتي من شأنها أن توفر مناخا ملائما لجلب الاستثمار.

ويطلب المستثمرون الأجانب من نظم المحاكم الشفافية[1]، والقابلية للتوقع[2]، والكفاءة[3]، والسرعة المعقولة والنجاعة المطلوبة في تنفيذ الأحكام القضائية. ويقيس المستثمرون مدى توفر الممارسات الفضلى في نظام المحاكم عبر عدّة مؤشرات تتمثل أساسا في مكننة (أتمتة) المحاكم وحسن إدارة القضايا.

---

[1] يجب أن تكون إجراءات المحاكم والمحررات والقرارات القضائية متاحة للعامة، مع استثناءات محدودة للغاية مثل الأسرار التجارية والأمن الوطني والسرية الشخصية.

تضمن الشفافية قدر أكبر من المساءلة أمام العامة، بما يؤدي إلى مزيد من القبول للمحاكم كوسيلة لحل النزاعات.

تحد الشفافية من المخاطر المتصورة للشركات، ومن ثم تشجع اللجوء للمحاكم لحل النزاعات.

يجب أن تخضع الصناديق القضائية للتدقيق والمراجعات المنتظمة.

يجب ان يخضع القضاة لمتطلبات الإفصاح المالي للمساعدة في اطمئنان العامة إلى أن القرارات تتخذ بناء على أسس موضوعية وليس وفقا لمصالح القاضي المالية.

يجب أن يلتزم القضاة والموظفين القضائيين بالقواعد الأخلاقية.

[2] يعمل الاتساق والوضوح عند تطبيق قواعد حل النزاعات بشأن حقوق الملكية مثل العقود والملكية الفكرية على تشجيع التجارة والاستثمار والابتكار.

يتيح التنفيذ المتوقع للقانون للشركات التخطيط للمستقبل وتوقع المخاطر والتخطيط لها.

تسهل قابلية التوقع المعاملات المعقدة عبر تمكين الأفراد والشركات من الوصول إلى تفاهمات بشأن الإجراءات المستقبلية وإلزام أنفسهم باتفاقيات مكتوبة.

تشجع قابلية التوقع الأفراد والجهات على بذل الجهود على خلفية أن ثمار العمل لن تؤخذ منهم تعسفيا.

تعمل النظم التشريعية الواضحة والمستقرة، بما في ذلك نظام المحاكم، على جذب الاستثمار الأجنبي المباشر.

[3] يعمل الحل السريع نسبيًا للنزاعات على الحد من اضطرابات الأعمال بسبب الشكوك.

تحل المحاكم النزاعات بتكلفة معقولة.

تعمل القواعد الإجرائية الموضوعية والعامة على تحسين الدقة وتقليل التكاليف عند اللجوء إلى المحاكم.

يترتب على التحسينات في القوانين الموضوعية فرقا صغيرًا عند عدم فعالية المحكم بسبب عدم وجود الأموال أو عدم فعالية الإجراءات أو الفساد.

فبخصوص المؤشر الأول المتعلق بمكننة (أتمتة) المحاكم فإن ذلك يمرّ عبر إيداع الدعاوى والشكاوى بصورة إلكترونية، والإخطار بها وسداد الرسوم بالوسائل الإلكترونية دون عناء التنقل للمحاكم. وتركيز منصّة إلكترونية للتواصل بين الإدارة القضائية والمحامين، وذلك بتحرير المذكرات ومختلف المقالات عبر هذه المنصّة، وتوجيهها إلى المحكمة التي تتوصل بها في حينها، ويصدر القاضي حكمة أينما وجد، وتنشر الأحكام للعموم عبر الرسائل الإلكترونية أو الانترنت.

أما بخصوص المؤشر الثاني المتعلق بحسن إدارة القضايا فإنّ ذلك يمرّ عبر توفير أرضية لبوابة إلكترونية تؤمن خدمات عمومية وتمكن من تقليص الكلفة والآجال واستغلال التكنولوجيات الحديثة في التواصل مع المحاكم عند تسجيل القضايا وخلاص الرسوم والحصول على جداول الجلسات والاطلاع على المؤيدات وعلى نصوص الأحكام واستخراج اللوائح والوثائق كالسجلات التجارية مثلا.

وتمكن تلك المؤشرات الهيكلية أو اللوجستية من تحسن سمعه النظام القضائي بالكامل، وتعزيز ثقة المستثمرين في قانون الدولة وقضائها.

**الفقرة الثانية : الرهانات القانونية**

تعتري صياغة القوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار وخاصة منها القانون المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 والقانون عدد 8 لسنة 2017 المؤرخ في 14 فيفري 2017 المتعلق بمراجعة منظومة الامتيازات الجبائية عدّة نقائص ذات طبيعة شكلية وأخرى موضوعية[1].

**أ- النقائص الشكلية :**

تتعلق النقائص الشكلية أساسا **بالترخيص** و**التصريح**.

1- <u>بخصوص الترخيص :</u> فقد أقر الفصل 4 من القانون الجديد مبدأ حرية الاستثمار وأضافت الفقرة الثانية منه ضرورة مراعاة عمليات الاستثمار للتشريع الخاص بممارسة الأنشطة الاقتصادية. واقتضت فقرته الثالثة " تحديد الأنشطة الخاضعة إلى ترخيص وقائمة التراخيص الإدارية..." بمقتضى أمر حكومي " في أجل أقصاه عام من إصدار هذا القانون"[2].

[1] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 15 بتاريخ 21 فيفري 2017، ص.604.

[2] الفصل 4 : الاستثمار حر :

تراعي عمليات الاستثمار التشريع الخاص بممارسة الأنشطة الاقتصادية.

وتضبط بمقتضى أمر حكومي في أجل أقصاه سنة من إصدار هذا القانون قائمة الأنشطة الخاضعة إلى ترخيص وقائمة التراخيص الإدارية لإنجاز المشروع وآجال وإجراءات وشروط إسنادها بالاعتماد خاصة على مقتضيات الأمن والدفاع الوطنيين وترشيد الدعم والمحافظة على الموارد الطبيعية وعلى التراث الثقافي وحماية البيئة والصحة.

وقد صدرت الأوامر الحكومية الثلاث بتاريخ 9 مارس 2017[1]، ومن بينها الأمر عدد 389 الذي أحدث لجنة تصرف حسب الأهداف مهمتها إعداد الأمر المتعلق بقائمة الأنشطة الخاضعة للترخيص المشار إليها بالفصل 4 من قانون الاستثمار، ومكنها من أجل ثلاث سنوات والحال أن الفصل الرابع من القانون يضبط أجل سنة كأجل أقصى لإصدار قائمة الأنشطة الخاضعة للترخيص.

وقد يطرح الإشكال أمام القاضي في صورة اشتراط ترخيص على المستثمر المتمسك بإعفائه منه والحال أي قائمة النشاطات الخاضعة للترخيص لم تضبط بعد، والقانون نص صراحة على إلغاء القائمة القديمة. فهل سيعفي القاضي المستثمر من الترخيص تطبيقا لمبدأ حرية الاستثمار المنصوص عليه بالفصل 4 من القانون، أم يساير الإدارة في حماية النظام العام الاقتصادي من خلال اشتراط الترخيص؟

ويطرح الإشكال بأكثر تعقيدا حول عدم تطابق الأمر التطبيقي عدد 389 مع قانون الاستثمار باعتبار أن القانون يحدد أجل أقصى سنة لإصدار القوائم، في حين أن الأمر ينص على أجل ثلاث سنوات، وهو ما يجعله مخالفا للقانون وعرضة لدعوى تجاوز السلطة.

وندعو الحكومة إلى التخلي عن أجل ثلاث سنوات والإسراع بإصدار قائمة الأنشطة الخاضعة للتراخيص في الأجل المنصوص عليه قانونا رفعا لكل التباس أو فراغ قانوني ودفعا للاستثمار[2].

كما اشترط المشرع في الترخيص أن يكون معللا وكتابيا[3]، دون تحديد أوجه الطعن فيه وطرقه. ويطرح سكوت المشرع صعوبة حول تحديد القاضي المختص للبت في قرار رفض الترخيص، وحول كيفية تعهده[4].

---

[1] أمر حكومي عدد 388 لسنة 2017 مؤرخ في 9 مارس 2017 يتعلق بضبط تركيبة المجلس الأعلى للاستثمار وطرق تنظيمه وبالتنظيم الإداري والمالي للهيئة التونسية للاستثمار وللصندوق التونسي للاستثمار وقواعد تسييره.

أمر حكومي عدد 389 لسنة 2017 مؤرخ في 9 مارس 2017 يتعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار.

أمر حكومي عدد 390 لسنة 2017 مؤرخ في 9 مارس 2017 يتعلق بإحداث وحدة تصرف حسب الأهداف لإنجاز مشروع مراجعة تراخيص تعاطي الأنشطة الاقتصادية وبضبط تنظيمها وطرق سيرها. وبضبط التصنيفة التونسية للأنشطة.

[2] هناك رأي آخر يعتبر أن قانون الاستثمار ميز بين حالتين: الحالة الأولى وهي إلغاء جملة من التراخيص التي كانت موجودة ضمن مجلة تشجيع الاستثمارات وهي 20 ترخيص حيث بقي منها ترخيص وحيد وهو المتعلق بتجارة وصنع الأسلحة. أما الحالة الثانية، فتتعلق بباقي التراخيص الموجودة بمختلف النصوص القانونية الأخرى حيث لم يلغها وإنما حدد أجلا بسنة من أجل ضبط قائمة التراخيص (القائمة السلبية) وهو ما يعني أنه طالما لم تصدر هذه القائمة وهي الآن في لمساتها الأخيرة، فإن التراخيص المنصوص عليها حاليا بمقتضى النصوص الخاصة تبقى سارية إذ أنها نصوص لم تلغ. وهو رأي الدكتور القاضي كمال العياري الملحق بوزارة الاستثمار.

[3] وهي إحدى الضمانات المسندة للمستثمر في صورة اشتراط الترخيص. والتعليل الكتابي لرفض الترخيص يعدّ إقصاء للرفض الاعتباطي للإدارة. فضلا على اعتبار السكوت موافقة ضمنية وفي ذلك حرص على جواب الإدارة.

[4] اقتضت الفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل 4 من قانون الاستثمار ما يلي:

" يتعيّن تعليل قرار رفض الترخيص وإعلام طالبه في الآجال القانونية، كتابيا أو بكل وسيلة تترك أثرا كتابيا.

ونرى أن الطريقة المثلى للطعن في قرار رفض الترخيص هو أمام المحكمة الإدارية بدعوى تجاوز السلطة.

2- بخصوص التصريح : فقد أوجب الفصل 15 من القانون الجديد على الإدارة تسليم شهادة في إيداع تصريح بالاستثمار في ظرف يوم عمل من تاريخ إيداع التصريح دون ترتيب جزاء في صورة التأخير أو رفض تسليم الشهادة.

ويبرز الدور الفعال للقاضي في استنباط الحلول التي لا يتضمنها نص القانون والتي توفر حماية للمستثمر من تعسف الإدارة ورفضها غير المبرر تسليم شهادة في إيداع تصريح بالاستثمار في الآجال القانونية.

**ب- النقائص الموضوعية :**

تتعلق النقائص الموضوعية بالتناقض بين بعض فصول قانون الاستثمار أحيانا، والتنافر بينها وبين بعض فصول قانون الامتيازات الجبائية أحيانا أخرى.

1. بخصوص التناقض بين بعض فصول قانون الاستثمار، وخاصة الفصلين 5 و7 منه. فالفصل 5 يتعلق بضمان التملك ونص على أن "المستثمر حرّ في امتلاك العقارات غير الفلاحية وتسوغها واستغلالها لإنجاز عمليات استثمار مباشر أو مواصلتها مع مراعاة مجلة التهيئة الترابية والتعصير وأمثلة التهيئة الترابية".

فبقراءة عكسية للفصل 5 فإن المستثمر ليس حرّا في امتلاك الأراضي الفلاحية. وهو ما يتناقض، مبدئيا، مع أحكام الفصل 7 الذي اقتضى أنه " يعامل المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل عن المعاملة الوطنية التي يعامل بها المستثمر التونسي عند ما يكون في وضعية مماثلة لوضعيته وذلك فيما يتعلق بالحقوق والواجبات المنصوص عليها بهذا القانون". إذ كرس الفصل 7 المذكور مبدأ المعاملة الوطنية (Le principe de traitement national) فيما يتعلق بالحقوق والواجبات، ومن بين الحقوق الحق في تملك العقارات بصفة عامة والفلاحية بصفة خاصة. ودور القاضي يكمن في كيفية قراءة النصوص القانونية. وقد يطرح الفصلان المذكوران إشكالين قانونيين.

**يتعلق الأول** بمدى تغليب القاضي للنظام العام التوجيهي السيادي المكرس بقانون 12 ماي 1964 الذي يحجر على الأجانب امتلاك الأراضي الفلاحية[1]، أم أنه يضمن تشجيع الاستثمار وحماية المستثمر الأجنبي من خلال تغليب مبدأ المساواة بينه وبين المستثمر الوطني؟

---

ويعتبر السكوت بعد انقضاء الآجال المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من هذا الفصل ترخيصا إذ كان المطلب مستوفيا لكل الشروط المستوجبة. وتتولى الهيئة في هذه الحالة إسناد الترخيص بعد التأكد من احترام تلك الشروط والآجال في صورة السكوت بعد انقضاء الآجال".

[1] إيناس عزعوزي، الأجنبي والعقار الفلاحي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الشؤون العقارية، كلية الحقوق بصفاقس جويلية 2017، ص.13 وما بعد.

**ويتعلق الإشكال الثاني** في تطبيق الفصل 5 في غير العقارات الفلاحية حين نص على حرّية المستثمر في امتلاكها، فهل يعتبر ذلك إعفاء له من رخصة الوالي المشترطة بموجب أمر 4 جوان 1957 [1]، أم أنه تكريس لقانون 11 ماي 2005 الذي أعفى الأجانب صراحة من واجب الحصول على الترخيص الإداري في العمليات العقارية التي تهدف إلى اقتناء وتسوغ الأراضي والمحلات الكائنة داخل المناطق الصناعية والمناطق السياحية[2]، وبالتالي توفير مزيد من الضمانات للمستثمر الأجنبي واستيعاب لأحكام قانون 2005 في اتجاه منح ضمانات جديدة للمستثمر الأجنبي؟

وللإجابة عن التساؤل الأول نرى أن المشرع قد حافظ على التحجير الوارد بقانون 12 ماي 1964 بخصوص منع الأجانب من تملك الأراضي الفلاحية بدليل إقصاء الفصل 9 من المشروع الأولى الذي يمكن الشركات من ملكية الأراضي الفلاحية بقطع النظر عن طبيعة الشركاء فيها. وهو حلّ ينسجم أيضا مع الفصل الأول من قانون 22 سبتمبر 1969 المنقح بقانون 13 أفريل 1971 والذي يمنع الشركات التي من بين شركائها شخص معنوي من التملك بالأراضي الفلاحية[3].

أما الإجابة عن السؤال الثاني فإن الفصل 5 من القانون الجديد لم يلغ القانون عدد 40 لسنة 2005 المؤرخ في 11ماي 2005. ولم يمكن الأجانب من امتلاك الأراضي غير الفلاحية بدليل اشتراط مراعاة أحكام مجلة التهيئة الترابية والتعمير وأمثلة التهيئة الترابية[4].

وتكمن أهمية الفصل 5 في كونه وضح في نص خاص بالاستثمار إمكانية التملك وحدوده، وكرس وضعا كان قائما قبل صدور القانون الجديد المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 وبالتالي فقد باءت محاولة التوسع بالفشل[5].

---

[1] الحبيب الشطي، "تطور رخصة الوالي في العمليات العقارية"، مقال منشور بمجلة تصدرها جمعية الحقوقيين بصفاقس، عـ05ـدد لسنة 2010، ص.1 وما بعد.

[2] الهادي بوقراص، "إعفاء الأجانب من الترخيص للعمليات العقارية بالمناطق الصناعية والسياحية،"، مقال سابق، ص.6.والجدير بالملاحظة أن قانون الاستثمار الجديد استوعب قانون 2005 حيث كان قانون 2005 يعفي الأجانب من رخصة الوالي فيما يتعلق بشراء العقارات التي توجدفي المناطق الصناعية والسياحية المهيأة (zones industrielles et touristiques) وهي مناطق خاصة تقوم وكالة النهوض بالصناعة أو النهوض بالسياحة أو مستثمرون خواص بتهيئتها خصيصا للمشاريع الصناعية والسياحية. أما قانون الاستثمار فقد وسع من الإعفاء من رخصة الوالي لتشمل كل المناطق وليس فقط المناطق الصناعية والسياحية بشرط أن يكون شراء الأرض لغاية القيام بمشروع استثماري وأن تكون الأرض داخلة في منطقة تهيئة ترابية. فيوجد فرق بين منطقة صناعية أو سياحية وبين منطقة موجودة داخل مثال التهيئة الترابية حيث أن الثانية أوسع وأشمل. فقانون الاستثمار قد استوعب وألغى إذن قانون 2005.)

[3] جعفر الربعاوي، " النظام القانوني لملكية الأجانب للعقارات في تونس"، القانونية عدد 181/180، جوان 2014، ص.18.

[4] فاطمة عبد الكافي، " ضمانات المستثمر في القانون التونسي"، مقال سابق، ص.26.

[5] مبدأ المعاملة الوطنية يتحمل دوما استثناءات اتفق عليها القضاء الدولي وخاصة التحكيم ومنها أساسيا مسألة تملك الأراضي وكذلك الامتيازات الجبائية، وهذا يعني أنه رغم وجود مبدأ المعاملة الوطنية وهو ليس جديدا باعتبار أن أغلب اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار المصادق عليها بقوانين تتضمنه، فإنه يمكن للدولة أن تستثني بعض المجالات التي تقتصرها على المستثمرين الوطنيين).

2- بخصوص التنافر مع قانون الامتيازات الجبائية المؤرخ في 14 فيفري 2017، فإن هاجس المشرع التونسي ترشيد الامتيازات الجبائية للمحافظة على التوازنات المالية العمومية أوقعه في تناقض بين بعض أحكام قانون الاستثمار وقانون الامتيازات الجبائية طال أساسا الاستثمار في الميدان الفلاحي من خلال التضييق من عديد الامتيازات الواردة بالتشريع القديم[1]. ويمكن أن نذكر على سبيل الذكر لا الحصر بعض التضييقيات :

1/ لم يعد يعتبر من قبيل النشاط الفلاحي المعفى التحويل الأولي (كمعصرة الزيتون مثلا) والخدمات المرتبطة بالإنتاج الفلاحي، إذ حصر امتياز الإعفاء في الفلاحة والصيد البحري بالمفهوم التقليدي للنشاط .ففي الوقت الذي حقق قطاع تصدير زيت الزيتون أرقاما هامة سواء على مستوى ما وفره من عملة صعبة للبلاد أو ما قلصه من نسبة عجز للميزان التجاري ممّا يجعله من القطاعات الواعدة التي تحقق قيمة مضافة عبر تركيز العديد من وحدات التعليب التي عادة ما تكون مرتبطة بمعاصر الزيتون ،فإن هذه المعاصر وقع استثناؤها من النشاط الفلاحي الذي يتمتع بالامتيازات الجبائية، وهو لعمري تناقض صارخ بين الواقع والقانون.

2/ استثناء الأرباح والمداخيل المعاد استثمارها داخل المؤسسة نفسها من امتياز الطرح الكلي الذي كان مكرّسا في التشريع القديم. وهو أمر غير مفهوم خاصة وأنّ نفس الأرباح التي يعاد استثمارها في مؤسسة أخرى تتمتع بحق الطرح المذكور فمن باب أولى وأحرى أن يقع ضخ تلكم الأموال صلب المؤسسة نفسها لتطوير نشاطها مما سيمكن من تحقيق نفس الأهداف المرجوّة كما لو وقع استثمارها في مؤسسة أخرى، إذ من الصعب أن تقنع مستثمرا بضخّ أموال في شركة لا يملك قيادتها. فضلا عن أنّ حرمان الأرباح المعاد استثمارها داخل المؤسسة نفسها من الطرح بتناقض مع التعريف الذي أتى به الفصل 3-1 من قانون الاستثمار المذكور والذي جعل من التوسعة أو التجديد الذي تقوم به مؤسسة قائمة في إطار ذات المشروع عملا استثماريا مباشرا، ممّا يجعله والحال تلك حرّي بالتشجيع والتحفيز وذلك عبر طرح تلكم الأرباح أو المداخيل المعاد استثمارها داخل المؤسسة ذاتها[2].

[1] لقد أعطت مجلة التشجيع على الاستثمار المؤرخة سنة 1993 والواقع إلغاؤها بموجب القانون الجديد المؤرخ في 2016 الأولوية للاستثمار في الميدان الفلاحي، وورد بها عديد الامتيازات المتمثلة أساسا في الإعفاء من الضريبة على الدخل والضريبة على الشركات الفلاحية خلال العشر سنوات الأولى بداية من تاريخ الدخول في طور النشاط الفعلي، وإرجاع معلوم تسجيل الأراضي المقتناة لإنجاز المشروع موضوع الاستثمار وفي أجل عام واحد من تاريخ الشراء.

[2] هناك من يعتبر أن الأمران مختلفان تماما. فإعادة استثمار الأرباح داخل الشركة dégrèvement physique كان يتمتع بامتياز جبائي يتمثل في أن تلك الأرباح المعاد استثمارها تطرح من أساس الضريبة، وهو امتياز ألغي تبعا لسياسة تشريعية معينة أما مسألة التوسعة أو التجديد، فإنه يعتبر استثمارا

3/ تحديد تاريخ الدخول طور النشاط الفعلي حمّال أوجه: هل المقصود بذلك تاريخ بعث المشروع؟ أم تاريخ الدخول في طور الإنتاج؟ خاصّة وأنّ النشاط الفلاحي بمفهومه الجديد والذي حصر فعليا في غراسة الأشجار المثمرة يتطلب بين ثلاث إلى خمس سنوات كي يدخل طور الإنتاج[1]. فتحديد التاريخ مهمّ جدّا لأنه سيكون منطلق احتساب سنوات الإعفاء.

4/ التضييق من تعريف عملية التصدير في مفهومها وحصرها في بيع المنتجات والسلع المنتجة محليا وإسداء الخدمات خارج البلاد التونسية أو لفائدة مؤسسات مصدرة كليا شريطة أن تدخل السلع أو المنتجات أو الخدمات في مكونات المنتوج النهائي المعد للتصدير. وهناك ترك المشرع المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للإدارة في تسليط رقابتها على مكونات المنتوج النهائي المعد للتصدير[2].

ويضاف للتضييقيات في الامتيازات الجبائية سكوت الفصل 19 من قانون الاستثمار والأمر عدد 389 المؤرخ في 9 مارس 2017 عن إجراءات الطعن في قرار إسناد بعض المنح والحوافز المالية والتمتيع بالامتيازات الجبائية والقاضي المختص[3].

وقد تساهم كل تلك الهيئات في عرقلة التسريع في وتيرة الاستثمار لمجابهة الركود الاقتصادي وخفض منسوب الاحتقان الاجتماعي. وتحريك الاستثمار من جديد يقوم عبر فتح باب الاجتهاد القضائي والاستثمار في القاضي باعتباره القاطرة التي تؤمن إرادة المشرع في تحقيق الازدهار الاقتصادي.

**الفرع الثاني : الاستثمار في القاضي**

لقد أصبح لزاما على الدولة الحديثة أن تعي أنّ الضمانات القضائيات هي إحدى الأولويات الرئيسية لدفع الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية. ويجب على الدولة أن تهتم بالاستثمار في القاضي مثلما تعتني بإنشاء المطارات والموانئ والطرقات وغيرها من الوسائل المادية

---

ويتمتع بامتيازات مالية وجبائية محددة بوصفه استثمارا. وعليه يوجد فرق بين امتياز إعفاء الأرباح المعاد استثمارها من الضريبة وبين ما يتمتع به استثمار المنجز بواسطة هذه الأرباح من امتيازات جبائية تتعلق بإعفاء الأرباح التي ينتجها هذا الاستثمار الجديد من الضريبة إذا كان فلاحيا، وبالتالي لا وجود لتناقض. وهو رأي الدكتور القاضي كمال العياري.

1دخول طور النشاط الفعلي لا يطرح إشكالا إذ حددته إدارة الجباية وتم الاتفاق عليه من قبل إذ يتعلق بأول عملية فوترة تقوم بها الشركة لإنتاجها. يضاف إلى دلك أن عديد الأنشطة الفلاحية الأخرى مشمولة مثل تربية الماشية، زراعة الباكو رات والخضروات، تربية الأسماك، الصيد البحري، المصائد المائية، الفلاحية الحرارية، الفلاحية البيولوجية وغيرها...

[2] عبد اللطيف التيتوحي، "بين دفع الإستثمار وترشيد الامتيازات الجبائية: المعادلة الصعبة"، القانونية عدد 241/240، ماي 2017، ص.28.

[3] الأمر عدد 389 لسنة 2017 المؤرخ في 9 مارس 2017 يتعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الإستثمار. وكان من الضروري أن ينص المشرع عن طرق وإجراءات الطعن في قرار رفض الإدارة إسناد الحوافز المالية وتحديد القاضي المختص تطبيقا للفصل 65 من الدستور الجديد الذي كرس مبدأ دستوريا يقتضي أن اختصاص المحاكم يقع تنظيمه بموجب القانون.

للمشاريع الاستثمارية (الفقرة الثانية). كما عليها أن تدرك تخوّف المستثمر من الجهاز القضائي للدولة وعدم الاطمئنان مسبّقا إلى أحكامه، وبالتالي لا بد من تقديم ضمانات (الفقرة الأولى).

**الفقرة الأولى : المبررات**

إن سنّ قوانين للتشجيع على الاستثمار، مع ما يتخللها من هنات وغموض، لا يكفي لوحده لدفع الاستثمار بالبلاد، إذ لا بد من إشاعة مناخ من الشفافية في التعامل مع المستثمرين سواء كانوا أجانب أم محليين وبثّ الطمأنينة لديهم عبر الاستثمار في القاضي باعتباره المؤتمن الأساسي على العملية الاستثمارية في مرحلتها التنازعية[1].

وكان لزاما على الدولة الحديثة أن تدرك أن المستثمر الأجنبي يشعر بضعف مركزه القانوني لوعيه المسبق بعدم استطاعته الوقوف أمام الدولة إذا كانت تهيمن على قضائها، وبالتالي زوال عنصر الثقة في هذا القضاء وعدم الاطمئنان مسبقا إلى نتائج أحكامه وفقدان عنصر الأمن القضائي الذي يعوّل عليه كل مستثمر في حل منازعاته[2].

والجدير بالملاحظة أن أغلب عقود الاستثمار التي يكون أحد أطرافها أجنبيا عن الدولة المضيفة يشترط غلّ يد القضاء الوطني من النظر في النزاعات الناشئة عن تنفيذ تلك العقود. وعادة ما يكون للمستثمر الأجنبي مبرراته في عدم التسليم بالقضاء الوطني للدولة لما يعتريه من سلبيات تثير مخاوفه وتشعره بعدم الاطمئنان على مشروعه[3]. لعلّ أهم المخاوف تتمحور حول:

- التشكيك في قدرة المحاكم الوطنية للدول النامية في البت في النزاعات ذات الصلة بالأمور التقنية والاقتصادية المعقدة الناشئة عن عقود الاستثمار.

- الخوف من بطء إجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني وتعدد طرق الطعن وتعقدها.

- تعلل الأجنبي بغموض إجراءات التقاضي في الدولة المضيفة للاستثمار واعتبارها غير مألوفة لديه.

- تخوّف الأجنبي من تأثر القاضي الوطني بمصالح دولته وعدم تمتعه بالاستقلالية أو عدم التزامه بالحياد.

---

[1] في إطار توفير مناخ يتميز بالشفافية ومقاومة الفساد والرشوة صدر القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2017المؤرخ في 7 مارس 2017 يتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين، الرائد الرسمي عدد 20، بتاريخ 10 مارس 2017، ص.765.

[2] بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص.27.

[3] فرج أحمد معروف، المقال السابق، ص .3.

- التشكيك في كفاءة القاضي الوطني وعدم إلمامه بالجوانب القانونية التي تتلاءم مع فضّ النزاعات الاستثمارية، أو عدم تمتعه بالخبرة والتكوين بما يؤهله لإعطائه الأولوية في المرحلة التنازعية[1].

- التخوّف من توسع القاضي في مفهوم النظام العام وتغليبه على مصلحة المستثمرين الخواص[2].

- التخوّف من صعوبة الحصول على نسخ من الأحكام القضائية والعراقيل المتعلقة بتنفيذها.

- تميّز الطرق البديلة وخاصة منها الوساطة والتحكيم في حل المنازعات وضمان الحيادية والخبرة القضائية الكافية التي يتطلبها النشاط الاقتصادي وتفترضها خصوصية عقود الاستثمار والنزاعات الناشئة عن تنفيذها.

- تفضيل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الدولي لاعتقاده بأنه يتميز بالحيادية والاستقلالية وتوفير الضمانات للحفاظ على حقوقه. ويتمثل القضاء الدولي في كل من محكمة العدل الدولية التي أنشأت بموجب ميثاق الأمم المتحدة، وفي محكمة التحكيم الدائمة والتي تتعهد منذ سنة 1962 بمهمة تسوية المنازعات التي تقوم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي وكذلك محكمة الاستثمار العربية التي أنشأت بموجب الاتفاقية الموحدة للاستثمار ورؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1974 والتي تعدّ أنموذجا للقضاء الإقليمي [3].

تلك أهم المبررات والحجج التي يتعلّل بها الأجنبي لتخوّفه من القضاء الوطني وعدم رضائه بأحكامه والإصرار على شرط التحكيم التجاري الدولي.

وقد حاول المشرع التونسي توفير عديد الضمانات في فضّ النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار سواء فيما يتعلّق بالنزّاعات مع الدولة أو مع الأشخاص. ولا بدّ من تعزيز تلك الضمانات بأخرى تتمثل أساسا في الاستثمار في القاضي.

**الفقرة الثانية : الضمانات**

الضمان لغة هو فعل ضمن أي ضمن ضمانا وضمانا أي كفل الشيء وقدم له الأمان. أما اصطلاحا فهو تقديم الالتزام[4].

---

[1] COSNARD (H.), « La compétence judiciaire en matière contractuelle », in Mélanges HEBRAUD, 1981, p.207 et s.

-JULIENNE, « l'office du juge en droit des contrats (confrontation du droit positif aux projets de réformes internes aux projets Européens) », Revue de la recherche juridique droit prospectif, 2008-4, p.5.

[2] REKIK (N.), L'ordre public et le contrat, civil, préface de M.K.CHARFEDDINE, édition latrach, Tunis, 2015.

[3] منصف الكشو، المقال السابق، ص.11 وما بعد وبه تفصيلات بخصوص محكمة العدل الدولية ومحكمة التحكيم الدائمة ومحكمة الاستثمار العربية باعتبارها أنموذجا للقضاء الاقليمي.

[4] د. عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الإصدار الأول، دار الثقافة، 2008، ص.23.

وفي القانون هو تقديم الوسائل الكفيلة بتحقيق أمان قانوني لمن تقدم له كي يقدم على العمل وهو ضامن لنتائجه[1]. وتُعبّر مصطلح الضمانات عن وظيفة اقتصادية أكثر منها تعبيرا عن نظام قانوني محدد[2]. وفي الاستثمار لابد من حماية الاستثمارات من المخاطر وذلك عبر توفير الوسائل التي تؤمن لها الحماية خصوصا الأمن القانوني[3].

ولا يتوفّر الأمن القانوني للمستثمر عبر سنّ تشريعات متطورة فحسب، بل لابد من جهاز قضائي مؤهل للوفاء بحسن تطبيقها وملاءمتها مع خصوصية عقود الاستثمار.

إن التطرق لدور القاضي في التشجيع على الاستثمار يمر حتما بمسألة أولوية تتمثل في ضرورة **الاستثمار في القاضي** باعتباره المؤتمن الأساسي على العملية الاستثمارية في المرحلة التنازعية التي تصطدم أساسا بعدم المعرفة المسبقة بالقاضي المختص.

لقد كان القاضي مؤتمنا على الانتقال الديمقراطي،وهو مؤتمن أيضا على التأسيس الديمقراطي من خلال المكانة الدستورية للسلطة القضائية، إذ اقتضى **الفصل 102 من الدستور الجديد أن "القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات.**

**القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون".**

وتتجسد استقلالية القاضي من عدة نواح. وتكون الاستقلالية عضويّة من خلال النظام القانوني Statut Légal الذي يحمي القاضي من أيّ تبيعّة لسلطة أخرى ومن أي ضغط خارجي. والاستقلالية الوظيفية التي تعني الولاية الحصرية للقاضي على كل المسائل ذات الطبيعة القضائية. والمؤسساتية من خلال المجالس والهيئات القضائية المنشأة لاستقلال القضاء كالمجلس الأعلى للقضاء المنشأ بموجب القانون عد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أفريل 2016[4]. والاستقلالية الخارجية والداخلية إزاء أنواع التأثيرات أو الضغوط أو التدخلات أيّا كان مصدرها[5].

وأضاف المشرع الدستوري **بالفصل 103 ما يلي " يشترط في القاضي الكفاءة. ويجب عليه الالتزام بالحياد والنزاهة..."**، ولأن القضاء في الحقيقة رسالة وسلطة واقعية فعلية، فإنه لابد من

[1] د. نبيل إبراهيم سعد الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.14.

[2] MACKAAY (E.), l'analyse économique du droit, édition Bruylant-Thémis, 2000.

[3] د. هشام علي صادق النظام العربي لضمان الاستثمار، دار المطبوعات، الإسكندرية، 2003، ص.15.

[4] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 29 أفريل 2016، ص.1635. وقد عوّض القانون الأساسي عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967، الرائد الرسمي عدد 30 لسنة 1967 المؤرخ في 1967/7/14.

[5] أحمد عضوم، يوم دراسي حول القانون الجديد المنظم للمجلس الأعلى للقضاء، غرة أكتوبر 2016، بمؤلف أصدرته جمعية الحقوقيين بصفاقس، ص. 5 وما بعد.

الاستثمار في القاضي وتأهيله من جميع النواحي العلمية (الكفاءة) والأخلاقية (الحياد والنزاهة) والإنسانية (الشجاعة الأدبية)[1].

لقد ارتقى الدستور بالقضاء إلى سلطة مؤتمنة على دولة القانون، هذا المبدأ يقتضي وجود سلطة مستقلة ومحايدة تقف على مسافة واحدة من جميع الأطراف تسهر على تطبيق نصوص القانون بالشكل الذي يسمح له بأن يكون أداة فعالة في خدمة التنمية والمجتمع، وبتناغم تلك السلطة مع غيرها من السلطات المكونة للدولة واحترام كل سلطة لوظائفها واختصاصاتها تترسخ أركان دولة القانون وتتحقق أهدافها وغاياتها.

ولا بد من تعزيز الوسائل المادية للعمل القضائي وتطوير الخارطة القضائية بالنجاعة المطلوبة، والرفع من قدرات وكفاءات العاملين في مجال العدالة، وتأهيل الموارد البشرية بالمحاكم بالتكوين المستمر بدءًا بنظام الامتحانات والإنتدابات مرورا بالتكوين والتقييم، وتقليص معدلات فصل القضايا، وترشيد الطعون إلى جانب دعم الخدمات القضائية وحماية القضاة وتأمين المقرّات وتوفير الملائم منها.

ويمثل**الاستثمار في القاضي** معيارا أساسيا في جلب الاستثمارات للنهوض بالاقتصاد التونسي في ظل الصعوبات المالية العمومية اليوم. وقد وفّرت القوانين الجديدة التي سنّت بعد الثورة عدّة ضمانات للاستثمار في القاضي تحتاج إلى التدعيم بتوفير الوسائل اللوجستية التي تمكن من النفاذ بيسر إلى كل ما من شأنه أن يساعد القاضي على فصل النزاعات الاستثمارية المعقدة، وتطوير تكوين القضاة وتأهيلهم للتخصص في المادة الاستثمارية[2]، والانفتاح على المحيط الخارجي والاطلاع على تجارب قضائية وثقافات قانونية وممارسات اقتصادية أخرى، وعدم الاكتفاء بالتكوين القانوني والاهتمام بمسائل الاقتصاد والمحاسبة والشؤون المالية والتجارة الدولية، حتى يصبح القاضي قادرا على استيعاب التجارب المقارنة ومسايرة التطورات وبلورة اجتهاد قضائي وطني مستقل ، وإيجاد حلول عملية تتلاءم مع خصوصيات عقود الاستثمار، وخلق مناخ سليم يسوده الاطمئنان والثقة والاستقرار ويشكل دعامة قوية لدفع التنمية وتشجيع الاستثمار بضمان أمن المستثمرين سواء كانوا وطنيين أو أجانب.

[1] ويترجم القاضي "رانسون" في كتابه فنّ القضاء تلك المبادئ والقيم فيقول " لكي يكون القاضي جديرا بأن يسمى قاضيا يجب أن تتوافر فيه الصفات الآتية: النزاهة التامة، والاستقلال المطلق، وسعة الصدر، وضبط النفس، والذكاء، وتلك مواهب طبيعية، وأن يكون متمكنا من العلوم القانونية ومعرفة تطبيقها...".

[2] القاضي الدستوري مطالب بالارتقاء بمنزلة الاستثمار من المرتبة التشريعية إلى المرتبة الدستورية لاسيما عند النظر في المعاهدات الدولة للاستثمار أو بمناسبة عرض عقود الاستثمار على اللجنة المختصة وخاصة عقود الثروات الطبيعية. فالقاضي الدستوري مطالب باعتبارها حرية مفصلية تفوق من حيث الأهمية الاستراتيجية والاقتصادية للدولة عديد الحريات الأخرى الذي تكتسي صبغة فردية. ويدخل هذا الاقتراح في باب الدور الخلاق والإنشائي للقاضي الدستوري.

**وصفوة القول فإن طمأنة المستثمر الأجنبي وجذبه إلى ميادين العمل والبناء يتطلب إيجاد القاضي المتخصص والمنفتح على المحيط الخارجي والمطلع على التجارب المقارنة. وعلى الدولة أن تدرك أنه لا استثمار ما لم تكن هناك ضمانات قضائية واضحة من خلال قاض مختص، عادل، مستقل، ملمّ بالقانون الداخلي، مطّلع على القانون الأجنبي وأحكام القضاء المقارن، يكون فاعلا في خلق مناخ يسوده الاطمئنان والثقة بما يحقق الاستقرار الاقتصادي والأمن القانوني ويساهم في دفع التنمية والتشجيع على الاستثمار.**

# الكتاب الثالث

# التعديلات المقترحة



## I - مقترحات تعديلات تشريعية خاصة بمحكمة التعقيب

### أ- في خصوص وكالة الدولة العامة

1- إعادة الاعتبار للنيابة العمومية ورفع التهميش عنها بإفرادها بعنوان خاص صلب م ا ج.

2- سحب مطالب التماس إعادة النظر من وزير العدل في حالة الفصل 27 من م ا ج واسنادها لوكالة الدولة العامة.

3- إعطاء مزيد من المهام لوكيل الدولة العام في الإشراف على أعضاء النيابة العمومية لدى محاكم الأصل وسحبها من وزير العدل تكريسا لاستقلالية القضاء وتنزيلا لأحكام الدستور في الباب المتعلق باستقلالية السلطة القضائية.

4- تدعيم دور وكالة الدولة العامة وإعادة تفعيل دورها وذلك بـــ:

5- إعادة الاعتبار إليها في انتقاء الطعون طبق الفصل 187 من م.م.م.ت. "على الكاتب بعد انقضاء الأجل المذكور بالفصل قبله أن يحيل ملف القضية على وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب ليتولى بنفسه أو بواسطة أحد المدعين العامين لدى تلك المحكمة تحرير ملحوظات كتابية فيما يراه حول صحة الطعن من عدمه ولا يثير سببا جديدا إلا إذا كان متعلقا بالنظام العام، ثم يحيل هذه الملحوظات مع الملف على الرئيس الأول لمحكمة التعقيب الذي يعينها للجلسة ويتولى الكاتب إعلام المحامين كتابة بتاريخها قبل انعقادها بثمانية أيام على الأقل". وبالتالي فإن وكالة الدولة تساهم في فحص الطعون وفرزها من خلال النظر في صحتها .

6- اعتماد تدخلها الآلي في المادة الجزائية تفعيلا لدورها التقليدي في السهر على حسن تطبيق القانون وللقيمة المضافة والمؤثرة لطلباتها في الأحكام الجزائية وتحقيق المعادلة بين حماية المجتمع من الجريمة وحفظ حق المتهم وضمانا لمحاكمة عادلة .

7- اقتصار تدخلها في المادة المدنية على صورة الفصل 251 من م.م.م.ت.أو في القضايا الهامة التي ترى ضرورة لإبداء رأيها فيها خصوصا تلك المتعلقة بالتحولات الفقه قضائية.

8- تمكينها من ممارسة اختصاص توقيف تنفيذ الأحكام الجزائية كلما أضحى ملف القضية منشورا لدى محكمة التعقيب.

9- إلغاء الإذن المسبق لوزير العدل لوقف تنفيذ الأحكام تكريسا لاستقلاليتها ولمكانتها الدستورية .

10- إلغاء الطعن لمصلحة القانون المنصوص عليه بالفصل 276 من م ا ج لصبغته النظرية البحتة ولعدم تأثيره على الحقوق المكتسبة.

هذا الطابع الأفلاطوني للرقابة التي تجريها محكمة التعقيب بموجب الطعن لمصلحة القانون ينتج وضعية صادمة لا تفسير لها، فهو يؤدي إلى صدور قرار جديد لا ينتج آثاره بين الأطراف، فيبقى هذين الأخيرين خاضعين إلى حكم أو قرار رغم ثبوت انبناؤه على أساس غير سليم من القانون.

**ب- في خصوص اجراءات الطعن بالتعقيب**

❖ **في الطعن بالتعقيب في المادة الجزائية**

11- استبدال تسمية دائرة الاتهام بدائرة الحقوق والحريات وتعديل اختصاصاتها وطرق الطعن في قراراتها بما يساهم في تركيز عدالة سريعة، عادلة وناجزة.

12- استثناء قرارات دائرة الاتهام القاضية بالإحالة من الطعن بالتعقيب.

13- استثناء الأحكام الجزائية القاضية بعدم سماع الدعوى ابتدائيا واستئنافيا من الطعن بالتعقيب.

14- استثناء الأحكام الجزائية القاضية بخطايا مالية بسيطة من الطعن بالتعقيب مع إقرار حق التقاضي على درجتين في شأنها.

15- منع تكرار مطالب التعقيب في القضية الواحدة.

16- إقرار القوة الإلزامية لقرارات محكمة التعقيب واعتبارها محكمة فصل ولا محكمة أصل وذلك بـــــ :

17- إلزام محكمة الإحالة بالرد على محكمة التعقيب وليس مجرد الاكتفاء بمجاراتها أو إعادة تبني الرأي الأول لمحكمة الاستئناف وذلك تطويرا للنقاش القانوني.

18- إعطاء أثر لقرار محكمة التعقيب عندما تساير محكمة الإحالة في تعليلها محكمة التعقيب وذلك بغلق باب التعقيب نهائيا حتى تكون قرارات النقض والإحالة قرارات فصل.

19- اشتراط الطعن بالتعقيب بواسطة محام في الأحكام الجزائية تدعيما لحقوق المتهم وتنقيصا من الطعون "العبثية."

20- ضرورة تدارك التأخير في تسليم نسخ الأحكام الجزائية تطبيقا للفصل 165 من م ا ج.

21- اقتراح تضمين مستندات المحكمة بمحضر الجلسة ليصبح المحضر هو الأصل تداركا للتأخير الذي قد يحصل في تلخيص لوائح الأحكام وتوجيه الملفات إلى محكمة التعقيب باعتبارها محكمة قانون لا تراقب إلا ما تعلق بخرق القانون.

22- ضرورة التحري في القرارات الصادرة بالرفض شكلا لعدم تقديم نسخة الحكم والرجوع إلى آلية الإعلام عن طريق الوسائط الحديثة كالفاكس أو البريد الالكتروني.

23- ضرورة تجميع النصوص المتعلقة بالتعهد الاستثنائي لمحكمة التعقيب في المادة الجزائية كاستجلاب القضايا، ومؤاخذة الحكام، والتعديل بين المحاكم وغيرها.

24- توسيع الخطأ البيّن ليشمل المادة الجزائية وذلك بنفس الشروط المنصوص عليها بم.م.م.ت. وفي نطاق ما توصل إليه فقه قضاء محكمة التعقيب مع التنصيص صراحة على أن أعضاء النيابة العمومية الحاضرين بالجلسات غير معنيين بالشرط الثاني للخطأ البين المتمثل في منع المشاركة في القرار ممن سبق منه النظر في الموضوع.

25- تبسيط إجراءات الطعن بالتعقيب وتخفيف التعقيدات لتلافي حالات الرفض شكلا لأسباب خارجة عن إرادة الطاعن والتي قد تتسبب في نتائج وخيمة على حقوق المتقاضين وتعيق إقرار عدالة ناجعة وناجزة.

❖ **في الطعن بالتعقيب في المادة المدنية**

**- فحص الطعون**

26 - الإستئناس بالتجربة الألمانية فيما يتعلق بفرز الطعون بالتعقيب وذلك باشتراط الحصول على ترخيص من محكمة الإستئناف أو محكمة التعقيب لممراسة حق الطعن.

27- التقليص من عدد الدوائر وإحداث أقطاب قضائية متخصصة لا يتجاوز عددها الخمسة تنظر في المواد المدنية والتجارية والاجتماعية والشخصية والجزائية وهو ما يستوجب إحداث خطة رئيس قطب بمحكمة التعقيب تفوق درجة خطة رئيس دائرة بمحكمة التعقيب فتحا للآفاق والتدرج في الترقية أمام قضاة الرتبة الثالثة وحدّا من العدد الكبير للدوائر التعقيبية.

28- لمحكمة التعقيب كمحكمة عليا وظيفة رئيسية تتمثل في السعي لتوحيد فقه القضاء وأن لدوائرها المجتمعة دورا أساسيا في أداء هذه الوظيفة، غير أنه لا يوجد بمحكمة التعقيب هيكل حكمي وسط يكوّن دائرة مختلطة Chambre mixte تختص بالنظر في المسائل التي تهم بعض الفروع في القانون فحسب (مدني- اجتماعي/مدني – جزائي) دون أن يستوجب الأمر إلتآم الدوائر المجتمعة. ففي القانون الفرنسي تتكون الدائرة المختلطة من حكام ينتمون إلى ثلاث دوائر على الأقل ولا يمكن أن يكون عددهم دون 13(الفصلين L.121-5 وL121-6 من مجلة التنظيم القضائي الفرنسي).

فإحداث دوائر مختلطة إلى جانب الدوائر المجتمعة من شأنه أن يسهل انعقادها بصفة دورية بما يساهم ويدعم مهمتها الأصلية في توحيد الآراء.

29- تخصص قضاة التعقيب وذلك بتعزيز الإطار القضائي بقضاة متمرسين وبقضاة باحثين على غرار التجربة الفرنسية، كتغيير صيغ ومعايير انتداب المستشارين لدى محكمة التعقيب بالتركيز على الكفاءة والرغبة معا.

**- الخطأ البين**

30- تنقيح سبتمبر 1986 الذي عهد إلى الدوائر المجتمعة اختصاص النظر في تصحيح الخطأ البين من شأنه إضعاف دورها الأصلي في توحيد الآراء القانونية. ويكفي الاطلاع على النشريات الخاصة بقرارات الدوائر المجتمعة للاقتناع بأن ما يضيع من الوقت والجهد للنظر في تلك المطالب لا يأتي للتوحيد باي فائدة وانه لإعادة الأمور لنصابها لا بد من التخلي عن هذا الحل. لا بد إذا من إخراج الخطأ البين عن أنظار الدوائر المجتمعة وتمكين الرئيس الأول بإرجاع القضية إلى نفس الدائرة لإصلاح خطئها أو لدائرة أخرى أو للدوائر المختلطة المزمع إحداثها إن تراءى له ذلك.

31- اقتراح استبدال عبارة الرفض شكلا الواردة بالفصل 192 من م.م.م.ت. بعبارة "القرارات التي لم تبت في الأصل"، كمراجعة بقية شروط الفصل 192 من نفس المجلة والنظر في إمكانية إلغائها.

32- تخصيص الخطأ البين بنظام إجرائي خاص من حيث آجال الطعن والتعهد، تجاوزا لغموض النص والصعوبات العملية المرتبطة بتطبيقه.

**- إيقاف التنفيذ**

33- عدم تقييد مدة إيقاف التنفيذ في صورة إقراره بأجل، مع التنصيص على استعجال النظر في القضايا التي يمنح فيها إيقاف التنفيذ وإلغاء أجل الشهر المنصوص عليه حاليا لما يطرحه من صعوبات قانونية واستحالة واقعية في فصل القضية خلاله.

34- اقتراح تقنين ما توصلت إليه محكمة التعقيب بخصوص توقيف التنفيذ وذلك بعدم التنصيص على مدة شهر والاكتفاء عند الإذن بتوقيف التنفيذ بذكر عبارة "إلى حين الفصل في القضية مع استعجال النظر فيها وتعيينها لأقرب جلسة ممكنة ."

35- إقرار إعفاء المؤسسات المالية من وجوب التأمين عند منحها إيقاف التنفيذ في الأحكام التي تلزمها بالأداء إلا إذا رأى الرئيس الأول خلاف ذلك.

36- ضرورة ربط إيقاف التنفيذ بجدية المطاعن وبوجود حظوظ كبيرة في النقض إذ لا يمكن منح إيقاف التنفيذ والحال أن المطاعن غير جدية.

**-صور الطعن بالتعقيب**

37- التفكير في حلول تضيق من صور الطعن بالتعقيب المنصوص عليها بالفصل 175 من م.م.م.ت. لتخرج الوقائع من نطاق تعهد محكمة التعقيب بشكل واضح وقاطع بما يمكّن المحكمة من التفرغ إلى مهامها الرئيسية في حسن تطبيق القانون وتوحيد فقه القضاء.

38- رفع التناقض عن الأحكام القضائية الباتة واعتبارها صورة من صور الطعن بالتعقيب، فالطعن على معنى الفصل 175 من م.م.م.ت. لا ينطبق إلا على الأحكام النهاية المتضاربة ولا ينطبق على الأحكام الباتة. فما هو الحل في شأنها؟ فهل ينطبق عليها إجراء توحيد الآراء؟ وهل يصح القياس في شأنها؟

المشرع الفرنسي أقر بصفة استثنائية قبول الطعن بالتعقيب لتناقض الأحكام حتى وإن لم تكن موصوفة نهائية، فقد نص الفصل 618 من مجلة المرافعات المدنية الفرنسية على ما يلي:

Art 618 : la contrariété de jugements peut aussi par dérogation aux dispositions de l'article 605 être invoquée lorsque deux décisions même non rendues en dernier ressort sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire, le pourvoi en cassation est alors recevable même si l'une des décisions avait déjà été frappée d'un pourvoi en cassation et que celui-ci avait été rejeté.

والمقترح هو إعادة صياغة نص يضاهي النص الفرنسي يمكّن من تدارك تناقض الأحكام الباتة. وفي هذا الصدد يمكن اقتراح إضافة قسم رابع لمجلة المرافعات المدنية والتجارية يتضمن ما يلـــــــي:

**فصل أول :** "إذا صدر حكمان ولو كانا غير نهائيان وتعذر التوفيق بينهما ولم يكن أي منهما قابلا للطعن بالطرق العادية يمكن الطعن في كليهما بالتعقيب لتناقض الأحكام ولو سبق الطعن بالتعقيب في إحدى الحكمين. وفي صورة قبول الطعن تلغي محكمة التعقيب أحد الحكمين أو كليهما."

**فصل ثاني :** "أجل الطعن بالتعقيب لتناقض الأحكام لا يسري إلا من تاريخ الإعلام بالحكم الأخير بصفة قانونية."

**فصل ثالث :** "إذا قضت محكمة التعقيب بإلغاء أحد الحكمين أو كليهما فإن القرار أو القرارات التعقيبية السابقة التي يعتريها تناقض تلغى ."

39- اقتراح النظر في إلغاء الطعن بالتعقيب في الأحكام العقارية والرجوع إلى المراجعة مع إضافة حالة خرق القانون. فالطعن بالتعقيب لم يحقق الأهداف المرجوة، والمزج بين حالات الطعن العادية وخصوصيات الإجراءات العقارية طرحت عديد المشاكل القانونية والعملية. فمن الناحية القانونية برزت إشكالات وتضارب بين النصوص خصوصا الحالتين الثالثة والسادسة من الفصل 175 من م.م.م.ت. وتناقضها مع بعض فصول مجلة الحقوق العينية وعدم مراعاتها لخصوصيات التعقيب العقاري. ومن الناحية الواقعية فإن التعقيب العقاري يتسبب في إطالة أمد تصفية الأوضاع العقارية وارتفاع كلفة التصفية سواء للدولة أو للمعنيين. علاوة على المعطيات الإحصائية التي تبرز ندرة في الطعن بالتعقيب في الأحكام العقارية لا تتجاوز الثلاث بالمائة من الأحكام الصادرة، وضعفا في القرارات التعقيبية القاضية بالنقض التي لا تصل الواحد بالمائة .

40- تفعيل دور الدوائر المجتمعة في توحيد فقه قضاء محكمة التعقيب ومحاكم الأصل وبين دوائر محكمة التعقيب وإقرار تعهدها بتوحيد الآراء القانونية دون اشتراط تزامن ذلك بقضية منشورة تكريسا للأمن القانوني والقضائي.

41- اقتراح النظر في إلغاء الطعن بالتعقيب في الأحكام الاستعجالية والحوزية لصبغتها الوقتية كلما صدر الحكم الاستئنافي مؤيدا للحكم الابتدائي.

42- اقتراح استثناء أحكام الطلاق بالتراضي من الطعن بالتعقيب باعتبارها لا تطرح إشكالات قانونية، وهو ما يفرض تعديل الفصل 194 من م.م.م.ت. الذي نص على أن الحكم المطعون فيه إذا كان صادرا بالطلاق يوقف تنفيذه، وذلك استثناء من المبادئ العامة التي تجعل من التعقيب وسيلة طعن استثنائية لا توقف تنفيذ الأحكام المطعون فيها.

43- الإسراع في تعيين قضايا إعادة النّشر واجراءاته لأن تركها بيد المتقاضين قد ينشأ عنه بقاءهاإلى ما لا نهاية وهو ما يمس من جوهر المحاكمة العادلة التي من مقوماتها أن يكون لكل إجراء أجل ولكل قضية نهاية. وبصفة احتياطية إذا رأى المشرع عدم تقييدها بأجل فاستعجال النظر فيها بتعيينها من رئيس محكمة الحكم المطعون فيه واستدعاء أطرافها بالطريقة الإدارية وبصرفها مباشرة إلى المرافعة لمعالجة الإشكال القانوني محلّ الخلاف بين محكمة الاستئناف ومحكمة التعقيب.

**ج- في خصوص صياغة القرار التعقيبي ونشره**

- صياغة القرار التعقيبي

44- ضرورة مساهمة المحامي في تحسين الصياغة من خلال تحسين مذكرات التعقيب.

45- ضمان المقروئية والوضوح في القرار والرد على جميعالمطاعن وإعطاء محكمة التعقيب إمكانية الرد " المخفف" على البعض منها التي لا تنطوي على أي جدية أو التي لا تستند على إحدى حالات الفصل 175 من م.م.م.ت.

46- تثمين اعتماد تجربة المستشار الباحث بمكتب الرّئيس الأول والدّعوة إلى مأسستها حتى لا تكون ظرفية.

- نشر القرار التعقيبي

47- التفكير في صيغ فعالة في نشر أهم القرارات التعقيبية مادّيا وإلكترونيا بعد إزالة التنصيصات المتعلّقة بالمعطيات الشخصية المضمنة بها، بما يمكن من زيادة القدرة على التّنبّؤ والشّفافية في عملية التّقاضي وتحسين سمعة النّظام القضائي وتحقيق الأمن القانوني والتّشجيع على الاستثمار.

48- تفعيل الموقع الخاص بمحكمة التّعقيب وجعله رافدا من روافد التعريف بالمحكمة وتسهيل العمل به والولوج إليه. فقد تم السعي بمعية فريق العمل بمكتب الرئيس الأول إلى تركيز موقع واب خاص بمحكمة التعقيب تُنشر بواسطته آخر وأهم القرارات التعقيبية باعتماد تبويبات تراعي التخصص في المواد القانونية، وسيشكل هذا الموقع رافدا من روافد التعريف بمحكمة القانون وتمكين القضاة والمتداخلين في منظومة العدالة من الاستفادة من فقه قضائها.

49- تنظيم الملتقيات والحلقات الدراسية لتحليل فقه القضاء ومناقشته. وهو ما يتطلب تمتيع محكمة التعقيب بالاستقلالية المالية وبميزانية خاصة بها تتمكن من خلالها من أداء مهامها على أحسن وجه من النواحي العملية والقانونية.

من الطّبيعي ألا تأتي المقترحات والتّوصيات على كلّ ما يتعلق بمحكمة التعقيب إذ تمّ الاقتصار أساسا على المقترحات القانونية، في حين أنه توجد مقترحات أخرى تدعّم دور محكمة التعقيب من ذلك تخصيص هذه المؤسسة ببناية خاصّة وتمكينها من الاستقلالية الماليّة لتجنب البيروقراطية عند تسيير شؤونها. ويمكن على سبيل الذكر لا الحصر تقديم المقترحات التاليـــة :

50- على مستوى البنية التحتية: تم تشييد محكمة التعقيب سنة 1981، وقد تم إعداد تصاميمها في ذلك الوقت لتستوعب عددا من القضاة والموظفين لا يتجاوز 100 شخص باعتبار نشاطها لم يكن يتجاوز حينذاك 4592 ملفا، وقد ارتفع اليوم هذا العدد ليبلغ 287 إطارا قضائيا وإداريا، كما بلغ عدد القضايا الواردة سنويا على المحكمة 54690 حسب إحصائيات سنة 2015-2016 وهو في تزايد بمعدل 5000 ملف سنويا، ليتجاوز الوارد سنة 2017 الستون ألف قضية.

وهكذا، فإن البنية التحتية لمحكمة التعقيب المتوفرة حاليا لا تفي بحاجيات العمل وتطويره بما يعيق أي محاولات تحسين مردوديتها تحقيقا للنجاعة ولما تمثله خاصة كمحكمة عليا حاملة لرمزية للسلطة القضائية وما تحتله من مكانة في دولة القانون.

51- على مستوى الخدمات القضائية، العدد الكبير والمتزايد للقضايا يقابله مشكل نقص وسائل العمل اللازمة وضعف التجهيزات غير المتوفرة أحيانا، والمهترئة أحيانا أخرى، وهو أمر يتضايق منه المتقاضون لما يشكله من عائق للوصول الأمثل إلى العدالة.

52- النقص الفادح في عدد القضاة والإطار الإداري من كتبة وأعوان وتقنيين وغيرهم عمّقه نسق المغادرة للتقاعد، مما خلق نقصا حادا في القضاة والاداريين. كما أن إحداث محاكم استئناف جديدة تطلّب توفير قضاة وإداريين لمباشرة العمل بها دون وجود إنتدابات بالحجم المطلوب، الأمر الذي تسبب في إفراغ عديد المحاكم وخاصة منها محكمة التعقيب لسد الشغور والحال أنها بطبيعتها تشكو نقصا مما زاد في تأزم الأوضاع.

53- على مستوى رقمنة المحاكم، تطوير قطاع العدل والرفع من جودة خدماته يتوقف على تركيز المعالجة الالكترونية الشاملة للملفات ولإدارة القضايا من تقييد وتبليغ الكتروني وتبادل عن بعد فيما بين المحاكم وفيما بينها وبين المحامين ومساعدي القضاء .

واقع محكمة التعقيب هو غير ذلك، فقد انحصرت الممارسة القضائية في رقن الأحكام من قبل كتبة المحاكم ومن بعض القضاة. أما التعويل على المنظومات المعلوماتية بمحكمة التعقيب، فقد ثبت أنها تشكو من عدة نقائص تحتاج إلى مراجعة وتحيين لجعلها تواكب تطور الإجراءات وتفصيلاتها. وبقيت بعض التطبيقات في مراحلها الأولية، فلم تُنجز قواعد للبيانات ولم يتم تنظيم فقه قضاء محكمة التعقيب، كما لم يقع تنظيم الأرشيف الكترونيا. وبدت التجارب في بدايتها تواجه العديد من المصاعب.

وبالتالي لا بد من استيعاب الإجراءات الالكترونية التي ستعتمد شيئا فشيئا تنفيذا لبرنامج رقمنة العدالة المعتمد من وزارة العدل بالتعاون مع وزارة تكنولوجيات الاتصال والاقتصاد الرقمي بإعداد

مخطط «العدالة الرقمية 2016-2020» لتركيز نظام معلوماتي مندمج للمنظومة القضائية في تونس. وتمّ إدراجه ضمن المخطط الوطني الاستراتيجي «تونس الرقمية 2020» الذي يهدف إلى تحسين نجاعة إدارة القضاء وتسهيل النفاذ للمنظومة العدلية والمساعدة على حسن القيادة وأخذ القرار. بما يحقق الأهداف التالية :

- النفاذ إلى المعلومة وإلى القانون من خلال تركيز نظام معلوماتي متطوّر يقدّم خدمات لمختلف المتدخّلين والمتعاملين مع المحاكم ووزارة العدل،
- رقمنة الأحكام والملفّات وإحكام أرشفتها إلكترونيا،
- تركيز بنية تحتية عالية الأداء والجودة تعتمد على شبكة لتراسل المعطيـات ذات سعة عالية تشمل كافّة المحاكم والمؤسسات الراجعة بالنظر لوزارة العدل.

ومن شأن هذا البرنامج المساير للتطور التكنولوجي أن يحقق قيمة مضافة للاقتصاد وللمجتمع بتبسيط إجراءات التقاضي وتوفير الوقت والجهد وتخويل إسداء الخدمات عن بعد بمواصفات جودة عالية تجمع بين السرعة والدقة والتكلفة الأقل. فضلا على أن رقمنة العدالة تشكل عاملا هاما في تحقيق المزيد من ضمانات النزاهة والشفافية والمساواة أمام المرفق العام وتسهيل الوصول إليه.

ورقمنة العدالة خصوصا أمام محكمة التعقيب بوصفها المحكمة العليا من شأنه أن يساهم في جلب الاستثمار الخارجي. ويقدم البنك الدولي مقترحات حول تحسين تصنيف ترتيب الدول في جلب الاستثمار باعتماد سلسلة من الممارسات الفضلى في نظام إدارة القضايا ورقمنة (مكننة أو أتمتة) المحاكم وحوكمتها عبر مؤشرات عديدة تضمن جودة العدالة لعل أهمها :

- إنشاء نظام إدارة القضايا إلكترونيا من خلال تطوير منصات إلكترونية للتبادل والتواصل بين الإدارة القضائية والدفاع، وانفتاح الإدارة القضائية على محيطها ببروتوكولات التبادل الالكتروني التي من شأنها تسهيل عمل المحاكم وتقريبه وتمكين المحامين من مباشرة إجراءات التقاضي عن بعد بتحديد المذكرات والتوصّل بالاستدعاءات ومباشرة الإجراءات المتعلقة بالقضية والاطلاع على المؤيدات وتبادل التقارير والتصريح بالأحكام إلكترونيا دون حاجة للتنقل للمحكمة.

- نشر الأحكام القضائية إلكترونيا لزيادة القدرة على التنبؤ والشفافية في عملية التقاضي وتحسين سمعة النظام القضائي بالكامل عندما يمكن أن يرى العالم الأحكام في نظام المحكمة، وهو ما يعزز ثقة العامة والمستثمرين.

ويعطي التصنيف العالمي لقاعدة البيانات نقطة مكافأة لكل من هذه التحسينات، كما تساعد التصنيفات الدول على تحليل عملية التقاضي من وجهة نظر الأعمال التجارية والبحث عن سبل تطويرها وهي مفيدة للمستثمرين لفهم نظام المحاكم وفصل النزاعات في الدولة.

تساعد التصنيفات العالمية الدول على تحليل عملية التقاضي من وجهة نظر المستثمرين لفهم نظام المحاكم في الدولة والموافقة أو عدم الموافقة على التقاضي.

ويساهم تصنيف ترتيب ممارسة أنشطة الأعمال من البنك الدولي الذي أنشئ في عام 2002 في تجميع البيانات الكمية لمقارنة بيئات تنظيم الأعمال التجارية عبر الاقتصادات وعلى مر الزمن. ويشمل مشروع 2016 عـ11ـدد مجموعة مؤشرات لحوالي 189 من الاقتصادات في العالم. وقام تقرير عام 2016 بإدخال إجراء جديد، وهو مؤشر نوعية العمليات القضائية وسيادة القانون، وتقييم ما إذا كان كل اقتصاد قد تبنى سلسلة من الممارسات الجيدة التي تعزز الجودة والكفاءة في نظام المحاكم، والتي من شأنها أن توفر مناخا ملائما لجلب الاستثمار.

ويطلب المستثمرون الأجانب من نظم المحاكم الشفافية، والقابلية للتوقع، والكفاءة، والسرعة المعقولة والنجاعة المطلوبة في تنفيذ الأحكام القضائية. ويقيس المستثمرون مدى توفر الممارسات الفضلى في نظام المحاكم عبر عدّة مؤشرات تتمثل أساسا في مكننة (أتمتة) المحاكم وحسن إدارة القضايا.

فبخصوص المؤشر الأول المتعلق بمكننة (أتمتة) المحاكم فإن ذلك يمرّ عبر إيداع الدعاوى والشكاوى بصورة إلكترونية، والإخطار بها وسداد الرسوم بالوسائل الإلكترونية دون عناء التنقل للمحاكم. وتركيز منصّة إلكترونية للتواصل بين الإدارة القضائية والمحامين، وذلك بتحرير المذكرات ومختلف المقالات عبر هذه المنصّة، وتوجيهها إلى المحكمة التي تتوصل بها في حينها، ويصدر القاضي حكمة أينما وجد، وتنشر الأحكام للعموم عبر الرسائل الإلكترونية أو الانترنت.

أما بخصوص المؤشر الثاني المتعلق بحسن إدارة القضايا فإنّ ذلك يمرّ عبر توفير أرضية لبوابة إلكترونية تؤمن خدمات عمومية وتمكن من تقليص الكلفة والآجال واستغلال التكنولوجيات الحديثة في التواصل مع المحاكم عند تسجيل القضايا وخلاص الرسوم والحصول على جداول الجلسات والاطلاع على المؤيدات وعلى نصوص الأحكام واستخراج اللوائح والوثائق كالسجلات التجارية مثلا.

وتمكن تلك المؤشرات الهيكلية أو اللوجستية من تحسن سمعه النظام القضائي بالكامل، وتعزيز ثقة المستثمرين في قانون الدولة وقضائها.

## II- مقترحات تعديلات تشريعية عامة

لا يستطيع المشرع أن يحيط بجميع جزئيات الموضوع القانوني الواحد فضلا، على أن النص القانوني يوضع في زمن معين ولهدف محدد ثم بمرور الزمن تظهر الحاجة لتطوير ذلك النص أو سد فراغ تشريعي. وسواء في حالة سكوت النص أو غموضه من المحتم على القاضي تجاوز الصعوبة والنظر في النزاع المعروض عليه والبت فيه بإعمال الرأي والاجتهاد، فإذا تواتر الحل أصبح فقه قضاء. وهكذا يكمل القاضي النص التشريعي ويقع على عاتق التقرير بيان المواطن التي لعب فيها فقه القضاء خلال السنة التي يغطيها، هذا الدور الخلاق ومنها يقع استلهام التعديلات الواجبة لإضفاء الانسجام المنشود على النظام القانوني باستبعاد التناقضات وجعله مواكبا للواقع.

### أ- المقترحات في المادة المدنية

**1**- سلّط الفصل 158 من قانون 2005 على صندوق الضمان عقوبات مالية. ويبدو من غير المنطقي تسليط عقوبات مالية جزائية على شخص عمومي عملياته المالية مدرجة ضمن حساب خاص مفتوح بالخزينة العامة للبلاد التونسية وصرفها لفائدة صندوق الوقاية من حوادث المرور الخاضع لإشراف وزارة الداخلية والتنمية المحلية. هذه المسألة تستدعي تدخل المشرع التونسي لإعفاء الصندوق من الخطايا المسلطة عليه والتي تخرج من ميزانية الدولة لترجع إليها من جديد.

**2**- يخلص من نص الفصل 21 من م.م.م.ت. أن المشرع وضع ضابطين لتعيين المحكمة المختصة وهما طبيعة الدعوى ومقدار المال المطلوب. وإذا كان مفهوم هذين الضابطين لا يثير في حد ذاته أي إشكال فإن الصعوبة تتمثل في معرفة كيفية إعمالهما: هل يجب الأخذ بهما في نفس الوقت لتعيين المحكمة المختصة أم لا؟

إن ظاهر النص يدل على وجوب تطبيق هذين المعيارين مجتمعين، لكن هذا الموقف يبدو متناقضا مع ما قرره المشرع صراحة من أن اختصاص بعض المحاكم ببعض القضايا يتحدد وفق معيار طبيعة الدعوى فقط من ذلك أن قاضي الناحية حسب الفصل 39 من م.م.م.ت. يختص بالنظر في الدعاوى الحوزية وتختص المحكمة الابتدائية في الدعاوى الاستحقاقية عملا بمدلول الفصلين 39 و40 من نفس المجلة وذلك كله دون الالتفات لقيمة العقار أو الحق العيني المراد حمايته.

وهكذا يتبين أن القاعدة الواردة بالفصل 21 لا تصلح أن تشكل مبدأ عاما لضبط الاختصاص الحكمي وهي أقرب إلى الانطباق على تعيين الاختصاص في الدعاوى الشخصية ودعاوى المنقولات وأداء الديون التجارية باعتبار أن مرجع النظر في مثل هذه الدعاوى يخضع تقديره إلى طبيعة الطلب

وقيمة الشيء المتنازع فيه في ذات الوقت، بينما لا ينطبق على الدعاوى العينية العقارية وتلك المتعلقة بالجنسية وبالحالة الشخصية عند تعيين المحكمة المختصة لأن المشرع راعى فيها طبيعة الدعوى فقط.

ولعله كان من الأفضل عدم وضع مثل هذه القاعدة العامة الواردة بالفصل 21 من م.م.م.ت. لسببين اثنين أولهما قيام المشرع ذاته بتوزيع الاختصاص تفصيليا بين المحاكم على مختلف أصنافها ودرجاتها في نصوص كثيرة أخرى فيكون موقفه والحالة هذه من باب التكرار الذي من المفروض إلا يقع فيه، وثانيهما أن الأصل هو امتياز المشرع بتحديد قواعد الاختصاص الحكمي بحيث يكون مصدرها القانون ولا مجال فيها لاجتهاد القضاء.

وما دام الأمر كذلك ما الفائدة من وضع مبدأ عام وقع إفراغ محتواه وتقليص مجال انطباقه بحكم تخصيص كل محكمة تقريبا بنص يضبط مرجع نظرها الحكمي؟ فاختصاص قاضي الناحية والمحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف ومحكمة التعقيب حددته نصوص خاصة هي على التوالي 39 و40 و41 و42 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وبحكم ما أدخله المشرع ذاته من استثناءات على المبدأ وردت في الفصول من 22 إلى 29 من نفس المجلة.

وتبدو قاعدة الفصل 21 من م.م.م.ت. أقرب إلى مبدأ نظري منها إلى قاعدة عامة عملية مما يجعل من حذفها من المجلة أفضل من بقائها تحاشيا للغموض في النصوص وتضاربها.

**3**- التوسع في مفهوم الإكراه بمجلة الالتزامات والعقود بإقحام الضغوطات الاقتصادية في نطاقه وإعادة صياغة النصوص المتعلقة بعيوب الرضا مثلما تولى ذلك المشرع الفرنسي بالفصل 1143 من التشريع الجديد الذي كرس صراحة الإكراه الاقتصادي. وهو ما سمح بتجديد عيب الإكراه وساهم في إثراء نظرية عيوب الرضا وإدخال ديناميكية على قانون العقد وجعله مواكبا للتطورات الاقتصادية. ويفترض الإكراه الاقتصادي تدخل القاضي لضبط الحدود الفاصلة بين حالة الضرورة ومجرد الحاجة الاقتصادية، وبين الفوائد المشطة والفوائد المعقولة، وبين الاستغلال المرادف للتعسف الاقتصادي والاستعمال العادي لوضعية القوة التي يتمتع بها التعاقد، حتى لا يقع الخلط بين الإكراه الاقتصادي كعيب من عيوب الرضا والاستغلال المفرط لوضعية تبعية اقتصادية أو لوضعية هيمنة في السوق على معنى قانون 15 سبتمبر 2015.

**4**- تطوير واجب الإعلام عبر التنصيص عليه صراحة بالنظرية العامة للعقد، وصياغة نص جديد كالفصل 1112 من التشريع الفرنسي المؤرخ في 10 فيفري 2016 يتضمن تطوير لمفهوم الإعلام وتحديدا لنطاقه عبر تعيين المعاقد الملزم به وتجديد صوره وضبط حالاته وتقرير الجزاء المترتب عن

الإخلال به. فالقيام قضائيا على أساس الإخلال بواجب الإعلام كالتزام تعاقدي يوفرحماية عجزت عن توفيرها نظرية عيوب الرضا، ويسمح بالمحافظة على العقد سواء بتعديله أو القضاء بالتعويض دون إبطاله أو فسخه. وهو ما يساهمفي ترسيخ المفاهيم المعاصرة للعقد باعتباره عملية اقتصادية مؤسسة على المادي والذاتي للقيم المتبادلة وتركيز علاقات تعاقدية مبنية على الثقة وحسن النية في التعامل.

**5**- تعميم حق العدول على جميع النصوص التي تنظم العلاقات التعاقدية والتنصيص عليه ولو في نطاق ضيق بالنظرية العامة للعقد. وتمكين القاضي من تفعيل تقنية العدول دون مواجهته بالأحكام العامة لاسيما مبدأ القوة الملزمة للعقد وذلك بحصرها في العقود التي تتطلب حماية خاصة للملائمة بين القوانين الحمائية والأحكام العامة.

**6**- تنظيم مؤسسة تقادم دعوى البطلان بوضوح كحصر مدتها حتى لا يطول الشك في مدى صحة العقد، استئناسا بالحل الذي أقره المشرع الفرنسي بالفصل 1183 جديد الذي مكن من إنذار من شرعت لمصلحته دعوى الإبطال في أجل ستة أشهر وإلا سقط حقه في القيام القضائي واستقر العقد نهائيا. وهو ما يساهم في بسط الأمن التعاقدي: أمن المتعاقدين من جهة، باعتبار أن كل منهما سيكون على بينة من التزاماته ومدى انقضائها، فالدائن سيكون حريصا على ممارسة الدعوى القضائية في آجالها حتى لا يفقد حقوقه، والمدين سيكون على علم مسبق بالتاريخ الذي بانقضائه يكون في حل من أي التزام تعاقدي وأمن القاضي من جهة أخرى، في تطبيق أحكام واضحة توحد اجتهادات المحاكم عند فصل النزاعات القضائية المتعلقة بدعاوى بطلان العقود.

**7**- الفصل 9 من القانون عـــدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977،الذي ينظم حالة استرجاع المكرى التجاري لإعادة البناء، سقطت منه الفقرة المتعلقة بحق الأولوية، إلا أن الإشارة الصريحة إليه بالفصلين 10 و11 المبينين لكيفية ممارسة المستأجر لحق الأولوية ترجح تمتعه بهذا الحق وتبين أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد سهو من المستحسن أن يقع تلافيه بنص صريح من القانون، خاصة وأن فقه القضاء اتجه إلى الأخذ بثبوت حق المكتري في الأولوية في الإيجار بالعقار الجديد سواء استرجع المالك منه المحل القديم طبق الفصل 8 (استرجاع العقار الذي يخشى منه على سلامة الشاغل أو بناءً على سبب شرعي وخطير) أو الفصل 9(استرجاع العقار لهدمه وإعادة بنائه)، اعتبارا إلى أن الفصلين 10 و11 من القانون لم يفرقا بين حالتي الاسترجاع ونصّا صراحة على حق الأولوية بالنسبة للفصلين 8 و9 ووحّدا بينهما في الإجراءات الواجب على المكتري اتباعها للتمتع بحق الأولوية وفي ترتيب أصحاب الأولوية عند تعددهم . قرار تعقيبي مدني عـــدد 7698 مؤرخ في 20 أفريل 2005، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني لعام 2005، مدني عام، ص. 221.

**8**- حق الأولوية المخول للمكتري المنصوص عليه سواء بالفصل الثامن أو الفصل التاسع من القانون عـــــ37ـــــدد لسنة 1977 يخضع لثلاثة شروط :

أولها إعادة بناء المحل المسترجع.

ثانيا شمول البناء المجدد لمحلات تجارية.

ثالثا قيام المكتري بالإجراءات المنصوص عليها بالفصل 10 والفصل 11 من القانون المذكور.

فإذا لم تتوفر هذه الشروط سقط حق الأولوية، وبالنسبة للفصل الثامن ففي مقدمة هذه الشروط شرط تجديد البناء، غير أنه ليس من الثابت أن المالك أو المستحق (حسب عبارة النص) سيجدد البناء إذ لا شيء في النص يلزمه بتجديد البناء.

أما بالنسبة للفصل التاسع فإن المكتري لا يغادر المحل إلا إذا بدأت أشغال التجديد لذلك لا شيء يمنع المالك من إيقاف الأشغال بمجرد خروج المكتري، أو قد يجدد المالك البناء لكن في شكل محلات سكنى والقانون لا يمنع ذلك.

ثم أن أشغال التهديم وإعادة البناء تستدعي وقتا قد يستغرق سنوات، فهل سيبقى التاجر مكتوف اليدين عاطلا عن العمل طوال هذه المدة، وإن استقر بمكان، فهل يكون من مصلحته تغيير مركزه بعد استقراره مدة تزيد عن السنتين والثلاثة؟

الواضح أن الاسترجاع لتجديد البناء طبق الفصل التاسع هو أمر اختياري يفعّله المالك متى أراد ذلك، دافعه التحسين ولا داعي له غير مصلحة هذا الأخير. وبناءً عليه، فمن المستحسن حذف حق الأولوية وتعويضه بغرامة الحرمان أو بتقديم محل للمكتري يساوي المحل المنتزع منه صفة وموضعا وكفاية لحاجياته وحاجيات تجارته، ولا يبقى حق الأولوية إلا بالنسبة للمحلات غير اللائقة صحيا أو الخطيرة على أصحابها.

**9**- من المتجه إرساء حالة اختصاص جديدة للمحاكم التونسية تُكمّل الحالات العامة الواردة صلب الفصلين 3 و4 من مجلة القانون الدولي الخاص. وتكمن هذه الحالة في معيار استثنائي يُمكّن من تأسيس اختصاص المحاكم التونسية كلما دعت **الضرورة** لذلك في صور لا تستوعبها الأحكام التشريعية المؤسسة للاختصاص الدولي للمحاكم التونسية.

فعدم توفر شروط الفصلين 3 و4 المشار إليهما يؤدي إلى عدم اختصاص المحاكم التونسية بالنظر في النزاع، لذلك تفاديا لإهدار حق المدعي في اللجوء إلى القضاء لاستحالة رفع الدعوى أمام المحاكم الأجنبية (التنقل إلى البلد الأجنبي مع ما يتطلبه من عناء الحصول على التأشيرة وبالإضافة إلى

التكاليف الباهظة للتقاضي في ذلك البلد)، من الممكن إرساء معيار محكمة الضرورة كمعيار جديد للاختصاص الدولي للمحاكم التونسية.

ويمكن تأصيل هذا الاختصاص على الحق الأساسي الذي أتت به العديد من النصوص الدولية وهو حق كل فرد في اللجوء إلى القضاء لعرض نزاعه عليه. (الفصل 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والفصل 14 من الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المصادق عيها من الجمهورية التونسية بالقانون عـــ30-68ـــدد المؤرخ في 1968/12/29)

معيار محكمة الضرورة كحالة استثنائية من حالات الاختصاص الدولي للمحاكم التونسيةقد أخذت به أيضا العديد من القوانين المقارنة من ذلك:

- الفصل الثالث من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص المؤرخ في 1987/12/18:

«Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaire ou administratives suisse du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes»

- الفصل 11 من المجلة البلجيكية للقانون الدولي الخاص المؤرخة في 2004/07/16:

« Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible et qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger »

**ب- المقترحات في المادة الجزائية**

**- مقترحات تعديل القانون الأساسي عدد26 لسنة 2015 مؤرخ في 07 أوت 2015 يتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال**

**- الفصل 4 :** "يخضع الأطفال إلى مجلة حماية الطفل"، وبالرجوع إلى المجلة المذكورة يتبين أنها أخضعت الطفل الجانح بدورها إلى هيئات قضائية مختصة في شؤون الطفولة سواء على مستوى النيابة أو التحقيق أو المحاكمة:

- قاضي أطفال مختص بالنظر في المخالفات والجنح هو قاض من الرتبة الثانية (الفصل 82).

- محكمة أطفال لدى المحكمة الابتدائية المنتصبة بمقر محكمة استئناف، تتألف عند النظر في الجنايات من رئيس من الرتبة الثالثة بخطة رئيس دائرة بمحكمة الاستئناف وقاض من التربة الثانية وقاض من الرتبة الأولى.

- محكمة الأطفال عند النظر في الأحكام الجنائية المستأنفة والصادرة عن محكمة الأطفال لدى المحكمة الابتدائية، وتتألف من رئيس من الرتبة الثانية وعضوين مستشارين يقع اختيارهما من بين الأخصائيين في شؤون الطفولة.

- محكمة الأطفال عند النظر في الجنح من رئيس دائرة وعضوين مستشارين من بين الأخصائيين في شؤون الطفولة (الفصل 83)

- دائرة اتهام مختصّة بقضايا الأطفال تتألف من رئيس دائرة لدى محكمة الاستئناف ومستشارين مختصين في شؤون الطفولة (الفصل 84)

وضبط الفصل 74 مرجع النظر الترابي للمحكمة المختصة بمكان إقامة الطفل أو أبويه أو مقدّمه أو بمكان اقتراف الجريمة وعند الاقتضاء بالمكان الذي عثر عليه به أو الذي وضع فيه سواء بصفة وقتية أو بصفة نهائية.

غير أنه وعلى مستوى التطبيق يتعهد القطب القضائي لمكافحة الإرهاب بالقضايا التي تورط فيها أطفال وذلك في كامل أطوار الإجراءات في مخالفة واضحة لأحكام القانون المنظم لعمله الذي لم يحدث هيئات مختصة في قضاء الأطفال، فضلا على مخالفته لقواعد الاختصاص الترابي المضَمّنة بمجلة حماية الطفل التي تهدف من جهة أولى، إلى إبقاء الطفل في محيطه العائلي وعدم فصله عن أبويه، كما تكفل له من جهة ثانية، الحق في مواصلة التمتع بمختلف ظروف الحياة المتناسبة مع المحيط العائلي العادي (الفصل 8).

المقترح هو إما إرجاع الأمور إلى نصابها بالتطبيق السليم لقانون مكافحة الإرهاب ومنع غسيل الأموال، أو تنقيحه في اتجاه إحداث هيئات قضائية مختصة في قضاء الأطفال صلب القطب القضائي لمكافحة الإرهاب.

**الفصل 5 :** "يعد مرتكبا للجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون ويعاقب بنصف العقوبات المقررة لها كل من يحرض، بأي وسيلة كانت، على ارتكابها عندما يولد هذا الفعل، بحكم طبيعته أو في سياقه، خطرا باحتمال ارتكابها".

جرّم الفصل المذكور التحريض على الإرهاب دون أن يأخذ بعين الاعتبار المبدأ عدد 6 من مبادئ جوهانسبورغ الذي أكد على أنه لا يمكن أن يعاقب أي شخص على التعبير باعتباره تهديدا للأمن القومي ما لم يقع اثبات : 1- المقصود من التعبير هو التحريض على العنف بشكل وشيك. 2- بإمكان التعبير التحريض على ذلك العنف. 3- هناك علاقة مباشرة وآنية بين التعبير واحتمال وقوع هذا العنف.

المقترح هو تدقيق ما جاء بالفصل 5 بتحديد:

1-القصد الجنائي المحدد للتحريض على ارتكاب الجريمة.

2-حصر الجريمة في الحالات التي يفترض بها وجود اتصال مباشر وفوري بين التعبير وأعمال العنف أو العنف المحتمل .

**الفصل 45 :** "يمكن لقاضي التحقيق من تلقاء نفسه أو بطلب من النيابة العمومية، الإذن بتجميد المكاسب المنقولة أو العقارية أو الأرصدة المالية الراجعة لذي الشبهة أو تحديد أوجه التصرّف فيها أو وضعها عند الاقتضاء تحت الائتمان".

المقترح تخويل قضاة التحقيق نفس هاته السلطة فيما يتعلق بجرائم غسل الأموال وليس قصرها على الجرائم الارهابية فحسب مع تنظيم كيفية الطعن في مثل تلك القرارات.

**الفصل 54 :** "في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث يمكن اللجوء إلى اعتراض اتصالات ذوي الشبهة بمقتضى قرار كتابي معلل من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق ".

نفس الفصل نجده بالقانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت 2016 يتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص ومكافحته: "في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث يمكن اللجوء إلى اعتراض اتصالات ذوي الشبهة بمقتضى قرار كتابي معلل من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق." (فصل 32)

هذا الفصل لم يتضمن تعريف دقيق للمقصود بضرورة البحث، فقد جاءت عبارة المشرع عامة في مجال يقتضي الدقة والوضوح لارتباطه بحرية الأفراد وحرمة حياتهم الخاصة. لذلك اشترطت التشريعات المقارنة توفر سبب معقول أو توفر أمارات قوية أو دلائل كافية خطيرة ومترابطة.

المقترح تعميم استعمال طرق التحري الخاصة في كل الجرائم الخطيرة مع ضبط قائمة حصرية لتلك الجرائم استنادا إلى أن طرق التحري تبقى طرقا استثنائية لا يقع اللجوء إليها إلا في الجرائم الخطيرة –حصرها المشرع المغربي مثلا في الجرائم المرتكبة من العصابات الإجرامية والإرهاب وجرائم القتل وجرائم المخدرات وتدليس العملة والاختطاف والاتجار في الأسلحة.

الفقرة الرابعة من الفصل 58: "إذا تسبب الكشف في ضرب أو جرح أو غير ذلك من أنواع العنف المقررة بالفصلين 218 و319 من المجلة الجزائية ضد المخترق أو زوجه أو أبنائه أو والديه ترفع العقوبة إلى خمسة عشر عاما سجنا وإلى خطية قدرها عشرون ألف دينار".

السؤال هل قصد المشرع الفصل 319 ام الفصل 219 م ج إذ لا يمكن الحديث عن ضرب وجرح مع العنف الخفيف موضوع الفصل 319.

المقترح هو إلغاء عبارة الفصل 319 وتعويضها بالفصل 219.

الفصل 59 : "لا يؤاخذ المخترق جزائيا عند قيامه دون سوء نية بالأعمال التي تتطلبها عملية الاختراق".

المفروض أن يقع تحديد هذه الأفعال أو الأعمال على سبيل الحصر مثلما فعل ذلك المشرع الجزائري صلب الفصل 65 مكرر 14 من م ا ج وحتى لا يتحول هذا الفصل إلى ترخيص لارتكاب تجاوزات.

كما انه من المفروض أن تضاف فقرة ثانية للفصل 59 نصها كالآتي" ولا يجوز تحت طائلة البطلان أن تشكل هذه الأعمال تحريضا على ارتكاب جرائم".

**الفصل 64 :** يقابله الفصل 42 من قانون منع الاتجار بالأشخاص.

الفصل 42 من قانون منع الاتجار بالأشخاص: "يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها خمسة آلاف دينار كل من يتعمد اعتراض الاتصالات والمراسلات أو المراقبة السمعية البصرية في غير الأحوال المسموح بها قانونا ودون احترام الموجبات القانونية. والمحاولة موجبة للعقاب"

الفصل 64 : "يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها ألف دينار، كل من يتعمد اعتراض الاتصالات والمراسلات أو المراقبة السمعية البصرية في غير الأحوال المسموح بها قانونا ودون احترام الموجبات القانونية. والمحاولة موجبة للعقاب".

لا نرى سببا لاختلاف العقوبة بين النصين رغم وحدة موضوعهما ثم انه من الغريب أن يكون العقاب في جرائم الاتجار اشد من نظيره في جرائم الإرهاب.

**الفصل 65 :** "لا يمكن استعمال وسائل الإثبات التي وقع جمعه بمناسبة عملية اختراق أو اعتراض أو مراقبة سمعية بصرية إلا في حدود إثبات الجرائم المعنية بالبحث أو غيرها من الجرائم الإرهابية".

المفروض ان تضاف جملة لهذا الفصل " أو من الجرائم التي يخول فيها المشرع استعمال طرق التحريات الخاصة".

**الفقرة الخامسة من الفصل 65 :** "وتعدم جميع الوسائل في حالة انقضاء الدعوى العمومية بمرور الزمن أو في حالة صدور قرار بات بالحفظ".

لا يمكن الحديث عن قرار بات بالحفظ صادر عن النيابة العمومية لاستقرار فقه قضاء محكمة التعقيب أنها قرارات إدارية يمكن الرجوع فيها في أي وقت كما انه لا يمكن الحديث عن قرارات باتة صادرة عن قلم التحقيق لإمكانية إعادة التحقيق لظهور أدلة جديدة عملا بأحكام الفصل 121 م ا ج.

**الفصل 68 :** "تتولى اللجنة الوطنية لمكافحة الإرهاب اقتراح التدابير اللازمة التي ينبغي اتخاذها بخصوص تنظيمات أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون على ضوء ما تجمع لديها من معلومات وسوابق قضائية ضمن تقارير توجه لرئيس الجمهورية ورئيس مجلس نواب الشعب ورئيس الحكومة وللجهات الإدارية المعنية ".

لم يقر قانون 7 أوت 2015 بصفة صريحة إجراءات خاصة للطعن في قرارات التصنيف أو طلب مراجعتها وتعديلها والتعويض عن الأضرار المترتبة عنه والمقترح إيراد فصول تنظم تلك الإجراءات. ويوصي المقرر الخاص المعني باحترام حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب بان يتولى القضاء في كل بلد ضبط قائمة الأفراد والمنظمات الإرهابية وشطبهم منه.

**الفصل 71 :** "تتخذ التدابير الكفيلة بحماية كل من أوكل لهم القانون مهمة معاينة الجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون وزجرها من قضاة ومأموري ضابطة عدلية ومأموري الضابطة العدلية العسكرية وأعوان ديوانة وأعوان سلطة عمومية. وتشمل تدابير الحماية أيضا مساعدي القضاء والمخترق والمخبر والمتضرّر والشهود وكل من تكفّل، بأي وجه من الأوجه، بواجب إشعار السلط ذات النظر بالجريمة".

- تعويض عبارة المتضرر الواردة بالفصل 71 بمصطلح الضحية.

- غياب تعريف تشريعي دقيق للضحية. وقد آن الأوان أن يتضمن تشريعنا الوطني تعريفا دقيقا للمقصود بالضحية على معنى قانون الإرهاب أسوة بما فعله المشرع في قانون الاتجار بالأشخاص.

- اقتراح إضافة فصل موضوعه تخصيص المبالغ المتأتية من المصادرة لتعويض ضحايا الإرهاب، وذلك في سياق جعل تشريعنا الوطني في تناسق مع الاتفاقية المتعلقة بمنع تمويل الإرهاب وقرار مجلس الأمن عدد 1566 لسنة 2004 بشأن التعاون التام في مكافحة الإرهاب :" تنظر كل دولة طرف في إنشاء آلية تنص على تخصيص المبالغ التي تتأتى من عمليات المصادرة لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية أو تعويض أسرهم".

**- مقترحات تنقيح آجال سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن**

1-باستقراء أحكام الفصل 13 من القانون عدد52 لسنة 1992 والمتعلق بالمخدرات، يتضح أنه يمدد في أجل سقوط الدعوى العمومية إلى خمسة أعوام إذا كانت ناتجة عن جنحة (جنحة الاستهلاك) ويحافظ على الأجل العام لسقوط الدعوى العمومية والمقدر بعشرة أعوام إذا كانت الدعوى ناتجة عن جناية (جناية الاتجار في المخدرات). ويستنتج مما سبق أن السياسة الجنائية للمشرع التونسي في مادة المخدرات تعتبر سياسة غير عادلة وغير ناجعة لسببين على الأقل.

**السبب الأول :** إن التمديد في أجل سقوط الدعوى العمومية في الجنح يعني السماح للنيابة العمومية بتتبع وإحالة مستهلكي المخدرات وتقديمهم للمحاكمة لأطول فترة ممكنة. وهذا من شأنه أن يقضي على المستقبل الدراسي والمهني لمستهلكي المخدرات وخاصة للمبتدئين منهم.

ويتمثل **السبب الثاني** في إحجام المشرع عن التمديد في الأجل العام لسقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن بالنسبة للجنايات فيمادة المخدرات وهو ما من شأنه حماية مصالح الفئة الخطيرة من تجار المخدرات التي تهدد مصالح مستقبل الشباب وتعريض صحتهم للخطر.

ولهذا يتعين تدخل المشرع لتنقيح أحكام هذا القانون وذلك بالتمديد في مدة سقوط الدعوى العمومية الناتجة عن الجنايات في مادة جرائم المخدرات إلى أجل ثلاثين سنة كاملة أسوة بالتشريع الفرنسي والتقليص من مدة سقوط الدعوى العمومية الناتجة عن الجنح المرتبطة بالمخدرات.

2- اقتضى الفصل 5 من م ا ج أن مدة احتساب تقادم الدعوى العمومية ينطلق من يوم وقوع الجريمة. لم يأخذ النص المذكور بعين الاعتبار بعض الصور التي تقتضي تأجيل سريان التقادم إلى ما بعد يوم ارتكاب الجريمة:

- لم يؤجل النص انطلاق احتساب سريان التقادم بالنسبة للجرائم المرتكبة ضد الأشخاص الذين يوجدون في وضعية هشة بسبب صغر السن، خلافا للمشرع الفرنسي الذي وحفاظا على مصلحة القصر خير تأجيل انطلاق احتساب تقادم الدعوى العمومية بالنسبة للجنح والجنايات المرتكبة ضد الأطفال من طرف أصولهم الشرعيين أو الطبيعيين أو بالتبني أو من طرف أي شخص له سلطة عليهم إلى حين بلوغهم سن الرشد. كذلك الأمر بالنسبة للقانون المغربي الذي اقتضت المادة الخامسة من المسطرة الجنائية أن " مدة تقادم الدعوى العمومية الناجمة عن الجرائم المرتكبة ضد الأطفال إذا ارتكبها أحد أصوله أو من له عليه سلطة أو كفالة ينطلق احتسابها ابتداء من تاريخ بلوغ الضحية سن الرشد المدني."

وبناء على ما تقدم يتحتم على المشرع التونسي أن يواكب التشريعات الحديثة وذلك بتنقيح أحكام مؤسسة التقادم الجنائي وذلك بالتنصيص على انطلاق سريان مدة تقادم الجرائم المرتكبة ضد الأطفال من يوم بلوغهم سن الرشد لا من يوم ارتكاب الجريمة وذلك حماية لمصلحة هذه الفئة الهشة من الضحايا.

فالطفل لا يدرك معنى وخطورة الجرائم المرتكبة ضده بسبب صغر سنه خاصة إذا ارتكبت الجريمة من طرف أحد أفراد عائلته.

- عدم تأجيل انطلاق احتساب سريان مدة التقادم بالنسبة للجرائم المالية المرتكبة من قبل الموظف العمومي. فالدعوى العمومية الناشئة عن الجرائم المرتكبة من قبل الموظفين العموميين أو أشباههم حال مباشرتهم لوظائفهم بمرور ثلاث سنوات من تاريخ ارتكابها إذا كانت ناشئة عن جنحة وبمرور عشرة أعوام إذا كانت ناشئة عن جناية وتحتسب مدة التقادم ابتداء من يوم ارتكاب الجريمة.

هذا الحل لا يلتقي مع الجهد اللازم لمقاومة جرائم نهب المال العام وكان من الوجيه تمكين النيابة العمومية من متسع من الوقت لتتبع مرتكبي هذه الجرائم وذلك بالتخلي عن احتساب سريان مدة التقادم من يوم ارتكاب الجريمة وإقرار احتسابها من يوم انتهاء خدمة الموظف أو زوال صفته. فطالما ظل الموظف يشغل منصبه فثمة احتمال غالب في ان يستطيع إخفاء جريمته حتى تنقضي مدة تقادم الدعوى العمومية الناشئة عن الجريمة.

# الكتاب الرابع

# نشاط محكمة التعقيب

## I- النشاط القضائي

وصف النشاط الذي قامت به محكمة التعقيب وماهيته في الفترة التي يغطيها التقرير هو جزء من الإسهام في إنشاء نظام توثيقي لمحكمةالتعقيب.

فنشر قرارات الدوائر المجتمعة وأهم القرارات الصادرة عن دوائر محكمة التعقيب، يُمكّن من النفاذ إلى مصدر من مصادر القانون، ويحقق بالتالي توقع تطبيق القاعدة القانونية، ويدعّم مصداقية مرفق العدالة تبعا لسبق علم المتعاملين معه بتوجهاته.

### 1- فـقه القضاء

#### أ- قرارات الدوائر المجتمعة

**- قرارات الدوائر المجتمعة الصادرة في المادة المدنية:**

*** مرافعات مدنية وتجارية**

**خطأ بيّن :**

**قرار الدوائر المجتمعة عـ350/2015ـــدد بتاريخ 2017/03/02**

«حيث إن الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن إستثنائية تخوّل للدوائر المجتمعة في حدود نطاق ضيّق مراجعة قرار تعقيبـي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب متى توفرت حالة من الحالات الثلاث المنصوص عليها حصرا بالفصل 192 من م.م.م.ت. وهي :

**أولا :** إذا بني قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

**ثانيا :** إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّره غير منطبق.

**ثالثا :** إذا شارك في القرار ممن سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث يتمثل الإشكال القانوني المطروح على الدوائر المجتمعة في معرفة إن كانت مشاركة القاضية السيدة "وفاء بسباس " في النظر في الموضوع المطروح في قضية الحال في مناسبتين لكن بسند مختلف وفي مرحلتين مختلفتين من التقاضي أولاهما سلبا "برفض الدعوى" يشكل صورة من صور الخطأ البيّن المنصوص عليها بالحالة عدد 3 من الفصل المشار إليه أعلاه؟

وحيث إن المشرع لم يعرّف الخطأ البيّن كسبب يبرّر الطعن بالتعقيب كما لم يحدّد مفهوما لعبارة "المشاركة في القرار ممن سبق منه النظر" كخطأ بيّن يوجب تدخّل الدوائر المجتمعة وهو مفهوم يرتبط بالهدف والمبرّر من إرساء هذه القاعدة كحالة من حالات الطعن والذي يأتي في إطار تكريس مبدأ أساسي من المبادئ العامة المنظمة لمرفق العدالة عموما والمتمثل في مبدأ حياد القاضي والذي من مستخلصاته ألا يشارك القاضي أكثر من مرّة في نظر ذات النزاع وبين نفس الموضوع ولذات السببين بما يؤدي ذلك إلى القول بأن القاضي سبق له النظر في الموضوع.

وحيث ولئن كان الرّأي متأرجحا في الفقه والقضاء في تحديد دقيق لمعنى "سبق النظر في الموضوع " إلا أن معظم الرّأي يتجه إلى اعتبار أن معنى تلك العبارة وبما أنه يندرج ضمن مادة الإجراءات فإن تفسيره لا يكون إلا تفسيرا ضيّقا بما يقتضي ذلك توفر أمرين :

1- أن يكون نظره في نفس المسار القضائي

2- أن يتعلق الأمر بنفس الموضوع سواء بالنسبة للوقائع أو السند القانوني أو الطلبات

وحيث إنه من الواضح بالرجوع إلى ما تضمنه الملف من أوراق فإن مشاركة السيدة القاضية "وفاء بسباس " بالنظر في موضوع قضية الحال لئن كان في مناسبتين وإنما كان في مسارين مختلفين في التقاضي،إذ كانت المشاركة الأولى بالطور الاستئنافي بموجب القرار عدد 7998 القاضي بالنقض والقضاء مجددا لصالح الدعوى بالتعويض وذلك في إطار قيام المدعي في الأصل بطلب التعويض على أساس قانون حماية المستهلك إلا أن ذلك المسار قد تم سلبا لأنه تم نقض القرار الاستئنافي بالطور التعقيبي كما قضت محكمة الإستئناف المعروض عليها القضية بموجب الإحالة بالنقض والقضاء مجددا برفض الدعوى، لأن القانون المذكور لا يكون أساسا للدعوى أما المشاركة الثانية فكانت لدى الطور التعقيبي بالقضية المطعون فيها الآن في إطار إعادة قيام الطالب في الأصل بدعوى أخرى على أساس سند جديد وهو ضمان عيوب المبيع بم إ ع وقد تم فيها رفض مطلبي التعقيب أصلا.

وحيث وترتيبا عمّا سلف بيانه فإن مسار التقاضي الذي شاركت فيه القاضية السيدة "وفاء بسباس " في المناسبة الأولى انتهى برفض الدعوى ممّا جعل الطالب يعيد القيام مجدّدا بسند وأساس قانوني جديد لتشارك القاضية المذكورة في آخر ذلك المسار وبالطور التعقيبي وبالتالي فإن المشاركة كانت ضمن مسارين مختلفين من التقاضي مما لا يتحقق معه الشرط الثالث من الفصل 192 من م.م.م.ت. ولا يعدّ ذلك سبقا للنظر منها في الموضوع لاختلاف الأساس ولا يمكن أن يكون تبعا لذلك

الطعن المؤسّس على الخطأ البيّن في طريقه لعدم تحقق مقصد المشرع من وضع القاعدة وهو ما يقتضي رفض الطعن أصلا.»

**قرار الدوائر المجتمعة عـــــ370/2016ـــدد بتاريخ 2017/03/02**

«حيث نص الفصل 192 م.م.م.ت. أن الدوائر المجتمعة تنظر أيضا:

" 2-عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر، ويعتبر الخطأ بيّنا:

-إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح."

وحيث استقرّ فقه قضاء محكمة التعقيب على اعتبار ان الغلط هو الذي لا يمكن الاختلاف في ثبوته لشدّة وضوحه على أن يكون مبنيا على مجرد السّهو أوالغفلة.

وحيث تمثل الإشكال القانوني المطروح في قضية الحال في معرفة بداية العدّ في الأجل الواجب اعتماده في تقديم مستندات الطعن.

وحيث تبيّن بالرجوع إلى القرار المطعون فيه والمطلوب تصحيحه لانبنائه على خطأ بيّن أن محكمة القرار المنتقد اعتبرت بأن مستندات الطعن بالتعقيب قد قدمت خارج الأجل القانوني المنصوص عليه بالفصل 185 م.م.م.ت. ضرورة أن المطلب قدّم في 2015/1/28 بينما لم تقدّم مستندات التعقيب إلا بتاريخ 2015/2/27 محتسبة بذلك لليوم الأوّل من تقديم مطلب التعقيب.

وحيث اقتضى الفصل 140 م ا ع أن "يوم ابتداء عد مدّة الأجل لا يكون معدودا منه وان قدر بالأيام فإنه يتم عند تمام اليوم الأخير منه" كما نص الفصل 3 من القانون عدد 31 لسنة 1965 المؤرخ في 1965/7/24 المتعلق بالرزنامة الرسمية للجمهورية التونسية أنه "تحتسب الآجال وفقا للأحكام الواردة بالفصول 140 و141 و142 و143 من مجلة الالتزامات والعقود إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

وحيث يفهم مما سبق بيانه أن يوم ابتداء عدّ مدة الأجل لا يكون معدودا منه.

وحيث واعتمادا على أحكام الفصل 140 م إ ع فإن الطعن بالتعقيب بتاريخ 2015/1/28 وتقديم مستندات التعقيب في 2015/2/27 يكون في الأجل القانوني اعتبارا بأن يوم ابتداء عدّ الأجل لا يعدّ.

وحيث أن محكمة القرار المنتقد لما قضت برفض مطلب التعقيب شكلا تكون قد أخطأت في تطبيق أحكام الفصل 140 م اع المذكور ووجب بذلك تصحيح قرارها اعتمادا على مقتضيات الفصل 192 م.م.م.ت.

**قرار الدوائر المجتمعة عـــــ362/2015ـــدد بتاريخ 2017/03/02**

«حيث اقتضى الفصل 192 من م.م.م.ت.أن الدوائر المجتمعة تنظر أيضا:

1 /عند وجود خطا بين في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويعتبر الخطأ بينا

2 /إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح....

وحيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على اعتبار أن الغلط هو الذي لا يمكن الاختلاف في ثبوته لشدة وضوحه على أن يكون مبنيا على مجرد السهو أو الغفلة

وحيث تبين بالاطلاع على القرار المطعون فيه أن الدائرة التي أصدرته اعتبرت أن نائب الطاعنة لم يدل ببطاقة الإعلام بالبلوغ وأن عدم حضور من ينوب المعقب ضده يجعل إجراءات التبليغ مختلة ورتبت على ذلك رفض مطلب التعقيب شكلا.

وحيث خلافا لما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه فانه ثبت بالاطلاع على أوراق الملف ومحضر التبليغ وكشف المؤيدات أن تبليغ مستندات التعقيب تم طبق أحكام الفصل 8 من م.م.م.ت. حسب المحضر عدد 77066 المبلغ بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ احمد البجاوي بتاريخ 11 مارس 2015 وان نائب المعقبة أضاف أصل علامة البلوغ المتعلقة بالمحضر المذكور وبالتالي فان التبليغ تم طبق الإجراءات والآجال القانونية.

وحيث ترتيبا على ذلك تكون المحكمة بقضائها برفض التعقيب شكلا قد وقعت في غلط واضح انبنى على السهو والغفلة عن إضافة بطاقة الإعلام بالبلوغ من قبل نائب المعقبة وتوفر بذلك وصف الخطأ البين طبق ما نص عليه الفصل 192 من م.م.م.ت. الذي يستوجب الإصلاح وذلك بإبطال قرارها وإرجاع القضية للسيد الرئيس الأول للإذن بإعادة نشرها بدائرة أخرى لمواصلة النظر فيها.»

**قرار الدوائر المجتمعة عـــــ366/2016ـــــدد بتاريخ 2017/03/30**

«حيث اقتضى الفصل 192 من م.م.م.ت.أنه يعتبر خطأ بينا :

1- إذا إنبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

2- إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق.

3- متى شارك في القرار من سبق له النظر في الموضوع.

وحيث ينضوي مطلب الحال تحت الصورة الأولى من الفصل 192 من م.م.م.ت. وهو انبناء قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

وحيث أن الغلط الواضح حسب فقه قضاء محكمة التعقيب هو الذي نجم عن سهو أو غفلة دون أن يكون من باب الآراء والاجتهادات القانونية.

وحيث تبين من القرار محل الطعن انه قضى بالرفض شكلا لعدم تقديم نسخة الحكم ومذكرة بيان أسباب الطعن بما يفيد التبليغ في اجل الثلاثين يوما من تاريخ تسليم نسخة الحكم العقاري طبق أحكام الفصل 357 ثالثا من م ح ع.

وحيث بالرجوع لأوراق ملف القضية يتضح ان نائب المعقبين تسلم نسخة حكم التسجيل موضوع الطعن بالتعقيب بتاريخ 20 فيفري 2015 وقدم عريضة الطعن وما يفيد تبليغها للمعقب ضدهم ونسخة الحكم يوم 23 مارس 2015.

وحيث يبتدأ الأجل القانوني من تاريخ 21 فيفري 2015 وينتهي يوم 22 مارس 2015 الذي يصادف مع يوم عطلة أسبوعية (يوم أحد).

وحيث اقتضى الفصل 143 من م ا ع انه إذا وافق حلول الأجل يوم عيد رسمي اعتبر مكانه اليوم الذي يليه مما ليس بعيد.

وحيث وطالما أن يوم حلول الأجل هو يوم 22 مارس 2015 وهو يوم راحة أسبوعية فان الأجل يمتد إلى اليوم الذي يليه أي يوم 23 مارس 2015 وهو اليوم الذي تولى فيه نائب المعقبين ايداع مستندات التعقيب والوثائق المصاحبـــــــة لها بكتابة المحكمة ويكون قد احترم الأجل المنصوص عليه الفصل 3.57 ثالثـــا من م ح ع.

وحيث أن محكمة الحكم المنتقد بالصورة التي قضت بها تكون قد وقعت في غلط واضح مما يتعين معه قبول مطلب تصحيح الخطأ البين وإلغاء القرار المنتقد وإحالة القضية على السيد الرئيس الأول للإذن بإعادة نشرها.»

**شروط انعقاد الدوائر المجتمعة :**

**قرار الدوائر المجتمعة عـــ19190ـــدد بتاريخ 2017/11/09**

«حيث اقتضى الفصل 191 من م مم ت أن "القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم لنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيأ للفصل."

وحيث يؤخذ من النص المتقدم أن الطعن يُعرض على محكمة التعقيب بدءًا من أحد الخصوم وتنظر فيه الدائرة المحال عليها الملف، فإذا أصدرت قرارها بالنقض والإحالة إلى المحكمة التي أصدرت القرار الذي تم نقضه أو لمحكمة أخرى متساوية الدرجة تعيد محكمة الإحالة النظر في النزاع فيما تسلط عليه الطعن وتصدر من جديد حكمها. فإذا ما حدث تعقيب ثان يجب حينئذ التفريق بين صورتين :

- **الصورة الأولى:** الطعن الثاني مؤسس على سبب جديدغير السبب الأول الواقع من أجله النقض، يحال حينها الطعن على دائرة من دوائر محكمة التعقيب.

- **الصورة الثانية:** الطعن الثاني مؤسس على **نفس السبب القانوني** الواقع من أجله النقض، يحال إذاك الطعن على الدوائر المجتمعة لتتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع الاتفاق فيها بين محكمتي الإحالة بصفة تتعارض مع موقف دائرة محكمة التعقيب التي قضت بالنقض.

وحيث إن محكمة التعقيب لا تنظر، تبعا لذلك، بدوائرها المجتمعة إلا إذا كان سبب مطلب التعقيب هو **نفس السبب القانوني** الذي كان قُرّر النقض من أجله، أما إذا كان السبب لا يتعلق بتطبيق القانون الموضوعي وإنما بخلل في الحكم **كضعف في تعليله** فإن الطعن من هذا القبيل ولو تكرر لا يكون موجبا حسب الفصل 191 من م مم ت لعرض القضية على الدوائر المجتمعة.

وحيث تبين من الأوراق أن محكمة الاستئناف بالمنستير في القضية عـــ36302ـــدد اعتبرت مصاريف العلاج التي بذلتها المستأنف ضدها مطابقة للتعريفات الإطارية، فتعقبته شركة الضمان وقررت محكمة التعقيب النقض والإحالة **لضعف التعليل** بناءً على أنها لم تناقش الجدول الذي ضبط مصاريف التداوي وتعريفة الأعمال المهنية ولم تبين كيف توصلت إلى قيمة التعويض الذي قضت به. وبإعادة نشر القضية ذهبت محكمة الإحالة إلى أن التعريفات الإطارية المتفق عليها تهم شركات التأمين والمؤسسات الاستشفائية ولا يمكن معارضة المتضررين بها، وهو ما دعى شركة التأمين إلى الطعن فيه ثانية **لخرق القانون.**

وحيث طالما تعلقت صورة الحال بالنقض من محكمة التعقيب لقصور في التعليل لعدم مناقشة الدفوع المثارة بكيفية مستساغة، فإن محكمة التعقيب المتعهدة بموجب طعن ثان مختلف تتولى بنفسها البت في القضية دون ضرورة أو مبرر لإحالتها على الدوائر المجتمعة لانتفاء وجود خلاف حول مسألة قانونية تَعارَض فيها موقف محكمة التعقيب مع محكمتي الإحالة.

وحيث أضحى انعقاد الدوائر المجتمعة غير مبرر وتعين لذلك رفض التعهد وإرجاع القضية إلى السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للإذن بإعادة نشرها.»

**إمضاء المحامي بعريضة الدعوى**

**قرار الدوائر المجتمعة عـــــــ17406ـــــــدد بتاريخ 2017/11/09**

«حيث انحصر الإشكال القانوني في الجانب الشكلي بخصوص عريضة افتتاح الدعوى ومدى وجوب تضمّنها إمضاء المحامي نائب المدعي في الأصل وختمه.

وحيث دفع نائب المعقبة ببطلان إجراءات رفع الدعوى الابتدائية لمخالفتها أحكام الفصل 69 من م.م.م.ت. وذلك لعدم ختمها وامضائها من قبل محامي القائم بالدعوى.

وحيث اقتضى الفصل 69 المذكور أنه "ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب يبلغ نظيرا منها مصحوبا بنسخ من المؤيدات للمطلوب بواسطة عدل منفذ وتتعدد النظائر والنسخ بتعدد المطلوبين"

وحيث خلافا لما تمسك به نائب الطاعنة فإن أحكام النص القانوني المذكور لم توجب إمضاء المحامي للعريضة وإنما توجب فقط تحريرها بواسطة محام خلافا للمحاضر التي يحررها العدل المنفذ التي اشترط فيها صراحة بالفصل 6 من م.م.م.ت. الإمضاء، ولا مجال لاشتراط غير المشروط في المادة الإجرائية لأن المعتبر فيها شكلياتها.

وحيث توفّرت في العريضة موضوع النزاع عدّة قرائن على أنها محرّرة من المحامي نائب المدعي في الأصل وتأيّدت بتعيين مكتب المحامي محل مخابرة المعقب ضده وحضوره بالجلسات التي اقتضاها سير القضية وتسلمه مأمورية الاختبار الطبي.

وحيث أن من المبادئ الإجرائية الأصولية هو مبدأ النزاهة في التقاضي والذي يتجسد في قضية الحال ولا مجال للتمسك بخلافه طبقا لما سلف بسطه من حضور للمحامي بالجلسات واستيفاء لحق الدفاع.

وحيث فضلا على ذلك فقد بيّن المشرع بالفصل 71 من م.م.م.ت. أوجه بطلان عرائض الدعوى وعدّدها على سبيل الحصر دون ذكر إمضاء المحامي ودون ترتيب أي جزاء في صورة افتقار العريضة لإمضاء وختم محرّرها، ضرورة أن الاجراء المذكور لا يتعلق بالإجراءات الأساسية الموجبة للبطلان على معنى الفصل 14 من م.م.م.ت.

وحيث أن إمضاء عدل التنفيذ لا يعيب العريضة وهو أمر قانوني طالما أنه مكلّف بتبليغها، والتبليغ يفترض الامضاء ولا يحلّ محلّ إمضاء المحامي الذي حرّرها.»

*** مدنـــــــي**

**دعوى بليانية**

**قرارالدوائر المجتمعة عــ22849ـدد بتاريخ 2017/03/02**

«* في خصوص الطعن المتعلّق بالأخطاء المادية :

حيث خلافا لما أثاره الطاعن فإن استقراء القرار المطعون فيه وكافة الإجراءات في القضية يبرز أنه لا أساس للطعن المتعلق بخرق أحكام الفصل 19 من م.م.م.ت. ذلك أن الأخطاء المادية المتسرّبة لهويات بعض العمال المعقب ضدهم الآن لا ينبغي أن ينبني عليها الطعن بالتعقيب طالما أن تجاوز تلك الأخطاء إن كان قد أتاحه المشرع بمنطوق الفصل 256 من م.م.م.ت. وذلك بمجرد مطلب في الغرض يقدم للمحكمة التي أصدرته التي تتولى دائما الإصلاح ولو بصورة تلقائية وذلك لتفادي الغلط في الرسم والغلطات المادية في الاسم أو الحساب وغير ذلك من الاختلالات المبينة من نوع ما ذكر . وهو ما يكون معه الطعن في هذا الخصوص غير مستند لما من شأنه الأخذ به وتعيّن ردّه.

*عن بقية المطاعن لترابطها واتحاد القول بشأنها :

حيث أنه من مقتضيات الإحاطة بالدعوى البوليانية بخصوص شروطها وآثارها القانونية هو تنزيلها منزلتها بمجلة الالتزامات والعقود طالما جاء بالعنوان الخامس منها: "فيما يترتّب على الإلتزامات "

والباب الرابع منه : "في بعض وسائل يحصل بها الوفاء بالعقود "

وهو يتضمّن ثلاثة أقسام :

1- "العربون "

2- "في قيام الدائن بإبطال عقود مدينه وبالحلول محلّه فيما له على الغير "

3- "في حق الحبس "

وحيث أنّ منطوق الفقرة الأولى من الفصل 306 من م إ ع قد ورد تحت عنوان "في قيام الدائن بإبطال عقود مدينه وبالحلول محلّه فيما له على الغير " ثمّ أنّ الفقرة الأولى المذكورة تتضمّن أنّه : "يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في العقود التي تمّمها مدينهم بأنّه تمّمها لإضرارهم في حقوقهم تغريرا وتدليسا " وقد تضمنت تلك الأحكام استثناء وحيدا لحق القيام بتلك الدعوى ومفاده : "لكن دون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالميراث " وهكذا تجب ملاحظة أن هذا الاستثناء لم يتضمن الإشارة لعدم نفاذ الآثار القانونية للدعوى البوليانية بشأن الحقوق العينية المسجلة خلافا لما أثاره الطاعن بخصوص الحجّية المطلقة لأحكام التسجيل العقاري وقرارات التحيين بشأن الرسوم المجّمدة.

وحيث خلافا لما أثاره الطاعن فإنّ استقراء الحكم المطعون فيه ومظروفات ملف القضية يبرز أنّ الطاعن تغافل عن كون المدين م.أ. كان بتاريخ 14 جويلية 2000 اشترى الأسهم من الشركة الأمّ وهي شركة ألمانية غير مقيمة تنشط في مجال الخياطة وصناعة الملابس الجاهزة والمخصّصة للتصدير كلّيا وهي تباشر نشاطها تحت المراقبة الدائمة والمباشرة لإدارة الديوانة التونسية وهي شركة خفية الاسم، وأنّ شراءه الأسهم كان "مقابل ثمن يدفع أقساطا ومشاهرة بداية من يوم 1 جانفي 2001" وأنّ الشراء لم تتمّ تسويته إلا بتاريخ 17 جوان 2009 على نحو بنود الإتفاق المسجّل بالقباضة المالية ببنبلة بتاريخ 14 جويلية 2009 تحت عدد 09800481. وهذه ملابسات شراء الأسهم من الوكيل م.أ. هي التي أهملها لسان الدفاع عندما نعى على القرار المنتقد تحريف الوقائع.

وحيث يتبيّن أنّ المدعو م.أ. و ل.ل. غيّرا منذ تاريخ 28 ماي 2002 القانوني الأساسي للشركة المذكورة بأن أصبحت شركة محدودة المسؤولية بين الطرفين أي قبل تسوية عملية شراء الأسهم على النحو المبين أعلاه وهي شركة ذات رأس مال جملي بلغ 490000 دينارا ومقرها بالمنطقة الصناعية ببنبلة ومعرّفها الجبائي عدد09796 Nوهي تسمّى "شركة ب.ب." وتمّ تعيين وكيلها م.أ. للسهر على تسييرها ومواصلة نشاطها الصناعي والتجاري إلا أنّه وبتاريخ 11 سبتمبر 2004 تمّ قبول إسقالة الوكيل م.أ. وتعيين الوكيل الجديد م.ص. وذلك بموجب القرار الصادر بتاريخ 23 جويلية 2004 والحال أنه بتاريخ 26 ديسمبر 2003 انعقد مجلس الإدارة بناء على طلب وكيل شركة ب.ب. المدعو م.أ. بعد ضبطه لديون الشركة البالغة : 639520 دينارا وقرر لكلّ ذلك بيع العقار التابع لها وضبط قيمته

المالية يوم 31 ديسمبر 2003 بمبلغ : 168.640 دينارا إلا أن ثمن البيع لفائدة شركة م.أ. المذكور كان بمبلغ 310.000.000دينارا وهي المشترية "شركة ف."

وحيث اعتبارا لما سلف الإلماع إليه من ظروف محيطة بشراء الأسهم وملابساته فقد بقي العملة دون خلاص أجورهم ومستحقاتهم عن خدمتهم الفعلية لفائدة مؤجرتهم رغم أنّ أقدمية أغلب العملة ترجع إلى تاريخ بعث الشركة في 23 ديسمبر 1981، ولذلك اضطر أغلبهم إلى اللجوء للقضاء الشغلي لاستصدار أحكاما في الغرض بخصوص أجورهم ومستحقاتهم غير الخالصة فضلا عن التعويض لهم عن طردهم من عملهم بصورة تعسفية إلا أنهم ورغم استصدارهم لتلك الأحكام وحصول عقلة معدات وآلات المحكوم ضدها لم يتحصل العملة على أجورهم ومستحقاتهم تلك، وأمام دخولهم في بداية جويلية 2004 في احتجاجات تعمد الوكيل المذكور بتاريخ 18 أوت 2004 بيع عقاريْ المدينة اللذين يحتويين على وحدتين صناعيتين للخياطة وهما بصدد النشاط والإنتاج بدعوى تسديد ديونها لفائدة المشترية شركته المسماة "شركة ف." في نطاق مقاصة في الغرض طبق عقد البيع المحرر من قبل المحامي حافظ بلحاج بتاريخ 17 أوت 2004 والممضى من قبل الوكيل م.أ. في حق البائعة والمشترية في ذات الحين.

وحيث تكون محكمة الموضوع قد أحسنت استقراء الوقائع وتقدير الأدلة رجوعا إلى أطوار وملابسات شراء الوكيل م.أ. لأسهم الشركة مقابل ثمن يدفع أقساطا ومشاهرة بداية من جانفي 2001 إلى موفى سنة 2003 مما نتج عنه عدم خلاص العملة في أجورهم ومستحقاتهم عن خدمتهم الفعلية لفائدة الشركة، ويبرز كل ذلك من خلال جملة الأحكام الشغلية المظروفة بملف القضية وكذلك العقود ومحاضر الجلسات الواقع إشهارها وتضمينها بالسجل التجاري التابع للشركة ذات المسؤولية المحدود "شركة ب.ب. "، ومن ذلك أنه لم تتم تسوية شرائها للأسهم إلا بتاريخ لاحق يرجع لتاريخ 17 جوان 2009 أي بعد إلحاق الضرر بالعملة الدائنين وبيعه لعقارات المدينة المؤجرة والحال أنّ السجل التجاري يحتوي محضر جلسة في 23 جويلية 2004 تضمن قبول استقالة الوكيل المذكور وتسمية م.ص. وكيلا جديدا وتمّ الاشهار في 24 سبتمبر 2004 كما تضمن كذلك السجل التجاري صدور الحكم التجاري عدد2007/25 بتاريخ 15 فيفري 2008 يقضي بانعدام إمكانية التسوية القضائية وثبوت توقف شركة ب.ب عن الدفع بداية من تاريخ 15 سبتمبر 2006 وتفليسها وإتمام الإجراءات القانونية والإشهارات ووضع الأختام المستوجبة على ممتلكات الشركة والإذن بالتنصيص على كل ذلك بالسجل التجاري.

وحيث وأمام استحالةاستخلاص الدائنون لأجورهم ومستحقاتهم اضطروا لرفع تظلمهم لدى وكيل الجمهورية بالمحكمة الابتدائية بالمنستير ضد الوكيل من أجل التسبب في الإفلاس ، فتم انتداب الخبير في المحاسبة نوفل بوزقرو والذي بيّن صلب تقريره المؤرخ في 26 ماي 2010 أنه خلال فترة الوكيل م.أ. تحسنت الوضعية الاقتصادية والمالية لشركة ب.ب. وتطوّر رقم معاملاتها الذي كان بين 936.451.000 دينارا و1020639.000 دينارا، كما تحسنت المقابيض المالية ، أما الأجور فكانت كتلتها خلال تلك المدة من إشراف الوكيل م.أ. أقل من رقم المعاملات إلا أنه انتهت المحكمة الجزائية للقضاء بانقضاء الدعوى العمومية بمرور الزمن ثم أصبح الوكيل يزعم بأنّ العملة هم المتسببون في تلك الصعوبات الاقتصادية والمالية.

وحيث تكون محكمة الإحالة قد أحسنت تطبيق القانون حين أقرّت توفّر جميع الشروط القانونية للدعوى البوليانية، ومن ذلك الأسبقية الزمنية لصفة القائمين بالدعوى كدائنين، ذلك أنه وبصرف النظر عن ثبوت استصدار الكثير من العملة لسند تنفيذي في أجورهم ومستحقاتهم والتعويض لهم عن استهدافهم للطرد التعسفي كوجود عديد القضايا الأخرى الجارية في ذات الموضوع، فإنه لا بد من التذكير في هذا الخصوص بأن الحكم الشغلي بطبيعته ليس بالحكم المنشأ لحقوق العملة بل هو مقرّ لها ومصرح بها، لكون الحق موجود قبل استصدار السند التنفيذي وكذلك قبل إتمام المدين للبيع تفويتا في عقارات الشركة المحكوم ضدها بالأداء، والحال أنّه لم يقدم أيّة مكاسب مطهّرة قابلة لإبراء ذمة المؤجرة وعرضها على الدائنين لاستنفاذ دينهم منها ، ذلك أن المدين هو المتحمل لعبء الإثبات من أن إتمامه للبيع والتفويت لفائدة شركته "ف" لم يكن تغريرا وتدليسا للإضرار بالدائنين ، إذ في مثل وقائع قضية الحال لا أحد يعرف حقيقة مكاسبه ومغنمه من شراء تلك الأسهم مشاهرة ، أكثر منه والحال أن مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها إلا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض طبق أحكام الفصلين 192 و193 من مجلة الحقوق العينية . خاصة وأنه من المبادئ القانونية أن من كان له التصرف بالنيابة عن غيره ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة ولذلك كله فإنه من المعقولية بمكان أن يبقى عقد البيع المطعون فيه فاقدا لكل حجية قانونية في مواجهة أولئك الدائنين لكون الأصل أن أموال المدين تكفل تنفيذ تعهداته والتزاماته واستخلاص ديونه.

وحيث تأكيدا لسلامة ما انتهت إليه محكمة الإحالة في قرارها المطعون فيه أن الخبير في المحاسبة السيد نوفل بوزقرو انتهى صلب تقريره المشار إليه أعلاه والمضمن بأوراق القضية إلى التأكيد بانتفاء حالة المديونية الواقعية لشركة ب.ب. زمن وكالة وكيلها م.م. وهو أمر ليس للمعقب تجاهله

للادعاء بأن العملة تسببوا في إفلاس المعقبة، كما أنه ليس له تجاهل ملابسات شراء الأسهم وكيفية خلاص قيمتها المالية من بداية سنة 2001 إلى موفى سنة 2003 وذلك أقساطا منجمة ومشاهرة للادعاء بأن القرار المطعون فيه انبنى على تحريف الوقائع وهضم حقوق الدفاع دون الاستناد في ذلك لما يبرر هذا الطعن، ذلك أن شراء الوكيل المذكور لأسهم الشركة كان على حساب العملة ومستحقاتهم وهو الأمر الذي سعى لإخفائه خلال كافة أطوار التقاضي خلافا لما أثاره لسان الدفاع .

وحيث أنه من المبادئ الراسخة فقها وقانونا وقضاء أن عبارة العقد الواضحة تؤخذ على أنّها تعبير أمين عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وفي التزام هذه العبارة للتعرّف على إرادة الطرفين التزاما للإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة، ولكن وراء هذا الافتراض حقيقة ملموسة، هي أنّنا إنما نستخلص الإرادة الحقيقية من الإرادة الظاهرة، لكون التعبير عن الإرادة الباطنة هو الشيء المادّي الذي يقف عنده المتعاملون ويطمئنون إليه في تعاملهم. ولذلك فمن خلال الظروف وملابسات إتمام العقد المطعون فيه انتهت محكمة الإحالة إلى انه لا يجوز للمدين "شركة ب.ب." الاحتجاج على دائنيها بعقد البيع والتفويت والحال أنها على يقين من كونهم لهم عليها حقوقا مكتسبة في استحقاقهم لأجورهم ومستحقاتهم عن خدمتهم الفعلية لفائدتها، خاصة وأن عقد الشغل يبقى قائما بين العامل والمؤجر في صورة تغيير حالة هذا الأخير القانونية خاصة بالبيع أو تحويل المحل أو تكوين شركة، حتى أن إفلاس المؤجر لا يكون سببا لفسخ العقد. ولذلك كله فإنه حسنا فعلت محكمة الإحالة حين اعتبرت أن الدعوى البوليانية تقوم من أساسها على مبدأ إتحاد حق القيام مع حق الاسترداد الممنوح للدائنين متى قبلت دعواهم تلك، ذلك أنه متى كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها فمنطوق الفقرة الأولى من الفصل 306 من م إ ع يخول للدائنين حق استرجاع الممتلكات موضوع الإرادة الظاهرة في التفويت تفعيلا للجزاء المدني عن الإرادة الباطنة في التغرير والتدليس للإضرار بالدائنين وذلك بغية تحويل تلك الممتلكات إلى مبلغ مالي ومن ثمة استخلاص ديونهم خلافا لسوء مقاصد المدين المدلس من تلك الإرادة الظاهرة المضمنة بفحوى العقد المطعون فيه.

وحيث يتضح أنّ المدين بصفته في قضية الحال لم يقتصر دوره على افتعال حالة العسر الظاهرية وإنّما وفي ذات الحين تعمد تمييز الدائنة الوهمية على الدائنين من العمال والحال أن أحكام الفصلين 192 و193 من مجلة الحقوق العينية لا تجيز ذلك حتى أن المشرع يعاقب بالسجن كل تاجر صار عاجزا عن الدفع أو حكم عليه بخلاص دين وارتكب بعد حلول ذلك الدين"خلاص دينا صوريا أو اعترف بديون أو التزامات كأنّها حقيقية وكانت كلها أو بعضها صورية أو ميّز أحد غرمائه بفائدة على الباقين". ثمّ أن المشرع زاد في دعم تلك الثقة والمصداقية في المعاملات حتى أنه جرّم في هذا الخصوص

مجرد المحاولة. كما انه يعاقب كذلك بالسجن الإنسان الذي مراعاة لمصلحة المدين التاجر يتعمد الاستظهار بديون له عليه صوريّة لا أصل لها في حقيقة الأمر الواقع على نحو ما كشفته محكمة الإحالة فيما انتهت إليه دون تحريف للوقائع أو هضم لحقوق الدفاع.

وحيث تأكيدا لسلامة ما انتهت إليه محكمة الإحالة فإنه من الراسخ فقها وقضاء وقانونا أن مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها إلا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض وأنّ من تلك الأسباب هي الامتياز والرهن وحق الحبس وهي كلّها منتفية طالما لم يثبت الدين المزعوم من أساسه، ولذلك يكون إقرار محكمة الإحالة عدم نفاذ عقد البيع المطعون فيه في مواجهة القائمين بالدعوى البوليانية مستندا لما له أصل ثابت بمظروفات ملف القضية دون تحريف للوقائع أو خرق للقانون حتى أنّها أحسنت تطبيق منطوقه نصا وروحا وكرّست أحكام الفقرة الأولى من الفصل 306 من م إ ع على أحسن وجه بما أضحى معه الطعن بهذا الخصوص لا يستند لما من شأنه الأخذ به واقعا ومنطقا وقانونا بعد تغييب الطاعن الملابسات الحقيقية لإتمام العقد المطعون فيه كيفما ورد ذلك بمستندات الطعن بالتعقيب.

وحيث إضافة لما سلف بيانه فإنه لا أساس لتمسك الطاعن بكون العقد المطعون فيه غير قابل للإبطال لسبق إدراجه بدفاتر الملكية العقارية بدفتر خانة بموجب الحكم في التحيين المحرز الحجية القانونية الباتة والتي لا رجوع فيها وغير قابل للطعن بأية وسيلة ولا بأية طريقة كانت ذلك أن محكمة الإحالة أجابت في هذا الصدد وبوضوح أنّ الدعوى البوليانية لا تشكل طعنا في حكم التحيين بل أن موضوعها الطعن في عقد البيع الفاقد لكل أساس واقعي ومنطقي عدى كونه تم تحريره للإضرار بالدائنين ومنعهم من استخلاص ديونهم ، بإفراغ ظاهري للذمة المالية بعد احتجاج المدين بعقد البيع المطعون فيه. والحال أنّ منطوق الفصل 306 من م إ ع في فقرته الأولى يكرس مبدأ إتحاد حق القيام مع حق الاسترداد الممنوح للدائنين قانونا ذلك أن المشرع جعل استثناء واحدا لهذا الأثر القانوني الناجع والفعال وهو : "لكن دون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالميراث"، وهذا الاستثناء وخلافا لما أثاره الأستاذ كمال بوبكر المناري في حق المعقبة لا ينسحب على العقود التي شملها التسجيل العقاري أو قرار التحيين على النحو الوارد بمستندات التعقيب والمتعلق بمخالفة أحكام الفصل 27 من القانون عدد34 لسنة 2001 والمؤرخ في 10 أفريل 2001 لكون الدائنين قد تضررت حقوقهم من تغرير وتدليس مدينهم ولم يكن الضرر من جرّاء الحكم الصادر عن دائرة الرسوم المجمدة أو قاضي السجل العقاري ولذلك فصورة الحال ليست صورة الخطأ عند التسجيل العقاري أو التحيين على نحو منطوق الفصل 27 المذكور وإنما نحن بصدد صورة معيّنة خصّها منطوق

الفقرة الأولى من الفصل 306 من م إ ع ولذلك فإنّ ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به كلما وجد السبب المذكور.

ولذلك فإنه وبصرف النظر عما جاء بالقرار المطعون فيه في هذا الخصوص فإن الأمر لا يتعلق بمدى القيمة القانونية لقرار التحيين "وإنما تعلق بالأساس بإنزال حكم القانون إنفاذا للآثار القانونية لقبول الدعوى البوليانية" والتي أيدها المبدأ القائل بأنه لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له كما أيده المشرع بمنطوق الفصل 22 من القانون عدد 67 لسنة 2009 والمؤرخ في 12 أوت 2009 في فقرته الرابعة، حين بيّن أنه " يمكن لدائرة الرسوم المجمّدة أن تصرّح بقبول الطلبات أو رفضها كلاّ أو بعضا لكن لا يمكنها أن تحكم بالقسمة أو فسخ العقود أو إبطالها على أن هذا لا يمنعها من التأمل في الكتائب وتقديم بعضها على بعض "في حدود ضرورات تخليص الرسم العقاري من الجمود وفي إطار مبادئ الشهر العقاري " وهو الأمر الذي كرّسته دائرة الرسوم المجمدة صلب الحكم عدد 02 والحكم عدد 10 الصادرين عنها بتاريخ 30 نوفمبر 2010 حين أكّدت "أنّ النظر في صحة العقد موضوع الطعن الآن من عدمه وكذلك التصريح ببطلانه يخرج عن اختصاص المحكمة العقارية على نحو منطوق القانون في هذا الخصوص نصّا وروحا."

وحيث اعتبارا لما سلف الإلماع إليه وخلافا لما جاء بمستندات الطعن فإنّه لا وجه للحدّ من الآثار القانونية للدعوى البوليانية ذلك أن من المبادئ الراسخة فقها وقانونا وقضاء انه إذا كانت عبارة القانون مطلقة جـرت على إطلاقها ذلك أن منطوق القانون في الفقرة الأولى مـن الفصل 306 من م إ ع استثنى صورة واحدة أخرجها عن مناط تلك الآثار القانونية وهي عدم إمكانية مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالميراث لا غير وبذلك فإذا خص القانون صورة معينة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى ثم أنّ من المبادئ الثابتة قانونا وفقها وقضاء أن ما به قيد أواستثناء من القوانين لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة ، وإذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدّته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا.

وحيث يكون في غير طريقه تمسك الطاعن بالحجية المطلقة للإذن بالتحيين أو بالمفعول التطهيري لذلك الإذن لكون ترتيب الآثار القانونية للدعوى البوليانية لا يمثل منازعة في ما انتهت إليه المحكمة العقارية حين نظرت في مطلب التحيين وإنّما يمثل ذلك تكريس مقاصد المشرع من تخويل الدائن حقّ القيام بتلك الدعوى وهي أساسا "إبقاء عقد البيع المطعون فيه حبرا على ورق وغير نافذ في مواجهة الدائنين فيكون التغرير والتدليس مردودا على فاعله الذي تعمد خرق مبادئ الثقة والمصداقية في

المعاملات وبالتالي الحلول محل المدين المدلس فيما له على الغير المتواطئ معه إضرارا بالدائنين في حقوقهم تغريرا وتدليسا عملا بمبدأ أنّ ما بني على باطل فهو باطل لا به يعمل ولا عليه يعوّل. "

وحيث لا خلاف في أنّه يجب الأخذ بالعقد في جميع أبعاده القانونية والاقتصادية والمالية والاجتماعية والفلسفية لكون الحقوقي الذي لا يعلم إلا القانون جاهل بالقانون ولذلك أخذت محكمة الإحالة بكافة الأبعاد مجتمعة لحسم الاشكالات المتصلة بالعقد موضوع الطعن لفهم أسبابه وملابسات منشئه وحقيقة غاياته وأهدافه وبذلك كرّست منطوق الفقرة الأولى من الفصل 306 من م ا ع في إتاحة ملاحقة المكاسب المهربة من المدين تغريرا وتدليسا لإضرار الدائنين في حقوقهم دون موجب "فمتى نهضت شروط الطعن فقد العقد المطعون فيه كلّ الحجيّة الواقعية والقانونية في مواجهة الدائنين القائمين بالدعوى وأمكن لهم بذلك إرجاع المبيع للذمة المالية للمدين وجرّه بالتالي للاذعان لأعمال التنفيذ واستخلاص الدين بعد بيع ذلك العقار طبق مقتضيات الإجراءات القانونية في الغرض خاصة بعد ثبوت انتفاء المبرر الواقعي والقانوني لمديونية شركة ب.ب. لفائدة الشركة المعقبة " شركة ف." على النحو السالف الإلماع إليه ، وبذلك يكون الجزاء المدني المقصود من رفع الدعوى البوليانية هو تخويل الدائن المتضرر من تغرير وتدليس المدين من استرجاع المكاسب المفرّط فيها دون وجه حق قانوني للذمة المالية للمدين المذكور ولذلك حسنا فعلت محكمة الموضوع حين جرّدت العقد المطعون فيه من كلّ أثر قانوني فصيّرته حبرا على ورق لا غير. "

وحيث ولكلّ ما سلف بيانه أضحى الطعن برمّته في غير طريقه ولا يستند لما من شأنه الأخذ به واقعا ومنطقا وقانونا وتعيّن ردّه.»

**تـــأمـــيـــن:**

**قرار الدوائر المجتمعة عـــــ17073ـــدد بتاريخ 2017/11/09**

«حيث انحصر الإشكال القانوني في معرفة مدى إمكانية عدم التقيد بجدول تحديد المسؤوليات الملحق بمجلة التأمين عند تقدير المسؤولية في حوادث الجولان في الحالة التي يكون فيها المتضرر سائقا؟

وحيث اعتبرت محكمة الحكم الطعون فيه أن الجدول الملحق بمجلة التأمين يجيز الاجتهاد لقضاة الموضوع في تحديد المسؤولية في بعض الحالات الغامضة، بالإستناد إلى المخالفات المرورية

المرتكبة في الحادث، خلافا إلى ما ذهب إليه القرار التعقيبي عــ59206ــدد من أن الجدول المذكور ملزما في جميع الحالات.

وحيث اقتضى الفصل 123 من مجلة التامين في فقرته الأولى: " يحرم سائق العربة البرية ذات محرك كليا أو جزئيا وكذلك من يؤول إليهم الحق عند الوفاة من التعويض عن الإضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور حسب نسبة المسؤولية المحمولة عليه في الحادث والتي يقع تحديدها وفقا للمقاييس المبينة في جدول تحديد المسؤوليات الملحق بهذا القانون."

وحيث يستخلص من الفصل المتقدم أن نسبة المسؤولية المحمولة على السائق عندما يكون متضررا لا تُحدّد طبق المخالفات المرورية المرتكبة على معنى مجلة الطرقات، وإنما فقط وفقا للمقاييس الواردة بجدول تحديد المسؤوليات الملحق بمجلة التأمين، فالسائق المتضرر يعارض بخطئه وينعكس ذلك على قيمة التعويض تحملا منه لنتائج أخطائه.

وحيث طالما أن عبارات الفصل 123 من م ت واضحة في فرض اعتماد جدول تحديد المسؤوليات عندما يكون المتضرر سائقا، فإنها تُضيّق من مجال الاجتهاد ومن إمكانية إعمال القاضي لسلطته التقديرية، دون حاجة إلى التأويل بما أن المشرع التونسي وضع له قواعد مضبوطة، فالنص الواضح يُطبّق ولا يُؤوّل.

وحيث تأكيدا لهذا التوجه ويقينا من المشرع أن هذا الجدول لا يستوعب كل صور الحوادث، وضع الحل بالفقرة الأخيرة من الفصل 123 من م ت المتمثل في تنصيف المسؤولية عند استحالة البت في تحديد مسؤولية الاصطدام بين عربتين أو أكثر، ورتب النتيجة عن ذلك في أنه لا يمكن لكل سائق أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة أن يحصلوا إلا على نصف التعويضات المستحقة.

وحيث يخلص مما تقدم أنه لا يصح اللجوء إلى تقدير المسؤولية خارج أحكام الجدول، وعلى فرض أن صورة الحادث لا يمكنها أن تنضوي تحت إحدى الصور المبينة به فقد تكفل المشرع بتنصيفها.

وحيث يتضح بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت مؤمن المعقبة متحملا بكامل مسؤولية الحادث لإفراطه في السرعة ومخالفة ما تقتضيه قواعد السير في منطقة عمرانية، أي بالاعتماد على مخالفات الطريق وهو ما يتجافى مع أحكام القانون عــ86ـدد لسنة 2005 الذي حدد مختلف أوجه المسؤولية حسب الحالات الواردة بجدول تحديد المسؤوليات المرفق بمجلة التأمين.

وحيث كان من المتعين على محكمة القرار المطعون فيه أن تبت في مسؤولية الحادث وفق ما تقتضيه أحكام الفصل 123 من مجلة التامين وتطبق الجدول الملحق بها لبيان الحالة المنسحبة على صورة الحال، والمتمثلة حسب محضر البحث في قيام السائق المتضرر بعملية دوران بوسط المعبد قصد الرجوع إلى الأعقاب، ولما لم تفعل تكون قد خرقت مقتضيات الفصل 123 من مجلة التأمين والجدول الملحق بها كأساس لضبط المسؤولية بما يجعل قرارها مستهدفا للنقض.»

**كـــــــراء:**

**قرار الدوائر المجتمعة عــ18687ــدد بتاريخ 2017/11/09**

«حيث انحصر الاشكال القانوني حول وجوبية تضمين عبارات الفصل 27 من القانون عــ37ـدد لسنة 1977 المؤرخ في 1977/05/25 في التنبيه على معنى أحكام الفصل 9 من ذلك القانون، أي طبق الحالة المتعلقة برفض المالك للتجديد لإعادة البناء.

وحيث نص الفصل الرابع من هذا القانون أنه:" خلافا لمقتضيات الفصلين 791 و792 من مجلة الالتزامات والعقود لا تنتهي أكرية المحلات الخاضعة لهذا القانون إلا بتنبيه بالخروج يقدم في أجل معين وهو ستة أشهر من قبل.

وعند عدم التنبيه بالخروج يستمر التسويغ الذي حددت مدته بالتجديد الضمني إلى ما بعد الأجل المضبوط بالعقد من غير مدة معينة ويجب أن يكون التنبيه بالخروج في الأجل المنصوص عليه بالفقرة السالفة.

...وينبغي أن يقع ذلك الإعلام بواسطة عدل منفذ ويجب أن تبين الأسباب التي من أجلها وقع التنبيه بالخروج ويذكر عبارات الفصل 27 وإلا يقع إلغاؤه."

وحيث ينقضي عقد الكراء كغيره من العقود لأسباب عارضة عامة تتحقق قبل انقضاء المدة، وذلك بالإبطال أوالفسخ أو اختلاط الذمة، ولكنه ينتهي أيضا باعتباره من العقود الزمنية وتنفك الرابطة القانونية بين الطرفين بانتهاء مدّته وفق ما أقره صراحة الفصل 791 من م ا ع عندما نص على أن " الكراء ينتهي بمجرد انتهاء مدته المشروطة بين المتعاقدين **ودون احتياج إلى تنبيه من أحدهما على الآخر** ما لم يوجد بينهما شرط يقضي بالتنبيه"، أمّا إذا لم تُعيّن مدة الكراء فقد جعل الفصل 792 من نفس المجلة على أنها هي التي وقع عليها التسعير. وبهذين النصين يصبح عقد الكراء في جميع

الأحوال معين الاجل، إما بتعيين المدة في العقد أو بآجال مقدار الكراء، ولا لزوم في كلتا الصورتين لوجود تنبيه إلا إذا كان هناك شرط في العقد يقضي بذلك.

وحيث خلافا لأحكام الفصلين 791 و792 من م ا ع المشار إليهما فقد أوجب المشرع بالفصل 4 من القانون عـ37ـدد لسنة 1977 المتعلق بالأكرية التجارية على المالك الذي يريد تنهية عقد الكراء وإخراج المتسوغ أو تجديد الكراء بشروط جديدة ضرورة توجيه تنبيه بالخروج إلى المتسوغ يقدم ستة أشهر من قبل، وينبغي أن يقع هذا التنبيه بواسطة عدل منفذ مع التسبيب والسرد الحرفي لعبارات الفصل 27 من نفس القانون.

وحيث استند التنبيه موضوع قضية الحال على الفصل التاسع من القانون عــ37ــدد لسنة 1977 باعتبارأن رفض تجديد التسويغ سببه الهدم لإعادة البناء وهي حالة خاصة، تختلف عن صورة الفصل الرابع المومأ إليه، نظمها المشرع بفصل وتحت عنوان مستقل بأن ضبط سببه وقيده بشرط دفع غرامة حرمان محدد مقدارها سلفا وعلق أثره المتمثل في خروج المتسوغ من المكرى المزمع تجديده ابتداءً من الأشغال بصفة فعلية.

وحيث يؤخذ مما تقدم أن قضية الحال لا يتعلق موضوعها باسترجاع المكرى وقطع العلاقة التعاقدية بصفة نهائية، وإنما في تمكين مادي ووقتي من عقار ليتولى المالك تجديد بنائه ويبقى للمتسوغ بعد ذلك إمكانية ممارسة حق الأولوية بالصيغ والكيفيات التي وضعها القانون.

وحيث طالما أن رفض التجديد يعد مؤقتا ومؤسسا على إرادة المالك في تحسين وضع بنائه، فإن المشرع لم ينص على وجوبية السّرد الحرفي لأحكام الفصل 27 بالتنبيه التجاري الموجه إلى المكتري، وهو لم يشترط ذلك إلا في حالات تنهية الكراء والاسترجاع النهائي حسب الفصول 4 و13 و16 وهي صور تتعلق بالامتناع المطلق من التجديد والتي كرس فيها المشرع وجوب حماية المكتري تبعا لما تفرزه من نتائج ثقيلة عليه بحرمانه كليا من حقوقه في الأصل التجاري الذي اكتسبه.

وحيث لما كانت الغاية من وجوبية التنصيص على أحكام الفصل 27 في بعض الحالات هي حماية المتسوغ وذلك بإحاطته علما بالإجراءات التي يمكنه القيام بها لحماية حقوقه المدنية و تمكينه من المنازعة في أسباب الامتناع عن التجديد أو رفض الشروط المعروضة أو المطالبة بغرامة الحرمان، فإن الأمر يطرح بشكل مغاير في صورة الهدم لإعادة البناء الذي هو حق مخول للمالك والذي لا يشترط سوى أن يدفع هذا الأخير للمتسوغ المحروم قبل خروجه منحة تساوي كراء أربعة أعوام كما

يخول للمتسوغ البقاء بالمحل إلى ابتداء الأشغال بصفة فعلية و بالتالي فلا لزوم للتنصيص على عبارات الفصل 27 طالما ضبط المشرع حق الطرفين في صورة رفض التجديد لإعادة البناء بكل دقة.

وحيث يتحصل مما تقدم، وطبقا لما انتهى إليه القرار المنتقد، أن التنصيص على أحكام الفصل 27 من قانون الأكرية التجارية المؤرخ في 25 ماي 1977 غير وجوبي في جميع الحالات، فلا يُلزِم القانون مالك المحل بالسرد الحرفي لنص الفصل 27 إلا في التنابيه الرامية إلى تنهية عقد التسويغ وإخراج المكتري من مكتراه، أي في حالة الحرمان من التجديد أصلا، أما صورة الحال التي تأسست على أحكام الفصل 9 فإن اشتراط هذا الإجراء فيه تحميل لنص القانون معنى لا يقتضيه وخرق لأحكام الفصل 540 من م ا ع الذي ورد به أن " ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة.»

*** اجتماعي**

**الامتناع عن تقديم الوثائق المحاسبية والأجور**

**قرار الدوائر المجتمعة عـ18073ـدد بتاريخ 2017/11/09**

«حيث يطرح الطعن الإشكال القانوني المتمثل في معرفة الصبغة الوجوبية في تقديم الوثائق المحاسبية من المعقب ضدها فور مطالبتها بتقديمها من الأعوان المشار إليهم بالفصل 47 من القانون عدد30 المؤرخ في 1960/12/14 وما يترتب من غرامات منصوص عليها بالفصل 97 من نفس القانون في صورة تقديمها لاحقا، أم أنّ المشرع افترض الإمهال ولم يحدد أجلا معينا لتقديم تلك الوثائق ومكّن المؤجر من تقديمها بالطور القضائي للمحكمة المتعهدة بالقضية.

وحيث اعتبرت محكمة التعقيب أن تقديم تلك الوثائق بالطور القضائي لا يعفي من التغريم، وهو ما خالفته محكمة الإحالة التي قبلت بالإعفاء ومن شأن ذلك أن يعقد نظر الدوائر المجتمعة للبت في الغرامة المستحقة والغرامات اليومية.

**1- في خصوص الغرامة المستحقة :**

وحيث اقتضى الفصل 47 من قانون الضمان الاجتماعي أنه يتعين على المستأجر المنخرط في الصندوق القومي أن يثبت كلما طلب منه ذلك-بطاقة اعلام بالأجور لبطاقة خلاص الأجور لجميع الوثائق ودفاتر الحساب التابعة لمؤسسته.

وحيث أنّ أحكام الفصل المذكور جاءت واضحة وصريحة في اشتراط الفورية لتقديم الوثائق إلى مراقب الصندوق التي نص القانون على مسكها ودون انتظار الشروع في إجراءات التقاضي "كلما طلب منه ذلك"، وقد تأيّد بما ورد بالفصل 97 من القانون الذي نص على عدم الاستطاعة "كل مستأجر لا يستطيع أن يقدم للأعوان..." فالوثائق مطلوب تقديمها إلى الأعوان وخوّل للصندوق إمكانية الاحتفاظ بطلب التغريم بغرامة أصلية عن عدم القيام بذلك، بما يجعل طلب الحكم بها يرجع لإرادة الصندوق الذي يطلبها وأن نظر المحكمة يقتصر على معاينة مدى احترام الفورية والاستطاعة من عدمه لا غير.

وحيث ثبت أيضا أنّ تقرير المراقب المحلّف مؤرخا في 2009/4/1 وقد سبق إنذار المعقب ضدها بواسطة رسالة مضمونة الوصول في 2009/3/4 والتنبيه عليها لاحقا لتسوية وضعيتها بواسطة عدل تنفيذ في 2009/4/20 دون أن تمتثل لواجب تقديم الوثائق عن المدة الممتدة من 2006/1/1 إلى2008/12/31 بما يجعلها قد خرقت شرط الفورية وأن تقديمها بالطور القضائي لا يمحو الآثار القانونية المترتبة عن ذلك. وبالتالي فإن محكمة الحكم المطعون فيه لم تحسن تطبيق الفصلين 47و97 لما نفت كل مسؤولية للمعقب ضدها عن عدم احترام مبدأ الفورية، وعليه فإن الفرع الأول من الدعوى المتعلق بالغرامة يكون مستحق الأداء والحكم خلافا لما قضت به محكمة الحكم المطعون فيه يستوجب نقضه مع الإحالة في هذا الفرع.

**2- في خصوص الغرامات اليومية :**

وحيث قضي ابتدائيا بغرامات يومية موظّفة عن كل يوم تأخير في صورة عدم تقديم الوثائق مطلقا وذلك تطبيقا للفصل 97 من قانون 1960/12/14 الذي يمكّن الصندوق من المطالبة بها.

وحيث أن الغرامات اليومية لا تكون مستحقة الأداء إلا في صورة الامتناع المطلق عن تقديم وثائق المحاسبة وبطاقات الأجور، أمّا وأنّ المعقب ضدها تولت عرضها ثم تقديمها بالطور الاستئنافي فإنّ ذلك ينتفي معه الامتناع وتتحقق معه الاستطاعة ويزول معه موجب تحميلها الغرامات اليومية لانتفاء عنصر الامتناع وتوفر عنصر الاستطاعة بقبول تقديم الوثائق أمام القضاء ولو بالطور الاستئنافي لان الغاية إضافة الوثائق للتحقق من سلامتها ومطابقتها للتصاريح وليس المؤاخذة وعملا بمبدأ المفعول الانتقالي للاستئناف.

وحيث يكون بذلك الحكم المطعون فيه مؤسسا على التطبيق السليم لنص الفصل 97 من القانون في الفرع المتعلق بالغرامات اليومية وللمبادئ العامة المنظّمة للحكم بتلك الغرامات التي تكتسي طابعا تهديديّا عند الامتناع من التنفيذ بما يتعين معه رفض مطلب التعقيب أصلا بخصوصها.»

**- قرارات الدوائر المجتمعة الصادرة في المادة الجزائية :**

*** إجراءات جزائية**

**خطأ بيّن :**

**قرار الدوائر المجتمعة عـــ2017/380ـــــدد بتاريخ 2017/11/09**

«حيث لا جدال أن الطعن بالتعقيب للخطأ البيّن هو وسيلة طعن استثنائية تخّول للدوائر المجتمعة في نطاق معيّن مراجعة قرار تعقيبي صادر عن إحدى دوائر محكمة التعقيب، وهو ما كرّسه المشرع بالفصل 192من م.م.م.ت. الذي نص بفقرته الثانية أنّ الدوائر المجتمعة تنظر أيضا عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر ويعتبر الخطأ بيّن:

1 /إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

2/إذا اعتمد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيره غير منطبق.

3/متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع.

وحيث تأسس المطلب في قضية الحال على الصورة الأولى أي القضاء بالرفض شكلا رغم استيفاء التعقيب لكافة شروطه الشكلية وأن سبب الرفض الغلط الواضح .

وحيث انحصر الإشكال حول مدى انطباق الرفض شكلا على حالة الرجوع في التعقيب دون تقديم المعقب مطلب في ذلك من جهة ومدى توفر الغلط الواضح بالمفهوم القانوني من جهة أخرى.

**أولا :** بخصوص الشرط الأول المتعلق بالرفض شكلا.

وحيث بالاطلاع على المكتوب المؤرخ في 2016/2/3 الذي اعتمدته محكمة التعقيب للقضاء كمطلب للرجوع في التعقيب ما هو إلا كشف مؤيدات إضافية قدمها الأستاذ حمدة الشواشي تضمّن تعدادا للوثائق المقدمة إلى محكمة التعقيب والمتمثلة في مطلب إيقاف تنفيذ وتقرير طبي وشهادة في بيان حالة اجتماعية وشهادة في تعطيل تنفيذ عقاب بدني.

وحيث أن المراد من وضع النص هو افتراض خطأ المحكمة قبل الولوج إلى أصل الموضوع والمرور إلى النقاش القانوني بقطع النظر عن الصّيغة اللفظيّة المعتمدة.

وحيث ولئن لم ينص المشرع على الرجوع في التعقيب في غير حالته ضمن الأخطاء البيّنة فإن العنصر المشترك بين الرفض شكلا والرجوع في التعقيب هو عدم التطرّق إلى أصل النزاع، وبالتالي لا

مانع قانونا في التقريب بين الحالتين دون أن يؤول ذلك إلى التوسع في نص إجرائي أو اعتماد القياس وإنما في اعتبار الرجوع في التعقيب بتّا في مسألة شكلية تسبق كل خوض في الأصل. (يراجع قرار الدوائر المجتمعة عدد00316 مؤرخ في 2014/12/4) .

وحيث يمكن في صورة الحال تفعيل حالة الرفض شكلا على الرجوع في التعقيب في نطاق الحالة الأولى من الفصل 192 السالف الذكر المبنيّة على عدم الخوض في الأصل والاكتفاء بالبتّ في الشكل.

**ثانيا :** بخصوص الشرط الثاني المتعلق بالغلط الواضح.

وحيث بالرجوع إلى القرار المؤاخذ بالخطأ البيّن يتضح أن الدائرة التي أصدرته اعتمدت في قضائها في الرجوع في مطلب الطعن بالتعقيب على مطلب تضمن كشف مؤيدات قررت على ضوئه الرجوع في التعقيب والحال أنه لا وجود لذلك الطلب وهو الخطأ الناتج عن حالات السهو أو الغفلة التي ينجم عنها خطأ لا يختلف اثنان في ثبوته ويقتنع بوجوده كل من تأمل القرار الذي شمله ذلك الغلط.

وحيث أن خطأ المحكمة وغفلتها لا اختلاف فيها أضرّت بحق المعقب في عرض طعونه على القاضي تحقيقا لمبدأ المحاكمة العادلة باعتباره مبدأ دستوريا وحالت دون الخوض في الأصل.»

**قرار الدوائر المجتمعة عـــ363/2015ـــدد بتاريخ 2017/11/09**

«حيث تأسس القرار موضوع الطلب على أن تقديم مستندات التعقيب من طرف محاميا المعقب كان بعد فوات الاجل القانوني المنصوص عليه بالفصل 263 مكرر جديد من م إ ج اعتبارا وأن استدعائهما طبق القانون تم بتاريخ 2013/9/25 في حين أن تقديم مستندات التعقيب كان بتاريخ 2013/1/3.

وحث حدد المشرع صلب أحكام الفصلين 261 و263 مكرر جديد من م إ ج وهما فصلان متممان لبعضهما البعض لورودها في القسم الثاني المتعلق بالإجراءات من الباب الأول المعنون " في التعقيب كطريقة طعن غير عادية إجراءات تقديم مستندات التعقيب وتبليغها بأن نص صلب الفصل 261 من م إ ج أن عدم حضور الطاعن أو محاميه لتسلم نسخة الحكم المطعون فيه في أجل شهر من استدعائه بأية وسيلة تترك ا ثرا كتابيا وتخلفه عن تقديم مستندات التعقيب يسقط الطعن وبأن فرض صلب الفصل 263 مكرر جديد من م إ ج ان يكون تقديم مستندات التعقيب وتبليغها في أجل شهر من تاريخ تسلم نسخة الحكم المطعون فيه.

وحيث أن أحكام الفصلين المذكورين تقتضي أن يكون بداية سريان أجل الثلاثين يوما في صورة الفصل 261 من م إ ج من تاريخ استدعاء الطاعن أو محاميه لتسلم نسخة الحكم المطعون فيه وفي صورة الفصل 263 مكرر من م إ ج من تاريخ تسلم نسخة الحكم المطعون فيه أي ان المعتبر في احتساب اجل السقوط هو تاريخ تبليغ الاستدعاء لتسلم نسخة الحكم المطعون فيه أو تاريخ تسلم النسخة المذكورة وهو ما يفترض أن يكون التبليغ أو تسلم نسخة الحكم سابقا لتاريخ تقديم مستندات التعقيب.

وحيث على خلاف ذلك فانه يتبيّن بالاطلاع على أوراق الملف أن استدعاء محامي الطاعن تسلم نسخة الحكم المطعون فيه في 2013/9/25 كان لاحقا لتقديم مستندات التعقيب بتسعة أشهر وهي صورة مغايرة للصورتين المنصوص عليهما بالفصلين 261 و263 مكرر من م إ ج وهو ما يستبعد معه انطباق أحكام الفصلين المذكورين على صورة قضية الحال.

وحيث طالما كان تقديم مستندات التعقيب في 2013/1/3 وهو تاريخ سابق لتبليغ الاستدعاء لمحامي الطاعن لتسلم نسخة الحكم المطعون فيه في 2013/9/25 وكان ذلك بمجرد إعلامه من طرف احد المحكوم لفائدته بالحكم المطعون فيه حسب محضر الإعلام عدد4975 المؤرخ في 2012/12/25 ودون التوقّف على تبليغه الاستدعاء وفي اجل لم يتجاوز عشرة أيام من تاريخ الإعلام المذكور فإن تقديمها يعتبر واقعا في الأجل القانوني إذأن احتساب الأجل يصبح في صورة قضية الحال من تاريخ إعلام الطاعن قانونا بالحكم المطعون فهي طبقا لأحكام الفصل 262 من م إ ج.

وحيث وترتيبا عليه يكون ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من أن تقديم مستندات التعقيب كان خارج الأجل قانوني قد انبنى على غلط واضح أدى بها إلى الوقوع في خطأ استوجب تداركه بالإصلاح تطبيقا لأحكام الفصل 192 من م.م.م.ت.»

**ب- قرارات صادرة عن الدوائر**

**1- أحوال شخصية**

**1-1- استقلالية الضرر المعنوي عن الدخل المادي في الطلاق**

**قرار تعقيبي شخصي عدد *47712*صدر بتاريخ *11* اكتوبر *2017* عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة الشوالي وعضوية المستشارتين السيدتين سهام الصمادحي وبسمة بودن وبحضور المدعي العام السيدة مليكة باكير ومساعدة كاتب الجلسة السيد توفيق المناصري.**

«حيث تبين بالرجوع إلى القرار المنتقد أن المحكمة التي أصدرته قد انتهت إلى الترفيع في غرم الضرر المعنوي إلى المبلغ الذي ارتأته ملائما مع ما توفر بملف القضية من معطيات تتعلق بسن الزوجة وانجابها لأبناء وما سيخلفه الطلاق لها من تأثير نفسي ومعنوي بعد قضاءها ما يناهز 43 سنة في ظل الحياة الزوجية وبعد تقدمها في السن.

وحيث تكون المحكمة قد عللت قضاءها تعليلا سليما بالاستناد إلى العناصر التي دأب فقه القضاء على اعتمادها بما يجعل النعي عليها عدم استجابتها لطلب إجراء بحث اجتماعي حول الحالة المادية والاجتماعية للطرفين وعدم تعليل رفضها لذلك في غير طريقه طالما ان المنظور في تقدير الضرر المعنوي هو الضرر ذاته ومدى وقعه وتأثيره على المفارقة بقطع النظر عن الوضع المادي للزوج إذ ليس للمفارقة محاسبته على ما يملك أو مشاركته فيه وانما يكون التعويض عن الضرر المعنوي بحسب العناصر السالف ذكرها دون التغاضي عن طابعه الرمزي.»

**1-2- إنفاق الأم المطلقة على الأبناء؟**

**قرار تعقيبي شخصي عدد *53745* صدر بتاريخ *2017/10/6* عن الدائرة العاشرة برئاسة السيدة سلوى النهدي وعضوية المستشارتين السيدتين عبلة بن شعبان وحياة الخماسي بمحضر المدعي العام السيد نبيل غرس الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«حيث تبين من أسانيد الحكم المطعون فيه أن المحكمة التي أصدرته بعد أن استعرضت وقائع القضية وأدلتها ومقالات طرفي النزاع استنتجت من مجمل ذلك وفي حدود اجتهادها أن قراءة الفصل 23 من م ا ش لا تفند الفصل 47 من نفس المجلة الذي يضع الأم في درجة ثانية من الإنفاق عند غياب الأب أو عسره ويقدمها على الجد، والفصلين 23 و 47 متكاملان وليس متناقضين فعند وجود أب منفق تساهم الأم في الإنفاق وعند غيابه الأم تصبح المنفق الرئيسي والأساسي، وأضافت في موضع آخر بأن مفهوم الأسرة لا تحدده العلاقة الزوجية وإنما يحدده وجود أبناء يجب إعالتهم بين الطرفين وانتهت إلى التصريح باستحقاق الطفلين لنفقة من طرف أم لا تقيم معهما ولا تحضنهما ولا تعيلهما ولها دخل قار.

وحيث أن هذا المنحى غير سليم من الناحية القانونية ذلك أن الفصل 23 ورد تحت عنوان: " فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه" ما يفرض بداهة قيام علاقة زوجية يتوجب أصالة على الزوج وبصفته رئيس العائلة الإنفاق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال.

وحيث لا جدال في كون مقتضيات الفصل المذكور واضحة لا تثير أي جدل ولا تفرض قراءات مختلفة نفاذا لأحكام الفصل 532 من م ا ع، وبالتالي فالفصل 23 من م ا ش لا يجد مجالا لانطباقه على وقائع وماديات النزاع الراهن ضرورة أن موجب النفقة المحمول على الزوج بوصفه رئيس العائلة لا يحول دون مساهمة الزوجة في الإنفاق إن كان لها مال أما والوضعية مختلفة وطرفي النزاع يعيشان مرحلة الفرقة والطلاق فإن القيام ضد الطاعنة لإلزامها بالإنفاق على ابنيها وهما في حضانة والدهما وما يستتبعه من آثار وواجب الإنفاق وأن المعقب ضده لو اثبت حالة العسر وعجزه عن الإنفاق على ابنيه فإنه يكون متجها إلزام الطاعنة بالإنفاق عملا بالفصل 47 من م ا ش الذي اقتضى أن الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها، ويكون موجب الإنفاق هو القرابة باعتبار أن الفصل المذكور ورد في باب أحكام من تجب لهم النفقة بموجب القرابة والفرق واضح وبيّن بين الأساس القانوني للمساهمة في الإنفاق التي جاء بها الفصل 23 من م ا ش والأساس القانوني الواجب بموجب القرابة مناط الفصل 47 من نفس المجلة.

وحيث تكون محكمة الحكم المنتقد لما ذكر قد أساءت تطبيق القانون لما ألزمت الطاعنة بواجب الإنفاق على ابنيها فهد وطلال دون توفر الشرط الأساسي وهو ثبوت حالة العسر وانعدام الإمكانيات وعدم قدرة الأب أي المعقب ضده على الإنفاق وكان لذلك قضاؤها متسما بخرق القانون والطعن فيه نال من سلامته ووجب قبول المطعن المثار باعتباره مؤسسا قانونا.»

**1-3- سكنى الحاضنة**

***1-3-1- سكنى الحاضنة من متعلقات الحضانة***

**قرار تعقيبي شخصي عدد *46728/46727* صدر بتاريخ *14* جوان *2017* عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة شوالي وعضوية المستشارتين السيدتين كلثوم كنو وبسمة بودن وبحضور المدعي العام السيد مصدق ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة نجوى المناعي.**

«حيث اقتضى الفصل 56 من م ا ش أنه "...إذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون..."

وحيث يخلص من النص المذكور أن المعني مباشرة بالإسكان هو المحضون وان المفارقة الحاضنة لا تبقى لها صفة للسكن بمحل الزوجية أو الحصول على منحة سكن إذا لم تعد حاضنة فسكناها تعد من متعلقات الحضانة تبقى ببقائها وتزول بزوالها.

وحيث تبين من مظروفات الملف أن أبناء الطرفين ترشدوا وان المعقبة لم تعد حاضنة وليس لها الحق في البقاء بمحل الزوجية كما أن يسر الزوج لا يبرر بقاءها به، وهو ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد عن صواب دون أي ضعف في التعليل كما أن دفع الطاعنة بعدم وجود نص صريح يستوجب صفة الحاضنة للتمتع بمحل الزوجية لا يستقيم ومردود عليه بعبارات الفصل 56 السالف الإشارة إليه.»

***1-3-2-* انتهاء أمد الحضانة**

**قرار تعقيبي شخصي عدد*43056* صدر بتاريخ *31* ماي *2017* عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة شوالي وعضوية المستشارتين السيدتين بسمة بودن وكلثوم كنو بمحضر المدعي العام السيد مصدق مصدق ومساعدة كاتب المحكمة السيد توفيق المناصري.**

«حيث استند القيام في قضية الحال لطلب الرجوع في سكنى المعقب ضدها باعتبارها حاضنة على أساس ترشد المحضون، الأمر الذي تصدت له المعقب ضدها بأنها لا تزال تحضن ابنها باعتباره مصاب بعدة إعاقات وقد تحصلت على حكم وقتي في التقديم عليه فضلا على صدور حكم في ضرب الحجر عليه وانحصر بذلك الإشكال في مسألة انتهاء أمد الحضانة الذي من شأنه ان يفقد الحاضن والمحضون صفتهما بما يترتب عنه تغير الوضعية القانونية للحاضن والحقوق المترتبة عن الحضانة على غرار حق السكنى المشمول بالحضانة.

وحيث تجدر الإشارة أولا إلى أن انتهاء أمد الحضانة لم يرد به نص قانوني خاص إلا انه يمكن القول أن الحضانة مرتبطة بالقصر وهو ما يخلص من قراءة الفصل 32 من م أ ش وهو ما يعني مبدئيا أنها مرتبطة بالسن التي يتحمل فيها المحضون المسؤولية عن نفسه ما يعبر عنه بالرشد باعتباره أكمل مراحل الأهلية.

وحيث انه من البديهي أن ضرب الحجر على شخص يعني تجريده من الأهلية وهو ما يستوجب تسمية مقدم عليه لضمان توفير الحماية القانونية له سواء كان ذلك على نفسه أو على ما له ويعهد للمقدم إدارة شؤون المحجور عليه كالوالد مع ابنه طبق القانون كما أن طلب التقديم يتم بناءً على رغبة وطلب ممن يهمه الأمر.

وحيث وترتيبا بما سبق وطالما أن مدخل المعقب ضدها للنزاع الحالي كان على أساس ضرب الحجر على ابنها وتسميتها مقدما عليه، وذلك بقطع النظر عن نفاذ حكم التقديم أثناء النزاع الحالي

من عدمه فإن إدارة شؤون المحجور عليه والمقدم عليه تجب عليها كالوالد مع ابنه طبق النصوص المنظمة لتلك المؤسسة وتحت ستار صيغة أخرى غير صيغة الحاضنة.

وحيث يتأكد مما سبق بسطه من خلال الاطلاع على جملة النصوص القانونية الواردة بمجلة الأحوال الشخصية المنظمة للحضانة و التي جاءت كلها تتصل بحقوق الطفل المحضون و الأبوين معا دون أفراد الحاضن بصلاحيات من شأنها أن تزاحم أو تتداخل مع بعض المؤسسات القانونية الأخرى على غرار مؤسسة التقديم أو ضرب الحجر التي افردها المشرع بنصوص خاصة و اطار قانوني مختلف عن الحضانة التي تقتصر على حفظ الولد في مبيته بتربيته وارساله إلى المدرسة وتأديبه خلافا للمقدم و المقام عليه الواقع ضرب الحجر عليه و الذي يتطلب حماية قانونية تحت ستار آخر تكون صفة الحاضنة قاصرة عن إدارتها.

وحيث يخلص مما سبق أن المعقب ضدها لما تمسكت بتواصل حقها في السكنى على أساس حاجة المحضون إلى ذلك بسبب عدم قدرته على التكسب تكون قد جمعت بين مؤسستين مختلفتين في النظام القانوني الذي يحركهما والاثار المترتبة عنهما.

وحيث و تأسيسا بما سبق فإنه يمكن القول ان المشرع اعتمد و فيما يتعلق بالحضانة على الرشد الآلي الذي يقوم قرينة على اكتمال عقل الشخص ببلوغه سنا معينة و لم يرد بالأحكام المتصلة بالحضانة أي استثناء لذلك وهو ما يعني أن نية المشرع انصرفت و فيما يتعلق بالعوارض التي تطرأ على الأهلية إلى إخضاعها إلى نصوص منظمة لها خارج إطار الحضانة كل ذلك يجعل من الاستنتاج الذي انتهى إليه الحكم المطعون فيه استنادا إلى حق الطفل في الحصانة بفقدانه الأهلية رغم ترشده منطويا على ضعف التعليل و مخالفا لأحكام الفصل 56 من م أ ش الذي اقتضى أن الحق في السكنى يزول موجبه و لا شك أن بلوغ المحضون السن القانونية تنتفي معه صفة الحاضنة وبالتالي الحق في السكنى و تعين لذلك نقض الحكم المطعون فيه من هذه الناحية.»

**1-4- تقدير غرم الضرر المادي للزوجة من الطلاق**

**قرار تعقيبي شخصي عدد *52746* صدر بتاريخ *2017/11/22* عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة الشوالي وعضوية المستشارتين السيدتين سهام الصمادحي وبسمة بودن وبحضور المدعي العام السيدة مليكة باكير ومساعدة الكاتب السيد توفيق المناصري.**

«حيث أن تقدير غرم الضرر المادي الناجم للزوجة من الطلاق إنشاء من الزوج يتم على أساس ما تعودت عليه من نمط عيش في ظل الحياة الزوجية وستحرم منه بسبب الطلاق والذي يستبان من الوضع المادي والاجتماعي للطرفين مع اعتبار وضعية الزوجة المادية التي إذا ثبت أنها لها دخل قار من عمل قار تكون ملزمة بالمساهمة بالإنفاق على العائلة بما يجعلها مساهمة في نمط العيش الذي تعيشه.

وحيث استندت محكمة القرار المنتقد في تقديرها لغرم الضرر المادي على دخل الزوج الذي أصبح يتقاضاه في السنتين السابقتين للقيام بقضية الحال دون سواهما وتذاكر السفر التي لا تتعدى الأربعة لتنتهي إلى ثبوت تعود الزوجة على مستوى رفيع من العيش وهما عنصرين يظلان غير كافيين لتبرير النتيجة المتوصل إليها وإغفالها الوضعية المادية للزوجة يجعل قرارها في هذا الفرع قاصر التسبيب القصور المؤدي إلى مخالفة أحكام الفصل 31 من م ا ش ومفهوم التعويض المحدد به بما يتحتم معه نقضه في هذا الفرع».

**1-5- الرجوع في الاتفاق على الطلاق من طرف واحد**

**قرار تعقيبي شخصي عدد*48779* صدر بتاريخ *18* اكتوبر *2017* عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة شوالي وعضوية المستشارتين السيدتين كلثوم كنو وبسمة بودن وبحضور المدعي العام السيدة مليكة باكير ومساعدة كاتب الجلسة السيد توفيق المناصري.**

«حيث انتهت محكمة الحكم المطعون فيه إلى إعمال قاعدة الفصل 242 من م ا ع للقول بعدم جواز الرجوع في الاتفاق الحاصل أمام قاضي الاسرة حول الطلاق من طرف واحد وهي قاعدة تنسحب على العقود التعاملية، بخلاف الطلاق بالاتفاق الذي لم يحدد له المشرع شكلا معينا بالفصل 31 من م ا ش، لذلك فان الأمر يقتضي مراعاة بعض خصوصيات النزاع والقواعد الموضوعية المنظمة له.

وحيث لا خلاف في أن المشرع خول للزوجين بالفصل 31 من م.ا.ش. أن يتفقا على إيقاع الطلاق وجرى العمل على أن يقع توقيع هذا الاتفاق وما تبعه من آثار وقرارات فورية عند الاقتضاء لدى قاضي الأسرة بمناسبة إجرائه للمحاولة الصلحية إلا أن هذا الاتفاق لا ينهي العلاقة الزوجية وإنما يتحتم قانونا أن يقع تضمينه بحكم قضائي وفي هذه الحالة يظل الاتفاق قبل صدور الحكم مجرد اتفاق مبدئي ولا يمكن أن ينتج آثاره في حل الرابطة الزوجية وفق أحكام الفصل 30 من م ا ش إلا إذا تمادى الزوجان على العمل بما اتفقا عليه خلال كل أطوار الدعوى لكي يتسنى للمحكمة إثر ذلك إصدار حكمها بالطلاق وترتب آثاره وفق ما حدده الأطراف و أصرا عليه ولذلك وحتى إعمالا لقاعدة الفصل

242 مدني مثلما اتجهت إلى ذلك محكمة الحكم المطعون فيه فان ما سجل على الزوجين بالجلسة الصلحية يعد من قبيل الاتفاق المبدئي الذي لا يمكن توقيعه إلا بصدور حكم وهو ما يقتضي تمادي الزوجين على العمل به في كامل أطوار التقاضي وعليه يكون ما انتهت إليه المحكمة في هذا الصدد قد انطوى على سوء تطبيق لأحكام الفصل 242 من م ا ع وتعين نقضه.»

**1-6- مؤشرات الترفيع في الجراية**

**قرار تعقيبي شخصي عدد*45288* صدر بتاريخ *3* ماي *2017* عن الدائرة المدنية الثامنة برئاسة السيدة مفيدة الشوالي وعضوية المستشارتين السيدتين سهام الصمادحي وبسمة بودن وبحضور المدعي العام السيد مصدق مصدق ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة حنيفة السعيدي.**

«حيث نص الفصل 31 م ا ش أن " الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعا وانخفاضا بحسب ما يطرأ من متغيرات"...

وحيث أن أحكام الفصل المذكور لما أسس مبدأ قابلية الجراية للمراجعة على المتغيرات فان تلك المتغيرات تنطبق على الطرفين معا ذلك أن الجراية كما أنها قابلة للارتفاع فهي أيضا قابلة للانخفاض.

وحيث رجوعا للحكم المخدوش فيه يتبين أن المحكمة التي أصدرته قد نقضت حكم البداية القاضي برد الدعوى وانتهت إلى الترفيع في الجراية العمرية معللة قضائها بأنه " قد طرأ من تاريخ صدور الحكم القاضي بالجراية لفائدة المستأنفة ارتفاع في الأسعار وغلاء للمعيشة يتعين أخذه بعين الاعتبار."

وحيث أن التعليل الذي انتهجته محكمة الحكم المطعون فيه فضلا عن اقتضابه فان اعتماد المحكمة للترفيع في الجراية على مؤشر الأسعار هو عنصر يصح انطباقه على الطرفين معا خاصة وانه وخلافا لما تمسكت به المستأنفة في الأصل فانه لم يثبت بالملف ارتفاع دخل المطالب بأداء الجراية وإنما بقائه على حاله.

وحيث ومن ناحية أخرى فان الحكم المخدوش فيه جاء فاقدا لعنصر الموازنة بين دخل المعقب الثابت بالملف ومقدار الجراية الواقع الترفيع فيها.

وحيث ترتيبا على ما سبق فان تأسيس محكمة الحكم المطعون فيه الترفيع في الجراية على المؤشر الاقتصادي دون الالتفات إلى عناصر التقدير الأخرى تكون قد أورثت حكمها سوء تطبيق لأحكام الفصل 31 م ا ش وضعفا في التعليل وجعلته بالتالي مستوجبا للنقض.»

**1-7- فقدان العذرية لا يعد إخلالا بواجب المصارحة**

**قرار تعقيبي شخصي عدد*46537* صدر بتاريخ *21* جوان *2017* عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة الشوالي وعضوية المستشارتين السيدتين بسمة بودن وكلثوم كنو بمحضر المدعي العام السيد مصدق مصدق وبمساعدة كاتب الجلسة السيدة نجوى المناعي.**

«حيث أن طبيعة الزواج كمؤسسة باعتباره نظاما اجتماعيا شرع لتكوين أسرة على وجه الدوام والاستمرار لا ينزع عنه طابعه العقدي وهو ما يتيح المجال للزوجين من تضمين عقد زواجهما الشروط التي يرتضيانها ويمكن أن تتعلق الشروط بذات المتعاقدين على غرار اشتراط صفات أو تصرفات في الطرف الآخر كما يمكن أن يتعلق الشرط بأموالهما وهو المنحى الذي كرسه المشرع صراحة صلب أحكام الفصل 11 من م ا ش الـذي جاء ناصا على ما يلي : "يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عـدم وجوده أو على مـخالفته أمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء".

وترتيبا عليه فان إخلال احد الطرفين بالشرط الوارد بالعقد الذي قبل به بإقدامه على الزواج وباعتباره شرطا سابقا للزواج يتيح طلب فسخ عقد الزواج بالطلاق وفيما عدا ذلك فان الضرر المؤسس لطلب الطلاق لابد أن يكون ناتجا عن إخلال بالواجبات الزوجية أي أن يكون ناتجا عن خطا ينسب للزوج أو للزوجة اللذين لا يكتسبان تلك الصفة إلا بعد إبرام عقد الزواج وهو المنحى الذي نحاه المشرع صلب الفصل 23 من م ا ع الذي جاء مكرسا للواجبات الزوجية وللفلسفة العامة التي بنيت عليها جميع النصوص الخاصة التي لها علاقة بالزوجية والأسرة، وأما فيما يتعلق بالسلوك السابق للزواج فهو لا يمثل أي خرق لواجبات الزوجية التي تنطلق من إبرام عقد الزواج لا قبله وهو ما لا يـجيز قانونا الحديث عن إمكانية الطلاق للضرر إلا في صورة توفر سلوك مـخطئ طرأ بعد الزواج.

وحيث وترتيبا بما سبق فان عذرية الزوجة لا بدأن تكون موثقة بشرط قبل إتمام الزواج وفقا لأحكام الفصل 11 من م ا ش حتى تشكل في صورة فقدانها ضررا يتيح الطلاق، وفيما عدا ذلك فانه لا يمكن اعتبارها من قبيل السلوك المخطئ الذي طرأ بعد الزواج والذي قد تحاسب عليه الزوجة لان العبرة هي بسلوك القرين نحو قرينة منذ تاريخ الزواج.

وحيث أن تبرير المحكمة لفقدان المعقبة لعذريتها قبل الزواج على انه إخلال بواجب المصارحة فهو تبرير لا يمكن أن ينطبق على الوقائع الماثلة لتعلق الأمر بـمسالة تختلف باختلاف البيئة والوسط الاجتماعي والاقتصادي والثقافي وهي من الأمور النسبية المتصلة بـحياة البشر، إذ أن ما يراه الـمعقب إخلالا وإخفاء لأمر خطير قد يعتبره الطرف الآخر أمرا غير ذا بال، لذلك يمكن القول انه كلما تعلقت

المسالة بحياة البشر فإنها تكون نسبية وذلك على خلاف إخفاء حقيقة مرض معدي على القرين أو مرض يحول دون الاتصال الجنسي أو عيب من شانه أن يؤثر على رضا القرين لو علم به والتي تكون المصارحة واجبة بخصوصه.

وحيث وتأسيسا بما سبق فان اعتبار محكمة الحكم المطعون فيه فقدان العذرية ضررا يؤسس للحكم بالطلاق على معنى الفقرة 2 من الفصل 31 مـــــن م ا ش يعد مخالفا للقانون طالما أن ما نسب للطاعنة لم يكن مرده أفعالا لعقد الزواج الذي لا ينتج آثاره إلا من تاريخ إبرامه وهو ما حاد عنه الحكم المطعون فيه الذي بنى قضاءه على استنتاجات ذاتية لا ترتقي إلى مستوى التعليل القانوني وتعين لذلك نقضه من هذه الناحية.»

**1-8- الصفة في دعوى نفي النسب (69 و75 من م ا ج)**

**قرار تعقيبي شخصي عدد *49583* صدر بتاريخ *25* أكتوبر *2017* عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة شوالي وعضوية المستشارتين السيدتين سهام الصمادحي وبسمة بودن بحضور المدعي العام السيدة مليكة باكير وبمساعدة كاتب المحكمة السيد توفيق المناصري.**

«حيث تعلق موضوع هذا التداعي بطلب نفي نسب المدعى عليه عن والد المدعيات ومورثهن بناء على الوضع الصحي لهذا الأخير زمن ولادة المدعى عليه وسبق قيامه بقضية في نفي النسب انتهت بالرفض لعدم الاختصاص الترابي وانتهت محكمة القرار المنتقد إلى رفض الدعوى لعدم توفر الصفة من جانب المدعيات استنادا إلى الفصول من 68 و76 من م ا ش.

وحيث من المسلم به وان الصفة شرط أساسي للقيام بالدعوى تتثبت المحكمة من توفرها من تلقاء نفسها شرط التعليل السليم المؤسس واقعا وقانونا بتحديد القاعدة القانونية التي تستجيب لوقائع النزاع. ضرورة ان التكييف القانوني مسألة قانونية تلتزم بالقيام بها المحكمة عند إصدار الحكم والذي لا يصح إلا بإعمال القواعد القانونية والواقعية إعمالا صحيحا مع احترام الإطار الذي يطرح فيه التداعي.

وحيث ولئن لم تورد مجلة الأحوال الشخصية إجابة صريحة لمن تعود إليه صفة القيام في دعوى نفي النسب إلا أن المشرع فرق بين صورتين للقيام وهما صورة القيام على أساس الفصل 75 من م ا ش وصورة القيام على أساس الفصل 69 م ا ش.

وحيث وفيما يتعلق بالفصل 75 من م ا ش فقد اقتضت أحكامه ما يلي:

"إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي معه إلا بحكم الحاكم و تقبل في هذه الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية" و يتضح من قراءة هذا الفصل أن حق القيام ممنوح للزوج

بوصفه مدعيا دون سواه و هو ما يترتب عنه عدم جواز قيام الورثة بدعوى نفي النسب على أساس الفصل 75 رغم أن مصلحتهم قائمة و هو ما يتأكد أيضا من قراءة الفصل 76 من م ا ش الذي رتب الآثار الناتجة عن نفي الأبوة طبق الفصل 75 و هي نفي النسب و التفريق الأبدي بين الزوجين بما يعني أن الوسيلة المتاحة بالفصل 75 من م ا ش هي في يد الزوج دون سواه لكونها تنطبق على وضعية الابن الشرعي الذي يولد لصاحب الفراش و هو ما جاء صراحة بالفصل 75 الذي أشار إلى عبارة حمل الزوجة و أيضا عبارة الولد اللازم له و الذي يكون الزوج و حـده المخــول لنفي نسبه عنه وذلك بخلاف ما اقتضاه الفصل 69 من م ا ش الذي نص على ما يلي "لا يثبت النسب عند الإنكار لولد زوجته ثبت عدم التلاقي بينها و بين زوجها و لا لولد زوجته اتت به بعد سنة من غيبة الزوج أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق."

وحيث أن ما يمكن استخلاصه من صياغة الفصل 69 من م ا ش المشار إليه أنه لم يشر إلى صفة القائم بالدعوى وهو ما يعني أن الزوج إذا كان حيا فهو يختص وحده بالقيام بدعوى نفي النسب لتعلق الأمر بشخصه وبإرادته ثم وبعد وفاته من الممكن أن ينتقل ذلك إلى الورثة لتحقق مصلحة محتملة في جانبهم وذلك يجد سنده بالفصل 69 نفسه الذي أورد من بين الصور صورة الطفل الذي ولد بعد انقضاء أجل سنة من تاريخ وفـاة الزوج وهي صورة لا يمكن أن ينتفع بها إلا ورثة الزوج سواء على الصعيد المادي أو المعنوي.

وحيث وتأسيسا بما سبق فإنه يمكن القول بأن دعوى نفي النسب طبق الفصل 75 من م ا ش يختص بها الزوج باعتبار ان الطفل المقصود بالنفي هو ذلك الثابت نسبه نحو الزوج بالفراش في حين ان الدعوى على أساس الفصل 69 من م ا ش هي دعوى إنكار شرعية وهي متاحة لكل من له مصلحة في نفي نسب طفل لا يتمتع بالشرعية.

وحيث رجوعا إلى الحكم المطعون فيه فقد تبين منه أنه سَوّى في النتيجة القانونية بين أساسين مـختلفين وهما الفصل 69 و75 من م ا ش وهو ما أورثه خرقا لهما.»

**2- اجتماعي**

**2-1- إثبات الإيقاف عن العمل**

**قرار تعقيبي شغلي عدد *36363*صدر بتاريخ *14* فيفري *2017* عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وسهام الشاهد وبحضور المدعي العام السيدة هاجر المحرزي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة حنيفة السعيدي.**

«حيث لا خلاف في أن الإيقاف عن العمل قرار يصدره المؤجر في مواجهة الأجير وأن إثباته -في صورة إنكاره من قبل هذا الأخير – يكون على من تمسك به أي المؤجر، وعليه فان ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد في هذا الصدد يعتبر تطبيقا لصحيح القانون ضرورة انه كان على المؤجرة الإدلاء بما يفيد اتخاذها قرار في الإيقاف عن العمل حيال أجيرها وان إحجامها عن ذلك يجعل دفعها مجردا وبات تمسكها الآن بمقتضيات الفصل 14 خامسا في غير طريقه ضرورة أن مجال انطباق الفصل المذكور إنما يتعلق بتقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد ومدى احترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية المتعلقة به وهي مسالة مختلفة عن قرار الإيقاف عن العمل لمدة معينة.»

**2-2- إثبات الهفوة الفادحة**

**قرار تعقيبي شغلي عدد*47828*صدر بتاريخ *2017/07/31* عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين لطيفة الجبالي وآمال العباسي بحضور المدعي العام السيد عماد بوخريص وبمساعدة كاتب الجلسة السيد جلال الدين العنتير.**

«حيث تمسكت المعقبة بان محكمة الموضوع اعتبرت ان الخطأ الفادح غير ثابت في جانب المعقب ضده والحال ان رسالة الاعلام بإنهاء العلاقة الشغلية تضمنت الاخطاء الفادحة المنسوبة للمعقب ضده والمتمثلة في ضعف المردودية والتقصير المتعمد الناتج عن سوء استعداد وإفشاء السر المهني.

وحيث تبين بالرجوع إلى أسانيد القرار المنتقد أن محكمة الموضوع عللت قرارها بقولها " وحيث نسبت المستأنفة خطأ للمستأنف ضده يتمثل في إفشاء السر المهني." معتبرة أن المعقبة الآن لم تقدم ما يفيد إفشاء السر المهني وان طلب تكليف خبير في الإعلامية لا يستقيم قانونا باعتبار انه لابد من اثبات الخطأ الفادح المنسوب إلى الأجير.

وحيث نص الفصل 14- 5 من م ش على انه "يرجع للقاضي تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد ومدى احترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية المتعلقة به. وذلك بناء على عناصر الإثبات المقدمة إليه من طرفي النزاع ويمكنه لهذا الغرض الإذن بإجراء كل وسيلة تحقيق يراها لازمة".

وحيث اقر هذا المبدأ القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 62628 بتاريخ 1999/06/10 والذي تضمن انه " أوكل المشرع للمحكمة دورا هاما في التوفيق بين الطرفين وتقصي الحقيقة وذلك بالموازنة بين مختلف الأدلة المعروضة عليها وترجيح بعضها على بعض بما تراه متماشيا

والوقائع مما لا مجال معه للقول أن هذا الطرف أو ذاك متحمل بعبء الإثبات بل أن الأمر موكول لاجتهاد محكمة الموضوع بعد سماع الطرفين وتلقي ما لهما من وسائل إثبات معتمدة قانونا لتكون الحقيقة القضائية التي تنطق بها اقرب ما يكون للحقيقة الواقعية في تقديرها ما إذا كان هناك عملية طرد وما اذا كان الطرد يكتسي الصبغة التعسفية أم لا ".

وحيث تضمنت رسالة الإعلام بإنهاء العلاقة الشغلية المظروفة بالملف الأخطاء الفادحة المنسوبة للمعقب ضده والمتمثلة في ضعف المردودية وإفشاء السر المهني وطلبت المعقبة تكليف خبير في الإعلامية للوقوف على تلك الأخطاء.

وحيث وترتيبا على ذلك فان محكمة الموضوع لم تكن على صواب لما أسست قضاءها على عدم تقديم ما يفيد ثبوت الخطأ الفادح المنسوب للمعقب ضده والمتمثل في إفشاء السر المهني دون الالتفات إلى رسالة الإعلام بإنهاء العلاقة الشغلية والتي تمثل بداية حجة قدمتها المعقبة لإثبات الهفوة الفادحة المنسوبة للأجير ودون التعرض إلى ما تضمنته تلك الرسالة وكان عليها استعراض كافة الأدلة المعروضة عليها وتناولها بالدرس والتمحيص والقيام بجميع الأبحاث والاستقراءات والإجراءات واستكمالها عند الاقتضاء للوصول للنتيجة القانونية طبق ما خولته لها أحكام الفصل 14-5 من م ش المشار إليه.

وحيث أن تعليل الأحكام شرط جوهري لصحتها ولا يمكن أن يحرز الحكم على قوته وسلامته من كل ضعف أو خدش إلا إذا كان شاملا لعناصر القضية الفعلية منها والقانونية وهو ما لم يتوفر في القرار المطعون فيه للأسباب المبينة انفا واتجه قبول كافة المطاعن.»

**2-3- تقيد قاضي الشغل بالحكم الجزائي القاضي بعدم سماع الدعوى؟**

**قرار تعقيبي شغلي عدد *54953* صدر بتاريخ *22* نوفمبر *2017* عن الدائرة *37* برئاسة السيدة كوثر السعدي وعضوية المستشارتين السيدتين هندة عباس وآمال المالكي بمحضر المدعي العام السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة ليلى الرياحي.**

«حيث اقتضى الفصل 14رابعا من م ش أن الخطأ الفادح يعتبر من الاسباب الحقيقية والجدية التي تبرر الطرد، وأنه يمكن أن تعتبر بالخصوص الحالات التالية أخطاء فادحة وذلك حسب الظروف التي وقع فيها ارتكابها... - سادسا السرقة أو استعمال العامل لمصلحته الخاصة أو لمصلحة الغير للأموال أو الاشياء التي اؤتمن عليها بسبب مركز العمل الذي يشغل.

وحيث اقتضى الفصل 14 من نفس المجلة انه يرجع لقاضي الاصل تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد ومدى احترام الاجراءات القانونية أو التعاقدية المتعلقة به وذلك بناءً على عناصر الإثبات المقدمة إليه من طرفي النزاع

وحيث ولئن تمسك المعقب بان المعقب ضده ارتكب خطا فادحا تمثل في السرقة إلا انه قضي جزائيا بخصوصها بعدم سماع الدعوى لعدم الأخذ بشهادة متهم على آخر واتضح أنه قد اتصل القضاء بها وأن إصرار المعقب على الخطأ المذكور فيه خرق لمبدأ حجية الجزائي على المدني

وحيث انه كان على المعقب إثبات خطا في جانب العامل غير السرقة كالتقصير في العمل مثلا لتبرير واقعة الطرد.

وحيث إن تقدير الأدلة واستخلاص النتائج القانونية منها من خصائص محكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من لدن هذه المحكمة شريطة ان يكون ما انتهت إليه تلك المحكمة له أصل ثابت بملف القضية

وحيث بالاطلاع على ملف القضية وخاصة أسانيد الحكم المطعون فيه ان محكمة الحكم المنتقد عللت قضاؤها بانتفاء الخطأ الفادح تبعا لصدور حكم بعدم سماع الدعوى المنسوبة للعامل مما يتجه معه رد المطعن المتمسك به لعدم وجاهته.»

**قرار تعقيبي شغلي عدد *45270* صدر بتاريخ *13* نوفمبر*2017* عن الدائرة المدنية *23* برئاسة السيد أحمد الرحموني وعضوية المستشارين السيد توفيق الجريدي والسيدة سامية العابد وبحضور ممثل النيابة العمومية السيدة سميرة القرماني وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.**

«حيث تعرض المشرع إلى الأخطاء التي تعتبر فادحة وتبرر طرد الأجير نهائيا عن العمل واقتضى بالفصل 14 خامسا انه يرجع للقاضي تقدير مدى وجود الصبغة التعسفية للطرد على ضوء ما يقدمه طرفي النزاع من أدلة.

وحيث أن تقدير الخطأ في جانب العامل ووجوده يعتبر من الطعون الموضوعية التي يرجع تقديرها إلى قضاة الموضوع دون رقابة من محكمة القانون ولكن بشرط التعليل .

وحيث ثبت من نسخة الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها أن تهمة الإضرار عمدا بملك الغير الموجهة ضد الطاعن قد قضي فيها بعدم سماع الدعوى بموجب حكم جزائي اتصل به القضاء.

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أن عدم ثبوت الإدانة جزائيا لا يعني بالضرورة عدم ثبوت الخطأ الفادح نظرا لاستقلالية الخطأ الجزائي عن الخطأ المدني، واعتبرت من جهة أخرى أن الطرد كان مبررا لثبوت ارتكاب العامل للخطأ الفادح بالاستناد إلى تصريحات الشهود الواقع سماعهم في إطار التداعي الجزائي.

وحيث خلافا لما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه وطالما انتفى الخطأ الجزائي بصفة نهائية فانه لا يسع المحكمة المدنية إلا التصريح بعدم ثبوت الخطأ المدني سيما وأن الأمر تعلق في شقيه الجزائي والمدني بالإضرار بأملاك المؤجر عمدا.

وحيث وعلاوة على ذلك فانه كان على المحكمة لحسن تقدير الوقائع أن تتولى القيام بالأبحاث والاستقراءات اللازمة وخاصة سماع الشهود من قبل قاضي الشغل للتأكد من ارتكاب العامل للهفوة الفادحة التي يجب أن تكون ثابتة لا لبس فيها حتى تبرر قرار الطرد.

وحيث يتبين مما أضيف بالملف من حجج ووثائق أن المحكمة قضت بجدية أسباب الطرد لثبوت ارتكاب الطاعن لخطأ فادح دون التحري حول حقيقة هذا الخطأ وظروف حصوله ودون الأخذ بعين الاعتبار للحكم الجزائي الصادر لفائدة الطاعن والقاضي بعدم سماع الدعوى والذي اتصل به القضاء رغم ما له من أهمية لمعرفة السبب الجدي والحقيقي للطرد مما يورث حكمها ضعفا في التعليل يتعين معه نقضه وإحالة القضية لزيادة البحث فيها.»

**2-4- التعويض عن إنهاء عقد الشغل بفعل الأمير**

**قرار تعقيبي شغلي عدد *54377* صدر بتاريخ *19* ديسمبر *2017* عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين فاتن خير الله وراضية المنتصر وبحضور المدعي العام السيد محمد الحاج عمر وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.**

«حيث أن الإشكال القانوني المطروح ينحصر أساسا في معرفة مآل إلغاء العقود المؤسس على مبدأ "فعل الأمير" فهل يحق للمتعاقد المتضرر المطالبة بغرم الضرر اللاحق به من جراء إلغاء العقد بصفة أحادية الجانب مثلما ذهبت إليه محكمتي الموضوع أم أنه لا يجوز الحديث عن أي ضرر مثلما تمسك به الطاعن الآن.

وحيث اقتضى الفصل 283 من م ا ع أن "القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو هجوم جيش العدو أو فعل الأمير..."

وحيث يتضح من خلال الفصل المذكور أن "فعل الأمير" المنصوص عليه من طرف المشرع ورد كمثال إلى جانب أمثلة اخرى متعددة تدخل تحت طائلة مفهوم القوة القاهرة التي يتعذر معها الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين.

وحيث عرّف فقهاء القانون مفهوم عمل الأمير بأنه كل إجراء مشروع وغير متوقع يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة ينجم عنه الأضرار بالمركز المالي للمتعاقد الآخر ويؤدي إلى تعويضه عن كافة الأضرار التي لحقته بسبب تصرف الادارة وهو ما يتضح معه أن الإذعان للقرارات الإدارية الصادرة لا يحول دون حق المتعاقد في المطالبة بغرم الأضرار اللاحقة به .

وحيث تبين من مراجعة أوراق الملف أن المعقب الآن استند إلى المنشور عدد 11 الموجه له من طرف الوكالة الوطنية للتشغيل والعمل المستقل التابعة لوزارة التكوين المهني والتشغيل بتاريخ 17 ماي 2011 والمتضمن إعلامه بضرورة عدم تجديد عقود المناولة وإنهاء مفعول العقود الجاري بها العمل في أجل أقصاه 24 جويلية 2011 تنفيذا لقرار مجلس الوزراء الصادر بتاريخ 18-02-2011 والاتفاق الممضى بين الحكومة والاتحاد العام التونسي للشغل بتاريخ 24-04-2011 ليبرر سبب إيقافه العمل بالعقد الرابط بينه وبين المعقب ضدها.

وحيث أن احتجاج المعقب بأن إيقافه العمل بالعقد من جانب واحد خارج عن إرادته ويرجع إلى تنفيذه للقرار الوزاري الصادر في الغرض لا ينفي عن المعقب ضدها حقها في المطالبة بغرم الضرر الحاصل لها من جراء إنهاء العقد قبل حلول الأجل المتفق وعليه فإن محكمة القرار المنتقد كانت محقة حينما أقرت الحكم الابتدائي القاضي بتعويض المعقب ضدها الآن عن قيمة المبالغ التي سبق أن دفعتها لقاء بقية مدة العقد التي لم تنتفع خلالها بخدمات المعقب.»

**2-5- التغطية الاجتماعية لأعوان الدولة العرضيين**

**قرار تعقيبي شغلي عدد *47890* صدر بتاريخ *2017/6/23* عن الدائرة المدنية التاسعة عشر برئاسة السيدة حياة الخماسي وعضوية المستشارين السيدين رياض الغربي والناصر الهلالي وبحضور المدعي العام السيدة فاتن بالأمين ومساعدة كاتب الجلسة السيد محمد الحبيب التلمودي.**

«حيث اقتضى الفصل الأول من قانون عدد 12 لسنة 1985 المؤرخ في 1985/3/5 المتعلق بنظام الجرايات للباقين على قيد الحياة في القطاع العمومي أنه " ينطبق هذا النظام على كل الأعوان المنتمين للقطاع العمومي مهما كانت وضعيتهم الإدارية وكيفية صرف مرتباتهم وجنسهم وجنسيتهم ...والذين تشغلهم الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات ذات الصبغة الإدارية..."

وحيث يفهم من هذا الفصل أن جميع الأعوان الذين يعملون في القطاع العمومي دون استثناء يخضعون لهذا القانون مهما كانت طبيعة عملهم وصنفهم أو وضعهم الإداري ولم يفرق بين العامل الوقتي والدائم والعرضي والمرسم أو كيفية صرف الأجر له سواء يوميا أو شهريا وبالتالي فإنه يكفي ثبوت انتماء العامل للقطاع العمومي ووجود العلاقة الشغلية مع الدولة أو المؤسسات العمومية المحلية حتى ينتفع بهذا القانون.

وحيث أنه لا خلاف في خصوص العلاقة الشغلية بين المعقب ضدها والمجلس الجهوي للولاية الذي يعتبر من المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الادارية وبالتالي فانه مهما كانت الوضعية الإدارية للمعقب ضدها فإنها تخضع للنظام الوارد بالقانون عدد 12 لسنة 1985.»

**2-6- التغطية الاجتماعية لعملة الحضائر**

**قرار تعقيبي شغلي عدد *41122* صدر بتاريخ *01* جوان *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر ممثل الادعاء السيد لطفي البدوي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

«حيث لا جدال أن المشرع قد اقر الحق في التغطية الاجتماعية لصنف عملة الحضائر ضمن القانون عـ32ـدد لسنة 2002 المؤرخ في 12 مارس 2002 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي لبعض الأصناف من العملة في القطاعين الفلاحي وغير الفلاحي وتعلق الإشكال بمدى أحقية العملة على حساب الحضائر في الانتفاع بالتغطية الاجتماعية بخصوص مدة سابقة عن صدور القانون المذكور باعتبار انه لا ينطبق إلا من تاريخ صدوره بدون مفعول رجعي.

وحيث لا خلاف أن عمال الحضائر وقبل صدور القانون عـ32ـدد لسنة 2002 كانوا بمثابة صنف خارج دائرة القانون فهو صنف له وجود واقعي في الوظيفة العمومية ولكنه معدوم الوجود القانوني من المنظومة التشريعية المنظمة للوظيفة العمومية.

وحيث طرحت المسالة على القضاء العدلي والإداري فاستقر الرأي على تصنيفهم ضمن الأعوان العموميين بالنظر لمعياري الانتداب والتأجير ذلك أن انتدابهم يرجع للإدارة العمومية ويتم خلاصهم من المال العام وبالتالي فهم يصنفون ضمن الأعوان العموميين وهو ما يؤول إلى إخضاعهم إلى الحقوق والواجبات المنصوص عليها في قانون الوظيفة العمومية من ذلك الحق في الترسيم والتدرج والحق في جراية التقاعد فضلا عن الحق في التغطية الاجتماعية وبالتالي ينطبق عليهم القانون عـ12ـدد لسنة 1985 المؤرخ في 05 مارس 1985 المتعلق بنظام الجرايات المدنية والعسكرية للتقاعد والباقين على قيد

الحياة في القطاع العمومي في خصوص الوضعيات السابقة لصدور القانون عـ32ـدد لسنة 2002 المؤرخ في 12 مارس 2002.»

**2-7- نزاع الشغل الفردي ونزاع الشغل الجماعي**

**قرار تعقيبي شغلي عدد *42465* صدر بتاريخ *07* جويلية *2017* عن الدائرة المدنية السادسة برئاسة السيدة ريم منية البحري وعضوية المستشارين السيدين رؤوف ملكي ورضا الوسلاتي بمحضر المدعي العام السيد محمد الزواوي وبمساعدة كاتب الجلسة السيدة عائدة الحلواني.**

«حيث نص الفصل 376 من م ش على انه "يتعين عرض كل صعوبة تنشا بين المؤجر والعملة من شانها أن تثير نزاع شغل جماعي على اللجنة الاستشارية للمؤسسة قصد إيجاد حلول لها ترضي طرفي النزاع.

وإذا لم يتم فض الخلاف داخل المؤسسة يقع عرضه وجوبا من قبل أكثر الطرفين حرصا على المكتب الجهوي للتصالح وعند التعذر على تفقدية الشغل المختصة ترابيا.

وحيث انه ولئن لم يعرف المشرع التونسي النزاع الجماعي ولم يكرس معايير واضحة للتفرقة بينه ونزاع الشغل الفردي مقتصرا على تنظيم أحكامه وإجراءاته وموضوعه وغايته بالفصل 376 من م ش وما بعده إلا انه بالرجوع إلى أحكام مجلة الشغل والاتفاقية المشتركة الإطارية ولما كرسه فقه القضاء التونسي والمقارن يمكن أن نحدد مفهومه بالاعتماد إلى جملة من العناصر والمعايير الواجب توفرها.

وحيث انه وخلافا لما تمسك به نائب الطاعنة فان تكييف النزاع بأنه نزاع جماعي لا يقدر كذلك بالنظر إلى وضعية المؤسسة الاقتصادية وان كانت تشكو من صعوبات حادة افتتحت في شانها إجراءات الإنقاذ ولا أيضا بالنظر إلى تعدد العمال المشمولين بالإجراء موضوعه.

وحيث انه من الواضح أن نزاعات الشغل الجماعية هي كل صعوبة تنشأ بين مؤجر ومجموع عملته حول تنفيذ عقد الشغل ويكون من شأنها أن تثير نزاع شغل جماعي وعادة ما يكون موضوعها مصالح أو حقوقا مشتركة بين سائر أولئك الإجراء، الهدف منها تحسين الوضع الاجتماعي أو المهني أو القانوني للعمال.

وحيث وبما أن موضوع الدعوى هو الطرد وغلق المؤسسة من جانب واحد من قبل الطاعنة بدعوى مرورها بصعوبات اقتصادية بتاريخ 22 أفريل 2013 وكان النزاع بين المؤجرة واحد عملتها وكان

موضوعه لا يتعلق إلا بمصلحة أو حق هذا العامل فهو نزاع فردي ومن اختصاص دوائر الشغل ولو تعددت حالات النزاع بتعدد الإجراء إذ العبرة في نزاعات الشغل الجماعية باتحاد الحق أو المصلحة مثار النزاع وليس بتعدد الأجراء ما دام كل واحد منهم يطالب بحق أو مصلحة فردية لا تخص إلا شخصه.»

**قرار تعقيبي شغلي عدد*54857* صدر بتاريخ *2017/11/17* عن الدائرة السادسة برئاسة السيدة لطيفة البغدادي وعضوية المستشارين السيدين رؤوف ملكي ورضا الوسلاتي، وبحضور ممثل الادعاء العام السيدة لطيفة العرفاوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة جميلة مسعود.**

«حيث لا جدال أن قضاء محكمة التعقيب استقر على أن النزاع الشغلي الجماعي هو كل صعوبة تنشأ بين المؤجر والعملة حول تنفيذ عقد الشغل ويكون موضوعها مصالح وحقوق مشتركة بين العملة. أما إذا كان النزاع بين عامل ومؤجر ويتعلق بمصلحة أو حق شخصي فهو نزاع فردي من اختصاص دائرة الشغل ولو تعدد القيام بتعدد الاجراء لأن العبرة بموضوع النزاع وليس بعدد العاملين القائمين بالدعاوى (قرار تعقيبي مدني عن الدوائر المجتمعة عـ23002ـدد بتاريخ 27 جانفي 2005) .

وحيث تبين من أوراق الملف أن العلاقة الشغلية الحالية انقطعت في 2011/10/13 وقد نسبت المؤجرة للأجيرة الامتناع عن العمل والمشاركة في اضراب غير شرعي يوم 2011/10/12 بينما نفت الأجيرة ذلك متمسكة بأنه وقع طردها دون سبب وقامت بدعوى الحال طالبة الحكم بغرامات الطرد والمنح المبينة بعريضة دعواها.

وحيث طالما كان موضوع الدعوى يتعلق بمصلحة وحق شخصي للأجيرة تمثل في الطلبات المذكورة فإنه يضحى نزاعا شغليا فرديا من اختصاص دائرة الشغل على معنى الفصل 183 م ش ولما أقرت محكمة الاصل اختصاصها الحكمي فإن قضاءها يكون في طريقه وتعين رد فرع الطعن الراهن.»

**2-8- عبء إثبات واقعة الطرد**

**قرار تعقيبي شغلي عدد*34948* صدر بتاريخ *28* فيفري *2017* عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة شادية الحاج إبراهيم وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وسهام الشاهد وبحضور المدعي العام السيدة هاجر المحرزي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة حنيفة السعيدي.**

«حيث أكدت محكمة القرار المنتقد أن العلاقة الشغلية بين طرفي التداعي كانت متقطعة وغير مستمرة وهو ما لا يضفي على الطالب صفة العامل القار كما أن المستأنف ضده لم يثبت حصول واقعة الطرد واعتبرت أن الصبغة التعسفية المدعى بها كانت مجردة.

وحيث نص الفصل 6 م ش على أن عقد الشغل يثبت بجميع وسائل الإثبات دون تحديدها وعليه كان الرجوع إلى الفصل 427 م ا ع باعتباره المرجع في تحديد البينات المقبولة قانونا ومن بينها الإقرار والبينة ويكون للمحكمة الترجيح بينها بحسب قوتها.

وحيث ومن جهة أخرى فان محكمة القرار المطعون فيه قد اعتبرت ان المعقب الان لم يثبت حصول واقعة الطرد معتبرة بذلك انه يتحمل عبء اثبات ادعائه وهو ما يؤول إلى اعتمادها القاعدة العامة في الاثبات القائلة بان البينة على من ادعى

وحيث وعلى خلاف المنحى المعتمد من محكمة القرار المطعون فيه فان عبء الإثبات في القضايا الشغلية يتسم بالخصوصية ولا يخضع للأحكام العامة في الإثبات وهو ما كرسه المشرع صراحة بالفصل 14خامسا م ش حيث اعتبر أن طرفي التداعي محمولين على تقديم عناصر الإثبات المؤيدة لموقفهما إذ نص صراحة على "انه يرجع للقاضي تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد ومدى احترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية المتعلقة به بناء على عناصر الإثبات المقدمة إليه من طرفي النزاع ويمكنه لهذا الغرض الإذن بإجراء كل وسيلة تحقيق يراها لازمة"

وحيث تأسيسا على ما تقدم فان ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من جزم بخصوص المتحمل بعبء الإثبات فيه حيف وخروج عن القواعد ذات الصلة المنطبقة على النزاعات الشغلية ولا سيما ما انتهى إليه فقه القضاء»

**3- مدني عام**

**3-1- الهبة**

***3-1-1-*صحة هبة الرقبة**

**قرار تعقيبي مدني عدد *51332*بتاريخ *2017/12/25* صدرعن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش وبديع بن عباس وبحضور المدعي العام السيدة فاتن بالأمين.**

«حيث إن الهبة، كيفما نظمها المشرع بالفصول من 200 إلى 213 من مجلة الأحوال الشخصية تعلقت بحق الملكية ككل لا يتجزأ.

وحيث وعلى خلاف أحكام مجلة الأحوال الشخصية، تناول القانون عدد 69 لسنة 2006 المؤرخ في 2006/10/28 المتعلق بإعفاء الهبات بين الاسلاف والأعقاب وبين الأزواج هبة حق الرقبة وحق الانتفاع، وهو ما استندت عليه محكمة القرار المطعون فيه لتأسيس موقفها القاضي بجواز هبة حق الرقبة.

وحيث ولئن جاءت أحكام القانون عدد 69 لسنة 2006 المذكور أعلاه لتتمم وتنقح مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي وقانون المالية لسنتي 1981 و2003 ومجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات بخصوص معاليم التسجيل التي تخضع لها الهبات بين الأسلاف والأعقاب وبين الأزواج إلا أنها تجاوزت الميدان الجبائي لتشير إلى مؤسستي هبة الرقبة وحق الانتفاع فتنظم آثارها الجبائية.

وحيث من هذا المنطلق بات القول ببطلان هبة حق الرقبة لا يستقيم طالما نظم المشرع جانب من آثار هذا العقد بما يعني بالضرورة انه اقر بجواز إبرامه

وحيث لما كان التعريف المبدئي لهبة الرقبة هو أن يهب الواهب عقارا للموهوب له لا ينتفع به إلا بوفاة الواهب، فان أحكام التسليم المادي في الهبة - التي أشارت لها الفصول من 201 إلى 203 م ا ش والتي اعتبرت التسليم في الهبة هو ركن من أركانها ولا تصح بدونه تكون غير ممكنة التطبيق لتعارضها مع مفهوم إحالة حق الرقبة الذي يستحيل معه التسليم المادي للشيء قبل وفاة الواهب

وحيث طالما كانت هبة الرقبة جائزة للأسباب المبسوطة أعلاه، فانه يكون من المتعين اعتبار أنه يكفي فيها أن يكون التسليم قانونيا فلا يشترط أن يكون ماديا لأن التسليم المادي أو الحوز في هبة الرقبة تبقى مسألة مستحيلة تتناقض ومفهوم إحالة الرقبة

وحيث أن محكمة القرار المطعون فيه إذ أقرت بجواز هبة الرقبة - بما تفترضه من استحالة التسليم المادي قبل وفاة الواهب - فإنها تكون قد أنزلت بقضائها صحيح القانون ولا تثريب عليها في ذلك بما يتعين معه الالتفات عما أثير من المعقب في هذا الصدد.»

***3-1-2-* بطلان هبة ملك الغير**

**قرار تعقيبي مدني عدد42690 بتاريخ 2017/9/27 صدر عن الدائرة المدنية السابعة والثلاثون برئاسة السيدة كوثر السعدي وعضوية المستشارين السيدين على الهمامي وبديع بن عباس بحضور المدعي العام السيدة بسمة العيدودي.**

«حيث لئن رتبت محكمة الحكم المنتقد البطلان على عقد الهبة نظرا لتعمد الواهب هبة منابات ليس ملكا له استنادا إلى أحكام الفصول 2 و64 و325 م ا ع فان ذلك التعليل لا يستقيم قانونا لانطباقه على عقود البيع وما يستتبع ذلك من نقاش قانوني توصلت فيه محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة في القرار عدد 30702 بتاريخ 25 أفريل 2013 (منشور بقرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2013,ص.249) إلى انه "في صورة تسلط البيع على شيء مملوك لغير البائع ومتى حصل ذلك

فان العقد لا يحمل في طياته بذور البطلان المطلق إذ انعقد صحيحا لتوفر عناصر الانعقاد والصحة فيه كما ان اثره في حق المتعاقدين قائم لكن ينقصه النفاذ وهو الملك باعتباره الشرط الاساسي في جانب البائع مما يجعل نفاذه بالنسبة للمالك الحقيقي موقوفا على اجازته فان اجازه المالك نفذ وان تخلفت الاجازة انعدم" والحال ان موضوع دعوى الحال لا يتعلق ببيع وانما بهبة نظمها المشرع صلب الفصول 200 وما بعد م ا ش وجعل لها اركانا اضافية عن عقد البيع "فالهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر ما لا بدون عوض" طبق الفصل 200 م ا ش واضاف الفصل 201 من نفس الـمجلة انه "تتم الهبة بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له..." فما يميز عقد الـهبة عن عقد البيع هو ركن التسليم ولا صحة للـهبة ولا قيام لها بدون التسليم فهو ركن من اركانـها ولا يتم العقد بدونه فتنتقل الـملكية ويكتسب الـموهوب له حق التصرف في الـموهوب ويفقد في المقابل الواهب ذلك الـحق لانتقال الـملكية للموهوب له بتمام التسليم ومن هذه الناحية تبرز خصوصية عقد الهبة مقارنة بعقد البيع فلا يـجوز للواهب استبدال الموهوب ولا ان يسلم بعضه دون جـميعه واذا اخل بذلك فلا تتم الـهبة ويبطل العقد على معنى الفصول 2 و64 و325 م ا ع.

وحيث اقر المستأنف ه.م. عند التحرير عليه بـجلسة 2015/9/30 بان موضوع الـهبة في حوزه وتصرفه وهو ما يؤكد ان التسليم لم يقع كـما اقر المستأنف ع.ب.ح. تصرفه في الارض موضوع الـهبة ببناء مسكن وبئر واسطبل وزرع فيـها اشجارا.

وحيث اضـحى ابطال عقد الهبة بناء على الفصل 201 من م ا ش مستوفيا لشروطه القانونية.

وحيث أن مـحكمة التعقيب ترى انه غير ذي جدوى النقض لـمجرد الخطأ في إضـفاء الوصف القانوني الذي يـجب على الوقائع باعتباره يؤدي في منتهاه إلى نفس النتيجة التي صرح بها الـحكم المنتقد،إذ النقض لابد للقضاء به أن يكون موجبه اختلاف ذلك الأثر القانوني.

وحيث تكتفي محكمة التعقيب باستبدال التعليل وترفض الطعن أصلا.»

**3-1-3- التسليم في الهبة**

**قرار تعقيبي مدني عدد *38762* صدر بتاريخ *12* أفريل *2017* عن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدتين مفيدة الطلحاوي وأمال عباسي بمحضر المدعي العام السيدة هاجر المحرزي بمساعدة كاتب الجلسة السيد الحبيب التلمودي.**

« حيث يعرف الفصل 200 من م ا ش الهبة ولا ينص في هذا التعريف على التسليم.

وحيث أن الفصل 203 من م ا ش ينص على إمكانية المطالبة بالتسليم أي جبر الواهب على التسليم وهذا يعني أن ملكية ثابتة في حق الموهوب له بموجب الهبة وأن التسليم الفعلي يمكن أن لا يتزامن مع تحرير الحجة فيمكن أن يكون لاحقا ومعلقا على واقعة أو حادثة وهو المقصود من الفصل 203 من م ا ش فلو كان في الأمر تزامن لما نص للمشرع على المطالبة بالتسليم الفعلي والتخلي ماديا على الشيء الموهوب ولذلك إذا لم يلحق الهبة التسليم فإنه يمكن المطالبة به أي التخلي الفعلي عن الشيء الموهوب وذلك على أساس أن التسليم هو من آثار الهبة وهو الشيء الذي جعل المشرع ينص بالفصل 202 على تطبيق أحكام البيع على الهبة.

وحيث يستخلص من ذلك أن التسليم المقصود في الهبة هو التسليم القانوني ولو كان المقصد خلاف ذلك لما نص على الحق لا في المطالبة بالشيء الموهوب أي إلزام الواهب بالتخلي عنه وهو التسليم الفعلي الذي يعتبر من آثار نقل الملكية. وعليه فإن الهبة المحررة بالحجة الرسمية تكون صحيحة وتنقل الملكية وإن عدم التسليم الفعلي لا يبطلها إذ يمكن المطالبة به عند الاقتضاء وبذلك تصبح الهبة التي تؤجل التخلي الفعلي إلى حين وفاة الواهب أو غيره أي إلى حدوث واقعة معينة وقد سبق لمحكمة التعقيب أن أقرت أن لا مانع شرعيا من استثناء الواهب جزءا من هبته مدة حياته الذي يرجع بعد وفاته الموهوب له.(قرار تعقيبي مدني عدد 11003 مؤرخ في 21 ماي 1985، النشرية 1985 ، عدد 2 ص 367 .)

وحيث أن ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه بأن التسليم القانوني قد تم فعلا صلب عقد الهبة وأن احتفاظ الواهب بالإدارة وللتصرف إلا تكريس لحق الانتفاع الذي وقع التنصيص عليه صراحة صلب العقد المذكور إلى حين وفاته تكون قد طبقت تطبيقا سليما أحكام الهبة المنصوص عليها بمجلة الأحوال الشخصية من الفصول 200 إلى 213 بما يتعين رد المطاعن لعدم وجاهتها.»

**3-2-اتصال القضاء**

***3-2-1-*شروط قرينة اتصال القضاء**

**قرار تعقيبي مدني عدد *47343* صدر بتاريخ *20* جوان *2017* صدر عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة زكية الماجري وعضوية المستشارين السيدين سنية الدبابي وعلي عواينية وبحضور المدعي العام السيدة لطيفة العرفاوي.**

«حيث أسست محكمة القرار المنتقد قضاءها على اعتبار ان قرينة اتصال القضاء غير متوفرة في النزاع الراهن.

وحيث أن قرينة اتصال القضاء تقوم بتوفر وحدة الموضوع ووحدة سبب الدعوى ووحدة الخصوم.

وحيث توفر شرطي وحدة الخصوم والسبب.

وحيث انه بالرجوع إلى نسخة الحكم عـ40678ـدد والذي تم اقراره استئنافيا في القضية عـ26730ـدد وتعقيبيا في القرار عـ27336ـدد يتضح ان موضوع الدعوى هو طلب التعويض عن الخسارة جراء غلق المحل وما فاته من ربح نتيجة ذلك وقيمة السلع الموجودة بالمحل.

وحيث ان موضوع دعوى الحال حسب عريضة الدعوى وحسب مستندات الاستئناف في طلب ما فاته من ربح جراء غلق المحل بصفة تعسفية.

وحيث بات واضحا ان موضوع الدعويين هو كذلك واحد وبذلك توفرت شرائط قرينة اتصال القضاء.

وحيث انه وخلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد فانه لا يمكن تطبيق أحكام القانون العام على الأصل التجاري وقد وضع المشرع أحكاما خاصة للتمتع بالغرامات المستحقة وجعل لها سبيلا سلك المعقب ضده بعضها وتحصل على التعويضات الواجبة لذلك وتنازل عن حقه في التمتع بباقي الغرامات.

وحيث يؤخذ من مظروفات الملف وخاصة من مأمورية الاختبار ونتيجة الاختبار التي أسست عليها قرارها أن محكمة القرار المنتقد استعملت نفس عناصر غرامة الحرمان للتعويض للمعقب ضده في حين انه سقط حقه في المطالبة بها ولم يعد بإمكانه التحصيل عليها بطرق أخرى.

وحيث وتأسيسا عما تقدم فانه من الثابت ان موضوع دعوى الحال لا يعد موضوعا جديدا وانما تسمية جديدة للطلبات منشؤها نفس موضوع الدعوى السابق وقد قضي فيها بحكم بات على نفس الاساس.

وحيث ان محكمة القرار المنتقد حينما اعادت النظر في الدعوى ومنحت المعقب ضده تعويضات بعنوان فقدانه الاصل التجاري تكون قد خرقت القانون باعتبار انه لم يعد له الحق في غرامة الحرمان وعلاوة على انه سبق التعويض له عن الخسارة الذي مني بها جراء غلق محله.

وحيث طالما قضى ابتدائيا بعدم سماع الدعوى ولم يبق أي موجـب لإعـــادة النظر في الدعوى فانه يتجه نقض القرار المنتقد دون إحالة طبق الفصل 177 م.م.م.ت.»

**3-2-2-مفهوم اتصال القضاء ومفهوم قوة الحكم في الإثبات**

**قرار تعقيبي مدني عدد *43656* صدر بتاريخ *18*أكتوبر *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة والعشرين برئاسة السيدة جليلة نصر الله وعضوية المستشارتين السيدة أمال عباسي والسيدة رجاء خضراوي وبمحضر المدعي العام السيدة لطيفة العرفاوي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث واستنادا لأحكام الفصل 443 م إ ع يعتبر الحكم من الحجج الرسمية على معنى أن ما ثبت لدى المحكمة التي أصدرته يعول عليه ولو قبل اكتسابه صيغة التنفيذ فهو يعتبر عنوان الحقيقة وله قوة في الإثبات تشكل حجة على الكافة لا على الخصوم فحسب.

وحيث أن قوة الحكم في الإثبات تعني أن الحكم بما اشتمل عليه من وقائع وأسباب ومنطوق وثيقة رسمية لا تقل في قوة الإثبات عن الأوراق الرسمية الأخرى وهو في هذا المعنى حجة على الكافة فما دونه القاضي على أنه وقع تحت سمعه أو بصره لا يجوز اثبات عكسه .

وحيث جاء بالقرار التعقيبي عدد 15690 المؤرخ في 24 نوفمبر 2007 أنه "كثيرا ما يلتبس مفهوم اتصال القضاء بمفهوم قوة الحكم في الإثبات فالمعلوم أن مبادئ اتصال القضاء تهدف أساسا لعدم الوقوع في تضارب الأحكام ولا يتجاوز أثرها الطرفين في المادة المدنية أما مبادئ الحجة الرسمية فتبين مدى حجية الرسم في حد ذاته ويمتد أثرها إلى الغير."»

**3-2-3-حكم الطرح لا يتصل به القضاء**

**قرار تعقيبي مدني عدد *42719* صدر بتاريخ *2017/9/27* عن الدائرة *37* برئاسة السيدة كوثر السعدي وعضوية المستشارين السيدين علي الهمامي وحاتم بن جماعة بحضور المدعي العام السيدة بسمة العيدودي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الهمامي.**

«حيث خلافا لما جاء في الطعن فان الـمحكمة قد أحسنت تطبيق أحكام الفصل 481 م ا ع عندما ردت الدفع باتصال القضاء لانتفاء شروطه، ضرورة أن الأحكام التامة بالطرح لا وجه فيها للتمسك باتصال القضاء باعتبارها لم تنظر في أصل الـحق.»

**3-2-4-الحكم الجزائي وشروط حجية ما اتصل به القضاء**

**قرار تعقيبي مدني عدد *33428* صدر بتاريخ *17* جانفي *2017* عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة نورة حمدي وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وسهام الشاهد وبحضور المدعي العام السيدة هاجر المحرزي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث غني عن البيان والتأكيد ان قرينة اتصال القضاء من القرائن القانونية المقررة بالفصل 481 م.م.م.ت. ويخول الاحتجاج بها متى توفرت شروطها المتمثلة في أن يكون موضوع الطلب واحدا وان يكون سبب الدعوى واحدا وان تكون الدعوى بين نفس الخصوم الصادر بينهم الحكم وبعين الصفة السابقة في الطالب والمطلوب وذلك لوضع حد للنزاع حتى لا يتكرر وحتى لا تتناقض الأحكام في الخصومة الواحدة.

وحيث أن القول بما تقدم يفترض ان يكون الحكم المدفوع به حكما قاطعا و "هو الحكم الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في أحد أجزائه وفي مسألة متفرعة عنه سواء تعلقت بالقانون أو الوقائع."

وحيث انتهت محكمة القرار المنتقد إلى ان التعويض المطالب به قد اتصل به القضاء تبعا لبت القاضي الجزائي في أصل الدعوى المدنية المرفوعة أمامه من قبل المعقبة الآن.

وحيث أن مجاراة محكمة القرار المنتقد فيما انتهت إليه يشترط أن يكون القاضي الجزائي قد بت في أصل الدعوى المدنية بأن كان حكمه قاطعا لا شكليا وأصليا لا وقتيا.

وحيث أن محكمة القرار المنتقد لم تتحرى في توفر شروط قرينة اتصال القضاء وذلك بتكييف القرار الصادر عن القاضي الجزائي عند نظره في الدعوى المدنية التي قضى في شانها بالرفض وهو ما يكون معه القول بكون القاضي الجزائي قد بت في أصل الدعوى المدنية دون تفصيل مبنى ذلك منطوي على ضعف في التعليل.

وحيث من جهة أخرى اقتضت أحكام الفصل 7 م ا ج أن : "الدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصيا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة. ويمكن القيام بها في آن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى المحكمة المدنية. وفي هذه الصورة يتوقف النظر فيها إلى أن يقضى بوجه بات في الدعوى العمومية التي وقعت إثارتها."

وحيث استقر فقه القضاء على اعتبار انه لا يجوز للقاضي المدني أن يتجاهل ما أثبته القاضي الجزائي بحكمه من حيث مرتكبي الفعل الضار وحصول الضرر منه للمجني عليه إلاأنه يبقى حرا في تقدير درجة الخطأ وتوزيع المسؤولية.

وحيث ثبت رجوعا إلى الحكم الجزائي الصادر في القضية عدد 28687والواقع اقراره استئنافيا في القضية عدد 708 انه قضى بثبوت ادانة كل من المعقبة والمعقب ضدهما الآن من اجل الاعتداء بالعنف الشديد وتخطيتهم من اجل ذلك.

وحيث أهملت محكمة القرار المنتقد الوقوف على ما انتهى إليه القاضي الجزائي عند نظره في الدعوى العمومية ذلك أن حكمه هو مبنى القيام بطلب التعويض لدى محكمتي الأصل الآن وعليه فقد كان على هذه الأخيرة أخذه بعين الاعتبار طالما كانت مقتضياته واجبة الاعتبار قانونا وذات حجية ومن ثمة ترتيب الآثار القانونية عليه.

وحيث أن قول محكمة القرار المنتقد بخلاف ما تقدم فيه ضعف في التعليل وخرق للقانون وهو ما يكون معه هذا المطعن حريا بالقبول.»

***3-2-5- انبناء الحكم الذي اتصل به القضاء على غلط حسي***

**قرار تعقيبي مدني عدد *35320* صدر بتاريخ *04* جانفي *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة والعشرون برئاسة السيدة جليلة نصر الله وعضوية المستشارين السيدتين منيرة البرقاوي وثريا بن غنية بحضور المدعي العام السيد خالد عباس وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عايدة البرقاوي.**

«حيث نعت المعقبة على محكمة القرار المنتقد خرق أحكام الفصل 481 م. إ.ع لما اعتبرت أنه لا مجال للتمسك بقرينة اتصال القضاء لأن القيام بدعوى الحال يستند إلى الغلط الحسي على معنى الفصل 484 م.إ.ع،والحال أنه لا يمكن اعتبار تقدير المحكمة للدعوى من قبيل الغلط الحسي.

وحيث اقتضى الفصل 484 م.إ.ع في فقرته الثانية أنه يجوز نقض الحكم الذي لا رجوع فيه إذا ثبت أن الحكم بني على غلط حسي وكان السبب الأصلي والوحيد في صدوره.

وحيث ولئن لم يبين المشرع صلب الفصل المذكور معنى الغلط الحسي فإن إرادة المشرع اتجهت لتجعل منه سببا لإلغاء الحكم الذي لا رجوع فيه. فهو ليس الغلط في الرسم ولا في الاسم ولا الحساب ولا غيرها من الاختلالات من نوع ما ذكر في الفصل 256 م. م.م. ت، وانما هو الغلط المادي الذي يحصل في المقومات الجوهرية والدعامات الأساسية التي قام عليها بناء الحكم وعلى مقتضاها صدر قضاؤه، وبعبارة أخرى فإن الغلط الحسي المقصود بالفصل 484 م.إ.ع هو غلط جوهري وأساسي يتناول أصل الحق ويتعلق به وله انعكاس مباشر ليس فقط على نص الحكم، وإنما على جوهره وكيانه. فيتعين عندئذ إصلاح الحالة ورد الأمور إلى نصابها تصحيحا للأوضاع ورفعا للغلط بنقضه والرجوع فيه.

[...]وحيث طالما تثبت سبق تمسك المعقب ضدها بنفس الأسانيد الواقعية لهذه الدعوى أمام محكمة الحكم عدد 15564 والحكم عدد 39882 وحتى أمام محكمة التعقيب وتم رد هذه الأسانيد من طرف المحكمة في أطوارها الثلاثة لعدم اقتناعها بوجاهـتها فـإنّ النزاع يكون قد اتصل به القـضاء ولا يجوز الاستناد إلى أحكام الفصل 484 م.إ.ع لإعادة النظر فيه باعتبار أن القيام على أساس هذا النص

يقتضي ثبوت إنبناء الحكم المطعون فيه على غلط حسي والحال أن دعوى المطعون ضدها ترمي في الحقيقة إلى منا قشة اجتهاد المحكمة في فهم الوقائع وتقدير وسائل الإثبات رغم صدور حكم بات في شأنه والذي لا يمكن إطلاقا أن ينضوي تحت طائلة الفصل 484 المذكور وإلا أصبح هذا الفصل طريقة جديدة من طرق الطعن في الأحكام الباتة بما ينزع عنها قوتها الثبوتية وهو ما لا يستقيم قانونا. وطالما نحت محكمة القرار المنتقد خلاف هذا المنحى فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون وأساءت التعليل بما يوجب نقض حكمها دون حاجة إلى الخوض في بقية المطاعن.

وحيث طالما ثبت أن حكم البداية الصادر في دعوى الحال تحت عدد 1150 قد أحسن تطبيق القانون والتعليل وفهم الوقائع بما لم يبق معه موجب لإعادة النظر من طرف محكمة القرار المنتقد فإنه يتجه نقض القرار المنتقد دون إحالة عملا بأحكام الفصل 177 م. م. م. ت.»

**3-3- العقد**

***3-3-1*-عقد توزيع وعقد استغلال تحت التسمية الأصلية**

**قرار تعقيبي عدد *46692* بتاريخ *23* نوفمبر *2017* صدر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو والمستشارين السيدين آسيا العياري وبديع بن عباس بمحضر المدعي العمومي السيد الطاهر العبيدي.**

«حيث يتبين من المطاعن اختلاف حول تكييف العلاقة التعاقدية الرابطة بين الطرفين.

وحيث أن تكييف العلاقة التعاقدية من المسائل القانونية الخاضعة لرقابة محكمة التعقيب.

وحيث تمسك نائب المعقبة باعتبار العلاقة التعاقدية وكالة تجارية خاضعة لأحكام الفصلين 625 و626 من المجلة التجارية، في حين تمسك نائب المعقب ضدها باعتبارها عقود توزيع تنظمها أحكام القانون عدد 69 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتجارة التوزيع وأضاف أنه عقد تحت التسمية الأصلية يشترط الكتابة لصحته عملا بأحكام الفصل 15 من القانون المذكور.

وحيث عرّف المشرع بالفصل 625 من المجلة التجارية وكيل التجارة باعتباره «الشخص الذي يلتزم عادة بإعداد أو إبرام عقود البيع والشراء وبوجه عام جميع المعاملات التجارية الأخرى باسم تاجر ولحسابه الخاص لكن بدون أن يكون مرتبطا معه بعقد إجارة عمل". فالوكالة التجارية عقد يبرمه الوكيل لإعداد أو إبرام معاملات تجارية باسم معاقده التاجر ولحسابه الخاص وبواسطته يتمكن المزود من تسويق بضاعته لدى أشخاص يتعاقد معهم بواسطة الوكيل مقابل أجرة تختلف طبيعتها

بحساب الحالات، فمهمّة الوكيل إذن هي البحث عن حرفاء دائمين لموكله، وبقدر ما اتسعت دائرة هؤلاء الحرفاء بقدر ما دامت العلاقة التعاقدية معهم بقدر ما زاد تطور ربح الوكيل لسهولة تكرر المعاملات معهم.

وحيث عرّف المشرع بالفصل 14 من قانون 12 أوت 2009 عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية باعتباره " عقد يمنح بمقتضاه صاحب تسمية المستغل تحت التسمية الأصلية قصد قيامه بتوزيع منتجات أو إسداء خدمات لقاء مقابل مالي". فعقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية من عقود التوزيع لمنتوج المزودين والتي يستأثر بموجبها المزود بتزويد معاقده ببضاعة حاملة لعلامة تجارية استئثارية مقابل التزام هذا الأخير بترويجها في محيط جغرافي محدّد. ونظرا لأهميتها في التعامل الاقتصادي فقد اشترط المشرع بالفصل 15 من قانون 12 أوت 2009 الكتابة كشرط صحة، إذ نص بالفقرة الأولى منه " يكون عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية كتابيا"، ورتب بالفقرة الأخيرة جزاء غياب الكتب وهو البطلان : "يعد باطلا كل عقد مخالف لأحكام هذا الفصل". وقد تمسك نائب المعقّب ضدها باشتراط الكتابة للإقرار بصحة العقد حماية للطرف الضعيف وهو الموزّع.

وحيث أن العلاقة التعاقدية موضوع النزاع هي من قبيل علاقة التمثيل التجاري وتوزيع مواد التنظيف من المعقبة والحاملة لعلامة المعقب ضدها نيابة عنها بولايات نابل وزغوان وبن عروس تنظمه اتفاقات مكتوبة تتعهد بموجبها المعقبة بتوفير وسائل النقل المطلوبة والتجهيزات الإعلامية والخطوط الهاتفية والأنظمة الإلكترونية مقابل تعهد المعقب ضدها بالمساهمة في خلاص جزء من المستلزمات.

وحيث يستخلص مما تقدم أن الأمر يتعلق بعقد إطاري لتوزيع مواد التنظيف الحاملة للعلامة التجارية للمعقب ضدها ينظم في الزمن البيوعات التي تقوم بها المعقبة.

وحيث خلافا لما تمسك به نائب المعقبة فإنه لا وجود لوكالة تجارية على معنى الفصلين 625 و 626 م ا ع باعتبار أن المعقبة تعمل لحسابها الخاص ولا تسوّق البضاعة مقابل أجرة، كما أنه خلافا لما تمسك به نائب المعقب ضدها فلا وجود أيضا لعقد استغلال تحت التسمية الأصلية ضرورة أن البضاعة موضوع التعاقد تتمثل في مواد تنظيف غير حاملة لعلامة تجارية استئثارية وإنما هو عقد توزيع عادي عرّفه الفصل 2 من قانون 12 أوت 2009 كما يلي :" يقصد بتجارة التوزيع على معنى هذا القانون كل نشاط يمارس على وجه الاحتراف يتعلق بشراء منتجات قصد إعادة بيعها على حالتها بالجملة أو بالتفصيل...".

وعرّف المشرع بذات الفصل تاجر الجملة وتاجر التفصيل ونظّم بالباب الثاني من القانون شروط ممارسة تجارة التوزيع بالفصول 3 وما بعده وخصّ عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية بأحكام خاصّة بالفصول 14 وما بعده من نفس القانون.

وحيث تعدّ المعقبة تاجر توزيع بالجملة كلّفتها المعقب ضدها بتوزيع منتجاتها الحاملة لعلامتها قصد بيعها على حالتها.

وحيث أن عقد التوزيع الإطاري هو عقد رضائي لا يخضع لشكلية الكتابة كشرط صحة، وأنّ ما تم إبرامه من كتائب خلال سنوات 2010 و2011 و2012 إنما ترمي لتنظيم البيوعات موضوع الاتفاق في الزمن بطريقة مكتوبه، فالأصل في العقود هو الرضائية والمشرع لم يشترط الكتابة إلا في عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية.

وحيث تخضع العقود الرضائية لمطلق إرادة الأطراف من حيث تكوينها أو تنفيذها أو انقضائها أو تجديدها.

وحيث أهملت محكمة الحكم المنتقد مسألة تكييف العلاقة التعاقدية وأعرضت عن مناقشة الدفوع المتعلقة بها رغم أهميتها وتأثيرها على وجه الفصل في القضية مما يورث قضاؤها ضعفا في التعليل هو بمثابة فقدانه موجب للنقض.»

**3-3-2- التجديد الضمني للعقد**

**قرار تعقيبي مدني عدد *46692*بتاريخ *23* نوفمبر *2017* صدر عن الدائرة الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو والمستشارين السيدين آسيا العياري وبديع بن عباس بمحضر المدعي العمومي السيد الطاهرالعبيدي ومساعدة الكاتبة كريمة الغزواني.**

«حيث تمسك نائب المعقبة بتجدّد العلاقة التعاقدية المبنيّة على الكتب المحرر بينهما والذي ينتهي في موفى ديسمبر 2012 لتواصل العمل بشروط التوزيع المضمّنة صلب الاتفاق المبرم سنة 2012 خلال سنة 2013 وبلورة ذلك بموجب معاملات وعمليات توزيع خلال شهر جانفي وفيفري 2013، وقد مكّنتها المعقب ضدها من وثيقة خصم على المورد تحت عنوان " certificat de retenu à la source" للشهرين المذكورين، كما تحصّلت الطاعنة على تخفيضات " ristourne" من المعقب ضدها بقيمة خمسة آلاف وخمسمائة وثمانية وأربعين دينارا ومليمات 900 (5.548.900 دينار) عن سنة 2013 حسب الوثيقة التي أدلى بها ممثلها القانوني بجلسة التحريرات المكتبية المجراة بالطور الاستئنافي بتاريخ 26 ماي 2015 والمتمثلة في تصريح حريف" déclaration d'employeur" والصادرة

عن وزارة المالية وتمسك بشهادة المدعو ع.ر.ز. الممثل التجاري لدى المعقب ضدها المكلف بالتوزيع في ولايات نابل وبن عروس وزغوان خلال الثلاثية الأولى من سنة 2013 وأنه تفاجأ بانقطاع العلاقة بين الطرفين.

وحيث اقتضى الفصل 29 من م ا ع ما يلي:"إذا كان الجواب بالقبول غير مطلوب لعارض العقد أو كان عرف التجارة لا يقتضيه تم العقد بمجرد شروع الطرف الآخر في العمل به وعدم الجواب يعتبر رضاء أيضا إذا كان الإيجاب متعلقا بخلطة تجارية تقدم الشروع فيها بين الطرفين".

وحيث أن التجديد الضمني يفترض وجود عقد معين المدة contrat à durée déterminée وزمني أي يمتد تنفيذه في الزمن contrat à exécution successive وقد حلّ أجله، ويواصل أطرافه تنفيذ التزاماتهم الرئيسية وكأن أجله لم يحل بعد، فمواصلة العمل بالعقد بعد حلول أجله يعبّر عن إرادة ضمنية في تجديد العقد الأصلي ومواصلة العمل به وتواصل تنفيذه.

وبالتالي فإن التجديد الضمني يتأسس على السكوت الملابس silence circonstancié لأطراف العقد، ويستنتج ذلك من الأعمال الإيجابية الصادرة عنهم les actes positifs بعد حلول أجل العقد الأول.

وحيث علاوة على ما تقدم فإنه يشترط في تجدّد العقد عدم وجود بند ينص على عدم التجديد وعدم التعبير عن إرادة مخالفة ومعارضة للتجديد كما في صورة إرسال إنذار للطرف الآخر بعد انتهاء العقد يعبّرمن خلاله على نيّته في رفض التجديد. ومن آثار التجديد الضمني نشأة عقد جديد يستبدل العقد الأول إذ يتجدّد العقد مبدئيا بنفس الشروط الأصلية ليتحول إلى عقد غير معين المدة إلا إذا نص المشرع في نصوص خاصة على أن العقد يتجدّد بنفس مدة العقد الأول.

وحيث أن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف، من أن المعاملات بين طرفي النزاع قد استقرت على إبرام عقد لكل سنة على حده وأضافت أنه بالاطلاع على العقد المتعلق بسنة 2012 يتضح أنه ليس هناك أية إشارة لإمكانية التجديد الضمني للعقد واستنتجت أنه لا يمكن اعتبار أن العقد المتعلق بسنة 2012 قد تجدّد بصفة ضمنية خلال سنة 2013 ذلك أن تجديد العقد لا يكون بغلبة الظن بل يجب أن يكون صريحا وبالتالي لا مجال للتمسك بالقطع التعسفي للعقد، هو تحليل ينبني على خلط بين التجديد الضمني والتجديد الصريح لاختلافهما من حيث الشروط والآثار. فالتجديد الصريح، الغير مطروح في قضية الحال، يتفق بمقتضاه الأطراف على تجديد العقد الأول بإبرام عقد جديد مطابق له تماما ويترتب عنه خضوع العقد الثاني إلى القانون النافذ عند إبرامه كإعادة احتساب الآجال المتعلقة

بالتقادم والبطلان من جديد ولا يمكن التمسك أيضا بالأخطاء التي ارتكبت في ظل العقد الأول للقول بفسخ العقد الثاني.

وحيث أن تعليل الأحكام هو بيان وتوضيح لما اعتمدته المحكمة مما له أصل ثابت بالملف تطبيقا للنصوص القانونية للوصول للحكم الذي انتهت إليه، على أن يكون متفقا والإرادة التعاقدية التي تمثل أساس المشروع التعاقدي وغير متجاف مع الشروط القانونية التي تنظم المسألة موضوع النزاع وحاسما لما كان بين الطرفين من تنازع. أما الاستنتاج المتجافي ومظروفات الملف والمبني على تعليل غير سليم في تقصّي إرادة المتعاقدين وتحليل غير مستساغ في قراءة نصوص القانون فإنه يصيّر الحكم ضعيف التعليل مستوجبا للنقض.»

**3-3-3- فسخ العقد**

**3-3-3-1-الشرط الفسخي والفسخ بموجب القانون**

**قرار تعقيبي مدني عدد 39812 صدر بتاريخ 04 ماي 2017 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجوى الغربي ولبنى الرقيق وبمحضر المدعي العام السيد لطيف البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

«حيث من المعلوم أن الفسخ باعتباره جزاء عدم تنفيذ احد الطرفين لالتزاماته الناشئة عن عقد ملزم للجانبين يكون أما بشرط فاسخ أو بموجب القانون وفق مقتضيات الفصل 273 من م ا ع وعليه فان اعتبار محكمة الحكم المطعون فيه ان عدم وجود شرط فاسخ يحول دون فسخ وعد البيع لا يجد له سند في القانون ذلك أن الفسخ كما يكون باتفاق الطرفين بإدراج شرط فسخي في العقد بان يشترط العاقدان أن عدم وفاء احدهم بما التزم به يوجب فسخ العقد فينفسخ العقد بمجرد وقوع ذلك طبق أحكام الفصل 274 من م ا ع ويكون الفسخ أيضا بالقانون بما يخول معه لأحد طرفي العقد إذا اخل معاقده بما التزم به وتأخر عن الوفاء الالتجاء للقضاء لطلب الفسخ ومحكمة القرار المطعون فيه حين قصرت بالفسخ على وجود شرط فسخي بالعقد دون الفسخ بالقانون تكون قد جانبت الصواب واورثت قضاءها خرقا للقانون موجبا للنقض.»

**3-3-3-2-فسخ العقد للإكراه**

**قرار تعقيبي مدني عدد *47771* صدر بتاريخ *2017/11/06* عن الدائرة المدنية الاولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فاتن بالأمين وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث من المسلم به -رجوعا إلى الفصول 50 وما بعده من م ا ع وما استقر عليه الفقه وفقه القضاء -أن الإكراه كعيب من عيوب الرضا هو ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله جبرا على التعاقد.

وحيث أن مؤدى ما تقدم هو ألا يعتد بالإكراه لفسخ العقد إلاإذا ما كان حاسما في التعاقد معتمدا على وسائل مادية أو معنوية أو نفسية للضغط من شأنها أن تبعث رهبة في نفس المعاقد تجعله يستشعر خطرا جسيما يحمله على التعاقد وهو من هذا المنطلق يعتبر من المسائل الموضوعية التي يخضع تقديرها إلى اجتهاد محكمة الموضوع.

وحيث لا خلاف في أن تقدير محكمة الموضوع للأدلة والعناصر المتوفرة لها واجتهادها في بناء حكمها في الدعوى من صميم اختصاصها وسلطتها التقديرية ولا رقابة لمحكمة التعقيب عليها في ذلك إذا ما كان ما انتهت إليه متماهٍ مع ما حواه الملف من معطيات ثابتة ومعللا تعليلا سليما دون تحريف أو ضعف أو خرق للقانون.

وحيث أبانت مستندات القرار المنتقد أن المحكمة محّصت العناصر المتمسك بها للقول بكون المعقب الآن كان تحت تأثير الإكراه عبد إبرام كتب الصلح المراد إبطاله والمتمثلة أساسا في صفة خصومه كأقرباء لرئيس الدولة السابق التي تخولهم القدرة على إلحاق الأذى به والزج به في السجن ظلما وقيامهم بالتشكي به جزائيا استنادا لشهود زور وغياب التوازن بين الالتزامات في كتب الصلح.

وحيث أتت محكمة القرار المطعون فيه على عناصر الإكراه المدعى بها انطلاقا من بداية التعاقد وصولا إلى التشكي جزائيا بالمعقب ثم سعي المعقب ضدهم تعيين مؤتمن عدلي على الشركة ومن ثمة ملابسات إمضاء كتب الصلح معللة رأيها بما خلص له اجتهادها رجوعا إلى مظروفات الملف فكان التمسك بكونها تغافلت عن وجود تدرج في الإكراه واهملت مناقشة الأفعال لا يستقيم.

وحيث من الثابت رجوعا إلى القرار المنتقد، أن المحكمة أعملت اجتهادها في تقدير الوقائع المدعى بكونها تشكل الركن المادي للإكراه وانتهى بها إلى القول بانتفاء ذلك بعد تمحيص الأدلة والقرائن المتمسك بها.

وحيث انبنى القرار المطعون فيه على الثابت من الوقائع ورتب عليه اثرا قانونيا صحيحا لا ينال منه ما اعتبره المعقب تحريفا للوقائع لمّا اعتبرت المحكمة أن المعقب هو من سعى لإبرام الشراكة مع خصومه لاستغلال صفتهم الاجتماعية ذلك انه قد ثبت من عريضة افتتاح الدعوى أن المعقب ذاته قد اقر بأنه كان يأمل من التعاقد مع المعقب ضدهم أن يسهموا بحكم صفتهم

الاجتماعية في تذليل الصعوبات الإدارية وهو ما جعله يقبل التعاقد معهم رغم عدم دفعهم لمساهمتهم في رأس المال وعليه فان ما استنتجته المحكمة من ذلك لا يشكل تحريفا للوقائع خاصة وان تحريف الوقائع المعتمد كسبب لقبول الطعن بالتعقيب هو التحريف المؤثر على وجه الفصل في الدعوى وهو غير وضعية الحال.»

**3-3-4-الإعلام بانتقال الملكية**

**قرار تعقيبي مدني عدد *43320* بتاريخ *19* أكتوبر *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«حيث أن الإشكال القانوني المطروح يتعلق بمعرفة إن كان من واجب الوارث إعلام معاقد مورثه بأنه حل محله بموجب الوفاة تطبيقا للفصل 205 من م ا ع. وإن كان العقد لا يُنفذ إلا بإعلام المعاقد بانتقال الملكية من المورث إلى الوارث؟

وحيث نص الفصل 205 من م ا ع أنه "لا يتم الانتقال للمحال له بالنسبة للمدين أو لغيره إلا بالإعلام بانتقال الدين" وقبول المدين للانتقال بكتب ثابت التاريخ وذلك عدى الأحوال المقررة بالفصلين 219 و220.

وحيث يتبين من ذلك أن الفصل 205 المذكور أعلاه وضع مبدأ واجب إعلام المدين عند انتقال الالتزامات سواء بموجب القانون أو بموجب العقد ولكنه في نفس الفصل يستثني من المبدأ صورتين لانتقال الملكية من واجب الإعلام تخص الأولى موضوع النزاع الحالي وهي انتقال الملكية بموجب التركة والتي لا تقتضي من المحال له أي الوارث سوى إثبات صفته كوارث لا غير تطبيقا للفصل 219 من م ا ع الذي ينص على انه "من أحال تركة لا يلزمه إلا ضمان كونه وارثا ولا تصح الإحالة إلاإذا علم قيمتها الطرفان وتنتقل بهذه الإحالة للمحال له الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمخلف". ومنه لا حاجة لأن يلتزم الوارث بإعلام المدين بانتقال الملكية إليه بموجب الإرث الذي لا ينطبق إلا عند انتقال الالتزامات بموجب العقد أي بموجب إرادة المحيل والمحال إليه وتراضيهما على ذلك. وهو ما يوجب إعلام المدين بها كي يعلم باسم وصفة دائنه.

وحيث على خلاف ذلك تنتقل التركة إلى الورثة بموجب واقعة الوفاة ويضمن الانتقال إحالة جميع الحقوق والالتزامات المتصلة بالمخلف لأنه ينظر بالطرف في تنفيذ العقود فالورثة وفقا للفصل 481 أخيرا من م ا ع يعتبرون كالخصوم وهو ما ينطبق على النزاع الحالي ذلك أن الورثة قد حلوا محل

مورثهم فيما له من حقوق ولهم بالتالي الصفة في إدارة التركة ومنها استغلال العناصر المادية المكونة لها ويندرج تبعا لذلك التنبيه الصادر عنهم في طلب أداء معاليم الكراء غير الخالصة الموجه للمعقب ضدها بما لهم من حقوق مالية لديها بصفتها متسوغة وتوفرت بالتالي الصفة لديهم في التنبيه بدفع معاليم الكراء المتخلدة بذمتها وذلك تطبيقا أيضا للفصل 241 من م ا ع والتي يمكن للمتسوغة أن تتبينها عند الاقتضاء من محضر التنبيه ذاته الذي تضمن بيانا لصفة الطاعنين كورثة للمالك الأصلي وأسمائهم معلومة لدى الطاعنة المتسوغة.

وحيث أن محكمة الحكم المطعون فيه وحينما أقرت مبدأ الإعلام الوارد بالفصل 205 من م ا ع وتجاهلت الاستثناء الذي ينص عليه الفصل المذكور وهو انتقال الالتزامات بموجب القانون ومنها انتقال الملكية بموجب التركة وقضت بإبطال محضر التنبيه موضوع النزاع رغم صدوره صحيحا شكلا ومضمونا وممن له صفة في التبليغ تكون قد أساءت فهم وتطبيق وتأويل أحكام الفصل 205 من م ا ع وهو ما يتعين معه نقض قرارها المطعون فيه بدون إحالة طبق الفصل 177 من م.م.م.ت. طالما لم يبق موجب لإعادة النظر.

وحيث وطالما تم نقض القرار الاستئنافي المطعون فيه والذي نقض بدوره الحكم الابتدائي فإن الأثر القانوني الواجب الترتيب هو إقرار الحكم الابتدائي طبق نصه والقاضي بعدم سماع دعوى إبطال التنبيه عـ005556ـدد المبلغ بتاريخ 2006/02/18 من قبل عدل التنفيذ خميس كعوانة.»

**3-3-5-شروط الدعوى البوليانية**

**قرار تعقيبي مدني عدد *39321* صدر بتاريخ *27* أفريل*2017* عن الدائرة المدنية الرابعة المتركبة من رئيسها السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

«حيث تعلق المطعن بمسألة سوء النية من جهة والعسر من جهة ثانية.

وحيث يقتضي المبدأ التفريق عند البحث عن تواطئ المدين والغير بين اذا كان العقد المطعون فيه عقد بعوض أو عقد تبرع فان كان العقد بعوض كالبيع أو المعاوضة وغيرهما فان الأمر يشترط بيان تواطئ الغير وبيان غشة وسوء نيته اما اذا كان العقد تبرع فانه لا يشترط التغرير والتواطئ من جهة المتبرع إليه لان مصلحة الدائن تقدم على مصلحة المتبرع إليه الذي يحاول الاحتفاظ على اثراء ذمته من خلال ما تحصل عليه فهذا الأخير لم يقدم مقابلا على المنفعة التي نالها وبالتالي لا يلحقه ضرر في تسبيق مصلحة الدائن عدى عند الاقتضاء حرمانه من اثراء ذمته المالية ولذلك لا يعتد بحسن

نيته من عدمها ولا موجب للبحث فيها أما المعاوض فانه يكون قد بذل مقابلا عن العقد الذي يتممه له مدينة وليس من العدل والإنصاف حرمانه من ثمار التعاقد ويعتبر حرمانه منها تعديا على المعاملات التعاقدية وخرقا لقاعدة العقد شريعة الطرفين مناط الفصل 242 م ا ع والمفعول النسبي للعقود مناط الفصل 243 من م ا ع ومن شأن ذلك ان يهدد استقرار المعاملات ويكون من مصلحة الغير المعاقد الدفع بسلامة التعاقد ومطابقته للحقيقة حتى يتفادى الخسارة عما بذله من مقابل وعلى ذلك الاساس يشترط إثبات سوء النية لحرمان المعاوض مما توصل به واسترجاعه منه لإدخاله في الضمان العام حتى يمكن التنفيذ عليه وعليه فان شرط سوء النية غير متوفر في عقود التبرع كما هو بالنسبة للهبة في دعوى الحال مما يتعين معه رد المطعن من هذه الناحية.

وحيث وبالنسبة للشرط المتعلق بالعسر فان المدين يعتبره معسرا طالما لم يسدد ما تخلد بذمته وعليه إثبات يسره بإثبات وجود مكاسب للتنفيذ عليها غير موضوع العقد مناط طلب الإبطال دون الاكتفاء بالمناقشة بشأن توفر العسر من عدمه وعليه فان ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه كان سليم المبنى واقعا وقانونا ولا مخالفة فيه للقانون مما يتعين معه رد المطعن.»

**3-3-6- الوكيل الذي يبيع لابنه لا يعتبر قد تعاقد لنفسه**

**قرار تعقيبي مدني عدد صدر بتاريخ *23* نوفمبر *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«حيث انتهت محكمة الحكم المطعون فيه إلى أن حجة بيع واحالة حقوق مغارسة التي أبرمها الوكيل لفائدة ابنه مخالفة للفصل 549 م ا ع لكونه عقد لنفسه بواسطة.

وحيث يطرح النزاع من خلال المطاعن المثارة والأسانيد التي انبنى عليها القرار المطعون فيه إن كان الوكيل الذي يبيع لابنه يعتبر قد تعاقد لنفسه على معنى الفصل 549 من م ا ع.

وحيث أن تحجير أن يعقد المتصرف بالنيابة عن غيره ليس مقصورا على المقدم والمدير المنصوص عليهما بالفصل 549 من م ا ع بل يمتد حكمه حتى إلى الوكيل الاتفاقي باعتبار أن اضافة أداة التشبيه لكلمتي المقدم والمدير ليست على وجه الحصر والاستبعاد وإنما على سبيل الذكر مثلما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه عن صواب.

وحيث يؤخذ من الفصل 549 من م ا ع أنه يحجر على شخص الوكيل التعاقد مع نفسه ولو بواسطة سواء كانت هذه الواسطة ضمن الأشخاص الذين شملهم الفصل 570 من م ا ع أو من

غيرهم وعلى المحكمة إذا أسند العقد للغير لا لشخص الوكيل أن تتثبت إن كان العقد في حقيقة الأمر والواقع مسندا إلى شخص الوكيل فمجرد وجود قرابة ولو كانت متينة بين شخص الوكيل وشخص من اسند له العقد لا تكفي لقيام الوساطة مثلما جرى عليه نزاع الحال فحجة إحالة حقوق المغارسة التي أبرمها مورث المعقب بصفته وكيلا كانت لفائدة ابنه لطفي، وما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه من اعتبار الوكيل قد تعاقد لنفسه بواسطة بما يؤدي إلى فساد العقد لا سند له ضرورة أن مقتضيات الفصل 570 من م ا ع هي مقتضيات خاصة بأحكام الفصول 566 و567 و568 من م ا ع دون غيرها ولا يمكن أن تنصرف لغير الصور التي وردت بها ووضعت من أجلها كما أن الوكيل المستفيد من الإحالة يعتبر غيرا لتمتعه بشخصية مستقلة ولاستقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للأب وبالتالي لا مجال للقول بأن الوكيل عقد لنفسه ولا ينطبق عليه الفصل 549 من م ا ع خلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد التي أخطأت في تطبيق القانون حين فعّلت أحكام الفصل 570 من م ا ع واعتبرت أن حجة الإحالة التي أبرمها الوكيل في حق موكله لفائدة ابنه واقعة في حقيقة الأمر لنفسه بواسطة.»

**3-4- تجزئة الإقرار**

**قرار تعقيبي مدني عدد 46720 صدر بتاريخ 2017/12/25 عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش وبديع بن عباس بحضور المدعي العام السيد الطاهر العبيدي.**

«حيث خلافا لما تمسك به المعقب فإن المشرع ولئن كرس مبدأ عدم تجزئة الإقرار في بداية الفقرة الأولى من الفصل 438 م.إ.ع. " لا تجوز تجزئة الإقرار بأن يؤاخذ المقر ببعضه دون الكل إذا كان هو الحجة الوحيدة..."، فإنه أجاز، بصفة استثنائية، بالفصل 438 المذكور آنفا، ثلاث حالات لتجزئة الإقرار وهي :

**أولا :** الصورة التي يثبت فيها بحجة أخرى أحد الأمور التي تتعلق بها الإقرار.

**ثانيا :** الصورة التي يكون فيها الإقرار متعلقا بأمور متفرقة ممتازة عن بعضها بعضا وهي أكثر الصور تداولا.

**ثالثا :** الصورة التي يتبين فيها أن بعض الإقرار غير معتمد كما بالفصل 439 من م.إ.ع.

ولا يعتمد الإقرار على معنى الفصل 439 المذكور في الصور الآتية:

**الأولى :** إذا كان بشيء مستحيل حسا أو ثبت خلافه بحجج لا تقبل الطعن.

**الثانية :** إدارته للمقر بوجه صريح.

**الثالثة :** إذا كان مآله تعمير ذمة أو إثبات أمر مما هو مخالف للقوانين والأخلاق الحميدة أو إثبات أمر لا يبيح القانون القيام به أو التخلص من حكم من أحكام والقانون.

**الرابعة :** إذا صدر حكم بات وتبين منه خلاف ما يقتضيه الإقرار.

وحيث ولئن كان لمحكمة الحكم المنتقد السلطة التامة في التثبت من قابلية الإقرار للتجزئة حسبما أورده المشرع في حالات الفصل 428 المذكورة آنفا، فإن حكمها يخضع لرقابة محكمة التعقيب في تكييف ذلك الفهم على مقتضى وقائع القضية وتطبيق النصوص القانونية عليها. وقد استوفت في قرارها المنتقد بتحليلها والنتيجة التي توصلت إليها مما طلب منها وفي نطاقه بتكييف قانوني صحيح، ضرورة أن الطاعن أقر بأن معين الكراء هو مائتين وثلاثين دينارا وقد وقع تعديله بحكم قضائي والحط منه إلى مائة وسبعة وثمانين دينارا دون أن يدلي بحكم التعديل، وبالتالي فإن مركزه القانوني ينضوي تحت أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 439 من نفس المجلة اعتبارا إلى أن الدفع بتعديل معين الكراء لا يهدف منه سوى التفصّي من أدائه كاملا مع ما يفرضه التزامه القانوني بوصفه متسوغا من أدائه كاملا وفي أجله تنفيذا لعقد الكراء وتفعيلا لمبادئ النزاهة والأمانة المنصوص عليها بالفصل 243 م.إ.ع.

وحيث ترتيبا على ذلك فإن ما انتهت إليه محكمة الموضوع كان سليم المبنى قانونا وأحسن تطبيق الفصلين 438 و438 م.إ.ع. مما يتعين معه رد المطعن لانعدام وجاهته.»

**3-5- رفع مضرة**

***3-5-1-* الحرمان من مشاهدة البحر**

**قرار تعقيبي مدني عدد *41161* صدر بتاريخ *29* جوان *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدتين نجوى الغربي ولبنى الرقيق وحضور ممثل الادعاء العام السيدة لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

**«عن المطعن المتعلق بسوء تطبيق الفصل 99 من م ا ع :**

قولا بان حجب منظر البحر لا يعد من قبيل المضرة على معنى احكام هذا الفصل خاصة وان عقار المعقب ضدهما يبعد عن البحر.

حيث عملا بأحكام الفصل 99 من م ا ع فان للمجاورين حق القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو المكدرة لراحتهم بطلب ازالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع تلك المضرة.

وحيث يؤخذ من أحكام هذا الفصل أن المشرع لم يضع صورا معينة للمضرة التي قد تصدر عن أصحاب المباني المجاورة وأوكل ذلك لاجتهاد محاكم الموضوع التي عليها أن تتحقق من حصول الضرر الذي قد يلحق بصحة الجار أو المكدرة لراحته إلا ما كان منها غير متجاوز الحد الاعتيادي والتي لا محيص عنها طبقا للفصل 100 من م ا ع فهي تعتبر غير موجبة لرفع المضرة.

وحيث ذهبت محكمة القرار المنتقد إلى إجراء توجه على عين محل النزاع ومطالبة الخبير المنتدب بإعداد تقرير تكميلي وثبت لها من خلالهما أن الضرر المشتكى فيه يتمثل في تعلية البناء أكثر من الاعتلاء المسموح به بكراس الشروط التي ينتمي إليها عقاري طرفي النزاع ضرورة أن الاعتلاء المسموح به في حدود 7 أمتار أي طابق أرضي وطابق علوي واحد بينما العقار المشتكى منه كان على ارتفاع 12 م لتضمنه طابق علوي ثاني متجاوزا بذلك الحد الاعتيادي وإن المضرة تختلف من منطقة لأخرى وإنه بالنظر إلى خصوصية هذه المنطقة كونها تشرف على البحر فإن حرمان المعقب ضدهما من منظر البحر يعد في حد ذاته مضرة فلو لم يكن ارتفاع العقار المشتكى منه قد تجاوز الحد الاعتيادي لما لحق بالمعقب ضدهما الضرر المذكور والذي نتج عنه تقليص في قيمة عقارهما ضررا يتفاقم يوما بعد يوم ناهيك أن النقص الحاصل في قيمة عقارهما قد ارتفع بين تاريخ اجراء الاختبار الأصلي وتاريخ الاختبار التكميلي وبالتالي تحققت المضرة والعلاقة السببية بين الفعل الضار الصادر عن مالك العقار المشتكى منه نتيجة تعلية البناء أكثر من الاعتلاء المسموح به قانونا ولا تثريب على محكمة القرار المنتقد حين انتهت إلى رفع المضرة طبق مقترح الخبير المنتدب بإزالة الطابق الثاني ضرورة أنها قامت بالأبحاث الاستقرائية الضرورية في هذا الصدد لكشف الحقيقة وكان قرارها معللا تعليلا مستمدا مما له أصل ثابت بملف الدعوى دون خرق أو سوء تأويل لأحكام القانون.»

**3-6- رفض قبول الإرث**

**قرار تعقيبي مدني عدد *43174* صدر بتاريخ *27* نوفمبر *2017* عن الدائرة المدنية الثالثة والعشرين برئاسة السيد احمد الرحموني وعضوية المستشارين السيدين توفيق الجريدي ومحمد الورهاني بحضور المدعي العمومي السيدة سميرة قرماني وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.**

«حيث أن [...] الإشكال المطروح يتمثل في الاجابة عن السؤال التالي :

هل أن امتناع ورثة الكفيل الشخصي ع. ب. ع. عن قبول تركته المحرر بالكتب الخطي المعرف عليه بالإمضاء في 21 ديسمبر 2009 والمسجل بالقباضة المالية بتاريخ 22 ديسمبر 2009 والذي جاء في فصله الأول أنهم يصرحون بامتناعهم عن قبول ارث المرحوم ع. ب. ع.المقامة حجة وفاته من قبل محكمةناحية تونس تحت عدد 2009/2766 في 3 جويلية 2009 يترتب عنه عدم إمكان مطالبتهم بأداء الدين موضوع كفالة مورثهم الشخصية، أم انه لا تأثير له ويصح بالتالي مطالبتهم؟

حيث إنه للبحث عن إجابة كافية لهذا السؤال يتعين الرجوع الى النصوص والمبادئ القانونية المنظمة لقواعد الإرث وانتقال التركة في القانون التونسي.

**1/ قواعد الإرث**

حيث ينص الفصل 85 م ا ش على أنه يستحق الإرث بموت المورث ولو حكما.

يجمع شراح القانون على أن هذا الفصل يكرس قاعدة الانتقال الجبري لما يملكه المورث إلى وارثه من بعده، وهو ما يعبر عنه بأنه اكتساب الملكية بالخلافة الجبرية ومؤدي هذا النص انه يربط زمن استحقاق التركة ملكية أعيانها بوفاة المورث.

هذا الحل استمده المشرع التونسي من الفقه الإسلامي وتحديدا من المذهبيين الحنفي والشافعي اللذين يقرران انتقال التركة الى ملك الورثة فورا بموت المورث مع تعلق الدين بها، سواء أكان الدين مستغرقا للتركة أم غير مستغرق لها، لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث، وهكذا فان أول جانب يطرح في قواعد الإرث هو زمن استحقاق التركة وقد تم بيانه.

**2/ انتقال التركة إلى الورثة**

حيث ينص الفصل 87 م ا ش على ما يلي :

"يؤدي من التركة بحسب الترتيب الاتي:

أ - الحقوق المتعلقة بعين التركة.

ب - مصاريف التجهيز والدفن

ج - الديون الثابتة في الذمة

د - الوصية الصحيحة النافذة

هـ - الميراث

فإذا لم يوجد ورثة آلت التركة او ما بقي منها الى صندوق الدولة."

وحيث ينص الفصل 553 م ا ع على أن الدائن يقدم على الوارث ولا إرث إلا بعد أداء الدين.

في فهم هذه النصوص يتساءل شراح القانون عن تأثير الدين في استحقاق التركة أو الميراث هل يمنع وجود الدين استحقاق التركة؟

إن هذا السؤال الأصلي لا يهم سوى تركة مدينة فلو لم يكن على التركة أي دين لما طرح أي إشكال، وتدخل الميراث في ملك الورثة منذ الوفاة بلا خلاف.

ويتدقق السؤال أكثر هل يتأجل التملك بالميراث في التركة المدينة الى حين خلاص الديون أم يتحقق منه الوفاة.

إن الجواب في فورية الانتقال لا في تأجيله، ويفصّل الفقه هذه المسالة أكثربتأكيد نظرية الفصل القيمي كتعبير عما يعرف بمالية التركة ومعناه ان المكاسب الموروثة تدخل في ذمة الورثة فور الوفاة وتحمل الوارث أداء الديون بقدر ارثه أي أن التركة تمثل قيمة مالية باعتبارها مجموعا من الأموال فتندمج اعيانها بمكاسب الوارث الشخصية لكنها تبقى منفصلة من حيث الدين باعتبارها قيمة خاصة يلتزم الوارث بأدائها في حدود قيمة المكاسب التي تلقاها.

وهذا ما يكرسه الفصل 241 م ا ع من أن الالتزامات تجري على الورثة لكن بقدر ارثهم وعلى نسبة مناباتهم وهذا الفصل يظهر منه أن القانون التونسي يكرس مذهب فريق من فقهاءالحنابلة الذين اعتبروا أن محل الدين ذمة الورثة ولكن في حدود ما يتركه المتوفي من أموال، بمعنى ان الوارث ملزم بقدر قيمة ما يتركه مورثه، ومقتضى ذلك انه إذا لم يترك شيئا لم يبق دينه بل يسقط.

وحيث انه على ضوء هذا التأصيل النظري فانه لا وجه للقول بان الورثة يحق لهم الامتناع عن قبول الإرث، إذ أن ذلك يتعارض مع مقتضيات الفصل 85 م ا ش الذي جاء متأخرا في الزمن عن الفصل 241 م ا ع والقاعدة التي أقرها الفصل 85 المذكور هي الخلافة الإجبارية، ومؤداها أن الملكية تؤول إلى الوارث من غير حاجة إلى رضاء المورث بل لو أراد تغييرها لرد سعيه عليها وينقض الورثةمن بعده تصرفه.

وهي كذلك اجبارية بالنسبة إلى الوارث فهي تدخل في ملكه من غير حاجة إلى قبوله، ولذلك يقول الفقهاء أنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبرا عنه إلا الميراث.

وحيث أن الأخذ بكتب رفض التركة مؤداه تمكين ورثة الكفيل الشخصي من رفض صفة الإرث لديه من أي أن الوارث منهم يريد أن يرفض حقه كوارث لسلفه وهو الكفيل الشخصي توصلا إلى التفصي من المطالبة القضائية بديونه.

وحيث إن هذا الرفض بالذات هو الذي يمتنع قانونا بمقتضى عدة نصوص قانونية منها الفصول 85و87 م ا ش و194 و553 م ا ع و289 ممم ت وغيرها.

وحيث إن ما سبق عرضه يخالف ما يتمسك به نائب المعقب ضدهم ورثة الكفيل الشخصي من أن الأمر يتعلق بالنسبة إليهم بتركة مرفوضة، وهذا لأن الرفض يبقى غير مسلم به في القانون التونسي وتحديدا ما تقتضيه أحكام مجلة الاحوال الشخصية المنظمة لقواعد الميراث والتي بحكم أنها متأخرة في الزمن تعد قد استوعبت أحكام الفقرة 02 من الفصل 241 م ا ع التي يرى جانب كبير من الفقه أنها بقيت شاذة في حكمها، وهذا الاستيعاب هو بالتعارض بسبب أن الفصـــل 85 م ا ش يتنافى مع الفقرة 02 المذكورة عملا بأحكام الفصل 542 م ا ع.

وحيث إنه ترتيبا على ذلك فإنه لا وجه أيضا للتمسك بانطباق أحكام الأمر العلي المؤرخ في 1932/02/15 المتعلق باللقطة البرية وغيرها والذي ينظم مسألة التركات الشاغرة لا غير.

وحيث إنه زيادة في القول، فإنه لا يصح تكييف كتب الرفض الصادر عن ورثة الكفيل الشخصي على أنه تنازل منهم، مما قد يفضي إلى اعتبار تركة الكفيل شاغرة على معنى الفصل 24 من الأمر العلي لسنة 1932 الذي ينص على أن المخلف يعتبر عاريا عن وارث في صور ثلاث آخرها تنازل الورثة المعروفون عن حقوقهم، إذلا يصح تكييف كتب الرفض على انه تنازل استنادا إلى معطيين اثنين :

1/يعرف الفقه التنازل عن الحق العيني بأنه تصرف قانوني انفرادي يتسلط على الحق العيني ويؤدي إلى انقضاء ذلك الحق دون نقله إلى أحد، وهو إسقاط للحق العيني بالإرادة المنفردة لصاحب الحق ويشترط لصحة الاسقاط ثبوت الحق في جانب المسقط،فالإسقاط يتعلق بالحقوق القائمة الموجودة القابلة للانقضاء لان الحقوق لا تقبل الاسقاط قبل وجودها ويعتبر التنازل عن التركة تنازلا عن حق عيني أوبالأحرى عن مجموعة حقوق عينية،إذ هو تنازل عن مجموعة من المكاسب المنقولة والعقارية. وتبعا لما سبق عرضه فان الوارث لا يمكنه التنازل عن التركة إلا بعد انتقالها إليه.

وحيث إنه في قضية الحال، فإن ورثة الكفيل يسعون إلى رفض هذا الانتقال أصلا، وما دامت تلك إرادتهم فانه لا يصح تكييف الكتب الصادر عنهم بالتنازل الذي يفترض الانتقال أولا.

2/أن القاعدة التي كرسها الفصل 553 م ا ع تفسر من قبل الفقه على أن مقصد المشرع منها ليس جعل الدين مانعا الورثة من تملك التركة فور الوفاة، بل تقديم الدائن على الوارث إذا ما حصل تزاحم بينهما وذلك بتمكين الدائن من ممارسة حقه المتمثل في استخلاص دينه من أعيان التركة قبل أن يمارس الوارث سلطاته كمالك لتلك الأعيان وهو يقر أيضا قاعدة الدائن يقدم على الوارث التي تفضي إلى تقديم دائن المورث على دائني الوارث نتيجة تقديمه على الوارث نفسه.

وحيث إنه لما كان الأمر كذلك، فإن التنازل المعتد به قانونا في مادة التركات يحتم أن تكون التركة غير مدينة، أما إذا كانت التركة مدينة فإن قاعدة الفصل 553 م ا ع تمنع التنازل الى حين تصفية التركةوأداء ما عليها من ديون، وأكثر من ذلك فإن هذا التصرف على التركة إذا كان المقصد منه الإضرار بدائني المورث فإنه يمكن في شأنه القيام بالدعوى البوليانية للحد من أثره الانقضائي.

وحيث أنه كحوصلة لما سبق قوله فإن القرار المطعون فيه قد جانب الصواب في تطبيقه لأحكام الأمر العلي المؤرخ في 1932/02/15 وكذلك بتطبيقه للفصل 07 من مجلة معاليم التسجيل الطابع الجبائي دونما خوض في جملة المسائل المبدئية التي يطرحها النزاع القانوني المعروض عليها.

ذلك أن الفصل 1522 م ا ع ينص على أن الكفالة لا تسقط بموت الكفيل وانما تنتقل الى تركته ومن مقتضى ذلك أن يطالب ورثته بما في ذلك التركة مع مراعاة ما تقتضيه الفقرة الأولى من الفصل 241 م ا ع وهو أن الوارث يتحمل أداء الديون بقدر ارثه أي أنه ملزم بالدين في حدود قيمة المكاسب التي يتلقاها فإذا لم يترك المورث يتلقاه الورثة لم يبق الدين بل يسقط.

وكل ذلك أغفلته محكمة الموضوع مما يتعين معه نقض قرارها والاحالة.»

**4- قانون عقاري وتهيئة عمرانية**

**4-1- الشفعة**

***4-1-1-* الشفعة والرهن العقاري**

**قرار تعقيبي عدد*48096* بتاريخ *17* ماي*2017* صدر عن الدائرة المدنية السابعة برئاسة السيدة ماجدة بن جعفر وعضوية المستشارتين السيدتين عفاف عالشيخ وإيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيد محرز الزواوي.**

«حيث بالرجوع لأحكام الشفعة يتبين ان المشرع لم يتعرض للرهن العقاري الذي يوظفه المشتري على العقار قبل انقضاء اجل القيام بالشفعة واقتصر فقط على التعرض لعمليات التفويت صلب الفصل 114 من م ح ع بأن جعلها لا تمضي في حق الشفيع.

وحيث ان لأحكام الشفعة صبغة استثنائية ولا يمكن بالتالي التوسع في تأويل النصوص المتعلقة بها.

وحيث وبناء على ذلك فان محكمة الحكم المطعون فيه لما اعتبرت ان صفة المعقب كدائن مرتهن على العقار المشفوع فيه بموجب عقد الرهن الذي وظفه عليه المشتري قبل انقضاء اجل القيام بالشفعة لا تجعله قانونا حسب أحكام الشفعة مشمولا بإجراءاتها ولا يخول له المطالبة بالتالي بعرض ثمن المبيع المشفوع فيه عليه إلى جانب المشتري المشفوع ضده تكون قد أحسنت تطبيق القانون.

وحيث وفضلا على ذلك واستنادا إلى نفس التمشي فطالما لم يتفطن المشرع صلب أحكام الشفعة للرهن العقاري كأحد العمليات التي يمكن أن يلجا المشتري إلى مباشرتها ولم يخص الرهن العقاري في هذه الصورة بأحكام خاصة فان النصوص القانونية التي تعتمد هي تلك المنظمة للرهن العقاري والتي اشتملت على أحكام أعطت للدائن المرتهن حق تتبع العقار في أي يد ينتقل إليها وهي تلك الواردة بالفصل 270 من م ح ع إضافة إلى ضمان حقه في استخلاص دينه وفق مقتضيات الفصول 281 و282 و283 من م ح ع.

وحيث تكون المحكمة المطعون في حكمها لما لفتت نظر المعقب عند ردها على دفوعاته لأحكام الفصول المذكورة على النحو المذكور آنفا وبكون الخوض في شانها خارج عن نطاق دعوى الشفعة محل نظرها كان ردها سليما من الناحية القانونية كما أن منطوق حكمها كان متماشيا مع طلبه الرامي صلب استئنافه العرضي إلى حفظ حقه العيني على ضوء الفصول 281-282 و283 من م ح ع الأمر الذي يجعل القول بان حكمها كان مشوبا بالإفراط بالسلطة قولا في غير طريقه واتجه رده.»

***4-1-2- إعلام الشفيع بالشراء***

**قرار تعقيبي عدد *47692* بتاريخ *2017/4/20* صدر عن الدائرة المدنية الواحدة والعشرون برئاسة السيد عبد الحفيظ بوريقة وعضوية المستشارين السيدين خولة قويدر والاسعد بوعزيز بحضور المدعي العام السيد لطفي زيد.**

«حيث اقتضى الفصل 115 من م ح ع انه يجب على المشتري إعلام الشفيع بالشراء بواسطة عدل تنفيذ مع بيان الثمن والمصاريف. ويسقط حق القيام بدعوى الشفعة بعد مضي شهر من تاريخ محضر الإعلام وفي صورة تعذر الإعلام فإن القيام بدعوى الشفعة يسقط بمضي ستة أشهر من يوم ترسيم العقد بالسجل العقاري بالنسبة إلى العقارات المسجلة الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم ومن يوم تسجيل العقد بالقباضة المالية بالنسبة للعقارات المسجلة غير الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم أو العقارات غير المسجلة.

وحيث لا خلاف أن الفصل 115 من م ح ع في صيغته الحالية التي جاء بها تنقيح القانون عـ29ـدد لسنـ2006ـة هي المنطبقة على دعوى الشفعة موضوع قضية الحال.

وحيث من الثابت أن حق الشفعة يعد أحد الاستثناءات التي تحد من حق الملكية موضوع الفصل 20 م ح ع الذي ينص عن انه لا يجبر أحد على التنازل على ملكه إلا في الأحوال التي تقرها القانون وفي مقابل تعويض عادل فالشفعة هي حالة من الحالات التي ينص عليها القانون كاستثناء.

وحيث أن ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة حسب الفصل 540 من م ا ع.

وحيث وبالرجوع إلى أحكام الفصل 115 من م ا ع نجده ينص على أجلين لممارسة حق الشفعة أولهما اجل الشهر من تاريخ إعلام الشفيع بالشراء أيا كانت طبيعة العقد وهو الأجل الأصلي والمبدئي وثانيهما اجل الستة أشهر سواء من تاريخ الإدراج بالرسم العقاري بالنسبة للعقارات الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم أو من تاريخ التسجيل بالقباضة المالية بالنسبة للعقارات الغير مسجلة.

وحيث أن ما أورده الفصل 115 المذكور من وجوب إعلام الشفيع يخص المشتري الذي يروم الاستفادة من اجل الشهر باعتباره أقصر الأجلين وعدم ارتهان استمرار وضعيته كمالك للأجل الأطول الذي مبدؤه أما الترسيم أو التسجيل بالقباضة المالية.

وحيث أن عدم الإعلام بالشراء مثلما هو الحال في قضية الحال يأخذ حكم تعذر الإعلام لان المشتري ليس محمولا عليه قانونا معرفة الهويات الكاملة لشركاء البائع له ومقراتهم في أدق تفاصيلها وبالإضافة لذلك فإنه لا يمكن مطالبته بإثبات تعذر الإعلام لعدم معرفته بالشفيع ومقره لان ذلك سيؤول إلى مطالبته بإثبات امر سلبي وهو ما يأباه منطق القانون.

وحيث انه ومن جهة أخرى فإنه لا يقبل منطقا أن يكون المشتري مجبرا في كل الحالات بإعلام كافة شركاء البائع مهما كان عددهم سواء الراغب منهم في ممارسة حق الشفعة أو غير الراغب تحت طائلة عدم استقرار وضعيته ببقاء اجل القيام بالشفعة مفتوحا.

وحيث يفهم لذلك من الفصل 115 من م ح ع أن ما رتبه المشرع على تقاعس المشتري عن القيام بالإعلام هو ارتهان استقرار وضعيته القانونية للأجل الثاني المقدر بستة أشهر الذي مبدأ احتسابه ينطلق من الترسيم أو التسجيل بالقباضة المالية.

وحيث أن ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه من ان عدم اعلام المشتري للشفيع بالشراء أوإثبات التعذر يجعل اجل القيام بدعوى الشفعة مفتوحا هو قول لا أساس له من النص وهو

من قبيل التوسع في الاستثناء خلافا أحكام الفصل 540 من م اع فضلا على أن أجلي القيام بالشفعة المنصوص عليهما بالفصل 115 من م ح ع هما أجلا سقوط لا يقبلان بحكم طبيعتها القطع أو التعليق.

وحيث يتجه والحال ما ذكر نقض القرار المطعون فيه لمخالفته أحكام الفصل 115 من م ح ع باعتبار أن القيام بدعوى الشفعة كان خارج الآجال القانونية.»

**4-2- دعوى كف الشغب وحماية واضع اليد**

**قرار تعقيبي عدد*48244* بتاريخ *31* ماي *2017* صدر عن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدتين آسيا العياري وأمال عباسي بمحضر المدعي العام السيدة هاجر المحرزي.**

«حيث لئن تضمنت عريضة الدعوى في طالعها أن المدعى عليهما تعمدا مشاغبة المدعي بفتحهما لباب من جهة عقارهما وسدما الباب الذي يفتح على الطريق العام فقد تضمنت أن المدعي يستحق محل التداعي بموجب حكم استحقاقي بات وأنه نبه على المدعى عليهما لرفع يديهما عن محل التداعي بقي بدون جواب وأنه يطلب الزامهما بالخروج لعدم الصفة.

وحيث وبناء عليه فإن الدعوى كيفما تضمنتها عريضة الدعوى لا تتعلق بعقار مسجل بل بعقار غير مسجل صدر في شأنه حكم استحقاقي بات لفائدة المعقب ضده وهي بذلك تخرج عن دعوى كف الشغب موضوع الفصل 307 م ح ع التي مناطها حماية الانتفاع بعقار مسجل كما أنها لا تنضوي تحت طائلة الدعاوى الحوزية لأنها تهدف إلى حماية ملكية المعقب ضده الثابتة ولا إلى حماية الحوز الذي لا يتوفر في جانب المعقب ضده في الأصل وعليه فإزاء تحوز المعقبين بمحل التداعي الذي لا يستند لأي صفة لثبوت ملكية المعقب ضده له فإن الدعوى تبقى محكومة بالفصول 17 و19 و20 م ح ع التي تخول للمالك استعمال واستغلال والانتفاع بملكه وبالتالي إخراج كل من ليست له صفة من ملكه وهي بذلك لن تكون إلا دعوى في الخروج لعدم الصفة الأمر الذي اهتدت إليه المحكمة عن تبصر وفي إطار أعمال سلطتها التقديرية فجاء قضاءها مبررا ومطابقا للقانون

وحيث وعلى عكس ما تمسك به المعقبان فإن الاختبار المستند إليه من قبل المحكمة واضح في عدم انطباق عقد الهبة على محل التداعي ما ينفي عنهما أي صفة في التحوز به فضلا عن كون مسألة انطباق عقود التملك واستحقاق محل التداعي قد حسمت بموجب الحكم الإستحقاقي البات والدفع بها في قضية الحال لا طائل من ورائها وليست إلا جدلا عقيما غير منتج واتجه الالتفات عنها.

وحيث وطالما أن الدعوى في الخروج لعدم الصفة فإن الفصول 51 وما بعدها من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة بالدعوى الحوزية لا تنطبق في قضية الحال وبالتالي لا ينظر إلى توفر الحوز في جانب المدعي من عدمه بل يعتد بثبوت الملكية في جانبه وفي انتفائها في جانب من يتصرف في العقار وهو الأمر الذي تثبتت منه المحكمة وقضت على ضوئه بالخروج لعدم الصفة وأضحى الدفع بعدم اختصاص المحكمة غير ذي موضوع واتجه رد الدفع.»

**4-3- الدعوى الحوزية ودعوى الخروج لعدم الصفة**

**قرار تعقيبي مدني عدد *48244* صدر بتاريخ *31* ماي *2017* عن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدة آسيا العياري والسيدة أمال عباسي بمحضر المدعي العام السيدة هاجر المحرزي ومساعدة كاتب الجلسة السيد الحبيب التلمودي.**

«حيث دفع المعقبان بأن محكمة القرار المطعون فيه قد حرفت الوقائع وناقضت ما جاء بعريضة الدعوى لما اعتبرت أن الدعوى في الخروج لعدم الصفة وأنها خاضعة للفصول 17 و19 و 20 م ح ع والحال أنها دعوى في كف الشغب كما أهملت ما انتهى إليه الإختبار من انطباق عقد الهبة الصادر لفائدة المعقبين ما يجعل صفتهما قائمة في التصرف في محل النزاع علاوة على عدم توفر شرط الحيازة في جانب المعقب ضده وهو شرط أساسي لقيام الدعوى الحوزية وعليه فالمحكمة قد أورثت حكمها ضعف التعليل وتحريف الوقائع وهضم حقوق الدفاع وخالفت القانون ونظرت في دعوى تخرج عن اختصاصها.

حيث مما لا جدال فيه ومن المبادئ الثابتة أن قاضي الموضوع حر في تقدير الوقائع وتقريرها واستخلاص القواعد القانونية المنطبقة عليها إلا أن محكمة التعقيب ولئن كانت لا تبسط رقابتها إلا على الاستخلاص القانوني فإنها تراقب سلامة استنتاج محكمة الموضوع وتنظر أن كانت الأدلة التي اعتمدها قضاة الموضوع تؤدي إلى النتيجة التي استخلصوها من عدمه وان تبين لها انتفاء التلازم المنطقي بين النتيجة التي انتهت إليها محكمة الموضوع وبين عناصر الاستدلال الواقعية تنقض الحكم.

وحيث لئن تضمنت عريضة الدعوى في طالعها أن المدعى عليهما تعمدا مشاغبة المدعي بفتحهما لباب من جهة عقارهما وسدما الباب الذي يفتح على الطريق العام فقد تضمنت أن المدعي يستحق محل التداعي بموجب حكم استحقاقي بات وأنه نبه على المدعى عليهما لرفع يديهما عن محل التداعي بقي بدون جواب وأنه يطلب إلزامهما بالخروج لعدم الصفة.

وحيث وبناء عليه فإن الدعوى كيفما تضمنتها عريضة الدعوى لا تتعلق بعقار مسجل بل بعقار غير مسجل صدر في شأنه حكم استحقاقي بات لفائدة المعقب ضده وهي بذلك تخرج عن دعوى كف الشغب موضوع الفصل 307 م ح ع التي مناطها حماية الإنتفاع بعقار مسجل كما أنها لا تنضوي تحت طائلة الدعاوى الحوزية لأنها تهدف إلى حماية ملكية المعقب ضده الثابتة ولا إلى حماية الحوز الذي لا يتوفر في جانب المعقب ضده في الأصل وعليه فإزاء تحوز المعقبين بمحل التداعي الذي لا يستند لأي صفة لثبوت ملكية المعقب ضده له فإن الدعوى تبقى محكومة بالفصول 17 و19 و20 م ح ع التي تخول للمالك استعمال واستغلال والانتقاع بملكه وبالتالي إخراج كل من ليست له صفة من ملكه وهي بذلك لن تكون إلا دعوى في الخروج لعدم الصفة الأمر الذي اهتدت إليه المحكمة عن تبصر وفي اطار اعمال سلطتها التقديرية فجاء قضاءها مبررا ومطابقا للقانون.»

**4-4- التاريخ المرجعي لتقدير قيمة احداثات الحائز عن حسن نية**

**قرار تعقيبي مدني صدر عدد *52107* بتاريخ *2017/2/2* عن الدائرة الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدين نجلاء المصمودي ولبنى الرقيق وحضور ممثل الادعاء السيد لطفي البدوي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة آمال بن نصر.**

«حيث ينص الفصل 36 في فقرته الأخيرة من م ح ع انه "وإذا كانت البناءات والمغروسات والمنشآت محدثة من طرف شخص رفعت يده عن الأرض وكان حائزا بشبهة فلا يحق للمالك أن يطلب إزالة ما ذكر وإنما له الخيار بين ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات "، ويعني ذلك أن مالك الأرض لا يحق له طلب إزالة المنشآت والبناءات التي أحدثها من رفعت يده عن الأرض وكان حائزا بشبهة وإنما له الخيار في أمرين فأما أن يدفع ثمن المواد واليد العاملة أو يدفع مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الارض بسبب تلك الاحداثات.

وحيث يؤخذ من أحكام هذا الفصل أن الحائز بشبهة (حسن النية) الذي أقام بالعقار الذي رفعت يده عنه إحداثات ليس للمالك إلزامه بإزالتها، إنما له الخيار بين دفع قيمة ثمن المواد واليد العاملة أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات دون أن يتضمن هذا الفصل تاريخا مرجعيا يمكن اعتماده في التقدير إن كان تاريخ الإبطال والتشطيب أو تاريخ المطالبة أو تاريخ التعويض.

وحيث تبين من خلال مظروفات ملف الدعوى أن مورث المعقب ضدهم كان اشترى من مورث المعقبين سنة 1979 عـ626ـدد جزء من الرسم العقاري عـ23647ـدد وبالنظر لاختبار الزوجين البائعين لنظام الاشتراك في الملكية قاما في إبطال عقد البيع وعقد الوعد بالبيع لخلوه من إمضاء البائع وانعدام ركن الرضا فتم إبطال عقد البيع كإبطال عقد الوعد بالبيع في حدود النصف الراجع للزوجة بموجب القرار عـ51720ـدد المؤرخ في أكتوبر 1997 وقد اتصل القضاء في المسألة في كل أجزاء الوعد بالبيع بصدور القرار التعقيبي عـ28178ـدد المؤرخ في 2004/2/26 لسقوط حق المطالبة في إتمام عقد البيع النهائي في النصف الذي لم يقع إبطاله.

وحيث تولى ورثة المالكين في 24 ماي 2000 أثناء التقاضي في إلزام مورثهم بإبرام عقد بيع نهائي، التفويت في كامل عقار النزاع (626 جزء من الرسم العقاري) للمعقبة الآن التي تولت ترسيم شرائها بالسجل العقاري بعد التشطيب على ترسيم المدعي في الأصل مورث المعقب ضدهم الذي على أساس انتقال الملكية إليها رفع دعوى ضد المطلوبة –المعقبة- لمطالبتها بأداء قيمة البناية التي أنشاها وقيمة الأصل التجاري المستغل بها وذلك وفق تقديرات الخبير المنتدب بموجب الإذن على العريضة عـ71068ـدد المؤرخ في 13 ماي 2004 وقد قضت محكمة البداية لصالح الدعوى وتقرر حكمها استئنافيا غير انه تم نقض هذا القرار من قبل محكمة التعقيب في 2007/12/13 تحت عـ16022ـدد لمخالفة الحكم المطعون فيه أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 36 من م ح ع.

وبإعادة النشر أمام محكمة الإحالة قضت هذه الأخيرة بإقرار حكم البداية مع تعديل نصه بالنزول بالغرامات المستحقة لقاء ما زاد في قيمة الأرض ولدى التعقيب ثانية أصدرت المحكمة قرارها بالنقض مع الإحالة بعدد 2010/55802 بتاريخ 2011/7/12 على أساس أن محكمة الإحالة أعادت النظر فيما يتعلق بحق الحبس ببقاء المدعي في الأصل بالعقار إلى حين خلاصه في التعويضات وعلى اساس أن تقدير التعويض يكون بالرجوع إلى تاريخ نشأة الحق في التعويض وليس يوم إرجاع المال أوأداء التعويض ويكون التاريخ في الدعوى محل النزاع يوم صيرورة حكم الإبطال باتا والتشطيب على شراء المعقب ضده وردت المطاعن المتعلقة بحسن النية وتحمل المعقبة لقيمة التعويضات ومن صلاحيات المحكمة مراعاة مصلحة صاحب الأرض وذلك بالحكم بأدنى القيمتين أي للمحكمة أن تجتهد وتقضي بأدنى القيمتين وبذلك اتصل القضاء بكل ما يتعلق بحق الحبس الذي تم تخويله للمدعي في الأصل –مورث المعقب ضدهم- وبكل ما يتعلق بثبوت الحوز بشبهة من طرف مورث المعقب ضدهم وبمسالة اعتماد اقل القيمتين عند التعويض بين ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات.

وحيث وبموجب طلب إعادة النشر من طرفي النزاع حصرت محكمة الحكم المطعون فيه عن صواب النزاع في مسألة تحديد التاريخ المعتمد لتقدير قيمة ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات المقامة من طرف مورث المعقب ضدهم أن كان تاريخ نشأة الحق أم تاريخ الحكم بالتعويض.

وحيث انتهت محكمة الحكم المطعون فيه على القول بان قيمة الإحداثات تتحدد من تاريخ المطالبة بها سنة 2005 ولا يمكن الرجوع إلى القيمة في تاريخ البناء لان فيها اجحاف بحق الحائز عن حسن نية واعتبرت بناء على ذلك ان محكمة البداية وإن أقرت الحق في التعويض عن صواب إلا أن التعويض المحكوم به لا يتماشى مع معايير الفصل 36 من م ح ع وعدلت بذلك قيمة التعويض لقاء ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات والحط منها بالاعتماد على الاختبار الثلاثي المأذون من محكمة الاستئناف كمحكمة إحالة في المرة الأولى.

وحيث أن تحديد تاريخ نشأة الحق في التعويض أمام سكوت المشرع يقتضي من القاضي الاجتهاد لأن الإشكال :

1- يتعلق بالموازنة بين الحائز عن حسن نية أي بشبهة في عدم الاجحاف بحقوقه بالرجوع إلى تاريخ إقامة البناءات أو المنشآت وبين مالك الارض الذي يكون ملزما بالتعويض عن بناء أقيم بأرضه إذ تجب مراعاة مصلحته كمالك ايضا هل يتم تفضيل حق المالك أم الحائز بشبهة؟

2- معايير تطبيق الفقرة الأخيرة من الفصل 36 من م ح ع :

حيث اعتبرت محكمة التعقيب عند تعهدها للمرة الثانية بالطعن بقرارها عدد 55802/2010 أن تقدير التعويض يكون عند نشأة الحق وهو التاريخ الذي يتم فيه إبطال البيع والتشطيب عليه من السجل العقاري واعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أن التاريخ الذي يمكن اعتماده للمطالبة بالتعويض هو تاريخ المطالبة بها باعتبار إن المشرع لم يعط حلا صريحا أو تاريخا معينا وانه من المنطقي والواقعي أن تعتمد قيمة الإحداثات في تاريخ المطالبة بها.

وحيث يختلف موقف محكمة الإحالة عن موقف محكمة التعقيب بخصوص تحديد التاريخ المعتمد لتقدير ما زاد في قيمة الأرض بسبب الإحداثات فلئن اعتبرت محكمة التعقيب أن التاريخ هو تاريخ النشأة ويكون عند صيرورة الحكم القاضي بالإبطال باتا والتشطيب على الشراء -إذا كان العقار مسجلا- فان محكمة الإحالة اعتبرت وجوب اعتماد تاريخ المطالبة بالقيمة أي تاريخ المطالبة القضائية فان هذا الاختلاف لا يدعو لانعقاد الدوائر المجتمعة للبت فيه لأنه اختلاف في الاجتهاد وفي تأويل سكوت المشرع عن بيان التاريخ الذي يجوز اعتماده لتقدير القيمة الزائدة في الأرض بسبب الإحداثات

ولذلك وطالما أن الاختلاف هو في مسألة اجتهادية وليس في مسالة قانونية فانه لا تنطبق عليه مقتضيات الفصل 192 من م.م.م.ت. ويتعين مواصلة النظر فيه من الدائرة المتعهدة.

وحيث يدعو الاجتهاد إلى تحديد معيار التاريخ في الفقرة الأخيرة من الفصل 36 من م ح ع ذلك أن مسالة استرداد الحائز الزيادة في قيمة العقار بسبب الإحداثات تثير صعوبة عملية وتطبيقية حول مسالة زمن تقدير تلك القيمة فهل يكون في تاريخ انتقال الملكية أي خروجها من الذمة المالية للحائز بشبهة ودخولها في الذمة المالية لمالك الأرض؟ أم في زمن المطالبة بتلك القيمة من طرف الحائز بشبهة الذي رفعت يده عن الأرض؟ أم في زمن إعراب المالك عن رغبته الإبقاء عليها؟ أو في زمن دفع الزيادة؟

وحيث من الثابت أن المشرع التونسي لم يتعرض للمسالة بصفة مباشرة أو غير مباشرة وترك حلها لاجتهاد القاضي ليعتمد الحل الذي يوازن بين حق المالك في استرجاع أرضه وحق الحائز بشبهة في حفظ حقوقه من الضياع وانه على خلاف المشرع التونسي أقرت بعض التشاريع الأخرى حلولا منها المشرع الفرنسي الذي اقر أن التقدير يكون بحسب القيمة الثابتة يوم الترجيع Date de remboursement (القانون عـ464ـدد لسنة 1960 صادر في 14 مارس 1960 والذي نقح احكام الفصل 555 من المجلة المدنية الفرنسية) والقانون المصري الذي اعتمد حل تمليك الحائز بشبهة بالمنشآت التي اقامها مقابل تعويض عادل تقرره المحكمة (الفصل 925 من التقنين المدني المصري).

وحيث ثبت أن مورث المعقب ضدهم قد رفعت يده بصفة نهائية على كامل عقار النزاع بصدور القرار التعقيبي المؤرخ في 2004/2/26 وهو تاريخ خروج الملكية بصفة نهائية من الذمة المالية لمورث المعقب ضدهم وهو التاريخ الذي ينشأ فيه الحق في المطالبة بالتعويض عن إحدى القيمتين المبينتين بالفقرة الأخيرة من الفصل 36 من م ا ع أي قيمة مواد البناء واليد العاملة أو ما زاد في قيمة العقار بسبب تلك الإحداثات.

وحيث ونظرا لاتصال القضاء بالقيمة التي يجب التعويض عنها بصدور القرار التعقيبي عـ55802ـدد المؤرخ في 2011/7/17 في انها تكون فيما هو اقل قيمة مراعاة لمصلحة المالك واعتبرتها في قيمة ما زاد في قيمة العقار واصبح مجال النظر أمام محكمة الإحالة وبالطعن الآن يتعلق بالزمن المعتبر في تقدير تلك القيمة وهي تكون من تاريخ افتقار الذمة المالية للحائز بشبهة والزيادة في الذمة المالية لمالك العقار.

وحيث ان القيمة التي قدرها الخبراء المنتدبون من قبل محكمة الإحالة في اختبارهم المؤرخ سنة 2009 تعتبر قيمة عادلة طالما ان لا شيء يدل على خلافها وهو الذي تم فيه الأخذ بعين الاعتبار

خاصيات المنطقة ومع هذا كانت القيمة المحددة من قبلهم اقل من القيمة المحددة من الخبير المنتدب المأذون به سنة 2004 والذي على أساسه نشرت الدعوى منطلق النزاع الحالي سنة 2005 والذي كان من ضمن عناصر التقدير قيمة الأصل التجاري المستغل بالعقار وبالتالي فان محكمة الإحالة تكون قد عللت قرارها تعليلا قانونيا سليما يستند إلى ما له أصل ثابت بملف الدعوى وكان بذلك قضاؤها في ما زاد في قيمة الأرض بموجب الإحداثات متفقا ومقتضيات الفصل 36 من م ح ع وتعين رد هذا الطعن أصلا.»

**4-5- علاقة مثال التهيئة العمرانية بحق الملكية**

**قرار تعقيبي مدني عدد *34820* صدر بتاريخ *19* جانفي *2017* عن الدائرة المدنية الرابعةبرئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة آمال بن النصر.**

«حيث تأسس المطعن على كون مثال التهيئة العمرانية برمج عقار النزاع كطريق عام ناعيا على محكمة القرار المنتقد عدم الوقوف على الآثار الواقعية والقانونية لمثال التهيئة العمرانية على عقار النزاع وعلى استحقاق المعقب ضدهم.

وحيث ومن المعلوم ان مثال التهيئة العمرانية يضبط قواعد وارتفاقات استعمال الأراضي عبر مختلف عمليات التعمير والتهيئة والتقسيم والبناء فيضبط صبغة مختلف الأراضي ويحدد الارتفاقات ويضع تراتيب عمرانية وتكون له آثار ترتيبية تفرض التقيد بها في انجاز البناءات والإحداثات طبق ما ورد بالمثال ويمنع البناء بصورة تخالفه ولكنه يظل قرارا ترتيبيا من نوع خاص لأنه ذو طابع وقتي محدد بأجل منذ صدوره كما أن آثاره القانونية لا تنقضي بمجرد انقضاء الأجل المحدد له بل يبقى قائما إلى حين إلغائه أو مراجعته صراحة.

وحيث ولئن كان مثال التهيئة العمرانية يؤثر على الاستغلال والانتفاع بالملكية وفق ما تم تحديده من ارتفاق من خلال منع البناء بصورة تخالف ما تضمنه فإنه مع ذلك لا يؤثر على الملكية وعلى الاستحقاق الذي يظل قائما ما لم تستصدر البلدية أمر انتزاع ضرورة أن عملية تحديد المناطق المخصصة وفقا لمثال التهيئة للطرقات أو الساحات العمومية أو المساحات الخضراء وإن كان لها اتصال بالنظام العام فهي لا تعني انتقالا مباشرا للملكية ذلك أن مثال التهيئة والمصادقة عليه ليس سند ملكية ولا يعتبر أمر انتزاع ويتوجب على البلدية امتلاك الأرض إما الشراء بالتراضي أو بالمعاوضة أو استصدار أمر انتزاع.

وترتيبا عليه فإن دعوى الاستحقاق المقامة من مورث المعقب ضدهم لعقار النزاع لا علاقة لها بمثال التهيئة العمرانية في غياب سند قانوني لامتلاك البلدية لعقار النزاع سواء كان أمر انتزاع أو معاوضة أو إحالة أو شراء بالمراضاة وعليه فإن ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه لا يمثل خرقا للقانون خلافا لما دفع به المعقبين واتجه لذلك رد المطعن لخلوه من كل سند صحيح.»

**4-6- ملك الدولة الخاص**

**قرار تعقيبي مدني عدد *36740*صدر بتاريخ *10* أفريل *2017* عن الدائرة المدنية *23* برئاسةالسيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدتين ثريا بن منا وهندة العلاقي وبحضور المدعي العام السيد شكري الدردوري وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة حنيفة السعيدي.**

"حيث يتمحور الطعن المثار من الطاعن في تمسكه بعدم امكانية اكتساب ملك الدولة الخاص بالتقادم الوارد بالفصل 45 من م ح ع مستندا في ذلك على الأمر العلي المؤرخ في 1918/6/18 والأمر العلي المؤرخ في 1940/3/19 والأمر العلي المؤرخ في 1948/09/09 والقانون عـ25ـدد لسنة 1970 المؤرخ في 1970/5/19 والقانون عـ21ـدد لسنـــة 1995 المؤرخ في 1995/02/13 والفصل 16 من مجلة الحقوق العينية.

وحيث لا جدال أن موضوع طعن المكلف العام بنزاعات الدولة يتعلق بملك الدولة الخاص وليس العام بمقولة أن أرض السياليين هي ملك خاص للدولة ولاحق للأفراد والجماعات في تملكها بأي وسيلة من وسائل اكتساب الملكية إلا بموجب ترخيص خاص من الدولة.

وحيث إن ملك الدولة الخاص وإن كان يتمتع بحماية خاصة إلا انه يبقى مع ذلك قابلا للحوز المكسب للملكية طالما لم يقع تسجيله وذلك قياسا على أمر 24 سبتمبر 1885.

وحيث إن الفصل 16 من مجلة الحقوق العينية وإن أخرج ملك الدولة الخاص عن نظر مجلة الحقوق العينية لفائدة النصوص الخاصة فإن هذه النصوص قد أقرت صراحة إمكانية تسجيل ملك الدولة الخاص (الفصل 4 من أمر 9 سبتمبر 1948 والمنقح لأمر 18 جوان 1918 والفصل 14 من مجلة الغابات).

وحيث وبالرجوع إلى الفصل الأول من الأمر العلي المؤرخ في 1918/6/18 يتبين أنه اعتبر أن ملك الدولة الخاص يضم العقارات التي تكون في حيازة الدولة وتصرفها الآن أو لم تكن كذلك غير أنه في إمكانها القيام باستحقاقها لكونه بيد أفراد لاحق لهم عليها وبالتالي فقد خول هذا الفصل صراحة للدولة الحق في القيام بالدعاوى الاستحقاقية وهي الدعاوى المبنية أساسا على حق عيني عقاري نتج

عن التقادم المكسب وذلك بخصوص العقارات التي لا تكون في حوزها أو تصرفها إذا كان الحائزون للعقارات المذكورة لا تتوفر في جانبهم شروط الحيازة القانونية.

وحيث يستنتج من ذلك أن الأمر العلي المؤرخ في 18 جوان 1918 لم يمنع اكتساب ملك الدولة الخاص بالتقادم المكسب للملكية ومكن الدولة مثلها مثل الأشخاص من رفع دعوى استحقاقية للمطالبة بعقاراتها وبصورة عكسية مكن كذلك كل من تتوفر في جانبه شروط الحيازة القانونية معارضة الدعوى الاستحقاقية التي ترفعها الدولة ضدهم.

وحيث وإضافة إلى ذلك فإن الفصل 12 من الأمر المذكور قد وضع إجراءات وضمانات لحقوق الأشخاص إزاء أوامر المصادقة على عمل لجان الاستقصاء إذ مكنهم من تقديم مطلب تسجيل أو القيام بدعوى استحقاقية مما يجعل جميع الأطراف سواء كانوا أشخاصا أو دولة على قدم المساواة للتقاضي وذلك بإعادة الأبحاث الاستحقاقية مجددا من طرف جهة قضائية ويستروح من ذلك أن ملك الدولة الخاص لا يتمتع بحماية خاصة فهو يبقى من حيث المبدأ خاضعا للحيازة المكسبة للملكية إذا ما توفرت شروطها.

وحيث وعلى خلاف ذلك فقد ورد بالفصل الثالث من الأمر العلي المؤرخ في 24 سبتمبر 1885 أن ملك الدولة العام لا يقبل الحوز ولا التفويت فيه كما تضمن الفصل 356 من م ح ع أن ملك الدولة العام لا يتسلط عليه التسجيل ومن ثمة فإن المشرع لم يمكن ملك الدولة الخاص من هذه الحصانة والحماية واكتفى بجواز تسجيلها قصد حمايتها طبق الفصل 4 من أمر 1948/09/09 المنقح لأمر 1918/6/18 وكذلك الفصل 14 من مجلة الغابات.

وحيث انه لا يمكن فهم أمر 18 جوان 1918 إلا بما سبقه من نصوص وخاصة أمر 24 سبتمبر 1885 المتعلق بملك الدولة العام والذي نص في فصله الثالث مثلما سبق الإشارة إليه أن ملك الدولة العام لا يقبل الحوز ولا التفويت فيه.

وحيث وباستعمال قواعد التأويل وخاصة الفصل 538 من م ا ع الذي اقتضى أن "الممنوع قانونا لسبب معلوم يصير جائزا بزوال هذا السبب" يمكن أن تستنتج معه أنه يمكن حيازة ملك الدولة الخاص عملا بقاعدة القياس بالتأويل العكسي.

وحيث نص أيضا الفصل 540 من نفس المجلة أن "ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحظور مدة وصورة " وبما أن الفصل 3 يمثل استثناء لا يهم سوى ملك الدولة العام لا يجوز التوسع فيه هذا فضلا على أن حق الملكية هو حق دستوري ولعل من أهم

أسباب اكتساب الملكية هي الحيازة وبالتالي لا يمكن استثناء هذا السبب إلا بنص صريح مثلما هو الشأن بالنسبة لملك الدولة العام.

وحيث من جهة أخرى فإن مسالة تنظيم المشرع لعملية بيع ملك الدولة الخاص (أوامر 6 سبتمبر 1897 و18 جوان 1918 و9 سبتمبر 1948) تبين بوضوح أن ملك الدولة الخاص يقبل الحيازة المكسبة عملا بقاعدة "ما يمكن بيعه يمكن حوزه" لأنه داخل في نطاق التعامل فيكون البيع وقاية من الحيازة.

وحيث وبخصوص تمسك الطاعن المكلف العام بنزاعات الدولة بالفصل 16 من مجلة الحقوق العينية والذي نص على أن "الأموال الراجعة للدولة والجماعات المحلية تخضع إلى القوانين الصادرة في شانها" فإن مؤداه أن الأموال العامة والخاصة تسري عليها الأحكام الخاصة بها فيما يتعلق بتفويتها أو إحالتها أو قسمتها أما الأحكام المنظمة للتقادم والحيازة وشروط اكتساب الملكية فهي أحكام تنطبق على الكافة بدون استثناء بما في ذلك الدولة ومن ثمة يمكن اكتساب ملك الدولة الخاص بالتقادم متى توفرت الشروط الواردة بالفصل 45 من م ح ع وهي التصرف المشاهد والمستمر بصفة مالك دون منازعة أو مشاغبة من أحد المدة القانونية المستوجبة.

وحيث وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه وجميع الأوراق المضمنة بالملف يتبين أن الشروط المذكورة متوفرة في حق المطعون ضدهم وذلك طبق الأبحاث المكتبية والعينية التي أجراها القاضي المقرر والبينة المتلقاة على العين.

وحيث أنه متى توفرت شرائط الحيازة المكسبة في جانب المعقب ضدهم كما بينته محكمة الموضوع فهي قرينة قاطعة تتضمن سندا للملكية لا يمكن دحضها بمعارضة المعقبة لاقتصارها على (القول) التصريح دون الإثبات (الميداني) يجعل تلكم المعارضة غير وجيهة واتجه ردها.

وحيث إن القول بان حيازة ملك الدولة الخاص هو استيلاء لا يخول صاحبه التمتع بأحكامالفصل 45 من م ح ع يتعارض مع مبدأ جواز حيازة ملك الدولة الخاص اعتمادا على النصوص القانونية السابق بسطها.

وحيث أنه لما اعتمدت محكمة الموضوع قرينة الحيازة المكسبة في جانب المعقبة ضده بما تجمع لديها من توفر شروطها اعتمادا على ما له أصل ثابت بأوراق الملف فإن معارضة المعقب لا تكتسي وجاهتها بمجرد التصريح اكتفاء بان العقار مشمول ضمن ملك الدولة الخاص دون تأييد أو

تعليل بما يخول لمحكمة الموضوع الوقوف على صحة ذلك ميدانيا فإن تثبيتها لحق المعقب ضدهم يكون صائبا ولا تثريب عليه وتأسيسا على ذلك فإن الطعن الحالي يكون غير وجيه.

وحيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب وفقه قضاء المحكمة العقارية على قبول مبدا سريان الحيازة المكسبة على ملك الدولة الخاص من ذلك ما ورد في القرار الصادر عن الدوائر المجتمعة بالمحكمة العقارية بتاريخ 1998/4/14 تحت عـ28ـدد الذي جاء فيه:

"لا يوجد أي نص يمنع اكتساب ملك الدولة الخاص بالتقادم أو يميزه بشروط خاصة وتأسيسا على ذلك فإن أحكام الفصل 45 من مجلة الحقوق العينية تظل سارية عليه فيما يخص إمكانية اكتسابه بالتقادم".

**4-7- إتمام بيع- أراضي الدولة - انتقال الرهن العقاري**

**قرار تعقيبي مدني عدد*34762* صدر بتاريخ *2017/01/10* عن الدائرة *28* برئاسة السيدة خديجة فرحاتي وعضوية المستشارين السيدين احمد الغالي وفاتن خير الله وبحضور ممثل الادعاء العام السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.**

«حيث لا جدال في ان عقار التداعي موظف عليه شرط سقوط الحق لفائدة الدولة ممثلة في وزارة أملاك الدولة والشؤون العقارية محدد بمدة عشرين سنة وهي مدة الرقابة القانونية للدولة التي تحجر فيها على المشتري للعقار الفلاحي التفويت فيه أو رهنه للغير مدة عشرين سنة كاملة ابتداء من تاريخ تحرير عقد البيع وذلك عملا باحكام القانون عـ25ـدد لسنـ1970ـة المؤرخ في 1970/5/19 المتعلق بضبط كيفية التفويت في الأراضي الدولية ذات الصبغة الفلاحية المنقح بالقانون عـ112ـدد لسنـ1988ـة المؤرخ في 1988/8/18 .

وحيث لا جدال كذلك ان احكام القانون المتقدم هي احكام آمرة تهم النظام العام تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها بقطع النظر عن موقف الأطراف الذين لا يجوز لهم مخالفتها أو الاتفاق على تجاوزها.

وحيث تطبيقا لذلك وخلافا لما جاء باسانيد القرار المطعون فيه وما تمسك به الطاعن فإن تنصيص الفصل الخامس من وعد البيع سند الدعوى على ان البيع النهائي يقع تحريره في اجل ستة اشهر من تاريخ التعريف بامضاء الاتفاق المذكور الموافق ليوم 12 ديسمبر 2007 فيه مخالفة لاحكام القانون عـ112ـدد لسنـ1988ـة المؤرخ في 1988/8/18 والذي حجر على المتعاقدين مع الدولة في خصوص العقارات الدولية الفلاحية عدم التفويت فيها أو الوعد بالتفويت فيها كليا أو جزئيا خلال

مدة لا تقل عن 20 سنـة من تاريخ التحويز كما جعل التفويت في الأراضي التي حافظت على صبغتها الفلاحية يتوقف على الاستظهار بشهادة في رفع اليد تسلم من الوزيرين المكلفين بالفلاحية وباملاك الدولة.

وحيث ولئن ثبت من مظروفات الملف ان وعد البيع أساس القيام بدعوى الحال ابرم بين المعقب والمعقب ضده الأول بعد انقضاء فترة التحجير القانونية إلا ان تحويل وعد البيع المذكور إلى بيع نهائي يقتضي وجوبا وبقوة القانون الاستظهار بشهادة في رفع اليد تسلم من الوزيرين المكلفين بالفلاحة وباملاك الدولة تفيد التشطيب على مختلف الشروط الموظفة على العقار ومنها شرط سقوط الحق وهو من الواجبات المحمولة قانونا على معاقد الدولة (المعقب الان) بما لا وجه لهذا الأخير في الاعتداد باي اجل قبل حصول الشرط القانوني أو الاحتجاج بقيام المماطلة في جانب المعقب ضده طالما ان تحقق الشرط لم يتسن إلا بموجب القرار الاستئنافي المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2016/4/16 تحت عـ41916ـدد القاضي بالتشطيب على شرط سقوط الحق.

وحيث اقتضى الفصل 243 من م ا ع انه "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الانصاف حسب طبيعته" وعليه يكون الدفع بقيام المماطلة في جانب المعقب ضده ليس بالدفع الوجيه لرد الدعوى وتعين بالتالي رد المطعنين لعدم وجاهتهما قانونا.»

**8- ضمان الإستحقاق الجزئي للمبيع - سقوط دعوى الإستحقاق**

**قرار تعقيبي مدني عدد *54662* صدر بتاريخ *07* نوفمبر *2017* عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين فاتن خير الله وراضية المنتصر وبحضور المدعي العام السيد محمد الحاج عمر وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني .**

«حيث اتضح بمراجعة حيثيات القرار المخدوش فيه أن المحكمة اعتبرت أن دعوى الحال تندرج في ضمان الاستحقاق مناط الفصل 630 من م ا ع وقد أصابت في ذلك ضرورة أنه لا جدال في أن المعقب ضدهما حرما من الانتفاع بكامل مساحة العقار المبيعة والتصرف فيها طبقا لما اتجهت إليه نيتهما عند شرائه بعد ثبوت اقتطاع مساحة قدرها 321 م م خصصت كملك عمومي بلدي من المساحة الجملية المنصوص عليها بعقد البيع والبالغة 917 م م .

وحيث أوجب الفصل 632 من م ا ع على البائع ضمان استحقاق المبيع من يد المشتري لسبب موجود وقت البيع ...اذا حيل بين المشتري وحوز المبيع في الكل أو البعض ...كما نص الفصل 633 من

نفس المجلة على أن استحقاق جزء معين كاستحقاق الكل اذا كان الجزء له من الأهمية بالنسبة إلى الباقي ما لو علمه المشتري لما رضي بالشراء .

وحيث عللت محكمة الموضوع حكمها في هذا الخصوص معتبرة أن النقص في مساحة المبيع بما قدره 321 م م له من الأهمية بالنسبة للمتبقى من المساحة وان النقص المذكور لو علمه المشتريان قبل الشراء لما رضيا به سيما ان النقص في المساحة قدره الخبير المنتدب بما يناهز ثلث المبيع المتفق عليه بالعقد .

وحيث ان ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد في خصوص أهمية المساحة المستحقة من العقار موضوع البيع كان مؤسسا على معطيات صحيحة وثابتة كما ان استنادها إلى أحكام الفصل 640 من م ا ع الذي رتب جزاء عدم انتفاع المشتري بجزء هام من المبيع كان في طريقه إذ منح المشرع في هذا الفصل للمشتري الخيار بين استرجاع قيمة الجزء المستحق وإبقاء المبيع في الباقي -وهي رغبة المدعين في الأصل المعقب ضدهما الآن- أو أن يطلب فسخ عقد البيع في الكل ويسترد جميع الثمن .

وحيث ولئن أفلحت محكمة القرار المنتقد في تطبيق جملة الفصول المذكورة أعلاه تطبيقا صحيحا على وقائع قضية الحال وتكييفها لموضوع النزاع تكييفا سليما فانها لم تصب في اختيار النص القانوني الملائم في خصوص سقوط الدعوى لما اعتبرت أن الدعوى خاضعة لأجل السقوط الوارد بالفصل 672 من م ا ع والحال أن هذا النص القانوني يتعلق بالدعاوى الناشئة عن ضمان عيوب المبيع ولا ضمان الاستحقاق .

وحيث لم يقر المشرع في الباب المتعلق بضمان الاستحقاق نصا خاصا يقلص من المدة العامة للتقادم المسقط المقررة بالفصل 402 من م ا ع على غرار ما هو الحال في ضمان العيوب الخفية بموجب الفصل 672 من م ا ع وبالتالي فانه لا مجال لاعتماد اجل آخر غير أجل الخمسة عشر سنة الذي يجري على الدعاوى الشخصية مهما كان نوعها.»

**4-9- حكم بالتسجيل انبنى على أدلة ثبت زورها**

**قـرار تعقيبي مدني عدد *33513*صدر بتاريخ *23* جانفي *2017* عن الدائرة *23* برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدتين هندة العلاقي و سامية العابد وبحضور ممثل النيابة العمومية السيد شكري الدردوري وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة حنيفة السعيدي .**

«حيث تأسس الطعن الحالي على احكام الفقرة السابعة من الفصل 357 مكرر من مجلة الحقوق العينية التي جاء بها انه يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام القاضية بالتسجيل أو بالترسيم

الناتج عن حكم التسجيل امام محكمة التعقيب اذا انبنى الحكم المطعون فيه على ادلة ثبت جزائيا زورها أو تدليسها بحكم نهائي .

وحيث ان الصفة في الطعن متوفرة طالما ان الطاعنين بوصفهم قائمين بالحق الشخصي في القضية الجنائية التي قضت بادانة المعقب ضدها من اجل التدليس و مسك و استعمال مدلس لهم مصلحة في الطعن و قد اجاز الفصل 357 ثالثا لكل من له مصلحة الطعن بالتعقيب في الحالة السابعة من الفصل 357 مكرر .

وحيث ان حكم التسجيل المطعون فيه قضى بالتسجيل لفائدة المعقب ضدها بناءا على عقد بيع مؤرخ في 1978/02/07 قضت محكمة الاستئناف في القضية عدد 3237 بتاريخ 2014/04/07 باعتباره مدلسا و بادانة المحكوم لفائدتها بالتسجيل م.ك. بجريمتي مسك و استعمال مدلس و باعدام المحجوز المتمثل في عقد البيع اساس حكم التسجيل كما قضت محكمة التعقيب بموجب قرارها عدد 17692 الصادر في 2015/11/19 باقرار الحكم الاستئنافي المذكور و بالتالي فان الحكم المسحي الصادر بالتسجيل لفائدة المعقب ضدها انبنى على عقد بيع ثبت زوره بحكم جزائي نهائي.

وحيث ادلى المعقبون بنسخة قانونية من شهادة ملكية الرسم العقاري عدد 27718 مدنين المتولد عن حكم التسجيل موضوع الطعن مؤرخة في 2016/01/20 ثبت من الاطلاع عليها ان الرسم العقاري المذكور لا زال على ملك المحكوم لها بالتسجيل و لم تتعلق به حقوق مرسمة للغير .

وحيث طالما ادلى المعقبون بنسخة قانونية من حكم استئنافي جناحي عدد 3237 و بنسخة قانونية من القرار التعقيبي عدد 17692 التي قضت بزور العقد الذي انبنى عليه حكم التسجيل المطعون فيه كما ادلوا بما يثبت عدم تعلق حقوق الغير بالرسم العقاري المتولد عنه فان اعتمادهم على احكام الفقرة السابعة من الفصل 357 مكرر في طريقه و لا يسع هذه المحكمة سوى الاستجابة للطعن و القضاء بنقض الحكم المطعون فيه.»

**4-10- الاحتجاج بالوعد بالبيع - عقار مسجل - قيد احتياطي**

**قرار تعقيبي مدني عدد *47076* صدر بتاريخ *27* ديسمبر *2017* عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار و ايمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيد شكري الدردوري وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة امال بن نصر .**

«حيث ان ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من كون طلب الزام الواعد بإتمام البيع قضائيا كان طلبا وجيها معتبرة انه لا يجوز للواعد ان يحتج ازاء الموعود له بالتصرف القانوني الذي

سلطه على العقار موضوع عقد الوعد بالبيع مستندة في ذلك لقاعدة الفصل 548 من م اع التي تقتضي ان ما يصدر من شخص لا يكون حجة له يعد اجابة على ما دفع به الطاعن بأنه لم يعد مالكا للعقار موضوع عقد الوعد بالبيع و لم يعد بإمكانه ابرام عقد بيع في خصوصه لفائدة الموعود له حتى و لو لم تسهب و لم تتعمق في جوابها فان ذلك ليس من شانه ان يعيب حكمها طالما ان النتيجة التي انتهت اليها كانت صحيحة قانونا و متطابقة مع ما ثبت من خلال الرسم العقاري المسمى حبيبة عدد 587660 نابل المضاف للملف من كون العقار محل النزاع هو عقار مسجل و قد رسم الموعود له المعقب ضده قيدا احتياطيا تطبيقا لأحكام الفصل 366 من م ح ع بموجب وعد البيع المبرم بينه و المعقب في تاريخ سابق على تاريخ ترسيم عقد الهبة المبرمة لفائدة المعقب ضده الثاني الامر الذي ينجر عنه قانونا طبق الفصل 370 من م ح ع عدم امكانية الاحتجاج عليه بذلك الترسيم اللاحق لعقد الهبة و الذي يعد غير نافذ خاصة انه ثبت ان قيامه بالمطالبة بحقه كان اثناء سريان مفعول القيد الاحتياطي وعليه اضحى ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه بعدم امكانية الاحتجاج بانتقال ملكية العقار موضوع وعد البيع لفائدة الغير بموجب عقد الهبة المدلى بها استخلاص قانوني صحيح حتى و ان لم تنزل عليه النص القانوني المنطبق في قضية الحال ضرورة انه عملا بالفصل 370 المشار إليه انفا فان الحقوق الواقع ترسيمها رغم وجود قيد احتياطي بخصوصها تكون عرضة لاحتمال التشطيب عليها اذا ثبت الحق موضوع القيد الاحتياطي و حينئذ يتجه رد ما وجهه المعقب لحكمها من طعن.»

**5- تجاري**

**5-1- إنقاذ شركة تمر بصعوبات اقتصادية**

**قرار تعقيبي تجاري عدد *2017/45327* صدر بتاريخ *2017/12/25* عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدين مريم بكوش وبديع بن عباس وبحضور المدعي العام السيد الطاهر العبيدي.**

«وحيث وقد تبين أن المعقبة تمسكت بتعمد المعقب ضده [مؤسسة بنكية] بوصفه دائنا توظيف فوائض تأخير وعمولات أثناء فترة المراقبة وبعدها وسحب مبالغ مالية مجمدة لديه متأتية من صفقات عمومية أنجرتها المعقبة وقامت الدولة بتحويلها بحسابها المفتوح لدى البنك الذي مع علمه بأنها في حالة تسوية قضائية وخاضعة لفترة مراقبة فانه تولى إخضاعها لاستخلاص جزء من دينه دون إذن قضائي ودون تعديل تصريحه بالدين وطرحه من المديونية في مخالفة صريحة للفصل 32

من قانون الإنقاذ وفي تفضيل لنفسه على بقية الدائنين وقد أهملت محكمة الاستئناف تلك المعطيات ولم تجب عليها رغم عرضها على الممثل القانوني للبنك بجلسة التحريرات المجراة بالطور الاستئنافي وطلبه الإمهال لتقديم توضيحات بشأنها وهو ما ينطوي على هضم لحقوق الدفاع وخرق لقانون الإنقاذ وتفضيل لأحد الدائنين على الآخر موجب للنقض .

وحيث ثبت أيضا أن محكمة الاستئناف قد خالفت رأي المتصرف القضائي الذي اقترحه ضمن برنامج الإنقاذ التكميلي المؤرخ في 2015/12/10 في خصوص فترة الإمهال بخمس سنوات وبررها عند التحرير عليه بقدرات المدينة المالية وجدول التدفقات المالية المستقبلي للشركة المدينة وما يتطلبه استرجاع النشاط خلال تلك الفترة من سيولة مالية ضرورية وقلصت محكمة القرار المنتقد مدة الإمهال إلى سنتين فقط دون تعليل حكمها بالتخفيض في الفترة الممنوحة ابتدائيا بثلاث سنوات والمقترحة من الخبير بخمس سنوات بما يهدف إليه قانون الإنقاذ بتحقيق المعادلة التي تضمن مواصلة المؤسسة لنشاطها أولا وضمان خلاص الدائنين في مرتبة لاحقة، وهو ما افتقده القرار وما يعرضه للنقض أيضا.»

**5-2- تعديل برنامج انقاذ**

**قرار تعقيبي مدني عدد *43920* صدر بتاريخ *06* جويلية *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«عن المطعن الأول الماخوذ من مخالفة الفصل 46 فقرة 2 من قانون الإنقاذ:

حيث يطرح النزاع من خلال المطعن المثار و الاوراق التي انبنى عليها القرار المطعون فيه مسالة الصفة في اثارة مطلب ابطال برنامج الإنقاذ، فهل يثيره القاضي المراقب؟ وهل يمكن تدارك ذلك عند النظر في الدعوى؟

وحيث من المعلوم ان برنامج الانقاذ الذي صادقت عليه المحكمة و القاضي بجدولة الديون يمكن ابطاله اذا تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته فيحق للدائن أو الدائنين طلب ابطاله قضائيا وفق مقتضيات الفصل 46 من قانون الانقاذ والذي اورد بالفقرة الثانية منه الاطراف المخول لهم طلب الابطال.

وحيث من الثابت ان القاضي المراقب ليست له الصفة في طلب ابطال برنامج الانقاذ فهو يتابع تنفيذه وتذليل ما يطرا من صعوبات تعترض مراقب التنفيذ ولا يمنع ذلك القاضي المراقب من سماع

الاطراف المكلفة بتنفيذ البرنامج بداية بالمدين ومراقب التنفيذ و الدائنين وتدوين من يلاحظونه بخصوص مدى التزام المدين ببرنامج الانقاذ المصادق عليه كل ذلك على اساس ان الانقاذ لا يهم الاطراف فقط بل هو يتصل بالمصلحة الاقتصادية العامة ولا يمكن للقاضي المراقب أن لا ينخرط في مجهود تنفيذ برنامج الانقاذ الذي تمت المصادقة عليه من المحكمة ومعاينة ما يطرا من اخلالات في تحقيقه بصفة فعلية وقد تبين في النزاع الحالي ان القاضي المراقب بناءا عما لاحظه مراقب التنفيذ تولى سماع الشركة المدينة و الدائنين وتمسك البنك الدائن بطلب الابطال على اساس عدم التنفيذ وكان بالتالي احالة ملف التسوية على حجرة الشورى للتعهد بطلب الابطال سليما من الناحية الاجرائية ولا يمكن القول بان الطلب صدر عن غير ذي صفة لان ذلك يكون عند مباشرة الدعوى في الابطال وليس عند تلقي تصريحات الاطراف المعينة بتنفيذ برنامج الانقاذ وهو ما جرى عليه النزاع الحالي إذ طلب الدائنون صراحة الابطال وهو وفق ما عاينته محكمة الحكم المطعون فيه،البنك و المزودين وامانة المال و الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي و العملة واضحى المطعن غير وجيه وتعين رده.

عن المطعن الثاني المأخوذ من مخالفة الفصل 44 من قانونالإنقاذ:

حيث تنعى المعقبة على محكمة القرار المنتقد تأسيس قضائها على عدم تنفيذ المؤسسة لبرنامج الانقاذ من خلال عدم تامين الديون و عدم الترفيع في راس المال.

وحيث تبين من اسانيد القرار المنتقد والاوراق التي انبنى عليها ان محكمة الموضوع قررت ابطال برنامج الانقاذ و احالة المؤسسة إلى الغير نظرا لعدم خلاص الديون مثلما عاينه مراقب التنفيذ زيادة عما اشارت إليه بخصوص الترفيع في راس المال لمزيد تاييد توجه عدم التزام المؤسسة ببرنامج الانقاذ في مختلف فروعه إلا انها لم تاخذ بالاعتبار القرار الاستئنافي الصادر في 2013/04/10 تحت عدد 40545 الذي اصبح باتا بعد رفض التعقيب اصلا بموجب القرار التعقيبي عدد 3809 الصادر بتاريخ 2013/02/11 إذ قضى القرار الاستئنافي المذكور بتعديل برنامج الانقاذ وذلك باضافة سنتي امهال بخصوص الديون البنكية وجدولتها على مدى عشرين سنة بدلا عن سنة امهال و 16 سنة كمدة جدولة وذلك نتيجة التغيير الذي تم ادخاله على الديون المرسمة باضافة ديون العملة الذي تم رفض ترسيم ديونهم في الحكم عدد 63 المؤرخ في 2011/05/23 وما نتج عن ذلك من تعطل عن النشاط لمدة اربعة اشهر .

وحيث لم تاخذ محكمة الحكم المطعون فيه بهذه المعطيات الموضوعية ولم تتحقق ان كان عدم الخلاص جاء لاحقا لمدة الامهال الاضافية ام لا وهي مسالة جوهرية و لا يمكن تمتيع المؤسسة

الطاعنة بامهال لمدة سنتين بموجب حكم اتصل به القضاء ومؤاخذتها من اجل عدم الخلاص دون التحقق ودون ابراز مدى استهلاك المؤسسة لمدة الامهال الاضافية ويعد ذلك تقصير يوجب النقض و اتجه التصريح بذلك .

عن المطعن الثالث الماخوذ من مخالفة الفصل 47 من قانون الإنقاذ :

حيث اسست المعقبة طعنها على ان إقرار محكمة الحكم المطعون فيه احالة المؤسسة للغير لم يستند إلى اسباب واقعية وقانونية و انبنى على التخمين.

وحيث وخلافا لما ورد بالمطعن فان إحالة المؤسسة إلى الغير نتيجة ابطال برنامج انقاذ وفقا للفصل 46 هو نتيجة ضرورية للتصريح بالإبطال خلافا للاختبار الاول للإنقاذ باحالة المؤسسة إلى الغير و لذلك فان ترتيب الاحالة هي نتيجة قانونية يتعين على المحكمة اتخاذها ما لم تصرح بتفليس المؤسسة وبالتالي فهو تطبيق لنتيجة الابطال و عليه فان المحكمة قد طبقت مقتضيات الفصل 46 من قانون الانقاذ دون تخمين مثلما ورد بالمطعن و تعين بذلك رده.»

**5-3- ابطال برنامج انقاذ**

**قرار تعقيبي تجاري عدد *45541* صدر بتاريخ *12* افريل *2017* برئاسة السيدة ماجدة بن جعفر وعضوية المستشارتين السيدة هالة البجار و السيدة إيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيد محرز الزواوي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة سنية عبداوي.**

«عن المطعن الاول المتعلق بخرق احكام الفصل 46 من قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية :

حيث يتضح من خلال احكام الفصل 46 المذكور ان المشرع مكن الدائن أو الدائنين الذي بلغ دينه أودينهم 15 بالمائة من جملة ديون المؤسسة التي تمت المصادقة قضائيا على برنامج لإنقاذها بمواصلة نشاطها بنفسها وفق المعايير المحددة بالفصول من 41 إلى 45 و جداول مضبوطة لخلاص الدائنين من طلب التصريح بإبطال ذلك البرنامج اذا تبين انها تخلفت عن الوفاء بالتزاماتها دون اشتراط القيام مسبقا بجبرها على الوفاء و بذلك يكون المشرع قد اعطى بمقتضى احكام هذا الفصل لهذا الدائن أو هؤلاء المدينين امتياز يتمثل في كونهم مثلهم مثل النيابة العمومية أو مراقب التنفيذ ليسوا مجرد خصوم عاديين بل مراقبين و ضامنين لتنفيذ برنامج الانقاذ و هو امر منطقي لان الحكم الصادر في التسوية لا يعتبر خصومة قضائية و انما اجراء يستهدف المحافظة عـــلى النشاط الاقتصادي وعلى مواطن الشغل و خلاص الدائنين.

وحيث و بناءا على ذلك فان قيام المعقب ضدها بطلب ابطال برنامج الانقاذ دون ان تسعى مسبقا لجبرها على الوفاء بدينها الخاص و مجاراة محكمة الحكم المطعون لها في ذلك ليس فيه اي خرق لمقتضيات الفصل 46 المشار إليه

وحيث اضحى هذا المطعن في غير طريقه و اتجه رده .

عن المطعن الثاني المتعلق بتحريف الوقائع :

حيث ان مقصد المشرع من خلال قانون الانقاذ الذي هو قانون خاص يهم النظام العام الاقتصادي يتأسس على ضمان استمرار المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية و مساعدتها على مجابهة ديونها و ذلك حفاظا على الكيان الاقتصادي و الاجتماعي للبلاد و بهذا المنظار فان التمسك بالقوة القاهرة التي منعت من تنفيذ برنامج الانقاذ لا يمكن الأخذ به عند النظر في ابطال برنامج الانقاذ طبق الفصل 46 من قانون الانقاذ بما ان المسالة لا تتعلق بمعاينة مماطلة المدين من عدمه وترتيب الاثر عليها في تعويض الخسارة اعملا بأحكام الفصل 283 الوارد ضمن أحكام القسم الثاني من مجلة الالتزامات و العقود المتعلق بالقوة القاهرة و السبب الطارئ بما هو معفي لوجوب تعويض الضرر من قبل المدين الذي لم يوف بالتزاماته و انما تتعلق بمراقبة تنفيذ برنامج الانقاذ و الوقوف على مدى جدية و قدرة المنتفع به على تنفيذه و ما ينجر عن ذلك من اثار تتعلق بتحقيق اهداف الانقاذ و باستمرارية المؤسسة .

وحيث اضحى بذلك تقدير المحكمة للوقائع و تطبيقها للنص القانوني اللازم عليها صحيحا واتجه رد هذا المطعن .»

**5-4- شهادة في عدم وجود تقاييد**

«حيث أثارت النيابة العمومية تلقائيا وبموجب الفصل 187 من مجلة المرافعات تطبيق الفصل 242 من م ت الذي ينص على انه: إذا قام المالك بدعوى فسخ عقد كراء المحل الذي يستغل فيه أصل تجاري وجب عليه تقديم شهادة في عدم وجود تقاييد أو قائمة في التقاييد الموجودة وفقا للصيغ المقررة بالفصل 216 من هذه المجلة.

وإذا كان الأصل التجاري مثقلا بقيود مرسمة وجب على مالك المحل إعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة بتقييدهم بواسطة عدل منفذ وإلا كانت الدعوى باطلة ولا يجوز ان يصدر الحكم قبل شهر من تاريخ هذا الإعلام.

وحيث يتبين من الفصل 242 من المجلة التجارية أن المشرع وفي نطاق الحماية المخولة للدائنين الذين وثقوا ديونهم على السجل التجاري اوجب قبل قيام المالك في طلب فسخ الكراء وإخراج المتسوغ إعلام هؤلاء بدعوى الفسخ والخروج حتى يتمكنوا من تفعيل مقتضيات الفصل 245 من المجلة التجارية في عقلة الأصل التجاري وبيعه ضمانا لاستخلاص ديونهم واعتبر ذلك واجبا إجرائيا لا يمكن التصريح بفسخ كراء المحل الذي يستغل فيه أصل تجاري دون إتمام الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 242 من المجلة التجارية والفصل 216 ورتب عن الإخلال به بطلان الدعوى وفقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 242 من المجلة التجارية وهو بطلان بموجب النص يتعين على المحكمة أثارته من تلقاء نفسها لتعلقه بإجراءات التقاضي التي لها مساس بالنظام العام وفق أحكام الفصل 14 من م.م.م.ت..

وحيث اتجهت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة نحو نفس هذا المنحى إذ اعتبرت صلب قرارها المبدئي عـ12599ـدد المؤرخ في 2015/5/07 أن الإجراء الوارد بالفصل 242 م تجارية هو إجراء يهم النظام العام ولا بد من احترامه لما في ذلك من حماية الحقوق الدائنين باعتبار الأصل التجاري هو موضوع ملكية قد تتعلق به حقوق دائنين كالرهن مثلا ولا يمكن النظر في قضية فسخ الكراء إلا بعد تقديم شهادة في عدم التقاييد طبقا لما اقتضاه الفصل المذكور".

وحيث بمراجعة ملف القضية يتضح أن طالبات الفسخ (المعقب ضدهن حاليا) لم يقدمن الشهادة المنصوص عليها بالفصل 242 من م ت وتكون محكمة الحكم المطعون فيه حينما قضت بفسخ عقد الكراء في غياب ما يفيد احترام القائمات بدعوى الفسخ لمقتضيات الفصل المذكور قد خالفت إجراء أساسي يهم النظام العام وخرقت أحكام الفصل 242 من م ت وهو ما يجعل قرارها مستهدفا للنقض من هذه الناحية فتعين لذلك قبول هذا المطعن.»

**5-5- كراء تجاري**

***5-5-1-* فسخ كراء تجاري لإدخال تغييرات جوهرية بالمكرى**

**قرار تعقيبي تجاري *47382* بتاريخ *13* أفريل *2017* صدرعن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي.**

«حيث ان البت في طلب فسخ عقد الكراء لإدخال المتسوغ تغييرات جوهرية بالمكرى يستدعي بداية من محكمة الأصل القيام بالأعمال الاستقرائية الكاشفة قصد توضيح طبيعة الإحداثات المنجزة

بالمكرى وتحديد نوعيتها ان كانت تحسينية تقتضيها طبيعة المكرى ام جوهرية من شانها أن تغير صبغة المكرى وطبيعته وان لا تستند إلى اعمال اهل الخبرة بصفة مسلمة إلا إذا رأت فيها ما يقنعها وهو ما غفلت عنه محكمة الحكم المطعون فيه التي اعتبرت أن المطلوبة في الأصل قد أخلت بشروط العقد وخالفت الأحكام الخاصة والعامة لم ا ع لإحداثها تغييرات جوهرية بالمكرى دون موافقة كتابية من المالك يتمثل في فتح بابين بالجدار الداخلي للدكان الثاني وانجاز جدار على عرض الدكان وذلك استنادا منها لما أفضت إليه تحقيقات الاختبار وقضت على ذلك الأساس بفسخ عقد الكراء في حين انه ثبت من تقرير الاختبار التي تأسست عليه دعوى الفسخ ان الخبير المنتدب اقتصر على تشخيص المضرة المدعى بها وعلى تقرير مصاريف إزالتها وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه دون أن يجزم بوجود إحداثات أو تغييرات قامت بها المتسوغة من شأنها أن تغير بصفة كبيرة من أسس وهيكلة المكرى أو ما يعبر عنها بالجوهرية منها وتكون محكمة الحكم المطعون فيه وحينما قصرت في استقراءاتها وفي بيان اوجه التفرقة بين الإحداثات التحسينية والإحداثات الجوهرية وفقا لما اقتضاه العقد الرابط بين الطرفين ووفق المبادئ العامة المنظمة للعلاقة الكرائية بين المالكين والمتسوغين قد عرضت قرارها للنقض من هذه الناحية ايضا واتجه التصريح بذلك.»

**5-5-2- فسخ كراء تجاري لعدم دفع الزيادة الإتفاقية**

**قرار تعقيبي مدني عدد *49377* صدر بتاريخ *11* جويلية *2017* برئاسية السيدة رجاء الشواشي وعضوية المستشارين السيدين سنية الدبابي وعلي عواينية وبحضور ممثلة الادعاء العام السيدة لطيفة العرفاوي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة آمال بن نصر.**

«حيث أن التنبيه التجاري الموجه للمعقب في 03-02-2016 قد تم على معنى الفصل 23 من قانون 1977 وتضمن التنبيه عليه بضرورة خلاص معينات الكراء في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ التنبيه.

وحيث أن الزيادة الاتفاقية في معينات الكراء سنويا تعتبر جزءا لا يتجزأ من معينات الكراء وعليه فان دفعها بمفردها بعد مرور أجل الثلاثة أشهر يجعل الخلاص واقعا بعد الأجل القانوني وهو أجل فسخ يترتب على عدم احترامه انفساخ العقد.»

**5-5-3-غرامة الحرمان**

**قرار تعقيبي عدد *45027* صدر بتاريخ *2017/11/15* برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدتين بسمة العبساوي ومفيدة الطلحاوي بحضور المدعي العام السيدة هاجر المحرزي ومساعدة كاتب الجلسة السيد محمد الحبيب التلمودي.**

«حيث من المعلوم أن غرامة الحرمان التي أقرها المشرع طبق الفصل 7 من قانون 25 ماي 1977 تهدف إلى درء الضرر اللاحق بالمتسوغ من جراء حرمانه من حق تجديد التسويغ فهي غرامة مفروضة على المالك تكريسا لمبدأ التعويض.

وحيث أن عناصر الضرر المعتمدة عند احتساب ذلك التعويض يشوبها الغموض إذ ورد بالفقرة 2 من الفصل 7 من قانون الأكرية التجارية بأن غرامة الحرمان تشمل بالخصوص قيمة الأصل التجاري ... فلم تتضمن الفقرة المذكورة تعويضا لغرامة الحرمان وإنما أوردت على سبيل الذكر فحسب العناصر التي قد تشملها، غير أن هذه الغرامة المؤسسة على مبدأ التعويض يقتضي بأن يراعى في تقديرها جميع فروع الخسائر اللاحقة بالمتسوغ ووجب تقدير تلك الخسارة طبق الفصل 278 من م ا ع طالما أن الفصل 7 لم يستوعب كافة عناصر التقدير وإنما أشار إلى أهمها وهو ما يفهم من خلال عبارة "بالخصوص" وبالتالي فإن الخسارة تشمل ما نقص من مال وما فات من ربح مما يؤدي إلى ضرورة احتساب قيمة التحسينات المبذولة من المتسوغ بالمكرى كفرع من فروع الخسارة المشمولة بالتقدير في غرامة الحرمان.

وحيث أن ما انتهجته محكمة القرار المنتقد باعتبار التحسينات والإضافات المتعلقة بالمحل المكرى ليست من عناصر تقدير غرامة الحرمان الواردة بالفصل 7 من قانون 1977/05/25 كان مجانبا للصواب لانبنائه على سوء تطبيق القانون مستوجبا للنقض.»

**5-5-4- الزيادة الاتفاقية بعد صدور حكم التعديل**

**قرار تعقيبي مدني عدد *47869*صدر بتاريخ *20* سبتمبر *2017*عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدة هالة البجار والسيدة ايمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيد شكري الدردوري وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة سنية عبداوي.**

«حيث يتضح من مراجعة اوراق الملف أن النزاع المعروض أمام قاضي الأصل أثار مسألة قانونية تمثلت في مدى جواز تفعيل بند الزيادة الاتفاقية المضمن بعقد الكراء الاصلي وإبقاء مفعوله ساريا بين الطرفين ومنتجا لأثاره وذلك بعد صدور حكم قضائي في تعديل معين الكراء طبق احكام الفصلين 24 و25 من قانون الاكرية التجارية.

وحيث أسست محكمة القرار المنتقد قضائها على القول بأن التعديل القضائي انصب على معين الكراء السنوي الاصلي ولم ينسحب على بند الزيادة الاتفاقية الوراد بالفصل 11 من عقد الكراء الاصلي وهو ما يجعله منتجا لأثاره القانونية طالما لم يثبت تغييره برضاء الطرفين او بحكم قضائي.

وحيث ان قانون الاكرية التجارية المؤرخ في 1977/05/25 لم يتضمن ما يمنع اتفاق الطرفين صلب عقد التسويغ على الترفيع في معينات الكراء بنسبة معينة متفق عليها وهو ما يستشف من احكام الفصل 26 من القانون المذكور الذي تضمن امكانية التنصيص بالعقد عل شرط السلم المتغير غير أنه أقر في الآن نفسه امكانية طلب التعديل القضائي كلما اعترى معين الكراء من جراء الشرط المذكور زيادة او نقصان يتجاوزان الربع بالنسبة للثمن المعين سابقا بوجه التعاقد أو بوجه حكم عدلي.

وحيث نظم المشرع طلب التعديل القضائي وحدد شروطه صلب الفصل 25 من القانون الذي يؤكد أن مطلب التعديل يقدم كل ثلاثة سنوات على الاقل ولا يقبل إلا إذا طرأت تغييرات على الاوضاع الاقتصادية، وهي معايير موضوعية يتم اعمالها في تقدير معينات الكراء التجاري.

وحيث وبناءً على كون أحكام الفصل 25 المشار إليه تتعلق بالنظام العام، وبناءً على المنطق القانوني الذي يستمد من فهم فصول احكام قانون الاكرية التجارية في علاقتها ببعضها، ومن غاية المشرع من تمكين طرفي العقد من اللجوء للقضاء لتقدير معين الكراء العادل وفق معايير موضوعية ، والمتمثلة في ضمان بقاء الاصل التجاري كمؤسسة اقتصادية بعدم حرمان المسوغ من تجديد كراء الاصل التجاري بسبب الاجحاف الذي قد يطرأ على معلوم الكراء إذا ما ترك الامر للإرادة المطلقة للطرفين، فضلا على تمكين المسوغ من حقه في الانتفاع بمعين كراء يتماشى مع الظروف الاقتصادية، فان مراجعة معين الكراء الذي تم تحديده بموجب حكم عدلي، لا تجوز إلا وفق احكام الفصل 25 المشار اليه، ذلك أن تخويل تدخل ارادة الطرفين من جديد فيه مخالفة لصبغته الآمرة ولمقصد المشرع سيما أن القاضي ملتزم في تفسيره للقانون باعتبار المقاصد لا ظاهر اللفظ والتراكيب عملا بالقاعدة القانونية التي تضمنها الفصل 515 من م ا ع.

وحيث وبناءً على ذلك فان تفعيل محكمة الحكم المطعون فيه لبند الزيادة الاتفاقية الوارد بعقد الكراء الاصلي واعتباره ساري المفعول بعلة عدم حصول اتفاق من الطرفين على إلغائه أو صدور حكم قضائي بذلك فيه، من جهة مخالفة لصريح أحكام الفصل 25 التي جعلت تعديل معين الكراء المجدد لا يكون إلا بمقتضى مطلب في التعديل يقدم كل ثلاثة سنوات وحصول تغييرات على الاحوال الاقتصادية وهي احكام تهم النظام العام ولا يمكن الاتفاق على خلافها، بحيث أنه ولو كان العقد الاصلي متضمنا لبند الزيادة الاتفاقية فانه متى صدر حكم قضائي بتعديل معين الكراء طبق احكام الفصلين 24 و 25 من قانون الاكرية يصبح لاغيا بقوة القــانون ولا عمل عليه، لمخالفته أحكاما تهم النظام العام ومن جهة أخرى فيه مخالفة أيضا لأحكام

الفصل 29 من نفس القانون التي فرضت على طرفي العلاقة الكرائية الامتثال للشروط الجديدة التي عينتها المحكمة في حكم التعديل عند ابرام العقد الجديد وتفسير ذلك انه طالما صدر حكم بات بالتعديل وعين الثمن الجديد وتم التنصيص عليه بالعقد الجديد فان كل الشروط التي كانت بالعقد القديم والمتعلقة بمعاليم الكراء وطريقة احتسابها تصبح لا غية بمفعول الحكم المذكور.»

**5-6- الاعتراض على تسجيل علامة تجارية**

**قرار تعقيبي تجاري عدد *43644* بتاريخ *2017/10/23* صدر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش بحضور المدعي العام السيدة فاتن بالأمين وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث رجوعا إلى القرار المطعون فيه يتضح أن المحكمة- وفي معرض تناولها لصفة المعترضة في القيام بالاعتراض - اعتبرت أن العلامة محل التداعي هي علامة مسجلة بالخارج باسم كل من "ن. ك." و"ف. م." ومحمية بتونس بصريح أحكام الفصل 17 من القانون عدد 36 لسنة 2001 من جهة أولى، وان المدعية تمتعت بحق استئثاري على تلك العلامة سابق عن التداعي، وانه عملا بالفصل 11 من ذات القانون كانت لها صفة في القيام بالاعتراض معتبرة ان العلامة أصبحت ملكا للمدعية أثناء التداعي بموجب الإحالة من المالكين الأصليين، من جهة ثانية.

وحيث اقتضى الفصل 11 من القانون عدد 36 لسنة2001 أنه "يمكن الاعتراض على مطلب التسجيل من قبل :

- مالك العلامة التي تم تسجيلها أو إيداعها في السابق أو المتمتع بحق الأولوية في تسجيل العلامة المنصوص عليه بالفصل 18 من هذا القانون.

- مالك علامة مشهورةسابقة.

- المنتفع بحق استئثاري في الاستغلال شريطة عدم التنصيص على خلاف ذلك بالعقد.

ويقدّم مطلب الاعتراض لدى الممثل القانوني للهيكل المكلف بالملكية الصناعية خلال الشهرين الموالين لتاريخ نشر مطلب تسجيل العلامة طبقا لإجراءات تضبط بأمر.

ويرفض كل اعتراض يقدم بعد الأجل أو من قبل شخص لا صفة له أو يكون غير مطابق للشروط الشكلية الواجب القيام بها في تقديم المطلب".

وحيث يؤخذ مما تقدم أن تقدير الصفة في الاعتراض تكون على ضوء توفر الشروط المبينة بالقانون في تاريخ المطلب وليس بمقتضى توفر تلك الصفة بتاريخ لاحق ولا سيما أثناء التداعي، ومؤدى ذلك هو أن القول بثبوت الصفةللاعتراض في جانب المعقب ضدها الآن إنما يكون بحسب ما إذا كانت في إحدى الوضعيات المبينة بالفصل 11 المذكور أعلاه فيها عند تقديم طلب الاعتراض وهو ما يكون معه التمشي المعتمد من محكمة القرار المطعون فيه مختل في مبدئه.

وحيث وفضلا عما تقدم، فقد قدرت المحكمة أن الطالبة متمتعة بحق استئثاري على العلامة محل التداعي إلاأنها لم تدقق القول في هذه المسألة ضرورة أنه كان عليها بيان العناصر التي بنت عليها قولها ذاك رجوعا إلى مقتضيات الفصل 11 سالف الذكر، هذا مع الإشارة إلى ان منطلق التداعي كان على أساس العلامة المشهورة.

وحيث ومن جهة أخرى،أخذت المحكمة بالإحالة الصادرة عن المالكين الأصليين للعلامة بصفة مطلقة دون التثبت من توفر شروط الفصل 26 من القانون المذكور الذي يوجب "ترسيم كل إحالة أو تغيير في الحقوق المرتبطة بعلامة مسجلة بالسجل الوطني للعلامات حتى يمكن معارضة الغير بها"، وهو ماأورث حكمها ضعفا في التعليل وسوء تطبيق للقانون.

وحيث إضافة إلى ما تقدم فان قول المحكمة أنه قد ثبت أن لتونس اتفاقية مشتركة مع فرنسا في مجال حماية الملكية الصناعية دون تحديد لذلك المستند انما يعد قصورا من شأنه أن يمنع من معرفة ما إذا كان السند المعتمد في الدعوى صحيحا قانونا، وعليه فان الاكتفاء بإشارة مجملة وعامة إلى وجود اتفاقية منطبقة على النزاع لا يعد تعليلا مستساغا ومن شانه ان يورث ما قضت به المحكمة وَهَنا موجباللنقض.»

**5-7- إثبات شركة المحاصة**

**قرار تعقيبي تجاري عدد *54683* صدر بتاريخ *24* أكتوبر *2017* عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين فاتن خير الله وراضية المنتصر وبحضور المدعي العام السيد محمد الحاج عمر ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.**

«حيث لا جدال في أن شركة المحاصة هي شركة تجارية تنعقد بين شخصين أو أكثر يمارس أعمالها شريك ظاهر يتعامل مع الغير بحيث تكون الشركة مقتصرة على العلاقة الخاصة بين الشركاء ويجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات وهي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية ولا تخضع للإجراءات الشكلية التي

تحكم الشركات لأنها شركة مستترة لا يعلم أحد بها غير الشركاء ويكون التعامل فيها باسم الشريك الظاهر الذي تكون جميع المعاملات باسمه.

وحيث ولئن وجب أن تتوفر في عقد شركة المحاصة سائر الأركان الموضوعية العامة من رضا وأهلية ومحل وسبب والأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة والمتمثلة في تعدد الشركاء وتقديم الحصص ونية المشاركة واقتسام الأرباح والخسائر فانه لا يشترط فيها توفر الشروط الشكلية إذ لا يلزم كتابة عقدها كما انه لا يجوز شهر هذا العقد وإلا فقدت الشركة صفتها كشركة محاصة وهي تخضع في انقضائها لكافة القواعد والإجراءات التي تخضع لها بقية الشركات التجارية.

وحيث من هذا المنطلق وبالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين أن المحكمة استندت إلى إقرار المعقبة الآن بوجود الشراكة الرابطة بينها وبين المعقب ضده بخصوص مركز التجميل في حدود الحمّام دون أعمال الحلاقة المضمن بمحضر التحريرات المكتبية المجراة بتاريخ 17-03-2015، لتقرّ بثبوت قيام شركة محاصة بين طرفي النزاع معللة رأيها بالقول بأن من خصوصيات هذه الشركة أنه لا يشترط فيها قيام الشريك بصفة دائمة بالقطر التونسي ومشاركته الفعلية والمسترسلة والمتواصلة في إدارة أمور الشركة طالما توافق مع الطرف الثاني على تأسيسها مع مساهمته بالعقار والمال وبذلك تكون المحكمة قد تناولت الدفع الذي تمسكت به المعقبة الآن من أن العلاقة الرابطة بينها وبين المعقب ضده هي علاقة كرائية ولا علاقة مؤسسة على عقد شراكة وأجابت عنه بصفة مستفيضة وكانت استنتاجاتها مبنية على ما له أصل ثابت بالملف.

وحيث طالما تبين أن ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد كان مؤسسا على معطيات صحيحة وثابتة وكان قرارها مستوف لشروط التعليل الواقعي والقانوني السليم إذ استندت إلى إقرار الطاعنة الحكمي بقيام شراكة بينها وبين المعقب ضده فإنها تكون في منأى عن رقابة هذه المحكمة واتجه لذلك رد هذين المطعنين»

**5-8- إجراءات انعقاد الجلسة العامة العادية والجلسة العامة الخارقة للعادة**

**قرار تعقيبي تجاري عدد *55339* صدر بتاريخ *20*ديسمبر*2017* عن الدائرة المدنية الرابعة والعشرين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدة أمال عباسي والسيدة رجاء الخضراوي وبمحضر المدعي العام السيدة لطيفة العرفاوي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث اقتضت أحكام الفصل 274 م ش ت أنه "تكون الجلسات العامة تأسيسية أو عادية أو خارقة للعادة وتقع دعوتها للإنعقاد طبق الأحكام الواردة بهذه المجلة " وحيث تشمل الجلسة العامة على معنى الفصل المذكور الجلسة العامة العادية والجلسة العامة الخارقة للعادة التي تكون الدعوة إلى انعقادهما وفق الإجراءات المبينة بالفصول الموالية للفصل 274 م ش ت.

وحيث نص الفصل 277 م ش ت على أنه تتم دعوة الجلسة العامة للإنعقاد عن طريق مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية وعند الضرورة يمكن دعوتها عن طريق ....وكيل معين من المحكمة بطلب من كل من يهمه الأمر في حالة التأكد أو بطلب من مساهم أو عدة مساهمين يكون مجموع مساهماتهم خمسة عشر بالمائة على الأقل من رأس مال الشركة"

وحيث يخلص من الفصل المذكور أن الدعوة للجلسة العامة تشمل الجلسة العامة العادية أو الخارقة للعادة بدليل استعمال الفصل لمصطلح الجلسة العامة على اطلاقها ولو كان المشرع يقصد الجلسة العامة العادية فحسب لكان نصص على ذلك صراحة مثلما فعل بالفصلين 276 و278 من نفس المجلة وورود الفصل 277 ضمن الفصلين المذكورين لا يمكن تفسيره بسحب أحكامهما عليه،فإسقاط المشرع لمصطلح العادية عنوة ضمن الفصل 277 غايته بيان الجهة المخول لها الدعوة للجلسة العامة بنوعيها وفي إطار توضيح ما جاء به الفصل 274 م ش ت فضلا عن خلو باقي الفصول من بيان الجهة المخول لها الدعوة لعقد الجلسة العامة الخارقة للعادة ما يدعم قراءة الفصل 277 م ش ت بكونه يشمل الجلسة العامة بنوعيها وهو ما اهتدت إليه محكمة القرار المنتقد عن صواب وتبصر.

وحيث وخلافا لما دفع به المعقبان فإن الفصل 22 من العقد التأسيسي وإن نص على إمكانية دعوة الجلسة العامة العادية من قبل وكيل معين من قبل القضاء بطلب ممن يهمه الأمر في صورة التأكد أو بطلب من المساهمين الذين يملكون نسبة 15 بالمائة من الأسهم فهو لم يمنع الدعوة لعقد الجلسة العامة الخارقة للعادة بالطريقة المذكورة فما لم يقع منعه يبقى مباحا وحتى على فرض ذلك فلا يمكن للعقد التأسيسي أن يخالف مقتضيات القانون.»

**5-9- فسخ الكراء التجاري طبق الفصل 23 من قانون 1977/05/25 وحماية الدائن المرتهن المنصوص عليها بالفصل 242 من م ت**

**قرار تعقيبي تجاري صدر بتاريخ *2017/10/30* عن الدائرة الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فاتن بالأمين وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث اقتضى الفصل 23 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/05/5 انه " يفسخ عقد الكراء عند عدم الخلاص لمعين الكراء في الآجال المتفق عليها وذلك بعد مضي ثلاثة أشهر على صدور تنبيه بالدفع بواسطة عدل منفذ ولم يأت بنتيجة. ويجب أن ينص التنبيه على الأجل المشار إليه وإلا يكون ملغى ولا يمكن التمديد في الأجل المذكور ويكون الفسخ حتميا."

وحيث يؤخذ من صريح العبارة المطلقة التي ورد بها الفصل متقدم الذكر انه إذا ما تحققت الشروط المقررة بالفصل 23 وانقضى الأجل دون تسديد الدين صار الفسخ حتميا بحكم القانون بما يعني منع أية إمكانية للإمهال من قبل المحكمة فالقضاء يحرم في إطار هذه المنازعة من كل سلطة تقديرية تخول له النظر في أسباب المماطلة أو في ملاءمة الأجل المفتوح قانونا للتسوية ويكون بذلك حكمه كاشفا للفسخ لا منشئا له .

وحيث اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه ان دعوى الفسخ لا تستقيم لوجود رهن موظف على الأصل التجاري المستغل بالمحل .

وحيث ان حماية الدائن المرتهن لا تجد محلها بالالتفات عن دعوى الفسخ الحتمي المقرر بالفصل 23 وانما بالالتزام بمقتضيات الفصل 242 م ت الذي جاء به انه " إذا قام المالك بدعوى فسخ عقد كراء المحل الذي يستغل فيه أصل تجاري وجب عليه تقديم شهادة في عدم وجود تقاييد أو قائمة في التقاييد الموجودة وفقا للصيغ المقررة بالفصل 216 من هذه المجلة. وإذا كان الأصل التجاري مثقلا بقيود مرسمة وجب على مالك المحل إعلام الدائنين الرسمين بمقراتهم المختارة بتقييدهم بواسطة عدل منفذ وإلا كانت الدعوى باطلة. ولا يجوز أن يصدر الحكم قبل شهر من تاريخ هذا الإعلام ولا يصح الفسخ بالتراضي نهائيا إلا بعد شهر من تاريخ إعلام الدائنين المرسمين بمقراتهم المختارة ويتم ذلك بواسطة عدل منفذ. وفي هذه المدة يجوز لكل دائن مقيد أن يطلب بيع الأصل التجاري وفق أحكام الفصل 245 من هذه المجلة "

وحيث أن المحكمة المتعهدة بدعوى الفسخ تكون محمولة -في صورة وجود رهن موظف على الأصل التجاري-على الوقوف على ثبوت إشعار الدائن المرسم بالخطر الذي يحوم بالأصل التجاري المرهون لفائدته وفي هذه الصورة يكون له الحق في الحلول محل المكتري لخلاص معينات الكراء موضوع التنبيه في الأجل المضروب له أو طلب بيع الأصل التجاري دون ان يكون الرهن في ذاته حائلا دون معاينة الفسخ الحتمي.

وحيث أن الإعراض عن التصريح بالفسخ الحتمي بدعوى انه سيؤدي إلى اضمحلال حق الإيجار لا يستقيم قانونا ضرورة أن هذا الحق ليس من العناصر الوجوبية في الأصل التجاري طبقا للفصل 189 م ت الذي جعل من الحرفاء والسمعة العنصرين الأساسين للأصل التجاري الواجب توفرهما دون غيرهما.

وحيث أن محكمة القرار المطعون فيه لما ردت دعوى الفسخ المبنية على مقتضيات الفصل 23 من قانون الأكرية التجارية - حال تحقق شروطها - بدعوى تعارضها مع مقتضيات الفصل 242 م ت،تكون قد أورثت حكمها خرقا للقانون موجب للنقض.»

**5-10- القفل الضمني للحساب الجاري**

**قرار تعقيبي تجاري عدد*38306* صدر عن الدائرة السابعة بتاريخ *1*مارس *2017* برئاسة السيدة ماجدة بن جعفر وعضوية المستشارتين السيدة عفاف عالشيخ والسيدة إيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيد محرز الزواوي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة سنية عبداوي.**

«حيث لا اختلاف في أن الحساب الجاري مثلما تبينه أحكامه الواضحة هو من الصيغ الحسابية الخاصة التي تقوم باتفاق طرفيه على دمج العمليات الجارية بينهما اندماجا تاما داخل الحساب بما تفقد معه كل عملية تم قيدها فيه كيانها الذاتي واستقلالها فلا يكون أحدهما مدينا للآخر إلا بما يتخلد من رصيد نهائي يتولد عن قفل الحساب.

وحيث أن قيام الحساب الجاري بين الطرفين اتفاقيا كان أو تعاقديا يجب أن تبرز فيه نية طرفيه على جعل الحساب معدا لقيد مدفوعات متبادلة بينهما وأنهما يستعيضان عن تسوية كل دين فيه يكون لأحدهما على الآخر تباعا بتسوية وحيدة تقع عند قفل الحساب وهو ما يعني أن العبرة بوجود دفوعات مشتبكة هي استعداد الحساب قانونا لاستقبالها حتى وإن لم يحصل ذلك بالفعل أو حصل في فترات متباعدة أو توقف أحد الطرفين وخاصة حريف البنك في مثل صورة قضية الحال منذ مدة طويلة عن تنزيل أي دفعة بحسابه وهو التأويل الذي يستحمله النص من جهة لأن عبارة القانون بحسب الوضع اللغوي للفصل 728 م ت لم تجعل من وجود تشابك الدفعات شرطا لصحة عقد الحساب الجاري يترتب عن غيابه إبطال العمل به أو إيقاف نتيجته الحسابية بقدر ما أوردت هذه الخصيصة كمعيار لتحديده و تمييزه عن بقية الحسابات حتى يتسنى تطبيق أحكامه عليه.

ومن أخرى فإن القول بالقفل الضمني للحساب لتوقف المدفوعات المتشابكة لفترة طويلة من الزمن هي إضافة صورة جديدة لصور قفل الحساب التي حددها الفصل 732م ت والمتمثلة في حلول

الأجل وإرادة الطرفين قبله أو بإرادة أحدهما إن لم يحدد للحساب الجاري أجل ووفق الإجراءات والمقتضيات أوفي صور فقدان الأهلية عامة .

وحيث إضافة لما تقدم فأن ما اعتد به الطاعن من أسباب أخرى للقول بحصول قفل الحساب ضمنيا مثل قواعد التصرف الحذر المحمولة على البنك طبقا لمنشور البنك المركزي لا يستقيم منطقا ولا قانونا بما أنه يؤسس لمساءلة البنك في إخلاله بالتزاماته المحمولة عليه وعلى ما ذكر الطاعن منها واجب قفل الحساب إن كان عند افتقاد الدفعات المتشابكة بما ينذر بخطر استخلاص ديونه من حريفه صاحب الحساب لما هو محمول عليه من واجب الحيطة وهو ليس موضوع قضية الحال .

وحيث اعتبارا لكل ما تقدم فأن ما توجهت إليه محكمة القرار المنتقد كان صائبا فيما اعتبر من تاريخ قفل الحساب ولم يأت هذا المطعن بما يوهنه .

عن المطعنين الثاني والثالث المتعلقين بخرق الفصل 242 م ا ع وبضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع وتحريف الوقائع.

حيث ينعى المعقب على محكمة القرار المنتقد خرقها لمقتضيات الفصل 242م ا ع لما اعتبرت إن الحسابين الجاريين مدينين أولا بقرض متوسط المدى قدره 61.000.000د وآخر قصير المدى قدره 300.000.000 درغم أن هذه المبالغ لم تنزل بالحسابين الجاريين التابعين لها وقد أقرت المحكمة المديونية على أساس وأنها تسوية للوضعية المدينة لحسابها السابقة لفتح الحسابين الجاريين بأكثر من 20 شهرا.

وحيث إضافة لكون الطاعن لم يوضح وجه الخرق لمقتضيات الفصل 242 من قبل محكمة القرار المنتقد فإنه بتمحيص مستندات القرار المذكور يتبين أن المحكمة قد نزلت حكمها و سببته في إطار سليم من احترام إرادة الطرفين بما بينت أن فتح الحسابين الجاريين و تقييد القرضين به هو في إطار تسوية وضعية حريفتها المدينة بموجب القرضين ، وهو اتجاه سليم قانونا، من جهة لطبيعة الحساب الجاري بما هو اتفاق على إحداث صيغة حسابية خاصة يركن إليه إذا تعددت العمليات التبادلية بين طرفين و تكررت و أريد تسوية الحقوق بينهما في أطار عملية واحدة تقع على الحساب عند قفله وهو ما اعتمدته محكمة الموضوع دون انحراف بالقانون.

وحيث وفيما ينسب للقرار المطعون فيه فإنه مما لا جدال فيه أنه على المحكمة تسبيب قضائها بما يبين بكل وضوح مبناه الواقعي والقانوني ضمانة لحسن تطبيقها القانون ولتمكين محكمة التعقيب من القيام بدورها الرقابي فيما تولته من قضاء

وحيث أنه لا يوجد قانونا منهاجا خاصا للتسبيب،إذ يكفي أحيانا لسلامة التعليل إيراد جواب ضمني لما دفع به الأطراف إما بتبني دفوعهم أو بردها باتخاذ موقف مخالف لها فيكفي عندها تبرير هذا الموقف وتوضيح المحكمة لموجب حكمها سنداونصا لاعتبار التعليل قائما وهو ما تم فيما يتعلق بما تمسك به الطاعن من حيث نظرية القفل الضمني للحساب الجاري التي ردتها محكمة القرار المنتقد لما اعتبرت أن قفل الحساب لا يكون إلا في الصور التي قررها القانون. إلا انه ورجوعا إلى مستندات القرار المنتقد فإن المحكمة مصدرته لم تبـــين رغم منـازعة الطاعنة في الدين المحكوم بـــه واستحالته أحيانا ماديا لعدم جوازه قانونا أصلا و فائضا سند حكمها الموضوعي والقانوني موردة أن منازعتهم مجردة، و أن عدم صدور أي معارضة من الشركة المدعى عليها في شان هذه القروض في الإبان يعد قرينة على انتفاعها بها ،و أنهم لم يثبتوا خلافا لما أنتجته تحقيقات الاختبار، و الحال أن البينة على من ادعي و أنه على المدعية إثبات ديونها وفق القانون كما اعتبرت المحكمة تقرير الاختبار حجة كاملة حرية بالاعتماد دون رد على ما أثير في حقها من نقد على مستوي أصلي الـــدين والفوائض المترتبة عنهما خاصة بالنسبة للقرض طويل المدى ،كما لم تبين سندها القانوني فيما اعتبرته من قيام قرينة على المديونية "بعدم الرد في الإبان."

وحيث اعتبارا لما تقدم فإن ما نسب للقرار المطعون فيه من ضعف في التعليل متجه وتعين الأخذ به في مستواه ونقض الحكم من أجله.»

**5-11- نقل بحري**

**قرار تعقيبي تجاري عدد *41285*صدر بتاريخ *29* جوان *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجوى الغربي ولبنى الرقيق وبمحضر المدعى العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

«حيث أن الإشكال القانوني المطروح في قضية الحال يتعلق بتحديد مسؤولية الناقل البحري في إطار تنفيذ عقد النقل البحري الدولي للبضائع والقانون الواجب تطبيقه في صورة حصول نقص في البضاعة المنقولة بموجب وثيقة شحن وعندما يكون ميناء الوصول أو التفريغ موجود بالبلاد التونسية فهل يجوز الاحتكام إلى القانون الداخلي والدفع بالإعفاء من المسؤولية من قبل الناقل البحري بسبب نقص الطريق تطبيقا لأحكام الفصل 145 سادسا من مجلة التجارة البحرية ام يتجه استبعاد الأحكام المذكورة وازاحتها بعد دخول معاهدة الامم المتحدة للبضائع لسنة 1978 حيز التطبيق في البلاد التونسية سنة 1992؟

وحيث نظم المشرع التونسي مسؤولية الناقل البحري ضمن مجلة التجارة البحرية الصادرة بموجب القانون عدد 13 لسنة 1962 المؤرخ في 1962/4/24 ووضع اطارها صلب الفصول 144و145و146 منها إذ اقر الفصل 144 مبدا مسؤولية الناقل البحري عن الاضرار اللاحقة للبضاعة من تلف أو تعيب بداية من وضع يده عليها إلى حين تسليمها إلى اصحابها وهي بذلك مسؤولية موضوعية تقوم بمجرد ثبوت الضرر دون حاجة إلى البحث عن خطأ الناقل ولا يتسنى لهذا الاخير التفصي منها إلا اذا توفرت احدى صور الاعفاء التسعة المنصوص عليها صلب الفصل 145 من مجلة التجارة البحرية ومن بين صور الإعفاء التي كرسها الفصل المذكور ضمن الفقرة السادسة منه تلك المتعلقة بنقص الطريق أو عجز الطريق (ما يعبر عنه باللغة الفرنسية Freinte de route)كإحدى صور الإعفاء المتميزة إذ اقتضى الفصل 145 المذكور في هذا المضمار انه" على الناقل البحري ضمان جميع ما يلحق البضاعة من تلف أو تعيب أوإضرار لعدم بذله عناية معقولة إلاإذا اثبت أن التلف أو هذا التعيّب أو هذه الاضرار ناتجة عن :

سادسا النقص الحاصل أثناء السفر في حجم البضاعة أو في وزنها حسب طبيعتها وطول السفرة وتقلبات الجو وما يجيزه العرف."

وحيث من المتداول فقها ان نقص الطريق هو نقص في الحجم أو الوزن يلحق البضاعة اثناء نقلها بحرا أو ينشأ عن طبيعة أو عيب ذاتي بها ولا يسال الناقل البحري عنها ومصدر هذا النقص راجع إما للتبخر بالنسبة لبعض السوائل كالكحول أو المواد السائلة أوإلى التّجفّف بالنسبة للحبوب أو لتكوين مادة الجبس بالنسبة لنقل مادة الحامض الفسفوري أو الحامض الكبريتي.

وحيث يستخلص من ذلك انه في صورة معاينة المرسل إليه الماسك لوثيقة شحن لأي نقص بالبضاعة المنقولة يمكنه مطالبة الناقل البحري بالتعويض الكامل عن النقص المذكور وفي المقابل يجوز للناقل التمسك بان الكمية المسلمة له هي الكمية المشحونة من طرف المرسل وان هذا النقص هو من قبيل نقص الطريق غير انه عليه في هذه الحالة إثبات تحقق الشروط المنصوص عليها بالفقرة السادسة من الفصل 145 مـن م ت ب حتى يعفى جزئيا من المسؤولية.

وحيث ومواكبة لا هم المعاهدات الدولية وتطورات النقل البحري صادقت البلاد التونسية على معاهدة الأمم المتحدة للنقل البحري الدولي للبضائع المؤرخة في 31 مارس 1978 والمعروفة بتسمية قواعد هامبورغ بالقانون عدد 3 لسنة 1980 المؤرخ في 28 ماي1980 والتي تم نشرها بالرائد الرسمي

للجمهورية التونسية بمقتضى الأمر عدد 117 لسنة 1981 المؤرخ في 17 جانفي 1981 ودخلت حيز التنفيذ في غرة نوفمبر 1992.

وحيث مما لا جدال فيه أن المعاهدات الدولية المصادق عليها وفقا للفصل 20 من دستور 2014 تتميز بعلوية في الهرم التفاضلي للنصوص وعليه يجب ان تكون القوانين الداخلية منسجمة مع قواعد تلك المعاهدات.

وحيث حددت هذه المعاهدة في المادة 2 منها مجال انطباقها فانحصر هذا المجال أساسا في عقود النقل البحري بين موانئ موجودة في دولتين مختلفتين بشرط أن يكون ميناء الإقلاع أو ميناء الوصول موجودا في بلد متعاقد ودون اعتبار لجنسية السفينة أو الناقل أو الشاحن أو المرسل إليه أو أي شخص آخر من أصحاب الشأن.

وحيث أضحت الدولة التونسية بموجب مصادقتها على المعاهدة المذكورة دولة متعاقدة وملزمة بتطبيق أحكامها وقواعدها الآمرة التي تهم النظام العام كيفما اقتضته المادة 30 منها ولا يجوز لها تبعا لذلك مخالفتها كلما توفر عنصر من عناصر انطباقها.

وحيث نصت المادة 3 من المعاهدة المذكورة على انه: "يراعى في تفسير وتطبيق أحكام هذه الاتفاقية طابعها الدولي وضرورة الحرص على التزام نهج موحد."

وحيث يضمن الناقل البحري حسب بنود المادتين 4و5 من اتفاقية هامبورغ سلامة البضائع المعهود له بها من حين تلقيها إلى وقت تسليمها كما يعد ضامنا لصحة البيانات المضمنة بوثيقة الشحن بخصوص علامات البضائع وكميتها ووزنها المادة 17 ويعتبر بهذا المنظور مسؤولا عن كامل الضرر أو النقص الحاصل للبضاعة المنقولة ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا أقام الدليل على اتخاذه التدابير المعقولة اللازمة وقد أكد ملحق المعاهدة أن مسؤولية الناقل بموجب اتفاقية هامبورغ تقوم على مبدأ الخطأ أو الإهمال المفترض ويكون حينئذ عبء إثبات عدم اقترافه للخطأ إزاء الأطراف المتعاقدة محمولا عليه لدرء مسؤوليته عن هلاك البضاعة أو تلفها.

وحيث أوردت اتفاقية هامبورغ ضمن المادة 5 منها ثلاثة حالات حصرية في صورة حصولها يصبح الناقل البحري معها معفى من كل مسؤولية، وهي :

-الإعفاء من اجل الحريق.

-عن الحيوانات الحية.

- عن إنقاذ الأرواح

وتكون بذلك الاتفاقية المذكورة قد أزاحت بالمادة 5 منها حالة نقص الطريق التي نص عليها الفصل 145 سادسا من م ت ب من قائمة الإعفاءات من المسؤولية وأصبح نظامه القانوني يخضع إلى المادة 16 من الاتفاقية.

وحيث وإلى جانب ما ذكر فقد اقتضت المادة 16 من الاتفاقية أن سند الشحن يعد قرينة على تلقي الناقل البضائع المعهودة بها حسب الوصف المدرج بالسند ولا يقبل منه ما يخالف ذلك إذا انتقل سند الشحن إلى طرف ثالث، بما في ذلك المرسل إليه، الذي يكون قد تصرف بحسن نية اعتمادا على الوصف الوارد للبضائع في السند ويكون الناقل تبعا له مسؤولا عن كامل النقص الحاصل للبضاعة ولا يجوز له التمسك بالنقص الحاصل في الطريق إلاإذا أدرج تحفظاته أو احترازاته ضمن وثيقة الشحن على التفاصيل الواردة بها بخصوص طبيعة البضاعة من حيث الحالة العامة والكمية والوزن أو الإشارة إلى الأسباب التي حملته على الاشتباه أو عدم توفر الوسائل المعقولة للتحقق لديه وفي هذه الحالة يصبح الناقل غير مسؤولا عن الامر الذي تحفظ بشأنه أو أبدى احترازه عليه.

وحيث يؤخذ مما سبق بسطه أن نقص الطريق كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية لا يقوم لوحده بل يجب على الناقل تسجيل تحفظاته بشأنه وفقا للمادة 16 من اتفاقية هامبورغ وعله لم يبق للناقل الحق في التمسك بالإعفاء النسبي ازاء المرسل إليه إلا إذا سجل احترازه بخصوص النقص ولا يجوز للناقل درء مسؤولية نقص الطريق إلا إذا أدرج تحفظا عليه في وثيقة الشحن وبشرط ان يستجيب هذا التحفظ لشروط المادة 17 من الاتفاقية وهو ما يستنتج من ذلك من المادتين 16و17 من الاتفاقية.

وحيث يكون هكذا إثارة الإعفاء بموجب النقص مشترطا بالاحتراز المسبق وفقا للمادة 16 من الاتفاقية أما بخصوص تقديره ونسبته فانه يتجه الرجوع إلى الفصل 145 سادسا من م ت ويتحقق من ذلك أن نظام نقص الطريق في النقل الدولي منظم من جهة التمسك به بمقتضيات الاتفاقية التي نظمت المسالة بالفصل 16 منها اما بخصوص تقديره ونسبته فطالما أن الاتفاقية لم تحددها وباعتبارها لم تنظم سوى بعض المسائل فانه يتعين الرجوع إلى مجلة التجارة البحرية وأساسا الفصل 145 سادسا الذي اخضع تقدير النقص إلى العرف.

حيث لا جدال أن النزاع الحالي قد تعلق بعملية نقل بضاعة متمثلة في كمية من الحبوب من ميناء بفرنسا إلى ميناء حلق الوادي بتونس باعتباره ميناء التفريغ ويكون بالتالي خاضعا لاتفاقية هامبورغ للنقل البحري الدولي للبضائع عملا بمضمون المادة 2 منها.

وحيث ثبت أن الناقل البحري المعقب ضده حاليا قد امضى على وثيقة الشحن دون أن يقدم أية تحفظات في شأن البضاعة المنقولة أو احترازات في خصوص البيانات المتعلقة بها وخاصة في وزنها Clean on board وعيه فهو يبقى هو المسؤول عن كل نقص قد يحصل بالبضاعة المنقولة تطبيقا لمقتضيات المادتين 4و5 والمادة 16 من الاتفاقية المذكورة ولا مجال حينئذ لتطبيق مقتضيات الفصل 145سادسا من م ت ب وحيث وتفريعا على ذلك فان محكمة القرار المطعون فيه حين طبقت أحكام اتفاقية هامبورغ على عقد النقل البحري الدولي للبضائع وحملت الطاعن بوصفه الناقل البحري المسؤولية عن النقص تكون قد أحسنت تطبيق القانون وعللت قرارها تعليلا سليما بما يتعين معه رد المطعن .»

**6- مسؤولية مدنية وتأمين**

**6-1- حوادث مرور**

***6-1-1-* تجزئة المسؤولية**

**قرار عدد *46701* بتاريخ *2017/12/25* عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش وبديع بن عباس بحضور المدعي العام السيد الطاهر العبيدي.**

«حيث تنقد الطاعنة بواسطة نائبها القرار المخدوش فيه ناسبة له خرق القانون في توزيع مسؤولية حادث المرور طالبا النقض مع الإحالة.

وحيث إن الطعن في مسؤولية الحادث مردود على من أثاره أمام هذه المحكمة بوصفها محكمة قانون ضرورة أن المشرع قد حسم المسألة بنص قانوني بمجلة التأمين وهو الفصل 123 وأن رقابة محكمة التعقيب تنصب فقط على فهم الوقائع وتكييفها وتنزيل حكم القانون عليها. وقد اجتهدت محكمة القرار المطعون فيه في تحديد الحالة المنطبقة على صورة الحادث ورأت في إطار سلطتها التقديرية تجزئة المسؤولية على أساس أن كلا الوسيلتين تسيران في الاتجاه المعاكس الواحدة للأخرى وقد كان كلا السائقين غير ملازم ليمينه مما يجعل المسؤولية مشتركة وأسست قضاءها على ذلك النحو.

وحيث أن ضبط مسؤولية الحادث وفق أحكام الفصل 123 من مجلة التأمين يرجع أساسا إلى قضاة الأصل في إطار إعمالهم سلطتهم التقديرية ويكون قضاؤهم في طريقه طالما لم يأت ضمنه تحريفا للوقائع أو خرقا للقانون.

وحيث أوضحت محكمة القرار المطعون فيه ضمن مستنداتها الدوافع التي جعلتها تعتمد الحالة التي تنصّف المسؤولية وعلّلت قضاءها تعليلا سليما وعلى ماله أصل ثابت بملف القضية مما يجعل المطعن في غير طريقه واتجه رده.»

***6-1-2-* المرافق**

**6-1-2-1- مرافق لسائق الشاحنة**

**قرار تعقيبي مدني عدد *46886* بتاريخ *2017/12/25* صدر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش وبديع بن عباس بحضور المدعي العام السيد الطاهر العبيدي.**

«حيث تمسكت شركة التأمين المعقبة بخرق الفصول 122و 172و173 من مجلة التأمين لانعدام الصفة لديها بمقولة أنها ليست بشركة التأمين الملزمة بالتعويض لتحمل سائق الشاحنة غير المؤمنة كامل مسؤولية الحادث.

وحيث خلافا لما تمسكت به الطاعنة فقد نصت أحكام الفصل 122 من مجلة التأمين على ما يلي " يقع تعويض متضرري حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص ومخلفاتها دون إمكانية معارضتهم بخطأ من جانبهم باستثناء الحالة التي يتعمدون فيها إلحاق الضرر بأنفسهم أو الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره".

وحيث يستخلص من الفصل المذكور أن المشرع قد أرسى مبدأ التعويض للمتضررين من حوادث المرور دون إمكانية مجابهتهم بخطأ من جانبهم ما عدى صورتي تعمد إلحاق الأضرار بأنفسهم والخطأ الفاحش الذي لا يمكن تبريره.

وحيث لم يكن المتضرر إلا مرافقا لسائق الشاحنة المشاركة في الحادث وبالتالي فإن منزلته لا تتجاوز منزلة المترجل ولم يثب الخطأ الذي يمكن مجابهته به فضلا على أنه لم يثبت أي من الاستثناءين المنصوص عليهما بالفصل 122 من مجلة التامين مثلما سلف بيانه أعلاه في جانب المتضرر.»

**6-1-2-2- مرافق للدراجي**

**قرار تعقيبي مدني عدد *46790* بتاريخ *2017/12/25* صدر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش وبديع بن عباس بحضور المدعي العام السيد الطاهر العبيدي.**

«حيث تمسكت شركة التأمين المعقبة بخرق الفصول 149و151 و173 من مجلة التأمين لانعدام الصفة لديها بمقولة أنها ليست بشركة التأمين الملزمة بتقديم عرض التسوية الصلحية.

وحيث وخلافا لما تمسكت به الطاعنة فإن مقتضيات الفصلين 149و151 المذكورين لا تهم إلا المرحلة الصلحية السابقة للطور القضائي.

وحيث وبخصوص الاتفاقية الصادرة في 2006/12/25 المتمسك بها من الطاعنة فإنه ولئن تمت المصادقة عليها من طرف وزير المالية فإن نفاذها لا يتجاوز إطار العقد الملزم لأطرافه فقط أي مجمل شركات التأمين بالبلاد التونسية الموقعة عليه، وبالتالي فإنها عديمة الحجية تجاه المتضرر من حادث المرور عملا بمبدأ الأثر النسبي للعقود.

وحيث نص الفصل 240 من م ا ع لايلزم العقد إلا العاقدين ولاينجر منه للغير ضرر ولانفع إلا في الصور التي نص عليها القانون.

وحيث نصت أحكام الفصل 122 من مجلة التامين انه " يقع تعويض متضرري حوادث المرور عن الاضرار اللاحقة بالأشخاص ومخلفاتها دون امكانية معارضتهم بخطأ من جانبهم باستثناء الحالة التي يتعمدون فيها إلحاق الضرر بأنفسهم أو الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره".

وحيث يستخلص من الفصل المذكور أن المشرع قد أرسى مبدأ التعويض للمتضررين من حوادث المرور دون إمكانية مجابهتهم بخطأ من جانبهم ما عدى صورتي تعمد إلحاق الأضرار بأنفسهم والخطأ الفاحش الذي لا يمكن تبريره.

وحيث لم يكن المتضرر إلا مرافقا لسائق الدراجة المشاركة في الحادث وبالتالي فإن منزلته لا تتجاوز منزلة المترجل ولم يثب الخطأ الذي يمكن مجابته به فضلا على أنه لم يثبت أي من الاستثناءين المنصوص عليهما بالفصل 122 من مجلة التامين مثلما سلف بيانه أعلاه في جانب المتضرر.»

**6-1-2-3- المرافق مالك للعربة**

**قرار تعقيبي مدني عدد *49288*صدر بتاريخ *05* جويلية *2017* عن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدة آسيا العياري والسيدة أمال عباسي وبمحضر المدعي العام السيدة هاجر المحرزي ومساعدة كاتب الجلسة السيد الحبيب التلمودي.**

«حيث دفع المعقب بعدم استحقاق المعقب ضدها للضمان باعتباره المؤمن له الملزم بتغطية مسؤوليته المدنية تجاه الغير وانتفاء صفة الغير في جانبه.

وحيث أن الإشكال المطروح يتعلق بالصفة التي يتخذها مالك العربة أو مكتتب العقد إذا كان متضررا راكبا بالعربة التي على ملكه أو اكتتب عقد تأمينها وهل يتمتع بالتغطية من عدمه.

وحيث من المعلوم أن المشرع التونسي سعى من خلال قانون التأمين عدد 86 لسنة 2005 إلى تفادي سلبيات ونقائص نظام التعويض التي شابت القانون القديم عدد 21 لسنة 1960 والأمر التطبيقي له عدد 80 لسنة 1961 المؤرخ في 30 جانفي 1961 فقد ارتكز النظام القديم للتعويض على تبني مفهوم ضيق للمتضررين الذين لهم الحق في التعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء حادث المرور من خلال التعريف الذي ضبطه الأمر عدد 80 لسنة 1961 لمفهوم الغير ليستثني من مجال التعويض كل من لا تتوفر فيه صفة الغير ومن ضمنهم بالخصوص مالك العربة ومكتتب العقد الذي عرفه بكونه المؤمن (بالفتح) على خلاف قانون التأمين عدد 86 لسنة 2005 الذي تبنى مفهوما موسعا للمتضرر المستحق للتعويض إذ استغنى عن عبارة الغير التي ارتكز عليها قانون 1960 اقتناعا بضرورة توفير حماية أكبر وأنجع من خلال التوسيع في نطاق التغطية ليصبح التعويض شاملا لمجال موسع من المتضررين كما تبنى مفهوما حديثا للتأمين الوجوبي للسيارات إذ تحول من تأمين على المسؤولية المدنية إلى تأمين أضرار إذ أصبح عقد التأمين ووفق الفقرة الثالثة من الفصل 110 م ت يغطي الأضرار الناجمة عن الحوادث المرتكبة من قبل سارق العربة أو سائقها بدون إذن مالكها أو مكتتب العقد.

وحيث نص الفصل 540 م إ ع على أن ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحظور مدة وصورة"

وحيث لم يشر المشرع بالفصل 117 م ت لمالك العربة كأحد الأشخاص المحرومين من الضمان وجاءت القائمة به حصرية لتشمل سائق العربة وسارق العربة وأجراء وأتباع المؤمن وشركاءه ولا يجوز بالتالي التوسع فيها باعتبارها استثناء من مبدأ شمول الضمان.

وحيث أجاز الفصل 541 م إ ع التيسير وعدم الزيادة في التضييق متى أحوجت الضرورة لتأويل القانون وعليه وطالما أعلن المشرع عن مقصده واتجه مراده إلى توسيع دائرة المنتفعين بالضمان فكان التيسير في التأويل شرطا لازما وجاز بذلك التعويض لمالك العربة أو مكتتب عقد التأمين متى كان راكبا ومرافقا لسائقها.

وحيث جارت محكمة التعقيب هذا التوجه إذ جاء بقرار الدوائر المجتمعة عـ75748ـدد الصادر بتاريخ 2015/4/16 " وحيث أنّ الفقرة الثالثة من الفصل 117 المذكور لم تقص مالك العربة من التعويض فهو قد خص في ذلك الاضرار اللاحقة بسائق العربة دون سواه وأنه إذا خص القانون

صورة معينة نفي إطلاقه في جميع الصور الأخرى تطبيقا لأحكام الفصل 534 من م إ ع ويفهم من هذا الفصل أن المشرع قد كرس شمولية التعويض لكل من تضرر من حادث المرور وذلك وفق قواعد المسؤولية الموضوعية للمتضرر غير السائق فمكنه من التعويض الآلي المنصوص عليه بالفصل 122 من القانون من حيث المبدأ مع مراعاة الاستثنائين الواردين بنفس الفصل.

وحيث وبناء ا على ما سبق بسطه فإن محكمة القرار المطعون فيه لما أقرت حق مالكة السيارة المرافقة للسائق في التعويض قد أحسنت تطبيق القانون وانسجمت مع المقتضيات الحديثة التي جاء بها تنقيح قانون التأمين وحاز بذلك حكمها على جملة مقوماتها القانونية التي لم ينل منها الطعن المثار من المعقبة وتعيين لذلك رده.»

***6-1-3-* استقلالية الضررين المعنوي والجمالي**

**قرار عدد *42690* بتاريخ *2017/11/14* عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة رجاء الشواشي وعضوية المستشارتين السيدتين ماجدة الرياحي وسامية القطاري وبمحضر المدعي العمومي السيد لطفي الواقع.**

« حيث غني عن البيان أن الضرر المعنوي القابل للتعويض على معنى القانون عدد 86 لسنة 2005 يتمثل في الالام والاوجاع التي يحس المتضرر بها جراء الاصابات اللاحقة به ومخلفاتها وكذلك ما يتركه الحادث في نفسه من خوف ورعب وهلع في حين ان الضرر الجمالي يتمثل في ما يخلفه الحادث من تشويه بجسد المتضرر يكون ظاهرا وبارزا للعيان يمس بالمظهر العام للجسد وينال من رونقه وتناسقه مقارنة مع الحالة التي كان عليها قبل الحادث يؤثر على الحالة النفسية للمتضرر وينغص عليه لذة الحياة ومباهجها ويولد لديه شعورا بالنقص والازدراء قد يدفعه بحسب فداحة الضرر إلى الانكماش والانطواء فضلا عما يسببه من تقليص من فرص الزواج والعمل.

وحيث يخلص مما سبق أن المشرع أقر بقابلية الضرر المعنوي للتعويض كما أضاف له ضررا آخر وهو الضرر الجمالي وان عبارات الفصل 136 السالف تضمين أحكامه (وكذلك الفصلين 126 و132 من نفس المجلة الواردة بها نفس العبارة ) واضحة وصريحة في هذا الخصوص ولا ضرورة تحوج لتأويلها عملا بالفصلين 532 و542 من مجلة الالتزامات والعقود ضرورة وان المشرع إن كان يقصد أن الضرر الجمالي لا ينفصل ولا يختلف عن الضرر المعنوي ولا يعوض عنه بصفة مستقلة لأورد ذلك بصفة صريحة بان يتضمن القانون عدد 86 لسنة 2005 بوجه صريح أن الضرر الجمالي جزء لا يتجزأ من الضرر المعنوي وعنصرا من عناصره.

وحيث أن استعمال عبارتي المعنوي والجمالي بوصفهما لغة نعتين معطوفتين بالفصول 126 و132 و136 من مجلة التامين مرده تفادي تكرار المنعوت وهو الضرر من الناحية البلاغية ومرده من الناحية التشريعية أن المشرع وضع للضررين نفس معايير التقدير وأخضعهما لنفس الجدول من حيث الدرجات المعتمدة لتقدير التعويض ليس إلا.

وحيث أن التمشي السالف بسطه والقائم على استقلال واختلاف الضرر المعنوي عن الجمالي يجد له ما يدعمه في عديد الوضعيات فالإصابات قد تخلف للمتضرر آلاما وأوجاعا شديدة ولا تخلف تشويها بالجسد وفي مقابل ذلك قد يحدث أن تخلف الإصابة على بساطتها من حيث الآلام والأوجاع (أي الضرر المعنوي) ضررا جماليا فادحا أحيانا لا يمكن تداركه من قبيل بتر جزء من الإذن أو الأنف مثلا.

وحيث أن اختلاف واستقلال الضرر المعنوي والجمالي يتمظهر بشكل أوضح في صور عدة من قبيل أن تكون متضررتين راكبتين بنفس السيارة مثلا وتتعرض الأولى إلى كسور ورضوض في عدة أماكن ببدنها يسندها الحكيم الفاحص الدرجة القصوى الواردة بالجدول المدرج الفصل 136 من مجلة التامين وهي درجة هام جدا بالنظر إلى شدة الآلام والأوجاع التي لحقته جراء الإصابات التي تعرضت لها وما تبعها من تدخلات جراحية مثلا وتتعرض الثانية إلى نفس الأضرار والكسور إلا انها تصاب إضافة إلى ذلك بجرح في مستوى وجهها استوجب الرتق ونتج عنه تشويه بوجهها فتمنح نفس التعويض الذي تحصلت عليه الأولى بالرغم من أنها منيت بضرر إضافي وذي تأثير بالغ على مظهرها ورونقها وتناسق ملامح وجهها وعلى نفسيتها وما يولده داخلها من شعور بالنقص والازدراء وهو أمر غير مقبول ولا معقول ويتجافى والمنطق السليم وقواعد العدل والإنصاف .

وحيث وتنزيلا لما سبق على قضية الحال فقد ثبت رجوعا إلى تقرير الاختبار الطبي أن الحادث خلف للمقام في حقها عرجا عند المشي وندبة طولها 40 صم وأخرى طولها 12 صم وثالثة طولها 8 صم بساقها اليمنى إضافة إلى ندبات أخرى بالفخذ الأيمن استوجبتها عمليات الرتق وهي في عداد الضرر الجمالي الذي أثّر على مظهرها الخارجي وتناسق جسدها ورونقه والمستقل عما شعرت به من آلام وأوجاع.

وحيث أن محكمة القرار المنتقد لما عوضت المقام في حقها عن ضررها الجمالي الثابت إضافة إلى تعويضها عن ضررها المعنوي أحسنت تطبيق الفصل 136 من مجلة التامين بما يتماشى وصريح عباراته ومراد واضعه والفهم الصحيح له وجاء حكمها سليم المبنى قانونا ومعللا تعليلا مستساغا بدون تحريف فأحرز على جميع مقوماته وتعين رفض الطعن أصلا.»

***6-1-4-* الضرر المهني وعدم اشتراط العمل**

**قرار تعقيبي مدني عدد *37076* صدر بتاريخ *2017/02/22* عن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدتين آسيا العياري ومفيدة الطلحاوي وبحضور ممثل الادعاء العام السيد جمال الرويسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة آمال بن نصر.**

«حيث خلافا لما دفع به نائب المعقبة فان العبرة في تحديد الضرر المهني ليس في الاشتغال الفعلي للمتضرر و إنما فيها نقص من قدرته على ممارسة نشاطا مهنيا و هو ما أشار إليه الفصل 127 من م ت في فقرته الأخيرة من اعتماد الأجر الأدنى السنوي المضمون لنظام أربعين ساعة عمل في الأسبوع عند عدم إدلاء المتضرر بالتصريح الجبائي أو التصريح المقدم لصندوق الضمان الاجتماعي لإثبات دخله و كذلك ما أشار إليه الفصل 134 من نفس المجلة من أنه تم التنصيص على وجود الضرر المهني و درجة تأثيره على النشاط المهني للمتضرر ضمن التقرير الذي يحرره الطبيب الخبير ولم يشترط التنصيص على وجود الضرر المهني فعليا لإثبات استغلال المتضرر لنشاط معين ويستخلص من جميع ما ورد أن التعويض عن الضرر المهني هو ضرر مستقل يقوم لذاته و لا يشترط التعويض عنه ممارسة مهنته بصفة فعلية و إنما يعتمد عنصر تأثير الضرر على النشاط المهني في المطلق مما يتعين معه رد المطعن لعدم وجاهته.»

**قرار تعقيبي مدني عدد *35121* صدر بتاريخ *17* جانفي *2017* عن الدائرة الثامنة والعشرين برئاسة السيدة خديجة فرحاتي وعضوية المستشارين السيد أحمد الغالي والسيدة فاتن خير الله بمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.**

«حيث عابت الطاعنة على محكمة القرار المطعون فيه مخالفتها للقانون بقضائها بالتعويض لفائدة المعقب ضدّها عن الضرر المهني والحال أنه لم يثبت ممارستها لنشاط مهني وإدلائها بالتصريح عن دخلها من المصالح الجبائية المختصة وإهمالها الرد على دفوعات الطاعنة المقدمة في هذا الخصوص مما أورث قضاءها ضعفا في التعليل.

وحيث يؤخذ من أوراق الملف أن محكمة القرار المنتقد قد أقرّت الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويض للمعقب ضدّها عن الضرر المهني وردت الدفع المقدم من الطاعنة بعدم ثبوت ممارسة المتضررة لنشاط مهني بأن الفصل 134 م ت لم يشترط صراحة أن يكون المعنى بالأمر يزاول عملا بتاريخ الحادث لاستحقاقه التعويض عن الضرر المهني ذلك أن هذا الضرر هو ضرر مستقبلي محقّق الوقوع ويكفي أن يؤثر هذا الضرر على قدرة العمل مستقبلا للقول بأحقية المتضرر في طلب التعويض

عنه وهو تعليل قانوني مطابق لمقتضيات الفصل 127 م ت الذي بيّن المقاييس الواجب اعتمادها لضبط دخل المتضرّر دون أن يشترط خسارة فعلية في الدخل أو ممارسة المتضرر لنشاط مهني ذلك أن الضرر الموجب للتعويض هو الذي يمس من القدرات المهنية للمتضررة بقطع النظر عن ممارستها أم لا لنشاط مهني فكان قضاء محكمة القرار المطعون فيه مطابقا لمقتضيات الفصول 127 و130 و134 م ت معللا تعليلا قانونيا مستساغا مؤديا إلى النتيجة المنتهى إليها»

***6-1-5-* التعويض عن الأضرار المادية للعربة**

**قرار تعقيبي مدني عدد *54581*صدر بتاريخ *12* ديسمبر *2017* عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين فاتن خير الله وراضية المنتصر وبحضور المدعي العام السيد محمد الحاج عمر وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.**

«حيث اقتضى الفصل 121 من م ت في فقرته الأخيرة انه "...لا تنطبق أحكام هذا الباب على الأضرار المادية التي تلحق العربة البرية ذات محرك وتعوض تلك الأضرار حسب نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق سواء كانت العربة على ملكه أو على ملك غيره ".

وحيث يؤخذ من أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 121 سالف الذكر أنّ المشرّع التونسي تبنى أساسا خاصا بالنسبة للتعويض عن الأضرار المادية التي تلحق العربات ذات محرّك وذلك باعتماد ثنائية الخطأ والمسؤولية خلافا للأساس الذي تبناه في خصوص التعويض عن الأضرار البدنية اللاحقة بالأشخاص جراء حوادث المرور باعتماد مبدأ التعويض الآلي وهو ما يجعل نظام الأضرار المادية اللاحقة بالسيارة خاضعا للقواعد العامة للمسؤولية وطالما أنّ الفصل 121 يعتبر أنّ الأضرار المادية اللاحقة بالعربات ذات محرّك تعوّض حسب نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق سواء كانت العربة على ملكه أو على ملك غيره يكون قد أحال إلى الفصل 83 من مجلة الالتزامات والعقود.

وحيث طالما أقصت الفقرة الخامسة من الفصل 121 م ت التعويض عن الأضرار المادية التي تلحق العربة من مجال تطبيق الباب الخامس من مجلة التأمين وقرر المشرع فقط ضرورة اعتبار نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق بالنسبة لتلك الأضرار يكون قد وحد بذلك أساس المسؤولية وهي مسؤولية شخصية يتحملها كل سائق شارك في حصول الحادث وفي نفس الوقت فرق بين نظامي التعويض ففي حين حدد كيفية التعويض عن الأضرار التي تلحق الأشخاص بالفصل 123 م ت وفقا لمقاييس ضبطها بجدول تحديد المسؤوليات أبقى تحديدها بالنسبة للتعويض عن الأضرار المادية التي تلحق العربة للقاضي المدني المتعهد بالنظر.»

**6-1-6- التعويض عن سرقة سيارة موضوع عقد إيجار مالي**

**قرار تعقيبي مدني عدد *34452* صدر بتاريخ *04* جانفي*2017* عن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدة آسيا العياري والسيدة مفيدة الطلحاوي بمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي ومساعدة كاتب الجلسة السيد الحبيب التلمودي.**

«حيث عرف الفصل الأول من مجلة التأمين عقد التأمين بكونه "الإتفاق الذي تلتزم بمقتضاه مؤسسة تأمين أو المؤمن بتقديم خدمة مالية لشخص يدعى المؤمن له في حالة تحقق الخطر أو حلول الأجل المبين بالعقد وذلك مقابل أجرة تسمى قسط التأمين أو معلوم الاشتراك"

وحيث اقتضى الفصل الثالث من مجلة التأمين أنه " يعقد التأمين إما لصالح مكتتب العقد وإما لصالح شخص معين وإما لصالح من سيؤول الشيء المؤمن عليه وذلك بموجب توكيل أو بدونه ويتضمن العقد".....

وحيث نص الفصل الرابع من مجلة التأمين على أن "يكون موضوع عقد التأمين مصلحة مشروعة ويمكن تأمين كل مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في عدم تحقق خطر ما عدا ماستثني منها صراحة وبصفة محددة..."

وحيث نص الفصل 10 فقرة أولى من مجلة التأمين " على المؤمن عند حصول الخطر أو عند حلول أجل العقد أن يدفع في الأجل المتفق عليه التعويض أو المبلغ المحدد بالعقد ولا يمكن مطالبته بما يزيد عن المبلغ المؤمن عليه."

وحيث يستروح من جملة الفصول المتقدمة نصا ومنطوقا أن عقد التأمين هو وسيلة لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها الإنسان في كيانه وأمواله ويستوجب التزام المؤمن بتغطية الخطر عند وقوعه مقابل قسط معين يلتزم المؤمن له بدفعه وهذا الأخير يمكن أن يكون هو المستفيد من التأمين ويقبض التعويض عند تحقق الخطر أو يكون اكتتابه للعقد لفائدة الغير.

وحيث لا شيء في قانون التأمين يستوجب أن يكون المؤمن له مالكا للشيء المؤمن عليه فيكفي أن تكون له مصلحة شرعية في التأمين وأن يكون هو المستفيد من عقد التأمين حتى يستحق التعويض وعليه وطالما تم اكتتاب عقد التأمين من قبل المعقبة ولفائدتها فإنها تكون مستحقة للتعويض عن سرقة السيارة بغض النظر عن ملكيتها لها من عدمه.

وحيث وعلاوة عما تقدم فإن عقد الإيجار المالي المبرم بين المعقبة والبنك التونسي القطري تضمن في فصله الخامس تنصيصا على أن المعقبة تلتزم باكتتاب عقد تأمين ولم تتم الإشارة إلى أن

يكون الاكتتاب لصالح المؤجر فضلا على أن ملكية السيارة موضوع عقد الإيجار المالي تنتقل للمعقبة عند اتمام خلاص الأقساط وعليه فإن مسألة ملكية السيارة من عدمها لا تهم إلا طرفي العقد وحق المؤجر مكفول بما تضمنه العقد وشركة التأمين المعقب ضدها ملزمة فحسب بتعويض المعقبة بوصفها مكتتبة لعقد التأمين ومستفيدة منه

وحيث أن الصفة في القيام لا تتوفر إلا إذا جاز للقائم المخاصمة فيما يطالب به وأن يسعى من خلال قيامه إلى حماية حق أومصلحة مشروعة.

وحيث أن اكتتاب المعقبة لعقد التأمين ولفائدتها يجعل مطالبتها بالتعويض صادرة عن صاحبة حق ولغاية حماية مصلحة مشروعة وبالتالي فالصفة في القيام متوفرة في جانبها وشرط صحة الدعوى قائم ومطابق للفصل 19 م.م.م.ت.

***6-1-7-* التأمين الاختياري والتأمين الالزامي**

**قرار تعقيبي مدني عدد *34360*صدر بتاريخ *28* فيفري *2017* عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين برئاسة السيدة شادية الحاج ابراهيم وعضوية المستشارتين السيدتين مريم البكوش وسهام الشاهد وبحضور المدعي العام السيدة هاجر المحرزي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة حنيفة سعيدي.**

«حيث يقتضي الأمر ابتداء إرجاع الأمر إلى أصله الصحيح على نحو مؤداه أن المشرع أرسى بالقانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/08/15 (وقبله القانون عدد 21 المؤرخ في 30 نوفمبر 1960 و كذلك الأمر التطبيقي عدد 80 المؤرخ في 30 جانفي 1961) التأمين الإلزامي و هو الذي تنبني عليه رابطة قانونية و تعاقدية بين مكتتب عقد التامين و شركة التامين تضمن بمقتضاها شركة التامين الأضرار التي تلحق بالمؤمن جراء رجوع الغير المتضرر عليه بالمسؤولية و من هنا جاءت قاعدة الفصل 117 م ت ومفادها أن التامين الوجوبي لا يشمل التعويض عن الأضرار اللاحقة بسائق العربة من منطلق أن التامين أو الضمان انما يغطي مسؤوليته وليس ضربا من التامين على الاشخاص ومن ذلك ايضا جاءت قاعدة الفصـــل 123 م ت والتي تحرم سائق العربة من التعويض بحسب نسبته من المسؤولية.

وحيث أن إرساء المشرع للتامين الالزامي لا يحول دون اللجوء إلى ابرام عقود تأمين تتجاوز حدود تأمين المسؤولية وقد ثبت من عقد التامين سند التداعي الراهن انه شمل تغطية جملة من الأخطار ولا سيما الأضرار اللاحقة بالسائق بسقف تعويض قدره 15الف دينار

وحيث أن التامين الاختياري - بمعنى ما تجاوز تامين المسؤولية المفروض قانونا - يكون بالضرورة خارج أحكام القانون عدد 86 لسنة 2005 المنظم للتامين الالزامي للمسؤولية.

وحيث أن محكمة القرار المنتقد إذ طبقت على علاقة طرفي التداعي مقتضيات القانون عدد 86 المذكور ولا سيما الفصل 123 م ت تكون قد نحت منحى مخالف لما ورد بالقانون وبالعقد شريعة الطرفين ورتبت على الثابت من الوقائع غير حكم صحيح القانون وهو ما يكون معه المطعن المؤسس على خرق قرارها للقانون مبررا وتعين لذلك قبوله.»

**6-1-8- الخيار في اتباع إجراءات التسوية الصلحية**

**قرار تعقيبي مدني عدد *42625* صدر بتاريخ *2017 /10/11*عن الدائرة *37* برئاسة السيدة كوثر السعدي وعضوية المستشارين السيدين علي الهمامي وآمال المالكي وبحضور المدعية العامة السيدة بسمة العيدودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة ليلى الرياحي.**

«حيث أنه من المسلم به وإعمالا لقواعد التأويل المقررة فقها وقانونا أن نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون عملا بأحكام الفصل 532من م .إ.ع.

وحيث لا جدال في كون الفصول 148 و149 و151 من مجلة التأمين قد وردت ضمن القسم الثالث المتعلق بإجراءات التسوية الصلحية وعليه لا يمكن إن تقرأ تلك الفصول إلا في علاقة مع مرحلة التسوية الصلحية كما لا يمكن إن يقرأ الفصل 151م ت بمعزل عن الفصلين 148 و149من م ت وبمعزل عن إجراءات التسوية الصلحية.

وحيث أن المرور بمرحلة التسوية الصلحية وطرق باب الصلح قبل باب التقاضي فيما يتعلق بطلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث المرور هو أمر اختياري ولا إلزاميه فيه بدليل أن الفصل 148 المذكور قد اقتضى أنه "يمكن للمتضرر أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة وفي أجل اقصاء شهر من تاريخ تسلمه لمحضر البحث إن يطلب التسوية الصلحية..." ، فمصطلح "يمكن" تنتفي معه الإلزامية ويعطي حق الخيار.

وحيث اقتضت أحكام الفصل 149م.م.م.ت. أنه في حالة تعدد المؤمنين للعربات أو المجرورات المشاركة في الحادث وعند تقديم المتضرر أو لمن يؤول إليهم الحق عند الوفاة بطلب في التسوية الصلحية يقع تقديم عرض التسوية الصلحية من قبل أحد المؤمنين باستثناء الدولة وصندوق ضمان ضحايا حوادث المرور وفقا لإتفاقية التعويض لحساب الغير.

وحيث أن ما جاء بالفصل 151م ت من كون المتضرر أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة لا يجوز له القيام بدعوى قضائية إلا ضد المؤمن الملزم بتقديم عرض التسوية الصلحية وفقا لأحكام

اتفاقية التعويض لحساب الغير وبما انطوى عليه من إلزامية لا تشمل كافة المتضررين وإنما هو مقصور على المتضرر الذي انتهج طريق الصلح واختار المرور بالمرحلة الصلحية فهذا الأخير يكون ملزما بمقاضاة المؤمن الملزم بتقديم عرض التسوية الصلحية وليس له أن يختار غيره من المؤمنين في حالة تعدد العربات المشاركة في الحادث أما المتضرر الذي اختار التقاضي مباشرة فيبقى حرا في مقاضاه أي من المؤمنين الذي يرى أنه يغطى مسؤولية الحادث ضرورة أنه غير معنى بمقتضيات الفصل 151 الذي مناطه التسوية الصلحية.

وحيث اعتبرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة أن الفصول 148 و 149 و 151م ت نطاقها إجراءات التسوية الصلحية بدليل ورودها بالقسم الثالث المتعلق بإجراءات التسوية الصلحية كما أن الفصل 148م ت قد منح الخيار للمتضرر في إتباع إجراءات التسوية الصلحية وانتهت إلى أن المتضرر لا يكون ملزما بالقيام على المؤمن الملزم بتقديم عرض التسوية الصلحية إلا إذا اختار إجراءات التقاضي فإن قيامه لا يكون مقيدا ضد شركة التأمين الملزمة بتقديم عرض التسوية الصلحية ويبقي له حق التقاضي ضد أي من يؤمن الوسائل المشاركة في الحادث سواء بمفردها أو مجتمعة (قرار عـ69897ـدد صادر بتاريخ 2013/11/28 والقرار عـ70055ـدد المؤرخ في 2013/11/28).

وحيث أنه استنادا إلى ما سبق بسطه فإن المعقب في قضية الحال الذي كان زمن الحادث مرافقا لسائق الدراجة النارية وبتوجيهه دعواه ضد المعقبة التي تؤمن سائق العربة المشاركة في الحادث لتحمله مسؤولية الحادث كان قيامه صحيحا طالما لم يثبت أنه مرّ بطور التسوية الصلحية واختار التقاضي مباشرة وتبعا لذلك تكون محكمة القرار المطعون فيه لما قضت برفض المطلب تمسك بأحكام الفصل 151م ت وعدم إقرار حق المتضرر في الخيار في رفع دعواه على مؤمن إحدى الوسيلتين المشاركتين في الحادث تكون قد خرقت القانون وأساءت قراءة الفصل 151 المذكور وأورثت بالتالي حكمها الوهن.»

**6-2- مسؤولية الصيرفي في مراقبة إمضاء الحريف**

**قرار تعقيبي مدني عدد *50846* صدر بتاريخ *2017/10/11* عن الدائرة المدنية الثالثة برئاسة السيد شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدتين بسمة العبساوي ومفيدة الطلحاوي بحضور المدعي العمومي السيد هاجر المحرزي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد محمد الحبيب التلمودي.**

«حيث تبين بالرجوع إلى الاختبار المعتمد من طرف محكمة القرار المنتقد أن الخبير المنتدب عاين وجود تشابه في الشكل العام بين الإمضاء المضمن بأمر التحويل وإمضاء مورث المعقب ضدهم المودع لدى البنك إلا أنه لاحظ وجود اختلاف في الخاصيات الذاتية والمميزات الخطية للإمضائين.

وحيث ولئن كان من واجب البنك التثبت في صحة امضاء الحريف (سواء كان الإمضاء بصفة مباشرة أو عبر الفاكس) إلا أن تلك المراقبة لا تتعدى ظاهر الشكل العام للإمضاء باعتبارها معاينة تتم بالعين المجردة من طرف الصيرفي الذي ولئن كان حرفيا إلا أنه ليس مختصا في قراءة الخطوط والامضاءات حتى يمكنه تبيان الاختلاف في الخاصيات والمميزات الخطية للإمضاءات والتي لا يمكن التوصل اليها إلا بواسطة أهل الخبرة وباستعمال الطرق الفنية والتقنية اللازمة لذلك.

وحيث طالما أن واجب الصيرفي لا يتعدى مراقبة صحة إمضاء الحريف مراقبة ظاهرية من حيث الشكل العام للإمضاء ولا يمكن أن يطالب بأكثر من ذلك لما تتطلبه المعاملات الصيرفية من سرعة ولا يقوم في جانبه خطا عندما يتولى تنفيذ أمر بالتحويل يبدو الإمضاء المضمن به ظاهريا صحيحا وعليه لا يمكن مؤاخذة البنك الذي لم تتبين له عملية تدليس إمضاء الأمر بالتحويل لما كان هذا الإمضاء مقلدا بصفة لا تدعو للشك.

وحيث إن محكمة القرار المنتقد لما قضت بتحميل البنك المسؤولية دون أن تعتبر ما حققه الاختبار من وجود تشابه في الشكل العام بين الامضائين ودون الأخذ بعين الاعتبار أنه لم يكن بإمكان الصيرفي التفطن إلى وجود تدليس في إمضاء الأمر بالتحويل إلا بعد إجراء اختبار في الخطوط الامر غير المفروض على البنك القيام به مما يجعل قضاءها في غير طريقه ومشوبا بضعف التعليل وهو ما يعرضه للنقض.»

**6-3- أركان المسؤولية التقصيرية**

**قرار تعقيبي مدني عدد *45242* صدر بتاريخ *13* نوفمبر *2017*عن الدائرة المدنية *23* برئاسة السيد أحمد الرحموني وعضوية المستشارين السيدة سامية العابد والسيد محمد الورهاني وبحضور المدعي العام السيدة سميرة القرماني وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.**

«حيث تمسك الطاعن بثبوت مسؤولية المعقب ضدها الأولى عن الاضرار المادية اللاحقة بعقاره وبان الحكم المنتقد قد استبعد نتيجة الاختبار دون تعليل مقنع ولم يجب على مستندات استئنافه بما يجعله حريا بالنقض لهضم حقوق الدفاع وضعف التعليل.

وحيث لا جدال أن طلب التعويض عن الاضرار المشتكى منها بناء على المسؤولية التقصيرية يستوجب توفر أركانها الثلاث مجتمعة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

وحيث وبالرجوع إلى تقرير الاختبار المنجز بالطور الابتدائي يتضح أن بعض الغرسات قد لحق بها ضرر نتيجة الغبار المتأتي من عمليات التفجير التي تقوم بها الشركة المطعون ضدها لاستخراج

الفسفاط والتي لها تأثير سلبي على نموها. أما بطء نمو بعض الغرسات الأخرى من الأشجار المثمرة كالخوخ والتفاح واللوز والاجاص فيعود إلى نوعية التربة الطينية التي لا تتماشى مع هذه الغرسات، بالإضافة إلى عدم قيام الطاعن بالعناية الكافية بأشجاره من حيث السقي والتقليم والغبار وتحضير الأرض والمداواة.

وحيث لا خلاف أنه لابد من التحقق من وقوع الخطأ باعتباره اول أركان قيام المسؤولية قبل الخوض في العلاقة السببية بينه وبين الضرر.

وحيث أنه من المقرر أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها قضاء محكمة الموضوع لرقابة هذه المحكمة.

وحيث جاء بالفصل 83 من م ا ع أن الخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر. ويعرف الفقه الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية بأنه الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير .

وحيث أن قول المحكمة بأن الأضرار اللاحقة بعقار الطاعن بفعل نشاط المطعون ضدها لم تكن قصدية قول في غير طريقه ذلك أن المشرع لا يميز في نطاق المسؤولية التقصيرية بين الخطأ العمدي وغير العمدي ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير فكل منها يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه وأنه يكفي لقيام المسؤولية مجرد إهمال ما توجبه الحيطة والحذر.

وحيث ولئن أكد الاختبار وقوع الضرر بالنسبة لبعض مغروسات الطاعن بسبب الأشغال التي تقوم بها الشركة المطعون ضدها إلا أنه لم يبين إن كانت الأخيرة قد قامت بخطأ ما وأنها انحرفت عن السلوك العادي المألوف عند ممارسة نشاطها وما يستوجب من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير.

وحيث بين الخبير المنتدب من قبل محكمة البداية الأضرار الناتجة عن نشاط المطعون ضدها إلا أنه لم يتعرض لمدى ارتكاب المذكورة لخطأ ما عند ممارستها لنشاطها العادي سواء كان ذلك بفعل ما يجب تركه أو بترك ما يجب فعله على معنى أحكام الفصل 83 المشار إليه وكان على المحكمة قبل البت في الأصل تكليف الخبير المنتدب بإعداد تقرير تكميلي للتحقق من مدى توفر ركن الخطأ لقيام مسؤولية المطعون ضدها .

وحيث ومن جهة أخرى فان تحديد السبب الرئيسي والمنتج في احداث الضرر لقيام الركن الثالث للمسؤولية المتمثل في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر يعتبر من المسائل الجوهرية التي على المحكمة البت فيها كلما تعددت الأسباب المساهمة في إحداث الأضرار.

وحيث أنه لا يكفي لنفي علاقة السببية بين الضرر والخطأ ان ثبت وقوعه وجود أسباب أخرى ساهمت في إحداث الأضرار المشتكى منها بل على المحكمة البحث عن السبب الرئيسي المنتج للضرر دون السبب العارض الذي ليس من شأنه بطبيعته احداث مثل هذا الضرر مهما كان قد ساهم مصادفة في إحداثه بأن كان مقترنا بالسبب المنتج .

وحيث طالما لم تبحث المحكمة في مدى توفر ركن الخطأ ولم تحدد السبب المنتج للضرر واعتبرت أن انعدام الركن القصدي ومساهمة عوامل أخرى خارجة عن نشاط الشركة تكفي لعدم قيام المسؤولية التقصيرية في جانب الشركة المذكورة، فان قضاءها يكون قد بني على غير سند صحيح من الواقع والقانون بما يتجه معه النقض.»

**6-4- سقوط الحق في الضمان من جراء عدم الإعلام بالحادث**

**قرار تعقيبي مدني عدد *45247* صدر بتاريخ *13* نوفمبر*2017*عن الدائرة المدنية *23* برئاسة السيد أحمد الرحموني وعضوية المستشارين السيدة سامية العابد والسيدة ثريا بن منا وبحضور المدعي العام السيدة سميرة القرماني وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.**

«حيث جاء بالفصل 7 من القسم الأول من الباب الأول من مجلة التامين تحت عنوان التزامات المؤمن له والمؤمن ما يلي: على المؤمن له 1...2...3...4 أن يقوم بإعلام المؤمن بكل حادث من شأنه أن ينجر عنه ضمانه حال علمه به وفي كل الحالات في أجل لا يتجاوز خمسة أيام عمل من تاريخ علمه بالحادث ويخفض هذا الاجل إلى يومين في حالة السرقة...ويمكن التمديد في الآجال المنصوص عليها بالفقرتين 3 و4 من هذا الفصل باتفاق الطرفين المتعاقدين.

وحيث جاء بالفقرة قبل الأخيرة من الفصل 7 المذكور ما يلي:

وإذا نص أحد بنود العقد على سقوط الحق بسبب الاعلام المتأخر عن الآجال المنصوص عليها بالفقرة 4 من هذا الفصل فلا يمكن معارضة المؤمن له بالسقوط إذا أثبت أنه استحال عليه التصريح في الاجل المحدد نتيجة لحالة طارئة أو قوة قاهرة.

وحيث يتضح بقراءة عكسية لأحكام هذه الفقرة من الفصل المذكور أنه لا يمكن معارضة المؤمن له بالسقوط إذا لم تنص بنود العقد على سقوط الحق بسبب عدم الإعلام بالحادث في الآجال القانونية أو التعاقدية. أما إذا تم التنصيص على ذلك الجزاء فان المؤمن له يعارض بالسقوط طالما لم يثبت حصول حالة طارئة أو قوة قاهرة حالت دون الإعلام بالحادث في الآجال.

وحيث اقتضت الفقرة السادسة من الفرع الرابع للشروط الخاصة لعقد التامين أنه في صورة وقوع حادث مشمول بالضمان، فان آجال الاعلام بالحوادث تكون خمس عشر يوم عمل فعلي من تاريخ العلم بالحادث.

وحيث لم تنص الشروط الخاصة لعقد التأمين على سقوط الحق في الضمان كجزاء لعدم الإعلام بالحادث في الآجال التعاقدية ولا يوجد نص قانوني بمجلة التأمين يرتب جزاء خاصا على إخلال المؤمن له بواجب الأخطار عن وقوع الحادث ولا يمكن تبعا لذلك معارضة المؤمن له بسقوط حقه في الضمان الذي لا يكون إلا باتفاق أو نص قانوني ومن ثم تطبق القواعد العامة فيجوز طلب خفض قيمة التعويض بمقدار ما أصاب المؤمن من ضرر ثابت نتيجة التأخير في الإعلام، ويسقط الحق في التعويض اذا أثبت المؤمن أن عدم الأخطار كان عن عمد بقصد منعه من الوقوف على أسباب تحقق الخطر في الوقت المناسب.

وحيث ومن جهة أخرى فان سقوط الضمان ان تحققت شروطه فانه يحتج به على المؤمن له ولكن لا يعارض به المتضرر وهو المدعي في الأصل في قضية الحال. ذلك أن هذا الأخير قد ثبت له حق مباشر في ذمة المؤمن منذ وقوع الحادث، فلا يتأثر هذا الحق بما يستجد بعد ذلك ويسبب سقوط حق المؤمن له. ويكون المؤمن ملزما بأداء مبلغ التأمين للمتضرر ولا يسعه إلا أن يرجع بدوره على المؤمن له.»

**6-5- الخطأ الفادح والخطأ غير المغتفر**

**قرار تعقيبي مدني عدد *45291* صدر بتاريخ *2017/11/24* عن الدائرة المدنية العاشرة برئاسة السيدة سلوى النهدي وعضوية المستشارتين السيدتين حياة الخماسي وعبلة بن شعبان بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

حيث تعيب الطاعنة على محكمة القرار المنتقد الوقوع في خلط بين الخطأ الفادح والخطأ غير المغتفر والحال أن البند 3 من عقد التأمين استثنى الخطأ غير المغتفر من الضمان وهو أكثر خطورة من الخطأ الفادح في سلم الأخطاء، وتأخذ عليها سوء تقدير ذلك الخطأ المبني عليه الاستثناء من الضمان باعتبار انتفاء مقوماته المتمثلة في إدراك الخطر والإقدام عليه.

وحيث ان الطعن في الحكم المنتقد بالوجه المذكور يكتسي صبغة موضوعية بحتة باعتباره يمسّ أمرا تقديريا من متعلقات نظر محكمة الأساس، بلا رقابة عليها كلما عللت حكمها تعليلا وجيها واقعا وقانونا ومقنعا بوجاهة الحل الذي انتهت إليه.

وحيث يتضح بالرجوع إلى الحكم المنتقد أن المحكمة دققت في ملابسات حادث الاصطدام المتداعى بشأنه، وألمت بجميع الظروف الحافة به من حيث الحالة المناخية وخاصيات السفينتين وقدرتهما على الإبحار ومواجهة قوة الرياح يوم الحادثة ( 7-8 سلم بوفور)، ومدى استعداد الربانين للتحكم في السفينتين في مثل الظروف التي تمت فيها الرحلة البحرية موضوع النزاع، وبالنظر إلى الحالة البحرية موضوع النزاع وبالنظر إلى الحالة التي كانت عليها محركات السفينة س.، وانتهت على ضوء ما استبان لها من المعطيات المتجمعة بملف القضية، ومنها يوجه التحديد تقرير الاختيار المجري بواسطة السادة فتحي عطية وحسونة البزازي وبلقاسم طرشونة، وشهادة التصنيف المسلمة من مكتب " فريتاس" الخاصّة بالعبّارة س.، ومحاضر استجواب الربانين والحكم الجزائي عدد 10729 بتاريخ 112126 / 2012، إلى أن الحادث كان نتيجة " اهمال جسيم وغير مبرر سواء من طاقم السفينة أو إدارة التجهيز للمستأنفة وتواتر أخطاء متعددة... يعكس استهتارا بسلامة المسافرين دون اتخاذ أبسط الاحتياطات لتفادي الحوادث أو التقليص من حجم الإضرار ومع العلم اليقيني بالخطر المحدق والإقدام مع ذلك على المجازفة."

وحيث خلافا لما أبدته الطاعنة فإن المحكمة أحسنت تقدير الخطأ المفضي لوقوع الحادث ولم تخلط في هذا الخصوص بين الخطـأ الفاحش والخطأ غير المغتفر، باعتبار أنّ هذا الأخير يزيد عنه بقدر كبير في الجسامة، ورأت أن الخطأ الذي ارتكبه الربانان هو خطأ غير مغتفر وفق ما دأب فقه القضاء على تحديده بكونه الخطأ الذي لا عمد فيه ولكنه يبلغ من الجسامة حدا يجعله من قبيل التهور واللامبالاة بالخطر الداهم الذي لا وفرّ منه، بعدما ثبت لها حسبما سلف بيانه عدم تحلّي الربانين بالسلوك الرشيد الذي تفرضه الظروف في مثل صورة الحال، اعتبارا لما يُفترض في جانبهما من الدراية والتبصر والفطنة لإقدامهما على الإبحار في القنال رغم إدراكهما بالخطر المحدق بتلك العملية وكان لذلك الطعن في الحكم المنتقد مفتقرا لما يشهد له بالاعتبار من هذه الناحية أيضا وتعيين رده.»

**7- إجراءات مدنية وتجارية**

**7-1- العقلة التوقيفية**

***7-1-1-* بطلان محضر العقلة التوقيفية**

**قرارعدد *46736* بتاريخ *2017/12/25* صدر عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدين مريم البكوش وبديع بن عباس بحضور المدعي العام السيد الطاهر العبيدي.**

«حيث تمسكت الطاعنة بواسطة نائبها بأن محكمة الحكم المنتقد قد أساءت تطبيق الفصل 332 من م.م.م.ت. لما رتبت بطلان إجراءات العقلة التوقيفية على حالة تعذر معرفة رقم السجل التجاري للمدينة المعقول عنها رغم سعي الدائنة العاقلة البحث عنه ومعرفته وتولت التنصيص على ذلك صراحة بمحضر العقلة.

وحيث رتب المشرع بالفقرة الثالثة جزاء البطلان عن عدم بيان عدم التنصيص على عدد ترسيم المدين المعقول عنه بالسجل التجاري ومكانه إن كان تاجرا أو شخصا معنويا- وإن لم يكن مرسما فالتنصيص على ذلك صراحة بالمحضر.

وحيث أن القانون صريح في تعرضه لحالتين فقط لا ثالث لهما، ولا يمكن بالتالي استحداث إجراء لم يأت به النص بطريق التأويل في إجراءات أساسية نظمها المشرع بدقة وصرامة شرطا وجزاء.

وحيث لئن تمسك الطاعن بأن الفصل 332 المذكور آنفا لا يمكن قراءته في اشتراطه التنصيص على السجل التجاري بمعزل عن بقية النصوص القانونية التي تضع نفس الشرط وخاصة الفصلين 6 و70 من م م م ت والمتعلقة بتحرير المحاضر والاستدعاء للجلسات والتي تضمنت عبارة «عند الاقتضاء" دون ترتيب البطلان، فإن هذه الأخيرة تتعلق بالتبليغ والفصل 332 مرتبط بالتنفيذ وأن التشدد في الجزاء يبرره ما تؤول إليه العقلة التوقيفية من تجميد لأموال المدين.

وحيث تبين أن الحكم المنتقد قد أحسن تطبيق القانون ولا لبس في قضائه وتعين رد المطعن لانعدام وجاهته.»

***7-1-2-* العذر الشرعي لعدم تقديم التصريح في العقلة التوقيفية**

**قرار مدني عدد *2017/52107* بتاريخ *12* اكتوبر *2017* صدر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي و نجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«حيث أن الإشكال القانوني المطروح يتعلق بمعرفة إن كان يُعتد بحسن النية في العذر الشرعي، وإن كان يُشترط تواطئ المعقول تحت يده لتحميله بالدين موضوع العقلة؟

وحيث ولئن أجاز الفصل 339 من م.م.م.ت. للمعقول تحت يده تدارك السهو عن تقديم التصريح في الآجال المنصوص عليها بالفصل 337 من م.م.م.ت. وخوله إضافة التصريح أو تلافي ما به من نقص أمام محكمة الدرجة الثانية إلى تاريخ ختم المرافعة، فإن ذلك يتوقف على إثبات العذر

الشرعي، و يعني ذلك أن يكون العذر المدعى به هو السبب المباشر والعائق لعدم تقديم التصريح أو تقديمه متاخرا، و تعتمده المحكمة كلما تبين منه أن المعقول تحت يده لم يتعمد اخفاء الحقيقة أو المغالطة. ذلك أن نية المشرع ليس في إحلال المعقول تحت يده محل المدين، و إنما هي في ضمان خلاص الدين من مكاسب المدين لدى الغير وعليه كلما وجد المبرر الواقعي والقانوني في الإخلال بواجب التصريح لا يمكن مؤاخذة المعقول تحت يده.

وحيث إن تقدير الواقعة أو السبب الذي حال دون تقديم التصريح في الاجل ومدى اعتبارها عذرا شرعيا على معنى الفصل 339 من م.م.م.ت. يرجع لاجتهاد محكمة الموضوع تحت رقابة محكمة التعقيب لتعلقه بمسالة التكييف التي هي مسالة قانونية تقوم بها محكمة الاصل تحت رقابة هذه محكمة التعقيب و يقتضي الاجتهاد من محكمة الموضوع أولا اثبات السبب وثانيا بيان أن ذلك السبب هو الذي حال دون تقديم التصريح في الاجل.

وحيث يطرح في هذا الاطار إن كان عدم تبليغ محضر العقلة ومحضر الإدخال للمقر الاجتماعي للبنك بتونس العاصمة واقتصار التبليغ على الفرع من البنك بنابل يعد عذرا شرعيا يبرر تخلف البنك عن تقديم التصريح في الاجل.

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه انه لا يوجد عذر شرعي لان التبليغ حصل للفرع الذي يهمه الامر وقد كانت على صواب في ذلك لانه لا يعتبر عذرا شرعيا عدم قيام مصالح البنك بالفرع بتقديم التصريح أو التنسيق مع مصالح الادارة المركزية لتقديم التصريح فذلك شان داخلي يهم المعقول تحت يده ولا يمكن مجابهة الدائن بمثل هذا التبرير فهو ليس من الاسباب التي تعيق وتحول دون تقديم التصريح

وحيث يفهم من الفصل 339 المذكور ان التصاريح التكميلية يقدمها المعقول تحت يده من تلقاء نفسه اذا كان له عذر شرعي يتمثل في تعذر مادي أو قانوني يحول دون الالتزام بتقديم التصريح على الوجه الاكمل وفي مواعيده و يرجع لامور خارجة عن ارادة المعقول تحت يده أو فعله فالادعاء بعدم تقديم تصريح نظرا لعدم بلوغ الاستدعاء للمقر الاجتماعي كما دفعت به الطاعنة لا يعد من الاعذار المبرئة بل هو ناتج عن تركها و يترتب عنه اعتبار المعقول تحت يدها المذكورة مدينة لا أكثر ولا أقل للدائنة العاقلة وفقا للفصل 339 من م.م.م.ت. وهو ما توصلت إليه محكمة الحكم المطعون فيه عن صواب التي أحسنت تطبيق الفصل المذكور وعللت قرارها في هذا الشان تعليلا قانونيا

مستساغا مستمد بما له اصل ثابت بأوراق الملف بما يجعل قرارها بمنأى عن النقض وهو ما يترتب معه رد هذا المطعن لعدم وجاهته.»

**قرار تعقيبي مدني عدد *34763*صدر بتاريخ *05* جانفي *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدتين نجوى الغربي ولبنى الرقيق وبمحضر المدعي العام السيدة لطيفة البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

«وحيث لا خلاف ان المشرع صلب احكام الفصل 339 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية قد خول للمعقول تحت يده إن كان له عذر شرعي أن يقدم تصريحه أو يتلافى مابه من نقص وإضافة الأوراق المؤيدة له ما دامت القضية منشورة امام محكمة الدرجة الثانية إلى تاريخ ختم المرافعة وعليه فان المعقول تحت يده يبقى ملزما باثبات تأخير التصريح ببيان العذر الشرعي الذي عاقه عن واجب التصريح في الأجل الممنوح له، وأن عبارة العذر الشرعي وإن وردت عامة بالفصل 339 م.م.م.ت. إلا أن هذه الشمولية لا يجب أن تزيل عن العذر كل جدية إلى درجة اعتبار مجرد السهو عن الالتزام المحمول عليه كاف لاعفائه من تبعة الإخلال به على أن تقدير مدى جدية الدفع بالعذر الشرعي من عدمه يظل مسالة واقعية خاضعة للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع من خلال صلاحياتها في تحصيل فهم الوقائع من خلال المؤيدات المقدمة لها وفي تقييم الادلة.»

***7-1-3-* رفع العقلة التوقيفية لا يكون إلا بحكم**

**قرار تعقيبي مدني عدد *48822/48491* صدر بتاريخ *2017 /06/22* عن الدائرة المدنية الخامسة المتركبة من رئيستها السيدة شادية بالحاج ابراهيم وعضوية المستشارتين السيدتين لطيفة الجبالي ووداد بن موسى وبحضور المدعي العام السيد جمال الدين الرويسي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية العبداوي.**

«حيث تبين بالرجوع إلى اسانيد القرار المنتقد ان محكمة الموضوع اعتبرت ان رفع العقلة لا يكون إلا بمقتضى حكم قضائي وذلك اعمالا لاحكام الفصل 343 من م.م.م.ت. الذي اقتضى ان طلب تصحيح العقلة يقدم إلى المحكمة التي بدائرتها مقر المدين المعقول عنه.

وحيث لا جدال بين الطرفين في كون موضوع قضية الحال تعلق بطلب الحكم بصحة اجراءات العقلة التوقيفية المجراة بواسطة عدل التنفيذ جمال مليح حسب رقيمه عدد 02/2244 بتاريخ 2012/12/11 بمقتضى الاذن على عريضة عدد 42846 الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 2012/12/4.

وحيث انه ولئن استصدر المدين المعقول عنه الحكم الاستعجالي عدد 2012/19885 بتاريخ 2012/12/27 يقضي بالرجوع في الاذن على العريضة عدد 42846 المؤرخ في 2012/12/4 إلا ان الحكم الاستعجالي المذكور فضلا على انه لم يقض برفع العقلة فانه يكتسي صبغة وقتية لا تخول للمعقول تحت يده التفريط في الاموال المعقولة باعتبار ان القرار الاستعجالي المشار إليه قد تم نقضه بموجب القرار الاستعجالي الاستئنافي عدد 47422 بتاريخ 2013/7/1 والقاضي بنقض الحكم الاستعجالي الابتدائي والقضاء مجددا برفض مطلب الرجوع في الاذن على عريضة سند العقلة.

وحيث وترتيبا على ذلك فان البنك المعقول تحت يده ما كان عليه تسليم الاموال المؤمنة بين يديه للمعقول عنه بدون ان يصدر في شانها وبنفس الصيغة التي قضي بها عند اجرائها حكما قضائيا برفع العقلة طبقا لاحكام الفصلين 342 و 343 من م.م.م.ت. وهو ما انتهت إليه على صواب محكمة القرار المنتقد.»

***7-1-4-* علاقة فرع طلب الأداء بفرع صحة العقلة التوقيفية**

**قرار تعقيبي مدني عدد*42291* صدر بتاريخ *2017/06/12* عن الدائرة المدنية الثلاثين برئاسة السيدة رجاء الشواشي وعضوية المستشارين السيدتين نجوى الرياحي وثريا الدّاهش بحضور المدعي العام السيدة سارّة بوطبة ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة منيرة المانعي.**

«حيث وفق ما تمسك به المعقب في طعنه فإنه طالما تعلّقت الدعوى في ذات الوقت بطلب اداء دين الدائن العاقل وبصحّة إجراءات العقلة التوقيفية التي اجراها على مكاسب مدينه بين يدي الغير بما يفي بخلاص دينه المذكورعلى معنى الفصل 335 م.م.م.ت. فإن المحكمة معنيّة بالنظر أوّلا في طلب اداء مال للدّائن العاقل ثم البت في الشق الثاني للدعوى وهو صحة اجراءات العقلة التوقيفية المؤسّسة على طلب الآداء وذلك وفق ما يقتضيه نصّ الفقرة الأخيرة من الفصل 335 م.م.م.ت..

وحيث خلافا لذلك فإن محكمة القرار المنتقد جارت محكمة البداية في الخلط بين طلبـي الآداء وصحّة العقلة بصورة جعلت قضاءها متداخلا في خصوص فرعي الدعوى فآكتفت بترتيب جزاء بطلان اجراءات العقلة على عدم وجاهة طلب الآداء لعدم ثبوت الدين والحال أنّ الأمرين مستقلين فطلب الاداء يؤول الرتبيان حكمها في ذلك بصورة مستقلة عن تصحيح العقلة هذا كما أنّ القضاء سلبا في طلب الأداء لا يترتب عنه بطلان إجراءات العقلة ذلك أن صحّة العقلة من عدمها تحكمها إجراءات خاصة تضبطها الفصول 332 وما بعده م.م.م.ت. بما لا يكون لمآل طلب الآداء تأثير على سلامة العقلة إلا إذا كانت إجراءات العقلة في ذاتها باطلة مما يجعل من المستقيم عند رفض طلب آداء المال أن

يكون الحكم قاضي برفض الدعوى ورفع العقلة وهو ما لم تراعه محكمة القرار المنتقد وجارت في ذلك قضاء محكمة البداية مما يجعل حكمها مبنيا على خلط بين فرعي طلب الاداء وصحة العقلة لم يراع التفرقة بين شقي الدعوى وأفضى إلى منطوق حكم متداخل وفي ذلك مخالفة للفصل 335 م.م.م.ت. بما يجعل قضاءها حريا بالنقض من هذه الناحية وذلك بصرف النظر عن مدى وجاهة حكمها سلبا في طلب اداء المال .

وحيث من جهة أخرى فإن الإذن القضائي بإجراء العقلة التوقيفية على معنى الفصل 330 م.م.م.ت. هو إجراء خوله القانون بالفصل 213 وما بعده م.م.م.ت. لحفظ حقوق الدائن بدين ثابت إذا لم يكن بيده حكم لذلك فإن مسألة القطع بصحة الدين أساس طلب الاداء سند العقلة والحسم في شأنها يبقى رهين نظر قاضي الأصل عند بته في فرع الاداء فهو الذي يحسم في الدين وجودا وحلولا ومقدارا عن طريق الدعوى وليس عن طريق الدفع خلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد ذلك أنّ استئذان القاضي في إجراء العقلة هو إجراء تحفّظي يصدر على أساس دين يلوح من ظاهر أوراق الملف أنه ثابت ولا يرفع يد محكمة الأصل عن البت في المسألة عن طريق الدعوى ولا يقصرهما على "الرّقابة بالدفع " كما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد على غير صواب ذلك انه ليس في مسالة البت في ثبوت الدين سند العقلة تداخل بين اختصاص قاضي الاذون على عرائض وقاضي الاصل بل ان الاذن ضمان للدائن وإجراء شكلي وجوبي لاجراء العقلة التوقيفية اذا لم يكن للدائن حكم بالاداء إلا ان البت في الاداء والحسم في المديونية موكول حصرا لقاضي الاداء لا ينازعه فيه طرف وهو ما تحققه عبارات الفقرة الأخيرة من الفصل 335 م.م.م.ت. التي جاء فيها : "أما اذا أجريت العقلة بإذن القاضي وجب ان يكون استدعاء المدين راميا أيضا إلى سماع الحكم عليه باداء دين العاقل وفي هذه الصورة يقع البت بحكم واحد في طلب الاداء وفي صحة اجراءات العقلة "

وحيث بناء عليه يكون قضاء محكمة القرار المنتقد باختلال شروط استصدار الاذن على عريضة في إجراء العقلة لكون محضر الجلسة سند طلب الاداء تضمن التزامات متبادلة أي للدين شروط لا يمكن لقاضي الأذون الحسم فيها أمر فاقد الوجاهة وفيه خلط بين الاختصاص لقاضي الاداء في البت في الدين سند العقلة والاختصاص الاجرائي لقاضي الاذون في اصدار الاذن لاجراء تلك العقلة مما نجم عنه تقصير من المحكمة في استنفاذ ولاية نظرها للبت في ثبوت الدين والحسم في شانه حال انها المتعهدة اصالة بدعوى الاداء والمعنية باتخاذ الوسائل الاستقرائية اللازمة لتحقيق الدعوى والتحري في الدين وتحديد التزامات الاطراف والتحرير عليهما عند الاقتضاء للوقوف على مرادهما من الاتفاق واستبيان

ذلك وإعمال كل ما يقتضيه ذلك من بذل مجهود قاضي الاصل للفصل في الدعوى والحسم في المديونية طالما اعتبرت المحكمة أن "للدّين شروط".»

**7-2- الاختصاص القضائي**

**7-2-1-الاختصاص الترابي**

**قرار تعقيبي مدني عدد *42566.2016* صدر بتاريخ *19* أكتوبر *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين آسيا العياري ونجلاء المصمودي وبحضور المدعي العام السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«حيث يطرح النزاع الحالي مسألة تحديد الإختصاص الترابي للمحاكم عندما تضارب معايير تحديدها بين معيارين مختلفين كما هو في النزاع الحالي في علاقة البنك المعقب ضده بحريفه الطاعن فمن جهة تضمن عقد فتح الحساب البنكي اتفاق الطرفين على عقد الاختصاص الترابي لمحاكم تونس ومنه يتعيّن تطبيق الفصل 30 من م.م.م.ت. ومن أخرى يعطي المشرع للطالب الخيار في تعهيد المحكمة التي ارتكبت بها الجنحة أو الجريمة سيما وقد تحققت إدانة ممثل البنك المعقب ضده لدى محاكم سوسة. فهل يتم تسبيق الإتفاق مثلما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه أم يحافظ الطالب على الخيار الممنوح له اعتمادا على محكمة مكان مؤاخذة المعقب ضده جزائيا ؟

حيث نص الفصل 36 من م.م.م.ت. أنه " للطالب في الصور التالية الخيار في رفع دعواه لدى المحكمة المنصوص عليها بالفـصلين 30 و31 أو لدى المحاكم الآتية

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

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

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

.4/ في صورة الكمبيالة أو السند للأمر المحكمة التي تم إنشاؤها بدائرتها أو المحكمة التي كـان مـن الواجب أن يقع بدائرتها الأداء

.5/ في قضايا النفقات المحكمة التي بدائرتها مقر الدائن بالنفقة ".

وحيث يخلص من ذلك أن المشرع قد أعطى للمدعي مقاضاة خصمه بالمحكمة التي يوجد بها مقره الأصلي أو مقره المختار تطبيقا للفصل 30 من م.م.م.ت. ووضع بذلك قاعدة إجرائية في انه يجب

على الطالب السعي في مقاضاة خصمه بمقره وهو الاصل في تحديد مرجع النظر الترابي للمحاكم طالما بقي مقر المطلوب هو المحدد للإختصاص وأما إذا تخلى المشرع عن ذلك المعيار ويختار غيره لتحديد مرجع النظر فإنه يعتبر قد تخلى عن تلك القاعدة الأصلية ويتعيّن تطبيق المعيار الذي اعتمده المشرع ومنها مثلا اعتماد معيار مكان العقار تطبيقا للفصل 32 من م.م.م.ت. غير أن المشرع في صور أخرى يترك الخيار للطالب في مقاضاة خصمه بمحكمة غير تلك الكائنة بمقره كما في صورة الجنحة أو شبه الجنحة المحكمة التي ارتكب بدائرتها الفعل الضار وفي صورة الجريمة تلك المحكمة أو المحكمة التي بدائرتها تم الإيقاف .

وحيث يكون تبعا لما ذكر يتم تحديد الإختصاص الترابي للمحاكم بالرجوع إمّا إلى الفصل 30 من م.م.م.ت. أي بمقر المطلوب الأصلي أو المختار بحسب العقد أو وفقا للمعيار الذي حدّده المشرع كحالة مكان وجود العقار وفقا للفصل 32 من م م ت وإما بترك الخيار للطالب بين أحد المحاكم التي عيّنها المشرع بالفصل 36 من م.م.م.ت..

حيث أنه من الثابت أن تتبع ممثل المعقب ضدها جزائيا ناتج عن عدم تنفيذ التزاماتها التعاقدية تجاه معاقدها الطاعن وينعقد تبعا لذلك الإختصاص الترابي للمحكمة التي عينها العقد وهي محاكم تونس في دعوى الحال ولا يمكن اعتماد الخيار الذي منحه المشرع للطالب بالفصل 36 من م.م.م.ت. ذلك أن هذا الخيار ينطبق عند غياب الإتفاق أي عند غياب أحد المعايير التي عينها المشرع بذاتها أو التي اقتضاها اتفاق فالخيار بالفصل 36 يجد له حدودا فيما ينعقد عليه اتفاق الطرفان اللذين إذا عيّنا المحكمة المختصة ترابيا فإنه يتم تسبيق تطبيق الإتفاق على الخيار الوارد بالفصل 36 من م م ت فكلما وجد الإتفاق يُعلّق العمل بالخيار.

وحيث ان ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون يجد له سندا في القانون والاتفاق خلافا لما ورد بالمطاعن التي لم تكن وجيهة ويتجه ردها.»

**7-2-2-اختصاص الدائرة التجارية**

**7-2-2-1-معايير اختصاص الدائرة التجارية**

**قرار تعقيبي مدني عدد *36943* صدر بتاريخ *16* فيفري *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ولبنى الرقيق بمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

«حيث دفعت الطاعنة بأن النزاع الحالي يتعلق بأداء معينات كراء وليست له صبغة تجارية وأن معايير الفصل 40 من م.م.م.ت. لم تتوفر في قضية الحال وتكون محكمة الحكم المطعون فيه حينما ارتأت خلاف ذلك قد خرقت احكام الفصل 40 من م.م.م.ت. وأساءت تطبيقه.

وحيث ينص الفصل 40 من م.م.م.ت. في فقرته الخامسة أنه تعتبر دعاوي تجارية الدعاوي المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري ويجعل بذلك المشرع معيارين لانعقاد الاختصاص للدائرة التجارية أولهما معيار ذاتي وشخصي يهم شخص التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وثانيهما معيار موضوعي يهم طبيعة النشاط الذي يجب أن يندرج في الأنشطة التجارية باعتبار أن الشركة المعقبة تدفع بكونها لم تستغل المكرى ولم تنتفع به وبالتالي لم يتوفر المعيار الموضوعي لانعقاد الاختصاص للدوائر التجارية ولا يكفي المعيار الشخصي لوحده وهو صبغة التجار لدى المتنازعين مثلما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه وأضحى بذلك النزاع ذو صبغة مدنية ومن ناحية أخرى فإن اعتبار اختصاص الدوائر التجارية ذو طبيعة حكمية مخالف للقانون فالدوائر التجارية هي تركيبة وتشكيلة لدى المحكمة الابتدائية فهي ذات الاختصاص الجامع وتبقى بعض الدوائر بها ومنها الدائرة التجارية ودائرة البيوعات العقارية من الدوائر التي خصها المشرع بالنظر في نزاعات معينة داخل المحكمة الابتدائية ولا يرقى ذلك إلى تفريدها بالاختصاص الحكمي واستقلاليتها ويتعين تبعا لذلك على الدائرة التي ينشر لديها النزاع خطأ أن تقرر إحالتها في صورة توفر المعايير المستوجبة على الدائرة المختصة دون أن تقضي برفضها. ويستخلص من ذلك أن محكمة الحكم المطعون فيه وحينما اعتبرت أن النزاع الحالي له صبغة تجارية وتختص بالنظر فيه الدائرة التجارية رغم عدم توفر أحد المعايير المستوجبة لانعقاد اختصاص الدائرة المذكورة تكون قد أساءت تطبيق مقتضيات الفصل 40 من م.م.م.ت. بما يتعين معه تقض قرارها المطعون فيه مع الإحالة.»

**7-2-2-2- طبيعة اختصاص الدائرة التجارية**

**قرار تعقيبي مدني *47382*بتاريخ *13* أفريل *2017* صدر عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي ومساعدة الكاتبة السيدة كريمة الغزواني.**

«عن المطعن المأخوذ من خرق أحكام الفصل 40 م م م ت

حيث أن هذا المطعن في غير طريقه ويتجه رده على اساس ان اختصاص الدائرة التجارية لا يندرج في الاختصاص الحكمي على معنى ان الدائرة تمثل محكمة مستقلة بذاتها وانما هي دائرة

متخصصة بما يقتضي من الدائرة المدنية عند تعهدها بنزاع تعتبره يكتسي صبغة تجارية ان تقرر احالة ملف القضية على الدائرة المختصة دون القضاء برفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي.»

**7-3- اختصاص المحاكم العدلية**

**قرار تعقيبي مدني عدد *43540* صدر بتاريخ *19* أكتوبر *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«حيث تثير الطاعنة عدم اختصاص المحكمة المتعهدة في الأصل حكميا بالنظر في النزاع الحالي باعتبار أن الشركة الطاعنة تسير مرفقا عموميا وتتمتع بصلاحيات السلطة العامة وعليه فهي لا تخضع للقانون الخاص ويجب مقاضاتها عند الاقتضاء أمام المحكمة الإدارية وتكون محكمة الحكم المطعون فيه حينما ارتأت خلاف ذلك قد خرقت أحكام الفصول 1 و8 و9 من القانون عدد 9 سنة 1989 والفصل 17 من قانون المحكمة الإدارية.

وحيث أن تطبيق أحكام القانون الإداري وتعهيد المحكمة الإدارية يقتضي حسب الفصل 9 من القانون عدد 9 لسنة 1989 أن تكون المنشأة مملوكة كليا من الدولة أو أنها مملوكة في جزء كبير منها من طرف الدولة فقد ورد بالفصل 8 جديد من القانون عدد 9 لسنة 1989 المنقح في سنة 1996 المتعلق بالمنشآت العمومية أنه: تعتبر منشآت عمومية.

- المؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية:

- الشركات التي تملك الدولة أو الجماعات العمومية أو الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كليا أكثر من 50 % من رأس مالها كل بمفرده أو بالاشتراك وتعتبر مساهمات عمومية مساهمات الدولة أو الجماعات العمومية المحلية أو المؤسسات العمومية أو الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كليا ثم وفي سنة 2001 أدخل المشرع تعديلا على مجلة المحاسبة العمومية وأضاف بموجب القانون عدد 123 لسنة 2001 المؤرخ في 12/28/ 2001 الفصل 39 مكرر الذي يعرف المؤسسة العمومية كما يلي : " تعد مؤسسة عمومية على معنى الفصول 37 و 38 و 39 من هذه المجلة تلك التي تخضع ميزانيتها وتصرفها المالي والمحاسبي إلى أحكام القانون الأساسي للميزانية وإلى أحكام هذه المجلة .

وحيث يستخلص من التصنيف الوارد بالفصل 8 المذكور أن شكل المؤسسة العمومية يختلف باختلاف ميدان نشاطها إن كان وطنيا أو محليا وإن كان مرفقا إداريا أو مرفقا عاما ذو صبغة صناعية أو تجارية.

وتصنف بذلك في مؤسسات عامة إدارية وغير إدارية ويجمع بينها عناصر مشتركة تتلخص في عنصر الاستقلالية بمعنى أن لها الشخصية المعنوية ويتحقق لها القدر الكافي من الاستغلال المالي عن مالية الدولة والجماعات المحلية وذلك لتتمكن من تحقيق أهدافها بواسطة هياكلها كمجلس الإدارة وتتميز المؤسسات العمومية غير الإدارية بأنها تخضع لأحكام القانون الخاص كالمجلة التجارية أو مجلة الشركات التجارية وتخضع لواجب الترسيم بالسجل التجاري ويمكن القول تبعا لذلك أن المقصود بالمؤسسات العمومية بمجلة المحاسبة العمومية هي المؤسسات التي تخضع ميزانيتها إلى أحكام القانون الأساسي للميزانية وإلى أحكام المجلة المذكورة وتبعا له فإن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية التي تتمتع بالاستقلال المالي مثلما يتضمنه قانونها الأساسي لا تندرج في المؤسسات العمومية ومنها الطاعنة في دعوى الحال التي تنشط في إطار استغلال وتوزيع النفط "سيربت" كشركة ذات صبغة صناعية تتمتع بالاستقلال القانوني وتخضع للقانون الخاص عند مقاضاتها خلافا لما ورد بالمطاعن وعليه فإن محكمة الحكم المطعون فيه وحينما اعتبرت أن الاختصاص الحكمي منعقد لديها وبتت في النزاع الحالي لتجرد الدفع بعدم الاختصاص سيما وأنه لم يرد ذكر الطاعنة المستأنفة لديها ضمن قائمة المنشآت العمومية بالأمر عدد 564 لسنة 1997 تكون قد أحسنت تطبيق القانون ولا تثريب عليها في ذلك وهو ما يجعل قرارها بمنأى عن النقض وتعين لذلك رد المطعنين لعدم وجاهتهما ورفض مطلب التعقيب أصلا.»

**قرار تعقيبي مدني عدد *51884* صدر بتاريخ *2017/09/18* عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فاتن بالأمين وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث يقتضي الأمر ابتداء التأكيد على أنه رجوعا إلىأحكام القانون 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحاكم الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص كيفما نقح بالقانون عدد 10 لسنة 2003 المؤرخ في 2003/02/15 ان المشرع خص المحكمة الإدارية باختصاص مبدئي في المادة الإدارية ويشمل قضاء تجاوز السلطة الرامي إلى إلغاء المقررات الإدارية الصادرة في المادة الإدارية و الدعاوى الرامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعمالها الغير شرعية أو من أجل الأشغال التي أذنت بها أو من أجل أضرار غير عادية ترتبت عن أحد أنشطتها الخطيرة كما تنظر في نزاعات العقود الإدارية ومؤدى ما تقدم هو ان المشرع اخذ بالمعيار المادي في تحديد طبيعة النزاع إدارية كانت أومدنية أي انه يكون من المتعين الرجوع إلى طبيعة النشاط لتكييف النزاع وهو يعتمد أساسا على معايير تعتمد التمييز أساسا بين التمييز بين اعمال السلطة العامة واعمال التسيير

العادي كالتمييز بين النشاطات المتعلقة بتسيير مرفق عام والنشاطات الأخرى للإدارة غير انه جدير بالتذكير رجوعا إلى القانون المذكور وكذلك جملة القوانين المنظمة للمحكمة الإدارية ولا سيما القانون عدد 40 لسنة 1972 ان المشرع لم يغفل بالمعيار العضوي بمعنى ان يكون طرفي التداعي أو احدهما من اشخاص القانون العام المتمتعة بصلاحيات السلطة العامة.

وحيث انه ردا على هذا المطعن وله تتجه الإشارة ابتداء ان طرفي التداعي من اشخاص القانون الخاص فإلى جانب المعقب ضدهم وهو من افراد المواطنين، كانت المعقبة الان وهو شركة تجارية خاضعة لأحكام القانون التجاري ومجلة الشركات التجارية وهو ما يقصي عن طرفي التداعي صفة الخضوع لولاية القضاء الإداري.

وحيث ومن جهة أخرى فان الخدمات التي تقدمها المعقبة الان كانت في اطار ممارستها لنشاطها التجاري ولا تتنزل في اطار تسيير المرفق العمومي الهادف إلى تحقيق المصلحة العامة ضرورة ان تدخلها في قطاع الاتصالات انما كان تبعا لتخلي الدولة عن احتكار الجانب التجاري في تسيير المرفق العام الذي فرضه تطور مجال الاتصالات وصيرورته نشاطا تنافسيا بين ذوات القطاع الخاص وقد تنزل ما قامت به المعقبة الان من نشاط لمد الشبكات الاتصالية وتركيز المحطات القاعدية للهواتف وتثبيت أجهزة ترددات راديوية في اطار سعيها إلى توسيع دائرة حرفائها وتحسين جودة خدماتها سعيا إلى تحقيق أرباح.

وحيث ان ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من إقرار لاختصاصها بالنظر في الموضوع انما كان تنزيلا لصحيح القانون على المسألة بما كان معه قضاء بذلك بمنأى عن النقض وتعين رد هذا المطعن».

**7-4- الطعن في الحكم التفسيري**

**قرار تعقيبي مدني عدد *35044* صدر بتاريخ *12*جانفي *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة آمال بن نصر.**

«حيث أن الإشكال القانوني المطروح يتعلق بمعرفة إن كان الحكم التفسيري على معنى الفصل 124 من م.م.م.ت. قابلا للطعن فيه بالاستئناف إذا خرج الحكم المذكور عن حدوده وانقضت أوجه الطعن الممكنة في الحكم الأصلي.

وحيث اقتضى الفصل 124 من م.م.م.ت. أنه بتولي المحكمة شرح الحكم بحجرة الشورى من غير مرافعة بدون زيادة أو نقص على ما يقتضيه نصه ويكون هذا الحكم التفسيري متمما للحكم الواقع تفسيره ولا يقبل الطعن إلا مع الحكم الواقع تفسيره ويستخلص منه أن شرح الحكم الواقع تفسيره هو في حقيقته توسع في بيان أسانيده وإيضاح لما قد يكون مجملا وغامضا فيه دون زيادة أو نقص وبالتالي يبقى التفسير في نطاقه الضيق فهو مطلب ينصب على الحكم ومنطوقه وبالتالي فهو لا يتجزأ من أصل الحكم ويعد متمماله. ويستوجب ذلك من المحكمة التي تتولى الشرح أن لا تخرج عن مفهوم الحكم الأصلي فتزيد فيه وتمنح طالبه حقوقا جديدة أو تغيير مراكز الأطراف وإذا لم تلتزم بذلك فإنها تعرض قرارها للطعن لدرء ما قد يلحقه من أضرار ممن لم يطلب الشرح ولم يعلم به خاصة إذا اتصل القضاء بالحكم الأصلي الواقع تفسيره ولا توجد أية إمكانية للطعن فيه وهو ما يجعله قابلا للطعن فالمنع الذي تبنته محكمة الاستئناف بالاستناد إلى الفصل 124 لا يكون نافذا إلا إذا لم يخالف قرار الشرح منطوق الحكم وأن الحكم الأصلي لا زال قابلا للطعن أما إذا خرج القرار عن حدوده وانقضت أوجه الطعن الممكنة في الحكم الأصلي كيفما هو الحال في قضية الحال فإن حق الطعن يبقى قائما لأنه حكم حسب عبارات الفصل 124 المذكور ومستقل عن الحكم الأصلي وتكون محكمة الحكم المطعون فيه وحينما ارتأت خلاف ذلك قد خرقت القانون وتعين لذلك قبول هذا المطعن ونقض القرار المطعون فيه مع الإحالة».

**7-5- آجال استدعاء المقيم بالخارج في المادة الشغلية**

**قرار تعقيبي شغلي عدد صدر بتاريخ *30* أكتوبر *2017* عن الدائرة *18* برئاسة السيد البشير المطوي وعضوية المستشارين السيدين مفيدة الصولي ونائلة العباسي بمحضر المدعي العام السيدة ليلى الشابي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عايدة اسكندر.**

«حيث تعلقت قضية الحال بنزاع شغلي قائم بين المدعى في الاصل من ناحية والمطلوبة الاولى شركة ك. والمطلوبة الثانية شركة أ.

وحيث ثبت من ملف القضية أن المطلوبة الثانية الموجه إليها الاستدعاء مقيمة بالدولة الفرنسية ومُكوّنة طبق قانون تلك الدولة.

وحيث نص الفصل 202 من م ش على أنه " يستدعى المدعى عليه لدى دائرة الشغل بمكتوب مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ معفى من المعاليم البريدية أو بالطريقة الادارية..."

وحيث لا جدال أن النزاعات الشغلية تخضع إجرائيا بالأساس لمجلة الشغل إلا أنه لم يرد بالمجلة المذكورة نص خاص يتعلق بطريقة التبليغ والاستدعاء بالنسبة للخصوم المقيمين خارج التراب التونسي.

وحيث نص الفصل 232 من م ش على أنه " تنطبق على دوائر الشغل أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية مالم تخالف الأحكام المنصوص عليها بهذا العنوان" .

وحيث يؤخذ مفهوما ومنطوقا من صريح عبارات الفصل المذكور أن أحكام مجلة الشغل ولئن نظمت الاجراءات من المادة الشغلية وأرست قواعد خاصة تأسست على المرونة والمجانية وبسرعة الفصل فان ذلك لا يمنع من الرجوع إلى احكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية في الحالات التي لا نص فيها بمجلة الشغل وتبقى بالتالي مجلة المرافعات المدنية والتجارية هي الاصل العام في مادة الاجراءات يتم الرجوع اليها عند وجود فراغ تشريعي، وقد تعرض الفصل 9 منها إلى طريقة التبليغ بالنسبة للمقيمين خارج التراب التونسي إلا انه يبقى نص عام ينطبق عند إقامة المبلغ إليه بدولة لا تربطها بالجمهورية التونسية اتفاقية قضائية ولم يكن من مواطنيها، أما في صورة وجود اتفاقية فان العمل بأحكامها أمر حتمي باعتبارها أعلى مرتبة من القانون الداخلي وهو أمر مكرس صلب الدستور، وترتيبا على ذلك فان إجراءات التبليغ للمطلوبة الثانية تخضع لأحكام اتفاقية التعاون القضائي في المادة المدنية والتجارية المبرمة بين الجمهورية التونسية والجمهورية الفرنسية بتاريخ 1972.

وحيث اقتضى الفصل 6 من الاتفاقية أنه "تقع إحالة جميع الوثائق والاوراق القضائية وغير القضائية في المادة المدنية أو التجارية المقصود إبلاغها إلى أشخاص يقيمون فوق تراب أحد الطرفين المتعاقدين بالطريقة الديبلوماسية "كما نص الفصل 23 من نفس الاتفاقية على أن "آجال الحضور والاستئناف لا تقل عن ثلاثة أشهر بالنسبة لمواطني الدولتين غير المقيمين بتراب الدولة المنتصبة بها المحكمة المتعهدة."

وحيث تبين من عريضة الدعوى الواقع تبليغها للمطلوبة الثانية بمقرها الاجتماعي الكائن بفرنسا، أن استدعاءها لم يكن بالطريقة الديبلوماسية طبق ما تقتضيه احكام الفصل 6 المذكور.

وحيث لا جدال أن المحكمة المتعهدة بالنظر في القضية ملزمة بمراقبة الاستدعاء وفق الاجراءات القانونية للتأكد من سلامة إجراءات التبليغ خاصة في صورة عدم حضور المعنى بالتبليغ أو من يمثله كما أنه بموجب المفعول الانتقالي للاستئناف فإن محكمة الدرجة الثانية تراقب محضر استدعاء

المطلوب للحضور لدى محكمة الدرجة الاولى لما لذلك من مساس بالإجراءات الاساسية يوجب الاخلال بها البطلان وعلى المحكمة اثارته من تلقاء نفسها حسب صريح الفصل 14 من م.م.م.ت.

ومن هذا المنظور وطالما جاءت طريقة الاستدعاء والاعلام بالحكم وأجل الحضور للجلسة مخالفا لأحكام الاتفاقية فان إجراءات التبليغ تعتبر مختلة وغير محققة للغايات المقصودة من التبليغ وأهمها ان يكون المطلوب عالما بإجراءات التقاضي المتبعة لمواجهتها بإعداد وسائل دفاعه ومحكمة القرار المطعون فيه لما نحت ذلك المنحى واعتبرت أن إجراءات التبليغ والاعلام بالحكم باطلة لمخالفتها أحكام الاتفاقية تكون قد أصابت في قضائها وأحسنت تطبق احكام الفصل 14 من م.م.م.ت..

وحيث وترتيبا على كل ذلك فإن دفع المعقب بعدم انطباق الاتفاقية التونسية الفرنسية على النزاعات الشغلية عبر الاستناد لأحكام الفصل 16 منها والفصل 31 من اتفاقية فينا للاتفاقيات الدولية والفصل 532من م اع لا يستقيم باعتبار أن احكامها تنطبق على المادة المدنية وقد وردت عباراتها مطلقة ويجب قانونا أخذها على اطلاقها دون استثناء أي فرع من فروع الدعوى المدنية بما في ذلك المادة الشغلية.»

**7-6- استدعاء الخصم لحضور اختبار طبي**

**قرار تعقيبي مدني عدد *49490* صدر بتاريخ *11* جويلية *2017* عن الدائرة المدنية السادسة عشر برئاسة السيدة الهام البناني وعضوية المستشارتين السيدتين زكية بن بريك ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة ليلى الشابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.**

«حيث يقتضي الأمر ابتداءً التأكيد على أن استدعاء الخصوم من طرف الخبير أمرا واجبا تقتضيه الضمانات اللازم توفرها، إلا أنه ورغما على هذا المعطى فإن الأمر لا يكون على إطلاقه إذا ما تعلق الامر باختبار فحص طبي.

وحيث وفضلا على ما تقتضيه القاعدة العامة التي استقر فقه القضاء على إقرارها والمتمثلة في أن عدم استدعاء الخصوم لحضور عملية الاختبارات لا يترتب عليها بطلانها إلا إذا نشأ عنها ضرر،فإنه وبخصوص الاختبارات الطبية فإن القواعد المهنية الطبية تقتضي وجوب القيام بعملية الفحص الطبي على الشخص المريض دون حضور طرف آخر في تلك العملية، وهو ما يكون معه القول بضرورة استدعاء ممثلا عن المعقبة الآن لحضور عملية الفحص الطبي لا مبرر له واقعا وقانونا.

وحيث لا تثريب على محكمة الأصل في استنادها على الاختبار الطبي المنجز من قبل الدكتور أ.ت. وهو ما يكون معه من المتعين رد هذا الفرع لعدم وجاهته».

**7-7- إعادة نشر القضية**

***7-7-1- إعادة نشر القضية إجراء إداري***

**قرار تعقيبي مدني عدد *44496* صدر بتاريخ *2017/11/27* عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فاتن بالأمين وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«وحيث اتضح بالاطلاع على القرار المطعون فيه، أن المحكمة نعت على المستأنفة -المعقبة الآن- عدم تقديمها لأي ملاحظات ومستندات بطور إعادة النشر من شانها أن تنال من الحكم الابتدائي ورتبت على ذلك رفض الاستئناف من الوجهة الاصلية.

وحيث يقتضي الامر ابتداء التأكيد على أن المشرع لم يخص إعادة نشر القضية بعد قرار النقض الصادر عن محكمة التعقيب بإجراءاتخاصة، وعليه فإنه يمكن اعتبارها بمثابة عمل إداري لا يخضع لآجال ولا لشكليات قانونية معينة فالاستدعاء المترتب عن إعادة النشر هو لإعلام الأطراف باستئناف النظر فيها أمام نفس محكمة الاستئناف المحال اليها الملف لمواصلة إجراءات تعهدها السابقة، مع احتفاظ كل الأطراف بمراكزهم القانونية السابقة من جهة المستأنف والمستأنف ضده، وهو ما ينفي الحاجة إلى القيام بإجراءات جديدة من جهة تبليغ مستندات الطعن سيما وأن النقض كان كليا.»

***7-7-2- إجراءات إعادة النشر***

**قرار تعقيبي مدني عدد *39690* صدر بتاريخ *27* أفريل *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ولبنى الرقيق بمحضر المدعيالعام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

«حيث أن مطلب إعادة النشر وان كان نطاق التعهد به محصورا فيما حصل فيه النقض فإنه لا ينفي تطبيق اجراءات الاستدعاء للجلسة وان الاختلاف بين الاستئناف الاصلي والاستئناف بموجب اعادة النشر لا يهم إلا تبليغ مستندات الطعن فهي غير منظورة عند اعادة النشر ولكن هذه الخصوصية لا تزيح واجب تطبيق الاجراء المتعلق بالاستدعاء للجلسة وعليه فإن تبسيط اجراءات الاستئناف عند اعادة النشر لا يمكن ان يكون حائلا دون توفير الضمانات القانونية للطرف المستأنف

ضده والتي جعلها القانون من الاجراءات الاساسية التي على المحكمة اثارتها من تلقاء نفسها وهو ما عاينته محكمة الحكم المطعون فيه في خصوص الخلل الذي شاب استدعاء المستأنفة ضدها فعملت على تلافيه وأذنت بإعادته إلا ان المستأنفين لم ينفذوا الحكم التحضيري القاضي بذلك فقضت رد مطلب اعادة النشر وتكون بذلك قد مارست صلاحياتها وطبقت القانون في شان الخلل في الاستدعاء ولا تثريب عليها في ذلك وهو ما يجعل قرارها بمنأى عن النقض وتعين لذلك رد هذا المطعن لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا».

**7-8- التبتيت**

***7-8-1-* المبتت له غير ملزم بتأمين الثلث في صورة التسديس**

**قرار تعقيبي عدد *46360/45501* صدر بتاريخ *04* ديسمبر *2017* عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبمحضر المدعي العام السيدة فاتن بالأمين وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث إن الإشكالية المطروحة تتمثل في معرفة إن كان المبتَّت له ملزما بتأمين الثلث في صورة التسديس من عدمه ؟

وحيث إن الإجابة تقتضي فهم فلسفة تامين الثلث وتناول طبيعة حكم التبتيت وآثاره على المبتت له حتى نقف على خصوصية المركز القانوني للمبتت لهمقارنة بالقائم بالتسديس.

وحيث إن محضر التبتيت سواء اعتبر سند تنفيذي أو بيع تحت اشراف المحكمة فإن المبتت له يبقى صاحب الشأن الأول في إجراء المزاد الثاني ويحتل مركزا قانونيا يميزه عن الغير اعتبارا وأنه يصبح بموجب التبتيت مالكا للعقار موضوع التبتيت من تاريخه إذا كان العقار غير مسجل أو مسجلا غير خاضع للمفعول المنشئ للترسيم أما إذا كان خاضعا للمفعول المنشئ للترسيم فإن الأمر موقوف على الترسيم بالسجل العقاري فهو بيع معلق على شرط فاسخ، وما يترتب عليه من حقوق للمشتري والتزامات عليه، يبقى معلقا على شرط فاسخ.

وحيث إن نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون استنادا إلى الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود. وطالما أن الفصل 442 من مجلة المرافعات المدنية جاء مباشرة بعد إتيان المشرع كليا على إجراءات البتة الأولى من حيث شروطها الشكلية والموضوعية بل واستيفاء كل إجراءات التبتيت ومن بينها سلامة المزايدة

من المبتت له أولا، اضافة إلى أن عبارة " يمكن لكل شخص أن يزيد في ثمن المبيع بمبلغ لا يقل عن السدس " تعني غير المبتت له إذ من مصلحته إلا يتحقق ما جاء به الفصل 442 أصلا فإن المشرع أعفى المبتت له من التأمين عند رغبته في المشاركة في التبتيت بموجب التسديس.

وحيث يفهم من احكام الفصل 443 من م م ت أن صفة المزايد لا تنقضي بموجب الزيادة بالتسديس وإنما تبقى لصيقة بالمبتت له تماما وفق ما تمسك به نائب الطاعنة في القضية عدد 46360 واعتبارا وان إجراءات التسديس لا تعد من قبيل البتة الجديدة وانما هي تقنية اجرائية قانونية تمكن الغير بمشترى جديد من الحلول محل المبتت له وذلك في منفعة المدين المعقولعنه وكذلك جميع الدائنين بمن فيهم القائم بالتتبع ذاته.

وحيث إن ما ذهبت إليه محكمة الحكم المنتقد من أن وجوبية التامين جاءت لضمان جدية المشاركة في المزايدة مبني على فهم خاطئ لأحكام الفصل 444 من م.م.م.ت. ولفلسفة التسديس، ضرورة أن المبتت لفائدته عبر عن جديته منذ البتة الاولى بل وأكثر من ذلك أصبح له مركز قانوني يميزه عن بقية المشاركين في البتة الثانية.

وحيث إن فلسفة التسديس مثلما جاء في شرح أسباب تشريعها، تهدف إلى إعطاء فرصة للمدين مالك العقار موضوع التبتيت أن يبيع عقاره بثمن أرفع من الثمن الذي بموجبه تمت البتة الأولى وفي ذلك مصلحة له وللدائنين الذين منهم القائم بالتتبع، لذلك سعى المشرع لضمان جدية ومصداقية المشاركين الجدد في البتة الثانية المجراة بموجب الزيادة فأوجب عليهم التأمين كما أوجبه على القائم بالتسديس ولا يعقل أن يكون المبتت له في المزايدة الاولى معنيا بهذا التأمين.»

***7-8-2-*محضر التبتيت لا يعد لائحة حكم**

**قرار تعقيبي مدني عدد *37631* صدر بتاريخ *27* نوفمبر*2017* عن الدائرة المدنية الاولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبمحضر المدعي العام السيدة فاتن بالأمين وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث قضت محكمة الحكم المطعون فيه ببطلان حكم التبتيت عدد الصادر عن المحكمة الابتدائية بسوسة تحت عدد 2596 بتاريخ 2011/11/10 بناء على عدم امضاء محضر التبتيت من طرف الهيئة الحاكمة.

وحيث لئن اقتضى الفصل 427 من م.م.م.ت. ان المحكمة تقرر التبتيت بمحضر يصاغ في الشكل العادي للأحكام إلا ان هذا المحضر لا يعد لائحة حكم يجب امضائها من القضاة المتفاوضين، بل هو

محضر جلسة يمضيه رئيس الهيئة مصادقة منه على ما ضمن به و دونه الكاتب تحت اشرافه , لان المحكمة لا تتولى فصل خصومة كما هو الشأن في جميع الأحكام القضائية بل تتولى الاشراف على عملية بيع فقط.

وحيث يجب أن يكون إمضاء القضاة الذين حضروا عملية التبتيت بنسخة الحكم التنفيذية وقد نص الفصل 431 من م.م.م.ت. انه "ينص بمحضر التبتيت على الاجراءات المتبعة وعلى مبلغ المصاريف والأجور المسعرة وعلى البتة الواقعة وعلى التصاريح المشار إليها بالفصل 428.وتنص نسخة الحكم التنفيذية على ما ورد ذكره بكراس الشروط وبمحضر التبتيت ويقع إعلام المعقول عنه بها ".

وحيث ان محكمة الاستئناف بسوسة أضافت حالة تجيز إبطال حكم تبتيت لم يتعرض لها المشرع ضمن الباب الثامن من الجزء الثامن من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي افرد دعاوى البيوعات العقارية بأحكام خاصة بها وأجاز البطلان في حالة وحيدة فقط وهي دعوى الاستحقاق ولا يمكن التوسع في أحكامها.»

***7-8-3-* إبطال اجراءات التسديس وإبطال حكم التسديس**

**قرار تعقيبي مدني عدد*38053* صدر بتاريخ *16* مارس *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدتين نجوى الغربي ولبنى الرقيق وبمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

«حيث أسّس المعقب طعنه على عدم وجود اتصال قضاء لان الدعوى الحالية ليست في ابطال اجراءات التسديس موضوع القضية التعقيبية التي استندت اليها محكمة الحكم المطعون فيه وإنما هي في ابطال حكم التسديس.

وحيث انه من الثابت ان ما صدر عن المحاكم يعوّل عليه حتى وإن لم يكتسي صيغة التنفيذ ويعد حجّة رسمية فيما صرّح به وفقا للفصل 443 من م اع اعتبارا إلى ان الأحكام التي حازت قوة الامر المقضي به تكون حجة فيما قضت به ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم وبما أن تتغير معا تهم وتتعلق بذات الحق محلاّ وسببا والحجة لا تثبت لمنطوق الحكم فقط بل تتعداه إلى أسبابه التي ترتبط به ارتباط وثيقا وتحدد معناه بحيث لا يقوم المنطوق إلا بها.

وحيث وخلافا لما ورد بالمطاعن ، فقد تبين من اسانيد القرار المنتقد والاوراق التي انبنى عليها ان المعقب كان اسس قيامه بدعوى الحال في طلب ابطال حكم التسديس على عدم قيام طالبة

التسديس المعقب ضدها الاولى بتأمين كامل المبلغ الواجب تأمينه وهو ذات السبب الذي أسس عليه قيامه بدعوى ابطال اجراءات التسديس التي اتصل بها القضاء بموجب القرار التعقيبي عدد 75996 المؤرخ في 2013/04/25 وفق ما تحقق لمحكمة التعقيب في القرار المذكور من كون طالبة التسديس تولت تأمين مبلغا أوفر مما أوجبه الفصل 442 من م.م.م.ت. وعليه فإن ما تعلق بإجراءات التسديس قد اتصل به القضاء مثلما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه التي أحسنت تطبيق القانون وعللت قرارها تعليلا سليما ومستساغا مستمدا مما له أصل ثابت بالملف دون خرقا للقانون ولا ضعف في التعليل وتعين رد المطاعن.»

**7-9- اختصاص الرئيس الأول في توقيف التنفيذ**

**قرار تعقيبي مدني عدد *22480* صدر بتاريخ *28* جوان *2017* عن الدائرة التابعة برئاسة السيدة ماجدة بن جعفر وعضوية المستشارتين السيدتين عفاف بالشيخ وإيمان الشرفي وبمحضر المدعي العام السيد محرز الزواوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.**

«حيث أنه لا جدال في أن الأحكام الخاصة بإجراءات التقاضي وتنفيذ الأحكام والطعن فيها تتعلق جميعها بالإجراءات الأساسية الماسة بالنظام العام لما لها من تأثير على حقوق الأفراد والمنظومة القضائية وترتيبا عليه فإن الأحكام تخضع لمبدأ التأويل الضيق وعدم جواز القياس فيها.

وحيث أنه ومن الأسس التي تقوم عليها الإجراءات في المادة المدنية هي قابلية الحكم النهائي للتنفيذ بصريح الفصل 286 من م.م.م.ت. طالما أنه استوفى الطعن بإحدى الوسائل المعطلة للتنفيذ.

وحيث أنه لم يورد المشرع لهذا المبدأ الأساسي إلا استثناء وحيد ضمنه صلب الفصل 194 من م.م.م.ت. خول من خلاله للرئيس الأول لمحكمة التعقيب الإذن بتوقيف تنفيذ القرار المعقب لمدة شهر بعد استيفاء إجراء تأمين المبلغ المحكوم به إذا تعلق الحكم بأداء مال.

وحيث أن القول باختصاص المحكمة الإبتدائية بتعليق تنفيذ قرار استئنافي بمجرد توفر شرطي القيام استعجاليا من شأنه خلق قواعد إجرائية ذات سند قانوني بل وتتناقض مع النصوص الإجرائية الصريحة الماسة بالنظام العام.

وحيث أنه ولئن كان شرطا التأكد وعدم المساس بالأصل كافين لقبول الطلب استعجاليا فإن ذلك مشروط بعدم خرق قواعد قانونية صريحة لا سيما ما تعلق منها بالإجراءات الأساسية.»

**7-10- شروط استصدار الأذون على العرائض**

**قرار تعقيبي مدني عدد *49330* صدر بتاريخ *14* نوفمبر *2017* عن الدائرة المدنية الأربعين برئاسة السيدة سلوى الزين وعضوية المستشارتين السيدتين نادرة بن سالم وشفيقة الحجلاوي وبحضور المدعي العام السيدة حياة اليعقوبي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد أحمد عبيد.**

«حيث لا جدال أن الأذون على المطالب إنما شرعت لحفظ الحقوق إلا أن اتخاذها كوسيلة وقتية يجب أن يحفها وجود خطر ملم وتأكد كلي يقتضي تدخل القاضي الاستعجالي وفق إجراءات استثنائية تتسم بالسرعة ضغطا على عامل الوقت الذي من شأنه التأثير على الحق في حالة بقائه دون حماية ومن هذه المثابة كان لزاما على قاضي الأذون على المطالب التثبت من وجود الخطر الملم الذي لابد من اتخاذ الوسيلة الوقتية لحفظه منه.

وحيث ثبت رجوعا لأوراق الملف أن الإذن على العريضة المستصدر من المعقبة بتاريخ 02-02-2015 (محل طلب الرجوع) تعلق بتكليف خبير في الحسابات لضبط محاسبة النقابة للفترة ما قبل 2014 التي كان فيها طالب الرجوع رئيسا للنقابة.

وحيث اعتبرت محكمة القرار المنتقد عن صواب أن طلب المعقبة الرامي إلى تكليف خبير لرصد التجاوزات في التسيير وتحديد المبالغ المستحقة والنقائص التي شابتها لا يمكن أن يندرج إلا في إطار دعوى أصلية لأن ذلك يستوجب النظر في مسائل أصلية للوقوف بدء على التجاوزات وتحديد النقائص ثم الإذن بإجراء الاختبار من عدمه.

وحيث وفي سياق ما تقدم فإن محكمة القرار المنتقد قد بينت بوضوح عدم وجود الخطر الملم الذي يستدعي اللجوء لإجراءات الإذن على العريضة سيما وقد ثبت من مظروفات الملف أن المعقبة قد تسلمت المكتب بما احتواه من وثائق تهم نشاط النقابة منذ ما يناهز السنة مثلما هو ثابت من خلال الوصل المدلى به من المعقب ضده المؤرخ في 08-03-2014 بما يرفع عن الطلب ركن التأكد ويجعل النزاع خاضعا لإجراءات التقاضي الأصلي وكان قضاؤها متوجا بتعليل سليم قانونا ومبررا واقعا ولا تثريب عليها في ذلك ضرورة أن التدقيق في حسابات النقابة والوقوف على مدى وجود تجاوزات هو من المسائل الأصلية التي يبقى النظر فيها لقضاء الموضوع دون سواه والذي يملك وحده سلطة إجراء ما يراه مستوجبا من أبحاث لإظهار الحقيقة ويكون بذلك من السابق لأوانه الإذن بالاختبار قبل البت في مدى وجود التجاوزات وقيام مسؤولية المعقب ضده من عدمه.

وحيث يكون تبعا لذلك القرار المطعون فيه لما اعتبر الإذن المعترض عليه صادرا خارج قواعد مرجع النظر المحددة بالفصلين 213 و214 م.م.م.ت. مصيب المرمى وأحسن تطبيق القانون دون خرقه أو تحريفه ولا ضعف في التسبيب ما يتجه معه رفض الطعن أصلا.»

**7-11- شروط الاعتراض المدني**

**قرار تعقيبي مدني عدد*39128* صدر بتاريخ *26* أفريل *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة والعشرون برئاسة السيدة جليلة نصر الله وعضوية المستشارين السيدة ثريا بن غنية والسيد عبد العزيز الهمامي وبحضور المدّعي العام السيد خالد عباس وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

حيث يؤخذ من أحكام الفصلين 168 و169 م.م.م.ت. أن كل شخص خارج عن خصومة صدر فيها حكم مضر بحقوقه له أن يتظلم منه بطريق الاعتراض عليه ويبقى هذا الاعتراض مقبولا ما دام الحق المؤسس عليه ذلك الحكم لم يضمحل.

وحيث يمكن وقوع الاعتراض على حكم كيفما كانت طبيعته وكيفما كانت المحكمة الصادر عنها حتى ولو تم تنفيذه ويكفي لانطباقه أن يحصل ضرر من ذلك الحكم لصاحب الحق.

وحيث تمسك الطاعن بأن الاعتراض على القرار المنتقد في قضية الحال في غير طريقه ضرورة أن الاعتراض يجب أن يتسلط على الحكم الابتدائي القاضي بصحة اجراءات الشفعة والتي زعم المعقب ضدّهم المعترضين في الأصل أنها أضرت بحقوقهم.

وحيث استقر فقه القضاء على اعتبار أن الاعتراض يخضع لشرطين أساسيين هما انعدام إمكانية تداخل المعترض في القضية للدفاع على حقوقه وأضرار الحكم المعترض عليه بحقوق ذلك الأخير.

وحيث طالما قضى القرار الاستئنافي موضوع الاعتراض بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بصحّة اجراءات الشفعة فإن الحكم الابتدائي أصبح نهائي والضرر أضحى ثابت وإمكانية التداخل أصبحت غير متاحة مما يجعل الاعتراض على القرار الاستئنافي في طريقه ومطابق لمقتضيات الفصل 168 م.م.م.ت. وتعيّن رفض هذا المطعن.»

**7-12- صفة الوكيل العقاري على أملاك الأجانب**

**قرار تعقيبي مدني عدد *35706* صدر بتاريخ عن الدائرة السابعة *25* جانفي *2017* برئاسة السيدة ماجدة بن جعفر وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وإيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيد محرز الزواوي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة سنية عبداوي.**

«حيث تمحور النقاش حول ما إذا كانت صفة الوكيل العقاري الذي يتصرف في إطار القانون عدد 61 لسنة 1983 الخاص بعقارات الأجانب تمنحه حق مباشرة التقاضي في حق من وُكّل عنه.

حيث و لئن كان تصرف المعقب بوصفة وكيلا تصرفا في اطار القانون الخاص بعقارات الاجانب و هو القانون عدد 61 لسنة 1983 الذي يتعلق بالعقارات التي هي على ملك الاجانب و المبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956 الذي يحتم ان يكون التصرف في عقارات الاجانب وفق فصليه 5 و6 من قبل وكيل عقاري مصادق عليه طبق القانون 55 لسنة 1981 المؤرخ في 23 جوان 1981 المتعلق بتنظيم مهنة الوكيل العقاري فان هذه الوكالة مقصورة على أعمال "التصرف في العقارات" طبق منطوق الفصل 5 المشار إليه و لم تسند للوكيل العقاري أهلية التقاضي في حق من وكل عنه ضرورة أن حق التقاضي هو حق أساسي لا يمكن أن يباشره إلا صاحب حق أصلي أو من فوض له هذا الحق بصورة خاصة بموجب توكيل خاص في القيام ممضى فيه بالإشهاد لصحته طبق ما تقتضيه أحكام الفصل 1118 من م.إ.ع.».

**7-13-آجال الحضور في دعوى غرامة الحرمان**

**قرار تعقيبي مدني عدد *46700* صدر بتاريخ *23* نوفمبر *2017* عن الدائرة الرابعة برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدين آسيا العياري وحاتم بن جماعة وبمحضر المدعي العمومي السيد الطاهر العبيدي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«حيث إن المسألة القانونية محل الخلاف انحصرت في معرفة مدى استيفاء عريضة افتتاح الدعوى موضوع طلب غرامة الحرمان لشروطها المتعلقة خاصة بآجال الحضور؟

وحيث اقتضى الفصل 31 من القانون عــ37ــدد لسنة 1977 المؤرخ في 1977/05/25 " أن جميع الدعاوى المقامة بناءً على تطبيق هذا القانون غير القضايا المنصوص عليها بالفصول 27 إلى 30 من هذا القانون يقع النظر والبت فيها طبق أحكام القانون العام".

وحيث يخلص من الفصل المتقدم أن فرع الدعوى المتعلق بغرامة الحرمان هو من الدعاوى المستثناة المنصوص عليها بالفصول 27 إلى 30 المذكورة، ويخضع بالتالي إلى أحكام القانون العام أي أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وحيث نص الفصل 71 من المجلة المذكورة : "تبطل عريضة الدعوى:

**أولا :** إذا وقع فيها خطأ أو نقص في بيان اسم ولقب المدعى عليه أو المحكمة أو تاريخ الجلسة أو إذا لم تقع مراعاة مواعيد الحضور،

**ثانيا**[...] :

ويزول البطلان بحضور المدعى عليه أو محاميه إذا كان الخلل من الصنف الوارد بالفقرة الأولى وبتقديم الجواب عن الدعوى إذا كان الخلل موضوع الفقرة الثانية.

وعلى المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان عريضة الدعوى إذا تبين بطلانها وذلك عند تخلف المدعى عليه أو محاميه عن الحضور أو عن تقديم الجواب بحسب الأحوال."

وحيث تبين بالاطلاع على المحضر المبلغ من عدل التنفيذ محمد الحسن الكوكي برقيمه عــ36574ــدد بتاريخ 2014/01/27 أنه استدعى المطلوب للحضور بجلسة يوم 2014/02/07، مخالفا بذلك أحكام الفصل 70 من م م م ت الذي أوجب ألاّ يقل ميعاد الحضور عن واحد وعشرين يوما.

وحيث إن عدم مراعاة مواعيد الاستدعاء للجلسة من مبطلات عريضة الدعوى الذي لا يزول إلا بحضور المدعى عليه أو محاميه طبق ما اقتضاه الفصل 71 المشار إليه.

وحيث طالما لم يحضر المطلوب بالطور الابتدائي ولم يكلف من ينوبه فإن محكمة الحكم المنتقد لما قضت برفض الدعوى لبطلان عريضتها تكون قد اعتمدت على مستندات صحيحة دون خرق أو خطأ في تطبيق القانون مما يتجه معه رد المطعن لخلوه من المستند الصحيح.»

**8- قانون دولي خاص**

**8-1- المقر**

***8-1-1-* مفهوم المقر**

**قرار تعقيبي مدني عدد *42881* صدر بتاريخ *05* أكتوبر *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي بمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«حيث نص الفصل 3 من م ق د خ أنه "تنظر المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الاشخاص مهما كانت جنسيتهم اذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية، كما نص الفصل 4 ايضا انه " تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينها الاطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا اذا

كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية" ويتبين من ذلك ان اختصاص المحاكم التونسية في القانون الدولي الخاص مرتبط اولا بمعيار الاقامة بالبلاد التونسية بقطع النظر عن جنسية الاطراف المتنازعة وثانيا بقبول التقاضي لديها من الاطراف المتنازعة سواء بالاتفاق أو بقبول التقاضي امامها دون اثارة مسالة عدم الاختصاص .

وحيث وإن كانت المعايير موضوعية وواضحة فإن معيار الإقامة حسب النزاع الحالي يثير الإشكال، فهل هي الإقامة الدائمة المستمرة مثلما يدفع به الطاعن دون الإقامة العابرة لفترة زمنية قصيرة؟ وكيف تثبت صفة الإقامة؟ وهل ينعقد اختصاص المحاكم التونسية بمجرد التعريف بالإمضاء على الالتزام بتونس وحصول التنبيه على المدين بالأداء ومخاطبته بواسطة العدل المنفذ بتونس مثلما تمسكت به محكمة الحكم المطعون فيه ؟

وحيث وبالنسبة لمعيار الإقامة، إن كانت دائمة وفق ما ينطبق على المقر طبق الفصل 7 من م م م ت مثلما يدفع به الطاعن؟ أم يجوز ان تكون ولو بصفة عرضية اعتبارا لمكان تحرير الالتزام؟ فالثابت أن المشرع التونسي بالفصل 3 من م ق د خ قد اعتمد معيار الإقامة في صياغة النص باللغة العربية ولكنه اعتمد صيغة المقر في الصياغة الفرنسية DOMICILE، وأمام هذا الاختلاف يقتضي القانون اعتماد الصيغة العربية أي الإقامة وليس المقر ولذلك يكون المطعن بمخالفة الفصل 7 من م م م ت غير وجيه.

وحيث أن المعيار المعتمد الذي اختاره المشرع لضبط اختصاص المحاكم التونسية في النزاعات الدولية هو الاقامة على أساس البحث عن الفاعلية فيما يتعلق بآثار الحكم، فيمكن تنفيذه بالبلاد التونسية لوجود مكاسب بها مثلا، وبذلك فهو لا يفيد مثلما يدفع الطاعن المقر الذي يقتضي توفر ركن العقود والاستقرار وانما الاقامة التي لا تشترط سوى تواجد الشخص المطلوب بالبلاد التونسية عند ابرام الالتزام وهو ما جرى عليه النزاع الحالي فكتب الاعتراف بدين قد تم التعريف عليه بالإمضاء بتونس ببلدية بنعروس وان مباشرة المطالبة بالدين قد بدأت في وقت يقيم فيه المطلوب بالبلاد التونسية فالعدل المنفذ قد نبه على المطلوب بوجوب الاداء وخاطبه بمقره بتونس غمراسن تطاوين بصفة شخصية بما يدعم سلامة موقف محكمة الحكم المطعون فيه.

وحيث ولئن بين الطاعن بان له عنوان اقامة بفرنسا فان ذلك لا يعتد به لأنه يخلق اللبس في ذهن معاقده لتعدد أماكن الاقامة فهي بتونس كما بالعقد وغيره وبفرنسا كما بينه الطاعن مما يقتضي السماح برفع الدعوى أمام المحكمة الداخلية على قاعدة المقر الظاهر للمطلوب.

وحيث واضافة إلى ذلك فقد استندت محكمة الحكم المطعون فيه على الكتب الذي عين فيه المطلوب – الطاعن – اقامته بتونس فقد تضمن كتب الاعتراف بدين أن المدين يقطن بحي ابن عرفة غمراسن وفي ذلك اختيار منه لعنوان اقامته بما يجعل معيار انعقاد اختصاص المحاكم التونسية معيار متوفر في النزاع الحالي مثلما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه عن صواب وتعين بذلك رد الطعن لعد م وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا.»

**8-1-2- المقر المشترك للزوجين**

**قرار تعقيبي شخصي عدد *45292* صدر بتاريخ *27* سبتمبر *2017* عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة شوالي وعضوية المستشارتين السيدتين سهام الصمادحي وبسمة بودن بحضور المدعي العام السيدة مليكة باكير ومساعدة كاتب الجلسة السيد توفيق المناصري.**

«حيث اقتضى الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص وان الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند اقامة الدعوى وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين ان وجد والا تطبق المحكمة قانونها.

حيث من المستقر عليه فقها وفقه قضاء وأن محل الزوجية المشترك هو المحل الذي يقطنان به عادة الزوجين بقطع النظر عن وجه التصرف فيه وحتى إن كان الزوجان مستقرين بمحل والدي أحدهما أو معهما. وبقطع النظر عن مكان عمل أحد الزوجين الذي يضطره للاستقرار بعيدا عن محل الزوجية وزيارته له في فترات مختلفة مثلما هو الحال في هذا النزاع القائم بين زوجين مختلفي الجنسية إذ أن الزوج المعقب والمدعى عليه في الأصل لبناني الجنسية ويعمل بمستشفى في لبنان، في حين أن الزوجة تونسية الجنسية وقد أبرم الزواج في تونس مقيمة بتونس زمن القيام بهذه الدعوى».

**8-2-اختصاص المحاكم التونسية في الدعاوى المتعلقة بالعقود**

**قرار تعقيبي مدني عدد *52686* صدر بتاريخ *02* نوفمبر *2017* عن الدائرة المدنية برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.**

«حيث نص الفصل 5 من م ق د خ تنظر المحاكم التونسية ايضا:

1/في دعاوي المسؤولية المدنية التقصيرية إذا ارتكب 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 اتفاقا على اختصاص 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" ونص الفصل 10 انه "فصل 10-يجب اثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الاصل."

وحيث انه من الثابت ان النزاع بين الطرفين له أصل تعاقدي فهو ناشئ عن فسخ عقد اتفاق على توزيع منتوجات ابرمته الطاعنة مع الشركة الفرنسية .F.L.P.F في سنـ2009ـة وقد تم فسخ هذا العقد من طرفها وعليه فإن مقاضاتها من طرف المدعية في الاصل في طلب التعويض تقوم على اساس القطع التعسفي للعقد الرابط بين الطرفين ويقتضي الفصل 5 من م ق دخ ان الاختصاص في مثل هذه المسائل ينعقد للمحاكم التونسية بالنظر لمكان تنفيذ العقد ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك أي بإسناد الاختصاص لمحكمة اجنبية فيكون المبدأ بذلك هو اختصاص المحاكم التونسية والاستثناء هي المحاكم الاجنبية وهذا الاستثناء يجب ان يكون صريحا أي منصوصا عليه بالعقد وهو ما جرى عليه النزاع في دعوى الحال ذلك ان الشركة الفرنسية تعاقدت مع المعقب ضدها بالعقد المحرر بين الطرفين والذي تضمن بفصله 12 ان الاختصاص فيما يهم تفسير العقد وتنفيذه وانهاءه يخضع لاختصاص المحاكم الموجود بالمقر الاجتماعي للشركة بفرنسا وبالتالي فإن الاتفاق صريح وواضح في اسناد الاختصاص للمحاكم الاجنبية ومنه لا يصح تطبيق المعيار المتعلق بمكان تنفيذ العقد كلما وجد التنصيص الصريح على اسناد الاختصاص لمحكمة اجنبية ولا يعتد بخلاف ذلك مثلما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه التي اعتبرت عن غير صواب ان وجود فواتير تفيد تسلم المدعية المنتوج موضوع التوزيع من الشركة الموجودة بتونس يدل على ان الشركة الموجودة بتونس قد حلت محل الشركة الموجودة بفرنسا وهو استنتاج يخالف اولا اتفاق الطرفين فالعقد تم ابرامه بين المعقب ضدها والشركة الفرنسية دون الشركة الطاعنة والفصل 5 من م ق د خ بخصوص تنفيذ مقتضيات الاتفاق عند التنصيص على اختصاص المحاكم ويخالف مقتضيات تكوين الشخصية المعنوية فلا تحل شركة محل اخرى بالاستنتاج سيما وقد دفعت الطاعنة بان لها سجل تجاري مستقل وبالتالي لها الشخصية المعنوية المستقلة عن الشركة التي ابرمت العقد مع المعقب ضدها وإنما بالصيغ القانونية الواردة بالفصل 408 من م ش ت ومنه لا تنقل الالتزامات وفقا للفصل 199 من م ا ع إلا بالقانون أو الاتفاق».

**9- استعجالي**

**9-1-الخصم من المورد**

**قرار تعقيبي مدني عدد *41260* صدر بتاريخ *30* جوان *2017* عن الدائرة المدنية العاشرة برئاسة السيد الحبيب بالحاج وعضوية المستشارتين السيدتين سرور البرشاني وسهام الشاهد بمحضر المدعى العام السيدة ام العز بن عمران وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.**

«حيث نص الفصل 201 م.م.م.ت. كيفما تم تنقيحه بالقانون عدد 82 لسنة 2002 على انه "يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات بدون مساس بالأصل " وقد دأب واستقر فقه قضاء محكمة التعقيب على تكريس شرط عدم المساس بالأصل في المادة الاستعجالية والذي بخرقه يقع رفض المطلب.

وحيث لما كان من شروط القضاء الاستعجالي عدم المساس بالأصل والاقتصار على اتخاذ تدابير وقتية لحفظ الحقوق الظاهرة المهددة بالتلاشي فان القرار المطعون فيه بتناوله مسائل تهم الاصل وذلك بالبت والحسم في مدى جواز واعتماد شهادة الخصم على المورد كوسيلة لتبرير تبرئة ذمة منه المتسوغة يكون حتما قد خالف مقتضيات الفصل 201 من م م م ت.

وحيث ان النظر في قيمة شهادة الخصم على المورد يستدعي اجراء الابحاث والاستقراءات وتأويل العقد ويؤول إلى انشاء حقوق جديدة لأطراف جديدة لم يشملها لا النزاع ولا العقد وهو ما يخرج عن النزاع عن القضاء الاستعجالي الذي خول له الفصل 201 م.م.م.ت. حفظ الحقوق دون انشائها أو اكسابها وبالتالي فان القرار المطعون فيه جاء مخالفا للقانون خاصة بالبث في مسائل تخرج عن مناط القضاء الاستعجالي كما تم بيانه آنفا مما يتجه معه النقض.»

**9-2- إثبات بداية الكراء يخرج عن مناط القضاء الاستعجالي**

**قرار تعقيبي مدني عدد *45263* صدر بتاريخ *9* ماي *2017* عن الدائرة الثانية برئاسة السيدة رجاء الشواشي وعضوية المستشارين السيدين سنية الدبابي وعلي عواينية بحضور ممثلة الادعاء العام السيدة لطيفة العرفاوي ومساعدة الكاتبة السيدة آمال بن نصر.**

«حيث أن نظر القاضي الاستعجالي يقتصر على النظر في حالات التأكد ودون مساس بأصل الحقوق ايجابا أو عدما أي في الحالات التي لا يقتضي البت فيها تدخل قاض الموضوع.

وحيث أن البت في المطلب الحالي في الخروج لانتهاء المدة يقتضي تحديد بداية سران الكراء.

وحيث ولما كان العقد في قضية الحال هو شفاهي بين الطرفين واختلفا في تحديد بدايته فإن المنازعة في ذلك تصبح جدية ويقتضي الأمر إجراء أبحاث واستقراءات لفصل نقطة الخلاص قبل البت في مطلب الحال مما يجعل المطلب ماسا بالأصل خارج في نطاق تدخل القضاء الاستعجالي.

وحيث أن محكمة القرار المنتقد لما اعتبرت المنازعة في خصوص بداية العلاقة الكرائية لها جانب من الجدية وأن البت في ذلك خارج في نطاق تدخل القاضي الاستعجالي لمساسه بالأصل يكون قد أحسنت تطبيق الفصل 201 م.م.م.ت. وعللت حكمها تعليلا سليما مستمدا مما له المبنى وتعين رد المطعن لعدم وجاهته.»

**9-3- دعوى إرجاع المتسوغ للمكرى**

**قرار تعقيبي مدني عدد *42897* صدر بتاريخ *2017/10/02* عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فاتن بالأمين وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث كان الطلب المرفوع من قبل الطالب في الأصل المعقب ضده الان يستند إلى حكم استعجالي قضى بإلزامه بالخروج ان لم يدفع ما تخلد بذمته من معينات تسويغ و أنه من هذه المثابة يكون حري بهذه المحكمة التأكيد على أن القرار الاستعجالي القاضي بالخروج لعدم الدفع لا يعدو أن يكون إلا وسيلة وقتية لا تنال العلاقة الموضوعية القائمة بين طرفي التداعي ولا تأثير لها على العلاقة التعاقدية التي تظل قائمة ما لم يقع القضاء بفسخها طبق الإجراءات القانونية، فوقوع تنفيذ الحكم الاستعجالي القاضي بالخروج لا يحول دون إرجاع المتسوغ للمكرى خاصة وقد ثبت من الحكم الصادر في مادة الاكرية التجارية في القضية عدد 7599 أنه يستغل بالمكرى أصلا تجاريا لا يمكن أن يُقضى بحرمانه منه ما لم تُتّبع الإجراءات و الأحكام المقررة للغرض ومن ذلك ما اقتضاه الفصل 23 من قانون الاكرية التجارية.»

**9-4- الغرامة التهديدية واختصاص القضاء الاستعجالي**

**قرار تعقيبي مدني عدد *44480* صدر بتاريخ *18* أفريل *2017* عن الدائرة المدنية الثانية برئاسة السيدة رجاء الشواشي وعضوية المستشارين السيدين سنية الدبابي وعلي عواينية وبحضور المدعي العام السيدة لطيفة العرفاوي وبمساعدة الكاتبة السيدة آمال بن نصر.**

«**أولا:** عن الفرع الرابع من المطعن الأول والمتعلق باعتماد الغرامة التهديدية كوسيلة قانونية لحمل المحكوم عليه على تنفيذ الحكم ا لقضائي الصادر ضده:

حيث استندت الطالبة في دعواها وجارتها في ذلك محكمة الموضوع في تسليط غرامة تهديدية على الطاعن حاليا سعيا لإجباره على تنفيذ حكم قضائي صادر ضده إلى أن أحكام الفصل 300 من م.م.م.ت. المتضمن: "إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ التزام بإتمام عمل أو استحال عليه ذلك أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل فإن العدل المنفذ يثبت ذلك من محضر ويحيل ا لقائم بالتتبع على القيام لدى المحكمة ذات النظر بما يسمح به القانون ."

وحيث جاء هذا النص في الجزء الثامن من م.م.م.ت. تحت عنوان "في وسائل التنفيذ" وتحديدا ببابه الأول المتعلق بالأحكام العامة.

وحيث أن موقع هذا النص يدل على انصراف نية المشرع إلى تيسير تنفيذ صنف معين من الأحكام عينها الفصل المذكور يتوقف تنفيذها كليا على فعل المدين بالتنفيذ والحد من تعسف المدين في التصدي لأعمال التنفيذ والتي لا يملك الدائن بالتنفيذ القيام بأي اجراء أو عمل تنفيذ ايجابي صادر عنه لحمل مدينه على الاذعان للحكم القضائي المتضمن إلزامه بالقيام بعمل.

وحيث أن الحكم في الدعوى هو نهاية مطافها ومتى صدر ايجابيا فإنه يرتب التزاما بتنفيذه في جانب المحكوم عليه إذ يعتبر الحكم ناطقا بحقيقة قانونية مؤقتة أو دائمة بحسب طبيعة الدعوى، ويجب أن تأخذ هذه الحقيقة طريقها للتنفيذ بما أباحه القانون إذ "لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له."

وحيث أحال الفصل 300 من م.م.م.ت. الدائن بالتنفيذ في الأحكام المتوقف تنفيذها على الإرادة المنفردة للمدين على المحكمة ذات النظر لجبر مدينه على الاذعان "بما يسمح به القانون"

وحيث أن عبارة "بما يسمح به القانون" لا تفيد قطعا وسائل التنفيذ التقليدية كالعقل ونحوها بالنظر إلى خصوصية الحق المحكوم به قضائيا والذي يتوقف تنزيله على أرض الواقع على مدين محكوم عليه متعنت في الاذعان سالك لكل سبيل يوفر له عدم القيام بالعمل المحكوم به عليه.

وحيث أن طلب الدائن بالتنفيذ من المحكمة تسليط غرامة على مدينه بالتنفيذ لجبره على الإذعان انما تعد مما "يسمح به القانون" وفق تعبير الفصل 300 من م.م.م.ت. خاصة في ظل عدم وجود أي وسيلة اخرى تجبر المحكوم عليه على تنفيذ ما هو مطلوب منه بموجب حكم قضائي.

وحيث أن القول بخلاف ذلك يؤول إلى ترك تنفيذ الأحكام التي تستوجب تدخل المدين بالتنفيذ إلى محض إرادة هذا الأخير.

وحيث أورد الفقيه عبد الرزاق السنهوري في مصنفه الوسيط في شرح القانون المدني بوجه عام -نظرية الالتزام- "أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير مبلغا معينا عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو كل شهر أو أي وحدة أخرى من الزمن أو عن كل مرة يأتي عملا مخلا بالتزامه وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أوإلى أن يمتنع نهائيا عن الاخلال بالالتزام ثم يرجع إلى القضاء بما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها..."

وحيث أن الغرامة التهديدية أو الغرامة اليومية أو غرامة الجبر على التنفيذ أو أيا كانت تسميتها إنما تندرج في إطار ما يسمح به القانون وفق تعبير الفصل 300 من م.م.م.ت. الذي لم يمنعها صراحة أو ضمنيا بدليل أنها مؤسسة غير غائبة في التشريع التونسي إذ نص عليها المشرع في قوانين خاصة مثلما هو الشأن بالنسبة للفصل 401 من مجلة الديوانة.

وحيث أن الفصل 300 من م.م.م.ت. يعتبر الأساس القانوني لكل طلب يرمي إلى جبر المدين بالتنفيذ بالقيام بعمل معين على التنفيذ شأنه في ذلك شأن عدة أنظمة قانونية مقارنة كالقانون الفرنسي الذي نص عليها صراحة بموجب القانون عـ626ـدد المؤرخ في 5 جويلية 1972 المنقح للتقنين المدني بعد أن استقر عمل المحاكم الفرنسية على الأخذ بهذه الغرامة كوسيلة لإجبار الدائن المتعنت على تنفيذ العمل المطلوبة منه وذلك منذ صدور القرار التعقيبي المدني المبدئي عن محكمة التعقيب الفرنسية في هذا الخصوص بتاريخ 29 جانفي 1834 هذا بالإضافة إلى أنظمة قانونية أخرى متعددة كالتقنين المدني المصري في مادتيه 213 و214 والتقنين المدني السوري في مادتيه 214 و215 والتقنين المدني السوري في مادتيه 214 و215 والتقنين المدني لجزائري في المادتين 174 و175 والفصلين 340 و471 من قانون الاجراءات لذات البلد .

وحيث إن دفع الطاعن بأن المشرع التونسي تخلى صراحة عن هذه المؤسسة بموجب صدور مجلة الاجراءات المدنية والتجارية سنة 1959 وعدم إدراجها صراحة صلب التشريع الجديد يدل على تخليه عنها خاصة وإنها كانت مدرجة بالفصل 155 من تقنين الإجراءات المدنية القديم لا يستقيم قانونا إذ ان المنع لابد أن يكون إما صريحا أو بإصدار قانون مناف لها عملا بالفصل 542 من م إ ع والتخلي عنها يكون في اطار النظام القانوني للتنفيذ بتمامه في حين أن المشرع نص عليها صراحة في

بعض المجالات كالفصل 401 من مجلة الديوانة والفصل 49 من القانون عـ36ـدد لسنة 2001 المتعلق بعلامات الصنع والتجارة ولا يمكن للغرامة التهديدية أن تكون جائزة في مواضع وممنوعة من أخرى تتحد في خاصيات حكم المطلوب تنفيذه والمتمثل في الزام المدين بالقيام بعمل .

وحيث يؤخذ مما تقدم أن الغرامة التهديدية أو اليومية من الوسائل القانونية التي لم يمنعها المشرع ومخولة بموجب الفصل 300 منم.م.م.ت. ذلك أن ما لم يمنعه القانون فهو جائز.

عن الفرع الأول من المطعن الأول المتعلق بعدم اختصاص القضاء الاستعجالي:

حيث تمسك الطاعن بأن المحكمة التي عناها الفصل 300 من م.م.م.ت. والتي على "القائم بالتتبع" التوجه إليها هي المحكمة الابتدائية ذات الاختصاص الشامل والعام كما ضبطها ا لفصل 40 من م.م.م.ت. وليس القضاء الاستعجالي.

وحيث يتجه التذكير بداية أن عبارة "المحكمة" الواردة بالفصل 300 المشار إليه جاءت دون حصر أو تقييد لذلك وجب أخذها على اطلاقها وتحديد هذهالمحكمة يؤخذ من موضوع الطلب إن كان ماسا بأصل الحقوق للطرفين من عدمه كما يؤخذ أيضا من مدى تأكده إذ كان يتطلب اجراءات عاجلة أم لا.

حيث حدد الفصل 201 منم.م.م.ت. مجال تدخل القاضي الاستعجالي وجاء بفقرته الأولى ما يلي:"يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات بدون مساس بالأصل."

وحيث نصت هذه الفقرة على انعقاد الولاية الحكمية للقاضي الاستعجالي بتوفر شرطين متلازمين وهما التأكد وعدم المساس بأصل العلاقة بين الطرفين، ومتى توفر هذان الشرطان فإن قاضي العجلة يعتبر مختصا في جميع الحالات التي تعرض عليه عدى ما خرج عن ولايته بنص خاص.

وحيث أن المساس بأصل الحق هو البت فيه وجودا أو عدما.

وحيث أن توظيف غرامة لا تسري إلا في صورة عدم تنفيذ حكم يستوجب تنفيذه تدخل المحكوم عليه لا يكسب حقا ولا يعدمه بل ينزل واقعا حقوقا أكدها وصدر بها حكم قضائي صادر عن قاضي الاصل واجب التنفيذ.

وحيث أن صفة التأكد في الدعوى الحالية تستند إلى الحكم موضوع التنفيذ ذاته والذي أضفى صبغة التأكد على طلب المدعية بدليل إذنه بالتنفيذ الوقتي في خصوص فرعي الابطال والتنزيل.

وحيث لا تتناول قضية الحال المتعلقة بالغرامة الوقتية أي علاقة أصلية بين طرف التداعي إذ لا تغير من مراكزهما القانونية ولا تمنح أي منهما حقا أصليا أو تنزعه عنه إذ يبقى الطاعن دواما مدينا

بالتنفيذ إلى حين إذعانه ثم يصدر حكم في الأصل بأداء الغرامة التهديدية تقدر على اساس معاير مختلفة.

وحيث يؤخذ مما تقدم أن شرطي انعقاد الولاية الحكمية للقاضي الاستعجالي بالنظر في الغرامة التهديدية توفرا وفقا لصريح الفقرة الأولى من الفصل 201 وبات هذا الفرع من المطعن غير وجيه قانونا.»

**9-5- القاضي الإستعجالي وعلامة الصنع**

**قرار تعقيبي مدني عدد *50369* صدر بتاريخ *20* جوان *2017* عن الدائرة المدنية السادسة عشر برئاسة السيدة الهام البناني وعضوية المستشارتين السيدتين مفيدة الصولي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة ليلى الشابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة إسكندر.**

«حيث اشترط الفصل 49 من قانون حماية علامات الصنع والتجارة والخدمات ان الطلب المرفوع من قبل المدعية في الأصل المعقب ضدها الان لا يقبل إلا إذا كانت الدعوى تبدو جدية في الأصل.

وحيث ان نية المشرع كانت واضحة في منح رئيس المحكمة المتعهدة بدعوى تقليد المنتصب للقضاء استعجاليا في دعوى المنع سلطة تقدير جدية الطلب الظاهرية حتى لا يسبق في قضائه حكم محكمة الموضوع .

وحيث ولئن كانت مهمة رئيس المحكمة المتعهدة بدعوى تقليد المنتصب للقضاء استعجاليا في جوهرها توجب عليه عدم التعرض لصميم الحق إلا أن هذا كله لا يمنعه من أن يتناول موضوع الحق ويتطرق إلى النزاع لبحث وجه الجدية فيه على أن يكون بحثه عرضيا يتحسس به ما يحتمل أن يكون هو وجه الصواب في المعروض عليه على أن يظل القضاء الموضوعي ذي نظر في فصل أصل النزاع.

وحيث استبان لمحكمة القرار المطعون فيه ان الطلب يتسم بطابع الجد اعتبارا منها لوجود تشابه بين علامة الخدمة الراجعة للمعقب ضدها الان وعلامة الخدمة الجارية عليها الدعوى من حيث الحروف المكونة لكل واحدة منهما والتلفظ بهما مقرة بإمكانية حصول خلط بينهما في ذهن جمهور الطلبة المعنيين بالدراسة.

وحيث بخصوص عدم اخذ محكمة القرار المطعون فيه بنتيجة الاختبار المنجز من قبل الخبيرين زهير المراكشي ومحمد زبونة فانه غني عن البيان ان راي الخبراء لا يقيد المحكمة وقد ثبت ان محكمة

القرار المطعون فيه قد أسست قضاءها وكونت رأيها على ما ظهر لها من أوراق الملف ومؤيداته واستخلصت النتيجة المتوصل اليها على نحو ما ظهر لها منها ولا تثريب عليها في ذلك».

**10- تحكيم**

**10-1- التخلي عن التحكيم**

**قرار تعقيبي مدني عدد *43671* صدر بتاريخ *30* مارس *2017* عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيدة شادية الصافي وعضوية المستشارتين السيدتين نجوى الغربي ولبنى الرقيق وبمحضر المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.**

«حيث تنعى المعقبة على محكمة القرار المنتقد رد الدفع بالتخلي عن التحكيم دون تناولته بتعليل مستساغ.

وحيث ومن الثابت أن التحكيم يظل إرادي المصدر فمهمتهتقوم إلا متى استندت إلى إرادة الأطراف وبهذه الصيغة فهو يخضع للنظرية العامة للالتزامات والعقود ويعد تبعا لذلك عقد في شروطه وآثاره بما يخول للطرفين التخلي إراديا عن التحكيم طالما أنالإرادة هي التي تؤسس اللجوء إلى التحكيم فإنها كذلك تبرر التنازل عن اللجوء إليه ويتبين التنازل ضمنيا بعدم إثارة الـحريف بعدم الاختصاص أمام القضاء بالشرط التحكيمي.

وحيث خالفت محكمة القرار المطعون فيه ارادة الطرفين حين ردت الدفع بالتخلي عن التحكيم ذلك ان استقراء نية الطرفين من خلال سبق اللجوء إلى محاكم الدولة بناء على طلب من المعقب ضدها لدى القضاء الاستعجالي في عدد من القضايا وكذلك في القضية التجارية عدد 30710 وعدد 31218 في تصحيح اجراءات العقلة التوقيفية وإداء قيمة الاشغال موضوع العقد بما يفيد التخلي الضمني من الطرفين عن الشرط التحكيمي سيما أمام عدم تمسك الطاعنة خلال النزاع المذكور أمام محاكم الدولة بالشرط التحكيمي، فسكوت الطرفين عن إثارة الشرط التحكيمي أمام مـحاكم الدولة وعدم التمسك به أمام القضاء يفيد انصراف نية الطرفين إلى التخلي عن التحكيم فاختصاص محاكم الدولة بالنظر في النزاعات يقضي هيئة التحكيم التي لا يـمكن لـها التعهد إلا بعد إحالة الأطراف عليها من الـمحاكم العدلية طبق ما اوجبه الفصل 52 من مجلة التحكيم الذي اوجب إثارة مسالة التحكيم من احد الأطراف في اجل أقصاه تاريخ تقديـم الـملحوظات الكتابية وبناء على عدم إثارة التحكيم من قبل الطرفين أمام مـحاكم الدولة فان النية قد اتـجهت إلى التنازل عن التحكيم خلافا لـما ارتأته مـحكمة القرار الـمنتقد التي جانب الصواب وعرضت بذلك قضاءها للنقض».

**10-2- الدفع الشكلي بعدم اختصاص هيئة التحكيم**

**قرار تعقيبي عدد *53870/53501* صدر بتاريخ *2017/10/16* عن الدائرة المدنية الأولى برئاسة السيدة نازك كادة وعضوية المستشارتين السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش وبحضور المدعي العام السيدة فاتن بالأمين وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة البرقاوي.**

«حيث يقتضي الأمر ابتداء إرجاع الأمر إلى أصله على نحو مؤداه أن الدفع باختصاص التحكيم الداخلي بالنظر في الدعوى إنما هو من قبيل الدفوع الشكلية غير الماسة بالنظام العام بصريح الفصل 19 من مجلة التحكيم القاضي أنه "إذا رفع أمام المحكمة نزاع منشور أمام هيئة تحكيم بموجب اتفاقية تحكيم فعليها التصريح بعدم اختصاصها بطلب من أحد الأطراف. وإذا لم يسبق لهيئة التحكيم أن تعهدت بالنزاع فعلى المحكمة أيضاً التصريح بعدم اختصاصها ما لم تكن اتفاقية التحكيم واضحة البطلان. وفي كلتا الحالتين لا يجوز للمحكمة التمسك من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص..."

وحيث ولئن لم يحدد المشرع بالفصل متقدم الذكر أجلا لتقديم الدفع المذكور إلا أن حل هذه المسألة يكون من خلال الرجوع لنظام الدفوع الشكلية عموما كيفما أوردتها احكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية وكرسه فقه القضاء وكذلك الفقه.

وحيث إن الدفع باختصاص التحكيم بالنظر - شأنه شأن الدفوع الشكلية غير الماسة بالنظام العام – يكون التمسك به قبل الجواب في الموضوع وإلا سقط الحق فيه.

وحيث ثبت رجوعا إلى مظروفات الملف أن نائب المطلوب في الأصل المعقب الآن تمسك بتقريره المؤرخ في 2011/12/09 باختصاص دائرة الملك التجاري بالنظر في الدعوى ثم بتقريره المؤرخ في 2012/04/27 بضرورة إيداع ملف القضية بكتابة المحكمة إلى حين البت في القضية المدنية عدد 6288 وموضوعها فسخ عقد التسويغ ثم وبعد ورود نتيجة الاختبار تمسك بتقريره المؤرخ في 2013/03/01 باختصاص الهيئة التحكيمية بالنظر في الدعوى.

وحيث ولئن كانت كل الدفوع المبسوطة أعلاه خارجة عن الدفوع الموضوعية وتعتبر بذلك دفوعا شكلية إلا أنه يستروح من التسلسل الزمني في تقديمها أن المعقب الآن ترك التمسك باختصاص الهيئة التحكيمية وأقر باختصاص قضاء الدولة بالنظر في النزاع.

وحيث إن تمسك المعقب بكون دفعه باختصاص التحكيم كان مقدما قبل نقاشه لأصل الدعوى وأن المحكمة قد خالفت الصواب بالالتفات عنه في غير طريقه، ضرورة أنه من المسلم به أن الدفوع

الشكلية تقدم معا حتى يمكن للمحكمة التحري فيها في ابانها وترتيب ما يستوجب عن ذلك، وهذا الموقف أكده فقه قضاء هذه المحكمة إذ اعتبر انه " ولئن لم يحدد المشرع ماهية الدفوع الشكلية ولا تولى حصرها فانه يتضح من استقراء مختلف نصوص مجلة المرافعات المدنية والتجارية أن الهدف من اثارة تلك الدفوع هو الحيلولة دون النظر في موضوع القضية ومن ثم كان أهم ما تمتاز به هو وجوب إبدائها معا قبل الخوض في الأصل." (قرار تعقيبي مدني عدد 11373 مؤرخ في 1985/05/13) وعليه فقد اضحى من المتعين إبداء سائر الدفوع الشكلية معا وقبل الخوض في الاصل والا سقط الحق فيما لم يبدى منها.

وحيث لا تثريب على محكمة القرار المطعون فيه في التفاتها عن الأخذ بالدفع باختصاص الهيئة التحكيمية وكان إقرارها باختصاصها بالنظر ينطوي على تنزيل لصحيح القانون على الدعوى وتعين لذلك رفض المطعنين.»

**11- قانون جزائي وإجراءات جزائية**

**11-1-قانون جزائي عام**

***11-1-1-* الفرق بين الاعمال التحضيرية والشروع في التنفيذ**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *58876* صدر بتاريخ*12* ديسمبر *2017* عن الدائرة السابعة والعشرون برئاسة السيد عادل الأندلسي وعضوية المستشارين السيدين بلقاسم كعوان ومفيدة محجوب وبمحضر المدعي العمومي السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.**

«حيث ينعى المعقب على محكمة الحكم المنتقد المحكمة اعتبار تهمة محاولة تدليس عملة أجنبية غير متوفرة الأركان لعدم توفر ركن الشروع في التنفيذ والحال أن الأوراق التي حجزت عن المعقب ضدهم كانت قابلة للتحويل لعملة أجنبية عند غسلها بمواد كيميائية وأن التحوز بتلك الأوراق والاستعداد لترويجها يعد في حد ذاته شروعا في التنفيذ حاله تدخل أعوان الأمن بإحباطهم للمتهمين من مواصلة العملية الإجرامية.

وحيث لا خلاف أن البحث في مدى تحقق أركان المحاولة الموجبة للعقاب على معنى الفصل 59 من م ج في الأفعال المنسوبة للمتهمين والثابتة في حقهم يعد مسألة قانونية متصلة بالتكييف القانوني السليم للأفعال وإنه ولئن كان في جانب منه متصل بتقدير للوقائع فإن ذلك التقدير غايته بيان انطباق نص قانوني من عدمه وغير متصل بثبوت الجريمة في حد ذاتها أو بركن الإسناد بما يجعل

التكييف القانوني لوقائع تعتبرها المحكمة ثابتة مسألة قانونية تخضع لرقابة هذه المحكمة التي تسهر على حسن تطبيق القانون وتأويله.

وحيث من الثابت بمراجعة القرار الاستئنافي المطعون فيه و ما قام عليه من مستندات أن المحكمة اعتبرت أن ضبط المتهمين وبحوزتهم صندوق حديدي "خزانة coffre-fort" يحتوي على مجموعة كبيرة من الأوراق السوداء من فئة مائة أورو يعتزمون التفويت فيها لأحد الأشخاص بمدينة قابس ليتولى القيام بعملية غسلها بواسطة مواد وأدوات لجعلها قابلة للتداول كعملة مزيفة لا تعد شروعا في التنفيذ وإنما تندرج ضمن الأعمال الاستعدادية للشروع في تزييف تلك العملة بتنفيذ المرحلة الأساسية والهامة لتحقيق عملية التدليس لتضيف المحكمة أنه لم يثبت تحقيق النتيجة الإجرامية والغاية التي سعى لها المتهمون ضرورة أن ملف القضية كان خلو من رأي فني يؤكد أن الأوراق المحجوزة قابلة للتزييف باستعمال مواد كيميائية أو أدوات خاصة بما يجعل حسب اجتهادها الركن الأساسي للمحاولة غير متوفر .

وحيث لا خلاف أن مناط التجريم في المحاولة هو الفصل 59 من م ج الذي جاء فيه أن "كل محاولة لارتكاب جريمة يعاقب مرتكبها بالعقاب المقرّر للجريمة نفسها إذا كان تعطيلها أو عدم حصول القصد منها مسببا عن أمور خارجة عن إرادة فاعلا لجريمة لكن لا يترتب على المحاولة عقاب في كل الصور التي لا توجب الجريمة فيها السجن أكثر من خمسة أعوام إلا إذا نص القانون على خلافه."

وحيث تضمن الفصل المشار إليه توضيحا لركن واحد من أركان المحاولة وهو المتصل بما يعرف بالعدول الإضطراري في حين أبقى الأفعال المكونة للمحاولة نفسها مبهمة ويلفها الغموض وهو ما انكب على تبديده الفقه وفقه القضاء وقد برز في هذا الصدد معيارين لتعريف الأفعال المادية الإيجابية المكونة للمحاولة أحدهما شخصي متصل بثبوت النية والعزم المستقر على ارتكاب الجريمة وثانيهما موضوعي وهو المتجانس أكثر مع عبارة الفصل 59 و خصائص القضاء الجزائي التي تقوم على اليقين و الدليل المادي ويتمثل في اعتبار أن الشروع في التنفيذ يتجسد في القيام بأعمال مادية تؤدي مباشرة وحتما لارتكاب الجريمة وهو ما استقر عليه فقه قضاء هذه المحكمة أي أن تكون هناك رابطة منطقية واضحة وثابتة بين تلك الأفعال و الجريمة المراد ارتكابها و قد بين الفقه هذه الرابطة المنطقية بالقول أن لا يكون للفعل المرتكب من دلالة منطقية أخرى غير تلك التي تربطه بارتكاب الجريمة في حين أن الأعمال التحضيرية الأخرى التي لا تكون هناك رابطة منطقية ثابتة ومحققة بينها و بين

الجريمة المنسوبة للمشتبه بهم لا تعد محاولة موجبة للعقاب و تدخل في خانة الأعمال التحضيرية الخارجة عن إطار التجريم ،كأن يضبط المشتبه به وهو بصدد شراء سكين ويكون في مقدوره تقديم أكثر من تفسير منطقي لشرائه لتلك السكين غير ارتكاب جريمة مفترضة فيكون بذلك شرطي الحتمية و المباشرة في العلاقة بين ذلك الفعل والجريمة الأصلية غير ثابتة ولا يمكن تباعا وصف ذلك الفعل المادي بالمحاولة.

وحيث أنه و بتنزيل هذا التعريف النظري الهام على الوقائع موضوع قضية الحال فإن تولي المتهمين السعي حسب اعترافاتهم المفصلة بحثا و اعترافاتهم على بعضهم تحقيقا في التحوز بتلك الكمية الهامة من أوراق العملة التي شكلت على حالها وضعية أولية لأوراق عملة مزيفة والتي كانت محفوظة بشكل محكم بخزنة حديدية بما يعكس قيمتها وضبطهم من قبل أعوان الضابطة العدلية بصدد نقلها على سيارة لغاية إتمام تصنيعها و تحويلها في شكلها النهائي لعملة أجنبية مزيفة،يشكل لا محالة شروع واضح في تدليس عملة ورقية أجنبية ضرورة أنه ما من تفسير منطقي يبرر حمل المتهمين لتلك الكميات الهامة من تلك العملة بالخزنة الحديدية إلا السعي في تحويلها لعملة ورقية مزيفة أي إتمام عملية تدليسها عن طريق آلة و مواد كيميائيةاعترفوا بحثا أنها موجودة لدى شخص بمدينة قابس .

وحيث أن تلك الأوراق على حالها تمثل مرحلة أولية في تزييف العملة إذ لا يمكن تنفيذ عملية التحويل التي اعتبرتها محكمة الحكم المنتقد بالأساسية إلا بوجود مثل تلك الأوراق في شكلها وحجمها وطبيعة المواد المكونة لها والتي لم يثبت أن لها من استعمال آخر منطقي غير تخصيصها لاحقا بإتمام عمليات كيميائية محددة لعملة ورقية مزيفة من صنف اليورو قابلة للتداول بما يجعل تلك الأوراق على حالها وقبل تحويلها تمثل مرحلة أولى تامة التنفيذ ولازمة لتدليس العملة.

وحيث طالما ثبت بشكل قاطع حسب وقائع الملف أن حمل المتهمين تلك الأوراق لا غاية ترجى من ورائه سوى التحصّل حسب اعتقادهم لاحقا على عملة ورقية مدلسة فإن ذلك يعد شروعها واضحا في تدليس العملة يدخل في خانة المحاولة ويكون موجب للعقاب وأنه لولا إلقاء القبض عليهم من قبل أعوان الضابطة العدلية لكانوا واصلوا مشروعهم الإجرامي وفق تخطيطم بتحويل تلك الأوراق من شكلها البدائي لعملة ورقية مدلسة قابلة للتداول.

وحيث أن ما أضافته المحكمة في تعليل حكمها حول عدم ثبوت الإمكانية الفنية لتحويل تلك العملة حقيقة وخلو الملف من رأي فني في ذلك لتخلص أن تحقيق النتيجة الإجرامية غير محقق ،لا

علاقة له بالأفعال المادية المحققة لأركان الشروع في التنفيذ وأن عدم تحقق النتيجة الإجرامية على فرض اكتشاف المتهمين لاحقا أن تلك الأوراق غير قابلة للتحويل لأي سبب كعدم توفر المواد الكيمائية المخصصة لذلك أو عدم العثور على الشخص المؤهل للقيام بذلك أو فشل عملية التحويل لأي سبب خارج عن إرادتهم فإن ذلك لا ينال من قيام عناصر جريمة المحاولة في جانبهم ولكن بدل أن تكون المحاولة في هذه الحالة من قبيل المحاولة "المعطلة " التي يتوقف تنفيذها على عنصر خارجي خارج عن إرادة الجاني نكون بصدد المحاولة "الخائبة " التي لا تتحقق فيها النتيجة الإجرامية بسبب خارج عن إرادة الجاني و تخطيطه و التي تختلف عن المحاولة المعطلة في كون الجاني يستكمل فيها ارتكاب الركن المادي للجريمة و لكن النتيجة المرجوة منه لا تحقق كالذي يطعن شخص بشكل يجعله يعتقد في وفاته ويغادر مسرح الجريمة من تلقاء نفسه ولكن يقع إسعاف الضحية بشكل ناجع وسريع فينجو من الموت ومع ذلك يبقى اعتداء الجاني مصنفا قانونا بمحاولة قتل ويعاقب عنه رغم كونه لم يحصل عدول اضطراري منه عن إتمام الركن المادي للجريمة وهو ما يعرف بالمحاولة الخائبة و التي تختلف أيضا عن الجريمة المستحيلة .

وحيث أن حديث محكمة الحكم المنتقد عن إمكانية تحويل تلك الأوراق وعدم ثبوت اليقين من تحقيق النتيجة الإجرامية المرجوة، لا تأثير له على فرض صحته في توفر أركان جريمة محاولة تدليس العملة المنسوبة لهم التي تبقى قائمة في حقهم في شكل محاولة خائبة موجبة للعقاب مما أفقد هذا التعليل كل سند من الواقع والقانون.

وحيث تبين مما سبق أن تكييف محكمة الحكم المطعون فيه للوقائع التياعتبرتها ثابتة في جانب المتهمين انطوى على سوء في تطبيق القانون وتحديدا مقتضيات الفصل 59 من م ج بما أكسب طلب نقضه كل سند صحيح وفق أحكام الفصل 258 من م إ ج وتعين الاستجابة له».

***11-1-2- التجنيح***

**قرار تعقيبي جزائي عدد *2016/41046* بتاريخ *2017/02/10* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين شكري كمون وعبد السلام دمق بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث لئن نص الفصل 263 من م.ج أنه "يعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام...

ثالثا- مرتكب السرقة من المستخدم أو الخادم لمخدومه أو لسيده أو لإنسان موجود بدار مخدومه أو سيده"، إلا أن فقه القضاء وجريان عمل المحاكم استقر على انه يمكن وفي بعض الحالات

إعادة تكييف الوصف القانوني للأفعال المنسوبة للمظنون فيه وعدم الأخذ بركن التشديد في الجريمة وهو ما يعبر عنه اصطلاحا بالتجنيح.

وحيث تبنى المشرع التونسي مسألة التجنيح بالمفهوم السابق شرحه لما أقر صلب مجلة حماية الطفل بالفصل 69 أنه يمكن تجنيح كل الجنايات ما عدا جرائم القتل.

وحيث لم يكتفي المشرع بإقرار مبدأ التجنيح وإنما وضع مقاييس لذلك لما أضاف صلب الفصل المذكور انه يراعى في ذلك نوع الجريمة وخطورتها والمصلحة الواقع المس بها وشخصية الطفل وظروف الواقعة.

وحيث مراعاة لحسن سير مرفق العدالة في اتجاه تبسيط إجراءات تعهد المحكمة الجزائية، فإنه لا ضير من اعتماد المعايير الواردة بالفصل 69 من مجلة حماية الطفل في تجنيح الجنايات المنسوبة لغير الأطفال هذا فضلا ع تأثير آلية التجنيح على مستوى تفريد العقوبة بمنح القاضي سلطة للحكم بالعقوبة التي تراها والتي تتماشى وشخصية المحكوم عليه والظروف المحيطة بالجريمة.

وحيث عللت الدائرة المنتقد قرارها بأنه لا مانع من التجنيح باعتبار رفع المضرة وتفاهة المسروق.

وحيث أن قيمة المسروق في جريمة السرقة ولئن كان من بين العناصر المعتمدة في إعادة وصف جريمة السرقة واستبعاد ركن التشديد فيها، إلا أن معايير التجنيح قد تكون متعددة من ذلك استرجاع المسروق واسقاط المتضرر حقه في التتبع وشخصية الجاني كل ذلك على سبيل الذكر. وهو المنحى الذي انتهجه المشرع بالفصل 69 من مجلة حماية الطفل لما اعتبر أنه يراعى في التجنيح نوع الجريمة وخطورتها والمصلحة الواقع المس منها وشخصية الفاعل وظروف الواقعة.

وحيث أن تلك العناصر خاضعة لاجتهاد دائرة الاتهام أو قاضي التحقيق شرط التعليل المستساغ المقبول وذكر الأسباب التي دعت إلى التجنيح.»

***11-1-3-* التناسب بين الفعل والعقوبة**

**قرار تعقيبي جزائي عدد*48836* صدر بتاريخ *15* ديسمبر *2017* عن الدائرة *39* برئاسة السيد المنجي شلغوم وعضوية المستشارين السيدين إبراهيم الحرباوي وحمادي الرحماني بحضور المدعي العام السيد شكري الدردوري ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة ليلى الرياحي.**

«حيث وعن مخالفة القرار وخرقه لأحكام الفصل 49 من الدستور، وذلك لإخلال المحكمة بمبدأ التناسب بين الفعل والعقوبة التي لا يجب عند تنزيلها أن تمس بالحريات الأساسية للفرد.

وحيث يجدر التذكير هنا بأن لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول والمتقاضون متساوون أمام القضاء. (الفقرة الأولى من الفصل 108 من الدستور) كما يجدر التذكير بأن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة.

وحيث لم تأت مستندات الطعن بما يوحي بهتك حقوق الطاعنة من هذه الناحية، إلا أنها تعيب فقط على المحكمة عقابها بعقوبة سالبة للحرية لا تتناسب وما ارتكبته من فعل.

وحيث إن مؤاخذة المعقبة جزائيا حصل من المحكمة بمقتضى نص قانوني سابق الوضع جاء في الباب الأول من الجزء الثاني من المجلة الجزائية المجرّم للاعتداء على الأشخاص أوالحافظ لحرمة النفس والبدن، بما يجعل التعدي عليهما يمثل خطرا يمس الأمن العام وجب زجره أو أخذ الحيطة له بالتهديد بزجره بمقتضى النص السابق الوضع.

وحيث تكون حرية المعقبة قد ضُمنت بمقتضى النص الزجري سابق الوضع، وأما وقد حصل المحظور فإن تنسيب العقوبة وتفريدها هي سلطة أعطاها المشرع لقضاة الأصل يمكن أن تراعي فيها المحكمة بعد التعليل الفعل الواقع لأجله التتبع وظهور ما يحمل على تخفيف العقاب بما لا يتعارض مع القانون وفي حدود الاستثناءات المضبوطة بالنص.»

**11-2- قانون جزائي خاص**

**11-2-1-الموظف بالبنك مؤتمن على ما يقبضه من مال مودع بحساب الحرفاء**

***11-2-2-* تزوير الوثيقة الالكترونية**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *59396* بتاريخ *2017/11/03* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين شكري كمون وسامي الداهش بحضور المدعي العام السيد بديع حكيم ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«أولا : بخصوص واقعة اختلاس مال الحريف.

حيث عللت دائرة القرار تكييف هذا الفعل على معنى الفصل 263 ق. ج، أي كسرقة أجير لمؤجره، بأن أركان تهمة الخيانة لم تتوفر إذ اختلس المتهم كأجير المال المودع لدى البنك مؤجره.

وحيث أنه مع الأخذ باعتماد الدائرة على الفصل 670 من المجلة التجارية المفيد بأن ما يودعه الحريف بالبنك كمال بحسابه يصبح ملك للبنك فإن علاقة المتهم بالبنك أين يباشر عمله لا تقتصر على كونه مجرد أجير بل هو مؤتمن على ماله بعد أن كلفه البنك بالخزينة المالية وبالتعامل مع الحرفاء وقبض المال منهم نيابة عن البنك كمؤجر وهو بتلك الصفة والتكليف مؤتمن على ما يقبضه كمال مودع بحساب الحرفاء ويمثل وينوب مؤجره تجاه الحرفاء : فعلاقة العمل التي تربطه بالبنك لا تحجب صفته كمؤتمن مكلف تتوفر به صفة الفصل 297 ق.ج المشددة في العقاب كمؤتمن على مال من ائتمنه ومستخدم وخادم لديه حسب لفظ نص الفصل 297 فقرة ثانية المنطبق عليه والناص على مؤاخذة من يختلس مالا لم يسلم له إلا لأجل عمل معيّن وبشرط استعماله في غرض معين مع تشديد درجة العقاب إذا كانت فيه صفة الوكيل أو المستخدم أو الخادم أو الأجير لصاحب الشيء المختلس وهي الصفة المتوفرة في المتهم المعقب ضده في ما يربطه بالبنك من علاقة شغل وكُلف بقبض المال في حقه من الحريف الشاكي لأجل غرض معين وهو إيداعه حفظا أو استثماره فاستغل ذلك للاستئثار به خيانة منه مستغلا صفته كأجير بالبنك وتكليفه بقبض المال بالخزينة La caisse وتمثيل البنك في ذلك أمام الحريف وتوفرت من كل ذلك أركان الفصل 297 ق ج وأن في تكييف الدائرة للفعل على خلاف ذلك سوء فهم للواقعة يستدعى إعادة النظر.

ثانيا : عن الفرع الثاني من التتبع والخاص بتزوير الوثيقة البنكية.

حيث عللت الدائرة فيما ينسب للمتهم من تزوير لوثيقة معلوماتية بنكية بأن الركن المادي لجريمة الزور منتفى لأن الشاكي لم يدل بأصل الوثيقة المزورة، كما أن المتهم مزق وأعدم البطاقة التي سحب بها مال الحريف الشاكي بعد الاختلاس بعد أن زور بها إمضائه (عوض توجيهها لإدارة البنك).

وحيث أن بما عللت به الدائرة تناقُضٌ على مستويين: أولهما أنها حمّلت الحريف الشاكي بواجب الإدلاء بأصل الوثيقة المدلسة والحال أنه مجرد حريف للبنك، ورغم أنه تعرض لتزوير إمضائه فإنه يصعب عليه الوصول للوثيقة المدلسة لا أصلا ولا نسخة وأن المتضرر الحقيقي من واقعة التزوير هو البنك لتغيير الحقيقة بوثائقه الرسمية الإدارية كتغيير مضمون بياناته المعلوماتية المخزّنة..

والمستوى الثاني للتناقض أنها حملت الحريف الشاكي بمسؤولية ونتيجة عدم الإدلاء بأصل الوثيقة المزوّرة والحال أنها تؤكد بنفس الحيثية أن أصل ما زوّره المتهم أعدمه طمسا لأثر جرمي وهو تضارب يورث تعليل القرار ضُعفا.

وحيث أن الفصل 172 ق.ج يؤاخذ على كل تغيير متعمد للحقيقة بأي وسيلة كانت بسند ولو كان غير مادّي من وثيقة معلوماتية أو إلكترونية إذا كان موضوع السند إثبات حق أو واقعة لها آثار قانونية ... كما ينص الفصل 453 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود على أن الوثيقة الالكترونية (وهي المقصودة بالفصل 172 ق ج) هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى وتكون ذات محتوى ومفهوم ومحفوظة على حامل الكتروني يمكن من قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة...".

وحيث تعلقت وقائع تتبع الحال بتغيير متعمد للحقيقة بمعلومات وبيانات بنكية مخزّنة الكترونيا ومعلوماتيا (حسب الدراج عملا بإدارة البنوك)، فلا يتوقف الأمر على الكتب وأصله بالشكل المادي فيؤخذ بالتالي بالزور بمعناه المتسع الحديث وليس بمعناه التقليدي المختصر في الكتائب الخطية أو المرقونة المادية.

وحيث أن في دمج الدائرة بقرارها لتهمة التدليس مع تهمة اختلاس المال وقولها بأن الركن المادي لجريمة الزور منتفي فيه سوء فهم للوقائع وإهمال لجانب هام من الأفعال المرتكبة والتي أنتجها البحث وسوء تطبيق للقانون بفصليه 172 ق .ج و 453 مكرر م إ ع، ففي تعمد المعقب ضده سحب مال الحريف المؤتمن عليه نيابة عن البنك واستغلال صفته وتكليفه بمهمة الخزينة والقبض لتغيير الحقيقة بالبيانات والمعلومات المخزونة الكترونيا ومعلوماتيا وإعلاميا وإجراء السحب باطلا نيابة عن الحريف لاختلاس ما أودعه ومغالطة إدارة مؤجره كل ذلك يوفر في جانبه أركان جريمة الزور على معنى الفصلين 172 ق ح – 453 مكرر م ا ع وأضحى ما عللت به الدائرة في هذا الفرع نقضها لقرار ختم البحث (المصرح عن صواب بقيام أركان التهمتين معا) ضعيفا وخارقا للقانون ويستلزم إعادة النظر بعد النقض.»

***11-2-3-* أركان جريمة غسل الأموال**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *53578* بتاريخ *2017/05/05* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين عبد السلام دمق وشكري كمون بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث أن ما جاء بسند القرار المنتقد من تعريف لجريمة غسل الأموال المنسوبة للمتهمين يكفي لتوضيح عناصرها باعتبارها جريمة ترتبط بالفساد بالمفهوم الواسع العام، فهي عملية تهدف لإضفاء مظهر الشرعية على أموال تم الحصول عليها من مصدر غير مشروع وأن قيامها يقتضي وجود

جريمة سابقة أصلية أو أولية نتجت عنها أموال (أو عائدات). فتهمة غسل الأموال هي وسيلة تصريف وطريقة انتفاع بالمال المتحصّل عليه من نشاط إجرامي ومشبوه.

حيث لئن كانت جريمة غسل الأموال تقتضي وجود جريمة أصلية سابقة لها تكون مصدرا غير مشروع للمال، أي أن الأموال غير النظيفة تكون آتية من جرائم جزائية، فإن ذلك لا يستوجب وجود إدانة جزائية سابقة وصريحة للجريمة الأصلية بل يكفي إثبات أن المال الممسوك متحصل عليه من جريمة. ويعد هذا الشرط بمثابة الركن الثالث الخاص بجريمة غسل الأموال (إلى جانب الركنين التقليديين المادي والمعنوي...).

وحيث استخلصت الدائرة بالصفحة الأخيرة من قرارها توفر هذا الركن من تعمد المتهمين مخالفة وخرق أحكام وتراتيب قانونَي الديوانة والصرف والتجارة الخارجية بعدم تصريحهما بما وَرَّداه خفية كعملة كعدم المرور بالوسيط المالي المعترف به وهي بلا شك جرائم جزائية قائمة.

وحيث أن ما عللت به الدائرة قرارها يتناسق مع أحكام الفصل 92 من قانون 07 أوت 2015 المعرف لجريمة غسل الأموال بالفعل القصدي الهادف بأي وسيلة كانت للتبرير الكاذب للمصدر غير المشروع للأموال، ويُعَرّف عدم شرعية المصدر بكونه متأتي من جناية أو جنحة أو الجنحة المعاقب عليها بمجلة الديوانة وهي الصورة المنطبقة على واقعة الحال مع التأكيد على ما قيل آنفا من عدم اشتراط القانون لإدانة سابقة في الجريمة الأصلية بل يكفي إثبات وجود الخرق والمخالفة للقانون الجزائي بما يشكل عملا إجراميا كان مصدرا وسببا للأموال موضوع الغسل، أي أن تقوم الحجة بجميع الوسائل على ارتكاب جريمة اصلية دون الحاجة للقطع بها بحكم قضائي سابق أو مزامن لتهمة الغسل.

وحيث تعرضت الدائرة بسند قرارها لركني الجريمة المادي والمعنوي وبينت توفرهما بواقعة الحال فيما نسب للمتهمين وتناسق ذلك مع القانون بالفصل 92 من قانون 07 أوت 2015 ومع التعريف الفقهي والقضائي للتهمة باعتبار أن الركن المادي لجريمة غسل الأموال هو ما تتجسم به في الظاهر من أفعال وآثار (أي المظهر الخارجي الذي تبرز به واقعا) وأن ركنها المعنوي والقصدي هو الإرادة والعلم بارتكابها وسوء النية فيها لكونها جريمة إرادية قصدية يشترط لقيامها العلم بالمصدر غير الشرعي للأموال المزمع إدماجها غسلا (إذ تمر جريمة غسل المال بثلاث مراحل تلخص في :

1- توظيف المال son placement أي إدخال المال في النظام المالي القانوني ليتخلص حائز المال من الموقع والبلد الأصلي.

2- التمويه : أي بنقل المال وتبادله ضمن النظام المالي القانوني (ويقع عادة بعمليات صرفية على الودائع).

3- وأخيرا الإدماج Intégration : أي دمج المال نهائيا في المال المشروع لإخفاء مصدره القذر. (ويستنتج هذا الركن المعنوي من الظروف الواقعية.)

وحيث استخلصت الدائرة قيام الحجة الكافية على اتهام المتهمين بجريمة غسل الأموال من الشبهة في ظروف نقل العملة الأجنبية بحقيبة خفية وشحنها جوا وإدخالها للتراب التونسي تحت هوية مزيفة ومن غياب كل أثر لأي تعامل تجاري كسبب ومصدر لها بدفاتر الجمارك التركية ولم تأخذ الدائرة ولم تقتنع بما قدمه المتهمان كمؤيد للإيهام بالاتجار مع أطراف تركية لوجود الشك الكبير في سلامة ما أُدلي به.

وحيث كان التعليل الواقعي للاتهام بالقرار المنتقد متناسقا مع نص القانون بالفصل 92 وما يليه من قانون 7 أوت 2015 الذي يخول إثبات عدم شرعية المال بجميع الأدلة والقرائن كانسجام ذلك الاستنتاج مع اتجاه فقه القضاء المقارن (فقه القضاء الفرنسي لسنة 2013) نحو تسهيل الإثبات في هذا النوع من الجرائم من ذلك الاتجاه نحو قلب عبئ الإثبات في التتبع لأجل جريمة غسل المال بمطالبة المظنون فيه بإثبات شرعية مصدر ما بحوزته من مال وفي صورة عجزه تقوم قرينة على الارتكاب.»

***11-2-5-* إعادة تكييف الأفعال**

***11-2-6-* الجريمة الجماعية**

**قرار تعقيبي جزائي عدد*54837*صدر بتاريخ *17* أكتوبر *2017* عن الدائرة السابعة والعشرون برئاسة السيد عادل الأندلسي وعضوية** المستشارين **السيدين بلقاسم كعوان ومفيدة محجوب وبمحضر المدعي العمومي السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.**

«حيث عاب المعقب على محكمة الحكم المنتقد إعادة تكييف الأفعال المنسوبة للمتهم من محاولة القتل العمد طبق نص قرار الإحالة إلى تهمة الاعتداء بالعنف الشديد المجرد مناط الفصل

218 من م ج إهمالا منها للقرائن الدالة على توفر نية القتل التي حواها الملف والمتمثلة في الوسيلة المستعملة في الاعتداء وتعدد الضربات ومكان الإصابة.

وحيث ولئن كان إعادة تكييف الأفعال المنسوبة للمتهم والتي تقرر المحكمة أنها ثابتة في حقه ينصب في صميم اختصاصها وسلطتها في تقدير الوقائع المعروضة لها وترتيب النتائج القانونية على ذلك التقدير وصولا للبت وإصدار الحكم دون رقابة عليها في ذلك من قبل محكمة القانون فإن ذلك يبقى مرهونا بإلمام ذلك الاجتهاد بجميع عناصر الملف وتقديمه في إطار تعليل مستساغ لا ينطوي على أي مخالفة للقانون أو تحريف لمظروفات الملف.

وحيث تبين في هذا الصدد أن المحكمة عللت حكمها في خصوص إعادة تكييف الأفعال المنسوبة للمتهم المعقب ضده بعدم ثبوت صدور فعل قاتل عنه ضرورة أنه ثبت لديها من خلال تصريحات المتضرر والإعتراف الجزئي للمتهم المعقب ضده وتصريحات المتهم منتصر أن المتضرر تلقى طعنات متلاحقة من المعقب ضده والمتهم م. و لا يمكن نسبة الطعنة التي أكد الطب الشرعي أنها كانت من الممكن أن تؤدي للوفاة لولا التدخل الطبي العاجل للمتهم المعقب ضده دون غيره وهو ما انتهى بها إلى إعادة تكييف الأفعال الصادرة عنه إلى الإعتداء بالعنف الشديد المجرد بدل محاولة القتل العمد.

وحيث ينطوي هذا التعليل في ذاته على الإقرار بتوفر نية القتل و صدور فعل مادي قاتل أثناء عملية الهجوم على المتضرر الطفل أ. والتي حصلت أساسا من قبل المعقب ضده و المتهم م. بالتداول عليه بطعنه طعنات متعددة بآلة حادة كادت أحداها أن تؤدي للوفاة لكن المحكمة اعتبرت طالما أنه لا يمكن معرفة الطعنة الأخطر على من صدرت تحديدا فإنه لا يمكن الجزم بتوفر أركان جريمة قرار الإحالة في هذا المتهم أو ذاك .

وحيث أن هذا التعليل على وجاهته المبدئية أهمل عنصرا واقعيا هاما خص وقائع ملف قضية الحال له تأثير في تقدير ركن الإسناد الذي أسست عليه المحكمة قضاءها ضرورة أن فعل الإعتداء لم يكن صادرا من شخص واحد وإنما كان من شخصين تشاركا معا في وقت واحد و متزامن في الإعتداء بشكل وحشي على المتضرر وتسديد عدة طعنات له من نفس السلاح الذي كانا باعترافهما يتبادلانه بينهما بما يؤكد أنهما كانا ينفذان مشروعا إجراميا واحدا و ساهم كل واحد منهما في تحقيقه بطريقة ما و ما كان ذلك المشروع أن يحقق بتلك الطريقة لولا تجمعهما في تلك اللحظة وتقاررهما الضمني على الإعتداء بتلك الطريقة على المتضرر .

وحيث نظرا لخطورة الجرائم المرتكبة في آن واحد من أكثر من شخص من حيث الأضرار التي تلحق الضحية و صداها في المجتمع وما يصاحبها عادة من صعوبة في إثبات ماهية الإعتداءات التي صدرت عن كل فاعل على حدة فإن الفقه و فقه القضاء المقارن بفرنسا مثلا ووعيا منه بسهولة الإفلات من العقاب في صورة التقيد بشخصية الفعل في تحديد المسؤولية الجزائية على خلاف الجرائم المرتكبة من فاعل واحد ،ابتدع مفهوم "الجريمة الجماعية"" Infraction collective" وهو مصطلح مختلف عن مفهوم الوفاق و المشاركة وهي جريمة ترتكب بجميع أركانها حينا من طرف مجموعة من الأفراد كفاعلين أصلين و لكن يصعب بيان ماهية الأفعال التي صدرت تحديدا عن كل طرف و أيا منها كان سببا مباشرا في تحقيق النتيجة الإجرامية وقد ذهب فقه القضاء الفرنسي في هذا الصدد مثلا في قضية فقد فيها طفل حياته نتيجة إصابته بطلق ناري من بندقية حربية تداول على استعمالها شخصان لتعلم الرماية ومع صعوبة تحديد أي منهما أصاب الطفل إلى تحميلهما معا بتبعات موت الطفل جزائيا بمقولة أنهما "ساهما معا من خلال قلة حيطتهما وعدم انتباههما المشترك في خلق خطر محدق تحققت نتيجته".(القرار عــ426-93-77ـدد صادر عن الدائرة الجزائية بتاريخ 19 ماي 1978).

وحيث أخذا بعين الإعتبار لهذا المعطى الواقعي المتمثل في تعدد المعتدين على المتضرر في قضية الحال فإنه كان على المحكمة تقدير أنه حتى لو صدرت طعنات غير قاتلة عن أحدهم فإنها ساهمت بشكل أو بآخر في إضعاف دفاع الضحية بما ساعد المعتدي الآخر على الطعن بمكان قاتل كما أنه من جهة أخرى فإن إصابة الضحية بمكان غير قاتل بطبعه من قبل أحد المعتدين في مثل تلك الظروف لا ينف آليا توفر نية القتل لديه لأن استهداف الضحية بمكان قاتل في ذهن الجاني أثناء توجيه السلاح أمر وارد ولكن دفاع الضحية و التشابك معه ومع المتهم الأخر شريكه في الإعتداء قد يحول أحيانا دون أن يصل السلاح لمكان التسديد ويصيب بدل عن ذلك ساق الضحية أو كتفه على غرار الطعنات التي أصابت المتضرر وذلك خلافا لمقصد القاتل بما يفضي للقول أنه ولو مع ثبوت أن الإصابات الغير قاتلة بكتف المتضرر أو برجله صدرت عن متهم معين فإن ذلك لا يمكن أن يمثل دليلا قاطعا على انتفاء نية القتل لديه .

وحيث أن تكاتف متهمين على الطفل المتضرر الأعزل بتلك الطريقة مع متهم ثالث بالغ والإعتداء عليه بالعنف ثم التعاون بينهما في تسديد طعنات متعددة بجسمه بصفة متلاحقة بواسطة سلاح قاتل بطبيعته و بشكل مقصود وعدم وقف الإعتداء إلا عندما خارت قوى الضحية و توقف عن مقاومتهما حسب تصريحاتهما والحال أنه قد أغمي عليه حينها، يجعلهما في تلك اللحظة على يقين من أن اعتدائهما

ذاك وبتلك الطريقة ومع السلاح المعتمد من شأنه أن يؤدي لوفاة المتضرر وإصرارهما على ذلك يعكس توفر نية القتل لديهما وانخراطهما معا في تحقيق تلك النية بغض النظر إن كانت الطعنة التي كانت من الممكن أن تؤدي للوفاة صدرت واقعا عن هذا المتهم أو ذاك ضرورة أن الطعن بمكان غير قاتل في مثل هذه الوضعيات لا ينف بصورة آلية توفر القصد الجنائي الخاص في إزهاق روح الضحية بل يعزى لعدة عناصر واقعية خارجة عن إرادة الجاني كما لا ينف مساهمة تلك الطعنات ولو بمكان غير قاتل في تحقيق المشروع الإجرامي المستهدف والموحد للمعتدين وهو الطعن بشكل يؤدي للوفاة عن طريق إضعاف دفاعات الضحية و تسهيل تواصل عمليات الطعن .

وحيث أن محكمة الحكم المنتقد أهملت خاصيات وقائع الإعتداء الذي تعرض له الطفل المتضرر وخطورته على حياته الناجمة عن تعدد المعتدين وتآزرهم عليه وطريقة الإعتداء والتي مثلت في حد ذاتها قرائن تثبت توفر نية القتل لديهما بغض النظر عن التوصل لإثبات من صدرت عنه الطعنة القاتلة تحديدا وهو ما شاب حكمها بضعف في التعليل موجب للنقض.

وحيث علاوة على ذلك فإن المحكمة فضلا على إهمال اجتهادها في إعادة تكييف الوقائع الثابتة بالملف فإنه انطوى على مخالفة للقانون ضرورة وعلى فرض الإقرار بانتفاء نية القتل لدى الجاني فإن إعادة تكييف الأفعال يجب أن يكون مطابقا للقانون ولما حواه الملف من عناصر ثابتة ذلك أنه تبين بمراجعة تقرير الاختبار الطبي المحرر من الحكيم الشرعي تنفيذا للمأمورية الصادرة له عن قلم التحقيق أن الإعتداء الذي تعرض له الطفل م. فضلا على ما شكله من خطورة على حياته فإنه خلف له سقوط جزئي مستمر قدره الحكيم بـ10 بالمائة بما يمنع من تأويل الإعتداء عليه من قبيل العنف الشديد المجرد كما ذهبت لذلك محكمة الحكم المنتقد التي أهملت مضمون ذلك الاختبار وكان عليها في أدنى الحالات اعتبار ما صدر عن المتهم من قبيل العنف الشديد الناجم عنه سقوط نسبته أقل من 20 بالمائة مناط الفصل 219 من المجلة الجزائية و طالما لم تفعل فإن إعادة تكييفها للوقائع انطوى على مخالفة للقانون مستمدة من تطبيق نص قانوني على وقائع يتحقق فيها شروط تطبيق نص قانوني آخر لجريمة أشد دون تعليل سبب ذلك.

وحيث تضمن الحكم المطعون فيه لذلك مخالفة للقانون مستمدة من مخالفة الفصل 168 من م إ ج الذي يوجب تعليل الحكم من الناحتين الواقعية والقانونية دون تحريف أو سهو بشكل يعكس اجتهاد ملم وجامع لمظروفات الملف عن تبصر وتدقيق ويحقق اقتناع المتلقي بعدالة الحكم فضلا على مخالفته للقانون المستمدة من سوء تطبيق نص جريمة إعادة التكييف بالنظر للعناصر الثابتة

التي حواها الملف بما أكسب طلب نقضه كل سند صحيح واتجه نقضه على ذلك الأساس إعمالا لأحكام الفصل 258 من م إ ج.»

***11-2-7-* الفرق بين التحرش الجنسي والاعتداء بفعل الفاحشة**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *48277* صدر بتاريخ *07* نوفمبر *2017* عن الدائرة السابعة والعشرون برئاسة السيد عادل الأندلسي وعضوية المستشارين السيدين بلقاسم كعوان ومفيدة محجوب وبمحضر المدعي العمومي السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي**

«حيث عاب المعقب على محكمة الحكم المنتقد إعادة تكييف الأفعال المنسوبة للمتهم والثابتة في حقه من جريمة نص الإحالة وهي الاعتداء بفعل الفاحشة على أنثى بدون رضاها سنها دون الثمانية عشر عاما كاملة وممن له سلطة عليها طبق أحكام الفصلين 228و229 من القانون الجزائي إلى جريمة التحرش الجنسي على معنى أحكام الفصل 226 ثالثا من المجلة الجزائية دون أي تعليل لكيفية انطباق الوقائع على جريمة التحرش الجنسي دون جريمة الإعتداء بفعل الفاحشة.

وحيث و لئن كان إعادة تكييف الأفعال المنسوبة للمتهم بعد تقرير كونها ثابتة في حقه ينصب في صميم سلطات محاكم الأصل في تقدير الوقائع واستخلاص النتائج القانونية منها وصولا للبت وإصدار الحكم المحقق للعدل من خلال الموازنة بين حق المجتمع و الضحية في تحقيق المسائلة ورد الاعتبارو حق المتهم في ضمان تمتيعه بمحاكمة عادلة وتسليط العقاب المناسب للفعل المرتكب دون تشفي أو إفراط وفي إطار المبدأ القائل أن المحكمة تتعهد بالوقائع لا بالإطار القانوني الذي أصبغه قلم الادعاء على تلك الوقائع، فإن ذلك يبقى مرهونا بإلمام ذلك الاجتهاد بجميع عناصر الملف وتقديمه في إطار تعليل مستساغ لا ينطوي على أي مخالفة للقانون أو تحريف لمظروفات الملف .

وحيث تبين باستقراء القرار الاستئنافي المطعون فيه وما انبنى عليه من مستندات أن المحكمة اكتفت في باب تعليل إعادة تكييفها للأفعال بالتذكير بنص جريمة التحرش الجنسي على معنى الفصل 226 ثالثا دون أن تبين كيفية انطباقها على الوقائع الثابتة في جانب المتهم كما أنها لم تبين وهو الأهم كيف أن جريمة الإعتداء بفعل الفاحشة الموجهة على هذا الأخير من قبل دائرة الإتهام لا تتحقق أركانها في جانبه وسبب استبعاد ذلك التكييف القانوني الصادر عن الجهة الممثلة للادعاءوالتحقيق وهو ما يصم حكمها بضعف تعليل مخل.

وحيث وبغض النظر عن وهن التعليل المؤسس للحكم فإن موضوع الاجتهاد في حد ذاته كان منطو على سوء تطبيق القانون وذلك على النحو التالي:

حيث تبين أن المحكمة أقرت بثبوت تعمد المتهم الذي يعمل حارس بمدرسة تلمس البنت المتضررة من صدرها وتحديدا من ثدييها في عدة مناسبات وقرصها وذلك خلسة لما كانت بصدد انتظار والدتها للعودة بها بقرب من غرفة توجد بالباب الخلفي للمدرسة الذي لا يخرج منه جميع التلاميذ كما ثبت من تقرير الطب الشرعي للحكيم كمال سوقير أن البنت المتضررة التي كانت تبلغ من العمر بتاريخ الواقعة عشر سنوات تحمل علامات البلوغ من نمو الثديين وظهور الشعر في مناطق العفة.

وحيث أن تحديد التكييف القانوني السليم لتلك الوقائع يقتضي استعراض المحكمة لتعريف وخصائص كل من جريمة الإعتداء بفعل الفاحشة وجريمة التحرش الجنسي وبيان أيهما تحقق أركانه في تلك الوقائع.

وحيث من الثابت من حرفية الفصل 228 من م ج أن المشرع لم يعطي أي تعريف لفعل الإعتداء بفعل الفاحشة باستثناء تحديد العقاب وبيان ظروف التشديد و قد تكفل لذلك فقه القضاء بتقديم هذا التعريف وفي هذا السياق صدر قرار عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب تحت عدد 6417 مؤرخ في 16 جوان 1969 جاء فيه : "الفعل الفاحش الذي جاء بعقابه الفصل 228 قانون جزائي هو كل فعل مناف للحياء يقع قصدا أو مباشرة على جسم الذكر والأنثى أو على عورتهما "وهو تعريف أقره فقه القضاء لاحقا في عدة قرارات في اعتبار أن الفعل الفاحش يجب أن يسلط على جسد المجني عليه مباشرة فيخدش عاطفة الحياء عنده ومن الضروري أن يكون الفعل ماسا بجسم المتضرر وهو ما يميز هذه الجريمة عن بعض الإعتداءات الجنسية الأخرى وقد أكد فقه قضاء هذه المحكمة هذه الخاصية ضمن القرار عدد 50370 المؤرخ في 26 جوان 1996 عند ما رأت المحكمة أنه يكفي لقيام جريمة الإعتداء بفعل الفاحشة مجرد "اللمس و التلمس"ولكن يجب أن يكون ذلك بشكل يخدش عاطفة الحياء لأن الفقه مستقر على أن هذه الجريمة تنطوي على مس بعرض المتضرر حتى أنها تسمى في أغلب البلدان العربية بجريمة هتك العرض وقد حاول فقه القضاء التوسع في تقدير الأفعال الداخلة في الإعتداء بفعل الفاحشة و التي لم تقتصر على لمس العورة وحتى مجرد الكشف عنها وكان ذلك في إطار مزيد حماية المتضررين و خاصة الأطفال منهم لعجزهم عن تقدير قيمة الإعتداء المسلط عليهم ومؤثراته النفسية الخطيرة عليهم في مستقبل حياتهم و عدم قدرتهم على حماية أنفسهم أو وقف الإعتداء كما هو في ملف قضية الحال، فاعتبر أن الفعل الفاحش هو كل فعل مناف للآداب ويمتد لجسم المتضرر وترك أمر تقدير عنصر الإخلال بالحياء لقاضي الموضوع حسب ظروف الواقعة .

وحيث خلافا لذلك فقد عرف المشرع بالفصل 226 ثالثا جريمة التحرش الجنسي و الذي جاء فيه "يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها ثلاثة آلاف دينار مرتكب التحرّش الجنسي ويعد تحرّشا جنسيا كل إمعان في مضايقة الغير بتكرار أفعال أوأقوال أو إشارات من شأنها أن تنال من كرامته أوتخدش حياءه وذلك بغاية حمله على الاستجابة لرغباته أورغبات غيره الجنسية أو بممارسة ضغوط عليه من شأنه إضعاف إرادته على التصدّي لتلك الرغبات. ويضاعف العقاب إذا ارتكبت الجريمة ضد طفل أو غيره من الأشخاص المستهدفين بصفة خاصة بسبب قصور ذهني أو بدني يعوق تصدّيهم للجاني ولا تحول العقوبات المقررة بالفصلين المتقدمين دون تطبيق العقوبات الأشد المستوجبة لغيرها من الجرائم ولايجري التتبع في جريمة التحرّش الجنسي إلا بطلب من النيابة العمومية بناء على شكاية من المتضرر . وفي صورة صدور قرار بأن لا وجه للتتبع أو إذا صدر الحكم بعدم سماع الدعوى العمومية جاز للمشتكى به أن يطلب التعويض عن الضرر الحاصل له دون أن يمنع ذلك عند الاقتضاء من تتبع الشاكي من أجل الإدعاء بالباطل".

وحيث يؤخذ من هذا التعريف القانوني للجريمة أنها مختلفة اختلافا كليا عن جريمة الإعتداء بفعل الفاحشة من حيث الشروط والعقاب و حتى على مستوى الإجراءات ذلك أن هذه الجريمة تتجسد في تكرار الجاني لأفعال وأقوال تهدف لإجبار الضحية على الاستجابة لرغباته الجنسية عن طريق إضعاف إرادته أي أن هذه الجريمة تتعلق في ذاتها بتجريم سعي غير مشروع من قبل الجاني للوصول لإشباع رغبة جنسية معينة تحقق عند استجابة الضحية لذلك الضغط و انهيار دفاعاته بحكم التكرار و التعدد ولذلك لا تفترض هذه الجريمة اعتداء مباشر على جسم الضحية لأن في ارتكاب فعل اللمس و التلمس يتحقق إشباع مباشر لرغبة جنسية وهو ما يشكل جريمة مفاحشة ولكن جريمة التحرش تقوم على تكرر أفعال أو أقوال لا تتصل بجسم المتضرر و لكنها تهدف للوصول لتحقيق رغبات جنسية للفاعل وجاء في هذا الإطار تعريف التحرش الجنسي المتعمد من قبل منظمة الصحة العالمية و الأمم المتحدة من كونه يمثل "كل سلوك له إيحاءات جنسية غير مرحب بها من قبل الطرف الآخر و يشمل أيضا طلب خدمات جنسية أو تصرفات ذات طابع جنسي ويمكن أن يكون عبر الكلام أو النظرات أو عرض مواد جنسية في مكان العمل بحيث يراها الطرف المستهدف."

وحيث تتميز لذلك جريمة التحرش بالجنسي بكون بداية الأقوال و الأفعال الصادرة عن الجاني لا تتسلط مباشرة على جسم الضحية و تكرر تلك الأفعال بشكل فيه استنزاف لإرادة الرفض عند الطرف الآخر وبشكل مخل بالحياء لحمل الضحية على الرضوخ للرغبات الجنسية للجاني ولذلك يمكن أن تكون جريمة التحرش الجنسي هي وسيلة تحقيق اعتداء جنسي آخر وفي هذا السياق اعتبر المشرع

بالفصل 226 ثالثا أنه لاتحول العقوبات ا لمقررة لجريمة التحرش من تطبيق العقوبات الأشد لجرائم اعتداء أخرى دون إمكانية تطبيق توارد موضوعي بينهما لأن السعي الغير مشروع في تحقيق اعتداء جنسي كان بدوره محل تجريم في شكل جريمة التحرش الجنسي، فضلا على أن التتبع في جريمة التحرش الجنسي لا تكون إلا بطلب من الضحية خلافا لجريمة الإعتداء بفعل الفاحشة الذي بحكم خطورته يسترجع فيه الحق العام سلطته في إثارة الدعوى العمومية و تتبعها .

وحيث تأسيسا على ما تقدم لا يمكن مطلقا وصف الأفعال التي تجسدت في لمس المتهم لثدي الضحية التلميذة ذات العشر سنوات في عدة مناسبات وقرصها جريمة تحرش جنسي ضرورة أن تسلطت مباشرة على جسمها و ترجمت في إشباع رغبة جنسية حينية وبشكل يخدش عاطفة الحياء عندها و إنما هو فعل اكتملت فيه شروط جريمة الإعتداء بفعل الفاحشة على أنثى لم تبلغ سن التمييز القانوني داخل حرم المدرسة المفترض كونها مكان تلقي العلم ومكارم الأخلاق ومن قبل حارس المدرسة وهو شخص متاح له بحكم عمله الإحتكاك بعديد من الأطفال وأن أي إنحراف سلوكي في شخصيته قد تكون له آثار كارثية على جيل بأكمله.

وحيث وكان على المحكمة عند إعادة تكييفها للأفعال الأخذ بعين الإعتبار لجميع هذه المعطيات فضلا على حرصها على تطبيق القانون التطبيق السليم وبيان أركان كل جريمة وإسقاطها على الوقائع الأمر الذي خلى منه حكمها إذ فضلا على غياب أي تعليل منطقي ومستساغ لاجتهادها في إعادة تكييفها الأفعال فأنه انطوى على مخالفة للقانون وسوء تطبيقهبما أكسب طلب النقض كل سند صحيح واتجه نقض على ذلك الأساس إعمالا لأحكام الفصل 258 من م إ ج».

***11-2-8-* الجريمة المثارة**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *58833* صدر بتاريخ *28* نوفمبر *2017* عن الدائرة السابعة والعشرون برئاسة السيد عادل الأندلسي وعضوية المستشارين السيدين بلقاسم كعوان ومفيدة محجوب وبمحضر المدعي العمومي السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.**

«في المطعن المتصل ببطلان الإجراءات بسبب خرق الفصول 9 و33 و53 و69 و150 و152 من م إ ج.

حيث قام هذا المطعن على الدفع ببطلان الكمين الذي نصبه أعوان الضابطة العدلية بالتنسيق مع النيابة العمومية لضبط المتهم المعقب وهو يقبض مبلغ ألف دينار من عند الشاكي وأسس للحكم بالإدانة وذلك بمقولة أن ذلك الكمين جعل الجريمة المنسوبة للمتهم وعلى فرض ثبوتها جريمة مثارة

ذلك أنه لولا هذا الكمين الذي أحبك باحث البداية نصبه لما تم القبض على المتهم متلبسا ولما وقعت إدانته في قضية الحال. وأن المعقب كان ضحية الكمين وذلك بجره وحثه واستدراجه إلى ارتكاب الجرم المزعوم بعد تسهيل الجريمة وتبسيط أركانها من خلال حمل النقود إليه إلى مكتبه وتقديمها له دون إعطائه فرصة التفكير فيعواقب الجرم وإمكانية التراجع عنها بما جعل الجرم المزعوم لم يرتكب بشكل تلقائي واختياري من طرف المعقب وهو ما أعدم التلقائية وحرية الاختيار والإرادة في ارتكاب الجرم وأن باحث البداية والشاكي استغلا الظروف القاسية التي كان يعيشهاالمعقب لأن زوجته كانت مريضة بمرض السرطان وكانت مهددة بالوفاة بين الفينة والأخرى وقد استقر فقه القضاء التونسي و المقارن على بطلان الإجراءات عند إتباع هذا الأسلوب الذي يتناقض مع نزاهة الدليل الجنائي ومع الدور الموكول لأعوان الضابطة العدلية في معاينة الجرائم فقط.

وحيث لا خلاف أن إقرار المسؤولية الجزائية يقوم أساسا على ثبوت أن الفعل المجرم ارتكب بإرادة حرة وواعية من الجاني مع علمه بكونه يرتكب فعلا مجرما وإقدامه على ذلك مع معرفته بالعواقب وأن البحثفي الباعث على ارتكاب الجريمة يعتد به في تقدير العقاب دون أن يلغي المسؤولية الجزائية التي تقوم على قرار واع من الجاني.

وحيث وانطلاقا من هذا الأساس برز للوجود الفقهي والفقه القضائي مفهوم الجريمة المثارة والتي تقوم على توفير ظروف ارتكابها لشخص ما وحثه على ذلك بشكل يؤثر على إرادته ويضعفها إلى حد الانقياد منه لارتكاب الجرم دون توفير فرصة له لإعمال إرادته الواعية في التفكير في عواقب الفعل المجرم وتقديره.

وحيث إذا قام الدليل الجنائي في جريمة ما على عملية إثارة بتلك الشاكلة في حث الجاني على اقتراف الجرم فإنه يكون باطلا لأنه قام على الخداع والتمويه والتسبب رأسا في ارتكاب الفعل المجرم بما يتعارض مع نزاهة الدليل الجنائي كما أشار لذلك نائب المعقب على صواب.

وحيث انطلاقا من هذا التعريف لا يمكن اعتبار جريمة مثارة كلما كان تصرف الجاني في ارتكاب الفعل المجرم قد انطلق من إرادة حرة وواعية دون أي تدخل تحريضي من طرف خارجي وقد ذهب فقه القضاء المقارن في هذا الصدد أن نزاهـة الدليل الجنائي تمنـع من التحريض على ارتـكاب الجريمة والحث عليها ولكن في المقابل لا تحول دون "ترتيب تدابير لكشف جرائم تم ارتكابها بعد أو خلال تنفيذها " في هذا الصدد اعتبر فقه القضاء أن إجراء الكمين طالما لم يتصل بتكوين الركن القصدي

للجريمة و اتصل فقط بإثبات ركنها المادي فهو مقبول قانونا ولا يعد في تعارض مطلقا مع نزاهة الدليل الجنائي و ينصب في معاينة الجريمة .

وحيث وفي إطار ملف قضية الحال فأن التتبعات انطلقت بشكاية المتضرر ف. ب. التي رفعها إلى وكالة الجمهورية بالمحكمة الابتدائية بالمنستير بتاريخ 2015/11/12 ويتظلم منها من عمليات الإبتزاز التي يسلطها عليه المتهم المعقب في طلب مبالغ مالية هامة ففي مناسبة أولى تمكن من الحصول من عنده على مبلغ ألف دينار لمجابهة مصاريف علاج زوجته ثم طلب منه مبلغ ألف دينار ثانية لمجابهة مصاريف إصلاح سيارته وهو الأمر الذي رفضه الشاكي ورفع التشكي لوضع حد لذلك الإبتزاز.

وحيث إلى حد هذا التشكي لم يحصل أي تدخل سببي أو تحريضي من أعوان الضابطة العدلية في ارتكاب فعل الإرتشاء على فرض ثبوته ولا التأثير على إرادة الجاني في انتهاج هذا الأسلوب في التعاطي مع المقاولين المتعاملين معه بصفته رئيس مصلحة البناءات [بإحدى الإدارات الجهوية].

وحيث وبسماع المتضرر من قبل أعوان الضابطة العدلية بتاريخ 12 نوفمبر 2015 أعاد سرد وقائع تظلمه بأكثر تفصيل وملاحظا أنه في خصوص مبلغ الألف دينار الذي كان قد طالبه به المتهم في إطار عمليات إبتزازه والتي رفض تسليمها له (وجاء ذكرها في شكايته الكتابية التي انطلقت بها التتبعات)، فقد أخبره أنه موافق على تسليمها له وضرب معه موعدا لذلك صباح اليوم الموالي أي يوم 13 نوفمبر بأحد مقاهي مدينة المنستير.

وحيث أن تدخل أعوان الضابطة العدلية لمعاينة تسلم المتهم لمبلغ الألف دينار في إطار ما سمي بكمين هو متصل حسب وقائع الحال في معاينة و إثبات جريمة أُرتكبت بعد و أخرى في مراحل تنفيذ ركنها المادي بعد أن كان الجاني قرر عن إرادة واعية و حرة و دون تأثير من أي طرف آخر في طلب الرشوة من الشاكي و الإلحاح في الحصول عليها و استغلال ما له من نفوذ في الضغط عليه لتسليمها له و لم يسبق ذلك صدور إي استغلال من أية جهة كانت لظروفه الإجتماعية و لا المادية ولا مرض زوجته لتحريضه على طلب الرشوة أو قبولها أو دفعه لابتزاز الغير للحصول على أموال دون وجه حق .

وحيث لم يختلق الكمين الذي نصب للمتهم عناصر ارتكاب جريمة الرشوة بالخديعة و التمويه كتوجيه شخصية وهمية عاملة مع الجهاز الأمني لتمثيل دور المقاول وعرض الرشوة على المتهم وحثه على قبولها ثم ضبطه بالجرم المشهود وإنما اتصل الأمر بإثبات جريمة حقيقية ارتكبت في حق

متضرر حقيقي يتعامل مع المتهم وتظلم من تصرفاته التي تواصلت في إبتزازه واتصل الكمين بإثبات ما جاء بالشكاية من طلب المتهم لمبلغ ألف دينار رفض المتضرر تسليمها له بادئ الأمر وقد ساعد الكمين على إقامة الدليل على صحة رواية المتضرر ولم يتسبب مطلقا في تحريض المتهم على ارتكاب جريمة كان خالي الذهن منها قبل ترتيب الكمين كما لم يتدخل في تشكيل الركن المعنوي لجريمة الإرتشاء و الذي تحقق بمجرد طلب الرشوة و الإلحاح في ذلك و استعمال النفوذ للحصول عليها مما أفقد هذا المطعن كل سند من الواقع أو القانون ويكون اعتماد محكمة الحكم المنتقد على الكمين المجرى لمعاينة عملية تسليم مبلغ الرشوة للمتهم غير مخالف لقاعدة نزاهة الدليل الجنائي و منصب في إطار حرية وسائل الإثبات في المادة الجزائية و لا شيء يعيبه مما تعين رد المطعن».

***11-2-9-* مفهوم المحل المسكون في السرقة**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *50202*صدر بتاريخ *14* نوفمبر *2017* عن الدائرة السابعة والعشرون برئاسة السيد عادل الأندلسي وعضوية المستشارين السيدين بلقاسم كعوان ومفيدة محجوب وبمحضر المدعي العمومي السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.**

«حيث عاب المعقب على محكمة الحكم المنتقد الحكم اعتبار الأفعال المنسوبة لمنوبه من قبيل السرقة الموصوفة لوقوعها من محل مسكون باستعمال الخلع مناط الفصول 258 و260 و261 في المجلة الجزائية والحال أنه لا تتوفر في المحل الذي تمت به السرقة مواصفات المحل المسكون حتى يطبق عنصر التشديد في السرقة.

وحيث لا خلاف أن الإشكال القانوني الذي طرحه الدفاع في الملف الحالي يتمثل في مدى إمكانية اعتبار محل في طور البناء وفي مراحله النهائية ولكن لم يشغله بعد صاحبه بكونه محل مسكون على معنى الفصل 260 من م ج.

حيث من الثابت أن المشرع عرف المحل المسكون على معنى الفصل 260 بالفصول 267-268-269 من ذات المجلة فجاء بالفصل 267 "المقصود بالمحل المسكون هو كل بناء أومركب أوخيمة أو مكان مسيّج معدّ لسكنى الإنسان ويعتبر المحل مسكونا بالمعنى المقصود بالفصل 260 ولو لم يكن أحد نازلا به عند وقوع الجريمة." وأضاف الفصل 268" الصحون ومحلات تربية الطيور والاصطبلات والمباني الملاصقة لأحد المحلات المبيّنة بالفصل المتقدّم ولو كان لها سياج خصوصي فالسياج العام للمحل أو بحرمه العام تعتبر من المحلات المسكونة. "ونص الفصل 269 " تعدّ معاطن أومرابض أو أماكن مسيّجة كل أرض محوطة بحفير أو مواثيق أو بمشبك من القصب أوغيره أو بألواح أو بتخوم

من نبات حي أو يابس أو بحائط كيفما كانت مواد تركيبه وكيفما كان ارتفاع وعمق وحالة قدم أو تهدم تلك الأنواع من المسيّجات ولو لم تكن لها أبواب تغلق بمفاتيح أوبغيرها أو كانت الأبواب ذات فرج أو مفتوحة عادة. والمعاطن أو المرابض غير القارة المعدّة لوضع الحيوانات بالأراضي بأي كيفية كان صنعها تعتبر أيضا مسيّجات"

وحيث يتضح بجلاء من هذا التعريف أن المشرع اعتمد مفهوما موسعا للمحل المسكون مختلف عن المعنى الاصطلاحي المعروف للعوام ليشمل المراكب والخيام أو أي مكان مسيّج معدّ لسكنى الإنسان كما ألحقت بمفهوم المحل المسكون الصحون ومحلات تربية الطيور والاصطبلات والمباني الملاصقة لأحد محلات السكنى ولوكان لها سياج خصوصي ولكن على شرط أن تكون واقعة داخل السياج العام للمحل أوبحرمها لعام.

وحيث يكشف هذا التعريف الموسع للمحل المسكون أن المشرع لم يعتمد معيارا ماديا هيكليا في تعريف المحل المسكون وإنما تأسس التعريف على معيار وظيفي متصل بالتخصيص المعد له المحل بغض النظر عن شكله والمواد المستعملة في إنشائه.

وحيث يكشف معيار التعريف المعتمد علة التشديد في السرقة عند وقوعها بمحل مسكون مقارنة بالسرقات المستهدفة لمحلات أخرى كالمحلات التجارية والمصانع التي قد ترتكب فيها سرقات هامة من حيث قيمة المسروق ولكنها تبقى سرقة مجردة والحال أن قيمة المسروق لا تأثير لها في وصف السرقات الواقعة بمحلات سكنى عند وقوعها بالخلع أو التسور ضرورة أن تشديد عقاب السرقة في المحل المسكون تبرر بانتهاك ذلك الإعتداء لحرمة المسكن الذي يمثل امتدادا للحق في الحياة فالمسكن هو المكان الذي يأوي إليه الإنسان وينعم داخله بالخصوصية وهو حافظ أسراره بعيدا عن أعين الغير، فعبارة المسكن لغويا مشتقة من السكينة التي توحي بالطمأنينة باعتبار أن الشخص ينعم داخل مسكنه بالأمان والراحة مستترا فيه في مأمن من تعرض الغير، و مسكن الفرد قلعته كما قال العميد كابربونيي و إن الولوج لهذا المسكن دون إرادة صاحبه هو انتهاك لتلك الحرمة وتعد خطير ينال من إحساس الناس بالأمان داخل منازلهم فضلا على ما يحمله ذلك الإعتداء من خطورة في صورة وجود شاغليه . ولذلك حضي المسكن بحماية خاصة من خلال وضع وسن أحكام وقوانين تحمي وتقي حرمته من كل ما يمكن أن ينتهكه أو يتسلط عليه حتى أن المشرع اعتبر أن رد الإعتداء ليلا على المسكن من الأعذار النافية للتجريم بالفصل 40 من م ج الذي جاء فيه "لاجريمة : أولا : إذا كان القتل أوالجرح أو الضرب واقعا ليل الدفع تسور أو خلع مسيجات أوثق بجدران أو مدخل مسكن أو محلات تابعة له،"

وحيث انطلاقا من أهداف و علة التشريع يجب أن يعكس المحل المستهدف للسرقة هذه الخصوصية حتى يعتبر كذلك، وفي هذا السياق فقد عرف الفقيه "قارو" المسكن على معنى الفصل 148 من المجلة الجزائية الفرنسية "بكونه هو المكان المخصص للسكنى و الإقامة الحقيقية للمواطن أما الفقيه "قارسون " فقد عرف المسكن بأنه "المنزل أو الإقامة الخاصة للفرد وهو محل سكني مشغول من شخص وهو بيت كل إنسان" أما محكمة التعقيب الفرنسية قد عرفته في قرارها المؤرخ 24 جوان 1893 بأنه "كل مكان يشغله من له الحق في ذلك أو غيره بعد مصادقته بصفة متواصلة أو مؤقتة." كما جاء بالقرار المؤرخ في 26 فيفري 1963 بأن "المسكن لا يعني فقط المكان الذي يوجد به المقر الأصلي للشخص بل هو المكان الذي سواء كان يسكن به أو لا يخول له أن يعتبر نفسه في بيته وذلك بقطع النظر عن الصفة القانونية لشغله أو الوصف المعطى للمحلات".

وحيث اعتبر الرأي الغالب في الفقه أن التشديد مناطه الإعداد للسكنى و ليس مجرد الصلاحية لها وطرح ذلك بالنسبة للمحلات الخالية من السكان على غرار وقائع دعوى الحال فاعتبرت محكمة التعقيب أن "المراد بالمسكن هو المكان المعد للسكنى بطبيعته أي للإقامة فيه ليلا و نهارا لمدة طويلة أو قصيرة و من تلك المنازل الفنادق إذ يقيم فيها الإنسان كما لو كان في منزله إذ بها يـتتناول الطعام ويستريح و ينام كما يفعل بمنزله الخاص" فالمقصود بالمسكن و ملحقاته هو كل مكان غير مباح للجمهور الدخول إليه بدون سبب أو إذن وفي نفس هذا السياق ذهب فقه القضاء التونسي إلى اعتبار أن الدكان الذي يباشر فيه الشخص نشاطه ويستخدمه للسكنى في نفس الوقت يعد محلا مسكونا" كما طرحت مسألة المحلات الشاغرة أمام محكمة التعقيب وأجابت بأن "القانون لا يعتبر سرقة موصوفة إذا وقعت في دار خالية من السكان و اشترط أن تكون مسكونة ولو بصفة غير مستمرة لكن مع بقاء معدات السكنى بها بحيث يمكن اعتبارها مسكنا لإنسان معين" و اعتمدت محكمة التعقيب في تعليلها ذلك على أن نص الفصل 276 استعمل عبارة "معدة " وهي تعريب لعبارة "Servant" للنص الفرنسي و التي تفهم بمعنى مستعملة .

وحيث أن ضبط سبب التشديد في السرقة المستهدفة لمحل مسكون يفرض للقول أنه لا يعد المحل كذلك إلا إذا مثل مأوى الفرد وحافظ خصوصيته و حاجياته وممثلا لحرمته الخاصة سواء كان شاغل له عند حصول السرقة أم لا و الحال أنه لا يمكن اعتبار بعض المساكن كذلك على غرار المساكن الجاهزة والمعروضة للبيع والتي لم شغلها أحد بعد وكذلك المحلات التي في طور البناء و لم ينتقل بعد إليها أصحابها في انتظار إتمام عملية بنائها على غرار وقائع دعوى الحال فإن الدخول لها من طرف المعقب و باقي المحكوم عليهم كان بوعي منهم أن المحل غير مسكون ولم يضم أحد من السكان

حتى أن المعقب اعترف بحثا أنه اتخذ و باقي المحكوم عليهم ذلك المنزل قبل ارتكاب السرقة مكان منزو لمعاقرة الخمر عن طريق عبور سياجه بنزع التل الحديدي للباب الخارجي وأنه خامرته فكرة سرقته أثناء تلك الجلسات الخمرية و تولى التنفيذ .

وحيث يؤخذ من تلك الوقائع أن المحل الذي تمت به السرقة لم يحظى بأي حرمة أو خصوصية باعتباره لا يزال بصدد البناء ولم يشغله أصحابه بعد وأن الجناة لم يقصدوا وطئ حرمة مسكن الغير وإنما أغرتهم فكرة السرقة بحكم كونه شاغر ولا يؤمه أحد وهو فعل أجرامي أقل خطورة ممن يستهدف محل يضم ساكنيه وأثاثهم وحاجياتهم ولو مع ارتكاب السرقة في مغيبهم.

وحيث تنتفي بذلك علة تشديد العقوبة في المحل الذي تمت به السرقة في قضية الحال رغم كونه هيكليا يمثل محل سكنى لكنه خلى من خصوصيات محلات السكنى على معنى الفصلين 260 و267 من م ج بما يجعل التكييف للأفعال الذي أقرته محكمة الحكم المطعون فيه منطو على سوء في تطبيق القانون وتأويله ويكسب الطعن كل وجاهة وتعين النقض والإحالة تطبيقا لمقتضيات الفصل 258 من م إج مع الإعفاء من مبلغ الخطية المؤمن.»

***11-2-10-* الركن المادي في جريمة الانضمام إلى تنظيم إرهابي**

**قرار جزائي عدد *46861/46783* صدر بتاريخ *30* نوفمبر *2017* عن الدائرة الخامسة عشرة برئاسة الســـيد جميل بن عياد وعضوية المستشارين السيدين عدنان الهاني وآمال عاشور وبمحضر المدعي العام السيد محمد بلحاج عمر وكاتبة المحكمة السيدة منيرة المانعي.**

«حيث إن الركن المادي في جريمة الانضمام إلى تنظيم أو وفاق إرهابي يتمثل في صدور فعل مادي ايجابي يترجم عزم المتهم على الانضمام إلى تنظيم أو وفاق ارهابي يمثل أعمالا إرهابية تحضيرية ثابتة بصفة مادية تبرز النية الإجرامية للمتهم.

كما أن الركن المعنوي لذلك التنظيم أو الوفاق يتمثل في انصراف الارادة الحرة للمتهم لإتمام أعمال تحضيرية تؤدي به إلى الانضمام إلى تنظيم إرهابي وعلمه التام بأن القانون يجرم ذلك وانه بتلك الأعمال التحضيرية خرج من طورها المباح إلى المجال المجرم قانونا.»

***11-2-11-* صفة المتسوغ في عقد الإيجار المالي**

**قرار تعقيبي جزائي صدر بتاريخ *3* أكتوبر *2017* عن الدائرة *12* برئاسة السيد الهادي العياري وعضوية المستشارتين السيدتان آمال العرفاوي وسلوى التميمي وبحضور المدعي العام السيد بديع الحكيم وبمساعدة كاتب الجلسة السيد توفيق الناصري.**

«حيث ينعى المعقب على الحكم المنتقد إعادة تكييف ووصف العقد الرابط بين المعقب ضده والمتضررة، والحال أنه لا يتضمن غموضا ولا لبسا، الأمر الذي أدى إلى تحريف محتواه ونزع صفة الوكيل عن المحكوم ضده بما أفضى إلى عدم تطبيق ظرف التشديد على معنى أحكام الفصل 297 م.ج.

وحيث ثبت من خلال الإطلاع على أوراق الملف أن العقد الرابط بين الطرفين وهو عقد إيجار مالي عرفه الفصل الأول من القانون عدد 94/89 المـــــــــؤرخ في 27 /1994/07 بأنه عملية إيجار تجهيزات أو معدات أو عقارات مقتناة أو منجرة لغرض الإيجار من قبل المؤجر الذي يبقى مالكا لها.

ويتم الإيجار المالي بمقتضى عقد كتابي لمدة محدودة ومقابل معلوم معين ويخول للمستأجر اقتناء تلك التجهيزات أو المعداتفي نهاية أمد الإيجار مقابل ثمن متفق عليه يأخذ بعين الإعتبار على الأقل في جزء منه المبالغ المدفوعة بعنوان الإيجار. ويمكن للمستأجر اقتناء تلك المعدات والتجهيزات خلال مدة الإيجار باتفاق مع المؤجر.

وحيث لا جدال في أن عقد الإيجار المالي هو من العقود الخاصة وذا طبيعة مزدوجة، ضرورة أنه في نفس الوقت عقد كراء وبيع، باعتبار أن المتسوغ إذا نفذ بنود العقد ودفع معينات الكراء بانتظام يصبح مالكا للعين المكتراة عند انتهاء مدة العقد.

وحيث من هذا المنطلق القانوني فإن العقد الرابط بين الشركة العربية للإيجار المالي والمعقب ضده لا يمكن أن يكون فيها هذا الأخير وكيلا عن الأولى، إذ أن العلاقة القائمة بينهما تبقى علاقة مع متسوغ بصريح أحكام الفصل الأول من القانون عدد 48 لسنة 1994 السالف بيان نصه، ولا يمكن بحال أن تخضع لأحكام الوكالة على معنى الفصول المنظمة لها صلب مجلة الالتزامات والعقود، فلكل مؤسسة منهما أحكامها الخاصة بها

وحيث خلافا لما جاء بمستندات الطعن فإن الفصل 515 م.إ.ع نص على أن العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب.

وحيث طالما تبين وأن العقد الرابط بين الطرفين هو في كنهه عقد إيجار مالي فإن عبارة "وكيل" بالفرنسية بالفصل الثاني من الشروط العامة لا تغير من حقيقة العقد ومقصده ولا تأثير لذلك اللفظ والتركيب عليه.

وحيث أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير واستخلاص ما ترى أنه الواقع الصحيح بالعقد فيما لا رقابة عليها من محكمة التعقيب ما دامت المحكمة قد التزمت في التفسير إلى أحكام القانون.

وحيث ما انتهت إليه محكمة الحكم المنتقد من أن المعقب ضده ليس وكيلا لشركة الإيجار المالي وبالتالي فإن ظرف التشديد الوارد بأحكام الفصل 297 م.ج لا ينطبق عليه، هو نتيجة سليمة ومنطقية ومتماشية مع ما أوردته من تعليل ضمن مستنداتها وكان قضائها بذلك لا ينطوي على أي خرق للقانون أو سوء تطبيق له وتعين بذلك رد هذا المطعن لخلوه من السند الصحيح.»

**11-3- إجراءات جزائية**

***11-3-1*-إلغاء مرسوم الصحافة لأحكام المجلة الجزائية؟**

***11-3-2*-تقيّد دائرة الاتهام بنص إحالة النيابة العمومية**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *63854* بتاريخ *2017/12/15* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين شكري كمون وسامي الداهش بحضور المدعي العام السيد بديع حكيم ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

**أوّلا في مسالة إلغاء مرسوم الصحافة لأحكام المجلة الجزائية**

«حيث لا شك بأنّ الأخذ بالمبدأ القانوني العام وقاعدة تقديم وتغليب النص القانوني الخاص في التطبيق على النص العام يقتضي ويشترط تعلق النصين المتنازعين بالواقعة وانطباقهما معا عليها أي انطباق النصين بما يتضمناه من أحكام وأن يكون النصان العام والخاص مستوعبان لفضا ومعنى ومضمونا لذات الواقعة، فعندئذ يقدم النص الخاص على القاعدة العامة. أما إن اختلف مضمون النصين فلا عمل بالمبدأ.

وحيث لا شك كذلك في أن إلغاء النص القانوني لما سبقه يكون إما صراحة أو ضمنيا : وفي صورة تتبع الحال فقد نص مرسوم 2011/11/02 على إلغاء نصوص سابقة إذ ينص فصله 79 أنه تلغى جميع النصوص القانونية السابقة المخالفة وخاصة مجلة الصحافة وبعض فصول مجلة الشغل، ومن الواضح أن المرسوم لم يلغ صراحة فصول المجلة الجزائية فيما ينطبق على العمل الصحافي أي لم يلغ صراحة فصول تتبع الحال والتي فتح فيها التحقيق وهي الفصول 128.245.247.253 ق.ج فلا مجال للحديث هنا عن أي إلغاء صريح ويمكن الحديث فقط عن مدى وجود إلغاء ضمني للنص السابق العام : إذ ينص الفصل 79 على إلغاء جميع ما سبق من نصوص مخالفة، فيطرح إذن السؤال عن مدى مخالفة الفصول 128.245.247.253 من المجلة الجزائية لأحكام المرسوم بفصوله الجديد الخاصة ؟ والسؤال يستوجب الرد؟

وحيث أنه طرحا للإشكال جاء بتعليل القرار المنتقد بصفحته 05 "... أنه بالرجوع لنص الفصل 79 من المرسوم يترتب **بداهة** إلغاء فصول الإحالة 128 – 245 – 247 – 253 ق.ج وأن فتح تحقيق الحال بفصول المجلة الجزائية **لا يستقيم** إذ أن المتهم أصبح يخضع للأحكام الواردة بالمرسوم...".

وحيث رأت دائرة القرار المنتقد أن إلغاء المرسوم لما يخالفه من أحكام المجلة الجزائية وخاصة الفصول الأربعة لفتح التحقيق أمرا بديهيا، والحال أن مسألة تغليب وتقديم نصوص المرسوم على أحكام القانون العام ليست بتلك الدرجة من البداهة والوضوح!إذ لم ينص الفصل 79 منه على الإلغاء الصريح لفصول المجلة الجزائية ولم يلغ صراحة فصول فتح تتبع الحال (بدليل أنه نص صراحة على ما يرغب في إلغائه وهي قواعد مجلة الصحافة وبعض فصول مجلة الشغل...)، وألغى النصوص السابقة شرط أن تكون مخالفة لأحكام المرسوم، وأنه خلافا لما بدى للدائرة فالمسألة ليست بديهية بل بها تعقيد لوجوب البحث والنقاش فيماإذا كانت فصول فتح التحقيق 128 وما يتبعه ق ج مخالفة أم لا لأحكام المرسوم؟ ويتحتم بالتالي عرض نصوص فصول المرسوم ومقارنتها بالفصول الأربعة للقانون العام بتتبع الحال لتحديد مدى المخالفة والتناقض بينها حتى يتسنى الحسم في مسألة مدى إلغاء نص المرسوم 115 لقواعد المجلة الجزائية وبالتحديد الفصول 128 – 245 – 247 – 253 ق ج والأمر ليس بالهين ولا بداهة فيه ويستوجب ضبط معيار التخالف بين النصوص القانونية ومتى يعد النص السابق مخالف للنص الجديد والمقصود بلفظ "مخالفة"؟ كما جاء بالفصل 79 (طالما لم ينص المشرع عند سنه للمرسوم على الإلغاء الصريح لفصول المجلة الجزائية). وقد أغفلت الدائرة نقاش ذلك فضعف تعليلها ويحتاج الموضوع لمزيد الدرس وتعميقه واستوجب الأمر النقض لذلك الغرض.

**ثانيا : في مسألة حدود تقيّد دائرة الاتهام بالفصول القانونية لفتح التحقيق من النيابة العمومية**

حيث ينص الفصلان 116 – 119 من مجلة الإجراءات الجزائية على أنه لدائرة الاتهام الإذن بإجراء تتبع جديد أو البحث بنفسها فيما لم يُحقَّق فيه ويجب أن يتضمن قرارها عرضا مفصلا للوقائع محل التتبع مع بيان وصفها القانونية وأن الإخلال بذلك جزاءه البطلان.

وحيث يؤخذ من الفصلين أن مجال نظر وسلطات دائرة الاتهام في التكييف القانوني ووصف ما تتعهد به من وقائع وأفعال واسع وهام فهي لا تتقيد بالفصل القانوني المفتوح به ولأجله البحث والتحقيق أو بالوصف الأولي الصادر عن الحق العام أو بالوصف القانوني الصادر عن قاضي التحقيق بل أنها تتعهد بالوقائع والأفعال وتعطيها الوصف القانوني الأنسب والأسلم والأصلح وتثير الفصول القانونية الأسلم انطباقا بعد الرجوع في ذلك للنيابة العامة واطلاعها ويعد ذلك من صميم مهام الدائرة ومطلق مشمولاتها (إن لم يكن دورها الأساسي) باعتبارها لا تصدر أحكاما بالإدانة أو العقاب بل تحيل على المحاكمة بعد التدقيق في الوقائع والبت في مدى انطباق القانون ومدى قيام الحجة وكفايتها[...] وإلا بطل قرارها كجزاء للإخلال بذلك.

وحيث أنه علاوة على أن الجزم من الدائرة بإلغاء المرسوم لفصول المجلة الجزائية لم يكن معللا بما فيه الكفاية (كما شرح آنفا)، فإن ما قررته الدائرة من حفظ للتتبع والاتهام برمته في حق المتهم ومن لم يكشف عنه لمجرد أن الفصول القانونية التي فتح بها التحقيق لا تنطبق : ففي ذلك خرق من الدائرة للقانون بفصليه 116 – 119 من م إ ج،إذ كان على الدائرة، إن رأت ما عُرض عليها من فصول قانونية بقرار فتح التحقيق لا تنطبق، تطبيق غيرها والأخذ بالنص الأنسب والأسلم طالما أنها تقر بوجود النص الجزائي المنطبق فإن رأت وجوب تطبيق أحكام المرسوم ما كان عليها إلا الأخذ به وإتمام إجراءات ذلك من إعادة استنطاق وغيره... ثم النظر والبت في مدى كفاية الحجة: أما أن تتخذ موقفا سلبيا قولا بانتفاء أركان الاتهام لانتفاء الركن الشرعي لمجرد أن النص القانوني الذي اعتمدته النيابة العمومية بدى لها غير منطبق فهو تقيد منها لا موجب له وتخلى عن ما خوله لها القانون وعن صلاحيتها (إن لم نقل ما أوجبه عليها) وحياد مفرط وتقاعس عن الحسم والبت ولعله إخلال بمبدأ وجوب البت والقضاء والفصل كلما تم التعهد وإحالة النظر والتعهيد : يُرجع فيه لأحكام الفصل 108 من المجلة الجزائية المؤاخذ للقاضي الممتنع عن الحكم لأي سبب كان ولو لسكوت القانون أو غموضه. (فحتى صورة سكوت القانون لا تخول الامتناع عن القضاء والتأخر في البت)

«Tout fonctionnaire de l'ordre judiciaire, sous quelque prétexte que ce soit même du silence ou l'obscurité de la loi, refuse de rendre justice aux parties après en avoir être requis… »

وحيث أن فيما اتخذته الدائرة من موقف سلبي بحفظها للاتهام كاملا رغم أنها تقر بوجود النص القانوني الأسلم المنطبق فيه خرق للقانون بالفصل 116 – 119 من م إ ج يستوجب النقض والإرجاع.»

***11-3-3-* تنازع القوانين الجزائية في الزمان**

**قرار تعقيبي جزائي عدد52226/52224 بتاريخ 2017/01/20 صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين شكري كمون وعبد السلام دمق بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث أن القانون الجديد لا ينطبق إلا على الوقائع الحاصلة بعد صدوره ولا يشمل ما سبقه من وقائع فواقعه الحال تبقى في تتبعها من حيث الأصل والموضوع والتكييف القانوني للأفعال ونطاق التجريم وضبط العقاب لأحكام القانون عدد 175 المؤرخ في 2003/12/10 المطبق والساري زمن حصولها.

وحيث أنه بالنسبة للشكل وإجراءات التتبع فالأمر على خلاف ذلك ومغاير، أي فيما يتعلق بضبط اختصاص المحاكم بنوعية ومرجع النظر والمسائل الإجرائية وطرق الطعن والتقاضي فإن مبدأ وجوب التطبيق الفوري للقواعد القانونية الإجرائية الجديدة يقتضي الأخذ بأحكام القانون الجديد ما دام متعلقا بذات الموضوع والجريمة.

وحيث يخلص مما ذكر أن واقعة تتبع الحال ويتعلق موضوعها في جزء منه بتهمة غسل الأموال جدّت زمنيا خلال سنتي 2013-2014 تقتضي في مسألة تحديد القانون المنطبق عليها في الزمنبعض التمييز (لوجود تنازع بين قانون سابق وآخر حديث ألغاه): إذ لئن تبقى الواقعة في موضوعها وفي الأصل وفي تكييفها القانوني وضبط أركانها وعقابها وفصول تجريمها خاضعة لأحكام قانون 10 ديسمبر 2003 وهو الساري والنافذ والجاري به العمل زمن وقوعها، إلا أن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بإجراءات التتبع وضبط مرجع النظر وتحديد المحكمة المختصة بالتعهد ترابيا وحكميا وطرق الطعن وإجراءات الحكم، إذ يخضع في ذلك للأحكام الإجرائية ذات التطبيق الفوري الواردة بالقانون الجديد المؤرخ في 2015/08/07 باعتبار أن تتبع الواقعة لا زال جاريا ومحل نظر ولم يفصل ولم يبت فيه بعد نهائيا (ولا زال بطور التحقيق في درجته الثانية) وقد جاء القانون الأخير بالجديد عن سابقه في ضبط المحكمة المختصة بالنظر في جرائم غسل الأموال فألغى الاختصاص الحصري السابق لمحكمة تونس الابتدائية في تلك التهم بإلغائه أحكام الفصل 90 من قانون 2003 وبإلغاء النص الخاص وزواله يرجع آليا للعمل بالقواعد القانونية العامة في الإجراءات الجزائية ولفصول مجلة الإجراءات الجزائية (خلافا لما هو الوضع بالنسبة لجرائم الإرهاب) ويترتب عن ذلك استنتاجا أن الاختصاص بالنظر والتعهد ترابيا في تتبع واقعة الحال يرجع ويبقى لقاضي التحقيق بالمحكمة الابتدائية سوسة II، (بعد إلغاء نص الفصل 90 من القانون المؤرخ في 2003/12/10 كما سلف شرحه) وأضحى بذلك قرار التخلي عن القضية لفائدة محكمة تونس كما قرره قاضي التحقيق بمحكمة سوسة وأيدته فيه دائرة الاتهامفي غير طريقة ولا موجب له إذ خالف الفهم والتطبيق السليم للقواعد العامة للقانون لوجوب الأخذ بقواعد مادة تنازع القوانين في تطبيقها في الزمن وبأحكام مجلة الإجراءات الجزائية في غياب النص الخاص.»

***11-3-4-* تعليل حفظ التهمة**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *55263/55216*بتاريخ *2017/12/08* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين شكري كمون ومحمد رؤوف اليوسفي بحضور المعي العام السيد بديع حكيم ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«وحيث أن ما تصدره دائرة الاتهام من قرارات حفظ للتهمة لسبب من الأسباب لا تقل أهمية عن قرارات الإحالة على المحاكمة ويجب في الحالتين التعليل الواقعي والقانوني الأدنى والمقبول حتى يتسنّى، في صورة الطعن،لمحكمة القانون إجراء رقابتها خاصة أن قرار حفظ التهمة لسبب ما يترتب عنه (عند غياب الطعن) وضع حد لا فقط للدعوى العامة بل إنهاء الدعوى الخاصة كذلك حسبما يستنتج من أحكام الفصول 116 – 119 – 120 من م إ ج.

وحيث ورد بالقرار المنتقد في باب الرأي القانوني بالحيثية 3 : "أن الحفظ كان لعدم توفر الأدلة على ارتكاب المتهم للمنسوب إليه كعدم توفر الأركان القانونية لتهمة الفصل 223 من م ش ت ، هذا ولئن أوضحت الدائرة السبب الأول لحفظ التهمة وهو عدم كفاية الحجة إلا أن السبب الثاني المعتمد للحفظ وهو عدم توفر الأركان بقي غامضا ولم يفهم المقصود بذلك إذ لا توضيح لما انعدم من أركان فهل يقصد به الركن المادي لتهمة الفصل 223 أم ركنها المعنوي أم كلاهما أم شرطا آخر من شروط قيام جريمة الفصل ؟ علاوة على أنه إن صحّ ما ذكرته الدائرة من انعدام أركان التهمة فيغنى ذلك عن النظر في مدى كفاية الأدلة. وفيما ذُكر غموض يحتاج للتوضيح.

وحيث أنه رغم تعدد المآخذ المنسوبة من الشاكي لأعمال الاختبار وجديتها كأهميتها وأثرها على وجه الفصل فقد أهملت دائرة القرار التعرض لذلك مقتصرة على القول بآخر حيثية بقرارها بأن "الاختبار اتسم بالدقة والوضوح" ولم تفسر ذلك فبقيت دفوع الشاكي كمستأنف (المعقب الآن) بلا رد. إذ لئن كانت دائرة الاتهام حرة في تقدير مدى جدية الدفوع المقدمة وحرة في عدم الاستجابة لما يطلب منها من أعمال بحث إضافية إلا أنها تبقى في المقابل مطالبة بالرد على ذلك ولو بإيجاز واقتضاب (في صورة عدم اقتناعها بالدفوع) خاصة وأن الدائرة في تتبع الحال أسست قرارها على نتيجة ذلك الاختبار المطعون في نتيجته فقد استخلصت الدائرة عدم كفاية الحجة على اتهام المعقب ضدهمن إنكاره المعزّز بنتيجة الاختبار! فقد كان على دائرة القرار المنتقد فحص فحوى ما قدم من مآخذ على أعمال الخبير والتحري في بعضها بما يكفي لإزالة الشك طالما تسمح أحكام مجلة الإجراءات بذلك في الفصل 116 يخول للدائرة كدرجة عليا في التحقيق تعميق البحث وإكماله بذاتها أو بواسطة قاضي التحقيق فكان بإمكان دائرة القرار تتبع الحال التعمق فيما طلبه الشاكي من سماع مراقبي الحسابات.

وإن رأت خلاف ذلك فعليها واجب الردّ وإبداء الرأي في تسبب الرفض ولو بتعليل مقتضب حتى يتاح لمحكمة القانون التعقيب إجراء رقابتها... إذ أن إهمال الدفوع والسكوت عن تسبيب

تجاوزها : فيه خرق لأحكام الفصول 50 – 53 – 116 إجراءات الموجبة في قضايا التحقيق للبحث عن الحقيقة بدون توان rechercher diligemment la vérité وإجراء ما يقتضيه من أعمال وهو ما عبر عنه الفصل 53 بإتمام جميع الأعمال المؤدية لإظهار البراهين المثبتة أو النافية للتهمة وهوما لم يتوفر بالقرار المطعون فيه وبتتبع الحال وفي ذلك هضم لمصالح الشاكية وممثلها كطرف بالتتبع واستوجب كل ذلك إعادة النظر للتدارك.»

***11-3-5-* الاختصاص الحكمي لجريمة الاستيلاء على مشترك قبل القسمة**

**قرار تعقيبي جزائي عدد52230 بتاريخ 2017/12/29 صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين شكري كمون ومحمد رؤوف اليوسفي بحضور المدعي العام السيد بديع حكيم ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث كان تتبع الحال لأجل تهمة "الاستيلاء على الإرث أو المشترك قبل قسمته" بفصلها 277 ق ج ويُضبط عقابها سجنا وخطية، فالسجن لمدة 6 أشهر والخطية تساوي ربع ¼ قيمة المستولى عليه.

وحيث يُحدّد الاختصاص الحكمي للمحاكم ومرجع نظرها بعدة معايير منها درجة العقاب أي مدة السجن أو قيمة الخطية تطبيقا للفصلين 123 – 124 من مجلة الإجراءات فقاضي الناحية ينظر في الجنح المعاقب عليها بمدة سجن لا تفوق العام وبخطية أقلها الألف دينار وما زاد عن ذلك الحد يرجع فيه النظر للمحكمة الابتدائية.

وحيث أن العقاب المستوجب في جريمة الفصل 277 ق ج أساس تتبع الحال يختلف من واقعة لأخرى حسب موضوعها فقيمة أقصى الخطية الممكن تسليطها كعقاب غير مضبوط ولا بد فيه من الرجوع لموضوع الواقعة ولقيمة المشترك المستحوذ عليه،إذ تكون الخطية المستوجبة في كل واقعة بقدر ¼ قيمة المستولى عليه أي ¼ ما سيحكم بإرجاعه لصاحبه وتبعا لذلك فمعرفة إن كان الاختصاص حكما في تتبع وواقعة الحال راجع لحاكم الناحية أو للمحكمة الابتدائية يستلزم ضبط ما يمكن تسليطه من خطية كأقصى على المعقب ضدهما حتى يُعرف مدى تجاوز ذلك الربع للألف دينار من عدمه وعندئذ تحدد المحكمة المؤهلة. فتقدير قيمة ¼ الذي سيحكم بترجيعه ضروري لمعرفة أقصى الخطية ولمعرفة الاختصاص وهي مسألة أولية يدقق فيها قبل كل شيء ولا بد من التثبت فيها،إلا أنها لا زالت مجهولة بتتبع الحال ولا يجوز للمحكمة المعهود لها بالتتبع أن تتخلى هكذا دون

التثبت في ذلك بأي وسيلة تراها إما تقديرا حسب المؤيد المقدم والعقود أو بالمعاينة المباشرة والاجتهاد أو باللجوء لأهل الخبرة، فلعل المحكمة المتخلية هي المختصة حقيقة، إذ كيف لمحكمة الحكم المنتقد أن تتيقن من أن مقدار أقصى الخطية بتتبع الحال يفوق الألف دينار ويفوق اختصاص الناحية حتى تنقض تعهده وهي التي لم تسعى للتدقيق في قيمة ¼ المستحوذ عليه إذ كان عليها قبل كل تخلي أن تدقق في ذلك حتى تحدد أقصى الخطية المكن تسليطها ما دام القانون يخول لها ذلك ويسمح به حسبما يستفاد من الفصول 218 – 219 – 220 من مجلة الإجراءات الجزائية فإن رأت محكمة الاستئناف أن بإجراءات التتبع خلل أو بطلان أو إشكال في الاختصاص فما عليها إلا التعهد بالأصل وتصحيح الخلل أو البطلان وتصويب الأمر بإجراء اللازم أما أن تنقض الحكم الابتدائي وتتخلى وتجزم دون تحرّي بأن قاضي الناحية غير مختص حكميا (دون سعي للتدقيق في قيمة الخطية المستوجبة أو قيمة الربع المستولى عليه) ففي ذلك خرق للقانون وسوء تطبيق له وتسرع يستوجب إعادة النظر.»

***11-3-6-* الضم والارتباط واتصال القضاء**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *39679* بتاريخ *2017/04/14* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين عبد السلام دمق وشكري كمون بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث عللت محكمة الحكم المنتقد ما قضت به من انقراض الدعوى العامة بموجب اتصال القضاء بالواقعة بسبق المحاكمة صلب قضية أخرى مستقلة عددها 5090 محل نظر بذات جلسة الحكم.

وحيث أنه لا أثر بالأوراق لما يفيد تعلق القضية الموازية عدد 5690 بنفس الفعل والواقعة وكان يفترض تحرير قرار إطلاع من المحكمة في القضية عدد 5690 يضاف للحالية حتى يتسنى لمحكمة التعقيب إجراء رقابتها في الموضوع وفي عدم مراعاة ذلك، اعتمادٌ من محكمة الحكم المنتقد في قضائها على علمها الشخصي والخاص ولا يجوز ذلك قانونا (استنتاجا من الفصل 151).

وحيث أن استخلاص اتصال القضاء بالواقعة والأفعال يستوجب حسم التتبع السابق أو الموازي بوجه بات وإحرازه على قوة الشيء المقضي به وهو ما لم يتوفر في صورة الحال فالقضية عدد 5690 لا زال الحكم فيما غير بات وقابل للطعن فيه بالتعقيب ولم يتصل القضاء بموضوعه بعد.

وحيث ينص الفصل 131 من مجلة الإجراءات الجزائية بفقرته الأخيرة على حتمية ضم الإجراءات لبعض في الصورة الواردة بالفصل 55 من المجلة الجزائية وهي صورة الجرائم الواقعة لمقصد واحد والمترابطة.

وحيث أن ما عللت به محكمة الحكم المنتقد من أن قضية الحال وسابقتها عدد 5690 يشكلان تكرارا لنفس الأفعال وبنيا على نفس الركن المادي للتهمة وتعلقتا بنفس المتهم، كل ذلك لا يمكن الأخذ به لاستنتاج اتصال القضاء بالموضوع لعدم توفر شروطه بل يوجد ذلك على المحكمة المتعهدة ضمّ الإجراءات في التتبعين لبعض طالما أنهما نشرا بذات الجلسة وقد أغفلت محكمة الحكم المنتقد ذلك بلا مبرر.

وحيث أنه تبعا لما شُرح من أسباب فإن ما استخلصته المحكمة من اتصال للقضاء بالموضوع فيه خرق للقواعد الإجرائية الأساسية وسوء تطبيق للقانون بفصليه 55 ق.ج و131 من م. إ. ج وهو ما يستوجب النقض لإعادة النظر.»

***11-3-7-* رقابة الدائرة الجنائية على قرار دائرة الإتهام**

**11-3-7-1- إبطال قرار دائرة الاتهام من الدائرة الجنائية؟**

**قرار تعقيبي جزائي عدد*39809* بتاريخ *2017/04/14* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين عبد السلام دمق وشكري كمون وبحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث قضت محكمة الحكم المنتقد بتأييد الحكم ببطلان قرار دائرة الاتهام أساس الإحالة لمخالفة القرار في مضمون نسخته لما أوجبه الفصل 119 من مجلة الإجراءات الجزائية من عرض وقائع التتبع،إذ خلت نسخة القرار من ذلك. (ورتّب القانون عن ذلك جزاء البطلان)

وحيث لئن نص القانون فعلا على بطلان القرار فإنّ ترتيب ذلك الأثر والجزاء لا يكون إلا بتصريح من الجهة المختصة المؤهلة لذلك وبعد إتباع الطرق القانونية المخولة للطعن في القرار ممن له المصلحة وتمسك بذلك الخلل والنقص بنسخة القرار كدفع، فتصرح وتقرر الجهة القضائية المختصة ذلك الجزاء كأثر.

وحيث أن لقرار دائرة الاتهام قيمة الحكم القضائي حسبما درج عليه فقه القضاء ونظم القانون طريقة الطعن فيه لمناقشته، إذ نص الفصل 120 من م.إ.ج على وجوب إعلام المعني بالقرار طبق إجراءات الفصل 109 وله الطعن فيه بوسيلة التعقيب بشروط الفصل 258 من م.إ.ج

وحيث لا أثر بالأوراق وتتبع الحال لمثل ذلك الطعن سواء من الحق العام أو المتهم ولم تقع إثارة ما بالقرار من نقص بنسخته من أي ذي مصلحة ولم يُنقض القرار من الجهة المختصة بالنظر وترتب عن ذلك أثر تطهيري للخلل المشار إليه صُحّح به فاتصل القضاء بما صرحت به دائرة الاتهام وأصبح منطوق قرارها واجب الأخذ به كإحالة للتعهد. فالدائرة الجنائية ملزمة بالأخذ بمضمون ما صدر به قرار دائرة الاتهام طالما لم يقع التصريح ببطلانه من الجهة صاحبة النظر فيما به من نقص، ولا رقابة للدائرة الجنائية على فحوى نسخة ذلك القرار ولا يجوز لها الانتصاب محل الجهة المختصة المؤهلة لترتيب أثر البطلان أو للبحث عن مدى تفصيل دائرة الاتهام بقرارها للوقائع والإجراءات، فالوقائع تُستمد أساسا وقبل كل شيء من مضمون الملف والأوراق انطلاقا من البحث الأولي ولا يُقتصر فيها ولا يتوقف الأمر على مضمون نسخة قرار دائرة الاتهام.

وحيث أن الفصلان 169 – 170 من مجلة الإجراءات الجزائية يوجبان حتما على كل محكمة قضاء تعهدت بإحالة على المحاكمة أن تَبُت فيما يحال عليها بإحدى القرارات الثلاث : 1- فإما أن تقضي بالإدانة. 2- أو أن تحكم بترك السبيل 3- أو أن تتخلى عن النظر إن رأت عدم اختصاصها.

إلا أن محكمة الحكم المنتقد حادت عن ذلك وعن مهمتها الأساسية لتنتصب لمراقبة مضمون نسخة قرار دائرة الاتهام والحال أنه لا يجوز مبدأً لمجلس الحكم أن يبطل ما يصدر من قرارات عن دائرة بدرجة ثانية للتحقيق، فقرارات دائرة الاتهام تراقبها الجهة القضائية التي تعلوها درجة حسب التنظيم القضائي الإجرائي وقواعد الاختصاص الحكمي وتدرّج المحاكم ويمس ذلك بالنظام العام ولا تُخول مخالفته وأن فيما قضت به محكمة الحكم المنتقد خرق لذلك.

وحيث تنص الفقرة 2 من الفصل 218 من م.إ.ج على "أنه إذا كان الحكم قابلا للإبطال فإن محكمة الاستئناف تتعهد بالأصل وتبت فيه" وهو ما يستنتج منه اتجاه القانون التونسي نحو السماح للمحكمة بتدارك الخلل المبرر لإمكانية الإبطال كلما سنح ذلك والبت في أصل التتبع وقد خالفت محكمة الحكم المنتقد ذلك الاتجاه.

وحيث يخلص مما سلف أن فيما قضت به محكمة الحكم المنتقد من بطلان لقرار دائرة الاتهام الذي تعهدت بموجبه خرق للقانون بفصوله 119 – 120 – 169 – 170 – 218 – 258 من مجلة الإجراءات الجزائية وخرق لقواعد الاختصاص الحكمي ولتنظيم الهيئات القضائية وتدرج المحاكم وخرق لمبدأ اتصال القضاء وقد أفرطت محكمة الحكم المنتقد في السلطة على معنى الفصل 258 من م.إ.ج لتتخلى عن مهمتها الأصلية للنظر فيما هو راجع لغيرها واستلزم ذلك النقض لإعادة النظر.»

***11-3-7-2-*** **المفعول التطهيري لاتصال القضاء بقرار دائرة الإتهام**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *46861/46783* صدر بتاريخ *30* نوفمبر *2017* عن الدائرة الخامسة عشرة برئاسة الســـيد جميل بن عياد وعضوية المستشارين السيدين عدنان الهاني وآمال عاشوروبمحضر المدعي العام السيد محمد بلحاج عمر وكاتبة المحكمة السيدة منيرة المانعي.**

«حيث إن قرار الإحالة الصادر عن دائرة الإتهام و الذي تعهدت بمقتضاه الدائرة الجنائية يكون قد حسم في شأن إجراءاته بصورة باتة ولا يجوز والحالة ما قرر للمحكمة إعادة الخوض فيما تم النظر في شأنه بصورة باتة من جديد استنادا للمفعول التطهيري لذلك القرار».

***11-3-8-*** **تعقيب قرار رفض أو قبول القيام على المسؤولية الخاصة**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *49170* بتاريخ *2017/04/07* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين شكري كمون وعبد السلام دمق بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث لئن خوّل القانون لكل معني بتتبع جزائي صدر فيه حكم أو قرار قضائي حق مباشرة الطعن فيه إلا أنه قيد ذلك بضوابط وإجراءات صيغة وأجلا وشروطا وأن إجراءات الطعون تهم النظام العام لتعلق ذلك بقواعد المحاكمة والتقاضي وبسير مرفق العدالة وتعد تلك الضوابط من الإجراءات الأساسية للمحاكمة.

وحيث أن صحة الطعن بالتعقيب من الناحية الإجرائية لا يقتصر على احترام صيغه الشكلية وآجاله وتوفر الصفة والمصلحة فيمن قدمّه وضد من وُجّه بل يضاف لذلك أساسا أن يكون القرار محل الطعن قابلا لمثل تلك الوسيلة من الطعن.

وحيث رفع طعن الحال في إطار أحكام الفصل 258 وما يليه من مجلة الإجراءات الجزائية،إذ لم تنص الأحكام القانونية الخاصة المنظمة للقيام على المسؤولية الخاصة على جواز الطعن بالتعقيب، فالفصل 38 من م.إ.ج لم يسمح بالطعن في قرار قاضي التحقيق بقبول أو رفض القيام على معنى الفصل 36 إلا بوسيلة الاستئناف وعهد للنظر في ذلك الطعن لدائرة الاتهام ولم يتعرض للطعن بالتعقيب في قرار هذه الأخيرة.

وحيث ينص الفصل 120 من ذات المجلة على أن الطعن بالتعقيب في قرارات دائرة الاتهام يكون حسب الشروط المقررة بالفصل 258 وما يليه من م.إ.ج هذا وينص الفصل 258 على أنه يسوغ للمحكوم عليه طلب تعقيب القرارات الصادرة في الأصل نهائيا لأسباب فصّلها.

وحيث أنه من المتعارف عليه كمبدأ قانوني عام أن القواعد الإجرائية في المادة الجزائية تفسر وتؤول تأويلا ضيقا وأن الطعن بالتعقيب وسيلة طعن غير عادية حصر المشرع صورها وتخضع لضوابط الفصل 258 وأن الفصل 120 يحيل للفصل 258 من م إ. ج

وحيث يخلص من ذلك أن الشرط الأساسي لجواز الطعن بوسيلة التعقيب في حكم أو قرار قضائي (ولو كان قرارا عن دائرة الاتهام) هو أن يكون القرار صادرا في الأصل ونهائيا.

وحيث يعرّف القرار الصادر في الأصل بالقرار القضائي الذي بتّ وتصدّى وناقش وخاض في أصل التهمة محل التتبع ويوصف بقرار نهائي لكونه ينهي أعمال دائرة الاتهام في خصوص التتبع المعروض عليها، فمن المستقر عليه فقها وقضاء أن الطعن بالتعقيب لا يُقبل إلا ضد الأحكام والقرارات المنهية للإجراءات وللتتبع والمتضمنة لخوض في تفاصيل الوقائع والباتة في أصل التهمة والتتبع (أي التي لا تقتصر على فحص إجراءات القيام والطلب والتشكي بل تتجاوز ذلك للخوض في الوقائع وفي أركان الاتهام ومدى ثبوت الحجة) وهو ما لم يتوفر بالقرار المطعون فيه بقضية الحال إذ اقتصرت الدائرة على النظر في صحة وسلامة إجراءات وشكل مطلب القيام على المسؤولية الخاصة فنقضت قبول المطلب إجراء في شكله وأبطلت إجراءات القيام وهي في منطلقها دون أن تنظر في أصل الاتهام بفرعيه(تهمتي التحيل والخيانة) لا في وقائعها ولا في مدى قيام أركانها ولا ثبوتها ارتكابا بدليل اقتصار القرار في سنده القانوني على الفصول الإجرائية البحتة من مجلة الإجراءات الجزائية وهي 199/38/36 والفصل 46 من المرسوم الخاص بالمحاماة دون الفصول المؤسس عليها مطالب التتبع في أصله وموضوعه.

وحيث يخلص مما ذكر أن القرار المطعون فيه الآن لم يتضمن أي بت أو نظر من الدائرة في أصل التهمة وموضوعها ولم ينهي التتبع (إذ لم يقض بالحفظ للتهمة أو بالإحالة لمواصلة التتبع) بل اقتصر على البت في صحة وسلامة القيام لدى التحقيق على المسؤولية الخاصة للشاكية فقرر نقض القبول ورتب عن ذلك بطلان إجراءات القيام للخلل الإجرائي وتوقف عن ذلك، فهو بالتالي لم ينه إجراءات التتبع والتحقيق بدليل أنه أحال الأوراق لمن له النظر لتدارك الخلل ومواصلة النظر في المطلب... وهو بذلك ليس بقرار قضائي صادر في الأصل على معنى الفصل 258 من م.إ.ج ولا يقبل الطعن فيه بوسيلة التعقيب بصريح النص فاختل بذلك الشرط الأساسي لقبول الطعن (أي قابلية القرار لتلك الوسيلة) واختل الطعن إجرائيا ولا يخول لهذه المحكمة التعهد بطعن في قرار لا يقبل تلك الوسيلة إذ في ذلك تعدى على الاختصاص ونظر فيما لا يُخوّل وتعين التصريح برفض الطعن موضوع الحال شكلا تطبيقا للفصول 38-120-258 وما يليه من مجلة الإجراءات الجزائية».

**11-3-9- الشروط الشكلية لمحضر باحث البداية**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *37147* بتاريخ *2017/04/07* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين شكري كمون وعبد السلام دمق بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث أن محضر البحث الذي يحرره أعوان الضابطة العدلية له أهمية كبيرة تكمن في أساسا في القيمة القضائية الممنوحة له بصفته وسيلة اثبات على وقوع الجريمة ونسبتها لفاعلها وللصلاحيات الواسعة الممنوحة لأعوان الضابطة العدلية طبق مقتضيات الفصل 10 من م ا ج.

وحيث ولئن لم يضبط المشرع شروطا شكلية محددة لصيغة تحرير المحضر إلا أنه اوجب صلب الفصل 155 من م ا ج أن يكون المحضر محررا من الناحية الشكلية طبق القانون ولم يميز المشرع بين محضر المخالفة وغيره من المحاضر.

وحيث وخلافا إلى ماانتهى إليه الحكم المنتقد فإن المحضر المحرر في قضية الحال لا يحتوي على المقومات الأساسية لمحضر بحث، وعليه فإنه لا يصلح أساسا لاستناد محكمة عليه ناهيك عن إصدار حكم سالب للحرية.

وحيث وبالاطلاع على المحضر سند الحكم اتضح أنه مجرد مطبوعة خلت من التنصيصات الوجوبية من ذلك انه تمت الإشارة إلى تقرير أعوان الدورية دون وجود مادي لذلك التقرير أو لوجود فحواه، كما تضمن عبارة "مخالفة" ثم عبارات "السكر الواضح وإحداث الهرج والتشويش" ولا يمكن اعتبار ما ورد بالمحضر بمثابة المعاينة وإنما مجرد عنوان ليس إلا.

وحيث من ناحية أخرى وفي خصوص ما تحرر على المخالف فلقد تضمن المحضر عبارة "نعم" ولا يعد ذلك تلقي تصريحات المتهم ولا يعد كذلك اعترافا باي شكل من الأشكال.

وحيث أن الاعتراف لا بد أن يكون واضح الدلالة، نزيها ومتواصلا.

وحيث تعددت الإخلالات بالمحضر الذي اعتمدته المحكمة من ذلك أن البصمة الموجودة به لم تنسب إلى أي كان وعليه لا يمكن اعتبارها امضاء لذي الشبهة لعدم وجود علامة أو تنصيص دال على ذلك.

وحيث في خصوص ما جاء بالحكم من ان المعاينة المجراة معتمدة كحجة، فإنه يجدر القول إن معاينة أعوان الضابطة العدلية تخضع لرقابة السلطة القضائية التي يلزمها التحري في صحتها، فحالة

السكر لا تثبت قطعيا بالمعاينة فحسب باعتبار أن تلك المعاينة هي مجرد استنتاج واحتمال طالما أن حالة السكر غير مؤيدة بالاختبار وعليه فإن ما تضمنه المحضر وعلى فرض صحة المعاينة فإن ذلك لم يتعلق بما شاهده أو سمعه شخصيا محرره وإنما ما استنتجه بالاحتمال لا غير.»

***11-3-10*-تقيد أعوان الضابطة العدلية بإجراءات قانون حماية المستهلك**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *56139* بتاريخ *2017/05/19* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين عبد السلام دمق وشكري كمون بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث ينص الفصل 21 من قانون 7 ديسمبر 1992 على أن معاينة المخالفات طبق هذا القانون الخاص بحماية المستهلك مخول ليس فقط لأعوان المراقبة الاقتصادية والمهندسين والأطباء وأعوان التراتيب البلدية فقط، بل وأيضا لأعوان الضابطة العدلية.

وحيث لئن ضبط الفصل 28 من ذات القانون شكليات وإجراءات محددة عند تحرير المحاضر من الموظفين غير أعوان الضابطة العدلية، ولئن نص الفصل 29 على أن ما يحرره الأُوَّل يحال على نظر وزير الاقتصاد، فإن هذه الإجراءات الخاصة لا تنسحب على ما يعاينه ويحرره أعوان الضابطة العدلية فهؤلاء مساعدون لوكيل الجمهورية عملا بالفصل 11 ويعملون تحت إمرته وعليهم إخباره بما يباشرونه تحت نظره عملا بالفصل 13 من م.إ.ج.

وحيث بوشر البحث في تتبع الحال من أعوان الضابطة العدلية صلب المحضر عدد 315 في 2013/02/25 ثم أذنت النيابة العمومية بفتح تحقيق وعهد لقاضي التحقيق بالموضوع تحت الملف عدد 399 ولا عيب في هذا التسلسل الإجرائي فخلافا لما بدى للمعقب فتعهد أعوان الضابطة العدلية ثم إحالة بحثهم وما عاينوه على رئيسهم وكيل الجمهورية والذي عهد بالبحث لحاكم التحقيق كل ذلك لا تعارض فيه مع أحكام قانون 1992/12/07 الذي يُكرس سلطة أعوان الضابطة العدلية واختصاصهم بمباشرة مخالفات قانون حماية المستهلك ويباشرون مهامهم طبق الإجراءات الجزائية والشكلية العامة أي طبق أحكام مجلة الإجراءات الجزائية دون لزوم التقيد بالإجراءات الخاصة الواردة بالفصلين 29/28 المتعلقة بمباشرة أعوان التراتيب والمراقبة الاقتصادية أو الموظفين لكون اختصاصهم استثنائي بنص خاص.

ويتناسق ذلك مع أحكام الفصل 2 فقرة (1) والفصل 10 من م إ ج الضابط للتسلسل الهرمي للضابطة العدلية ويمنح تلك الصفة لأعوان الأمن والحرس الوطني الخاضعين لأوامر وكيل الجمهورية

والوكيل العام باعتبارهم مساعدين له ويمنح الفصل 13 من م إ ج للشرطة والحرس سلطة البحث في كل جريمة مهما كان نوعها (فقرة 3 منه) وتحرير المحاضر فيها وهو بالتالي اختصاص عام وشامل. فأعوان الضابطة العدلية تحت عدد (3) و(4) من الفصل 10 من م إ ج ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق يباشرون الضابطة العدلية باختصاص عام شامل بما في ذلك لمخالفات قانون حماية المستهلك... أي أن إسناد القانون لصنف معين من الأعوان والموظفين بعض صلاحيات الضبط العدلي لمباشرة بعض الجرائم المختصين فيها لا يترتب عنه حصر الاختصاص فيهم وعزل غيرهم من أعوان الضابطة العدلية الأصليين والذين يستمدون صلاحياتهم من القواعد العامة لمجلة الإجراءات الجزائية بالفصول 2 – 10 – 13 منها.»

***11-3-11- استدعاء القائم بالحق الشخصي بالطور الاستئنافي***

**قرار تعقيبي جزائي عدد *37911* بتاريخ *2017/04/14* صدر عن الدائرة التاسعة والعشرون برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين عبد السلام دمق وشكري كمون بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله ومساعدة الكاتب السيد جلال العنتير.**

«حيث يخلص مما ذكر أنه طالما انحصر نظر محكمة الاستئناف في الفرع المدني لا غير فإن رفع القائم بالحق الشخصي لطعنه استئنافا يحتم عليه استدعاء خصمه المستأنف ضده بواسطة عدل تنفيذ كشرط وجوبي للنظر وقبول طعنه إجرائيا، إذ لا بد من منح الفرصة للمستأنف ضده من الدفاع عن مصالحه مدنيا ومنحه حق الدفاع ولا يوكل أمر استدعائه للنيابة العمومية طالما أنها ليست بطرف في القضية في طورها الاستئنافي المنحصر النظر فيه في الفرع الخاص والمدني فحسب. فالقول بخلاف ذلك فيه خرق للقانون بفصوله القانونية السالف ذكرها ويترتب عن عدم مراعاة ذلك رفض الطعن كإجراء وأضحى قضاء محكمة الحكم المنتقد برفض الطعن شكلا لتقاعس المستأنف عن استدعاء خصمه المستأنف ضده صائبا وفيه تطبيق سليم للقانون.»

***11-3-12- التفكيك والضم***

**قرار تعقيبي جزائي عدد *58833*صدر بتاريخ*28* نوفمبر *2017* عن الدائرة السابعة والعشرونبرئاسة السيد عادل الأندلسي وعضوية** المستشارين **السيدين بلقاسم كعوان ومفيدة محجوب وبمحضر المدعي العمومي السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.**

«1- في المطعن المتعلق بخرق الفصل 104 مكرر و129 و130 و131 مـن م إ ج.

حيث عاب نائب المعقب على محكمة الحكم المنتقد تفكيك الملفات القضايا الثلاث المتعلقة بمنوبه والحال أنه لم تتوفر في جانبه صور تفكيك الملفات المحددة حصرا بالنص القانوني وأن الأمر كان يقتضي الضم الإجراءات.

وحيث قام هذا المطعن على دمج ومراوحة بين إجراء التفكيك و إجراء الضم رغم كونهما إجراءين مختلفان من حيث الأساس النظري والشروط و الجهة المختصة به ذلك أن إجراء التفكيك يختص به قاضي التحقيق وهو يفترض بداية أن تنطلق الأبحاث والتتبعات في إطار ملف واحد نظرا لتعلقها بواقعة واحدة مشكلة لجريمة أو عدة جرائم مترابطة بغض النظر عن تعدد الفاعلين فيها ولكن المشرع سمح مع ذلك لقاضي التحقيق المختص وحده بهذه الوسيلة الإجرائية ومع وحدة الوقائع تفكيك الملف وإفراد بعض الجناة بملفات مستقلة وذلك إذا كانت الأفعال المنسوبة لبعض المشمولين بالتتبع تعد جنحة أو مخالفة وكذلك حتى في صورة إن كانت الأفعال المنسوبة للمشتبه بهم كلها ذات صبغة جنائية فقد مكنه المشرع من التفكيك لغاية تعجيل النظر بشأن الموقوفين منهم دون التوقف على إنهاء أعماله بالنسبة لغيرهم لاعتبارات تتعلق بضروريات البحث كما يتبع إجراء التفكيك عند شمول الواقعة الواحدة لمشتبه به طفل على معنى مجلة حماية الطفل وذلك نظرا لخصوصية إجراءات التتبع و التحقيق و المحاكمة بالنسبة لقضايا الأطفال.

وحيث أنه بالنسبة لقضية الحال فلم يتخذ قلم التحقيق أي قرار في تفكيك الملف حتى يعتبر أن التفكيك غير قانوني ضرورة أن الأفعال المنسوبة للمتهم تأسست على شكايات مستقلة من عدد من المقاولين في نسبة عمليات ابتزاز وارتشاء له و أثيرت تتبعات في شأن كل ملف على حدة وتمت إثارة الدعوى العمومية في كل ملف على حدة لاعتبار أن كل واقعة ارتشاء تمثل جريمة مستلقة عن أخرى وتقوم على وقائع مختلفة عن وقائع التتبع الآخر ولم يصدر تبعا لذلك أي قرار في التفكيك بما يجعل المطعن المتصل بخرق الحكم المطعون فيه لمقتضيات الفصل 104 مكرر فاقد لأي سند في ملف دعوى الحال فضلا على أنه غير متصل بجوهر الحكم موضوع الطعن و إنما متصل بأعمال التحقيق التي تتبع في شأنها وسائل طعن خاصة ترفع أمام دائرة الإتهام وتعين رده .

وحيث وفيما يتعلق بالجزء من المطعن المتصل باعتبار أن إعراض محكمة الحكم المنتقد عن ضم الإجراءات في جميع الوقائع المنسوبة للمعقب والتي تولد عنها ثلاث قضايا بما فيها قضية الحال يمثل مخالفة لمقتضيات الفصول 129 و130 و131 من م إ ج فهو يبقى دفع مقبول من حيث المبدأ لإمكانية إتباع محكمة الأصل لهذا الإجراء طبق الفصلين 130 و131 من م إ ج.

وحيث نص الفصل 131 "يمكن الإذن بضم الإجراءات لبعضها في صورة ارتباط الجرائم في الأحوال المبينة بالفصل المتقدم أو في غيرها من الأحوال المشابهة لها إذا اقتضت الظروف لزوم توحيد التتبع."

وحيث بين الفصل 130 متى تكون الجرائم مرتبطة بأن نص أنه "تعدّ الجرائم مرتبطة :

**أوّلا :** متى وقعت من عدة أشخاص مجتمعين ولو لم يكن لهم غرض واحد.

**ثانيا :** متى وقعت من عدة أشخاص ولو في أزمنة وأمكنة مختلفة لكن بناء على سابقية اتفاقبينهم.

**ثالثا :** متى وقعت ولو في صورة عدم تعدّد المجرمين للحصول على ما يمكن بها رتكاب جرائم أخرى أو لتسهيل إنجازها أو لإتمام وقوعها أو لإعانة مرتكبيها على التفصّي من العقاب.

وحيث غني عن البيان حسب نص الفصلين 130 و131 من م إ ج أن إجراء الضم يعد إمكانية متاحة للمحكمة ولم يرد الفصل بصيغة الوجوب وإنما يمكن للمحكمة ولو مع تحقق شروط الارتباط عدم تطبيقه فضلا على أن حالات الارتباط حسب الفصل 130 لم تتحقق في مختلف وقائع الإرتشاء المنسوبة للمعقب من متضررين مختلفين بما يجعل الحديث عن الضم ولو باعتباره إمكانية متاحة للمحكمة غير متجه على معنى الفصلين المشار إليهما.

وحيث لم يرد الضم كإجراء وجوبي إلا في إطار الفقرة الأخير من الفصل 131 الذي جاء فيه "ويتحتم ضم الإجراءات لبعضها بعضا في الصورة الواردة بالفصل 55 من المجلة الجنائية " بما يجعل مبدئيا المحكمة التي تعرض عن تطبيق الضم في هذه الحالة مرتكبة لمخالفة للقانون توجب النقض وتخضع لرقابة هذه المحكمة.

وحيث نص الفصل55 من م ج "أن **الجرائم** الواقعة لمقصد واحد ولها ارتباط ببعضها بعضا بحيث يصير مجموعها غير قابل للتجزئة تعتبر جريمة واحدة توجب العقاب المنصوص عليه لأشد جريمة منها".

وحيث أن الفصل 55 يفترض ترابط مقصدي وموضوعي بين الجرائم حتى يكون الضم وجوبيا وأن تهدف جميعها لتحقيق نتيجة واحدة بعينها وفي سياق تحقيق النتيجة الإجرامية الأساسية ترتكب مجموعة من الجرائم المتفرقة التي تمثل تحضير أو تسهيل و أو شروع في ارتكاب فعل إجرامي أساسي كفعل تحويل الوجهة و الاحتجاز لغاية ارتكاب جريمة بعينها كانت المقصد الاساسي وهي الاغتصاب

مثلا أو الإعتداء بالعنف لتسهيل السرقة أو تسليط تحرش جنسي لغاية الإعتداء بفعل الفاحشة وهي جرائم واقعة لمقصد واحد الأمر الغير متوفر في الشكايات التي رفعت ضد المتهم المعقب من طرف عدد من المقاولين ضرورة أن كل فعلة موضوع شكاية تمثل جريمة مستقلة عن الأخرى تحققت أركانها ونتيجتها الإجرامية و قامت في معزل عن الأفعال موضوع التتبع الآخر ولا يوجد أي ترابط مقصدي بينها وهو ما يحول دن توفر حالة الضم الوجوبي على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 131 من م إ ج وهو ما أفقد هذا الطعن كل وجاهة و تعين تجاوزه .

2- في المطعن المتصل بخرق الفصلين 54 و55 من م ج لعدم ضم العقوبات لبعضها.

حيث أن تأسيس طلب الضم في المطعن الحالي على مقتضيات الفصلين 54 و 55 من المجلة الجزائية لا يستقيم ضرورة أن الضم في هذه الحالة مبرر بالترابط المادي و الموضوعي للجرائم كأن تكون من الفعل الواحد عدة جرائم على معنى الفصل 54 أوعندما تكون الجرائم الواقعة لمقصد واحد ولها ارتباط ببعضها بعضا بحيث يصير مجموعهاغير قابل للتجزئة على معنى الفصل 55 وهو الأمر الغير متوفر في وقائع التتبع المنسوبة للمتهم المعقب كما سبق بيانه في المطعن الأول باعتبارها تمثل جرائم مستقلة مكتملة الأركان في كل ملف على حدة ولا ترابط مادي ولا موضوعي بينها إلا أنه يمكن تأسيس طلب الضم نظرا لكون الجاني هو ذاته في مختلف القضايا على مقتضيات الفصل 56 من نفس المجلة والذي بيح ضم العقوبات لكل إنسان ارتكب عدة جرائم لكنه أبقى هذا الإجراء إمكانية متاحة لقاضي الأصل طالما أن الأصل هو أن يعاقب الجاني لأجل كل جريمة بانفرادها ولاتضم العقوبات لبعضها حسب صريح الفصل .

وحيث طالما أن الأمر متصل بإمكانية ولم يشترط المشرع التعليل في صورة انتهاجها أو تركها فإنها تبقى من السلطات التقديرية لقاضي الأصل على غرار تقدير العقاب ولا تخضع لرقابة محكمة التعقيب طالما لم ينطو فعل انتهاجها أو تركها لخرق قانوني مما تعين معه رد هذا المطعن.»

***11-3-13-* الترويج لمادة مخدرة-تكرر فعل الاتجار ووحدة التتبع**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *54688*صدر بتاريخ *17* أكتوبر *2017* عن الدائرة السابعة والعشرون برئاسة السيد عادل الأندلسي وعضوية** المستشارين **السيدين بلقاسم كعوان ومفيدة محجوب وبمحضر المدعي العمومي السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.**

«حيث ينعى نائب المعقب على محكمة الحكم المنتقد إهمال دفوعات لسان الدفاع التي أثاروا فيها أن كنية "و. ق." لا تنطبق على المتهم مستدلين في ذلك بكتب إشهاد فضلا على التمسك بسبق

المحاكمة من أجل نفس الأفعال فضلا على تراجع المتهم م. ع. عن تصريحاته المسجلة عليه بحثا وتأكيده عدم معرفته بالمتهم المعقب.

وحيث لا تستمد الأحكام قوتها في فصل النوازل المنشورة أمامها من السلطة الممنوحة قانونا لمصدريها في الفصل بين أقضية الناس فحسب بل يجب أن تستند قوة الحكم أيضا على سلطة معنوية و اعتبارية هامة تتجسد في خضوع المتقاضي لمنطوقها طوعا ورضاء انطلاقا من التسليم بعدلها ووجاهتها الذي يتجسد من خلال مضمونها الذي يجدر أن يتسم بالإقناع والمعقولية وتتجلى منه مظاهر العدل واحترام القانون والإلمام المتبصر بجميع مظروفات الملف وقد ذهبت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في قرارها عدد 860099 الصادر في 5015/04/16 لاعتبار أن من شروط صحة الأحكام أن تكون معللة تعليلا صحيحا من الناحيتين الواقعية والقانونية ومستمدة مما له أصل ثابت بمظروفات الملف دونسهو أو خطأ أو تحريف للوقائع أو خرق للقانون .

وحيث تبين باستقراء القرار الاستئنافي المطعون فيه وما انبنى عليه من مستندات أن المحكمة عللت قضائها بالإدانة في جانب المتهم المعقب في خصوص تهمة توزيع ماد مخدرة مدرجة بالجدول "ب" بنية الإتجار بحيثية وحيدة سندها تصريحات المتهم م. ع. بحثا دون أن تبين موقفها من تراجع هذا الأخير عن تلك التصريحات عند مكافحته بالمتهم المعقب ولا من دفع المتهم و محاميه بعدم اشتهاره بكنية "و. ق. "كما لم تعرج على ما ثبت لديها من أن المتهم م. ع. الذي أسست على تصريحاته بحثا الإدانة مصاب بإعاقة ذهنية الأمر الثابت من بطاقة إعاقته المظروفة بالملف عدد 325353/5615 كثبوت تعاطيه لأدوية أعصاب.

وحيث رغم أهمية هذه العناصر الثابتة بالملف في وجه الفصل فيه وتقرير الإدانة فإن محكمة الحكم المنتقد لم تناقشها ولم تبين موقفها منها سواء بالإعتماد أو الترك وتعليل ذلك في الحالتين وقررت الإدانة في تجاهل تام لها وهو ما يصم حكمها بضعف تعليل مخل ينال من وجاهة الحكم وعدالته كما ينال من مصلحة المتهم الشرعية وحق الدفاع في الإعراض عن درس مقالة الدفاع وتقييم عناصرها وبيان الموقف منها.

وحيث علاوة على ذلك فقد تمسك لسان الدفاع بدفع هام ما كان للمحكمة تجاوزه لتعارضه مع مبادئ المحاكمة العادلة في أقوى تجلياتها وهو سبق محاكمته من أجل نفس الأفعال في إطار القضية الاستئنافية التي نشرت لدى نفس المحكمة تحت عدد 6905.

وحيث تبين بمراجعة الملف الاستئنافي موضوع الطعن أن لسان الدفاع أشار جلسة لذلك التتبع وطلب من المحكمة ضم الإجراءات في القضيتين عدد 6905 وقضية الحكم المطعون فيه عدد 6907.

وحيث أن المحكمة لم تجب على ذلك الطلب ولم توضح موقفها منه رغم تعلقه بالإجراءات الأساسيةومصلحة المتهم الشرعية ورغم تأييده وثبوت نشر القضيتين لدى نفس الدائرة وصدور الحكم فيهما بنفس اليوم.

وحيث علاوة على ذلك فقد تبين أن القضية عدد 6905 التي أشار إليها لسان الدفاع متصلة بتتبع المتهم المعقب من أجل تهمة التوزيع بنية الإتجار لمادة مخدرة مدرجة بالجدول "ب" وقد انطلقت الأبحاث فيها بموجب محضر محرر من قبل فرقة الشرطة العدلية بغار الدماء عدد 194 بتاريخ 2015/07/21 أي بفارق 8 أيام عن المحضر عدد 198 الذي انطلقت بموجبه الأبحاث من نفس الضابطة العدلية في إطار قضية الحال كما أن الشبهة حصرت في شخص المتهم المعقب في الملف الأول بمناسبة إلقاء القبض على نفر مستهلك يدعى م.م. الذي أكد أنه اقتنى المادة المخدرة من لدن "إ.و." شـهر " و.ق." كما أن المدعـو م. م. تراجع بدوره عنـد المكافحـة وصرح أنه لا يعـرف المتهـم المعقب وليس هو من اقتنى منه المادة المخدرة .

وحيث أن هذا التقارب الزمني في وقائع القضيتين و تشابه طريقة حصر الشبهة فيها على المتهم المعقب و طبيعة التهمة موضوع التتبع كلها عناصر كان على المحكمة أن تأخذها بعين الإعتبار بعد إثارتها من لسان الدفاع و ترتيب النتائج القانونية السليمة عليها بما يحقق التوازن بين مصلحة المتهم الشرعية من جهة و الهدف الأسمى في كشف الحقيقة وتأسيس الحكم من جهة ثانية ذلك أن التهمة الموجهة على المتهم المعقب في القضيتين وهي التوزيع بنية الإتجار لمادة مخدرة مدرجة بالجدول "ب" التي تفترض عند ثبوت انخراط الجاني في هذا المجال لمدة زمنية معينة تكرر فعل الإتجار وتعدد الحرفاء لأن فعل التوزيع في حد ذاته يقوم على احتراف عملية العرض و البيع و أن هذا التعدد يشكل الأركان المادية لجريمة التوزيع بنية الاتجار للمادة المحظورة ولا يمكن تبعا ذلك أن تشكل كل عملية توزيع على حدة في شأن نفس المتهم وعند وقوعها في مدة زمنية متقاربة جريمة مستقلة عن الأخرى فالتزويد قد يهم مئات الأشخاص و لا يمكن مؤاخذة المتهم عن كل عملية توزيع منفردة و تسليط عقاب مستقل لكل عملية طالما أن عمليات التوزيع المتعددة مشكلة في مجملها الأركان المادية لفعل الإتجار الذي يفترض تكرر الفعل والاحتراف و تعدد الحرفاء بما يصبح معه تخصيص كل عملية بملف مستقل ينال من حقوق المتهم الشرعية لترابط الجرائم فيما بعضها و تضافر كل فعل مادي فيها ليشكل الركن المادي للجريمة موضوع التتبع .

وحيث من جهة أخرى فإن اعتبار وقائع ملف القضيتين في ملف واحد يمثل معطى واقعي هام وثابت متاح للمحكمة لتعزيز قناعتها إدانة أو براءة في تقرير ارتكاب المتهم لفعل التوزيع للمادة المخدرة من عدم ذلك من خلال تعدد الأشخاص الذين ينسبون له تزويدهم بالمادة المخدرة في فترة زمنية متقاربة فضلا على أن وسائل دفاع المتهم كانت ذاتها في الملفين.

وحيث يكون لذلك طلب الضم الذي تقدم به لسان الدفاع وجاهة متصلة بمصلحة المتهم الشرعية وحسن سير القضاء ومؤسس قانونا على مقتضيات الفصل 131 من م إ ج الذي اقتضى أنه "يمكن الإذن بضم الإجراءات لبعضها في صورة ارتباط الجرائم في الأحوال المبينة بالفصل المتقدم أو في غيرها من الأحوال المشابهة لها إذا اقتضت الظروف لزوم توحيد التتبع." وكان على المحكمة اتخاذ موقف من ذلك الطلب على ضوء نشر القضيتين المشار إليهما لديها بنفس الجلسة وضد نفس المتهم وتقارب الوقائع بين الملفين زمنيا وماديا ووحدة الجريمة موضوع التتبع وخاصية ركنها المادي الذي يقوم على التكرار وتعدد الحرفاء وطالما لم تفعل فإن حكمها يكون هاضما لحقوق الدفاع ومصلحة المتهم الشرعية وخارقا للقانون بما أكسب طلب نقضه كل سند صحيح واتجه الحكم بذلك إعمالا لأحكام الفصل 258 من م إ ج مع الإعفاء.»

### *11-3-14-* الإعتراض على الحكم الغيابي

#### 11-3-14-1- شكليات الاعتراض عند تقديم المطلب من المحامي

**قرار تعقيبي جزائي عدد *54883* صدر بتاريخ *17* أكتوبر *2017* عن الدائرة السابعة والعشرون برئاسة السيد عادل الأندلسي وعضوية المستشارين السيدين بلقاسم كعوان ومفيدة محجوب وبمحضر المدعي العمومي السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.**

«حيث عاب الطاعن على محكمة الحكم المنتقد القضاء برفض اعتراض منوبه شكلا دون التثبت في صحة إجراءات رفع الإعتراض من حيث صفة مقدمه وشكليات الإستدعاء للجلسة والتنصيص على أن منوبه لم يحضر والحال أنه لم يحضر لا هو ولا محاميه وهو ما يعد تحريفا للوقائع.

وحيث أن شكليات الإعتراض كوسيلة لمراجعة الأحكام الغيابية التي صدرت في مغيب المتهم تعد من الإجراءات الأساسية المتصلة بمصلحة المتهم الشرعية وحق الدفاع ضرورة أنها الضامنة لتوفير الفرصة الإجرائية لكل شخص صدر حكم في مغيبه للحضور والمناضلة على حقوقه وإسماع مقالته في إطار إجراء حضوري يكفل توفير ضمانات المحاكمة العادلة بما يجعل ضمان الحضورية أهم غاية في طريقة الطعن بالإعتراض.

وحيث شهد فقه القضاء التونسي في خصوص إجراءات الإعتراض تجاذب كبير في خصوص جواز تسليم الإستدعاء للحضور للجلسة لنائب المعترض فذهب اتجاه أول لاعتبار أن ذلك غير جائز و أن مبدأ الحضور و التأويل الحرفي الضيق لنص الفصل 175 من م إ ج يحول دون ذلك ولئن كان يمكن تقديم الإعتراض من قبل نائب المعترض فإن تسلم الإستدعاء للجلسة لا يكون إلا للمعترض شخصيا في حين ذهب توجه ثان لجواز تسليم الإستدعاء لمحامي المعترض و تجسد هذا التوجه في قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 68211 الصادر بتاريخ 1996/02/29 والذي لاقى انتقادا فقهيا واسعا فضلا على تراجع عديد دوائر محكمة التعقيب عنه في إصدار قرارات لاحقة لتاريخ ذلك القرار تقر التوجه المخالف.

وحيث سواء تم قبول مبدأ جواز تسلم محامي المعترض للإستدعاء للجلسة الإعتراضية في حق منوبه أو رفضه فإن ذلك يُحمّل المحكمة المنتصبة للبت في الإعتراض ترتيب النتائج القانونية عن اعتماد هذا التوجه أو ذاك عن وعي وقناعة بالاتجاه المعتمد من قبلها بما يكفل حقوق المعترض.

وحيث من الثابت أن محكمة الحكم المنتقد تعتبر أن تسلم نائب المعترض استدعاء للجلسة في حق منوبه إجراء جائز قانونا و لا يعيب في حد ذاته شكليات الإعتراض في شيء لكنه غاب عليها ترتيب النتائج القانونية على ذلك في اعتبار محامي المعترض طرفا أساسيا في القضية الإعتراضية فهو مقدم الإعتراض وهو من تسلم الإستدعاء للجلسة في حق منوبه ولا يمكن تباعا البت في الإعتراض من الناحية الشكلية دون المناداة على هذا الأخير و تسجيل موقفه عند الإقتضاء في صورة عدم حضور منوبه في حين تبين بمراجعة جلسة الحكم المطعون فيه أن المحكمة تولت المناداة على المعترض فقط و سجلت عدم حضوره دون تحديد إن كان نائبه قد حضر أم لا بعد المناداة عليه رغم كونها أقرت أن تسلم نائبه الإستدعاء في حقه يمثل استدعاءً قانونيا لكنها لم ترتب النتائج القانونية المنطقية على ذلك التوجه و الفهم لعبارات الفصل 175 من م إ ج بما يمثل نيلا من مصلحة المتهم الشرعية ضرورة أن المناداة على نائبه كان من الممكن أن توفر فرصة ليقدم هذا الأخير للمحكمة الأسباب التي حالت دون حضور منوبه و التي قد تجد فيها المحكمة عذر مبرر للتخلف عن الحضور و تتوفر فيها شروط القوة القاهرة و لكن اكتفاءها بالمناداة على المعترض فقط شخصيا دون نائبه في ظل ما ثبت لديها من أن جميع إجراءات الإعتراض تمت بواسطة نائبه من تقديم الإعتراض و تسلم استدعاء للجلسة يشكل هضما لحق الدفاع يصم الحكم بخرق القانون .

وحيث نصت المحكمة أيضا بمحضر جلسة الحكم أن المتهم المعترض لم يحضر و"بلغه الإستدعاء" دون أن تبين كيف كان هذا التبليغ إن كان شخصيا أو بواسطة ولا موقفها من طريقة

التبليغ وهو نقص في التوثيق لما عاينته المحكمة من شأنه أن ينال من حقوق المعترض في صورة المنازعة.

وحيث ومن جهة ثالثة فقد تبين أن الإستدعاء للمحكمة الذي تولته كتابة المحكمة لنائب المعترض في خصوص جلسة الإعتراض لم يكن طبق صيغ الفصل 140 من م إ ج الذي جاء فيه أنه يجب أن "يبين بأصل الاستدعاء وبنظيره أو بجذره اسم المكلف بالتبليغ وصفته وتاريخ التبليغ ويمضي بها المستدعى وإن امتنع عن الإمضاء أو كان غير قادر عليه ينص على ذلك كما يمضي عليها لمبلغ ويرجعه فورا إلى كتابة المحكمة المتعهدة بالقضية ويضيفه الكاتب إلى ملفها."

وحيث خلى الإستدعاء الذي سلم لنائب المعترض ليمضيه (وأرجع لملف القضية) من تلك التنصيصات فلم ينص به على اسم الكاتب الذي تولى عملية التبليغ وصفته في خرق لموجبات الفصلين 139 و140 من م إ ج.

وحيث تعد إجراءات الإستدعاء من الإجراءات الأساسية المتصلة بمصلحة المتهم وتعد الضمانة الإجرائية لصون حق الدفاع ومبدأ المواجهة مما يرتب عن مخالفتها البطلان تطبيقا لمقتضيات الفصل 199 من م إ ج الذي اقتضى أنه " تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو للقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية.و الحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه"

وحيث طالما ثبت بطلان إجراءات الإستدعاء في جلسة الحكم المعترض وهضم المحكمة لمصلحة المعترض من خلال عدم المناداة على نائبه في جلسة الإعتراض رغم كونه باشر جميع إجراءات الإعتراضوعدم توثيق صيغة التبليغ فإن الحكم برفض الإعتراض شكلا يكون مشوب بخرق للقانون مما أكسب طلب نقضه كل وجاهة واتجهالحكم بذلك إعمالا لأحكام الفصل 258 من م إ ج مع الإعفاء.»

**11-3-14-2- تضمين تاريخ انعقاد الجلسة الإعتراضية بالاستدعاء**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *37173* صدر بتاريخ *24* فيفري *2017* عن الدائرة الجزائية *29* برئاسة السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين عبد السلام دمق وشكري كمون بحضور المدعي العام السيد نبيل غرس الله وبمساعدة كاتب الجلسة السيد جلال الدين العنتير.**

«وحيث استقرّ فقه قضاء هذه المحكمة على أن الاستدعاء المسلم من كتابة المحكمة إلى المعني بالأمر لا بدّ أن يتضمن تنصيصات وجوبية نص على الفصل 135 من م ا ج في فقرته الثالثة، والتي

اقتضت أن الاستدعاء يتضمن كذلك بيان المحكمة المتعهدة ومكان وساعة وتاريخ الجلسة وصفة المستدعى متهما كان أو مسؤولا مدنيا أو شاهدا.

وحيث أن تسليم الاستدعاء للمعترض وتضمينه تاريخ انعقاد الجلسة هو إجراء وجوبي.

وحيث أن جذر الاستدعاء المرافق للملف تتفحصه المحكمة وجوبا للتثبت من مدى تطابق تاريخ الجلسة المعينة لها القضية مع ما تضمنه أصل الاستدعاء.

وحيث وفي غياب التنصيص على تاريخ الجلسة بأصل الاستدعاء المسلم للمعني بالأمر يجعل مراقبة المحكمة متعذرة.

وحيث أن أحكام الفصل 135 من م ا ج هي من قبيل القواعد الآمرة لتوفير المحاكمة العادلة وحسن سيرها واحتراما للإجراءات الأساسية وحقوق المتهم الشرعية.

وحيث وطالما أدلى الطاعن بأصل الاستدعاء الذي اتضح أنه لا يتضمن تاريخ الجلسة فإن قضاء المحكمة فيه مخالفة للإجراءات الأساسية وخرق لأحكام الفصل 135 من م ا ج.

وحيث وفي غياب التنصيص على تاريخ الجلسة بالاستدعاء المسلم للمعترض فإنّه لا يمكن اعتبار الاستدعاء قد تمّ توجيهه بصفة قانونية ولا يمكن مواجهة المعترض بجذر الاستدعاء الموجود داخل ملف القضية والحال أن الاستدعاء الموجه له والمتمسك به لا يتضمن تاريخ الجلسة.

وحيث أن عدم التنصيص بالاستدعاء على تاريخ الجلسة يعدّ من قبيل الإخلال بواجب إعلام المعترض بتاريخ انعقادها المنصوص عليه بالفصل 175 من م ا ج الأمر الذي يجعل في ذلك خرقا لأحكام الفصل المذكور.»

**<u>11-3-14-3- الاعلام بتاريخ الجلسة يكون للمعترض شخصيا</u>**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *36749* صدر بتاريخ *8* مارس *2017* عن الدائرة *31* برئاسة السيد جمال المستيري وعضوية المستشارين السيدين حليم النيال وحياة اليعقوبي بمحضر المدعي العمومي السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد علي العمراوي.**

«حيث خلافا لما ذهبت إليه محكمة الموضوع فإن أحكام الفصل 175 في فقرته السادسة من م ا ج تقتضي أن يتولى كاتب الحكمة بمجرد قبوله مطلب الاعتراض توّا تعيين الجلسة وإعلام المعترض بتاريخها وهو ما يفترض أن يكون الاعلام للمعترض شخصيا، ذلك أنه ولئن أجاز المشرع أن يقدم الاعتراض على الحكم الغيابي المعترض نفسه أو نائبه، فإن الإعلام بتاريخ الجلسة يجب أن يكون

للمعترض شخصيا، خاصة وأن الفقرة الأولى من الفصل 175 أكدت ذلك حين عرّفت الحكم "المعتبر حضوريا" وهو "إذا بلغ التنبيه لشخص المتهم ولم يحضر في الأجل المعين فلا يتوقف القاضي على حضوره ويصدر حكما يعتبر حضوريا."

وحيث باستقراء كافة الإجراءات في القضية عدد 3733 الصادر فيها الحكم المعقب عن محكمة الإحالة موضوع قضية الحال، يتضح أن كتابة محكمة الاستئناف بالكاف كانت تلقت يوم 2009/02/90 مطلب الاعتراض المقدم من المحامية وسجلت اعتراضها في حق منوبها ع.ع. وعيّنت الكتابة الجلسة ليوم 2009/02/23 تحت عدد 3733 وسلّمته في الغرض استدعاءً أمضت بجذره المحامية المذكورة بتاريخ 9 فيفري وهو ما أكدته محكمة الموضوع بجلسة يوم 2009/02/23 حين بينت المحكمة بمحضر الجلسة "أنه لم يحض المتهم وبلغه الاستدعاء بواسطة محاميته..."، ولكل ذلك فإنه ليس لمحكمة الموضوع أن تعتبر حكمها حضوريا بالاعتبار وترفض الاعتراض شكلا لأن ذلك يتجافى ومنطوق الفقرتين الأولى والسادسة من الفصل 175 من م ا ج.»

***11-3-15-* سقوط الدعوى العمومية الناتجة عن التعذيب بمرور الزمن**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *55745* صدر بتاريخ *2* نوفمبر *2017* عن الدائرة الرابعة عشر برئاسة السيد محمد عماد بن عبد الجليل وعضوية المستشارين السيدين عبد الباسط خالدي وكمال بوكثير بمحضر المعي العام السيدة سميرة قرماني ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة سميرة بوشوشة.**

«حيث صدر المرسوم عدد 106 لسنة 2011 المؤرخ في 2011/10/22 والمتعلق بتنقيح وإتمام المجلة الجزائية ومجلة الإجراءات الجزائية، مضيفا فقرة رابعة للفصل 5 [من المجلة الأخيرة].

وحيث اقتضى الفصل 5 من مجلة الإجراءات الجزائية في فقرته الرابعة(جديدة):" أن الدعوى العمومية الناتجة عن جناية التعذيب تسقط بمرور خمسة عشر عاما..."

وحيث أنه في تاريخ صدور المرسوم عدد 106 المذكور لم يقع توجيه تهمة التعذيب ضد أي من المظنون فيهم، وتكون بالتالي الجريمة موضوع افتتاح البحث [ارتكاب حادث مرور نجم عنه الموت والفرار إثره] قد سقطت بمرور الزمن، باعتبار مرور آجال السقوط العادية وهي عشرة أعوام، وسقطت كذلك بمرور أكثر من خمسة عشر عاما كاملة وفق التنقيح الواقع بمقتضى المرسوم عدد 106، وذلك تزيدا باعتبار أنه في تاريخ 2011/10/22 لم يكن موضوع افتتاح البحث من قبيل جرائم التعذيب ضرورة أن هاته الجريمة لم يقع توجيهها على المظنون فيهم إلا في 2013/05/28 حسبما يتبين من قرار الاطلاع الصادر عن السيد قاضي التحقيق.

وحيث ولئن اقتضى الفصل 23 من الدستور المؤرخ في 2014/01/27 أن جريمة التعذيب لا تسقط بمرور الزمن، فإن أجل التقادم قد استنفذ كذلك قبل صدور الدستور الجديد.

وحيث أن قواعد انقضاء الدعوى العمومية تهم النظام العام ويمكن إثارتها في أي طور ويجب على المحكمة المتعهدة بالتالي إثارتها من تلقاء نفسها، وطالما أن محكمة القرار المنتقد قد بررت قضائها اعتمادا على أحكام الفصلين 3 و8 من قانون العدالة الانتقالية، فإن ذلك يعد خلطا بين منظومة العدالة الانتقالية الاستثنائية والمحددة في الزمن ومنظومة العدالة القضائية، وفي ذلك خرق لأحكام القانون وخاصة الفصل 5 من مجلة الإجراءات الجزائية».

***11-3-16-* استجلاب**

**قرار تعقيبي جزائي عدد *660* صدر بتاريخ *2017/4/20* عن الدائرة *26* برئاسة السيد ناجي السويسي وعضوية المستشارين السيدين عادل بوصفارة وعبد الرزاق باهوري وبمحضر ممثل الادعاء العام السيد شكري التريكي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد توفيق المناصري.**

«حيث اقتضى الفصل 294 من مجلة الإجراءات الجزائية انه لمحكمة التعقيب بناء على طلب من وكيل الدولة العام أن تأذن في الجنايات والجنح والمخالفات بسحب القضية من أية محكمة تحقيق أو قضاء وبإحالتها على محكمة أخرى من الدرجة نفسها وذلك مراعاة لمصلحة الأمن العام أو لدفع شبهة جائزة.

وحيث إن الشبهة الجائزة هي اعتقاد المتقاضي لأسباب صحيحة أو خاطئة أن سير الأبحاث التحقيقية أو سير القضية لن يكون سيرا طبيعيا عاديا يضمن المحاكمة العادلة نظرا لنفوذ خصمه أو تدخلاته مما يبعث في نفس المتقاضي شعورا بعدم الاطمئنان والريبة من إمكانية معاملة خصمه معاملة خاصة قد تضر لمصالحه.

وحيث وبقطع النظر عن جدية الدفوعات المتمسك بها فإن مقتضيات دفع كل شبهة جائزة أو محتملة وحفاظا على هيبة القضاء وعدالته ونبل رسالته وتجنبا للخدش في نزاهة القضاء وحياديته ومصداقيته وعدله ولو بشبهات غير ثابتة فإنه

من الوجيه استجلاب القضية موضوع الطلب كمانه للنفوس وحفاظا على حياد القضاء التام.

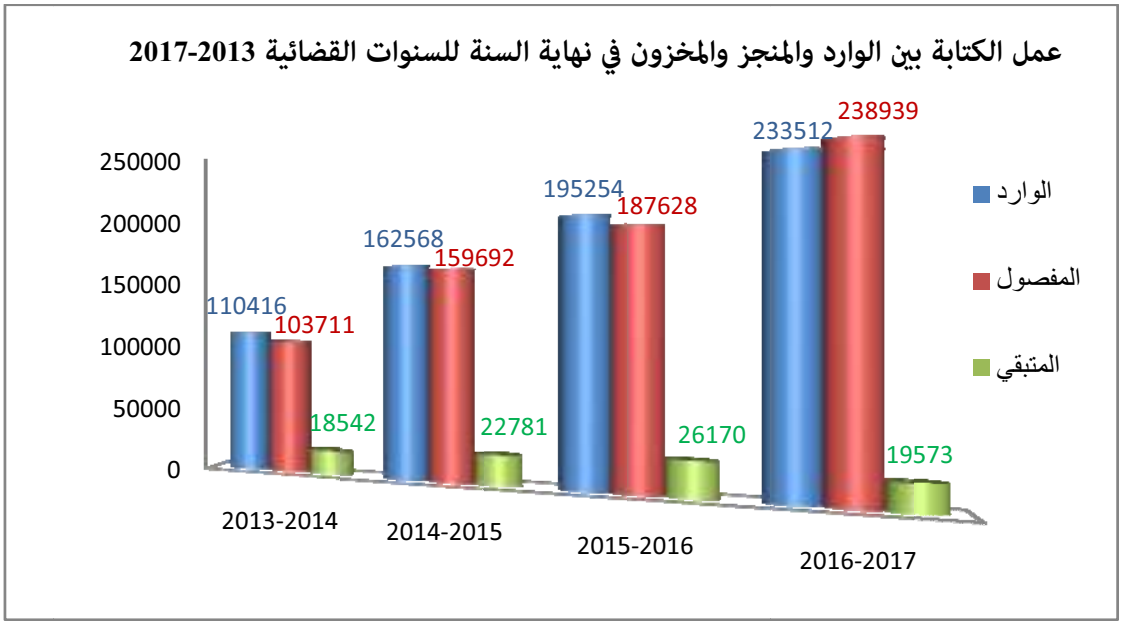
وحيث يتعين استجلاب القضية وإحالتها على محكمة أخرى من الدرجة نفسها تطبيقا للفصل 294 من م ا ج".

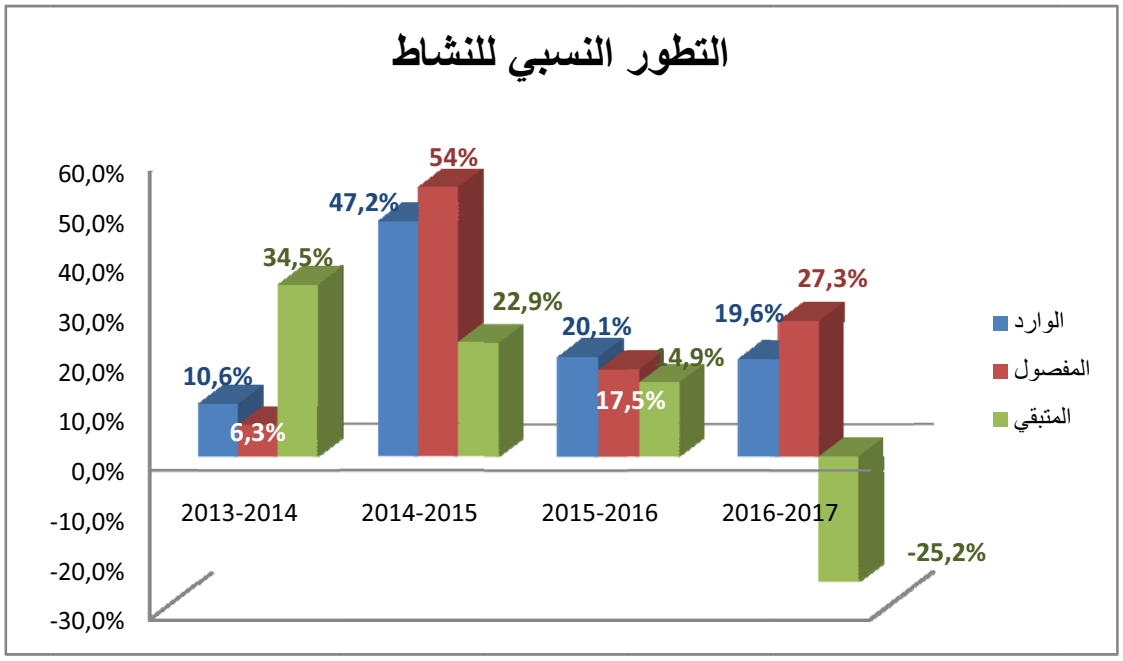
## 2- معطيات إحصائية

### أ- نشــاط محكمة التعقيب للسنوات القضائية 2013-2017

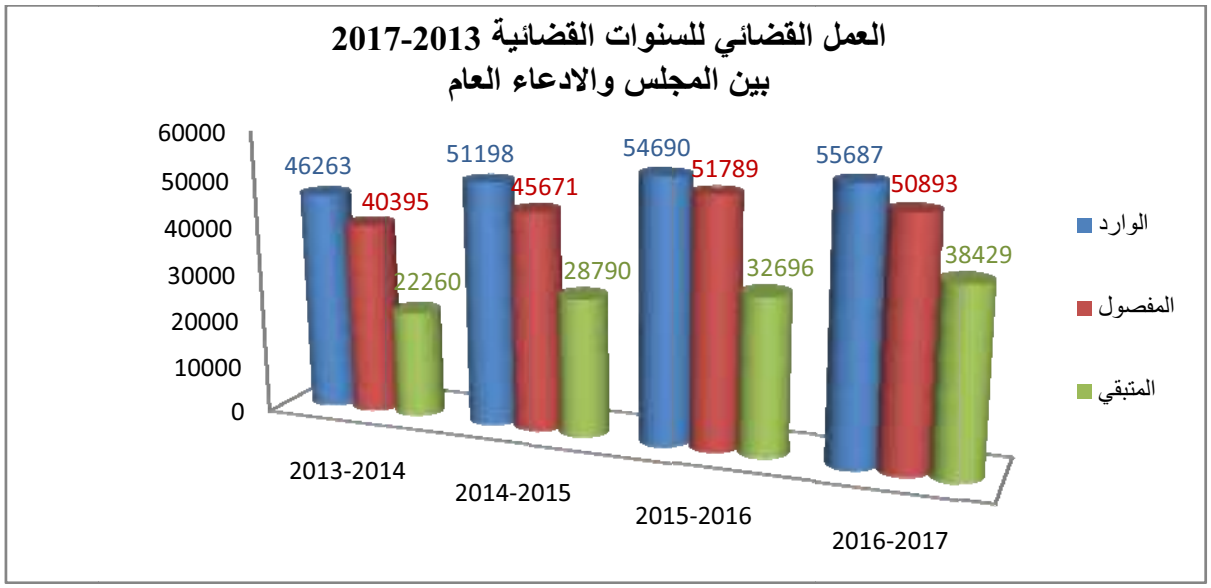
**- النشاط العام للمحكمة**

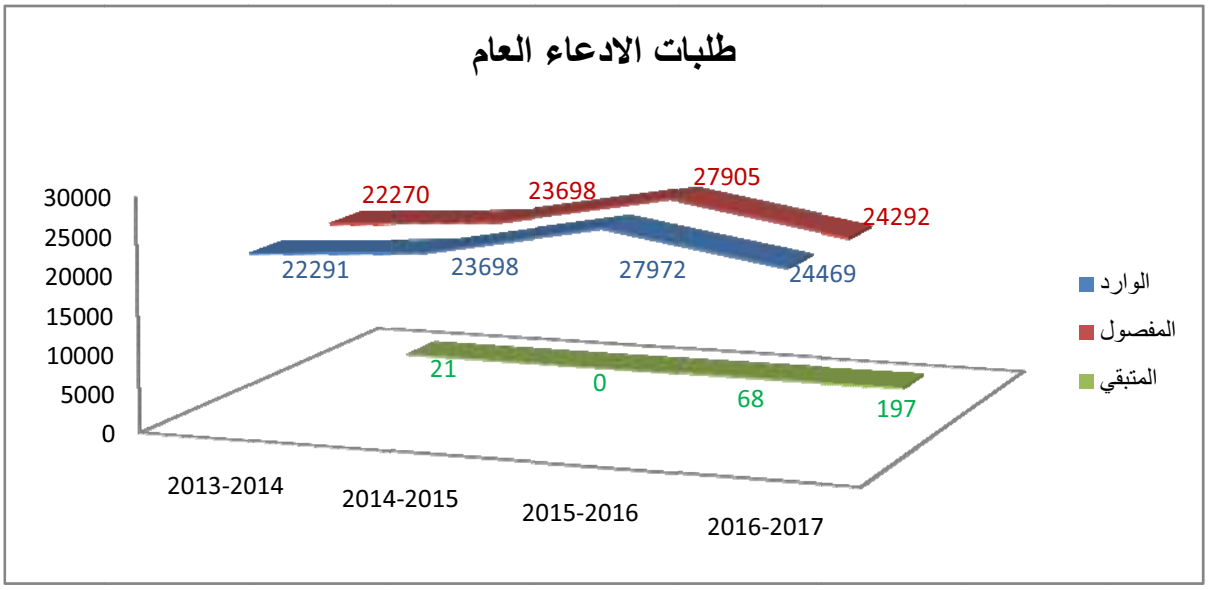
*** كتابة المحكمة :**

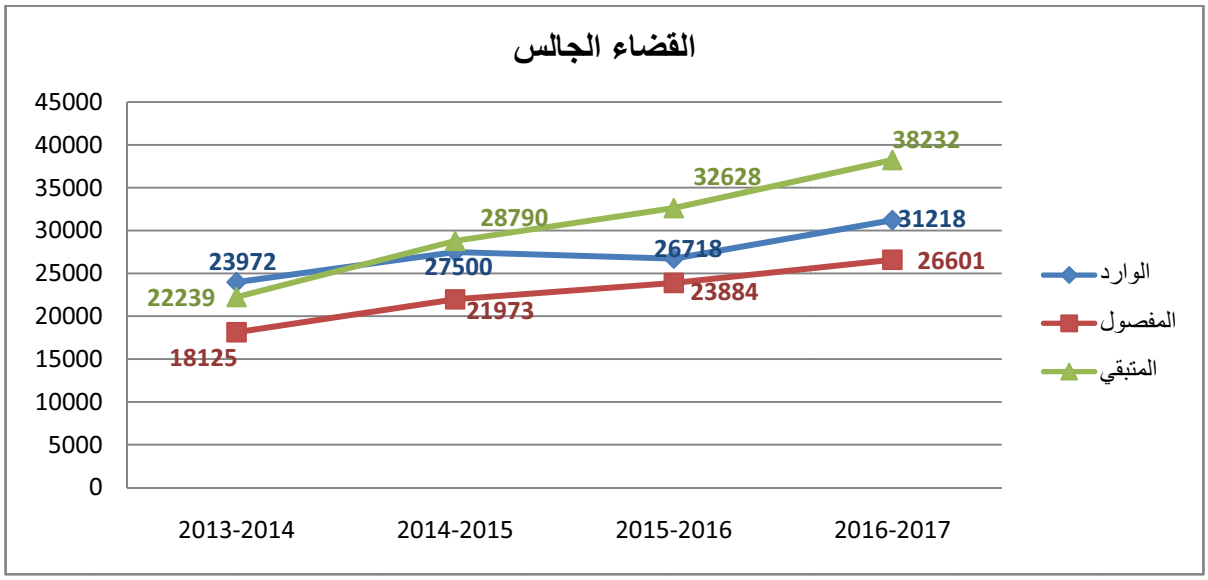


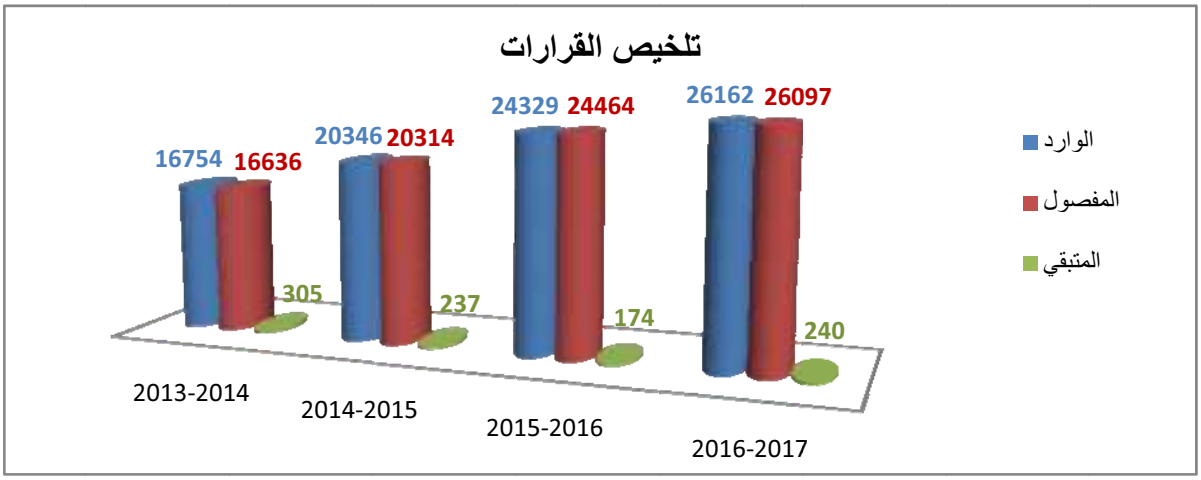



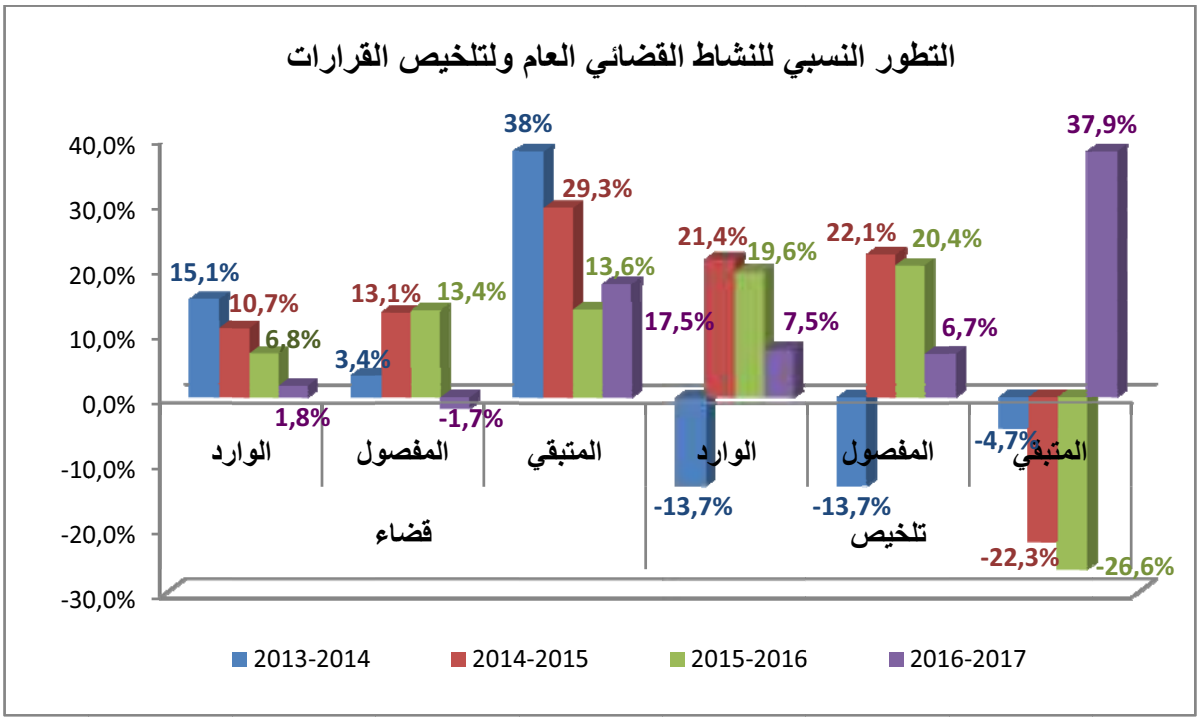
* النشاط القضائي :

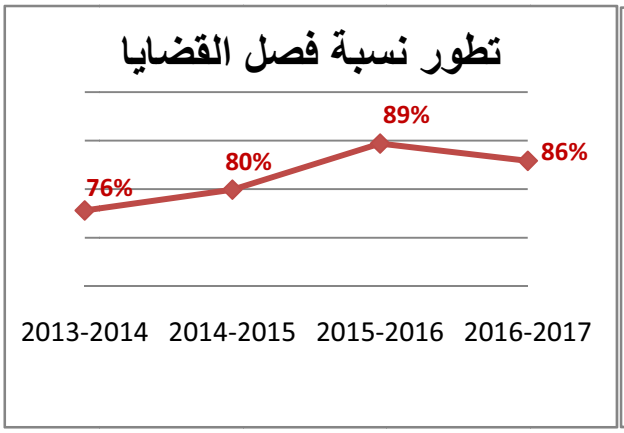


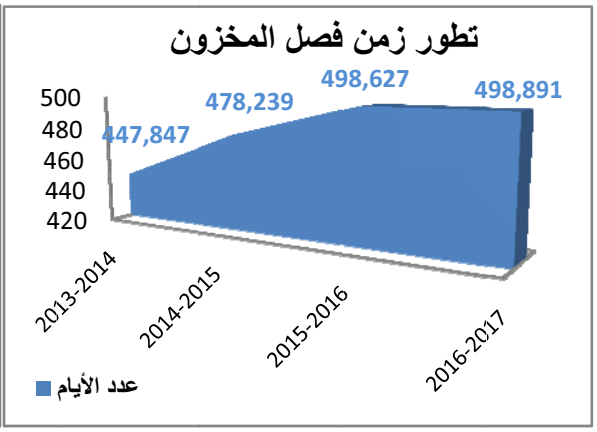




القضاء الجالس
45000
40000
35000
30000
25000
20000
15000
10000
5000
0
2013-2014
2014-2015
2015-2016
2016-2017
23972
27500
26718
31218
22239
28790
32628
38232
18125
21973
23884
26601
الوارد
المفصول
المتبقي

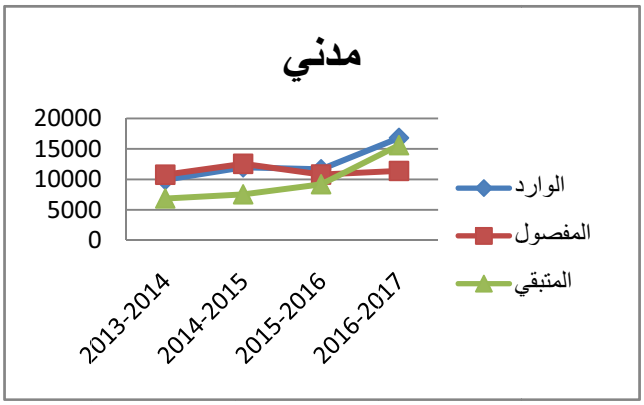

تلخيص القرارات
16754
16636
305
20346
20314
237
24329
24464
174
26162
26097
240
2013-2014
2014-2015
2015-2016
2016-2017
الوارد
المفصول
المتبقي

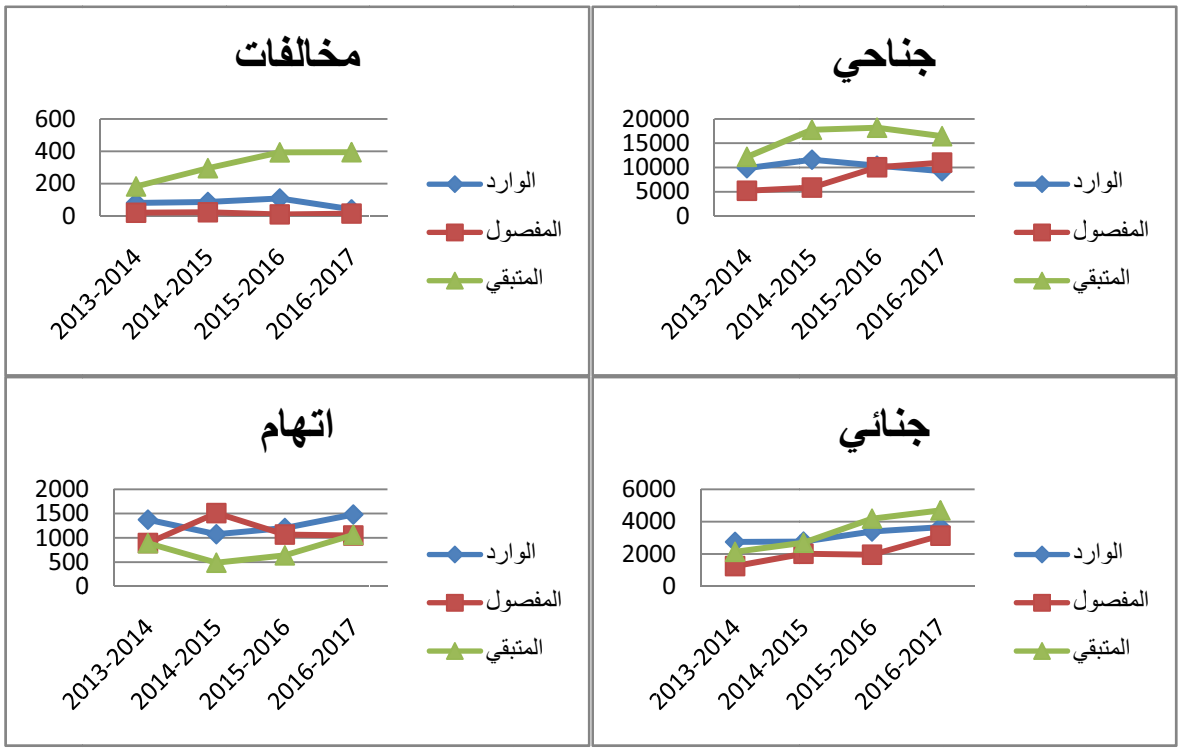



## 2- النشاط القضائي للمحكمة حسب المادة

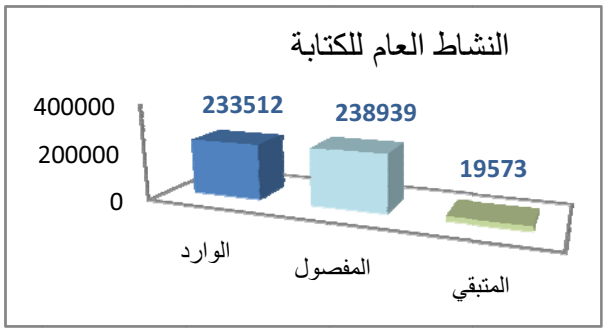


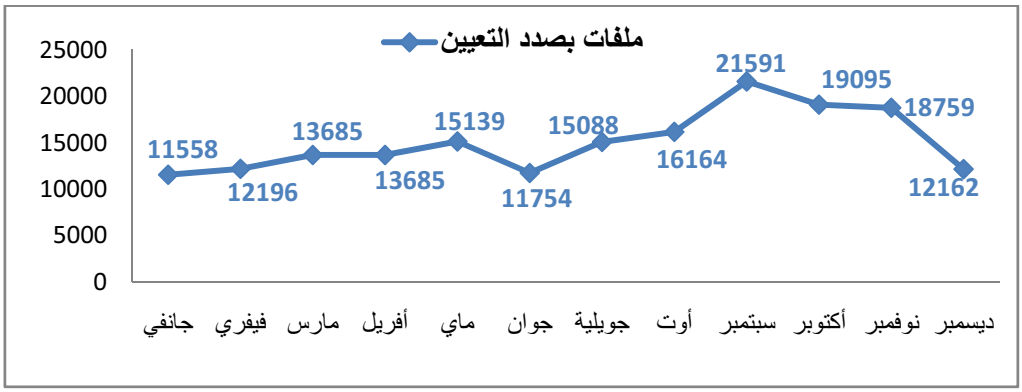



## ب- نشـــاط محكمة التعقيب للسنة الإدارية 2017 (جانفي-ديسمبر 2017)

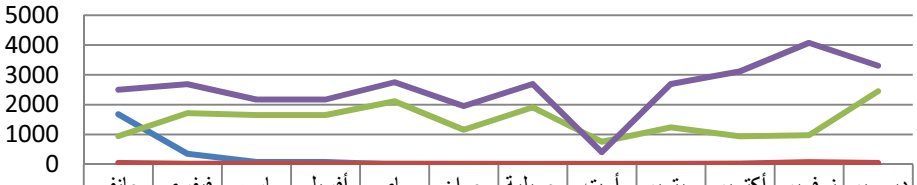
<u>- النشاط العام للمحكمة</u>

*** كتابة المحكمة**



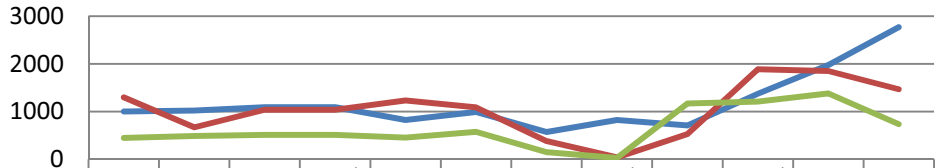



## أنشطة الكتابة



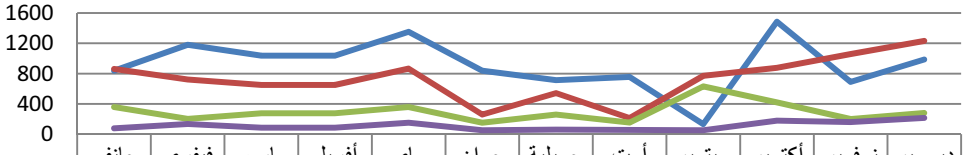

| | جانفي | فيفري | مارس | أفريل | ماي | جوان | جويلية | أوت | سبتمبر | أكتوبر | نوفمبر | ديسمبر |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| تسجيل الأحكام | 1678 | 355 | 80 | 80 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| توجيه إعلامات الطلاق | 48 | 22 | 27 | 27 | 18 | 28 | 23 | 18 | 20 | 30 | 73 | 47 |
| قضايا بصدد طرق الآجال | 947 | 1719 | 1654 | 1654 | 2115 | 1157 | 1911 | 757 | 1238 | 941 | 975 | 2452 |
| إرجاع الملفات المحكوم فيها | 2503 | 2692 | 2174 | 2174 | 2755 | 1955 | 2695 | 407 | 2695 | 3120 | 4077 | 3309 |

## أنشطة الكتابة



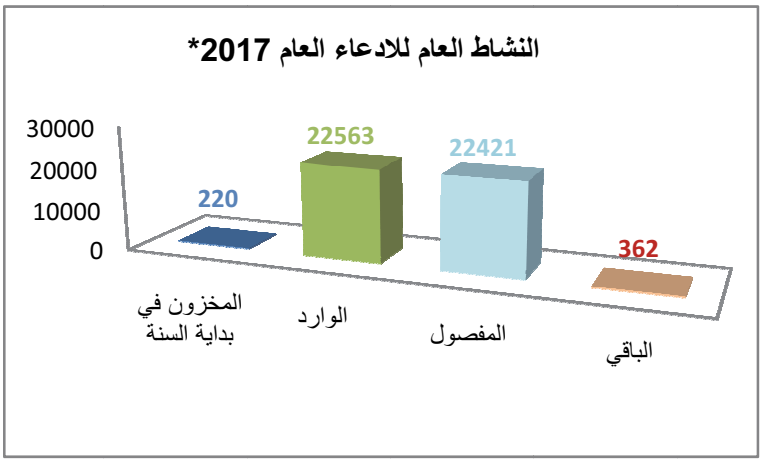

| | جانفي | فيفري | مارس | أفريل | ماي | جوان | جويلية | أوت | سبتمبر | أكتوبر | نوفمبر | ديسمبر |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| رقن القرارات المدنية | 1002 | 1021 | 1092 | 1092 | 825 | 993 | 573 | 825 | 712 | 1374 | 1973 | 2769 |
| تصوير القرارات الجناحية | 1299 | 671 | 1040 | 1040 | 1233 | 1091 | 380 | 39 | 529 | 1888 | 1851 | 1467 |
| تصوير القرارات الجنائية | 448 | 490 | 513 | 513 | 457 | 578 | 151 | 30 | 1170 | 1211 | 1382 | 738 |

## أنشطة الكتابة

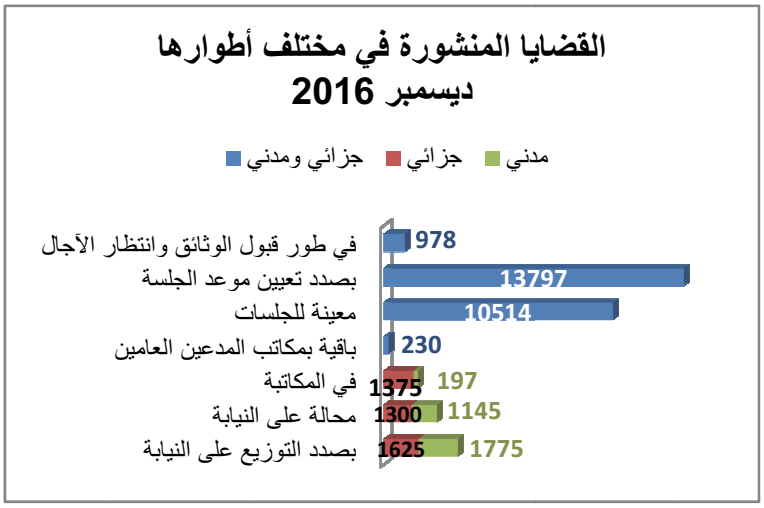


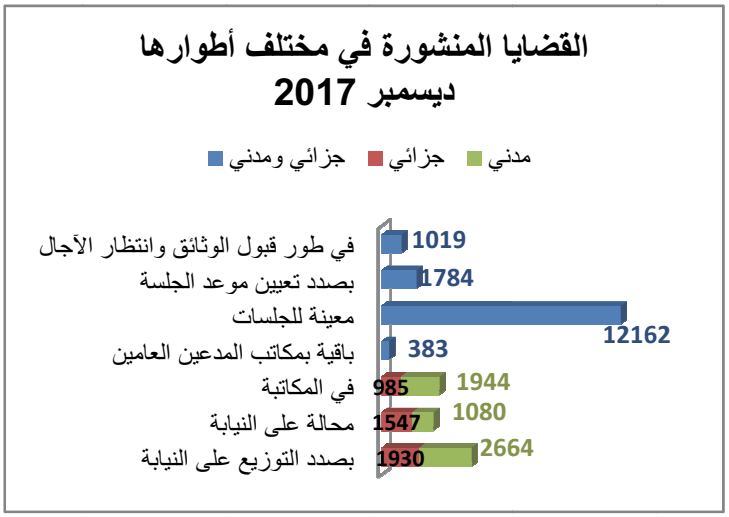

| | جانفي | فيفري | مارس | أفريل | ماي | جوان | جويلية | أوت | سبتمبر | أكتوبر | نوفمبر | ديسمبر |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| جلب القضايا المدنية | 837 | 1179 | 1036 | 1036 | 1350 | 837 | 713 | 755 | 132 | 1484 | 690 | 985 |
| جلب القضايا الجناحية | 860 | 720 | 649 | 649 | 865 | 257 | 540 | 211 | 769 | 874 | 1056 | 1230 |
| جلب القضايا الجنائية | 358 | 200 | 275 | 275 | 357 | 150 | 258 | 152 | 630 | 419 | 198 | 278 |
| جلب قضايا الاتهام | 78 | 133 | 86 | 86 | 151 | 52 | 61 | 57 | 52 | 178 | 158 | 213 |

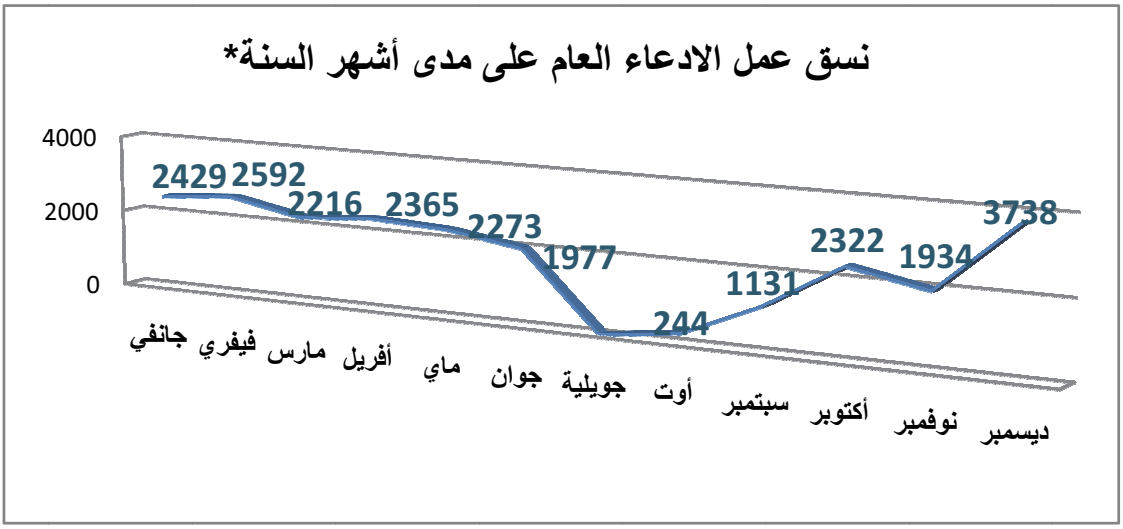
* النشاط القضائي :



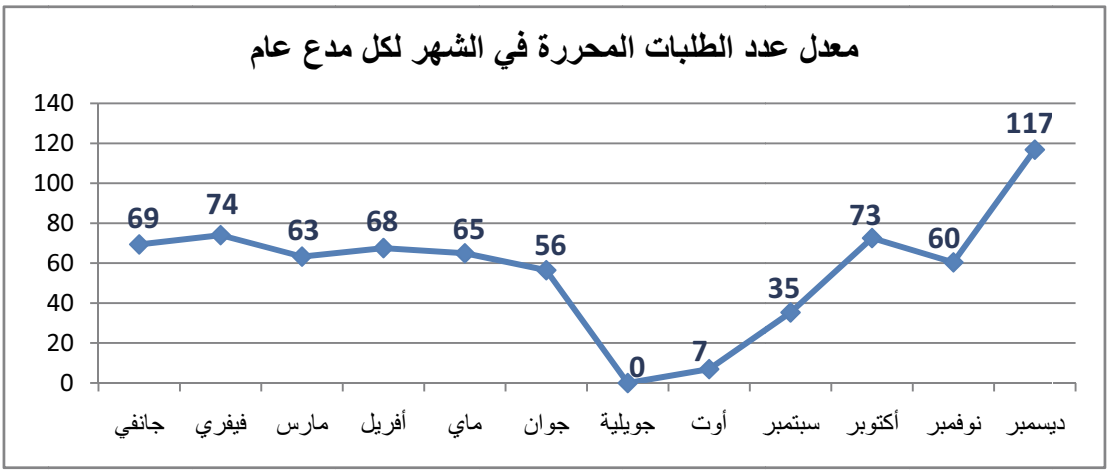

* انطلاقا من الإحصائيات المعدة من المصالح المختصة بوزارة العدل (التفقدية العامة)

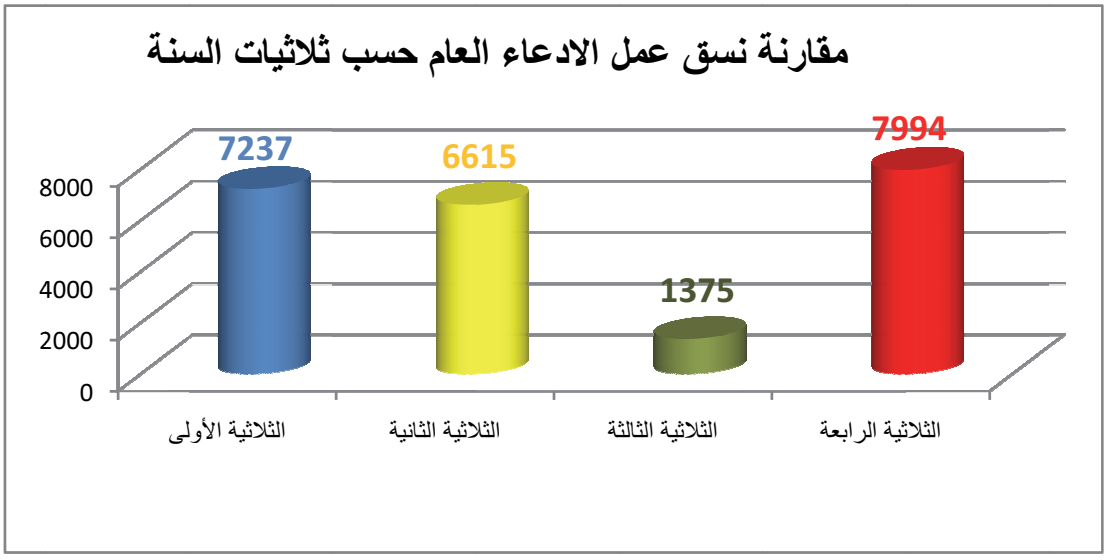


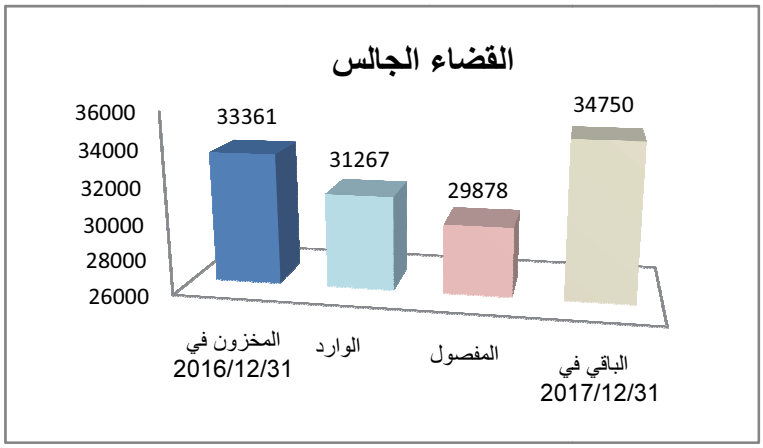



*تنتج مقارنة الإحصائيات الشهرية المجمعة يدويا بالمحكمة بالإحصائيات الواقع دراستها وتمحيصها من المصالح المختصة بالتفقدية العامة لوزارة العدل فارقا في البيانات بهامش نسبته 3% (المفصول)

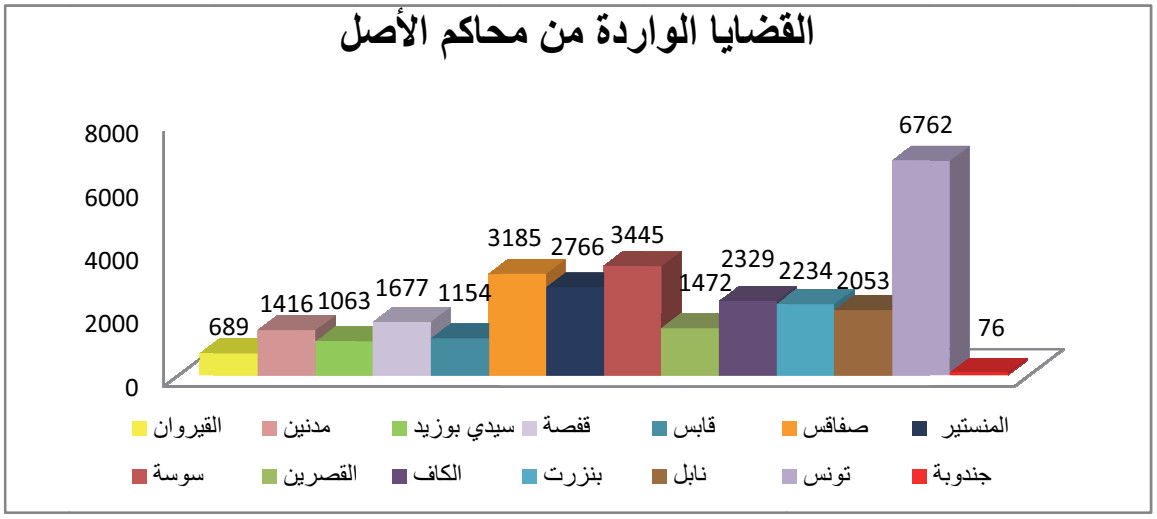


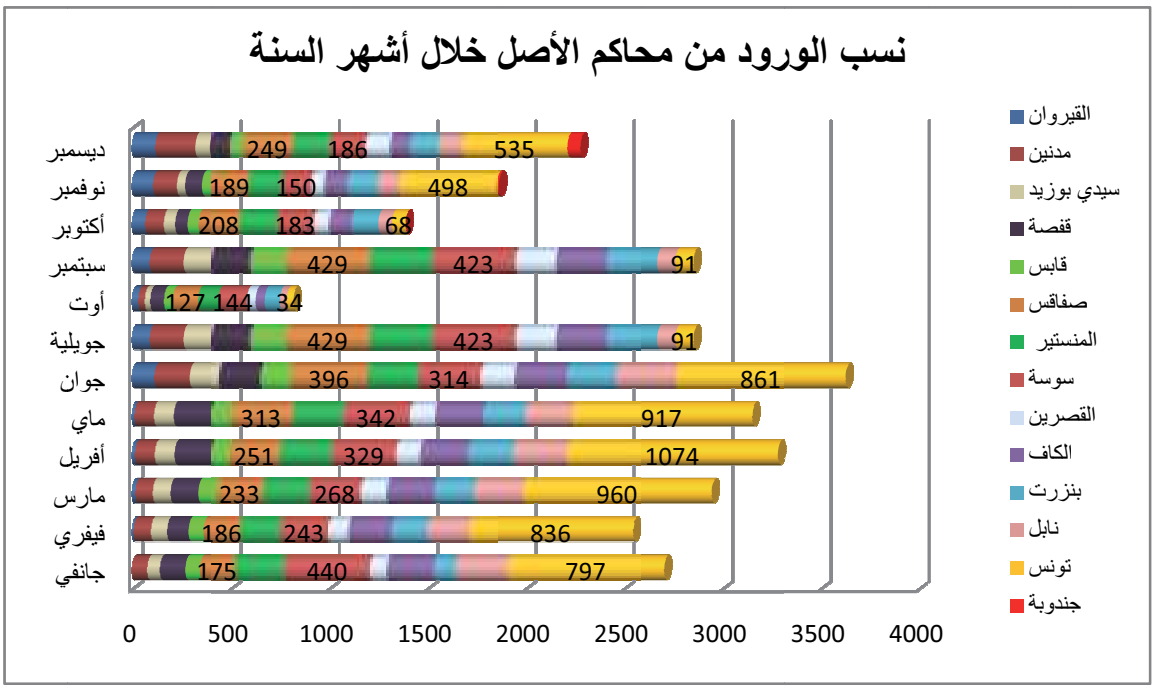



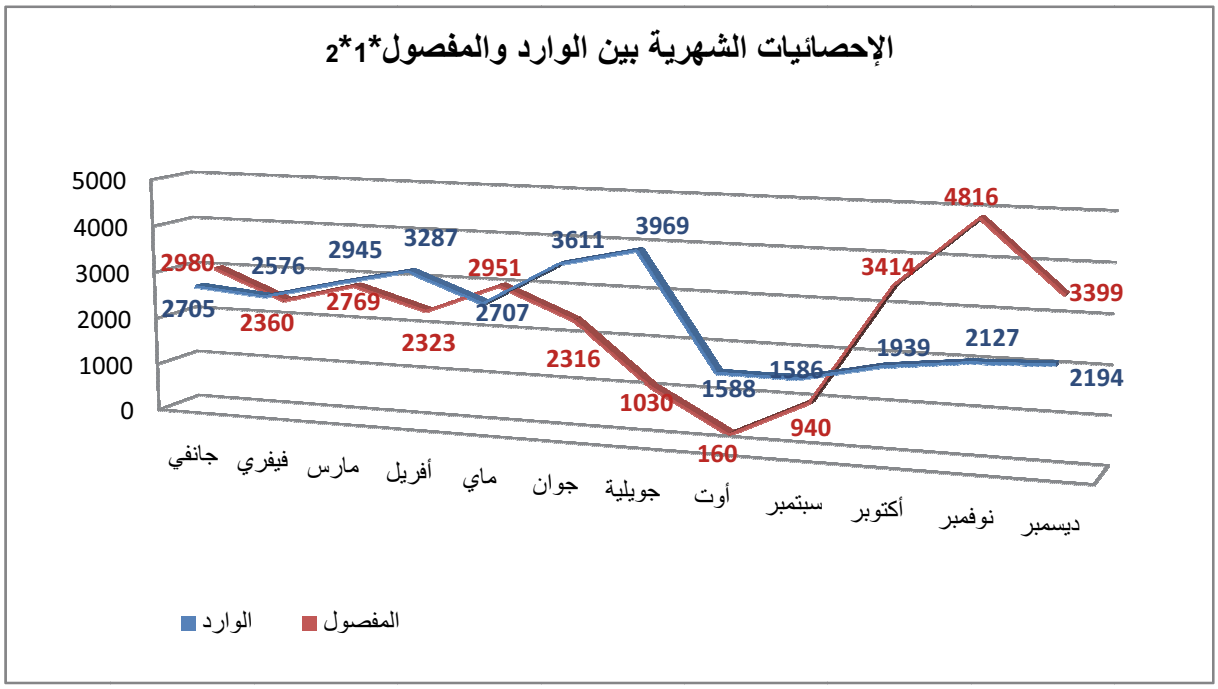

*يعادل كم العمل المنجز خلال الثلاثية الرابعة من سنة 2017 نسبة 34% من العمل المنجز خلال كامل السنة




*انطلاقا من الإحصائيات الواردة من المصالح المختصة بوزارة العدل (التفقدية العامة) ودون اعتبار مطالب إيقاف التنفيذ



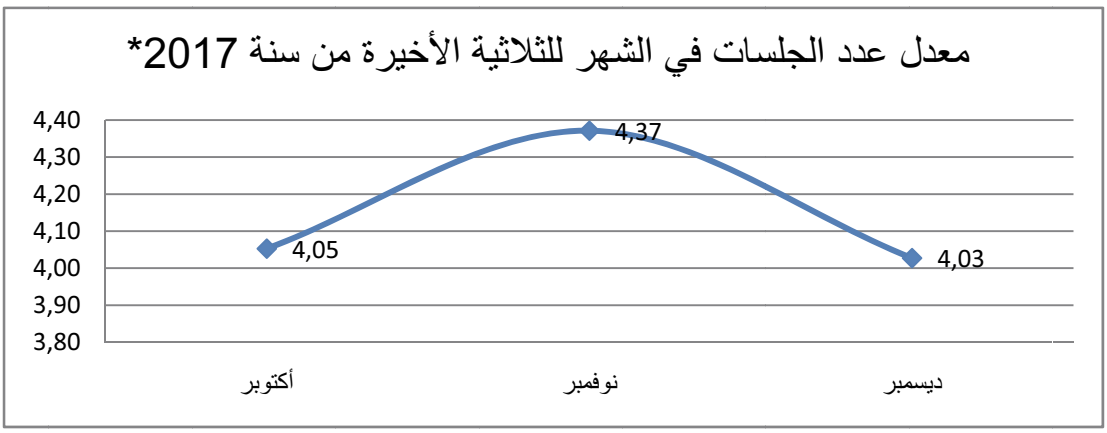



1 *تنتج مقارنة الإحصائيات الشهرية المجمعة يدويا بالمحكمة بالإحصائيات الواقع دراستها وتمحيصها من المصالح المختصة بالتفقدية العامة لوزارة العدل فارقا في البيانات بهامش نسبته 1,4% للمفصول و0,1% للوارد.

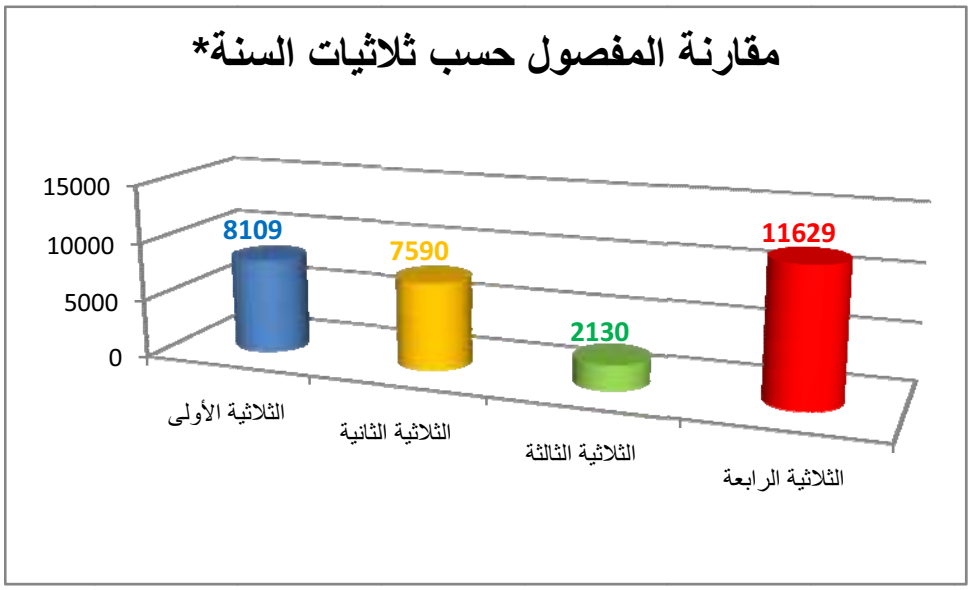
2* يلاحظ ارتفاع عدد القضايا المفصولة في الثلاثية الأخيرة للسنة، مع انخفاض هذا العدد خلال شهر ديسمبر مقارنة بشهر نوفمبر بنسبة 29% ويرجع ذلك للأسباب التالية:

-تمتع عدد 22 قاضي (4 رؤساء دوائر و18 مستشار) ببقية إجازة راحته السنوية وعدد 5 مستشارين برخصة مرض خلال شهر ديسمبر 2017 وهو ما يعادل غياب 23% من العدد الجملي للمستشارين وقدره 102 وتعطل العمل بنسبة 13% على اعتبار النقص الحاصل في أيام عمل قضاة المحكمة لشهر ديسمبر وقدره 261 يوم بالنسبة للمستشارين من جملة 378 يوما (بين عطل ورخص مرضية للمستشارين) وذلك مقارنة بعدد أيام العمل الجملية للمستشارين في الشهر وقدرها 20 يوم x 102 قاض = 2040 يوم (تم الأخذ بعين الاعتبار المستشارين دون رؤساء الدوائر المتغيبين باعتبار تعويضهم لبعضهم البعض في تسيير الجلسات وفصل القضايا).

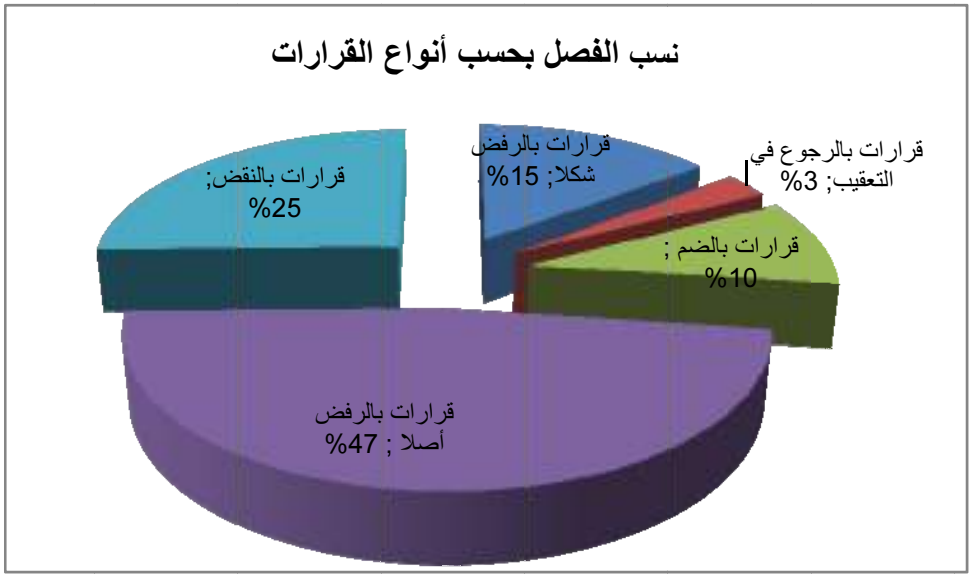
-يضاف إلى ذلك الاعتبار المتعلق بتراجع معدل عدد جلسات الدوائر مقارنة بشهر نوفمبر وفق الرسم الموالي.

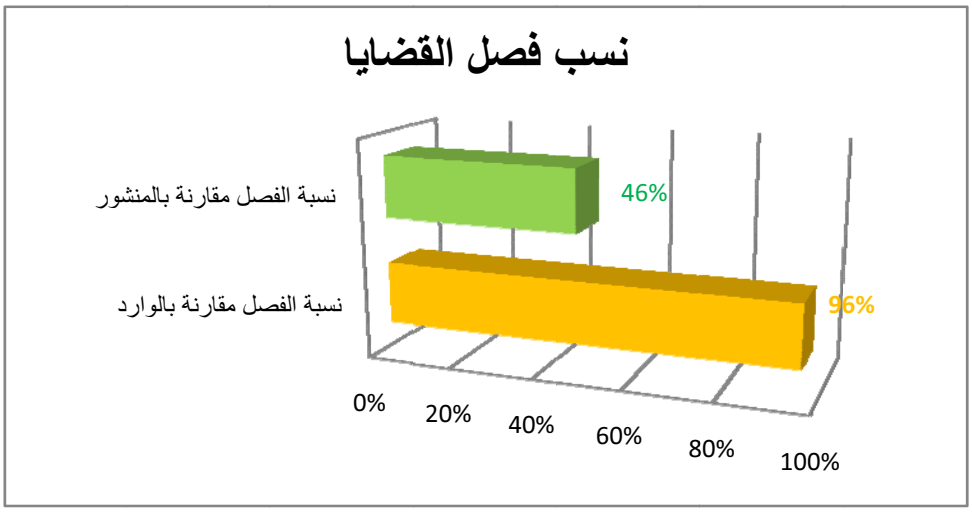



*انخفض معدل عدد جلسات الدوائر في شهر ديسمبر بنسبة 9% مقارنة بشهر نوفمبر



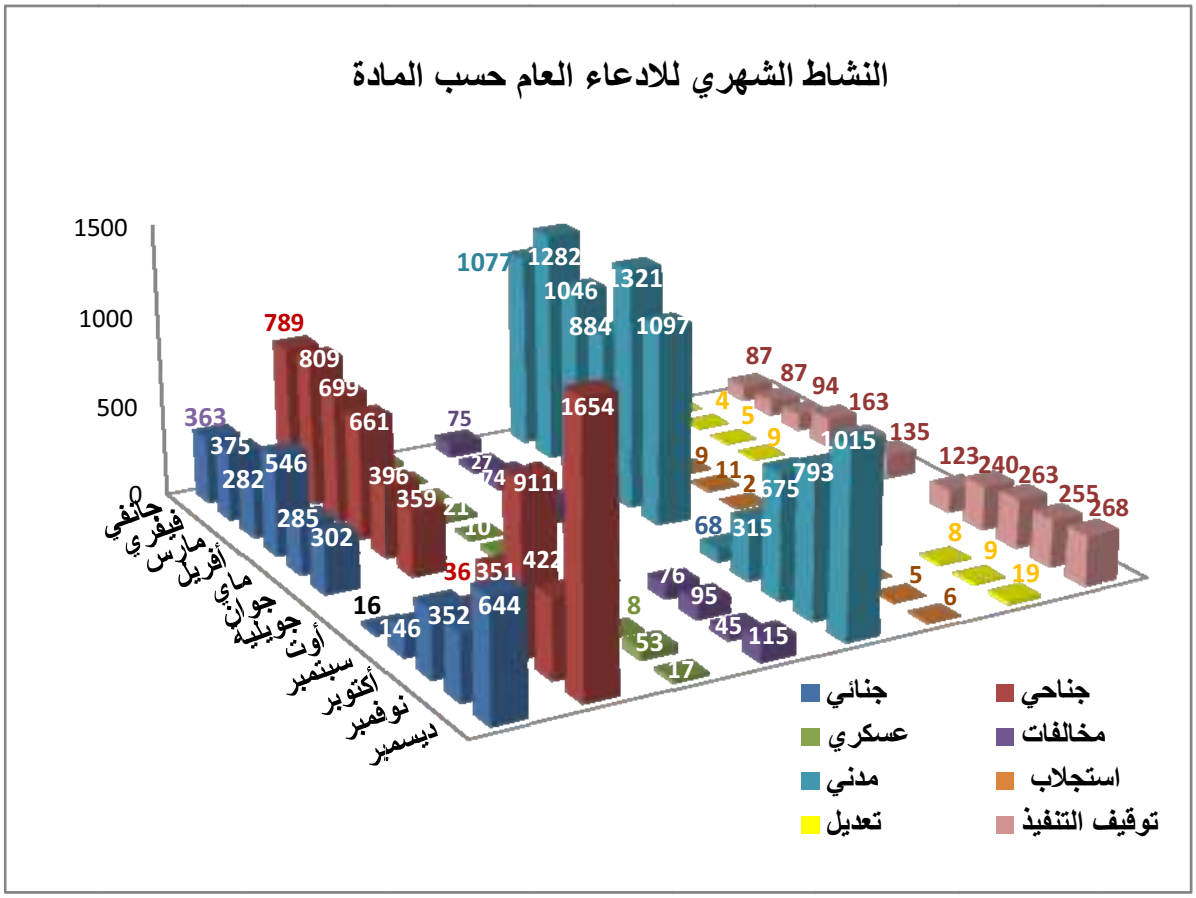

* يعادل المفصول في الثلاثية الرابعة من سنة **2017** نسبة **39,5%** من مفصول كامل السنة

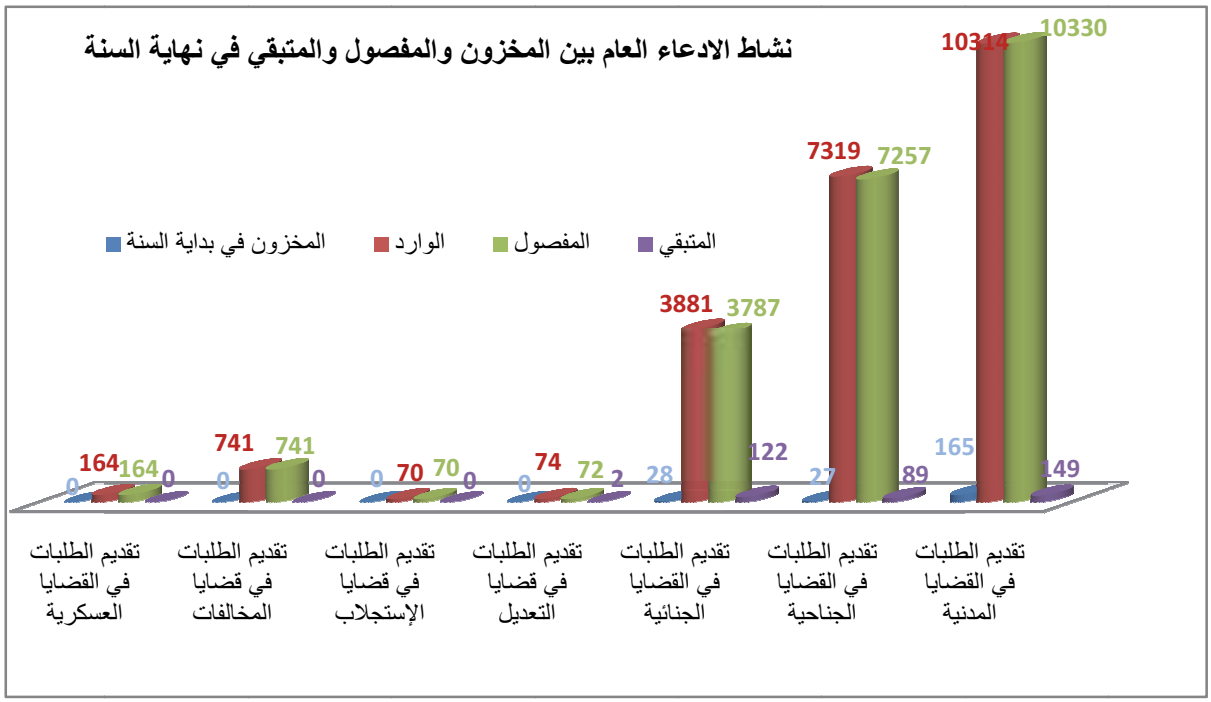





- النشاط القضائي للمحكمة حسب المادة

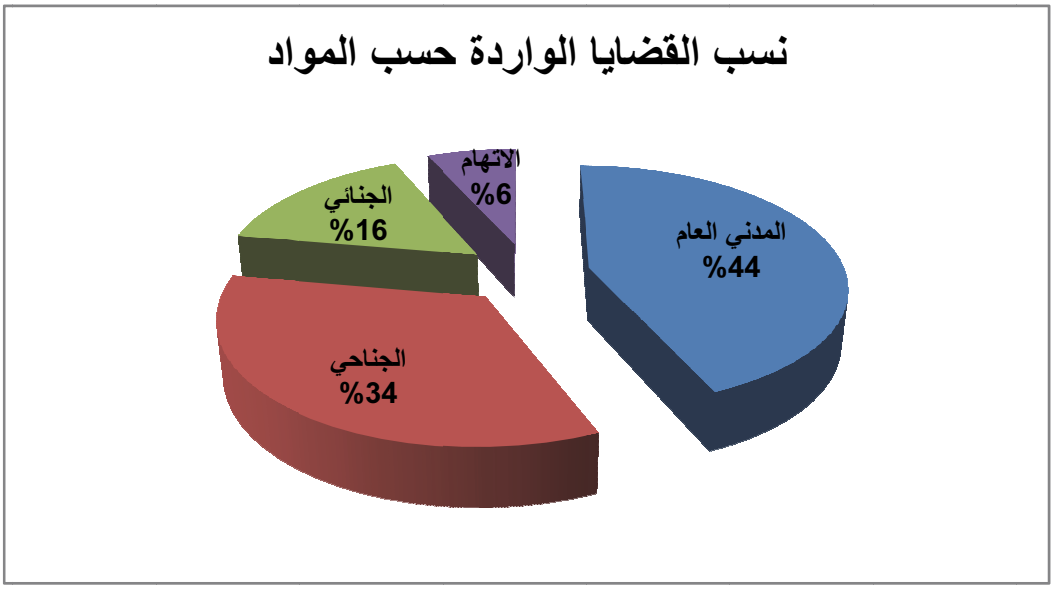
* الادعاء العام :

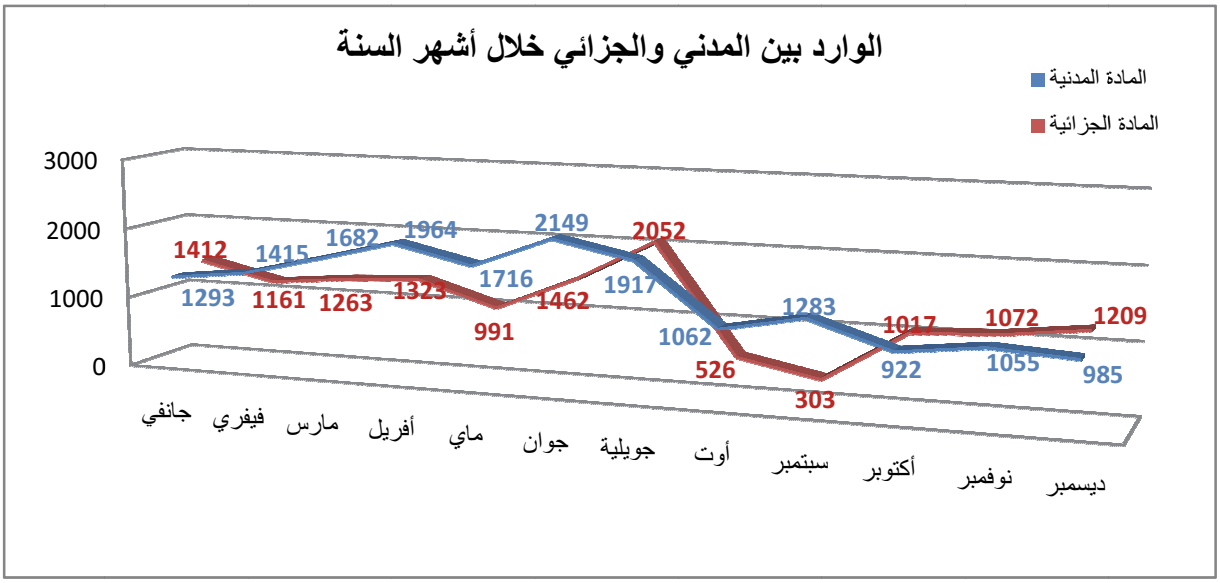





* القضاء الجالس

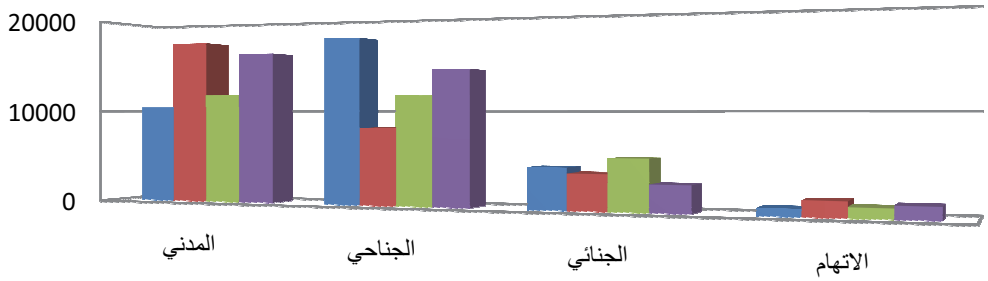
| المادة | الباقي1 | الوارد | الجملة | المفصول | الباقي2 |
|---|---|---|---|---|---|
| المدني | 3952 | 10515 | 14467 | 6757 | 7710 |
| العيني | 0 | 339 | 339 | 84 | 255 |
| التجاري | 955 | 580 | 1535 | 169 | 1366 |
| الاجتماعي | 1732 | 2928 | 4660 | 1924 | 2736 |
| الشخصي | 760 | 917 | 1677 | 661 | 1016 |
| الاستعجالي | 1081 | 992 | 2073 | 271 | 1802 |
| العقاري | 1965 | 1257 | 3222 | 1851 | 1371 |
| المخالفات | 392 | 90 | 482 | 20 | 462 |
| الجناحي | 17389 | 8121 | 25510 | 11645 | 13865 |
| الجنائي | 4323 | 3773 | 8096 | 5302 | 2794 |
| الاتهام | 783 | 1586 | 2369 | 1068 | 1301 |
| التعديل المدني | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| التعديل الجزائي | 2 | 98 | 100 | 53 | 47 |
| مطالب توقيف التنفيذ | 10 | 2082 | 2092 | 2074 | 18 |
| الاستجلاب الجزائي | 14 | 70 | 84 | 67 | 17 |
| لصالح القانون | 13 | 1 | 14 | 6 | 8 |
| **المجموع** | **33371** | **33349** | **66720** | **31952** | **34768** |



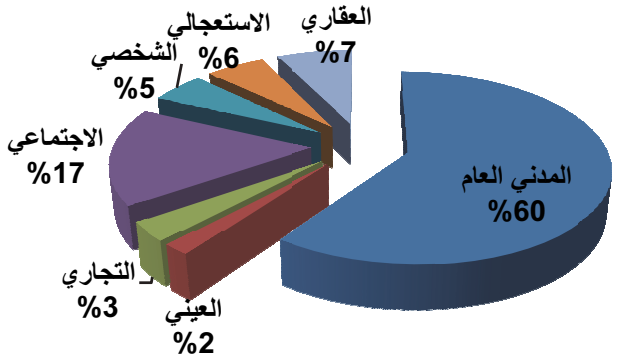

*تم تسجيل فارق بين إحصائيات الوزارة وإحصائيات الدوائر نسبتها 0,1%

## نشاط المحكمة بين الوارد والمفصول والمخزون في مختلف المواد القضائية

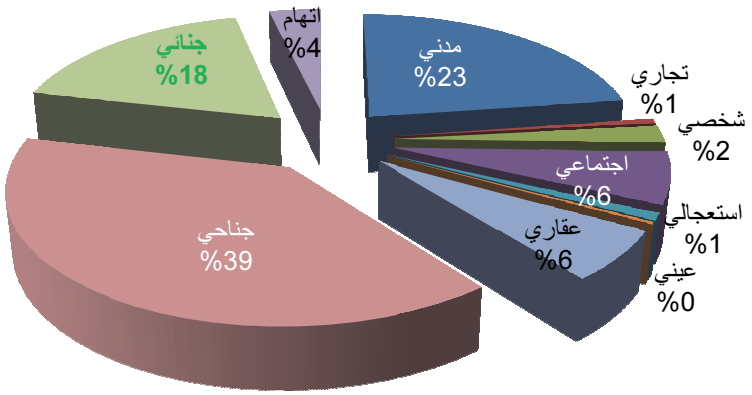


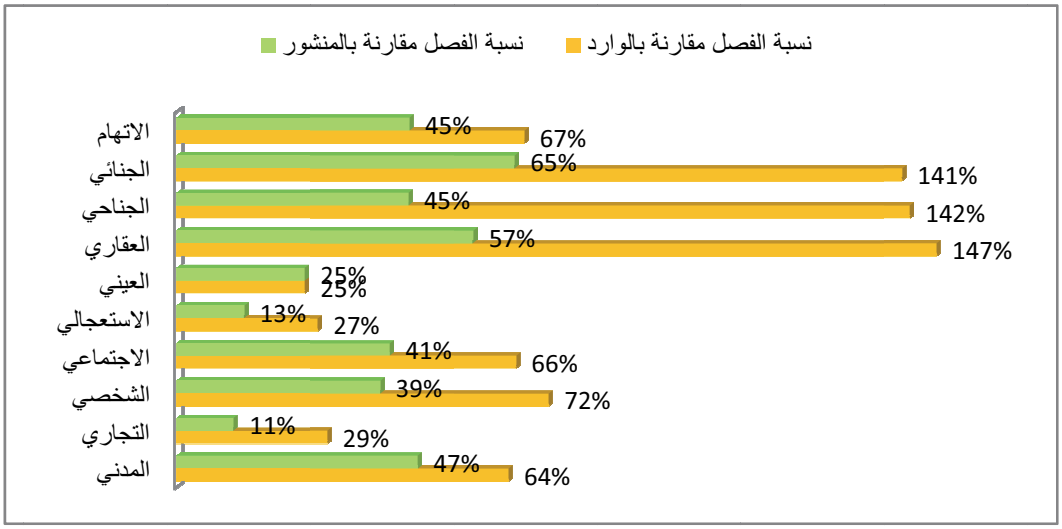

| | المدني | الجناحي | الجنائي | الاتهام |
|---|---|---|---|---|
| الباقي1 | 10445 | 17781 | 4323 | 783 |
| الوارد | 17528 | 8211 | 3773 | 1586 |
| المفصول | 11717 | 11665 | 5302 | 1068 |
| الباقي2 | 16256 | 14327 | 2794 | 1301 |

## تفصيل القضايا المدنية الواردة

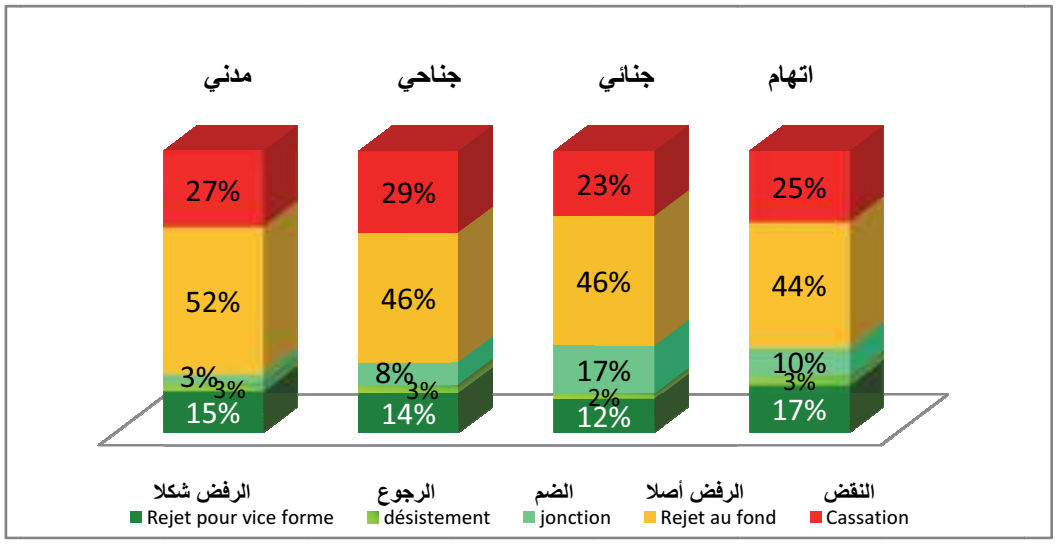



## نسب القضايا المفصولة بحسب المواد

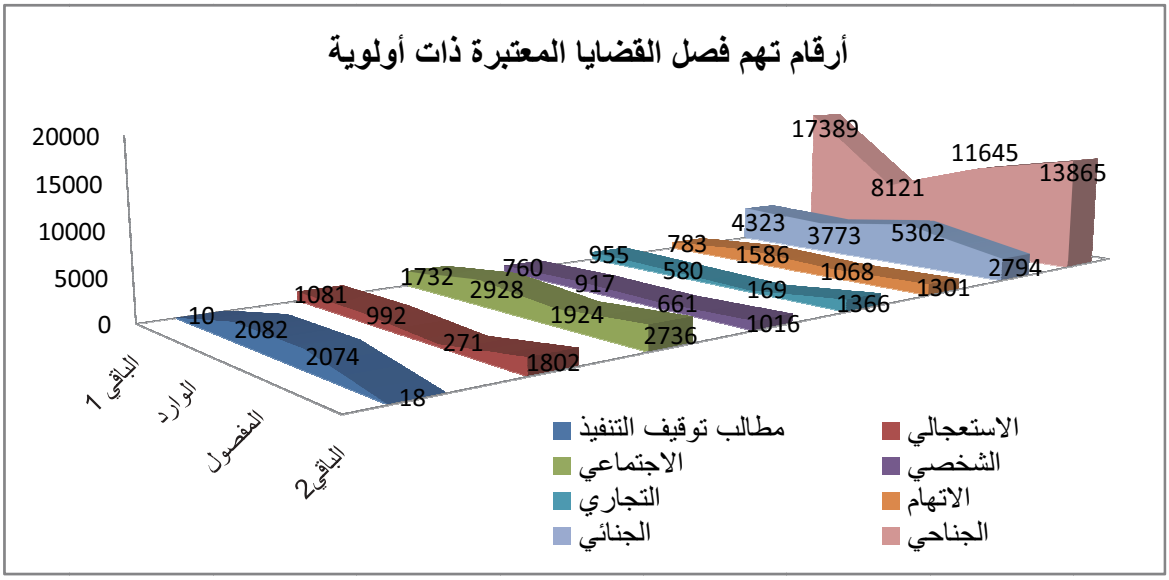





## أنواع القرارات الصادرة بحسب المواد




## أرقام تهم فصل القضايا المعتبرة ذات أولوية



## أقدم 10 قضايا مدنية (جانفي-ديسمبر 2017)

| المحكمة المطالبة بتوجيه الملف | تاريخ مطلب التعقيب | تاريخ الفصل |
|---|---|---|
| ناحية القيروان | أوت 2014 | |
| ابتدائية المنستير | فيفري 2015 | نوفمبر 2017 |
| استئناف تونس | مارس 2014 | |
| ابتدائية المنستير | مارس 2014 | فيفري 2017 |
| فرع عقارية القصرين | مارس 2014 | نوفمبر 2017 |
| استئناف تونس | مارس 2015 | أكتوبر 2017 |
| استئناف تونس | ماي 2012 | نزفمبر 2017 |
| استئناف تونس | ماي 2012 | |
| فرع عقارية بنزرت | ماي 2013 | أفريل 2017 |
| ابتدائية منوبة | نوفمبر 2013 | |
| ابتدائية المهدية | أكتوبر 2014 | أكتوبر 2017 |
| استئناف سوسة | سبتمبر 2014 | |
| ابتدائية القصرين | أفريل 2015 | نوفمبر 2017 |
| استئناف القصرين | ديسمبر 2015 | نوفمبر 2017 |
| استئناف تونس | أكتوبر 2015 | |
| استئناف تونس | ديسمبر 2015 | |
| استئناف تونس | ديسمبر 2015 | |
| استئناف تونس | جانفى 2016 | |
| استئناف تونس | فيفري 2016 | |

## أقدم 10 قضايا جزائية جانفي-ديسمبر 2017

| تاريخ مطلب التعقيب | المحكمة المطالبة بتوجيه الملف |
|---|---|
| جويلية 2009 | استئناف تونس |
| جويلية 2010 | استئناف تونس |
| ديسمبر 2006 | ابتدائية بنعروس |
| فيفري 2005 | ابتدائية بنعروس |
| ماي 2009 | استئناف تونس |
| أفريل 2009 | استئناف تونس |
| جويلية 2010 | استئناف تونس |
| جويلية 2009 | استئناف تونس |
| نوفمبر 2009 | ابتدائية تونس |
| نوفمبر 2009 | استئناف تونس |
| أفريل 2015 | ابتدائية القصرين |

## تطوير لوحة القيادة
## باحتساب الزمن المتوقع لفصل المخزون ونسبة فصل القضايا:

* الزمن المتوقع لفصل المخزون: Disposition time

= 365/ (عدد القضايا المفصولة / كم المخزون في آخر الفترة)

= 365/ (34768/31952) = 397.168 يوم

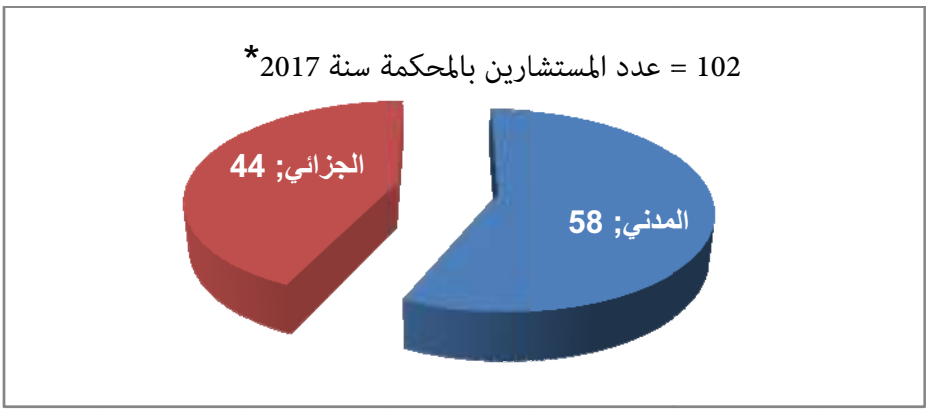
* نسبة فصل القضايا Clearance rate

= عدد القضايا المفصولة X 100 / عدد القضايا الواردة

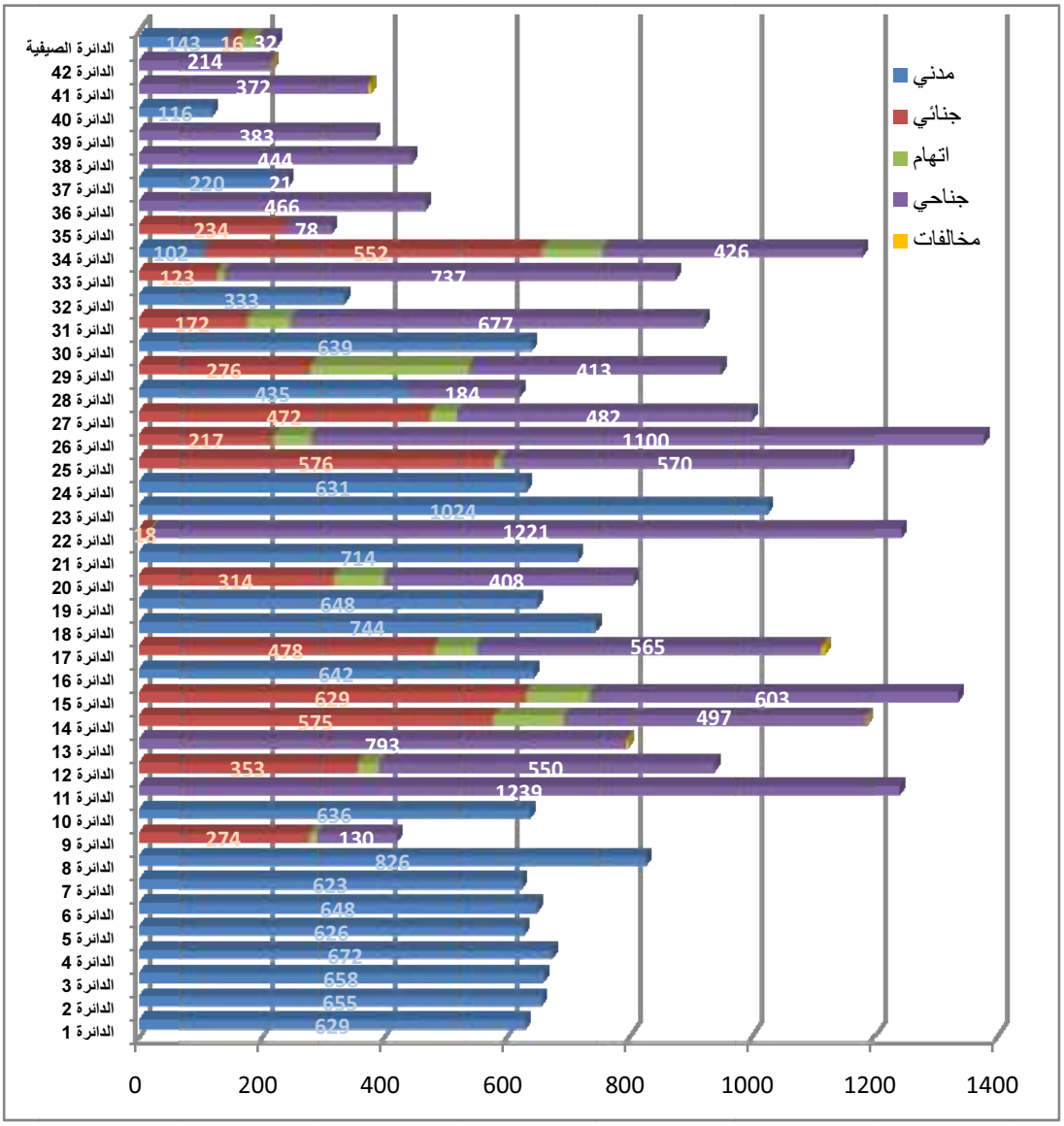
= 3195200/ 33349 = 95.81%

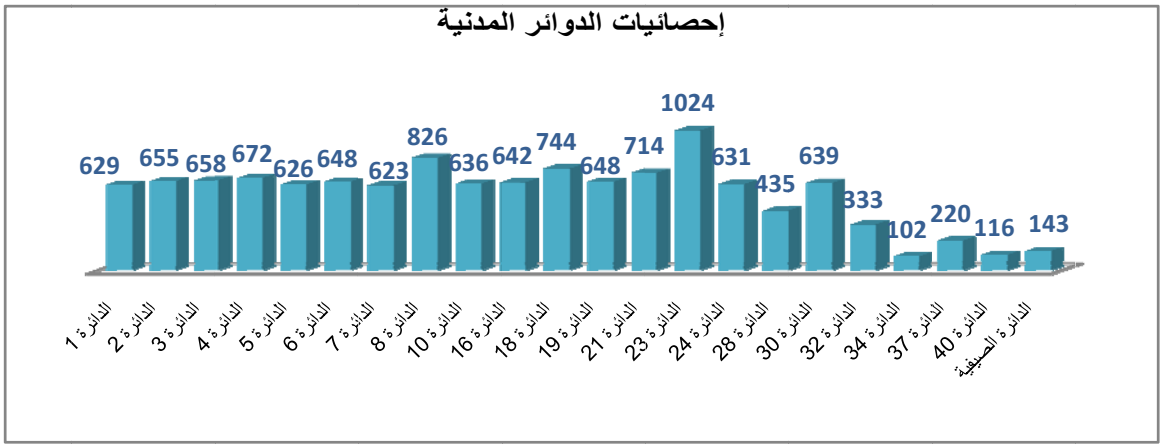
| المادة | الباقي1 | الوارد | الجملة | المفصول | الباقي2 | الزمن المتوقع لفصل المخزون (بالأيام) | نسبة فصل القضايا |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| المدني | 3952 | 10515 | 14467 | 6757 | 7710 | 416,479 | 64 |
| العيني | 0 | 339 | 339 | 84 | 255 | 1108,036 | 25 |
| التجاري | 955 | 580 | 1535 | 169 | 1366 | 2950,237 | 29 |
| الاجتماعي | 1732 | 2928 | 4660 | 1924 | 2736 | 519,044 | 66 |
| الشخصي | 760 | 917 | 1677 | 661 | 1016 | 561,029 | 72 |
| الاستعجالي | 1081 | 992 | 2073 | 271 | 1802 | 2427,048 | 27 |
| العقاري | 1965 | 1257 | 3222 | 1851 | 1371 | 270,348 | 147 |
| المخالفات | 392 | 90 | 482 | 20 | 462 | 8431,500 | 22 |
| الجناحي | 17389 | 8121 | 25510 | 11645 | 13865 | 434,584 | 143 |
| الجنائي | 4323 | 3773 | 8096 | 5302 | 2794 | 192,344 | 141 |
| الاتهام | 783 | 1586 | 2369 | 1068 | 1301 | 444,630 | 67 |
| التعديل الجزائي | 2 | 98 | 100 | 53 | 47 | 323,679 | 54 |
| مطالب توقيف التنفيذ | 10 | 2082 | 2092 | 2074 | 18 | 3,168 | 100 |
| الاستجلاب الجزائي | 14 | 70 | 84 | 67 | 17 | 92,612 | 96 |
| لصالح القانون | 13 | 1 | 14 | 6 | 8 | 486,667 | 600 |
| المجموع | 33371 | 33349 | 66720 | 31952 | 34768 | 397 | 96 |

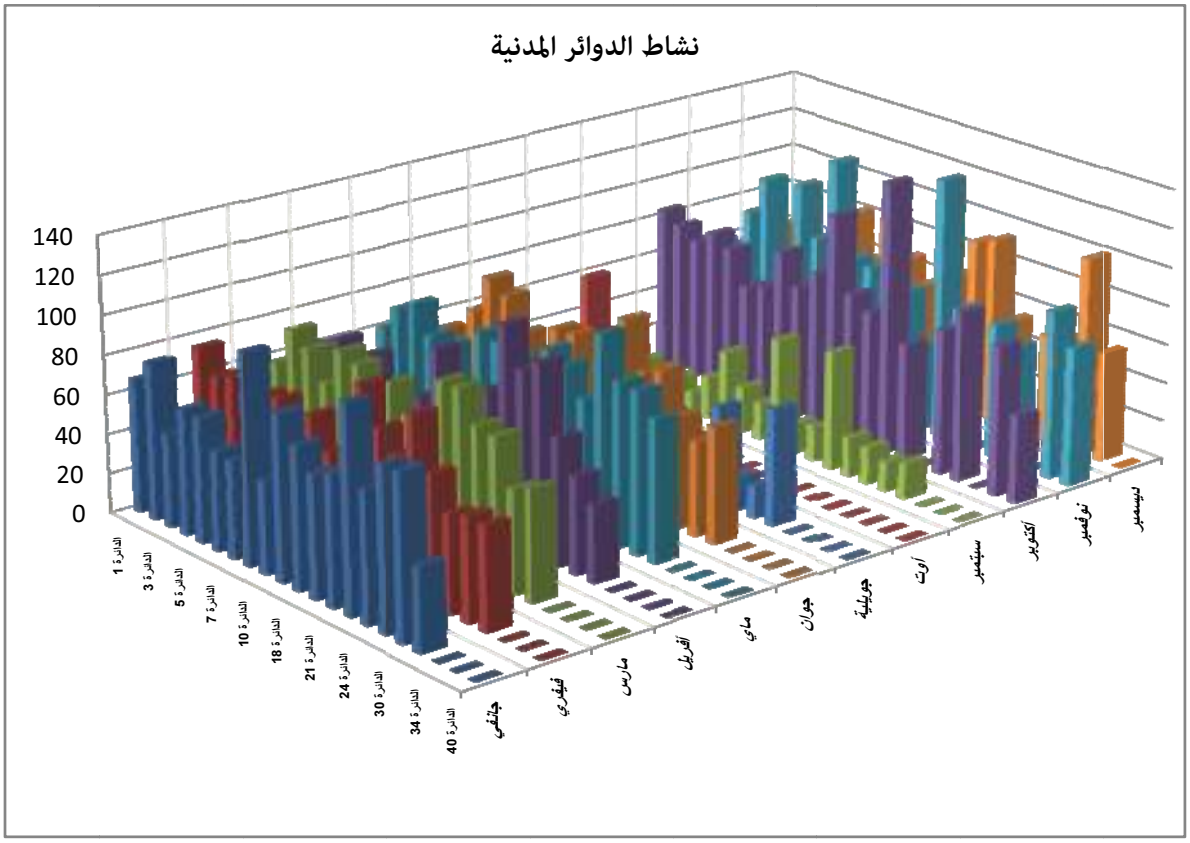
- إحصائيات الدوائر (الفصل)

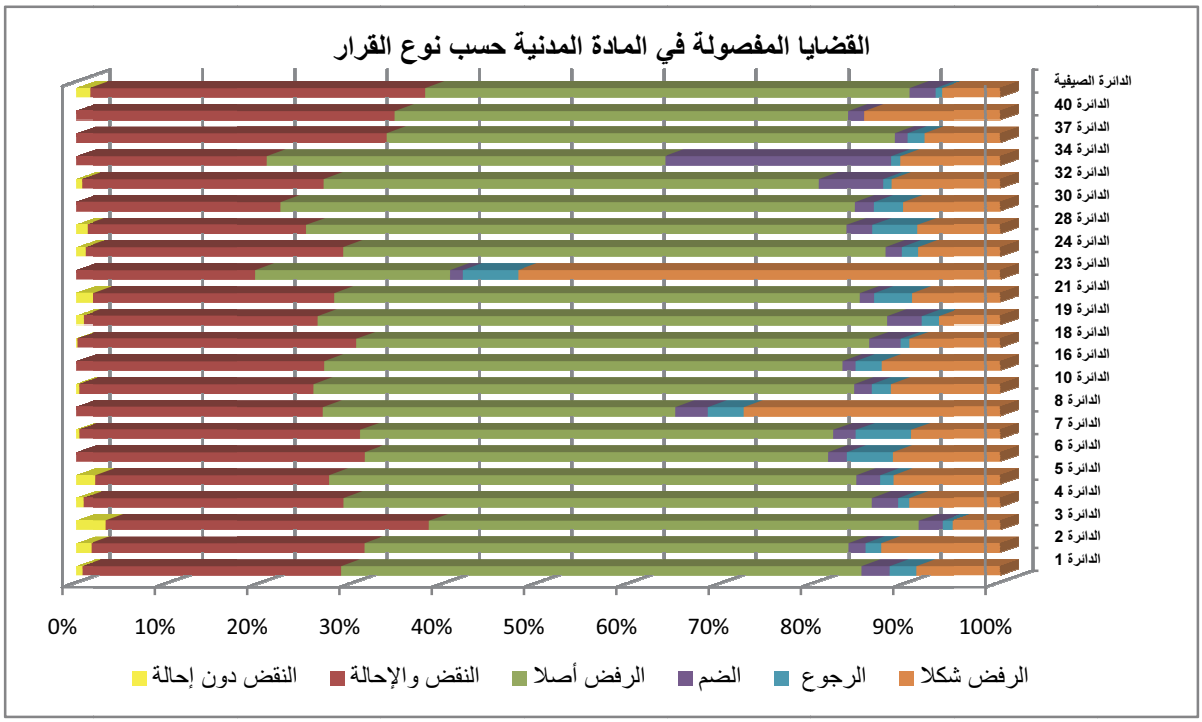


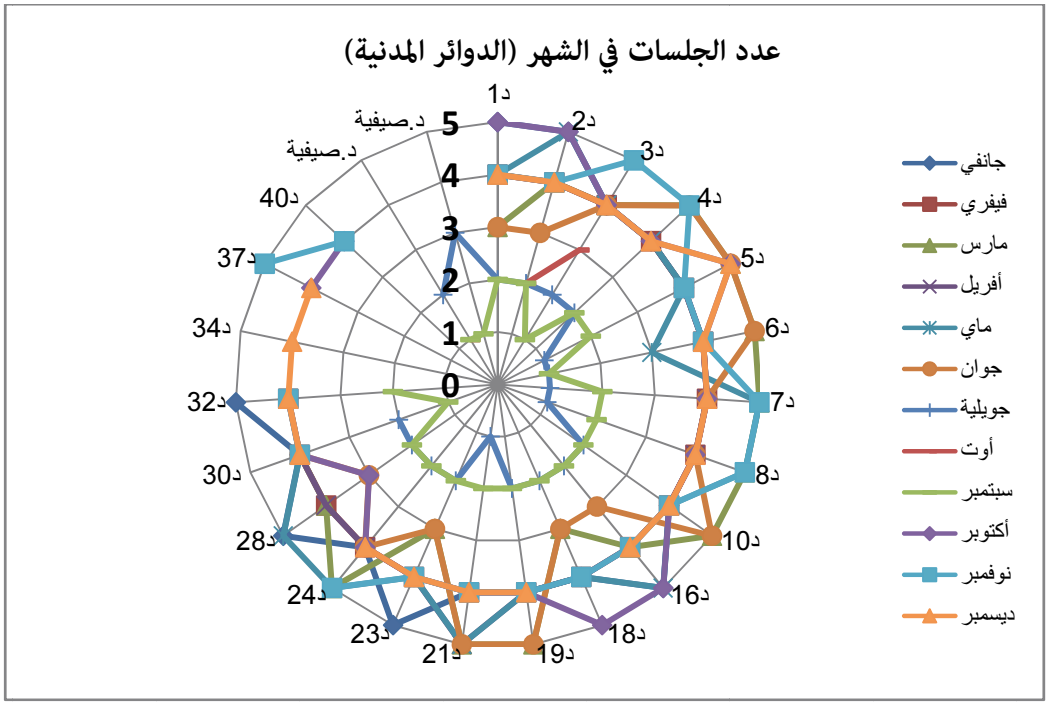

* شهد عدد الدوائر وعدد رؤساء الدوائر تفاوتا بين أشهر السنة نتيجة إحالة عدد من رؤساء الدوائر على التقاعد من جهة وإضافة عدد 3 دوائر في بداية السنة القضائية 2016-2017 عمل فيها جزء من رؤساء الدوائر والمستشارين الذين تم تعيينهم بمحكمة الاستئناف بباجة والذين لم يلتحقوا بمكان عملهم لعدم توفير مقر للمحكمة المذكورة.

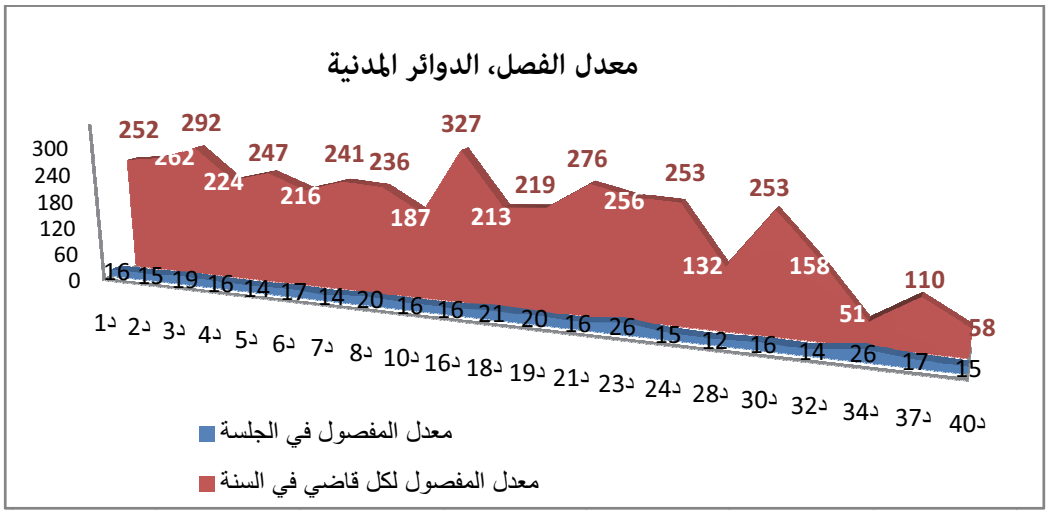


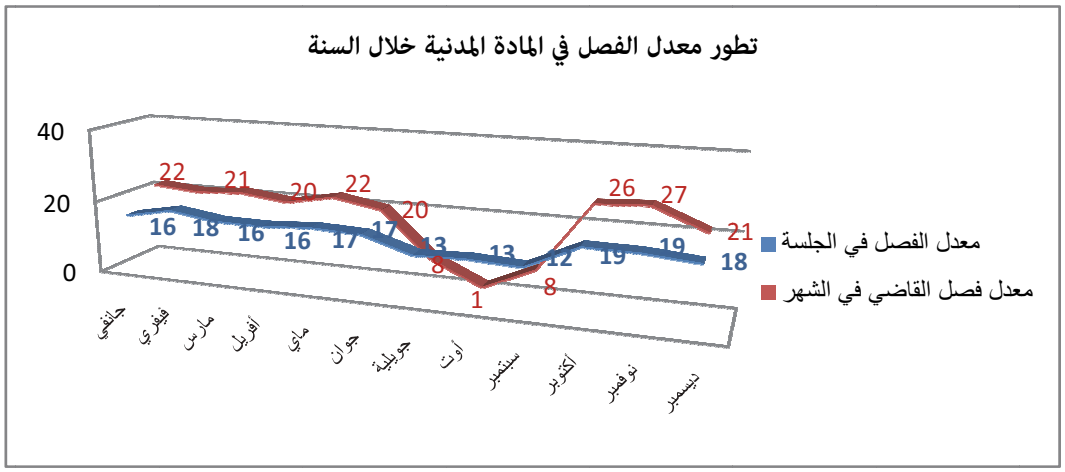

إحصائيات الدوائر المدنية
629
655
658
672
626
648
623
826
636
642
744
648
714
1024
631
435
639
333
102
220
116
143
الدائرة 1
الدائرة 2
الدائرة 3
الدائرة 4
الدائرة 5
الدائرة 6
الدائرة 7
الدائرة 8
الدائرة 10
الدائرة 16
الدائرة 18
الدائرة 19
الدائرة 21
الدائرة 23
الدائرة 24
الدائرة 28
الدائرة 30
الدائرة 32
الدائرة 34
الدائرة 37
الدائرة 40
الدائرة الصيفية

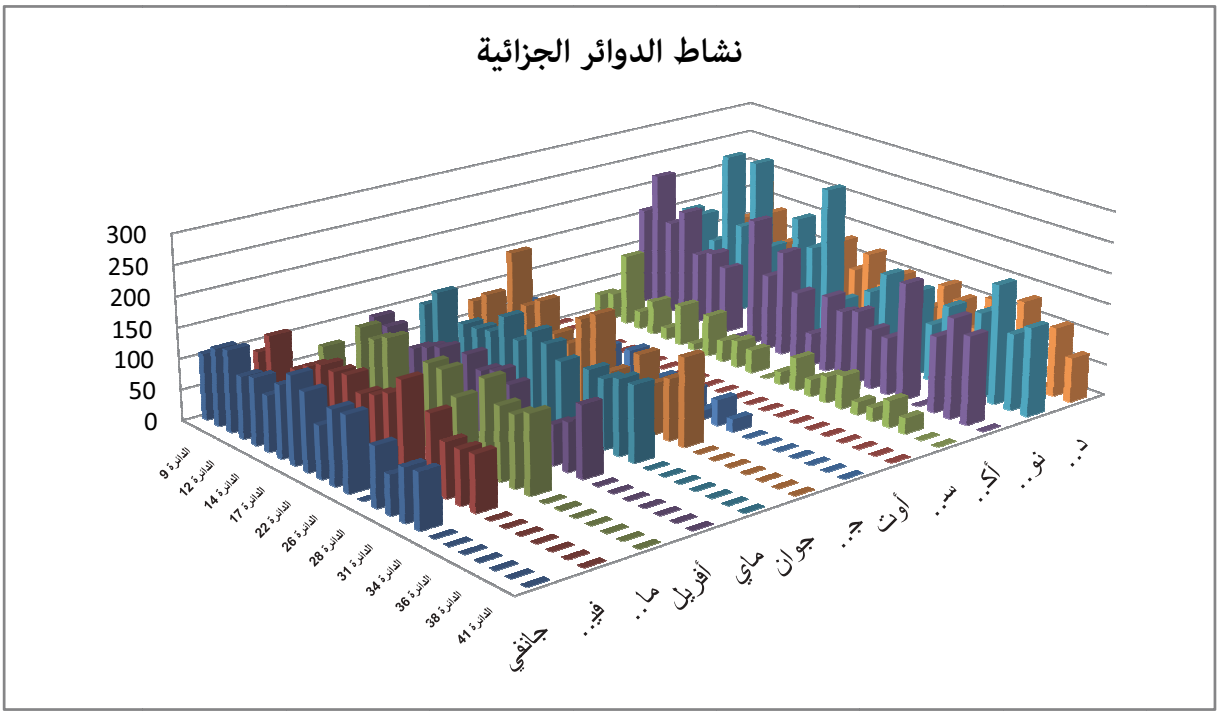

نشاط الدوائر المدنية
140
120
100
80
60
40
20
0
الدائرة 1
الدائرة 3
الدائرة 5
الدائرة 7
الدائرة 10
الدائرة 18
الدائرة 21
الدائرة 24
الدائرة 30
الدائرة 34
الدائرة 40
جانفي
فيفري
مارس
أفريل
ماي
جوان
جويلية
أوت
سبتمبر
أكتوبر
نوفمبر
ديسمبر

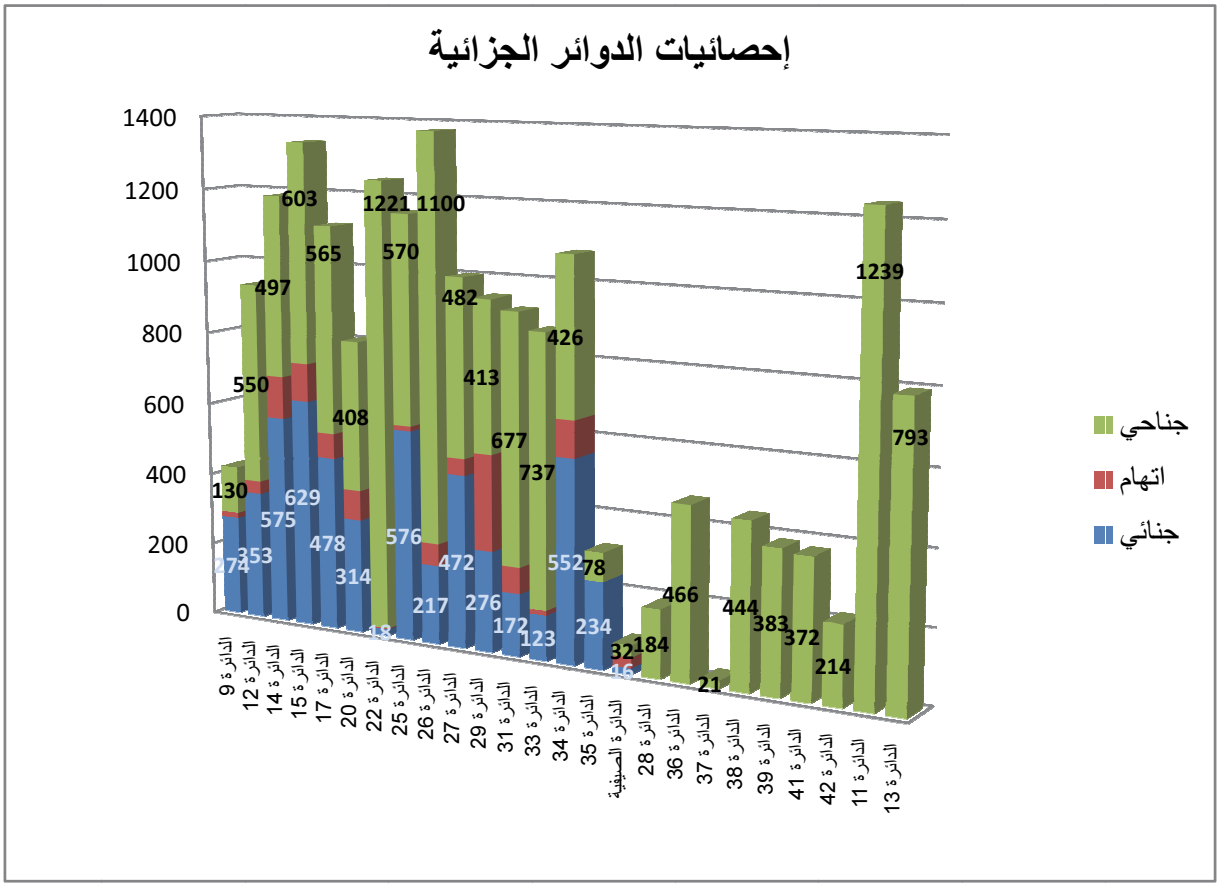

القضايا المفصولة في المادة المدنية حسب نوع القرار
الدائرة الصيفية
الدائرة 40
الدائرة 37
الدائرة 34
الدائرة 32
الدائرة 30
الدائرة 28
الدائرة 24
الدائرة 23
الدائرة 21
الدائرة 19
الدائرة 18
الدائرة 16
الدائرة 10
الدائرة 8
الدائرة 7
الدائرة 6
الدائرة 5
الدائرة 4
الدائرة 3
الدائرة 2
الدائرة 1
0% 10% 20% 30% 40% 50% 60% 70% 80% 90% 100%
النقض دون إحالة
النقض والإحالة
الرفض أصلا
الضم
الرجوع
الرفض شكلا

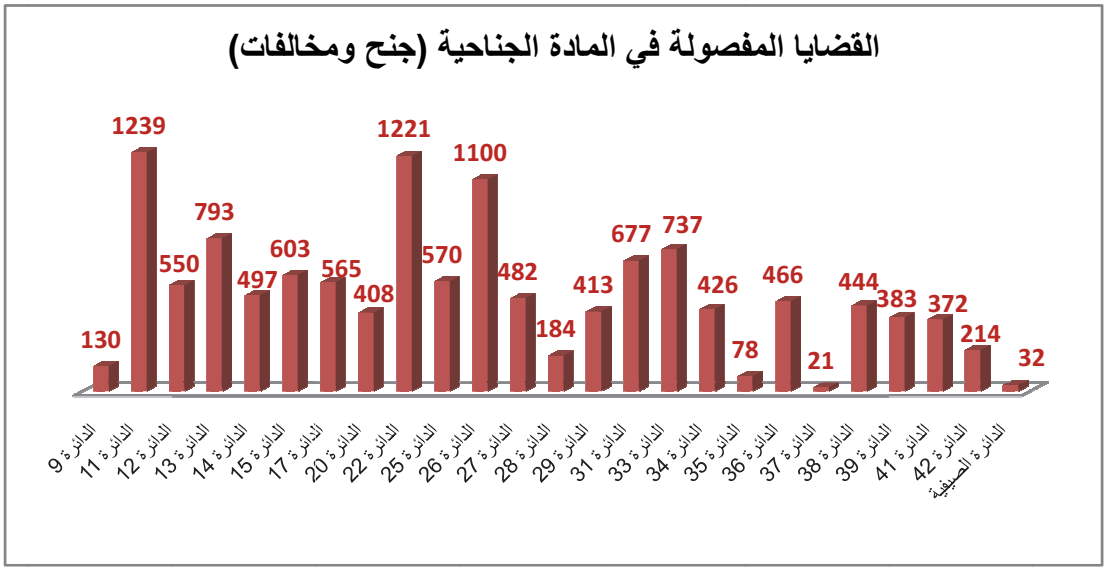

عدد الجلسات في الشهر (الدوائر المدنية)
د1
د2
د3
د4
د5
د6
د7
د8
د10
د16
د18
د19
د21
د23
د24
د28
د30
د32
د34
د37
د40
د.صيفية
د.صيفية
0
1
2
3
4
5
جانفي
فيفري
مارس
أفريل
ماي
جوان
جويلية
أوت
سبتمبر
أكتوبر
نوفمبر
ديسمبر

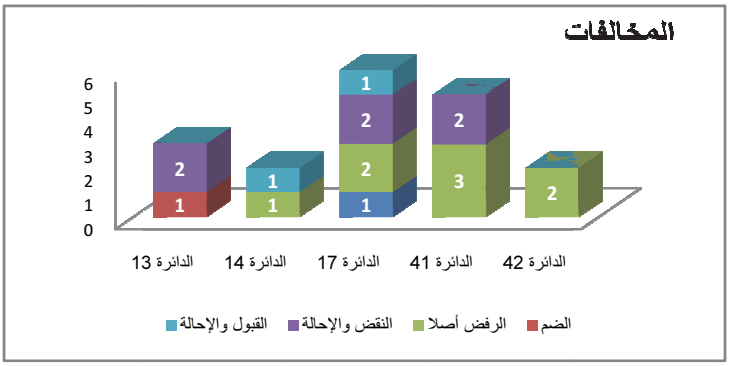

معدل الفصل، الدوائر المدنية
معدل المفصول في الجلسة
معدل المفصول لكل قاضي في السنة

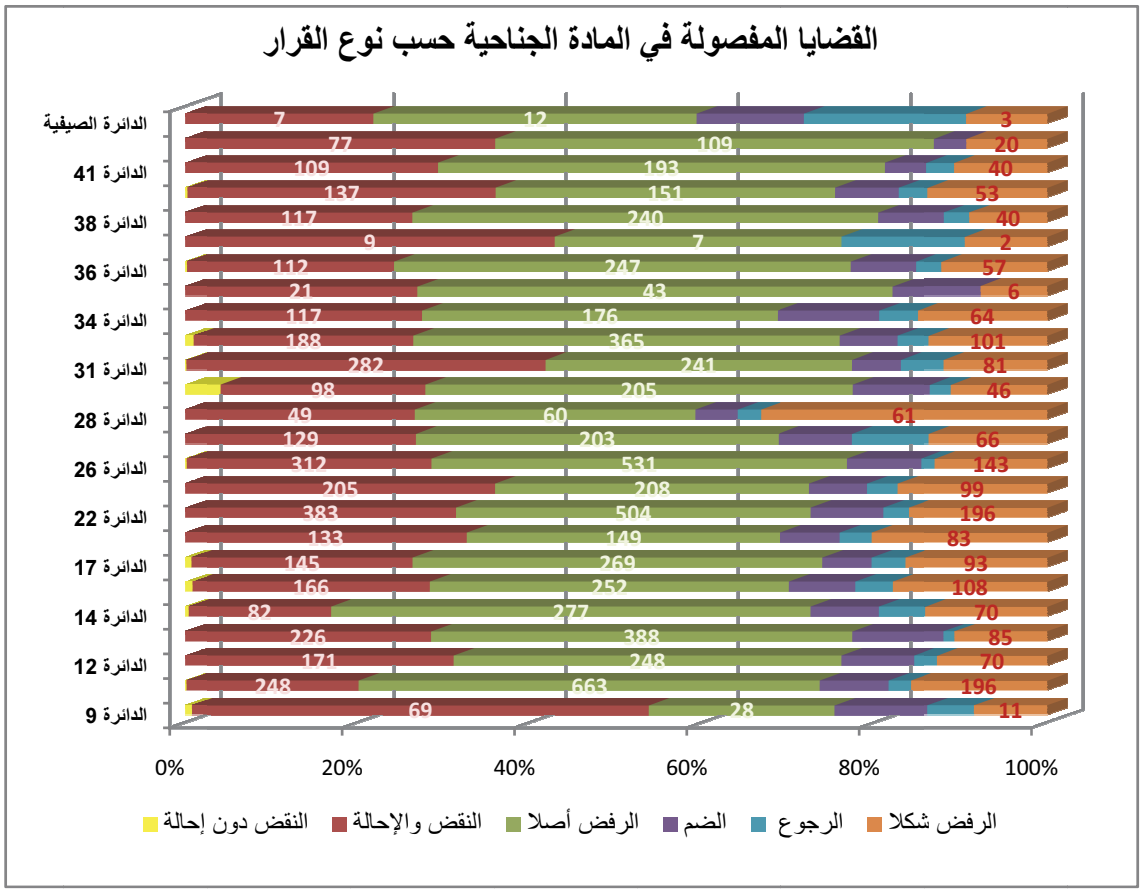

تطور معدل الفصل في المادة المدنية خلال السنة
معدل الفصل في الجلسة
معدل فصل القاضي في الشهر
جانفي
فيفري
مارس
أفريل
ماي
جوان
جويلية
أوت
سبتمبر
أكتوبر
نوفمبر
ديسمبر

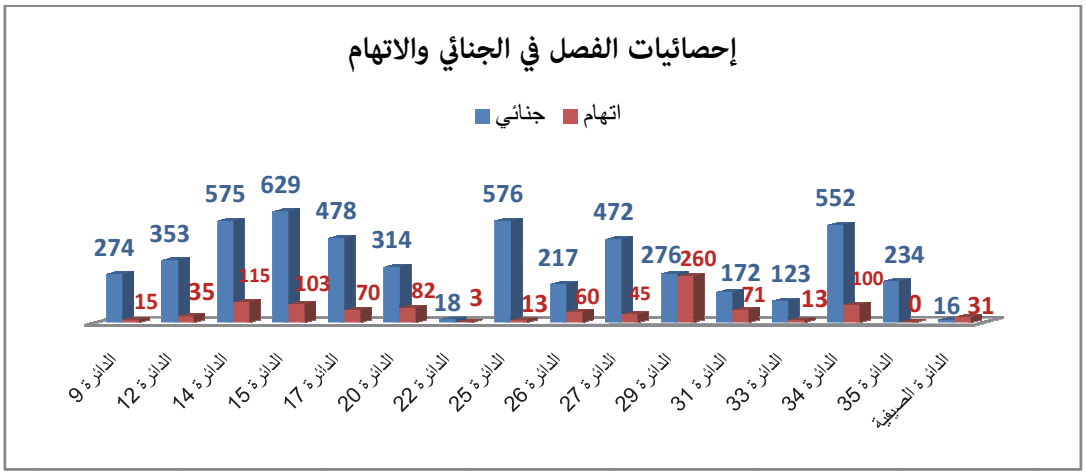

نشاط الدوائر الجزائية

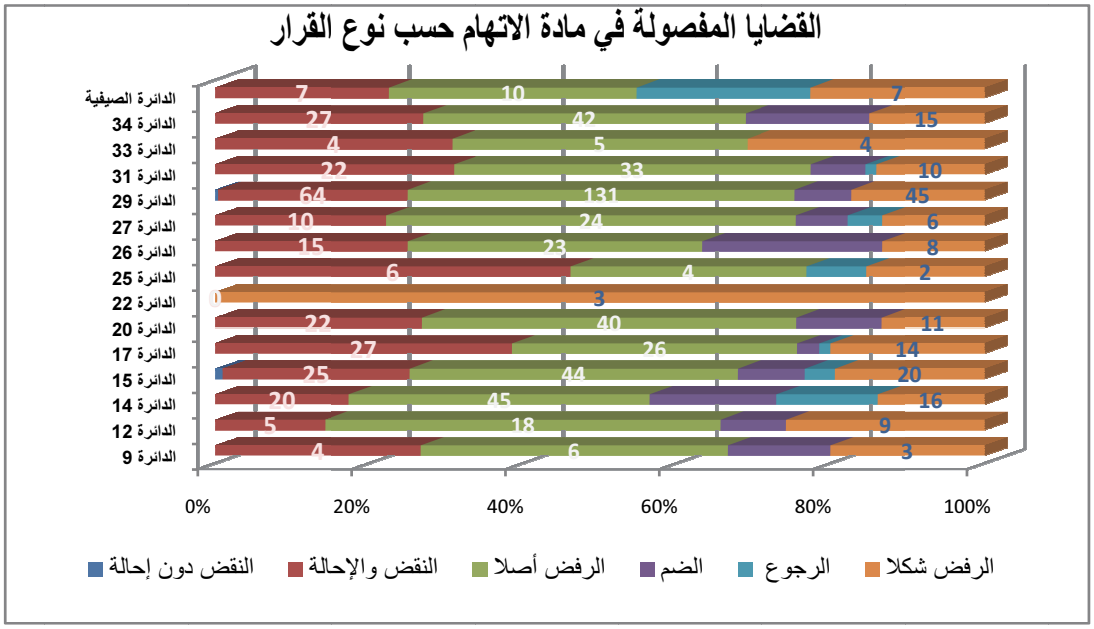

إحصائيات الدوائر الجزائية
1400
1200
1000
800
600
400
200
0
جناحي
اتهام
جنائي
الدائرة 9
الدائرة 12
الدائرة 14
الدائرة 15
الدائرة 17
الدائرة 20
الدائرة 22
الدائرة 25
الدائرة 26
الدائرة 27
الدائرة 29
الدائرة 31
الدائرة 33
الدائرة 34
الدائرة 35
الدائرة الصينية
الدائرة 28
الدائرة 36
الدائرة 37
الدائرة 38
الدائرة 39
الدائرة 41
الدائرة 42
الدائرة 11
الدائرة 13

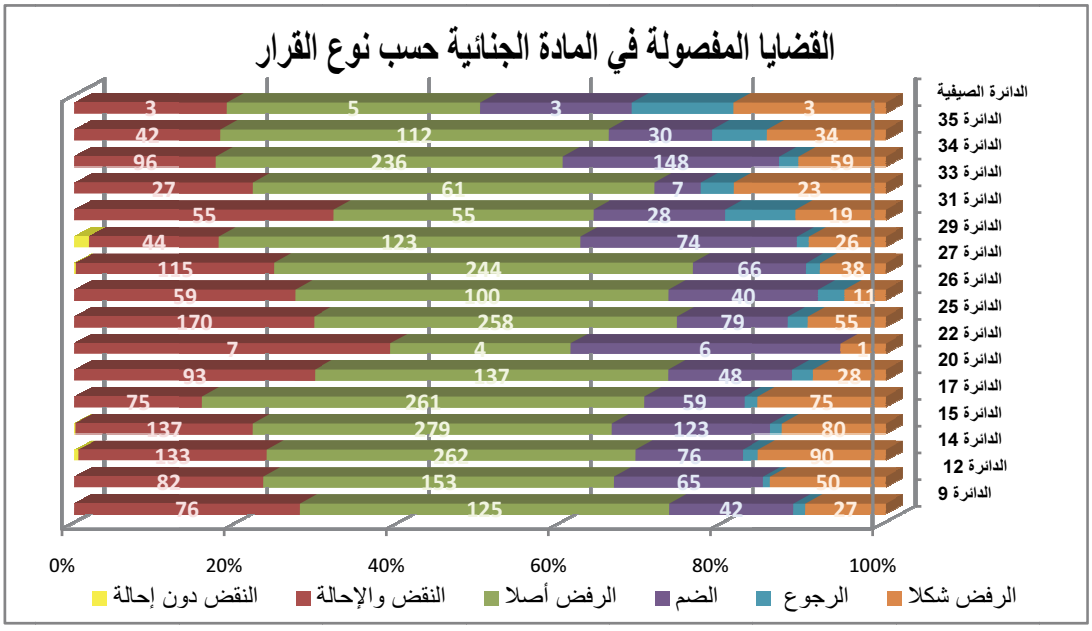

القضايا المفصولة في المادة الجناحية (جنح ومخالفات)
130
1239
550
793
497
603
565
408
1221
570
1100
482
184
413
677
737
426
78
466
21
444
383
372
214
32
الدائرة 9
الدائرة 11
الدائرة 12
الدائرة 13
الدائرة 14
الدائرة 15
الدائرة 17
الدائرة 20
الدائرة 22
الدائرة 25
الدائرة 26
الدائرة 27
الدائرة 28
الدائرة 29
الدائرة 31
الدائرة 33
الدائرة 34
الدائرة 35
الدائرة 36
الدائرة 37
الدائرة 38
الدائرة 39
الدائرة 41
الدائرة 42
الدائرة الصينية

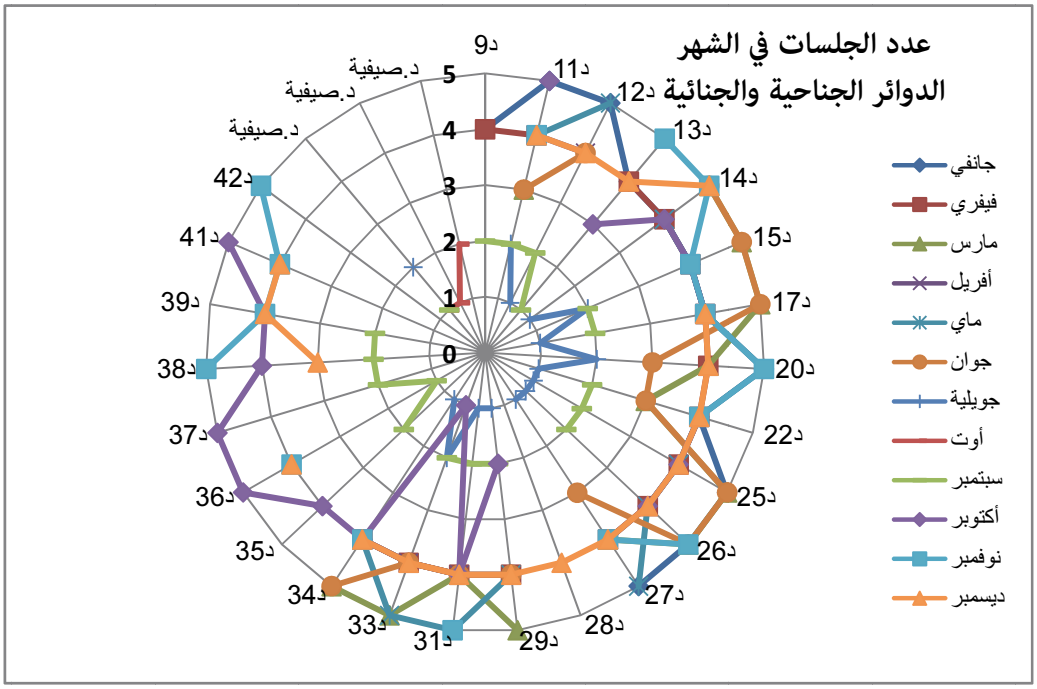

المخالفات
6
5
4
3
2
1
0
2
1
1
1
1
2
1
2
2
3
2
الدائرة 13
الدائرة 14
الدائرة 17
الدائرة 41
الدائرة 42
القبول والإحالة
النقض والإحالة
الرفض أصلا
الضم

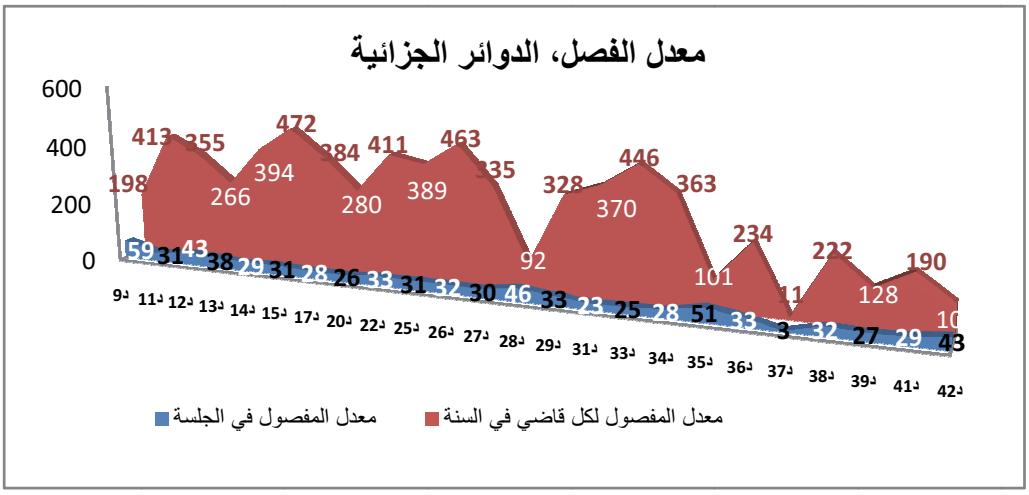

القضايا المفصولة في المادة الجناحية حسب نوع القرار
الدائرة الصيفية
الدائرة 41
الدائرة 38
الدائرة 36
الدائرة 34
الدائرة 31
الدائرة 28
الدائرة 26
الدائرة 22
الدائرة 17
الدائرة 14
الدائرة 12
الدائرة 9
0%
20%
40%
60%
80%
100%
النقض دون إحالة
النقض والإحالة
الرفض أصلا
الضم
الرجوع
الرفض شكلا

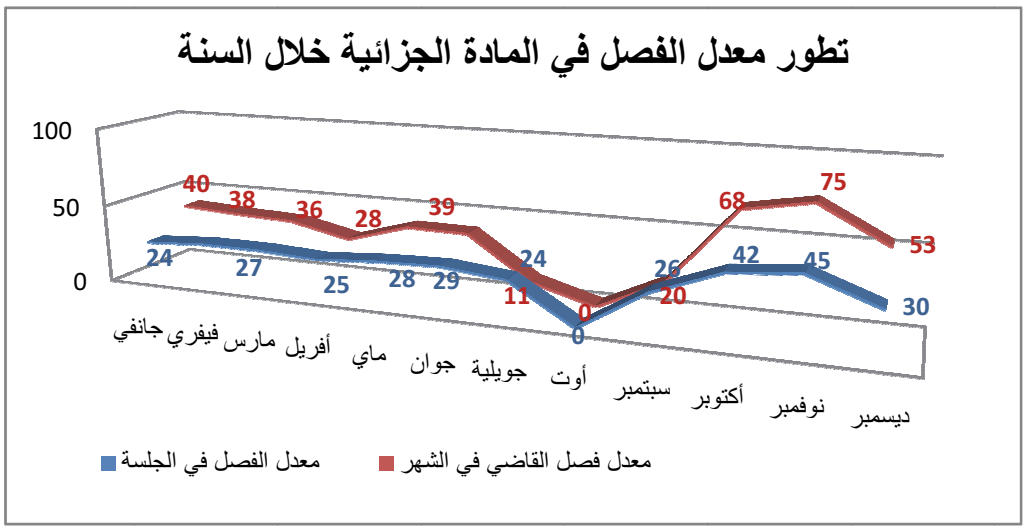

إحصائيات الفصل في الجنائي والاتهام
جنائي
اتهام
274 15
353 35
575 115
629 103
478 70
314 82
18 3
576 13
217 60
472 45
276 260
172 71
123 13
552 100
234 0
16 31
الدائرة 9
الدائرة 12
الدائرة 14
الدائرة 15
الدائرة 17
الدائرة 20
الدائرة 22
الدائرة 25
الدائرة 26
الدائرة 27
الدائرة 29
الدائرة 31
الدائرة 33
الدائرة 34
الدائرة 35
الدائرة الصيفية


القضايا المفصولة في مادة الاتهام حسب نوع القرار
الدائرة الصيفية 7 10 7
الدائرة 34 27 42 15
الدائرة 33 4 5 4
الدائرة 31 22 33 10
الدائرة 29 64 131 45
الدائرة 27 10 24 6
الدائرة 26 15 23 8
الدائرة 25 6 4 2
الدائرة 22 3
الدائرة 20 22 40 11
الدائرة 17 27 26 14
الدائرة 15 25 44 20
الدائرة 14 20 45 16
الدائرة 12 5 18 9
الدائرة 9 4 6 3
0% 20% 40% 60% 80% 100%
النقض دون إحالة
النقض والإحالة
الرفض أصلا
الضم
الرجوع
الرفض شكلا


القضايا المفصولة في المادة الجنائية حسب نوع القرار
الدائرة الصيفية 3 5 3 3
الدائرة 35 42 112 30 34
الدائرة 34 96 236 148 59
الدائرة 33 27 61 7 23
الدائرة 31 55 55 28 19
الدائرة 29 44 123 74 26
الدائرة 27 115 244 66 38
الدائرة 26 59 100 40 11
الدائرة 25 170 258 79 55
الدائرة 22 7 4 6 1
الدائرة 20 93 137 48 28
الدائرة 17 75 261 59 75
الدائرة 15 137 279 123 80
الدائرة 14 133 262 76 90
الدائرة 12 82 153 65 50
الدائرة 9 76 125 42 27
0% 20% 40% 60% 80% 100%
النقض دون إحالة
النقض والإحالة
الرفض أصلا
الضم
الرجوع
الرفض شكلا

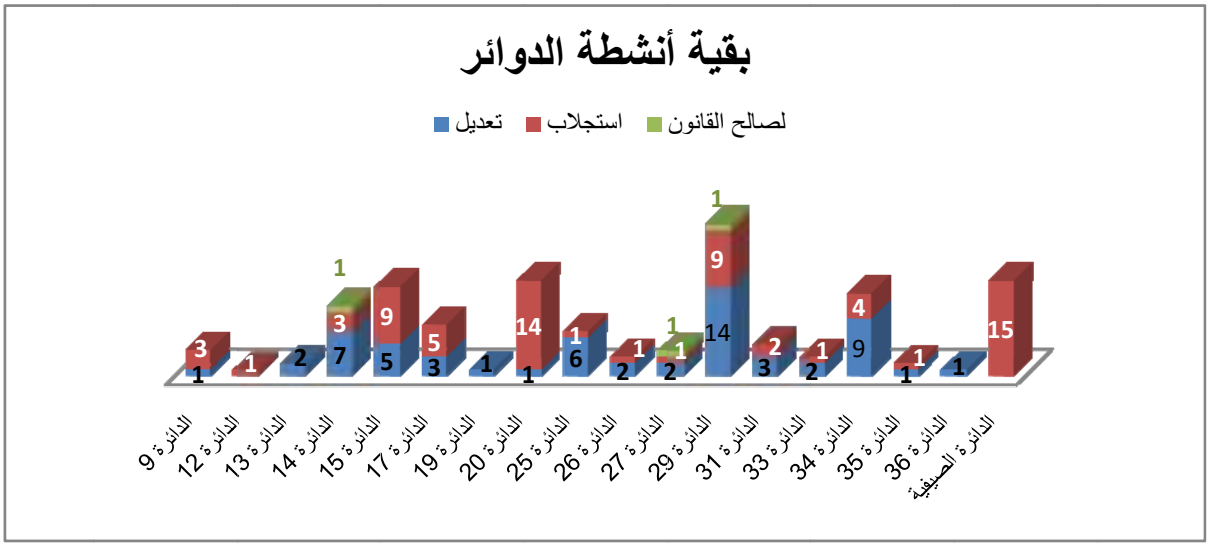

عدد الجلسات في الشهر
الدوائر الجناحية والجنائية
د.صيفية
د.صيفية
د.صيفية
جانفي
فيفري
مارس
أفريل
ماي
جوان
جويلية
أوت
سبتمبر
أكتوبر
نوفمبر
ديسمبر

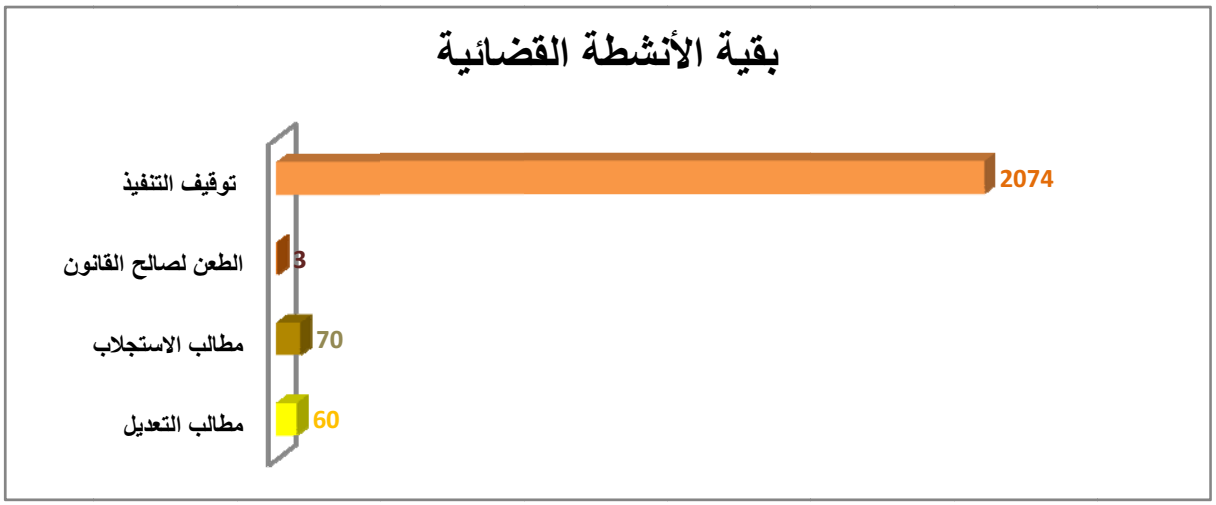

معدل الفصل، الدوائر الجزائية
معدل المفصول في الجلسة
معدل المفصول لكل قاضي في السنة

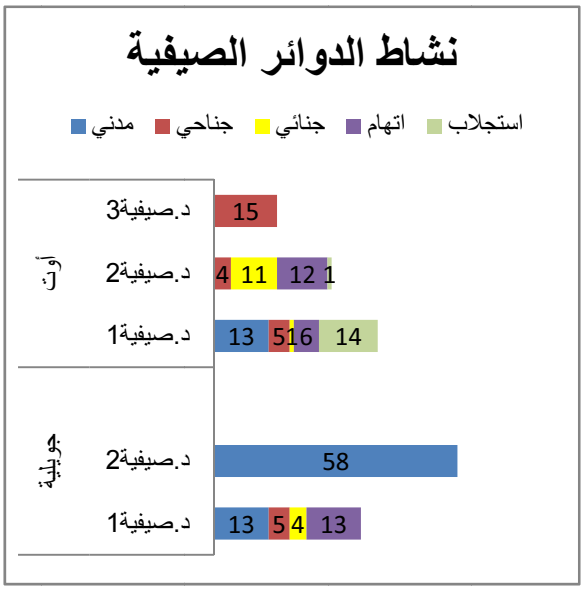

تطور معدل الفصل في المادة الجزائية خلال السنة
جانفي
فيفري
مارس
أفريل
ماي
جوان
جويلية
أوت
سبتمبر
أكتوبر
نوفمبر
ديسمبر
معدل الفصل في الجلسة
معدل فصل القاضي في الشهر

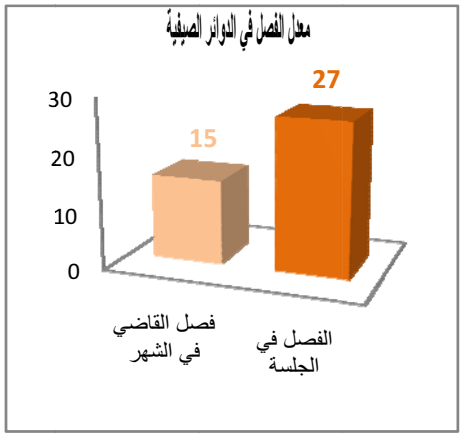
- أنشطة أخرى للمحكمة

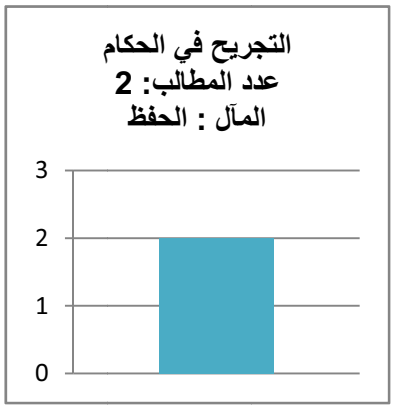
مطالب الاستجلاب والتعديل والطعن لصالح القانون وإيقاف التنفيذ

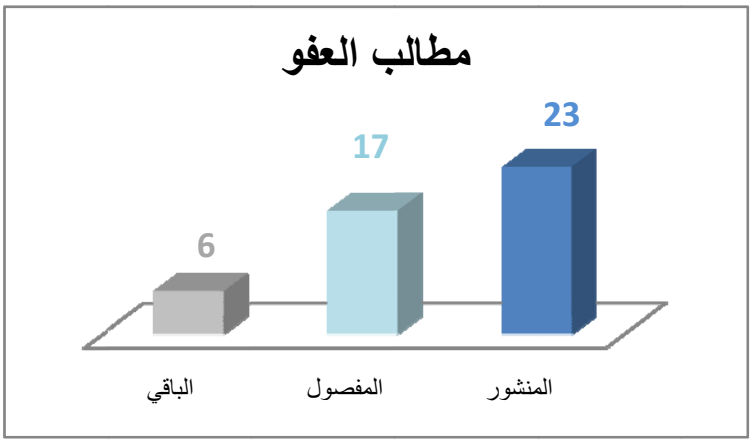


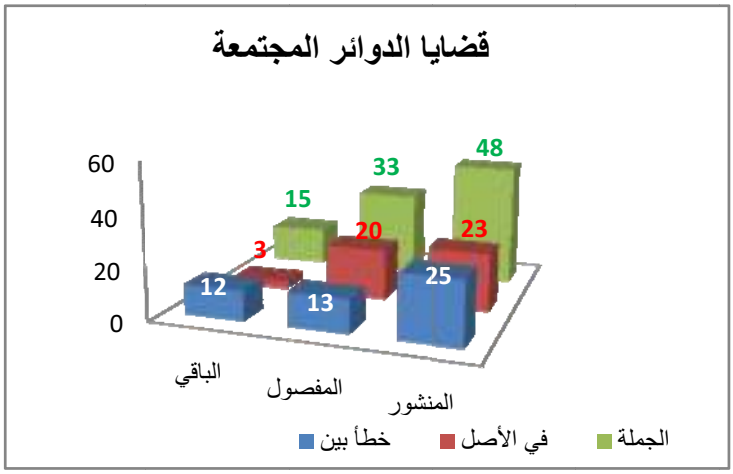


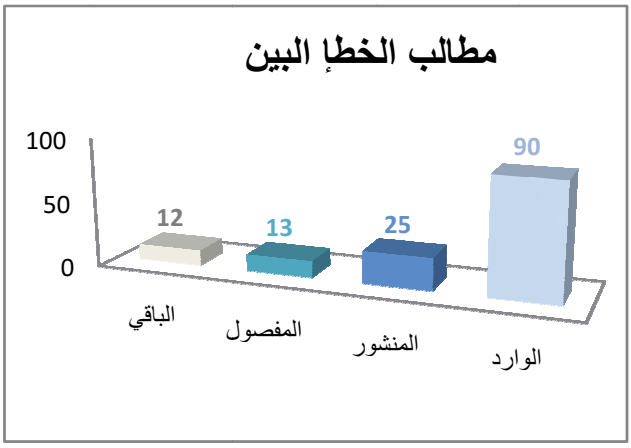



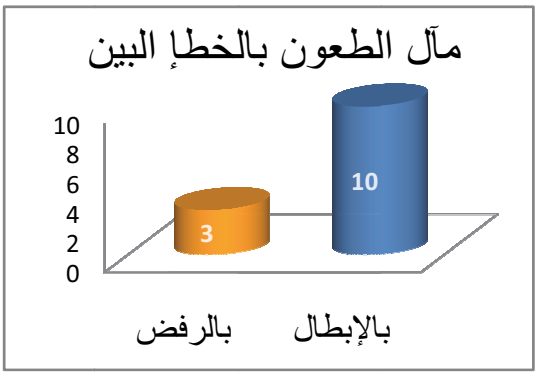




**- الدوائر المجتمعة**




مطالب الخطإ البين
100
50
0
12
13
25
90
الباقي
المفصول
المنشور
الوارد


مآل الطعون بالخطإ البين
10
8
6
4
2
0
3
10
بالرفض
بالإبطال

**ج- مشروع قياس عبء العمل القضائي : محكمة التعقيب نموذجا**

الرّئيس الأوّل : السيّد الهـادي القديري

مكتب الرّئيـــس الأوّل :

- ***السيدة رجـاء بوسمـة**

- السيد حاتم بن جـــماعـة

- السيد بديع بن عبـــاس

2

## ماذا نعرف جميعا عن محكمة التعقيب ؟

- هي أعلى محكمة في هرم النظام القضائي العدلي.
- لها ثلاث أدوار أساسية:
  - مراقبة حسن تطبيق القانون
  - توحيد كلمة القانون (تأويل وتفسير القانون)
  - سد ثغرات القانون وإلهام صانع القانون (دور تشريعي)
- هي محكمة قانون وليست درجة ثالثة للتقاضي.
- تصدر قرارات محكمة التعقيب عن دوائرها كما تصدر عن دوائرها المجتمعة.

ستركز هذه الدراسة على القرارات التعقيبية العادية أي العمل العادي للدوائر.

3

**تصدر محكمة التعقيب ثلاثة أنواع من القرارات:**

✓ القرارات الصادرة في الشكل: إما بالرفض شكلا
أو بالرجوع في مطلب التعقيب
أو بضم القضية إلى أخرى

✓ القرارات الصادرة بقبول الطعن شكلا ورفضه أصلا

✓ القرارات الصادرة بقبول الطعن شكلا وأصلا مع:
- النقض الجزئي أو الكلي مع الإحالة على محكمة الأصل لإعادة النظر
أو - النقض دون إحالة
أو - النقض مع التصدي للأصل

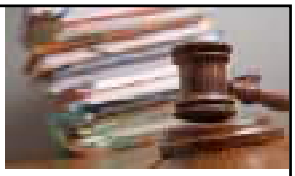
4

- الطعن لدى محكمة التعقيب مخول ضد الأحكام النهائية في حالات حصرها القانون (الفصل 175 من م م م ت).

- **ولكن** نظرا لمجانية التقاضي وسهولة الإجراءات ولاعتبارات تتعلق بمهنة المحاماة منها كثرة الأساتذة المحامين المرسمين لدى التعقيب إلى جانب الاعتبارات الاجتماعية والثقافية، فإن 80 % من الأحكام النهائية يقع الطعن فيها بالتعقيب.

- وفي غياب آلية لفرز القضايا، فإن أغلب القرارات تصدر برفض التعقيب شكلا أو برفضه أصلا لعدم تأسسها على أسباب جدية (بين 65 % و70%).

5

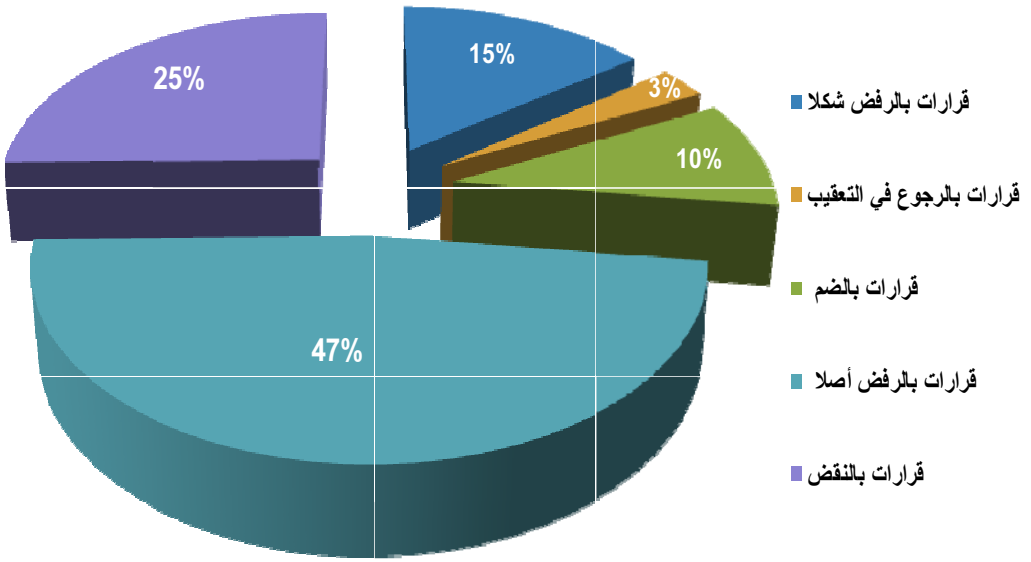


# 30.000

هو معدل عدد الطعون الجديدة الواردة على محكمة التعقيب سنويا

6

## أنواع القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب ونسبها




7

➢ تنقسم أنشطة محكمة التعقيب إلى جزءين:

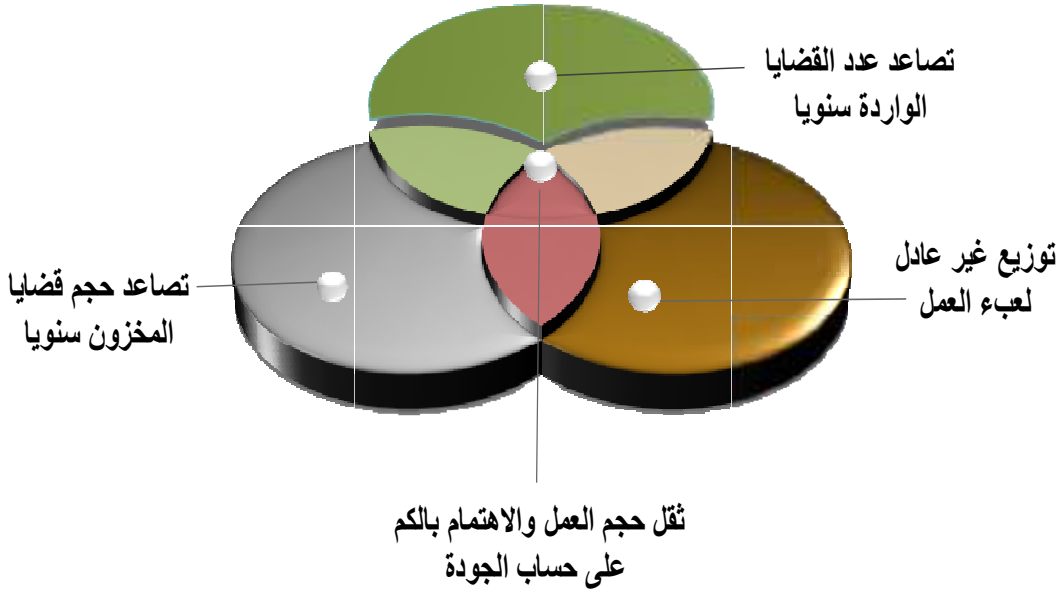
- جزء يهم القضاة الجالسين (38 رئيس دائرة و107 مستشارين)
- جزء يهم الادعاء العام (وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب- 2 مساعدين و30 مدعي عام)

➢ تمر القضية أمام محكمة التعقيب قبل تعهد الدائرة بها عبر 4 مراحل أساسية:

- تقديم العريضة الكتابية إلى كتابة المحكمة المصدرة للحكم المطعون فيه، تقييد الطعن بدفتر خاص وإعلام كتابة محكمة التعقيب وإرسال الملف إليها
- تقديم المحامين لتقاريرهم وطلباتهم
- إحالة الملف على وكيل الدولة العام لدى المحكمة لتقديم ملحوظات الادعاء العام
- إرجاع الملف مصحوبا بملحوظات الادعاء العام إلى الرئيس الأول وتعيين موعد الجلسة.

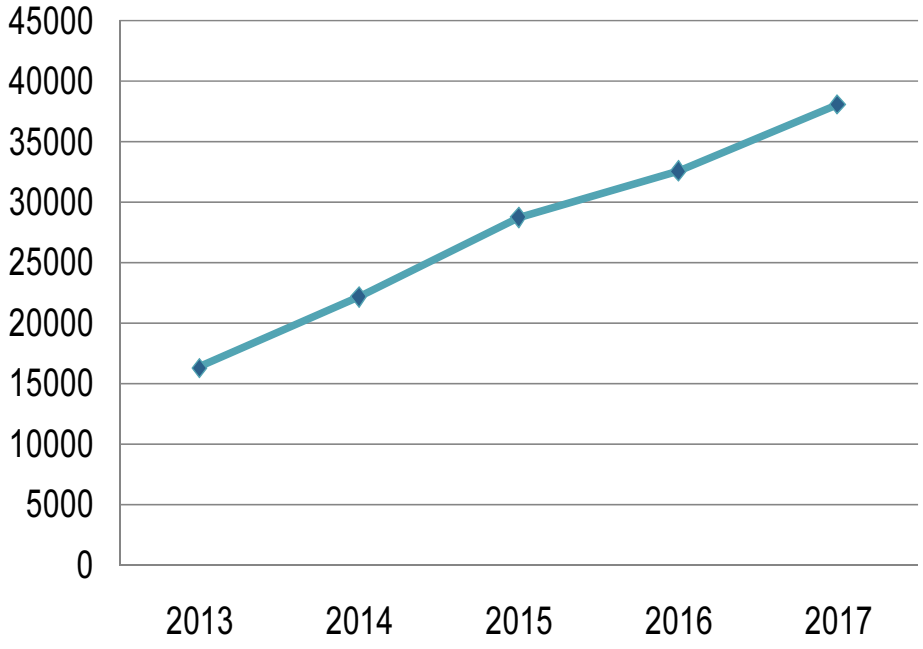
8

# معاينة وتقييم للوضع الحالي:
# مشاكل محكمة التعقيب




9

## حجم مخزون القضايا



10

## النتيـــجة



بطء وعـــــدم نجاعة المرفق



القاضي منهك بالقضايا

11

## الأسباب الممكنة لهذه المشاكل



إما أن يكون عدد المستشارين أقل من المطلوب وغير مناسب لنسق تصاعد حجم العمل

أو أن تكون طريقة توزيع العمل بين القضاة غير ناجعة بالقدر الكافي

أو السببين معا

12

## الحلول المقترحة

- تحديد العدد اللازم من القضاة لإنجاز العمل

- اعتماد طريقة أنجع وأعدل لتوزيع العمل بين القضاة وإدخال التعديلات حتى خلال السنة القضائية

- وذلك عبر قيس عبء العمل القضائي للمستشارين بحساب الساعة مقارنة بالوقت اللازم للتعاطي مع القضايا وفصلها.

13

## تحديد المفاهيم

المقصود بقياس عبء العمل القضائي

**معدّل الوقت أو التوقيت الاعتيادي الذي يقضيه القاضي أثناء النظر في قضية بمراحلها**

**وليس الوقت المخصص لفصل القضايا.**

14

## الهدف العام : تحسين جودة ونجاعة القضاء

**الأهـــــداف الخاصة:**

- توزيع عادل للملفات القضائية .
- توزيع متكافئ للقضاة بين الدوائر .
- دعم قدرات التسيير والتصرف لرؤساء المحاكم.
- استعمال معطيات موضوعية لتحديد الموازنات والاعتمادات المالية استعدادا للمطالبة بالاستقلال المالي للمحاكم تعزيزا لاستقلالية السلطة القضائية.

15

## وهي أهداف تخضع لمعايير نموذج الهدف الذكي : SMART

| | | |
|---|---|---|
| S | Specific | محددة |
| M | Measurable | قابلة للقياس |
| A | Attainable | قابلة للتحقق |
| R | Realistic | واقعية |
| T | Time Bound | لها مدة إنجاز |

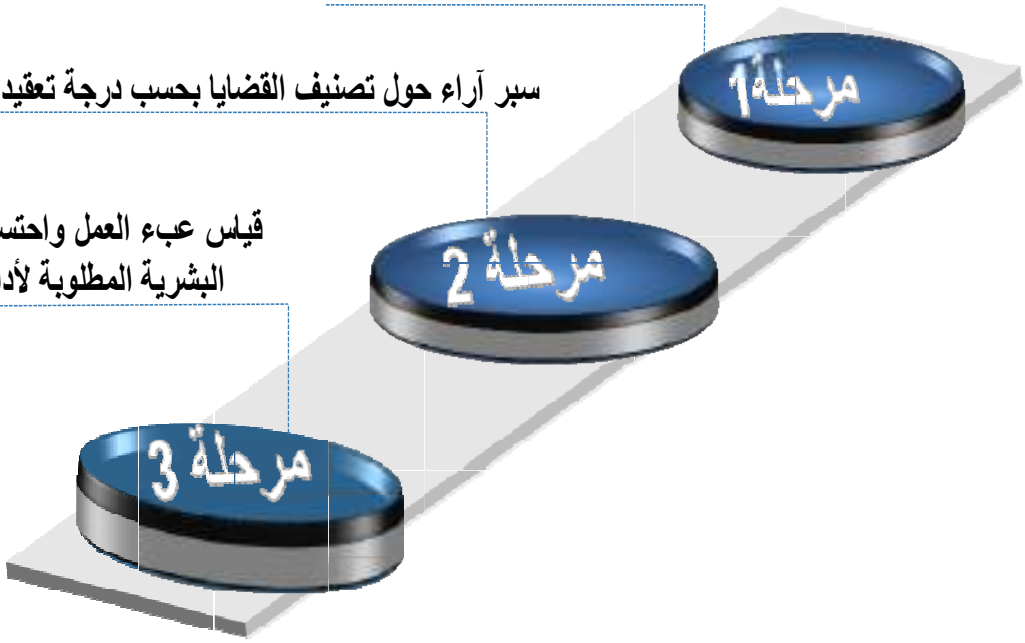
16

## المنهجية : ثـلاث مـــراحـــل

الحصول على إحصائيات صحيحة

سبر آراء حول تصنيف القضايا بحسب درجة تعقيدها

قياس عبء العمل واحتساب الموارد البشرية المطلوبة لأداء أحسن




17

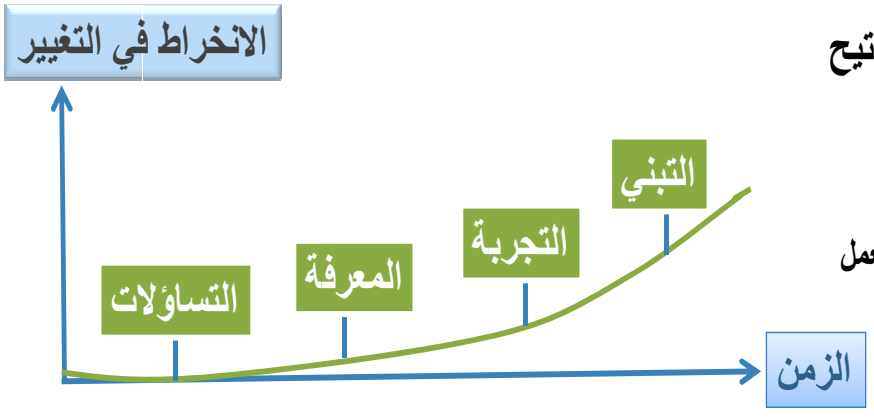


### الغاية من سبر الآراء

- ✓ معطيات أقرب إلى الواقع وإلى الموضوعية
- ✓ انخراط الجميع في إجراء التغيير ( la conduite du changement) والقبول بالنتائج والحلول المقترحة للتطور وتحقيق النجاعة المطلوبة

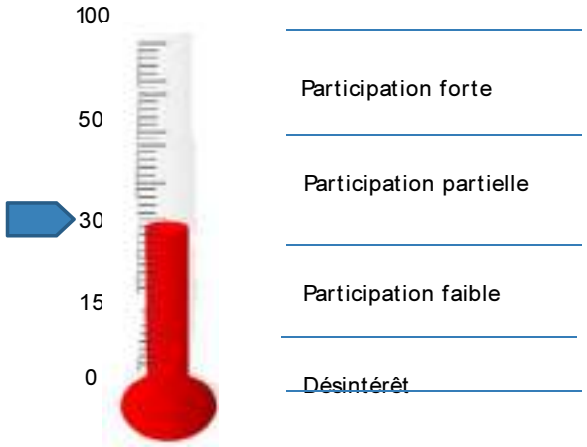
### ثلاث كلمات مفاتيح

- انخراط
- تغيير طرق العمل
- تطور



18

➢ مقياس المشاركة




تم سبر الآراء اعتمادا على عينة من الزملاء تتكون من 32 مستشارا ورئيس دائرة (10 رؤساء دوائر و22 مستشارا) وهي عينة تسمح بإعطاء صورة عامة موضوعية عن الوضع

19

➢ تم إجراء سبر آراء أول وُجِه إلى المستشارين بحثا عن طريقة لتصنيف القضايا وتحديد الوقت اللازم لكل صنف منها لفصلها بالنسبة لقاض تتوفر فيه الكفاءة المطلوبة وله طاقة عمل عادية مع ضمان جودة مقبولة ومعقولة للقرارات.

➢ ثم تم إجراء سبر آراء ثاني وُجه إلى رؤساء الدوائر من أجل تصنيف القضايا حسب درجة صعوبتها أو تعقيدها وتحديد نسب كل صنف مقارنة مع مجموع القضايا.

➢ في انتظار انخراط أكبر عدد من القضاة في هذا العمل والتقدم بأفكار بناءة تساعد على تطويره وتزيد من فرص نجاحه في تحقيق النتئج المرجوة منه.



20

**نتيجة سبر الآراء**

من حيث منهجية تصنيف القضايا

- اعتماد طريقتين لتصنيف القضايا:

– حسب نوع القرار: الرفض شكلا والرجوع والضم من جهة/ الرفض أصلا والنقض من جهة أخرى

– حسب المادة : مدني/ جناحي/ جنائي/اتهام من جهة ودرجة تعقيد الملف من جهة أخرى

- تقسيم المادة المدنية إلى :

- مدني عام وتجاري
- فروع القانون المدني الأخرى من اجتماعي واستعجالي وعيني وعقاري وقانون العائلة

- تقسيم المادة الجزائية إلى: جنائي / جناحي / اتهام

21

**من حيث الأصناف المفرزة**

- الصنف الأول ويمثل القضايا السهلة بمعدل ساعة عمل للقضية والمصنفة بحسب نوع الحكم وهي: * الطعون غير المقبولة لخلل شكلي
  * الرجوع في التعقيب
  * قرارات الضم

- الصنف الثاني ويمثل القضايا العادية مع تغير معدل ساعات العمل بحسب المادة

- الصنف الثالث ويمثل القضايا الصعبة أو المعقدة بمعدل ساعات عمل مختلفة حسب المادة

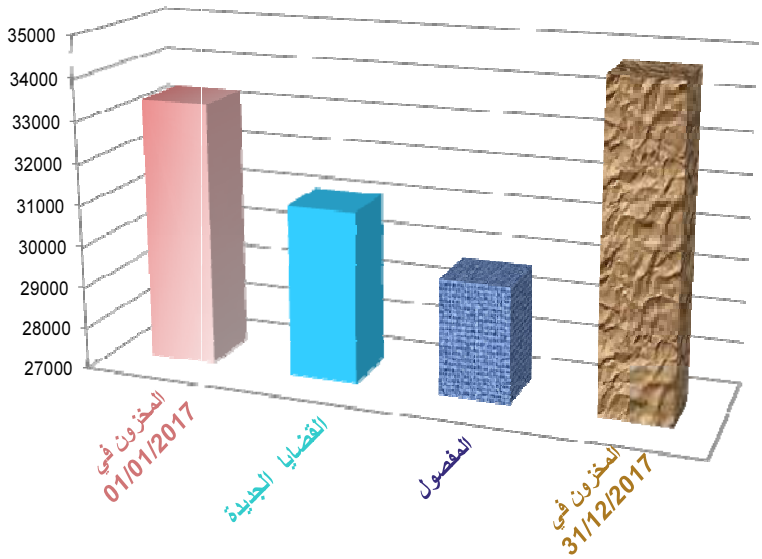
22

## إحصائيات 2017

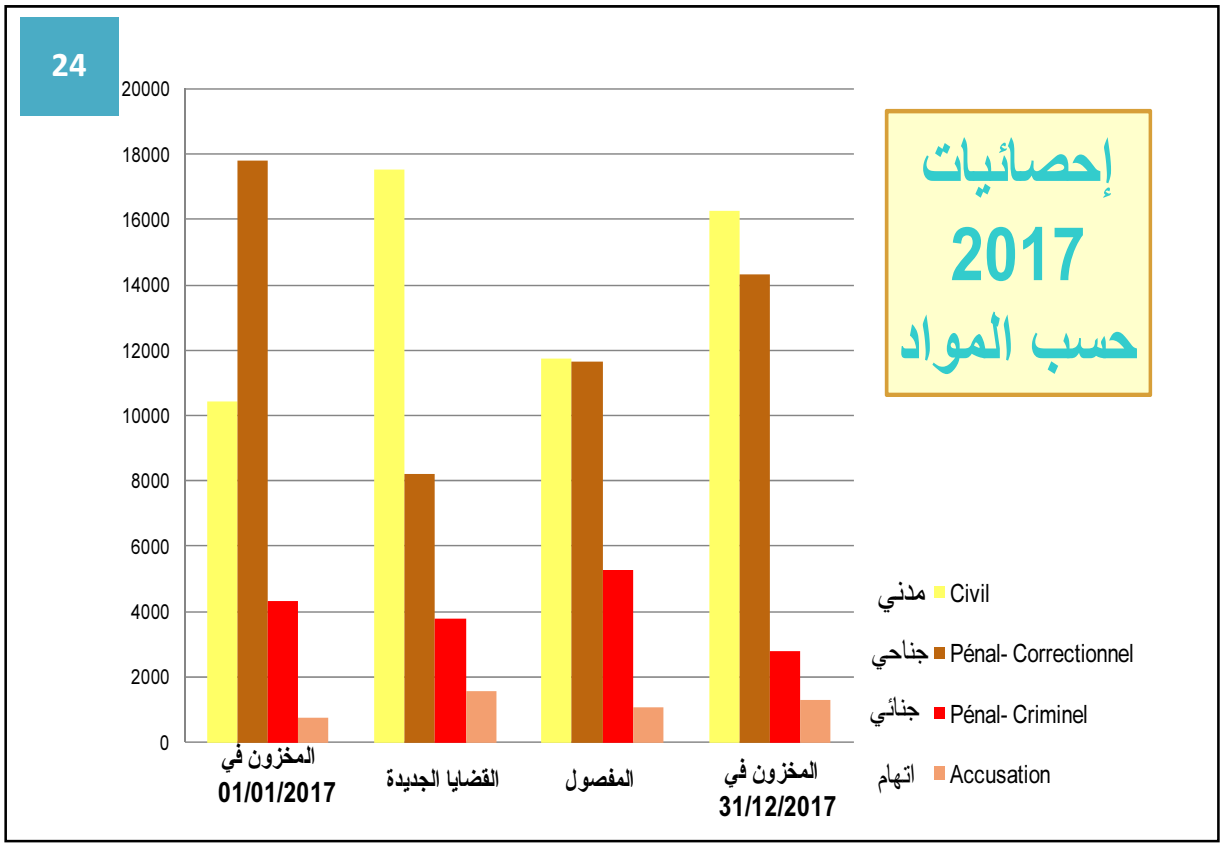
| أنواع القضايا | القضايا المنشورة في 01/01/2017 (المخزون 1) | القضايا الجديدة (المقيدة) | المجموع | القضايا المفصولة | القضايا المنشورة في 31/12/2017 (المخزون 2) |
|---|---|---|---|---|---|
| المدني | 3952 | 10515 | 14467 | 6757 | 7710 |
| التجاري | 955 | 580 | 1535 | 169 | 1366 |
| الشخصي | 760 | 917 | 1677 | 661 | 1016 |
| الاجتماعي | 1732 | 2928 | 4660 | 1924 | 2736 |
| الاستعجالي | 1081 | 992 | 2073 | 271 | 1802 |
| العيني | 0 | 339 | 339 | 84 | 255 |
| العقاري | 1965 | 1257 | 3222 | 1851 | 1371 |
| الجناحي | 17781 | 8211 | 25992 | 11665 | 14327 |
| الجنائي | 4323 | 3773 | 8096 | 5302 | 2794 |
| الاتهام | 783 | 1586 | 2369 | 1068 | 1301 |
| **المجموع** | **33332** | **31098** | **64430** | **29752** | **34678** |

23

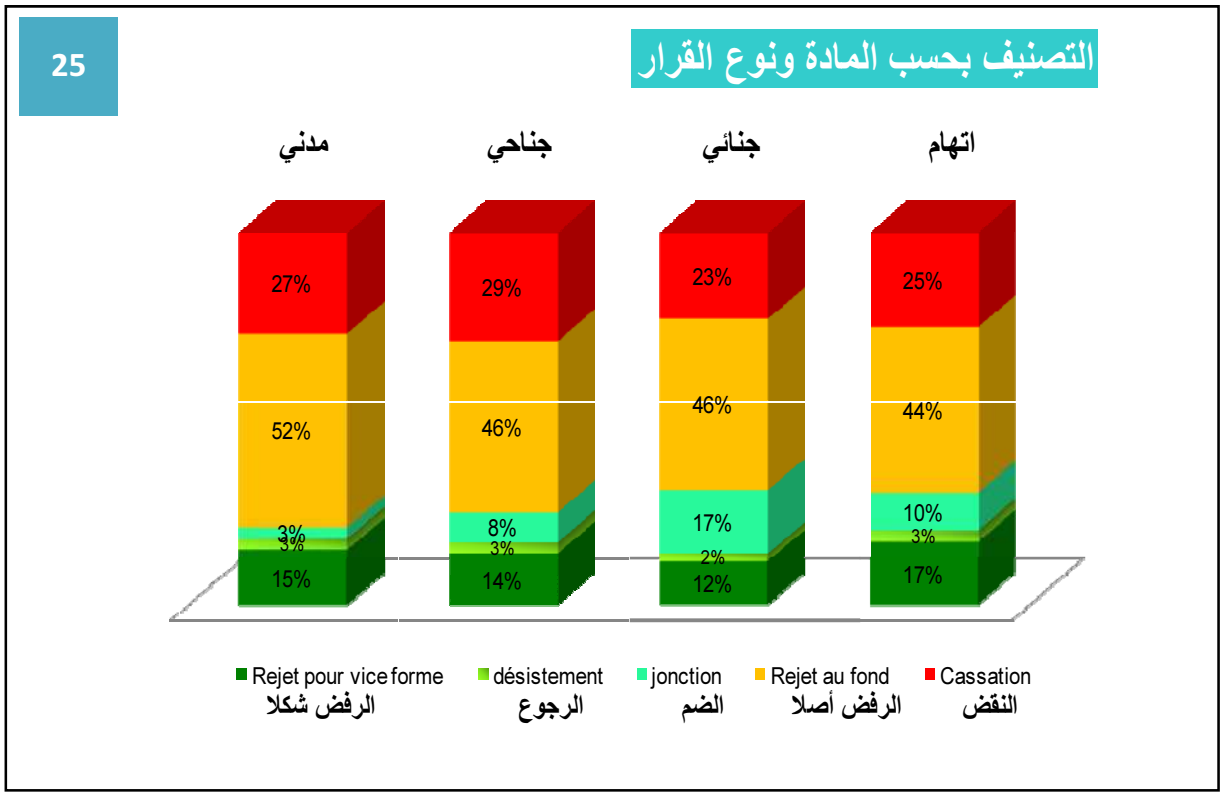
## إحصائيات 2017



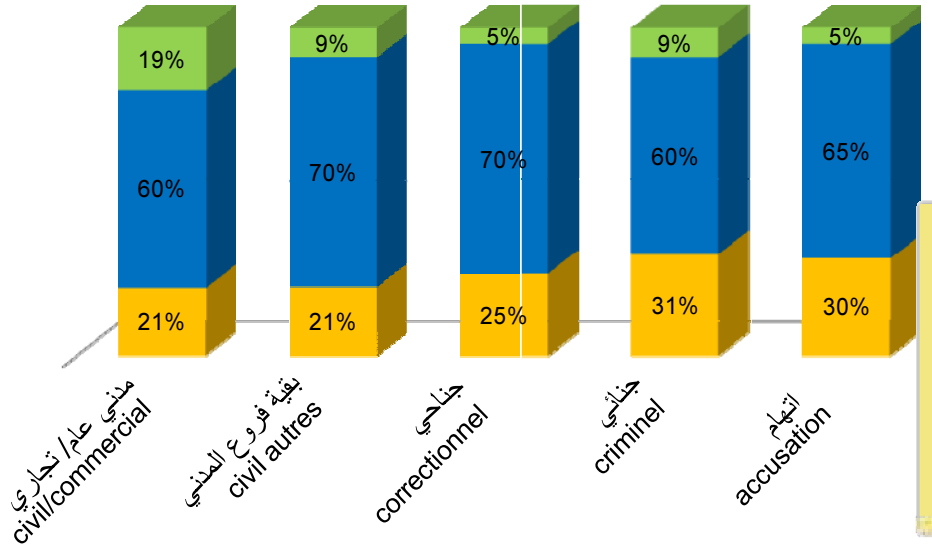
24


إحصائيات
2017
حسب المواد
20000
18000
16000
14000
12000
10000
8000
6000
4000
2000
0
المخزون في 01/01/2017
القضايا الجديدة
المفصول
المخزون في 31/12/2017
مدني Civil
جناحي Pénal- Correctionnel
جنائي Pénal- Criminel
اتهام Accusation

25


التصنيف بحسب المادة ونوع القرار
مدني
جناحي
جنائي
اتهام
27%
52%
3%
3%
15%
29%
46%
8%
3%
14%
23%
46%
17%
2%
12%
25%
44%
10%
3%
17%
Rejet pour vice forme الرفض شكلا
désistement الرجوع
jonction الضم
Rejet au fond الرفض أصلا
Cassation النقض

## 26 نسب القضايا بما في ذلك القضايا السهلة التي لم يقع في شأنها النظر في الأصل والقضايا المصنفة بحسب المادة ودرجة تعقيدها (عادية / معقدة)




الصنف أ نسبه محددة بإحصائيات دقيقة أما الصنفين ب و ج فقد تم تحديد نسبهما بفضل سبر الآراء الثاني الموجه إلى رؤساء الدوائر

## 27 معدل الوقت المستوجب بالساعات لفصل القضايا بحسب صنفها في كل من المواد المتفق عليها

| | عدد الساعات صنف ج | عدد الساعات صنف ب | عدد الساعات صنف أ |
|---|---|---|---|
| مدني / تجاري | 12 | 5 | 1 |
| بقية فروع القانون المدني | 8 | 4 | 1 |
| جناحي | 7 | 3 | 1 |
| جنائي | 10 | 4 | 1 |
| اتهام | 8 | 4 | 1 |

مكونات عمل المستشار:

- عادة يتسلم المستشار ملفاته 15 يوما قبل موعد الجلسة (جلسة التصريح بالحكم)
- يعد المستشار ملفاته ويستعد للمفاوضة
- يتفاوض في الملف في الأسبوع الموالي
- يلخص الحكم طبق النص المتفق عليه في المفاوضة ليكون جاهزا يوم الجلسة

28

تتضمن هذه الدراسة 6 أجزاء:

- احتساب الحاجيات من الموارد البشرية القضائية استنادا إلى القضايا الجديدة الواردة
- تقييم مدى نجاعة توزيع القضاة بين الدوائر
- احتساب عبء العمل المتعلق بالمخزون (القضايا غير المفصولة) والعدد اللازم من القضاة للبت فيه
- مدى التوزيع العادل للعمل بين القضاة
- الحلول المقترحة
- النتائج المتوقعة من التغيير ومن استعمال هذه الدراسة

29

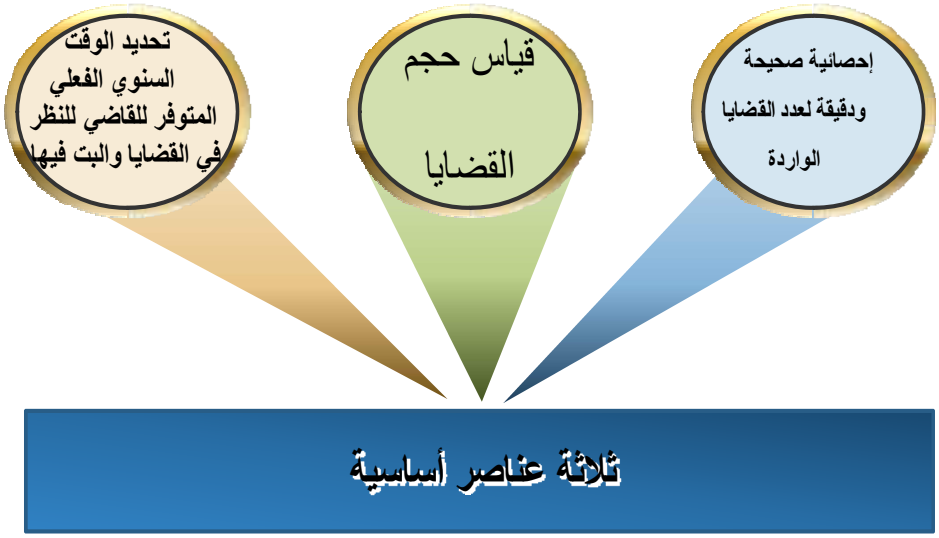
## أولا: احتساب الحاجيات من الموارد البشرية القضائية استنادا إلى القضايا الجديدة الواردة

### القاعدة

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| الوقت التي يتطلبه فصل القضايا أو عبء العمل بالساعات | ÷ | الوقت الفعلي السنوي الذي يقضيه القاضي في إنجاز عمله | = | عدد القضاة المطلوب لإنجاز العمل |

30

## لاحتساب العدد المستوجب من القضاة




31

## المعطى الأول : عبء العمل
## مثال القضايا التجارية

| عدد القضايا الجديدة X الوقت بالساعات = عبء العمل بالساعات | | | |
|---|---|---|---|
| قضايا الصنف أ | %21X 580 = 122 | 1 | 122 |
| قضايا الصنف ب | %60 X 580 | 5 | 1740 |
| قضايا الصنف ج | %19 X 580 | 12 | 1322 |
| | | | 3184 |

32

## عبء العمل المتعلق بالقضايا الواردة 2017

| عبء العمل | المدني | | | | | | | | الجزائي | | | | المجموع العام |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | مدني عام | تجاري | شخصي | اجتماعي | استعجالي | عيني | عقاري | المجموع | الجناحي | الجنائي | الاتهام | المجموع | |
| صنف أ | 2 208 | 122 | 193 | 615 | 208 | 71 | 264 | 3 681 | 2 053 | 1 170 | 476 | 3 698 | 7 379 |
| صنف ب | 31 545 | 1 740 | 2 568 | 8 198 | 2 778 | 949 | 3 520 | 51 297 | 17 243 | 9 055 | 4 124 | 30 422 | 81 719 |
| صنف ج | 23 974 | 1 322 | 660 | 2 108 | 714 | 244 | 905 | 29 928 | 2 874 | 3 396 | 634 | 6 904 | 36 832 |
| مجموع عبء العمل بالساعات | 57 727 | 3 184 | 3 420 | 10 921 | 3 700 | 1 264 | 4 689 | 84 907 | 22 170 | 13 621 | 5 234 | 41 024 | **125 931** |

33

## المعيار الثاني: الزمن الفعلي الذي يقضيه القاضي سنويا في إنجاز عمله دون اعتبار الوقت الذي يقضيه في البحث والدراسة

| الساعات | | الأيام | |
|---|---|---|---|
| 8 | عدد ساعات العمل / اليوم | 365 | عدد أيام العمل / السنة |
| 1 | الغداء | 87 | عطل آخر الأسبوع |
| 1 | اجتماعات أو أعمال أخرى بالمحكمة | 60 | العطلة القضائية |
| | | 11 | أيام العطل والأعياد |
| | | 6 | عطل مرض/ غيابات |
| | | 4 | أيام تكوين ودورات دراسية |
| **6** | | **197** | المجموع |
| **1182** | | | **مجموع ساعات العمل / قاضي** |

1182 ساعة في السنة مخصصة لمعالجة الملفات

34

## المعيار الثالث: عدد القضاة المطلوب

| | |
|---|---|
| الوقت المستوجب سنويا لفصل القضايا | 125 931 |
| عدد ساعات العمل / السنة / للقاضي | 1182 |
| العدد المستوجب من القضاة | 107 |

**العدد الموجود سنة 2017: 102 -2 = 100**
**وهو غير كافي لفصل القضايا الجديدة دون اعتبار المخزون المتراكم**

35

## ثانيا: مدى نجاعة توزيع العمل بين الدوائر حسب المواد (اعتمادا على القضايا الواردة)

| عبء العمل | المدني | | | | | | | | الجزائي | | | | المجموع العام |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | مدني عام | تجاري | شخصي | اجتماعي | استعجالي | عيني | عقاري | المجموع | الجناحي | الجنائي | الاتهام | المجموع | |
| عدد القضاة المطلوب | 49 | 3 | 3 | 9 | 3 | 1 | 4 | 72 | 19 | 12 | 4 | 35 | 107 |
| عدد القضاة 2017 | 21 | 9 | 4 | 11 | 6 | 3 | 4 | 58 | | | | 44 | 102 |
| عدد القضاة 2018 | 10 | 7 | 2 | 11 | 9 | 2 | 4 | 45 | 30 | 23 | 6 | 59 | 104 |

36

## ثالثا: احتساب عبء العمل المتعلق بالمخزون (القضايا غير المفصولة) والعدد اللازم من القضاة للبت فيه

| أنواع القضايا | القضايا المنشورة في 01/01/2017 (المخزون 1) |
|---|---|
| مدني | 3952 |
| تجاري | 955 |
| شخصي | 760 |
| اجتماعي | 1732 |
| استعجالي | 1081 |
| عيني | 0 |
| عقاري | 1965 |
| جناحي | 17781 |
| جنائي | 4323 |
| اتهام | 783 |

37

## عبء العمل المتعلق بالمخزون

| عبء العمل | المدني | | | | | | | | الجزائي | | | | المجموع العام |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | مدني عام | تجاري | شخصي | اجتماعي | استعجالي | عيني | عقاري | المجموع | الجناحي | الجنائي | الاتهام | المجموع | |
| صنف أ | 830 | 201 | 160 | 364 | 227 | 0 | 413 | 2 193 | 4 445 | 1 340 | 235 | 6 020 | 8 214 |
| صنف ب | 11 856 | 2 865 | 2 128 | 4 850 | 3 027 | 0 | 5 502 | 30 227 | 37 340 | 10 375 | 2 036 | 49 751 | 79 979 |
| صنف ج | 9 011 | 2 177 | 547 | 1 247 | 778 | 0 | 1 415 | 15 175 | 6 223 | 3 891 | 313 | 10 427 | 25 603 |
| مجموع عبء العمل بالساعات | 21 696 | 5 243 | 2 835 | 6 460 | 4 032 | 0 | 7 329 | 47 596 | 48 009 | 15 606 | 2 584 | 66 199 | 113 795 |
| عدد القضاة المطلوب | 18 | 4 | 2 | 5 | 3 | 0 | 6 | 40 | 41 | 13 | 2 | 56 | **96** |

38

## الحلول الممكنة في خصوص تراكم قضايا المخزون

- إما الترفيع في عدد القضاة بترقية عدد أكبر منهم إلى الرتبة الثالثة
- أو ترك الأمور على حالها مع الترفيع في الأهداف من حيث الكم
- أو البحث عن طرق أنجع لتوزيع القضاة بين الدوائر ولتوزيع العمل بين القضاة

39

## رابعا: مدى التوزيع العادل للعمل بين القضاة على أساس القضايا المفصولة

| أنواع القضايا | القضايا المفصولة |
|---|---|
| مدني | 6757 |
| تجاري | 169 |
| شخصي | 661 |
| اجتماعي | 1924 |
| استعجالي | 271 |
| عيني | 84 |
| عقاري | 1851 |
| جناحي | 11665 |
| جنائي | 5302 |
| اتهام | 1068 |

40

## 1182 ساعة عمل في السنة أو 30 ساعة في الأسبوع

في المادة الاجتماعية أو في الشخصي أو الاستعجالي...

2 ج + 3 ب + 2 أ

أو 3 ج + 1 ب + 2 أ

أو 7 ب + 2 أ

= في المادة المدنية والتجارية

1 صنف ج + 3 ب + 3 أ

أو 2 ج + 1 ب + 1 أ

أو 6 ب

في الجنائي

2 ج + 2 ب + 2 أ

أو 1 ج + 5 ب

أو 1 ج + 4 ب + 4 أ

أو 3 ج

أو 7 ب + 2 أ...

الاتهام

3 ج + 1 ب + 2 أ

أو 2 ج + 3 ب + 2 أ

أو 1 ج + 5 ب + 2 أ

أو 7 ب + 2 أ

في الجناحي

9 ب + 3 أ

أو 1 ج + 7 ب + 2 أ

أو 3ج+ 1 ب + 3 أ

أو 4 د + 2 أ

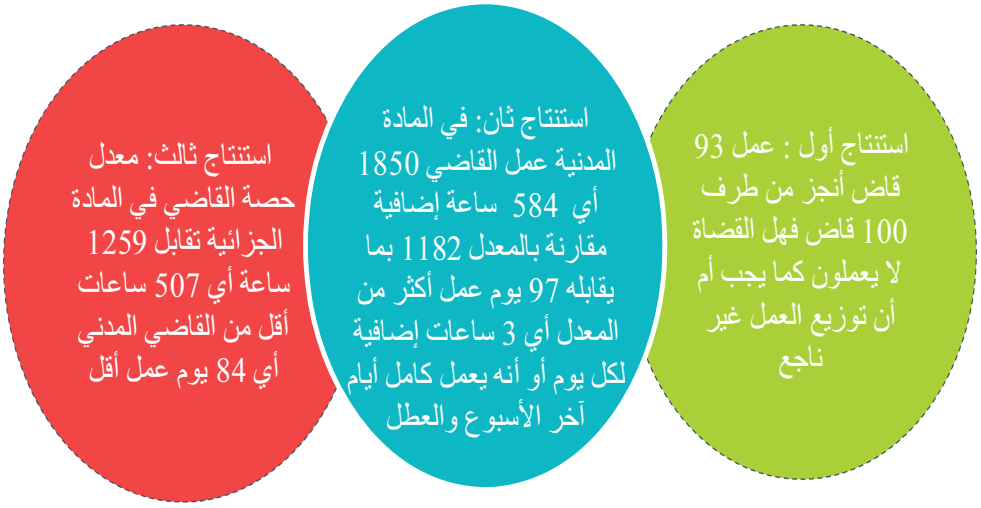
41

## القضايا المفصولة

| عبء العمل | المدني | | | | | | | | الجزائي | | | المجموع العام |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | مدني عام | تجاري | شخصي | اجتماعي | استعجالي | عيني | عقاري | المجموع | الجناحي | الجنائي | الاتهام | المجموع | |
| صنف أ | 1 419 | 35 | 139 | 404 | 57 | 18 | 389 | 2 461 | 2 916 | 1 644 | 320 | 4 880 | 7 341 |
| صنف ب | 20 271 | 507 | 1 851 | 5 387 | 759 | 235 | 5 183 | 34 193 | 24 497 | 12 725 | 2 777 | 39 998 | 74 191 |
| صنف ج | 15 406 | 385 | 476 | 1 385 | 195 | 60 | 1 333 | 19 241 | 4 083 | 4 772 | 427 | 9 282 | 28 523 |
| مجموع عبء العمل بالساعات | 37 096 | 928 | 2 466 | 7 177 | 1 011 | 313 | 6 904 | 55 894 | 31 496 | 19 140 | 3 524 | 54 160 | 110 054 |
| عدد القضاة المطلوب | 31 | 1 | 2 | 6 | 1 | 0 | 6 | 47 | 27 | 16 | 3 | 46 | **93** |
| عدد القضاة 2017 | 21 | 9 | 4 | (10)11 | 6 | 3 | 4 | **(57)58** | | | | **(43)44** | **(100)102** |

42

يبين الجدول أنه بالنسبة للقضايا المفصولة لم تكن المحكمة سنة 2017 تحتاج فعليا 102 قاض وإنما فقط 93 قاض.




توزيع العمل غير متكافئ وغير عادل بين القضاة

43

## خامسا : الحلول المقترحة

- الحل الأول يتعلق بفرز القضايا وهو حل بدأ العمل به في المحكمة في خصوص القضايا السهلة التي مآلها الرفض شكلا أو الرجوع أو الضم ولكن يتجه العمل إلى تطويره وتقنينه والطموح أن يشمل الفرز القضايا التي تكون فيها المطاعن غير جدية سواء بتسهيل طريقة تلخيصها أو غير ذلك من الحلول، وتبين الجداول انخفاض الحاجة في عدد القضاة باعتماد هذه الطريقة

| عبء العمل/ الوارد | المدني | | | | | | | | الجزائي | | | | المجموع العام |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | مدني عام | تجاري | شخصي | اجتماعي | استعجالي | عيني | عقاري | المجموع | الجناحي | الجنائي | الاتهام | المجموع | |
| عبء العمل بعد الفرز | 55 519 | 3 062 | 3 228 | 10 307 | 3 492 | 1 193 | 4 425 | 81 226 | 20 117 | 12 451 | 4 758 | 37 326 | 118 552 |
| عدد القضاة المطلوب | 47 | 3 | 3 | 9 | 3 | 1 | 4 | 69 | 17 | 11 | 4 | 32 | **100 au lieu de 107** |

44

## التوقعات لسنة 2018 باعتماد الفرز
## واستنادا إلى نفس عدد القضايا الواردة سنة 2017

| مخزون 1 2018 | المدني | | | | | | | | الجزائي | | | | المجموع العام |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | مدني عام | تجاري | شخصي | اجتماعي | استعجالي | عيني | عقاري | المجموع | الجناحي | الجنائي | الاتهام | المجموع | |
| صنف أ | 1 619 | 287 | 213 | 575 | 378 | 54 | 288 | 3 414 | 3 582 | 866 | 390 | 4 838 | 8 252 |
| صنف ب | 23 130 | 4 098 | 2 845 | 7 661 | 5 046 | 714 | 3 839 | 47 332 | 30 087 | 6 706 | 7 264 | 44 057 | 91 389 |
| صنف ج | 17 579 | 3 114 | 732 | 1 970 | 1 297 | 184 | 987 | 25 863 | 5 014 | 2 515 | 520 | 8 049 | 33 912 |
| مجموع عبء العمل بالساعات | 42 328 | 7 499 | 3 790 | 10 205 | 6 721 | 951 | 5 114 | 76 609 | 38 683 | 10 086 | 8 175 | 56 944 | 133 553 |
| عدد القضاة المطلوب | 36 | 6 | 3 | 9 | 6 | 1 | 4 | 65 | 33 | 9 | 7 | 48 | **113** |
| عبء العمل بعد الفرز | 40709 | 7212 | 3576 | 9631 | 6343 | 898 | 4826 | **73195** | 35101 | 9220 | 7785 | **52106** | 125301 |
| عدد القضاة المطلوب | **34** | **6** | **3** | **8** | **5** | **1** | **4** | **62** | **30** | **8** | **7** | **44** | **106** |

45

## التوقعات لسنة 2018 فيما يتعلق بالقضايا الواردة والمخزون

| المخزون + القضايا الواردة | المدني | | | | | | | | الجزائي | | | | المجموع العام |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | مدني عام | تجاري | شخصي | اجتماعي | استعجالي | عيني | عقاري | المجموع | الجناحي | الجنائي | الاتهام | المجموع | |
| مخزون 1 / 2018 | 40 709 | 7 212 | 3 576 | 9 631 | 6 343 | 898 | 4 826 | 73 195 | 35 101 | 9 220 | 7 785 | 52 106 | 125 301 |
| القضايا الواردة بعد الفرز | 55 519 | 3 062 | 3 228 | 10 307 | 3 492 | 1 193 | 4 425 | 81 226 | 20 117 | 12 451 | 4 758 | 37 326 | 118 552 |
| مجموع عبء العمل | **96 228** | **10 275** | **6 804** | **19 937** | **9 835** | **2 091** | **9 251** | **154 421** | **55 218** | **21 671** | **12 543** | **89 432** | **243 853** |
| عدد القضاة المطلوب | **81** | **9** | **6** | **17** | **8** | **2** | **8** | **131** | **47** | **18** | **11** | **76** | **206** |
| عدد القضاة الموجود | **10** | **7** | **2** | **11** | **9** | **2** | **4** | **45** | **30** | **23** | **6** | **59** | **104** |
| ساعات العمل الممكنة | **11 820** | **8 274** | **2 364** | **13 002** | **10 638** | **2 364** | **4 728** | **53 190** | **35 460** | **27 186** | **7 092** | **69 738** | **122 928** |
| المخزون المتوقع لآخر سنة 2018 | **84 408** | **2 001** | **4 440** | **6 935** | **-803** | **-273** | **4 523** | **101 231** | **19 758** | **-5 515** | **5 451** | **19 694** | **120 925** |
| | 106 مستشار عوضا عن 113 للمخزون 1<br>100 مستشار عوضا عن 107 للقضايا الواردة<br>108 مستشار عوضا عن 116 للمخزون 2 | | | | **0** | **0** | | **102 307** | | **0** | | **25 209** | **127 516** |
| عدد القضاة المطلوب للمخزون2 | | | | | | | | | | | | | **108** |

46

## الحل الثاني : إعادة توزيع القضاة بين الدوائر

| | مدني عام | تجاري | شخصي | اجتماعي | استعجالي | عيني | عقاري | المجموع | الجناحي | الجنائي | الاتهام | المجموع |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| عدد القضاة المطلوب | 81 | 9 | 6 | 17 | 8 | 2 | 8 | 131 | 47 | 18 | 11 | 76 | 206 |
| إعادة التوزيع باستعمال قاعدة التناسب | 41 | 4 | 3 | 9 | 4 | 1 | 4 | 66 | 24 | 9 | 5 | 38 | 104 |
| ساعات العمل الممكنة | 48 509 | 5 180 | 3 430 | 10 051 | 4 958 | 1 054 | 4 663 | 77 845 | 27 836 | 10 925 | 6 323 | 45 083 | 122 928 |
| المخزون 2 بعد إعادة التوزيع | 47 719 | 5 095 | 3 374 | 9 887 | 4 877 | 1 037 | 4 587 | 76 576 | 27 382 | 10 747 | 6 220 | 44 349 | 120 925 |
| إمكانية إعطاء الأولوية لبعض المواد | 37 | 3 | 3 | 9 | 3 | 1 | 4 | 60 | 24 | 15 | 5 | 44 | 104 |
| عدد الساعات الممكنة | 43 734 | 3 546 | 3 546 | 10 638 | 3 546 | 1 182 | 4 728 | 70 920 | 28 368 | 17 730 | 5 910 | 52 008 | 122 928 |
| المخزون 2 | 52 494 | 6 729 | 3 258 | 9 299 | 6 289 | 909 | 4 523 | 83 501 | 26 850 | 3 941 | 6 633 | 37 424 | 120 925 |

عدد القضاة المطلوب للمخزون **102** عوضا عن 108

47

## توقعات 2019 بتطبيق الحلول المقترحة

| | مدني عام | تجاري | شخصي | اجتماعي | استعجالي | عيني | عقاري | المجموع | الجناحي | الجنائي | الاتهام | المجموع | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| مخزون 2018 | 84 408 | 2 001 | 4 440 | 6 935 | -803 | -273 | 4 523 | 101 231 | 19 758 | -5 515 | 5 451 | 19 694 | 127 516 |
| الوارد المتوقع 2019 | 55 519 | 3 062 | 3 228 | 10 307 | 3 492 | 1 193 | 4 425 | 81 226 | 20 117 | 12 451 | 4 758 | 37 326 | 118 552 |
| مجموع عبء العمل المطلوب | 139 927 | 5 063 | 7 668 | 17 242 | 3 492 | 1 193 | 8 947 | 183 533 | 39 875 | 12 451 | 10 209 | 62 535 | **246 068** |
| عدد القضاة المطلوب | 118 | 4 | 6 | 15 | 3 | 1 | 8 | 155 | 34 | 11 | 9 | 53 | **208** |
| عدد القضاة الموجود | 10 | 7 | 2 | 11 | 9 | 2 | 4 | 45 | 30 | 23 | 6 | 59 | 104 |
| ساعات العمل الممكنة | 11 820 | 8 274 | 2 364 | 13 002 | 10 638 | 2 364 | 4 728 | 53 190 | 35 460 | 27 186 | 7 092 | 69 738 | 122 928 |
| مخزون 2019 / 2 | 128 107 | -3 211 | 5 304 | 4 240 | -7 146 | -1 171 | 4 219 | 141 870 | 4 415 | -14 735 | 3 117 | -7 203 | **149 402** |
| إعادة التوزيع | **41** | **4** | **3** | **9** | **4** | **1** | **4** | **66** | **24** | **9** | **5** | **38** | **104** |
| العمل المنتظر بالساعات | 48509 | 5180 | 3430 | 10051 | 4958 | 1054 | 4663 | 77845 | 27836 | 10925 | 6323 | 45083 | 122928 |
| مخزون2/ 2019 | 91418 | -116 | 4238 | 7191 | -1466 | 139 | 4284 | 107270 | 12039 | 1526 | 3886 | 17451 | **124722** |
| إعادة التوزيع | 46 | 3 | | | 2 | | | | | | | | |
| مخزون2/ 2019 | 85555 | 1517 | 4238 | 7191 | 1128 | 139 | 4284 | 105688 | 12039 | 1526 | 3886 | 17452 | **123 140** |

48

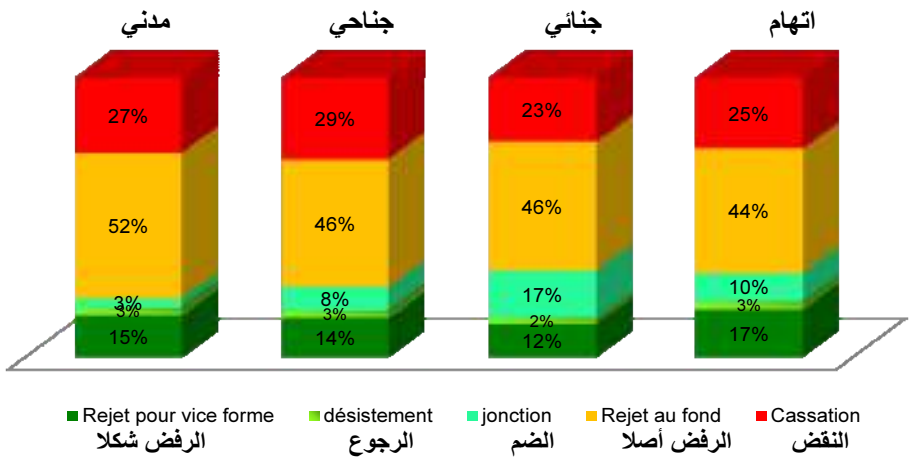
## سادسا: تطبيق الدراسة على أعضاء الادعاء العام

### إحصائيات 2017 المتعلقة بنشاط الادعاء العام




49

### اعتمادا على نفس تصنيف مآل القرارات باعتبار طلبات الادعاء العام في الشكل أسهل مما هي عليه في الأصل



## 50 وقع تصنيف القضايا الواردة على الادعاء العام لتقديم الطلبات حسب النسب التالية:

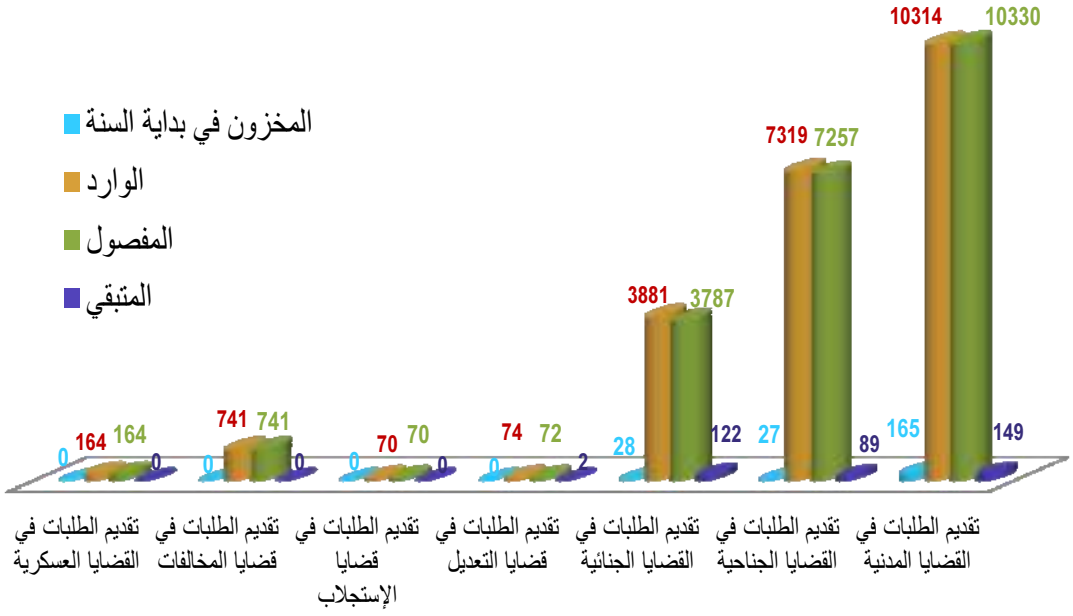
| | قضايا سهلة | قضايا عادية | قضايا معقدة |
|---|---|---|---|
| تقديم الطلبات في قضايا المخالفات | 100 % | | |
| تقديم الطلبات في قضايا الإستجلاب | 1 % | 99 % | |
| تقديم الطلبات في قضايا التعديل | 1 % | 99 % | |
| تقديم الطلبات في القضايا الجنائية والاتهام | 31 % | 60 % | 9 % |
| تقديم الطلبات في القضايا الجناحية | 25 % | 70 % | 5 % |
| تقديم الطلبات في القضايا العسكرية | 25 % | 70 % | 5 % |
| تقديم الطلبات في القضايا المدنية (مدني عام/تجاري) | 21 % | 60 % | 19 % |
| تقديم الطلبات في القضايا المدنية (بقية فروع المدني) | 21 % | 70 % | 9 % |

## 51 معدل الوقت المستوجب بالساعات لتحرير الطلبات بحسب صنفها

| | قضايا سهلة | قضايا عادية | قضايا معقدة |
|---|---|---|---|
| تقديم الطلبات في قضايا المخالفات | 1 | | |
| تقديم الطلبات في قضايا الإستجلاب | 1 | 2 | |
| تقديم الطلبات في قضايا التعديل | 1 | 2 | |
| تقديم الطلبات في القضايا الجنائية | 1 | 3 | 5 |
| تقديم الطلبات في القضايا الجناحية | 1 | 2 | 4 |
| تقديم الطلبات في القضايا العسكرية | 1 | 2 | 4 |
| تقديم الطلبات في القضايا المدنية (مدني عام/تجاري) | 1 | 3 | 5 |
| تقديم الطلبات في القضايا المدنية (بقية فروع المدني) | 1 | 2 | 4 |

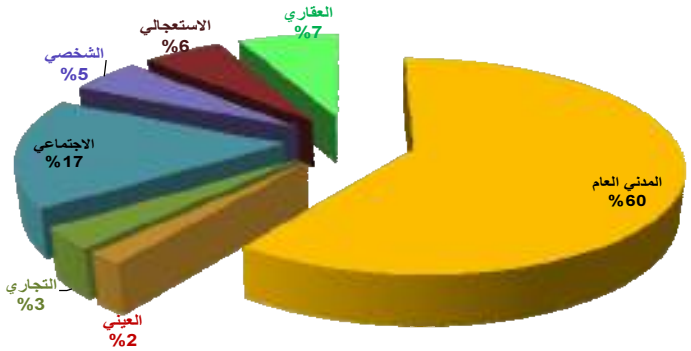
52

## نشاط الادعاء العام حسب المواد بين المخزون والمفصول والمتبقي في نهاية السنة




53

### تفصيل القضايا المدنية الواردة



54

## إحصائيات الادعاء العام بمحكمة التعقيب

| | الباقي 1 | الوارد | الجملة | المفصول | الباقي2 |
|---|---|---|---|---|---|
| تقديم الطلبات في قضايا المخالفات | 0 | 741 | **741** | 741 | 0 |
| تقديم الطلبات في قضايا الإستجلاب | 0 | 70 | **70** | 70 | 0 |
| تقديم الطلبات في قضايا التعديل | 0 | 74 | **74** | 72 | 2 |
| تقديم الطلبات في القضايا الجنائية والاتهام | 28 | 3881 | **3909** | 3787 | 122 |
| تقديم الطلبات في القضايا الجناحية | 27 | 7319 | **7346** | 7257 | 89 |
| تقديم الطلبات في القضايا العسكرية | 0 | 164 | **164** | 164 | 0 |
| تقديم الطلبات في قضايا المدني العام والتجاري | 99 | 6188 | **6287** | 6198 | 89 |
| تقديم الطلبات في قضايا بقية فروع المدني | 66 | 4126 | **4192** | 4132 | 60 |

55

## احتساب الحاجيات من الموارد البشرية في الادعاء العام
## استنادا إلى القضايا الجديدة الواردة

| | |
|---|---|
| الوقت المستوجب سنويا لفصل القضايا | 51560 |
| عدد ساعات العمل / السنة / للقاضي | 1182 |
| العدد المستوجب من المدعين العامين | 44 |

**العدد الموجود سنة 2017: 35 (+مساعد لوكيل الدولة العام) وقد أصبح 32 (+ 2 مساعدين لوكيل الدولة العام) بداية من سبتمبر 2017**
**وهو عدد غير كافي لفصل القضايا الجديدة**

56

## عبء العمل المتعلق بالقضايا الواردة 2017

| | المدني العام والتجاري | بقية فروع المدني | العسكري | الجناحي | الجنائي والاتهام | التعديل | الإستجلاب | المخالفات | المجموع |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| صنف أ | 1299 | 866 | 41 | 1830 | 1203 | 1 | 1 | 741 | **5982** |
| صنف ب | 11696 | 5343 | 230 | 10247 | 6986 | 147 | 139 | 0 | **34788** |
| صنف ج | 6173 | 1374 | 33 | 1464 | 1746 | 0 | 0 | 0 | **10790** |
| مجموع عبء العمل بالساعات | 19168 | 7583 | 304 | 13541 | 9935 | 148 | 139 | 741 | **51560** |

57

## عبء العمل المتعلق بالوارد والمخزون والعدد اللازم من المدعين العامين للبت فيه

| | مدني | جزائي | الجملة |
|---|---|---|---|
| عبء العمل | 27060 | 25480 | 52540 |
| عدد المدعين العامين المطلوب | 23 | 22 | 44 |
| عدد المدعين العامين إلى غاية سبتمبر 2017 | 22 | 13 | 35 |
| عدد المدعين العامين بداية من سبتمبر 2017 | 17 | 15 | 32 |

58

# الحلول المقترحة

- تعزيز الادعاء العام في الحركة القضائية القادمة بإضافة عدد 12 مدع عام

- التفكير في حل تشريعي يمكن من حصر مجال تدخل الادعاء العام في القضايا الجزائية وفيما يراه من القضايا المدنية

59

## سابعا: الفوائد العملية المنتظرة من قياس عبء العمل القضائي



60

## مقترح لدعم تخصص الدوائر

| | الاتهام | الجنائي | الجناحي | عقاري | عيني | استعجالي | اجتماعي | شخصي | تجاري | مدني عام | المجموع |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| الوضع الحالي | 2 | 10ch | 12 | 1 | 1 | 3 | 4ch | 1 | 3 | 5ch | 42 |
| العدد المقترح في كل مادة/ رئيس + 3 مستشارين لكل دائرة | 2ch | 3ch | 8ch | 2ch | | 1ch | 3ch | 1ch | 1ch | 14 ch | 35 |

## المراحل القادمة :

➢ مع ضرورة الحرص على أن تكون الإحصائيات أكثر دقة في السنوات القادمة، يمكن للرئيس الأول لمحكمة التعقيب استعمال هذه الدراسة:

• لتبرير طلباته المقدمة إلى مجلس القضاء العدلي فمثلا إذا أصبح عدد المستشارين السنة القادمة 122 مع توزيعهم توزيعا جيدا بين الدوائر يمكن التوصل إلى فصل كامل عدد القضايا الواردة إضافة إلى 20 % من المخزون سنويا بما يعني أننا سنحتاج إلى 5 سنوات للقضاء على كامل المخزون

• لتوزيع العمل بين القضاة بطريقة أنجع وأعدل

لدعم تخصص الدوائر

-في صورة إثبات هذه الدراسة لجدواها يمكن للمجلس الأعلى للقضاء تبنيها وتعميمها على المحاكم

- هذه شبه تطبيقة إعلامية منجزة على برنامج EXCEL ويمكن لمسير أي محكمة استعمالها في تسيير مؤسسته وفي توزيع العمل بها مع إدخال التعديلات اللازمة ليتلاءم مع حاجيات كل مستعمل

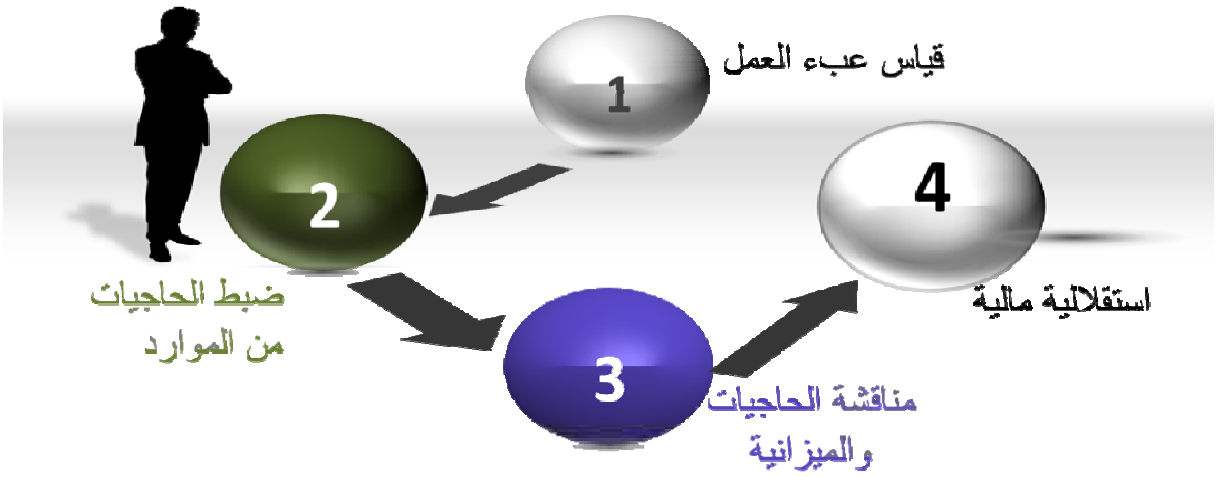
- يمكن للمجلس الأعلى للقضاء استعمالها عند إعداده للحركة القضائية بالرجوع إلى حاجيات المحكمة

- يمكن لوزارة العدل استعمالها لمراجعة الخارطة القضائية حسب الحاجيات الفعلية وتقدير تكلفة إنشاء المحاكم الجديدة باعتماد معايير موضوعية منها كميات القضايا الخاصة بالجهة المعنية وما تتطلبه من ساعات عمل وبالتالي من قضاة

- في صورة إثبات هذه الدراسة لجدواها يمكن للمجلس الأعلى للقضاء تبنيها وتعميمها على المحاكم
- هذه شبه تطبيقة إعلامية منجزة على برنامج EXCEL ويمكن لمسير أي محكمة استعمالها في تسيير مؤسسته وفي توزيع العمل بها مع إدخال التعديلات اللازمة ليتلاءم مع حاجيات كل مستعمل
- يمكن للمجلس الأعلى للقضاء استعمالها عند إعداده للحركة القضائية بالرجوع إلى حاجيات المحكمة

يمكن لوزارة العدل استعمالها لمراجعة الخارطة القضائية حسب الحاجيات الفعلية وتقدير تكلفة إنشاء المحاكم الجديدة باعتماد معايير موضوعية منها كميات القضايا الخاصة بالجهة المعنية وما تتطلبه من ساعات عمل وبالتالي من قضاة

## نحو دعم قدرات مسيري المحاكم



## 3- مختارات من طلبات الادعاء العام

### *1*- طلبات الادعاء العام في مطلب تعديل بين الحكام عدد *1041*

«حيث أصدرت النيابة العمومية لدى ابتدائية المنستير بتاريخ 6 أكتوبر 2011 قرارا في تجنيح الأفعال وإحالة المظنون فيه عبد الله الصغير على المجلس الجناحي بها لمقاضاته من اجل الخيانة المجردة طبق الفصل 297 من المجلة الجزائية.

وحيث أصدرت الدائرة المذكورة حكمها في القضية بتاريخ 2012/4/4 تحت عدد 11680 قاضيا بعدم سماع الدعوى العامة والتخلي عن الدعوى الخاصة فاستأنفته النيابة العمومية وصدر القرار الاستئنافي الجناحي عدد 1517/12 بتاريخ 2014/1/17 قاضيا نهائيا غيابيا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الإبتدائي والقضاء مجددا بالتخلي عن القضية لفائدة المحكمة المختصة لصبغتها الجنائية.

وحيث قررت النيابة العمومية فتح بحث تحقيقي الذي انتهى إلى قرار التجنيح وصدور الحكم الجناحي برفض التعهد المشار إليهما أعلاه.

وحيث أحرز القراران الصادران على قوة ما اتصل به القضاء ونشأ عنهما نزاع عطل سير القضية مما يستوجب تدخل محكمة التعقيب عملا بأحكام الفصل 292 من مجلة الإجراءات الجزائية.

وحيث ولحسم مسألة الاختصاص الحكمي لا بد من تحديد الطبيعة القانونية لقرار التجنيح ووجاهته من الناحية الواقعية وكذلك الشأن بخصوص قرار المحكمة برفض التعهد.

لقد تعرض المشرع التونسي صلب أحكام الفصول 104 وما بعده من مجلة الإجراءات الجزائية إلى تحديد نوعية القرارات التي يتخذها قاضي التحقيق عند ختم البحث ولم تتضمن تلك الصور إمكانية تجنيح الأفعال وهي التقنية المعتمدة لتكييف الجنايات عند توفر أركانها على أنها جنحة من نفس الوصف القانوني مراعاة لأسباب موضوعية كتفاهة المسروق في جناية السرقة الموصوفة مثلا أو ذاتية كظروف المتهم الشخصية أو الإسقاط الصادر عن المتضرر...

وحيث أن فقه القضاء التونسي أقر تقنية التجنيح القضائي على مستوى النيابة والتحقيق ومجالس الحكم تخليصا لما اعترى التشريع الجزائي التونسي من جمود في تصنيف الجرائم والذي لا يقيم أي اعتبار لظروف المجرم أو الظروف التي ارتكبت فيها الواقعة مما يحول دونه ودون تحقيق العدالة والتي تستوجب التمييز بين الحالات ومراعاة الظروف الخاصة بها ومجاراة لهذا السياق تدخل المشرع التونسي لإقرار تقنية التجنيح عند إصدار مجلة حماية الطفل سنة 1995 في الفصل التاسع والستون والذي خول بمقتضاه تجنيح جميع الجنايات المرتكبة من الأطفال باستثناء جناية القتل ، وهي الصورة الوحيدة المتوفرة حاليا في التشريع الجزائي التونسي.

كما تجد تقنية التجنيح كذلك مبرراتها من الناحية المنطقية إذ لا يعقل حسب البعض أن يقع تصنيف الجرائم من حيث الفعل المادي المكون لها والعقاب المستوجب، بل من حيث الأثر الناجم عنها ودرجة خطورته .

وحيث اعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن فقه القضاء وجريان عمل المحاكم استقر على أنه يمكن في بعض الحالات أعادة تكييف الوصف القانوني للأفعال المنسوبة للمظنون فيه وعدم الأخذ بركن التشديد في الجريمة وهو ما يعبر عنه اصطلاحا بالتجنيح. وأنه مراعاة لحسن سير مرفق العدالة في اتجاه تبسيط إجراءات تعهد المحكمة الجزائية فإنه لا ضير من اعتماد المعايير الواردة بالفصل 69 من مجلة حماية الطفل في تجنيح الجنايات المنسوبة لغير الأطفال هذا فضلا عما لآلية التجنيح من تأثير على مستوى تفريد العقوبة ومنح القاضي سلطة الحكم والعقاب الذي يراه يتماشى وشخصية المحكوم عليه والظروف المحيطة بالجريمة. قرار تعقيبي عدد 41046 بتاريخ 2017/2/10 (غير منشور).

وحيث وعلاوة على ذلك فإن حكم المحكمة الإبتدائية بالمنستير موضوع التنازع والقاضي برفض التعهد لا يستقيم من الناحية القانونية لمخالفته لأحكام الفصول 169 و170 و171 و172 من مجلة الإجراءات الجزائية والتي بينت الحالات والصيغ التي يمكن أن يصدر بها حكم المحكمة ولم يكن من ضمنها رفض التعهد.

وحيث يكون تبعا لذلك حكم المحكمة الإبتدائية بالمنستير القاضي برفض التعهد مخالفا للقانون ويستوجب لإبطال.

وحيث أن قرار التجنيح الصادر عن السيد قاضي التحقيق بالمكتب الثاني بالمحكمة الإبتدائية بالمنستير كان في طريقه ومنسجما مع ظروف الواقعة وتفاهة المسروق (40د).

لـــــذا فإن الإدعاء العام يطلبقبول مطلب التعديل شكلا واصلا وإبطال حكم رفض التعهد الصادر عن الدائرة الجناحية بالمحكمة الإبتدائية بالمنستير تحت عدد 3673 وإحالة ملف القضية على النيابة العمومية بابتدائية المنستير لتتخذ ما تراه .

حرر في 2017/03/01

**المدعي العام**

**محمد بالحاج عمر.»**

**2- طلبات الادعاء العام في مطلب الاستجلاب عدد 685**

«حيث اقتضى الفصل 294 من مجلة الإجراءات الجزائية أنه لمحكمة التعقيب بناءً على طلب من وكيل الدولة العام لديها أن تأذن في الجنايات والجنح والمخالفات سحب القضية من أية محكمة تحقيق أو قضاء بإحالتها على محكمة أخرى من الدرجة نفسها وذلك مراعاة لمصلحة الأمن العام أو لدفع شبهة جائزة.

وحيث أن الشبهة الجائزة هي اعتقاد المتقاضي لأسباب جدية أو غير ثابتة أن سير الأبحاث التحقيقية أو القضية لن يكون سيرا طبيعيا يضمن حياد القاضي أو المحكمة والمحاكمة العادلة، نظرا لما يتوفر عليه خصمه من نفوذ مما يبعث في المتقاضي شعورا بعدم الاطمئنان والريبة في المرفق القضائي.

وحيث وبصرف النظر عن مدى جدية الدفوعات التي تمسك بها العارض، فإن مقتضيات دفع كل شبهة جائزة وحفاظا على هيبة السلطة القضائية وعدالتها ونبل رسالتها، وتجنبا للخدش في نزاهة القضاة وحيادهم ولو بشبهات غير ثابتة، فإنه من الوجيه استجلاب القضية موضوع الطلب.

وحيث يتعين استجلاب القضية التحقيقية عدد [...] من المحكمة الإبتدائية بـــ [....] وإحالتها على محكمة أخرى من نفس الدرجة تطبيقا لأحكام الفصل 294 م ا ج.

لهذه الأسباب :

فإن الإدعاء العام يطلب قبول مطلب الاستجلاب شكلا واصلا والإذن بسحب القضية التحقيقية عدد[....] المنشورة لدى السيد قاضي التحقيق الأول بالمحكمة الإبتدائية بـ [....] وإحالتها على محكمة أخرى من نفس الدرجة عملا بأحكام الفصل 294 م ا ج.

حرر في 2017/3/15

**المدعي العام**

**محمد بالحاج عمر.»**

***3- طلبات الادعاء العام في القضية الجنائية عدد 63761***

«حيث استندت المحكمة لتأسيس حكمها القاضي بتبرئة المتهمين مما نسب إليهم إلى عدم توفر ركن انعدام الرضا في التهم المذكورة.

وحيث لا جدال فيعملية نقل المتضررة إلى منزل مهجور من قبل م. ومواقعتها من قبله ومن قبل هـ وم. ومفاحشتها من قبل ر.

وحيث لا جدال في كون التهم موضوع قرار الإحالة تقتضي بالإضافةإلى توفر الركنين المادي والمعنوي، ركن انعدام الرضا في جانب المجني عليها، على اعتبار انه في صورة وقوع الفعل برضاها فلا جريمة في الموضوع طالما وأنها راشدة.

وحيث انحصر الخلاف في مدى توفر ركن انعدام الرضا من عدمه.

وحيث إن الرضاء هو من الأمور الشعورية غير المادية، وقد استقر فقه القضاء على أنها مسالة موضوعية راجع نظرها إلى محكمة الموضوع ولا سلطان لمحكمة التعقيب عليها، بشرط تعليل رأيها تعليلا مستساغا بما له أصل ثابت بالملف ودون تحريف للوقائع.

وحيث إن انعدام الرضا لا يقتصر على الإكراه المادي والمتمثل في العنف، وإنما يتجاوزه ليشمل الإكراه المعنوي، والذي تتسع حالاته لتشمل سلب المتهم لإرادة ضحيته بطريقة تجعل هذا الأخير غير قادر على صد الجاني، كحالات التنويم أو الإسكار أو ضعف المدارك أو صغر السن المطلق، وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في جملة من القرارات ("عدم المقاومة في جريمة الاعتداء بفعل الفاحشة لا يدل على رضاء المجني عليه بقدر ما يدل على تهاوي قوته المعنوية وضعفه النفسي إزاء المتهم، إذا كان الجاني مما يُخشى معارضته." تعقيب جزائي 100277 مؤرخ في 1998/12/30 ن م ت لسنة 1998، ص.108. /"إن الرضا أن يقبل الطرف راغبا لا مكرها، مستحسنا لا مرغما، ويقول رجال القانون الجزائي في نفس التوجه أن الرضا ينعدم في حالة الضغط النفسي والإكراه المعنوي الذي يجعل المجني عليه في وضعية لا يقدر على دفعها." قرار تعقيبي جزائي عدد 29942 مؤرخ في 3 /5 /2008 ن م ت لسنة 2008، ص. 297.)

وحيث بالرجوع إلى ملف قضية الحال يتضح أن المحكمة تجاهلت تصريحات الشاكية التي جاءت متناسقة بأن ممارستها للجنس مع جملة المتهمين كان تحت طائلة الإكراه والتهديد، كما خلطت بين إسقاط الحق في التتبع وبين التضارب في التصريحات، كما تجاهلت تصريحات المتهم ر. وأضحى الحكم مُحرفا للوقائع ضعيف التعليل بما اتجه معه نقضه.

لذا ولهذه الأسباب:

فان الادعاء العام يطلب من جناب الدائرة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض الحكم المطعون فيه والإحالة».

حرر في 2018/4/2

**المدعي العام**

**نبيل غرس الله**

**4- طلبات الادعاء العام في القضية التجارية عدد *53912***

**«1- عن المطعن المتعلق بضعف التعليل وتناقض الحيثيات :**

حيث اوجب القانون تسبيب الأحكام ليضمن عناية قاضي الموضوع في تقدير ادعاءات الخصوم وفي فهم ما أحاط بها من مسائل قانونية وليُمكن محكمة التعقيب من مراقبة أحكام ناطقة بعدالتها وموافقتها للقانون.

وحيث أن غرض المشرع من فرض التسبيب صلب الفصل 123 من م.م.م.ت. هو تمكين من سيطلع على الحكم من الوقوف على ان ما انتهت إليه المحكمة يمثل قدرا من الصواب والمعقولية وانه أقرب ما يكون إلى الحق ومطابقة الواقع كما أن تسبيب الأحكاميُمكن محكمة التعقيب من معرفة ما إذا كان قاضي الموضوع قد فصل في جميع المسائل وفي الحدود التي عرضت فيها من دون تشويهأو تحريف 10 أو تناقض في أسانيد حكمه فيما بينها وعدم مطابقتها مع النتيجة المتوصل إليها

وحيث أن محكمة الحكم المنتقد أسهبت في تناول النزعة الحمائية للتشريع المتعلق بقطاع النفط وتوزيعه وتأكيدها على اصطباغه بفكرة النظام العام الاقتصادي من خلال تحديد الأسعار والمتدخلين فيها والطبيعة الحصرية لمن يحمل صفة الموزع في النشاط النفطي استنادا إلى قرار وزير الطاقة المشار إليه أعلاه واضمحلال الإرادة وسلطانها في التدخل في المجال منتهية إلى نزع صفة المزود على المعقب ضدها .

وحيث أن تمشي المحكمة يمكن أن ينظر إليه من زاويتين مختلفتين ومتعارضتين :

- فأما القول بان المحكمة ناقضت نفسها حين أقرت من جهة بعدم انطباقالقانون عدد 45 لسنة 1991 على المعقب ضدها بتأكد عدم حملها لصفة الموزع استنادا إلى عدم ورودها ضمن القائمة المحددة حصرا من قبل وزير الطاقة فضلا على النزعة الحمائية التي أصبغت التشريع الجاري به العمل من ناحية لتنتهي فيما بعد إلىأن إعمال القانون المذكور في إكمال إرادة الطرفين لجوءا إلى الأوامر والمناشير المحددة للعمولة لا يتعارض مع مقتضيات الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود، وهو ما يعد تناقضا واضحا، إذ كان عليها إما إن تسحب القانون عدد 45 لسنة 1991 على

المعقب ضدها برمته أي على الصفة وكل ما يترتب عنها وإما أن تتجاوزه برمته لا أن تأخذ ببعض القانون وتترك البعض.

- أو القول بأنه لا يمكن استنتاج أي تناقض من مسالة تطبيق الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود والمناشير والأوامر والقرارات المكملة لإرادة الأطراف اعتبارا وان القرارات والأوامر وان كانت غير منطبقة حقيقة على المعقب ضدها من حيث الصفة (تجريد المعقب ضدها من صفة الموزع)، فان ذلك لا يحول دون تطبيقها في إطار تحديد العمولة تأويلا منتجا لبنود العقد اعتبارا وان إعمال تلك البنود شريعة المتعاقدين ، ولما كانت غير كافية بذاتها لضبط عمولة المعقب ضدها مثار الاختلاف بين الطرفين فانه لمحكمة الحكم المنتقد اللجوء إلى المناشير والقرارات اعتبارا وان ذلك من صميم دورها في فهم العقد ومقتضيات تنفيذه خاصة وان الفصل 242 مرتبط وثيق الارتباط بالالتزام بتنفيذه مناط الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود الذي اقتضى انه يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته .

وحيث أنه من القواعد الأساسية لقيام الحكم وصحته تناسق أسانيده مع النتيجة المتوصل إليها كتناسق منطوقه مع أسبابه فإذا اختل هذا التناسق أضحى الحكم معيبا لتناقض أجزائه بحيث ينقض بعضه ما يثبته البعض الآخر

وحيث أن الادعاء يتبنى الموقف الأول اعتبارا وانه لا يمكن بحال واقعا وقانونا تبرير نزع صفة الموزع عن المعقب ضدها استنادا إلى التراتيب الجاري بها العمل بيدٍ ومنحها الامتيازات المالية التي تقرها نفس التراتيب باليد الأخرى وهو ما يعد عيبا في الاستدلال تنافر ونتيجته فأضحى المطعن من هذه الناحية حري بالاعتبار .

**2- عن المطعن المتعلق بالخطأ في تطبيق القانون والمطعن الأخير .**

حيث لم يسبق أن تمت إثارة هذا المطعن أمام محكمة التعقيب بمناسبة القضيّة عـ26282.2015ـدد الصادر فيها القرار بالنقض بتاريخ 2016/02/11 ولا أمام محكمة الإحالة المنتقد قرارها فتعين رده .

**3- عن المطعن المتعلق بسوء تطبيق الفصل 513 وما يليه من مجلة الالتزامات والعقود .**

حيث أن محكمة الحكم المنتقد وفي محاولة منها لتأويل بنود العقد لجأت إلى قواعد تفسير العقد الواردة بالباب الثاني الفرع الأول المعنون بـ" في تفسير العقود" ثم طفقت تفسر العقد بالأوامر والتراتيب الإدارية المتنازع أصلا في انطباقها على واقع النزاع، معتبرة وان قواعدها متممة لإرادة الأطراف حال أنهما مفهومين متنافران لا من حيث مجال انطباقهما فحسب بل وخاصة من حيث زمن إثارة انطباق تلك الأوامر والترتيب التي جاءت متأخرة جدا في مراحل تنفيذ العقد الذي يزيد في تنافرها وما عناه الأطراف من اتفاقهما ومن البند التاسع وعليه فان المحكمة " باستنادها في الآن نفسه على مؤسستين قانونيتين مختلفتين يعد تأسيسا خاطئا إذأن مقومات كلاهما تختلف عن الأخرى كليا من حيث الأساس والمعيار ولا يمكن بأية حال ان تتماشيا معا" فتعين النقض من هذه الناحية كذلك .

**4 - عن المطعن المتعلق بسوء تطبيق الفصل 191 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وهضم حقوق الدفاع والمطعن المتعلق بخرق قواعد الإثبات لارتباطهما ببعض ووحدة القول فيهما .**

حيث لما كان النقض تسلط على تحديد كيفية ضبط العمولة المستحقة من المعقب ضدها عند "سكوت العقد أو عدم وضوحه أو عند وجود لبس" ولما كان الاختبار المأذون به من ضمن وسائل البحث والاستقراء التي تحدد تلك العمولة فان من حق المعقبة ومن مصلحتها مناقشة ذلك الاختبار والطعن فيه عند الاقتضاء .

وحيث وعلى عكس ما تمسكت به الطاعنة تحريفا لرأي المحكمة فان هذه الأخيرة لم تنكر عليها حقها في مناقشة الاختبار وإنما اكتفت باعتماده برمته دون بيان وجه تأسيسه على أسس قانونية وواقعية سليمة ودون مناقشة انطباق القرارات والأوامر التي اعتمدها الخبير، وهو الفرع الثاني من مطعن المعقبة، فأورثت حكمها هضما لحق الدفاع موجب للنقض.

ولهذه الأسباب :

نطلب من الجناب التفضل بإحالة القضية على جناب السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للنظر في إمكانية إحالتها على الدوائر المجتمعة واحتياطيا قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض

القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بـتونس لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى والإعفاء.

وحرر في 2017/11/08

**المدعي العام**

**الطاهر العبيدي»**

**5- طلبات الادعاء العام في القضية الشغلية عدد *39218***

«عن جملة المطاعن ما عدى المطعن المتعلق بخرق الفصلين 741 و841 من مجلة الشغل:

البسط النظري لإشكالية مركز المعقب ضده القانونية :

حيث لا جدال في أن المعقب ضده في وضعية إلحاق.

وحيث أن تحديد نظام إلحاقه مرتبط مبدئيا بصفته كعسكري.

وحيث أن القانون عدد 20 لسـنة 1967 مؤرخ في 31 ماي 1967 المنقح بالقانون عدد 25 لسـنة 1980 المؤرخ في 23 ماي 1980 والقانون عدد 76 لسـنة 1985 المؤرخ في 4 أوت1985 والقانون عدد 82 لسـنة 1987 المؤرخ في 31 ديسمبر 1987 والقانون عدد 47 لسـنة 2009 المؤرخ في 8 جويلية 2009 ا لمتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 20 لسـنة 1967 المؤرخ في 31 ماي 1967 والمتعلق بضبط القانون الأساسي العام للعسكريين هو المنطبق على المعقب ضده لصفته تلك.

وحيث نص القانون المذكور في فصله 8 على أن "العسكري الواقع إلحاقه يخضع إلى أحكام الفصول 60 و62 و63 من القانون عدد 12 لسـنة 1959 المؤرخ في 5 فيفري 1959 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام لموظفي الدولة "

وحيث حدد القانون عدد 12 لسـنة 1959 المؤرخ في 5 فيفري 1959 المنقح بالقانون عدد 12 لسـنة 1968 المؤرخ في 03 جوان 1968 والمنقح بالقانون عدد 112 لسـنة 1983 مؤرخ في 12 ديسمبر 1983 والمنقح بالقانون عدد 97 لسـنة 1992 المؤرخ في 26 أكتوبر 1992 المتعلق بضبط النظام

الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية مجال انطباقه " على جميع الأعوان المستخدمين بأي عنوان كان بالإدارات المركزية للدولة والمصالح الخارجية التابعة لها أو الجماعات العمومية المحلية أو المؤسسات ذات الصبغة الإدارية .

ولا ينطبق هذا النظام على رجال القضاء والعسكريين وأعوان قوات الأمن الداخلي وأعوان المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية الذين يخضعون إلى نصوص متميزة "

وحيث أن انطباق القانون المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدولة لا يفهم إلا باعتبار الإلحاق تم لجهة مؤجر خاضع بالضرورة للقانون المذكور اما وان الإلحاق تم لجهة المعقب فان النظام الأساسي المنظم لهذا الأخير هو الذي يجد انطباقا رغم أن النتيجة واحدة.

وحيث أن القانون لما تعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدواوين والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية والشركات التي تمتلك الدولة أو الجماعات العمومية المحلية راس مالها بصفة مباشرة وآليا هو المنطبق على الإلحاق موضوع قضية الحال.

و حيث نص الفصل 45 من القانون عدد 87 لسنة 5891 مؤرخ في 5 أوت 5891 لما تعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدواوين والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية والشركات التي تمتلك الدولة أو الجماعات العمومية المحلية رأس مالها بصفة مباشرة وآليا على أن " الإلحاق هو حالة العون القار الذي يوضع خارج صنفه الأصلي الذي ينتمي إليه مع بقائه تابعا لهذا الصنف ومتمتعا بحقوقه في التدرج والترقية والتقاعد كما لو أنه لم يغادر مؤسسته الأصلية ويقرر الإلحاق بطلب العون لمدة أقصاها ثلاثة أعوام قابلة للتجديد وبقرار يتخذه رئيس المؤسسة المعنية بالأمر باتفاق مع رئيس المؤسسة التي سيلحق بها العون والإلحاق أساسا قابل للإلغاء.

وحيث اقتضى الفصل 3 من نفس القانون أن أحكام مجلة الشغل تنطبق على الأعوان المذكورين ما لم تكن مخالفة لهذا القانون .

وحيث لا جدال بالنتيجة في أن العون الملحق يتمتع بالحقوق المترتبة على علاقته الشغلية بالمؤجر الجديد وما تقتضيه أحكام مجلة الشغل وفق نص الفصل 3 المشار إليه.

وحيث استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على تكريس هذا المبدأ إذ جاء بإحدى القرارات" ... أن الإلحاق هو حالة العون القار الذي يوضع خارج صنفه الأصلي الذي ينتمي إليه مع بقائه تابعا لهذا النصف ومتمتعا بحقوقه في التدرج والترقية والتقاعد كما لو انه لم يغادر مؤسسته الأصلية وأضاف الفصل 55 أن الأجرة تحمل على كاهل المؤسسة التي الحق بها العون وبالتالي فان قضاء محكمة الحكم المنتقد لفائدة المعقب ضده بأحد توابع الأجر الذي استحقه من جراء الإلحاق يعد في طريقه واقعا وقانونا ولو تم إلحاقه بدون أخذ رأي الوزارة الأولى الذي لا يتحمل المعقب ضده مسؤوليته مما يتعين معه رد هذا المطعن".

وحيث تمسك الطاعن بالاتفاق الحاصل بتاريخ 2009/60/10 والذي يلزم المعقب.

وحيث أن تحديد طبيعة الاتفاق وقوته الملزمة للأطراف هو من صميم عمل قاضيالأصل.

وحيث أن هذا المطعن وان اتخذ ظاهرا خرق القانون وتحريف الوقائع فانه في الحقيقة لا يعدو أن يكون نقاشا وجدلا موضوعيا لا رقابة لمحكمة التعقيب عليه طالما عللت محكمة الحكم المنتقد حكمها التعليل السليم وأفرغت جهدها في فهم الاتفاق وكيـّـــفَتْهُ التكييف القانوني المنطقي قولا بعدم شموله لا المعقب ولا إدارة المعقب الأصلية في شخص وزارة الدفاع فضلا على عدم إمضائه بما يؤول إلى القول أن الاتفاق المذكور لم يشمل المعقب ضده أصلا وبالنتيجة لا يمكن سحب تصنيف المسلك 8 المضمن بالاتفاق عليه.

وحيث أن تعليل محكمة الحكم المنتقد لا شية فيه بما يتجه معه رد المطعن لعدم وجاهته

1- عن المطعن الأول المتعلق بخرق أحكام الفصلين 147 و148 من مجلة الشغل :

حيث لاجدال في أن مسالة تقادم الدعوى في المادة الشغلية بخصوص المنح والمستحقات كانت و لا تزال محل اختلاف بين محاكم الموضوع و كذلك بين دوائر محكمة التعقيب خاصة فيما يتعلق ببداية سريانه فشق يعتبر ان بداية سريان التقادم يكون من تاريخ انقضاء العلاقة الشغلية وطالما كانت هذه الأخيرة مستمرة فلا مجال حينئذ عن الحديث و التمسك بالتقادم وشق آخر يرى عكس ذلك قولا أن بداية سريان التقادم لا من تاريخ انقضاء العلاقة الشغلية وإنما من تاريخ استحقاق المنح المذكورة.

وحيث اقتضى الفصل 147 من مجلة الشغل أن «الدعاوى مهما كان نوعها بين المؤجرين والعمال والمنظمات المشرفة على المنافع الاجتماعية المترتبة عن علاقات الشغل يسقط حق القيام بها بمرور عام من الزمن "

كما اقتضى الفصل 148 من نفس المجلة انه " عندما يتعلق الأمر بدعاوي بين مؤجرين وعملة فانه يسقط حق القيام بها ابتداء من تاريخ انتهاء علاقات الشغل. وفيما يخص المنافع الاجتماعية فان بداية سقوط الحق في القيام بالدعوى مضبوطة بالنصوص الخاصة المتعلقة بالحق المذكور ".

وحيث ولئن كانت الفقرة الأولى من الفصل 148 واضحة في أن الدعاوى بين المؤجرين والعملة يسقط حق القيام بها بداية من تاريخ انتهاء علاقات الشغل فان عبارة المنافع الاجتماعية هي التي أوقعت في اللبس اعتبارا وانه تم فهمها على كونها المنح المترتبة على عقد الشغل بما في ذلك منحة الإنتاج ولباس الشغل ومنحة الراحة السـنوية خالصة الأجر وتوابع الأجر عموما الخ ... والتي تم إخضاعها من خلال الاجتهادات على اختلاف مصدرها إلى مقتضيات الفصلين 396 و403 من مجلة الالتزامات والعقود.

وحيث اقتضى الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود ان " نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاسـتعمال ومراد واضع القانون ".

وحيث أن فهم عبارة منافع اجتماعية المنصوص عليها بالفصل 148 تقتضي ربط النص المذكور بالفصل 147 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الشغل والذي أشارإلى " بين المؤجرين والعمال والمنظمات المشرفة على المنافع الاجتماعية "والتي لا تخرج عن كونها مصالح الضمان الاجتماعي بدليل ما ورد بالصياغة الفرنسـية للنصين المذكورين حيث وردت بالفصل 147 و 148عبارة Organismes gérant les prestations socialesوحيث طالما كان الأمر كذلك فانه لا يمكن تحميل النص غير ما اقتضته عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاسـتعمال ومراد واضع القانون بما يفضي للقول أن الدعاوى بين المؤجرين والعملة مهما كان موضوعها تسقط بمرور عام (الفصل 147) بداية من تاريخ انقضاء العلاقة الشغلية (الفصل 148) طالما كانت عبارات الفقرة الأولى من الفصل الأخير مطلقة وان

الحالات الاسـتثنائية التي وردت بها مجلة الشغل انحصرت فيما اقتضاه الفصل 120 الذي أحال على الفصل 119 بخصوص منحة الراحة السـنوية خالصة الاجر.

وحيث طالما كان الأمر كذلك فان طلب إعادة التصنيف وما يترتب عن ذلك من اسـتحقاقات مالية لا يسقط بمرور الزمن في ظل تواصل العلاقة الشغلية فتكون محكمة الحكم المنتقد حين قضت على نحو ما سلف قد طبقت القانون التطبيق السليم بما يتجه معه رد المطعن من هذه الناحية لعدم وجاهته

ولهذه الأسـباب :

نطلب من الجناب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا .

وحرر في 2017/08/22

**المدعي العام**

**الطاهر العبيدي»**

***6- طلبات الادعاء العام في القضية المدنية عدد 56209***

«حيث انبنى قرار النقض الصادر عن محكمة التعقيب بناء على سببين جوهريين :

الأول : انعدام المسؤولية العشرية خلافا لما ذهبت إليه محكمة الأصل مع تأكيد محكمة التعقيب على انه بالإمكان قيام المسؤولية المدنية على أساس اخر.

الثاني:الخطأ في تحميل الشركة الوطنية لتوزيع واستغلال المياه والباعث العقاري للمسؤولية بالتضامن حال أن السبب المنتج مرده عدم اخذ الاحتياطيات اللازمة والمتمثلة في إقامة رصيف يحيط بكل عمارة وإقامة حائط من الخرسانة أسفل كل منحدر موجود تحت تلك العمارات، وهي احتياطات لو تم اتخاذهالما تسربت المياه ولما حصل الضرر، ومن ثم فان السبب المنتج والذي بدونه ما كان الضرر يحصل هو العيب في البناء ولا دخل لتكسر القناة في حصول الضرر .

وحيث أن الإشكال القانوني يتعلق أولا بمعرفة أن كان الباعث العقاري يتحمل فقط المسؤولية العشرية على معنى الفصل الأول من القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/01/31 وإذا

انعدمت زالت مسؤوليته مطلقا أم أن هذا الانعدام لا يمنع تحميله المسؤولية على أساس مدني آخر، وثانيا بمعرفة أن كانت محكمة القرار المنتقد أخطأت حين تجاوزت خطأ المعقب ضدها (الشركة الوطنية لاستغلال وتوزيع المياه) واعتمدت فقط الخطأ المنسوب للباعث العقاري (شركة البعث العقاري)

**1- في خصوص تجاوز انعدام المسؤولية العشرية واعتماد النظرية العامة للمسؤولية :**

حيث ولئن كانت أحكام الضمان العشري أحكام خاصة وتهم النظام العام ولا يجوز الحد منها أو استبعادها، وبما أن عبارات النص وردت مطلقة فإن النص يجري على إطلاقه وبالتالي فانه لا يمكن التخفيف أو الإعفاء من أسباب الضمان أوآثاره فان ذلك لا يعني ضرورة أن انتفاء تلك المسؤولية يمنع المتضرر من القيام على أساس آخرخاصة وأن القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/01/31 لم يمنع ذلك صراحة.

وحيث أن محكمة القرار المنتقد حين انتحت هذا المنهج واستندت إلى ان المدعي أسس قيامه على أحكام المسؤولية التقصيرية تكون أسست قضاءها على أساس سليم من القانون بما يتعين معه رد المطعن لعدم وجاهته.

**2-في خصوص الخطأ المنتج :**

حيث وفي خصوص الخطأ المفضي للضرر المدعى به فقد تم حسمه بموجب القرار التعقيبي عـ31835/31085.2008ـدد الذي تعهدت بموجبه محكمة الإحالة والذي تضمن بصريح اللفظ أن" ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه مخالف لما أكده الخبراء وخاصة ما ورد بتقرير شفيق شعبان الذي أكد انه لو قامت شركة البعث العقاري بجميع الاحتياطيات اللازمة والمتمثلة في إقامة رصيف يحيط بكل عمارة وإقامة حائط من الخرسانة أسفل كل منحدر موجود تحت تلك العمارات لما تسربت المياه ولما حصل الضرر، ومن ثم فإن السبب المنتج والذي بدونه ما كان الضرر يحصل هو العيب في البناء ولا دخل لتكسر القناة في حصول الضرر، ومن ثم ولما رأت محكمة الحكم المطعون فيه خلاف ذلك فان حكمها يكون محرفا للوقائع وهاضما لحقوق الدفاع ويكون من المتعين نقضه لهذا السبب [...]

وحيث أن فشل المعقب في طعنه يقتضي تخطيته بالمال المؤمن عملا بالفصل 184 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

ولهذه الأسباب :

نطلب من الجناب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والحجز .

وحرر في 2017/02/19

**المدعي العام**

**الطاهر العبيدي»**

## II- النشاط غير القضائي

### 1- الأنشطة المنجزة سنة 2017

#### 1-1- تكثيف تعاون محكمة التعقيب مع محيطها

##### *1-1-1*-التعاون الدولي

تميزت سنة 2017 بنشاط دولي هام لمحكمة التعقيب، تدعّم من خلاله التعاون مع المحاكم والمؤسسات القضائية الأوروبية قصد مواكبة التطورات والمستجدات العلمية (أ).

وقد امتدت الحركيّة النشيطة لمحكمة التعقيب في مجال التعاون الدولي إلى المجال الإفريقي والعربي، ترتب عنه تعميق الحوار وتبادل الآراء حول التجارب المختلفة (ب).

**أ- تدعيم التعاون مع المحاكم والمؤسسات القضائية الأوروبية**

في إطار برنامج التعاونبين محكمة التعقيب التونسية ومحكمة التعقيب الفرنسية، وتبعا للدعوة الواردة من قاضي الاتصال الفرنسي بتونس، تولى كل من السادة رجاء بوسمة وحاتم بن جماعة وبديع بن عباس المستشارين بمحكمة التعقيب، القيام بزيارة دراسية إلى محكمة التعقيب الفرنسية امتدت من يوم 2017/12/04 إلى 2017/12/08 تم الاطلاع خلالها على تجربة قضاء التعقيب بفرنسا (1) وعلى نظام التوثيق بها (2).

**1- قضاء التعقيب بفرنسا**

مثلت الزيارة مناسبة للاطلاع على التجربة القضائية الفرنسية على مستوى التعقيب من خلال العروض النظرية من جهة أولى والزيارات الميدانية من جهة ثانية.

في خصوص العروض النظرية، قدمت عدة مداخلات خصصت أولها للتقديم العام لمحكمة التعقيب، تناولت تركيبتها وطريقة العمل بها ومواعيد انعقاد الجلسات وأنواع القرارات التي تصدرها مع تحديد مهام المستشار المقرر وعميد المستشارين ورئيس الدائرة. وكان ذلك بمثابة الطرح الأوّلي الذي تم تعميقه بمحاضرة قدمها عميد الدائرة المدنية الثانية حول تقنيات ومسار الطعن بالتعقيب.

وعلى مستوى التطبيق، مُكّن الوفد التونسي من حضور جلسة الدائرة التجارية والاقتصادية والمالية ومداولاتها وكان من أهم ما يسترعي الاهتمام هو الاستغناء كليا عن الحامل الورقي واعتماد المعالجة الالكترونية الشاملة للملفات ولإدارة القضايا من تقييد وتبليغ الكتروني وتبادل عن بعد فيما بين قضاة محكمة التعقيب وفيما بينها وبين المحامين ومساعدي القضاء.

أما فيما يتعلق بالزيارات، فقد خَصّت الجهة المنظمة الوفد التونسي بجولة ميدانية لمقر محكمة التعقيب للتعريف بمختلف مكوناتها مشددة على الطابع التاريخي للبناية باعتبارها كانت إلى تاريخ الثورة الفرنسية قصرا ملكيا ومركزا لممارسة السلطة.

كما تمت زيارة مكتبة محكمة التعقيب ومعاينة ما تتضمنه من مراجع قانونية ثريّة يرجع بعضها إلى العصر الوسيط حُفظت بعناية خاصة، فضلا على الحرص على اقتناء جميع المنشورات القانونية بمجرد صدورها ووضعها على ذمة قضاة المحكمة.

**2- نظام التوثيق بمحكمة التعقيب الفرنسية**

تشتمل محكمة التعقيب الفرنسية على قسم التوثيق والدراسات والتقرير (SDER) يترأسه قاض برتبة رئيس دائرة تعقيبية تتلخص مهمته في الإسناد العلمي لعمل الدوائر بمد المستشارين بالبحوث والدراسات المساعدة على اتخاذ القرار، وتوزيع القضايا حسب موضوعها على الدوائر وإثراء القرارات التعقيبية ونشر فقه قضاء المحكمة سواء بالنشريات الورقية أو بموقع الواب الخاص بمحكمة التعقيب، فضلا على مساهمته في توحيد الآراء القانونية بين دوائر محكمة التعقيب أو بين هذه الأخيرة ومحاكم الأصل.

كما يتكفل قسم التوثيق والدراسات والتقرير بمحكمة التعقيب الفرنسية بإعداد التقرير السنوي منذ سنة 1984، ويمثل هذا التقرير لا فقط وسيلة تواصل لمحكمة التعقيب مع المحيط الذي تتعامل معه، ولكنه يقدم أيضا صورة واضحة عن نشاطها فيرصد واقعها ويعطي بالتالي صانع القرار قدرة أكبر على فهم متطلباتها، فيُستخدم التقرير بذلك كوسيلة في عملية وضع تصورات مستقبلية للمحكمة، علما بأنه يُقدم في جلسة علنية تُستدعى لحضورها وسائل الإعلام.

وقد تم تدارس واقع محكمة التعقيب التونسية للاستفادة من التجربة الفرنسية ونقل أهم ملامحها بالتخفيف من الطعون وتطوير وسائل ومناهج العمل القضائي من خلال عديد المقترحات التي أفرزتها النقاشات المستفيضة مع الكفاءات القضائية الفرنسية القابلة للتطبيق بالمحكمة التونسية العليا.

**ب- تواصل التعاون مع المحاكم والمؤسسات القضائية الافريقية والعربية**

امتدادا لمبادرات شُرع فيها بالسنوات الماضية، شهد التعاون مع المحاكم والمؤسسات القضائية الافريقية والعربية نشاطا متنوعا.

★ تنفيذاً لقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 1074/د31 المتعلّق بإقرار برنامج عمل المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية لعام 2017 والذي يتضمن من بين بنوده عقد المؤتمر الثامن لرؤساء المحاكم العليا (التمييز، النقض، التعقيب....) في الدول العربية، باستضافة من المحكمة العليا في الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

حدّد المركز بالاتفاق مع رئيس المحكمة العليا في الجمهورية الإسلامية الموريتانية تاريخ 23-2017/10/24 موعداً لانعقاد هذا المؤتمر الذي سيتناول مناقشة المحاور العلمية التالية:

1. سلطات المحكمة العليا (التمييز، النقض، التعقيب...) كمحكمة موضوع.

2. هل للمحكمة العليا (التمييز، النقض، التعقيب...) إثارة ما تراه عفواً خلال نظرها في الطعون المعروضة عليها، والطعن لمصلحة القانون؟

3. الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون في المادة المدنية والجزائية.

وفي الموعد المحدّد من يوم الإثنين الموافق لـــ: 2017/10/23 عُقد المؤتمر برعاية رئيس الجمهورية السيد محمد ولد عبد العزيز ممثلا بالوزير الأول السيد يحي ولد حدامين، وقد كان لتونس مساهمة فعّالة بوفد متكون من السادة :

الهادي القديري، الرئيس الأول لمحكمة التعقيب.

عماد الدرويش، وكيل الدولة العام، مدير المصالح العدلية.

بديع عباس، مستشار لدى محكمة التعقيب.

وقد قدّم الوفد التونسي في المؤتمر أوراق عمل حول محاور المؤتمر المذكورة، مؤكدين أن التعاون بين الدول العربية ضروري ومن شأن اللقاءات الدورية وما يتم فيها من نقاش يتعلق بمواضيع ذات أهمية قانونية وقضائية حول تجارب الدول العربية الناجحة والمتطورة أن يعزّز الخبرة القضائية والعدليةويذلّل العقباتنحو التفاعل الايجابي والبناء.

★ بناءً على دعوة للمشاركة في اجتماع ما قبل الحوار للتحضير للحوار القضائي الثالث المنظمة الوارد من المحكمة الافريقية لحقوق الإنسان والشعوب تم تكليف السيدجميل بن عياد، رئيس دائرة بمحكمةالتعقيب، بحضور ذلك الاجتماع الذي اعقد بمدينة "أورشا" بتنزانيا يوم 2017/09/02 وتم النظر فيه إلى برنامج الحوار القضائي الثالث وطريقة تسييره والذي سينعقد بأبيدجان (كوديفوار) أيام 8 و9 و10 نوفمبر 2017. وقد طرحت بعض النقاشات من بينها خاصة توفير الوقت الكافي للنقاش والنظر في إمكانية توسيع عدد الحاضرين وذلك باستدعاء المشرفين على المعاهد القضائية للاستفادة من خبراتهم وطرح اقتراحاتهم لتطوير الجهاز القضائي بإفريقيا.

★ المشاركة في الحوار المنعقد بأبيدجان (كوديفوار) أيام 8 و9 و10 نوفمبر 2017، وقد كان لتونس بواسطة ممثلها السيد جميل بن عياد (رئيس دائرة بمحكمة التعقيب) باليوم الثاني للحوار مداخلة موضوعها "أفضل الممارسات بشأن استخدام التكنولوجيا في المحاكم".

### *1-1-2-* التعاون الداخلي

#### أ- المشاركة في الملتقيات العلمية

في إطار الانفتاح على الجامعة ومتابعة مساهمات مدرسي القانون والإصغاء إلى مقترحاتهم وآرائهم، حرصت محكمة التعقيب على الحضور والمشاركة في الملتقيات العلمية، بما من شأنه أن يجعل منها المحور الأساسي والمحرك الدافع الذي يشع المعرفة القانونية ويوضح الرؤى باعتبار اضطلاعها بوظيفة توحيد التأويل القضائي للنصوص القانونية، من ذلك مثلا:

- المشاركة في الملتقى العلمي المنظم من كلية الحقوق بصفاقس حول " الحقوق الأصلية والإجراءات: الرهانات والآفاق"، وذلك يومي 28 و29 نوفمبر 2017.

**ب- ابرام اتفاقيات تعاون مع كليات الحقوق**

تحديث الأنظمة وبناء المؤسسات القضائية وعصرنتها،هي جوانب على درجة كبيرة من الأهمية، لكن الأهم أن يتقاطع معها تطوير مماثل في الجانب البشري من خلال خطة تكوين وتأهيل واضحة المعالم تعتمد على استراتيجية صلبة وصحيحة. وهذا الجانب يفترض أن يشكل حجر الزاوية في مشروع إقامة وتطوير مرفق القضاء.

فالقاضي مجبر على تحسين قدراته العلمية والصناعية بمتابعة الدراسات القانونية والفقهية المتطورة، الأمر الذي يساهم مساهمة جادة في نضوج فكره القانوني. لذا، لا ينبغي أن تنقطع صلة القاضي بكليات الحقوق التي يمكنها ان تزوده بكل الآراء والإفكار القانونية الجديدة، كما يمكنها أن تسهم في تخصصه في فرع من فروع القانون بالدراسة وإعداد البحوث.

تعميق المعرفة القانونية وتدعيم انفتاح القضاء على محيطه الاقتصادي والاجتماعي والثقافي يتوافق مع ضرورات إيجاد بيئة قضائية تتفاعل مع الوضع الاقتصادي الحالي، وتكسب القاضي فاعلية أكبر في فهم جوانب نوع معين من القضايا، وقدرة على حل مشاكلها بطريقة تتحقق بها الأهداف التي ابتغاها القانون المنظم لهذا النوع من النشاط، فكفاءة النظام القضائي في أي بلد تعتبر من أهم الأركان التي تبعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين وتزيل عنهم ما قد يساورهم من مخاوف حيال استثماراتهم وحقوقهم. ذلك أن توفير المزيد من التسهيلات والفرص لجذب الاستثمارات وتبسيط عملية استخراج التراخيص للمستثمرين في أية دولة، والعمل على تعزيز تنافسية تلك الدولة في مجال الاستثمارات، ليس كافيا من دون وجود نظام قضائي متطور وسريع وفاعل.

الانفتاح على الجامعات ومراكز ومنتديات البحث العلمي المتقدم، إذن، أمر حتمي، وفي هذا الإطار أبرمت محكمة التعقيب اتفاقية مع كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس بتاريخ 2017/12/26، ستعقبها اتفاقيات أخرى مع جميع الكليات الأخرى ذات الاختصاص، وتهدف الاتفاقية المذكورة إلى:

*تمكين مخابر ووحدات البحث العلمي التابعة لكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس والباحثين بها بالاطلاع على القرارات التعقيبية والحصول على نسخ منها لاستغلالها في التدريس والبحث العلمي.

*التشجيع على التعاون العلمي بين مدرسي الكلية والباحثين بها من جهة والقضاة من جهة أخرى بالمشاركة في إعداد البحوث وتنظيم الملتقيات العلمية.

وفيما يلي نص هذه الاتفاقية:

**اتفاقية بين محكمة التعقيب**

**وكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس**

**بين الطرفين الممضيين أسفله :**

1/ محكمة التعقيب يمثلها السيدان الرئيس الأول ووكيل الدولة العام.

**من جهة أولى**

2/ كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس في شخص عميدها.

**من جهة ثانية**

**تـــوطـئة :**

بالنظر إلى الأهميّة البالغة التي يمثّلها فقه قضاء محكمة التعقيب باعتباره مصدرا من مصادر القانون ومعطى ثابتا سواء في المنظومة التعليمية أو في المنظومة البحثية في المؤسسات الجامعية المتخصصة في القانون.

ولغرض تحقيق تعاون مثمر بين محكمة التعقيب وكلية الحقوق يرمي إلى تمكين المدرسين والباحثين في الكلية من الاستفادة من فقه القضاء واستغلاله في أعمالهم الأكاديمية من جهة وإلى مساعدة محكمة التعقيب في تبويب قراراتها وفق معايير علميةمن جهة أخرى.

**تم الاتفاق على ما يلي :**

**البند الأول** : تسمح محكمة التعقيب لمخابر ووحدات البحث العلمي التابعة لكلية الحقوق والعلوم السياسية والباحثين بها بالاطلاع على القرارات التعقيبية والحصول على نسخ منها لاستغلالها في التدريس والبحث العلمي.

**البند الثاني** : يوصي الطرفان المشرفين على مخابر ووحدات البحث العلمي والباحثين المنتمين إليها بالعمل على المحافظة على سرية المعطيات الشخصية فيما يطلعون عليه من القرارات التعقيبية.

**البند الثالث** : يشجع الطرفان على التعاون العلمي بين مدرسي الكلية والباحثين بها من جهة والقضاة من جهة أخرى بالمشاركة في إعداد البحوث وتنظيم الملتقيات العلمية.

**البند الرابع** : تعمل مخابر ووحدات البحث العلمي التابعة للكلية على استغلال القرارات التعقيبية تبويبا وبحثا وترجمة ونشرا.

**البند الخامس**: تتجدد هذه الاتفاقية كل سنة ما لم يقم أحد الطرفين بإشعار الطرف الآخر برغبته خطّيا في عدم تجديدها.

**تونس في : 2017/12/26**

| **الرئيس الأول** | **عميد الكلية** | **وكيل الدولة العام** |
|---|---|---|
| **الهادي القديري** | **سامي البسطانجي** | **طارق شكيوة** |

### 1-2- تطوير تجربة مكتب الرئيس الأول

كرست محكمة التعقيب بداية من السنة القضائية 2017-2018 تجربة جديدة من خلال إنشاء مكتب الرئيس الأول يتركب من ثلاثة مستشارين، وهم : السيدة رجاء بوسمة، والسيدين حاتم بن جماعة وبديع بن عباس، مكلفين بالتعاون الدولي الخاص بمحكمة التعقيب، وبالدراسات والتوثيق والعلاقات مع المؤسسات ذات الاختصاص، ككليات الحقوق والمعهد الأعلى للقضاء، وباختيار فقه القضاء وتبويبه ونشره، وبإعداد التقرير السنوي للمحكمة المذكورة تطبيقا للفصل 115 من الدستور. علاوة على تكليفهم بإعداد تقارير للملفات المنشورة أمام الدوائر المجتمعة باعتبارهم مقررين قارين بها. ونأمل أن يكون هذا المكتب نواة لاحداث قسم مستقل بمحكمة التعقيب يعنى بالتوثيق والدراسات والنشر.

### *1-2-1-* التوثيق

بالإضافة إلى نشاطها القضائي وتعاونها الدولي تولت محكمة التعقيب لأول مرة، وبمساعدة من وزارة العدل، إحداث اسم مجال justice.tn عن طريق الوكالة التونسية للإنترنات (المزود العمومي لخدمات الإنترنات)، لتطوير خدمات إلكترونية ذات قيمة مضافة ولتمكين السادة القضاة من توثيق أعمالهم و التواصل والتفاعل عبر خدمات البريد الالكتروني والواب وغيرها.

وتجدر الإشارة إلى أنه شُرع في تركيز موقع واب خاص بمحكمة التعقيب،يشرف عليه مكتب الرئيس الأول، وتُنشر بواسطته آخر وأهم القرارات التعقيبية باعتماد تبويبات تراعي التخصص في المواد القانونية، وسيشكل هذا الموقع من هنا فصاعدا رافدا من روافد التعريف بمحكمة القانون وتمكين القضاة والمتداخلين في منظومة العدالة من الاستفادة من فقه قضائها. ومن المنتظر أن يدخل هذا الموقع حيز النفاذ في موفى السنة القضائية 2017-2018.









كما تم بالتعاون مع وزارة العدل وبرنامج دعم تعصير القضاء إنشاء شعار لمحكمة التعقيب، أي وضع رمز بصري يدل على خصوصيتها، ويقدم للمتلقي تلخيصا لما ينبغي عليه إدراكه بشأنها، وتحديدا وتعريفا لها.

وفي هذا الإطار تم تصميم شعار يرتبط بمجال عمل محكمة التعقيب،ومتلائما مع هويتها وأهدافها، ليعطي صورة خارجية لها تظهر في المطبوعات الرسمية الورقية أو الالكترونية، وفي موقع الواب الخاص بها.

ويتجسد هذا الشعار في شكل دائري محاط بغصنين مذهبين من أغصان الزيتون في محيط من اللون الأبيض، وفي ذلك إشارة إلى الذهب السائل المستخلص من شجرة الزيتونة المباركة، رمز الحياة والسلام في كل الكتب السماوية، فضلا على أهميتها الغذائية والاقتصادية في بلادنا.

وبأسفل الغصنين المذكورين مقولة العلامة ابن خلدون" العدل أساس العمران"، دلالة على دور هذه المؤسسة القضائية في تحويل العدل من قيمة إنسانية مجردة ونبيلة إلى ممارسة يومية وواقع معيش تجاه جميع المواطنين على اختلافهم، فالقضاء المستقل والكفء والمحايد هو جسر عبور إلى الازدهار الحضاري والتقدم في تجلياته المختلفة.

ويعلو الشعار تحديد النظام السياسي للبلاد كيفما تبناه الدستــور : " الجمهورية التونسية"، وَعَلَمُهَا الأحمر الذي يتوسطه قرص أبيض به نجم أحمر ذو خمسة أشعة يحيط به هلال أحمر.

أما مركز قطر دائرة الشعار فقد خصص للهيكل التابع له، أي لــ "محكمة التعقيب"، مع ميزان يرمز للعدالة والقسط ورد الحقوق إلى أصحابها وفق القانون، فلقد قال الخالق سبحانه وتعالى في سورة الرحمان " الرَّحْمَنُ وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ (7) أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ (8) وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ (9) ".

***1-2-2-* البحوث والدراسات**

***مواضيع مشاركة السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب في المؤتمر الثامن لرؤساء المحاكم العليا للدول العربية بالجمهورية الإسلامية الموريتانية (23 و24 أكتوبر 2017).**

- سلطات المحكمة العليا كمحكمة موضوع.
- هل للمحكمة العليا إثارة ما تراه عفو إخلال نظرها في الطعون المعروضة عليها؟
- الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون.

## الموضوع الأول : سلطات المحكمة العليا كمحكمة موضوع

| | |
|---|---|
| الرّئيس الأوّل : السيّد الهـادي القديري<br>مكتب الرّئيـــس الأوّل :<br>- السيدة رجــاء بوسمــة<br>- * **السيد حاتم بن جماعة**<br>- السيد بديع بن عبـــاس | المقصود بمحكمة موضوع هو أن تتولى المحكمة النظر في الدعوى بوجهيها من حيث الواقع ومن حيث القانون وأن تصدر حكمها اعتمادا على ما يثبت لديها من الوقائع. فالنظر في الموضوع يتم بالنظر في الوقائع قصد تطبيق حكم القانون في شأنها. |

أما محكمة التعقيب فهي محكمة قانون لا نظر لها فيما يتعلق بالوقائع، إذ يتمثل دورها أساسا في مأمورية الحكم على الأحكام أي مراقبة سلامة تطبيق القانون من طرف قضاة الأصل وتوحيد الآراء القانونية عند الاختلاف[1].وانطلاقا من هذه الخصوصية حصر المشرع التونسي أسباب الطعن بالتعقيب في مسائل قانونية صرفة[2].

غير أن مبدأ التفرقة بين الواقع والقانون الذي يشكل معيار اختصاص محكمة التعقيب لا يعني أنه لا مكان للوقائع أمام محكمة التعقيب بل يعني بالأساس أن تلك الوقائع لا تبلغ إلى تلك المحكمة إلا بمقتضى ضوابط ومقدار الأمر الذي يجعل المسألة تتعلق بتحديد النطاق الذي يمكن فيه لمحكمة التعقيب أن تنظر في الوقائع.

---

[1] محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، طبعة ثانية، تونس 2017، ص. 149.

[2] في المادة المدنية حصر الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أسباب الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائية الدرجة في الحالات التالية:

"أولا : إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

ثانيا: إذا كان الحكم صادرا فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التى أصدرته.

ثالثا: إذا كان هناك إفراط في السلطة.

رابعا: إذا لم تراع في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التى رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط.

خامسا: إذا كانت هناك أحكام نهائية متناقضة في نصها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب.

سادسا: إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو أغفل الحكم الاستئنافي في بعض الطلبات التى حكم فيها ابتدائيا أو كان نص الحكم مشتملا على أجزاء متناقضة.

سابعا: إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية بدون أن يقع تمثيله في القضية تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير واضح في الدفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه."

أما في المادة الجزائية فقد نص الفصل 258 من مجلة الإجراءات الجزائية على ما يلي" يسوغ ... تعقيب الأحكام والقرارات الصادرة في الأصل نهائيا ولو تم تنفيذها وذلك بناء على عدم الاختصاص أو الإفراط في السلطة أو خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه "

تكون محكمة التعقيب محكمة موضوع أحيانا بحكم القانون (الجزء الأول)وذلك في حالات محدودة واستثنائية لا تجاوز فيها للمهام الاصلية، إنما يحدث التجاوز عندما تتحول إلى محكمة موضوع بالتوسع في تقنيات الرقابة (الجزء الثاني).

## الجزء الأول :

## محكمة التعقيب محكمة موضوع بحكم القانون

تكون محكمة التعقيب محكمة موضوع في وضعيتين، تتمثل الأولى في رقابة الأعمال الإجرائية (1) والثانية عندما يعهد إليها بالبت في الأصل حين تكون القضية مهيأة للفصل (2).

### 1- رقابة الأعمال الإجرائية

تكون محكمة التعقيب محكمة أصل عند تعهّدها بالرقابة على الأعمال الإجرائية وهي كالأعمال الضرورية لسير الدعوى سواء اتصلت بالإجراءات الشكلية عند الالتجاء للمحاكم أو طرق الطعن في الأحكام أو ضبط آجالها. ففي إطار هذه الرقابة تقوم محكمة التعقيب بدور حاكم أصل: فهي تطلع مباشرة على العمل الإجرائي وعوضا عن قولها " حيث يتضح من مراجعة الحكم المنتقد"نجد " حيث بالاطلاع على الوثيقة كذا" أو بالاطلاع على أوراق الملف. فمحكمة التعقيب تتفحّص مباشرة الوثيقة موضوع الرقابة ومثال ذلك أن تطلع مباشرة في إطار رقابتها على حكم استئنافي على محضر الاستدعاء لتتحقق من بلوغ نسخة منه إلى مقر المستأنف ضده ومدى احترامه للآجال[1]أو أن تتثبت من محضر إبلاغ مستندات الطعن بالتعقيب إن كان مستوفي لموجباته من عدم ذلك[2].

وكنتيجة لما سبق تتولى تسليط الجزاء الملائم فهي تبطل العمل الإجرائي، وتقرر إذا كان الأمر متعلقا بالتعقيب برفض مطلب التعقيب شكلا وإذا كان الأمر متعلقا بعمل إجرائي أمام حكام الأصل تنقض الحكم.

لمحكمة التعقيب أن تراقب أيضا مدى احترام قواعد الاختصاص الحكمي والإجراءات الأساسية في التقاضي وحق الدفاع ومبدأ المواجهة وغيرها من المسائل الإجرائية المرتبطة بحسن سير القضاء.

---

[1] القرار التعقيبي عدد 3697 مؤرخ في 1983/02/03، نشرية محكمة التعقيب، الجزء الأول، ص. 58." حيث **يتضح من مراجعة ملف القضية وخاصة محضر استدعاء الطاعن** المحرر من عدل التنفيذ..."

[2] على سبيل المثال، قرار الدوائر المجتمعة عدد 6425 مؤرخ في 1983/07/15، قرارات الدوائر المجتمعة 1992/1961. " وحيث اتضح **من الاطلاع على محضر مذكرة أسباب الطعن** من طرف العدل المنفذ السيد نور الدين كدوس بتاريخ 5 أوت 1981 تحت عدد 26642 أنه بلغ للمقر المختار للمعقب ضده..."

وتجد رقابة محكمة التعقيب على الأعمال الإجرائية أساسها في الفقرة الرابعة من الفصل 175[1] والفصل 14[2] من م م م ت. وهي بذلك رقابة لمصلحة القانون تتصل بكيفية وسبل ممارسة حق التقاضي المضمونة دستوريا لكل شخص يثبت صفته ومصلحته في ذلك.

تتصرف محكمة التعقيب في هذا الإطاركما لو كانت محكمة أصل: تفحص وتأوّل وتكيّف ثم تسلّط الجزاء. لكن هذه الرقابة هي رقابة استثنائية في الحد الضروري والكافي لاحترام حكام الأصل لمضمون وشكل الأعمال الإجرائية دون أن تتعداها إلى غيرها من المكاتيب والأعمال.

لكن، هل يمكن تقديم الأمر بنفس الطريقة عندما يعهد إلى محكمة التعقيب بالبت في الموضوعحين تكون القضية مهيأة للفصل؟

### 2- البت في الموضوع عندما تكون القضية مهيأة للفصل[3]

تبت محكمة التعقيب في الموضوع إذا كانت القضية مهيأة للفصل فيصورتين تتمثل الأولى عند الطعن للمرة الثانية بناء على نفس السبب الذي وقع النقض من أجله في المرة الأولى ويكون ذلك من نظر الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب (الفقرتان 1 و2 من الفصل 191 من م مم ت)، وتتمثل الثانية عند الطعن للمرة الثانية لسبب مختلف ويكون ذلك من أنظار دائرة عادية (الفصل 176 فقرة 3 من م مم ت)

بالرجوع إلى أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية يمكن القول بأن القضية تكون مهيأة للفصل إذا تم تجميع وسائل الإثبات واستكملت أعمال التحقيق والاستقراء (سماع الشهود، تلقي المؤيدات، إتمام التوجهات على العين، إجراء الاختبارات...) وانتهى الأطراف من تبادل ملحوظاتهم ووسائلهم بصورة لم يبق معها إلا النطق بالحكم.

---

[1] ينص الفصل 175 رابعا أنه يمكن الطعن بالتعقيب " إذا لم تراع في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط."

[2] ينص الفصل 14من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على ما يلي:" يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. أما مخالفة القواعد التي تهم غير مصالح الخصوم الشخصية فلا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج عنها ضرر للمتمسك بالبطلان وبشرط أن يثيره قبل الخوض في الأصل."

[3] ما يجب بيانه أن التصدي للنظر في الأصل أمام محكمة التعقيب يقتصر مجاله في القانون التونسي على المادة المدنية دون الجزائية، فقد سكت المشرع التونسي عن هذه المسألة صلب مجلة الإجراءات الجزائية، لكن لا يسعنا في هذا السياق إلا أن نتمنى لو أنه تبنى نفس الموقف الذي اعتمده في المادة المدنية بالفصل 176 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. فمثل هذا الحل لا يمكن إلاّ أن تحصل منه فائدة لسير القضاء لمساهمته في التقليص من أمد نشر القضايا ويساعد على الإسراع بإرجاع الحقوق إلى أصحابها. رشيد فرح، الطعن في الأحكام الجزائية: بعض الإشكاليات المطروحة، مجلة بحوث ودراسات قانونية، عدد 12 لسنة 2016 خاص بالقانون الجزائي، 2017، ص. 320.

يستوجب معيار القضية المهيأة للفصل إذن توفر أمرين أولهما استكمال أعمال التحقيق وثانيهما ملاحظة نتيجة ذلك وهي أن القضية يمكن الحكم فيها أي البت فيها وبعبارات محكمة التعقيب نفسها " لم يبق إلا إبداء الرأي الحكمي في شأنها" أو " من الممكن تصفية النزاع وحسمه بدون اتخاذ إجراء جديد"[1].

تأسيسا على ذلك لا يمكن القول بأن محكمة التعقيب تصبح درجة تقاض عندما تلاحظ أن القضية مهيأة للفصل أو أنها تقوم بما يقوم به قاضي الأصل. فالتشابه أو التماثل في الأدوار ينحصر عند تطبيق القانون على الوقائع الثابتة أي عند ملاحظة استنفاذ مرحلة التقرير أما قبل ذلك فلا تماثل ولا تشابه. محكمة التعقيب تطبق القانون على وقائع حقّقت وقدّرت بصفة نهائية[2].

لم تكن غاية المشرع حينئذ تحويلها إلى درجة تقاض بل كانت الغاية الاقتصاد في الوقت والإجراءات وسرعة الحسم في المنازعات، لكن وبالخصوص كانت تهدف إلى تدعيم سلطة محكمة التعقيب على حكام الأصل. فالحل الذي تتوصلإليه لن يعود إلى محكمة الإحالة حتى تتخذ منه موقفا حرا بما يسمح بمواصلة الجدل بينها وبين محكمة التعقيب[3].

ويبقى البت في الموضوع حسب فقه قضاء محكمة التعقيب أمرا اختياريا يرجع لاجتهادها تفعّله كلما رأته صالحا وإلا فإنها تحيل النزاع إلى محكمة الأصل لتفصل فيه بهيأة أخرى وهو توجّه يسنده النص الذي منحها هذه الصلاحية ضرورة خلوه من العبارات التي تفيد الوجوب أو الإلزام، كما يجد صداه في فقه قضاء محكمة التعقيب الذي جعل من التصدي للموضوع "إجازة" مخولة للمحكمة المذكورة[4].

---

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 68172 مؤرخ في 2012/03/27، غير منشور.

[2] نذير بن عمو، محكمة التعقيب محكمة أصل؟ الشغف بالقانون، مجموعة دراسات مهداة إلى الأستاذ محمد العربي هاشم، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2006، ص. 849 وما يليها. على خلاف ذلك يرى البعض أن دور محكمة التعقيب يتجاوز عند تصديها للموضوع مجرد الحكم على الحكم ليبلغ مرتبة الفصل النهائي في الخصومة وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى إحداث درجة تقاضي باعتبار أن محكمة التعقيب تصبح محكمة نقض وإبرام. البشير الفرشيشي، النقض بدون إحالة، أعمال ملتقى حول التعقيب من 4 إلى 7 أفريل 1988، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989، ص346.

3 وهو ما يُعبّرعنه بضرورة تحقيق " الإشباع الأمثل لمتطلبات العدالة بمضاعفة سلطة محكمة التعقيب على محاكم الموضوع والوقاية من الصمود المحتمل لمحكمة الإحالة." منصف الكشو، محكمة التعقيب: محكمة أصل، مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن كلية الحقوق بصفاقس، عدد 21 لسنة 2014، ص. 254.

[4] " ... لكن بما أن الطعن في الحكم يتم للمرة الثانية فإنه **يجوز** للدوائر المجتمعة أن تنظر في أصل النزاع لأنه مهيأ للفصل." قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المجتمعة مؤرخ في 2005/12/29، قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 2005، ص. 95 و96.

أنظر أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 3738 مؤرخ في 2000/01/28، نشرية محكمة التعقيب 2002، الجزء الأول، ص. 367. فقد جاء بإحدى حيثياتها:"... طالما أن الطعن هو للمرة الثانية ولغير السبب الأول الواقع لأجله النقض وأن الموضوع مهيأ للفصل فإنه **من الجائز** قانونا البت فيه."

لكن، من يضمن أن هذه التقنية ستكون استثنائية في التطبيق والثابت أنه لا رقابة على محكمة التعقيب؟ إن ذلك رهين الثقة التي وضعها المشرع في محكمة التعقيب باعتبارها الميزان في فهم غاية المشرع والعمل بها. فمحكمة التعقيب رقيبة على نفسها ورقابتها تلك هي التي تمنعها من التعامل مع الاستثناء تعاملا يعود على دورها بالسلب. ولقد تبين من مراجعة فقه القضاء أن محكمة التعقيب قد فهمت تماما الدور الذي عهد إليها فلم تحد عنه[1].

إن عرض الوضعيتين التي تكون فيهما محكمة التعقيب محكمة أصل بحكم القانون يبين أنهما وضعيتان لا خطر فيهما على دورها كمحكمة قانون لأنهما تؤكدان ذلك الدور ويزداد ذلك اليقين عند ملاحظة أن محكمة التعقيب في ممارستها تحترم الطبيعة الاستثنائية لدينك الحلين.

## الجزء الثاني:

## محكمة التعقيب محكمة أصل بالتوسع في تقنيات الرقابة

الرقابة نوعان رقابة قانونية ورقابة تأديبية، والرقابة القانونية تشمل تأويل القانون وتطبيقه أما الرقابة التأديبية فهي تشمل رقابة التعليل والتحريف. إن التوسع في تقنيات الرقابة يشمل النوعين المذكورين، فمحكمة التعقيب تتحول إلى محكمة أصل بالتوسع في تقنيات رقابة تطبيق القانون (1) وتكون أيضا محكمة أصل بالتوسع في تقنيات رقابة التعليل (2).

### 1- التوسع في رقابة تطبيق القانون

يتم التوسع في تقنيات الرقابة أساسا عند مراقبة التكييف. والتكييف القانوني[2] La qualification juridique هو الإجراء الأولي الذي يقوم به القاضي لتحديد الوصف الصحيح للتصرف القانوني أو للواقعة القانونية موضوع النزاع، وذلك تمهيداً لتحديد القواعد الواجبة التطبيق.

القاضي في تكييفه خاضع لحكم القانون وعلى ذلك الأساس تمارس عليه الرقابة ممن هو أعلى منه درجة. فقاضي الدرجة الأولى خاضع لرقابة الاستئناف وهذه تعيد النظر في الواقع والقانون أي

[1] نذير بن عمو، مرجع سابق، ص. 849.

[2] **PARISOT (H), Qualification juridique et syllogisme juridique, Disponible sur le site : https://vincennesparisot.wordpress.com/2014/08/03/qualification-juridique-et-syllogisme-juridique-la-technique-des-cas-pratiques/**

تراقب وتستعيض بالتكييف المخطئ التكييف الصحيح، لكن إذا ما تعلق الأمر بمحكمة التعقيب فهل أن مراقبتها للتكييف تؤدي بها تعاطي النظر في الواقع؟

التكييف القانوني كما تمت الإشارة إليه سلفا ينصب على إقامة العلاقة بين الوقائع والقانون وهو بذلك يجمع مسائل القانون بمسائل الواقع مما يبرر القول بأن هذه الرقابة شكل من أشكال التدخل في الواقع، لكنها تبقى رغم ذلك رقابة قانونية لأن الخطأ في فهم الوقائع أو تحريفها يؤول إلى خلل في التكييف القانوني وبالتالي إلى خطأ في تطبيق القانون. نظرا لتداخل المسائل القانونية بالمسائل الواقعية لابد من الحيطة في كيفية ممارسة هذه الرقابة حتى لا تكون مدخلا لتجاوز محكمة التعقيب لدورها الأصلي.

فالرقابة على التكييف لا تكون بالاطلاع مباشرة على أوراق الملف وإنما من مراجعة الحكم المنتقد. فالمبدأ أن محكمة التعقيب لا تطلع على الوقائع إلا من خلال الحكم المنتقد، ولا تشيرإلاإلى "الوقائع كيفما أثبتها الحكم المنتقد" وترسم بذلك بنفسها الحد الذي تعهد على نفسها إلا تتجاوزه، لأن الطعن بالتعقيب ليس له مفعول انتقالي يوجب على المحكمة الرجوع إلى أوراق القضية.

فإذا تبين لمحكمة التعقيبأن ما تضمنه الحكم من وقائع لم يكن كافيا حتى تتمكن من ممارسة رقابتها، أي لا يمكن لها معرفة كيف أن محكمة الأصل توصلت إلى تطبيق ملائم للقاعدة القانونية على الوقائع المعروضة (ما قدمته محكمة الأصل غير كاف لتطبيق القاعدة) فهي تنقض ويكون نقضها بمثابة استزادة التوضيح حول المعطيات الواقعية.

غير أن محكمة التعقيب قد تتجاوز الحد المرسوم فتحرّف تقنية الرقابة وذلك بتكييف مباشر للوقائع من خلال الاطلاع مباشرة على الملف، ويشجعها على ذلك ما صار متواترا في قراراتها فتستبدل الحيثية اللازمة " حيث بالاطلاع على الوقائع كيفما أثبتها الحكم المنتقد " بأخرى " حيث بالاطلاع على الوقائع كيفما أثبتها الحكم المنتقد وأوراق الملف". فالإشارة إلى أوراق الملف هي المنفذ إلى مباشرة الوقائع. فلا تكون هناك رقابة للتكييف بل إعادة له على النحو الذي تريده محكمة التعقيب.

هناك إعادة تكييف مباشر عندما مثلا تستنتج محكمة التعقيب بنفسها وانطلاقا من شهادة طبية أن المريض غادر المستشفى لحالته الخطرة لتكيف مرض البائع بالمرض المخيف. والأمثلة على نفس الوضعية كثيرة يمكن أن نضيف إليها ما تولته المحكمة منتقدير للوقائع انطلاقا من الملف للقول بأن الزوجة ناشز[1].

**2- التوسع في رقابة التعليل**

يعتبر الفصلان 123 من م مم ت[2]و168 من م ا ج[3] المرجع القانوني لواجب تعليل الأحكام،فيعد عدم الرد على الدفوع من قبيل العيوب الشكلية ويؤدي توفرهإلى بطلانها وذلك بقطع النظر عن أهمية الدفع الذي لم يقع الرد عليه.فعندما لا ترد المحكمة على دفع فكأنما كان حكمها فاقدا للتعليل. غير أن أغلب القرارات التي تقضيبالنقضلهذا السبب تتجاوز مجرد الملاحظة بعدم الرد على الدفع لتؤكد أنه جوهري وأن له أهمية بالغة وخطورة قصوى على وجه الفصل في الدعوى. ومؤدّى هذا التمشي أن محكمة التعقيب تملي موقفها على محكمة الإحالة، تستبق الحكم في الأصل رغم علمنا أنه على الأقل نظريا لا سلطان لمثل هذا القرار على محكمة الإحالة التي تبقى حرة في الموقف الذي ستتخذه. لكن ما تقوم به لا يمنع من ملاحظة نزعتها نحو ما يمكن تسميته بالهيمنة على الوقائع[4].

أكثر من ذلك، فقد بيّن التطبيق القضائي أن محكمة التعقيب تنزلق في معرض رقابتها على تسبيب الأحكام إلى ميدان الوقائع[5]. فعندما يتضح لها أن الحكم المنتقد صحيح في نتائجه ولكن دون تعليل فإنها وبدلا عن نقضه تكمل النقص عبر التعرض مباشرة للوقائع وماديات القضية. فهي تعتبر في مثل هذه الصورة بأن النقض مع الإحالة غير منتج ولا يتغير به وجه الرأي في الدعوى.

---

[1] قرار تعقيبي مدني عدد17711 مؤرخ في 1987/10/06، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1987، ص. 231. فقد ورد بحيثيات هذا القرار مثلا:" حيث تبين من الملف أن المعقب ضدها رفضت الالتحاق ومساكنة زوجها بالمحل الذي أعده لها بقليبية متعللة بأن مركز عمله لا يوجد إلا بتونس وأن انتقاله إلى العمل بجهة الوطن القبلي لا يكون إلا في فترات من الزمن دون أسباب أخرى. وحيث إن ما تعلّلت به الزوجة لا يعتبر مبررا شرعيا في عدم المساكنة ضرورة أن الزوج هو الذي له حق اختيار محل السكنى في أي مكان يريده حسب ما يقتضيه العرف والعادة..."

ما يلاحظ هو أن محكمة التعقيب قد انغمست في الوقائع بصورة أصبح معه قرارها لا يختلف كثيرا عن قرار صادر عن محاكم الموضوع.

[2] الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية «يجب أن يتضمن كل حكم: ... رابعا: ملخص مقالات الخصوم. خامسا: المستندات الواقعية والقانونية."

[3] الفصل 168 من مجلة الإجراءات الجزائية " يجب أن يذكر بكل حكم: رابعا: المستندات الواقعية والقانونية ولو في صورة الحكم بالبراءة."

[4] نذير بن عمو، المرجع السابق ص. 857.

[5] MECHRI (F) et BOURAOUI (S), La cour de cassation en Tunisie, R.T.D., 1987, p. 299.

ففي إحدى قرارات محكمة التعقيب[1] نسب الطعن للحكم المنتقد عدم رده ومناقشته الدفع المتضمن أن شهادة مفتي الجمهورية باعتناق أحد الورثة الدين الإسلامي لا تنفي حتما اعتناق صاحبها الإسلام قبل صدور هذه الشهادة. وبدلا أن تكتفي محكمة التعقيب بملاحظة عدم وجود رد على هذا الدفع ونقض الحكم على هذا الأساس، فإنه تراءى لها الاستنتاج من وقائع الدعوى على غرار مساكنة الزوج وشهادة وفاة محررة من قبل عدلين مسلمين وسكوت بقية الورثة لأكثر من عشرين سنة بأن شهادة مفتي الجمهورية لا تقوم حجة على أن صاحبها لم يكن مسلما من قبل.

يؤدي هذا التمشي في مثل هذه القرارات إلى توجيه قضاة الأصل –محكمة الإحالة-في الوقائع رغم أن تعهدها يقتصر على الدفوعات التي لم يقع الرد عليها، وقد أرجع البعض سبب اتجاه فقه قضاء محكمة التعقيب إلى التليين من صرامة مبدأ التفرقة بين حكم القانون وحكم الواقع هو ما خلقه له من " مشكلة حادة حار فيها حيرة محرجة ... إن قضاة التعقيب لا يمكنهم أن يقاوموا الضغط النفسي إذا كان الحكم المطعون فيه يستفز شعور العدل فيهم فهم يضطرون إلى مد سلطتهم المحصورة في مسائل القانون إلى فكرة العدالة لتأييد الحكم أو نقضه."[2]

**انتهى بحمد الله**

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 10160 مؤرخ في 13 فيفري 1985، مجلة القضاء والتشريع عدد 9 لعام 1993 ص، 109.

[2] الهادي الجديدي، سلطة محكمة التعقيب في تقرير الخطأ الجزائي، أعمال ملتقى حول التعقيب سابق الذكر، ص. 417.

**<u>الموضوع الثاني:</u> هل للمحكمة العليا إثارة ما تراه عفوا خلال نظرها في الطعون المعروضة عليها ؟**

| | |
|---|---|
| الرّئيس الأوّل : السيّد الهـادي القديري<br>مكتب الرّئيـــس الأوّل :<br>- السيدة رجــاء بوسمــة<br>-السيد حاتم بن جماعة<br>- * **السيد بديع بن عبـــاس** | لقد جاء بشأن الغرض من وجود محكمة عليا أو محكمة قانون وهو رفع ما تلحقه الأحكام المخالفة من الأذى والضرر بالناس بتمكينهم من الطعن فيها رجاء إبطالها وإلغائها[1]. وسميت في تونس "محكمة تعقيب" اهتداء بقوله تعالى " والله يحكم لا معقب لحكمه"[2]. |

وتقرر محكمة التعقيب مبدأ قانونيا إجرائيا مفاده أنه لايمكن التمسك أمامها بدفع موضوعي لم تسبق إثارته أمام قضاة الأصل. وهذا الحل مفهوم لأن محكمة التعقيب ليست درجة ثالثة للقضاء. ويقتضي حسن سير العدالة إنهاء النقاش الموضوعي أمام محاكم الأصل حتى لا يبقى لمحكمة التعقيب إلا مراقبة حسن تطبيق القانون من قبل المحاكم، وإلا فإن هذا النقاش سيتواصل إلى ما لانهاية وسيتأثر بذلك حسن سير القضاء[3].

والدفع الموضوعي يقابله الدفع القانوني، وأورد المشرع التونسي الدفوع القانونية بالفصل 175 من م.م.م.ت. لكن إذا ثبت لمحكمة التعقيب أن الدفع، مع أنه قانوني، إلا أنه يتعلق بمسألة تهم النظام العام أو الإجراءات الأساسية فإنه يمكن التمسك به لأول مرة أمامها وإثارته من تلقاء نفسها، أي ولو لم يتمسك به أطراف الطعن، سواء في القضايا المدنية (**الجزء الأول**)، أوفي القضايا الجزائية (**الجزء الثاني**).

## الجزء الأول :
## في المادة المدنية

تثير محكمة التعقيب من تلقاء نفسها المسائل المتصلة بالنظام العام، كما من حق الطاعن إثارة كل ماله تعلق بتطبيق الأحكام الماسة بالنظام العام ولو لأول مرة لدى التعقيب.

1 الهادي مزاح، "نظرات حول محكمة التعقيب"، م.ق.ت. 1956، ص.5.

2 عماد بن عبد الحميد درويش، "رقابة محكمة التعقيب على تعليل الأحكام المدنية"، بكتاب خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959-2009، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس وحدة البحث" قانون مدني"، 2010 ص.417 وما بعد.

3 منير العياري، "مفهوم النظام العام في قرارات محكمة التعقيب، بكتاب خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959-2009، المرجع السابق، ص.529.

وتنقسم الأحكام المتعلقة بالنظام العام إلى قواعد موضوعية (**الفقرة الأولى**) وقواعد إجرائية (**الفقرة الثانية**).

**الفقرة الأولى : المبادئ القانونية الموضوعية**

تتعامل محكمة التعقيب مع مفهوم النظام العام الموضوعي من خلال مقاصد مبادئه (أ) أو من خلال جوهرها (ب).

**أ- من خلال مقاصدها**

تتشكل القواعد الموضوعية للنظام العام بالرجوع إلى طبيعة مكوناته، وهي عبارة عن مجموعة مبادئ قانونية عامة.

وتتعرض محكمة التعقيب لمفهوم النظام العام الموضوعي دون النطق صراحة بهذا التعبير الفني أو هي تقصده بتسميات تؤدي إلى نفس المعنى.

وتربط محكمة التعقيب بين تطبيق القاعدة القانونية والمبدأ العام الذي وضعت من أجله وجعلت لخدمته، فعندما تتحدث عن مقومات البلاد الأساسية، فإنها تقصد المبادئ القانونية الأساسية التي تترجم توجهات المشرع واختياراته العامة[1].

وتستعمل محكمة التعقيب في قرار آخر صادر في 14 فيفري 2005 نفس الطريقة في التعرف على الأحكام المتعلقة بالنظام العام فتقول بخصوص تطبيق الفصل 377 مكرر م.ح.ع. إن " الشأن الواجب رعايته يعلو على المصالح الذاتية للخصوم ليرتقي إلى مرتبة النظام العام المتمثلة في صيانة الرسوم العقارية من لوث التجميد وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها"[2].

وتعوّض محكمة التعقيب صيغة "تهم النظام العام" بالقول أنه يمكن التمسك بروح القاعدة القانونية، فلا يمكن مخالفتها أو تجاوزها أو الاتفاق على مداورتها كقاعدة الفصل 32 من م.أ.ش. بخصوص حضور الزوجين بالجلسة الصلحية " الذي جاء بصيغة تحجيريّة لا يمكن مجاوزتها ولم يصرح

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 7422 مؤرخ في 3 جوان 1982، النشرية 1982، ص.143.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 4912 مؤرخ في 14 فيفري 2005 (غير منشور) أورده الأستاذ منير العياري، مقال سابق، ص.495.

بإمكانية حضور نائب عنهما إذ لا تحصل الفائدة المرجوة من المحاولة الصلحية إذا لم يشهد الزوجان أنفسهما مباشرة تلك المحاولة"[1].

كما اعتبرت محكمة التعقيب أن قاعدة الفصل 454 من م.إ.ع. المتعلقة بالتزام الأمي تهم النظام العام لأنها تطبيق من تطبيقات المبدأ القانوني العام القاضي بوجوب حماية الطرف الضعيف في العلاقات القانونية[2].

**ب- من خلال جوهر قواعدها**

جوهر النظام العام في الحقيقة تعبير عن حماية قانونية يوفرها النظام القانوني ككل لمصلحة عامة أو قيمة عليا كامنة في روح النظام القانوني وتسري في أحكامه التفصيلية وترتقي بسبب أهميتها إلى مستوى القيمة الاجتماعية أو الاقتصادية أو التوجيهية أو التعديلية.

وتستعمل محكمة التعقيب مفهوم النظام العام لوصف كل المسائل والأحكام المتعلقة بمواجهة خطر يهدد قيمة أو مصلحة عليا وردت حمايتها بمبدأ قانوني عام والأمثلة عديدة ومتنوعة.

- أوجب الفصل 32 م.أ.ش. إجراء ثلاث جلسات صلحية متباعدة عند وجود قاصر "حرصا من المشرع على الكيان الأسري والروابط العائلية لضمان استمرارها تحقيقا لمصلحة الأطفال الفضلى وحمايتهم من التشتت والضياع بتثبيتهم في محيطهم العائلي...وهو إجراء وجوبي تثيره المحكمة من تلقاء نفسها لتعلق مقتضيات قانون الأحوال الشخصية بالنظام العام العائلي"[3].

وتشكل عديد الأحكام القانونية كتلة واحدة تجمعها غاية اجتماعية فتعتبرها محكمة التعقيب متعلقة بالنظام العام الاجتماعي، وتقول في إحدى قرارتها " أن تطبيق القوانين الاجتماعية كما هو الحال في هذه القضية (خلاص المساهمات القانونية بعنوان الضمان الاجتماعي) تهم النظام العام وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها بقطع النظر عن إثارته من طرف المعني بالأمر"[4].

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 27914 مؤرخ في 26 ديسمبر 2003، النشرية 2003، ص.428.
[2] قرار تعقيبي مدني عدد 2931 مؤرخ في 9 ديسمبر 1980 النشرية 1980 ص.176.
[3] قرار تعقيبي مدني عدد 7013 مؤرخ في 07 جوان 2001، النشرية 2001، ص.340.
[4] قرار تعقيبي مدني عدد 59828 مؤرخ في 02 فيفري 1998، النشرية، ص.440.

كما تعتبر محكمة التعقيب قواعد أخرى متعلقة بالنظام العام الاقتصادي وتقول أن "أحكام وقوانين الصرف وتراتيبه لها تعلق بالنظام العام وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها بما تحققه من غاية الحفاظ على التوازن اللازم للاقتصاد القومي"[1].

وقانون الأكرية التجارية الصادر في 25 ماي 1977 تبرره أيضا اعتبارات اقتصادية وهو قانون تحرص محكمة التعقيب دائما على التذكير بأنه يتعلق بالنظام العام، فتقول أن "قانون 1977 اقتضته اعتبارات اقتصادية وهو ما جعل صبغة النظام العام تختلجه وتتملك صميمه لتعلقه بالكيان الاقتصادي وبالتالي فإن وجوب احترام أحكامه ينبثق مما لهذا القانون من وثيق الارتباط بالنظام العام"[2].

وفي القانون الدولي الخاص يعتبر النظام العام الوسيلة القانونية في استبعاد ما يطبق من أحكام أجنبية متى تعارضت مقتضياتها تعارضا جذريا مع الأفكار التي يقوم عليها قانون القاضي. فالدفع بالنظام العام وعدم إكساء الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية لمخالفته للنظام العام وإبطال القرار التحكيمي لعدم احترامه قواعد تهم النظام العام تساهم كلها في حماية نفس النظام العام واحترامه وتثيره محكمة التعقيب من تلقاء نفسها[3].

**الفقرة الثانية : المبادئ القانونية الإجرائية**

تتعلق الإجراءات الأساسية التي تثيرها محكمة التعقيب من تلقاء نفسها أساسا بسير الدعوى (أ) وبصدور الحكم فيها (ب).

**أ- إجراءات سير الدعوى :**

لا يتحقق العدل كقيمة يحتاجها كل تنظيم اجتماعي، إجرائيا، إلا بواسطة مجموعة من القواعد التي تتشكل منها مبادئ قانونية تعلوها، كمبدأ المواجهة والتقاضي على درجتين ومبدأ حياد القاضي ونزاهته. وهذه المبادئ تتصل بالإجراءات الأساسية التي يقوم عليها نظام التقاضي وسير المحاكم، وأهمها قواعد الاختصاص الحكمي التي تؤكد محكمة التعقيب أنها تتعلق بالنظام العام لسير المحاكم أو بالنظام العام القضائي[4]، فإنه يمكن التمسك بها وإثارتها ولو لأول مرّة أمامها[5].

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 7560 مؤرخ في 28 مارس 1983، النشرية 1983، ص.291.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 19377 مؤرخ في 16 أفريل 2003، النشرية 2003، ص.295.

[3] منير العياري، مقال سابق، ص.503.

[4] عديد القرارات المتعلقة بإثارة قواعد الاختصاص الحكمي لتعلقها بالنظام العام مثال ذلك القرار التعقيبي عدد 30977 المؤرخ في 23 فيفري 2004، النشرية 2004، ص.463.

[5] قرار تعقيبي عدد 808 المؤرخ في 18 أفريل 1978 النشرية 1978، ص.193.

فمن المسلم به أن القواعد المحددة لمرجع النظر الحكمي تهم النظام العام، بموجب ما اقتضاه الفصل 3 من م.م.م.ت. ولذا فإنه متى أضافت محكمة خصت بمرجع نظر حكمي محدد إلى أوجه نظرها ذلك وجها لم يسندها إياه القانون، وقضت فيه، كان قضاؤها مستوجبا للنقض. ولقد كان في القرار عدد 21016 بتاريخ 25 نوفمبر 2008تجسيم لهذه الوضعية : إذ تعهد قاضي الناحية بدعوى في إبطال حجة وفاة أقامها ورأت محكمة التعقيب أن تلك دعوى تخرج عن مرجع نظر قاضي الناحية فجاء بقرارها المذكور ما يلي : " حيث إن ما سبق عرضه إنما يكون معه قاضي الناحية قد أضاف إلى أوجه نظره الحكمي وجها لم يسنده إياه المشرع وكرست محكمة الدرجة الثانية ذلك التوجه فكان قضاؤها بصرف النظر عن مدى وجاهته في الأصل (أي في المسألة المطروحة وهي متعلقة بقواعد الميراث) قد كرس خرقا لقواعد مرجع النظر الحكمي الماسة بالنظام العام فاستوجب النقض".

إذ ليست محكمة الناحية محكمة حق عام، وإنما هي محكمة ذات مرجع نظر حكمي مخصص بالقانون.

**ب- إجراءات صدور الحكم**

اعتبرت محكمة التعقيب أن ما اقتضاه الفصل 121 من م.م.م.ت. ومن ذلك أن تمضى لائحة نص الحكم من القضاة الذين أصدروه إجراء أساسيا يهم النظام العام، وكذلك الشأن بالنسبة إلى ما اقتضاه الفصل 123 من ذات المجلة من وجوب أن يتضمن الحكم جملة من البيانات أوردها الفصل المذكور حصرا، لهذا صدرت قرارات نقضت فيها محكمة التعقيب الأحكام المطعون فيها لديها وذلك بسبب ما انطوت عليه من خرق لأحكام الفصول المذكورة وهو ما أثارته المحكمة من تلقاء نفسها متجاوزة ما كان بتلك الأحكام من تعليل، ومن ذلك :

- ما كان في القرار عدد 8958 بتاريخ 18 سبتمبر 2007[1]، الذي اعتبرت فيه محكمة التعقيب أن إمضاء لائحة نص الحكم من طرف القضاة المتفاوضين إجراء وجوبي اقتضاه الفصل 121 من م.م.م.ت. وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها لمساسه بأحكام الإجراءات الأساسية، وأنه تبين بالاطلاع على محضر الجلسة المتضمن الحكم المنتقد أنه ممضى من طرف قاضيين فقط مما صيره باطلا لمساسه

[1] نشرية محكمة التعقيب لعام 2007، قسم مرافعات ومدني الجزء الثاني، ص.13.

بقواعد الإجراءات الأساسية وتعين بالتالي النقض والإحالة بقطع النظر عن بقية المطاعن المثارة من قبل الطاعنين.

- وفي القرار عدد 3419 بتاريخ 10 فيفري 2009 [1]جاء ما يلي :

حيث تبين من محضر الجلسة الذي تضمن نص الحكم المنتقد أنه لم يمض إلا من قبل قاضيين اثنين من أعضاء الهيئة الحاكمة التي أصدرته دون ثلاثتهم.

وحيث إن في ذلك مخالفة صريحة لما اقتضاه الفصل 121 من م.م.م.تالماسة أحكامه بالنظام العام إنما يتوجب معها نقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة وذلك بصرف النظر عما تضمنته المطاعن المثارة التي يكون الخوض فيها الآن في ضوء ما كان سابقا لأوانه".

-وفي القرار عدد 9447 بتاريخ 24 أفريل2006 [2]، كانت الحيثيات التالية :

" حيث وبغض النظر عن جميع المطاعن فإن الحكم باعتباره ورقة شكلية يجب أن تراعى في إصداره وتحريره الأوضاع الشكلية المنصوص عليها في القانون وأن يشتمل على البيانات التي أوجب ذكرها فيه والجزاء الذي رتبه المشرع على مخالفة الأوضاع أو إغفال الحكم لبيان من البيانات الجوهرية اللازمة لصحته هو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به في أي وقت أمام محكمة الطعن وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها".

## الجزء الثاني:
## في المادة الجزائية

تثير محكمة التعقيب من تلقاء نفسها عديد المسائل القانونية وذلك اعتمادا على أسس قانونية مختلفة (**الفقرة الأولى**)، وباتباع تبريرات (تعليل) متنوعة (**الفقرة الثانية**).

### الفقرة الأولى: الأسس القانونية

تعتمد محكمة التعقيب في إثارتها لعديد المسائل من تلقاء نفسها أسس قانونية عديدة، ترتبط بعضها بالتداخل بين المبادئ والإجراءات التي تتحكم المادتين المدنية والجزائية من جهة (أ)، وبين خصوصيات قواعد الإجراءات الجزائية من جهة أخرى (ب).

[1] غير منشور.
[2] غير منشور.

**أ-المبادئ العامة**

من المبادئ القانونية العامة هو انطباق الإجراءات المدنية في المادة الجزائية ما لم تتعارض معها.

يستنتج من المبدأ المذكور أن الأحكام الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتي تثيرها محكمة التعقيب من تلقاء نفسها سواء كانت مبادئ اجرائية أو موضوعية تنطبق على القضايا الجزائية ما لم يوجد تعارض واختلاف. وبالتالي فإن ما تتمسك به محكمة التعقيب من تلقاء نفسها وما يمكن التمسك به أمامها لأول مرة في المادة المدنية، طبقا لما سلف بسطه ينطبق عليه نفس الحكم كلما طرح نفس الإشكال في قضية جزائية.

**ب- خصوصيات المادة الجزائية**

تتميّز الدعوى الجزائية بعدة خصوصيات عن الدعوى المدنية حددها الفصل 199 م.إ.ج. وأفرزتها القرارات الصادرة عن المحكمة العليا. فقد اقتضى الفصل 199 المذكور ما يلي " تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو للقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية".

وتعتبر محكمة التعقيب، أحيانا، أن " جميع فصول مجلة الإجراءات الجزائية هي من القواعد الآمرة التي تهم النظام العام وأن عدم إثارتها من طرف محكمة الموضوع يشكل خرقا للقانون يوجب النقض" وذلك في قرارها عدد 67367 المؤرخ في 4 أفريل1996[1].

إلا أن المتأمل في فقه قضاء محكمة التعقيب يلاحظ أن المحكمة العليا تميّز بين المسائل التي لها علاقة بمسائل النظام العام أو الإجراءات الأساسية وبمصلحة المتهم الشرعية والتي تثيرها من تلقاء نفسها وتلك التي لا علاقة لها بها ولا تهم إلامصلحة الخصوم[2]، وتقول المحكمة "...بل كان من

[1] النشرية 1996، ص.22.

[2] مثال ذلك قرار عدد 1881

4 مؤرخ في 19 فيفري 2008 تقول المحكمة العليا " أن مسألة الاختبار المعتمد في تقدير الطلبات المدنية مسألة لاتهم النظام العام ولا الإجراءات الأساسية وإنما قدرها مصلحة الخصوم لا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج عنها ضرر للتمسك بالبطلان ولا يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة التعقيب". النشرية 2008، ص.33.

الضروري التمييز بين القواعد التي تضمن حسن سير تنظيم العدالة على أساس هدف القواعد الإجرائية وتلك هي قواعد النظام العام وبين القواعد التي تضمن حسن سير الإجراءات الأساسية وبين الجوانب الهامة في حق الدفاع وفيها تكمن مصلحة المتهم، وأن مرجع النظر الترابي ليس له علاقة بتلك المسائل"[1].

وتعتمد محكمة التعقيب عدة تبريرات لإثارة مسائل قانونية تهم المادة الجزائية من تلقاء نفسها.

**الفقرة الثانية : المبررات القانونية**

تبرز قراءة القرارات التعقيبية إثارة المحكمة العليا للمسائل المنصوص عليها بالفصل 199 من م.إ.ج. والمتعلقة بالنظام العام والإجراءات الأساسية وبالمصلحة الشرعية للمتهم من تلقاء نفسها تارة بتجميعها وطورا بالاكتفاء بإحداها.

**أ- التجميع**

تجّمع محكمة التعقيب في عديد قراراتها بين المبررات القانونية لإبطال الأحكام والإجراءات الجزائية التي عددها المشرع بالفصل 199 من م.إ.ج. ففي قرار عدد 7212 صادر بتاريخ 2012/11/28 تثير محكمة التعقيب مسألة تجاوز مدة الإيقاف التحفظي من تلقاء نفسها وتعتبر أنه " ...تبيّن بمراجعة أوراق الملف أن المعقب ع المذكور قد تجاوز مدة الإيقاف التحفظي المسموح بها قانونا بالفصل 85 م.إ.ج. باعتبار أنه قد تم إيقافه يوم 24 جوان 2011 وتاريخ صدور قرار الاتهام كان في 24 أوت 2002 والمحكمة تجاوزت عن هذا الإخلال رغم أهميته وعلاقته بالمدة القصوى للإيقاف التحفظي وكان بالتالي قرارها خارقا لقاعدة إجرائية أساسية منصوص عليها بالفصل 85 المذكور ولها مساس بالنظام العام ومصلحة المتهم الشرعية..."[2].

وتعتمد محكمة التعقيب نفس التبرير في قرار آخر عدد 576 مؤرخ في 05 أفريل 2013 " لا جدال بأن إبقاء المعقب تحت مفعول بطاقة الإيداع السابقة رغم نقضها من طرف محكمة القانون

[1] قرار تعقيبي جزائي عدد 24699 مؤرخ في 10 ماي 2008، النشرية 2008، ص.141.

[2] منشور بمؤلف أصدرته جمعية الحقوقيين بصفاقس، مجلة بحوث ودراسات قانونية، عدد 12 لسنة 2016، عدد خاص بالقانون الجزائي، مجمع الأطرش، 2016، ص.424 وما بعد.

فهي مس بحقوقه وانتهاك لحرمته الجسدية ومصلحته الشرعية في محاكمة عادلة تراعى فيها الإجراءات القانونية...ويكون قد خالف قاعدة من أوكد القواعد الكونية الأساسية وهي الحرية التي لها مساس بالنظام العام ومصلحة المتهم الشرعية...".

**ب- التمييز**

تميّز محكمة التعقيب في عديد قراراتها بين المسائل التي تضمنها الفصل 199 م.إ.ج. والتي لها حق إثارتها من تلقاء نفسها.

فقد تتمسك محكمة التعقيب من تلقاء نفسها بالمسائل التي تهم **النظام العام** وتكتفي بالتبرير المذكور مثال ذلك "إن أحكام فواجع العمل تهم النظام العام وعلى القاضي الجزائي الحكم بها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها لديه ..."[1].

وقد تضيف للنظام العام مسألة **الإجراءات الأساسية** فقط مثال ذلك " إذا أغفلت محكمة الاستئناف ذكر اسم المستأنف في ديباجة الحكم المطعون فيه اعتبر ذلك إخلالا بإجراء جوهري وخرقا لقواعد النظام العام وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها "[2].

وقد تكتفي المحكمة بالإجراءات الأساسية مثال ذلك "إن جزاء السقوط يشمل قانون الآجال الناقصة ومواعيد السقوط والتقادم ووجهه أن يكون وجوبيا ويتمسك به القاضي من تلقاء نفسه إذا تعلق بالآجال الإجرائية ..."[3].

وقد تكتفي المحكمة أيضا **بمصلحة المتهم الشرعية** مثال ذلك " مصلحة المتهم الشرعية أن يتم استدعاؤه واستنطاقه والاستماع إلى جوابه وإذا لم تسع المحكمة إلى ذلك تكون قد خالفت القانون وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها"[4].

[1] قرار تعقيبي جنائي عدد 3588 مؤرخ في 20 جانفي 1965 النشرية 1966، ص.75.

2 قرار تعقيبي جزائي عدد 9547 مؤرخ في 21 نوفمبر 1973 النشرية 1974، ص.180.

3 قرار تعقيبي جزائي عدد 32690 مؤرخ في 05 جويلية 2008، النشرية 2008، ص.85.

4 قرار تعقيبي جزائي عدد 15085 مؤرخ في 17 ماي 2006 النشرية 2006، ص.125.

**ولا ضير أن تثير محكمة التعقيب من تلقاء نفسها مسائل قانونية تتعلق بالنظام العام والإجراءات الأساسية الواردة بمجلة المرافعات المدنية أو التجارية أو تلك التي عددها الفصل 199 من م.إ.ج. طالما أنها محكمة عليا تسهر على حسن تطبيق القانون.**

**انتهى بحمد الله**

## الموضوع الثالث : الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون في المادة المدنية والجزائية

الرّئيس الأوّل : السيّد الهـادي القديري

مكتب الرّئيـــس الأوّل :

- السيدة رجــاء بوسمــة
- السيد حاتم بن جماعة
- السيد بديع بن عبـــاس

المتعاون :

- * **السيد محمد بوزويتينة**

قاضي تحقيق أوّل بالمحكمة الإبتدائية بصفاقس

شرّعت الطعون القضائية لمواجهةماقد يتخلل الأحكام القضائية من أخطاء وتصويب ما يمكن تصويبه منها، وقد نظمت بالرغم من تعددها بكيفية تسمح لها بمواجهة أكبر قدر ممكن من هذه الأخطاء.

فقد وسع المشرع من مجال استعمال بعض الطعون وأجاز لأصحاب الصفة والمصلحة فيها تأسيسها على ما يشاؤون من الأسباب، من الواقع أو من القانون، ووسع تبعا لذلك من سلطات الجهات القضائية عند نظرها، غير أنه ضيق في المقابل من مجال استعمال طعن أخرى وضيق أيضا من سلطات الجهات القضائية عند نظرها ورتب علبها آثارا متميزة فيما يخص تنفيذ الحكم موضوع الطعن مراعيا في ذلك مصالح أطراف النزاع واستقرار مراكزهم القانونية.

وفي هذا الإطار مكن المشرع المتقاضي الذي صدر الحكم الابتدائي في غير صالحه من استئنافه، باستعمال ما يشاء من الأسباب من الواقع أو القانون، ووسع في نفس الوقت من سلطات الجهات الاستئنافية عند نظرها عن طريق الأثر الناقل لهذا الطعن. في المقابل ضيق من حرية الطاعن بالتعقيب (النقض والتمييز حسب استعمالات بعض التشريعات المقارنة) عند سلوكه لهذا الطعن إذ لم يجزه كقاعدة عامة إلا ضد الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية اعتمادا على الحالات التي عددها على سبيل الحصر في مجلتي الاجراءات الجزائية والمرافعات المدنية، وهي حالات تبسط المحكمة من خلالها رقابتها القانونية على الأحكام والقرارات المطروحة أمامها عن طريق الطعن بالتعقيب.

والطعن بالتعقيب هو طريق طعن غير عادي في الأحكام خوله المشرع في حالات وردت على سبيل الحصر وتمارس محكمة التعقيب من خلاله رقابتها على حسن تطبيق القانون وهي بذلك تجسد القول المعروف أن محكمة التعقيب هي محكمة قانون لا محكمة موضوع وقد تعرض المشرع التونسي للطعن بالتعقيب في المادة الجزائية بالفصول من 258 إلى 276 من م.ا.ج وفي المادة المدنية بالفصول 175 إلى 197 من م.م.م.ت.

وقد ميز المشرع سواء في مجلة الإجراءات الجزائية أو المدنية بين حالات وصور التعقيب المفتوحة والمخولة لأطراف النزاع من جهة وصورة خاصة للتعقيب يمارسها وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب عبر الطعن لمصلحة القانون.وقد جاءت هاته الصورة متميزة عن مثيلاتها من صور التعقيب العادية فخصها المشرع التونسي بالفصلين 180 و181 من م.م.م.ت والفصل 276 من م.ا.ج إن تعلق الأمر بقضية جزائية. فجاء الفصل 180 من م.م.م.ت ناصا انه يمكن لوكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب أن يقوم لديها بالطعن في الحكم لمصلحة القانون إذا كان نصه متضمنا لخرق قاعدة قانونية ولم يقم أحد طرفيه بالطعن فيه في الإبان. في حين نص الفصل 276 من م.ا.ج انه يمكن لوكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب رغم فوات أجل التعقيب أن يقوم بالطعن في الحكم لمصلحة القانون إذا كان فيه خرق للقانون ولم يقم أحد طرفيه بالطعن فيه في الإبان.

والقرار الذي يصدر بقبول الطعن يختصر فيه على تصحيح الخطأ القانوني بدون إحالة ولا يمكن أن يمس بحقوق الخصوم والغير المكتسبة بموجب الحكم المطعون فيه.

أما في القانون الفرنسي فقد نظمت العديد من النصوص القانونية الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون كانت بدايتها مع الفصل 25 من الأمر المؤرخ في 1790/11/27 وآخرها الفصل 17 من القانون المؤرخ في 1967/7/3 وهدف هذا الطعن يكمن في منع صدور فقه قضاء مخالف للقانون لإصلاح كل تأويل مجانب للصواب أو كل خطأ في تطبيق القانون في روحه أو في نصه ويسعى إلى ضمان وحدة فهم التشريع من خلال وحدة الاجتهادات القضائية.وللإحاطة بخصوصية هذا الطعن بالتعقيب فإننا نعتزم التركيز في قسم أول على شروطه وفي قسم ثان على آثار هذا الطعن سواء في المادة الجزائية أو المدنية.

**1-شـروط الطعـــن بالتعقيب لمصلحة القانون**

تتماثل شروط هذا الطعن سواء مورس في المادة الجزائية أو المدنية وهاته الشروط تتعلق من جهة بالسلطة المختصة في رفعه (أ)وفي طبيعة الأحكام القابلة للطعن فيها لمصلحة القانون، فضلا عن غياب أي أجل في المادتين لإمكانية ممارسة هذا الطعن(ب)

**أ- السلطة المختصة في رفع الطعن لمصلحة القانون**

يبقى الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون من الاختصاص الحصري والمطلق لوكيل الدولة العام لدى محكمة لتعقيب وهو ما استقرت عليه كذلك محكمة التعقيب الفرنسية[1].ويمكن لوكيل الدولة أن يمارس هذا الطعن دون إذن أو حاجة إلى إذن من رئيسه المباشر أي وزير العدل إلا أن ذلك لا يمنع هذا الأخير من أن يمارس سلطته الرئاسية على أعضاء النيابة العمومية بتكليفه لوكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب برفع طعن لمصلحة القانون، وفي هاته الحالة ولئن يكون وكيل الدولة ملزما بتلك التعليمات فإنه يبقى محافظا على حرية إبداء رأيه جلسة ضمن ملحوظاته الشفاهية عملا بأحكام مبدأ "القلم مقيد واللسان حر".

واستنادا لأحكام الفصلين 276م.ا.ج و180م.م.م.تيبقي الطعن لمصلحة القانون إمكانية مخولة لوكيل الدولةلدي محكمة التعقيب وليس التزاما محمولا عليه وهو ما نستشفه من تصدير الفصلين المذكورين بعبارات: "يمكنلوكيلالدولةالعاملدىمحكمةالتعقيب"،وفي المقابل فإنه لا يمكن لأية سلطة أخرى أن تمارس هذا الطعن نيابة عن أو تحل محل وكيل الدولة العام فيه، وقد استقرفقه قضاء محكمة التعقيب الفرنسية على رفض مثل هذا الطعن الصادر عن الوكلاء العامين لمحكمة الاستئناف، أو الصادرة عن الوزراء بمن فيهم وزير العدل الذي يكون ملزما في هذه الحالة أن يمر عبر وكيل الدولة العام [2].كما رفضت محكمة التعقيب الفرنسية الطعن لمصلحة القانون المرفوع من الولاة [3]، كما رفضت قبول الطعن أيضا لمصلحة القانون المثار من محكمة التعقيب نفسها رغم الإمكانية الممنوحة لهاته الأخيرة أن ترفع من تلقاء نفسها مطاعن تهم النظام العام.

[1] Cass civ 6/2/1889 DP 90.

[2] cas. crim13/2/1942 DA 1942.110.

[3] cass.civ 12/2/1832 .jur.gen.

**ب- شروط ممارسة الطعن لمصلحة القانون**

تتمثل هاته الشروط في شروط متعلقة بالأحكام القابلة للطعن فيها بالتعقيب لمصلحة القانون من جهة وشروط متعلقة بأجل ممارسة هذا الطعن من جهة ثانية.

1) الأحكام القابلة للطعن فيها بالتعقيب لمصلحة القانون:

لا يقبل الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون إلاالأحكام التي اتصل بها القضاء والحائزة على قوة الشيء المقضي به أي الأحكام التي أضحت غير قابلة للطعن فيها بمعنى أن يكون أطراف النزاع قد فوتوا على أنفسهم آجال الطعن في الحكم أو القرار القضائي.ولعل هذا ما يعكس الطابع الفرعي "subsidiaire" لهذا الطعن أي أنه لا يمارس من قبل وكيل الدولة العام إلا في الصور التي تقاعس فيها أو أخل فيها الأطراف بممارسة حقهم في الطعن في الحكم المذكور.

وتبقى أهم صور تحقق هذا الشرط هي الصورة التي يضحى فيها الحكم باتا إثر فوات أجل الطعن فيه من أطراف النزاع سواء كان النزاع مدنيا أو نزاعا جزائيا. وقد طرح التساؤل في المادة المدنية عن كيفية إثبات ممثل الادعاء العام أن الحكم أضحى باتا، خاصة إذا تقاعس الطرف المحكوم له عن الإعلام بحكم يشوبه خلل قانوني بما يمنع وكيل الدولة العام من ممارسة سلطاته في الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون في مثل ذلك الحكم.

ولعل هاته الإشكالية هي التي كانت وراء تدخل المشرع الفرنسي بإضافة الفصل 618-1 لمجلة المرافعات المدنية والذي جاء ناصا على أنه يخول لوكيل الدولة العام أن يدعو النيابة العمومية العاملة بالمحكمة التي أصدرت القرار الذي يرغب وكيل الدولة العام الطعن فيه لمصلحة القانون إلىإعلام أطراف هذا الحكم به حتى يسري أجل الطعن بالتعقيب في حقهم وبفواته يفتح أو يخول لوكيل الدولة العام ممارسة حقه في الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون.

والشرط المتعلق بوجوب أن يكون الحكم المطعون فيه حائزا على قوة الشيء المقضي به يرتبط بشرط ثاني متمثل في درجة الحكم المطعون فيه، إذ تم التساؤل إن كان بالإمكان الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون في أحكام ابتدائية الدرجة، خاصة في ظل تنصيص تشريعي واضح بالفصلين

175م.م.م.ت و258م.ا.ج أنه لا يقبل الطعن بالتعقيب إلاالأحكام النهائية الدرجة.وقد عرف التشريع الفرنسي في هذا السياق تطورا ملحوظا ذلك أنه إلى حدود 1967 لم يكن يسمح لوكيل الدولة العام شأنه في ذلك شأن أطراف النزاع الطعن بالتعقيب إلا ضد حكم أو قرار نهائي الدرجة.وقد فسر الموقف التشريعي الفرنسي القديم أن الأخطاء الصادرة عن الأحكام الابتدائية لا تكون بنفس جسامة وخطورة الأحكام نهائية الدرجة، غير أن القانون المؤرخ في 1967/7/3 وسع من صلاحيات وكيل الدولة العام بأن خول له إمكانية الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون ضد كل حكم أو قرار حاز على قوة الشيء المقضي به بقطع النظر عن درجة ذلك الحكم ويبقى التساؤل إن كان بالإمكان تطبيق مثل هذا الحل على التشريع التونسي.وفي تقديرنا أن هذا التساؤل يحتمل إجابتين متباينتين:

**أولاهما** أن النصوص التشريعية التونسية حصرت قبول مطالب الطعن بالتعقيب ضد الأحكام نهائية الدرجة مثلما جاءت العبارات الصريحة للفصلين المذكورين أعلاهناصة على ذلك لكل وضوح.

**وثانيهما** فهو القول أن اشتراط أن يكون الحكم نهائي الدرجة حتى يكون قابلا للطعن فيه بالتعقيب إنما يقتصر على الحالات التي عددهما المشرع على سبيل الحصر صلب الفصلين المذكورين آنفا في حين تبقى حالة الطعن بالتعقيب بما هي حالة خاصة للطعن تختلف من حيث إجراءاتها والسلطة المخولة للقيام بها وآثارها عن حالات الطعن بالتعقيب العادية المرفوعة من أطراف النزاع بما ينتهي بنا إلي القول أن حكما ابتدائيا سواء كان مدنيا أو جزائيا تقاعس أطرافه الطعن فيه بالاستئناف ثم عن الطعن فيه بالتعقيب قد يكون محل طعن لمصلحة القانون إن شابه خلل قانوني.

آخر هاته الشروط جاءت متعلقة بطبيعة الخلل الذي شاب الحكم محل الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون. فقد جاء الفصلان 276 م.ا.ج و180 من م.م.م.ت مشترطين كل في مجاله وبعبارات متشابهة ان يكون الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون فيه" خرق للقانون" أو متضمنا"لخرق قاعدة قانونية."

وقد طرح تساؤل عن المقصود بعبارة خرق القانون فرآها البعض من الدارسين أنها لا تقتصر فقط على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله بل تهم كذلك خرق قواعد تأسيس الحكم

وخرق القواعد الإجرائية وعدم مراعاة الصيغ الشكلية أو الإجرائية للأحكام وهو ما يعني أنه يمكن الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون في كل الحالات المخولة للأطراف الطعن فيها بالتعقيب في حين فسرها البعض بكونها تفيدالأخطاءالتي تقع فيها بعض محاكم الأصل سواء من حيث احترام الإجراءات أو قواعدالمحاكمة[1].

وتطبيقا لذلك تعددت القرارات في المادة الجزائية التي مارس فيها وكيل الدولة العام لمحكمة التعقيب صلاحياته للطعن في العديد من القرارات لمصلحة القانون، من ذلك ما انتهت إليه محكمة التعقيب أنه إذاأحيل المتهم على المحكمة من أجل جريمة وقضي فيه عليه غيابيا ووقع الإعلام بالحكم لسميه فاستأنفه السمي وتأيد لدى الاستئناف غيابيا وأعلم به ثانية فلم يطعن فيه بشيء حتى أصبح باتا وعند التنفيذ تبين أنه غير المتهم الحقيقي جاز لوكيل الدولة القيام بالطعن في الحكم المومئ إليه إذا لم يطعن فيه المتهم نفسه ويكون طعنه طبق الفصل 276 م.ا.ج[2].

أو ما انتهت إليه في قرار ثان أن الجاني لا يحاكم مرتين من أجل فعل واحد ولوكيل الدولة تدارك الحالة بالطعن في الحكم الثاني لصالح القانون وبذلك يكون الحكم الثاني باطلا بموجب خرقه للقانون ويستوجب النقض بدون إحالة [3].

كما بينت في قرار ثالث أنه إذا حوكم شخص من أجل فعلة سبق أن حوكم من أجلها واتصل القضاء وانقضى أجل تعقيب الحكم الثاني فإنه يقع اللجوء للطعن بالتعقيب لصالح القانون لتصحيح الخطأ[4].

غير أنه ما لوحظ أنه عمليا لا نكاد نلمس طعنا في الأحكام التجارية والمدنية لمصلحة القانون من قبل النيابة وهو أمر برره أحد الفقهاء بأن الخصومة هي ملك لأطرافها وعكس ما هو عليه الحال في المادة الجزائية التي للنيابة فيها دور هام في تحريك الدعوى وممارسة حقها في الطعن في الأحكام الجزائية ليخلص نفس الفقيه أن إحجام النيابة عن ممارسة هذا الطعن يعكس رغبتها في أن تكون

[1] مصطفى الصخري: طرق الطعن في الأحكام الجزائية صفحة 87.

[2] تعقيبي جزائي عـ7906ـدد مؤرخ في 1973/3/12 ن.م.ت ق. ج 1974 صفحة 192.

[3] تعقيبي جزائي عـ6496ـدد مؤرخ في 1986/1/20 م.ق.تق. ج 1982 صفحة 46.

[4] تعقيبي جزائي عـ23985ـدد مؤرخ في 1987/6 ذكره مصطفى الصخري في طرق الطعن في الأحكام الجزائية صفحة 87.

النيابة طرفا محايدا في الخصومة المدنية و أن المشرع وإن أجاز طعن النيابة بالتعقيب لخطأ في القانون فإن ذلك يظل ضيقا إن لم نقل أنه طعن عديم الجدوى حسب رأي نفس الفقيه [1].

2) أجل الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون

لم يربط المشرع التونسي شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون بأي أجل غير انه ربط إمكانية رفع هذا الطعن بانتهاء آجال رفع الطعن الممنوحة لأطراف النزاع بالطعن في الحكم بالتعقيب.

وهو ما نفهمه من خلال نفس العبارة التي استعملها المشرع بالفصلين 276 م.ا.ج و180 م.م.م.ت حيث ربط المشرع الإمكانية المخولة لوكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب بالطعن لمصلحة القانون بشرط عدم قيام "أحد طرفيه بالطعن فيه في الإبان".

وهو ما يعني أنه لا يمكن لوكيل الدولة العام الطعن لمصلحة القانون إلا بفوات آجال الطعن بالتعقيب المخولة لأطراف النزاع، فإذا كان النزاع مدنيا فإن آجال التعقيب الممنوحة للأطراف تنقضي بمرور 20 يوما من تاريخ إعلام الطاعن بالحكم في حين أنه لا يخول له الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون في الأحكام الجزائية إلا بمرور أجل 10 أيام من تاريخ الحكم الحضوري أو تاريخ الإعلام بالحكم المعتبر حضوريا أو من تاريخ انقضاء أجل الاعتراض إذا كان الحكم غيابيا أو من تاريخ الإعلام بالحكم الصادر برفض الاعتراض وهي الآجال التي ربط فيها الفصل 262 من م.ا.ج إمكانية الطعنبالتعقيب من الأشخاص الذين خول لهم المشرع الطعن بالتعقيب الوارد تعدادهم على سبيل الحصر صلب الفصل 258 من م.ا.ج.

ولنا أن نتساءل إن كان يحق لوكيل الدولة العام أن يطعن بالتعقيب لمصلحة القانون بعد أن فوت أحد منظوريه من الوكلاء العامين لدي محكمة الاستئناف للآجال المخولة له بالتعقيب والبالغة 60 يوما بداية من تاريخ صدور الحكم بمعني هل يمكن الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون في حكم

[1] مصطفى الصخري المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجزائية دراسة نظرية وتطبيقية في القانون التونسي والمقارنة الطبعة الثانية تونس 2004 صفحة 1027.

فوت أحد الوكلاء العامين بمحكمة الاستئناف على نفسه الطعن فيه طبق أحكام الفصل 258 من م.ا.ج.

والرأي عندنا أنه لا شيء يمنع من ذلك طالما كان في هذا الحكم خرق للقانون طبق أحكام الفصل 276 من م.ا.ج غير أن آثار الطعن ستختلف عن الآثار التي كان يمكن أن يحققها طعن وكيل الدولة العام المؤسس استنادا على أحكام الفصل 258 من م.ا.ج.

ولئن ربط المشرع انطلاق آجال الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون بمرور آجال الطعن فيه من أحد أطرافه في الإبان وهو ما يعني عدم إمكانية الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون قبل تلك الآجال فإن المشرع في المقابل لم يجعل أجلا أقصى لإمكانية الطعن لمصلحة القانون من طرف وكيل الدولة العام أي أن الآجال تبقى مفتوحة بصفة مطلقة.

وهذا الحل التشريعي مرده أن الهدف من الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون هو هدف نظري يتمثل في الحفاظ على سلامة تطبيق القانون ولا آثار لمثل هذا الطعن على حقوق ومصالح أطراف النزاع أو الغير.

ولعل هذا ما يفسر أن هذا الطعن يبقى مفتوحا ومخولا لوكيل الدولة العام حتى إن وقع تنفيذ الحكم المطعون فيه والمشوب بعيب خرق القانون من أحد أطرافه.

**2- آثار الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون**

يتحدث الفقهاء عن أثر نظري وأفلاطوني للطعن بالتعقيب لمصلحة القانون ذلك أن هذا الطعن لا يمس بحقوق ومصالح الخصوم والغير المكتسبة بموجب الحكم المطعون فيه باعتبار أن الحكم الذي يصدر بقبول ذلك الطعن يختصر فيه على تصحيح الخطأ القانوني وبدون إحالة.

**أ- تصحيح الخطأ القانوني بدون إحالة**

خلافا للطعون بالتعقيب لصالح الاطراف والتي تهدف لحماية مصالح وحقوق أطراف النزاع حتى وإن اقتصر نظر محكمة التعقيب على الجانب القانوني للنزاع دون الخوض مبدئيا في الأصل فإن هدف الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون يرمي إلى حسن تطبيق القانون من خلال التأكيد على الخروقات القانونية التي تشوب الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في الأصل.

ومن هذا المنطلق جاء دليل إجراءات محكمة التعقيب [1]ناصاأن محكمة التعقيب تقضي لسلامة القانون على ضوء الطعن المذكور بتصحيح الخطأ القانوني بدون إحالة أي بحذف ما كان مخالفا للقانون من الحكم المطعون فيه أو التصريح بنقضه وهذا الأثر ينسجم مع مهام هيكل النيابة العمومية المنتصب لدى محكمة التعقيب بما أن مهمته تتمثل في السهر على سلامة تطبيق القانون.

ولعل خصوصية آثار هذا الطعن هي ما تفسر عبارات الفصل 276 من م.ا.ج أو 180 من م.م.م.ت والتي تشابهت من حيث تأكيدها على أن الحكم الذي يصدر بقبول ذلك الطعن يختصر ويقتصر فيه على تصحيح الخطأ القانوني بدون إحالة.

وهو ما يفسر اعتبار العديد من الفقهاء أن هاته الصورة من صور التعقيب تبقى ذات أثر نظري وأفلاطوني دون أية آثار مادية من شأنها أن تمس بحقوق الأطراف أو الغير المكتسبة بالحكم المطعون فيه.

**ب- عدم المساس بحقوق ومصالح الخصوم والغير**

اقتضى الفصلين 276 من م.ا.ج و181 من م.م.م.ت أن الأحكام الصادرة بقبول الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون لا يمكن "أن تمس بحقوق الخصوم والغير المكتسبة بموجب الحكم المطعون فيه".

وقد جاء دليل إجراءات محكمة التعقيب مفسرا لهذا التنصيص التشريعي بالتأكيد على أن الحكم المطعون فيه يبقى عاملا بين طرفيه وبجميع ما احتوى عليه وينفذ طبق نصه وعباراته وإن وقع تنفيذه فحقوق الطرفين تبقى محترمة بموجب ذلك الحكم وهو ما يعكس حرص المشرع التونسي على استقرار المراكز القانونية لأفراد والأطراف المكتسبة بموجب الأحكام القضائية.

وتأكيدا لذلك صدرت العديد من القرارات التعقيبية التي جاء بعضها مؤكدا أن قيام وكالة الدولة العامة وفقا للفصل 276 من م.ا.ج لا يتمثل أثره إلا في إصلاح خطأ قانوني دون المس بحقوق الخصوم والغير المكتسبة بموجب الحكم المطعون فيه[2]. ولعل الأثر المادي الوحيد للقرارات الصادرة بنقض حكم إثر الطعن فيه بالتعقيب لمصلحة القانون هو ما جاء بالفصل 181 من م.م.م.ت بتأكيد المشرع أن الحكم المنقوض يذيل بنص ذلك القرار.

1 دليل الإجراءات الخاص بمحكمة التعقيب المصادق عليه موجب القرار الصادر عن وزير العدل المؤرخ في 1999/1/21.

[2] تعقيبي جزائي عـ6571ـدد مؤرخ في 1969/6/9 ن.م.ت 1970 صفحة 162.

وطالما أن الغير لا يتضررون ولا ينتفعون بالأحكام الصادرة بنقض حكم مطعون فيه بالتعقيب لمصلحة القانون فإن ذلك ينجم عنه آثار على مستوى هذا الطعن أولها أنه لا يحق لأطراف النزاع التداخل أو طلب إدخالهم بمناسبة رفع وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب طعنا في حكم أو قرار لمصلح القانون، كما لا يخول لأطراف النزاع الطعن ضد قرار محكمة التعقيب الصادر بموجب ذلك الطعن.

كما أن الحكم المطعون فيه حتى وإن وقع نقضه بموجب الطعن بالتعقيب لمصلحة القانون يبقى واجب التنفيذ بين أطرافه فلا يحق مثلا لطرف محكوم عليه بتعويض أضرار التمسك أو الاحتجاج بنقض القرار سند التنفيذ بموجب طعن لمصلحة القانون.

ومن جهة أخرى فإن الغير الذين اكتسبوا حقوقا بموجب الحكم المطعون فيه لا يمكن المساس بحقوقهم تلك حتى وإن وقع نقض الحكم سند حقوقهم إثر طعن فيه بالتعقيب لمصلحة القانون.

يبقى أن نشير أخيرا إلى أن هذا الطابع الأفلاطوني للرقابة التي تجريها محكمة التعقيب بموجب طعن لمصلحة القانون كان محل انتقاد فقهي حيث اعتبر العديد من الدارسين أن صدور قرار جديد لا ينتج آثاره بين الأطراف وإبقاء الأخيرين خاضعين إلى حكم أو قرار ثبت انبناؤه على أساس غير سليم من القانون ينتج وضعية صادمة لا تفسير لها إلا الهدف النبيل الذي يسعى لتحقيقه من وراء مثل هذا الطعن [1].

**انتهى بحمد الله**

***مواضيع مشاركة مكتب الرئيس الأول في ملتقيات علمية**

1- نزاهة العدالة، الأخلاقيات القضائية ومكافحة الرشوة

2-الوصول إلى العدالة للجميع

3- التطورات في أتمتة المحاكم التونسية

[1] Jacques Boré La cassation en matière civile. DALLOZ 1999 P.867

## نزاهة العدالة، الأخلاقيات القضائية ومكافحة الرشوة

الرّئيس الأوّل : السيّد الهـادي القديري

مكتب الرّئيـــــس الأوّل :

- **السيدة رجــاء بوسمــة**
- السيد حاتم بن جماعة*
- السيد بديع بن عبـــاس

إن العدل هو الاستقامة والقسط واستعمال الأمور في مواضعها وأوقاتها من غير سرف ولا تقصير ولا تقديم ولا تأخير، لهذا نجد الميزان رمزا عالميا للعدل يقترن بالحكم القضائي.

والعدالة ملكة راسخة في النفس تحمل صاحبها على ملازمة المروءة والاعتدال فهي عند أفلاطون فضيلة أخلاقية ترتبط بفضائل الاعتدال عند العامة والشجاعة عند الحراس والحكمة عند الساسة وتفضي إلى تحقيق السعادة بالنسبة للمدينة، فالعدل إذن هو مبدأ سياسي له أبعاد اجتماعية واقتصادية، والعدالة مفهوم أخلاقي له أبعاد قانونية قضائية.

وإن تحكيم العدل بين النّاس من أهم أسس استمرار الدّولة واستقرارها وازدهارها تمارس في كنفه السّلطات الثلاث دورها باستقلالية ونزاهة بما يؤدي إلى انتشار الطمأنينة والثّقة بين الحاكم والمحكوم، وينتج مجتمعاً حيوياً تعدّدياً ديناميكيّاً، لا يكفّ عن البناء والإبداع .

ويبرز دور السلطة القضائيّة في إشاعة العدل بعدم ائتمارها بأوامر جهة أو قوّة ضغط معيّنة وتقيدها بروح النّصوص القانونيّة، والمرجعيّات الدّستوريّة عند نظرها في النّزاعات المطروحة أمامها، فتؤسس بذلك لبناء الدّولة الديمقراطية التي يقع فيها تحويل العدل من قيمة إنسانيّة مجرّدة إلى واقع معاش بما يساهم في تراجع الجريمة وشيوع الرّقابة الذاتيّة وإحساس المواطن بالمسؤوليّة وإقباله على العمل من أجل مستقبل أفضل للفرد والجماعة .

وبالتالي فإن القضاء النّزيه يمثل جسر العبور إلى الازدهار الحضاري مثلما أثبته العلامة التونسي الشهير ولي الدين عبد الرحمان بن محـمد ابن خلدون في «كتاب العبر والمبتدأ والخبر» الذي ألفه منذ أكثر من ستة قرون خلت بمقولتيه الشهيرتين: العدل أساس العمران، والظلم مؤذن بخراب العمران .

فبقطع النظر عن نوع الفساد الذي يمكن أن يحل بالجهاز القضائي ويشوب نظام العدالة بصفة الظلم، فإن مجرد تزعزع ثقة الناس في النظام القضائي يقوّض حكم القانون بما يؤثر سلبا على الدولة من جميع النواحي الاقتصادية والاجتماعية والأمنية .

وقد عشنا في تونس في عهد سابق وضعا كثر فيه الفساد وما رافقه من استبداد وتجاوزات من حيث استغلال النفوذ والتعدي على المال العام وغيرها من الممارسات بما كان سيؤدي بالبلاد إلى مهالك الخراب بالمنطوق الخلدوني للكلمة لولا شجاعة الشعب التونسي وقيامه بثورة شعبية أعادت الأمل في غد أفضل يسوده العدل والسلم الاجتماعي.

وباعتبار نزاهة السلطة القضائية واستقلالها وحيادها تمثل شروطا لازمة أساسية لحماية حقوق الإنسان وحرياتهم ولتنمية الاقتصاد وضمان تحقيق السلم الاجتماعي، بما يستوعبه معناه العام من قيم ومبادئ وقواعد السلوك والقيم الأخلاقية الذي يجب أن يتحلى بها المنتسبون إلى السلطة القضائية، فقد استأثرت هذه القيم بمكانة مميزة في المجتمعات الديمقراطية التي تسعى إلى الرقي بأنظمتها القضائية وفق ما تقتضيه المعايير الدولية وتترجمها على أرض الواقع بتبني المبادئ التي جاءت بها والحلول التي اقترحتها في تشاريعها الوطنية حتى تعتمد كمؤشرات على توفر مقومات الأمن والسلم والاستقرار والازدهار في المجتمعات.

وإن التطبيق العملي لمبدأ النزاهة وبقية المبادئ والقيم المتعلقة بأخلاقيات السلوك القضائي يفترض الإقرار بهذا المبدأ كقيمة معتمدة في النظام القضائي ثم وضع الآليات اللازمة لمكافحة مخاطر الحياد عنه التي تتمظهر في الفساد والرشوة[1].

[1] تناول الموضوع من وجهة نظر الواقع التشريعي والمؤسساتي التونسي في مجال تكريس المبادئ المتعلقة بنزاهة العدالة والأخلاقيات القضائية ومدى توافقه مع المعايير الدولية وخاصة مبادئ بنغالور لسلوك الجهاز القضائي المتمثلة في الاستقلال، الحياد، النزاهة، اللياقة، المساواة، والاختصاص والحرص أو ما يمكن التعبير عنه بالكفاءة والاجتهاد، (معتمدا من بين أهم المراجع الدولية في هذا المجال مجموعة مبادئ الأمم المتحدة بشأن استقلال القضاء لسنة 1985 واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والتعليق على مبادئ بنغالور بشأن سلوك الجهاز القضائي المعد من مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة فيانا، ودليل الموارد بشأن تعزيز نزاهة العدالة وقدرتها ودليل تطبيق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وإطار تقييم الفصل 11 منها المعدين من مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة فيانا، وإعلان الدوحة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للأمم المتحدة من أجل الوقاية من الجريمة والعدالة الجنائية - أفريل 2015 والإعلان الختامي لمؤتمر واجادوجوبوركينافاسو حول نزاهة القضاء بإفريقيا الفرنكوفونية تحضيرا لانطلاق الشبكة العالمية لنزاهة القضاء المقرر في إعلان الدوحة المذكور- أكتوبر 2017.)

**أولا : تكريس مبدأ النزاهة عبر إقرار أخلاقيات المهن القضائية**

لم تدخر البلاد التونسية في هذا الإطار جهدا في الانخراط في المنظومة الدولية فيما يتعلق بالعدل والعدالة ولم تكتف بالمشاركة النظرية في أعمال المجتمع الدولي في هذا المجال وإنما جسدته على أرض الواقع بتبني جميع المبادئ التي تقتضيها المحاكمة العادلة وتكريسها في قوانينها الداخلية.

**1) الانخراط في المنظومة الدولية**

من أهم النصوص الدولية في هذا المجال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 والذي كرس مبدأ استقلال القضاء في مادته العاشرة ناصا على أن لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر في قضيته محكمة مستقلة ومحايدة نظرا منصفا وعلنا للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه، وقد انضمت الجمهورية التونسية إلى النصوص والمعاهدات الدولية التي تدعم استقلال السلطة القضائية ومنها:

-العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 الذي أكد في مادته 14 على ضرورة استقلال القضاء وحياده في ممارسة عمله.

- مجموعة مبادئ الأمم المتحدة بشأن استقلال القضاء لسنة 1985 التي تم اعتمادها خلال المؤتمر السابع للأمم المتحدة حول منع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد بميلانو في سبتمبر وصادقت عليها الجمعية العامة بقرارها عدد 32/40 المؤرخ في نوفمبر وقرارها عدد 146/40 المؤرخ في ديسمبر من نفس السنة باعتبارها تمثل نقطة مرجعية هامة لمساعدة الدول الأعضاء على تأمين استقلال القضاء والنهوض به في إطار تشريعاتها وممارساتها الوطنية.

- مبادئ بانغلور بشان السلوك القضائي المعتمدة من مجموعة نزاهة القضاء سنة 2002 والتي تبنتها لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة سنة 2003 بموجب قرارها عدد 03/2003 حول "استقلال القضاة والمحلفين والخبراء القضائيين واستقلال المحامين ."

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي دخلت حيز النفاذ في سنة 2005، والتي تمثل سلاحا قويا في ترسانة المجتمع الدولي في مجال مكافحة الفساد، وقد نص الفصل 11 منها على وجوب

اتخاذ الدول للإجراءات اللازمة لتدعيم نزاهة القضاة والوقاية من إمكانية ضلوعهم في الفساد دون المساس باستقلاليتهم، وقد أمضت تونس على هذه الاتفاقية سنة 2004 وصادقت عليها سنة 2008.

- قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي عدد 2006/23 حول "تعزيز المبادئ الأساسية للسلوك القضائي "الذي دعا فيه المجلس الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة على الأخذ بمبادئ بانغالور لسلوك الجهاز القضائي حول أخلاقيات القضاة عند صياغة القواعد المتعلقة بالسلوك الخاص بالقضاة.

- إعلان الدوحة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للأمم المتحدة من أجل الوقاية من الجريمة والعدالة الجنائية - أفريل 2015.

ويبرز تكريس هذه القيم والمبادئ على أرض الواقع على مستويين يتعلق الأول بالجانب الذاتي للقضاة، فيما يتعلق الثاني بالجهاز القضائي كمؤسسة، فأما على الصعيد الفردي، يجب أن يتحلى القضاة بجملة من الأخلاقيات والسلوكيات السليمة حتى تتمكن السلطة القضائية من تحقيق المهمة الموكلة إليها إلا وهي إقامة العدل من خلال الالتزام بالقانون وبمبدأ المساواة أمام القانون والمحاكم، وقد اهتمت جميع الثقافات والديانات بسلوكيات القضاة وأفردت لهم قواعد وقيود صارمة تختلف عن بقية أفراد المجتمع حيث كان ينظر لهم بوصفهم أشخاص ذوي مكانة معنوية عالية، يمتلكون مميزات خاصة يختلف بها عن الأشخاص العاديين، ويخضعون لقيود صارمة لا يخضع لها الآخرون، ويطلب منهم إتباع أسلوب من الحياة وسلوك أكثر صرامة وتحفظ من سائر أفراد المجتمع بغاية المحافظة على المصداقية المطلوبة فيهم بصفتهم مسؤولين مؤتمنين على أرواح الناس وشرفهم وأموالهم وإدارة وتدبير شؤونهم، وأما على الصعيد المؤسساتي فترتبط هذه المبادئ إضافة إلى ما تحقق في القضاة من خصال تبعث على ثقة المتقاضين فيهم بمدى توفر الآليات اللازمة لحسن سير وإدارة القضاء من حيث الموارد والكفاءة وطرق العمل من جهة والقوانين الإجرائية المبسطة والسريعة والتي تحقق المساواة بين المواطنين أمام المرفق من جهة أخرى.

وأمام ترسخ هذه المبادئ في ضمائر الحريصين على حقوق الإنسان وسيادة القانون ومبادئ الحرية والعدالة والمساواة من كافة الأمم والشعوب الكثير من القيم والأعراف التي يجب أن تحكم سلوك القاضي، نجد المعاهدات والصكوك الدولية قد تناولت هذه المسائل مشددة على استقلال

ونزاهة السلطة القضائية وحيادها وداعية الدول لتكون نظمها وقوانينها الداخلية في تناغم مع مقتضيات هذه المعاهدات والصكوك، وهو ما عملت عليه البلاد التونسية بتكريسها لمجموعة المبادئ المتعلقة بأخلاقيات السلوك القضائي في تشريعها الوطني.

**2) النظام القانوني لأخلاقيات القضاة في تونس**

بادئ ذي بدء يتعين ملاحظة غياب مدونة سلوك للمهن القضائية في تونس ولا قانون خاص بالأخلاقيات القضائية أو وثيقة تجمع كل القواعد المتعلقة بالآداب والأخلاقيات الواجب توفرها في القضاة وبقية ممارسي المهن القضائية عند أدائهم المهام الموكولة لهم وتصرفاتهم داخل المحكمة وخارجها ولا حتى ميثاق شرف أو عهد خاص بين القضاة يتناول مسلك القاضي الأخلاقي وتصرفاته المهنية والاجتماعية.

علما وأن السلطة التنفيذية كانت أعدت مشروع مدونة سلوك إلا أنه لم ير النور نتيجة تحفظ كافة مكونات المجتمع المدني تحسبا من التعدي على استقلالية القضاء بترتيب جزاءات تأديبية في صورة الإخلال بأحد الواجبات الواردة به، وقد كان من الممكن اختيار إعداد وثيقة جامعة للمبادئ الأخلاقية تتضمن قواعد عامة مستقلة عن النظام التأديبي أو إعلان حول مبادئ السلوك المهني على نحو ما ذهب إليه المجلس الاستشاري للقضاة الأوروبيين في رأيه المؤرخ في 2002/11/19 الموجه إلى مجلس الوزراء بمجلس أوروبا باعتبار هذا الحل يضمن أكثر حماية استقلال القضاء باستعماله كأداة مراقبة ذاتية أكثر منه كأداة تسمح بالمساءلة، ولكن تم الاختيار على إعداد مدونة وأوكل الفصل 42 من القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء والمؤرخ في 2016/4/28 إلى المجلس الأعلى للقضاء هذه المهمة.

إلا أن هذا الغياب لا يعني فقدان هذه القيم والمبادئ الأخلاقية وإنما نجدها في نصوص متناثرة ومتفرقة ذات طبيعة قانونية مختلفة، ففي حين نجد المبادئ العامة المتعلقة بالاستقلالية والحياد والنزاهة في الدستور، ينص القانون الأساسي للقضاة على الواجبات المحمولة على القاضي والتي نستشفها من القسم الذي يؤديه حال مباشرته لمهامه وهو التالي: "أقسم بالله العظيم أن أقوم بوظائفي بكل حياد ونزاهة وأن ألتزم بعدم إفشاء سر المفاوضة أثناء تولي القضاء وبعده وأن يكون

سلوكي سلوك القاضي الأمين الشريف"، كما نجد مجموعة القواعد الأخلاقية الواردة بمدونة بنغالور مكرسة في مختلف المجلات القانونية وخاصة منها الإجرائية.

فنجد المبدأ الأول المتعلق بالاستقلال مكرسا بالفصل 102 من الدستور التونسي الجديد الذي أقر استقلال القضاء كسلطة وليس كوظيفة تقوم بها المحاكم فنص على "أن القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات"، ومن تجليات هذا الاستقلال إقرار الدستور الجديد باستقلال السلطة القضائية هيكليا وماليا وإداريا، بإشراف مجلس أعلى للقضاء يتمتع بالاستقلال الإداري والمالي والتسيير الذاتي على حسن سير القضاء واحترام استقلاله وقد نص الفصل الأول من القانون الأساسي للمجلس الأعلى للقضاء الصادر في أفريل 2016 على أنه يقوم بهذا الدور طبق أحكام الدستور والمعاهدات الدولية المصادق عليها، وتمثل المحكمة الدستورية ضمانة أولى لاستقلال القضاء لإمكانية الطعن أمامها في القوانين التي تمس استقلال القضاء.

كما أقر نفس الفصل 102 الاستقلال على الصعيد الشخصي للقضاة حين نص على أن "القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون. ومن الضمانات التي وضعها المشرع الدستوري لذلك تحجير كل تدخل في سير القضاء (الفصل 109 من الدستور) وإقرار الحصانة الجزائية القضائية وعدم نقلة القاضي إلا برضاه (الفصل 107 منه) فيما يدعم هذه الضمانات مبدأ حماية الأمن الجسدي للقضاة المكرس بالقانون الأساسي للقضاة، ويضاف بطبيعة الحال إلى هذه الضمانات الأمن الاقتصادي للقضاة فلا شك أن تأمين مرتب كاف ومحترم للقاضي أمر أساسي في دعم استقلاله.

فيما اقتضى الفصل 45 منه على أن المجلس يبتّ في المسار المهني للقضاة الراجعين إليه بالنظر من تسمية وترقية ونقلة، كما يبتّ في مطالب رفع الحصانة ومطالب الاستقالة والإلحاق والإحالة على التقاعد المبكّر والإحالة على عدم المباشرة وفق أحكام الأنظمة الأساسية للقضاة. ويعتمد المجلس القضائي عند النظر في المسار المهني للقضاة على مبادئ تكافؤ الفرص والشفافية والكفاءة والحياد والاستقلالية. ويراعي لهذه الغاية المقتضيات والمبادئ الواردة بالدستور والمعاهدات الدولية والمعايير والشروط المنصوص عليها بالأنظمة الأساسية للقضاة.

وإن أهم ضمانة للاستقلال تتمثل في تعهيد كل من الدستور والقانون الأساسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء بالبت في المسار المهني للقضاة من تعيين ونقل وترقيات بما يحمي القاضي من أي

تدخل من السلطة التنفيذية، فالقاضي يجب أن يكون مطمئنا على مساره المهني وعلى عدم نقلته بصفة تعسفية.

كما أن تركيبة المجلس المتضمنة لقضاة منتخبين وآخرين معينين بالصفة ولمحامين وأساتذة جامعيين تمثل ضمانة أخرى للقضاة.

وفيما يعد تكريس مبدأ استقلال القضاء والقضاة مبدأ حمائيا للأفراد وللجهاز القضائي، تأتي بقية المبادئ في شكل واجبات محمولة على القضاة.

فأما في خصوص المبدأ الثاني المتعلق بالحياد فقد أوجب الدستور الجديد في فصله 103 على القاضي أن يلتزم الحياد واقتضى أنه "يشترط في القاضي الكفاءة ويجب عليه الالتزام بالحياد والنزاهة، وكل إخلال منه في أداءه لواجباته موجب المساءلة". فقد ربط المشرع هنا مبدأ الحياد بالنزاهة.

والحياد يضمن المساواة بين أطراف الدعوى وهو يفترض حياد القاضي الذاتي وعدم تحيزه بأن يكون القاضي على مسافة واحدة من أطراف الدعوى من دون أي فكرة أو نظرة مسبقة وأن يكون منزهًا عن التعصب الديني والعرقي والسياسي والجهوي وفق ما أكد عليه الفصل 23 من القانون الأساسي للقضاة الذي نص على أن : "على القضاة أن يقضوا بكامل التجرد وبدون اعتبار للأشخاص أو المصالح وليس لهم الحكم في قضية استنادا لعلمهم الشخصي ولا يمكنهم المناضلة شفويا أو كتابة ولو بعنوان استشارة في القضايا التي تهمهم شخصيا"، من جهة وحياده في سير ومجريات الدعوى باحترام مبدإ المواجهة في الدعاوى المدنية وحق الدفاع في المحاكمة الجزائية، والامتناع عن الحكم بما ليس مطلوبًا أو الاستناد إلى أسباب قانونية لم يناقشها أطراف الدعوى أوإلى أسباب واقعية وصلت إلى علمه الشخصي من خارج الملف. وفق ما نص عليه الفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية من أنه "ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم" من جهة أخرى.

وأما المبدأ الثالث المتعلق بالنزاهة فهو يأتي في قمة هرم الخصال التي يجب أن يتحلى بها القاضي. فهي بموجب مبادئ بنغالور أساسية لأداء مهام المنصب القضائي بطريقة سليمة. والنزاهة في علاقة دائمة مع بقية المبادئ تتأثر بها ولا يمكن أن تتوفر في غيابها. فمثلا النزاهة لا تقوم في غياب الحياد والاستقلالية المؤسساتية للسلطة القضائية في حين تمثل الاستقلالية في نفس الوقت نتيجة لنزاهة القاضي وحياده كفرد. ولقائل أن يقول أن القاضي يمكنه أن يتخطى جميع الصعوبات ويتشبث

بمبادئه ويحافظ على نزاهته رغم عدم توفر الاستقلالية فقد يكون القاضي شريفا نزيها ولكن المنظومة القضائية بما تعانيه من صعوبات كتعقد الإجراءات وصعوبة الوصول إلى العدالة بما يسمح للطرف القوي صاحب الإمكانيات بالتلاعب بتلك الإجراءات لإضاعة حق الطرف الآخر، أو نقص تكوين القاضي أو عدم اختصاصه في بعض المواد بما قد لا يسمح له رغم الاجتهاد بالتوصل إلى الحل المناسب، أو عدم استقرار الحل المعتمد بين درجتي التقاضي سواء بسبب اختلاف الاتجاهات أو بسبب اختلاف درجات التشبث بالأخلاقيات والشعور بالمسؤولية بين القضاة سيؤثر حتما على النظرة العامة إلى نزاهة القضاء. وإن نظرة المتقاضي إلى القضاء تربط كل خلل في نظام العدالة بغياب النزاهة ولا يعنيها ما عدا ذلك من مشاكل هيكلية أو إدارية تهم علاقة القاضي بإدارته أو علاقة الجهاز القضائي أو السلطة القضائية ببقية السلط.

وقد أكد الدستور الجديد صلب الفصل 103 منه على أن يلتزم القاضي بالنزاهة، وكل إخلال منه في أدائه لواجباته موجب للمساءلة". ويشترط في توفر النزاهة القضائية شرطان اثنان: الأول ذاتي بحيث أنه لا ينبغي لأي عضو من أعضاء المحكمة أن تكون له أفكار شخصية مسبقة أو تحيز ونزاهته الشخصية مفترضة ما لم يكن هناك دليل على عكس ذلك، والثاني موضوعي يتمثل في وجوب أن توفر المحكمة الضمانات باستبعاد أي شك مشروع يُثار في نزاهتها أو نزاهة قضاتها .

ويعد تنظيم اختصاص المحاكم القضاء العدلي المدني والجزائي في تونس بوضوح ودقة وتكريس مبدأ وجوبية تعليل الأحكام في مجلتي المرافعات المدنية والتجارية والإجراءات الجزائية وبعض المجلات الأخرى وقابلية الأحكام لطرق الطعن والاعتراض والتماس إعادة النظر والمراجعة والمسؤولية عن الأعمال القضائية وسهولة اللجوء إلى القضاء وحق الدفاع وقرينة البراءة ومبدأ المواجهة وسرية التحقيق ضمانا للشفافية والنزاهة القضائية على المستوى المؤسساتي، فيما يمثل إرساء وجوبية التصريح الدوري والإلزامي عن الدخل والممتلكات ضمانا للنزاهة على المستوى الشخصي وقد أوجب الفصل 11 من الدستور الجديد على كبار موظفي الدولة التصريح بمكاسبهم ويخضع القضاة التونسيون لمقتضيات قانون عدد17 المـؤرخ في 10 أفريل 1987 المتعلق بالتصريح على الشرف بالمكاسب.

ومن بين المبادئ التي أسالت الكثير من الحبر لعدم وضوح معالمها يأتي المبدأ الرابع المتعلق باللياقة، فقد شددت مبادئ بانغالور للسلوك القضائي عل لياقة القاضي والابتعاد عن كل المظاهر المنافية لها سواء كانت فعلية أو ظاهرة واعتبرت أنه على القاضي أن يتحلى بسلوكيات تجعله في منأى عن الشبهات حتى يكون محل ثقة، فعليه أن يكون أمينا، محايدا وأن يتصرف بشكل يحافظ به على هيبة القضاء وحياده واستقلاله، وهذه السلسلة من الأخلاقيات لا تهم الواجبات المهنية الواضحة كالحياد واحترام مبدأ المواجهة واحترام القانون وحماية الحريات الفردية والتحفظ والتي يؤدي الإخلال بها إلى المساءلة وإنما تهم التصرفات الشخصية للقضاة سواء عند مباشرتهم لمهنتهم أو في حياتهم الشخصية وتبقى في الواقع صعبة التحديد كما يصعب تصور وضع جزاء على عدم احترامها لما يشكله ذلك من خطر التعدي على استقلالية القضاة خاصة إذا كان التتبع التأديبي راجعا بالنظر إلى السلطة التنفيذية.

ولكننا نجد في اليمين التي يؤديها القاضي التونسي مظهرا من مظاهر مبدأ اللياقة وهو قسمه بأن "يكون سلوكه سلوك القاضي الأمين الشريف"، وهو ما يقتضي أن يتجنب كل عمل أو سلوك من شأنه المس بشرف المهنة، كما نجد الفصل 24 من القانون الأساسي للقضاة ينص على أنه على القاضي تجنب كل عمل أو سلوك من شأنه المس بشرف المهنة."

والملاحظ هنا أنه يصعب تعريف سلوك القاضي الذي يمس من هيبة القضاء وشرفه ويعتبر بالتالي سلوكا غير لائق أمام غياب فقه قضاء للمجلس الأعلى للقضاء في مادة التأديب.

أما المبدأ الخامس المتعلق بالمساواة، فقد أقره الدستور التونسي معتبرا أن كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز، الفصل 21 من الدستور وأن " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول والمتقاضون متساوون أمام القضاء" (الفصل 108)، وتتجلى المساواة أمام القضاء من خلال إقرار المساواة في حق المقاضاة ووحدة المحاكم والقواعد المتبعة لديها والحق بالرجوع إلى المراجع الأعلى للطعن بالأحكام. ولكن هذا المبدأ ولئن بدا واضحا لا خلاف فيه فإن تكريسه على أرض الواقع يرتبط بمدى توفر معطيات أخرى كتطور إدارة القضاء وسهولة النفاذ إلى العدالة للجميع على حد السواء، وإن الأمر لم يعد رهين مجانية التقاضي ومدى

تقريب القضاء جغرافيا من المواطن وإنما يتعدى ذلك إلى اعتبارات أخرى كتوحيد كلمة القانون بين القضاة وهو من مهام المحاكم العليا وسهولة الولوج إلى المعلومة القانونية والقضائية بفضل توفير المعلومة الالكترونية وسبل إرشاد المواطنين.

وأخيرا في خصوص المبدأ السادس المتعلق بالاختصاص والحرص، فقد اشترط الفصل 103 من الدستور التونسي الجديد أن يكون القاضي كفؤا أي قادرا أن يؤدّي كافة واجباته القضائية، بما يكون معه من واجب القاضي العمل على تعزيز معارفه ومهاراته وصفاته الشخصية ومن واجب السلطة القضائية أو الجهاز المشرف على تكوين القضاة توفير فرص دعم القدرات .

فأما على مستوى الاختصاص أو الكفاءة نجد نظام تعيين القضاة في تونس يبتدئ بدخول القاضي إلى المعهد الأعلى للقضاء بعد أن يجتاز امتحانً قبول عام وتنافسي تحكمه شروط موضوعية تتعلق بالكفاءة العلمية والسن ونقاوة السوابق العدلية، وأما على مستوى واجب الحرص فقد شدد الفصل 108 من الدستور على أن تكون لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول بما يقتضي الحرص من القاضي على هذه المقومات، ومن ذلك ما أوجبه المشرع في مجلة المرافعات المدنية والتجارية من تحرير النسخة الأصلية للحكم في أجل لا يتجاوز عشرة أيام من صدوره، وما أوجبته مجلة الإجراءات الجزائية على قاضي التحقيق من البحث بدون توان عن الحقيقة ومعاينة جميع الأمور التي يمكن أن تستند عليها المحكمة لتأييد حكمها .

فإن كان هذا مستوى إقرار مبادئ بنغالور في تونس على الصعيد التشريعي، فما هي آليات مكافحة المظاهر المنافية لهذه المبادئ في المجال القضائي على أرض الواقع.

**ثانيا : آليات مكافحة مظاهر الفساد في المجال القضائي**

تنقسم هذه الآليات إلى مجموعة من التدابير التشريعية والمؤسساتية لجزء منها طابع وقائي فيما للجزء الآخر طابع ردعي.

**1) التدابير الوقائية**

إلى جانب إقرار المبادئ الأخلاقية للمهن القضائية على المستوى التشريعي والذي يعد الأساس في تحديد الحقوق والواجبات والمسؤوليات، فإن النزاهة القضائية تكتسب من المبادئ التربوية

والتعليمية والتدريبية التي يتلقاها القاضي منذ بداية حياته وتتدعم بالتكوين الأساسي والمستمر في هذه المادة في المعهد الأعلى للقضاء منذ انتدابه، والأمر سيان بالنسبة للقضاة ولبقية مساعدي القضاء من عدول وكتبة.

- تدريس مادة أخلاقيات القضاة بالمعهد الأعلى للقضاء : لقد كانت الأخلاقيات تتوارث بين القضاة عبر الأجيال فكان القضاة الكبار يدربون القضاة الملحقين ويربونهم على الخصال والصفات والقيم التي يجب التحلي بها لممارسة العمل القضائي، فكانوا النموذج والمثال في نظر القضاة الناشئة، وهو ما يبقي الأمر رهين الأخلاقيات التي يتحلى بها القاضي المدرب. لذا فقد أصبحت مادة أخلاقيات القضاة تدرس بالمعهد الأعلى للقضاة منذ سنة 1990، ويمثل هذا الدرس أحد الدروس الأساسية بالمعهد ولا يقتصر هذا على البعد النظري وإنما يتم تناول وضعيات تطبيقية يتم إعتمادها كأساس للنقاش ويساهم هذا الدرس تبعا لذلك في تكوين القاضي من هذا الجانب.

- دعم القدرات المهنية للقضاة : إن القانون مجرد والقاضي هو الذي يكيف الوقائع ويطبق القانون المناسب وعليه أن يصدر أحكام معللة ومفهومة وواضحة حتى يفهمها المتقاضي ويتقبلها ويجب أن تكون نافذة لأن القضاء الناجز هو الذي يؤثر على نظرة المواطن إلى جهاز العدالة بجميع فروعه، لهذا وجب أن يكون تكوين القاضي المهني والذاتي على المستوى المطلوب متماشيا مع التطور الحاصل في المادة القانونية .

- التركيبة الثلاثية للمحكمة

- التقاضي على درجتين

- وضع سياسة تشريعية واضحة وسياسة عقابية فيما يتعلق بالحقوق والواجبات وترتيب المسؤوليات عن الإخلال بالواجبات المهنية أو الأخلاقية، وفي هذا الإطار نجد الفصل الثاني من المرسوم المتعلق بمكافحة الإرهاب يعرف مفاهيم الرشوة والنزاهة والشفافية والمساءلة، ومن ذلك أنه يعرف النزاهة بأنها مجموعة من المبادئ والسلوكيات التي تعكس التقيد بمقتضيات القانون ومقاصده وتجنب تضارب المصالح والامتناع عن أي عمل من شأنه المساس بثقة العموم في صحة وسلامة الأداء أو السلوك ومطابقته للضوابط التي تحكمه، فيما يعرف الفساد بأنه سوء استخدام السلطة أو النفوذ أو الوظيفة للحصول على منفعة شخصية. ويشمل الفساد خاصة جرائم الرشوة بجميع أشكالها في

القطاعين العام والخاص والاستيلاء على الأموال العمومية أو سوء التصرف فيها أو تبديدها واستغلال النفوذ وتجاوز السلطة أو سوء استعمالها والإثراء غير المشروع وخيانة الأمانة وسوء استخدام أموال الذوات المعنوية وغسل الأموال .

ومن الضمانات القانونية الوقائية لخرق واجب النزاهة والحياد في المجال القضائي المـوانع الواردة بمجلة الالتزامات والعقود بعض الفصول التي حجرت على القضاة التملك بالشراء أو بالإحالة شيئا من الحقوق محل نزاع لدى المحاكم التي يباشرون فيها عملهم سواء كان ذلك باسمهم أو باسم غيرهم، وتلك الواردة بالقانون الأساسي للقضاة كعدم الجمع بين وظيفة القاضي وأي وظيفة عمومية أخرى أو أي نشاط مأجور أو ممارسة نيابة انتخابية كما لا يمكن تسخير القضاة للقيام بتكاليف عمومية خارجة عن وظيفتهم ما عدا الخدمة العسكرية، وتلك المكرسة لمبدأ عدم تضارب المصالح بين القاضي والمتقاضين بعدم مشاركته في الأعمال القضائية التي تكون له فيها أو لأحد أفراد عائلته خصوم، أو لهم فيها مصلحة مادية أو كانوا قد باشروها أو وقع سماعهم فيها بصفة خصوم على معنى الفصل 248 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وتلك المنظمة لإجراءات التخلي بموجب التجريح عملا بالفصلين 249 و250 من نفس المجلة والفصلين 296 و304 من مجلة الإجراءات الجزائية، كإجراء استجلاب ملف القضية الذي أجازه الفصل 294 من مجلة الإجراءات الجزائية بنقل القضية من محكمة إلى أخرى لدفع شبهة جائزة أو إذا وجد سبب يبرر الارتياب بحياد المحكمة أو كان من شأن نظر الدعوى لدى إحدى المحاكم أن يحدث اضطرابًا في الأمن .

ولكن يجب الانتباه في استعمال هذا الإجراء وعدم الخضوع إلى التلميحات أو الاتهامات الباطلة أو الغير مؤيدة حتى يقع سحب الملف من قاضي نزيه لتجنب التعليقات أو يتخلى عنه خشية من المؤاخذة حتى لا يصبح ذلك من قبيل المساس بالاستقلالية رغم أنه في الواقع يمكن أن يؤدي المساس بنزهة القاضي علنا إلى فقدانه لموضوعيته وصدقه واستقلاليته وحياده أمام الملف. وهنا يجب الاختيار بين الحفاظ على استقلالية القضاء والحفاظ على استقلالية القاضي.

- وضع آليات للمراقبة وتلقي الشكايات ضمانا لحقوق المتقاضين والقضاة في نفس الوقت أمام ما يمكن أن يلحقهم من تشويه، فإما تقدم هذه الشكايات مباشرة إلى التفقدية التي تقوم بالبحث في جديتها أو أن تصل عن طريق مكتب العلاقات مع المواطن أو بمناسبة تقرير المواطن الرقيب.

وقد أوكل القانون هذه المهمة فيما يخص النظام القضائي إلى تفقدية وزارة العدل بمقتضى الأمر عدد 92 لسنة 1992 وأعدت الوزارة قانونا جديدا في هذا الخصوص يتماشى مع مقتضيات قانون المجلس الأعلى للقضاء والصلاحيات التي أصبح جانبها المتعلق بالتأديب راجعا إلى المجلس.

وتقوم التفقدية بدور متابعة دائمة لنشاط جملة محاكم الأصل، وهي التي تحلل الإحصائيات وتبحث عن الحلول لتحسين مردودية القضاء وفعاليته.

-التشجيع على التبليغ عن حالات الفساد وقد اقتضى الفصل 11 من المرسوم المتعلق بمكافحة الفساد أنه يجب على الدولة التشجيع على التبليغ عن حالات الفساد بنشر الوعي الاجتماعي بخطره والتقليص من العراقيل القانونية والعملية التي تمنع كشفه وإثباته وإقرار تدابير لحماية الضحايا والشهود والمبلغين .

-دعم الدور التحسيسي من المجلس الأعلى للقضاء والتفقدية العامة بوزارة العدل بمقتضى المناشير والمذكرات فيما يتعلق بالتقيد بآداب وسلوكيات القضاء.

-نشر فقه القضاء في مادة أخلاقيات القضاة وتأديبهم في تونس سواء تعلقت بإخلال بالواجبات المهنية أو بالتصرفات السلوكية داخل المحكمة وخارجها بما يساعد على توحيد المفاهيم والممارسات والقراءات المتعلقة بالقواعد الأخلاقية.

-دعم مؤسسة الإرشاد القضائي ومكاتب الاستقبال بالمحاكم وتسهيل حصول المواطن على المعلومة القانونية والقضائية.

-إعداد مدونة سلوك تساهم في نشر ثقافة واضحة المعالم والحدود: ففضلا عن قانون المجلس الأعلى للقضاء الذي أوكل للمجلس هذه المهمة، فقد أوجب الفصل 6 من المرسوم الإطاري عدد 120 المؤرخ في 11/14/ 2011 المتعلق بمكافحة الفساد على الهياكل العمومية والأشخاص المكلفين بتسيير مرفق عمومي اعتماد مدونات سلوك تحدد واجبات مستخدميها وحقوقهم، وأدلة إجراءات تحدد بدقة ووضوح شروط وإجراءات إسداء الخدمات، ومبادئ توجيهية لمنع الفساد ونظم ملائمة لمكافحته طبقا لإطار عام يحدد بالتنسيق مع الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد التي أنشأها نفس المرسوم.

-إدخال إصلاحات مؤسساتية تضمن تحقيق الشفافية وكسب ثقة المواطن: وهو ما يتطلب تقييما للوضع وبيان أسباب وحالات الفساد وأشكاله وتيسير كشفها وتحديد الأشخاص المعنيين به ومختلف التداخلات بينهم ووضع نظام للتقييم والمحاسبة والمساءلة والمعاقبة، وقد اقتضى الفصل 4 من مرسوم مكافحة الفساد في هذا الإطار أن الدولة تضمن تنفيذ سياستها في مجال مكافحة الفساد وذلك بوضع النصوص القانونية والترتيبية المستوجبة والآليات التي تضمن احترامها وباتخاذ التدابير والإجراءات العملية لتعزيز النزاهة والشفافية والمساءلة واحترام القانون.

ومن بين ما تعمل عليه وزارة العدل في هذا المجال رقمنة المنظومة القضائية بما يضمن وضع نظام شفاف لتوزيع الملفات ولسير الإجراءات، وقد تم على الصعيد الوطني وضع استراتيجية كاملة لمكافحة الفساد 2016-2020 من أجل إرساء نظام وطني مبني على النزاهة فاقتضى الفصل 5 من المرسوم المتعلق بمكافحة الفساد أن الدولة تضمن إقرار برنامج شامل لتبسيط الإجراءات الإدارية وتعصيرها خاصة عن طريق اعتماد تكنولوجيات الاتصال والمعلومات في إسداء الخدمات الإدارية وترشيد التصرف في الموارد والنفقات والمشتريات العمومية، وأوكل للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد مهمة اقتراح سياسات مكافحة الفساد، وجمع المعطيات ونشر ثقافة محاربة الفساد وتلقي الشكايات والإشعارات والبحث في الحالات التي تصلها ثم إحالتها على القضاء .

**2) الوسائل الردعية**

- المسؤولية التأديبية : يعتبر إخلال كل قاض بواجباته وكل عمل صادر عنه يمس الشرف أو الكرامة أو الأدب خطأ يعاقب عليه تأديبيًا فقد جاء بالفصل 103 من الدستور الجديد بأن كل إخلال من القاضي في أدائه لواجباته موجب للمساءلة. كما نص الفصل 50 من القانون الأساسي للقضاة أن كل عمل من شأنه أن يخل بواجبات الوظيفة أو الشرف أوالكرامة يقوم به القاضي يتكون منه خطأ موجب للتأديب. ولكن وضع القانون في مقابل ذلك نظاما خاصا بالتأديب والعزل والإعفاء وضبط حالاتها وضماناتها ومنها تعليل المجلس للقرار وقابليته للطعن أمام المحكمة الإدارية.

-المسؤولية الجزائية : نظمت المجلة الجزائية القواعد الخاصة بالإرشاء والارتشاء من الفصل 80 إلى الفصل 94 وخصت القضاة بثلاثة فصول منها مع تشديد العقاب في شأنه، كما عاقبت كل قاض لم

يجرح في نفسه بعد قبوله علانية أو خفية ممن هو طرف في قضية منشورة لديه أشياء أو قيما أو أي مبالغ مالية أخرى.

وفي مقابل ذلك أعفت المجلة من العقاب المرتشي أو الواسطة الذي قبل كل محاكمة يخبر من تلقاء نفسه بالارتشاء ويأتي في آن واحد بما يثبت ذلك.

أما بقية موظفي العدالة فيعاقبون بنفس العقاب المقرر لموظفي الدولة ولعل الاتجاه الذي يفرض نفسه ونحن على أبواب تنقيح المجلة الجزائية هو تشديد العقاب بالنسبة لكامل قطاع العدالة لما يتسم به من حساسية.

ونجد في المقابل نصا يعاقب القاضي عند نكرانه العدالة ويسلط عليه خطية مالية إذا امتنع لأي سبب كان ولو لسكوت أو غموض القانون عن القضاء بين الخصوم بعد طلبهم ذلك منه ويستمر على امتناعه بعد إنذاره أو أمره من قبل رؤسائه.

-المسؤولية المدنية وإجراء مؤاخذة القضاة : يمكن أن يؤاخذ القاضي مدنيا إذا توجهت عليه مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضرر،أو صورة الغرر أو الاحتيال أو الارتشاء، أو إذا توجهت عليه مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضرر مدنيا، وتختص محكمة التعقيب بالنظر في مطالب مؤاخذة الحكام.

ختاما كلنا يعلم أن القاضي ليس في منأى عن التأثيرات الخارجية والضغوطات والتهديدات والرشوة والتدخل سواء من بقية السلطات أو الإعلام أو الرأي العام وحتى التجمعات المهنية الخاصة بالقضاة أنفسهم وكل هذه المخاطر تؤثر على نظرة المواطن إلى القضاء وثقته في دولة القانون لهذا فإن الدول تجد نفسها أمام واجب أكيد يتمثل في وضع أنظمة ناجعة لمكافحة كل أنواع المساس بنزاهة القضاء والقضاة وممارسي المهن القضائية.

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى ما سمي بكتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم الذي يرجع إلى 1400 سنة خلت، إلا وهو رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري حين ولاه أمر القضاء في البصرة لما فيها من معاني نبيلة لطالما مثلت في تونس أساسا لنقل المبادئ الأخلاقية والسلوكية القضائية المتعلقة بالنزاهة إلى القضاة الجدد ونصها الآتي :

«أما بعد، فإن القضاء فريضة مُحكَمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلّم بحق لا نفاذ له، آس الناس في وجهك ومجلسك وقضائك (المساواة)، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك (الاستقلالية)، البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه (الحرص)، فإن بينه أعطيته حقه، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر، وأجلى للعمى، ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فيه، فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض في الشهادة إلا مجلوداً في حدٍ أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة، فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان، ثم الفهم (العلم والاختصاص) فيما أدلي إليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال، ثم اعتمد أحبها إلى الله فيما ترى وأشبهها بالحق، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة والتنكر (اللياقة)، فإن القضاء في مواطن الحق يوجب الله به الأجر، ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزيّن لهم بما ليس في قلبه شانه الله (النزاهة والحياد)، فان الله لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصاً، وما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته .»

# الـوصول إلى العدالة للجميع

الرّئيس الأوّل : السيّد الهـادي القديري

مكتب الرّئيـــس الأوّل :

- السيدة رجــاء بوسمــة
- * **السيد حاتم بن جماعة**
- السيد بديع بن عبـــاس

يحظى موضوع تسهيل الوصول إلى العدالة بأهمية كبرى لارتباطه بتعزيز الثقة في النظام القضائي وضمان الشفافية، ولذلك فقد أصبح يندرج ضمن معايير فعّالية الأنظمة القانونية والقضائية.

فضمان الوصول بيسرإلى عدالة جيدة يعتبر المرتكز الأساس لجميع آليات حماية حقوق الإنسان، وهو بذلك حقا أساسيا وشرطا أوّليًا لضمان التمتع الفعلي بكل الحقوق التي تكفلها المعايير الوطنية والدولية، فبدون تمكين جميع الأفراد من النفاذ إلى العدالة لحل نزاعاتهم واسترجاع حقوقهم، تفقد هذه الأخيرة قيمتها وتبقى مجرد إقرار لا تجسيد له على أرض الواقع. لذلك لا يمكن تصور حماية جديّة للحقوق في غياب حماية العدالة لها، ومن أجل ذلك تسعى كل الدول لتنظيم الإلتجاء إلى القضاء والعمل على إزالة عوائق الوصول إلى العدالة.

فعلى المستوى الوطني كفلت أحكام الفصل 108 من الدستور التونسي[1] صراحة، ولأول مرة في الدساتير التونسية المتعاقبة، حق الوصول إلى العدالة[2]، إذ جاء ناصا على :

[1] صادق المجلس الوطني التأسيسي التونسي بجلسته العامة المنعقـدة بتـاريـخ 25 ربيـع الأول 1435 المـوافـق لـ 26 جانفي 2014 على دستور الجمهورية التونسية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 10 فيفري 2014، عدد خاص.

[2] مرت البلاد التونسية بتجربة دستورية أولى لإصدار دستور 1861 الذي احتوى أهم المبادئ المضمنة في ميثاق عهد الأمان الصادر عن الباي في سنة 1857، وهما وإن تضمنا الحق في القيام وإمكانية اللجوء إلى التقاضي، إلا أنهما لم يكرسا صراحة حق جميع الافراد في الوصول إلى العدالة بيسر وتكفل الدولة بضمان ذلك. أما دستور الجمهورية التونسية لسنة 1959 فرغم إقراره للعديد من الحقوق والحريات ورغم تنصيصه على التمسك بالقيم الإنسانية المشاعة بين الشعوب التي تدين بكرامة الإنسان وبالعدالة وبالحرية إلا أنه صمت عن التنصيص صراحة على الحق في الوصول إلى العدالة الذي يعد أحد الحقوق الإنسانية.

أن «لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول. والمتقاضون متساوون أمام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان وييسر القانون اللجوء إلى القضاء ويكفل لغير القادرين ماليا الإعانة العدلية.»

أما دوليا، فقد أصّلت المنظومات الدولية لحماية حقوق الإنسان هذه الفكرة بالعديد من وثائقها، فالمادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، كما فسرتها اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام رقم 32، تؤمن قاعدة معياريةصلبة من أجل التكفل بمختلف الرهانات المتعلقة بالوصول إلى العدالة،والشروط المعيارية الدنيا والأولية لضمان الوصول العادل للعدالة.كما ألّحت المجموعة الدولية ضمن القرار 1/67 الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 24 سبتمبر 2012 بشكل خاص على حق الولوج إلى العدالة، وعبرت على ذلك من خلال التأكيدعلى عزمها ضمان "حق الجميع، بمن فيهم الأفراد المنتمون إلى فئات مستضعفة، في اللجوء إلى العدالة على قدم المساواة."

وتضمنت المادة الثامنة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[1]، من جهة أخرى، على أن «تتعهد كل الأطراف بأن تكفل توفير سبيل فعّال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه وحرياته المعترف بها في هذا العهد.» وفي نفس الإتجاه، حث إعلان جوهانسبرغ حول تطبيق مبادئ الأمم المتحدة بشأن الحصول على المساعدة القضائية في نظم العدالة الجنائية الدول على إدماج النفاذ إلى العدالة والحصول على المساعدة القضائية ضمن أهداف برنامج التنمية لما بعد 2015.

ولم تخل النصوص الإقليمية أيضا من تكريس هذا الحق، فقد أكد الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان المعتمد في نيروبي في 27 جوان 1981 على الحق في التقاضي واللجوء إلى المحاكم ذات الإختصاص. أما اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي[2] فقد اقتضت فضلا على حق مواطني كل طرف بالقيام أمام عدالة بلدان الأطراف الأخرى[3]« تمتع مواطنو الأطراف المتعاقدة بالحق في الحصول على المساعدة القضائية.»[4]

---

[1] صادقت عليه تونس بموجب القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 28 نوفمبر 1968.

[2] تم توقيعها براس لانوف بليبيا في المدة الفاصلة بين 2 و10 مارس 1991، وقد صادقت عليها تونس بمقتضى القانون عدد 3 لسنة 1991 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991.

[3] الفصل 9 من القسم الثاني من الإتفاقية.

[4] الفصل 11 من الإتفاقية. وما تجدر الإشارة إليه أن هذا الموضوع يحضر بقوة، من جانب آخر،ضمن أجندة الفاعلين الدوليين في مجال حقوق الإنسان، كما يؤكد ذلك على سبيل المثال، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي الخاص بالتمكين القانوني للفقراء، ومختلف برامج هيئة الأمم المتحدة للمرأة المتعلقة بدعم ولوج النساء إلى العدالة، وإعلان لجنة الحقوقيين الدولية في 12 ديسمبر 2012 المتعلق بالولوج إلى العدالة والحق في الإستئناف ضمن الأنظمة

ولما كانت الدولة هي التي يرجع لها في الأصل أداء الوظيفة القضائية، فلا يسعها الاكتفاء بالمصادقة على المواثيق الدولية وإصدار التشريعات الضابطة لحقوق الأفراد وواجباتهم فحسب، بل لا بد من إقرار نظام عدلي شامل يضمن ممارسة تلك الوظيفة ويكرس تأطير وتفعيل الحق في القاضي والحق في المحاكمة العادلة والحق في التنفيذ، وذلك تجسميا للخيارات الدستورية وللمواثيق الدولية المشار إليها، حتى يحقق القضاء بوصفه مرفقا عاما غاياته النفعية لفائدة مستخدميه.

ولأن الوظيفة القضائية نفعية، كان لابد من ضمان فاعليتها بالعمل على رفع الحواجز والصعوبات التي تحول دون الوصول الأمثل إليها، وهكذا تتحدد معالم هذه الدراسة من خلال تحليل صعوبات الوصول إلى العدالة في مرحلة أولى، وهي صعوبات عامة بمعنى أنها تنطبق على أغلب الأنظمة القانونية(I)، لنتطرق في مرحلة ثانية إلى كيفية تجاوز القانون التونسي لها وتأمينه الولوج والنفاذ إليها(II).

## I- الصعوبات العامة للوصول إلى العدالة

لا يمكن للشخص أن يسترجع حقه المسلوب بنفسه[1]، أي لا يمكن له أن يستند لمنطق القوة والأخذ بالثأر أو السعي لنيل ذلك بالوسائل الخاصة، بل لابد من رفع الأمر إلى القضاء بوصفه الجهاز الرسمي الذي يوفر استرجاع الحقوق. فالدولة التي تمنع على الأفراد الإقتصاص الفردي ملزمة بتوفير البديل لذلك[2]، فأصبح من واجبها تقديم الخدمات القضائية لمن يطلبها وتأمين الحق في الوصول إلى العدالة للجميع. غير أن إقرار التشاريع الحديثة لهذا المبدأ لم يلازمه رفعا لجميع عوائق الوصول إلى العدالة، سواء منها المادية (أ) أو القانونية (ب)

### أ- الصعوبات المادية

تظهر الصعوبات المادية على مستوى الخدمات القضائية (1)، وعلى مستوى كلفة التقاضي (2).

---

الدولية لحقوق الإنسان، وأشغال الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان حول الضحايا والوصول إلى العدالة، وكذلك أعمال المنظمة غير الحكومية «وورلد جاستيس بروجاكت" World Justice Project.

[1] وهو ما اقتضاه الفصل 555 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية عندما نص على أن "التعدي على الشخص لا يكون وجها له في الإضرار بغيره".

[2] يعد حق المواطن في اللجوء إلى العدالة في حد ذاته تطورا هاما لما كان سائدا في بعض المجتمعات القديمة التي كانت قائمة على الفوارق الاجتماعية، فأصبح حق التقاضي من الحقوق المشروعة لكل مواطن، دون حاجة إلى ترخيص مسبق من أي جهة كانت، كما لا يخضع إلى أية شروط تمييزية، عدا الشروط العامة التي تحددها الأنظمة ويتساوى فيها الجميع، وهي الصفة والمصلحة. من ذلك أن الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية ينص على أن: " حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق، ويجب أن تكون للقائم مصلحة في القيام."

**1- على مستوى الخدمات القضائية**

الوصول إلى العدالة بيُسر، مرتبط أشد الإرتباط بمدى توفر جودة الخدمات القضائية، فالجودة هي مسعى ومطلب لجميع فئات المجتمع، سواء العاملين بقطاع العدالة أو المستفيدين من خدماته. وهو ما يقتضي أولا تحديث وعصرنة قطاع العدل إدارة وتدبيرا وتسييرا، وأيضا تحديث أسسه وركائزه الأساسية سواء المادية منها أو البشرية.

فالكل يسلم بأن العدالة بطيئة، مكلفة ومعقدة، وهو أمر يتضايق منه المتقاضين لما يشكله من عائق للوصول إلى العدالة. فعدد القضايا كثير وكل ملف وله كلفته الخاصة، هذا إلى جانب مشكل قلة عدد القضاة وأطر كتابة المحاكم ونقص وسائل العمل اللازمة، وعديد من المشاكل الأخرى مثل تجهيز المحاكم والوصول إلى المعلومة القضائية.

تساؤلات عديدة يمكن طرحها في هذا السياق منها: ماهي الوسائل التي من شأنها أن توفر عدالة جيدة، كفأة وسريعة، يسهل الوصول إليها، هل برصد ميزانية أكبر لجهاز العدالة؟ أم بتوظيفات جديدة للقضاة والإداريين؟ أم أن العدالة تعرف سوء تنظيم وتسيير فقط لمواردها البشرية والمادية، ولا يحتاج الأمر سوى إعادة النظر في أساليب العمل القضائي داخل المحاكم؟

إذ يبقى اعتراف الدساتير والتشريعات الوطنية والدولية صراحة بالحق فيالوصول إلى العدالة مفرغا من محتواه حين لا توفر له القوانين التطبيقية والضمانات الكافية لممارسته على وجه فعّال. فقد حتمت فاعلية الحق في التقاضي مثلا إلا تكتفي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان في الفصل السادس منها بضمان النفاذ إلى العدالة قصد الحصول على حكم، وإنما اشترطت أن يكون ذلك في آجال معقولة[1]. وقد عاقبت المحكمة الأوروبية على أساس ذلك فرنسا 42 مرة سنة 2000 لعدم ضمانها التقاضي في آجال معقولة.[2]

**2- على مستوى كلفة التقاضي**

لا يكون وصول المواطن إلى العدالة ممكنا في غالب الأحيان إلا من خلال محام،فللمحامي تأثير على الوصول إلى العدالة في نواح كثيرة باعتباره الشخص المؤهل «بنيابة الأطراف على اختلاف طبيعتهم

[1] L'article 11 dela convention européenne de lasauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que : « toutes personnes a le droit à ceque sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable… »

[2] Institut Montaigne pour la justice, Rapport, septembre 2004, *in*,*www.institutmontaigne.org*, p. 24.

القانونية ومساعدتهم بالنصح والاستشارة وإتمام جميع الإجراءات في حقهم والدفاع عنهم لدى المحاكم وسائر الهيئات القضائية والإدارية والتأديبية والتعديلية وأمام الضابطة العدلية كل ذلك وفق ما تقتضيه الأحكام التشريعية المتعلقة بالإجراءات المدنية والتجارية والجبائية والجزائية.»[1]

وتُحدّد الأتعاب التي يتقاضاها المحامون إلى حد كبير جودة الوصول إلى العدالة بالنسبة للمتقاضي[2]، **فلكي يتمكن المتقاضون من الوصول ضمن شروط جيدة إلى محام من الضروري أن تكون الأتعاب التي يتقاضاها شفافة و متوقعة، أي يمكن التنبؤ بها.**

وتعتبر الأتعاب من جهة أولى شفافة عندما يكون بإمكان المواطنين الإطلاع عليها (معرفة كلفة الدعوى)، ومن جهة ثانية متوقعة عندما يكون المحامي قادرا على إعطاء المستخدم رقما تقريبيا عن كلفة الإجراءات الإجمالية لدعواه. ولئن اختلفت أَشكال تحديد الأتعاب إلا أنها تبقى خاضعة في جميع الحالات إلى الاتفاق من خلال التفاوض الحر، فقد نص الفصل 38 من المرسوم المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة على أن أتعاب المحامي تحدد «بموجب**اتفاق** مسبق بينه وبين حريفه وتقدر أساسا بالاعتماد على طبيعة الخدمة التي يسديها ومدتها وأهميتها وعلى خبرة المحامي وأقدميته والجهد الذي بذله والنتيجة التي أمكن له تحقيقها. ويمكن للطرفين

كذلك **الاتفاق** كتابة على تخصيص المحامي بنسبة من قيمة ما سيتم تحقيقه من النتائج على إلا تفوق تلك النسبة العشرين بالمائة...»

**ب- الصعوبات القانونية**

تمثل الوظيفة القضائية وظيفة أساسية من وظائف الدولة ومظهرا من مظاهر سيادتها تحتكرها وتفوضها للسلطة القضائية المكلفة دستوريا بإقامة العدل وبضمان سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات، غير أن وصول المتقاضي إلى هذه الوظيفة قد يصطدم بعراقيل قانونية بعضها يتصل بالتضخم التشريعي (1) والبعض الآخر بالطابع الشكلي لإجراءات التقاضي (2).

**1- التضخم التشريعي**

تمثل ظاهرة التضخم القانوني القاسم المشترك لأغلب النظم القانونية، وهى تأخذ شكل الإفراط في التشريع والتنظيممما يجعلها تهدد الأمن القانوني مع ما يتبعه من تفويت الوصول الناجع إلى العدالة[3].

[1] الفصل الأول من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 مؤرخ في 20 أوت 2011 يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 لسنة 2011 مؤرخ في 23 أوت 2011.

[2] لا سيما إذا كان لا يتمتع بأي مساعدة قضائية.

[3] هذه الفكرة تتناغم مع مقولة الفيلسوف الروماني شيشرون "**كلما زادت القوانين قلت العدالة.**"

فمن المتفق عليه أن من أهم ركائز الأمن القانوني تحقيق الوصول إلى القانون L'accès au Droit للجميع مما يتطلب توفير سهولة الاطلاع على القاعدة القانونية لحسن استعمالها. فلا يقتصر الوصول إلى العدالة على إقرار حق القيام أمام القضاء، وإنما أيضا إلى الحق في القانون الذي يقتضي تمكين الشخص من النفاذ إلى القوانين حتى يستدل على حقوقه وطرق حمايتها إستدلالا كافيا.[1]وهو ما يقتضي أن تضع الدولة المعلومة القانونية على ذمة مواطنيها بأسلوب يُيسّر فهمها.

وقد كرّس الفصل 65 من الدستور التونسي الطابع التشريعي للقواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي والإختصاص، إذ نص على ما يلي:«تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة بـــ: [...] الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم.[...] تتخذ شكل قوانين أساسية النصوص المتعلقة بالمسائل التالية :تنظيم العدالة والقضاء...»

ويظهر الطابع التشريعي للإجراءات من خلال سيطرة التقنين على ميدان المرافعات حيث تنحصر مصادره في المصادر المكتوبة للقانون وكذلك من خلال تضخم النصوص التشريعية الإجرائية المتعلقة بوضع الصيغ الشكلية والآجال والقواعد التطبيقية إلى حد يعسر الوصول إليها على المتقاضين وكذلك على مساعدي القضاء بل وعلى القضاة أنفسهم، مما يتسبب أحيانا في هدر الحقوق التي وضعت في الأصل لتأمينها وضمان نفاذها[2].

ولعل تعديل مجلة المرافعات المدنية والتجارية بقانون 1986/09/01 الذي فتح باب الطعن في قرارات دوائر محكمة التعقيب[3] نفسها بالخطأ البين على مقتضى الفصل 192 جديد بسبب اعتماد «نص قانوني سبق نسخه أو تعديله بما صيره غير منطبق»، أصدق دليل على التضخم التشريعي.

---

[1] SOUVIGNET (X.), « L'accès au droit, principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, n° 1,2008, p. 25.

[2] SAVATIER(R), « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », chron, 1977, p.43.

[3] **التعقيب في تونس هو ما يعبر عنه في التشريعات العربية المقارنة بالنقض أو التمييز**، وقد استقرت تونس منفردة باعتماد هذه التسمية، ويبدو أن اعتماد المشرع التونسي لمصطلح التعقيب وتخليه عن مصطلحات النقض والتمييز و النقض، يستند لأكثر من سبب، ذلك أن لفظة التعقيب تنطوي لغة علىمعان هي أقرب ما تكون لما يحمله الطعن به من معان في القانون، فهي تعني على الصعيد اللغوي إضافة قول على قول، والتعليق على ما سبق بما يناقضه أو يضعفه أو يدعمه ويقره، وقد وردت هذه العبارة في الذكر الحكيم بهذا المعنى، قال تعالى" والله يحكم لا معقب لحكمه" ( سورة الرعد- آية 41)، وحاشى أن ترقى الأحكام الصادرة عن البشر إلى مستوى حكم بارئهم. في حين أن مصطلح النقض لا يعكس حقيقة نشاط محكمة التعقيب، باعتبار أن توفرسبب من الأسباب القانونية التي تفتح الحق في الطعن في الحكم فيه أمام هذه المحكمة لا يفضي بالضرورة إلى نقضه، إذ يجوز في صور معينة أن يغني تدارك محكمة التعقيب الخلل بما يتعين من إصلاح أو حذف ما كان به من تزيد عن نقضه.

كما أن مصطلح التمييز ليس أكثر توفقا في الإحاطة بوظيفة التعقيب، فدور محكمة التعقيب، خلافا لما يقال لا يتمثل بالأساس في تمييز الحكم السليم عن الحكم المعيب مطلقا، فقد تضطر لإبقاء حكم معيب ضمن الأحكام المنتجة لآثارها إذا لم تقع مراعاة الشكليات القانونية الوجوبية التي رتب المشرع عن الإخلال بها سقوط الطعن.

ورغم ما بذله المشرع التونسي من جهد في جعل مجلة المرافعات المدنية والتجارية مجلة جامعة لكل إجراءات التقاضي إلا أنه لم يفلح في هذه المهمة وظلت النصوص الإجرائية موزعة ومشتتة يصعب الالمام بها والوصول إليها[1].

**2- الطابع الشكلي**

يرتبط الطابع الشكلي بالطابع التشريعي لقوانين التنظيم القضائي وإجراءات القيام والطعن والدفاع وتنفيذ الأحكام. ويعاب على الطابع الشكلي عدة مآخذ أهمها :

- تعقيد الإجراءات.

- تضاعف كلفة التقاضي وقتا ومصروفا وهو ما يحول دون الوصول إلى عدالة ناجزة وسريعة وقليلة الكلفة.

- يشجع نزعة الخصام لدى المتقاضين الذين يستغلون تعقد الإجراءات وما ينجر عنها من مسقطات ومبطلات أو معطلات للتعسف في القيام بالدعاوى وفي مباشرة الطعون.

- **الشكلانية تؤدي أحيانا إلى فقدان الحق بسبب خلل إجرائي بسيط**، ويكفي التذكير بالقرار الصادر عن محكمة التعقيب التونسية في 11 مارس 1980 المعروف بقرار «الحق يعلو ولا يعلى عليه»[2]، والذي غلبت فيه المحكمة الحق الموضوعي على الشكل الاجرائي معللة قضائها بكون القواعد

---

أما مصطلح النقض والإبرام، فإنه يتجاوز في عنصره الثاني وظيفة محكمة التعقيب، إذ أن إبرام الحكم لا يستوجب تدخل محكمة التعقيب ولا يتوقف على صدور قرار في ذلكمنها، باعتبار أن الحكم يصبح مبرما بحكم القانون وبمجرد انقضاء أجل التعقيب دون مباشرة ذلك الطعن.

[1] أبرز مثال على ذلك ما ورد بمجلة الالتزامات والعقود من أحكاماجرائية تعد بالعشرات لا تزال نافذة إلى اليوم تؤلف لوحدها مجلة للإجراءات تتضمن 50 نصا اجرائيا وقد يزداد العدد لو توسعنا في مفهوم الأحكام الإجرائية. كما تضمنت المجلات القانونية الأخرى العديد من النصوص الإجرائية الاستثنائية واجبةالتطبيق دون أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وعلى سبل المثال ما تضمنه قانون الحالة المدنية من نصوص تتعلق بآجال الطعن في أحكام الطلاق وأحكام الحالة المدنية(الفصل 41 من قانون الحالة المدنية عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1 أوت 1957 تحت عنوان "في ترسيم الأحكام التي تصدر بالطلاق أو تعلن بطلانه" وكذلك الفصلان 63 و64 من نفس القانون تحت عنوان "في إصلاح رسم الحالة المدنية")،أو ما نصت عليه مجلة الشغل من إجراءات التقاضي أمام مجلس العرف (الكتاب الخامس من مجلة الشغل الذي جاء تحت عنوان "نزاعات الشغل" من الفصول 183 إلى 232)،وما أوردتهمجلة الجنسية من الإجراءات الواجب اتباعها في المنازعات المتعلقة بالجنسية(الفصل 48 من مجلة الجنسية)، وكذلك المجلة التجارية من تحديد لآجال الطعن في أحكام التفليس(الفصل 454 من المجلة التجارية)، فضلا على بعض القوانين الخاصة الأخرى التي لا تخلو من الأحكام الإجرائية كقانون البلديات(الفصلان 142 و143 من القانون الأساسي للبلديات عدد33 لسنة 1975 المؤرخفي 14 ماي 1975) وقانون الإنتزاع من أجل المصلحة العامة.(الفصل 30 من القانون عدد85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 والقانون عدد 26 لسنة 2003 المؤرخ في 14 أفريل 2003 المتمم والمنقح له)

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 3784 بتاريخ 11 مارس 1980، المجلة التونسية للقانون، ص. 247. وبقطع النظر عن وجاهة اجتهاد محكمة التعقيب من حيث سلامة تطبيق القانون في نظام وضعي يفصل بين الواقع والقانون، فإن هذا القرار «يعطي تعريفين متطورين لوظيفة القانون ولوظيفة القضاء: فوظيفة القانون ليست تحقيق الأمن والإستقرار في الأوضاع الحقوقية وإنما هي تؤمن الحقوق وضمان الوصول لها أو إيصالها لأصحابها فيتجاوز إذا العدل لتحقيق العدالة. أما وظيفة القاضي فليست تطبيق القانون وتحقيق العدل المجرد والمساواة الجامدة وإنما هي وانطلاقا من وظيفة القانون وضمانا لفعاليته طبق مفهومه "الجديد القديم" هي حراسة حقوق المتقاضين بأمانة لضمان اتصالهم بها أي انصافهم فيها إلى تحقيق العدل المجسم فيكون" قضاء المصالح" لا "قضاء المصطلحات"، الحسين السالمي، القانون العدلي: التنظيم القضائي العدلي، 2018، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، ص. 40.

الإجرائية وضعت لضمان الحقوق وتأمين حمايتها وإيصالها لأصحابها وإذا تعارضت القاعدة الإجرائية مع الحق وصارت سببا لهدره وضياعه فلا مهرب للقاضي الذي هو الحارس الأمين على حقوق الناس أن يطبق المثل القائل بأن «الحق يعلو ولا يعلى عليه وأن ما بعد الحق إلا الظلال.»

وعلى كل حال فإن التنظيم القضائي العدلي التونسي بقي مكبلا بالإرث التاريخي الفرنسي المسقط عليه، فتميز بمسحة شكلية وبإجراءات كثيرة وطرق طعن متعددة وهو ما يَحدّ من حسن سير المرفق العام للعدالة ويقلص من ضمانات الوصول إليه بسهولة ويسر.

**II- تجاوز القانون التونسي لصعوبات الوصول إلى العدالة**

لئن تكفلت الدولة بوظيفة حل النزاعات بين الناس، فوضعت القوانين الضابطة للحقوق وأنشأت المحاكم التي تفرض عليهم احترامها بإصدار الأحكام التي تتمتع بالقوة التنفيذية، فإنها أبقت على بعض تطبيقات نظام العدالة الخاصة في جانب من المعاملات. وقد وضع المشرع التونسي حلولا تجاوز بها صعوبات الوصول إلى العدالة بوجهيها، أي العدالة التقليدية (أ) والعدالة الخاصة (ب).

**أ- تجاوز صعوبات الوصول إلىالعدالة التقليدية**

تجاوز القانون التونسي صعوبات وعراقيل الوصول إلى العدالة التقليدية من خلال التخفيف من وطأة الشكلية من جهة (1)، وإقرار نظام المساعدة القانونية من جهة أخرى (ب).

**1- التخفيف من وطأة الشكلية**

لتلافي خطر تعقد الإجراءات وآثار طابعها الآمر حاول المشرع تدارك ذلك بصنفين من الوسائل، الأول يتعلق بوسائل قَبْلية وقائية، والثاني يتعلق بوسائل بَعْدية مخففة لوطأة الشكلية في الإجراءات والمانعة للوصول اليسير للعدالة.

<u>أولا: الوسائل الوقائية القبلية</u>

هي قبلية لأنها تتدخل قبل إنجاز العمل الإجرائي، ووقائية لأنها توفر للمتقاضي عونا للنهوض بأعباء الإجراءات على وجه صحيح. فقد تبنى المشرع التونسي على غرار النظم الإجرائية الإتهامية[1] Régime accusatoire، نظاما لمساعدي القضاء متخصصين لإعانة القضاء على أداء وظيفته

[1] النظام الإجرائي الإتهامي هو الذي يضع عبء الإجراءات والإثبات على الطرفين، على خلاف النظم القضائية التفتيشية الاستقصائية Régime inquisitoire التي تحمله على القاضي.

من جهة وإعانة الأطراف على النهوض بعبء الإجراءات القانونية من جهة أخرى، وهؤلاء هم وكلاء الخصام الذين هم في تونس المحامون[1]، وعدول التنفيذ ومأمورو المصالح العمومية وكتبة المحاكم والضابطة العدلية.

ثانيا : الوسائل العلاجية البعدية

إذا تم الإجراء وجاء رغم تدخل مساعدي القضاء مشوبا بعيب شكلي يستوجب توقيع الجزاء القانوني المناسب، يتدخل القانون نفسه لتخفيف وطأة آثار الطابع الشكلي للإجراءات بإدخال مرونة على نظام توقيع الجزاء من خلال إقامة سلم متدرج للجزاءات الإجرائية تمتد تنازليا من العدم L'inexistence، إلى السقوط La forclusion ، إلى البطلان المطلق، إلى البطلان النسبي، إلى عدم المعارضة.

منح المشرع بذلك سلطة تقديرية للقاضي في توقيع الجزاء الإجرائي وصلت بمحكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة إلى استبدال أقوى جزاء وهو العدم بأخف جزاء وهو عدم المعارضة لإنقاذ الحكم الصادر إثر قيام على ميت[2].

ولعله آن الأوان أن يقع التعامل بمرونة أكثر مع قواعد الاختصاص الحكمي لأنه أصبح سببا في التعطيل وبطء الإجراءات كأن تمر القضية بكامل الأطوار ولما تبلغ التعقيب بعد

سنوات ينقض الحكم لعدم الإختصاص أو لعدم عرض الملف على النيابة. ففي القانون الفرنسي لم يعد الاختصاص الحكمي يهم النظام العام وأضحى من واجب المدعى عليه أن يتمسك بعدم الاختصاص سواء الحكمي أو الترابي قبل الخوض في الأصل وإلا رفض دفعه[3]. وقد كان بالإمكان أن يمهد القرار التعقيبي الصادر في الثمانينات[4] الذي شجب المغالات في تقديس الاختصاص الحكمي والتمسك بالشكليات، لإصلاح تشريعي على غرار القانون الفرنسي إلا أنه بقي بدون متابعة[5].

[1] اعتبرالفصل 105 من الدستور التونسي الجديد بفقرته الأولى" المحاماة مهنة حرة، مستقلة، تشارك في إقامة العدل والدفاع عن الحقوق والحريات"، وتقترب هذه الفقرة في صياغتها مع صياغة الفصل الأول من المرسوم عدد79 لسنة 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة الذي جاء فيهأن "المحاماة مهنة حرة، مستقلة، تشارك في إقامة العدل وتدافع عن الحريات والحقوق الإنسانية." لم تعد إذا مهنة المحاماة مجرد فاعل غايته المساعدة في إقامة العدل وإنما شريك في ذلك، وبالتالي فهي مطالبة بأن تكون أهلا لهذه المرتبة بأن تمارس مهامها بالكيفية اللازمة لتعلقها بالعدل كقيمة.

[2] قرار الدوائر المجتمعة عدد 24710 بتاريخ 2 جوان 2005، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 2005.

[3] الدفع بعدم الاختصاص هو من مخلفات الثورة الفرنسية التي كانت ترمي إلى تطويق حرية القاضي والحد من سلطته بعلة أن القضاء كان في السابق مساندا للإقطاعيين، وقد تجاوزت فرنسا عقدها التاريخية وأقرت بأن كل قاض مؤهل للنظر في كل قضية ولا محل لما وقع إضفائه من قدسية على قواعد الاختصاص الحكمي والحالات الوجوبية في الاختصاص الترابي.

[4] القرار التعقيبي المدني عدد 3784 بتاريخ 11 مارس 1980الذي أقر مبدأ "الحق يعلو ولا يعلى عليه"، المجلة القانونية التونسية، مرجع سابق.

[5] يراجع في هذا الخصوص، نور الدين الغزواني، إجراءات مدنية وتجارية، القانون الإجرائي العام، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2012، ص. 46.

**2- المساعدة القانونية**

تهدف المساعدة القانونية في المقام الاول إلى أن تكون العدالة في متناول الجميع، ويقصد بها، الإعفاء بقوة القانون من أداء المعاليم والمصاريف القضائية و/أو تكليف محام في حالات محددة على سبيل الحصر (*)، وتشمل أيضا الاستفادة من الإرشاد والتوعية بالإجراءات الإدارية والقضائية بمختلف الوسائل الممكنة لتسهيل الوصول إلى العدالة (**)

*** الإعفاء من المعاليم والمصاريف القضائية**

إن مبدأ الحق في الوصول إلى العدالة والمساواة أمام القضاء هو الذي يقف وراء **مبدأ مجانية التقاضي** الذي بدونه لا تكتمل صورة العدالة لدى جميع المواطنين، كما أن تشعب الإجراءات وثقل تكاليفها المالية ولّد خشية في أن تصبح العدالة عدالة طبقات، لذلك جاءت فكرة الحق في **الإعانة العدلية**.

**- مجانية التقاضي**

تعد مجانية التقاضي من أهم الحقوق التي تكفل للفرد صيانة وحماية أمواله، لذا رفعته المنظومة القانونية التونسية إلى منزلة المبادئ الأساسية لقوانينها، فقد تفطن المشرع التونسي باكرا لما يمكن اعتباره تناقضا بين المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام للعدالة والواقع الاجتماعي لشريحة من المتقاضين، وحقق نوعا من الملائمة بينهما، لذلك أقر مبدأ مجانية التقاضي لفئة معينة من المتقاضين نظرا لحالتهم المعوزة، حتى لا يكون وضعهم المادي حائلا دون التوصل لحقوقهم أو ممارستها على الوجه الأكمل.

فقد جعل المشرع التونسي **الدعاوى التي تهم أغلب المواطنين مجانية** تماما ولا حاجة لإنابة محام فيها باعتبار أن القضايا المرفوعة أمام قاضي الناحية التي لا يفوق موضوعها سبعة آلاف دينار يمكن أن تقدم بواسطة المدعي وبعريضة يحررها بنفسه ويقدمها للمحكمة التي تتولى الاستدعاء بالطريقة الإدارية، وكذلك الأمر بالنسبة لقضايا الشغل أمام دائرة الشغل بالمحكمة الابتدائية.

كما تتجلى مظاهر المجانية من خلال اعفاء بعض الفئات أو للصبغة المعاشية لبعض القضايا من بعض مصاريف التقاضي[1]، أو عن طريق التقليص من تكاليفه.[2]

**- الإعانة العدلية**

**إن تشعب إجراءات التقاضي وارتفاع تكاليفه، تولد خشية في أن تضيع العدالة وأنتصبح عدالة طبقات يجد فيها الغني حظه، بينما تضيع فيها حقوق الفقير، لذلك وُجدت فكرة المساعدة أمام القضاء،**من خلال إعفاء هذا الأخير من المعاليم القضائية مع تكفل الدولة بها. فحق الدفاع عنصر من عناصر العدالة ذاتها، وحق من حقوق الإنسان بقطع النظر عن مركزه القانوني في القضية، وهو بالتالي أصل ثابت ينبغي أن ترعاه الدولة للأشخاص أصحاب الحاجةوصولا إلى أحكام قضائية سليمة مبنية على حقائق موضوعية ركيزتها وسندها الجهة المساعدة بتنويرها للمحكمة وبسطها لجوانب القضية تحقيقا للعدالة.

وقد أحدثت المنظومة القانونية التونسية مؤسسة للمساعدة القضائية بالأمر الصادر في 13 فيفري 1922 الذي اقتصر على القضايا ذات الطابع المدني وعلى القضاء العدلي، الأمر الذي اقتضى تدخلا بالقانون المؤرخ في 26 سبتمبر 1974 الذي أحدث مؤسسة الإعانة العدلية أمام المحكمة الإدارية، **ثم ومسايرة للواقع جاء القانون المؤرخ في 3 جوان 2002 بتطوير نظام منح الإعانة العدلية لضعاف الحال وذلك بتعميمها في كافة القضايا والترفيع في مقدارها وتوسيع مجالها وتبسيط إجراءات الحصول عليها، فأسند اختصاص منحها لمكتب ذي تركيبة مختلطة تضطلع فيه النيابة بدور رئيسي**.[3]

---

[1] ألغى القانون المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بصدور مجلة التسجيل والطابع الجبائي رسوم النشر والمرافعة لدى سائر المحاكم وفي كامل أطوار التقاضي لبعض الفئات أو للصبغة المعاشية لبعض القضايا، ومن أهم القضايا المعفاة من جل مصاريف التقاضي المستوجبة في القضايا العادية: قضايا الشغل (الفصل 227 من مجلة الشغل التونسية)، وقضايا الضمان الاجتماعي (الفصل 32 من القانون المؤرخ في 15 فيفري 2003)، وقضايا حوادث الشغل (جريان عمل المحاكم).

[2] أدخلت تغييرات جوهرية بموجب القانون المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بإصدار مجلةمعاليم التسجيل والطابع الجبائي على المعاليم الموظفة على الأحكام والقرارات التي تصدرها محاكم الحقالعام، وذلك بحذف معاليم النشر والمرافعة (الفصل الرابع)، وتخفيض نسبة الأداء المستوجبة على تسجيل الأحكام (الفصل الخامس)، إضافة إلى ما جاءبه القانون المؤرخ في 22 مارس 1997 الذي يهدف إلى التيسير على المتقاضين الصادرة لفائدتهم أحكام تقضي بأداء ديون وغرامات، حق التسجيل بالمعلوم الدنى عوضا عن العلوم النسبي.

[3] قانون عدد 52 لسنة 2002 مؤرخ في 3 جوان 2002 يتعلق بمنح الإعانة العدلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 46 لسنة 2002 مؤرخ في 4 جوان 2002.والقانون عدد 27 المؤرخ في 7 ماي 2007 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام القانون عدد 52 المشار إليه، وقد نصالفصل الأول منه: «يمكن منح الإعانة العدلية في المادة المدنية لكل شخص طبيعي طالبا كان أو مطلوبا وذلك في كل طور من أطوار القضية. كما يمكن أن تمنح في المادة الجزائية للقائم بالحق الشخصي وطالب إعادة النظر وكذلك في الجنح المستوجبة لعقاب بالسجن لا يقل عن ثلاثة أعوام بشرط ألا يكون طالب الإعانة العدلية في حالة عود قانوني وتبقى الجنايات خاضعة لأحكام التسخير الجاري بها العمل» .

ويمكن تعريف الإعانة العدلية بكونها «السبيل الذي يلجأ إليه صنف من المتقاضين من ذوي الدخل المحدود وغير القادرين على تحمل جميع المصاريف أو جزء منها في أي مرحلة من مراحل التقاضي»[1]. من خلال هذا التعريف يتضح أن الإعانة العدلية ليست سوىأحد أشكال تمكين المنتفعين بها من الوصول إلى العدالة، فهي تدبير أقره المشرع لمصلحة المتقاضين الذين لا تمكنهم حالتهم المالية من دفع نفقات الدعوى، فيستطيعون بموجبها رفعها والسير بها وإتمام جميع إجراءات التقاضي، حتى صدور الحكم وتبليغه والطعن فيه عند الاقتضاءبالطرق القانونية وتنفيذه.

ومما لا شك فيه أن أي تنظيم قضائي لا يمكن أن يقوم بإقرار العدالة المنشودة وتحقيق إنصاف المتقاضين، إلا إذا استجاب لبعض المبادئ العامة التي تضمن توسيع نطاق الوصول إلى العدالة، والحصول على المساعدة القانونية والقضائية.ومن بين هذه المبادئ مبدأ المساواة أمام القضاء، والذي يعني أن لجميع الأشخاص الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية حقوقهم دون أي تفضيل أو تمييز، ذلك أن المساواة التي يقوم عليها الحق في التقاضي لا تكتمل إلا بتأمين هذا الحق للجميع بنفس الإمكانيات، حتى يستطيع الشخصالمطالبةبحقوقه،أوالدفاععنهابكلسهولةويسر.[2]

**** الإرشاد القانوني**

يهدف الإرشاد القانوني إلى تسهيل الوصول إلى المعلومة القانونية من ناحية، والمعلومة القضائية من ناحية أخرى.

★ <u>تسهيل الوصول إلى المعلومة القانونية</u>

- من بين وجوه التجديد الذي تعكف اللجنة المكلفة بإعداد مشروع تنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية هو إضافة باب تمهيدي يتعلق بالمبادئ العامة التي تحكم سير الخصومة أمام سائر المحاكم من الدرجة الأولى إلى درجة التعقيب، فقد حان الوقت لأن تتصدر المجلة جملة من

[1] دليل إجراءات المحكمة الإبتدائية المصادق عليه بقرار وزير العدل وحقوق الإنسان مؤرخ في 10 جانفي 2003، ص. 146.

[2] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة حول حقوق الإنسان في المنظومة القضائية المتَبَّنى في 16 نوفمبر 2012 (القراررقم: A/C.3/67/L.34/Rev)فهو يلح بشكل خاص على جانب متعلق جوهريا بالوصول إلى العدالة، وهو الحصول على خدمات المساعدة والإستشارة القانونية. وفي نفس الاتجاه، حَث إعلان جوهانسبرغ حول تطبيق مبادئ الأمم المتحدة وتوجيهاتها بشأن سبل الحصول على المساعدة القضائية في نظم العدالة الجنائية (26 جوان 2014)، الدول على إدماج الوصول العادل إلى العدالة والحصول على المساعدة القانونية ضمن أهداف برنامج التنمية لما بعد 2015.كما يحضر موضوع تمكين الفئات الضعيفة والمحتاجة، من جانب آخر، ضمن أجندة الفاعلين الدوليين في مجال حقوق الإنسان، على سبيل المثال، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي الخاص بالتمكين القانوني للفقراء، ومختلف برامج هيئة الأمم المتحدة للمرأة المتعلقة بدعم وصول النساء إلى العدالة.

المبادئ التوجيهية الملزمة للجميع تحقيقا للمساواة بين المتقاضين في توقع القاعدة القانونية والحصول عليها ولإضفاء النجاعة على الوظيفة القضائية، كمبدأ المواجهة ومبدأ الحق في الإثبات ومبدأ الحق في القاضي ومبدأ ملكية الأطراف للدعوى[1].

ولعل قبول فكرة تكريس مبادئ توجيهية يعزى إلى المزايا التي توفرها للمتقاضي، فهي بحكم أنها تحوصل ما استقر عليه التطبيق القضائي، لتوافقها مع المنطق السليم وقيم العدالة والحق، تتميز بسهولة فهمها والوصول إلى إدراك معناها من العموم، فترشد بالتالي المتقاضي

إلى التصور العام للنزاع والخيارات الأساسية التي تندرج في إطارها القواعد الإجرائية العادية والتي تكتسي غالبا صبغة فنية وطابعا تقنيا صرفا[2].

ما تجدر الإشارة إليه أيضا هو شروع محكمة التعقيب التونسية في تركيز موقع واب خاص بها يعرّف بنشاطها وينشر القرارات الصادرة عنها، لما لذلك من أهمية بالغة للوصول إلى العدالة، كما شرع أيضا في إنشاء قسم للتوثيق والدراسات بنفس المحكمة يُعنى أيضا بتحليل ومعالجة ونشر فقه القضاء.

ويمثل نشر فقه القضاء عنصرا مهما في جودة الوصول للعدالة لسببينعلى الأقل، فبما أن "قرار المحكمة يشكل رباطا متينا بين القضاة والمتقاضين"[3]، فإن تعليل الحكم جيدا يولد لدى المتقاضي قناعة أنه تم الإستماع إليه والرد على تطلعاته، ومن جهة أخرى فإن نشر القرار يسمح بتقييمه سواء للمواطنين أو من ممارسي القانون والجامعيين.

---

[1] المبادئ التوجيهية للنزاع المدني هي مجموعة القواعد العامة الأصولية المنطبقة على النزاع المدني والتي تشكل الإطار العام الذي يستوعب سائر القواعد التقنية المنظمة للنزاع، فهي بمثابة الأصول العامة التي تتفرع عنها قواعد الإجراءات المدنية والتي تعد من هذا المنظور تطبيقات خاصة لهذه المبادئ. وأول من أسهم في بلورة مفهوم المبادئ التوجيهية للنزاع المدني هو الأستاذ H. MOUTULSKY في أطروحة الدكتوراه التي ناقشها سنة 1949 تحت عنوان «Les principes d'une réalisation méthodique du droit privé»، قبل أن يتبنى المشرعالفرنسي هذه المبادئ ويتولى صياغتها في قالب تشريعي في إطار باب تمهيدي استهل به أحكام مجلة الإجراءات المدنية وذلك بموجب صدور الأمر عدد 71-740 المؤرخ في 9 سبتمبر1971تحت عنوان مبادئ أولية بالفصول من 1 إلى 21. وحاليا تخصص مجلة الإجراءات المدنية الفرنسية بابا أولا يتضمن الفصول من 1 إلى 24 للمبادئ التوجيهية للنزاع المدني.» «Chapitre I: Les principes directeurs du procès

[2] ويمكن استلهام المبادئ التوجيهية التي من الممكن تكريسها بالقانون التونسي من مبادئ المحاكمة العادلة بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر بموجبه قرار الجمعية العامة 2200 المؤرخ في 1966/09/01 وخاصة المادة 14 منه والذي صادقت عليه تونس بموجب القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 1968/12/29.

[3] الوصول إلى العدالة والمساعدة القضائية في البلدان المتوسطية الشريكة، مشروع يورو ميد للعدالة الثاني، ص. 76، متوفر على:
http://euromed-justiceii.eu/files/site/Arabic_book_Study_Access_to_Justice.pdf

★ تسهيل الوصول إلى المعلومة القضائية

لضمان إيصال الحقوق للمتقاضين في أحسن الظروف وأسرع الأوقات لابد من تحسين نوعية الخدمات المسداة للمواطنين بتوفير الإمكانيات البشرية وتطوير وسائل العمل وتيسير الحصول على المعلومة القضائية عن طريق الاطلاع على مجريات الدعوى ومصير الطلب القضائي.

ويمكن الجزم أن العدالة الإلكترونية أصبحت مطلبا ملحا وضرورة حتمية لتطوير العدالة وتسهيل وتسريع الوصول إلى المعلومة القضائية بمتابعة مسار ومآل القضايا من المتقاضين بصفة مباشرة، فتسمح بوابة وزارة العدل في تونس للمتقاضين وللمحامين الإستفادة من الخدمات القضائية عن بعد ومتابعة المراحل المختلفة للقضايا المعروضة أمام العدالة ومن تحميل استمارات ونماذج طلبات الخدمة التي تصدر عن المحاكم.

وقد شرعت وزارة العدل بالتعاون مع وزارة تكنولوجيات الاتصال والاقتصاد الرقمي بإعداد مخطط «العدالة الرقمية 2017 - 2020» لتركيز نظام معلوماتي مندمج للمنظومة القضائية في تونس. ويهدف هذا المخطط الذي تمّ إدراجه ضمن المخطط الوطني الاستراتيجي «تونس الرقمية 2020» إلى تحسين نجاعة إدارة القضاء وتسهيل النفاذ للمنظومة العدلية والمساعدة على حسن القيادة وأخذ القرار.

ويقوم هذا المخطط على ثلاثة محاور أساسية وهي:

- النفاذ إلى المعلومة وإلى القانون من خلال تركيز نظام معلوماتي متطوّر يقدّم خدمات لمختلف المتدخّلين والمتعاملين مع المحاكم ووزارة العدل،
- رقمنة الأحكام والملفّات والأرشيف وإحكام أرشفتها إلكترونيا،
- تركيز بنية تحتية عالية الأداء والجودة تعتمد على شبكة لتراسل المعطيـات ذات سعة عالية تشمل كافّة المحاكم والمؤسسات الراجعة بالنظر لوزارة العدل.

ومن شأن هذا البرنامج المساير للتطور التكنولوجي أن يحقق قيمة مضافة للاقتصاد وللمجتمع بتبسيط إجراءات التقاضي وتوفير الوقت والجهد وتخويل إسداء الخدمات عن بعد بمواصفات جودة عالية تجمع بين السرعة والدقة والتكلفة الأقل. فضلا على أن رقمنة

العدالة تشكل عاملا هاما في تحقيق المزيد من ضمانات النزاهة والشفافية والمساواة أمام المرفق العام وتسهيل الوصول إليه[1].

ما تجدر الإشارة إليه أنه في إطار تقريب مرفق العدالة من المواطن، تشهد الخارطة القضائيّة في تونس تطوّرا مستمرّا، حيث كان عدد المحاكم قبـل 20 مارس 1956 تاريخ الاستقلال لا يتجاوز 28 محكمة وسنة 1987 بلغ هذا العدد 97 محكمةليصبح 142 محكمة سنة 2015، وخلال سنة 2017 تمّ تفعيل العديد من القرارات الحكومية التي عززت الخارطة القضائية والمتمثلة في إحداث محكمتي الاستئناف بكل من جندوبة وباجة ومحكمة ناحية ببئر علي بن خليفة وفرعين للمحكمة العقارية بكل من نابل وجندوبة، علاوة على صدور الأوامر الحكومية بإحداث محكمتي الاستئناف بكل من سليانة والمهدية ومحكمة الناحية بغمراسن.

ويخضع إحداث المحاكم أساسا إلى مقياس تطوّر نشاط المحاكم الموجودة إلى جانب مقياس تقريب القضاء من المتقاضين بالاعتماد على المسافات الفاصلة بين المحاكم والكثافة السكّانيّة.

كماتم منذ تسعينات القرض الماضي إحداث خطة القاضي المرشد مكلف بتقديم الإرشاد للمتقاضين الذين يرغبون في معرفة إجراء معيّن أو متابعة ملف بالمحكمة أو تجاوز صعوبة اعترضت السير العادي للقضية ويوجد مكتب المرشد القضائي بمقر كل محكمة ابتدائية.

**ب- تجاوز صعوبات الوصول إلى العدالة الخاصة**

العدالة الخاصة أو الجوارية ليست بديلا عن القضاء الرسمي ومؤسساته الشرعية، ولكن يمكن اعتبارها عاملا ماديا مسهما له، فهي تساعد في تأصيل مرتكزات القضاء الرسمي ومؤسساته، وتعزز فرص وصول المواطنين إليه. وسنتعرض على التوالي لصنفيها: العدالة الإنتقالية (1) والتحكيم (2).

**1- العدالة الإنتقالية**

العدالة الانتقالية هيمجموعة التدابير القضائية وغيرالقضائية لمعالجة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان، وتتضمن هذه التدابير الملاحقات القضائية، ولجان الحقيقة، وبرامج جبر الضرر وأشكال متنوعة من إصلاح المؤسسات[2].

[1] مزايا استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة تتجاوز ذلك إلى سير العمل بالمحاكم بما تحققه من تخفيف لصفوف الانتظار وتقليص من حالات التوتر والاحتقان وبما توفره على الإدارة من جهد وتكاليف ناتجة عن استعمال الدفاتر والورق وحبر الطباعة والتصوير، إضافة إلى الترفيع في مستوى أمان الملفات والدفاتر بالحد من نسب ضياعها أو تلفها، والإعفاء من تخصيص فضاءات واسعة لحفظ الأرشيف بما يمكن من استغلال أفضل لمساحات المحاكم، وهي فوق كل ذلك تمثل أداة إحصائية فعالة تخول رفع مستوى الحوكمة واتخاذ القرارات الأنسب والأمثل في أحسن الآجال.

2 تعريف أقره المركز الدولي للعدالة الانتقالية، أنظر https://www.ictj.org/ar/about/transitional-justice ، وهو تعريف مشابه لما كرسه القانون التونسي بموجب القانون الأساسي عدد 53 لسنة 2013 المؤرخ في 24 ديسمبر 2013 المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها، الرائد الرسمي

**العدالة الانتقالية إذن هي الوجه الآخر للعدالة،** وتتعلق أساسا بأصحاب الحقوق الذين كانوا عرضة لانتهاكات جسيمة مست حقوقهم المادية والمعنوية أو مست حقوق أقاربهم بصفة ممنهجة ومنظمة،هي الحق في المعرفة، الحق في العدالة، الحق في التعويض وكذا الحق في ضمان عدم تكرارمثل هذه الجرائم.

أولاً، الحق في المعرفة بغرض الكشف عن الحقيقة، وذلك لعدة أسباب أهمها مساعدة الوعي المجتمعي للوصول إلى حقيقة ما جرى من انتهاكات ومنع حدوثها في المستقبلوالعمل على التوثيق لمرحلة مهمة في تاريخ المجتمع حتى يمنع تزويرها أو إعادة كتابتها.

ثانيا، الحق في العدالة،أي ضرورة إجراء محاكمات عادلة ضمن إطار القانون، فهذه المحاكمات ضرورية ليس فقط عندما يتعلق الأمر بانتهاكات فظيعة لحقوق الإنسان ولكن أيضا من أجل تعزيز مبادئ المراقبة والمحاسبة والمساءلة في مرحلة يستعد المجتمع فيها لكشف الحقيقة والبدء بمرحلة بناء بأسس جديدة.

ثالثاً، الحق في التعويض بشقيه المادي والمعنوي، إذ على السلطة الجديدة توفير الفرص اللازمة لتعويض الضحايا وعائلاتهم كل حسب حالته. ولا يقل التعويض المعنوي أهمية عن المادي حيث يأتي بأشكال عدة من ضمنها إعادة التأهيل النفسي والاعتراف بما جرى في الماضي وتوثيقه.

رابعاً، الإصلاح المؤسسي: عندما يمارس نظام حكم القمع باتجاه معارضيه ويرتكب انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان عادة ما تكون مؤسسات الدولة متورطة بشكل أو بآخر إذأن الدولة مطالبة بإعادة هيكلة الأجهزة الأمنية والإصلاح المؤسساتي، فالمطلوب هنا هو تغيير بنيوي في جهاز الدولة وذلك حتى تمنع تكرار مثل هذه الممارسات في المستقبل.

والملاحظ أن تونس قد اتجهت نحو السيناريو الأمثل للعدالة الانتقالية، بحيث كان هناك تغيير كامل للنظام، وتركيز هيئات منتخبة، فضلا على إصدار قانون أساسي يعترف بالحاجة إلى اعتماد آليات

---

للجمهورية التونسية عدد 105 لسنة 2013 بتاريخ 31 ديسمبر 2013، فقد نص الفصل الأول منه "العدالة الانتقالية على معنى هذا القانون هي مسار متكامل من الآليات والوسائل المعتمدة لفهم ومعالجة ماضي انتهاكات حقوق الإنسان بكشف حقيقتها ومساءلة ومحاسبة المسؤولين عنها وجبر ضرر الضحايا ورد الاعتبار لهم بما يحقق المصالحة الوطنية ويحفظ الذاكرة الجماعية ويوثقها ويرسي ضمانات عدم تكرار الانتهاكات والانتقال من حالة الاستبداد إلى نظام ديمقراطي يساهم في تكريس منظومة حقوق الإنسان.

العدالة الانتقالية. وبذلك كانت من بين أكثر الدول العربية تقدما بصفة عامة في إجراءات العدالة الانتقالية. إذ تم منذ سنة 2011 إسناد ملف حقوق الإنسان إلى وزارة مختصة، هي "وزارة حقوق الإنسان والعدالة الانتقالية" [1]كما تضمن برنامج عمل الحكومة المؤقتة إبان الثورة موضوع "العدالة الانتقالية" كإحدى الأولويات في عملها، وأنشئت آلية خاصة لتعويض الضحايا وتأهيلهم، تمثلت في "صندوق شهداء وجرحي الثورة وضحايا الاستبداد."[2]

وبعد الحوار الوطني ومراعاة للمعايير الدولية للعدالة الانتقالية، تمت صياغة مشروع القانون الأساسي للعدالة الانتقالية في أواخر شهر أكتوبر 2012 من قبل اللجنة الفنية للإشراف على الحوار الوطني غير ان المصادقة عليه تأخرت حتى 14 ديسمبر 2013.

وقد مثل القانون المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها[3]رؤية متكاملة لمسار العدالة الانتقالية بحيث تضمن 70 فصلا موزعة على عنوانين كبيرين، خصص الأول لتعريف العدالة الانتقالية

[1] اهتمت وزارة حقوق الإنسان والعدالة الإنتقالية بالآتي:

- تنفيذ سياسة حقوق الإنسان وترسيخ قيمها ونشر ثقافتها وضمان ممارستها وفقا للتشريع الوطنى والدولى.
- معالجة انتهاكات حقوق الإنسان تقوم على "المساءلة" و"المحاسبة" و"المصالحة" وفقا لمعايير العدالة الانتقالية المقررة وطنيا.
- اقتراح وإعداد مشاريع النصوص القانونية المتصلة بحقوق الإنسان.
- دراسة المعاهدات الدولية والإقليمية الثنائية ومتعددة الأطراف ذات الصلة بحقوق الإنسان والقانون الدولى الإنسانى واقتراح المصادقة عليها.
- التنسيق مع الوزارات الأخرى للمشاركة فى تكوين برنامج للتثقيف والتنشيط فى مجال حقوق الإنسان.
- دفع العمل الشبكى في مجال حقوق الإنسان بالتعاون مع الجمعيات والهيئات والمنظمات الوطنية والدولية الحكومية وغير الحكومية وجميع الخبرات العاملة فى مجال حقوق الإنسان فى الداخل والخارج.
- تطوير الشراكة مع الهياكل المعنية بحقوق الإنسان بالوزارات والمنظمات والجمعيات وإنجاز البحوث والدراسات والاستشارات والتقارير حول مجال حقوق الإنسان.
- المساهمة فى تطوير قانون العدالة الإنتقالية وتنظيم استشارات حوله.
- إقتراح التدابير العاجلة لجرحى وشهداء الثورة التونسية واتخاذ الإجراءات فيها وكذلك العمل على كشف المسؤولين فى التعدي عليهم وبذلك إعادة تأهيلهم ماديا ومعنويا.

[2] مـرسـوم عدد 97 لسنة 2011 مؤرخ في 24 أكتوبر 2011 يتعلق بالتعويض لشهداء ثورة 14 جانفى 2011 ومصابيها، الرائد الرسمى للجمهورية التونسية عدد 81 لسنة 2011 بتاريخ 25 أكتوبر 2011. وقد ورد بديباجة المرسوم المذكور تعليلا لسبب صدوره كما يلى:" وفاء لأرواح شهداء ثورة 14 جانفى 2011، واعترافا لهم بما قدموه من تضحيات فى سبيل كرامة الشعب التونسى وحريته، وحيث إن حق شهداء ومصابى ثورة 14 جانفى 2011 فى تعويضات عادلة عن الأضرار المادية والمعنوية التى لحقتهم لقاء دورهم الفاعل والحاسم فى اندلاع الثورة ونجاحها، حق مشروع ومحمول على الدولة والمجموعة الوطنية."ووفقا للمرسوم أيضا تم تشكيل لجنة شهداء الثورة ومُصَابيهَا، تضم فى عضويتها ممثلين عن المجتمع المدني، ورئاسة الحكومة، والمجلس الوطنى التأسيسى، وتم إنشاء لجنة فنية للإشراف على الحوار الوطنى حول العدالة الانتقالية،كل ذلك تزامن مع ما تم إجراؤه من محاكمات جنائية لرموز النظام السابق.

3القانون الأساسي عدد 53 لسنة 2013 المؤرخ في 24 ديسمبر 2013 المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 105 لسنة 2013 بتاريخ 31 ديسمبر 2013، وكذلك وعلى القانون الأساسي عدد 17 لسنة 2014 المؤرخ في 12 جوان2014المتعلق بأحكام متصلة بالعدالة الإنتقالية وبقضايا مرتبطة بالفترة الممتدة بين 17 ديسمبر 2010 و28 فيفري 2011، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد42 لسنة 2014 بتاريخ 17 جوان 2014.

وضبط مجالاتها وخصص الثاني لهيئة الحقيقة والكرامة؛ وهي الهيئة الموكل لها الإشراف على مسار العدالة الانتقالية[1].

ويتضح من القانون الأساسي عدد 53 المتعلق بالعدالة الإنتقالية أنه قد انتهج سبيل التكامل بين هيئة الحقيقة والكرامة من جهة، وبين دوائر قضائية متخصصة بالمحاكم الابتدائية تنظر في الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان من جهة أخرى[2]. ويظهر هذا التكامل في أحكام متعددة من ذلك أن الدوائر المتخصصة تتعهد بناءً على إحالة من هيئة الحقيقة والكرامة[3]، وتتوقّف الهيئات القضائية النظر في النزاعات المنشورة أمامها عند تقديم اتفاقية تحكيم ومصالحة للجنة المختصة[4]، كما أن الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف بتونس يختص بإكساء القرار التحكيمي بالصبغة التنفيذية[5].

**2- التحكيم**

السياسة الاقتصادية التونسية الرامية إلى جلب رؤوس الأموال الأجنبية لاستثمارها وطنيا، حتمت تدخلا للمشرع بغاية تأطير وتطوير الآليات الكفيلة بتحقيق ذلك. فكان أن أصدر سنة 1993 مجلة

[1] حيث أشار القانون عدد 53 المذكور إلى أنها هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري. والهيئة مطالبة بإعداد تقارير سنوية توثق فيها الحقائق التي توصلت إليها وتحديد المسؤوليات والأسباب التى أدت إلى الانتهاكات من الفترة الممتدة من 1955 إلى حين صدور القانون، أيديسمبر 2013، كما حدد الفصل 40 من القانون مهامها وهى * :«النفاذ إلى الأرشيف العمومى والخاص بقطع النظر عن كل التحاجير الواردةبالتشريع الجاريبه العمل،*تلقى الشكاوى والعرائض المتعلقة بالانتهاكات على أن يستمر قبولها لمدة سنة انطلاقا من بداية نشاطها ويمكن للهيئة تمديدها لمدة أقصاها ستة أشهر،*التحقيق في كل الانتهاكات المشمولة بأحكام هذا القانون بجميع الوسائل والآليات التي تراها ضرورية مع ضمان حقوق الدفاع،

*استدعاء كل شخص ترى فائدة في سماع شهادتهأو التحقيق معه ولا تجوز مجابهتها بالحصانة، *اتخاد كافة التدابير المناسبة لحماية الشهود والضحايا والخبراء وكل الذين تتولى سماعهم مهما كان مركزهم بخصوص الانتهاكات المشمولة بأحكام هذا القانون وذلك بضمان الاحتياطات الأمنية والحماية من التجريم ومن الاعتداءات والحفاظ على السرية وذلك بالتعاون مع المصالح والهياكل المختصة،الاستعانة بأعوان السلطة العامة لتنفيذ مهامها المتصلةبالتقصي والتحقيق والحماية، *مطالبة السلط القضائية والإدارية والهيئات العمومية وأي شخص طبيعي أو معنوي بمدها بالوثائق أو المعلومات التي بحوزتهم،

*الاطلاع على القضايا المنشورة أمام الهيئات القضائية والأحكام أو القرارات الصادرة عنها،*طلب معلومات من جهات رسمية أجنبية ومنظمات أجنبية غير حكومية طبق المعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة في الغرض وجمع أية معلومات من ضحايا وشهود وموظفين حكوميين وغيرهم من بلدان أخرى بالتنسيق مع السلطة المختصة، *إجراء المعاينات بالمحلات العمومية والخاصة والقيام بأعمال التفتيش وحجز الوثائق والمنقولات والأدوات المستعملة ذات الصلة بالانتهاكات موضوع تحقيقاتها وتحرير محاضر في أعمالها ولها في ذلك نفس صلاحيات الضابطة العدلية مع توفير الضمانات الإجرائية القضائية اللازمة في هذا الشأن،*الالتجاء إلى أي إجراء أو آلية تمكنها من كشف الحقيقة.»

[2] نصالفصل8 من القانون عدد53 المتعلق بالعدالة الانتقالية على أنه: «تحدث بأوامر دوائر قضائية متخصصة بالمحاكم الابتدائية المنتصبة بمقار محاكم الاستئناف تتكون من قضاة، يقع اختيارهم من بين من لم يشاركوا في محاكمات ذات صبغة سياسية، ويتم تكوينهم تكوينا خصوصيا في مجال العدالة الانتقالية» .

تتعهد الدوائر المذكورة بالنظر في القضايا المتعلقة بالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان على معنى الاتفاقيات الدولية المصادق عليها وعلى معنى أحكام هذا القانون»، وتطبيقا لهذه المقتضيات صدر الأمر عدد 2887 لسنة 2014 المؤرخ في 8 أوت 2014 المتعلق بإحداث دوائر جنائية متخصصة في العدالة الانتقالية بالمحاكم الابتدائية المنتصبة بمقار محاكم الاستئناف بتونس وصفاقس وقفصة وقابس وسوسة والكاف وبنزرت والقصرين وسيدي بوزيد، المنقح بالأمر عدد 4555 لسنة 2014 مؤرخ في 29 ديسمبر 2014، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 3 لسنة 2015 المؤرخ في 9 جانفي 2015.

[3] الفصلان 8 و42 من القانون عدد 53 المشار إليه.

[4] الفصل 48 من نفس القانون.

[5] الفصل 50 من نفس القانون.

الاستثمارات[1] التي احتوت على عديد الضمانات لفائدة المستثمر. وقد تعززت هذه الضمانات بإطار تنظيمي محايد لكيفية حسم النزاعات، فكانت مجلة التحكيم الصادرة في نفس السنة مواكبة للتوجهات الرامية إلى مسايرة التطورات والتحولات التي يشهدها النظام الاقتصادي العالمي الجديد[2].

**ويعتبر التحكيم بوصفه سبيلا بديلا لحل النزاعات[3] إحدى آليات تعزيز فرص الوصول إلى العدالة**، فقضاء الدولة متعدد الدرجات وهو ما يطول معه نشرالنزاع. كما أنه بطيء نظرا لتشعب الإجراءات ولتعهد المحاكم بعدد هائل من القضايا يصعب فصلها في آجال معقولة. ومن الطبيعي أن هذه السلبيات من شأنها الإضرار بطرفي الخصومة وتنال من الحق في النفاذ إلى عدالة ناجزة وسريعة. وعلى عكس ذلك، فمن مزايا التحكيم أنه يمكن الأطراف من حرية مطلقة في تحديد أجل البت في الخصومة، كما أن طرق الطعن في القرار التحكيمي محصورة في التحكيم الداخلي ويمكن أن تنتفي مطلقا في التحكيم الدولي.

علاوة على ذلك فإن قضاء الدولة علني، وهو ما يتعارض في بعض الحالات مع مصالح الأطراف الذين يرغبون في الحصول على عدالة تكفل لهم السرية، خاصة إذا تعلق النزاع بمسائل تجارية تتضمن معلومات تمس بالسمعة. كما أن التحكيم يكفل للأطراف حرية اختيار المحكمين، وبالتالي بإمكانهم انتقاء هيئة لها من الخبرة والكفاءة والتخصص ما يضمن لهم الوصول إلى عدالة جيدة، أي قضاءً متميزا يرتاح له الجميع.

ورغم أن التحكيم إرادي المصدر، فإن التجاء الأطراف إليه يمكنهم من الوصول إلى عدالة تامة وليست منقوصة. فمهمة البت في النزاع تجعل المحكم بمثابة القاضي يصدرحكما يعد عملا قضائيا بأتم معنى الكلمة[4]، وعلى هذا المستوى فالحكم التحكيمي مثله مثل الحكم

---

[1] المصادق عليها بالقانون عدد 120 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر1993، مداولات مجلس النواب، عرض ومناقشة مشروع قانوني يتعلق بإصدار مجلة تشجيع الاستثمارات عدد 24 جلسة يوم 1993/12/21، ص.3، والتى تم إلغاء العمل بها باستثناء الفصلين 14 و36 منها بموجب القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بالاستثمار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 7 أكتوبر 2016، ص.3379.

[2] قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أفريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية لسنة 1993، عدد 33 بتاريخ 4 ماي 1993. وقد شهدت أغلب دول العالم تأهيلا مماثلا منذ أن أقرت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية قانونا نموذجيا للتحكيم في 21 جوان 1985. إذ انطلاقا من هذا التاريخ أصبحت الدول في تسابق وتلاحق لتطوير قوانينها للتحكيم. أنظر في هذا الخصوص، نور الدين قارة، قانون التحكيم، مركز النشر الجامعي 2017، طبعة ثانية، ص. 2.

3DAVID (R), L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, p. 9.

بالرغم من أن مسألة تعريف التحكيم مسألة نظرية، فإن مجلة التحكيم التونسية وخلافا لجل القوانين الأجنبية المقارنة، تضمنت تعريفا له بالفصل الأول الذي ورد به أن «التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم.»

[4] MANCIAUX (S.), L'arbitrage est un juge, in Le juge et l'arbitre, sous la direction de BOSTANGI (S.) et HORCHANI (F.), éd. A. Pedone, Paris 2014, p.31 et s.

القضائي، له نفوذ الأمر المقضي به بمجرد صدوره[1]، وتنسحب عليه القواعد الخاصة بالتنفيذ الوقتي[2]. وقد دأب فقه القضاء على التذكير بأن حكم التحكيم مثله مثل الحكم العدلي يعد حجة رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا برميها بالزور تطبيقا لأحكام الفصلين 445 و444 من مجلة الإلتزامات والعقود كما اعتبرت أن هيئة التحكيم تمارس سلطة قضائية وليس لها بالتالي أي صفة تمثيلية للأطراف[3].

[1] ينص الفصل 32 من مجلة التحكيم على ما يلي:» يصدر حكم هيئة التحكيم داخل التراب التونسي ويكون له بمجرد صدوره نفوذ الأمر المقضي به بالنسبة لموضوع الخلاف الذي بت فيه.»

[2] ينص الفصل 31 من المجلة الذكورة على انسحاب «القواعد الخاصة بالتنفيذ الوقتي المنصوص عليها بمجلة المرافعات المدنية والتجارية على أحكام هيئة التحكيم.»

[3] قرار عدد 23 صادر عن محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 21 ماي 1997، وقرار صادر عن نفس الحكمة عدد 47098 بتاريخ 21 جانفي 2014، وقرار تعقيبي عدد 18528 بتاريخ 7 ماي 2015.

# التطورات في أتمتة المحاكم التونسية

الرّئيس الأوّل : السيّد الهـادي القديري

مكتب الرّئيـــــس الأوّل :

- السيدة رجــاء بوسمــة
- السيد حاتم بن جماعة
- * **السيد بديع بن عبـــاس**

لما كانت الدولة هي التي يرجع لها في الأصل أداء الوظيفة القضائية، فلا يسعها الاكتفاء بالمصادقة على المواثيق الدولية وإصدار التشريعات الضابطة لحقوق الأفراد وواجباتهم فحسب، بل لا بد من إقرار نظام عدلي شامل يضمن ممارسة تلك الوظيفة ويكرس تأطير وتفعيل الحق في التقاضي والحق في المحاكمة العادلة والحق في التنفيذ، وذلك تجسميا للخيارات الدستورية وللمواثيق الدولية، حتى يحقق القضاء بوصفه مرفقا عاما غاياته النفعية لفائدة مستخدميه.

ولأن الوظيفة القضائية نفعية، كان لابد من ضمان فاعليتها بالعمل على رفع الحواجز والصعوبات التي تحول دون الوصول الأمثل إليها.

فالوصول إلى العدالة بيُسر، مرتبط أشد الإرتباط بمدى توفر جودة الخدمات القضائية، فالجودة هي مسعى ومطلب لجميع فئات المجتمع، سواء العاملين بقطاع العدالة أو المستفيدين من خدماته. وهو ما لا يمكن أن يتحقق إلا في ظل عدالة سريعة وناجزة، لأن المبدأ العام في القضاء هو أن العدالة البطيئة والظلم سواء، وهو ما يقتضي أولا تحديث وعصرنة قطاع العدل إدارة وتدبيرا وتسييرا، وثانيا تحديث أسسه وركائزه سواء المادية منها أو البشرية بالأخذ بأسباب التطور في مجال المحاكم المتخصصة.

فالكل يسلم بأن العدالة بطيئة، مكلفة ومعقدة، وهو أمر يتضايق منه المتقاضين وخاصة المستثمرين منهم، لما يشكله من عائق للوصول إلى العدالة. فعدد القضايا كثير وكل ملف وله كلفته الخاصة، هذا إلى جانب مشكل قلة عدد القضاة وأطر كتابة المحاكم ونقص وسائل العمل اللازمة، وعديد من المشاكل الأخرى مثل تجهيز المحاكم والوصول إلى المعلومة القضائية.

تساؤلات عديدة يمكن طرحها في هذا السياق منها: ماهي الوسائل التي من شأنها أن توفر عدالة جيدة، كفأة وسريعة، يسهل الوصول إليها، هل برصد ميزانية أكبر لجهاز العدالة؟ أم بتوظيفات جديدة

للقضاة والإداريين؟ أم أن العدالة تعرف سوء تنظيم وتسيير فقط لمواردها البشرية والمادية، ولا يحتاج الأمر سوى إعادة النظر في أساليب العمل القضائي داخل المحاكم؟

فالحقل القضائي ليس بمنأى عن التطوير باستعمال التقنيات الحديثة وتكريس التخصص، من أجل تحقيق المزيد من الكفاءة والفعالية والسرعة في تلبية حاجيات المتقاضين وفض النزاعات بأدنى جهد وأقل تكلفة.

فتخصص المحاكم، مثل رقمنتها هما من أهم أدوات تطوير العمل القضائي والنهوض به، ويعتمد ذلك على إرساء قضاء متميز، بكفاءة كوادره وجودة أحكامه وفعالية إجراءاته، وتقديم الخدمات القانونية من خلال هيكلة للمحاكم ونصوص قانونية واضحة وشاملة، وتقنيات حديثة تمكن من أداء المهام على أحسن وجه.

ففي السنوات الأخيرة بدأت وسائل الاتصال تتطور تطورا سريعا أفرزت تدريجيا مفهوم التجارة الالكترونية وأصنافا جديدة من التعاملات العابرة للقارات عبر الانترنت. وهو ما ترتب عنه تحول في طبيعة التعاقدات القانونية المرافقة لهذه الأنشطة، الأمر الذي سلط الضوء أكثر على الثغرات الموجودة في نظامنا القضائي وحاجته لمواكبة تلك التحولات، ولاسيما المتصلة منها بالمستجدات والتطورات في مجالات التجارة بمفهومها العام، والبيئة والتجارة الإلكترونية، والملكية الفكرية والصناعية، وغيرها من المجالات والأنشطة التجارية والاقتصادية الحديثة بشكل أخص.

وإزاء هذا التحول الكبير في طبيعة القضايا المعروضة اليوم على المحاكم وتنوعها، إضافة إلى التطور السريع للتكنولوجيا، يجعل العبء الأكبر من المواجهة يقع على عاتق العاملين في مجال القضاء لتعبئة الطاقات والوسائل من أجل تطويع ذلك مع القواعد القانونية الملائمة والنصوص التشريعية المساندة لهذا التطور والانتقال إلى الرقمنة الشاملة والتخصص دون عراقيل.

ويمكن الجزم أن العدالة الإلكترونية أضحت مطلبا ملحّا وضرورة حتمية لتطوير نظام التقاضي وتحسين جودة خدماته وتسهيل الوصول إلى المعلومة القضائية بمتابعة مسار ومآل القضايا من المتقاضين والمحامين بصفة مباشرة، فتسمح بوابة وزارة العدل في تونس حاليا للمتداخلين في نظام العدالة الاستفادة من بعض الخدمات القضائية عن بعد .

وقد شرعت وزارة العدل بالتعاون مع وزارة تكنولوجيات الاتصال والاقتصاد الرقمي بإعداد مخطط «العدالة الرقمية 2016-2020» لتركيز نظام معلوماتي مندمج للمنظومة القضائية في تونس. وتمّ إدراجه ضمن المخطط الوطني الاستراتيجي «تونس الرقمية 2020» الذي يهدف إلى تحسين نجاعة إدارة القضاء وتسهيل النفاذ للمنظومة العدلية والمساعدة على حسن القيادة وأخذ القرار.

يقوم هذا المخطط على ثلاثة محاور أساسية وهي:

- النفاذ إلى المعلومة وإلى القانون من خلال تركيز نظام معلوماتي متطوّر يقدّم خدمات لمختلف المتدخّلين والمتعاملين مع المحاكم ووزارة العدل،
- رقمنة الأحكام والملفّات وإحكام أرشفتها إلكترونيا،
- تركيز بنية تحتية عالية الأداء والجودة تعتمد على شبكة لتراسل المعطيــات ذات سعة عالية تشمل كافّة المحاكم والمؤسسات الراجعة بالنظر لوزارة العدل.

ومن شأن هذا البرنامج المساير للتطور التكنولوجي أن يحقق قيمة مضافة للاقتصاد وللمجتمع بتبسيط إجراءات التقاضي وتوفير الوقت والجهد وتخويل إسداء الخدمات عن بعد بمواصفات جودة عالية تجمع بين السرعة والدقة والتكلفة الأقل. فضلا على أن رقمنة العدالة تشكل عاملا هاما في تحقيق المزيد من ضمانات النزاهة والشفافية والمساواة أمام المرفق العام وتسهيل الوصول إليه.

لقد غزت المعلوماتية جميع الميادين، وأبقت آثارها على جميع الأنشطة، في المنزل والإدارة، في البحث والتعليم، في التجارة والمال والأعمال، وغيرت فعلا من طريقة عيش الإنسان، ولم يبق ميدان خارجا عن دائرة هذا التأثير، مهما تنوع وتعدد.

وتسمح المعلوماتية بالنسبة إلى الإدارة على وجه الإجمال بالتصرف الالكتروني في المعطيات والتخلص من الآلاف المؤلفة من الأوراق والنصوص والدفاتر، سواء على مستوى تحرير الوثائق الإدارية والمطبوعات أو على مستوى حفظها أو أرشفتها. وهي أداة سهلة في تحقيق الإحصائيات وضبط التخطيط وغيرهما من الأعمال الإدارية المتنوعة. وأصبح من الممكن عوضا أن تجبر الإدارة على مسك الآلاف من الدفاتر والأذون والأوراق، أن تنقل نتيجة المعالجة بالقرص الصلب Disque durأو بأشرطة ممغنطة Bande magnétique أو بأقراص لينة Disquette، إلى جانب تقنية الذاكرة

الميتةMémoire morte، وما يمكن أن يحدثه هذا المجال من تطور في مجالات الحفظ، وتعد المعلوماتية اليوم الأساس في الصناعة الحديثة وتنظيم الإنتاج وتصريفه وإدارة المؤسسات، بل إن الأنظمة المعلوماتية عوضت في جانب كبير نشاط الإنسان ودماغه والأحسن في ذلك كله أنه أصبح بالإمكان القيام بجميع هذه الأعمال عن بعد، حيث أمام هذا التطور أصبح من الممكن نقل المعالجة الالكترونية، مهما كان شكلها، من مكان إلى مكان في شكلها التفاعلي، وربطها ببعضها البعض، وإتمام جميع الأعمال عن بعد بفضل الشبكات المعلوماتية، وأدركنا أنه من الممكن تبعا لذلك، وتجاوزا للأنظمة المعلوماتية في حد ذاتها، الحديث عن الطب عن بعد والعمل عن بعد والتعليم عن بعد والتعاقد عن بعد، والإدارة عن بعد، والتجارة عن بعد، إلى غير ذلك من الأعمال والمحتويات التي من السهل تمريرها عبر هذه الأنظمة، ولربما مثل ذلك أهم الخدمات التي تقدمها المعلوماتية.

ولا شك في أن المعلوماتية أصبحت واقعا ملموسا في عمل الإدارة بشكل عام، ولا أحد ينكر أهميتها وقدرتها على إنجاز المطلوب بالدقة والسرعة المطلوبتين. بل إنه من الممكن إنهاء جميع أعمال الإدارة بشكل إلكتروني دون حاجة إلى الرجوع إلى الوسائل المادية الورقية، ولنا في ذلك عدة تجارب مقارنة.

وبنفس تلك الدرجة كان الوعي في استعمال هذه الأدوات في تنظيم إدارة القضاء وإجراءاته وتهيأت له وسائل الدعم الوطنية والأوروبية والدولية في اتجاه تكريس الممارسة المعلوماتية الحقيقية ووضع البنية التحتية الفنية اللازمة للغرض بعدما أحاط المشرع الممارسة المعلوماتية بإطار قانوني ملائم.

وعلى ذلك الأساس أصبح من الممكن إنجاز معظم الإجراءات بأشكال الكترونية في رقن الأحكام وتضمين المراحل الإجرائية على مستوى جميع المحاكم وتجميع فقه قضاء المحاكم بقاعدة بيانات، بل أصبح من الممكن الاطلاع عن بعد والتعرف على مآل الشكايات والمحاضر والدعاوى مهما كان طبيعتها وبذلك استعمال معظم التطبيقات الالكترونية في تنظيم وإجراءات المحاكم، الاستعمال المستقل للحاسوب وللشبكات الخاصة والشبكات العامة وتنظيم قواعد البيانات.

الوصول إلى العدالة بيُسر، مرتبط أشد الإرتباط بمدى توفر جودة الخدمات القضائية، فالجودة هي مسعى ومطلب لجميع فئات المجتمع، سواء العاملين بقطاع العدالة أو المستفيدين من خدماته.

وهو ما يقتضي أولا تحديث وعصرنة قطاع العدل إدارة وتدبيرا وتسييرا، وأيضا تحديث أسسه وركائزه الأساسية خاصة المادية منها واللوجستية.

لقد فرضت الإعلامية نفسها على الجميع وأثبتت جدواها في سائر المجالات، وقد بادر المشرع في مجلة الالتزامات والعقود بإقرار الحجة الالكترونية كوسيلة قانونية للإثبات. كما قامت وزارة العدل بوضع برنامج يمكن المحامين من الاطلاع على فقه القضاء والمجلات القانونية عبر الحاسوب .

وأسوة بتجارب الدول التي سبقتنا، حان الوقت لاعتماد الإعلامية في الإجراءات والاستئناس بها لإيجاد حلول عملية تضمن السرعة و ربح الوقت و الاقتصاد في المال و التخفيف من الأعباء الورقية التي ستصبح حتما في العديد المجالات، و خاصة في القضاء، من ذكريات الماضي آجلا أو عاجلا .

ولكن هذه المنافع لا تخفي جملة من المخاطر والنقائص، فلم تتجه جملة التطبيقات إلى التخلي عن السندات الورقية بالرغم من الممارسة المعلوماتية وبدت الممارسة ضعيفة لا تستوعب كامل الإجراءات، بل تبدو الممارسة في بدايتها محتشمة لم تشمل إلا بعضا من جوانب الإجراءات القضائية، والحال أنه لا يمكن الحديث عن الممارسة المعلوماتية الحقيقية إلا إذا أمكن القيام بجميع الإجراءات عن بعد من خلال وضع نظام مندمج يضمن الأمان والسرية والسلامة.

ونتساءل في هذا الصدد عن الخيارات الخاصة بالتجربة التونسية في الرقمنة القضائية (المبحث الأول) والآثار والرهانات المترتبة عنها (المبحث الثاني).

## المبحث الأول :

## الخيارات الخاصة بالتجربة التونسية في الرقمنة القضائية

الرقمنة ليست إلا تقنية توجب مستوى من المعرفة وحذق المعالجة المعلوماتية التي تنبني أساسا على أسس فنية (الفصل الأول)، وتتطلب وضع إطار تنظيمي (الفصل الثاني).

### الفصل الأول : الأسس الفنية

يمكن التعرض في هذا الصدد إلى الأسس الفنية العامة (الفقرة الأولى)، والأسس الفنية الخاصة بالتجربة التونسية (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: الموجبات الفنية العامة في الممارسة المعلوماتية القضائية**

خمسة موجبات فنية عامة يجب توفرها حتى تصح المعالجة المعلوماتية: تجهيز الإدارة بالمعدات المعلوماتية (1) وتكوين الإطار القضائي والإداري (2) والربط بين المعدات المعلوماتية لخلق شبكة خاصة (3) وتصور منظومة عمل تستوعب الإجراءات المعتمدة قانونا (4) والتعويل على الشبكات العامة.(5)

-تجهيز الإدارة بالمعدات المعلوماتية:

أول ما يجب توفره للممارسة المعلوماتية هو توفير الأجهزة المعلوماتية والتفكير في تجديدها دوريا بحكم ظاهرة تطور المعدات المعلوماتية من حيث البرامج والمعدات المادية.

-تكوين الإطار القضائي والإداري:

لا يمكن للإطار القضائي أن يحرص على حفظ المعدات المعلوماتية وإتقان استعمالها والانتفاع بخدماتها إلا بوجود إطار قضائي ومكتبي متكون بدرجة عالية تمكن من حذق الممارسة المعلوماتية.

-الربط بين المعدات المعلوماتية لخلق شبكة خاصة:

لا يكفي أن تتوفر للمتدخل المعدات المعلوماتية وأن تكون له الإمكانيات الفنية في استعمالها بل لابد من ربط المعدات في إطار شبكة داخلية تمكن من تبادل البيانات بين الإطارات والموظفين.

-تصور منظومة عمل تستوجب الإجراءات المعتمدة قانونا:

يخضع العمل القضائي لإجراءات دقيقة في جميع مجالات التدخل وعلى ذلك الأساس لا بد من تصور منظومة معلوماتية تستوعب جميع عناصر الإجراءات في جميع فروع القانون مدنيا وجزائيا، مع التفكير دوما في ضرورة تطويرها على ضوء التنقيحات والمستجدات.

-التعويل على الشبكات العامة:

لا يكفي التعويل على الشبكات الخاصة الداخلية بل لابد من الاستفادة من الشبكات العامة لتحقيق الاطلاع عن بعد وربما القيام بجميع الأعمال الإجرائية عن بعد.

**الفقرة الثانية: الأسس الفنية الخاصة بالتجربة التونسية**

سلكت إدارة العدالة نفس التنظيم الذي سلكته الإدارة بوجه عام. وقد وضعت وزارة العدل منذ سنة 1996 مخطط تأهيل في مجال استعمال المعلوماتية. وقام على تحيين المخطط المديري المعمول به لكي يغطي أنشطة المصالح المركزية وكامل محاكم الجمهورية وذلك بقصد إعداد مشروع تجريبي لإدخال الإعلامية المكتبية بالمحاكم وتعميم الإعلامية في ميدان التصرف في الموارد البشرية والمالية والمعدات وتعميم الإعلامية في مختلف أوجه النشاط القضائي في المحاكم وتعميم استعمال الوسائل المكتبية العصرية ووضع شبكة ترابط وتبادل المعلومات بين المحاكم والمصالح المركزية والإسهام في وضع المنظومة الوطنية للإعلام القانوني. كما وضعت المحكمة الإدارية برنامجا لتعصير عمل المحكمة وكذلك فعلت وزارة أملاك الدولة بالنسبة إلى إدارة الملكية العقارية.

ويمكن تلخيص المخطط المديري في ثلاث نقاط أساسية، توفير الأسس الفنية في تنظيم الإدارة داخليا وضمان الأسس في علاقة الإدارة بالمتقاضين ومن ينوبهم وإخضاع البنية التحتية لهياكل المراقبة.

-الأسس الفنية في تنظيم إدارة القضاء:

سعت وزارة العدل إلى توفير التجهيزات والمعدات المعلوماتية في أغلب المحاكم وأمكن ربط الحواسيب ببعضها على مستوى كل محكمة في إطار شبكة معلوماتية استوعبت بقدر الإمكان الإجراءات المعمول بها قضائيا وأمكن الربط بين المحاكم ووزارة العدل في عدة تطبيقات مثل تجربة السجل التجاري والجنسية. وأصبحت المحاكم اليوم تعمل من خلال منظومة معلوماتية دقيقة.

كما أمكن في عدة مراحل تكوين القضاة والكتبة على استعمال اجهزة المعلوماتية وحذق الممارسة المعلوماتية على وجه الإجمال. ووضع النشاط المعلوماتي تحت إشراف مختص في المعلوماتية على مستوى كل محكمة.

-الأسس الفنية في علاقة الإدارة بالمتقاضين ومن ينوبهم:

أهم ما يذكر في علاقة إدارة القضاء بالمتقاضين ومن ينوبهم هم تنظيم الشباك المستمر على مستوى كل محكمة والتعويل على مواقع الواب العامة في الإطلاع عن بعد.

-الأسس الفنية في علاقة الإدارة بهياكل المراقبة المعلوماتية

لاشك في أن للإعلامية جوانب علمية ومسالك تقنية لا يدركها إلا الفني، وهي بذلك عرضة إلى الضرر في كل وقت، خاصة بالنسبة إلى الشبكات المفتوحة، ولا يمكن أن يشعر المتداخلون بالأمان إلا إذا فرضت جملة من القواعد الفنية في اتجاه ضمان السلامة المعلوماتية. وفي هذا الإطار يأتي القانون عدد 5 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 المتعلق بالسلامة المعلوماتية (La sécurité informatique) حيث أخضع المؤسسات التي تشغل الشبكات العمومية للاتصالات ومزودي خدمات الاتصال والأنترانات والمؤسسات ذات الشبكات الإعلامية المرتبطة فيما بينها عبر شبكات خارجية للاتصالات والمؤسسات التي تولى المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية لحرفائها في إطار توفير خدماتها عبر شبكات الاتصالات للتدقيق الإجباري الدوري الذي يجب أن يقع سنويا .

**الفصل الثاني: الأسس التنظيمية**

تبرز الأسس التنظيمية على المستويين الخارجي (الفقرة الأولى) والداخلي (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: على المستوى الخارجي**

يعتبر استخدام المعلوماتية في المجال القضائي أمرا عاما لا تخلو منه أية تجربة في العالم، إذ شهد العالم مع بداية التسعينات تغييرات هامة في اتجاه استخدام المعلوماتية في شتى المجالات بما في ذلك إدارة القضاء وتنظيم الإجراءات القضائية المعتمدة، وأصبح من الممكن في العالم الحديث عن إدارة قضائية الكترونية وعن إجراءات قضائية الكترونية، بل شمل التنظيم الحديث ليس فقط المستوى الداخلي بل تعداه إلى مجال التعاون الدولي على المستوى العربي والأوروبي والدولي بتنظيم شبكات دولية مندمجة.

واعتمد مجلس وزراء العدل العرب في دورته 12 بقراره رقم 12/242، 12-1996/11/21 التوصيات الصادرة عن الندوة العملية حول "إدخال المكننة والتقنيات الحديثة إلى المحاكم" في اتجاه إدخال التعليم والتأهيل في المعلوماتية القانونية والقضائية إلى المعاهد القضائية وكليات الحقوق في الجامعات العربية وإخضاع القضاة العاملين للتأهيل التخصصي والمستمر في الموضوع. واعتمدت الأمم المتحدة بالمثل برنامجا تنمويا في الغرض.

ومنذ إعلان برشلونة سنة 1995، وضع الاتحاد الأوروبي برنامجا لدعم البلدان المتوسطية في جميع النقاط الهامة اقتصاديا واجتماعيا وسياسيا وثقافيا، في اتجاه تحقيق التوازن بين الجهات. وقد

أمكن لتونس مثل بقية البلدان المتوسطية إمضاء اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي منذ سنة 1995 في اتجاه تحقيق هذه الأهداف بتمويل أوروبي. وقد أمكن أخيرا إبرام اتفاق أول وثان في اتجاه دعم تعصير جهاز العدالة امتد الاتفاق الأول على ثلاث سنوات 2005-2008 ثم أبرم اتفاق ثاني 2011/2008.

كما ابرم اتفاق تمويل وشراكة مع الاتحاد الأوروبي الأول في 2012/10/12 بمبلغ 25 مليون يورو، والثاني في 30 أفريل 2015، والثالث بصدد المناقشة .

ويهدف هذا المشروع إلى دعم تعصير الجهاز القضائي والارتقاء بالمنظومة القضائية وبأساليب العمل القضائي والأخذ بأحدث مناهجه حتى تتلاءم مع ما تفرضه مقتضيات التطور الاقتصادي والاجتماعي والعلمي على غرار التجارب التي قام بها الاتحاد الأوروبي في بلدان أخرى. ويسعى إلى تطوير مستوى الخدمات القضائية والاستفادة بما توفره تكنولوجيات الاتصال الحديثة من وسائل متطورة لإدخال النجاعة والسرعة المرجوتين، بما يحمي المصالح الشرعية للمتقاضين ويدعم ضمانات إيصال الحقوق إلى أصحابها.

**الفقرة الثانية: على المستوى الداخلي**

لقد تسارع نسق تنفيذ مشروع دعم تعصير الجهاز القضائي التونسي منذ إمضاء اتفاقية التمويل بين تونس والاتحاد الأوروبي، وقد تمّ في أجل قصير تنظيم دورات تكوينية حول الكثير من المواضيع والمسائل القانونية والقضائية لفائدة القضاة والمحامين وعدول التنفيذ وعدول الإشهاد. وتمّ كذلك توزيع مجموعة من الحواسيب المحمولة على القضاة لتجاوز مشكل تلخيص الأحكام ورقنها كما انتفعت الهيئة الوطنية للمحامين بمجموعة من المراجع القانونية وشهدت بعض المحاكم تركيز نماذج جديدة من الشبابيك الموحدة لتقديم الخدمات الإدارية. وهو ما قد يساهم في تطوير العمل بالمحاكم وتجاوز بعض المشاكل اليومية التي يواجهها المحامون والمتقاضون والمتعلقة أساسا بتأخير رقن الأحكام القضائية وبطء الحصول على المعلومة حول مآل القضايا المنشورة لدى المحاكم ويأمل المتعاملون مع الشأن القضائي أن يساهم هذا المشروع في تحقيق القفزة النوعية للإدارة القضائية التونسية.

وقد تمّ في إطار الاتفاقية المبرمة مع الاتحاد الأوروبي في ديسمبر 2005 لدعم الجهود الوطنية الهادفة إلى تعصير الجهاز القضائي الشروع في إحداث نظام معلوماتي قضائي مندمج وموحد يكفل

التصرف الآلي في القضايا والملفات، بما في ذلك أرشيف المحاكم وتوفير المعلومة القانونية والقضائية المطلوبة بأيسر السبل وأسرعها مع ضمان حقوق المتقاضين والحفاظ على سرية المعطيات الشخصية طبقا للقوانين المنظمة.

وقد شرعت وزارة العدل في نفس السياق منذ سنوات في تشبيك المحاكم وتوفير أجهزة الحاسوب ووضع البرمجيات المعلوماتية ضمانا لسرعة تبادل بين المحاكم وإحداث مواقع "واب" تفاعلية لفائدة محكمة التعقيب ومحكمة الاستئناف بتونس والمحكمة العقارية ومركز الدراسات القانونية والقضائية وتطوير موقع المعهد الأعلى للقضاء والمعهد الأعلى للمحاماة ضمانا للحصول على الخدمات القضائية والقانونية الكترونيا والاطلاع على برامجها.

ويجري تركيز شبابيك استقبال وتوجيه في بهو كل محكمة بمختلف درجاتها مزودة بحواسيب وبأعوان تلقوا التكوين المتخصّص ضمانا لتمكين المتقاضي من المعلومة والمطبوعة الإدارية القضائية المطلوب تعميرها للحصول على الخدمات من المحاكم وحسن قبوله وتوجيهه وإرشاده.

وبالتوازي مع الجهود المذكورة آنفا شرع في دعم إرساء قواعد معطيات قانونية وقضائية واستغلالها معلوماتيا إلى جانب دعم المكتبة المركزية للوزارة ومكتبات المحاكم وكذلك مكتبات الجمعيات المهنية والكتب والمراجع القانونية وتركيز برمجيات الكترونية تساعد على تقديم الخدمات للعاملين في الحقل الاقتصادي وللمتقاضين عموما.

وقد أطلقت وزارة العدل، في نفس السياق، سنة 2009 رسميا بوابة e-justice.tn على شبكة الأنترانت وهي آلية عصرية تمكن المتقاضي أو المحامي أينما كانت وفي الحصول على العديد من الخدمات القضائية .

وفي نفس الإطار، وضع جهاز القضاء الإداري برنامجا متعدّد الجوانب الفنية لتعصير عمل المحكمة الإدارية بدعم من المؤسسات الأوروبية، قد لا يختلف كثيرا عما ورد في سوابق التنظيم العدلي.

## المبحث الثاني:

## الرهانات القانونية المترتبة عن الرقمنة القضائية

تتمثل أهم الرهانات في ضرورة الاعتراف القانوني بالإجراءات الالكترونية (الفصل الأول) وتعميمها في تنظيم القضاء (الفصل الثاني).

### الفصل الأول: الاعتراف بالإجراءات الالكترونية في تنظيم القضاء التونسي

مكن المشرع التونسي المتقاضي من مباشرة بعض الإجراءات بالطريقة الالكترونية، وفي ذلك تيسير على المتقاضي وتخفيف الأعباء التي تتطلبها الدعوى (فقرة أولى)، كما قبل فقه القضاء بالوسائل الالكترونية كحامل يحفظ الحقوق ويعوض الإجراءات المادية (فقرة ثانية) .

#### الفقرة الأولى: الاعتراف بالإجراءات الالكترونية من المشرع

بوادر قبول المشرع التونسي بالوثيقة الالكترونية كشكل لا مادي يحفظ حق الأطراف ويعوض الصيغ المادية من كتابة وشفاهة برزت بالفقرة الثانية من الفصل 6 من مجلة التحكيم التونسية والتي صدرت بتاريخ 1993/04/26. فقد اعترف المشرع التونسي صلب هذا الفصل باتفاقية التحكيم دون التوقف على شرط الكتابة، معطيا إياها شكلا متسعا، فتعتبر اتفاقية التحكيم ثابتة بكتب متى وقع تبادل الوثائق بين الأطراف كالرسائل والتلكسات والبرقيات ز بأي وسيلة اتصال أخرى. أي أن المشرع التونسي لم يشترط شكلا محددا لصحة اتفاقية التحكيم، وترك المجال فسيحا للأطراف لاختيار الشكل الذي يستجيب لاختياراتهم دون حشرهم في صيغة مادية محددة. وهذا الحل ينسجم مع التطورات الرقمية الحاصلة في مجال الاتصالات والتخاطب الحديثة، ومع جل المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتي لا تشترط شكلا معينا لصحة اتفاقية التحكيم أو لإثباتها بل أن بعضها يسوي بين الكتابة الالكترونية والكتابة الورقية.

وتَدَعّم قبول اللامادية من قبل المشرع بإقرار الكتب الالكتروني كوسيلة إثبات بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000، وعرف الفصل 453 مكرر الوثيقة الإلكترونية بأنها "الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع

إليها عند الحاجة." إضافة إلى إدراج عقد التجارة الالكترونية في المنظومة القانونية التونسية بموجب القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي مكن المتقاضي من رفع دعواه أمام قاضي الضمان الاجتماعي بواسطة وثيقة الكترونية، حيث جاء بالفصل 9 من القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 2003/02/15 أن الدعوى ترفع أمام قاضي الضمان الاجتماعي " بتصريح شفوي يتلقاه كاتب المحكمة أو بمقتضى مطلب كتابي يقدم مباشرة لكتابة المحكمة أو يوجه عن طريق البريد بواسطة مكتوب مضمون الوصول أو وثيقة إلكترونية موثوق بها".

**الفقرة الثانية: الاعتراف بالإجراءات الالكترونية من فقه القضاء**

ساير فقه القضاء التونسي التطور التشريعي – ولئن كان محدودا-وكذلك التطور التكنولوجي، فلم يسمح القاضي لنفسه أن يبقى مكبلا بإرث الماضي أمام نسق تطور ديناميكي، فوجد نفسه محمول على مواكبة هذا النسق وتسخير زاده القانوني لتطويع النصوص والإجراءات القانونية لمسايرة ما يفرضه الواقع اللامادي من تأثيرات على حقوق المتقاضيين. وفي هذا الإطار سنستعرض قرارين صادرين عن محكمة التعقيب التونسية قبلت فيها صراحة بالصيغة اللامادية.

أولا القرار عدد 20658 الصادر بتاريخ 2015/02/05 وقد جاء بحيثيات هذا القرار ما يلي :

"وحيث انه من المعلوم أن الأنظمة القانونية قد تأسست في مادة الإثبات على مبدأ تفوق الوثيقة الورقية والذي ظل يحكم المعاملات على مدى فترات زمنية معينة وهو ما يتجلى في ما أثبته المشرع التونسي لنظرية الإثبات على أهمية الكتائب التي تبقى أثرا مكتوبا غير أن مواكبة التطور ومراعاة ضرورة تفاعل القاعدة القانونية مع كل ما يطرأ جعل المشرع التونسي يتدخل لملاءمة الأحكام المتعلقة بوسائل الإثبات مع ما أفرزته الثورة الرقمية لتنقيح مجلة الالتزامات والعقود بموجب القانون عـ57ـدد لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 ليقر بالوثيقة الالكترونية كوسيلة معتمدة للإثبات وذلك بإضافة الفصل 453 مكرر الذي أقر بحجية الوثيقة الالكترونية كوسيلة من وسائل الإثبات تكريسا منه للتوسع في مفهوم وسائل الإثبات المعتمدة قانونا في نطاق تطور مجال الاتصالات.

وحيث أن رسائل البريد الالكتروني تمثل وثيقة الكترونية معتمدة كوسيلة إثبات لاستجابتها للتعريف الوارد بالفصل 453 مكرر "

ثانيا بموجب القرار التعقيبي عدد 22338 الصادر بتاريخ 2009/01/22 والذي جاء في حيثياته ما يلي: " أن تعبئة الوثائق بالتوثيق الفيلمي المشفر أو تخزينها بالحاسوب الالكتروني تعتمد نفس تقنية النسخ الفوتوغرافي إذ أن الهدف منها هو استخراج نسخ ورقية من الوثائق المخزنة وخير دليل على ذلك تقنية التخزين بواسطة السكانار. كما أن المخاوف من إمكانية تعمد إدخال تغيير على النسخة المصورة سواء بالحذف أو التغيير أو الإضافة أو الإقحام لا يمكن أن يقوم حجة على استبعاد تطبيق الفصل 470 من مجلة الالتزامات والعقود"...

وقد سبق لمحكمة التّعقيب سنة 2009 أن أبدت موقفها بخصوص الفاكس، فأكّدت صلب القرار التّعقيبي المدني الصّادر عن دوائرها المجتمعة بتاريخ 26 فيفري 2009 تحت عدد 271، أنّ الفاكس يُمثل تقنيّة تمكّن من نقل محتوى وثيقة من مكان إلى آخر بطريقة إلكترونيّة، كما يُخوّل إرسال بعض النصوص الممضاة في زمن قياسي، وهي تقنيّة تُمكّن بالأساس من نقل نصّ أصلي بصفة مباشرة مع بيان هويّة المُرسل، وهو ما يُجيز القول أنّ الوثيقة المتحصّل عليها بطريقة الفاكس هي بمثابة الكتب الأصلي ولها حجيّة في الإثبات. علما وأنّ الإشكال الذي طرح أمام الدّوائر المجتمعة في إطار هذه القضيّة هو صدور قرار عن إحدى الدّوائر التّعقيبيّة قضى برفض مطلب التّعقيب شكلا استنادإلى أنّ الطّاعن قدّم صورة فوتوغرافيّة من محضر تبليغ المستندات غير مشهود بمطابقتها للأصل من العدل المنفّذ. وقد قدّم الطّاعن في شأن ذلك القرار مطلبا في تصحيح خطأ بيّن، وقد علّلت محكمة التّعقيب قرارها كما يلي:

"وحيث يتّضح بالرّجوع إلى أوراق الملفّ أنّ النّسخة من محضر تبليغ المستندات التي تقدّم بها الطّاعن في الأجل القانوني هي صادرة عن العدل المنفّذ بجندوبة م.ج. وأنّ هذا الأخير تولّى توجيهها بطريقة الفاكس.

وحيث اعتبر المشرّع صلب أحكام الفصل 470 من م.إ.ع. بعد تنقيحه بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 الصادر بتاريخ 13 جوان 2000 أنّ : "نسخ الحجج الرّسميّة وغير الرّسميّة المأخوذة من الأصل تُعتبر كأصولها إذا شهد بصحّتها المأمورون العموميّون المأذونون بذلك بالبلدان المأخوذة بها النسخ أو إذا أقرّ بصحّتها الطرف المحتجّ بها ضدّه أو إذا كانت ممضاة من طرفه أو إذا تمّ إنجازها

وفق وسائل فنيّة تُوفّر كل الضمانات لمطابقتها لأصولها ، وفي صورة عدم توفّر هذه الشّروط يتمّ عرضها على الاختبار لبيان مدى صحّتها.

وحيث إذا كان الإثبات قانونا هو إقامة الدّليل أمام القضاء بالطّرق التي حدّدها القانون على وجود حقّ متنازع فيه، فإنّ الوسائل الفنيّة للإثبات لم تُغيّر من المفاهيم العاديّة لهذا الإثبات في الدّعوى المدنيّة والذي حافظ على نفس المفهوم التقليدي المتعارف عليه، بدليل أنّ التغيير الوحيد قد شمل الوسائل المُعدّة للإثبات والتي أصبحت تأخذ شكلا فنيّا كذلك.

وحيث وتكريسا لهذا التوسّع في مفهوم وسائل الإثبات المعتمدة قانونا، ورد تنقيح مجلة الإلتزامات والعقود بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 الصّادر بتاريخ 13 جوان 2000 في نطاق تطوّر مجال الاتصالات، فكانت صياغة الفصل 470 جديد من م.إ.ع. في إطار زمني اتّسم بالتّحديث في مجال التّقنيّات المعلوماتيّة .

وحيث أنّ محضر مستندات التّعقيب في قضيّة الحال تمّ إبلاغه من قبل العدل المنفّذ الذي صدر عنه بطريقة الفاكس.

وحيث يتمثل الفاكس في تقنيّة تُمكّن من نقل محتوى وثيقة من مكان إلى آخر بطريقة إلكترونيّة، كما يُخوّل إرسال بعض النّصوص الممضاة في زمن قياسي وهي تقنيّة تُمكّن بالأساس من نقل نصّ أصلي بصفة مباشرة مع بيان هويّة المُرسل. وهو ما يجيز القول أنّ الوثيقة المتحصّل عليها بطريقة الفاكس هي بمثابة الكتب الأصلي ولها حجيّة في الإثبات.

وحيث يخلص ممّا تقدّم أنّ محكمة القرار المطعون فيه بالخطأ البيّن لمّا اعتبرت وثيقة محضر تبليغ مستندات التّعقيب بواسطة العدل المنفّذ بجندوبة م.ج. بطريقة الفاكس مجرّد صورة فوتوغرافيّة غير مشهود بمطابقتها لأصلها ، رغم البيانات المضمّنة بها مثل تاريخ إرسالها وهويّة المُرسل وهو العدل المنفّذ المكلف بالتّبليغ ورقم الفاكس ، تكون قد خرقت أحكام الفصل 470 جديد من م.إ.ع. هذا علاوة على أنّ المعقّب قدّم في موعد لاحق أصل محضر تبليغ تلك المستندات للمعقّب ضدّه قبل موعد الجلسة المعيّنة لها القضيّة حسب الكشف المختوم من كتابة هذه المحكمة في 12 ماي 2007 ، ورغم ذلك فقد أصدرت قرارها برفض مطلب التّعقيب شكلا ، بما تكون معه والأمر ما ذكر قد ارتكبت خطأ بيّنا موجبا لنقض قرارها من هذه الناحيّة رجوعا في ذلك لمقتضيّات الفصل 192 ثانيا من م.م.م.ت. " .

**الفصل الثاني: رهانات تعميم الرقمنة في تنظيم القضاء التونسي**

يمكن الجزم، بادئ ذي بدء، أن العدالة الإلكترونية أضحت مطلبا ملحّا وضرورة حتمية لتطوير نظام التقاضي وتحسين جودة خدماته وتسهيل الوصول إلى المعلومة القضائية بمتابعة مسار ومآل القضايا من المتقاضين والمحامين بصفة مباشرة.

وتمكن الرقمة القضائية من تطوير إدارة العدالة والعمل القضائي عموما (الفقرة الأولى)، إلا أنه لا بد من تقييم التجربة وتحديد آفاقها في تأثيرها على جودة العدالة (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: تطوير العمل القضائي**

تنظيم المعلوماتية في شكلها المفتوح يوفر لجميع المتداخلين عدة خدمات سريعة، ولكن الشبكات المغلقة تسمح كذلك برفع المادية عن عدة خدمات داخليا وخارجيا، وهو ما قد يساهم في تطوير العمل بالمحاكم وتجاوز بعض المشاكل اليومية التي يواجهها المحامون والمتقاضون والمتعلقة أساسا بتأخير رقن الأحكام القضائية وبطء الحصول على المعلومة حول مآل القضايا المنشورة، وهو ما يعني أن الفائدة حاصلة سواء في علاقة الكتبة والقضاة فيما بينهم (أ) أو في علاقتهم مع المتقاضين والمتداخلين في المنظومة القضائية (ب).

**أ-المحاور الداخلية**

-الأثر على مستوى كتابة المحكمة : أول ما تساعد على تحقيقه الإعلامية هو إتمام رقن الأحكام آليا وإنهاء المراحل الإجرائية بالدخول في المنظومة الإعلامية بحسب طبيعة إجراءات كل محكمة وتجميع المعلومات والقيام بالإرشاد السريع مع إمكانية طباعة أغلب الخدمات على ورق عادي.

فعلى مستوى محاكم الأصل أصبح من الممكن انجاز جميع الإجراءات القانونية سواء على المستوى الجزائي أو المدني بطريقة الكترونية بحسب المنظومة الإعلامية المنجزة للغرض انطلاقا من رفع الدّعوى فتقييدها والبحث فيها ونشرها بالجلسة والحكم فيها ثم الطعن فيها أخيرا.

وكذلك الصورة بالنسبة إلى محكمة التعقيب حيث بمجرد تقييد القضية تنجز بقية الإجراءات الكترونيا، بمعنى أن ينص كاتب المحكمة على كل مرحلة بالخانة المخصصة لذلك، التقييد ثم إضافة

المستندات فالرد عليها فتقديم طلبات الإدعاء العام فالنشر بالجلسة ثم القرار وإن اقتضى الأمر الإحالة إلى الدوائر المجتمعة.

كما أن الربط بين المنظومات سمح كذلك بالاتصال بين كتابات المحاكم وإنجاز الإجراءات في وقت قياسي، حيث أمكن للمشرع بعد تنقيح مجلة المرافعات المدنية سنة 2007، في اتجاه جعل مطلب التعقيب يقدّم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بعدما كان يقدم لكتابة محكمة التعقيب أن يفرض على كاتب المحكمة الذي تلقى عريضة الطعن أن يعلم بها فورا كتابة محكمة التعقيب بأي وسلة تترك أثرا كتابيا ويدخل في ذلك جميع الوسائل الالكترونية .

-الأثر على مستوى نشاط القضاة : أصبح من الممكن للقضاة رقن جميع الأحكام آليا وهو ما يساعد على تمكين المتقاضي بنسخة من الحكم بمجرد صدوره دون انتظار إجراءات رقنه من الكتابة، كما أنه يمكن للمسؤولين على المحاكم، رؤساء المحاكم ووكلاء الجمهورية ورؤساء كتبة المحاكم الدخول إلى المنظومة ومراقبة سلامة الإجراءات المعتمدة. وأصبح من اليسير الدخول على المواقع المعلوماتية المفتوحة للتوصل بالمعلوماتية في جميع المجالات دون عناء.

**ب -المحاور الخارجية :**

أصبح من الممكن لمساعدي العدالة والمتقاضين بشكل عام، وأينما كانوا، الحصول عبر بوابة «E-Justice»، بداية من 28 جوان 2009 على العديد من الخدمات القضائية بمتابعة مختلف أطوار القضايا المنشورة لدى مختلف المحاكم، دون الحاجة للتنقل، وذلك بعد تسجيل المعطيات الخاصة به (الاسم واللقب، رقم بطاقة التعريف، عنوانه، الهاتف، تاريخ الولادة)، ومنحه مفتاح العبور إلى هذه الخدمة.

وبفضل «E-Justice» أتيحت للمتقاضين إمكانية الاطلاع على القضايا والشكايات والمحاضر الخاصة بهم في كل المحاكم على اختلاف درجاتها وكذلك الشكايات المودعة لدى مصالح الوزارة، وذلك وفق قواعد تستوجب استخدام عدد القضية أو الشكاية وتاريخها والمحكمة المنشورة لديها، وهو ما سيجنب عناء التنقل إلى المحاكم ومشاكل الازدحام في المحاكم والمشاحنات التي تقع أحيانا بين المتقاضين، وأعوان شبابيك الخدمات فيها.

ويجد المتقاضون والمحامون في هذه البوابة القائمة الكاملة لعدول التنفيذ وعدول الإشهاد والخبراء العدليين المعتمدين لدى المحاكم والأطباء الشرعيين وأطباء تقدير الضرر البدني المصفّين وأمناء الفسلة، وتوزيعهم عبر المحاكم، وأرقام هواتفهم، وهو ما يجنب الجميع عناء البحث عن عناوين الخبراء الذين يغيرون عناوينهم وهواتفهم باستمرار.

وأصبح من الممكن للمتقاضين أن يستخرجوا نماذج من المطبوعات الإدارية المعتمدة، كالتصريح حول تأسيس ذات معنوية أو تنقيح السجل التجاري أو التصريح بتوقف النشاط الاقتصادي إلى جانب نماذج من مطالب الحصول على شهادة نشر ومضمون حكم جزائي، أو استئناف حكم مدني، أو تعقيب حكم، أو مطالب استخراج نسخ تنفيذية أو مجردة من الأحكام ومطالب الحصول على إذن على عريضة ومطابقة للأصل من تقرير اختبار.

وأتيحت في هذه البوابة إمكانية الحصول على نماذج من مطالب شهادات التسوية في قضايا الشيك بدون رصيد والتمتع بالعفو والسراح الشرطي أو مطالب التسجيل الاختياري والإجباري للعقارات ومطالب الطعن في قرارات حافظ الملكية العقارية.

ويمكن من خلال هذه البوابة أيضا الاطلاع على مختلف المراجع القانونية المتعلقة بالخدمات المقدمة وفقه القضاء التونسي الصادر عن محكمة التعقيب ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية مند سنة 1959 إلى اليوم وعلى أحدث قرارات هذا الفقه، دون انتظار لنشريه محكمة التعقيب.

ويستفيد الطلبة ورجال القانون من هذه البوابة الالكترونية حيث يمكنهم الاطلاع على رصيد هام من النصوص القانونية التونسية، في مختلف القطاعات والمجالات، وكذلك الاتفاقيات القضائية المبرمة بين تونس وسائر البلدان مع إمكانية طبعها على الورق.

وتوفر البوابة عددا هاما من أدلة الإجراءات القانونية والقضائية التي تتيح للمتقاضي فرصة التعرف على مسالك التقاضي في المحاكم وحقوقه ومختلف الإجراءات التي يجب القيام بها للوصل إلى حقوقه وهو ما سيقطع الطريق أمام سماسرة المحاكم الذين يستغلون جهل المتقاضين بالقانون، وبإجراءات التقاضي إلى جانب توفير كل محتويات المجلات القانونية التي تساعد على فهم الحقوق.

كما أن تركيز الشبابيك المستمرة بكل محكمة وتنظيم قواعد بيانات خاصة بالأرشيف والأحكام وما شابه ذلك يسمح بإرشاد المتقاضي الإرشاد السليم والوقوف على حقيقة المعلومة في آجال قصيرة.

**الفقرة الثانية: تقييم الرقمة في تنظيم القضاء التونسي وجودة العدالة**

بقدر ما لهذه الممارسة من محاسن (أ) لها من السلبيات ما يتعدد (ب).

**أ-إيجابيات اللامادية في تنظيم القضاء التونسي وجودة العدالة**

التعويل على المعلوماتية في الخدمات القضائية فيه نفع أكيد ومغانم كثيرة، ولعل أهمّ ما تحققه المعلوماتية هو السرعة والدقة والسرية والسلامة والتعريف وعدم القدرة على إنكار المعاملة.

فالواضح أن إتمام الخدمة عن بعد يعفي المستخدم من التنقل إلى مقر المحكمة وإتمام العملية إلكترونيا، ولا يوجب كثيرا من الوقت، خاصة وأن الخطأ وارد كثيرا في العمل اليدوي على خلاف الممارسة الالكترونية، فلا يمكن للتطبيقات المعلوماتية أن تخطئ، وحتى ولو أخطأ المتعامل مع التطبيقات المعلوماتية فلا يمكن إتمام الإصلاح إلا بتدخل فني الإعلامية على المنظومة بأرقام سرية. ومن السهل المحافظة على سرية المعلومة الالكترونية بالأرقام السرية وما شابه ذلك. وقد حرصت وزارة العدل من خلال عمل البوابة أو المنظومات المعلوماتية على ضمان السرية التامة للمعطيات الشخصية المتعلقة بالشكايات والمحاضر، والقضايا المنشورة بالمحاكم واتخذت كل الإجراءات والاحتياطات لتفادي أي اختراق الكتروني للبوابة ومختلف منظوماتها، بأن حصرت النفاذ إلى المعلومة القضائية في المحامي أو المتقاضي المعني دون غيره. ومن السهل التعرف على كل من انخرط في الممارسة المعلوماتية بحيث لا يمكنه إنكار الممارسة. ولكن هذه المحاسن لا تخفي جملة من السلبيات الخطيرة.

ويقدم البنك الدولي مقترحات حول تحسين تصنيف ترتيب الدول في جلب الاستثمار باعتماد سلسلة من الممارسات الفضلى في نظام إدارة القضايا ورقمنة (مكننة أو أتمتة) المحاكم وحوكمتها عبر مؤشرات عديدة تضمن جودة العدالة لعل أهمها:

-إنشاء نظام إدارة القضايا إلكترونيا من خلال تطوير منصات إلكترونية للتبادل والتواصل بين الإدارة القضائية والدفاع، وانفتاح الإدارة القضائية على محيطها ببروتوكولات التبادل الالكتروني التي من شأنها تسهيل عمل المحاكم وتقريبه وتمكين المحامين من مباشرة إجراءات التقاضي عن بعد بتحديد المذكرات والتوصّل بالاستدعاءات ومباشرة الإجراءات المتعلقة بالقضية والاطلاع على المؤيدات وتبادل التقارير والتصريح بالأحكام إلكترونيا دون حاجة للتنقل للمحكمة.

-نشر الأحكام القضائية إلكترونيا لزيادة القدرة على التنبؤ والشفافية في عملية التقاضي وتحسين سمعة النظام القضائي بالكامل عندما يمكن أن يرى العالم الأحكام في نظام المحكمة، وهو ما يعزز ثقة العامة والمستثمرين.

ويعطي التصنيف العالمي لقاعدة البيانات نقطة مكافأة لكل من هذه التحسينات، كما تساعد التصنيفات الدول على تحليل عملية التقاضي من وجهة نظر الأعمال التجارية والبحث عن سبل تطويرها وهي مفيدة للمستثمرين لفهم نظام المحاكم وفصل النزاعات في الدولة.

تساعد التصنيفات العالمية الدول على تحليل عملية التقاضي من وجهة نظر المستثمرين لفهم نظام المحاكم في الدولة والموافقة أو عدم الموافقة على التقاضي.

ويساهم تصنيف ترتيب ممارسة أنشطة الأعمال من البنك الدولي الذي أنشئ في عام 2002 في تجميع البيانات الكمية لمقارنة بيئات تنظيم الأعمال التجارية عبر الاقتصادات وعلى مر الزمن. ويشمل مشروع 2016 عـ11ـدد مجموعة مؤشرات لحوالي 189 من الاقتصادات في العالم. وقام تقرير عام 2016 بإدخال إجراء جديد، وهو مؤشر نوعية العمليات القضائية وسيادة القانون، وتقييم ما إذا كان كل اقتصاد قد تبنى سلسلة من الممارسات الجيدة التي تعزز الجودة والكفاءة في نظام المحاكم، والتي من شأنها أن توفر مناخا ملائما لجلب الاستثمار.

ويطلب المستثمرون الأجانب من نظم المحاكم الشفافية، والقابلية للتوقع، والكفاءة، والسرعة المعقولة والنجاعة المطلوبة في تنفيذ الأحكام القضائية. ويقيس المستثمرون مدى توفر الممارسات الفضلى في نظام المحاكم عبر عدّة مؤشرات تتمثل أساسا في مكننة (أتمتة) المحاكم وحسن إدارة القضايا.

فبخصوص المؤشر الأول المتعلق بمكننة (أتمتة) المحاكم فإن ذلك يمرّ عبر إيداع الدعاوى والشكاوى بصورة إلكترونية، والإخطار بها وسداد الرسوم بالوسائل الإلكترونية دون عناء التنقل للمحاكم. وتركيز منصّة إلكترونية للتواصل بين الإدارة القضائية والمحامين، وذلك بتحرير المذكرات ومختلف المقالات عبر هذه المنصّة، وتوجيهها إلى المحكمة التي تتوصل بها في حينها، ويصدر القاضي حكمة أينما وجد، وتنشر الأحكام للعموم عبر الرسائل الإلكترونية أو الانترنت.

أما بخصوص المؤشر الثاني المتعلق بحسن إدارة القضايا فإنّ ذلك يمرّ عبر توفير أرضية لبوابة إلكترونية تؤمن خدمات عمومية وتمكن من تقليص الكلفة والآجال واستغلال التكنولوجيات الحديثة في التواصل مع المحاكم عند تسجيل القضايا وخلاص الرسوم والحصول على جداول الجلسات والاطلاع على المؤيدات وعلى نصوص الأحكام واستخراج اللوائح والوثائق كالسجلات التجارية مثلا.

وتمكن تلك المؤشرات الهيكلية أو اللوجستية من تحسن سمعه النظام القضائي بالكامل، وتعزيز ثقة المستثمرين في قانون الدولة وقضائها.

**2- سلبيات اللامادية في تنظيم القضاء التونسي وجودة العدالة**

المعلوماتية حدث هام لا يخفي السلبيات إذا لم ترق الممارسة إلى مستوى معين من الحذق والدقة العلمية. ولعل أهم هذه السلبيات هو ما يرد إلى آلية الخدمة وازدواجيتها ومقتضيات حفظها وضمان سريتها وسلامتها وعدم تحيينها وعدم تعميمها والتوقف عند البعض منها دون الآخر.

فالآلية تقضي بداية على اليد العاملة اليدوية ومهارتها وسهولة التدخل لرفع النقص أو معالجته بالطريقة الملائمة، فضلا على أنه قلما تستوعب المنظومات المعلوماتية تفصيلات الإجراءات بمجملها، وكثيرا ما يصعب إتمام بعض الإجراءات لعدم تنظيمها الكترونيا وقد بينت التطبيقات فعلا نقص المنظومات القضائية المعتمدة في عدة نقاط هامة.

كما أن الازدواجية علامة سيئة في الممارسة المعلوماتية، فالأخطر أن تبقى الدفاتر الورقية إلى جانب التطبيقات المعلوماتية .

وتبقى خطورة تلاشي المعلومة وتبخر البيانات قائمة، خاصة إذا لم يقع التفكير في حفظها بطرق فنية تراعي التقدم التقني في تطور البرمجيات المعلوماتية.

ولا يكفي وضع مواقع على ذمة المتقاضين والمحامين بل يفترض تحيين بيانا هذه المواقع وجعلها تستوعب المستحدثات وآخر ما طرأ على البيانات من تغيير وتعديل وإلا بقيت البيانات عديمة الجدوى.

وتبقى إشكالية حفظ سرية المعلومة وضمان سلامتها من أهم الإشكاليات المطروحة بالنسبة إلى المعاملات الالكترونية، خشية الاطلاع على مضامينها من قبل ممن ليس لهم صفة. كما أن المعالجة

العامة والمفتوحة للمعلومة كما هو الشأن بالنسبة إلى نشر الأحكام بالمواقع المفتوحة لا يستبعد خطر الاعتداء على الحياة الخاصة بجمع البيانات الواردة بها واستعمالها فيما يضر بالمتقاضين.

غير أن المحصّل من التطبيقات المعلوماتية لا يرقى إلى المطلوب، فهل يتطلب المستوى الجيّد أن ترفع الدفاتر الورقية كليا أم أن الأمر يستدعي المحافظة على الدفاتر اليدوية مع ضمان الإتقان، إتقان القاضي والكاتب والمتقاضي والمحامي للأجهزة والتطبيقات المعلوماتية وتوفير الأجهزة والمنظومات المعلوماتية الجيدة، ويمكن للمتقاضي والمحامي ليس فقط من الاطلاع على البيانات بل التأثير على المعلومة وإتمام جميع الإجراءات عن بعد بما في ذلك تقديم الدعوى والمستندات والترافع والحكم وغير ذلك مما يلزم في الإجراءات القضائية، حتى أنه أصبح من الممكن الحديث عن المحكمة الإلكترونية أو الإجراءات الإلكترونية، مع الاحتفاظ بالورقية للرجوع إليها عند الحاجة.

والملاحظ أن فقد بعض التجارب المقارنة اتجهت إلى رفع المادية عن إجراءات المحاكم بما في ذلك استدعاء المتقاضين بالوسائل الإلكترونية وتمكين المحامي من تقديم عريضة الدعوى إلكترونيا أو الترافع على الخط وحتى الحكم عن بعد، أو التنفيذ المباشر (المزاد العلني المباشر)، وأصبح للشبكات المعلوماتية دور في التواصل بين وزارات العدل بغاية البحث عن الجريمة عبر الوطنية بتبادل المعلومات والكشف السريع عن المضامين المخالفة وانجاز الموجبات الإجرائية للتعاون الدولي عن بعد (تبليغ استدعاء أو الإعلام بعريضة وأوراق الدعوى). وأصبح الحديث متواترا عن الهوية الإلكترونية أو بطاقة التعريف الإلكترونية.

فلا يمكن الحديث في نهاية الأمر عن الممارسة القضائية الإلكترونية الفعلية إلا إذا أمكن ربط المؤسسات القضائية والمؤسسات المساعدة للقضاء أو المتداخلة (الضابطة العدلية وعدول الإشهاد والمحامون والخبراء وديوان قيس الأراضي والمسح العقاري وإدارة الملكية العقارية) والمتقاضين إلكترونيا وأنجزت جميع الأعمال الإجرائية عن بعد انطلاقا من رفع الدعوى أو العريضة إلى غاية صدور الحكم وإتمام التنفيذ مع إمكانية أن تتخذ القرارات مباشرة من الهيئة المختصة. كذلك مع توفر شروط السرية والأمان والسلامة.

لكن الواقع بالتجربة التونسية، وفي أغلب البلدان، أقل من ذلك بكثير، فقد انحصرت الممارسة القضائية في رقن الأحكام من قبل كتبة المحاكم ومن بعض القضاة والتعويل على المنظومات

المعلوماتية على مستوى المحاكم الابتدائية والاستئنافية ومحكمتي التعقيب والعقارية المركزية وكذلك المحكمة الإدارية، ثبت أنها تشكو من عدة نقائص تحتاج إلى مراجعة وتحيين لجعلها تواكب تطور الإجراءات وتفصيلاتها. علاوة على أن عديد المعطيات الجوهرية لا يمكن الاستغناء عنها في صيغتها الحالية لما تمثله في الفترة الراهنة من دعامة مادية وضمانة قانونية وما تتمتع به من ثقة لدى المتداخلين في منظومة العدالة في بلادنا.

ورغم العوائق المادية والعقبات القانونية فإنه يتحتم المضي قدما بالممارسة والتعويل على الإجراءات الالكترونية دون الاستغناء على الدعامة المادية والصيغ الورقية تطويرا للإجراءات القضائية من حيث مضمونها وطرق ممارستها ضمانا لنجاعتها .

**2- الأنشطة المبرمج إنجازها سنة 2018**

- المشاركة في الاجتماع الثاني رفيع المستوى لرؤساء المحاكم الدستورية والمحاكم العليا في الدول الإفريقية بالقاهرة أيام 19-20-21 فيفري 2018، ويهدف هذا المؤتمر الذي سينعقد للمرة الثانية على التوالي بالقاهرة إلى دعم دور السلطة القضائية والقضاء الدستوري في المجتمعات الأفريقية في مواجهة الإرهاب والفساد وانعدام الحوكمة، وتبادل وجهات النظر بين القضاة الأفارقة، واستكشاف مجالات جديدة للتعاون كالتوصل إلى استنتاجات وحلول للقضايا محل الاهتمام المشترك.

- المشاركة في المؤتمر النهائي للمحاكم العليا لدول الساحل الافريقي الذي سينعقد بداكار (السنغال) يوم 2 مارس 2018، حول "دور المحاكم العليا في الوقاية من الإرهاب ومكافحته"، والذي ستنظمه رابطة المحاكم العليا في الدول التي تتقاسم استخدام اللغة الفرنسية (AHDJUCAF)، بدعم من الإدارة التنفيذية للجنة الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب (DECT)، والمركز العالمي للأمن التعاوني (GCCS)، ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (ONUDC)، والمنظمة الدولية للفرنكوفونية (OIF).

- حضور فعاليات الاحتفال بالذكرى الأولى لتنصيب المجلس الأعلى للسلطة القضائية بالمملكة المغربية ومؤتمر مراكش الدولي للعدالة 2-3-4 أفريل 2018 حول موضوع " استقلال السلطة القضائية بين ضمان حقوق المتقاضين واحترام قواعد سير العدالة."

- المشاركة في اجتماع الأمم المتحدة المعني بإطلاق الشبكة العالمية لنزاهة القضاء في العاصمة النمساوية فيينايومي 9 و10 أفريل 2018، ويمثل هذا الاجتماع تتويجا لسبعة اجتماعات تحضيرية كانت قد عقدت خلال العامين الماضيين للتهيئة لإطلاق الشبكة المذكورة في تونس والأردن وتايلندا وبنما وبوركينا فاسو وناميبيا اضافة الى النمسا.

ومن المنتظر أن تكون الشبكة العالمية لنزاهة القضاء منصة لتقديم المساعدة الى السلطات القضائية في تعزيز النزاهة القضائية وانشطة التعليم وتبادل الخبرات بين القضاة وتسهيل الوصول الى الادوات والموارد ذات الصلة بشأن القضايا المتعلقة بالسلامة القضائية وتطوير وتدعيم التوجهات العالمية بشأن استخدام الموارد التقنية وتوفير المساعدة الفنية لدعم الاجهزة القضائية تعزيزا لنظم العدالة والنزاهة والمساءلة.

- ملتقى "محكمة التعقيب بين الموجود والمنشود" خلال شهر أفريل 2018.

أسست محكمة التعقيب التونسية لفقه قضاء غزير ومتنوع، تطويرا للعدالة كقيمة كونيّة في ظل المنظومة الدستورية القديمة، وطوال الفترة الإنتقالية، إلاّ أن تحديثها أصبح من الأولويات في إطار المنظومة الدستورية الجديدة التي كرست عديد المبادئ التنظيمية المرتبطة بنظام العدالة.

ولئن كان الموجود محمودا، فإن المنشود يبقى مطروحا على ضوء التحديات الجديدة التي يفرضها، لا فقط دستور الجمهورية الثانية في باب السلطة القضائية، بما أدرجه من مبادئ تستدعي تدّخل محكمة التعقيب من أجل بلورتها وحمايتها، بل وكذلك واقع العمل القضائي بمحكمة التعقيب، وهو ما يستدعي التأمل في الصعوبات مع التفكير في الحلول وتقديم المقترحات لتطوير منظومة التقاضي لديها وإضفاء النّجاعة عليها.

وفي هذا السياق، تعتزم محكمة التعقيب التونسية عقد ملتقى علمي تحت عنوان " محكمة التعقيب بين الموجود والمنشود" خلال شهر أفريل 2018.

ويهدف هذا الملتقى إلى البحث في الأسس والمبادئ والمنهجية من أجل تطوير منظومة العدالة عامة، وتسليط الضوء على مختلف الصعوبات والعقبات التي تعتري أداء محكمة التعقيب في كل ما يتعلق بتنظيمها الهيكلي وبوظائفها، وذلك في شكل حلقة نقاش (Discussion en panel) بين مجموعة من الخبراء تضم صفوة من القضاة والمحامين والجامعيين، يتم بتقنية العصف الذهني

(Brainstorming)[1] ، ترفع إلى الجهات المختصة لإمكانية أخذها بعين الإعتبار في التعديلات التشريعية المزمع إدخالها فيما يهم محكمة التعقيب، بما من شأنه أن يمكنها من أداء مهامها وأن يبوئها مكانتها كمحكمة عليا في التنظيم القضائي العدلي، تراقب حسن تطبيق القانون وتوحد كلمته.

- استضافة الجمهورية التونسية للمؤتمر التاسع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية خلال شهر أكتوبر من سنة 2018، وذلك تنفيذا للتوصية الصادرة عن المؤتمر الثامن الذي انعقد في نواكشوط 23-24 /2017/10، والمتضمنة " الموافقة على تلبية الدعوة الموجهة من دولة تونس لاستضافة المؤتمر التاسع لرؤساء المحاكم العليا خلال شهر أكتوبر من سنة 2018، مع الأخذ بما اقترحه المؤتمرون بخصوص جدول أعماله (وقف التنفيذ، فرز الطعون، نظام إدارة القضايا، الجرائم الإلكترونية ...)، على أن يتم التنسيق بشأنها كمحاور للمؤتمر القادم مع المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية."

[1] 1العصف الذهني هو تقنية لحلّ المشاكل عن طريق العمل في مجموعة، والتي تتمثّل في المُساهمة العفويّة بالأفكار من جميع جوانبها، أنظر:

A. FERNANDEZ

https://www.piloter.org/qualite/brainstorming.htm

فهو «توليد وإنتاج أفكار وآراء إبداعية من المجموعة لحل مشكلة معينة. أي وضع الذهن في حالة من الإثارة والجاهزية للتفكير في كل الاتجاهات لتوليد أكبر قدر من الأفكار حول المشكلة أو الموضوع المطروح، بحيث يتاح للفرد جو من الحرية يسمح بظهور كل الآراء والأفكار .أما عن أصل الكلمة "عصف ذهني" (حَفْز أو إثارة أو إمطار للعقل) فإنها تقوم على تصور "حل المشكلة" على أنه موقف به طرفان يتحدى أحدهم الآخر، العقل البشري(المخ) من جانب، والمشكلة التي تتطلب الحل من جانب آخر. ولابد للعقل من الالتفاف حول المشكلة والنظر إليها من أكثر من جانب، ومحاولة تطويقها واقتحامها بكل الحيل الممكنة. أما هذه الحيل فتتمثل في الأفكار التي تتولد بنشاط وسرعة تشبه العاصفة.» سوسن أحمد المعلمي، استراتيجية العصف الذهني، المحاضرة السادسة، متوفر في:

https://www.kau.edu.sa/Files/0010728/Files/24655

# الملاحـــــق

## 1- توزيع العمل للسنة القضائية 2017-2018

محكمة التعقيب

| اليوم | الدائرة | رؤساء الدوائر السادة | المستشارون السادة | | أعضاء النيابة السادة | | كتبة الدوائر السادة |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | **1** | **نازك كادة** | **هندة العلاقي** | | **فاتن بن الامين** | | **عائدة البرقاوي** |
| | **مدني/تجاري** | | **مريم البكوش** | | | | |
| **الاثنين** | **18** | **البشير المطوي** | **مفيدة الصولي** | | **ليلى الشابي** | | **عائدة اسكندر** |
| | **مدني/اجتماعي** | | **نائلة العباسي** | | | | |
| | | | **احمد الغالي** | | | | |
| | 22 | **جمال العبيدي** | **منير وردليتو** | | **منتصر صفطة** | | **سميرة بوشوشة** |
| | **جناحي** | | **محمد الفخفاخ** | | | | |
| | | | **ام العز عمران** | | | | |
| | **11** | **ماجدة بن غربية** | **محمد العفيف الجعيدي** | | **عماد بوخريص** | | **امال بن نصر** |
| | **جناحي** | | **عيسى ساسي** | | | | |
| | | | **صالحة النحالي** | | | | |
| | **36** | **رجاء الفخفاخ** | **زهير حسني** | | **سفيان بوزيد** | | **ليلى الرياحي** |
| | **جناحي** | | **سميرة الحويوي** | | | | |
| | | | | | | | |
| | **30** | **وسيلة الكعبي** | **سعاد الشبار** | | **سارة بوطبة** | | **جميلة مسعود** |
| | **مدني** | | **ثريا الداهش** | | | | |
| | | | | | | | |
| | **23** | **احمد الرحموني** | **توفيق الجريدي** | | **سميرة قرماني** | | **عائدة الحلواني** |
| | | | **ثريا بن منا** | | | | |
| | **عقاري/مدني** | | **سامية العابد** | | | | |
| | | | **محمد الورهاني** | | | | |

| اليوم | الدائرة | رؤساء الدوائر السادة | | المستشارون السادة | | أعضاء النيابة السادة | | كتبة الدوائر السادة |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 2 | رجاء الشواشي | | ماجدة الرياحي | | لطفي الواقع | | امال بن نصر |
| | مدني/ استعجالي | | | سامية القطاري | | | | |
| الثلاثاء | | | | | | | | |
| | 12 | الهادي العياري | | امال العرفاوي | | بديع الحكيم | | توفيق المناصري |
| | جنائي | | | سلوى التميمي | | | | |
| | | | | صباح يحي | | | | |
| | 28 | نعيمة رحيم | | فريال عزوز | | منذر الادب | | منيرة المانعي |
| | جناحي | | | عفاف عالشيخ | | | | |
| | | | | | | | | |
| | 35 | فوزي ساسي | | فاطمة الخميري | | نبيل غرس الله | | علي العمراوي |
| | جنائي | | | ريم دفدوف | | | | |
| | تعقيب عسكري | | | | | | | |
| | 16 | وسيلة التليلي | | الهام البناني | | هاجر الخالدي | | عائدة اسكندر |
| | مدني استحقاق | | | زكية بن بريك | | | | |
| | 20 | المنذر اللومي | | الحبيب الغربي | | الطاهر العبيدي | | جلال العنتير |
| | جنائي | | | امال بالامين | | | | |
| | | | | | | | | |
| | 27 | عادل الاندلسي | | بلقاسم كعوان | | لطفي العابدي | | سنية العبداوي |
| | جنائي | | | مفيدة محجوب | | | | |
| | | | | | | | | |
| | 32 | لمياء الحمامي | | فاتن خيرالله | | محمد بالحاج عمر | | عائدة الحلواني |
| | مدني | - | | راضية المنتصر | | | | |

| اليوم | الدائرة | رؤساء الدوائر السادة | المستشارون السادة | | أعضاء النيابة السادة | | كتبة الدوائر السادة | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 8 | مفيدة الشوالي | سهام الصمادحي | | مليكة باكير | | توفيق المناصري | |
| الاربعاء | مدني / شخصي | | بسمة بودن | | | | | |
| | | | | | | | | |
| | 9 | عبد المجيد بوريقة | رياض الغربي | | حياة اليعقوبي | | منيرة المانعي | |
| | جنائي | | ماهر كنّو | | | | | |
| | | | توفيق سويدي | | | | | |
| | 7 | سارة العياري | ايمان الشرفي | | شكري الدردودي | | امال بن نصر | |
| | مدني | | هالة البجار | | | | | |
| | 5 | الحبيب بالحاج | سهام الشاهد | | عادل الزريبي | | سنية العبداوي | |
| | مدني | | زهرة الحجري | | | | | |
| | 24 | جليلة نصر الله | امال عباسي | | لطيفة العرفاوي | | عائدة البرقاوي | |
| | مدني | | رجاء الخضراوي | | | | | |
| | 3 | شادية الصافي | مفيدة الطلحاوي | | هاجر المحرزي | | محمد الحبيب | |
| | مدني /تجاري | | بسمة عبساوي | | | | التلمودي | |
| | | | | | | | | |
| | 33 | محرز الزواوي | محمد الحبيب السالمي | | محمد الزواوي | | كريمة الغزواني | |
| | جناحي | | عدنان عبد اللطيف | | | | | |
| | | | | | | | | |
| | 37 | كوثر السعدي | هندة عباس | | بسمة العيدودي | | ليلى الرياحي | |
| | شغل اجتماعي | - | امال المالكي | | | | | |
| | 31 | جمال المستيري | علية القاطري | | لطفي العابدي | | علي العمراوي | |
| | جناحي | | محمد رضا بن طالب | | | | | |
| | | | حليم النيال | | | | | |

| اليوم | الدائرة | رؤساء الدوائر السادة | المستشارون السادة | | أعضاء النيابة السادة | | كتبة الدوائر السادة |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 21 | سلوى الزين | ماجدةالفهري | | لطفي البدوي | | جلال العنتير |
| | مدني / استعجالي | | سرور البرشاني | | | | |
| الخميس | | | نادرة بن سالم | | | | |
| | | | شفيقة الحجلاوي | | | | |
| | 13 | منيرة النحالي | هناء سحنون | | سفيان بوزيد | | جميلة مسعود |
| | جناحي | | وداد بن موسى | | | | |
| | | | ابراهيم الغرياني | | | | |
| | 25 | اسماء ديلو | محمد بن منصور | | منية بن علي | | علي العمراوي |
| | جنائي | | منيرة حبيب | | | | |
| | | | رفيقة النابلي | | | | |
| | 38 | عبد المجيد عمارة | كوثر الشريفي | | عماد بوخريص | | سنية العبداوي |
| | جناحي | - | لطيفة الحضيري | | | | |
| | | | | | | | |
| | 15 | جميل بن عياد | عدنان الهاني | | محمد بلحاج عمر | | منيرة المانعي |
| | اتهام | | منية عمار | | | | |
| | وتعقيب عسكري | | امال عاشور | | | | |
| | 26 | ناجي السويسي | عادل بوصفارة | | لطفي الواقع | | توفيق المناصري |
| | جناحي | | عبد الرزاق الباهوري | | | | |
| | | | انور الكعلي | | | | |
| | 4 | المنصف الكشو | نجلاء المصمودي | | الطاهر العبيدي | | كريمة الغزواني |
| | مدني /تجاري | | اسيا العياري | | | | |
| | | | نجوى الغربي | | | | |
| | 14 | محمد عماد بن عبد الجليل | كمال بوكثير | | سميرة القرماني | | سميرة بوشوشة |
| | جنائي | | محمد الصالح الجدي | | | | |

| اليوم | الدائرة | رؤساء الدوائر السادة | المستشارون السادة | | أعضاء النيابة السادة | | كتبة الدوائر السادة |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| الجمعة | 19 | حياة البصلي | سنية الدبابي | | هاجر الخالدي | | محمد الحبيب |
| | شغل /اجتماعي | | الطاهر شمام | | | | التلمودي |
| | | | مفيدة اليعقوبي | | | | |
| | 6 | لطيفة البغدادي | رؤوف ملكي | | لطيفة العرفاوي | | جميلة مسعود |
| | شغل/اجتماعي | | رضا الوسلاتي | | | | |
| | | | ريم منية البحري | | | | |
| | 29 | الحبيب سعادة | سامي الداهش | | بديع الحكيم | | جلال العنتير |
| | اتهام | | شكري كمون | | | | |
| | | | محمد رؤوف اليوسفي | | | | |
| | 10 | سلوي النهدي | عبلة شعبان | | نبيل غرس الله | | كريمة الغزواني |
| | مدني | | هاجر العياري | | | | |
| | استعجالي | | حياة الخماسي | | | | |
| | 39 | المنجي شلغوم | عبد القادر غزال | | شكري الدردوري | | ليلى الرياحي |
| | جناحي | | حمادي الرحماني | | | | |
| | | | ابراهيم الحرباوي | | | | |
| | 17 | روضة اوبيش | ماهر كريشان | | بسمة العيدودي | | سميرة بوشوشة |
| | جنائي | | عمار الطرودي | | | | |
| | | | كمال القرجي | | | | |
| | 34 | محمد كمال دويك | اسيا الفرشيشي | | محمد الزواوي | | عائدة البرقاوي |
| | جنائي | | منيرة سحنون | | | | |
| | | | زينب لغلوغ | | | | |

| محكمة التعقيب | توزيع العمل للسنة القضائية 2017/2018 | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| اليوم | الدائرة | رؤساء الدوائر السادة | المستشارون السادة | | أعضاء النيابة السادة | | كتبة الدوائر السادة |
| الثلاثاء | 41 | جمال العبيدي | فتحي اسكندراني | | علي عباس | | |
| | حناحي | | نجلاء نصير | | | | |
| | | | | | | | |
| الخميس | 42 | محرز الزواوي | علي المولدي الشورابي | | علي عباس | | |
| | حناحي | | كمال الهذيلي | | | | |
| | | | | | | | |
| | | | | | | | |

**الرئيس الأول لمحكمة التعقيب** **وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب**

**الهادي القديري** **طارق شكيوة**

**2- لائحة مؤتمر ليلة القدر المنعقد في 26 رمضان 1365هـ الموافق لـــ 23 أوت 1946بمنزل محمد الصفر جراد وبرئاسة القاضي العروسي الحداد (رئيس الدائرة الجنائية بالعدلية)**

«الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله،

إن المؤتمر الوطني التونسي المنعقد في 26 رمضان المعظم عام 1365هـ الموافق 23 أوت 1946 بعدما درس حالة البلاد السياسية واستمع لمختلف الخطباء، صادق بالإجماع على العريضة التالية :

حيث أن البلاد كانت قبل سنة 1881 دولة ذات سيادة مرتبطة بالخلافة العثمانية بواسطة روحية أكثر منها سياسية.

وحيث أن سيادة البلاد التونسية معترف بها من مجموع الدول وقد أيدتها المعاهدات التي أبرمت مع الدول الأجنبية.

وحيث أن فرنسا التي كانت تؤيد نظرية استقلال البلاد التونسية لدى الحكومة العثمانية قد فرضت على تونس معاهدة وقع عليها الأمير الصادق باي تحت الضغط ولم يصادق عليها الشعب.

وحيث أن معاهدة باردو لم تكن لتفصل البلاد التونسية عن المجموع الدولي ولم تلغ سيادتها الداخلية والخارجية.

وحيث أن الحماية قد استحالت بعد مضي خمس وستين سنة إلى نظام استغلالي استعماري يجرد به الحامي المحمي من سيادته ومن خبراته تجريدا منظما في حين أن مفهوم معاهدة باردو واتفاقية المرسى ومنطوقهما يقضيان بأن تكون الحماية نظاما وقتيا شبيها بوصاية بسيطة.

وحيث أن الدولة الحامية لم تلتزم حدود سلطة المراقبة وحلت محل الدولة المحمية في مباشرة السيادة والتصرف في الشؤون العامة.

وحيث أن السلط الفرنسية قد استحوذت على السلطة التشريعية التي هي حق خاص لسمو الباي حتى أصبح حضرته شبيها بمتوظف شرفي سامي مضغوط على حريته الشخصية كما أن وزراء الدولة التونسية الذين نزلوا بهم ضمن وزراء سمو الباي صاروا مجرد شخصيات لتزيين المحافل وكما أن جلهم كانوا أعوانا ينفذون أمر المراقبين الفرنسيين وكذلك نزعت في جميع البلدان والقرى سلطات

جميع المتوظفين التونسيين وأسندت لمتوظفين فرنسيين غير حتى خبرتهم ولا نزاهتهم في غالب الأحيان سالمتين من الطعن.

وحيث أن تمثيل الجالية الفرنسية بتونس في البرلمان الفرنسي اعتداء جديد على السيادة التونسية ونقض خطير لأساس الوضعية الدولية للحماية.

وحيث أن فرنسا بعد ما التزمت علانية حماية شخص الباي وعائلته قد عادت للإبعادات مرة أخرى فخلعت عنوة ملك البلاد الشرعي المنصف باشا باي معتدية حتى على القواعد الأصولية للدين الإسلامي.

وحيث أن هذه الاعتداءات قد نشأ عنها نظام إداري مضطرب، لا هو إلحاق ولا هو حكم ذاتي، وقد شاعت فيه الأصول التشريعية وتلاشت فيه المسؤوليات.

وحيث أن الدولة الحامية قد سلكت منذ بداية عهد الحماية سياسة تفقير الأهالي بتجريدهم من أخصب أراضيهم وبمنح المتوظفين" وجلهم فرنسيين" أكثر من ثلثي ميزانية لا مراقبة عليها مستمدة من نظام جبائي مبني على اعتبار العدد لا الثروة وبإخضاع البلاد التونسية لسياسة مالية وقمرقية وتجارية مضرة بالاقتصاد التونسي بدون أن تفيده في مبادلاته مع البلاد الأجنبية.

وحيث أن هذه السياسة كانت نتيجة تعمير البلاد بالفرنسيين من معمرين ومتوظفين، وعن طريق التجنيس الذي بعد أن فتح في وجه التونسيين والمالطيين والروس الملوكيين من أتباع"فرانحيل" واللاجئين الإسبان، صار يستعمل الايطاليين حتى اليوم، لتنمية عدد المواطنين الفرنسيين بالنسبة لعدد التونسيين قصد تجريد البلاد من صبغتها التونسية.

وحيث أن الإسراف المالي الذي أوجبه هذا التعمير الفرنسي بالنسبة الجائر قد أعجز الحماية عن الوفاء بواجباتها الاجتماعية نحو المسلمين في ميادين التموين والسكنى والصحة العامة والتعليم.

وحيث أن ذلك أدى بالدولة الحامية إلى إهمال كل ما يتعلق بتحسين حالة الأفراد والاعتناء بمصالح رأس مالية متوفقة فلم تقم برسالتها التمدينية التي يحاولون من أجلها تبرير نصب الحماية على البلاد.

وحيث أن التونسيين قد حرموا في بلادهم من الحريات الأولية، حريات التفكير والنشر والقول والاجتماع والتجول، حتى أن الخمس والستين سنة التي مرت على الحماية قضى منها التونسيون أكثر من عشرين سنة تحت الحكم العسكري العرفي والباقي تحت نظام البوليس.

وحيث أنه فيما يخص الأمن قد نكثت الدولة الحامية عهودها بتسليمها لدول المحور، بينما كان المحميون يدافعون دائما عن قضية فرنسا وقضية حلفائها ويبذلون دمائهم في هذا السبيل.

وحيث أن التضحيات البشرية والمساهمات في المجهود الحربي التين بذلتهما الأمة التونسية خلال الحرب العالمية الأولى من شأنهما أن تستوجب إنهاء الحماية وتحرير البلاد التونسية.

وحيث أن معاهدة باردو نصت على أن الحماية في جوهرها نظام وقتي وأن مصالح الفرنسيين الناتجة عن هذا النظام المؤقت لا يمكن لها بحال أن تكون لها صفة الدوام والاستمرار.

وحيث أن الاستعمار يعتبر بحق سببا للتنافس بين الدول ومثار المشاكل الدولية، وقد عبرت الأمم المتحدة عن استنكارها له بحكم صريح، وجعلت من بين الأهداف التي خاضت من أجلها غمار الحرب (حق الشعوب في اختيار صورة الحكم الذي ترتضيه لنفسها واسترجاع حقوق السيادة والاستقلال إلى الأمم التي انتزعت منها قهرا).

وحيث أن هذه النظرية الجديدة أخذت تتأكد أثناء المؤتمرات العالمية المختلفة (هوت تسبرينق، دون برطون، اكس وموفت. تربنت وسان فرانسيسكو) وقد كانت فرنسا من بين الدول الاستعمارية قد صادقت على المبدأ القائل بأنه ليس لأي أمة الحق الثابت الدائم في حكم شعوب لا تملك زمام أمورها.

فلهاته الاعتبارات يصرح المؤتمر التونسي الوطني بأن الحماية نظام سياسي واقتصادي لا يتفق مطلقا مع مصالح الشعب التونسي الحيوية، ولا مع حقه في التمتع بسيادته، ويؤكد بأن هذا النظام الاستعماري بعد تجربة خمس وستين سنة قد حكم على نفسه بالإخفاق، ويعلن عزم الشعب التونسي الثابت على السعي في استرجاع استقلاله التام، وفي الانضمام لجامعة الدول العربية ومجلس الأمم المتحدة والمشاركة في مؤتمر السلام».