بسم الله الرحمان الرحيم

القانون الدولي الخاص

المقدمة :

القانون الدولي الخاص هو قانون متميز يهدف إلى تحديد الإطار القانوني للعلاقات الدولية القائمة بين أشخاص خاضعة للقانون الخاص.

في هذا التعريف يوجد 3 عناصر وجب التعمق فيها :

1- القانون الدولي الخاص هو قانون متميز : يقصد بقانون " متميز " قانونا يخرج عن نطاق القانون العام ، إذا كانت وضعية ما ذات طابع دولي فإنه يجب الابتعاد عن القانون العام لتخضع إلى قواعد تأخذ بعين الاعتبار خصائصها وفي نفس السياق ونظرا لخصوصيتها فإن للعلاقات التجارية وعلاقات الشغل تخضع إلى قواعد متميزة.

الصبغة الدولية للعلاقة القانونية تستوجب تطبيق مبادئ خاصة تختلف عن تلك التي تهتم بواقعة داخلية، إذا فتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص مشروط بدولية العلاقة المعنية ومن هنا يطرح سؤال هام : متى يمكن وصف علاقة ما بأنها دولية ؟

2- العلاقات الدولية : ينص الفصل 2 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص أنه " تعتبر دولية العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام التونسي ".

الفصل 1 يحدد ميدان تطبيق المجلة معرّفا الدولية وقد أكد المشرع على أهمية هذا العنصر ويقتضي تعريف دولية العلاقة القانونية ملاحظتين :

**الملاحظة الأولى :* يأتي هذا التعريف في بداية المجلة وبالتحديد ضمن العنوان الأول المتعلق بالأحكام العامة ولا يغد ذلك من قبيل الصدفة فبعد أن حدد المشرع بالفصل 1 الإشكالات التي تعرضت لها المجلة حدد قانون 1998 الشرط الضروري لتطبيق المبادئ التي تبناها النص حيث لا يمكن أن تطبق هذه المبادئ إلا إذا كانت الوضعيات المعنية ذات طابع دولي.

ونتبين من خلال هذا الفصل أن المشرع أخذ بعين الاعتبار فقه القضاء التونسي السابق لوضع المجلة الذي عالج عددا هاما من القضايا الدولية لكن دون الإشارة إلى عنصر الخارجية (extraneité) وهو ما أدى إلى تغيير طبيعة الوضعيات الدولية وذلك بإخضاعها إلى نظام قانوني داخلي.

ولتقليص هذه السلبيات فقد اختار المشرع التعرض إلى مفهوم الدولية ضمن الأحكام العامة في مجلة القانون الدولي الخاص ، " الجديد " هو دائما فرصة جديدة لتصحيح الحلول السيئة وللانطلاق على أسس جديدة.

وإلى جانب هذا التعريف العام للدولية توجد بعض التعريفات الخاصة ببعض النصوص والمتعلقة حصريا بواد محددة مثل الفصل 163 من مجلة التجارة البحرية والذي يحدد الحالات التي يعتبر فيها النقل البحري ذو صبغة دولية وحسب هذا النص فإن عبارة " نقل وطني " تستشف من كل نقل يتم من مرفئ تونسي إلى مرفئ تونسي آخر وذلك إذا لم تتوقف الباخرة خلال الرحلة في مرفئ أجنبي ومهما كانت جنسية الباخرة أو الأطر

معنيين بالنقل أما عبارة " نقل دولي " فتستشف من كل نقل بحري آخر › التكييف الدولي للنقل تم في هذه الصورة بصفة سلبية : كل نقل لا يستجيب للمعايير التي تبنتها الفقرة الأولى للفصل 163 من مجلة التجارة البحرية يعتبر دوليا وهذا المعيار هو تحديد كل المرافئ التي مرت بها الباخرة بالإقليم التونسي وفي ما عدا الفرضية فإن النقل يكون دوليا كذلك فإن الفصل 48 من مجلة التحكيم يضبط الحالات التي يمثل فيها التحكيم تحكيما دوليا.

• *الملاحظة الثانية :* حسب الفصل 2 من مجلة القانون الدولي الخاص تعتبر الوضعية دولية إذا تحقق وجود عنصرين وهما : توفر عنصر الخارجية والصبغة المحددة لهذا العنصر.

توفر عنصر الخارجية : (extraneité) هذا العنصر يسمح بتلاقي النظام القانوني التونسي مع نظام قانوني أجنبي على الأقل فعلى خلاف الوضعيات الداخلية التي تتجه مجمل عناصرها نحو النظام القانوني التونسي فإن العلاقة الدولية تتخطى الإطار الداخلي الصرف لتلمس بواسطة أحد عناصرها نظام أو عدة أنظمة قانونية أجنبية مثال : إيطاليين مقيمين بتونس يرغبان في الزواج أمام ضابط حالة مدنية تونسي › في هذه الحالة تكتسي الوضعية عنصر خارجي لأن كلا من النظامين القانونيين معني بالعلاقة المطروحة : النظام القانوني الإيطالي لأن الأفراد المعنيين بهذه الوضعية يحملان الجنسية الإيطالية والنظام القانوني التونسي نظرا لمكان إقامة الشخصين المعنيين.

أيضا يمكن أن تهم العناصر المتعلقة بنفس الوضعية عدة أنظمة قانونية مثال : توفي تونسي في تونس تاركا أموالا منقولة في سويسرا وعقارات في فرنسا وإنجلترا ففي هذه الحالة يوجد على الأقل 4 أنظمة قانونية تهم العلاقة المعنية.

أي تكتسي الوضعية نظام أو عدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي فإن النتيجة في كل الحالات نفسها الوضعية توصف بكونها دولية بمجرد أن يلتقي أحد عناصرها مع نظام قانوني أجنبي يكون ذو صبغة محددة

أي

الصبغة المحددة لعنصر الخارجية : يقصد بعنصر محدد عنصر واضح ودقيق (significatif) إذ يجب أن تكون خارجية (extraneité) الوضعية حقيقية وفي هذه المرحلة يكون من المهم معرفة متى يمكن اعتبار عنصر الخارجية محددا ؟ لم ينص القانون على ذلك ولذلك وجب تقدير هذه الصبغة حسب كل حالة وفي هذا الإطار يجب الإشارة إلى أن الحل يختلف حسب المواد مثال : فما هو محدد في مادة الأحوال الشخصية لا يعد كذلك في الميدان التعاقدي.

أما في مادة الأحوال الشخصية يعتبر الشخص العنصر الجوهري في العلاقة إذ أن مبادئ هذه المادة تهم الفرد في علاقاته العائلية وفي هذه الحالة سيقع تحديد عنصر الخارجية استنادا إلى تحديد أحد توابع الشخص بالخارج : جنسية أجنبية للأشخاص المعنيين بالعلاقة القانونية، مقر الأطراف بالخارج › في هذه الحالة يمكن القول أن عنصر الخارجية محدد.

على خلاف ذلك فإن الجنسية الأجنبية للأطراف لا تكوّن عنصرا محددا في تكييف العلاقة التعاقدية ففي هذا النوع من العلاقة يطغى التصرف (acte) على الشخص وبذلك فإن تحديد الصبغة المحددة والعنصر الخارجي في الميدان التعاقدي يتم بالرجوع إلى عناصر تتعلق مباشرة بالتصرف القانوني من ذلك يمكن تنفيذ العقد بذلك يمكن وصف العقد بأنه دوليّ إذا ما تم تنفيذه بالخارج. وقد أقصى المشرع التونسي في إطار الفصل 2 العنصر الخارجي العرضي أو غير المحدد وتعتبر الدولية عرضية إذا نتج العنصر الخارجي عن مجرى سير طبيعي للأحداث مثال : يقرر تونسي إمضاء العطلة في فرنسا ويتوفى خلال هذه العطلة بنوبة قلبية ويخلف ورثته الذين يحملون الجنسية التونسية حول تصفية التركة المتواجدة بتونس فهل أن القاضي التونسي المختص يعتبر (يصف) التركة دولية على أساس أن المورث توفي في فرنسا ؟ يجب أن تكون الإجابة بالنفي › لأن مكان الوفاة لا أهمية له وتدخل النظام القانوني الأجنبي ليس إلا نتيجة السير الطبيعي للأحداث

بالتالي تكون الدولية ذات أهمية كلما مثل العنصر الخارجي قيمة (أهمية) دنيا، من ذلك فإن العقد الذي تتجه كل عناصره نحو النظام القانوني التونسي لا يمكن وصفه بالدولي لمجرد تحريره باللغة الفرنسية.

وبصفة عامة فإن القانون التونسي لا يأخذ بعين الاعتبار إلا العنصر الخارجي المحدد وهذه المقاربة الضيقة للدولية تتماشى مع الصبغة الاستثنائية للقانون الدولي الخاص.

◆← لا يمكن الأخذ بعين الاعتبار القواعد الخاصة للمادة إلا إذا تعدت الوضعية بصفة جدية إطار النظام القانوني الداخلي.

3- *أشخاص القانون الخاص*: حسب بعض الفقهاء يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بكونه " مجموع القواعد التي تطبق على الأفراد في إطار علاقاتهم الدولية ".

يمكن نقد هذه المقاربة لأنها تشمل أيضا بعض القواعد التي تطبق على علاقات تكون فيها دولة أو هيكل عمومي طرفا ويمكن أن نذكر القواعد المتعلقة بالحصانة القضائية والتنفيذية (الفصل 19 وما بعده من مجلة القانون الدولي الخاص) وبالتالي فإن ميدان القانون الدولي الخاص لا يمكن تعريفه فقط إلى الأفراد فبالإضافة إلى القواعد المتعلقة بأشخاص القانون الخاص (طبيعيين ومعنويين) يحتوي هذا القانون على قواعد تطبق على أشخاص معنويين من القانون العام فإذا تصرفت دولة أو أية مجموعة عمومية بوصفها تاجرا أو أبرمت تصرفا مدنيا فإنها لا تخضع إلى قواعد القانون العام ولكن إلى قواعد القانون الخاص وتدخل هذه القواعد ضمن ميدان القانون الدولي الخاص إذا استهدفت علاقات ذات صبغة دولية.

القانون الدولي الخاص هو مجموع القواعد التي تطبق على الأفراد في إطار العلاقات الدولية

المبحث I : موضوع القانون الدولي الخاص

تبنت بعض الأنظمة القانونية الأجنبية مقاربة تضييقية (restrictive) للقانون الدولي الخاص من ذلك النظام الألماني الذي يحصر هذه المادة في مسألة تنازع القوانين ويرتبط إشكال تنازع القضاء في هذا النظام بالإجراء المدني بينما يعتبر المسائل المتعلقة بوضعية الأجانب والجنسية مواد متعلقة بالقانون العام. وقد تبنى النظام القانوني الفرنسي مفهوما موسعا للقانون الدولي الخاص فبالإضافة إلى تنازع القوانين وتنازع القضاء يدمج ضمن هذه المادة وضعية الأجانب وقانون الجنسية وقد تأثر النظام القانوني التونسي بهذه المقاربة التوسيعية للقانون الدولي الخاص.

القسم الأول : المقاربة التوسيعية للقانون الدولي الخاص في النظام القانوني التونسي :

ما يتفق عليه عموما أن النظام القانوني التونسي ينظم هذه المادة في 4 أقسام : 1- وضعية الأجانب 2- الجنسية التونسية 3- تنازع القوانين 4- تنازع القضاء. إلا أن بعض الفقهاء حاولوا نقد هذه المقاربة وذلك بالتساؤل عن مدى وجود سند لهذا المفهوم للقانون الدولي الخاص بعد دخول المجلة حيز التنفيذ في سنة 1998 ؟ إذ ينص الفصل 1 من مجلة القانون الدولي الخاص أن أحكام هذه المجلة تهدف إلى تحديد : 1- الاختصاص القضائي للمحاكم التونسية 2- آثار الأحكام والقرارات الأجنبية في تونس 3- حصانة التقاضي والتنفيذ 4- القانون المنطبق.

← يمكن أن نستشف من قراءة هذا الفصل أن المسائل المتعلقة بتنازع القضاء وتنازع القوانين هي الأقسام الوحيدة التي تضمنتها المجلة. فكيف إذا ندافع عن المفهوم التوسيعي للقانون الدولي الخاص في حضور هذه المعطيات ؟ هذا الموقف قابل للنقاش لأنه يستند إلى تبرير مرده أن مجلة القانون الدولي الخاص تحوي كل القانون الدولي الخاص وإذا اتبعنا هذا المنطق فإنه علينا الإقرار أن المجلة التجارية تتضمن كل القانون التجاري وأن مجلة الالتزامات والعقود تحوي كل القانون المدني← هذا المنطق دحضه واقع القانون الوضعي التونسي، إذ توجد أحكام متعلقة بالقانون التجاري خارج المجلة التجارية من ذلك مثلا القانون المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية الصادر في 17-4-1995 كذلك مجلة الشركات التجارية التي دخلت حيز التنفيذ في 3-11-2000 ومن جهة أخرى يوجد عدد هام من الأحكام المدنية في نصوص خاصة استثنائية من ذلك قانون 18-2-1976 المتعلق بالأكرية السكنية والمهنية والإدارية العمومية، أيضا قانون 2-6-1998 المتعلق بالبيع بالتقسيط← لماذا حدد المشرع أحكام هذه المجلة في هذه المسائل ؟ ذلك لفتح المجال لإتمام الفراغ التشريعي.

إذا يبدو من المنطقي التأكيد على أن مجلة القانون الدولي الخاص لا تشمل كامل المادة حيث توجد عدة نصوص تكمل هذا النص التشريعي العام وذلك على المستوى الداخلي والدولي.

- على المستوى الداخلي : نذكر مجلة الجنسية أحكام الفصل الثالث من مجلة التحكيم المتعلقة بالتحكيم الدولي، أحكام القانون الداخلي المتعلقة بوضعية الأجانب.
- على المستوى الدولي : نذكر المعاهدات المتعددة الأطراف المتعلقة بالتحكيم الدولي، المعاهدات المتعددة الأطراف والثنائية للتعاون القضائي كذلك المعاهدات المتعلقة بالإقامة المبرمة بين تونس وبعض الدول.

لقد حصر المشرع التونسي مجال تطبيق مجلة القانون الدولي الخاص في المسائل المتعلقة بتنازع القوانين وتنازع القضاء وذلك لأنها تفترض الإصلاح (التنقيح). إذ بالنظر لسلبيات القانون الوضعي السابق للمجلة في ميدان تنازع القوانين وتنازع القضاء وجب ضرورة ضمان إطار قانوني أنسب. أما فيما يتعلق بوضعية الأجانب والجنسية فإنه لا وجود لأي تغيير وهو ما يفسر الاحتفاظ بالنصوص السابقة التي تهتم بهذه المواد.

القسم الثاني : تبرير المقاربة التوسيعية / *Justification de l'approche maximaliste* :

تجد هذه المقاربة الموسعة أساسها في الروابط الضيقة التي تدعم فيما بينها مختلف مكونات هذا القانون.
إن المسائل المتعلقة بوضعية الأجانب وبالجنسية، تهم إمكانية حصول الأشخاص موضوع العلاقات الخاصة الدولية على حق ما -شخصي-.

في هذا الإطار، يجب الإشارة إلى أن إمكانية الانتفاع بالحق تختلف حسب الجنسية (مواطن أو أجنبي). فالأجانب ليس لهم نفس حقوق المواطنين، فكل دولة تسعى إلى تمييز مواطنيها على الأجانب المقيمين فوق ترابها.

لا يمكن استيعاب مفهوم " أجنبي " إلا من خلال القانون التونسي المتعلق بالجنسية ← يعرف الأجنبي بصفة سلبية، فهو " كل شخص موجود خارج مجموعة المواطنين ".

بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، فالقانون المتعلق بالجنسية تنظمه بالأساس مجلة الجنسية التي دخلت حيز التنفيذ بمقتضى القانون عدد 7-63 المؤرخ في 22-4-63. أما فيما يتعلق بجنسية الأشخاص المعنويين، فإن القانون المؤرخ في 30-8-61 - المتعلق بشروط ممارسة بعض الأنشطة التجارية – يحدد شروطها.

إذا كانت العلاقة تمثل (ذات) طابع دولي فالسؤال المطروح : هو معرفة إمكانية انتفاع الأشخاص موضوع العلاقات الدولية بالحقوق التي يطلبونها ؟

← إذا كان الجواب بالنفي، فإن الشخص موضوع العلاقة لا يمكنه أن يصبح مالك هذا الحق – (ملكية عقار موجود في تونس).

وعلى خلاف ذلك إذا كان بإمكان الأجنبي الحصول على الملكية، فإنه يجب تحديد شروط وآثار الحصول على الملكية.

إن مسألة تحديد شروط وآثار الحصول على الملكية تهم آليات تطبيق الحق المعترف به، وفي هذه المرحلة يطرح تساؤل هام : بالرجوع إلى أي قانون يمكن تحديد هذه الآليات ؟

نظرا إلى أن هذه الحالة تهم أجنبي يريد الحصول على ملكية عقار موجود فوق التراب التونسي، فإنه يوجد تنافس بين قانونين : قانون جنسية المشتري والقانون التونسي (قانون مكان وجود العقار).

ولإيجاد حل لهذا النزاع، يجب الخيار بين أحد هذه القوانين المذكورة، وهذا الخيار يكون بواسطة قاعدة التنازع.

في هذا المثال، تنص قاعدة التنازع المنطبقة على أن الحقوق العينية تخضع إلى قانون مكان وجود الأموال، وهو ما يؤدي في هذه الصورة إلى اختصاص القانون التونسي " وهي مرحلة تحديد القانون المنطبق لممارسة الحقوق المعترف بها.

أحيانا تتم هذه المرحلة في إطار تنازعي " لنفرض أنه بعد إبرام العقد، يطعن بائع العقار (ذات الصبغة السكنية) في صحة البيع الأجنبي، ويرفع دعوى أمام القضاء التونسي لتنظر في النزاع : وهي مرحلة جزاء هذه الحقوق.

وخلاصة القول، إذ يتبين من هذا التحليل أن الروابط بين عناصر القانون الدولي الخاص الأربعة هي في الواقع الروابط الموجودة بين الانتفاع، الممارسة وجزاء الحق.

المبحث II مصادر القانون الدولي الخاص *Les sources de DIP* :

القسم I – المصادر الداخلية *Les sources internes* :

يقصد بالمصادر الداخلية مجموعة قواعد القانون الدولي الخاص النابعة عن النظام القانوني الداخلي.
وفي هذا الإطار يجب الإشارة إلى أن القانون الدولي الخاص التونسي يتميز بهيمنة المصادر الداخلية على المصادر الدولية.
ورغم تسمية " قانون دولي " فإن القانون موضوع دراستنا يبقى فرع من القانون الداخلي، صفة
" دولية " الموجودة في تسمية هذا القانون تميز ميدان هذه المادة وليس مصادرها، التي تبقى داخلة في النظام القانوني الداخلي.
المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص هي بالأساس 2 : القانون وصنعة القضاء.

1) المصادر القانونية Les sources légales :

يجب التمييز بين المجلة التي تنظم جملة المسائل ومجرد القوانين الخاصة المنظمة لهذه المادة.
إلا أن بعض الحلول المتعلقة بالقانون الدولي الخاص تجد مصدرها في الأحكام الموجودة في نصوص قانونية ليست موجهة بصفة مطلقة لتنظيم علاقات دولية خاصة.

فقرة 1 – التشريع الأساسي *La législation de base*:

في هذا الصدد، نميز بين المجلات والقوانين الخاصة التي تحكم مسائل القانون الدولي الخاص.

- أ- **المجلة** : تعد المجلة مجموعة من القواعد المنظمة بطريقة متناسقة وعقلانية (cohérente et rationnel)، وتختلف المجلة عن مجرد نص قانوني سواء من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع.
  - *على مستوى الشكل*: تتميز المجلة بأساسها المستقل، في حين أن الأحكام المجردة للقانون لا يمكن الاطلاع عليها إلا بالرجوع إلى رقم الرائد الرسمي الذي نشر فيه القانون.
  إن الحلول المتضمنة بالمجلة منظمة في مؤلف مستقل يضمن إمكانية مبسطة وسريعة للاطلاع على الأحكام المنصوص عليها بالمجلة.
  - *على مستوى الموضوع* : تمتاز المجلة بميدان تطبيق واسع (موسع).
  إذا كان موضوع القوانين الخاصة تنظيم مسائل محددة ودقيقة (précises et ponctuelles)، فإن المجلة تطمح إلى إيجاد حلول لمادة تغطي ميدانا واسعا من النشاط الاجتماعي والاقتصادي.
  تمثل المجلات المصدر الرئيسي للقانون الدولي الخاص في تونس، وهي تنظم ثلاث مسائل من بين أربعة مسائل هامة للقانون الدولي الخاص.
  وتتمثل هذه المسائل في : تنازع المحاكم وتنازع القوانين التي تنظمها المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المسائل المتعلقة بالجنسية التونسية والمنظمة بمجلة الجنسية.
  توفر المجلة جملة من الإيجابيات مقارنة بالحلول الفقه قضائية Solution jurisprudentielles، وتعطي معلومات أوضح عن الحلول القانونية.
  يمكن الاطلاع على أحكام المجلة بسهولة أكثر من الحلول الفقه قضائية.
  كما أن سابقية الوضع prévisibilité للقانون تساهم في استقرار العلاقات الدولية.
  - تمثل المجلة أيضا جملة من الإيجابيات مقارنة بالقوانين الخاصة lois spéciales
  تبين المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص بصفة واضحة استقلالية القانون الدولي الخاص عن بقية أحكام القانون الخاص، من ذلك : الإجراءات المدنية والتجارية.
  كما تمنح المجلة ضمانا لتناسق الحلول ـــ تتمتع المسائل المنظمة بالمجلة بوحدة القلم والفكر (Unité de plume et de pensée).
  وأخيرا، فإن التقنين هو وسيلة ممتازة للاجابة بطريقة أساسية عن فراغات ونقائص الحلول السابقة.

ويمكن القول أن لها وظيفة " إدماج وتأهيل " (pédagogique) تهدف إلى تقريب المتلقي من بعض المفاهيم.

- **ب- القوانين الخاصة للقانون الدولي الخاص** : إذا كانت المجلة تتميز بميدان تطبيق موسع، فالقوانين الخاصة تعطي حلول بمسائل دقيقة ومحددة.

من ذلك القانون المؤرخ في 1968/3/8 المتعلق بوضعية الأجانب، الذي يحدد شروط دخول وبقاء الأجانب في تونس.

كذلك يمكن ذكر القانون المؤرخ في 1988/8/18 المحدد للنظام المنطبق على شركات التجارة الدولية، ويهدف هذا القانون إلى تحديد شروط وإيجابيات تأسيس وتشغيل هذا النوع من الشركات.

يمكن كذلك الإشارة على سبيل المثال، قانون 1986/6/27 المتعلق بعقارات على ملك الأجانب، وقد تعرض هذا القانون إلى النظام الخاص بالعمليات العقارية الخاصة ببعض العقارات التي يمتلكها أجانب.

فقرة 2 التشريع التكميلي la législation complémentaire :

وتتمثل هنا في الأحكام القانونية المنظمة لمسائل القانون الدولي الخاص المضمنة في نصوص ليس لها صبغة مطلقة لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة. وفي هذا الإطار، يمكن الإشارة إلى :

- الأحكام المتضمنة للباب III من مجلة التحكيم (الفصول من 47 إلى 82).
- الأحكام المتضمنة للفصل 163 فقرة 2 من مجلة التجارة البحرية.

2- فقه القضاء Jurisprudence :

تبقى القرارات الصادرة في هذه المادة دون أهمية، ويمكن تفسير هذا الضعف الكمي باعتبارين :

- من جهة، نظرا لكون تونس بلد هجرة، فإن ذلك يجعل فرص الاحتكاك بنظم قانونية أجنبية أقل مما هو عليه في بقية الدول، التي تستقبل عددا هاما من أجناس أجنبية، ومن هذا المنطلق، يبدو من البديهي أن الدول المستقبلة مثل : فرنسا وبريطانيا توفر فرصة أكبر للاحتكاك بنظم أجنبية.
- من جهة أخرى، يجب الإشارة إلى أن نشر قرارات المحاكم لا يتم بصفة آلية في تونس، مما يمثل عائقا لمعرفة جملة الحلول التي تبناها القضاة التونسيون في المادة.

أما على المستوى الكيفي (qualificatif)، فإن فقه القضاء التونسي لم يعرف بوجاهة الحلول المتبناة. إذ أن معظم القرارات تتضمن حلولا قابلة للنقاش والنقد، مما جعل فقه القضاء يمثل عنصر تراجع وتقهقر (régression) للمادة.

ويمكن أن نذكر على سبيل المثال ما اتجهت إليه إرادة القضاء التونسيين لإقرار بعض الآليات لتنظيم تنازع القوانين.

وتعني هذه الإرادة تفضيل القانون التونسي على القانون الأجنبي، ونستشف ذلك من خلال عدة مظاهر :

- عدم التصريح بعنصر الخارجية (extraneité) ← تكريس فقه القضاء التونسي خلال الستينات لامتياز الجنسية. ← التعامل مع الحالات ذات الصبغة الدولية كما لو كانت مجرد نزاعات داخلية في تنازع الا
- معاملة القانون الأجنبي كعنصر من الوقائع: تنازع 1962/2/19 | 1972 ديسمبر 43 T.

في ميدان تنازع المحاكم يمكن أن نشير إلى الإرادة المتمثلة في توسيع اختصاص القضاء التونسي بصفة متعسفة.

هذه المعطيات أدت إلى تدخل تشريعي لتنظيم الحلول التونسية المتعلقة بتنازع القوانين وتنازع المحاكم. وقد حاول المشرع ضمن المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص تقريب القضاة من المفاهيم وطرق القانون الدولي الخاص وذلك بتوظيف تقنيات تسيير وتعريف.

القسم II – المصادر الدولية les sources internationales :

نميز عادة بين ثلاث مصادر مستمدة من النظام القانوني الدولي وهي : المعاهدات الدولية/ فقه القضاء الدولي/ العرف الدولي.

أ-المعاهدات الدولية :

• أ- التعريف : حسب الفصل 2 الفقرة 1 من اتفاقية فيانا حول قانون المعاهدات فإن كلمة معاهدة تعني *" اتفاق دولي مبرم كتابيا بين دول ويحكمه القانون الدولي، وذلك سواء كان في إطار نص موحد أو عدة نصوص متكاملة، ومهما كانت تسميته الخاصة "*

تكون المعاهدة ثنائية إذا كان عدد الدول المعنية بهذا الاتفاق اثنان.

وإذا تعلق الأمر باتفاق دولي يضم أكثر من دولتين، فإن المعاهدة تسمى متعددة الأطراف.

في هذا الإطار، يستوجب إبداء ملاحظة اصطلاحية : جرت العادة على استعمال كلمة " معاهدة " إذا ما تعلق الأمر باتفاق دولي ينظم العلاقات بين الدول.

من ذلك معاهدة مراكش المبرمة في 1989/2/17 بين دول المغرب العربي الكبير، وتكون هذه المعاهدة وحدة كنفدرالية تسمى " وحدة المغرب " (U.M.A).

لكن في المقابل، إذا تعلق الأمر باتفاقات دولية موضوعها تنظيم علاقات خاصة، فإنه عادة ما يقع استعمال كلمة (مصطلح) " اتفاقية ".

• ب- أهداف اتفاقيات القانون الدولي الخاص Objectifs des conventions de DIP : إذا كانت المصادر الداخلية مهمة حاليا في مادة القانون الدولي الخاص، فإنه من الضروري الإشارة إلى أنه من الأهداف الأساسية لهذه المادة هو توحيد الحلول بين مختلف الأنظمة القانونية.

ويتحقق هذا التوحيد بواسطة الاتفاقيات الدولية، التي تمكن من ضمان الانسجام بين الحلول المتبناة ـــــ وهو ما يؤدي إلى حل الصعوبات الناشئة عن القوانين والتشاريع الداخلية.

على المستوى التطبيقي، تطرح الصبغة الداخلية للمصادر اشكاليات :

فالمعاملة التي يخصها النظام القانوني التونسي لعلاقة دولية ما، لا توافق ضرورة ما هو معمول به في الأنظمة القانونية الأخرى المعنية بالعلاقة.

مثال : حكم صادر في دولة (X) لفائدة (Y) يمتعه بملكية عقار موجود في تونس.

قرر السيد (Y) الالتجاء إلى المحاكم التونسية لإكساب ذلك الحكم الصبغة التنفيذية فوق التراب التونسي، إلا أن المحكمة التونسية رفضت ذلك الطلب بحجة أن المحكمة التي أصدرت الحكم لم تكن مختصة.

⬅ النزاع من الاختصاص المطلق للمحاكم التونسية.

اختلاف القواعد المنظمة للاختصاص الداخلي لمحاكم الدولة (X) أصبحت في مثل هذا المثال عامل تعقيد وتعطيل للوضعية.

في حين أن الدولة (X) رأت أن محاكمها مختصة للنظر في النزاع، أقرت الدولة التونسية الاختصاص المطلق لمحاكمها في النزاعات المتعلقة بعقارات موجودة في تونس (الفصل 11 فقرة 1 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص والفصل 8 فقرة 2 من نفس المجلة).

⬅ القرار الأجنبي (الحكم) لا يمكن أن يتمتع بالصبغة التنفيذية.

إذا كانت الحلول المطبقة من طرف النظامين القانونيين لهذه الوضعية، موحدة في إطار اتفاقية دولية، لما حصل هذا الاضطراب.

في هذه الحالة، سيكون الحل الذي تنص عليه الاتفاقية الدولية التي تربط بين الدولتين، مشترك بين النظامين القانونيين، مما يسمح بتداول أفضل للحكم.

بالتالي سيكون مصير الوضعية أكثر وضوحا، وذلك لفاعليتها المؤكدة خارج النظام القانوني الذي أقرها.

وعيا منهم بان الصبغة الداخلية للقانون الدولي الخاص يمكن أن تؤدي إلى اضطراب في العلاقات الدولية الخاصة، حاولت الدول التقارب بغية توحيد القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة.

• د- ميدان التوحيد Domaine de l'unification :

يجب أن نميز في هذا الصدد بين الأسئلة التي تحضى بأولوية في مجهود التوحيد والأسئلة المهمشة.

المسائل الأولية في التوحيد Les questions privilégiées de l'unification :

لقد صادقت تونس على عدد هام من الاتفاقيات الثنائية (bilatéral) التي تهدف إلى التوحيد بين الدول الموقعة (signataires) لشروط تنفيذ الأحكام والقرارات التحكيمية، وإلى أن تسهل التواصل القضائي، وتحدد شروط ترحيل المنحرفين.

وقد تكون أحيانا اتفاقيات التعاون القضائي متعددة الأطراف، من ذلك الاتفاقيات العربية للتعاون القضائي المبرمة بالرياض في 6-4-1983 والتي صادقت عليها تونس بقانون 12-7-1985.

يجب الإشارة إلى أن بعض الاتفاقيات المتعددة الأطراف (multilatérales)، تسعى لا فقط إلى تدعيم أسس التعاون القضائي، وذلك بتسهيل الأحكام والقرارات التحكيمية، بل تكرس أيضا حلا موحدا لقواعد الاختصاص الداخلي بين الدول.

ويمكن أن نذكر في هذا الإطار، اتفاقية التعاون القضائي والقانوني التي تربط بين دول اتحاد المغرب العربي، المبرمة بليبيا في 9 و10-3-1991.

مثال : الاتفاقية المبرمة بين تونس وفرنسا في 25-6-1972.

وبالإضافة إلى المسائل المتعلقة بالتنازع القضائي، يتعلق أيضا مجهود التوحيد بوضعية الأجانب.

وفي هذا الميدان، يمكن أن نذكر أن تونس أبرمت عددا هاما من اتفاقيات الاستيطان، وهي اتفاقيات تسند من خلالها الدول الأطراف (الموقعة) امتيازات متبادلة تهدف إلى تقليص الاختلاف في المعاملة بين الأجنبي والمواطن.

من ذلك ينص الفصل 5 من اتفاقية الاستيطان بين تونس والمغرب المبرمة في 3-12-1964 على أن " **يتمتع المقيمون بكل من الدولتين بحق العمل واكتساب ملكية المنقولات والعقارات، بضمان التصرف بجميع أشكاله وكذلك ممارسة كل المهن الصناعية، التجارية، الفلاحية وكل المهن الأخرى مثل المواطنين وبنفس الحقوق والواجبات التي ينص عليها القانون المنطبق** ".

فيما عدا المسائل المتعلقة بوضعية الأجانب والتنازع القضائي يبقى مجهود التوحيد متواضعا.

المسائل المهمشة في التوحيد Les questions marginalisées :

تبقى مساهمة الحركة الاتفاقية ضعيفة خارج ميدان التنازع القضائي ووضعية الأجانب.

وكنتيجة لذلك، توجد بعض النصوص المعزولة التي تؤكد على أن مجهود التوحيد في ميدان تنازع القوانين والجنسية لا يمكن اعتباره غير ضروري.

يمكن أن نذكر الاتفاقية المتعددة الأطراف المبرمة في نيويورك في 28-9-1954 المتعلقة بوضعية فاقدي الجنسية (apâtriotes).

كذلك الاتفاقية الثنائية المبرمة بين تونس وليبيا في 14-6-1961 المتعلقة بالجنسية، وتحدد هذه الاتفاقية الشروط التي يتمتع بمقتضاها المقيمين بليبيا بالجنسية الليبية.

كذلك الشروط التي يتمتع بمقتضاها المقيمين الليبيين بتونس بالجنسية التونسية.

ويبقى مجهود التوحيد أكثر تواضعا في ميدان تنازع القوانين، ففي هذا الميدان لم تلتحق تونس باتفاقيات موضوعها تكريس قواعد تنازع موحدة بين الدول الموقعة.

لكن يمكن الإشارة إلى وجود بعض القواعد، ذات مصدر اتفاقي، ساهمت في إدماج بعض اتفاقيات الاستيطان، من ذلك قاعدة التنازع المتبناة من طرف الاتفاقية المبرمة بين تونس والمغرب في 9-2-1964 والتي تنص أحكامها على أنه " **يجب على محاكم كل من الطرفين، تطبيق التشريع المعمول به في مادة الأحوال الشخصية، على المقيمين من الطرف المقابل، دون خرق القواعد المتعلقة بالنظام العام** ".

ويشترط الفصل 8 فقرة 2 من اتفاقية الاستيطان المبرمة بين تونس وليبيا في 14-6-1961 ما يلي " *يجب أن يطبق التشريع الداخلي الخاص بالمدعى في مادة الأحوال الشخصية، دون خرق القواعد المتعلقة بالنظام العام* ".

ما عدا هذه المبادئ المدمجة بمحض الصدفة ضمن اتفاقيات استيطان، يبقى القانون في هذا الميدان غائبا، وتبقى تونس خارج الحركة الاتفاقية (mouvement conventionnel) التي تجتهد في إطار مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

12 + 11 + 10 Page + X X

2- فقه القضاء الدولي La jurisprudence internationale :

لقد صدرت بعض قرارات متعلقة بالقانون الدولي الخاص من طرف المحكمة الدائمة للعدل الدولي (C.P.J.I).

كما عرفت محكمة العدل الدولية (C.I.J) بعض قرارات القانون الدولي الخاص، لكن مساهمتهم في إقرار حلول القانون الدولي الخاص تبقى متواضعة.

إن الدور الضعيف الذي تلعبه الهيئات القضائية الدولية، راجع إلى المساهمة الكمية المحدودة للقرارات الصادرة من طرف هذه الهيئات في هذه المادة.

ويفسر هذا العدد المحدود للقرارات بلجوء الدول إلى محكمة العدل الدولية وقبلها إلى المحكمة الدائمة للعدل الدولية، حيث تقبل هذه الدول، في مناسبات قليلة، اللجوء إلى هذه المحاكم، وهذا ما يجعل فرص تدخل القانون الدولي الخاص قليلة (نادرة).

⬅ تتجه أولوية الدول إلى النزاعات التي يكون فيها (تمثل) مصالح عمومية.

3- العرف La coutume : نظرا إلى مضاعفة (multiplication) عدد النصوص الداخلية والدولية، تقلص ميدان تدخل العرف كمصدر غير مكتوب للقانون الدولي الخاص. لكن هذا لم يمنع من تدخل العرف، عند غياب قواعد مكتوبة في المادة، من ذلك الحالة المتعلقة بالحصانة القضائية لرؤساء الدول (l'immunité de juridictions des chefs des Etats).

العنوان الأول : النزاعات القضائية

Les conflits des juridictions

إن عبارة النزاعات القضائية تغطي مجموع قواعد القانون القضائي المنطبق على نزاع يمثل طابع دولي.
هذه القواعد الإجرائية (المتعلقة) الخاصة بالعلاقات الدولية الخاصة، تشمل مسألتين أساسيتين :
1- الاختصاص الدولي للهيئات القضائية التونسية (la compétence inter. Des juridictions T.).
2- آثار القرارات الأجنبية في تونس (les effets en T. des décisions étrangères).

المبحث I – الاختصاص الدولي للهيئات القضائية التونسية

إن المقصود بعبارة الاختصاص الدولي للهيئات القضائية التونسية هو إمكانية (attitude) المحاكم التونسية، المستمدة من النظام القضائي، بقع حل مسألة معرفة المحكمة المختصة للنظر في النزاع، بالرجوع إلى قواعد الاختصاص الحكمي والاختصاص الترابي الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية.
إذا تعلق الأمر بنزاع دولي، فإنه يجب العودة إلى قواعد خاصة تأخذ بعين الاعتبار الطابع الدولي للعلاقة وتحاول إيجاد الحلول المناسبة.
ويوصف هذا الاختصاص للهيئة القضائية التونسية، بالاختصاص الدولي أو أيضا بالاختصاص العام.
إذا تم الاعتراف للمحاكم التونسية بالاختصاص لحسم النزاع الدولي، فإنه يتعين إذا الاختيار من بينها المحكمة التي سيتم تعهيدها فعليا، وذلك من ناحية الاختصاصين : الترابي والحكمي.
⬅ هل هي مثلا محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية أو هل هي محكمة تونس أو محكمة بنزرت ؟
⬅ هل الإشكال يتعلق باختصاص داخلي أو اختصاص دولي ؟
في هذه المرحلة بالذات، يجب أن تتدخل القواعد المضمنة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة بالاختصاص الترابي والحكمي.
في نزاع دولي، يمكن ملاحظة أهمية القواعد الداخلية بصفة لاحقة (à postériou) أي بعد التأكد من أن النزاع من الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية.
وفي هذا الخصوص، يجب الإشارة إلى أن القواعد المتعلقة بالاختصاص الدولي، نجد مصدرها في نصوص مختلفة : من ذلك الفصول من 3 إلى 10 ومن 19 إلى 22 من مجلة القانون الدولي الخاص.
لكن يجب إتمام هذه الأحكام بنصوص أخرى، من ذلك : أحكام الفصل 106 من مجلة التجارة البحرية، الفصل 21 من اتفاقية همبورغ المؤرخة في 30-3-1978 المتعلقة بالنقل البحري للبضائع، أو أيضا الفصول من 33 إلى 36 من اتفاقية التعاون القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي U.M.A المبرمة في ليبيا في 9 و10-3-1991
وفي نفس الإطار، نضيف الأحكام المتعلقة بالحصانة القضائية المضمنة في اتفاقية فيانا المؤرخة في 18-4-1961 حول العلاقات الديبلوماسية، والاتفاقية المؤرخة في 24-4-1963 حول العلاقات القنصلية.
⬅ إن التحليل الدقيق لمجموع هذه الأحكام، يبرز وجود نظام مزدوج (un double régime) في مادة الاختصاص الدولي في المحاكم التونسية :

- نظام عام : يتضمن الأحكام المتعلقة بنزاعات دولية، أطرافها أشخاص طبيعيين أو معنويين من القانون الخاص. ويسمى هذا النظام عاما، لأنه يهم النزاعات الأكثر تداولا في هذه المادة (تهم الأطراف الطبيعيين (naturels) في هذه المادة).
- نظام خاص : يشمل الأحكام المتعلقة بنزاعات دولية أطرافها دولة أجنبية أومجموعة عمومية وأشخاص يتصرفون في إطار سيادتها. وهو ما يؤدي إلى تكوين قواعد استثنائية عن النظام العام.

I – القسم I النظام العام *le régime général* :

عندما يكون النزاع دوليا، فإن القاضي التونسي لا يمكنه النظر فيه إلا بعد التأكد من اختصاصه الدولي، بالنظر إلى القواعد المكرسة في هذا الخصوص من طرف النظام القانوني التونسي.

وبصفة عامة، فإن حالات الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية تخضع إلى أحكام الفصول من (3) إلى (10) من مجلة القانون الدولي الخاص التي عوضت نص الفصل (2) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المتعلق بمسألة الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية إلى حين دخول مجلة القانون الدولي الخاص حيز التنفيذ في مارس 1999.

وفي هذا الإطار، يجب الإشارة إلى أن القواعد المضمنة بالفصول من 3 إلى 10 المذكورة تنقسم إلى نوعين

- من جهة، توجد القواعد التي تمكن القاضي التونسي من الاختصاص المطلق (compétence exclusive) للنظر في بعض النزاعات.
- ومن جهة أخرى، توجد القواعد التي لا تعترف للقاضي التونسي إلا بالاختصاص الممكن (compétence possible) في بقية النزاعات (يتمثل الأمر في نزاع دولي : هناك تنافس بين النظم القانونية الدولية، يقرر المدعي عليه بإرادته رفع الدعوى لدى المحاكم التونسية).

إذا حاولنا تجسيم هذا الأمر، فيمكننا القول أنه توجد حالات يحتم فيها على الأطراف عرض نزاعهم على المحاكم التونسية، وتمثل هذه الفرضية حالة الاختصاص الدولي المفروض (imposée) على الأطراف من قبل النظام القانوني التونسي.

وفي خارج إطار فرضيات الاختصاص المفروض، فإنه يمكن تبرير اختصاص المحاكم التونسية باختيار الطالب (المدعي) الذي يقرر عرض النزاع على المحاكم التونسية.

هذا الاختصاص الأخير ممكن إذا مثلت النزاعات ارتباطا إقليميا (ترابيا) بالنظام القانوني التونسي.

أحيانا يمكن للمحاكم التونسية النظر في نزاعات دولية تعرض عليها دون وجود ارتباط إقليمي مع النظام القانوني الوطني (l'ordre juridique du for)، وهي الصورة التي يقرر فيها طرفا النزاع بموجب اتفاق بينهما إسناد الاختصاص للمحاكم التونسية ← في هذه الحالة، يجد الاختصاص سنده في إرادة طرفي النزاع.

La compétence Inter. Exclusive des tribunaux tunisiens : الاختصاص الدولي المطلق للمحاكم التونسية

1- *تقديم الاختصاص المطلق :* إذا تعلق النزاع بنظم أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي فإن المتقاضين يمكنهم مبدئيا الخيار حسب إرادتهم لوضع النزاع أمام محاكم دولة أجنبية، طرف في العلاقة المعنية، شريطة أن يعترف النظام الأجنبي المعني (en cause) بإمكانية النظر في النزاع لهذه المحاكم.

لكن مبدأ اختيار المحكمة المختصة دوليا يعرف في المقابل قيدا هاما، إذا تضمن الخيار خطر إهمال مصالح ذات صبغة أساسية يضمنها النظام التونسي للقانون الدولي الخاص.

إذ نجد في هذه الحالة، مصالح مهيمنة بالنسبة للنظام القانوني التونسي الذي يريد التكفل بها (prendre en charge)، ولذلك فإنه سيؤكد الاختصاص المطلق لمحاكمه للنظر في المسالة.

ويعني الاختصاص الدولي المطلق للمحاكم التونسية، أن المحاكم وحدها هي المختصة بالنظر في النزاع.

فإذا أمكن للأطراف، نظريا، الابتعاد عن هذا الاختصاص وذلك بتعهيد نظام قضائي أجنبي، فإنه تطبيقيا، لا يكون هناك أي أثر للحكم الصادر من طرف المحاكم الأجنبية في تونس.

إن عدم احترام المتقاضين للقواعد المتعلقة بالاختصاص الدولي المطلق للمحاكم التونسية يمثل عائقا للنظام القانوني التونسي لقبول أي حكم صادر في دولة أخرى.

وفي هذا الإطار، ينص الفصل (11) فقرة 1 من مجلة القانون الدولي الخاص على أن : " **لا تكتسي الأحكام القضائية الأجنبية الصبغة التنفيذية إذا كان موضوع النزاع راجع إلى الاختصاص الإقصائي (المطلق) للمحاكم التونسية** ".

⬅ يظن الأطراف انهم أفلتوا من الاختصاص القضائي التونسي، إلا أنهم يتعون (rettrapés) بمجرد محاولتهم إكساء الحكم الأجنبي بالصبغة التنفيذية في تونس.

2-تحديد حالات الاختصاص المطلق (الإقصائي) (détermination des cas de compétence exclusive) :

ينص الفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص على أن " تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر في:
1-إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بإسناد الجنسية التونسية أو اكتسابها أو فقدانها أو سحبها أو إسقاطها.
2-إذا تعلقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية.
3-إذا تعلقت الدعوى بإجراءات جماعية مثل إنقاذ المؤسسات أو التفليس.
4-إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها.
5-وفي كل ما أسند إليها بنص خاص ".

⬅ هذا النص جدد (innove) مقارنة بالقانون السابق الذي اكتفى بمجرد إشارة عرضية للاختصاص الدولي الإقصائي للمحاكم التونسية (الفصل 2 فقرة 6 قديم من مجلة م.م.ت).
يكمن التجديد مبدئيا على مستوى الشكل، فالأحكام المتعلقة بمفهوم الاختصاص المطلق منفصلة -كليا- عن الأحكام المتعلقة بالاختصاص الممكن للمحاكم التونسية.
على مستوى الموضوع، فقد جدد المشرع بتحديد مختلف حالات الاختصاص الإقصائي.
إذ يتضمن الفصل 8 لائحة لمختلف الفرضيات التي يقصي فيها اختصاص المحاكم التونسية كل منافسة (concurrence) لأي نظام قانوني.
وتتميز هذه اللائحة بمرونتها، ففي حين تحدد الفقرات الأربع الأولى بدقة حالات الاختصاص الدولي الإقصائي للمحاكم التونسية، فإن الفقرة الأخيرة تفتح المجال لتكريس حالات اختصاص مطلق لم يتضمنها الفصل 8 المذكور، وتتمثل في الحالات التي يمنح فيها نص خاص الاختصاص الإقصائي للمحاكم التونسية.

1-الحالات المذكورة (المفصلة) بمجلة القانون الدولي الخاص : Les cas spésifiés par le code de DIP :

إن الحالات المذكورة بالمجلة هي الفرضيات المنصوص عليها بالفصل 8 وبالتحديد الفقرات من 1 إلى 4 وفي هذه الحالات يتأسس الاختصاص الإقصائي على فكرة السيادة وكذلك يبرر بالرغبة في ضمان إدارة جيدة للقضاء.

I- الإقصائية المؤسسة على فكرة السيادة : L'exclusivité fondée sur l'idée de la souvraineté :

من بين أحكام الفصل 8، هناك فرضيتين للاختصاص الإقصائي تجد تبريرها في اعتبارات مرتبطة بسيادة الدولة التونسية.
وهي حالات الاختصاص المتعلقة بنزاعات حول الجنسية التونسية والدعاوى المتعلقة بطلب إجراء تحفظي للتنفيذ فوق التراب التونسي.

1 - نزاع الجنسية : Le contentieux de la nationnalité

يمكن أن تكون الجنسية التونسية أحيانا موضوع نزاع، من ذلك ينص الفصل 51 من مجلة الجنسية التونسية " كل فرد يمكنه أن يرفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية موضوعها الرئيسي والمباشر هو الحكم بأن

له أو ليست له الجنسية التونسية. ووكيل الجمهورية هو ضرورة طرف في هذه الدعوى دون إهمال حق كل شخص له مصلحة في التدخل ".

ونص الفصل (52) من نفس المجلة، من جهته " وكيل الجمهورية له وحده الصفة ليرفع ضد كل فرد دعوى موضوعها الرئيسي والمباشر هو بيان أن المدعى عليه له أو ليست له الجنسية التونسية دون اهمال حق كل شخص له مصلحة في التدخل ".

فإذا كان موضوع الدعوى الرئيسي والمباشر هو إقرار أن الشخص يتمتع بالجنسية التونسية، فإن الدعوى تسمى معلنة أو مقرّة (déclaration).

لكن في المقابل، إذا كان موضوع الدعوى المباشر والرئيسي هو الحكم بأنه ليس لشخص الجنسية التونسية فالدعوى تسمى دعوى منكرة (نافية)، فالدعوى التي يكون موضوعها الحكم بان الشخص يتمتع أو لا يتمتع بالجنسية التونسية، تكون حسب الفصل 8 فقرة 1 من الإختصاص الإقصائي للمحاكم التونسية. و الإختصاص بفكرة السيادة، حيث تتمتع إقصائيا الدولة التونسية بتحديد مواطنيها حسب معاييرها الخاصة وبالتالي تكون محاكم هذه الدولة وحدها مختصة لإقرار تمتع الشخص المعني بالجنسية التونسية أم لا. وبالتالي تدخل أي قضاء أجنبي في هذه العملية لأنه سيؤدي إلى اضطراب ممارسة السيادة التي تتمثل بالنسبة لكل دولة في تحديد شعبها (sa propre population).

- الدعاوى المتعلقة بطرق التنفيذ *Les actions se rapportant aux voix d'exécution :*

حسب الفصل (8) فقرة 4 فإن المحاكم التونسية تختص " دون سواها إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها ". تبرر الإقصائية في هذه الحالة بأن الاجراءات تخضع للسلطة التقديرية للقاضي إضافة إلى وظيفته الأصلية وهي النطق بالقانون (dire le droit)، النظر في النزاع ويدخل ضمن وظيفة القاضي أيضا كمكمل أساسي (ضروري)، سلطة تسيير وجبر. بعض تصرفات القاضي تعود بصفة مطلقة لسلطانه (impérieum)، وهي الحالة التي يأمر فيها القاضي المدين، في إطار عقلة تحفظية (saisie-conservation)، بعدم التمتع بأمواله أو أيضا عندما يأمر المدني، في إطار عقلة توقيفية (saisie-arrêt)، بأن يدفع مباشرة بالمعقول (saisissant). تحت يده.

ويتمثل هنا في تصرف سلطوي يأخذ بعين الاعتبار سلطة التسيير والجبر التي يتمتع بها القاضي. على الشخص المأمور من طرف القاضي التنفيذ وإلا يجبر بواسطة القوة التي تدعم للقاضي ضمان فاعلية قراراته.

وبما أن القوة العامة التونسية لا تستجيب إلا لأوامر (injonctions) السلطة القضائية التونسية، فإنه من الطبيعي أن الدعاوى المتعلقة بطرق التنفيذ على أموال موجودة فوق التراب التونسي تكون من الاختصاص المطلق للمحاكم التونسية.

إجراء تحفظي ← إجراء استعجالي يهدف إلى المحافظة على مال في خطر، فالدائن الذي كان يخشى أن يقوم المدين ببيع الأموال يطلب من المحكمة الإذن بإجراء عقلة تحفظية لرفع يد المدين عن أملاكه.

إجراء تنفيذي ← تمكن من تحقيق ضمان (gage) للدائنين وليس التحفظ على ذمة المدين. في بعض الحالات يخرج المال من ذمة المدين إلى يد أخرى، في هذه الحالة يتم طلب إجراء عقلة توقيفية على الشخص الذي انتقل إليه المال.

I- الإقصائية المبررة بالرغبة في ضمان حسن سير القضاء L'exclusivité justifiée par le souci d'assurer une bonne administration de la justice :

أ- الدعاوى المتعلقة بعقار موجود في تونس *Les actions relatives à un immense situé en Tunisie :*

حسب الفقرة (2) من الفصل (8) فإن المحاكم التونسية تتمتع بالاختصاص المطلق إذا تعلقت الدعوى بعقار موجود في تونس.

العديد من الدعاوى يمكن أن تهم عقارا، ويمكن أن نذكر الدعـــوى الاســـتحقاقية (action pétitoire). وتهدف هذه الدعوى القضائية إلى حماية الملكية العقارية أو الحقوق العينيـــة العقاريـــة مثـــال : دعـــوى استرجاع (action en revandication) ملكية عقار.

ويمكن الإشارة أيضا، إلى الدعوى الحوزية (action passessoire) التي وضعها المشرع لفائدة الحـــائز لعقار أو لحق عيني للحفاظ على حوزه أو لإصلاح وضعيته أو لكف شغب.

وهناك دعاوى أخرى يمكن أن تهم العقار من دون أن يكون موضوع حوز ودون أن يمنعه من أن يكـــون عنصرا أساسيا (العقار) لقبول النزاع، من ذلك الدعاوى الشخصية الناشئة بمناسبة ضرر حاصل لعقار.

مهما كانت هذه الاعتبارات، يجب التساؤل عن الأسباب التي أدت بالمشرع التونسي إلـــى التـــأكيد علـــى الإختصاص الدولي الإقصائي للمحاكم التونسية إذا تعلقت الدعوى بعقار موجود في تونس ؟

في هذا الصدد، يجب الإشارة إلى أنه يوجد ارتباط قوي بين العقار والمحكمة التي يوجد بها مما يجعـــل هذه الأخيرة هي المختصة وحدها للنظر في النزاعات المتعلقة بهذا العقار.

إن قرب (proximité) المحكمة من العقار يمثل ضمانا حقيقيا لحسن سير العدالة، فالدعـــاوى المتعلقـــة بعقارات تستوجب إجراءات أساسية (سماع الأطراف، استدعاءات وشهود، اختبـــارات) يبســـطها قـــرب المحكمة المتعهدة بالعقار.

بالإضافة إلى ذلك، يجب الإشارة إلى أن اختصاص المحكمة التي بدائرتها العقار مفروض نظرا إلـــى أن الحكم الذي سينتج عن الدعوى سينفذ ضرورة فوق تراب الدولة التي يوجد بها العقار.

⬅ فهذه الأخيرة، هي ضرورة إذا مكان تنفيذ القرار.

ب- *الدعاوى المتعلقة بإجراء جماعي مفتوح في تونـــس Les contestations relatives à une procédure collective ouverte en Tunisie :*

تنص الفقرة 3 من الفصل 8 على أن " **المحاكم التونسية تختص دون ســـواها بـــالنظر فـــي الدعـــاوى المتعلقة بإجراء جماعي مفتوح في تونس** ".

إن خيار تعهيد المحاكم التونسية للقيام بإجراء جماعي لفائدة شركة أجنبية قائمة بتونس لا يمكن تبريره إلا إذا تمركزت (centralisées) مصالح هذه الشركة في تونس (المقر الاجتماعي أو وجود المؤسسة الرئيسية في تونس، وجود أموالها فوق التراب التونسي).

في هذه الحالة، يكون القاضي التونسي الأحق للقيام بالإجراء بصفة جيدة، وأيضا للنظر فـــي الدعـــاوى المتعلقة بالإجراء الجماعي.

ماذا نعني بإجراء جماعي ؟ إن الإجراء الجماعي هو مصطلح مثل كل إجراء يتضمن تنظيمـــا مباشـــرا وتصفية (liquidation) لأموال المدين : يمكن أن نذكر كمثال للدعاوى المتعلقة بالإجراء الجماعي : نزاعات الديون في مادة الإفلاس (faillite) المشار اليها بالفصل 501 من المجلة التجارية " **كل دائن اختبر دينـــه أو أدرج بالموازنة يجوز له في العشرة أيام من تاريخ النشر المشار إليه بـــالفصل الســـابق أن يبـــدي لكتابـــة المحكمة ماله من وجود المعارضة أو التظلم سواء بنفسه أو بواسطة وكيل يضمنها بجدول الديون. وللمفلس الحق في ذلك أيضا.**

وبانقضاء الأجل المذكور يقرر الحاكم المنتدب نهائيا قفل جدول الديون. ويضمن الأمين بالجدول تنفيـــذا لهذا القرار الديون المطلوب تحصيصا غير المتنازع فيها كما يعين قبول الدائن في المحاصة ومبلـــغ دينـــه المعتمد ".

كذلك ينص الفصل 502 من نفس المجلة

ويمكن أن نذكر في نفس الإطار، الدعاوى الموجهة ضد المؤسسة التي تمـــر بصعوبـــات، مـــن طـــرف العاملين الذين وقع فسخ عقودهم لأسباب تتعلق بالوضعية الصعبة التي تمر بها المؤسسة.

وفي هذه الفرضية، لا يمكن اعتبار الفسخ واقعا لأسباب اقتصادية أو تقنية إلا إذا تم الترخيص في ذلك من طرف المتصرف القضائي بواسطة مخطط الإنقاذ (انظر الفصل 40 من قانون 1995/4/17).

إن الرابط الضيق (étroit) الموجود بين هذه النزاعات والإجراء الجماعي المفتوح في تونس يوجب اختصاص المحاكم التونسية في هذه المادة.

ويبدو من الطبيعي، أن هذه المحاكم التي تتضمن اعتبارات موضوعية (المقر الاجتماعي للمؤسسة في تونس، وجود أموالها فوق التراب التونسي) تأخذ على عاتقها الإجراء الجماعي، وتكون مختصة وحدها للنظر في الدعاوى المتفرعة عنه.

وهذا الاختصاص يخدم مصلحة المؤسسة التي تمر بصعوبة بما أنه يوفر لها ضمانات القضاء الجيد نظرا لقرب المحكمة من معطيات النزاع.

كذلك يخدم مصلحة الدائنين، بما أن جانبا هاما من أموال الشركة موجود في تونس.

كما أن هذا الاختصاص يخدم مصلحة الدولة التونسية بما انه يمكن لهذه الأخيرة أن تأمن رقابة على مصير المؤسسة الموجودة فوق ترابها، هذه المؤسسة التي تدر الثروة وتوفر العمل.

2-الحالات الممنوحة بنص خاص *Les cas attribués en vertu d'un texte spécial :*

حسب الفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص " **تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر : ..... في كل ما اسند إليها بنص خاص** ".

هذه الفقرة الأخيرة، تبين أن القائمة المنصوص عليها بالفقرات الأربعة الأولى يمكن إتمامها بحالات أخرى منصوص عليها بنص خاص.

إن استعمال عبارة " نص " من طرف المشرع بالفقرة الخامسة يجب أن تأخذ بمفهوم العام، بمعنى أنها تشمل الأحكام القانونية / الأحكام المتعلقة بمعاهدة دولية.

وفي هذا الصدد، من المنطقي أن نتساءل عن إمكانية وجود نص أو عدة نصوص خاصة تمنح الاختصاص الإقصائي للمحاكم التونسية ؟

يمثل الفصل 33 من اتفاقية اتحاد المغرب العربي U.M.A المبرمة في 9-10-1991/3/10 قاعدة هامة وجب دراستها، هذا الفصل الذي يحدد الاختصاص الدولي المباشر للمحاكم ينص على أن " **محاكم كل دولة متعاقدة تختص بصفة إقصائية للنظر في المسائل التالية :**

1-**الحقوق العينية العقارية المتعلقة بعقار موجود فوق ترابها.**

2-**صحة أو بطلان أو حل الشركات أو الأشخاص المعنويين الذين لهم مقر فوق ترابها، كذلك صحة أو بطلان قراراتها.**

3-**صحة الترسيمات بالدفاتر العمومية الموجودة بإقليمها.**

4-**صحة تسجيلات البراءات، العلامات، الرسوم أو الأمثلة وغيرها من الحقوق المماثلة التي تستوجب إيداعا أو تسجيلا بإقليمها.**

5-**تنفيذ القرارات، إذا كان مكان التنفيذ على إقليم تلك الدولة** ".

إن القراءة الجيدة لهذا الفصل، توضح أن الإضافة الحقيقية لهذه المعاهدة تتمحور في الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من الفصل 33، نظرا إلى أن الفقرتان الأولى والخامسة تكرسان اختصاصا سبق أن اعترف به القانون العام.

إن التأكيد على الاختصاص الإقصائي للمحاكم التونسية في إطار الفقرة الثانية هو مبرر، فهذا الحل يكرس اختصاص محكمة المكان الذي يوجد به المقر الاجتماعي للشركة أو الشخص المعنوي المعني، وفي هذا المكان تتمركز مصالحها ومصالح الغير (tiers) الذي له علاقة معها.

ويمكن هذا الاختصاص كذلك من مباشرة الشكليات المتممة للدعوى بالدفاتر العمومية للمكان الذي يوجد به مقرها الاجتماعي وفي أحسن الظروف، ففي صورة تصريح المحكمة التونسية ببطلان أو حل شركة لها مقر فوق التراب التونسي، يجب أن يدون هذا القرار بالسجل التجاري بمكان تسجيلها.

وهذا السجل يضم جميع المعلومات المتعلقة بالوضعية القانونية للشركات التي لها مقر فوق التراب التونسي، كذلك حل الشركات التي تطلب تعديل التنصيصات الموجودة بالسجل التجاري (الترفيع في رأس المال، التخفيض في رأس المال، إحالة سهم أو حصة).

إن تعهيد سلطة أجنبية في هذه الحالة ليس جائزا، إذ أن هذا الاختصاص لا يمثل فقط سلبية البعد عن النزاع بل يعقد أكثر المسالة نظرا الى أن القرار الذي ستتخذه السلطة الأجنبية يجب أن يكتسب الصبغة التنفيذية.

وتبرز حالات الاختصاص الإقصائي المنصوص عليها بالفقرات الثالثة والرابعة بان كل الدعاوى المعنية تتطلب تدخل هياكل عمومية للدولة التي توجد بها الدعوى، التعديلات، التصحيحات، التشطيب أو أي تغيير متعلق بالتنصيصات الموجودة بالدفتر العمومي ولا يمكن القيام بها مباشرة إلا إذا صدرت عن الهيكل التابع للدولة التي تمسك هذه الدفاتر.

إن المصالح العمومية التونسية لا تخضع إلا لأوامر الهياكل الحكومية التونسية المؤسسة للغرض.

المبحث 2 : الاختصاص الدولي الممكن للمحاكم التونسية
la compétence inter. Possible

خارج الحالات المنصوص عليها بالفصل 8 يمكن أن تنظر المحاكم التونسية في النزاعات الدولية، لكن اختصاصاها في هذه الحالة ليس اختصاصا إقصائي.

فخارج ميدان الفصل 8 يمكن أن يكون اختصاص المحاكم التونسية في منافسة (en concurrence) مع محاكم أخرى خاضعة لأنظمة قانونية أجنبية.

فحسب اختيارهم، يمكن للأطراف أن يخضعوا النزاع إما لمحاكم النظام القانوني الأجنبي أو للمحاكم التونسية، بشرط أن توجد رابطة بين النزاع والنظام القانوني المعني.

(مثال : عقد بيع دولي لبضائع ← شركة تونسية موجودة في صفاقس وشركة ألمانية : تسليم الشركة التونسية بضائع للشركة الألمانية، بعد التسليم، تكتشف الشركة الألمانية أن البضائع غير مطابقة للشروط في العقد وتقرر رفع دعوى ضد الشركة التونسية.

سيقع التأكد من وجود بنود في العقد حول بعض المعايير المتعلقة بالبضائع، في هذه الحالة يمكن للشركة الأجنبية أن ترفع دعوى ضد الشركة التونسية إما أمام المحاكم التونسية أو أمام المحاكم الألمانية على أساس مكان تنفيذ العقد).

ويجب الإشارة، أن كل نظام قانوني يعرف بطريقة أحادية (unilatérale) حالات اختصاص محاكمه خارج الفرضيات المنصوص عليها بالفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص.

ويؤسس النظام القانوني التونسي الاختصاص الدولي لمحاكمة :

1- إما على أساس ارتباط إقليمي بالنظام القانوني التونسي (rattachement territoriale).

2- إما خارج أي ارتباط للنزاع مع النظام القانوني التونسي، على أساس اتفاق مشترك بين الأطراف لإخضاع نزاعهم للمحاكم التونسية.

§ 1- – المعايير الإقليمية Les critères territoriaux :

إن عبارة معيار إقليمي تشير إلى ارتباط بين النزاع والنظام القانوني التونسي الذي يجد أساسه في رابط بين أحد عناصر العلاقة والإقليم التونسي.

1-المعيار الرئيسي *Critère principal : Actor sequitur Forum Rei* :

المدعي يجب أن يرفع دعواه أمام محكمة المدعى عليه Actor sequitur Forum Rei.

هذا المعيار المنصوص عليه بالفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص يؤكد على الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية إذا وجد مقر المدعى عليه فوق التراب التونسي.

وعند تنظيم معايير الاختصاص الدولي الممكن للمحاكم التونسية يتميز هذا المعيار بطابعه الرئيسي الوكدسي وهو معيار رئيسي لأنه يسيطر على معايير الاختصاص المنصوص عليها بالمجلة، وبتحققه تنتفي بقية المعايير المنصوص عليها بالفصول 4 5 6 7 من مجلة القانون الدولي الخاص.

ومن المتجه أولا عرض القاعدة المكرسة بالفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص قبل دراسة أساسها في مرحلة ثانية.

I- تحليل القاعدة المكرسة بالفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص Analyse :

حسب الفصل 3 " تنظر المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم اذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية ".

هذه القاعدة هي امتداد للحل المكرس على الصعيد الداخلي في مادة الاختصاص الترابي، وبالرجوع إلى الفصل 30 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

ويهم الفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص جميع النزاعات الدولية ذات الصبغة المدنية أو التجارية أي جميع النزاعات الدولية التي تهم القانون الخاص.

في القانون التونسي، يختلف مفهوم المقر (domicile) بحسب ما إذا طبق على شخص مادي أو على شخص معنوي.

- *بالنسبة للشخص المادي :* حسب الفصل 7 فقرة 1 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية

ومن جهته ينص الفصل 10 من مجلة الشركات التجارية

II- أساس القاعدة المكرسة بالفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص Fondement :

إن قاعدة Actor sequitur Forum Rei معمول بها بصفة موسعة في القانون المقارن، وتجد أساسها في الإنصاف والعدالة.

فطالما لم يصدر أي قرار ضد المدعي عليه فليس لهذا الأخير أي تجاه المدعي، وإذا ادعى هذا الأخير عكس ذلك فعليه أن يرفع دعوى بمقر المدعي عليه بمعنى أن المدعي عليه حر من أي التزام تجاه المدعي وليس عليه تحمل الخسائر ومصاريف التنقل إلى مكان مقره.

هذه القاعدة تجسيم لمبدأ قرينة حسن النية المكرسة بالفصل 558 من مجلة الالتزامات والعقود وحسب هذا الفصل يفترض حسن النية ما لم يثبت عكس ذلك.

2- المعايير التكميلية (الاحتياطية) *Les critères subsidiaires :*

يمكن التمييز بين 3 أصناف من معايير ارتباط النزاع بالإقليم التونسي :

- الصنف الأول : مؤسس على فكرة القرب (proximité) بين النزاعات والإقليم التونسي.
- الصنف الثاني : مؤسس على فكرة حماية الطرف الضعيف.
- الصنف الثالث : مؤسس على فكرة الارتباط (connexité).

I- المعايير المؤسسة على فكرة القرب Les critères fondées sur l'idée de proximité :

ويتمثل هنا في المعايير التي تبرر الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية بسبب القرب الإقليمي بين النزاع والنظام القانوني التونسي.

وتمثل النزاعات المعنية في هذه الفرضية ارتباط إقليمي واضح مع النظام القانوني التونسي. لذا وجب توعيتي وسنرى في هذا الإطار، النزاعات المتعلقة بالتزامات في مرحلة أولى ثم في مرحلة ثانية، النزاعات المتعلقة بالأموال.

1- النزاعات المتعلقة بالالتزامات Les contestations relatives aux obligations :

يكرس الفصل 5 من مجلة القانون الدولي الخاص حلين : الأول يهم الالتزامات التقصيرية، أما الثاني فيهم الالتزامات التعاقدية.

* النزاعات المتعلقة بالتزامات التقصيرية Obligations délictuelles :

يختص المحاكم التونسية للنظر في النزاعات الدولية المتعلقة بالمسؤولية المدنية التقصيرية، إذا كانت الواقعة المنشئة للمسؤولية أو الضرر الناتج عنها (préjudice) وقع فوق التراب التونسي فوقوع أحد هذين العنصرين فوق التراب التونسي كاف لقبول اختصاص المحاكم التونسية.

ويتدعم اختصاص المحاكم التونسية، إذا تم تحديد (وقوع) هذين العنصرين في الإقليم التونسي.

فصياغة الفصل 5 تستدعي الانتباه إلى الطابع التبادلي (التغييري alternative) للمعايير المتبناة (حدوث الواقعة في تونس أو وقوع الضرر في تونس).

ويبين التطبيق وجود حالات تكون فيها عنصرا المسؤولية الرئيسيان متفرقتين، وتتمثل هذه الحالة في جنحة مركبة (délit complexe).

في حين تمثل الجنح الدولية البسيطة عنصر خارجية (extraneité)، لكن تحدد جميع عناصر المسؤولية داخل موقع جغرافي واحد، وذلك خلاف الجنح المركبة التي تمتاز بتوزيع عناصرها بين نظامين أو عدة أنظمة قانونية.

مثال للجنح الدولية البسيطة : *وقوع حادث دولي تمثل في اصطدام شاحنتين يقودهما سائقين يحملان الجنسية الجزائرية.*

في هذه الفرضية، تمتاز الجنحة بالطابع الدولي بسبب الجنسية الأجنبية للشاحنتين والأشخاص موضوع الحادث، لكن هذه الجنحة الدولية هي جنحة بسيطة نظرًا إلى أن الفعل المنشئ والضرر الحاصل وقعا فوق نفس الإقليم وهو الإقليم التونسي.

مثال للجنح الدولية المركبة : *صحافي مقيم بالخارج يكتب مقال ثلب (diffamative) في حق شخص مقيم في تونس.*

في هذه الفرضية، يكون الفعل المنشئ للمسؤولية واقعا في الخارج بينما يقع الضرر في تونس مكان إقامة المتضرر.

مهما كانت الاعتبارات، يجب الملاحظة أن الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية يجد تبريره في هذه الحالة في الارتباط الترابي الحميمي بين النزاع والنظام القانوني التونسي.

*النزاعات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية Obligations contractuelles :

حسب الفصل 2 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية (قديم) يمكن للمحاكم التونسية النظر في الدعاوى المرفوعة ضد أجنبي مقيم خارج تونس، إذا شملت الدعوى " **عقد مبرم، منفذ أو يجب تنفيذه في تونس** ".

وقد حذف الفصل 5 من مجلة القانون الدولي الخاص معيار إبرام العقد فوق التراب التونسي ليحتفظ بمعيار التنفيذ.

ويعتبر الحل الجديد مقنعا، نظرا إلى أن معيار إبرام العقد لا يعتبر في كل الحالات هاما : إذا تلاقى صاحبي مؤسسة مقيمان بالخارج بمناسبة حفلة منظمة في تونس وقررا باتفاق مشترك تبادل علاقات تجارية.

في هذه الفرضية، مكان إبرام العقد هو عرضي (بالصدفة) والتقاء الشخصان هو محض الصدفة ولم يكن مبرمجا في السابق، أي أن العلاقة مع النظام القانوني التونسي في هذه الحالة هو جد ظرفي : ستتقرض بمجرد إبرام العقد.

وعلى خلاف ذلك، فإن معيار مكان تنفيذ العقد هو أكثر أهمية لأنه يعبر عن قرب حقيقي بين النزاع والنظام القانوني التونسي.

إذا وجب تنفيذ عقد في تونس، فهذا يعني أنه في هذا المكان ستنتج العلاقة آثارها الرئيسية وهذا الرابط القوي الذي يوحد بين العقد والنظام القانوني التونسي يبرر في هذه الحالة تدخل المحاكم التونسية.

ويشير الفصل 5 فقرة 2 إلى استثناء لاختصاص المحاكم التونسية في المادة التعاقدية، فحتى لو تم تنفيذ العقد في تونس فإن المحاكم التونسية لا يمكن أن تتمتع بالاختصاص للنظر في النزاع، إذا ما اشترط الأطراف بسبب العقد إسناد الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية لحل نزاع محتمل.
ويتم ذلك عادة من خلال شرط إسناد القضاء لفائدة محكمة أجنبية.
ويمكن تعريفه كشرط مضمن بالعقد التأسيسي الذي يربط الطرفين، وهو شرط يتفق من خلاله المتعاقدين بإرادة مشتركة لإخضاع أي نزاع محتمل لنظام قضائي يعينونه بصفة مسبقة.
وفي صورة وجود شرط إسناد الاختصاص لفائدة محكمة أجنبية فإنه لا يقع تطبيق قاعدة اختصاص المحاكم التونسية إذا تم تنفيذ العقد بتونس ـــ ففي هذه الحالة تتفوق الإرادة المشتركة للأطراف على الحل التشريعي (القانون).

ب- النزاعات المتعلقة بالأموال *Les contestations relatives aux biens :*
تنص مجلة القانون الدولي الخاص على قواعد مختلفة تتعلق بالاختصاص الدولي الممكن للمحاكم التونسية في مادة الأموال.
ومن هذه الزاوية، يجب التمييز بين الحلول المتعلقة بالأموال المادية والأموال غير المادية.

* النزاعات المتعلقة بالأموال المادية Bien corporels :
في هذا الإطار، هناك نوعين من القواعد : 1- تتعلق بالأموال المنقولة 2- تتعلق بالنزاعات التي تهم أموال التركة.

1-النزاعات المتعلقة بالمنقولات meubles :
تنص الفقرة 3 من الفصل 5 من مجلة القانون الدولي الخاص على أن المحاكم التونسي تنظر "في النزاعات التي يكون موضوعها حقا منقولا موجودا بالبلاد التونسية".
يمكن أن يكون موضوع الدعوى حماية المنقول الموجود في تونس (عقلة تحفظية saisie conservatoire) أو المطالبة بحق عيني على نفس المنقول (حق الملكية).
وحتى إن لم يكن المدعى عليه مقيم في تونس، فإن المحاكم التونسية تتمتع في هذه الحالة بالاختصاص بمجرد وجود المنقول موضوع النزاع فوق التراب التونسي.
⬅ القرب بين النزاع من النظام القانوني التونسي يجعل الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية في هذه الحالة ممكنا.

2-النزاعات المتعلقة بأموال التركات biens successoraux :
ينص الفصل 6 فقرة 3 من مجلة القانون الدولي على أن المحاكم التونسية تنظر في الدعاوى المتعلقة "بتركة افتتحت بالبلاد التونسية أو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية".
هناك معياران قادران على جعل الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية ممكنا في مادة التركات : من جهة فتح التركة في تونس، ومن جهة أخرى وجود أموال التركة فوق التراب التونسي.
يعتبر المعيار الأول سطحيا، فالتركة تفتح في تونس إذا توفي المورث في تونس، إلا أن هذا الحدث الأخير يمكن أن يكون عرضيا (accidental) (أثناء تمضية عطلة، بتوفى سائح في تونس).
⬅ يكون الارتباط بين النزاع والنظام القانوني التونسي ضعيفا في صورة وجود أموال التركات خارج الإقليم التونسي.
ويعتبر المعيار الثاني الذي تبنته الفقرة 3 من الفصل 6 هاما فوجود الأموال المنقولة والعقارات التابعة للتركة فوق التراب التونسي يبرر في هذه الحالة الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية.
وتطرح الفقرة 3 من الفصل 6 مسالة الانسجام مع أحكام الفقرة 2 من الفصل 8

ففي حين تتمتع المحاكم التونسية، حسب **الفصل 8** باختصاص مطلق للنظر دعاوى متعلقة بعقارات، يصبح اختصاصها الدولي ممكنا بالنسبة للدعاوى المتعلقة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار كائن بتونس.

يصعب التوفيق بين هذين الفصلين، إلا إذا اعتبرنا أن **الفصل 6** يمنح للنزاعات المتعلقة بالعقارات موضوع تركة نظاما استثنائيا لحلول **الفصل 8**، وأن هذا الفصل الأخير لا يهم إلا الدعاوى المتعلقة بالأموال خارج أي نزاع متعلق بتركة.

لكن في هذه الحالة، لا يمكن فهم أسباب النظام الخاص (الاستثنائي)، نظرا إلى أن نفس الاعتبارات التي أدت بالمشرع التونسي إلى تأكيد الاختصاص المطلق للمحاكم التونسية **بالفصل 8** توجد إذا تعلق الأمر بنزاع متعلق بعقار موضوع تركة (اختبار، النزول على عين المكان).

* النزاعات المتعلقة بأموال غير مادية Bien incorporels :

إن تسمية حقوق فكرية (intellectuels) تشمل في نفس الوقت حقوق الملكية الأدبية والفنية وحقوق الملكية الصناعية.

وفي هذا المفهوم (الاتجاه) يجب أن تفهم عبارة حقوق فكرية الموظفة **بالفصل 5 فقرة 4 من مجلة القانون الدولي الخاص**، وحسب هذا الفصل تختص المحاكم التونسية بالنظر في **" النزاعات المتعلقة بالملكية الفكرية إذا وقع التمسك بحمايتها بالبلاد التونسية "**.

إذا وجد حق فكري (معترف به شرعيا لمالكه الأجنبي) وقع تجاهله في تونس، يمكن لمالكه تعهيد المحاكم التونسية لضمان حماية هذا الحق في تونس.

في هذه الحالة، قرب المحاكم التونسية من النزاع يجعل هذه المحاكم الأنسب للنظر في الاعتداء الحاصل على الحقوق المعنية، تقدير درجة الضرر الذي لحق صاحب الحقوق وأيضا لاتخاذ الإجراءات الضرورية للحد بسرعة وبفاعلية من الأفعال التي تمس بهذه الحقوق في تونس.

II- المعايير المؤسسة على فكرة الإنصاف L'équité :

تتبنى بعض القواعد التي تؤسس الاختصاص الدولي الممكن للمحاكم التونسية معايير تجد إلى جانب الرابط الترابي مع النظام القانوني التونسي، أساسا لها في فكرة الإنصاف.

* حماية الطفل Protection de l'enfant :

يسمح القانون بتعهيد المحاكم التونسية، وان لم يكن المدعى عليه مقيما في تونس وذلك بغاية حماية الطفل.

فحسب **الفقرة 1 من الفصل 6 من مجلة القانون الدولي الخاص**، تكفي إقامة الطفل في تونس لقبول اختصاص المحاكم التونسية في الدعاوى المتعلقة بالبنوة (filiation) وأيضا الدعاوى المتعلقة بحماية الطفل (" **إجراء لحماية قاصر** ").

مثال : *ولد طفل اثر علاقة غير شرعية بين تونسية وأجنبي، ويسافر هذا الأخير إلى فرنسا للإقامة. ويقرر الطفل، ممثلا بوالدته، تتبع المدعو والده للمطالبة بالبنوة.*

إذا طبقنا في هذه الحالة القاعدة الرئيسة في مادة اختصاص المحاكم التونسية Actor sequetur Forum Rei فإن ذلك سيؤدي إلى إقرار اختصاص المحاكم الفرنسية باعتبارها محكمة مكان إقامة المدعى عليه (défendeur).

إلا أن هذا الحل غير مرضي، إذ أنه يجبر الممثل الشرعي للطفل على التنقل إلى الخارج للتتبع؛ وهذا الحل يؤدي إلى سلبيات مرتبطة بتحمل مصاريف وأعباء التنقل.

ولتجنب هذه السلبيات، اختار المشرع في إطار **الفقرة 1 من الفصل 6** استثناء للقاعدة المضمنة **بالفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص**.

هذا الاستثناء يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل، ويسعى إلى ضمان أكثر حماية له وذلك بإجبار المدعى عليه في هذه الفرضية على التنقل إلى تونس.

وتوجد نفس هذه الحماية، إذا تعلق الأمر باتخاذ إجراء لحماية قاصر، فإقامة هذا الأخير في تونس تكفي لتبرير الاختصاص الترابي للمحاكم التونسية.

فبسبب غياب، أي تركيبة أسرية أو بسبب عجز عائلي، يوجد هذا الأخير (الطفل) في خطر، وفي هذه الحالة تصبح صحته واندماجه البدني والنفسي مهددا بصفة جدية.

ففي صورة عدم نجاعة الحماية الاجتماعية لإصلاح الوضعية، يجب على قاضي الأ... خل لاتخاذ الاجراءات الضرورية وذلك لتغطية الخلل الوظيفي (dysfonctionnement).

وفي هذا الإطار، ينص الفصل 59 من مجلة حماية الطفل على أن قاضي الأسرة يمكن أن يتخذ احد الاجراءات التالية :

1- إبقاء الطفل داخل محيطه العائلي.
2- إبقاء الطفل داخل محيطه العائلي وتكليف مندوب حماية الطفولة بمتابعته ومساعدة العائلة وتوجيهها.
3- إخضاع الطفل للمراقبة النفسية والطبية.
4- وضع الطفل لدى نظام الكفالة أو لدى عائلة استقبال أو لدى مؤسسة تربوية أو اجتماعية مختصة أو وضعه بمركز للتكوين.

* حماية الطرف المحتاج indigent :

تقر الفقرة 2 من الفصل 6 اختصاص المحاكم التونسية إذا كان الدائن في دعاوى النفقة في تونس.
ويتمثل الأمر في قاعدة تسعى إلى حماية طرف يكون غالبا من الناحية التطبيقية، في حاجة.
وتطبيق القاعدة المنصوص عليها بالفصل 3 قد يؤدي إلى الزيادة من حدة وضعية الدائن وذلك بإجباره على تعهيد المحاكم التي يوجد بها مقر مدينه وتحمل مصاريف التنقل إلى بلد أجنبي.
بالسماح للدائن بتعهيد محاكم مكان إقامته، تظهر مجلة القانون الدولي الخاص التونسية بوضوح رغبتها في تخفيف التطبيق الصارم لقاعدة Actor Sequitur Forum Rei (الفصل 3)، وتشجع في هذه الحالة على حماية الطرف المحتاج (الضعيف).

II- المعايير المؤسسة على فكرة الترابط Connexité :

بمعزل عن حقيقة المعايير المنصوص عليها بالفصول 3، 4، 5، 6 و8، فإن المحاكم التونسية يمكنها النظر في النزاعات الدولية وذلك إذا كانت مرتبطة بقضية أخرى منشورة لديها.
وفي إطار الفصل 7 امتد اختصاص المحاكم التونسية إلى قضايا لا تعود مبدئيا إلى اختصاصها لكنها تمثل في المقابل رابطا قويا مع النزاع الأصلي الخاضع لهذه المحاكم.
إذا تعهدت محكمة تونسية بطلب يدخل عادة في اختصاصها العام، فإن هذا الأخير يتوسع عند الضرورة للبت في الأصل دون اللجوء إلى المحاكم الأجنبية.
وفي هذه الحالة، فإن اختصاص المحاكم التونسية يسمى متفرع (dérivé).
ويتوسع اختصاص المحاكم التونسية نظرا لحاجيات الارتباط المبدئي بين النزاع والنظام القانوني التونسي.
اختصاص المحاكم التونسية المؤسس على الترابط يجيب على الرغبة في اقتصاد الإجراءات وحسن سير القضاء.

⬅ تفرض هذه الاهتمامات فكرة عدم إقرار حلول متناقضة في قضايا متقاربة (voisures).

مثال : *يعرض طفل مقيم بالخارج أمام المحكمة التونسية دعوى يطالب والده المقيم بتونس بالنفقة ويقوم هذا الأخير بالطعن في هذا الطلب عن طريق دعوى في نفي الأبوة أمام المحكمة التونسية بحجة وضعية إقامة الطفل بالخارج.*

يمكن للمحاكم التونسية أن تنظر في الدعوى الأخيرة على أساس الفصل 7 هناك ترابط بين الدعوى الأولى والثانية : تجمعهما علاقة وثيقة.

- نتيجة دعوى نفي الأبوة (paternité) متعلقة باستحقاق النفقة :

فرضية 1 : يصدر القرار لصالح الأب ⬅ تقطع علاقة الأبوة وهو ما يستدعي ضرورة رفض طلب النفقة المقدم من طرف الطفل.

فرضية 2 : ترفض دعوى الأب ⬅ يدعم علاقة الأبوة ويجب تقديم نفقة للطفل.

§2- التوسيع الارادي لاختصاص الدولي للمحاكم التونسية Prorogation volontaire :

في بعض الحالات، تختص المحاكم التونسية لان النزاع يضع في الاعتبار المصالح التي يرى النظام القانوني التونسي أنها أساسية، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الاختصاص مطلقا (الفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص) وفي حالات أخرى، نفس هذه المحاكم تكون مختصة بسبب وجود ترابط موضوعي للنزاع مع النظام القانوني التونسي (الفصل 3 5 6 7).

خارج هذه الحالات، فإن المحاكم التونسية يمكنها النظر في نزاعات دولية تعرض عليها شريطة أن يتفق الأطراف المعنيين بالنزاع على منحها مثل هذا الاختصاص.

إن تلبية رغبة الأطراف تستدعي منح حرية التصرف لهم، وذلك لتهيئة (aménager) اختصاص المحاكم المدعوة للنظر في النزاع، ويتمثل هنا في تجلي (manifestation) لمبدأ استقلالية الإرادة.

فإرادة الأطراف قادرة على تمديد (توسيع) اختصاص الدولي للمحاكم التونسية خارج الحالات التي تكون فيها عادة مختصة (الفصول 3، 5، 6، 7 و8)، ونتحدث في هذه الحالة عن *توسيع إرادي للاختصاص الدولي للمحاكم التونسية*.

وفي هذا الإطار، تجدر الإشارة في مرحلة أولى إلى آليات هذا التوسيع قبل التعرض في مرحلة ثانية إلى استثناءاته.

1- آليات التوسيع الارادي لاختصاص المحاكم التونسية Les modalités :

حسب الفصل 4 من مجلة القانون الدولي الخاص، يمكن الاتفاق الأطراف المتعلق بتوسيع اختصاص المحاكم التونسية أن يتخذ إما شكلا صريحا أو شكلا ضمنيا.

أي وضع شرط ارادي لصالح المحاكم من قبل الأطراف

I- الاتفاق الصريح L'accord express :

يوجد اتفاق صريح بين الأطراف عندما يتفقون بموجب إرادة مشتركة على إسناد الاختصاص للمحاكم التونسية بطريقة واضحة ومباشرة للنظر في النزاع.

وفي هذه الحالة، فإن إسناد الاختصاص هو موضوع الاتفاق : هل يجب ضرورة أن يكون الاتفاق كتابيا ؟ لا يشترط القانون ذلك، ففي الواقع، ينص الفصل 4 على أن " **تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينها الأطراف** ".

لا توجد أي إشارة إلى الكتب في إطار هذا النص، ويمكن إذا أن نفكر أن الاتفاق يمكن أن يتخذ شكلا شفاهيا.

من الناحية التطبيقية، فإن هذا النوع يتخذ غالبا شكلا كتابيا، هذه الطريقة تسهل اثبات الإرادة المشتركة للأطراف لإخضاع النزاع للمحاكم التونسية، كما أنها تسمح باحباط محالة أحد الأطراف للتقصي من الاتفاق.

وغالبا ما يتخذ هذا الاتفاق شكل بند مضمن بالعقد، ويعبر الأطراف من خلال هذا الشرط بصفة صريحة عن رغبتهم في وضع نزاعاتهم المتعلقة بصحة، تأويل وتنفيذ العقد تحت نظر المحاكم التونسية.

ويسمى هذا الشرط : شرط اسنادي (Clause attributive) لصالح المحاكم التونسية.

II- الاتفاق الضمني L'accord tacite :

حتى في غياب شرط اسنادي للمحاكم التونسية، فإنه يمكن للأطراف بعد نشأة النزاع توسيع اختصاص المحاكم التونسية.

وينص الفصل 4 صراحة على هذه الإمكانية، ويشير إلى المحاكم التونسية تختص " **قبل المطلوب التقاضي لديها** ".

فالتوسيع لا يمثل هنا موضوع اتفاق صريح بين الأطراف ولكنه يفهم (يستنتج) من تصرف إجرائي، ويكون الأمر كذلك عندما يستدعي المدعي المدعي عليه أمام المحاكم التونسية في حين أنها عادة ليست مختصة للنظر في النزاع.

ورغم ذلك فإن المدعي عليه يخوض في الأصل دون الطعن في عدم اختصاص المحاكم التونسية، ويكون تصرف المطلوب هذا قرينة غير قابلة للدحض على قبوله لاختصاص هذه المحاكم، بما أن كل استثناء لعدم الاختصاص يجب إثارته حسب الفصل 10 من مجلة القانون الدولي الخاص قبل أي خوض في الأصل.

في هذه الحالة، فإن توسيع الاختصاص لا يكون موضوع اتفاق صريح بين الأطراف فالاتفاق يلاحظ بطريقة غير مباشرة إثر ملاحظة موقف استعداد الأطراف خلال المحاكمة.

ويتمثل في منح اختصاص للمحاكم التونسية صادر من طرف الطالب المتطابق مع موافقة المطلوب المستمدة من عدم تمسكه باستثناء عدم اختصاص المحاكم التونسية.

مثال : زوجان تونسيان مقيمان بفرنسا، يرفع الزوج دعوى طلاق ضد زوجته (طلاق ضرر).

نسيم دربن
71 887 919

II- الحدود التي لم يتضمنها الفصل 4 من مجلة القانون الدولي الخاص :

ورد الاستثناء للتوسع الإرادي للمحاكم التونسية المنصوص عليه بالفصل 4 ... على سبيل الذكر، وتتدعم هذه القراءة بتحليل ما يهدف إليه الفصل 4.

فالبحث عن رضى الأطراف ليس الهدف المقصود في حد ذاته، وإنما ضمان بعض الراحة للأطراف. وسيفقد هذا الهدف جدواه إذا أهمل فكرة فاعلية القرار الصادر عن السلطات التونسية، فلا فائدة في توسيع اختصاص المحاكم التونسية إذا لم يكن لقرارها فيما بعد أي أثر في مكان التنفيذ.

وهذا يؤدي إلى الاعتراف باستثناء للتوسع الإرادي للمحاكم التونسية كلما مثل النزاع روابط قوية مع نظام قانوني آخر، يصبح معه تعهيد المحاكم التونسية غير جائز : من ذلك النزاعات المتعلقة بجنسية أجنبية، الدعاوى المتعلقة بصحة، بطلان أو حل الشركات أو الأشخاص المعنويين الذين لهم مقر بالخارج.

القسم II – النظام الاستثنائي *Le régime dérogatoire* :

عندما يقع تتبع دولة أجنبية، هيكل تابع لدولة أجنبية أو شخص طبيعي يمثل دولة أجنبية أمام المحاكم التونسية، فإن القواعد العامة للاختصاص المنصوص عليها بالفصول من 3 إلى 8 من مجلة القانون الدولي الخاص لا تطبق.

تستدعي الصفة الخاصة للمطلوبين (إقحام سيادة أجنبية) في هذه الحالة تأسيس نظام استثنائي للقواعد العامة للاختصاص الدولي للمحاكم التونسية.

مع بعض الشروط، يسعى النظام الاستثنائي إلى ضمان حماية للمستفيدين وتتمثل في إقصاء بعض النزاعات من اختصاص المحاكم التونسية، ويتمثل الأمر في هذه الحالة في الحصانة القضائية (immunité de juridiction).

ويمكن تعريف الحصانة القضائية بأنها " امتياز يسند إلى بعض الأشخاص الذين، نظرا لصفتهم، يتم إقصاء بعض نزاعاتهم من اختصاص المحاكم التونسية ".

هذا النظام الإستثنائي معترف به لفائدة الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلون دولة أجنبية من جهة، ولفائدة الأشخاص المعنوية الأجنبية الخاضعين للقانون العام، من جهة أخرى.

المبحث الأول : النظام المعترف لفائدة الأشخاص الطبيعيين ممثلي دولة أجنبية

Le régime reconnu en faveur des personnes physiques représentant l'état étranger

تتطلب الوظيفة التي يشغلها بعض الأشخاص الطبيعيين الأجانب احتراما يتخذ شكل نظام استثنائي لفائدة الأشخاص الذين يمارسونها.

وفي هذا الإطار، يمكن التمييز من جهة النظام الذي يخضع له أصحاب السلطة الأجنبية ومن جهة أخرى، النظام الذي يهم الأعوان الديبلوماسيين و القنصليين.

§ 1 – النظام المعترف لفائدة أصحاب السلطة الأجنبية les souvrains étrangers :

إن مصطلح " *أصحاب السيادة الأجانب* " يجب أن يفهم بصفة موسعة، فهو يشمل كل شخص يرأس دولة أجنبية، ويمكن أن يكون ملكا، امبراطورا أو أيضا رئيسا منتخبا في دولة جمهورية..

توجد قاعدة عرفية تقر بتمتع أصحاب السلطة الأجانب مبدئيا بحصانة قضائية أمام المحاكم.

ويعرف مبدأ الحصانة القضائية لهؤلاء الأشخاص الذي أقره القانون العرفي ثلاث حدود :

1- الحد الزمني d'ordre temporel :

- لا يتمتع أصحاب السلطة الأجانب بالحصانة القضائية إلا خلال المدة التي يمارسون فيها سلطتهم.

2- الحد المادي d'ordre materiel :

- يجب أن يدخل التصرف الذي يقوم به صاحب السلطة الأجنبي في إطار ممارسته لوظيفته.

ويعتبر فقه قضاء غرفة اللوردات (Chambre des Lords) الإنجليزية في قضية " pinochet " بتاريخ 1998/11/25 هاما، حيث قررت ما يلي " يتمتع رئيس دولة سابق بحصانة تجاه إجراءات الإيقاف والتسليم (extradition)، لكن فيما يخص فقط التصرفات الرسمية التي قام بها خلال ممارسته لوظيفته كرئيس دولة. جرائم التعذيب والتهديد، لا يمكن أن تعتبر جزءا من وظيفته كرئيس دولة ".

3- حد ذو صبغة شخصية d'ordre personnel :

- مبدئيا، يتم إقصاء أفراد عائلة أصحاب السلطة الأجانب كذلك الأشخاص التابعين لهم الذين لا يمثلون الدولة، من الحصانة القضائية.

§ 2- النظام المعترف لفائدة الأعوان الديبلوماسيين والأعوان القنصليين Le régime reconnu en faveur des agents diplomatiques et des agents consulaires :

الأعوان الديبلوماسيين هم " الأشخاص المعترف بهم رسميا (accréditées) في دولة لتمثيل دولة أخرى لديها "، ويضم هذا التعريف : السفراء، المستشارين وملحقي السفارة.

وطبقا لأحكام الفصل 31 من اتفاقية فيانا المؤرخة في 18 أفريل 1961 المتعلقة بالعلاقات الديبلوماسية (اتفاقية صادقت عليها تونس بمقتضى قانون عدد 39 -67 المؤرخ في 21-11-1967) " يتمتع العون الديبلوماسي بالحصانة القضائية الجزائية في الدولة المستقبلة، كما يتمتع أيضا بالحصانة القضائية المدنية والإدارية، إلا إذا تعلق الأمر :

1-بدعوى عينية متعلقة بعقار خاص موجود فوق تراب الدولة المستقبلة (accréditaire).
2-بدعوى تهم تركة يكون فيها العون الديبلوماسي منفذ للوصية، عون إداري، وارث أو موصى له بصفة خاصة.
3-بدعوى متعلقة بمهنة حرة أو نشاط تجاري يمارسه العون الديبلوماسي في الدولة المستقبلة خارج وظائفه الرسمية ".

وتتميز الحصانة المعترف بها لفائدة الأعوان الدبلوماسيين بطابعها الموسع، هذا الطابع مرتبط بصفة وثيقة بأساسه الخاص (particulier).

فلممارسة مهامه باستقلالية تامة تجاه الدولة المستقبلة، يجب أن يكون العون الديبلوماسي في معزل عن كل ضغط أو إحراج (intimulation)، وبالتالي عن كل تتبع أو دعوى قضائية.

بغض النظر عن الاستثناءات الثلاث التي نص عليها الفصل 31 من اتفاقية فيانا، فإن الحصانة القضائية التي يتمتع بها العون الديبلوماسي هي كلية (totale) وتطبق مهما كان موضوع النزاع.

في الميدان المالي (الذمي : patrimonial)، لا توجد أي تفرقة بين الديون الشخصية وديون الوظيفة ومهما كان مصدرها : تعاقدي أو تقصيري، كما تطبق الحصانة في الميدان العائلي (en matière familiale).

هذه الحصانة الواسعة تضر بالغير، الذي يمكن أن يكون ضحية تعسف أو ظلم ناتج عن هذه الحصانة، وربما يجب التفكير في التقليص من هذه القاعدة وذلك بتحديد ميدان تطبيقها خاصة مع تكاثر عدد الأعوان الديبلوماسيين.

مثال : *تستقبل تونس عون ديبلوماسي أجنبي يقوم بكراء مكان للإقامة ← تصرف شخصي.*
في صورة عدم دفع معلوم الكراء يقوم صاحب المحل بدعوى ← يمكن للعون الديبلوماسي الالتجاء للحصانة القضائية.

إن الرغبة في المحافظة على استقلالية الأعوان الديبلوماسيين تفسر امتداد هذه الحصانة إلى أقاربهم : القرين والأطفال القصر (انظر الفصل 37 من اتفاقية فيانا المؤرخة في 1961).

وأخيرا، فإن أساس الحصانة التي يتمتع بها الأعوان الديبلوماسيين يفسر الطريقة التي تطبق بها في الزمن، فالعون الديبلوماسي يتمتع بالحصانة بمجرد تسلمه الوظيفة وكذلك بالنسبة للتصرفات السابقة.

حسب الفصل (32) من نفس الاتفاقية، يمكن التنازل عن الحصانة المعترف بها لفائدة العون الديبلوماسي وكنتيجة لذلك، يقر هذا الفصل أن الدولة المرسلة يمكن أن تتنازل عن الحصانة القضائية التي يتمتع بها الأعوان الديبلوماسيين والأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة بموجب الفصل (37).

ويشترط هذا الفصل، أن يكون التنازل صريحا.

يفسر التقارب الحاصل في الفترة الحالية بين الوظيفة الديبلوماسية والوظيفة القنصلية بالرجوع إلى الحصانة.

لا يمثل القنصليون الدولة، وإنما هم أعوان رسميون مكلفون من قبل الحكومة بتنفيذ بعض الوظائف الإدارية أو الاقتصادية وتسمى وظائف قنصلية، وذلك ضمن تقسيم إداري (circonscription) مجدد لدولة الإقامة (Etat de résidence).

ويتمثل الأمر هنا في حماية مصالح الدولة المرسلة والدولة المستقبلة.

كما يكلف القنصليون بإتمام بعض التصرفات، من ذلك التي تهم الحالة المدنية، منح جواز سفر، نقل التصرفات القضائية أو شبه القضائية والتجارية.

ولتمكين القنصليين والموظفين بالقنصلية من ممارسة مهامهم على أحسن وجه في الدولة المستقبلة، يشترط الفصل (43) من اتفاقية فيانا : " لا يمكن تتبع الأعوان القنصليين والموظفين القنصليين أمام السلط القضائية والإدارية في دولة الإقامة بالنسبة للتصرفات الممارسة في إطار الوظائف القنصلية.

إلا أن هذه الأحكام لا تطبق في صورة دعوى مدنية ناتجة عن إبرام عقد من طرف عون قنصلي أو موظف قنصلي أو دعوى مدنية مرفوعة من طرف الغير لضرر ناتج عن حادث واقع في الدولة المستقبلة تسببت فيه سيارة، سفينة أو طائرة ".

من جهته، أقر الفصل (45) من اتفاقية فيانا نظام تنازل لأصحاب هذا الامتياز مشابه لما هو منصوص عليه بالفصل (32) من اتفاقية فيانا المؤرخة في 1961 المتعلقة بالعلاقات الديبلوماسية.

المبحث الثاني : النظام الاستثنائي المعترف لفائدة الأشخاص المعنويين الأجانب للقانون العام

Le régime dérogatoire reconnu en faveur des personnes morales étrangers du droit public

في فترة سابقة، كانت الدولة الأجنبية تتمتع بحصانة قضائية مطلقة، وقد أقر قرار سابق لمحكمة التعقيب الفرنسية في (22-7-1849) قاعدة عرفية قديمة تذهب في هذا الاتجاه.

وحسب هذا القرار " تعد الاستقلالية المتبادلة بين الدول من أهم المبادئ المعترف بها في قانون البشرية، وينتج عن هذا المبدأ، انه لا يمكن أن تخضع الحكومة في الالتزامات التي تبرمها إلى قضاء دولة أجنبية.

حيث أن قانون القضاء الذي تنتمي إليه كل حكومة للنظر في الاختلافات الناشئة بمناسبة التصرفات الصادرة عنه هو قانون مرتبط بسيادتها، ولا يمكن لحكومة أخرى أن تطبقه دون أن تبين علاقاتها التبادلية " (leur rapports respectifs) (المعاملة بالمثل).

إن فكرة سيادة الدولة وكذلك مبادئ الاستقلالية والمساواة بين الدول تستدعي الاعتراف بالحصانة القضائية المطلقة لفائدة الدولة الأجنبية.

إلا أن تطور دور الدولة أظهر نقائص هذه الفكرة، حيث أن الدولة بدأت مع نهاية القرن (19) وبداية القرن 20 في ممارسة تصرفات اقتصادية (actes économiques) والتصرف على هذا الأساس كأي عون اقتصادي، ونمر بذلك من مفهوم الدولة الحاكمة (السلطوية = gendarme) إلى مفهوم الدولة الحامية (providence=protège).

وإثر هذا التطور " المزدوج " (الدولة ← سلطة عامة + عون اقتصادي)، يبدو من غير المعقول تمتع الدولة، التي تتصرف بوصفها تاجر، بحصانة مطلقة.

حيث أن الأسباب التي تبرر الحصانة القضائية (حصانة التقاضي) تنتفي إذا تصرفت الدولة كعون اقتصادي وذلك بغاية تحقيق نشاط مدني أو تجاري.

وقد كرس القانون التونسي فكرة نسبية حصانة التقاضي للدولة والأعضاء التابعين لها ويبدو ذلك بصفة جلية في المجلة الجديدة للقانون الدولي الخاص.

§ 1 – شروط التمتع بحصانة التقاضي Les conditions de bénéfice de l'immunité de juridiction :

لا يمنح القانون التونسي حصانة التقاضي للدولة والأعضاء التابعين لها بصفة آلية.

وبالرجوع إلى الفصلين 19 و20 من مجلة القانون الدولي الخاص، لا يمكن منح الحصانة إلا بتوفر 3 شروط متكاملة (cumulatives) :

1- يهم صفة المستفيد.
2- يتعلق بطبيعة التصرف.
3- يهم شرط المعاملة بالمثل.

1-الشروط الذاتية *Les conditions subjectives :*

أقر المشرع التونسي صلب الفصل 19 مبدأ حصانة التقاضي لفائدة الدولة الأجنبية والذوات المعنوية العمومية " **التي تتصرف كسلطة عمومية باسم سيادتها أو لحسابها** ".

إن الدولة المتمتعة بحصانة التقاضي هي ضرورة دولة ذات سيادة، أي دولة تتمتع باستقلالية كافية تمكن من اعتبارها موضوعا من القانون الدولي الخاص. أما بالنسبة لحصانة التقاضي لفائدة الذوات المعنوية العمومية، يجب الإشارة إلى أن هذا الامتياز ليست له أي فاعلية إلا إذا تصرفت هذه الذوات كسلطة عامة.

2-الشروط الموضوعية *Les conditions objectives :*

سواء تعلق الأمر بالدولة أو بذوات معنوية عمومية تتصرف باسم سيادتها أو لحسابها، فإن التصرف الصادر عنها لا يمكن أن يتمتع بالحصانة إلا إذا كانت له صبغة عمومية.

حيث أن الفصل 20 أقر بصفة صريحة أنه لا عمل لحصانة التقاضي إذا كانت التصرفات الصادرة عن هؤلاء الأشخاص ذات صبغة خاصة.

وفي هذا الإطار، يطرح سؤال هام : *متى يكتسي النشاط صبغة عمومية تمكنه من التمتع بالحصانة ؟*

مجلة القانون الدولي الخاص لم تتضمن أي جواب، ويعود بالتالي إلى فقه القضاء بيان المعايير التي تسمح بتمييز التصرف الذي يتمتع بحصانة التقاضي.

ولحل هذا الإشكال، أقرت محكمة التعقيب الفرنسية أن الدول الأجنبية والهياكل التي تتصرف لحسابها لا تتمتع بحصانة التقاضي إلا إذا كان التصرف المنشئ للنزاع يمثل تصرفا كسلطة عامة أو أنه صدر لخدمة مرفق عام.

المعيار الأول المعتمد هو معيار شكلي، فالصبغة العمومية للتصرف تنتج عن طبيعته الخاصة به وهو الشأن بالنسبة للدولة الأجنبية الممضية لعقد يتضمن بندا من القانون العام لفائدتها.

المعيار الثاني هو معيار غائي (finaliste) فغاية التصرف تمنحه الصبغة العمومية.

إن الأخذ بعين الاعتبار الغاية المتبعة، تمكن بعض التصرفات الخاصة أو التجارية من التمتع بالحصانة، إذا كانت موجهة إلى الإدارة بمعنى خدمة المصالح العامة، من ذلك مثلا : *شراء أرض لبناء مقر قنصلية أو سفارة.*

3-شرط المعاملة بالمثل La condition réceprocité :

لا يمكن للذوات المعنوية العمومية الأجنبية التمتع بحصانة التقاضي أمام المحاكم التونسية إلا إذا كانت الدولة الأجنبية المعنية تلتزم تجاه الذوات المعنوية العمومية التونسية بنفس الموقف، بمعنى أنها تسمح بتمتعهم بحصانة التقاضي في إطار نفس الشروط المعترف بها في النظام القانوني التونسي.

§ 2- التخلي عن حصانة التقاضي La renonciation :

إن الحصانة هي امتياز يمنحه النظام القانوني التونسي للدولة الأجنبية أو لتفرعاتها المشار لها بالفصل 19 من مجلة القانون الدولي الخاص.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن الذات المعنوية العمومية الأجنبية المتمتعة بالحصانة يمكنها التخلي عن هذا الامتياز، حيث ينص الفصل 21 من مجلة القانون الدولي الخاص " لا تنتفع الدولة الأجنبية والذوات المعنوية المشار إليها بالفصل 19 من هذه المجلة بحصانة التقاضي إذا قبلت صراحة التقاضي لدى المحاكم التونسية ".

إمكانية التخلي عن حصانة التقاضي مقبولة بصفة موسعة في القانون المقارن، وتستجيب لاعتبارات تطبيقية.

فالمتعاقدون مع الدولة يشترطون في غالب الأوقات تخلي الدولة عن حصانتها، قبل إبرام الالتزام. بند التخلي يشترط غالبا في القروض الممضاة من طرف الدولة لدى البنوك.

ويشترط النص التونسي أن يكون التنازل صريحا، إذ يجب أن تكون إرادة التخلي معلنة شكليا ولا يمكن استنتاجها من تصرف الذات المعنوية الأجنبية المتمتعة بحصانة التقاضي (abdiquer = renoncer).

الفصل الثاني : آثار القرارات الأجنبية في تونس
Les effets en Tunisie des décisions étrangères

لكي يتم قبول قرار أجنبي في النظام القانوني التونسي، يجب أن يتقيد هذا القرار (بنجاح) لرقابة مشروعية مؤسسة لهذا الغرض، وإذا اعتبر النظام القانوني التونسي أن القرار الأجنبي شرعي، فإن هذا الأخير سيكتسي الصبغة التنفيذية (exequatur).

ويحدد الصبغة التنفيذية القرار الذي من خلاله يعطي القضاء التونسي القوة التنفيذية لهيئة تحكيمية أو يسمح بتنفيذ قرار صادر عن سلطة قضائية أجنبية في تونس.

فبسبب عنصر الخارجية (extraneité)، لا يمكن قبول القرار الأجنبي في النظام القانوني التونسي إلا بعد التأكد من مشروعيته.

فقاضي التنفيذ ليست له سلطة مراجعة القرار الأجنبي، فهو يمارس رقابة على مشروعية هذا القرار وليس على أساسه، فالحلول الأساسية التي تبناها القرار الأجنبي لا يمكن في أي حال من الأحوال تعديلها من طرف قاضي التنفيذ.

وقد تبنت محكمة التعقيب الفرنسية بصفة واضحة هذا الموقف في قرارها المؤرخ في 7-1-1964، فبعد أن أقرت الشروط التي يجب أن يتأكد القاضي من توفرها لمنح الصبغة التنفيذية، أضافت المحكمة أن " **هذه الرقابة الكافية لضمان حماية النظام القانوني والمصالح الفرنسية، تمثل في كل مادة، في نفس الوقت، تعبير وحد لسلطة رقابة القاضي المكلف بجعل القرار الأجنبي قابل للتنفيذ في فرنسا دون أن يقوم بمراجعة أساس القرار** ".

ومهما كان من هذه الاعتبارات، يجب معرفة أن مشروعية القرار الأجنبي تعتمد على جملة من العناصر، من بينها القوانين الاتفاقية.

القسم I- شروط القانون العام للإذن بالتنفيذ *Les conditions du droit commun de l'exequatur*

لقد جاء الفصل (11) من مجلة القانون الدولي الخاص لتعويض الفصول القديمة 318 و319 من مجلة **المرافعات المدنية والتجارية**، ويحدد هذا النص الجديد شروط القانون العام للحصول على الإذن بالتنفيذ في النظام القانوني التونسي بأكثر وضوح، إذ أنه يسعى إلى حماية فكرة هامة في مادة الإذن بالتنفيذ وهي التسهيل أكثر ما يمكن في مرور (circulation) القرارات.

المبحث 1 – مقاصد نص الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص
L'articulation du texte de l'art 11 CDIP

يظهر وضوح الحلول الجديدة على مستوى التركيبة، ولتبيّن ذلك يكفي مقارنة مقاصد نص **الفصل (11) من مجلة القانون الدولي الخاص بالفصول 318 و319 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية** التي تبدأ بالتركيبة التالية : "**للإذن بالتنفيذ يجب أن ...**"، ثم يعدد مختلف الشروط. ويضيف **الفصل القديم (319)** شرط المعاملة بالمثل، وبالرجوع إلى هذه الشروط، لا يمكن للقرارات الأجنبية أن تكتسي الصبغة التنفيذية في تونس إلا إذا أثبت المدعي (طالب الإذن بالتنفيذ) تحقق هذه الشروط، وانعدام هذا الإثبات يمثل مانع للحصول على الإذن بالتنفيذ.

وتختلف الوضعية بالنسبة للحل المنصوص عليه **بالفصل (11) من مجلة القانون الدولي الخاص**، فالمقصد أوضح " **لا يأذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية ...** ".

تبين تركيبة هذا الفصل أن المبدأ هو الإذن بالتنفيذ، أما الاستثناء فهو رفضه.

المطلوب

إذ توجد هنا قرينة شرعية لفائدة القرارات الأجنبية، فإذا أراد دعوى التنفيذ دحض هذه القرينة عليه إثبات وجود عائق يمنع قبول القرار الأجنبي في النظام القانوني التونسي.

هل يمكن أن يقر القاضي تلقائيا الرفض من المطلوب لسبب يمنع قبول الإذن بالتنفيذ ؟

الجواب بالإيجاب إذا كانت الأسباب تمس بالنظام العام.

المبحث II- العوائق التي تعرقل قبول الإذن بالتنفيذ

Les obstacles entravant l'octroi de l'exequatur

إن الإذن بتنفيذ القرار الأجنبي لا يمكن حصوله إلا في غياب عوائق منصوص عليها بالفصل (11) من **مجلة القانون الدولي الخاص**، ونميز بين صنفين :

1- الصنف الأول نستشفه بالرجوع إلى النظام القانوني التونسي أي النظام القانوني المستقبل للقرار الأجنبي.

2- الصنف الثاني نستشفه بالرجوع إلى النظام القانوني الأجنبي أي النظام القانوني الأصلي للقرار الأجنبي.

§ 1- العوائق المستشفة بالرجوع إلى النظام القانوني المستقبل Les obstacles appréciés par référence à l'ordre juridique d'accueil :

وتتمثل في العوائق التي يلاحظ مصدرها بالرجوع إلى الحلول والتوجهات القانونية التي تبناها النظام القانوني التونسي.

ويمكن التمييز بين نوعين من العوائق :

1- العائق (الأول) يتعلق بالهيكل الذي أصدر القرار الأجنبي، فعدم اختصاص القاضي الأجنبي الذي أصدر القرار الأجنبي موضوع الإذن بالتنفيذ يعرقل الطابع التنفيذي للقرار الاجنبي.

2- العائق (الثاني) يتعلق بالقرار الأجنبي في حد ذاته، فحتى وإن صدر هذا القرار عن محكمة مختصة فلا يمكن قبوله في النظام القانوني التونسي نظرا لعدم تطابقه مع النظام العام التونسي.

1-عدم اختصاص القاضي الأجنبي الذي أصدر القرار L'incompétence du juge étranger :

بالرجوع إلى (القانون التونسي)، فإنه لا يمكن اعتبار القاضي الأجنبي الذي أصدر القرار مختصا إلا بتحقق شرطين متكاملين :

1- لا يجب أن يمتد اختصاصه إلى ميدان الاختصاص المطلق للقاضي التونسي (ف 8)

2- لا يمكن الاعتراف باختصاصه في صورة مخالفة قرار تونسي سابق تحصل على قوة اتصال القضاء.

أ- عدم الاختصاص الراجع إلى التعدي على الميدان الإقصائي للقاضي التونسي *L'incompétence dûe à un emprètement sur le domaine exclusif de juge tunisien*:

حسب الفصل (11) من **مجلة القانون الدولي الخاص** " لا يأذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية : إذا كان موضوع النزاع من اختصاص المحاكم التونسية دون سواها ".

يبين هذا النص توسع الحلول التونسية على مستوى قبول الاختصاص غير المباشر للقضاء الأجنبي الذي أصدر القرار موضوع الإذن بالتنفيذ.

عوضت هذه الحلول الجديدة السابقة التي تبنت مقاربة ضيقة في المادة، حيث تبنت الحلول التي أقرها الفصل (318) من **مجلة المرافعات المدنية والتجارية** نظام الازدواجية.

فقبول الاختصاص غير المباشر للقاضي الأجنبي كان يتم بادماج معيارين : من جهة، يتم التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية بالرجوع إلى القانون الأجنبي للنظام القانوني لهذه المحكمة.

ومن جهة أخرى، يتم قبول الاختصاص غير المباشر للمحاكم الأجنبية بالرجوع إلى القواعد التي تحكم الاختصاص الدولي المباشر للمحاكم التونسية.

فحسب الفصل 318 فقرة 3 من م.م.م.ت وحتى يسند الإذن بالتنفيذ، يجب أن لا يرجع النزاع إلى اختصاص المحاكم التونسية، حسب القانون التونسي.

فلا يمكن اعتبار المحكمة الأجنبية التي أصدرت القرار مختصة بمجرد أن اختصاصها يرتكز على معيار يتأسس عليه أيضا الاختصاص الدولي المباشر للمحاكم التونسيةم مع الأخذ بعين الاعتبار الطابع الإقصائي للاختصاص الدولي للمحاكم التونسية في تلك الفترة.

وهذا الحل الأخير لم يترك مجالا لقبول الحلول الأجنبية في النظام القانوني التونسي.

تقصي الفقرة 1 من الفصل 11 نظام الازدواجية لفائدة حل أكثر تأقلما لقبول قرارات أجنبية، وهو يقلص رقابة الاختصاص غير المباشر للقاضي الأجنبي إلى أقصى حد.

إذ يتم اعتبار القاضي الأجنبي مختصا للنظر في النزاع، عندما يعهد إليه نزاع يقوم على معيار اختصاص موجود خارج مجال الاختصاص الإقصائي للمحاكم التونسية.

ويبدو من المعقول رفض الإذن بالتنفيذ لقرار يتعلق بنزاع يرجع إلى الاختصاص الإقصائي للمحاكم التونسية، حسب معايير الاختصاص المكرسة بالفصل 8.

فالعلاقة بين النزاعات والنظام القانوني التونسي هي جد قوية لعدم قبول خضوع النزاع إلى أنظار القضاء الأجنبي، وكل تعدي على هذه القاعدة يجازى على مستوى الإذن بالتنفيذ.

إن التخفيف في رقابة الاختصاص غير المباشر للمحاكم الأجنبية يندرج في إطار حركة فكرية في القانون المقارن : حركة تهدف إلى تحقيق الأفضل لتداول القرارات على المستوى الدولي.

وفي هذا الإطار يبدو تأثير (imapct) فقه القضاء الفرنسي واضحا في قرار صادر عن محكمة التعقيب الفرنسية في 6-2-1985، ويمكن قراءة ما يلي : "**في الحالات التي لا تسند فيها القاعدة الفرنسية لحلول النزاع القضائي، الاختصاص الإقصائي للمحاكم الفرنسية تكون المحاكم الأجنبية مختصة إذا ارتبط النزاع بصفة وثيقة وإذا كان اختيار المحكمة لا يشوبه خرق ".**

ب- الاختصاص الراجع لعدم احترام القرار التونسي السابق المتحصل على قوة اتصال القضاء La compétence dûe à une méconnaissance d'une décision tunisienne anterieure passée en force de chose jugée :

حسب الفقرة 2 من الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص : "**لا يأذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية إذا سبق الفصل في نفس موضوع النزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السبب من المحاكم التونسية بقرار غير قابل للطعن بالطرق العادية ".**

يرفض اختصاص المحكمة الأجنبية في هذه الفرضية لأن القضاء الأجنبي لم يحترم وجود قرار تونسي اتصل به القضاء أي قرار مكسوّ بالصبغة التنفيذية.

إذ أن وجود قرار تونسي سبق الفصل في نفس موضوع النزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السبب يجعل طلب الإذن بالتنفيذ غير ذي موضوع (sans objet)، وقبول (l'octroi) الإذن بالتنفيذ في هذه الحالة يقود إلى نتيجة غير منطقية : إكساء الصبغة التنفيذية لقرارين في نفس المسالة في النظام القانوني التونسي.

2- عدم تطابق القرار الأجنبي مع النظام العام التونسي La non conformité de la décision étrangère à l'ordre public tunisien :

لا يمكن قبول القرار الأجنبي في النظام القانوني التونسي طالما لم يكن مطابقا للنظام العام التونسي، فتطابق القرار الأجنبي مع النظام العام يكون على مستويين : 1- مستوى جوهري 2- مستوى إجرائي.

أ- عدم تطابق القرار مع النظام العام الجوهري *La non-conformité de la décision à l'ordre public substentiel :*

يجب ان لا يحيد القرار الأجنبي في محتواه عن الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي، كما يجب أن يكون الحل المتعلق بالنزاع منسجما مع التوجهات الأساسية للنظام القانوني التونسي.

هذا النظام لا يسمح لقرار اجنبي بالإبتعاد (الحياد) عن تلك التوجهات *مثال : قرار أجنبي يقضي بالتطليق répudiation لا يمكن قبوله في النظام القانوني التونسي لأنه يقصي خيارا أساسيا لهذا النظام وهو الطابع القضائي للطلاق.*

إن أي اختلاف أساسي (divergence fondamentale) يمثل تهديدا لانسجام الحلول المتبناة في النظام القانوني التونسي/ فإذا اعتبرنا أن قرار أجنبي يمكن أن ينتج آثاره في النظام القانوني التونسي فهذا يعني أنه يمكن قبول أي قرار.

للحصول على الإذن بالتنفيذ في النظام القانوني التونسي، لا يجب ان يكرس القرار الأجنبي حلا جوهريا يحيد عن الخيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي.

ب- عدم تطابق القرار مع النظام العام الإجرائي *La non-conformité de la décision à l'ordre public procédural :*

حسب الفصل 11 فقرة 3 " لا يأذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع".

حقوق الدفاع هي مجموع الضمانات الأساسية التي يتمتع بها المتقاضي في الدعوى المدنية لإبراز مصالحه ومن بين هذه الحقوق ومن أهمها مبدأ المواجهة (contradictoire) وحرية الدفاع.

إن مبدأ المواجهة هو مبدأ موجه (directeur) للدعوى، بموجبه لا يمكن لأي شخص أن يحاكم دون سماعه أو على الأقل محاكمته بصفة شرعية. بمؤيدات

ويوفر هذا المبدأ لكل متقاضي حق الاتصال (pièces) القضية وكل الوثائق التي قدمها خصمه وكذلك معارضة هذه (pièces) ودحضها.

أما بالنسبة لحرية الدفاع فهي تفترض حق كل متقاضي في اختيار من سيدافع عنه وحق هذا الأخير في تنظيم دفاعه عن موكله بما يراه صالحا.

في غياب هذه الضمانات الأساسية في المحاكمة المجراة بالخارج، يرفض طلب الإذن بالتنفيذ.

فعدم احترام حقوق الدفاع التي تمثل أدنى ضمانات لحسن سير القضاء هو مؤشر على سير الدعوى بالخارج في ظروف سيئة.

§2- العوائق المستشفة بالرجوع الى النظام القانوني الأصلي Les obstacles appréciés par référence à l'ordre juridique d'origine :

1-الصبغة غير التنفيذية للقرار الأجنبي Le caractère non-éxécution de la décision étrangere :

لا يؤذن بتنفيذ القرار الأجنبي إذا وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه طبق تشريع البلاد التي صدر بها أو أيضا إذا لم يتم الإذن بالتنفيذ في تلك البلاد.

هذا الشرط الذي نصت عليه الفقرة 4 من الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص يبرر في الواقع رغبة المشرع في إكساء الصبغة التنفيذية لقرار لا يمثل لسبب أو لآخر (إبطال، تعليق ...) الصبغة التنفيذية في النظام القانوني الأصلي.

هذا الحل يرتكز على أساس منطقي : لا ينتج القرار الأجنبي أي أثر في تونس أكثر مما له في نظامه القانوني الأصلي.

2- عدم احترام قاعدة المعاملة بالمثل Le non-respect de la règle de réciprocité :

تبين الفقرة 5 من الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص قبول القرار في النظام القانوني التونسي طبقا لموقف النظام القانوني الأجنبي فيما يتعلق بقبول القرارات التونسية.

فإذا كان هذا النظام القانوني الأجنبي يسمح بقبول القرارات التونسية بشروط اكثر تضييقا من الشروط المنصوص عليها بالفصل 11 فانه لا يمكن قبول القرار الأجنبي في النظام القانوني التونسي.

هذه الوضعية تؤدي إلى التخفيف من موقف النظام القانوني التونسي مقابل موقف النظام القانوني الأجنبي الذي أصدر القرار موضوع الاذن بالتنفيذ.

ويؤدي هذا الحل في الواقع إلى التخفيف من الحلول التونسية مقابل الحلول الأجنبية التي تتسم بالتضييق كما يؤدي إلى هدم (ruiner) المفهوم الموسع الذي تكرسه بقية أحكام المجلة.

العنوان الثاني : تنازع القوانين

Les conflits des lois

إذا اكتست علاقة خاصة (privé) طابع داخلي بحت، فإن حقوق وواجبات الأطراف المعنيين بهذه العلاقة تستشف من خلال الحلول المنصوص عليها في القانون التونسي.

وتتجسم الوضعية بصورة مختلفة، إذا اكتست العلاقة المعنية صبغة دولية، إذ يمثل العلاقة طابعا خاصا (spécifique) وتتجاوز الصبغة الداخلية البحتة، كما تجعل القانون التونسي في تنافس مع قانون أو عدة قوانين أجنبية.

مثال : يطلب زوج يحمل الجنسية الفرنسية الطلاق من زوجته الإيطالية مع العلم أنهما يقيمان في تونس، تنطوي هذه الحالة على تنافس بين ثلاث قوانين :

- *القانون الفرنسي باعتبار جنسية الزوج.*
- *القانون الإيطالي باعتبار جنسية الزوجة.*
- *القانون التونسي باعتباره آخر مقر لإقامة الزوجين وقانون القاضي المتعهد.*

لتحديد هذا التنافس بين مختلف هذه القوانين، تستعمل في القانون الدولي الخاص عبارة "*تنازع القوانين*". ويتمثل الأمر في هذه الحالة في تنازع قوانين في المكان، بما أن عدة قوانين تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة يمكنها مبدئيا النظر في العلاقة المعنية ← يكون التنافس هنا ذو **بعد مكاني** : قوانين تنتمي إلى دول مختلفة.

هذا الطابع يميز هذه الوضعية عن تنازع من نوع آخر : *تنازع القوانين في الزمان*، وينتج هذا التنازع عن تواتر (succession) في الزمان لقانونين أو عدة قوانين تنتمي إلى نفس النظام القانوني ولكل منها نزعة (vocation) مبدئية لأن تطبق على العلاقة المعنية ← يظهر هذا التنافس في إطار **طابع زمني**.

ويشوب هذين النوعين من التنازع وجه اختلاف آخر : ففي إطار تنازع القوانين في الزمان، تنبع (تصدر) المبادئ من نظام قانوني واحد، أما في إطار تنازع القوانين في المكان، فإن القوانين المتنافسة تنتمي إلى عدة أنظمة قانونية مختلفة.

يستدعي حل تنازع القوانين تبني حلول خاصة إذا تعلق الأمر بعلاقة تكتسي طابعا دوليا، في هذه الفرضية لا يمكن مبدئيا للقانون التونسي أن ينظر مباشرة في النزاع لأنه على خلاف الوضعيات الداخلية البحتة، فإنها تواجه هنا منافسة قوانين أخرى.

فمعرفة حقوق وواجبات الأطراف تستوجب ضرورة القيام بعملية سابقة (préalable)، يجب تقسيم القوانين المتنافسة بغية اختيار القانون الأنسب. أي القانون : الذي سيسمح بمعرفة حقوق وواجبات الأطراف في إطار العلاقة القانونية المعنية.

ولهذه الغاية، سيتم إعداد قواعد قانونية خاصة بالعلاقات الدولية الخاصة التي تعمل على تقديم الحلول الأنسب لتنازع القوانين، وفي هذا الإطار يجب التمييز بين المنهج المبدئي (méthode de base) لتنظيم تنازع القوانين وهو المنهج التنازعي والمناهج الأخرى المنافسة.

الفصل الأوّل : المنهج (الطريقة) التنازعي
La méthode conflictuelle

ترتكز هذه الطريقة على معيار مركزي : قاعدة التنازع، ويمكن تعريفها قانونيا بكونها "معيار (norme) يهدف إلى تحديد القانون المنطبق على وضعية تكتسي طابعا دوليا".

يتمّ تحديد القانون المنطبق (المُسنَدُ) بالاستعانة بمؤشر يسمى اعنصر الإسناد (élément de rattachement)، ولفهم جيد لهذا المبدأ يجب دراسته من زاويتين : ثابتة وديناميكية (حركية).

القسم I – مقاربة ثابتة لقاعدة التنازع Approche Statique de la règle de conflit :

إذا كانت قاعدة التنازع الكلاسيكية هي – بدون نقاش– نواة المنهج التنازعي، فلا بد من الإشارة إلى أن هذه القاعدة قد عرفت في السنوات الأخيرة تعديلات هامة (infléchissement).

المبحث 1- وصف قاعدة التنازع الكلاسيكية Description de la règle de conflit classique

بصفة عامة، تشتمل القاعدة القانونية على عنصرين : الفرضية (hypothèse) والحل.

العنصر الأول : تتمثل الفرضية في الاقتراح الشرطي (proposition conditionnelle) الذي يحدد الوضعية التي يتطلب تحقيقها تطبيق القاعدة (قاعدة التنازع).

العنصر الثاني : يتمثل الحل في النتيجة التي تربطها القاعدة بتحقيق الشروط المنصوص عليها بالفرضية.

§1 – هيكلة قاعدة التنازع الكلاسيكية Structure de la règle de conflit classique :

تتكون قاعدة التنازع من فرضية تشمل صنف الإسناد (catégorie de rattachement) ومن حل يتمثل في ارتباط صنف قانوني معين بقانون ما.

مثال : الفصل 41 ينص على أن "الولاية (tutelle) تخضع إلى قانون جنسية القاصر".

في هذه الحالة تمثل الوصاية (الولاية) فرضية قاعدة التنازع، ولهذه الفرضية تسمية خاصة في هذه المادة : صنف الإسناد، وهذا الصنف مصحوب بحل يتمثل في القانون المنطبق على الصنف المشار إليه وهو قانون جنسية القاصر.

1- فرضية قاعدة التنازع : صنف الإسناد L'hypothèse de la R. de conflit : Catégorie de rattachement :

إن صنف الإسناد هو مفهوم مجرد (abstrait) يعبر عن المادة التي تأسست لأجلها قاعدة التنازع.

مثال : أهلية التصرف (الفصل 40 فقرة 1)، الولاية (الفقرة 1 من الفصل 41)، العقد (الفصل 62).

في الغالب، يأخذ القانون الدولي الخاص بأصناف القانون الداخلي لكن أحيانا لا يوجد الصنف المعني في القانون الداخلي، من ذلك حالة التفريق الجسدي (séparation du corps) المنصوص عليها بالفصل 49 م. ق. الدولي الخاص.

ويتمثل الأمر هنا في علامة خصوصية (marque de la spécificité) لهذه المادة، باعتباره قانون اتصال، فإن القانون الدولي الخاص محمول على ربط النظام القانوني التونسي بمختلف المؤسسات التي يكون بعضها غريبا عنه.

وهذا يفسر أن أصناف الإسناد المتبناة غير متواجدة كلها في القانون الداخلي.

إن البحث عن حلول خاصة يفترض في بعض الحالات تقسيم بعض الأصناف إلى أصناف صغرى تخضع إلى حلول خاصة بها، مثال يشتمل صنف الزواج على أصناف صغرى مثل : الشروط الجوهرية

للزواج (الفصل 45 من م. الق. الدولي الخاص) من جهة، والشروط الشكلية للزواج من جهة أخرى (الفصل 46).

2- حل قاعدة التنازع : القانون المنطبق على صنف الإسناد La loi attribuée à la catégorie de rattachement :

تسند لكل صنف إسناد قانون معين يحدد حقوق وواجبات الأطراف في العلاقة الدولية الخاصة.
ويجب أن يكون القانون المختار في إطار قاعدة التنازع، القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة القانونية المعنية على المستوى (الصعيد) الواقعي، يتم هذا التحديد بواسطة مؤشر يسمى : عنصر الإسناد (الارتباط)، ويعتبر هذا العنصر إذا المؤشر الذي سيسمح بضمان ارتباط بين صنف الإسناد والقانون المنطبق، مثال :

- صلب الفصل 56 : عنصر الإسناد المتبنى هو الجنسية.
- صلب الفصل 73 فقرة 1 : عنصر الإسناد (الارتباط) هو مكان وقوع الحادث.

إذا دققنا الملاحظة في قواعد التنازع، فسنتبين أن عناصر الإسناد تختلف من مادة إلى أخرى :

- ففي مادة الأحوال الشخصية، عناصر الإسناد المتبناة هي الجنسية ومقر الإقامة.
- أما بالنسبة للحقوق العينية، فتتمثل في مكان وجود الأموال.
- وأخيرا، في مادة الالتزامات، فإن عنصر الإسناد المعتمد هو دائما في ارتباط وثيق مع مصدر الالتزام.

تقنية التحديد ← سنبحث لكل مسألة عن العنصر الأكثر أهمية والأكثر تأثيرا لنتمكن من معرفة عنصر الإسناد، مثال :

* في مادة الأحوال الشخصية : حقوق الأشخاص : فردية : الأهلية، الجنسية، الذمة.
حقوق العائلة : مجموعة : الطلاق، واجبات الزواج ← يتم التحديد بالرجوع إلى الموضوع (الشخص).
* في مادة الحقوق العينية : حقوق مالية ← لا ترتكز على الشخص وإنما توجه نحو ممارسة الشيء.
← حقوق عينية : حق على الشيء (statut de la chose).
← هنا الأساس هو المال : سيظهر مؤشر الإسناد بواسطة ذلك الشيء.
← نظام الأموال : الملكية، الحوز ← المهم هو الشيء والتحديد سيتم بالرجوع إلى الشيء (la chose).
* في مادة الالتزامات : # الجنسية، # المقر، # الشيء ← المهم هو مصدر الالتزام.

مصدر الالتزام : تقصيرية، شبه تقصيرية، عقدية، شبه عقدية ⇐ يتم التحديد بالرجوع إلى المصدر.

1- فكرة عامة: مفهوم التركيز الموضوعي Idée générale sur la notion de localisation :

يختلف أساس التركيز الموضوعي في علاقة القانون الخاص من مادة إلى أخرى، وقبل التعرض إلى هذا الاختلاف يجدر التذكير بأن التركيز الموضوعي هو تقنية موضوعية تهدف إلى تحديد محور الحل القانوني أي المكان الذي تكون فيه أكثر اندماجا بغاية تحديد، فيما بعد، العنصر المميز (العنصر الهام الذي يميزه) الذي يصلح أكثر كمؤشر إسناد.

في هذا الإطار، تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت علاقة قانون خاص تحتوي عادة على شخصين (sujets)، موضوع ومصدر فإن أهمية هذه العناصر تختلف من مادة إلى أخرى.
فمختلف مواد القانون الخاص لا تتمحور حول نفس نقطة التقاء، فعلاقات الأحوال الشخصية تتمحور حول أشخاص علاقة القانون الخاص بينما تتمركز العلاقات المتعلقة بالحقوق العينية حول موضوع هذه العلاقة.
وأخيرا، تبين العلاقات المتعلقة بالالتزامات أهمية مصدرها.

• **التركيز الموضوعي المؤسس على شخص العلاقة القانونية La localisation fondée sur le sujet du rapport de droit :**

تتمركز علاقة القانون هنا بالرجوع إلى الأشخاص المعنيين وهي حالة مواد قوانين الأشخاص وقانون العائلة.

وفي إطار هذه المواد، يكون الشخص هو العنصر المحدد لعلاقات القانون الخاص، التي تعني الشخص في حد ذاته سواء بصفة منعزلة (قانون الأشخاص) أو في إطار علاقاته العائلية (قانون الأسرة).

وانطلاقا من فكرة أنه في مادة الأحوال الشخصية، الكل يتمحور في الشخص فإن عناصر التركيز الموضوعي لا يمكن أن تكون إلا توابع (attributs) لهذا الشخص من ذلك : الجنسية ومقر الإقامة.

• **التركيز الموضوعي المؤسس على موضوع العلاقة القانونية localisation fondée sur l'objet du rapport du droit :**

تتمركز بعض الوضعيات القانونية على الموضوع الذي يتعلق بها، من ذلك علاقات القانون المتعلقة بالحقوق العينية، إذ تمثل الأموال موضوع القانون في هذه الحالة محور المسألة، وسواء تعلق الأمر باكتساب أو ممارسة حق عيني، سلطة على المال أم اتمام شكلية الإشهار، فإن موضوع العلاقة هو بالتأكيد العنصر المهيمن لأن العلاقة تتمحور حول المال.

كما أنه لا ينظر الى الشخص الا بالرجوع الى علاقته مع المال، وهذا ما يفسر في هذه الحالة أن المركزة توجد بالرجوع الى المال وان عنصر الإسناد هو الارتباط بين الوضعية والمال (الفصل 58 ق. قانون دولي خاص).

• **التركيز الموضوعي المؤسس على مصدر العلاقة القانونية Localisation fondée sur la source du rapport du droit :**

يعتمد هذا النوع من التركيز الموضوعي في العلاقات القانونية المتعلقة بالتزامات يكون موضوعها نشاط الشخص، هذه العلاقات لا تتمركز بذاتها (bien corporel). ككسب مادي.

فنشاط المدين لا يرتبط ضرورة بمكان محدد، كما انه من الصعب الفصل بين الالتزامات، التصرفات والوقائع القانونية المنشئة لها.

إذ ستحدد مركزة العقد أو الجنحة القانون المنطبق على الالتزامات التي تكون مصدرها (العقد أو الجنحة). وطبقا لهذه المعطيات، نفهم ارتباط الالتزامات العقدية بالقانون الذي يختاره الأطراف في العقد (الفصل 62) كذلك اخضاع الالتزامات غير التعاقدية إلى قانون مكان وقوع الحدث المنشئ للمسؤولية المعنية (الفصل 73).

§2 – خاصيات قاعدة التنازع الكلاسيكية Les caractères de la R. de conflit classique :

تتميز قاعدة التنازع الكلاسيكية في نفس الوقت بطابعها غير المباشر، الثنائي والحيادي.

1- الطابع غير المباشر لقاعدة التنازع Le caractère indirect de la règle de conflit :

بصفة عامة، تعتبر القاعدة القانونية : **كمعيار يحدد نتيجة قانونية لوضعية واقعية تنظمها "**، هذه النتيجة القانونية يعبر عنها من خلال تحديد حقوق وواجبات الأشخاص المعنيين بالعلاقة القانونية.

مثال : ينص الفصل 93 من مجلة الأحوال الشخصية : " يضمن حقوق وواجبات الزوجين أشاد الى

يحدد هذا النص جوهر حقوق وواجبات الزوجين، ولهذا فقد أقر صراحة حلا جوهريا.

وتظهر قاعدة التنازع بصورة مختلفة، بما أنها لا تحدد حقوق وواجبات الأطراف المعنيين بالعلاقة القانونية، ولذا توصف بأنها **قاعدة غير مباشرة** لأنها تسمح فقط بتعيين القانون المنطبق على وضعية تمثل عنصر خارجة مميز (pertinent)، ولا تحدد جوهر القانون الذي يتمتع به الأطراف لا محتوى الالتزامات المحمولة عليهم (teneur).

ويمكن الإشارة إلى مثال لقاعدة التنازع المضمنة بالفصل 47 من م. القانون الدولي الخاص الذي ينص على أن : "

وعلى خلاف الفصل 23 الذي أتى مباشرة بحل جوهري، فإن الفصل 47 يهتم فقط بتحديد النظام القانوني المختص لتنظيم العلاقة القانونية المعنية (القاعدة الجوهرية هي التي تنظر مباشرة في أصل الحل).

2- الطابع الثنائي لقاعدة التنازع Le caractère bilatéral de la règle de conflit :

إن قاعدة التنازع الكلاسيكية قادرة على تعيين القانون الوطني (la loi du for) وفي نفس الوقت القانون الأجنبي، إذ تحتوي على فرعين : يقود الأول إلى القانون الوطني بينما يفتح الثاني المجال لاختصاص القوانين الأجنبية.

إن تدخل القانون الوطني أو القانون الأجنبي مرتبط في الواقع بالمكان الذي تتجسم فيه حقيقة الارتباط المعتمد في قاعدة التنازع.

إذ يجب أن يمثل عنصر الاسناد الرابط الوثيق بين العلاقة المعنية والقانون الذي سينظم هذه العلاقة، ويعتبر هذا العنصر في إطار القاعدة الكلاسيكية مؤشر يقود حسب المعطيات إما إلى اختصاص قانون القاضي المتعهد أو إلى اختصاص القانون الأجنبي.

مثال : معيار الارتباط المضمن بالفصل 40 من م. القانون الدولي الخاص " تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية ".

← إذا كان شخص معني بعلاقة قانونية معينة يحمل الجنسية التونسية، فإن القانون المنطبق هو القانون التونسي.

أما إذا كان الشخص المعني يحمل الجنسية الجزائرية، فإن القانون المنطبق هو القانون الجزائري.

تتبنى مجلة القانون الدولي الخاص بصفة إقصائية الصيغة الثنائية لقواعد تنازع القوانين، إلا أن المجلة الجديدة للشركات التجارية تبرز ظهور نموذجين أحاديين لقاعدة التنازع في القانون الدولي الخاص التونسي.

من ذلك الفصل 10 فقرة 1 الذي ينص على أن **"تخضع للقانون التونسي الشركات التي لها مقر اجتماعي بالتراب التونسي ".**

إن معيار الارتباط المتبنى في قاعدة التنازع المكرسة بالفصل 10 من م. الشركات التجارية، يعمل فقط في هذا الفصل على تحديد ميدان تطبيق قانون المحكمة. (

يبدو هذا الحل في الوهلة الأولى غريبا، إذ أنه يكرس (unilatéralité) في نظام ثنائي موسع.

وقد يكون الإطار الذي أسس فيه هذا المعيار قادرا على تفسير هذا التوجه الأحادي لحلول تنازع القوانين.

إذ وخلافا لقواعد التنازع المدمجة ضمن مجلة القانون الدولي الخاص، وقع التنصيص على المعيار المضمن بالفقرة 1 من الفصل 10 من **مجلة الشركات التجارية** في إطار قواعد قانونية تنظم علاقات داخلية صرفة، فحين تم وضعها كان اهتمام المشرع منصبا على تحديد ميدان تطبيق مجلة الشركات التجارية.

وبذلك فقد بدأ بتحديد ميدان تطبيق أحكام مجلة الشركات التجارية في الزمان، من خلال أحكام **الفصول 2، 3 و4 من القانون عدد 93- 2000 الصادر في 2000/11/3**، ليحدد فيما بعد ميدان تطبيق هذه القواعد في المكان من خلال **الفصل 10 فقرة 1 من م. الشركات التجارية.**

§ 3 - حيادية قاعدة التنازع La neutralité de la règle de conflit :

تعني حيادية قاعدة التنازع أن هذا المبدأ لا يميز أيا من القوانين المتنافسة.

- ففي المقام الأول، تعني هذه الحيادية أن قاعدة التنازع لا تميز اختصاص القانون التونسي على حساب القانون الأجنبي.

إذ أن مبدأ المساواة بين القانون الأجنبي والقانون التونسي يعطي لحلول قاعدة الارتباط طابعها الموضوعي، ويظهر في هذا الإطار كأحسن وسيلة لضمان التناسق بين الأنظمة.

الحيادية لها مفهومين : 1 ← قاعدة التنازع لا تميز القانون التونسي على حساب القانون الأجنبي لأن عنصر الارتباط موضوعي.

← بالنسبة للبلدان المستقبلة للهجرة (immigration) : عنصر الارتباط هو المقر.

← بالنسبة لبلدان الهجرة (migration) : عنصر الارتباط هو الجنسية.

* في القانون التونسي : الجنسية كعنصر ارتباط ← هو امتداد لفكرة الشخصية للقانون التونسي.
* المجتمع الإسلامي : مجتمع متسامح ← المسلمون : يخضعون للشريعة.
  الغير : كل خاضع إلى قانونه الخاص.

- معيار الجنسية امتداد لهذه الفكرة الشخصية (personnaliste).
- مجلة القانون الدولي الخاص لا يطبق دائما الجنسية في صورة وجود زوجين مختلطين.

⇦ حل موضوعي خلاف محكمة الاستئناف التونسية : - امتياز قانون المحكمة.
- امتياز الجنسية.

2← لا تسعى إلى تمييز أحد الحلول الأساسية المحددة.

في هذه الحالة ستعين قاعدة التنازع الكلاسيكية، القاعدة المنطبقة دون الرجوع إلى محتواها : قاعدة حيادية.

⇦ القاعدة ستلين لتتماشى مع معطيات هامة.

- وفي المقام الثاني، تعني حيادية قاعدة التنازع أن هذه الأخيرة لا تبحث عن تمييز إحدى الحلول الجوهرية الممكنة للنزاع.

ويؤكد السيد بيار ميار (Pière Maillère) في هذا الإطار أن "**ليس لأي اعتبار متعلق بعدالة النتيجة أن يؤثر على تعيين أحد القوانين لتفضيله على أخرى**".

غير ان قاعدة التنازع الكلاسيكية ستعرف انتقادات فقهية هامة خلال النصف الثاني للقرن 20، وهي وضعية ستؤدي إلى تأقلمها مع المتطلبات الجديدة لتنظيم نزاع القوانين.

المبحث 2- تعديل هيكلة قاعدة التنازع الكلاسيكية

L'infléchissement de la structure de la règle de conflit classique

يعيب أهم تيار فقهي على قاعدة التنازع الكلاسيكية طابعها الصارم (المتشدد) وكذلك لامبالاتها بالنتيجة المادية.

وقد أدت هذه الانتقادات بقاعدة التنازع الكلاسيكية لإعادة النظر لموقفها في اتجاه تليين لهيكلتها التقليدية بصفة واضحة، ويظهر ذلك من جهة بتطور (نمو) الدور المعترف لإرادة الأطراف في اختيار القانون المنطبق، ومن جهة أخرى بتوسيع حرية القاضي في تحديد القانون المدعو إلى تنظيم نزاع الأطراف.

§1 – تطور الدور المعترف به لاستقلالية إرادة الأطراف في اختيار القانون المنطبق

L'accroissement du rôle reconnu à l'autonomie de la volonté des parties dans le choix du droit applicable :

يتم تعيين القانون المنطبق في قاعدة التنازع الكلاسيكية بواسطة عنصر الارتباط (الإسناد) الموضوع سابقا وفي نظام كهذا لا تلعب إرادة الأطراف أي دور في اختيار القانون المنطبق على الحل القانوني المعني باستثناء المادة التعاقدية (يخضع العقد إلى القانون المختار من قبل الأطراف).

ومع تأكيد الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في الميدان التعاقدي (انظر الفصل 62 وما بعده من م. القانون الدولي الخاص)، تثير مجلة القانون الدولي الخاص التونسي توسع استقلالية الإرادة خارج الميدان التعاقدي، ويظهر هذا التوسع بصفة واضحة في ميدان الالتزامات غير التعاقدية.

وقد وقع تجديد في عديد الأحكام المتعلقة بهذه المادة، وذلك بالتخلي عن تبني الارتباط الصارم في هذه المادة لفائدة اختيار تشريعي (option législative) يستفيد منه المتضرر.

من ذلك حالة الفصل 70 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي ينص على أنه " **تخضع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار. إلا أنه اذا نتج الضرر بدولة أخرى فان قانون هذه الدولة ينطبق إذا طلب المتضرر ذلك** ".

هذا النص يخص الجنح المركبة (délits complexes) أي الجنح التي يكون بها توزيع جغرافي للعناصر المكونة للمسؤولية.

- في هذه الفرضية، يتمركز الفعل المنشئ للمسؤولية والضرر الحاصل في دولتين أو اكثر (حالة التلوث بدون حدود، ضفع .....) ويعود في هذه الحالة إلى الضحية الاختيار بين تطبيق قانون المكان الذي وقع به الفعل المنشئ للمسؤولية وقانون المكان الذي تحقق فيه الضرر.

وينص الفصل 70 على أن قانون المكان الذي وقع به الضرر لا يطبق على النزاع إلا بطلب من المتضرر، ويجب أن يكون الطلب ضمن اختيار واضح (متأكد) لفائدة قانون مكان تحقق الضرر.

كذلك هناك حلول خاصة لأصناف من المسؤولية التقصيرية تمنح أيضا اختيارا تشريعيا لفائدة المتضرر، من ذلك حالة الفصل 72 المتعلق بالمسؤولية الناجمة عن منتوج.

وأخيرا، ينص الفصل 73 من مجلة القانون الدولي الخاص على أن " **تخضع المسؤولية المترتبة عن حادث مرور لقانون المكان الذي جد به الحادث. ويمكن للمتضرر أن يتمسك بقانون مكان حصول الضرر** ".

وتبين هذه الأمثلة التأثير الهام لمبدأ استقلالية الإرادة (سلطان الإرادة) في تعيين القانون المنطبق في مادة المسؤولية التقصيرية.

رغبة منه في ضمان حماية المتضرر، يكرس المشرع – سواء في الحل العام المنصوص عليه بالفصل 70 أو في الحلول الخاصة المتبناة بالفصلين 72 و73 – اختيار تشريعي لفائدة المتضرر، هذا الاختيار في قطيعة (rupture) مع صرامة الحل الكلاسيكي في المادة والذي كان يتمثل بصفة عامة في تطبيق قانون مكان وقوع الحادث وقانون مكان حصول الضرر في حالة جنحة مركبة.

ويسعى الاختيار الممنوح إلى المتضرر لتكثيف خيارات القوانين الممكن تطبيقها على المسؤولية وإلى تنمية حظوظ تدخل القانون الأصلح للمتضرر.

وفي هذا الإطار، فإن المتضرر مدعو إلى الاطلاع على محتوى مختلف القوانين المتنافسة قبل اختيار القانون الذي يمكنه من تعويض الضرر في أحسن الظروف.

§2- توسع سلطات القاضي في اختيار القانون المنطبق L'extention des pouvoirs de juge lors de choix du droit applicable :

هناك العديد من الحلول المنصوص عليها بمجلة القانون الدولي الخاص تترك مجالا للقاضي لتحديد القانون المنطبق، ويتجلى ذلك من خلال تكريس قواعد التنازع (alternatives).

ويجب التمييز بين نوعين من قواعد التنازع (alternatives) : من جهة، هناك قواعد التنازع (alternatives engagés) ومن جهة أخرى، توجد قواعد التنازع (alternatives) الحيادية.

I- قواعد التنازع Les règles de conflit alternatives engagées :

خلافا لقواعد التنازع الكلاسيكية التي تتميز بحياديتها، فإن قواعد التنازع الاختيارية المادية Alternatives engagées تسعى إلى تفضيل نتيجة مادية (محبذة) من قبل النظام القانوني الوطني.

وبذلك فهذه القواعد تتضمن عدة عناصر ارتباط ممكنة التطبيق، مع التأكيد على وجوبية اختيار القاضي القانون الذي يحقق النتيجة المادية المرادة (المحبذة) من بين مختلف القوانين.

ينص الفصل 50 من م. القانون الدولي الخاص على أن " **تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل** ".

ومن جهته ينص الفصل 52 من نفس المجلة " **يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين :**

- **القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره.**
- **القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره** ".

أما الفصل 51 من م.القانون الدولي الخاص فينص في فقرته 1 أن " تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره".

إن الاختلاف على مستوى الهيكلة بين قواعد التنازع هذه مع قواعد التنازع الكلاسيكية يبدو واضحا، ففي حين تتضمن القواعد الكلاسيكية عنصر الارتباط واحد سابق الوضع فإن قواعد التنازع المادية engagées تشمل عدة عناصر.

كما يجب الإشارة إلى لامبالاة (indifférence) القواعد الكلاسيكية لتحقيق نتيجة جوهرية محددة في اختيار القانون المنطبق، وعلى خلاف ذلك تسعى القواعد المضمنة بالفصول من 50 إلى 52 إلى تمييز القانون الذي يستجيب للمتطلبات المرادة (المحبذة) من قبل النظام القانوني الوطني من بين مختلف القوانين المتنافسة :

إسناد حضانة الطفل في أحسن الظروف (الفصل 50)، تسهيل إثبات بنوة الطفل (الفصل 52)، تسليم النفقة بالطريقة الأفضل للدائن (مستحق النفقة) (الفصل 51).

وتسمى هذه القواعد : قواعد تنازع (alternatives) ذات صبغة مادية (à coloration matérielles)، وهي قواعد تنازع اختيارية (alternatives) تمكن القاضي من الخيار بين عدة قوانين ممكنة التطبيق على خلاف قواعد التنازع الكلاسيكية وهي أيضا قواعد ذات صبغة مادية فهي استثناء للحيادية التقليدية التي تميز معايير الارتباط.

وهي قواعد (engagées) باعتبار أنها تسعى إلى تحقيق نتيجة مادية منشودة من طرف النظام القانوني الوطني وهذه النتيجة هي تأسيس حماية لفائدة الطرف الضعيف في العلاقة القانونية.

ويمكن أن يجد هذا الضعف مصدره في اعتبارات بدنية أو ذهنية للطفل، كما يمكن البحث عن أصله في اعتبارات مالية (مستحق النفقة).

ويستنتج أن هذه القواعد التي تسعى إلى ضمان حماية لنطفل ولمستحق النفقة ليست إلا امتدادا على المستوى الدولي لإشكال سبق التعرض له في مادة الأحوال الشخصية على الصعيد الداخلي.

ولكن القانون الدولي الخاص للأحوال الشخصية لا يعد الأولوية المطلقة لقواعد التنازع الاختيارية (alternatives) ذات الصبغة المادية، فهذه الأخيرة تجد صدى لها (écho) في ميدان الالتزامات.

فمن جهة، نجد تكريسا لهذه القواعد في ميدان الالتزامات التعاقدية، من ذلك نص الفصل 68 من م. القانون الدولي الخاص على أن " يكون العقد صحيحا شكلا إذا توفرت فيه الشروط التي عينها القانون المنطبق على العقد أو قانون مكان إبرامه".

وتضيف الفقرة 2 من هذا الفصل " ويكون شكل العقد المبرم بين أشخاص موجودين بدول مختلفة صحيحا إذا توفرت فيه الشروط المعينة بقانون إحدى هذه الدول ".

هذا الخيار الممنوح للقاضي من طرف النص، غايته تحقيق نتيجة أرادها المشرع من ذلك صحة العقد على مستوى شكله.

هناك قاعدة تنازع أخرى ذات صبغة مادية تكرس في ميدان الالتزامات التقصيرية، فحسب الفصل 74 " يمكن للمتضرر القيام مباشرة على مؤمن المسؤول إذا كان ذلك جائزا حسب القانون المنطبق على الفعل الضار أو القانون المنطبق على عقد التأمين ".

تسعى هذه القاعدة إلى تفضيل الضحية وذلك بالسماح للقاضي بالاختيار بين قانونين ممكني التطبيق، ويقع التعيين النهائي للقانون الذي سينظم النزاع بالرجوع إلى مؤشر مادي محدد وهو الاعتراف لفائدة الضحية بدعوى مباشرة ضد مؤمن المسؤول، بمعنى بين قانون يمنع هذه الدعوى وقانون يسمح بها ويجب على القاضي ضرورة تطبيق القانون الذي يجيزها.

II- قاعدة التنازع الاختيارية الحيادية La règle de conflit alternative neutre :

حسب الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص " يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي ينتمي المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا".

إذا تعلقت المسألة بقاعدة التنازع الاختيارية (alternatives) ، فإنه لا يتوضح لقارئ النص من المستفيد من الخيار، ففي غياب منح واضح (صريح) (offre explicite) للخيار يقع تعيين القانون المنطبق من طرف القاضي.

إن الفصل 26 من م. القانون الدولي الخاص المندرج ضمن أحكام عامة في تنازع القوانين يؤكد هذا التأويل.

[ينص هذا الفصل " **إذا كانت العلاقة القانونية دولية، يطبق القاضي القواعد الواردة بهذه المجلة وعند التعذر يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني** " .]

وفي هذه المرحلة تظهر مسألة هامة، حيث أن قاعدة التنازع المضمنة بالفصل 54 لا تحدد المعيار الذي بواسطته يقوم القاضي بالخيار، وسكوت النص يترك مجالا للقاضي يمكن أن يضر بالحماية القانونية للحلول والتي تعتبر هدفا جوهريا لكل التقانين (codification).

القسم II المقاربة الديناميكية (الحركية) لقاعدة التنازع Approche dynamique de la R.C :

كل قاعدة تنازع توضع بغاية دخولها حيز التنفيذ (mise en oeuvre)، ويؤدي هذا الدخول حيز التنفيذ إلى تعيين القانون المنطبق على العلاقة القانونية الدولية، وعند تعيين القانون يجب تطبيقه على الوقائع.

المبحث 1- تعيين القانون المنطبق
La désignation de la loi applicable

في هذا الإطار، يجب التعرض تباعا إلى مسالة اختيار القانون المنطبق وحدود القانون المختار.

§1- اختيار القانون المنطبق Le choix de la loi applicable :

لا يمكن تعيين القانون المنطبق إلا بعد تحديد (identifier) قاعدة التنازع التي تطبق عادة على العلاقة القانونية.

كما يمكن أن تملي هذا الخيار اعتبارات مرتبطة بسلطة (قوة) قاعدة التنازع.

1- تحديد قاعدة التنازع : تكييفها La qualification de la L'identification de la R.C : R.C :

لكي يقع حل تنازع القوانين الذي يولده النزاع، يجب على القاضي الالتجاء إلى قاعدة التنازع، ولهذا عليه اختيار قاعدة التنازع التي ستنظم العلاقة الدولية الخاضعة لها ويتم هذا الخيار بين مختلف قواعد التنازع التي يمليها النظام القانوني الوطني.

ويستدعي تحديد قاعدة التنازع المنطبقة عادة تقسيم الوضعية إلى أصناف إسناد محددة وذلك بغية استخلاص القانون المنطبق عليها.

وعلى القاضي التساؤل عما إذا كانت العلاقة القانونية الراجعة له بالنظر تهم صنف التركة ام صنف الأموال أو أيضا إذا كانت المسالة القانونية المعهودة له تهم صنف العقود أو صنف الجنح، وتعرف عملية التصنيف هذه بعبارة : "تكييف" : **Qualification** ".

وتكتسي عملية التكييف في القانون الدولي الخاص بعض الخصوصية مقارنة بالأحكام في القانون الداخلي. ففي القانون الداخلي، يسمح التكييف بتحديد الحل الجوهري المنطبق على أصل النزاع (تحديد الجزاء الذي استوجبه المشرع للجنح، مصير العقد المعني ...).

في القانون الدولي الخاص، يسمح التكييف بتحديد قاعدة التنازع المنطبقة وبالتالي تحديد القانون الذي سينظم العلاقة القانوني الدولية.

وتعتبر هذه العملية المرحلة الأولى في التحليل التنازعي، فهي ذات أهمية قصوى في القانون الدولي الخاص لأنها تحكم (commande) حل تنازع القوانين.

ويضع النظام القانوني التونسي أصنافا للإسناد (جنح، عقد، زواج، طلاق)، فإذا أراد القاضي حلا للعلاقة الدولية الراجعة له بالنظر، وجب عليه ضرورة تصنيف حل الوضعية في أحد هذه الأصناف.

يتم هذه العملية مبدئيا بالرجوع إلى مفاهيم وطنية، إلا أن هـــذا المبـدأ يعـرف تليينـا (attenuation) واستثناء.

I- مبدأ هيمنة المفاهيم الوطنية في عملية التكييـــف Le ppe de la prédominance des concepts du For dans l'opération de qualification :

تخضع عملية التكييف المذكورة إلى المفهوم الذي يضعه النظام القانوني الوطني حول العلاقة القانونيـــة المعنية.

ويدمج هذا المبدأ في صنف أو آخر حسب وجهة النظر المتبناة من طرف القانون الوطنـــي (du For)، وفي هذا الاتجاه يتمحور **الفصل 27 فقرة 1 من م. القانون الدولي الخاص** الذي نص على أن " **يقع التكييـف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من تعيين القانون المنطبـق، طبقـا لأصنـاف القـانون التونسي** ".

1- مظاهر هيمنة المفاهيم الوطنية *Les manifestations de la prédominance des concepts du For* :

تتمظهر هيمنة المفاهيم الوطنية خلال عملية التكييف على مستوى نزاعات الأصناف وكذلـــك نزاعـــات التكييف.

1-نزاعات أصناف الإسناد Les conflits des catégories de rattachement :

يوجد نزاع بين أصناف الإسناد عندما توجد مسألة محددة في ملتقى (intersection) مع صنفين أو عـــدة أصناف إسناد بشكل يسمح بالتردد في تصنيفها ضمن أحد المجموعات المتنافسة.

فيمكن التساؤل مثلا : إذا كانت عيوب الرضى تهم الأحوال الشخصية أو النظام التعاقدي، وإذا كان الغبـن الذي تعرض له طرف إثر شراء عقار يعد مسألة تهم النظام التعاقدي أو الحقوق العينية.

إذا وجدت علاقة قانونية في تقابل (croisement) مع عدة أصناف إسناد، فإن القاضي يختار تصنيفها في إحدى الأصناف المتنافسة مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العلاقة في القانون الداخلي: خلال عملية التكييـــف، يملي النظام القانوني الوطني مفهومه الخاص للعلاقة القانونية.

إذا كان الأمر يهم علاقة متعلقة بعيوب الرضى، فإن الرجوع إلى القانون الداخلي يستدعي تصنيفها ضمن العقود لأنه بالتحديد هو المفهوم المتبنّى في القانون الداخلي في هذه المسألة.

وحيث أن المسائل المتعلقة بعيوب الرضى مدمجة في **الباب I من م. الالتزامـــات والعقـــود** المخصـــص للالتزامات عامة فإن نفس الحل يجب أن يشمل تصنيف مسألة الغبن، وقد تعرض لهذه المســـألة **الفصـــول 61 و62 من م. الالتزامات والعقود.**

وقد عرف فقه القضاء نزاع أصناف وذلك بمناسبة القرار الشهير : **فورد # Agie Motor.**

2-نزاعات التكييف Conflits de qualification :

يوجد نزاع تكييف إذا اختلف النظام الوطني ونظام آخر ترتبط به الوضعية القانونية المعنية في تصنيـــف المسألة ضمن نفس الصنف.

إذا تعلق الأمر مثلا بصحة تصرف قانوني، فإن ما يمكن اعتباره شرطا شكليا في النظام القانوني الوطني يمكن أن يعد شرطا أصليا في النظام الأجنبي المنافس.

على المستوى التطبيقي، يؤدي هذا الاختلاف إلى تنفيذ قواعد تنازع مختلفة ويظهر عـــادة فـــي تعييـــن (désignation) قوانين مختلفة.

والمثال التقليدي الذي يمكن أن نعطيه عادة لتفسير هذا النوع من النزاعات يتجلى في قضية caraslamis وهو قرار صادر عن محكمة التعقيب الفرنسية في **1955/6/22** : تتمثل الوقائع في أن يونانيا تـــزوج مدنيـــا بفرنسية في فرنسا في حين أن القانون اليوناني يفرض احتفالا دينيا وفي غيابه يعد الزواج باطلا.

وعند النظر في صحة هذا الزواج، وجد القضاء الفرنسي نفسه في مواجهة نزاع تكييف حقيقي، حيث أن القانونين المتنافسين يتبنيان طرقا مختلفة للاحتفال بالزواج.

فبالرجوع للنظام القانوني الفرنسي، يعد الطابع الديني للزواج كمسالة شكلية بينما يعتبر النظام القانوني اليوناني ضرورة الاحتفال الديني كشرط أصلي.

فإذا تبنى القاضي الفرنسي في الوقائع المفهوم اليوناني للعلاقة القانونية، فإن المسالة المتعلقة بطريقة الاحتفال بالزواج ستدرس كشرط أصلي، وهذا يؤدي إلى إقرار اختصاص القانون اليوناني باعتباره قانون جنسية الزوج وبالتالي التصريح ببطلان الزواج.

بالنسبة لمحكمة التعقيب الفرنسية، فإن المسألة القانونية تدمج صنف القواعد الشكلية التي ينظمها قانون مكان الاحتفال بالزواج وهذا يؤدي في الوقائع إلى اختصاص القانون الفرنسي وبالتالي صحة الزواج.

بين هذين المفهومين المختلفين، وحده المفهوم الوطني هو الذي يتفوق وهذا القرار يؤكد بصفة واضحة مبدأ التكييف Légi-For.

وتنص حيثية القرار على أنه " **إن مسالة معرفة إذا كان عنصر الاحتفال بالزواج ينتمي إلى صنف القواعد الشكلية أو صنف القواعد الأصلية، يجب أن يبت فيها القضاة الفرنسيون حسب مفاهيم القانون الفرنسي التي تعتبر أن الطابع الديني للزواج هو مسالة شكلية** ".

ويتبنى القانون الدولي التونسي نفس هذا التوجه وذلك بتأكيده صراحة على مبدأ التكييف Légi-For صلب **الفصل 27 فقرة 1 من مجلة القانون الدولي الخاص.**

ب- *أسس هيمنة المفاهيم الوطنية Les fondements de la prédominance des concepts du For :*

لتدعيم هيمنة المفاهيم الوطنية في عملية التكييف، يطرح تيارين : الأول ركز على فكرة وحدة مسألة تأويل قاعدة التنازع بينما يؤكد الثاني على المكانة التي يحتلها التكييف في التحليل التنازعي.

التكييف يعني تحديد المسائل التي تندرج ضمن أصناف الإسناد الوطني.

تسمح عملية التكييف بتحديد مفهوم الأصناف الوطنية بواسطة لمسات (par touche) متتالية، ولذلك نشير إلى مسألة التكييف بعبارة : **تأويل قاعدة التنازع.**

ونظرا إلى أن القواعد المعنية هي قواعد وطنية، فإنه يعود إلى النظام القانوني الذي أملاها تحديد مفهومها.

⟸ من أسس قاعدة عليه ضمان تأويلها.

- وطبقا لهذه المعطيات، يبدو غير منطقيا تأويل قاعدة وطنية وفي الظروف الحالية قاعدة التنازع الوطنية ← بالرجوع إلى مفاهيم نابعة عن أنظمة قانونية أخرى ← هذا الحل سيمس انسجام مختلف أصناف الإسناد.

ج- *أهمية هيمنة المفاهيم الوطنية La portée de la prédominance des concepts du For :*

يؤكد **الفصل 27 من م. القانون الدولي الخاص** على أن التكييف الذي يتم اعتمادا على المفاهيم الوطنية هو الذي يكون هدفه تحديد قاعدة التنازع التي تسمح بتحديد القانون المنطبق.

تركيبة هذا الفصل تسمح بافتراض وجود عملية تكييف هدفها المتبع ليس تحديد القانون المنطبق على العلاقة القانونية الدولية، فهي تتمثل في تكييف لاحق (postérieure) لتعيين القانون المنطبق.

ويعرف القانون الوضعي التونسي هذا النوع من التكييف، إذ ينص **الفصل 57 من م. القانون الدولي الخاص** : " **يوصف المال بمنقول أو عقار حسب قانون الدولة التي يوجد بها المال** ".

وهذا يعني أنه بمجرد تعيين القانون المنطبق على الأموال، فإن تصنيف هذه الأخيرة ضمن أصناف المنقولات أو العقارات يرجع إلى قانون مكان وجود تلك الأموال.

مثال : إذا تعلق الأمر بنقل ملكية مال موجود في تونس، فإن القانون التونسي المتدخل كقانون مكان وجود الأموال مدعو إلى تحديد طبيعة المال (عقار أو منقول).

II- تليين مبدأ هيمنة المفاهيم الوطنية L'atténuation du ppe de la prédominance des concepts du For :

في بعض الحالات، تطرح (met en cause) العلاقة القانونية الراجعة بالنظر إلى القاضي التونسي مؤسسة غير معروفة للنظام القانوني التونسي.

في هذه الفرضية، فإن تصنيف الوضعية المعنية ضمن صنف قانوني وطني ليس سهلا، لأن القاضي المدعو لأداء هذا العمل ليس لديه المعايير الضرورية للقيام بهذه العملية بصفة جيدة نظرا لأنه يجهل هذه المؤسسة.

وكيف سيتمكن القاضي من إدراجها ضمن صنف قانوني محدد ؟

للتغلب على هذه الصعوبة، يشير شق من الفقه إلى أن القاضي الوطني مدعو إلى دراسة القانون الأجنبي الذي كرس هذه المؤسسة بغاية فهمها، تحليلها ومحاولة استخراج خصائصها الأساسية، وتسمى هذه المرحلة الأولى في التحليل " **مرحلة التحليل** " Phase d'analyse.

وبمجرد إتمام هذه العملية، فإنه يمكن للقاضي الوطني الذي توضّحت له طبيعة هذه المؤسسة تصنيفها ضمن إحدى أصناف الإسناد بغية استخلاص القانون المنطبق على العلاقة القانونية الدولية الخاضعة له، وتسمى هذه المرحلة الثانية من التحليل " **مرحلة الحكم** " **phase de jugement**.

ويتبنى **الفصل 27 من م. القانون الدولي الخاص** هذا الحل في **فقرته 2** حيث ينص " **ويتم لغاية التكييف في نطاق المعاهدات الدولية باعتماد الأصناف الخاصة للمعاهدات المعنية** ".

إلا أن دور القانون الأجنبي خلال عملية التكييف يتوقف عند هذا الحد، حيث وبمجرد تحليلها طبقا للقانون الذي كرسها، يجب تصنيف المؤسسة المعنية ضمن صنف قانوني وطني حسب مفاهيم من النظام القانوني الوطني.

وبغض النظر عن هذه الاعتبارات، يجب الإشارة إلى أن الأصناف الوطنية مدعوة في القانون الدولي الخاص إلى التلين (s'assouplir) بغية إدماج مؤسسات أجنبية في النظام القانوني الوطني.

أصناف الإسناد هي – طبقا للفرضيات المطروحة في العلاقات الدولية – كل المسائل التي يمكن طرحها وبالتالي يجب إدماجها.

إن القانون الدولي الخاص هو قانون اتصال وتفتح على أنظمة قانونية أجنبية، وهذا ما يؤدي إلى التعرض إلى مؤسسات أجنبية كليا عن النظام القانوني الوطني، ومن هنا وجب على الأصناف المعدة من قبل هذا النظام التوسع حتى يمكنها استقبال (accueillir) هذه المؤسسات.

مثال : يمكن الإشارة إلى صنف الزواج المدعو إلى فهم المؤسسات الأجنبية عن القانون الداخلي من ذلك تعدد الزوجات (mariage polygamique) أو أيضا صنف الطلاق الذي يمكن ان يدمج مؤسسة الطلاق الشرعي – دون اللجوء إلى المحكمة répudiation. الطلاق

ويبدو أن المشرع التونسي قد أثار فكرة مجاراة adoptation الأصناف القانونية الوطنية لمتطلبات العلاقات الدولية وذلك بالتنصيص صلب **الفقرة 3 من الفصل 27 من م. القانون الدولي الخاص** : " **وتؤخذ بعين الاعتبار، عند التكييف مختلف الأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص** ".

III- الاستثناء لمبدأ هيمنة المفاهيم الوطنية L'exception au ppe de la prédominance des concepts du For:

لا يمكن تطبيق مبدأ التكييف " **Légi-For** " إذا كانت العلاقات الدولية منظمة بواسطة معاهدات، فهذه الأخيرة تفرض تكييفها الخاص للمسائل التي تدخل في ميدان تطبيقها.

هذا الحل الذي نص عليه **الفصل 27 فقرة 4 من م. القانون الدولي الخاص** يسعى إلى المحافظة على انسجام وتوافق الحلول الدولية.

فإذا طرح مشكل التكييف في إطار معاهدة، فإنه يجب عموما الابتعاد عن التكييف Légi-For قدر الإمكان، إذ أن تبني تكييف مختلف من طرف محاكم مختلف الدول الأعضاء يمكن أن يهدم محاولة التوحيد المتخذة في إطار نص دولي.

وإذا افترضنا كمثال: أن تونس وفرنسا أبرمتا اتفاقية تتضمن قواعد التنازع التالية :

- الأحوال الشخصية تخضع إلى القانون الوطني.
- العقد يخضع إلى قانون سلطان الإرادة.

ولنفترض فيما بعد أن مبدأ التكييف Légi-For قائم خلال إعداد قواعد التنازع التالية.

ففيما يتعلق بمسالة خاصة بالنظام الذمي (régime patrimonial)، فإن الحل المنطبق على نفس النزاع يختلف حسب ما إذا وقفنا مع الجانب التونسي أو الجانب الفرنسي.

فإذا عرض النزاع على قاضي تونسي، فإن المسألة ستكيف كمشكل متعلق بالأحوال الشخصية وبالتالي سيطبق القانون الوطني.

وإذا عرضت المسألة على قاضي فرنسي، فإن التكييف العقدي الذي يشملها والقانون المختار من الأطراف سيكون القانون المنطبق على النزاع.

إن المثال المعطى هو جد هام لأنه يتعلق بحالة يكون فيها لنفس النزاع حلين مختلفين، بينما تكون قواعد التنازع المتبناة من قبل الدول المتعاقدة هي نفسها، بمعنى أن سلبيات التكييف Légi-For تكون في صورة وجود حلول دولية.

ولإقصاء المخاطر المتعلقة بهذا الاختلاف في التكييف، تجتهد الاتفاقيات الدولية الحديثة لإعطاء تكييف أساسي بنفسها من ذلك بنص **الفصل 5 من اتفاقية لاهاي المؤرخة في 1961/10/5** المتعلقة بتنازع القوانين في مادة أحكام الشهادة (dispositions testamentaire) " **في إطار أهداف هذه الاتفاقية، تعتبر آجال التقادم التي تحدد أشكال أحكام الشهادة المقبولة والمرتبطة بالسن، بالجنسية وبصفات أخرى شخصية للشاهد، منتمية إلى ميدان الشكل. ونفس الشيء بالنسبة للصفات التي يجب أن يتبعها الشهود المطلوبين لصحة أحكام الشهادة** ".

2- سلطة (قوة) قاعدة التنازع المحددة L'autorité de la Règle de conflit identifiée :

بمجرد تحديد قاعدة التنازع المنطبقة على النزاع، يجب التساؤل عن قوتها (سلطتها).[1]

يقصد بعبارة "سلطة القوة الملزمة للقاعدة، وفي هذه المرحلة من المهم معرفة ما إذا كانت قاعدة التنازع المنطبقة عادة تفرض على القاضي في كل الحالات كما أنه يجب معرفة ما إذا كان يمكن للأطراف المعنيين بالنزاع التحرر من تأثير هذه القاعدة.

وعلى معنى **الفصل 28 من م. القانون الدولي الخاص** " **قاعدة التنازع من قواعد النظام العام إذا كان موضوعها صنفا يتضمن حقوقا ليست فيها للأطراف حرية التصرف وفي الحالات الأخرى تكون القاعدة ملزمة للقاضي إلا إذا عبرت الأطراف بصورة جلية عن إرادتها في عدم تطبيقها** ".

ويشير هذا النص بوضوح إلى النظام الإجرائي المزدوج لقاعدة التنازع في القانون الدولي الخاص التونسي، إذ أن سلطة قاعدة التنازع تتدعم إذا كان موضوعها صنف قانوني لا يمكن التصرف فيه (indisponible) ~~إلا أن هذه السلطة~~ إلا ان هذه السلطة المدعمة تضعف إذا كان الصنف القانوني المعني يمكن التصرف فيه (disponible).

I- المظهر الأول للنظام الإجرائي لقاعدة التنازع : القوة الملزمة المطلقة في المواد التي لا يمكن التصرف فيها 1er facette du régime procédural de le R.C : la force obligatoire absolue dans les matières indisponibles

إذا تعلقت قاعدة التنازع بصنف قانوني لا يمكن التصرف فيه، فإنها تمثل طابع النظام العام الذي يعطيها قوة إلزامية مطلقة.

وفي هذا الإطار، يجب تحليل في مقام أول أساس هذه السلطة المدعمة لقاعدة التنازع قبل النظر في مقام ثان نتائج هذا النظام الإجرائي.

أ- أساس القوة الإلزامية المطلقة : عدم إمكانية التصرف في المادة المعنيـــة *Le support de la force obligatoire absolue : l'indisponibilité de la matière en cause*

يكرس القانون الوضعي لفائدة الأشخاص امتيازات تسمى حقوقا شخصية (droits subjectifs)، ويمكن تقسيم هذه الحقوق إلى صنفين : من جهة هناك الحقوق الذمية ومن جهة أخرى الحقوق غير الذميـــة (extra-patrimoniaux).

- للحقوق الذمية قيمة مالية (pécuniaire)، ويمكن تقديرها بالنقود وتسمى حقوقا ذمية لأنها تتعلـــق بذمـــة الشخص.

ولكونها تقدر بالنقود، فإن الحقوق الذمية قابلة للتداول ويمكن إحالتها إلى مالك جديد، كمـــا أن الشـــخص الذي يتمتع بها يمكنه التنازل عنها.

وفي هذا المعنى نتحدث عن حقوق يمكن التصرف فيها بمعنى حقوقا يمكن لصاحبها التصرف فيها كلا أو جزءا بمقابل (à titre onéreux) أو بدونه، ويمكن تقسيم هذه الحقوق الذمية إلى مجموعتيـــن : مـــن جهـــة الحقوق العينية ومن جهة أخرى الحقوق الشخصية.

- وعلى خلاف الحقوق الذمية، توجد الحقوق غير الذمية مع ارتباطها بالشخص خارج الذمة، فهذه الحقـــوق ليست لها قيمة مالية فهي تهدف إلى حماية أشخاص القانون في شخصهم وليس في ذمتهم.

إن احترام هذه الحقوق ضروري لضمان نظام اجتماعي أدنى لمجتمع عصري.

إن الميدان الممتاز (préviligié) لهذه الحقوق هو حقوق الأشخاص وحقوق العائلة (الأسرة)، هذه الحقوق تهم الشخص سواء بصفة منفردة (حقوق الأشخاص) أو في علاقاته العائلية (حقوق العائلة).

ومثال للحقوق غير الذمية، يمكن أن نذكر حق كل شخص في احترام حياته الشخصية، حرمة المســـكن، حق كل شخص في الحصول على اللقب، حق كل أب لممارسة وصاية على أبناءه، حق كل قرين في المعاملـــة الحسنة ...

وعلى خلاف الحقوق الذمية، تمثل هذه الحقوق خاصية كونها لا تقبل الإحالة لاعتبارات مرتبطة بـــاحترام النظام العام والأخلاق الحميدة، وهي حقوق لا يمكن التصرف فيها.

وفي **الفصل 28 من م. القانون الدولي الخاص** ترتبط القوة الملزمة لقاعدة التنازع بالصنف القانوني، فإذا تعلقت الحقوق المعنية بصنف قانوني لا يمكن التصرف فيه (*مثال : حقوق العائلة*) فإن قاعدة التنازع تكتســـي صبغة النظام العام، ويتمثل الأمر هنا في الحالة التي يكون فيها موضوع قاعدة التنازع محددا لسلطتها.

لإقرار سلطة قاعدة التنازع، على القاضي -مسبقا- تحليل طبيعة الصنف المعني : هل يتمثل الأمر – في الوقائع- في صنف يمكن التصرف فيه أو صنف لا يمكن التصرف فيه ؟ في الحالة الأخيرة، يكـــون مدعـــوا تلقائيا إلى تحديد قاعدة التنازع بغض النظر عن إرادة الأطراف في التخلي عن قاعدة التنازع المنطبقة عادة.

ويتبنى قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس والمؤرخ في 2000/6/27 هذا الموقف مؤكدا علـــى أن " **الزواج، النفقة والطلاق هي مسائل تهم حقوقا جوهرية لا يمكن التصرف فيها. وبالتالي فالمحكمة ملزمـــة على أساس الفصل 28 من مجلة القانون الدولي الخاص بان تبين تلقائيا قاعدة التنـــازع المرتبطـــة بـــهذه المسائل بغية تحديد القانون المنطبق عليها** ".

- إن عدم إمكانية التصرف (indisponible) في صنف قانوني في القانون الداخلي يعطي لقاعدة التنازع سلطة مدعمة.

ب- نتائج (آثار) القوة الملزمة المطلقة *Les conséquences de la force obligatoire absolue :*

يبدو من الضروري القول بأن قاعدة قانونية تهم النظام العام كلما وجدت اعتبارات تهم المصلحة العامـــة في خطر (compromettre) إذا ما كان الأطراف أحرارا في تطبيق القانون.

فأهمية المصالح التي تضمنها القاعدة تعطي لهذه الأخيرة وضعا اجرائيا مميزا وذلك سواء بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للأطراف في النزاع.

1-نتائج (آثار) صبغة النظام العام لقاعدة التنـــازع بالنســبة للقــاضي Les conséquences du caractère d'ordre public de la RC à l'égard du juge :

إذا اكتست قاعدة التنازع صبغة النظام العام فإنها تتمتع بوضع مميز أمام القاضي، ففي مقام أول يكـــون هذا الأخير مدعوّ إلى بيان القاعدة تلقائيا.

فعدم تعرض الأطراف إلى عنصر الخارجية لا يعد عائقا أمام الواجبات المحمولة على القاضي والمتمثلـة في تعيين قاعدة الإسناد، وغياب هذا الالتزام يمثل في حالة الطعن بالتعقيب خرقا للقانون.

في مقام ثان، بما أن الأمر يتمثل في قاعدة تهم النظام العام فإن النائب العام مدعو إلى إثارة طلب تطبيـق هذه القاعدة. "غاستون المنازع"

وفي مقام أخيرا، على محكمة التعقيب قبول المطعن المأخوذ من عدم تطبيق قاعدة التنازع المثـارة لأول مرة أمامها.

وبصفة عامة، لا يمكن قبول المطاعن الجديدة أمام محكمة التعقيب، إلا أن هذا المبدأ يعرف استثناء يتعلق بالمطاعن التي تهم النظام العام.

2-نتائج (آثار) صبغة النظام العام لقاعدة التنازع بالنسبة للأطراف à l'égard des parties :

عن إسناد صبغة النظام العام لقاعدة التنازع يتعارض مع كل اتفاقية بين الأطراف هدفها الابتعـــاد عـــن القانون المختص عادة.

ونظرا للأهمية المصالح التي تضمنها، فإن قاعدة النظام العام لا تحتمل أي اتفاق مخالف بين الأطراف، إذ أن فكرة الحفاظ على المصالح العامة تقصي سلطان الإرادة لان هـــذا الأخـــير قـــادر علـــى إنكـــار علويـــة (prépondérance) الأهداف المنشودة.

II- المظهر الثاني للنظام الإجرائي لقاعدة التنازع : القوة الإلزامية النسبية في المواد التـــي يمكـــن التصرف فيـــها 2eme facette du régime procédural de la R.C : la force obligatoire relative dans les matières disponibles :

حسب الفصل 28 فقرة 2 من م. القانون الدولي الخاص " وفي الحالات الأخرى تكون القـــاعدة ملزمـــة للقاضي إلا إذا عبرت الأطراف بصورة جلية عن إرادتها في عدم تطبيقها ".

عبارة " الحالات الأخرى " التي استعملها المشرع تخص الوضعيات التي تهم قاعدة التنازع لأصناف قانونية يمكن التصرف فيها، وفي هذه الفرضية تحتفظ القوة الملزمة لقاعدة التنازع بالنسبة للقاضي بمبتغاها، على عكس انـــه وخلافا للحالة الواردة بالفقرة 1 من الفصل 28 تعرف هذه القاعدة استثناء، إذ أنه يمكن للأطراف التخلي عـــن تطبيق قاعدة التنازع لإخضاع النزاع لقانون المحكمة.

أ- مبدأ القوة الملزمة لقاعدة التنازع La ppe de la Force obligatoire de la R.C :

إذا تعلقت قاعدة التنازع بمادة يمكن التصرف فيها، فإنها تبقى ملزمة تجاه القاضي إلا إذا قرر الأطـــراف عدم إخضاع النزاع لهذه القاعدة، ويعود هذا الموقف إلى أن قاعدة الإسناد (قاعدة التنازع) ذات صبغة متممـــة كلما تعلقت بمادة يمكن التصرف فيها.

ويجب التذكير بأن القواعد المتممة (المكملة) تهم المصالح الخاصة وليس المصالح العامة، وهي تطبـق إذا لم يتفق الأطراف على خلافها، وتتدخل هذه القواعد لتعويض (suppléer) سكوت الأطراف من ثمّ تسميتها : القواعد المتممة (Règles supplétives).

← تكتسي قاعدة التنازع هذا الطابع إذا تعلقت بصنف قانوني يمكن التصرف فيه، وفي غياب تصريـــح لإرادة الأطراف بعدم تطبيق قاعدة الإسناد يكون القاضي ملزما بتطبيقها.

إن الصبغة الملزمة لقاعدة التنازع التي تهم المادة التي يمكن التصرف فيها نافذة إلا إذا اتفـــق الأطـــراف على الابتعاد عن تأثير الحلول التي تقرها، وهي حالة الاتفاق المبرم بين المتقاضين في النزاع.

ب- الاستثناء لمبدأ القوة الملزمة لقاعدة التنازع : الاتفاق الإجرائي *L'exception au ppe de la force obligatoire de la R.C : L'accord procédinal :*

إن مبدأ الصبغة الملزمة لقاعدة التنازع الذي أكدت عليه **الفقرة 2 من الفصل 28** ليس مطلقا، فهو يختفي (s'éclipse) بمجرد اتفاق الأطراف خلال المحاكمة على الابتعاد عن تأثير قاعدة التنازع لإخضاعها لقانون المحكمة.

نظرا إلى الإطار الذي تدخل فيه هذا الاتفاق (خلال المحاكمة) فقد سمي **اتفاق إجرائي**، وهو يختلف عن الاتفاق **في الأصل** (**الأصلي**) الذي أبرم مسبقا بين الأطراف قبل نشوء النزاع.

إن الاعتراف ضمن **الفقرة 2 من الفصل 28** بهذا المظهر القانوني الجديد (الاتفاق الإجرائي) يمثل إرادة النظام القانوني التونسي لتفضيل الحلول المختارة قانونيا والتي تعد اكثر قبولا وتفهما من قبل الأطراف من الحلول المفروضة.

ونظرا إلى أن الابتعاد عن تطبيق قاعدة التنازع يؤدي إلى تطبيق قاعدة المحكمة (الوطنية)، فإن الاتفاق يسمح للمتقاضين بتلافي أبحاث طويلة ومكلفة تتعلق بمحتوى ومفهوم القانون الأجنبي.

← باختيار الاتفاق، يفضل الأطراف القانون الذي يعرفونه أكثر.

وبغض النظر عن هذه الاعتبارات، يجب معرفة أن الاتفاق الإجرائي الذي يؤدي إلى نسبية القوة الملزمة لقاعدة التنازع تجاه القاضي مقيد بشرطين : الأول يهم طبيعة الاتفاق، هذا الأخير يجب أن يكون صريحا والثاني يتعلق بميدان تدخل الاتفاق : لا يمكنه التدخل إلا في ميدان الحقوق التي يمكن التصرف فيها.

1-الصبغة الصريحة للاتفاق Le caractère explicite de l'accord :

بعيدا عن كل شرط شكلي، يفرض المشرع أن يكون الاتفاق الإجرائي صريحا، بمعنى ان تكون إرادة الأطراف **الابتعاد** عن تطبيق قاعدة التنازع المنطبقة عادة غير قابلة للدحض.

فسكوت الأطراف عن اختصاص القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة التنازع والذي ينظم عادة نزاعهم ورجوعهم إلى القانون الوطني في اتفاقهم، لا يكفي في حد ذاته إلا عند وجود اتفاق لإقصاء تطبيق قاعدة التنازع.

فلا يمكن أن نستنتج من هذا السكوت اتفاق الأطراف لإقصاء قاعدة التنازع المنطبقة عادة وإخضاع نزاعهم لقانون المحكمة.

إن الحل الذي كرسه **الفصل 28 فقرة 2** هو أكثر ملاءمة من الحل المضمن بالقرار التعقيبي الفرنسي في القضايا **Hannover-Karl Hibout في 1997/5/26**، في هذه القرارات اكتفى قضاة محكمة التعقيب بمجرد إشارة الأطراف عند إبرام العقد إلى القانون الوطني لاستخلاص وجود اتفاق بمقتضاه تم اختيار إقصاء القانون الأجنبي المنطبق عادة على العلاقة لفائدة قاعدة التنازع الفرنسية.

فقد عوضت محكمة التعقيب الفرنسية الإرادة الواضحة للأطراف لإقصاء قاعدة التنازع التي تحكم مبدئيا العلاقة القانونية بإرادة ضمنية (présumé)، كذلك يجب الإشارة إلى أن الحل التونسي أكثر ملاءمة (توافقا) مع الصبغة الاستثنائية للاتفاق، بما أن الاتفاق الإجرائي يقصي الحل المنطبق عادة على النزاع وهو يمثل حلا استثنائيا.

وككل حل استثنائي، يجب أن يكون مفهوما بطريقة واضحة حتى لا يكون المبدأ مستوعبا (absorbé) من الاستثناء.

كما أن الحل التونسي يتحاشى الاعتراف باتفاق إجرائي في مسألة لم يتعرض لها الأطراف في النزاع.

2-صبغة قابلية التصرف في الحقوق النزاعية Le caractère disponible des droits litigieux :

إذا وجدت قاعدة عامة، فإن إرادة الأطراف لا تتمتع بأي دور، إذ أن وجود مصلحة متأكدة تستوجب الدفاع عنها يقصي كل اختصاص اقصائي لقانون غير الذي ينطبق عادة على النزاع لفائدة قاعدة التنازع المنطبقة عادة.

الوسيلة القانونية المستعملة لهذا الغرض لإلغاء اتفاق مخالف بين الأطراف، هي عدم قابلية التصرف في الحقوق التي تشمل مصالح مؤكدة.

وعلى خلاف ذلك، إذا كانت المصالح المعنية ذات طابع خاص فليس هناك أي مانع للسماح للأطراف في النزاع للاتفاق على إقصاء تطبيق قاعدة التنازع إذا كان القانون الوطني أكثر ملاءمة لتنظيم نزاعهم.

§2- حدود القانون المختار : الرد Les limites de la loi choisie : le renvoi :

في بعض الحالات تعين قاعدة التنازع الوطنية قانونا أجنبيا لتنظيم الحل القانوني المعني، إلا أنه قد يرفض النظام القانوني الأجنبي الذي ينتمي إليه القانون الاختصاص المسند له من قبل النظام القانوني التونسي ويحيله إلى قانون آخر، وتسمى هذه العملية: **الرد** (le renvoi).

إذا كان القانون المحال عليه هو القانون الوطني، فإننا نتحدث عن **رد إلى درجة أولى**، وفي المقابل إذا كان القانون المحال عليه هو قانون أجنبي فالأمر يتعلق في هذه الحالة **برد إلى درجة ثانية**.

- *مثال للرد إلى درجة أولى :* زوجان يحملان الجنسية الإنجليزية مقيمان في تونس يطلبان الطلاق أمام القاضي التونسي.

سيعين القاضي القانون المنطبق بالرجوع إلى قاعدة التنازع الخاصة به، وهذه الأخيرة تنص في هذه الفرضية على اختصاص القانون الإنجليزي.

إلا أنه وبالرجوع إلى القانون الإنجليزي نتبين أن النظام القانوني المعني يرفض في هذه الحالة الاختصاص الممنوح له ويحيل إلى اختصاص القانون التونسي.

حيث أنه في نظر نظام القانون الدولي الخاص الإنجليزي يخضع طلاق زوجين من نفس الجنسية إلى قانون المقر، وفي هذه الحالة هناك رد من قبل قاعدة التنازع الإنجليزية إلى القانون التونسي.

← يتعلق الأمر برد إلى درجة أولى.

- *مثال للرد إلى درجة ثانية :* الحالة التي تنظر فيها المحاكم التونسية في الحالة الشخصية لإنجليزي مقيم في بلجيكيا، في هذه الحالة تطبيق قاعدة التنازع التونسية يؤدي إلى اختصاص القانون الأنجلوسكسوني والذي بدوره يحيل إلى قانون المقر أي القانون البلجيكي.

← وبما أن الرد تم لدولة أجنبية، فنحن نتحدث عن رد إلى درجة ثانية.

إن مسالة قبول الرد تعد من بين المسائل التي عرفت جدلا في القانون الدولي الخاص، إلا أن إصدار (promulgation) مجلة القانون الدولي الخاص سيضع حدا لكل جدل بما أن الفصل 35 من هذه المجلة ينص على أن " **لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله** ".

المبحث 2 – تطبيق القانون المعين

L'application du droit désigné

بمجرد تحديد القانون المنطبق على العلاقة القانونية، يعود إلى القاضي تطبيقه وبذلك نمر إلى مرحلة ثانية في التحليل التنازعي وهي تطبيق القانون المعين.

وتقتضي هذه العملية الأخيرة تطبيق هذا القانون بالرجوع إلى الوقائع، فالتطبيق هو نقطة الالتقاء (jonction) بين الوقائع والقانون.

فالقانون المعين يتدخل كاستقراء قضائي أولي (majeur syllojisme judiciaire)، ومن هذا المنطلق يمكن التمييز بين حلين : من جهة، هناك الفرضية التي فيها القانون الوطني لتنظيم العلاقة القانونية المعنية، وهذه الحالة لا تثير إشكالا محددا.

فإذا عينت قاعدة التنازع القانون التونسي لتنظيم العلاقة القانونية الدولية الخاضعة لنظر المحاكم التونسية، فإن تطبيق هذا القانون لا يمثل في هذه الفرضية أي خصوصية، فكل شيء يتم في هذا الغرض كما لو كان النزاع داخليا.

ومن جهة أخرى، هناك الفرضية التي يعين فيها قانون أجنبي لتنظيم العلاقة القانونية الدولية الخاضعة لنظر المحاكم التونسية.

وخلافا للوضعية السابقة فإن هذه الوضعية تشكل خصوصية، إذ أن القاضي الوطني مدعو إلى تطبيق قانون صادر عن نظام قانوني غير الذي يمارسه في وظائفه.

هذا التفريق العضوي (dissociation organique) بين السلطة المدعوة إلى البت في النزاع والقانون الذي يعد كاستقراء قضائي أولي يحمل بعض التعقيدات (complications).

فالقول المأثور : **القاضي يعرف القانون** (Jura Novit Curia) لا يمكن أن يطبق في هذه الحالة، فالقاضي محمول على معرفة قانونه ولا يمكن القول بذلك إذا تعلق الأمر بقانون أجنبي وإلا لاعتبرنا أن القاضي الوطني مطالب بمعرفة كل قوانين العالم.

فالصبغة (الطابع) الأجنبية للقانون المنطبق تمنح بعض الخصوصية لتطبيقه من طرف القاضي الوطني، ويظهر ذلك أولا على مستوى كيفية تطبيقه أمام القاضي التونسي، ومن جهة أخرى فإن المصدر الأجنبي للقانون المنطبق يجعل اختصاصه هشا (fragile) لأنه في بعض الحالات سيتم إقصاء (évincer) هذا القانون وتعويضه بالقانون الوطني.

§1- طرق (كيفية) تطبيق القانون الأجنبي Les modalités d'application de la loi étrangère :

تستدعي هذه المسألة دراسة فكرتين (Volets) هامتين : البحث عن محتوى (teneur) القانون الأجنبي وتطبيق هذا القانون.

1-البحث عن محتوى القانون الأجنبي La recherche de la teneur de la loi étranger :

هذه المسالة تطرح إشكالين أساسيين :

- مَنْ المُطالبْ بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي ؟
- كيف سيتمكن الشخص الذي يتحمل عبء الإثبات من إثبات محتوى هذا القانون ؟

I – مبادرة البحث L'initiative de la recherche :

يجب دراسة تباعا دور القاضي والأطراف في إثبات (établissement) محتوى القانون الأجنبي.

1- دور القاضي *Le rôle de juge :*

يستخلص بوضوح من الفصل 38 فقرة 2 من م. ق. د. الخاص انه يمكن للقاضي المبادرة تلقائيا بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع.

وتمنحه هذه الإمكانية (facilité) الخيار بين ممارسة أو عدم ممارسة الامتيازات (prérogatives) التي يوفرها له القانون، كما يمكن للقاضي البحث بصفة تلقائية عن محتوى القانون الأجنبي أو العدول عن ذلك، وفي هذه الفرضية الأخيرة لا يعد موقف القاضي خرقا للقانون ولا تقاعسا من جهته عن القيام بالتزام قانوني.

يظهر هذا الموقف لأول وهلة منطقيا، بما أن القاضي غير مطالب بمعرفة كل قوانين العالم فمن غير المعقول إلزامه بالمبادرة بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي، غير أن هذا الحل لم يسلم من النقد.

إن المنهج التنازعي يعرف مرحلتين أساسيتين : مرحلة تعيين القانون المنطبق ومرحلة تطبيق هذا القانون، وهذين المرحلتين مرتبطتان بصفة وثيقة.

ويتأسس تعيين القانون الأجنبي، المنطبق على العلاقة القانونية، على قرينة يمثل من خلالها هذا القانون الحل الأنسب لتنظيم النزاع الدولي.

ولإعطاء هذا الحل جدوى، يتبنى المشرع مبدأ الصبغة الإلزامية لقاعدة التنازع، إلا أن الهدف الذي يسعى إليه المشرع قد يتعرض إلى التهميش (الإقصاء) إذا لم يكن واجب القاضي في إثارة القانون الأجنبي المنطبق عادة مرتبطا بالتزام محمول على كاهله (mise à marge) بالبحث بصفة تلقائية عن محتوى القانون الأجنبي المعين.

وفي غياب هذا الالتزام الأخير، يتوقف تطبيق القانون الأجنبي على إرادة القاضي المدعو للبت في النزاع.

إن الإمكانية الممنوحة للقاضي صلب **الفصل 32 من م. القانون الدولي الخاص** لا تتناسب مع الموقف الذي تبناه المشرع التونسي والمتعلق بالفقرة على إثارة قاعدة التنازع (**الفصل 28**).

إن القاضي مطالب بتحديد قاعدة التنازع المنطبقة عادة وفي نفس الوقت القانون الذي تعينه هذه القاعدة، إذ يبدو منطقيا تمديد هذه السلطة المدعمة للقاضي في مرحلة البحث عن محتوى القانون الأجنبي.

ب- دور الأطراف Le rôle des parties :

إذا لم يبادر القاضي بالبحث بصفة تلقائية عن محتوى القانون الأجنبي، فإن عبء الإثبات يحمل على الطرف الذي أسس دعواه على القانون الأجنبي (**الفقرة 2 من الفصل 32**).

مثال : زوجين أحدهما يحمل الجنسية التونسية والآخر الجنسية المغربية، وآخر مقر لهما في المغرب.

بعد أن ساءت العلاقة بين الزوجين، طلبت الزوجة -تونسية- الطلاق من زوجها المغربي المقيم بالمغرب.

تعهد القاضي التونسي بالنزاع، وطبق قاعدة التنازع الوطنية التي عينت قانون آخر مقر مشترك (الفصل 49) وهو القانون المغربي حسب ما ورد بالوقائع.

في هذه الفرضية، إذا لم يقم القاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي فعلى الزوجة التونسية إثبات محتوى هذا القانون الأجنبي لأن دعواها مؤسسة على هذا القانون الذي أثار اختصاصه قاضي الأصل بصفة تلقائية.

ويمكن إدراك أن هذا الحل غير كاف، فإذا كان محتوى القانون الأجنبي لا يخدم مصالح هذا الطرف فإن هذا الأخير لن يبذل مجهودا للبحث عن محتواه.

فالطرف الذي أسست دعواه على هذا القانون الأجنبي لن ينصب اهتمامه على تقديم إثبات هذا القانون الضار بدعواه.

هذا الإهمال (retissance) يكاد يلقى تشجيعا ضمن أحكام **الفصل 32 فقرة 4 من م. القانون الدولي الخاص** الذي ينص على أنه " **إن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي** ".

II- وسائل إثبات القانون الأجنبي Les moyens de preuve du droit étranger :

يستوجب إثبات محتوى القانون الأجنبي بذل بعض الجهود، لأن القانون المنطبق يهم نظاما قانونيا غير النظام القانوني الوطني.

ولهذا تبنت مجلة القانون الدولي الخاص نظام إثبات حر (libérale)، إذ تنص **الفقرة 3 من الفصل 32** " **ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية** " (certificats de coûtume).

يقر هذا الفصل على قبول جميع وسائل الإثبات شريطة أن تكون كتابة، هذا الشرط الشكلي تمليه اعتبارات إجرائية مرتبطة بحسن سير القضاء.

فاحترام مبدأ المواجهة (contradictoire) الذي يؤكد عليه **الفصل 32 فقرة 5** لا يمكن ضمانه بطريقة ناجعة إذا تم إعلان محتوى القانون الأجنبي شفاهيا.

يمثل مبدأ المواجهة الأساس الجوهري لحقوق الدفاع، وهو يضمن عدم مجاكمة أي طرف دون سماعه أو استدعاءه.

ويفترض هذا المبدأ أيضا أن كل طرف في دعوى يمكنه الاتصال بالمؤيدات وكل الوثائق التي أدلى بها خصمه بغاية مناقشتها ودحضها.

وطبقا لهذه المعطيات، فمن المتأكد أن الأساس (support) الكتابي للإثبات القانون الأجنبي يسمح بحوار أفضل بين الأطراف فيما يتعلق بمحتوى القانون الأجنبي، فبإمكان كل طرف الاطلاع بسهولة على الأحكام الأجنبية التي أثارها خصمه ومناقشتها على أساس الكتب الذي تم إحضاره.

من بين الوسائل الكتابية للإثبات، يذكر المشرع الشهادات العرفية، ويمكن تعريف الشهادة بكونها " **شهادة كتابية حول نزاع محدد تتعلق بمحتوى القانون الأجنبي** ".

ويمكن أن تصدر هذه الشهادة عن سلطة رسمية (سفارة، قنصلية)، إلا أنه في أغلب الحالات تصدر هذه الشهادة عن خواص متخصصين في ميدان محدد، عن ممارسي القانون (محامون) أو أيضا عن جامعيين.

إن الموقف المتبنى في **الفقرة 3 من الفصل 32** لا يميز بين الشهادات العرفية الصادرة عن سلطة رسمية أو الشهادات الصادرة عن الخواص.

ونظرا لعمومية عبارة القانون فيجب أن تأخذ على إطلاقها كما ورد في قاعدة التأويل المنصوص عليها **بالفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود.**

من هنا يمكن التأكيد على أن موقف المجلة هو أكثر توسعا من موقف القضاء السابق، ففي قرار **مؤرخ في 1981/4/30.** رفضت المحكمة الابتدائية بتونس الأخذ بعين الاعتبار استشارة قانونية أقامها أساتذة في القانون، وهي استشارة قدمت في الوقائع لإيضاح محتوى قانون دولة Hichigan المنطبق على الحال.

ويشترط قضاة الدرجة الأولى أن يكون محتوى هذا القانون المنطبق على العلاقة القانونية قائما على وثيقة رسمية.

◄ لكن مثل هذا التضييق لم يعد له أي دور، فالشهادة العرفية مقبولة مهما كان مصدرها.

لكن الشهادة العرفية ليست الوسيلة الوحيدة لإثبات محتوى القانون الأجنبي، فهذا الأخير يمكن إثباته من خلال مقتطفات من دراسات (production d'extraits d'ouvrages)، من مراجع (revues) ومنشورات (publications) أخرى تقترح حلولا نص عليها القانون الأجنبي المعني.

وتشترط بعض الاتفاقيات الدولية للتعاون القضائي المصادق عليها من قبل تونس، أن الدول الأعضاء تتبادل بصفة منتظمة النصوص التشريعية حيز التنفيذ، كذلك المنشورات، المراجع والدراسات القانونية والقضائية (انظر هذا الغرض الفصل 1 من الاتفاقية العربية للتعاون القضائي الرياض المؤرخة في 1983/4/6، الفصل 1 من التافقية المغاربية للتعاون القضائي المبرمة في ليبيا المؤرخة في 9 و1991/3/10).

يتعلق بالنظام العام في كل مرحلة من مراحل النزاع، وتتحقق هذه الحالة إذا وجد أحد أطراف النزاع أجنبيا (شخصا طبيعيا أو معنويا) وغير مسلمين رغم أن المنازعة بالمبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني هو نفسه.

هذا الجواب الذي يعطى يتغير حسب معطيات كل واقعة (espèce).

جدور محاولة القانون الدولي الخاص استوحت ابتداء المبدأ لهذا التوجه الستثير للنظام العام على معنى القانون الدولي الخاص، وفي هذا الإطار تشير الفقرة 2 من الفصل 6 إلى أن "يثير القاضي الدفع بالنظام العام، مهما كانت جنسية أطراف النزاع".

ومن جهتها تضيف الفقرة 3 من نفس الفصل أن "ولا يقبل الدفع بالنظام العام لتبرير عرقلة إجراءات النزاع بالنظام القانوني الأجنبي".

ويتدخل هذا القانون هنا لاستبعاد قضاء غير ملائم، ويتذكر معارضة القانون الأجنبي ——— للاختيارات الأساسية للمجتمع لكي يثير القاضي استثناء النظام العام واقصاء القانون الأجنبي الذي يخالف القيم الوطنية المتعارف عليها كانت بمعطيات الوقائع ومدى قوة الارتباط بين النظام القانوني الوطني والنزاع.

III - آثار النظام العام على معنى القانون الدولي الخاص. (Effets de l'ordre public au sens du DIP)

يجب التمييز بين أثرين: من جهة هناك أثر سلبي ومن جهة أخرى الأثر الإيجابي.

أ - الأثر السلبي: (l'effet négatif)

سيسمح النظام العام بمعارضة القانون الأجنبي المنطبق عادة على النزاع وتذكر بإقصائه، ويترجم الأثر الإقصائي (exclusion) من الوظيفة الدفاعية لاستثناء النظام العام.

لكن إقصاء القانون الأجنبي لا يمكن أن يشمل إلا الأحكام المخالفة للاختيارات الأساسية للنظام القانوني الوطني، وبالتحديد فإن هذا المفهوم يجب أن تفهم الفقرة 1 من الفصل 6 من ظهير القانون الدولي الخاص.

إضافة إلى تركيزه على الأثر الإقصائي للنظام العام، يؤكد المشرع في هذه الفقرة على إمتداد الإقصاء، فالإقصاء لا يشمل إلا الأحكام القانون الأجنبي التي تخالف الاختيارات الأساسية الوطنية، أو بالنسبة لطلبات يبقى النزاع خاضعا إلى القانون الأجنبي المعين مبدئيا لتنظيم العلاقة القانونية.

ويتسع هذا الحل مع الطابع الاستثنائي لآلية النظام العام على معنى القانون الدولي الخاص؛ لكن نظرا استثناء، فهذه الأخيرة يجب أن تستوعبها (apprécié) بصفة ضيقة لكي لا تشل السير العادي لقاعدة التنازع بعيدا عما يظهر ضروريا لحماية الاختيارات الأساسية للنظام القانوني الوطني.

وهذا الحل تبنته محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها الصادر في 1964/11/17، في هذا القرار أقرت الغرفة الأولى المدنية لمحكمة التعقيب الفرنسية أن قانون المواريث ليس مخالفا للنظام العام إلا إذا نفت المسلمين بفقدان الأهلية، فالوارث غير المسلم يجد (sa vocation) الوراثية في الآلية باستثناء النظام العام ويبقى القانون الإسلامي مختصا لتحديد نصيب الورثة الذين لهم حق.

ب - الأثر الإيجابي: (l'effet positif)

عند ما يستبعد القاضي باسم النظام العام القانون الأجنبي المختص عادة، يجب كنتيجة لذلك تطبيق الحل الخاص به على النزاع.

ويستثنى هذا الحل بوضوح من أحكام الفصل 6 فقرة أخيرة، فإقصاء القانون الأجنبي يستدعي تعويض القانون المستبعد للتخفيف (publicité) من الوظيفة التي تسند عزلا قانونيا في العلاقة القانونية نتيجة للأثر السلبي للنظام العام.

ويتدخل القانون المؤسس (lex fori) عام معوض للقانون المختص عادة، وتشير عبارة "قانون المحكمة" إلى (lex fori) معبودة لتنظيم كل مسائل القانون الخاص التي تطرح في النظام القانوني الوطني.

أما بالنسبة لعبارة "قانونية" فهي تذكر بأن اللجوء إلى lex fori يكون في درجة ثانية عندما يكون القانون الرئيسي لأسباب أخرى لا يقبل التطبيق.

IV - التحايل على القانون: (la fraude à la loi)

تكرس الفصيلة الرئيسية للقانون الدولي الخاص عبارة "التحايل على القانون"، ويتم الدفاع عن الحرية في هذا المجال: "لا يكون التحايل على القانون إلا تعبيرا عن العطش" لأحد عناصر السناد الوطنية القانونية الواقعية بهيئة تجنب تطبيق القانون المؤسس أو الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع المختصة".

وقد عرفت المحكمات الكلاسيكية للتحايل على القانون:

① العنصر المادي: يتمثل في التعديل (التغيير) الإرادي لعنصر الارتباط (التغيير الإرادي للجنسية، التغيير الإرادي للمقر، التعلة الإرادية للاثبات...)

② العنصر المعنوي: التعديل الإرادي لعنصر الإسناد لا يمكن رفضه (مكافحته) الأداء كان له هدف تحايل بمعنى محاولة الفرار (التهرب) من أحكام القانون الذي يشير إليه قاعدة التنازع.

بين الزوجين (المعارضة للنظام العام على خرق القانون الدولي الخاص أن ينظر في نفس النطاق قرار المحكمة الابتدائية في 14/7/1 [illegible] الذي يدمج بين زوجين الإثنان)

- الفرع الثاني للمبدأ يهدف لحماية العائلة الذي يدمج بها الشخص، هذه المجموعة تمثل النواة الأساسية لكل مجتمع ← فموضوع الحماية هنا هو الحياة العائلية للشخص.

وتشير ديباجة الدستور التونسي في هذا الإطار إلى أن النظام الجمهوري يمثل الوسيلة الأنجع لضمان حماية العائلة، تسعى مجموعة أولى من المبادئ إلى حماية العائلة في وجودها، فحماية الأموال الزوجية (Les régimes matrimoniaux) من التصرفات العشوائية لأفراد العائلة، التي يمكن أن تهدد وجود العائلة.

(الفصل 4 فقرة 1 من م. الأحوال الشخصية، الفصل 3 فقرة 1 من قانون 1957/8/4 المتعلق بالحالة المدنية للزواج، الفصل 5 من م. الأحوال الشخصية: إقرار الطابع القضائي للطلاق)

كما يسعى المشرع إلى حماية العائلة في نشأتها، ومن هذا المنطلق يتبنى النظام القانوني التونسي بهذه المطلقة الزواج المختلط (Les mariages mixtes) كما يتبنى بهذه الغير قابلة للدحض مثال العائلة الأحادية (Les familles monogamiques)

- الهدف الثاني للمبدأ الأساسية يهدف إلى حماية أموال الشخص، وفي هذا الإطار ينص الفصل 14 من الدستور "حق الملكية مضمون".

إن الاعتراف بالملكية الخاصة هو اختيار أساسي للنظام القانوني التونسي الذي يعارض استقبال أي قانون أجنبي يتجاهل هذا الاختيار.

ولا يكتفي النظام القانوني التونسي بالاعتراف بالملكية الخاصة، فهو يحمي صاحب هذا الحق من التدخلات ذات المصدر التعسفي أو الغاصب التي يمكنها أن تعكر الممارسة الهادئة (Les troubles) لهذا الحق.

- الفرع الثالث للمبدأ الأساسية يهدف إلى حماية تصرفات الأشخاص، ونميز في هذا الفرع بين العلاقات العقدية والعلاقات غير العقدية.

فيما يتعلق بالعلاقات العقدية، يتمحور النظام القانوني التونسي حول مبدأ أساسي هو مبدأ استقلالية الإرادة (سلطان الإرادة) الذي يؤدي إلى الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد.

ويتمثل الأمر هنا بين سند أساسي (Le fondement) للقانون التونسي للعقد الذي يعرف بعض الاستثناءات ← (أنظر مثال قانون 1959 المتعلق بالبيع بالتقسيط).

والقوانين الأجنبية التي لا تتعارض في مكانة للمفاهيم القانونية تكون مخالفة للنظام العام التونسي على معنى القانون الدولي الخاص.

كما يعترف القانون التونسي لكل متعاقد ضحية ضرر ناتج عن تدهور الزمان الآخر في العقد إمكانية طلب تعويض عادل ويوجد نفس المبدأ في ميدان العلاقات غير العقدية بما أن القانون التونسي يقر بأن كل شخص مسبب مباشرة أو غير مباشرة ضرر للغير وجب عليه جبر الضرر الحاصل للضحية (المتضرر).

وكل قانون يتجاهل هذه الحلول لا يمكن تطبيقه في النظام القانوني التونسي.

ب- [illegible] (Le fondement de l'exception de fraude à la loi)

حسب فقه القضاء السائد لهذه المرحلة، فإن معارفة القانون الأجنبي للقيم الوطنية لا يدعي لإقصاء هذا القانون للوصول إلى هذه النتيجة، يجب أن تمثل الوطنية المعنية أرتباطا وثيقا بالنظام القانوني التونسي، وتبين بعض الوقائع أن تدخل النظام العام مشروط بوجود طرف تونسي في القضية.

- من ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 6/12/1973، وتشير الوقائع إلى أن المحكمة أكدت على أن القانون الإيطالي الذي لا يقبل الطلاق يخالف متطلبات النظام العام التي تستوجب عدم حرمان المرأة العاملة للجنسية [illegible] من ممارسة أحد حقوقها الأساسية المعترف بها من قبل المشرع التونسي، ولهذا السبب تم تطبيق القانون التونسي الذي يؤمن القانون المختص.

- في قرار صادر عن محكمة التعقيب في 1987/6/16 لم يكتف القضاء بالرجوع إلى الجنسية التونسية لتبرير معارفة القانون الوطني للزوج (القانون المغربي) بل أثارت عنصرا آخر يتعلق بالتقارب (Le rapprochement) بين الوطنية المتنازعة والنظام القانوني التونسي: الاشتغال بالزواج في تونس وتمركز الإقامة الزوجية في هذه البلاد.

- وأخيرا يمكن التذكير بأن قلم المحكمة الابتدائية بتونس في 1977/6/7 ذهب إلى حد اعتماد الدين الإسلامي لأحد الطرفين لتبرير استبعاد القانون الأجنبي المختص من ذلك الوقت في مادة الطلاق.

هذا التعبير قد عم بمقاصد ترجيح عن الارتباط الوثيق بين النزاع والنظام القانوني الوطني: إقامة الزوج في تونس أو هو مقره الفعلي، اندماج الزوج في المجتمع التونسي الذي له معتقداته الإسلامي، إقامة الزواج أمام عون حالة مدنية في تونس.

هذا التوجه يجعل من استثناء النظام العام آلية مشروطة بوجود ارتباط شخصي للنزاع بالنظام القانوني التونسي الجنسية التونسية للزوجة، اعتناق (Les convertis) الإسلام للمرتد.

أدت هذه الاعتبارات إلى إقرار شق من الفقه للآلية بالمعنية - بعبارة نظام عام شخصي، ويتمثل الأمر هنا في نظام عام عصمته الرئيسية الدفاع عن مصالح المواطنين المستقلين في الخارج، وفي بعض الحالات مصالح المسلمين الأطراف في النزاع الخاضعين للقانون التونسي.

بما أنه أعد للدفاع عن القيم الوطنية المحفوظة (Les valeurs), فقد تحول النظام العام إلى أداة لحماية الأشخاص المدمجة في المحيط الاجتماعي التونسي الذي يستفيد حماية القانون المستقل نظرا لجنسيتهم أو معتقداتهم. أيضا يمثل مفهوم النظام العام حدا سلبيا للحد من استخدام وتنامي الحلول الوطنية، ويتضح ذلك إذا وجد

ونعتقد أنه من المفيد معرفة أن تطور شبكة الانترنات توفر بهذه الملونة أفضل اتصال بالمعطيات القانونية التي تقدم أو ظنه قانونية أجنبية.

ونظرا للسهولة والسرعة التي توفرها هذه الوسيلة (الانترنات) على مستوى البحث، فإنه يغلب الظن أن مستقبل المعلومة القانونية سيعرف أهمية على الواب (Web).

⑵ - تطبيق القانون الأجنبي الذي وقع إثباته: (La mise en œuvre de la loi étrangère établie)

يفترض أن يعرف القانون الأجنبي الذي وقع إثباته صعوبة عند التطبيق، إذا كان مفهوم هذا القانون غير واضح، وتؤدي هذه الوضعية الأخيرة إلى تأويل القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني وذلك تحت رقابة محكمة التعقيب.

I - تأويل القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني: (L'interprétation de la loi étrangère devant le juge du fond)

في بعض الحالات، تكون الأحكام الأجنبية المدعوة إلى تنظيم العلاقة القانونية غير واضحة؛ ففي هذه الوضعية لا يمكن تطبيق القانون الأجنبي على الوقائع إلا إذا قام القاضي الوطني مسبقا بتأويل القاعدة الأجنبية المتعلقة على النزاع.

التأويل يعني تحديد المفهوم الحقيقي للقواعد القانونية الغامضة (المبهمة).

تتمثل الوضعية المعقدة بعض الشيء، باعتبار أن الأحكام التي تطرحها الوقائع لا تنتمي إلى النظام القانوني للقاضي المدعو إلى تطبيقها، ومن هنا تطرح مسألة معرفة: بالرجوع إلى أي نظام قانوني يتم تأويل القاعدة الأجنبية؟

في هذا الخصوص، هناك اتجاهين متكاملين:

- الاتجاه الأول: اتجاه حرفي ← يؤكد على أنه التأويل يجب أن يتم بالرجوع إلى المفهوم الذي أعطاه النظام القانوني الوطني للحكم الغامض، وبالتالي هذا التأويل في هذه الحالة على القواعد التونسية للتأويل.
- الثاني: منفتح على الأنظمة القانونية الأجنبية ← ويتمثل في تأويل القانون الأجنبي كما هو مفهوم في النظام القانوني الذي أعلاه.

وبالتأسيس على هذا الخيار على فكرة عدم إمكانية الفصل بين الأحكام الأجنبية المعنية والواقع القانوني الذي تندمج به، وكل حل مخالف يؤدي إلى خروج القانون الأجنبي عن إطاره الطبيعي.

وقد اختار المشرع التونسي الحل الثاني بسبب أنه فتح هراحة طلب الفقرة 1 من الفصل 34 من م.ا.ق.د.ا.خ على أن «يطبق القاضي التونسي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في بلده غير النظام القانوني المنتمي إليه»

في هذه الحالة، يكون القاضي التونسي مطالبا بالبحث عما يجب في القانون الأجنبي واتخاذ دراسة ما هو عليه. عند القاضي يتدخل في هذا الإطار على استخلاص واقع القانون الوضعي الأجنبي دون الإدلاء بحكم تقييمي (jugement de valeur) إلا إذا كان هذا القانون مخالفا للنظام العام طبقا لمفهوم القانون الدولي الخاص.

II - رقابة محكمة التعقيب على تأويل القانون الأجنبي: (Le contrôle de la cour de cassation pour l'interprétation du droit étranger)

تنص الفقرة 2 من الفصل 34 من م.ا.ق.د.ا.خ على أنه «ويخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب». يشكل هذا الحل قطيعة واضحة مع موقف عنه الدفاع التونسي السابق لوضع البطاقة، حيث استقرت القضاء على التأكيد بأن محكمة التعقيب لا تراقب تأويل القانون الأجنبي (أنظر قرار تعقيبي مدني في 1956/2/14 وأيضا قرار تعقيبي مدني في 1955/1/11).

أحكام الفقرة 2 من الفصل 34 لا تخلت عن هذا الموقف التقييدي (restrictive)، وهي تثير رقابة شاملة لمحكمة التعقيب على تأويل القانون الأجنبي.

ويتساءل هذا الحل مع المقاربة القانونية للقانون الأجنبي التي تبناها الفصل 33 من م.ا.ق.د.ا.خ الذي يعتبر القانون الأجنبي «مجموع أحكام» بمعنى قواعد ملزمة تابعة عن مصادر تشكيلية للنظام القانوني الأجنبي. فما أن هذا المفهوم للقانون الأجنبي يتوافق (ينسجم) مع أحكام الفقرة 2 من الفصل 47 من م.ا.ق.د.ا.خ المتعلقة بالعرفانات المدنية والتجارية، الذي يحيل عن الخطأ في تأويل القانون حالة دعكن من الطعن.

إن عبارة «الخطأ في تأويل القانون» المنصوص في هذا الفصل عادة ما يتعلق تعلق القانون الوطني والقانون الأجنبي.

III - عوائق تطبيق القانون الأجنبي: (Les obstacles à l'application de la loi étrangère)

يجب التمييز بين وضعيتين: من جهة الاستثناء المتعلق بالنظام العام، ومن جهة أخرى الاستثناء المتعلق بمضمون القانون

1 - استثناء النظام العام: (L'exception d'ordre public)

إذا تعارض محتوى القانون الأجنبي المعين لتنظيم العلاقة القانونية مع الخيارات الجوهرية للنظام القانوني الوطني، فيتعين استبعاده (استبعاد) القانون الأجنبي.

ويتم استبعاد القانون الأجنبي المطبق عادة بواسطة آلية تسمى استثناء النظام العام [illegible]

تستند مشروعية القانون الدولي الخاص الى مبدأ الاعتراف

جميع مفهوم القانون الدولي الخاص فإن تستبعد القانون الأجنبي المختص عادة إذا رأى أن هذا الأخير لا يتماشى مع المبادئ العامة للنظام القانوني الوطني.

I - مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص: (Notion de l'ordre public du DIP)

ينفق الفقه عامة على تقديم النظام العام على معنى القانون الدولي الخاص كأداة إسناد لقاعدة التنازع، فهو إسناد ذات طابع استثنائي يستبعد القانون الأجنبي المختص عادة إذا ما جاءت هذه الأخيرة على أحكام يعتبرها غير مقبولة من طرف المحكمة المتعهدة.

ويرتكز قبول النظام القانوني الوطني لاستقبال قانون أجنبي بغاية تنظيم النزاع القانوني لنظرة القانوني الوطني على منح اختصاص تبرره الرغبة في تنظيم الارتباط بين الأنظمة القانونية، أيضا إخضاع العلاقة القانونية إلى القانون الذي ترتبط به بصفة وثيقة.

ويؤدي هذا الارتباط (coordination) إلى قرينة وجود اشتراك في القانون بين القوانين (respectives) مختلف الدول، إلا أن هذه القرينة في هذه الحالة بسيطة، فمنح الاختصاص لا يبقى إذا خالف محتوى القانون الأجنبي المفاهيم الأساسية للنظام القانوني الوطني.

II - عوامل الدفع بالنظام العام على معنى القانون الدولي الخاص: (Facteurs de déclenchement de l'ordre public au sens du DIP)

يجب أولا تحليل عوامل الدفع بالنظام العام على معنى القانون الدولي الخاص قبل التعرض ثانيا إلى حدود هذه العوامل.

أ- تحليل عوامل الدفع: (Analyse des facteurs de déclenchement)

إن إقرار استثناء النظام العام مشروط بوجود تعارض بين القانون الأجنبي المنطبق عادة والخيارات الأساسية للنظام القانوني الوطني.

إن عبارة الفقرة 3 من الفصل 3 من م.ق.د.خ تدفع في الاعتبار (الطابع الاستثنائي) لهذه الآلية، حيث ينص الفصل 3 أن "تشير القاضي الدفع بالنظام العام إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية لنظام القانوني الوطني".

ماذا يقصد بـ "الاختيارات الأساسية"؟ ← يشكل مفهوم "الاختيارات الأساسية" قاعدة قانونية. القاعدة (Standard = norme) القانونية هي عبارة عن مؤشر على معيار غير محدد، مثال: مفهوم حسن النية، مفهوم مفلحة الطفل، مفهوم الإنصاف...

أدخل المشرع إرادياً (المتعاقدين) مثل هذه المفاهيم حتى يترك للقاضي حرية أكبر للاجتهاد، فمرونة هذه المبادئ (القواعد) تسمح بتبنيها حسب (عصر) تطور الوقائع والقيم الاجتماعية.

ولتجنب سلطة تحدد مفهوم الاختيارات الأساسية، يمكن إعطاء تعريف أولي تظافر من خلاله الاختيارات الأساسية كالتوجهات الأساسية للنظام القانوني الوطني التي ترتسم عدد (contours) كل مادة = وحدة معرفة.

[3 اختيارات أساسية في القانون الدولي الخاص ← المجموعة الأولى من القوانين تسعى إلى حماية الشخص في حد ذاته.
← المجموعة الثانية من القوانين تسعى إلى حماية أموال الشخص.
← المجموعة الثالثة من القوانين تسعى إلى حماية تحرك الأشخاص عبر الحدود.

+ حماية الشخص ← على مستويين ← شخصي
← علاقاته العائلية] اختيار تشريعي
+ حماية الأموال ← حماية الملكية: الشركة.
+ حماية التعرفات ← تعرفات تعاقدية.
← تعرفات غير تعاقدية]

ويمكن القول أن هناك خطوط رئيسية (قيادية) (conductrice) تدفع في الاعتبار هذه الاختيارات، فكل هذه الاختيارات ستعود بالرجوع إلى العدل التبع.

وفي هذا الإطار، يمكن التمييز بين ثلاث أصناف من الاختيارات: (مفهوم ثلاثي - حسب)

الصنف الأول للاختيار يهتم الشخص في حد ذاته، ويمكن التمييز هنا بين فرعين للمبادئ الأساسية:

- الفرع الأول يعتبر ذلك ضمان حماية فردية للشخص بينما يسعى الفرع الثاني إلى حماية الشخص في حياته العائلية.
- الفرع الأول يسعى إلى حماية الشخص بصفة فردية، هذه الحماية موجهة إلى الشخص ككائن حي (une personne physique) كإنسان (Homme).

ويمكن أن نذكر كمثال: حق كل شخص في الحرية والأمن، حق كل شخص في احترام حياته الشخصية، الحق في معاملة على أساس المساواة وليس التمييز (interdiction de discrimination) (بسبب الدين، الجنس أو الأصل).

نورد حادثة المحكمة الابتدائية بتونس مؤرخة في 15/11/1911 يدفع في الاعتبار دفع النظام القانوني التونسي استقبال بخانبة مميزة.

تشير الوقائع إلى أن قضاة الأصل استبعدت القانون التعرفي المنطبق عادة على الطلاق لكونه القانون الدولي الزوج بتعلة أن هذا القانون لا يسمح للمرأة بطلب الطلاق.

يشير القضاة أن دفع هذا القانون الأجنبي يحرم المرأة من إمكانية طلب الطلاق.

③ التحيز القانوني : يتمثل التحيل تهريا يسعى إلى تجنب تطبيق القانون المنطبق عادة على النزاع ، على العلاقة القانونية .

ولا يهم إن كان القانون المتحايل عليه القانون الوطني أو القانون الأجنبي ، فإذا كان هناك نزاع وبالرغم من ذلك تحقق مختلف العناصر وجب عليه معاقبة المتهرب الضريبي .

ويوضح الفصل 38 من فقرته 2 أنه "لا يمكن الاحتجاج بالتحايل على القانون . فلا عبرة للتغيير عنصر الإسناد" فعلى مستوى تعيين القانون المنطبق يتم كل شيء كما لو أن التغيير عنصر الإسناد ليس قائما ، ويعود هذا الحل إلى القول أن الأداة (الوسيلة) التحايل أي التصرف القانوني لا يعارض به المشرع ، ولا يمكن تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة .

II - طرق المنافسة : (les méthodes concurrentes)

هناك نقدان أساسيان يوجهان إلى طريقة التنازع الكلاسيكية : من جهة يعيب على الطريقة النزاعية شذوذ دولية الحلول (excès d'internationalisme) ، ولم يتطرق النقاد إلى إثارة إلى أن المقاربة النزاعية للقانون الوطني والقانون الأجنبي تشتمل بمعاملة متساوية : كلا الفرعين لقاعدة التنازع موضوعان على قدم المساواة . متجاهلين أحد هذه القوانين مرتبط بالطريقة التي يتحقق بها عنصر الإسناد في كل علاقة ، وتأكيدا لهذا الحل يمكن القول أن الفصل 38 الجديد يفرض تحقيق موضوع هام (أولي) في القانون الدولي الخاص ، من ذلك الربط بين مختلف الأنظمة القانونية المعنية بالعلاقة القانونية .

ثم لأن تنظيم (organisation) هذه الثورة يمكن أن يؤدي إلى بعض التوقيات : التفاعل (interférence) في المصلحة الوطنية .

وتعتبر طريقة القوانين البوليسية جوابا لهذا النقد الموجه إلى الطريقة الكلاسيكية .

من جهة أخرى ، نلاحظ على الطريقة الكلاسيكية عدم كفاية دولية ذاتها . إذ لاحظنا في هذا الصدد أنه مهما كان القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد لتنظيم العلاقة القانونية الدولية ، يبقى هذا القانون في كل الحالات قانونا داخليا وقع تأسيسه بالرجوع إلى اعتبارات داخلية صرفة .

كذلك لاحظنا الطابع غير الملائم لتطبيق قانون داخلي على علاقات خاصة دولية ، هذا الحل لا يأخذ بعين الاعتبار الحجم (dimension) الدولي للعلاقات المعنية .

وتعتبر طريقة القواعد المادية هي الجواب العملي لهذا النقد .

الفرع الثاني : طرق القوانين البوليسية : (les méthodes des lois de police)

يوجب ظهور معاملة ثالثة بين فرعي قاعدة التنازع لأنها يمكن أن تظهر بمجال النظام القانوني الوطني . إذ هناك حالات تعين فيها قاعدة التنازع قانونا أجنبيا لتنظيم النزاع رغم تجاهلها لمتطلبات (exigences) الوطنية . مثال : مثلا جزائري مقيم في تونس يعيش بصفة دائمة يوجد في حالة اغتراب (séjour) .

حماية القاصر يرضيها وليه الشرعي طبقا للفصل 12 من القانون جنسية القاصر الجزائري طبقا للظروف الحالية (l'heure) من القانون الجزائري .

بالرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص ، يعود عادة إلى القانون الأجنبي فإن حماية هذا القاصر ، لكن في مثل هذه الحالة نلاحظ أن المجتمع التونسي معني مباشرة بصفة المسألة لأن عدم إدماج (inadaptation) هذا القاصر المقيم على التراب التونسي يمكن أن يشكل خطرا (عسير) للمجتمع التونسي ، وفي هذه الحالة هناك ضرورة ملحة لحماية المصالح الممتدة في المجتمع التونسي .

فرفع قاعدة التنازع يصبح غير ملائم لأنها تكرس صيغة (solution) غير متوافقة (incompatible) مع الوضعية في هذه الفرضية .

هذه قاعدة التنازع ستعتبر تهديفها (détournée) لفائدة القانون الوطني الذي يطبق في هذه الحالة مباشرة بغاية طمأنة بعض التنظيم للمجتمع التونسي ، وفي هذه الفرضية تتدخل الحلول التونسية كقانون بوليسي .

يتم تغيير تهديف قاعدة التنازع هنا لفائدة القانون البوليسي الوطني ، ولكن يتم في قليل من الفرضيات في التطبيق تغيير تهديف قاعدة التنازع لفائدة قانون بوليسي أجنبي .

الهدف (1) - تغيير مباشر لقاعدة التنازع لفائدة قانون بوليسي وطني :

(le déclassement de la R.C au profit de la loi de police du for)

تنص الفقرة 2 من الفصل 38 على تطبيق مباشر [illegible] القانون البوليسي من قواعد التنازع لنظام القانون الذي يكون تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض [illegible]

يتضح من هذا النص الذي يمثل وجهة نظر القاضي أن بعض القوانين لا تقبل التنافس مع القوانين الأجنبية ، فبعض القوانين البوليسية تتبع أهدافا يعتبرها المشرع وطنيا تحتل أهمية أعلى مقارنة بالقوانين الأخرى .

وبذلك إذا تحققت شروط تطبيق هذه القوانين ، فيجب أن تطبق مباشرة دون المرور بوساطة قاعدة التنازع .

ومن هذا الإطار تطرح مسألة أساسية : متى يمكن القول بأن قاعدة قانونية تكرس صيغة القانون البوليسي ؟ يمكن التفكير بأن القانون يكرس مثل هذه الصيغة إذا كان يهدف إلى حماية نظام اجتماعي ، اقتصادي أو سياسي وبدونه يتهدد التنظيم الحكومي (gouvernemental) ولا يتكون .

فالتابع المميز لهذه القوانين هو قيامها بتحقيق تنظيم للمجتمع ، ودراسة هذه القوانين أجهزتها

ضرورية لحماية التنظيم السياسي، الاجتماعي والاقتصادي للدولة، وفكرة النظام والتنظيم موجودة هامة المقام الأول الى درجة أن نسبية هذه القوانين تؤمن بولشيفية.
فأهمية الهدف المتبع من قبل هذه القوانين يعطيها طابعا مميزا مقارنة بالقوانين الأخرى، فهي تتمتع بأولوية التطبيق، ودون اللجوء ضرورة الى المنهج التنازعي، كما أن القوانين البوليسية لا تقبل مناقشة مع القوانين الأخرى.

* مثال أول للقوانين البوليسية ← القوانين التونسية لحماية الطفل المهدد بخطر: يهدف الفصل 3 ومابعده من مجلة حماية الطفل الى حماية الطفل المهدد بخطر، ذلك يسعى النظام القانوني التونسي من خلال هذه الحماية الى حماية الأجيال القادمة التي ستشكل مجتمع الغد.
فبحماية الطفل المهدد بالخطر سنحاول تحاشي انتشار عدد كبير من الأطفال فاقدي الشد (phénomène) هذه الوضعية التي لطالما هددت وجود وتطور المجتمع التونسي.
كذلك يجب الإقرار بأنه اذا وجدت حالة يكون فيها الطفل مقيما في تونس بصفة دائمة ويكون مهددا بخطر، فإن أحكام مجلة حماية الطفل يجب أن تطبق مباشرة لأن هذه القواعد تتبع مهمة دفاعية اجتماعية يجب حمايتها في مقام أول بغض النظر عن الاعتبارات المتعلقة بتنازع القوانين.

* مثال ثاني للقوانين البوليسية ← القوانين التونسية المتعلقة بالمؤسسات التي تمر بصعوبات:
أحكام قانون 17/95 المؤرخ في 14/2/1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات تسعى الى تحقيق هدف اقتصادي أساسي تقره أحكام الفصل 4 من هذا القانون.
بالرجوع الى هذا الفصل نلاحظ أن انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وعواقبها ذات طابع، والمحافظة على مواطن الشغل ودفع دورتها.
(la prépondérance) الأهداف الشبعة من قبل هذا القانون تستدعي التدخل المباشر في اطار القانون المعين من قبل قاعدة التنازع.

ب) التعبير تصنيف قاعدة التنازع لفائدة القانون البوليسي الأجنبي:

(le déclenchement de la R.C au profit de la loi de police étrangère)
تستوجب الفقرة 2 من الفصل 38 جملة من الشروط المتكاملة (cumulatives) لتطبيق القانون البوليسي الأجنبي أمام القاضي التونسي:
- الشرط الأول ذات صبغة جوهرية (substantielle)، اذ يسعى الى الهدف (finalité prépondérante) للقانون الأجنبي البوليسي.
- الشرط الثاني ذات صبغة شكلية، فهو يتمثل في ضرورة وجود ارتباط مميز بين القانون البوليسي والوضعية المعنية.

1- الشروط الجوهرية: (les conditions substantielles)

الهدف ..... للقانون البوليسي الأجنبي. (la finalité prépondérante de la loi de police étrangère)

(prépondérante) لا يمكن تبرير تطبيق القانون الأجنبي الا اذا اشتمل القانون الأجنبي على هدف جدير بالحماية بالنسبة للنظام القانوني للدولة الأجنبية، وفي هذا المعنى يجب فهم الفقرة 2 من الفصل 38 الذي ينص على أن تطبيق القانون الأجنبي عبر المعين بقواعد التنازع اذا كان لهذا القانون رابطة وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضروريا بالنظر الى الغرض المقصود.

2- الشروط المتكاملة: الروابط المميزة بين القانون البوليسي الأجنبي والوضعية المعنية:

(les conditions formelles : le lien caractérisé de la loi de police étrangère avec la situation envisagée)
حتى يتم تطبيقها من طرف القاضي التونسي، يجب أن ينظم القانون البوليسي الأجنبي ليس فقط متطلبات أساسية للنظام القانوني الأجنبي بل أيضا يجب أن يرتبط بهذه وثيقة بالوضعية القانونية المعنية.
فالطابع الاستثنائي للقانون البوليسي وحده يؤدي الى تطبيقه دون هذين القوانين، فهو يؤدي الى عدم تطبيقه خارج الميدان المحدود لتدخل المصالح الأساسية للنظام القانوني الأجنبي.