

# قانون مدني

النظرية العامة - الأشخاص -

إثبات الحقوق

محمد كمال شرف الدين

أستاذ مبرز بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

محمد كمال شرف الدين : نال الأستاذية في القانون من جامعة باريس 11 وتحصل على شهادتين في الدراسات المعمقة من جامعة باريس 1 السريون ثم أحرز على دكتوراه الدولة في الحقوق بتونس (1990)، وعلى التبريز في القانون الخاص وعلوم الإجرام (1991). وتم تعيينه أستاذا للتعليم العالي (1997)، وهو يدرّس بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس منذ 1981 مادتي القانون المدني والقانون العقاري. وهو محامي لدى التعقيب ويمثّل علمياً تونس لدى المنظمة الدولية للقانون الخاص الموحّد (منذ 1994). وله عدّة دراسات في القانون منشورة بتونس وفرنسا، والمؤلف عضو بالمجلس الدستوري ومتحصّل على وسام الاستحقاق في التربية والعلم.

# قانون مدني

النظرية العامة - الأشخاص -

إثبات الحقوق

محمد كمال شرف الدين

أستاذ مبرز بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

الطبعة الأولى

المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية

2002

# مقدمة

**1 - تعريف القانون المدني :** يتفق جلّ الفقهاء على أنّ القانون المدني هو أهمّ مكون للقانون الخاصّ وهو يهدف لتنظيم العلاقات بين الأفراد إلاّ إنّ هؤلاء الفقهاء يختلفون في تحديد التعريف. فمنهم من يركّز على هدف القانون المدني فيرى أنّه «القانون الخاصّ الذي ينظم علاقات الأفراد بغضّ النظر عن طبيعتها وعن المهنة التي يمتثلونها»<sup>1</sup>. ومنهم من يركّز على مصادر القانون المدني فيرى أنّ «أسلم تقديم القانون المدني يتمثّل في اعتماد مصادره ومن هذه الزاوية يمكن القول بأنّ القانون المدني يتكوّن من مجموعة القواعد القانونية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء»<sup>2</sup>. ومنهم أخيرا من يركّز على محتوى القانوني المدني فيعتبر أنّه «مجموعة الأحكام المنظّمة للعلاقات بين الأشخاص والمتأتية من معاملاتهم المدنية أي العادية اليومية»<sup>3</sup>، وبصفة أدقّ يخير توضيح هذه الأحكام بالتنصيص على

(1) رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، القاعدة القانونية، الدار الجامعية بيروت، غير مؤرّخ، صفحة 157. وبنفس المقاربة، يعرف كذلك الفقيه

François TERRE, Introduction générale au droit, 3ème édition, Dalloz, Paris, 1996, n° 85, p.71.

(2) يراجع :

Gérard CORNU : Droit civil, Introduction -Les personnes- Les biens, collection précis Domat, 7ème édition, édit. Montchrestien, Paris, 1994, n° 258, p.99.

(3) يراجع :

Mohamed CHARFI : Introduction à l'étude du droit, 3ème édition, Cérès Editions, Tunis, 1997, n° 210, p. 117-118 .

ويراجع أيضا : محمد العربي هاشم، محاضرات في القانون المدني (درس مرقون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 1990 - 1991 صفحة 98.

أنه «تنتهي في الوقت الحاضر إلى القانون المدني، المواد الكبرى التالية : أصحاب الحق... العلاقات العائلية، وهي ما تسمى عندنا الأحوال الشخصية... الحقوق، وخاصة الأموال، وحقوق الدائنية أو الالتزامات، العقود... التأمينات الضامنة لاستخلاص الديون»<sup>4</sup>.

**2 - مصدر العبارة :** وقبل تفصيل هذه المسألة وإبداء الرأي في اختلاف المقاربات الفقهية المذكورة، يتجه التساؤل عن أصل تسمية هذا القانون بالقانون «المدني» "Droit civil". فمن أين جاء هذا الوصف ؟ ظهرت لفظة «القانون المدني» في القانون الروماني الذي كان يفرق بين القانون المدني Jus civile وهو القانون الخاص بالمواطنين في روما وقانون الشعوب Jus gentium أي لفظيا قانون الأجانب وهو قانون يشمل مجموعة القواعد المستمدة من أنظمة الشعوب الأجنبية التي غزاها الرومان<sup>5</sup>. وواضح أن كلمة «مدني» متأتية من كلمة «المدينة» أي Civitas باللاتينية و Cité بالفرنسية. وفي مرحلة لاحقة أثر قانون الشعوب في القانون المدني واندمج فيه. وقد ترتب عن دخول أنظمة قانون الشعوب واحدا بعد الآخر في التنظيم القانوني الروماني أن صار لتلك الأنظمة من القوة ومن التحديد ما ضمن لها البقاء «الأبدي»<sup>6</sup>. فعلا فإن لفظة «قانون

(4) محمد الشرفي وعلي المزغني، مدخل لدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي، طبعة أولى، تونس، 1993، فقرة عدد 526، صفحة 327.

(5) راجع بالخصوص : توفيق حسن فرج، القانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت 1985 صفحة 63 وما بعدها. وكذلك ،

Marcel PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, revu et complété par Georges RIPERT avec le concours de Jean BOULANGER, Tome I, 3è édition, L.G.D.J., Paris, 1946, n° 31, pp. 12-13.

Philippe MALAURIE et Laurent AYNES , Droit civil, introduction générale par Ph. MALAURIE, Ed. Cujas, 1ère éd., Paris, 1991, n° 74, p. 43.

(6) توفيق حسن فرج، المرجع المذكور، صفحة 65.

مدني» استمرت على التداول واتحد مدلولها مع «القانون الروماني» في القرون الوسطى إذ كانت الجامعات تدرس القانون الروماني (القانون المدني)<sup>7</sup> من جهة والقانون الكنسي (Droit canon) من جهة ثانية<sup>8</sup>، وهو ما يدل على تأثير القانون الروماني على القوانين الأوروبية<sup>9</sup>.

وفي القرن السابع عشر تبني الفقيه الفرنسي Jean DOMAT (1625-1696) التسمية ذاتها في مؤلف أصدره تحت عنوان «القوانين المدنية في نظامها الطبيعي» "Les Loix civiles dans leur ordre naturel". (1694). لكن DOMAT أعطى للفظ مدلولاً جديداً بمقابلتها لعبارة «قانون عام» (Droit public) فالقانون المدني ينظم علاقات الأفراد في حين يهتم القانون العام بضبط القواعد المنظمة للدولة<sup>10</sup>. وأكدت الثورة الفرنسية ما ذهب إليه DOMAT في تحديده لمضمون لفظة القانون المدني. وبعدها كرست المجلة النابليونية الطابع المدني لقواعدها عبر تسميتها

(7) أنظر حول الترابط بين القانون المدني والقانون الروماني، خاصة : Henri, Léon et Jean MAZEAUD, Leçons de droit civil, tome I, vol. I, Introduction à l'étude du droit, 11è édition par François CHABAS, Montchrestien, Paris, 1996, n° 24, pp. 59-60.

(8) راجع في خصوص القانون الكنسي مؤلف الفقيهين : Jacques GHESTIN, Traité de droit civil, introduction générale, par Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, 4è édition, L.G.D.J., Paris, 1995, n°126.

(9) راجع في هذا الشأن، أعمال الملتقى الآتي : Université de Varsovie : Le Droit romain et sa réception en Europe, édité à Varsovie, 1978.

(10) وللغرض المذكور، خصص DOMAT مؤلفاً ثانياً للقانون العام بعنوان «Le droit public». والجدير بالملاحظة أن هذا التحول لم يكن متجذراً في مضمون القانون الروماني الذي كان يشمل كل القواعد القانونية دون تمييز بين القانون الخاص والعام.



بالمجلة « المدنية » "Le Code civil"<sup>11</sup>. وعلى هذا النحو نسجت جلّ الدول العربية فأعتمدت التسمية ذاتها ونسبتها لأهم مجلاتها : وهوشان « القانون المدني » المصري النافذ بمقتضى القانون عدد 131 لسنة 1948 المؤرخ في 16 جويلية 1948 و« القانون المدني الجزائري » النافذ بمقتضى الأمر المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و« المجلة المدنية والجزائية التونسية » الأولى الصادرة بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 26 أفريل 1861 وغيرها من المجالات « المدنية ».

ومن ثمّ سحب الوصف على فرع من فروع القانون فأصبحت عبارة « القانون المدني » متداولة. وتأكّدت التفرقة بين « القانون العام Le droit public » و « القانون الخاص Le droit privé »<sup>12</sup>. فالأول يشمل فروع القانون التي ترمي لتنظيم السلطة في الدولة وتحديد علاقة الفرد بها (قانون دستوري، قانون إداري...) في حين يشمل الثاني فروع القانون

( 11 ) حول تطورات تسمية هذه المجلة من « المجلة المدنية للفرنسيين » "Code civil des Français" عند صدورهما يوم 21 مارس 1804 إلى « مجلة نابليون » "Code Napoléon" سنة 1807، إلى « المجلة المدنية » Le Code Civil سنة 1816، ثم من جديد، إلى « مجلة نابليون » بموجب أمر بتاريخ 27 مارس 1852 راجع مؤلف:

Henri, Léon, Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit., n° 41 p. 79.

وبصفة أعمّ وحول تطوّر مفهوم « القانون المدني » يراجع المؤلف الآتي : Georges RIPERT et Jean BOULANGER, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, Tome 1er, L.G.D.J., Paris, 1956 n° 63, p. 30-31.

( 12 ) حول هذه التفرقة الأساسية والتقليدية والتداخل بين القانون الخاص والقانون العام يراجع بالخصوص :

Réné SAVATIER, Droit privé et droit public, D. 1946. p. 25 ; Henri MAZEAUD, Défense du droit privé, D. 1946 p. 17 ; Jean RIVERO, Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ? D. 1947 p. 69 ; R. GUILLIEN, Droit public et droit privé, in Mélanges Brèthe de la GRESSSAYE, 1967, p.311 ; Dawn OLIVER, Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre, R.I.D.C., 2001, n° 2, p. 327.

التي تهدف لتنظيم العلاقات بين الأفراد<sup>13</sup>. وبدا القانون المدني كأقدم وأبرز مكوّن للقانون الخاصّ تولّدت عنه الفروع الأخرى كالقانون التجاري وقانون الشغل وقانون التأمين.

3 - التعريف المقترح : يستخلص ممّا سبق بيانه أنّ القانون المدني هو من أقدم فروع القانون اطلاقاً وهو اليوم وفي مفهومه الحديث، الجزء الرئيسي لما يسمّى بالقانون الخاصّ إذ هو المصدر التاريخي الذي تفرّع منه القانون التجاري وجملة فروع القانون الخاصّ الأخرى، وهو بالتالي الجزء التضمن لمجموعة القواعد المنظمة للعلاقات الخاصة بين أصحاب الحقوق عدا التي ترجع بالنظر لأحد الفروع الأخرى التي تميّزت واستقلّت عنه<sup>14</sup>.

4 - ولبيان الخاصيات الفارقة للقانون المدني، يتّجه تدقيق مميزاته (المبحث الأول) ثمّ التعرّض لنشأته وتطوره بالنسبة لتونس (المبحث الثاني).

( 13 ) حول تعريف عنصري التفرقة يراجع خاصّة :

Charles EISENMANN, Droit public, Droit privé, Rev. droit public, 1952, p.963.

( 14 ) في نفس السياق، يقترح الفقيه François TERRE التعريف الآتي للقانون المدني : « يمكن تعريف القانون المدني بأنّه فرع القانون الذي يتّصل بالعلاقات الخاصة طاملاً لا تميّز هذه العلاقات بصيغتها التجارية أو الصناعية أو الاجتماعية أو الريفية وذلك دون الأخذ بعين الاعتبار للقواعد المتعلقة بممارسة الحق قضائياً »

«On peut définir le droit civil comme étant la branche du droit qui régit les rapports privés, mais seulement en tant qu'ils n'ont rien de spécifiquement commercial, industriel, social ou rural, et abstraction faite des règles relatives à la réalisation judiciaire du droit», op. cit., n° 58, p. 71.

## المبحث الأول

### مميزات القانون المدني

- 5 - ندقق مميزات هذا القانون بالتركيز على ركنيه الأساسيين :
- القانون المدني هو قانون « وضعي » الشكل.
  - القانون المدني هو « مدني » المضمون.

## الفقرة الأولى

### القانون المدني هو قانون وضعي

6 - إن القانون المدني هو جزء من القانون الوضعي Droit positif أي جزء من « القوانين الصادرة عن الدولة والنافذة »<sup>15</sup>. ويعني ذلك أن قواعد القانون المدني لا تختلف جوهريا - رغم بعض المميزات - عن القواعد القانونية بصفة عامة. لكن صلاية النظريات المكوّنة لها وأقدميتها تؤهلها لأن تكون « ركيزة كل القوانين الأخرى »<sup>16</sup>.

### أ - الأحكام المدنية هي قواعد قانونية :

- 7 - ككل القواعد القانونية الوضعية فإن أحكام القانون المدني هي :  
- قواعد سلوك

( 15 ) حول تعريف القانون الوضعي، راجع خاصة سمير عبد السيد تنافو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1985، فقرة عدد 38 صفحة 109. ويراجع أيضا :

Christian LARROUMET, Droit civil, tome 1, Introduction à l'étude du droit privé, 3ème édition, Economica, Paris, 1998, n° 13, p. 12.

( 16 ) محمد العربي هاشم، المرجع المذكور، صفحة 98.

- مجردة وعامة
- وملزمة

### 8 - أولا : القواعد المدنية هي قواعد سلوك : بما أن الهدف

الأساسي للقانون المدني يتمثل في تنظيم العلاقات الخاصة بين الأشخاص فإنه ليس من الغريب أن نتبين أن الأحكام المدنية ليست من حيث طبيعتها قواعد أخلاقية ولا قواعد دينية رغم التأثير الذي يحصل بين كل هذه القواعد بل هي قواعد قانونية صرفة تفرض على الفرد سلوكا معينا<sup>17</sup>، وهي في ذلك قواعد سلوك تحدّد علاقات الأفراد فيما بينهم من حقوق والتزامات وتضع أحيانا أحكاما دقيقة لفرضيات معينة. وتتنوّع أوجه بيان التكليف في تحديد سلوك الفرد فأحكام القانون المدني تتضمن :

\* إمّا إباحة فعل ومثل ذلك ما ورد بالفصل 17 من مجلة الحقوق

( 17 ) يختلف القانون عن الأخلاق وعن الدين من حيث نوعية المصادر ومضمون القواعد وطبيعة الجزاء. أنظر حول علاقة القانون بالأخلاق، بالخصوص :

Philippe JESTAZ, Pouvoir juridique et pouvoir moral, R.T.D.Civ., 1990, p. 625 et s.

وبصفة عامة يراجع المؤلف الاتي :

Georges RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4ème édition, L.G.D.J., Paris, 1949.

وبرز حديثا، وجه جديد للعلاقة بين القانون والأخلاق وهو ما سمي بالأخلاقيات الطبية La bioéthique : يراجع في شأنها :

«Qu'est ce que la bioéthique?», ouvrage collectif publié par la faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, collection Forum des juristes, Volume V, Tunis, 1997 .

وأنظر حول علاقة القانون بالدين بصفة عامة، العديدين الخاصين لسلسلة :

Archives de philosophie du Droit (A.P.D.), Les dimensions religieuses du droit, Sirey, Paris, 1973, et archives de philosophie du Droit (A.P.D.), Droit et religion, Sirey, Paris, 1993.

العينية حقّ «الملكية هو الحقّ الذي يخوّل صاحب الشئ وحده إستعماله وإستغلاله والتفويت فيه» أو بالفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية «الطلاق هو حلّ عقدة الزواج».

\* أو أمرا به ومثل ذلك ما ورد بالفصل 34 من مجلة الأحوال الشخصية : «يجب على كلّ امرأة فارقها زوجها بطلاق بعد الدخول أو مات عنها قبل الدخول أو بعده أن تتربّص مدّة العدة» أو الفصل 676 من مجلة الالتزامات والعقود «على المشتري أن يؤدّي الثمن في التاريخ وبالصورة المتفق عليها بالعقد...».

\* أو نهيا عنه ومثل ذلك ما ورد بالفصل 19 من مجلة الأحوال الشخصية : «يحجر على الرجل أن يتزوّج مطلقته ثلاثا» أو بالفصل 62 من مجلة الحقوق العينية : «ليس لأحد الشركاء أن يحدث شيئا في المسكّن إلاّ برضى الباقين صراحة أو دلالة».

\* وقد تتضمن قواعد القانون المدني أحكاما لفرضيات وتبرز كأنها قواعد «مقرّرة» règles dispositives . ويتمثّل الحكم عادة في إستخلاص نتيجة ومثل ذلك ما ورد بالفصل 82 من مجلة الالتزامات والعقود : «من تسبّب في ضرر غير عمدا منه وإختيارا بلا وجه قانوني... فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله...» أو بالفصل 80 من مجلة الالتزامات والعقود «من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه رده...». ويبدو في هذا الصدد تحديد السلوك ضمنيا ، فالحكم المقرّر هو في الحقيقة حكم لسلوك معيّن للفرد<sup>18</sup>.

9 - ثانيا : القواعد المدنية هي قواعد مجردة وعامة : إنّ

الحديث عن التجريد والعمومية يدعونا إلى الإشارة بدءاً بصفة عامة إلى أنّ الأسلوب المعتمد لصياغة القاعدة القانونية هو أسلوب خاصّ يرتكز على تقنية une technique متميّزة. فالتجريد يعني أنّ صياغة القاعدة موجهة إلى الكافة فتضبط شروط تطبيقها وأثارها. وقد يتمّ ذلك صراحة أو ضمنيا. فعندما ينصّ المشرّع في الفصل 80 من مجلة الالتزامات والعقود على أنّ «من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه رده»، نلمس أنّ القاعدة صيغت بعبارات مجردة تسمح بتطبيقها في كلّ الحالات التي تتحقّق فيها الصفات المتعلّقة بالأشخاص وكذلك الشروط المتعلّقة بالوقائع. كما أنّها تضمنت الأثر الأساسي لتحقّق شروط تطبيقها واستخلصت النتيجة عن هذا السلوك المعيّن للفرد وهي نتيجة تتمثّل في واجب ردّ المال الذي اكتسب بدون وجه أو بدون سبب. أمّا العمومية فتعني أنّ القاعدة ليست موجهة لشخص معيّن. فهي ليست حكما فرديا بل أنّها تشمل جميع الأشخاص المعيّنين بها. ومثل ذلك ما ورد في الفصل السابع من مجلة الالتزامات والعقود من أنّ «كلّ إنسان ذكرا كان أو أنثى تجاوز عمره عشرين سنة كاملة يعتبر رشيدا». فإذا كان عمر «علي» عشرين سنة ويوما فيعده من الرشداء. ويسري تطبيق القاعدة على هذا النحو الاستقرائي دون تمييز أو اعتداد بالحالات الخاصة للشخص وهي الحالات التي يقصدها «الإنصاف» أو العدالة l'équité، فالإنصاف هو الإعتداد بالحالات الخاصة. وهو في ذلك نقيض للعدل المطلق ونقيض لمقصد القانون. إن عمومية القاعدة القانونية تجعلها قاصرة عن التوقف عند الحالات الخاصة. والرأي السائد حاليا هو ضرورة تغليب القاعدة القانونية وإعطاء مكانة ثانوية للإنصاف. ولعلّ أهمّ مبرر لهذا الإختيار هو حرص المشرّع المدني الحديث على تحقيق الاستقرار الإجتماعي أولا وبالذات، والاستقرار يفرض العدل والمساواة بين الجميع

( 18 ) حول دور القاعدة القانونية في تحديد السلوك، يراجع خاصّة :

Jean-Louis BERGEL, Théorie générale du droit, 3è édition, Dalloz, Paris, 1999, n°33 et s.

عند تطبيق القانون<sup>19</sup>. ويعني ذلك أن القاضي لا يمكنه مبدئياً الحكم بالإلصاف بل عليه تطبيق القانون إلا إذا أُذِنَ في ذلك، من قبل المشرع<sup>20</sup>. ولعل في هذا الحرص أيضاً، تأثراً واضحاً بما شهدته النظام القضائي الفرنسي في فترة كان فيها للقاضي المدني حرية القضاء حسب الحالات وهي حرية أدت لرفض الإلصاف واعتباره مدخلا لاختلال العدل<sup>21</sup>. ويجب التنبيه إلى أن العمومية لا تعني بالضرورة تطبيق القانون على كافة أفراد

(19) إن مبدأ المساواة مبدأ دستوري ضمنه الفصل 6 من الدستور الذي اقتضى أن «كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات وهم سواء أمام القانون».

(20) أنظر في مثل هذا التفويض التشريعي للاعتداد بالإلصاف: أحكام الفصل 137 من مجلة الالتزامات والعقود وأحكام الفصل 243 من نفس المجلة وأحكام الفصل 14 من مجلة التحكيم الصادرة بموجب القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 وأحكام الفصل 40 (جديد) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وكذلك وبصفة ضمنية، أحكام الفصلين 37 و 177 من مجلة الحقوق العينية، وحول الإلصاف عموماً يراجع خاصة:

Slaheddine MELLOULI, Le juge et l'équité, réflexions sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne, R.T.D. 1983 p. 507 ; Eric AGOSTINI, l'équité, D. 1978 chronique p. 7;

كما يراجع : العدد الخاص من مجلة "Justices" Revue générale de droit processuel, n°9, 1998, «Justice et équité» ; Pierre KAYSER, L'équité modératrice et créatrice des règles juridiques en droit privé français, Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif (R.R.J.), 1999, p. 13 et s.; Philippe JESTAZ, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, tome IV, V° "Equité".

(21) كان ذلك قبل الثورة الفرنسية (1789) وترتبت عن هذه التجربة القضائية ردة الفعل المختزلة في المقولة الآتية : «Dieu nous garde de l'équité des parlements» والبرلمانات المشار إليها هي بالطبع المحاكم الفرنسية، يراجع في هذا الجانب :

G. BOYER, La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements, in Mélanges MAURY, p.257.

(22) حدث أن تعلّق نصّ قانوني بمواطن معيّن وهو أمر نادر جداً، يراجع القانون عدد 34 لسنة 1969 المؤرخ في 12 جوان 1969 المتعلّق بمصادرة عامة أملاك المرحوم حسين بن محمد الناصر باي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 23 المؤرخ في 17 جوان 1969.

(23) يدقّق سمير عبد السيد تنافو ترابط مصطلحي «الالزام» و«الجزاء» كما يلي : «فكرة الجزاء هي فكرة متممة لفكرة الالزام وكلاهما لازم لوجود قاعدة السلوك أصلاً. فكما أن كلّ قاعدة سلوك تنطوي على أمر ملزم، فإن كلّ قاعدة سلوك تنطوي أيضاً على جزاء يترتب على مخالفة هذا الأمر... فبينما الجزاء في قواعد السلوك غير القانونية يتمثل في استنكار المجتمع، أو غضب الرأي العام، فإن الجزاء في قواعد القانون يتمثل دائماً في وسيلة من وسائل القهر "La contrainte" التي تباشرها السلطة العامة في المجتمع»، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1985، عدد 21، ص 60.

(24) يراجع الفصل الخامس من المجلة الجنائية.

منه الغير في التصرفات القانونية و« التعويض » la réparation وهو مترتب عن قيام المسؤولية المدنية. ولا يتيسر تنظيم العلاقات بين الأشخاص إن لم تكن القاعدة مقترنة بجزاء معين يفرض إحترامها وعدم تجاوزها<sup>25</sup>. وفي ذلك وجه أساسي لاختلاف القاعدة القانونية عن القاعدة الأخلاقية.

### ب - خصائص أحكام القانون المدني :

11 - يمتاز القانون المدني أولاً بمكانته الخاصة وثانياً بتقنياته التي هي من أقدم التقنيات ومن أدقها.

### أولاً : المكانة الخاصة للقانون المدني :

12 - نلاحظ على المستوى النظري أن القانون المدني هو القانون الأصلي le Droit commun بأعتباره أقدم القوانين إطلاقاً ومعنى ذلك أنه يكون المصدر الأساسي والمرجع الذي لا نحيده عنه إلا في صورة وجود حكم خاص. وتسري هذه الصفة لا على فروع القانون التي تولدت عنه فحسب كالقانون التجاري وقانون الشغل وقانون التأمين بل تسري كذلك على مكونات القانون العام كالقانون الإداري والقانون الدستوري والقانون الجبائي. ويعني ذلك أنه يجوز الرجوع إلى قواعد القانون المدني إذا تعذر وجود حكم مستقل في المادة المعنية، ومن هذا الجانب يعد القانون المدني المصدر الإحتياطي لكل فروع القانون. فالأحكام المتعلقة بعبء الإثبات مثلاً والواردة بالفصل 420 من مجلة الإلتزامات والعقود والناصة على أن «إثبات الإلتزام على القائم به» هي أحكام عامة يجوز تطبيقها في كل فروع القانون

( 25 ) في خصوص الجزاء بصفة عامة يراجع الدراسة الآتية :

Philippe JESTAZ, La sanction ou l'inconnue du Droit, D. 1986, Chr. p. 197.

إذا لم ترد أحكام خاصة تحيد عنها.

كما نلاحظ على المستوى العملي أن القانون المدني هو قانون « يومي ». وتعني هذه الصفة أن قواعده كثيرة التطبيق وبدرجات متفاوتة الأهمية. فإذا صح القول بأن الفرد لا يبرم كل يوم عقد زواج ولا يشتري كل يوم مسكناً جديداً إلا أنه يسهل الوقوف عند أهمية القانون المدني من خلال تصرفات ووقائع عادية تتكرر عديد المرات بالنسبة لكل منا كالانفاق على العائلة أو التمتع بتلك النفقة أو تربية الأطفال أو شراء الحاجيات العادية أو ركوب حافلة وهي كلها أعمال ووقائع تسبب تطبيقاً لمؤسسات قانونية مدنية محددة.

### 13- ثانياً - التقنيات الدقيقة للقانون المدني :

هذه التقنيات ليست حديثة. فالقانون المدني الروماني أستنبط العديد منها. كما أن الفقه الإسلامي أثراها. أما القوانين المدنية الحديثة فتبنتها ودققتها وطورت بعضها. وقبل تفصيل هذه التقنيات يتجه توضيح الملامح العامة للقوانين المدنية المعاصرة في غير الأنظمة الانقلاوسكسونية<sup>26</sup>. لقد كرست جل هذه القوانين ترتيباً لمصادرها جعلت فيه للتشريع المكتوب مكانة مرموقة تدعمت خاصة بما يسمى بحركة التقنين la codification وهي عملية تتمثل في تجميع أهم القواعد المدنية في مجلات قانونية على

( 26 ) تشمل هذه الأنظمة أنغلترا وإرلندا والولايات المتحدة الأمريكية وتمتاز بالخصوص باعتمادها على السوابق القضائية أكثر من إعتمادها على التشريع المكتوب. وتكون الأنظمة الانقلاوسكسونية مدرسة قانونية مستقلة تختلف عن الأنظمة السائدة في البلدان العربية عموماً والبلدان الأوروبية.

غرار ما حدث، مثلاً، في فرنسا منذ سنة 1804 ، وفي مصر منذ سنة 1875 (القانون المدني المعمول به لدى المحاكم المختلطة ثم في سنة 1883 القانون المدني النافذ لدى المحاكم الوطنية وأخيراً في سنة 1948 القانون المدني الحالي)، وكذلك في إيطاليا منذ سنة 1865، وفي ألمانيا منذ سنة 1900، وفي تونس منذ 1861<sup>27</sup>. أمّا من حيث المضمون، فقد اعتمدت هذه القوانين، صراحة أو ضمناً مبادئ مشتركة تمثل الأسس النظرية للقانون المدني المعاصر وهي المبادئ الثلاثة الآتية:

- مبدأ الحرية : ويعني حق الفرد في التمتع بالحريات الأساسية في المادة المدنية كحرية التعاقد وحرية الزواج وحرية التملك وغيرها. ويترتب عن هذا أن الحد من الحرية يبقى الاستثناء أي أن الأصل في القانون المدني الإباحة لا المنع.

- مبدأ المسؤولية : ويعني تحمل الفرد لتبعات الفعل الضار الصادر عنه وهو يشمل بالتالي المسؤولية عن الفعل الشخصي للفرد أو عن فعل الأشياء التي هي في حفظه ويترتب عن ذلك الإلتزام إزاء المتضرر

( 27 ) حول التقنين عموماً يراجع خاصة عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية بيروت 1978 فقرة عدد 78 صفحة 114 وما يليها، كما يراجع بالنسبة لتونس :

Ridha MEZGHANI, La codification en Tunisie, in Revue juridique et politique, indépendance et coopération, numéro spécial, la codification et l'évolution du droit, édit. Ediena, Paris 1986 p. 451 et suivantes; Sana DEROUICHE-BEN ACHOUR et Farouk MECHRI, Rapport aux travaux de l'Association Henri Capitant, La circulation du modèle juridique français, Tome XLIV, Litec, Paris, 1993, p. 283 et s.

وبصفة عامة يراجع :

Jean GAUDEMET, La codification, ses formes et ses fins, idem, p. 237 et suivantes; Yves CARTUYVESL, L'idéal de la codification. Etapes et développements avant le 19<sup>e</sup> siècle, R.I.E.J., 1993, p. 85 et s. ; Bruno OPPETIT, La codification, D. 1996, chr. p.33 ; L'ouvrage collectif, La codification, sous la direction de Bernard BEIGNIER, Dalloz, Paris, 1996 ; Les études parues in Revue "Droits", Revue française de théorie de philosophie et de culture juridiques, P.U.F. Paris, n° 24 (1996) et n° 26 (1997).

بتعويض الأضرار الحاصلة له.

- مبدأ حسن النية : وهو بدأ متوارث منذ القدم ومتجدد بالنظر للمستحدثات الواقعية وهو يسود بالخصوص مجال المعاملات والعقود ليضمن استقرارها وحسن تنفيذها. كما يلعب دوراً هاماً في مجال الملكية والحوز ليضمن حماية الوضعيات القائمة على أساسه. وهو مبدأ يترتب عن القاعدة المدنية التي تفترض قانوناً حسن النية والإستقامة لدى كل فرد<sup>28</sup>. وستظهر آثار هذه المبادئ وتتأكد أبعادها عند دراسة جل المؤسسات المكوّنة للقانون المدني التونسي.

14 - أمّا في خصوص التقنيات والصياغة فيمكن ملاحظة أن القانون المدني التونسي تأثر بصفة جلية، من خلال استلهام بعض أحكامه من المجلة الفرنسية، بالقانون الروماني. وترجع أسباب هذا التأثير للظروف التاريخية التي حفت بالتقنين المدني التونسي والتي سيتم تفصيلها لاحقاً. وترتكز هذه التقنيات على تفرقة جوهرية وعلى صياغة خاصة.

## 2.1 - التفرقة الجوهرية بين القانون le Droit

### وواقع le fait :

15 - إن القانون ليس الحق، ولغة العربية الفضل في فصل هذين المفهومين اللذين توحدتهما، شكلاً، كلمة droit الفرنسية. فالفقه الحديث يبين بوضوح أن هذه الكلمة تعني إما القانون ويعبر عنه بلفظة droit objectif أو الحق وتقصده لفظة droit subjectif<sup>29</sup>. فالقانون

( 28 ) «الأصل في كل إنسان الاستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك» (الفصل 558 م.إ.ع.).

( 29 ) راجع بالخصوص :

Mohamed CHARFI, Introduction à l'étude du droit, Cérès Editions, 3ème édition, Tunis, 1997, n° 22 et 23 p. 26-27.

هو مجموعة القواعد العامة والمجردة والملزّمة. أمّا الحقّ فهو يمثل الإمتيازات والسلطات التي يقرّها القانون للأفراد والذوات. ومن ثمّ ترتّبت لفظة «الحقّ الذاتي» droit subjectif<sup>30</sup>. وتهمّ التفرقة الجوهرية، موضوع هذا التحليل، القانون لا الحق<sup>31</sup>. فالقانون يختلف عن الواقع إذ أنّه مجموعة من القواعد والأحكام التي تمتاز بتجردها وعموميّتها في حين أنّ الواقع يتمثّل في أحداث معيّنة تفرزها الحياة الإجتماعية وعلاقات الأفراد بعضهم ببعض<sup>32</sup>. ولنضرب في ذلك أمثلة :

- عندما ينصّ الفصل الخامس من مجلّة الإلتزامات والعقود على أنّ «الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلّا بواسطة من له النظر عليهم : أوّلا الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة...»،

(30) حول التفرقة بين القانون والحق راجع سمير عبد السيّد تنافو، النظرية العامة للقانون، توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية، 1985، صفحة 15 وما بعدها.

(31) سننبيّن عند دراسة أحكام الحقّ الذاتي أن للواقعة القانونية fait juridique أثرا منشئا للحقّ. فهي مصدر من مصادر الإلتزام. لكن الأمر يتعلّق في هذا الشأن بتفرقة أخرى تقابل فيها الواقعة القانونية بالتصرف أو العمل القانوني acte juridique.

(32) حول هذه التفرقة يراجع خاصّة :

Gabriel MARTY, La distinction du fait et du droit, préface Charles CEZAR -BRU, Sirey, Paris, 1929 ; Christian ATIAS, La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique, D. 1997, ch. p. 44 ; René SAVATIER, Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, structures matérielles et structures juridiques, in Etudes offertes à Georges RIPERT, Le Droit privé français au milieu du XXè siècle, Tome I, p. 75 ; Jean-Louis BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, 3è édition, Paris, 1999, p. 291 et suiv.

وحول أهمّيّتها في الإجراءات ، يراجع خاصّة

Nadhir BEN AMMOU, Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1996, p. 100 et suiv.

نلاحظ، من خلال الصياغة ذاتها، أنّ ما وضعه الفصل المذكور هو قاعدة قانونية تهدف لضبط وضعيّة هؤلاء الأفراد بصفة مجردة وعامة بمنعهم من التعاقد مباشرة ودون تدخّل وليّهم. - وعندما نكتب أنّ عمروا يجري أو أنّ سيّارة داهمت زيدا، نكون تحدّثنا عن «واقع» أي عن أحداث دقيقة وملموسة.

وإنطلاقا من هذه التفرقة نلاحظ أنّ القانون وإن يتأثّر حتما بالواقع، فهو يسمو عنه إذ تهدف كلّ قاعدة قانونية، بطبيعتها، إلى إخضاع نوع من الوقائع لها. ولتحقيق هذا التفوّق يعتمد واضع القانون صياغة خاصّة<sup>33</sup>.

## 2.2 - الصياغة القانونية :

16 - يحدّد الفقيه توفيق حسن فرج دور الصياغة القانونية بأنّه «دور يأتي بعد تعيين مضمون القاعدة القانونية أو مادّتها الأولى وعندما يراد إخراج هذا المضمون إلى حيّز العمل في صيغة عامة مجردة سهلة التطبيق». ولهذا الغرض فإنّ الصياغة القانونية تتّسم بطابعها المميّز المرتكز على مصطلحات قانونية بحتة وعلى تركيبة معيّنة للجملة تختلف عن الأسلوب الأدبي أو الشعري. ونلاحظ رغم ذلك ظهور بعض المحاولات لتقديم القانون المدني في أبيات شعرية وهو ما حقّقته مثلا «تحفة الحكّام» لأبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي (ولد سنة 760 هـ وتوفي سنة 829 هـ) والتي نذكر منها على سبيل المثال قوله في خصال الشاهد :

(33) حول العلاقات الجدلية بين القانون والواقع يراجع خاصّة :

ATIAS et LINOTTE, Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D. 1977, chronique p. 251.

«شَاهِدٌ صِفَتُهُ الْمَرْغِبَةُ  
عَدَالَةٌ تَبْقُظُ مَرْيَّةً»  
وقوله في إلتجاء القاضي للأجل :  
«ولاجتهاد الحاكم الأجل  
مَرْكُوزَةٌ حَيْثُ لَهَا اسْتِعْمَالٌ»  
وقوله في إستحقاق النفقة :  
«ففي الذكور للبلوغ يَصِلُ وفي الاناك بالدخول ينفصل»

وإشتهرت "التحفة" بـ «العاصمية» نسبة لمؤلفها ووردت فيها شروح عدة<sup>34</sup>. غير أن مثل هذه المحاولات تبقى، رغم تيسيرها إستحضار القاعدة عند الحاجة، محدودة وغير مطابقة للصياغة الحديثة للقانون المدني. فوضع القاعدة ذاتها يخضع لمنهجية ولنطق معينين. كما أن تطبيقها وتأويلها يستوجبان طرقاً خاصة وهو ما يضيفي الصبغة العلمية على القانون عموماً وعلى القانون المدني خاصة<sup>35</sup>.

(34) يراجع ، أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الاندلسي الغرناطي، متن العاضمية المسمى بتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، طبع عبد الحميد أحمد حنفي، الغورية، مصر، غير مؤرخ، أنظر : البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الفكر بيروت، غير مؤرخ.

(35) حول هذا الجانب يراجع خاصة مؤلف الفقيه «جيني» :  
François GENY, Science et technique en droit privé positif, IIIème partie, élaboration technique du droit positif, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1921 ; Jean-Louis SOURIOUX et Pierre LERAT, Le langage du droit,, 1ère édition, P.U.F., Paris 1975 ; Archives de philosophie du droit, le langage du droit, Sirey, Paris, 1974, tome XIX, Sirey Paris 1974 ; Gérard CORNU, Linguistique juridique, 2ème édition, Collection Domat, Montchrestien-Delta, Paris, 2000 ; Nicolas MOLFESSIS, (sous la direction de), Les mots de la loi, Economica, Paris, 1999.

فأماً في خصوص وضع القاعدة وهي المسألة التي تهمنا في هذا التقديم، فإننا نلاحظ أن الأمر يعود أساساً إلى المشرع الذي يستعمل في أغلب الأحيان عبارات قانونية لا واقعية تسمى مصطلحات concepts . كما يستعمل الأنماط القانونية les catégories juridiques التي يكون مجموعها المؤسسات القانونية les institutions juridiques<sup>36</sup>. فكلمة «قاصر» أو «دائن» أو «مدين» مثلاً هي مصطلحات قانونية. أمّا عبارة «عقارات حكومية» أو «شخص طبيعي» أو «شخص معنوي»، فهي أنماط قانونية. وتمثل مجموعة الأنماط المنتسبة لمسألة واحدة «مؤسسة قانونية» كمؤسسة الملكية أو الولاية أو الزواج، ممّا يبيح القول بأن المؤسسة القانونية هي اتحاد أنماط معينة ومن كل ذلك يتكوّن النظام القانوني le système juridique. كما يعتمد المشرع في وضع هذه القواعد عدة أساليب des procédés منها:

\* «التعريف» la définition إذ يبادر المشرع بضبط تعريف المصطلح أو النمط أو المؤسسة<sup>37</sup>. فالفصل 564 من مجلة الإلتزامات والعقود مثلاً يعطي تعريفاً لعقد البيع فيوضح أنه «عقد تنتقل به ملكية شئ أو حق من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به». كما أن الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية يعرف الطلاق على النحو الآتي: «الطلاق هو حلّ عقدة الزواج». كما نشير إلى أن بعض القوانين الحديثة تتضمن في فصولها الأولى تعريفاً لأهم المصطلحات الواردة بها وذلك لتوحيد التفسير

(36) حول هذه العناصر يراجع خاصة مؤلف :

Jean-Louis BERGEL, Théorie générale du droit, 3ème édition, Dalloz, Paris, 1999.

(37) يراجع في خصوص «التعريف القانوني» دراسة :

Gérard CORNU, Les définitions dans la loi, in Etudes en l'honneur de Jean VINCENT, 1981, p. 77 et s.



ببيان المقصود منها<sup>38</sup>. ويرتب الفقه عن ذلك تفرقة بين التعريف المادي definition substantielle الذي يحدد مضمون مصطلح أو نمط أو مؤسسة والتعريف اللفظي definition terminologique المستنبط من النظام الأنفلوكسوني الذي يعلن عن معنى معين ليكون المرجع المعتمد لا غير<sup>39</sup>.

\* ومن أساليب الصياغة أيضا التصنيف la classification الذي يتمثل في تجزئة النمط إلى صنفين عادة إخضاع كل صنف لشروط وأثار قانونية مستقلة، مثل ذلك ما ورد في الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية الذي عدد موانع الزواج وصنفها إلى «موانع مؤبدة وموانع مؤقتة»، أو ما ورد في الفصل الثاني من مجلة الحقوق العينية الذي قسم المال إلى عقار ومنقول أو الفصل 492 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جزأ اليمين إلى نوعين حاسمة واستيفائية<sup>40</sup>.

\* وأحيانا يلجأ المشرع إلى أسلوب القرينة la présomption فيقر حكما في شكل «قرينة قانونية» présomption légale عرفها المشرع نفسه بالفصل 479 من مجلة الالتزامات والعقود بأنها «ما يستدل به

(38) من ذلك مثلا، الأحكام المعروفة للطفل على معنى مجلة حماية الطفل (1995) الواردة بالفصل 3 من هذه المجلة أو الفصول 2 و3 و4 من مجلة التحكيم (1993) المعروفة تباعا لاتفاقية التحكيم والشرط التحكيمي والاتفاق على التحكيم أو الفصل 2 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية والمتضمن لتعريف لمصطلحات: المبادلات الالكترونية والتجارة الالكترونية وشهادة المصادقة الالكترونية ومزود خدمات المصادقة الالكترونية والتشفير ومنظومة إحداث إمضاء ومنظومة التدقيق في الإمضاء ووسيلة الدفع الالكتروني وأخيرا، كلمة منتوج.

(39) يراجع: في هذا الشأن: Jean-Louis BERGEL, op. cit., n° 187-188.

(40) حول التصنيف والتقسيم كأسلوب للصياغة القانونية، يراجع: Thierry TAURAN, Les distinctions en droit privé, R.R.J. Droit prospectif, 2000, p. 489 et suiv.

القانون على أشياء مجهولة». فعندما ينص مثلا الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية على أن «النسب يثبت بالفراش...»، نلاحظ أن النص يضع قرينة قانونية تلحق نسب المولود بالزوج. فيفترض المشرع أن الزوج هو أب المولود وهو افتراض يغني عن إقامة حجة ذلك الأمر. وتمثل قرينة النسب نموذجا لقدم تقنية القرينة القانونية فقد أقرها الرومان في قولهم "pater is est quem nuptiae demonstrant" وهي قاعدة تفيد نفس المعنى الذي تؤديه قرينة الفراش المذكورة آنفا ثم أقرها الفقه الإسلامي بدوره من خلال قاعدة انبنت على الافتراض وكرستها السنة النبوية الشريفة حيث روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله «الوكدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ». ونلمس من خلال مثال هذه القرينة القانونية توارث القوانين لبعض التقنيات وأساليب الصياغة في سنن الأحكام ووضعها.

\* ومن الأساليب التشريعية أيضا «الافتراض» la fiction<sup>41</sup> الذي يلجأ إليه المشرع ليتجاوز واقعا معينا ويضفي عليه وصفا افتراضيا لا صلة له إطلاقا مع ماديته<sup>42</sup>. وقد يبدو أن هناك تشابها بين القرينة القانونية والافتراض القانوني، وهما من أساليب الصياغة. لكن القرينة على عكس الافتراض، تقوم على الحل الأرجح حين

(41) يترجم بعض الفقهاء كلمة fiction بكلمة «حيلة»، انظر مثلا سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية، 1985 صفحة 400. لكن وفي الواقع، فإن لكلمة «الحيلة» fraude مدلول آخر متعارفا عليه يتمثل في استعمال الفرد لأسلوب قانوني لتجنب تطبيق قاعدة أمرة fraude à la loi أو للنيل من حقوق الغير fraude aux droits des tiers، انظر حول هذا المدلول، عبد السلام ذهني بك، الحيل، مطبعة مصر، القاهرة 1942. وكذلك، وفي الفقه الفرنسي:

José VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz, Paris, 1957.

(42) حول أسلوب الافتراض يراجع المؤلف المذكور سابقا للعيد جيني: François GENY, Science et technique en droit privé positif (nouvelle

.../...

يُكوّن الافتراض حكماً قائماً على إنكار الواقع تماماً. ومن أشهر هذه الافتراضات في القانون المدني وصف بعض المنقولات «بالعقارات الحكيمة» (الفصل 9 من مجلة الحقوق العينية) وهي أموال يخرجها الافتراض القانوني من تقسيمها الطبيعي كمنقولات ليدخلها حكماً ضمن صنف العقارات ويخضعها بالتالي لأحكامها.

3-2 - إن المتأمل في جلّ قواعد القانون المدني يلاحظ أن محتواها يخفي تركيبة معينة تجعل للقاعدة عنصرين : **الفرض** l'hypothèse و **الحل** la solution. ويلاحظ في هذا الشأن سمير عبد السيد تناغوا أن الفرض يتضمن شروطاً أنطباق القاعدة أمّا الحل فهو يتضمن الأمر المقرر في هذه القاعدة<sup>43</sup> : ويضيف بأنه «حتى ولو لم تتم صياغة القاعدة بطريقة افتراضية مباشرة، باستخدام عبارات مثل «إذا حدث» أو «عندما» أو «في حالة» أو «إذا فرض»... الخ، فإن كل قاعدة تتحلل منطقياً إلى فرض وحل»<sup>44</sup>. ويعني ذلك أن التنصيص على العنصرين يتم صراحة أو ضمناً. ولنضرب لذلك أمثلة :

.../...

contribution à la critique de la méthode juridique), Tome III, Elaboration technique du droit positif, Sirey, 1921, p. 123 et s., 258 et s. et 360 et s. ; **René DEMOGUE**, Les notions fondamentales du Droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, Paris, 1911, p. 229 et ss.

كما يراجع أيضا :

**Revue "Droits"**, Revue française de théorie juridique, P.U.F., Paris, 1995, n°21 "La fiction"; **G. Wicker**, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, thèse, L.G.D.J., Paris, 1997.

( 43 ) سمير عبد السيد تناغوا، المرجع المذكور، صفحة 43.

( 44 ) سمير عبد السيد تناغوا، المرجع المذكور، الصفحة المذكورة.

- ينص الفصل 43 من مجلة الالتزامات والعقود على أن «الرضاء الصادر عن غلط أو عن تدليس أو عن إكراه يقبل الأبطال». فالفرض يتمثل في تحقق وجود رضاء صادر عن غلط أو عن تدليس أو عن إكراه. أمّا الحل فيتمثل في قابلية التصرف القانوني الذي شابه أحد هذه العيوب للأبطال.

- ولما ينص الفصل السابع من نفس المجلة على أن «كل إنسان ذكرًا كان أو أنثى تجاوز عمره عشرين سنة كاملة، يعتبر رشيداً بمقتضى هذا القانون»، فإن التفرقة تبرز بصفة جلية بين العنصرين. فالحل يتمثل في اعتبار ذلك الشخص رشيداً أمّا الفرض فيتمثل في واقع معين وهو بلوغ سن العشرين عاماً. ثم لو أننا دققنا هذه المسألة، للاحظنا أن طبيعة الحل تختلف في المادة المدنية وتتوزع بين صنفين من الحلول مما يحتم التفريق بين ما يسمى بالقواعد ذات الحل الجامد الأمر والقواعد المرنة ذات الحل المكمل<sup>45</sup>.

- فأمّا القواعد **الأمرة-الجامدة** règles impératives فهي التي يكون فيها الحل ملزماً للأشخاص فلا يسعهم مخالفته أو إبداله فهي أحكام أمرة أي أنها «تأمر» ولا يمكن إقصاء الحل الوارد بها. وقد ترد صفة الأمر صراحة كأن ينص المشرع على بطلان كل ما يخالف حكم القاعدة ومثل ذلك ما ورد بالفصل 100 من مجلة الحقوق العينية من أنه «لا يجوز أصلاً طلب قسمة الأجزاء المشتركة أو بيعها بصفة وكل شرط مخالف لذلك يعد لاغياً». وقد ترد صفة الأمر في غير ذلك الشكل فتفرضها عبارة النص كما هو الشأن مثلاً فيما أورده الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية في فقرته الأولى «تعدد الزوجات ممنوع». وواضح أن المشرع يقصد من وضع القاعدة الأمرة فرض احترامها بصفة مطلقة لتعلقها بمسائل تهم استقرار المجتمع أو خياراته. فالمشرع يريد

( 45 ) يراجع حول هذه التفرقة مؤلف :

Jacques GHESTIN, Introduction générale, op. cit., n° 320, p. 296 et s.

فرض أولوية للمصلحة العامة التي عادة ما يعبر عنها بنظرية « النظام العام » l'ordre public.

- وأما القواعد المرنة- المكملّة règles supplétives فهي التي يمكن فيها لأصحاب الحقوق مخالفة حكمها وإبدال الحل الذي تتضمنه بحكم وحلّ مخالف فهي قواعد لا تتعلق بالنظام العام. وتتمثل المرونة بالتالي في إباحة إقصائها. أمّا صفة « التكميل » فتتمثل في كون تلك القواعد موضوعة أحيانا لتطبيق في صورة عدم إقصاءها أي أنها تكمل إرادة الأطراف . ومثل ذلك ما أورده الفصل 678 من مجلة الالتزامات والعقود من أنه «إذا كان في العقد أجل لأداء الثمن كان مبدؤه من تاريخ العقد ما لم يعيّن له المتعاقدان تاريخا آخر». ففي هذه الصورة تكمل القاعدة القانونية ما سكت عنه أطراف العقد الذين لهم الحق في إختيار حلّ غير الحل الذي أوردته.

17 - ويستخلص ممّا سبق بيانه في شأن خاصيات وضع القاعدة وصياغتها أن التفكير القانوني le raisonnement juridique يجب أن ينطلق من هذه المعطيات وأن ينبني عليها. ثم إن الهدف الرئيسي لدرس القانون المدني يتمثل في كشف أهم جوانب وأسرار هذه التقنيات وأوجه تداخلها تيسيرا لفهم كيفية تحليلها وشرحها وإستعمالها ونقدها وهي ملكة تكتسب بالتدرّج وتسمّى بالمنهجية القانونية la méthodologie juridique<sup>46</sup>. ونلاحظ بالتالي أن القانون المدني ليس مجموعة قواعد تحفظ بل تقنيات تيسر معرفة محتوى القواعد المكوّنة له للوصول إلى غاياتها وأبعادها.

( 46 ) حول المنهجية القانونية يراجع بالأخص :

François GENY, Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif, 2ème édition, R. Sirey, Paris, 1919.

## الفقرة الثانية القانون المدني هو مدني المضمون

18 - إن القانون المدني، كما رأينا، هو أقدم وأهم القوانين، فهو القانون الأصل والمرجع إذا إنعدم الحكم الخاص. وتدلّ هذه الملاحظة على أن ميدان القانون المدني شاسع جداً إذ يصحّ القول أن القانون المدني هو القانون كلّ عدا الفروع والأحكام التي تميّزت واستقلت. وبصفة أدقّ يمكن تصنيف محتوى القانون المدني إلى جزئين رئيسيين باعتبار أن الحقوق الذاتية تنقسم إلى حقوق مالية وهي الناتجة عن التعامل بين الأفراد والمقدرة بالمال وحقوق غير مالية وهي الحقوق الثابتة للأشخاص لأنها لصيقة بهم بموجب قانون العائلة أساسا. وتنقسم الحقوق المالية بدورها إلى حقوق شخصية وحقوق عينية ممّا يصحّ معه القول بأن محتوى قواعد القانون المدني يتوزّع على ثلاثة أجزاء رئيسية وهي القواعد المنظمة للحقوق الشخصية والقواعد الخاصة بالحقوق العينية وأخيرا أحكام قانون العائلة. فأمّا الحقّ الشخصي فيتمثل في رابطة إلزام بين شخص وآخر في حين يمثل الحقّ العيني سلطة شخص على عين أي على شيء يكون «مالا». وتسمو هذه التفرقة بين صنفين الحقوق الشخصية والعينية إلى مرتبة التقنين إذ كرّسها القانون المدني التونسي من خلال تسمية مجلتين مدنيتين هما مجلة الالتزامات والعقود وهي التي تتضمن أساسا أحكام الحقوق الشخصية ومجلة الحقوق العينية التي تتضمن كما تدلّ عليه تسميتها الصنف الثاني من الحقوق أي الحقوق العينية. وتمثل الأحكام الضابطة لقانون العائلة ومؤسساته أحكاما متميزة لأنّ جلّها متّصل بحقوق غير مالية.

## أ - القواعد المنظمة للحقوق الشخصية :

19 - رأينا أن الحق الشخصي هو رابطة إلتزام بين شخصين دائن créancier ومدين débiteur وسمي الحق بـ « الشخصي » لأنه يربط شخصا بشخص آخر (الدائن والمدين). وخصص المشرع لهذه الحقوق بالأساس «مجلة الإلتزامات والعقود» الصادرة في 15 ديسمبر 1906<sup>47</sup>. وتشمل دراسة هذا الجزء من القانون المدني مسائل متنوعة كمصادر الإلتزامات وشروط انتقالها وبطلانها. فالإلتزامات الشخصية تنشأ عن الإلتفاقات والعقود والتصرفات الإرادية بصفة عامة وعن الجح وشبه الجح والقانون أي -وكما سبقت الإشارة إليه- عن تصرفات أو عن وقائع قانونية. وتتناول المجلة المذكورة تفصيل هذه الأحكام وكذلك الأحكام المتصلة بنظام الإلتزامات من تكوين وانتقال وأثار وتنفيذ وبطلان وفسخ وسقوط الدعوى وإثبات الإلتزام والقواعد المتعلقة بالعقود المسماة التي خصها المشرع بقواعد مضبوطة كالبيع والكراء والوكالة والشركة والصلح وغيرها من العقود.

## ب - القواعد المنظمة للحقوق العينية :

20 - سمي الحق العيني نسبة لموضوعه أي « العين » (res, réel). والعين تفيد المال المعين بذاته، فهو حق يتسلط على العين. ولقد ورد تدقيق أحكام الحقوق العينية خاصة بمجلة الحقوق العينية التي صدرت في 12 فيفري 1965<sup>48</sup> والتي إعتنت بجميع الحقوق العينية سواء

( 47 ) الأمر العلي المؤرخ في 15 ديسمبر 1906 ، الرائد الرسمي التونسي، المؤرخ في 15 ديسمبر 1906 ، ملحق عدد 100، ونص الفصل الثالث من أمر الإصدار على أنه يجري العمل بأحكام هذه المجلة من تاريخ غرة جوان 1907.

( 48 ) القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 10، المؤرخ في 19 و 23 فيفري 1965، ص 200.

تعلقت بعقار أو بمنقول. ومن أهم هذه الحقوق حق الملكية الذي هو أشمل وأكمل حق عيني. كما إعتنت المجلة بشروط اكتساب الحق العيني وضبطت في كتابها الثاني قواعد تسجيل العقارات وإشهار التصرفات القانونية المتصلة بها. وهي كلها مسائل تدرّس أساسا في نطاق ما يسمى بقانون الأموال Droit des biens وبقانون الإشهار العقاري Droit de la publicité foncière.

## ج - القواعد المنظمة للحالة الشخصية :

21 - تشمل هذه القواعد الأحكام المتعلقة بقانون العائلة كأحكام الزواج والطلاق والنفقة والحضانة والنسب والميراث والوصية. وقد ضبطها المشرع «بمجلة الأحوال الشخصية» الصادرة في 13 أوت 1956<sup>49</sup>. كما تشمل الأحكام المتعلقة بالولاية وقد ضبطها خاصة الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بتنظيم تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم<sup>50</sup> والقانون المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني<sup>51</sup>. وكذلك الأحكام المتعلقة بالحالة المدنية وقد ضبطها المشرع خاصة في القانون المؤرخ في 1 أوت 1957 والمتعلق بإصدار مجلة الحالة المدنية<sup>52</sup>. وأخيرا الأحكام المتعلقة بالجنسية والتي وردت بمجلة

( 49 ) الأمر العلي المؤرخ في 13 أوت 1956 ، الرائد الرسمي التونسي عدد 66، المؤرخ في 17 أوت 1956.

( 50 ) الأمر العلي المؤرخ في 18 جويلية 1957، الرائد الرسمي التونسي عدد 58، المؤرخ في 19 جويلية 1957، ص 1163.

( 51 ) القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19، المؤرخ في 7 مارس 1958، ص 306.

( 52 ) القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1 أوت 1957 ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 32 ، المؤرخ في 30 جويلية و 2 أوت 1957، ص 11.

الجنسية الصادرة في 28 فيفري 1963<sup>53</sup>. وكذلك كل الأحكام الخاصة المتصلة بالاسم واللقب وبصندوق النفقة وجراية الطلاق وغيرها من المسائل التي تشملها الحالة الشخصية للأفراد.

## المبحث الثاني

### تطور القانون المدني التونسي

22 - تقديم : لم يهتم الباحثون كثيرا بتاريخ القانون المدني التونسي، وهو ما لا يسهل معرفة هذا الجانب الهام من تاريخ البلاد<sup>54</sup>. ويمكن تقسيم التطور الذي شهده القانون المدني إلى ثلاث مراحل أساسية مرتبطة بأهم الفترات التاريخية التي مرت بها تونس :  
- مرحلة النشأة التي أدت بعد سقوط قرطاج إلى هيمنة القانون الروماني.

( 53 ) المرسوم عدد 6 لسنة 1963 المؤرخ في 28 فيفري 1963 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 5 مارس 1963، ص 320) والمصادق عليه بالقانون عدد 7 لسنة 1963 المؤرخ في 22 أبريل 1963، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 19-23 أبريل 1963، ص 588.

( 54 ) حول تاريخ القضاء يراجع : محمود بوعلي، القضاء في تونس تراث ثلاثة آلاف سنة، الطبعة الأولى، شركة فنون الرسم والنشر والصحافة، تونس 1993. وانظر كذلك، بصفة عامة مؤلف الأستاذة : Jeanne LADJILI-MOUCHETTE, Histoire juridique de la méditerranée, droit romain, droit musulman, 1ère édition, C.E.R.P., Tunis 1990.

ومؤلف الأستاذ :

Roger JAMBU-MERLIN, Le Droit privé en Tunisie, 1ère édition, L.G.D.J., Paris, 1960.

- مرحلة الإعتماد الكلي على الفقه الإسلامي بعد حصول الفتح في آخر القرن السابع مسيحي.  
- والمرحلة الحديثة التي بدأت منذ القرن التاسع عشر، وهي مرحلة شهدت قيام نظام جديد يعتمد قانونا مدنيا وضعيا مدونا حسب النمط العصري.

ويكشف هذا التقسيم عن مدى تأثر القانون المدني الحديث بمصدره التاريخيين، القانون الروماني والفقه الإسلامي.

### الفقرة الأولى النشأة وهيمنة القانون الروماني

23 - البربر : لم يهتم علماء التاريخ بالجانب القانوني للحضارة البربرية بل إعتنوا خاصة بالجانب السياسي لتلك الحضارة وبصراعها مع الغزاة<sup>55</sup>. وأدى هذا الأمر إلى صعوبة إكتشاف التنظيم القانوني لتلك الحضارة. ويؤكد بعض الشراح أن البربر «شهدوا نظاما دقيقا في مجال التشريع يعتمد على المنع والإباحة»<sup>56</sup>، في حين يشير شق آخر إلى أن البربر عرفوا نظاما «جنينيا» للملكية كما أبرموا عدة معاهدات مع الامبراطورية الرومانية في نطاق صراهم مع قرطاج<sup>57</sup>.

( 55 ) أنظر خاصة المؤلف الآتي :

K. BELKHODJA, A. MAHJOUR, H. SLIM, Histoire de la Tunisie, l'antiquité, S.T.D., Tunis; non daté.

( 56 ) راجع خاصة ابراهيم عبد الباقي، تطور التشريع بتونس، مجلة القضاء والتشريع، مارس، 1975، عدد خاص، صفحة 113.

( 57 ) محمد الشرفي وعلي المزغني، مدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، المركز القومي البيداغوجي، تونس، 1993، فقرة 436 صفحتي 258 و 259.

**24 - قرطاج :** ومع نشأة مدينة **قرطاج** سنة 814 ق.م تمكن الفينيقيون من تأسيس حضارة قوية متماسكة تميّزت بظهور قواعد واضحة لنظام الحكم والقضاء (الأشفاط هم قضاة منتخبون) وتنظيم العلاقات الخاصة<sup>58</sup>. فحضارة قرطاج حضارة تجارية مدنية تطوّرت أساسا في مجتمع حضري حول مدينة قرطاج التي بلغ عدد سكانها ما لا يقلّ عن 400 ألف ساكن. كما هيمنت على القانون التفرقة الاجتماعية بين الأحرار من جهة والعبيد وأغلبهم من البربر من جهة أخرى. وفي ذلك العهد كذلك، قام الفينيقيون بأول عملية مسح عقاري بتونس. وعلى خلاف روما فإن قرطاج لم تهتم كثيرا بتدوين قانونها الخاص ولا بجمعه في موسوعات فبقيت القواعد المنظمة له مفرقة وغير معروفة بدقة.

**25 - هيمنة القانون الروماني :** بعد سقوط قرطاج سنة 146 ق.م. سيطرت روما على شرق تونس وشمالها وهيمنت نهائيا على ما تبقى من النفوذ النوميدي بغرب البلاد سنة 46 ق.م وألحقت البلاد بالإمبراطورية الرومانية إذ أصبحت تونس مقاطعة تسمى "إفريقية" وترتب عن هذه التغيرات السياسية تسرب القانون الروماني وتطبيقه بالبلاد. ونتج عن نفاذ القانون المدني الروماني ظهور تفرقة اجتماعية جديدة بين السكان حيث وقع التمييز بين القانون المنطبق على الرومان والقانون الخاص بالفينيقيين والقانون النافذ بالنسبة للأهالي الأصليين. غير أن السلطة الرومانية ساعدت على تجاوز هذه التفرقة بمنح الجميع صفة المواطنة

(58) إمتاز القضاء القرطاجي بأمرين أولهما إزدواجية تركيبته إذ كان يتواجد بالهيئة القضائية قاضيان معا يحمل كل منهما اسم الشفط Suffetes و ثانيهما الصيغة « البلدية » لنشاطه فالشفط البلدي كان ينظر في مراقبة الأسعار والموازن والمكايل والغش. أمّا نظام الحكم فامتاز باعتقاد القرطاجيين لستور ضامن لعدة حقوق (يراجع ، محمود بوعلي ، المرجع المذكور ، صفحة 14 وما بعدها).

الرومانية وتمّ ذلك بإصدار **لائحة كاركلا** Caracalla التي وحدت القانون المدني المنطبق على كل مناطق الإمبراطورية الرومانية سنة 212 م<sup>59</sup>. ونلاحظ أنّ أثر الحضارة الرومانية لم يكن ملموسا في شأن القواعد القانونية فحسب بل أنّ ذلك الأثر امتدّ إلى العديد من العادات والأعراف الاجتماعية المتعلقة خاصة بمراسم الزواج.

**26 - فترة الوندال :** وسرى تطبيق القانون المدني الروماني على تونس مدّة تفوق الأربعة قرون حتى حصل الغزو الوندالي سنة 439 ميلادي وخرج الرومان نهائيا من البلاد<sup>60</sup>. ولم يهتم الوندال كثيرا بالقانون المدني المنطبق ويبدو أنّ تدخلهم اقتصر قانونيا على تغيير نظام تملك الأراضي بهدف الإستحواذ على أخصبها وإفتكاكها من مالكيها الأصليين<sup>61</sup>.

**27 - الإستعمار البيزنطي :** لم يدم الإستعمار الوندالي كثيرا إذ حلّ محله الإستعمار البيزنطي بداية من سنة 533 م إلى غاية بداية الفتح الإسلامي وسقوط الحكم البيزنطي نهائيا سنة 698 م.

(59) يراجع مؤلف :

Jeanne LADJILI-MOUCHETTE, ouvrage précité, p. 577 et s.

(60) يراجع :

K.BELKHODJA, A. MAHJOUR, H. SLIM, ouvrage précité, p. 315.

(61) يراجع :

K.BELKHODJA, A. MAHJOUR, H.SLIM, ouvrage précité, p. 326.

## الفقرة الثانية الإعتماد الكلي للفقه الإسلامي

28 - إنتشار الفقه الإسلامي : أصبح الفقه الإسلامي بعد فتح البلاد، مصدر قانونها المدني. ورغم التغيرات السياسية في الحكم وتداول الأغالبة ثم الفاطميين ثم الحفصيين ثم الحسينيين على السلطة، فإنّ الفقه الإسلامي وخاصة المذهب المالكي الذي إشتهر باعتماده سنّة النبي صلى الله عليه وسلم وبميله لأعراف المدينة، أصبح هو «القانون المدني» المطبّق مباشرة من القضاة والمحاكم الشرعية في كلّ ما يخصّ المسائل المتعلقة بقانون العائلة وبالميراث وبالمعاملات وبالملكية وغيرها<sup>62</sup>. وأشتهر العديد من الفقهاء والقضاة كالإمام سحنون<sup>63</sup> والإمام ابن عرفة<sup>64</sup>. ويسرّ العهد الحسيني تدعيم مكانة المذهب الحنفي باعتباره مذهب البايات والمذهب

( 62 ) إنّ مادّة الأحوال الشخصية تكون مادّة تقليدية في الفقه الإسلامي، لكن يصعب القول بأنّ الفقهاء المسلمين استعملوا عبارات «الحقوق الشخصية» و«الحقوق العينية» فهي تعبيرات مستحدثة ومستعارة من الفقه الروماني الغربي، ويعني ذلك أنّهم اعتنوا بجلب المسائل المدنية دون إخضاع الحقوق للتمييز المذكور : حول هذه المسألة يراجع تحليل الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 9 وما بعدها.

( 63 ) هو عبد السلام بن سعيد التنوخي الملقب بسحنون ولد في القيروان سنة 160 هـ/ 777 م وتوفي بها سنة 240 هـ/ 854 م وهو صاحب كتاب «المدونة» في الفقه المالكي.

( 64 ) هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، ولد في تونس سنة 716 هـ/ 1316 م وتوفي بها سنة 803 هـ/ 1400 م، من أشهر كتبه «المبسوط» في فقه المالكية و«الحدود» في التعريفات الفقهية.

الرسمي للعثمانيين وهو مذهب عرف بمرونته وباعتماده القياس والإستحسان وانتشر خاصة بالعاصمة.

29 - إعتماد كلي للفقه الإسلامي حتى منتصف القرن التاسع عشر : يمتاز الفقه الإسلامي بتأسسه على مصدرين جوهريين هما القرآن الكريم والسنّة النبوية. كما يمتاز بدقّة نظرياته واجتهاداته ممّا يجعله مدرسة قانونية متكاملة ومستقلّة بذاتها مختلفة عن المدرسة الرومانية رغم تشابههما في بعض القواعد. وساد تطبيق الفقه الإسلامي كلياً إلى غاية منتصف القرن التاسع عشر. وإذا تركنا جانباً كلّ الأحكام المنطبقة على غير المسلمين، فإنّنا نلاحظ أنّ نصوصاً مكتوبة متنوّعة، عادة ما تكون صادرة عن الباي في شكل أوامر أو أوامر عليّة، بدأت تظهر في تلك الفترة أي في منتصف القرن الماضي لتضع أحكاماً مدنية مستقلّة عن الفقه الإسلامي وخاضعة للصياغة العصرية في مجالات متنوّعة. ومن هذه الأوامر نذكر على سبيل المثال: - الأمر العليّ الصادر في 23 جانفي 1846 المتعلّق بمنع الرقّ وهو تحديد هام لوضعية هؤلاء الأشخاص وتطوّر ملحوظ من الناحية الحضارية. وكذلك الأمر العليّ الصادر في 11 نوفمبر 1868 المتعلّق بصفة البائع في عقود البيع ثمّ الأمر العليّ الصادر في غرة جويلية 1874 المتعلّق بالتزامات الخمّاس. والأمر العليّ الصادر في 6 أوت 1879 المتعلّق بإبرام الرهون العقارية. ولتيسير نشر هذه النصوص، تمّ إصدار «الرائد التونسي» أوّل مرّة يوم 22 جويلية 1860 الذي أصبح يسمّى «الرائد الرسمي التونسي» بموجب الأمر العليّ المؤرّخ في 27 جانفي 1883<sup>65</sup>.

( 65 ) يراجع في هذا الشأن مؤلّف :

Mongi SMIDA, Aux origines de la presse en Tunisie, La fondation du RAID, I.O.R.T., Tunis, 1979.

30 - بداية التقنين المدني : ولم يكن مثل هذا التطور خاصاً بتونس ذلك أنّ فكرة الإلتجاء إلى التشريع الوضعي المكتوب إنتشرت خاصة تحت تأثير التجربة الفرنسية التي دوّنت أهمّ أجزاء تشريعها المدني في المجلة المدنية الصادرة سنة 1804. وفعلا صدرت بتونس سنة 1861 أول مجلة مدنية سمّيت «بالمجلة المدنية والجزائية». وتزامن ظهورها مع إصدار عهد الأمان المعلن عنه في 10 سبتمبر 1857 وكذلك مع إصدار أول دستور حديث لتونس في 26 أفريل 1861. لكن سرعان ما ألغيت تلك المجلة المتواضعة إذ لم تتضمن إلا 664 فصلا. وتمّ ذلك الإلغاء بتاريخ 30 أفريل 1864.<sup>66</sup>

31 - تأثر الخلافة العثمانية بحركة التقنين : أمّا التجربة الثانية فتمثّلت في صدور «مجلة الأحكام العدلية» سنة 1876 وهي تجربة تختلف عن الأولى في مصدرها، إذ أمر بإعدادها الخليفة العثماني، وتختلف عنها في مداها أيضا، إذ كان الهدف من وجودها تطبيق أحكامها على كافّة أجزاء الخلافة. لقد لاقت فكرة التقنين وتجميع القواعد في نصّ موحد مكتوب ومبوّب على شكل عصري صدى إيجابيا لدى الدولة العثمانية ممّا دعاها إلى حصر أعمال الفقه الإسلامي في مؤلف واحد، أي «مجلة» على النحو الذي صدرت فيه المجلات الغربية آنذاك. ولهذا الغرض عيّنت الخلافة سنة 1869 «جمعية المجلة» لإعداد مجلة تجمع الفقه الإسلامي. وتمّ ذلك سنة 1876 بصور «مجلة الأحكام العدلية» وهي مجلة تقنّن المذهب الحنفي. وقد ورد في تقرير أعضاء اللجنة التي أعدتها ما يلي : «تعلّق الأمل بتأليف

(66) حول بروز نزعة التقنين بتونس يراجع خاصة بحث :

Ridha MEZGHANI, La codification en Tunisie, in Revue juridique et politique, indépendance et coopération, 1986, p. 451.

كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطا سهل المأخذ عاريا من الاختلافات حاويا للأقوال المختارة سهل المطالعة على كلّ واحد ... وبادرنا إلى ترتيب مجلة مؤلفة من المسائل والأمور الكثيرة الوقوع اللازمة جدّا من قسم المعاملات الفقهية مجموعة من أقوال السادات الحنفية الموثوق بها<sup>67</sup>. وتعدّ «مجلة الأحكام العدلية» أول تقنين مدني إسلامي إذ سبقت صدور «مرشد الحيران» و«الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية» لحمدّ قذري باشا سنتي 1890 و1909<sup>68</sup>، وتضمّنت «المجلة» العثمانية 1751 مادة أتت على جلّ المسائل المدنية كالأحكام العامة والبيع والإجارة، والكفالة والحوالة والرهن والأمانات والهبة والغصب والحجر والشفعة والإكراه والشركات والوكالة والصلح والإبراء والإقرار. كما تضمّنت المجلة أحكام الدعاوي المدنية والقضاء المدني. وأمتازت المجلة العثمانية بتقنينها لأهمّ المبادئ العامة للفقه الإسلامي في «قواعد كلية» وردت في مقدّماتها، نذكر منها : - «الأصل براءة الذمة» (المادة 85) - «الأمر إذا ضاق اتسع» (المادة 18)

(67) التقرير الذي قدّم لعالي باشا الصدر الأعظم فيما يتعلّق بالمجلة، راجع سليم رستم الباز، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة، بيروت، 1986، صفحة 11-12.

(68) الفقيه محمد قذري باشا من قضاة مصر ثم عهد إليه بعدة مناصب آخرها وزارة الحقانية (العدل). خصّص «مرشد الحيران» لأحكام المعاملات في الفقه الحنفي أساسا. وتضمن المؤلف 1033 «مادة» (أي فصلا) شملت كُتباً في «الأموال» وفي «أسباب الملك» وفي «الشفعة» و«المدائنات» و«العقود» من بيع وإجارة ومزارعة ومساقاة وشركة وعارية وقرض ووديعة وكفالة وحوالة ووكالة ورهن وصلح. أما كتاب الأحكام الشرعية فقد خصّص كما تدلّ عليه تسميته لمسائل الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة وقد احتوى على 647 مادة. وحول تقنين الفقه الإسلامي بصفة عامة، يراجع، محمد عبد الجوّاد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، تقنين الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1991.



- « لا ضرر ولا ضرار » (المادة 19)

- « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » (المادة 39)

- « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » (الفصل 43)

ورغم أنها لم تتعرض للحالة الشخصية واقتصرت على أحكام المعاملات، فإن المجلة العثمانية أثرت بصفة ملحوظة في القضاء الشرعي وساهمت في تكوين القضاة بالملكة التونسية<sup>69</sup>. ولكن دخول الاستعمار الفرنسي بعد خمس سنوات من صدورها حد من ذلك التأثير لأنه غير ملامح القانون المدني التونسي بعد سنة 1881 حيث ابتدأت مرحلة جديدة.

### الفقرة الثالثة

#### نشأة القانون المدني الحديث

32 - أول تقنين مدني في عهد الحماية : لنتمكّن من

الوقوف عند أهم مميّزات القانون المدني التونسي المعاصر (ب) يجب، في البداية، التعرّض لأهم المعطيات التاريخية التي شهدتها ذلك القانون منذ سنة 1881 إلى اليوم (أ).

#### أ - المعطيات التاريخية :

33 - بعد أنتصاب الحماية سنة 1881 أبقت فرنسا على تطبيق

الفقه الإسلامي على الرعايا التونسيين ذلك أن الأجانب كانوا يخضعون لمحاكم خاصّة. لكن نيّة المستعمر اتجهت نحو الإستيلاء على أخصب الأراضي ففكرت سلطة الحماية في تنظيم الحقوق العينية وخاصّة نظام

(69) حول هذه المجلة يراجع كذلك :

Guido TEDESCHI, Le centenaire de la Medjellé, Revue Internationale de Droit Comparé, 1969, p. 125.

الملكيّة ضمن أحكام جديدة. وفعلا صدر بتاريخ 1 جويلية 1885 أول تقنين عقاري يتمثّل في «المجلة العقارية» Le Code Foncier وهي مجلة تضمّنت أحكاما مستحدثة لتسجيل الأراضي Immatriculation foncière ثم إخضاعها بعد ذلك لنظر المحاكم الفرنسية<sup>70</sup>. وأبقيت الأراضي غير المسجلة لنظر المحاكم الشرعية المطبقة للفقه الإسلامي. ويعني ذلك حصول إنقسام في نظام الملكية العقارية على النحو الآتي :

- إخضاع العقارات المسجلة والراجعة في معظمها للمعمرين للمجلة العقارية قانوناً وللمحاكم الفرنسية قضاءً.  
- وإخضاع العقارات غير المسجلة للفقه الإسلامي ولل قضاء الشرعي.

أمّا بقية المسائل المتعلّقة بالحالة الشخصية وبالإلتزامات والعقود فبقيت - في تلك الفترة - خاضعة للفقه الإسلامي ولعدد نادر من النصوص المتفرقة.

(70) حول ظروف صدور المجلة العقارية يراجع ، رشيد الصبّاح، التأصيل الفقهي للقانون العقاري في كتاب مطلع الداربي، مائوية التسجيل العقاري بتونس، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، المطبعة الرسمية ، تونس 1987، ص 57 وما بعدها، محمد كمال شرف الدين ، التطور التاريخي للنظام العقاري التونسي، التسجيل والإشهار (1885-1985) ، مجلة القضاء والتشريع، 1987، عدد 9 ، صفحة 21 وما بعدها. وقد تضمّنت المجلة العقارية، عند صدورها، 381 فصلا، خصصت أولا لاجراءات التسجيل المستنبطة من القانون الاسترالي act Torrens (1858) والقائمة على فكرة تطهير الحقوق غير المأذون بترسيمها في حكم المجلس العقاري المختلط، وثانيا لاجراءات الإشهار العيني في سجل الملكية العقارية المستلزمة من الانظمة الجرمانية، حول المجلة المذكورة يراجع كذلك وبالخصوص :

Georges SOULMAGNON, La loi tunisienne du premier juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres fonciers, librairie du recueil Sirey, Paris, 1933 ; Albert BESSIS, Essai sur la loi foncière tunisienne, thèse, Paris, 1912 ; Paul LESCURE, Du double régime foncier de la Tunisie, droit musulman et loi foncière, Imp. française, Tunis, 1900.

34 - ظهور مجلة الإلتزامات والعقود : بتاريخ 6 سبتمبر 1896 أحدثت لجنة أسندت لها مهمة عامة تتمثل في **تقنين القانون المدني والتجاري**<sup>71</sup>. وفي سنة 1897 قدمت اللجنة تقريرها **الأولي** ثم أتمته في سنة 1899 بتقرير أكثر تفصيلا وهو التقرير المسمى «لائحة ابتدائية لقانون مدني وتجاري للمملكة التونسية» «Avant projet» والذي قدم له مقررها سنتيلانا بتقرير متميز كشف عن المنهجية والمقاربة التي تم إعتمادهما<sup>72</sup>. وعرض المشروع على «لجنة لتوجيه النظر الشرعي»

71 (تضمنت اللجنة كلاً من ROY (قنصل فرنسا، رئيسا) و PADAUX (قنصل) و BERGE (قاض) و ANTERRIEU (قاض)، أعضاء و SANTILLANA (مقرر) وكان لسانتيلانا أهم دور فيها على ما يبدو. ولد سانتيلانا عام 1855 وسهر على تربيته والده وقنصل انقلترا بتونس Sir Richard WOOD وهو من أصل اسباني إيطالي، وشغل دافيد سانتيلانا منصب كاتب اللجنة المالية التي أنشأت لتصفية ديون خزينة المملكة (كان والده عضوا بها) ولم يتجاوز عمره 18 عاما. وساعده هذا المنصب على معرفة الأطراف الفاعلة في البلاد وعلى أن يصبح مترجما للباي سنة 1875. وتسبب له وفاءه لتونس في انتقاد السلطة الفرنسية له فآثر الابتعاد والعزلة (1879) ومغادرة البلاد إلى إيطاليا لدراسة الحقوق (1880). وأصبح سانتيلانا محاميا (1896). وفي تلك الفترة دعي -بشكل مفاجئ- ليكون مقررا للجنة إعداد التقنين المدني والتجاري وتميز التقرير الذي حرره في الغرض بوضوح رؤيته وتمسكه باحترام منهجية تنويع المصادر المادية للمجلة الجديدة وخاصة حرصه على مطابقتها للفقهاء الاسلامي الذي شغف به وقد درس بمصر وذكره طه حسين في «الأيام» وقارنه بنالينو (وهو مستشرق إيطالي معروف ومؤسس معهد الشرق بروما)، كما ألف سانتيلانا كتابا ضخما حول الفقه المالكي مقارنا بالمذهب الشافعي. وعاش الفترة الأخيرة من حياته في إيطاليا حيث توفي (عن أحمد ادريوش، أصول قانون الإلتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 1996، بالتصرف).

72 (يراجع في شأن هذا التقرير : Travaux de la commission de codification des lois tunisiennes, fascicule I et II, .../...

متألّفة من شيوخ تونسيين لبدء النظر فيه وهم محمد بيرم (شيخ الإسلام) رئيسا وخلفه بعد وفاته، محمود بلخوجة (المفتي الحنفي وقد كان قبل ذلك عضوا باللجنة)، وأحمد الشريف (رئيس الفتوى على المذهب المالكي) وعمر بن الشيخ (المفتي المالكي) ومحمد بن أحمد بلخوجة (المفتي الحنفي عوض محمود بلخوجة الذي تولى منصب شيخ الإسلام) ومصطفى رضوان (مدرس حنفي بجامعة الزيتونة) وسالم بوحاجب (مدرس مالكي بجامعة الزيتونة) أعضاء. ولم يبق عن أعمال هذه اللجنة آثار مكتوبة منشورة للباحثين ولكن يمكن التعرف على طبيعة ومدى تدخلها بمقارنة بين ما عرض عليها لبدء النظر فيه (مشروع 1899) والنص النهائي لمجلة الإلتزامات الصادر سنة 1906. وبتاريخ 15 ديسمبر 1906 أصدر الباي ثاني مجلة مدنية بعد المجلة العقارية وهي «مجلة الإلتزامات والعقود».

.../...

Code civil et commercial tunisien, avant-projet discuté et adopté au rapport de D. Santillana, Imprimerie générale, J. Picard et Cie, Tunis, 1899.

وتضمن التقرير تفصيلا للمصادر المعتمدة لكل فصل من فصول المشروع أقام الدليل على ثراء المصادر المادية للمجلة وتنوعها، فالفقه الإسلامي معتمد فيها بمذاهبه الأساسية (المالكي والحنفي والشافعي والحنبلي) وكذلك الشأن للقوانين المدنية الأوروبية المقارنة كالقانون الفرنسي والألماني والسويسري والإيطالي. كما تضمن التقرير إشارات إلى فقه القضاء الفرنسي وفقه القضاء التونسي وإلى بعض العادات والأعراف. في كل ذلك يراجع :

Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats, Revue Internationale de Droit comparé, 1996, n° 2, p. 415 et suiv.

التي بدأ العمل بها منذ غرة جوان 1907<sup>73</sup>. فانحصر منذ ذلك التاريخ مجال تطبيق الفقه الإسلامي في مسألتين اثنتين: العقارات غير المسجلة والحالة الشخصية وهو ما دعا الشيخ جعيط سنة 1947 إلى نشر «لائحة» تضمنت تقنيناً للمذهبين المالكي والحنفي في المسألتين المذكورتين وهي لائحة موجهة للمحاكم الشرعية وعرفت بلائحة الشيخ جعيط.

35 - مواصلة حركة التقنين بعد الإستقلال : بعد الإستقلال تم توحيد القضاء المدني فألغيت المحاكم الشرعية<sup>74</sup>

(73) حول هذه المجلة أنظر بالخصوص :

**Emile LARCHER**, Observations critiques sur le code tunisien des obligations et des contrats, Rev. algérienne 1907. I. 193 ; **André MOREL**, Précis de droit civil musulman, commentaire du code tunisien avec annotations critiques, 1911 (éditeur non indiqué) ; **Joël MONEGER**, Biographie du C.O.C, de la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain, Revue marocaine de droit et d'économie, 1984, n° 7, p. 15 et suiv. ; **Ridha MEZGHANI**, La codification en Tunisie, Revue juridique et politique, indépendance et coopération, 1986, p. 451 et suiv. ; **Sana DEROUICHE BEN ACHOUR** et **Farouk MECHRI**, Rapport tunisien aux travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIV, la circulation du modèle juridique français, Litec, Paris, 1993, p. 283 et suiv. ; **Sana DEROUICHE-BEN ACHOUR**, Aux sources du droit moderne tunisien : La législation tunisienne en période coloniale, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1996 ; **Mohamed ZINE**, Centenaire de la codification en Tunisie, le code des obligations et des contrats, in, la codification, ouvrage collectif sous la direction de B. BEIGNIER, Dalloz, Paris, 1996, p. 187 et suiv.

وأنظر أيضا : محمد الصالح العياري، مجلة الالتزامات والعقود في ضوء متغيرات العصر ومستجداته الحضرية، مطبعة فن الطباعة، تونس 1997.

(74) بموجب الأمر العلي الصادر في 25 سبتمبر 1956 أدمجت المحاكم الشرعية في إطار محاكم الحق العام، يراجع محمود بوعلي، القضاء في تونس تراث ثلاثة آلاف سنة، المرجع المذكور صفحة 85.

والمحاكم الفرنسية<sup>75</sup> والمحاكم اليهودية<sup>76</sup> وعوضت بالنظام القضائي المدني الحالي وتوحد القضاء نهائيا في سنة 1957. كما أن المشرع سارع عند الإستقلال، بتقنين أحكام قانون العائلة فأصدر في 13 أوت 1956 مجلة الأحوال الشخصية التي بدأ تطبيقها منذ غرة جانفي 1957<sup>77</sup>. ثم صدر قانون الحالة المدنية في 1 أوت 1957 وكذلك مرسوم 28 فيفري 1963 المتعلق بالجنسية. وفي سنة 1965 عوّضت المجلة العقارية بمجلة الحقوق العينية التي أصبحت منذ ذلك التاريخ منطبقة على كل العقارات مسجلة أو غير مسجلة<sup>78</sup>. وفي الفترة الحديثة تدعمت عملية تقنين وتدوين

(75) أصبحت الإتفاقية القضائية التونسية الفرنسية المبرمة في 9 مارس 1957 نافذة في 1 جويلية 1957، يراجع : **Roger JAMBU-MERLIN**, La nouvelle organisation judiciaire tunisienne, R.T.D. 1956, p. 404, La disparition des juridictions françaises de Tunisie, Revue critique de droit international privé, 1957, p. 213 et suiv. ; **François LUCHAIRE**, La mort des tribunaux français de Tunisie, D. 1957, chron. p. 61 et s.

(76) القانون عدد 40 لسنة 1957 المؤرخ في 27 سبتمبر 1957. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 16 المؤرخ في 27 سبتمبر 1957، ص 208.

حول تنوع المحاكم في عهد الحماية، يراجع بالخصوص : **Mohamed DABBAB, Tahar ABID**, La justice en Tunisie, Histoire de l'organisation judiciaire (essai) : de 1856 à l'Indépendance, Centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis, 1998.

(77) شرح الفقيه **Maurice BORRMANS** في كتابه : (Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours, édit. Mouton, Paris, La Haye, 1977) التاريخية والسياسية التي حقت بظهور « مجلة الأحوال الشخصية ». وانظر كذلك :

**Ali MEZGHANI**, Réflexions sur les relations du Code du statut personnel avec le droit musulman classique, R.T.D. 1975, II, p. 53.

(78) يراجع القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 10 المؤرخ في 19-23 فيفري 1965، ص 200.

أجزاء القانون المدني بصور مجلة التأمين<sup>79</sup> ومجلة حماية الطفل<sup>80</sup>.

## ب - المميزات التاريخية للقانون المدني التونسي :

36 - شهد القانون المدني التونسي في الفترة الحديثة ومنذ منتصف القرن التاسع عشر، تطوراً متسارعاً أبرز ثلاث مميزات.

37 - أولاً : القانون المدني الحديث قانون وضعي : القانون الوضعي هو القانون الملزم الصادر عن السلطة أو الأجهزة المؤهلة لوضعه والنافذ في دولة معينة<sup>81</sup>. فهو يشكّل بالتالي «كيانا أو بالأحرى نظاما متكامل الأجزاء»<sup>82</sup>. وانطلاقاً من هذا التقديم يمكن القول بأن القانون المدني التونسي الحديث هو قانون وضعي ذلك أن مجال التطبيق المباشر للاعراف والفقهاء الإسلامي تقلص حسب مراحل مختلفة وعوض بقواعد وضعيّة. فحصل ذلك بالخصوص بالنسبة للملكية العقارية المسجلة منذ سنة 1885 وبالنسبة للإلتزامات والعقود منذ سنة 1906 وبالنسبة للأحوال الشخصية منذ سنة 1956 وبالنسبة للحقوق

( 79 ) صدرت مجلة التأمين بموجب القانون عدد 24 لسنة 1992 المؤرخ في 9 مارس 1992 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 17 مارس 1992، ص 315.

( 80 ) صدرت مجلة حماية الطفل بموجب القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 90، المؤرخ في 10 نوفمبر 1995، ص 2205.

( 81 ) أنظر، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، صفحة 109. وانظر أيضا :

Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, droit civil, introduction générale par Philippe MALAURIE, n° 42, p. 32 ; Jean-Pierre GRIDEL, Introduction au droit et au droit français, Dalloz, 2ème éd., Paris, 1994, p. 10.

( 82 ) محمد الشرفي وعلي المزغني، مدخل لدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي، الطبعة الأولى، تونس 1993 صفحة 17.

العينية منذ سنة 1965. ويفسر هذا الواقع التاريخي تسلسل المجالات المدنية واختلاف أزمنة صدورها وهو ما يطرح اليوم مسألة إعادة تدوين القانون المدني la recodification civile<sup>83</sup>. لكن تجب الإشارة إلى أن التغير في المصادر الشكلية المباشرة لا يعني أن الفقه الإسلامي أصبح عديم الأثر في القانون الوضعي بل إنه بقي مصدرا تاريخيا هاما له. كما أن القانون الوضعي قد استلهم بصفة واضحة العديد من أحكامه سواء في المسائل المتصلة بقانون العائلة أو في نظرية الحقوق الشخصية أو في ما تعلق بالحقوق العينية.

## 38 - ثانيا : تنوع المصادر التاريخية للقانون المدني

الحديث : علاوة على الاستلham من أحكام الفقه الإسلامي، تأثر القانون المدني التونسي أيضا بالقانون الروماني وحصل ذلك عبر تأثيره بالتشريع الفرنسي. كما استمد القانون التونسي عدة قواعد قانونية من القوانين المقارنة كالقانون الأسترالي في مجال تسجيل العقارات والألماني في مجال الإشهار العقاري والإيطالي في مسألة التأويل والسويسري في مجال حق الحبس. وكتب في هذا الشأن دافيد سنتيلانا في التقرير الذي تصدر مشروع مجلة الإلتزامات والعقود (1899) : « رأيت اللجنة أن من واجبها ألاّ تحصر بحثها في نطاق القانون الفرنسي... كان من المستحيل أن لا نعتمد هذه الحركة العظمى من الأفكار التي جرت أوروبا نحو توحيد القانون وأن نهمل كذلك الأشغال التشريعية الوفيرة العدد والأهمية التي أدت أخيرا إلى وضع عدة مجالات نذكر منها بالخصوص المجلة الاتحادية للإلتزامات

( 83 ) أنظر حول هذه المسألة :

Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Codes civils ou code civil ?, réflexion sur la recodification, in L'apport du XXè siècle au droit privé tunisien, Actes du colloque organisé par la faculté de droit et des sciences politiques, Collection forum des juristes, I.O.R.T., 2000, p. 35 et suiv.

(يقصصها المجلة السويسرية) والمجلة الإيطالية والمجلة المدنية والتجارية الألمانية ومختلف القوانين البريطانية... والإشارة إلى تلك المشاريع أسفل كل فصل من المشروع تدلّ على مدى الابتعاد عن الأخذ بمبادئ القانون الفرنسي حسبما جاءت به المجلات». وأضاف في خصوص اعتماد اللجنة للفقهاء الإسلامي: «لقد اعتمدت اللجنة بصفة عامّة المذهب المالكي الذي هو مذهب أغلبية التونسيين إلّا أنها لم تتردد في أن تعتنق المذهب الحنفي كلّما كانت قواعده منسجمة أكثر من قواعد المذهب المالكي مع التنظيم العام للمجلة ومع مبادئ القانون الأوروبي. ولا يوجد بالمشروع أي أثر لما هو مخالف لمذهب أشهر فقهاء الإسلام»<sup>84</sup>.

39 - ثالثاً : هيمنة النص المكتوب : لقد أدّى تكريس فكرة التقنين بإصدار عدّة مجلات مدنيّة وضعية متوالية، إلى هيمنة النص المكتوب كمصدر أساسي للقانون المدني. وقد تنامت هذه الهيمنة منذ منتصف القرن التاسع عشر تماماً على النحو الذي شهدته في مطلع ذلك القرن جلّ الأنظمة القانونية الأوروبية. واكتملت الهيمنة المذكورة وأضحت مطلقة في القرن العشرين وما بعده.

\* \* \*

40 - مخطّط الكتاب : نقسّم هذه المقدمة إلى جزئين يتعلّقان بالعنصرين الجوهريين في القانون المدني: وهما القانون والحق، فنخصّص الجزء الأول لتقديم النظرية العامة للقانون المدني والجزء الثاني لدراسة الحقوق في القانون المدني.

(84) مقتطفات من التقرير كما أوردها معرّبة المرحوم محمود ابن الشيخ في مؤلفه «مجلة الالتزامات والعقود التونسية معدّلة ومعلّقا على فصولها بأحكام القضاء»، المطبعة العصرية، تونس، 1984 صفحة 11 و 19.

## الجزء الأوّل

# تقديم النظرية العامة للقانون المدني

41 - تشمل دراسة النظرية العامة للقانون المدني مسألتين

أساسيتين : دراسة مصادره (الفصل الأول) والبحث في منهجية تفسير أحكامه (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### مصادر القاعدة القانونية

42 - تمهيد : التفرقة بين أساس القاعدة ومصدرها :  
يختلف بيان أساس القاعدة القانونية عن بيان مصادرها كما يلي شرحه.

43 - أساس القاعدة : إنَّ ما يعني المتأمل في أساس القاعدة القانونية هو بيان الركائز النظرية والفلسفية التي تؤسِّص وجود هذه القاعدة والزاميتها أي البحث في مبررات احترام الفرد لها : فهل يتحقَّق إحترام القاعدة لتطابقها مع مثل عليا أم لأنها تكرِّس معطيات إجتماعية وإقتصادية وتاريخية معيَّنة أم لأنها تمثل -بذاتها- موجوداً قانونياً واجب الإحترام والطاعة ؟ هذه التساؤلات في أساس القاعدة القانونية تقود الباحث إلى الخوض في « فلسفة القانون » وهو فرع من فروع العلوم القانونية<sup>1</sup>. فالقانون المدني شأنه شأن

---

1 ( ) يمتاز هذا النوع بثراء الكتابات المتَّصلة به وتنوُّعها. يراجع منها بالخصوص :

**Henri BATIFFOL**, La philosophie du droit, collection Que sais-je ?, 5ème édition, P.U.F., Paris, 1975; **Albert BRIMO**, Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, collection philosophie comparée du droit et de l'Etat, 3ème édition, A. Pedone, Paris, 1978 ; **Michel VILLEY**, Philosophie du droit, 4ème édition, Précis Dalloz, Paris, 1980 ; **Jacques GHESTIN**, Traité de droit civil, Introduction générale par **Jacques GHESTIN** et **Gilles GOUBEUX**, op. cit., n° 8, p. 5 et suiv.

فروع القانون الأخرى، يتأثر في نشأته بعوامل عديدة يختلف الفقهاء في تحديد دورها بدقة وهو ما يجعلهم يختلفون في تأصيل أساس الصبغة الإلزامية للقاعدة، فمنهم من يؤثر تفسير هذه الصبغة انطلاقاً من احترام القانون الوضعي لمثل عليا تسمى «بالقانون الطبيعي» وتوصف هذه النظريات «بالمثالية» théories idéalistes ومنهم من يؤثر تفسيراً آخر لا يتعدى القانون الوضعي فيرى أن القانون يستمد سلطته من ذاته. وتسمى المدرسة الأخيرة «بالوضعيات» les théories positivistes. ويمثل التياران المثالي والوضعي، أبرز التيارات التي أثرت نقاشات فلاسفة القانون<sup>2</sup>. وتتحد النظريات المثالية في التمسك بالفكرة القائلة بوجود قانون طبيعي أسمى من القانون الوضعي لأنه يتضمن المبادئ والمثل العليا كالحرية والعدالة وحرمة الانسان والتوارث والحق في الملكية، وهي مثل تستوجب من المشرع الوضعي احترامها في كل الحالات. ويترتب عن التطابق بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي قبول الصبغة الإلزامية للقاعدة القانونية والعمل بها. ولم تمنع هذه الفكرة الأساسية ظهور تيارات مثالية متنوعة ومتجددة في شأن تحديد مضمون القانون الطبيعي ذاته. ومن أشهر رواد هذه النظريات Saint Thomas d'Aquin (1225-1274) و Grotius (1583-1645) و Locke (1632-1704) و Rousseau (1712-1778) وفي فترة أحدث Stammler و Geny و Planiol و Villey<sup>3</sup>. وانتقدت هذه النظريات بشدة لكونها زائفة إذ لا وجود لقانون تتفق عليه

(2) «تنظر النظريات المثالية إلى أعلى وتنظر النظريات الوضعية إلى أسفل»، على هذا النحو اختزل العميد كربوني الفارق الجوهرى بين التيارين مع تأكيده على أن كلا منهما يمتاز بتنوع فروعها الداخلية : Jean CARBONNIER, Droit civil, Introduction, op. cit., n° 38, p. 76.

(3) حول هذه التيارات وتطورها يراجع خاصة مؤلف : Xavier DIJON, Droit naturel, tome 1, Les questions du droit, 1ère édition, P.U.F., Paris, 1998 ; Philippe JESTAZ, l'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature, Rev. trim. dr. civ., 1983, p. 233.

الشعوب في كل مكان وزمان وهو ما يبرزه ويثبتته تنوع التشريعات واختلافها من بلد لآخر. كما يعاب على النظريات المثالية طابعها التجريدي المفرط<sup>4</sup>.

وقد كان للنظريات الوضعية دور هام في الرد على التيارات المثالية. فالتيار الوضعي يتحد في نفيه لوجود قانون طبيعي ويسند الصبغة الإلزامية للقاعدة القانونية للقانون الوضعي لوحده. لكن النظريات الوضعية انقسمت بذاتها إلى عدة فروع داخلية حيث يعتمد أنصارها سبلاً متنوعة لتبرير إلزامية القاعدة بالقانون الوضعي. ومن ثم ظهر اتجاه «الوضعيات القانونية أو الدولية» le positivisme juridique ou étatique ومن أول رواده Hobbes (1588-1679) ثم Hegel (1770-1831) ومن بعده Kelsen (1881-1973) الذي يعتبر أن القاعدة القانونية تستمد مشروعيتها من مدى تطابقها مع القاعدة الأعلى في نطاق منظومة هرمية موحدة لأحكام مرتبة<sup>5</sup>. كما ظهر اتجاه «الوضعيات العلمية» le positivisme scientifique إذ نسب أساس الصبغة الملزمة للقاعدة إما لعلم الاجتماع وهو ما ذهب إليه (Auguste Comte) (1798-1857) ثم (Durkheim) (1858-1917) وإما لتأثر القاعدة القانونية بالاقتصاد وهو ما رآه (Marx) (1818-1883) وإما لعلم التاريخ وهو ما دافع عنه (Savigny) (1779-1861). فظهرت بالتالي الوضعيات «الاجتماعية» والوضعيات «الاقتصادية» والوضعيات «التاريخية». وتبدو النظريات الوضعية مهيمنة بصفة جلية منذ القرن

(4) يراجع في خصوص هذه الانتقادات مؤلف : Georges RIPERT et Jean BOULANGER, traité de droit civil, tome 1er, L.G.D.J., Paris, 1956, n° 27 p. 15.

(5) يراجع حول هذه المنظومة الهرمية ومن المؤلفات العديدة لهانس كلسن : Hans Kelsen, Théorie pure de Droit, 2ème édition, traduction Ch. EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962; Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, R.D.P., 1926, p. 561 ; M. TROPYER, La pyramide est toujours debout, Revue de droit public, 1978, p. 1523.

التاسع عشر. وتحقق تفوقها خاصة بفضل حركة التقنين وتكريس التشريع الوضعي المكتوب كمصدر أساسي للقانون. فالوضعية تمثل نتيجة منطقية لتطور طبيعة القواعد القانونية ذاتها فلا عجب أن تزدهر هذه النظريات منذ القرن التاسع عشر إلى الآن. وعلى أي حال، فإن دراسة هذا الجانب لا تهم القانون المدني فحسب بل أنها مسألة تهم فروع القانون كلها وتعالج أسسه الفكرية بقطع النظر عن مميزات هذه الفروع<sup>6</sup>. وهي بالتالي مسألة تتبع درس المقدمة العامة للقانون باعتباره مدخلا عاما<sup>7</sup>.

44 - مصادر القاعدة : تطرح مسألة مصادر القانون المدني إشكالية مغايرة إذ هي لا تبحث في الأساس النظري للصيغة الإلزامية للقواعد القانونية بل تعنى بالكشف عن منابع هذه القواعد أي أنها تبحث في ظروف نشأة القاعدة وكذلك وبالأخص في شكل وماهية هذه المنابع (تشريع ؟ عرف ؟ فقه قضاء ؟ فقه شراح ؟). وفي هذا الصدد يجب التفريق بين نوعين من المصادر : المصادر المادية من جهة أولى والمصادر الشكلية من جهة ثانية les sources matérielles et les sources formelles.

#### 45 - التفرقة بين المصادر المادية والمصادر الشكلية :

تختلف المصادر المادية للقانون المدني عن مصادره الشكلية رغم ما

6 ( يقدم الفقيهان GHESTIN و GOUBEAUX تلخيصا لكل هذه الاتجاهات : Jacques GHESTIN, Traité de droit civil, introduction générale, par Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, 3ème édition. L.G.D.J., 1990 n° 7 et suiv. , p. 5 et suiv.

7 ( أنظر : علي المزغني ومحمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون المدني، المركز القومي البيداغوجي، تونس 1993 :

Hatem KOTRANE, Introduction à l'étude du droit, C.E.R.P. Tunis, 1994.

يحصل بينهما من تداخل.

#### 46 - المصادر المادية : يقصد بالمصادر المادية أو الواقعية

للقانون المدني الأسباب التي تتدخل في نشأة القاعدة. فالقاعدة لا تنشأ من عدم بل هي وليدة أسباب عميقة وعوامل ظرفية محددة قد تكون اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو دينية<sup>8</sup>. كما يقصد كذلك بالمصادر المادية المصادر التاريخية للقاعدة. ومن هذا الجانب نلاحظ أن دراسة التطور التاريخي للقانون المدني ساعدت على كشف مدى تنوع مصادره التاريخية حيث برز القانون التونسي الحديث متأثرا بمصدريه الرئيسيين وهما القانون الروماني والقوانين الأوروبية المستمدة منه من جهة والفقه الإسلامي من جهة أخرى<sup>9</sup>. كما لا يمكن نفي تأثر المشرع بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للبلاد فهي عوامل متغيرة وظرفية لكنها مؤثرة وفعالة وقد تأخذ شكلا منظما كما هو الشأن بالنسبة للفترة التي تلت الاستقلال عام 1956 وكذلك بالنسبة للفترة التي تلت التغيير السياسي الحاصل عام 1987 والتي آلت في سنة 1988، إلى تكوين لجان للنظر في إمكانية مراجعة بعض المجالات القانونية التونسية لجعلها مواكبة للتوجهات الجديدة، والتي آلت أيضا في سنة 1996 إلى اصدار الأمر عدد 48 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جانفي 1996 والمتعلق بإحداث مجلس أعلى لتنظيم

8 ( فتنقيح الفصل 23 من م.أ.ش.، مثلا، بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 أملتته رغبة المشرع المعبرة عن ظروف وتطورات اجتماعية معينة أرادت تجاوز مفهوم الطاعة (طاعة الزوجة للزوج) لتبدله بمفهوم جديد يتمثل في «التعاون بين الزوجين». كما ألزم التنقيح ذاته الزوجة بالمساهمة في الانفاق إن كان لها مال. كل ذلك تماشيا مع واقع الأسرة التونسية في نهاية القرن العشرين وبعد مرور عشرات السنين عن وضع الصياغة الأولى للفصل 23 المحدد للواجبات الأساسية للزوجين.

9 ( حول العلاقة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، يراجع بالخصوص مؤلف زهدي يكن، القانون الروماني والشريعة الإسلامية، دار يكن للنشر، بيروت، 1975،



## الأحكام التشريعية والترتيبية الجاري بها العمل<sup>10</sup>.

47 - المصادر الشكلية : هي التي تعطي للمصدر المادي شكله القانوني ليصبح قاعدة ملزمة أي أنها المصادر التي تضيف عليه خاصيات العمومية والتجريد والإلزامية. وهذه المصادر هي، بصفة عامة، التشريع والعرف وفقه القضاء.

## 48 - العلاقة بين المصادر المادية والمصادر الشكلية :

إنطلاقاً من التحديد السابق بين صنفين المصادر نقف أحياناً عند تداخل بين المصادر المادية التاريخية والمصادر الشكلية بشكل يمكن إبرازه في أوجه ثلاثة :

أولاً : يصح القول أحياناً بأن المصادر المادية، عندما يتم تكريسها مباشرة في مصدر شكلي، تصبح مكونة لمضمون المصدر الشكلي ذاته وتندمج فيه فيتقلص الفرق بينهما. ونذكر مثلاً عديد الأحكام الواردة بمجلة الأحوال الشخصية والمستمدة أصلاً من الفقه الاسلامي كقواعد الإرث وأحكام النسب والنفقة. فالمصدر المادي الأساسي لهذه القواعد هو الفقه الاسلامي والمصدر الشكلي هو التقنين المكتوب أي أحكام مجلة الأحوال الشخصية.

ثانياً : يمكن القول كذلك أنه نتيجة لهذا النوع من الترابط فإن المصادر المادية تهم بدرجة أولى الشارح وخاصة القاضي المكلف بتأويل المصدر الشكلي المتأثر بها. ومن هذا الجانب نرى أن المصدر المادي يصبح أحياناً مصدراً تأويلياً متميزاً عن المصدر الشكلي. فمصطلحات «عدة» أو

( 10 ) نقح الأمر المذكور بموجب الأمر عدد 161 لسنة 2000 المؤرخ في 24 جانفي 2000، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، المؤرخ في 1 فيفري 2000، ص 264.

«دخول»<sup>11</sup> أو «فراش»<sup>12</sup> هي مصطلحات مستمدة من مصدر مادي هو الفقه الإسلامي وهي مكرسة في نص تشريعي مكتوب ضمن أحكام مجلة الأحوال الشخصية. وعند تأويل هذا المصدر الشكلي يلجأ القاضي بالضرورة إلى المصدر المادي التاريخي فيحدث وجه آخر للترابط دون أن يمس في الحقيقة بالترقية ذاتها لأن القاضي لا يطبق الفقه الإسلامي مباشرة كمصدر شكلي بل يطبق النص الوضعي أي أحكام مجلة الأحوال الشخصية.

ثالثاً : لعل المظهر الثالث للتداخل يبرز بصفة أدق صعوبة التفرقة بين الصنفين من المصادر. فالعديد من القوانين العربية المقارنة تجعل صراحة من بعض المصادر المادية كالشريعة الإسلامية، مصدراً شكلياً مثل ما أوردته المادة الأولى من المجلة المدنية المصرية التي جاء بها ما يلي : «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة». ونلاحظ أن المجلة المدنية الجزائرية اعتمدت نفس الموقف<sup>13</sup>. وهكذا نرى في هذه

( 11 ) الفصل 38 م.أ.ش. : «يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها مدة عدتها».

( 12 ) الفصل 68 م.أ.ش. : «يثبت النسب بالفراش ...».

( 13 ) تبدو الإحالة إلى «مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة» في الفصل المذكور مدخلاً لتساؤل هام: هل يمكن القول بأن القانون الطبيعي هو «مصدر» شكلي للقانون؟ يجيب الفقيه سمير عبد السيد تناغواً بالقول بأن «القانون الطبيعي هو جوهر القانون ولا يجوز الخلط بين جوهر القانون، وبين مصادر القانون. فجوهر القانون، هو العدل المطلق وهو الذي يبرر وجود القانون الوضعي» (المرجع المذكور، فقرة 78 صفحة 240). وفعلًا فإن .../...

القوانين الوضعيّة تداخلا بين المصادر الماديّة والمصادر الشكليّة إذ يجعل التشريع، وهو المصدر الشكلي الأصلي، أحد مصادره الماديّة التاريخيّة مصدرا شكليّا في حدّ ذاته مكملّا للمصدر الشكلي العام.

فهل يصحّ مثل هذا القول بالنسبة للقانون التونسي ؟ يجب أن نبيّن أنّ القانون التونسي لم يورد في مجال تأويل القانون نصّا عامّا يحدّد مصادره الشكليّة. لكن الفصل 535 الوارد في باب عنوانه «في بعض قواعد عامة تتعلّق بالقانون»، أوضح أنّه «إذا تعذّر الحكم بنصّ صريح من القانون أعتبر القياس فإن بقي شكّ جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العمومية». فهل تُبقي هذه الصياغة مجالا للمصادر الماديّة للنصّ على النحو الذي اعتمدته التشريعات العربيّة المذكورة ؟ اختلف الشراح حول هذه الاشكالية ولم يتفقوا إلا على اعتبار الفقه الاسلامي مصدرا ماديا تاريخيا لبعض الأحكام المدنيّة كأحكام الحالة الشخصية وبعض العقود، وهو مصدر يلجأ إليه القاضي عند تفسيره للتشريع. وسنأتي لتفصيل هذه المسألة عند تحليل قواعد تأويل القانون. وعموما تعتبر من المصادر الشكليّة للقانون المدني :

- **النصوص القانونية** أو «التشريع» les textes وهي المكوّنة للمصدر الأساسي،

- **والعرف** la coutume

.../...

كانت الإحالة لمبادئ الشريعة الإسلامية لا توحى بالخلط بين المصدر التاريخي والمصدر الشكلي فإنّ الإحالة لمبادئ القانون الطبيعي تطرح فعلا صعوبة التوافق في تحقيق التفريق التقليدي بين مصدر القاعدة وأساسها. وقد يكون واضع المجلة المدنية المصرية قصد تمكين القاضي من مرجعية في الحكم بالعدل في غياب أحكام دقيقة في التشريع وفي مبادئ الشريعة.

- ولئن بقي السؤال مطروحا بالنسبة لفقه القضاء la jurisprudence ، فإنّه من المتفق عليه أن لايعتبر فقه الشراح la doctrine، مصدرا شكليا للقانون المدني.

### المبحث الأول المصدر الأساسي : النصوص القانونية (التشريع)

49 - تمهيد : رأينا أنّ التطوّر التاريخي للقانون المدني جعل من النصّ المكتوب المصدر الأساسي الذي يتمتّع بالمكانة الأولى. فماذا يقصد بعبارة «النصوص القانونية»؟ لكلمة قانون معنيان : فمن حيث المضمون يراد به القاعدة أو القواعد القانونية التي تنظم مسألة ما. فيقال قانون الأحوال الشخصية. أما من حيث الشكل، فالمقصود بالنصّ القانوني أو بالتشريع، مجموعة القواعد المكتوبة التي تصدر عن سلطة مختصة بذلك في الدولة . ومما يفسّر تفوّق النصّ المكتوب كمصدر أساسي في القوانين المدنية الحديثة تعدّد مزاياه <sup>14</sup> : فلأنّه مكتوب، فعادة ما يكون النصّ دقيقا. ولأنّه مكتوب، فهو يسمح باعتماد صياغة فنيّة متطورة. ولأنّه مكتوب أيضا فهو سهل الاطلاع وبالتالي أيسر في التطبيق بالنسبة للقضاة.

نقسم تحليل مميّزات النصوص القانونية إلى ثلاث مسائل رئيسية هي : أنواع النصوص القانونية ونفاذها ثمّ أخيرا نسخها.

( 14 ) حول مفهوم «التشريع»، يراجع خاصة :

Jacques GHESTIN, op. cit., n° 244, p. 205 ;

توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، الدار الجامعية ، بيروت، 1993، فقرة 169، ص199.

## الفقرة الأولى أنواع النصوص القانونية

50 - المنظومة التشريعية الهرمية : تتوزع النصوص القانونية أساسا بين سلطتين دستوريتين : السلطة التشريعية من جهة le pouvoir législatif والسلطة التنفيذية le pouvoir exécutif. وتوجد عدة أنواع من النصوص تتدرج في القوة في شكل منظومة هرمية يوجد في أعلاها الدستور. يلي الدستور المعاهدات الدولية المصادق عليها ثم التشريعات المصادق عليها بالاستفتاء ثم القوانين الأساسية ثم التشريع العادي ويسمى «قانون» ثم المراسيم ثم الأوامر ثم القرارات ثم المناشير. ويفرض هذا التدرج مبدأ هاماً إذ لا يمكن للنص الأدنى أن يخالف النص الأعلى منه مرتبة. واعتمادا على النظام القانوني في تونس يمكن تلخيص المنظومة الهرمية للنصوص حسب البيان الآتي :

- 15 - الدستور .
- 16 - الاتفاقيات والمعاهدات الدولية .
- 17 - القوانين المصادق عليها باستفتاء .
- 18 - القوانين الأساسية .
- 19 - القوانين العادية .
- 20 - المراسيم .
- 21 - الأوامر .
- 22 - القرارات .
- 23 - المناشير .

15 ( بناءً على أمر مؤرخ في 29 ديسمبر 1955 أحدث المجلس القومي التأسيسي الذي أعد وصادق على دستور الجمهورية التونسية الواقع ختمه وإصداره بموجب القانون عدد 57 لسنة 1959 المؤرخ في غرة جوان 1959 (الرائد الرسمي بتاريخ غرة جوان 1959 صفحة 746).

16 ( يراجع بالخصوص ، في شأنها ما ورد بالفصل 32 من الدستور « المعاهدات لا تعد نافذة المفعول إلا بعد المصادقة عليها والمعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذاً من القوانين شريطة تطبيقها من الطرف الآخر » وانظر كذلك الفصل 48 من الدستور .

17 ( يراجع الفصلين 2 و 47 من الدستور .

18 ( وتسمى بالفرنسية lois organiques ، يراجع في شأنها الفصل 28 من الدستور وهي تمتاز أولاً بميدانها الخاص (« الفقرة 6 والفقرة 7 من الفصل 28 المذكور : « القوانين المنصوص عليها بالفصول 4 و 8 و 9 و 10 و 66 و 67 و 68 و 69 و 70 و 71 من الدستور تعتبر قوانين أساسية .

ويتخذ القانون الانتخابي في شكل قانون أساسي » ، وتمتاز ثانياً بخصوصية اجراءات وضعها (الفقرة 5 من الفصل 28 المذكور : « ولا يعرض مشروع القانون الأساسي على مداولة مجلس النواب إلا بعد مضي خمسة عشر يوماً على إيداعه » (منقح بالقانون الدستوري عدد 88 لسنة 1988 المؤرخ في 25 جويلية 1988). وهو امتياز إجرائي غير هام في الواقع. وحول القوانين الأساسية ، يراجع أيضا الفصل 75 فقرة الأخيرة من الدستور .

(19) يراجع في شأنها وبالأخص : الفصل 34 من الدستور : «تتخذ شكل قوانين النصوص المتعلقة :

- بالأساليب العامة لتطبيق الدستور ماعدا ما يتعلق منها بالقوانين الأساسية،

- بإحداث أصناف المؤسسات والمنشآت العمومية،

- بالجنسية والحالة الشخصية والالتزامات،

- بالإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم،

- بضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات الجزائية إذا كانت مستوجبة لعقوبة سالبة للحرية،

- بالعفو التشريعي ،

- بضبط قاعدة الأداء ونسبه وإجراءات استخلاصه ما لم يعط تفويض في ذلك إلى رئيس الجمهورية بمقتضى قوانين المالية أو القوانين ذات الصبغة الجبائية،

- بنظام إصدار العملة،

- بالقروض والتعهدات المالية للدولة،

- بالضمانات الأساسية الممنوحة للموظفين المدنيين.

ويضبط القانون المبادئ الأساسية :

- لنظام الملكية والحقوق العينية،

- للتعليم،

- للصحة العمومية،

- لقانون الشغل والضمان الاجتماعي».

(20) يراجع في شأنها الفصل 28 (فقرة 3) من الدستور : «ولمجلس النواب أن يفوض لمدة محدودة ولغرض معين إلى رئيس الجمهورية اتخاذ مراسيم يعرضها على مصادقة المجلس عند انقضاء المدة المذكورة». والفصل 31 من الدستور : «لرئيس الجمهورية أن يتخذ خلال عطلة المجلس باتفاق مع اللجنة القارة المختصة مراسيم يقع عرضها على مصادقة المجلس في دورته العادية المقبلة».

(21) وتصدر عن رئيس الجمهورية. يراجع في شأنها أحكام الفصول 35 و53 و54 من الدستور (الأوامر الترتيبية). وقد ورد بالفصل 35 من الدستور المنقح بالقانون الدستوري عدد 65 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 : «ترجع إلى السلطة الترتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون، .../...

51 - دور كل هذه الأصناف في القانون المدني يتّجه إخضاع دراسة دور هذه الأصناف لمعيار متلائم أكثر مع القانون المدني ويتمثل في أهمية الدور الذي تلعبه هذه النصوص المختلفة في المادة المدنية. ومن هذه الزاوية، يمكن القول بأن القانون (أي القانون العادي) أهم دور وهو ما يبرر فصل دراسته في فرع أول يليه بيان لدور الأصناف الأخرى من النصوص في فرع ثانٍ، يلتزم بالترجّح بينها.

21

.../... ويمكن تنقيح النصوص السابقة المتعلقة بهذه المواد بأمر يعرض وجوبا على المحكمة الإدارية، ويصدر بناء على رأيها المطابق.

ولرئيس الجمهورية أن يدفع بعدم قبول أي مشروع قانون أو أي تعديل يتضمن تدخلا في مجال السلطة الترتيبية العامة، ويعرض رئيس الجمهورية المسألة على المجلس الدستوري ليبت فيها في أجل أقصاه عشرة أيام ابتداء من تاريخ بلوغها إليه». كما نص الفصل 53 من الدستور على أن رئيس الجمهورية يمارس «السلطة الترتيبية العامة» "Le pouvoir réglementaire général" وله أن يفوض كامل هذه السلطة أو جزءا منها للوزير الأول. كما أوضح الفصل 54 من الدستور أن «الأوامر ذات الصبغة الترتيبية العامة يقع تأشيرها من طرف الوزير الأول وعضو الحكومة المعني بالأمر».

ويترتب عن هذا التقديم أن السلطة الترتيبية تتدخل إما في نطاق «السهر على تنفيذ القوانين» (الفصل 53 من الدستور) أو في نطاق مختلف عن ذلك عندما تمارس فيه هذه السلطة في كل المواد التي لا تدخل في مجال القانون أي بشكل «مستقل» عنه (الفصل 35 من الدستور) (حول هذا التطور في مفهوم السلطة الترتيبية العامة يراجع بالخصوص :

Yadh BEN ACHOUR, Le pouvoir réglementaire général et la constitution, in mélanges Habib AYADI, C.P.U., Tunis 2000, p. 193 et suiv.

وحول المعطيات السابقة عن تعديل الدستور ، يراجع :  
Ridha JENAYAH, De l'existence des règlements autonomes en Tunisie, R.T.D., 1979, II, p. 233 et suiv.

(22) وتصدر عن الوزير الأول والوزراء وعن السلط الجهوية والمحلية.

(23) وتصدر عن الوزير الأول والوزراء وعن السلط الجهوية والمحلية.

## أ - القانون العادي أهم مصدر للقانون المدني :

52 - يصدر القانون العادي عن السلطة التشريعية أي عن مجلس النواب عملاً بأحكام الفصل 28 من الدستور الذي ينص على أن «مجلس النواب هو الذي يمارس السلطة التشريعية» ويمثل التشريع العادي أو « القانون » مصدراً رئيسياً للقانون المدني لسبب بسيط وهو أن الدستور ذاته أقر اختصاص السلطة التشريعية في جل المسائل الواردة في القانون المدني. فالفصل 34 من الدستور جعل من أنظار هذه السلطة مسائل مدنية هامة هي المتعلقة : بالجنسية و بالحالة الشخصية و بالالتزامات. وأضاف الفصل 34 أن « القانون يضبط المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية والتعليم والصحة العمومية ولقانون الشغل والضمان الاجتماعي »<sup>24</sup>. كما أن المجالات القانونية التي صدرت قبل دستور 1959 تتمتع بقيمة موازية لقيمة القوانين الحالية حال أنها صدرت بمقتضى أوامر عليّة<sup>25</sup>. وهو ما يبيح القول بأن المجالات المدنية والنصوص المدنية غير المدونة بتلك المجالات<sup>26</sup>، لها مرتبة القوانين العادية وتمثل بدون أي شك أهم مصدر

24 ( 2 ) نفع الفصل 34 من الدستور بالقانون الدستوري عدد 65 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 31 أكتوبر 1997، ص 2053.

25 ( 2 ) هي مجلة الالتزامات والعقود ومجلة الأحوال الشخصية ومجلة الحالة المدنية. وهي بالتالي لا تنفخ إلا بموجب قوانين عادية.

26 ( 2 ) من النصوص التشريعية الخاصة الواردة في شكل « قوانين » خارجة عن المجالات المدنية يمكن أن نذكر بالخصوص وعلى سبيل الذكر لا الحصر :  
- في ميدان الأكرية :

\* القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكتريين لمحات معدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 13 بتاريخ 20 فيفري 1976 صفحة 520).

.../...

قانوني.

## ب - دور النصوص الأخرى :

53 - نتبع في تحليل هذا الدور ترتيباً حسب معيار التدرج ومرتبة النص في هرم النصوص القانونية لنتبين مدى مساهمة هذه النصوص في تحديد القواعد والأحكام المدنية.

54 - أولاً : الدستور : صدر الدستور بموجب القانون عدد 57 لسنة 1959 المؤرخ في أول جوان 1959 المتعلق بختم دستور الجمهورية التونسية وإصداره<sup>27</sup>. ويتدخل الدستور في مادة القانون المدني

.../...

\* القانون عدد 39 لسنة 1978 المؤرخ في 7 جوان 1978 المتعلق بمنح حق الأولوية للمتسوّغين في الشراء (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 42 بتاريخ 6 و 9 جوان 1978 صفحة 1803).  
- في خصوص أملاك الأجانب :

\* القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 المتعلق بالعقارات التي هي على ملك الأجانب والمبينة أو المكتسبة قبل سنة 1956 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 48 بتاريخ 1 جويلية 1983 صفحة 1952).  
\* القانون عدد 79 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 المتعلق بحق الأولوية للدولة في العمليات العقارية التي ينجر عنها نقل الملكية والتي تتوقف على ترخيص إداري (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 56 بتاريخ 9 و 13 أوت 1991 صفحة 1171).

- في المسائل المتصلة بالحالة الشخصية للأفراد :

\* القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19 بتاريخ 7 مارس 1958 صفحة 306).

\* القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 والمتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 3 نوفمبر 1964).

\* القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998، صفحة 2176.

27 ( 2 ) الرائد الرسمي عدد 30 المؤرخ في أول جوان 1959 صفحة 746.

بتحديد نطاق اختصاص السلطة التشريعية والسلطة الترتيبية كما سبق ذكره<sup>28</sup>. كما وردت بالدستور مبادئ عامة تهم القانون المدني نذكر منها تنصيبه الصريح على المبادئ الأساسية الآتية :

الفصل 5 : ضمان حرمة الفرد

الفصل 6 : مبدأ التساوي في الحقوق والواجبات

الفصل 7 : مبدأ التمتع بالحقوق الذاتية

الفصل 8 : حرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات وتكريس الحق النقابي<sup>29</sup>

الفصل 9 : ضمان حرمة المسكن وضمان سرية المراسلات

الفصل 10 : مبدأ حرية التنقل واختيار المقر

الفصل 14 : ضمان حق الملكية

الفصل 65 : مبدأ استقلال القضاء

ويتميز الدستور التونسي عن الدستور الفرنسي بالطابع الصريح للتنصيب على المبادئ المذكورة آنفا<sup>30</sup>.

( 28 ) راجع الفصلين 34 و 35 من الدستور وكذلك الفصلين 53 و 54 منه.

( 29 ) كما نصّ الفصل 8 بعد تنقيحه بموجب القانون الدستوري عدد 65 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 على أنه على الأحزاب أن «تحتزم سيادة الشعب وقيم الجمهورية وحقوق الانسان والمبادئ المتعلقة بالأحوال الشخصية . وتلتزم الأحزاب بنبذ كل أشكال العنف والتطرف والعنصرية وكل أوجه التمييز».

( 30 ) يراجع في هذا الشأن دراسة :

François LUCHAIRE, Les fondements constitutionnels du droit civil, Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 251.

55 - ثانيا : المعاهدات الدولية : تصبح المعاهدة نافذة

عندما تقع المصادقة عليها بمقتضى قانون (الفصل 33 من الدستور). والمعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين شريطة تطبيقها من الطرف الآخر (الفصل 32 من الدستور). ومن المعاهدات الدولية ما يهم القانون المدني كاتفاقية القضاء على جميع إشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 المصادق عليها بموجب القانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991<sup>31</sup> أو اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل المصادق عليها بموجب القانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991<sup>32</sup>. كما يمكن أن تكون المعاهدة ثنائية كاتفاقيات الاستيطان *conventions d'établissement* المبرمة بين تونس وكل من الجزائر والمغرب وليبيا والنيجر<sup>33</sup>.

56 - ثالثا : القوانين المصادق عليها بالاستفتاء : لم

يطبق هذا الصنف من النصوص القانونية إلى حد الآن لا في مجال

31 ( أنظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 82 الصادر بتاريخ 3 ديسمبر 1991 صفحة 1619.

32 ( نشرت هذه الاتفاقية بموجب الأمر عدد 1865 لسنة 1991 المؤرخ في 10 ديسمبر 1991، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 84 المؤرخ في 10 ديسمبر 1991، صفحة 1658.

33 ( أنظر :

\* الاتفاقية التونسية الليبية المؤرخة في 14 جوان 1961 والمصادق عليها بالقانون عدد 1 لسنة 1962 المؤرخ في 9 جانفي 1966.

\* الاتفاقية التونسية الجزائرية المؤرخة في 26 جويلية 1963 والمصادق عليها بالقانون عدد 34 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966.

\* الاتفاقية التونسية المغربية المؤرخة في 9 ديسمبر 1964 والمصادق عليها بالقانون عدد 35 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966.

\* الاتفاقية التونسية النيجرية المؤرخة في 18 أكتوبر 1966 والمصادق عليها بالقانون عدد 14 لسنة 1967 المؤرخ في 10 أفريل 1967.

القانون المدني ولا في غيره<sup>34</sup>.

**57 - رابعا : القوانين الأساسية :** تتخذ القوانين المتعلقة ببعض المسائل التي تهم القانون المدني<sup>35</sup> وجوبا شكل قوانين أساسية وذلك عملا بأحكام الفصل 28 من الدستور. وفي الواقع فهي قليلة ونذكر منها على سبيل المثال القانون الأساسي عدد 25 لسنة 1992 المؤرخ في 2 أفريل 1992 المنقح لقانون الجمعيات ومن قبله، وفي نفس الموضوع، القانون الأساسي عدد 90 لسنة 1988 المؤرخ في 2 أوت 1988.<sup>36</sup>

**58 - خامسا : القوانين العادية :** سبق التعرّض لهذا الصنف من النصوص وأهميته في المادة المدنية<sup>37</sup>.

(34) نصّ الدستور على امكانية اللجوء للاستفتاء الشعبي في فصله الثاني (عرض المعاهدات المبرمة بغرض العمل على وحدة المغرب العربي الكبير في نطاق المصلحة المشتركة وهي المعاهدات التي قد يترتب عنها تحويل ما للدستور) وكذلك في فصله 47 (استفتاء الشعب مباشرة في مشاريع ذات الأهمية الوطنية أو في المسائل الهامة التي تتصل بالمصلحة العليا للبلاد دون أن يكون كلّ ذلك مخالفا للدستور). وفصليه 76 و 77 (عرض مشاريع تنقيح الدستور على الاستفتاء). وحول الاستفتاء، يراجع بالخصوص :

Lazhar BOUOUNY, Réflexions sur l'introduction de la technique référendaire en droit constitutionnel tunisien, R.T.D. 1979 II, p. 87 ;

وحول مكانة هذا الصنف في الهرم التشريعي يراجع بالخصوص :  
Mohamed CHARFI, Introduction à l'étude du droit, CERES éditions, 3è éd., Tunis, 1997, p. 130, n° 234.

(35) هي المتصلة مثلا بحرمة الفرد (الفصل 5 من الدستور وبحرية تأسيس الجمعيات (الفصل 8) وبحرمة السكن وسرية المراسلة (الفصل 9 منه) وبحرية اختيار المقر (الفصل 10 منه).

(36) يراجع أحكام الفصلين 8 و 28 من الدستور.

(37) أنظر أعلاه فقرة عدد 45.

**59 - سادسا : المراسيم :** لئن أقرّ الفصل 28 من الدستور في فقرته الأولى أن «مجلس النواب هو الذي يمارس السلطة التشريعية» فإنّه أضاف في فقرته الثالثة أن «لمجلس النواب أن يفوض لمدة محدودة ولغرض معين إلى رئيس الجمهورية إتخاذ مراسيم يعرضها على مصادقة المجلس عن إنقضاء المدة المذكورة». كما أقرّ الدستور في فصله 31 أنّه يمكن «لرئيس الجمهورية أن يتخذ خلال عطلة المجلس باتفاق مع اللجنة القارة المختصة مراسيم يقع عرضها على مصادقة المجلس في دورته العادية المقبلة»<sup>38</sup>. وجرى العمل بالخصوص على الالتجاء إلى المراسيم طبق مقتضيات الفصل 31 من الدستور فصدرت عدّة مراسيم تتصل بالمادة المدنية كالتّي تعلّقت بالعمليات العقارية<sup>39</sup> وبمنح البقاء للمتسوغين لمحلّات معدّة للسكنى على ملك الأجانب<sup>40</sup> وبأمولاك الفرنسيين بتونس<sup>41</sup>. ولا تخلو المراسيم من صعوبات نظرية، فقد حدث في

(38) أنظر كذلك الصورة الخاصة الواردة بالفصل 63 من الدستور.

(39) المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 30 سبتمبر 1977 صفحة 2530) والمصادق عليه بالقانون عدد 64 لسنة 1977 المؤرخ في 26 أكتوبر 1977.

(40) المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المؤرخ في أول سبتمبر 1981 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 1 و 4 سبتمبر 1981 صفحة 2150) والمصادق عليه بالقانون عدد 89 لسنة 1981 المؤرخ في 4 ديسمبر 1981.

(41) المرسوم عدد 6 لسنة 1984 المؤرخ في 18 سبتمبر 1984 المتعلّق بالمصادقة على الاتفاق المتعلّق بالأموال العقارية الفرنسية والاتفاق الخاص بالسكان الموجودة بولاية بنزرت المبرمين بباريس في 23 فيفري 1984 وعلى البروتوكول الماليين المتعلّقين ببرنامج الإعانة الفرنسية المبرمين بباريس في 24 فيفري 1984 بين حكومة الجمهورية التونسية وحكومة الجمهورية الفرنسية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 21 سبتمبر 1984 صفحة 2284) والمصادق عليه بالقانون عدد 2 لسنة 1985 المؤرخ في 13 فيفري 1985.

## الفقرة الثانية نشأة النصوص القانونية ونفاذها

### أ - مراقبة دستورية النص القانوني ونشأتها :

61 - يكون القانون في البداية وحسب الفصل 28 من الدستور « مشروعا ». يصدر إما عن السلطة التشريعية أو عن رئيس الجمهورية وتعرض جلّ المشاريع على المجلس الدستوري قبل إحالتها على مجلس النواب. وتمثل مسألة رقابة دستورية القوانين من الناحية النظرية تكريسا لعلوية الدستور وضمانا لمبدأ التدرج الذي يفرض توافق القوانين مع الدستور. والرقابة تكون إما سياسية وتتميز إذاك بطابعها الوقائي contrôle préventif إذ توكل الرقابة لهيئة دورها إبداء الرأي في المشاريع أو حتى القوانين المصادق عليها لكن قبل ختمها لكي تحول دون إصدار نصوص لا تحترم الدستور، وإما تكون قضائية لاحقة عن الختم والنشر فتتعهد بالرقابة هيئة حكمية تنظر فيها إما دفعا par voie d'exception وإما عن طريق الدعوى par voie d'action<sup>46</sup>. وتنتمي تونس لمجموعة البلدان التي أثرت الرقابة المسبقة ذات الطابع الوقائي لدستورية القوانين إذ تمّ بعث المجلس الدستوري للجمهورية بموجب الأمر الترتيبي عدد 1414 لسنة 1987 المؤرخ في 16 ديسمبر 1987 الذي نصّ على أنّ لرئيس الجمهورية عرض مشاريع القوانين لينظر فيها المجلس بغرض إبداء رأيه في

مناسبتين الأولى سنة 1960<sup>42</sup> والثانية سنة 1987<sup>43</sup> أن صدرت مراسيم عن رئيس الجمهورية لم تعرض فيما بعد على مصادقة مجلس النواب في الأجل المنصوص عليه بالدستور. فاعتبرت هذه المراسيم « لاغية » لاختلال أحد أركانها الجوهرية<sup>44</sup>.

60 - سابعا : الأوامر والقرارات : عادة ما تكون هذه النصوص تطبيقية في المادة المدنية فتصدر عن السلطة الترتيبية العامة لتحديد شروط تطبيق القوانين تحديدا دقيقا<sup>45</sup>.

( 42 ) المرسوم عدد 14 لسنة 1960 المؤرخ في 23 مارس 1960 المتعلق بالنظام الأساسي للمترجمين المحلفين (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 25-29 مارس 1960 صفحة 388).

( 43 ) المرسوم عدد 13 لسنة 1987 المؤرخ في 5 أكتوبر 1987 المتعلق بإحداث شهادة التخصيص العقاري (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 9 أكتوبر 1987 صفحة 1261).

( 44 ) أنظر في شأن المرسوم عدد 13 لسنة 1987 المذكور : Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Le certificat de vocation immobilière, in le droit de la promotion immobilière, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1989, p. 249.

وأنظر بصفة عامة حول الصعوبات النظرية المتعلقة بالمراسيم : Habib AYADI, Des décrets-lois dans la constitution tunisienne de 1959, R.T.D., 1969-1970, p.99 ; Yadh BEN ACHOUR, Contribution à l'étude théorique des décrets-lois, R.T.D., 1972, p. 171.

( 45 ) نذكر منها مثلا في مجال تحديد شروط التفويت في أملاك الأجانب : الأمر عدد 1522 لسنة 1992 المؤرخ في 15 أوت 1992 (أحداث لجنة للنظر في مطالب الحصول على الرخصة) (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 1 سبتمبر 1992 صفحة 1127)، والقرار الصادر عن وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية المؤرخ في 7 مارس 1992 المتعلق بضبط الوثائق المكوّنة للملف المتعلق بالمطلب (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 24 مارس 1992 صفحة 350).

( 46 ) يراجع بالخصوص : زهير المظفر ، المجلس الدستوري ، المطبعة الرسمية ، تونس 1993.



مطابقتها للدستور<sup>47</sup>، وفي نفس الفترة صدر قرار هام عن محكمة التعقيب أعلنت فيه رفضها فكرة الرقابة عن طريق الدفع من طرف القضاء العدلي معتبرة في ذلك تجاوزا لحدود سلطة القاضي وخرقا لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>48</sup>.

وتكريسا لسياسة التدرج، تم تطوير المجلس الدستوري بموجب القانون عدد 39 لسنة 1990 المؤرخ في 18 أفريل 1990 وهو ما يعني أن المجلس أصبح يستند في وجوده لنص قانوني لا أمر ترتيبي. وبموجب القانون الدستوري عدد 90 لسنة 1995 المؤرخ في 6 نوفمبر 1995 أضيف الباب التاسع للدستور بعنوان المجلس الدستوري<sup>49</sup>، فأصبح المجلس هيئة دستورية. وفي

(47) يراجع حول هذا الأمر : Hédi BEN MRAD, Commentaire du décret instituant le Conseil Constitutionnel de la République, A.J.T., 1989, p. 92.

ورافع بن عاشور، مسألة مراقبة دستورية القوانين وتطوراتها في آخر سنة 1987، المجلة القانونية التونسية، 1988، صفحة 9.

(48) القرار التعقيبي الجزائي عدد 27971 الصادر في 1 جوان 1988، مجلة القضاء والتشريع، 1988، عدد 5، صفحة 57.

(49) ينص الفصل 72 من الدستور على ما يلي : « ينظر المجلس الدستوري في مشاريع القوانين التي يعرضها عليه رئيس الجمهورية من حيث مطابقتها للدستور أو ملاءمتها له. ويكون العرض وجوبيا بالنسبة لمشاريع القوانين الأساسية، ومشاريع القوانين المنصوص عليها بالفصل 47 من الدستور، ومشاريع القوانين المتعلقة بالأساليب العامة لتطبيق الدستور وبالجنسية وبالحالة الشخصية وبالالتزامات وبضبط الجرائم والعقوبات المنطبقة عليها وبالإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم وبالعفو التشريعي وبالمبادئ العامة لنظام الملكية وللحقوق العينية وللتعليم والصحة العمومية وللشغل وللضمان الاجتماعي كما يعرض رئيس الجمهورية وجوبا على المجلس الدستوري المعاهدات المنصوص عليها بالفصل 2 من الدستور. ولرئيس

.../...

1998 وبموجب القانون الدستوري عدد 76 لسنة 1998 المؤرخ في 2 نوفمبر 1998، أصبح الدستور ناصا على أن رأي المجلس « ملزم لجميع السلطات العمومية »<sup>50</sup>. وفي ذلك تطوير هام لدوره في مراقبة دستورية القوانين دون أن تتغير طبيعته القانونية<sup>51</sup>.

.../...

الجمهورية أن يعرض عليه ما يراه من مسائل تتعلق بتنظيم المؤسسات الدستورية وسيره.

وكذلك ينص الفصل 73 من الدستور في فقرتيه الأولى والثانية على أن « تعرض مشاريع رئيس الجمهورية على المجلس الدستوري قبل إحالتها على مجلس النواب أو عرضها على الاستفتاء.

ويعرض رئيس الجمهورية على المجلس الدستوري خلال أجل الختم والنشر ... التعديلات التي تهم الأصل والتي أدخلت على مشاريع القوانين المصادق عليها من قبل مجلس النواب، وسبق للمجلس الدستوري النظر فيها وفقا لأحكام هذا الفصل. ويعلم بذلك رئيس مجلس النواب ».

وأخيرا ينص الفصل 74 من الدستور في فقرته الأولى على ما يلي : « يعرض رئيس الجمهورية على المجلس الدستوري مشاريع القوانين التي تقدم بها النواب، بعد المصادقة عليها وخلال أجل الختم والنشر... ». وانظر كذلك أحكام الفقرة 2 من الفصل 35 من الدستور.

(50) أنظر أحكام الفصل 75 من الدستور : « يكون رأي المجلس الدستوري معللا ويبلغ إلى رئيس الجمهورية وهو ملزم لجميع السلطات العمومية إلا في حالة صدور الرأي في المسائل المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة من الفصل 72 من الدستور » (هي فقرة تمكن رئيس الجمهورية من عرض « ما يراه من مسائل تتعلق بتنظيم المؤسسات الدستورية وسيرها »).

(51) لا يعد المجلس الدستوري - في رأينا - هيئة قضائية لعدم توفر جميع الأركان الجوهرية المانحة، لأية مؤسسة قانونية، هذه الصفة. يراجع حول الرأي المناهض بمنح المجلس صفة الهيئة القضائية الدستورية،

Rafâa BEN ACHOUR, Le Conseil constitutionnel tunisien, in Mélanges Jacques ROBERT, Libertés, p. 451 et suiv.

وحول الأركان الجوهرية للهيئة القضائية وشروط تحقق هذه الصفة (حسم نزاع - واجب التعليل - مبدأ المواجهة - اتصال القضاء...) يراجع بالخصوص:

Roger PERROT, Institutions judiciaires, 7ème édition, Montchrestien, Paris, 1995, n° 296, p. 272.

62 - استيفاء اجراءات المصادقة والنشر: يعرض المشروع بعد ذلك (أو مباشرة إذا كان من المشاريع التي لا تعرض على المجلس الدستوري) على مجلس النواب للمصادقة عليه طبق أحكام الفصل 28 المذكور. وبعد هذه المصادقة يبلغ القانون المصادق عليه من رئيس مجلس النواب لرئيس الجمهورية الذي يتولى ختمه والسهر على نشره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية إذ نصّت الفقرة الأولى من الفصل 52 من الدستور على ما يلي: «يختم رئيس الجمهورية القوانين الدستورية والأساسية والعادية ويسهر على نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما ابتداء من بلوغها إليه من طرف رئيس مجلس النواب»<sup>52</sup>.

#### ب - شروط نفاذ النصوص القانونية :

63 - أولا : النظام القديم لإشهار القوانين ونفاذها : يرمي النشر إلى إشهار النص الجديد للعموم بالجريدة الرسمية للبلاد. وفي هذا الشأن جرى العمل في السابق بنظام خاص حدّده الفصل الثالث من الأمر العلي الصادر في 27 جانفي 1883 المنقح بالأمر المؤرخ في 8

52 ( ونصّ الفصل 52 ذاته في فقرته الثانية على أنّه « لرئيس الجمهورية الحقّ أثناء الأجل المذكور في ردّ مشروع القانون إلى مجلس النواب لتلاوة ثانية وإذا وقعت المصادقة على المشروع من طرف المجلس بأغلبية ثلثي أعضائه فإنّه يقع إصداره ونشره في أجل آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوما»، كما نصّت الفقرة الثالثة من الفصل 52 وهي التي أضيفت بموجب القانون الدستوري عدد 65 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 على أنّه : « لرئيس الجمهورية أثناء الأجل المنصوص عليه بالفقرة الأولى من هذا الفصل، وبناء على الرأي الذي أبداه المجلس الدستوري طبقا للفصلين 73 و74 من الدستور، أن يرجع مشروع القانون أو البعض من فصوله في صيغة معدّلة إلى مجلس النواب لمداولة جديدة، يقع إثرها وبعد المصادقة على التعديلات بأغلبية أعضاء مجلس النواب ختم مشروع القانون ونشره في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ بلوغه إلى رئيس الجمهورية».

سبتمبر 1955 والأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 1956 . ووضع هذا النظام الخاص والمتعلّق بالرائد الرسمي حلّين يؤلّان إلى التفرقة بين قواعد دخول النصّ الجديد حيّز التنفيذ بالنسبة للعاصمة وقواعد نفاذه داخل البلاد<sup>53</sup>. واتسمت الأحكام المذكورة منذ 1956 بالصرامة. فالأجل الممنوح للاطلاع على النصّ الجديد لم يكن يتجاوز اليوم الواحد من تاريخ الإيداع بالولاية. كما أنّ تطبيق تلك الأحكام أفرز إختلافا وتباينا في توقيت الإيداع بالولايات أدّى إلى الإخلال بواجب شموليّة نفاذ النصّ كامل البلاد وفي نفس التاريخ<sup>54</sup>. فتدخل المشرّع ليعدّل نظام إشهار النصوص القانونية.

#### 64 - ثانيا : النظام الجديد لاشهار القوانين ونفاذها :

تمّ بموجب القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993 والمتعلّق بنشر النصوص بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ونفاذها<sup>55</sup> إصلاح نظام الإشهار القديم وتعويضه بأحكام تتضمن القواعد الآتية :

\* يكون نشر القوانين والمراسيم والأوامر والقرارات بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية باللغة العربية ويتمّ كذلك نشرها بلغة أخرى وذلك «على سبيل الاعلام فحسب»<sup>56</sup>.

53 ( في البداية أيّ منذ 1883 كان النصّ يمنح أجل ثلاثة أيام بعد النشر بالنسبة للعاصمة وخمسة أيّام بالنسبة للكاف وثمانية لسوسة وصفاقس و عشرة لقابس و خمسة عشر لفصصة ثمّ تمّ اعتبار تاريخ النشر للعاصمة، والإيداع بالقيادة (الولاية) واحتساب أجل يوم بعد ذلك الإيداع بالنسبة لباقي أنحاء البلاد.

54 ( يراجع حول هذه المساوئ مؤلّف الأستاذين محمّد الشرفي وعلي المزغني، المرجع المذكور، صفحة 374-375.

55 ( أنظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 50 الصادر بتاريخ 6 جويلية 1993 صفحة 931.

56 ( الفصل 1 من القانون المذكور.

\* تكون النصوص نافذة المفعول بعد مضي خمسة (5) أيام على إيداع الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المدرجة به بمقر ولاية تونس العاصمة. ولا يعتبر في حساب الأجل يوم الإيداع<sup>57</sup>. ويعني ذلك توحيد الإجراء الذي يبتدئ بمقتضاه احتساب أجل النفاذ وذلك بتبني فكرة الإيداع وتعميمها واستبعاد معيار «النشر». فالإيداع عمل قانوني يمكن تحديد تاريخه بوثيقة إدارية مكتوبة ومحفوظة في حين أن «النشر»، وهو المعيار الذي كان معمولاً به بالنسبة للعاصمة، هو واقعة يصعب إثباتها أو التأكد منها. كما يعني الإصلاح تيسير الاطلاع على النص الجديد بالتوسيع في الأجل الفاصل بين الإيداع والنفاذ من يوم إلى خمسة أيام وهو حل يأخذ بعين الاعتبار صعوبة إنتشار النصوص الجديدة وفهمها ويحد من الصبغة الآلية لقيام قرينة العلم بالقانون ومعرفة مضمونه، بعد دخوله حيز النفاذ.

\* يمكن أن تتضمن النصوص الجديدة إذنا صريحا بتنفيذها حالا<sup>58</sup>. ويعني ذلك تأكيدا لما كانت تتضمنه الأحكام السابقة التي أبحاث إستثنائيا إمكانية التنصيص على النفاذ الحيني دون الخضوع إلى إجراءات الإيداع والأجل المترتبة عنه. ويهدف الحل إلى الإسراع بتنفيذ بعض النصوص في حالة التأكد.

\* يمكن أن تتضمن النصوص الجديدة من القانون المذكور إذنا صريحا بتنفيذها في أجل يتجاوز مهلة الخمسة أيام<sup>59</sup>. ويعني ذلك جواز تأجيل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ وهو

(57) الفصل 2 فقرة 1 و 2 من القانون المذكور.

(58) الفصل 2 الفقرة 3 من القانون المذكور.

(59) الفصل 2 الفقرة 3 من القانون المذكور.

تأكيد أيضا لما جرى به العمل سابقا كما يلي شرحه.

## 65 - ثالثا : الأحكام الخاصة المتعلقة بتحديد زمن

النفاذ : ينص التشريع الجديد أحيانا على أحد الأمرين :

### 1 - تأخير دخول النص حيز التنفيذ : قد يتأخر النفاذ عن

تاريخ النشر بفترة يحددها القانون. وقد حصل ذلك بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية إذ صدرت المجلة ونشرت بالرائد الرسمي يوم 13 أوت 1956 في حين نص الفصل الثاني من أمر إصدارها على أنه «يجرى العمل بأحكام هذه المجلة ويقع تطبيقها من غرة جانفي 1957». كما حصل نفس التأجيل بالنسبة لأحكام القوانين الصادرة في 4 ماي 1992، والمنقحة لبعض الفصول في كل من مجلة الالتزامات والعقود<sup>60</sup> ومجلة الأحوال الشخصية<sup>61</sup> ومجلة الحقوق العينية<sup>62</sup> إذ تأجل نفاذ الأحكام الجديدة إلى ثلاث سنوات من تاريخ صدور هذه القوانين<sup>63</sup>. وعلى نفس المنوال تم تأجيل نفاذ الأحكام

(60) أنظر الفصل الثاني من القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلق بتنقيح الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 29، المؤرخ في 12 ماي 1992 صفحة 549).

(61) أنظر الفصل الثاني من القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلق بتنقيح الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية نفس التاريخ ونفس الصفحة).

(62) أنظر الفصل الثاني من القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية نفس التاريخ صفحة 548).

(63) وتأجل من جديد النفاذ إلى 3 سنوات أخرى بموجب القانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أفريل 1995 المتعلق بالتمديد في مفعول الأحكام القانونية الانتقالية المرتبطة بتحيين الرسوم العقارية، ثم بعدها حصل تطور آخر سنتي 1998 و2001.

الجديدة لمجلة التحكيم<sup>64</sup>.

2 - التنصيص على المفعول الرجعي للقانون الجديد :  
تعني رجعية الأثر انسحاب أحكام القانون الجديد على الماضي أي على الفترة التي سبقت إصداره ونشره. ومنع الفصل 13 من الدستور صراحة رجعية القوانين الجزائية وهو ما يبيح ضمنا إمكانية وجودها في المادة المدنية. ونذكر في هذا المجال أمر 18 جويلية 1957 المتعلق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والمشاركة إذ نص الفصل 2 من هذا الأمر على ما يلي : «تعتبر الأحباس الخاصة القائمة في تاريخ صدور هذا الأمر منتهية وترجع موقوفاتها ملكا للمستحقين حسب حصصهم في الاستحقاق مع مراعاة أحكام الفصل التاسع من هذا الأمر»<sup>65</sup>. وحدث أيضا أن نصّ تشريع جديد على رجعية أحكام تشريع سابق إذ نصّ الفصل الوحيد للقانون عدد 38 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أفريل 1992 والمتعلق بالعمليات العقارية على سريان أحكام المرسوم الصادر في 21 سبتمبر 1977 على العمليات العقارية المجراة بين الأشخاص التونسيين قبل تاريخ صدوره. وتجب الإشارة أخيرا إلى أن القوانين التأويلية قوانين رجعية بطبيعتها لأنها تندمج مع النص الذي وضعت لتأويله<sup>66</sup>.

64 ( نصّ الفصل الرابع من القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33، المؤرخ في 4 ماي 1993 صفحة 580) على أن « أحكام المجلة تدخل حيز التطبيق بعد مضي ستة أشهر من تاريخ صدور هذا القانون ».

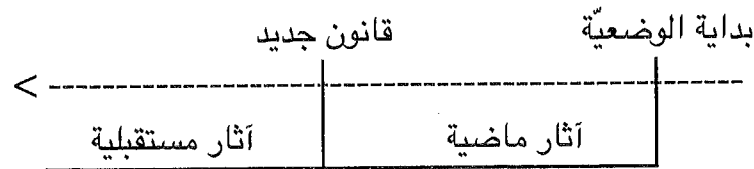
65 ( أنظر كذلك بالنسبة للأوقاف المشتركة والعامة الفصل 3 وما يليه من الأمر المذكور.

66 ( قد يرد الطابع التأويلي للنص الجديد ضمنا وقد يرد أحيانا بصفة صريحة أنظر مثلا حول تأويل الفصل 18 من م.أ.ش القانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرخ في 4 جويلية 1958.

ويدعونا هذا إلى تدقيق مسألة تنازع القوانين المدنية في الزمان<sup>67</sup>.

### ج - تنازع القوانين المدنية في الزمان :

66 - ترتبط هذه المسألة بتغيير النصوص التشريعية وتواردها. وتنشأ صورة التنازع الحقيقي عندما توجد وضعية جارية أنتجت آثارها ماضيا وهي لا تزال تنتج آثارها عند صدور القانون الجديد مما يعني وجود آثار ماضية للوضعية الجارية وآثار مستقبلية لها.



وتختلف مصادر هذه الوضعيات الجارية وتتنوع حسب ثلاث حالات:

- وضعيات «قانونية» جارية أي أن مصدرها قانوني
- وضعيات «تعاقدية» جارية أي أن مصدرها عقد
- وضعيات «قضائية» جارية أي أنها تخص نزاعا قضائيا جاريا.

67 ( تتنازع القوانين كذلك «في المكان» عندما تثور صعوبة تحديد القانون الواجب تطبيقه في الحالات التي تتميز بوجود العنصر الأجنبي فيها وتكون فيها العلاقة القانونية دولية ، فالقانون التونسي يسري على كلّ المواطنين المقيمين بتونس ولكن هل يسري أيضا على العلاقة التي يكون فيها طرف أجنبي ؟ فالمقصود بتنازع القوانين في المكان هو بالتالي التنازع بين قوانين دول مختلفة. ويمثل « القانون الدولي الخاص » فرع القانون الخاص الذي يعتني بهذه المسائل (يراجع، مجلة القانون الدولي الخاص، الصادرة بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998) والتي تخرج دراستها عن نطاق القانون المدني.

فكيف يتم تطبيق القانون الجديد وإلى أي قانون (قديم أم جديد) تخضع الوضعية الجارية ؟

67 - أولا : غياب الحكم التشريعي العام ووجود حلول  
فقهيّة : لم يتضمن التشريع المدني التونسي جلا عاماً لهذا الإشكال (أنظر بالنسبة لفرنسا الفصل 2 من المجلة المدنية). لكنه تبني مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة في عدة نصوص خاصّة<sup>68</sup>. أمّا الفقه الحديث<sup>69</sup>، فقد اعتمد في شرحه لهذه المسألة على ما اقترحت النظرية المعاصرة لفقيهين فرنسيين هما Marcel Planiol و Paul Roubier<sup>70</sup>. وتقرّ النظرية المعاصرة بأنّه :  
\* إذا تدخل المشرّع وفضّ الصعوبة فيتّجه تطبيق الحلّ الإنتقالي المعتمد في النصّ.

(68) أنظر مثلاً، أحكام الفصل 5 من القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 المتعلّق بإصدار مجلة الحقوق العينية والفصل الثاني من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلّق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية.

(69) تبني الفقه قديماً نظرية تقليدية وهي المسمّاة بنظرية «الحقوق المكتسبة» "théorie des droits acquis" ومفادها أن صدور قانون جديد لا يجب أن يرتب اضطراباً لوضعيّات الأفراد التي تبقى خاضعة للقانون النافذ يوم نشأتها إذا كانت حقوق الأفراد المعنيين «مكتسبة» أي حاصلة بذمتهم. أما إذا كانت حقوقهم «مجردة آمال» simples expectatives فتخضع وضعياتهم الجارية للقانون الجديد. وواضح أنّ النظرية التقليدية تفرط في المحافظة على الحقوق الفردية وتنقص من مجال نفاذ النصّ الجديد وتتجاهل مبدأ الأثر المباشر له. ومع ذلك فإنّ فقه القضاء يلجأ أحياناً لتبني عبارة «الحقوق المكتسبة» في معالجته للصعوبات الناشئة عن تنازع القوانين في الزمان.

(70) أصدر Paul ROUBIER كتابه بعنوان "les conflits de lois dans le temps" في جزئين عن دار النشر Recueil Sirey بباريس سنتي 1929 و 1933. وأعيد النشر مرّة ثانية سنة 1960 من قبل الناشر Sirey بعنوان جديد وهو "le droit transitoire".

\* وإذا لم يبيّن المشرّع حلاً لإنتقالية، فيجب تطبيق المبدئين المتكاملين الآتيين : تخضع الآثار الماضية للقانون القديم عملاً بمبدأ «عدم رجعية القوانين الجديدة على الآثار الماضية» principe de la non rétroactivité. وتخضع الآثار المستقبلية للقانون الجديد عملاً بمبدأ «الأثر الفوري (أو الأثر الحيني)» للقانون الجديد principe de l'effet immédiat. ثمّ تدخل النظرية الفقهية المعاصرة تعديلاً على هذه الحلول في صورة تعلّق الأمر بوضعية تعاقدية جارية إذ يصبح المبدأ متمثلاً في تطبيق القانون القديم على كلّ الآثار الماضية والمستقبلية survie de la loi ancienne. وتستثنى من تطبيق هذا المبدأ صورة صدور نصّ جديد أمر متعلّق بالنظام العام إذ تخضع إذاك الآثار المستقبلية للوضعية التعاقدية الجارية لأحكام النصّ الأمر الجديد. كما تقرّ النظرية المعاصرة ببعض الميزات بالنسبة للوضعية القضائية الجارية فتطبق عليها المبدأين المعتمدين في الوضعية القانونية الجارية بشرط صدور القانون الجديد قبل انتهاء التقاضي على درجتين. وقد حلّت النظرية المعاصرة محلّ النظرية التقليدية في أعمال الفقه<sup>71</sup> الذي انتقد بشدّة النظرية التقليدية التي سادت في فرنسا خاصة خلال القرن الماضي والتي تأسّست على التفرقة بين «الحقوق المكتسبة» و

(71) تعدّدت الدراسات الفقهية حول هذه المسألة: أنظر بالخصوص : علي الجلولي، مجال سريان القواعد القانونية في الزمان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1991، وكذلك :

Jacques GHESTIN, op. cit., n° 335 et s. p. 305 et suiv ; E.L.BACH, Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps, Rev. trim. dr. civ. 1969, p. 413 et suiv. ; J. HERON, Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil), Rev. trim. dr. civ. 1985, p.277 et suiv.

«مجرد الأمل أو التوقعات»<sup>72</sup>.

68 - ثانيا : موقف فقه القضاء : يتشابه فقه القضاء التونسي مع فقه القضاء الفرنسي في تردده. «فإذا كان الفقه عموما ينتقد النظرية التقليدية التي تقوم على فكرة الحقوق المكتسبة ويتبنى النظرية التي وضع بلانيول أسسها في مطلع القرن العشرين، فإن القضاء وإن أخذ بهذه النظرية فهو لا زال يردد فكرة الحقوق المكتسبة في أحكامه ولربما يرجع هذا التشبث بهذه الفكرة لما توحى به من إحترام للأمن القانوني». بهذه العبارات لخص الأستاذ علي الجلولي ، في أطروحته ، موقف فقه القضاء التونسي من مسألة الحلول المعتمدة لفضّ تنازع القوانين في الزمان<sup>73</sup>. وتأكيدا لهذا الاستنتاج يمكن الوقوف على ما أورده قرار تعقيبي مدني، صادر في سنة 1992، جمع في الآن ذاته بين نظرية «روبيي» العصرية وفكرة «الحق المكتسب» عماد النظرية التقليدية لما أقرّ ما يلي: «أجمع الفقهاء وشراح القانون على أن مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة هو من المبادئ الأساسية لأنه يتماشى مع المنطق والعدل باعتبار أن الخصوم حقًا في أعمال القوانين التي كانت نافذة وقت نشوء العلاقة القانونية. ويعتبر «روبيي» أن هذا المبدأ أساسه تنزيه القوانين عن مساسها بجوهر الحقوق وامتدادها للحقوق المكتسبة ولأوضاع حكمها القانون القديم»<sup>74</sup>.

( 72 ) حول النظرية التقليدية، يراجع كذلك : سمير عبد السيد تناغوا، النظرية العامة للقانون، المرجع المذكور، صفحة 659 وما بعدها.  
Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Droit civil, Introduction générale par Philippe MALAURIE, 2ème édition, Cujas, 1994-1995, n° 639 et suiv. p. 206 et s.

( 73 ) علي الجلولي، أطروحة الدكتوراه المذكورة آنفا، صفحة 553.

( 74 ) التعقيب المدني عدد 36499 المؤرخ في 21 ديسمبر 1992 ، النشيرية 1992، صفحة 473.

#### د - آثار نفاذ النصوص القانونية :

69 - ينتج عن دخول النصّ حيز التنفيذ آثاران أساسيان :

70 - أولاً - قيام قرينة عدم جهل النصّ القانوني :

نصّ الفصل 545 من مجلة الالتزامات والعقود على ما يلي : «جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوام وذلك بعد نشره ومضي المدة المعينة لإجراء العمل به». وهو ما يعني قيام قرينة العلم بالنص القانوني الذي إستوفى شكليات نشره. وهي قرينة معروفة في جلّ القوانين المقارنة ويعبر عنها بالمقولة الفرنسية : "Nul n'est censé ignorer la loi"<sup>75</sup>. ويبرّر الفقهاء هذه القرينة بالقول بأنّه «من الممكن أن يقال إنّه ليس من العدالة أن يخضع الأفراد لقواعد قانونية لا يعلمون عنها شيئا. ولكن لما كان من المستحيل أن يحيط الناس علما بوجود القانون، إذ ليس من السهل أن يحيط كل فرد على حدة بالقواعد القانونية، فإنّ المصلحة العامة في الجماعة تقتضي أن يوضع مثل هذا المبدأ حتى لا يوجّه الخطاب إلى بعض الأفراد دون البعض الآخر، وإلاّ سادت الفوضى وعدم الاستقرار والاضطراب في نطاق المعاملات ، وثارت المنازعات حول علم الناس أو جهلهم بالقانون»<sup>76</sup>. ومع ذلك ورغم وجاهة هذا التبرير والتأصيل فإنّ جلّ الشراح متفقون على اعتبار هذه القرينة غير مطابقة للواقع إذ يصعب على الأفراد، في الواقع، العلم بالقانون وإن

( 75 ) يراجع في شأن هذه القرينة القانونية :

François TERRE, Le rôle de la maxime "nul n'est censé ignorer la loi", travaux de l'Institut de droit comparé, tome XXX, p. 91 et s ; V. DEREUX, Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi", Rev. trim. dr. civ. 1907, p. 513 et s.; R. GUILLIEN, Nul n'est censé ignorer la loi, in Mélanges Roubier, p. 253 et s. ; Jean CARBONNIER, La maxime "nul n'est censé ignorer la loi" en droit français, journées de la soc. lég. comp. 1984, p. 321.

( 76 ) توفيق حسن فرج ، المرجع المذكور، فقرة عدد 192 ، صفحة 298.

نشر<sup>77</sup>. ويذهب بعضهم إلى القول بأن الالتجاء إلى القرينة أمر «زائف وغير مجد»<sup>78</sup>. ولكن الفقهاء يجمعون أيضا على أن المعنى الحقيقي للقرينة ليس افتراض أن الكل يعلم مضمون النصوص القانونية، بل اعتبار جهل القانون غير كاف لمنع تطبيقه<sup>79</sup>. والمتأمل في عبارة الفصل 545 المذكور، يلاحظ أنه اعتدّ بواقع المجتمع التونسي وحصر القرينة «فيما لا يخفى على العوام». «أما إذا تعلّق الأمر بقانون لا يقرّر حظرا ويتضمّن قاعدة جديدة طريفة، وإذا ما كان اندماجها في العادات والتقاليد لم يتم بعد، فإنّ الأمّي يمكنه أن يعتبر وجودها لا عهد له بها، وتكون بذلك حجة جهله بها صالحة مقبولة»<sup>80</sup>. ويرى الأستاذان محمد الشرفي وعلي المزغني وجوب تغيير كلمة «العوام» مع المحافظة على الفكرة المذكورة في جوهرها وذلك بالإعتداد ببعض حالات الغلط في القانون<sup>81</sup>.

**71 - ثانيا - عدم مطالبة الأشخاص بإثبات نفاذ القانون:** وهو ما يعبر عنه بمقولة «القاضي يعلم القانون»<sup>82</sup> أي أنّ المدعي أو المتقاضي عموما ليس مطالبا أمام القضاء بإثبات وجود القانون إذ أنّ القاضي محمول على معرفته. ولا تستثنى من هذه القاعدة إلا صورة

( 77 ) يراجع بالخصوص :

François TERRE, op. cit., n° 399, p. 357 et suiv.

( 78 ) أنظر :

Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, op. cit., n° 551, pp. 189-190..

( 79 ) يراجع بالخصوص :

Jacques GHESTIN, op. cit., n° 341, p. 307.

( 80 ) محمد الشرفي وعلي المزغني، مدخل لدراسة القانون، المرجع المذكور، فقرة عدد 587 صفحة 365.

( 81 ) المرجع المذكور، فقرة عدد 589 صفحة 366.

( 82 ) وهي مقولة قديمة : Jura novit curia = le juge connaît le droit

الإستناد لقانون أجنبي وحسب شروط معيّنة<sup>83</sup> أو لقاعدة قانونية عرفية. فالعرف - كما سنرى - يكون مصدرا للقانون المدني لكن أفقاره للصبغة المكتوبة يجعل نشره أمرا صعبا وهو ما يفسّر مضمون الفصل 544 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي أن «من أستند على عرف كان عليه ثبوته»<sup>84</sup>.

**72 -** تتسم القوانين بالدوام وتتمتع بقرينة السريان والنفاذ المستمر وفي كلّ الحالات فالدوام لا يعني الخلود لأنّ القوانين يجب أن تكون قابلة لمسايرة الواقع وظروف المجتمع وهي ظروف متغيرة بطبيعتها. ويتربّب عن ذلك إمكانية تغيير النصوص ذاتها لمواجهة تلك المتغيرات الطارئة. ويتم التطور بالنسخ l'abrogation الكلي أو الجزئي.

( 83 ) يحدث ذلك بموجب تنازع للقوانين في المكان. ونظم الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص (1998) هذه الصعوبة كما يلي : « يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الاسناد في حدود إمكانيات علمه به وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء، وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه. ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية. وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنّه يقع العمل بالقانون التونسي. ويجب في جميع الحالات احترام مبدأ المواجهة». وهذا التنظيم التشريعي يشبه الحلول التي اتفق عليها فقهاء القضاء الفرنسي (يراجع مثلا Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1991, R.C. 1992.314) والبلجيكي (يراجع :

Cass., 15 septembre 1982, Pas., 1983, I, 68 ; Cass. 22 octobre 1982, Pas., 1983, I, 254.

Nicolle VERHEYDEN-JEANMART, Droit de la preuve, M. Larcier, Bruxelles, 1991, n° 15 et suiv., p. 11 et suiv.

( 84 ) في وضع طريف اندمج العرف بالنص التشريعي بشكل يصعب فيه تحديد عبء الإثبات. جاء بالفصل 1370 م.إ.ع. ما يلي : «إذ سكت العقد (في شركة الخماس) حمل على العرف التونسي وبموجب يستحق الخماس الخمس أو النصف من الصابة بحسب نوع الفلاحة وعرف المكان بعد إخراج ما يلزم إخراجا من عشر وغيره».

## الفقرة الثالثة

### النسخ

#### 73 - الأصل هو النفاذ والدوام والنسخ هو العارض :

ذكرنا أن من ميزات النصوص القانونية الدوام. فالأصل بقاء ما كان على ما كان أي أن الأصل هو النفاذ، وهذا لا يعني إستحالة وجود قوانين «وقتية» فجّل النصوص المتعلقة مثلاً برخصة الوالي في العمليات العقارية تشير صراحة إلى صبغتها الوقتية رغم أن البعض منها صدر منذ سنة 1957 ولا يزال نافذاً<sup>85</sup>. ولكن تبقى هذه القوانين الوقتية نادرة. وترتبط على أن المبدأ هو نفاذ القوانين، فإن نسخها يبرز كالعارض، الطارئ على هذا المبدأ.

#### 74 - مفهوم النسخ : يعني النسخ إلغاء النص السابق

ويفترض النسخ أن يكون صادراً عن سلطة لها الحق في انشاء قاعدة جديدة مساوية في مرتبتها للقاعدة المنسوخة<sup>86</sup>. والنسخ يختلف عن الإبطال

( 85 ) وأنظر كذلك الأحكام «الوقتية» للقانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أبريل 1992 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 27 المؤرخ في 5 ماي 1992 صفحة 515) وقد حدد المشرع في البداية أجل النفاذ بثلاث سنوات. ثم مدد في الأجل إلى ثلاث سنوات أخرى ثم لمثلها ثم ألغى القانون برمته سنة 2001 بموجب القانون عدد 34 المؤرخ في 10 أبريل 2001 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 30 المؤرخ في 13 أبريل 2001، ص 967).

( 86 ) بالنسبة للدستور ، حدد المشرع بدقة الأحكام الضابطة لمراجعته (يراجع الباب العاشر من الدستور - الفصول 76 إلى 78). وتتم المراجعة بقانون دستوري (الفصل 78 من الدستور). وينسخ القانون بقانون والأمر بأمر. لكن أنظر في إمكانية تنقيح القانون العادي بأمر، أحكام الفصل 35 من الدستور.

(annulation) لأن مفعوله غير رجعي إذ لا تسري آثاره إلا على المستقبل في حين يترتب الإبطال - وهو إجراء نادر وغير عادي - إعدام للآثار الماضية للتشريع<sup>87</sup>. وأوردت مجلة الالتزامات والعقود فصلين في مجال نسخ القوانين أقتضى أولهما، وهو الفصل 542، أنه «لا تنسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصاً صريحاً أو كانت منافية لها أو إستوعبت جميع فصولها»، وأقتضى ثانيهما وهو الفصل 543 أن «العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح» وهو ما يعني أن المشرع أفرد إشكالية النص المهجور بحكم خاص (ب) بعد أن بين الصيغ العادية للنسخ (أ).

#### أ - صيغ النسخ :

75 - يتضح من تحليل أحكام الفصل 542 المذكور أنها تتركس قاعدة التساوي بين النص الناسخ والنص المنسوخ وأن النسخ يمكن أن يتم صراحة أو ضمناً<sup>88</sup>.

#### 76 - أولاً : النسخ الصريح : يعني النسخ الصريح أن يقر

القانون الجديد صراحة حكماً يقضي بإلغاء القانون السابق مع التنصيص

( 87 ) أنظر مثلاً في القانون الفرنسي المرسوم المؤرخ في 9 أوت 1944 والمتعلق بإعادة الشرعية الجمهورية على التراب الإقليمي (loi relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental) الذي أقر إبطال عدة تشريعات صدرت في فترة الاحتلال الألماني خلال الحرب العالمية الثانية، بصفة رجعية الأثر.

( 88 ) لم تورد المجلة المدنية الفرنسية قاعدة عامة تضبط النسخ في حين ورد بالمادة 2 من المجلة المدنية المصرية بيان لأوجه النسخ كما يلي : «لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعد ذلك التشريع».



عليه بصفة دقيقة ومثل ذلك ما أورده الفصل الثاني من القانون عدد 5 لسنة 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية من أنه «بداية من تاريخ إجراء العمل بالمجلة المشار إليها تلغى جميع النصوص المخالفة لها وعلى الأخص القانون المؤرخ في 1 جويلية 1885 المتعلق بالملكية العقارية...». وتتعدد الأمور عندما لا ينص المشرع بدقة على تاريخ وعدد القانون السابق المنسوخ ويكتفي بالاشارة بصفة عامة إلى إلغاء كل «النصوص السابقة المخالفة» للنص الجديد. وفي هذه الصورة يصبح النسخ ضمنيا.

#### 77 - ثانيا : النسخ الضمني بالتعارض أو الإستيعاب:

يشمل النسخ الضمني حسب الفصل 542 من مجلة الالتزامات والعقود صورتين: صورة صدور أحكام جديدة منافية للسابقة وصورة إستيعاب النص الحديث للنص القديم.

#### 78 - صورة النسخ الضمني بتعارض الأحكام :

يفترض التعارض توفر عدة شروط منطقية وقانونية منها أولا أن يتحدد موضوع القانون الجديد مع موضوع القانون القديم. فإذا تحقق هذا الشرط يمكن تبرير النسخ بتغيير إرادة المشرع في شأن ذلك الموضوع. ولم يدقق الفصل 542 المذكور حكم التعارض الجزئي بين القانونين. ويتجه الفقه عموما إلى اعتبار النسخ الضمني مقتضرا في هذه الصورة على الأحكام التي يحدث فيها الاختلاف والتعارض «أما الأحكام الأخرى للقانون القديم التي لم تعارضها أحكام القانون الجديد فتظل قائمة لا يرد عليها الإلغاء»<sup>89</sup>. ومن شروط تحقيق النسخ بالتعارض أيضا اتحاد طبيعة القوانين. فالقوانين

( 89 ) سمير عبد السيد تناغو، المرجع المذكور، صفحة 418.

تنقسم إلى قوانين عامة lois générales وقوانين خاصة lois spéciales<sup>90</sup>. فالقوانين تعتبر عامة بالنظر إلى موضوعها وإلى مداها وتعتبر خاصة إذا تعلقت بميدان معين بذاته يمثل جزءا من موضوع أشمل. فالقواعد المنظمة للأحكام العامة للكراء والواردة بالفصول 727 إلى 738 من مجلة الالتزامات والعقود تختلف عن الأحكام الخاصة التي أوردها المشرع في القانون عدد 30 لسنة 1987<sup>91</sup> المؤرخ في 12 جوان 1987 المتعلق بالكراء الفلاحي. فالأولى تعد أحكاما عامة في الكراء والثانية تعد أحكاما خاصة بالكراء الفلاحي. وعندما يلحق قانون عام بقانون خاص ويتنافى معه لا ينسخه بل يبقى النص الخاص نافذا<sup>92</sup>. وتقوم هذه القاعدة على افتراض نية عدم النسخ لدى المشرع، فالتوازي في الشكليات يفرض عليه نسخ النص العام بمثله لا بنص خاص. وعندما يعتمد المشرع إلى عدم احترام هذا التوازي يدل ذلك على عدم نيته في النسخ. فيبقى النص الخاص متعايشا مع النص العام ولا يجوز القول بالنسخ الضمني لاختلال شرط اتحاد طبيعة القانونين. وقد أكدت محكمة التعقيب أن توارد النص العام على النص الخاص لا يؤدي إلى النسخ<sup>93</sup>. لكن إذا حصل العكس ولحق النص الخاص بالنص العام، فالنسخ يتم بصفة جزئية وفي حدود ما جاء به النص الخاص

( 90 ) يراجع في هذا الشأن :

René CASSIN, Lois spéciales et droit commun, D. 1961, chr., p. 91.

( 91 ) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 43 المؤرخ في 16 جوان 1987، صفحة 768.

( 92 ) وهي قاعدة قديمة :

Legi speciali per generalem non derogatur (par une loi générale, il n'est pas dérogé aux lois spéciales).

( 93 ) أنظر القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 1540 بتاريخ 26 ماي 1962 مجلة القضاء والتشريع 1962 ص. 537.

تطبيقاً لقاعدة أخرى وهي أن الخاص يقدم على العام ويستثنى منه<sup>94</sup>.

79 - صورة النسخ الضمني بالإستيعاب : بين الفصل 542 من مجلة الالتزامات والعقود أن هذا النسخ يحصل عندما يستوعب القانون الجديد « جميع » فصول القانون القديم. وواضح أن في إشتراط الشمولية في الإستيعاب تقييدا يمنع النسخ الضمني في معظم حالات الاستيعاب. فالإستيعاب الجزئي لأحكام القانون القديم لا يؤدي إلى النسخ الضمني. وقد يثير شرط الشمولية بعض الصعوبات في التطبيق كما كان الشأن بالنسبة للفصل 16 من المرسوم عدد 4 لسنة 1964 المؤرخ في 21 فيفري 1964 المتعلق بتنقيح بعض أحكام المجلة العقارية وهو الفصل الذي مكّن المحكمة العقارية من سلطات هامة لتفادي جمود الرسوم العقارية. فلما صدرت مجلة الحقوق العينية سنة 1965، استوعبت جل أحكام المرسوم المذكور فيما عدا بعض الفصول القليلة ومنها الفصل 16 المشار إليه. وبقي الفصل مهجورا ومشكوكا في نفاذه. إلا أن المحكمة العقارية أثرت سنة 1990 « احياءه » باعتباره غير منسوخ بصفة صريحة أو بصفة ضمنية فطبّقته لأول مرة<sup>95</sup>. لكن « حياة » الفصل 16 انتهت بعد سنتين بنسخ صريح وهو ما أكّد، في الحقيقة، عدم نسخه ضمينا بالاستيعاب الجزئي سنة 1965<sup>96</sup>.

( 94 ) Specialia generalibus derogant يراجع في الغرض :

Jean CARBONNIER, op. cit., n° 107, p. 107 ; Jacques GHESTIN, op. cit., n° 356, p. 323.

( 95 ) أنظر الحكم العقاري عدد 32 الصادر في 19 أفريل 1990 المجلة القانونية التونسية 1992 صفحة 153 مع ملاحظات محمد كمال شرف الدين.

( 96 ) تمّ ذلك بموجب الفصل 15 من القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أفريل 1992 المتعلق بتحسين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود.

ب - إشكالية النص القانوني المهجور :

80 - الموقف الصريح للمشروع التونسي : هل يمكن اعتبار التشريع ملغى بسبب دوام عدم إستعماله وهجره ؟ لننّ لقي هذا السؤال جوابا غير واضح في بعض القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي<sup>97</sup> أو القانون المصري<sup>98</sup>، فإن مجلة الالتزامات والعقود قد حسمت هذه الصعوبة إذ اعتبرت في فصلها 543 أن « العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح ». ويدعوننا هذا الحل المؤسس على مبدأ توازي القاعدة الناسخة والقاعدة المنسوخة والمكرّس لفكرة تفوّق القاعدة القانونية المكتوبة على القاعدة العرفية إلى تحليل أحكام العرف في القانون المدني ومكانته.

( 97 ) أنظر خاصّة Jacques GHESTIN, op. cit., n° 560 et s. الذي يلاحظ أن فقه القضاء الفرنسي لا يأخذ في مجمله بنظرية النسخ بالتعارض مع عرف مخالف (coutume contra legem) ولنّ أثرت مجلة 1804 الصمت حول هذا الإشكال فإن PORTALIS، أحد واضعيها، نبّه إلى أسباب هذا الصمت بقوله أن عدم إجازة النسخ بالهجر وعدم التطبيق بصفة صريحة كان ناتجا عن الخطر الذي قد يرتبه هذا الحل.

« Les lois conservent leur effet, tant qu'elles ne sont point abrogées par d'autres lois, ou qu'elles ne sont point tombées en désuétude. Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût été peut-être dangereux de le faire », Discours préliminaire du premier projet de Code civil, éditions confluentes, Paris, 1999, p. 26.

لكن بورتاليس يرى مع ذلك، أن في هجر الناس لبعض القوانين ثارا من رداءتها.

( 98 ) راجع رمضان أبو السعود، المرجع المذكور ص. 317.

## المبحث الثاني المصدر الثانوي : العرف

81 - مفهوم العرف : العرف لغة هو «ضد النكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبساً به وتطمئن إليه» و «المعروف كالعرف، هو ما يستحسن من الأفعال»<sup>99</sup>. أما قانوننا فالعرف قاعدة غير مكتوبة. فهو عادة ملزمة<sup>100</sup>. وقد نشأت الأعراف قبل ظهور النصوص المكتوبة بل سادت وهيمنت مدة طويلة في أنظمة لم تظهر فيها بعد ما يسمى حالياً بالسلطة التشريعية. فالمجتمعات البدائية كانت تخضع للأعراف التي تفرزها عوائدها والناجحة عن السلوك المتواتر والمُلزم لأفرادها. ومع ظهور القوانين المكتوبة بدأ العرف يفقد مكانته ذلك أن النظريات الوضعية المكرسة لهيمنة النص لا تقرّ للعرف مكانة معتبرة في المصادر الشكلية للقانون<sup>101</sup>. ففي العصور الحديثة نلاحظ، منذ نبذ الثورة

(99) عن جمال الدين ابن منظور، لسان العرب دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، المجلد التاسع صفحة 239.

(100) حول العرف يراجع خاصة : محمد الهادي بن القاضي ، تأثير العادة والعرف على التشريع ، مجلة القضاء والتشريع ، 1959، عدد 1، ص 22 ، محمود شمام، العرف بين الفقه والتطبيق، مجلة القضاء والتشريع 1990 عدد 4، ص 7؛ محمد العربي هاشم، العرف أمام محكمة التعقيب، دراسة منشورة بمؤلف «التعقيب» الصادر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989، صفحة 383؛ وانظر كذلك :

J. CARBONNIER, La genèse de l'obligation dans l'apparition de la coutume, in "Flexible droit", L.G.D.J., 7ème éd., 1991, p. 97.; G.ENDREO, L'habitude, D. 1981, chr. p. 313.

(101) حول العرف في الفقه الإسلامي يراجع دراسة الأستاذ محمد العربي هاشم :

Mohamed El Arbi HACHEM, La coutume en droit musulman, in Recueils de la société Jean BODIN, Tome L III, La coutume, 3ème partie, De Boeck, Université de Bruxelles, 1992, p. 231 et suiv.

الفرنسية للعرف كمصدر للقانون، تفوقاً ملحوظاً للتشريع المكتوب وهو تفوق كرّسته المجلة المدنية الفرنسية سنة 1804 ثم اعتمدته بدورها جلّ القوانين المدنية العربية. فلقد تأثر فعلاً واضعوا مجلة الالتزامات والعقود بالمناخ الذي ساد في القرن التاسع عشر والذي حدّ من مكانة العرف ليُجعل منه مصدراً ثانوياً للقانون. ونلمس ذلك من خلال الحلول التي تبنتها المجلة المذكورة فيما يتعلق بمقومات العرف وبقوته الإلزامية.

## الفقرة الأولى مقومات العرف

82 - لا يقوم العرف إلا بتوفر ركنيه الجوهريين (أ)، كما يجب أن تتوفر فيه شروط معينة ليتمكن إعماله (ب).

### أ - أركان العرف :

83 - التفرقة بين العرف والعادة : يفرّق الفقهاء بين العرف coutume والعادة usage. فالعرف يفترض توفر ركنين : ركن مادي يتمثل في تواتر سلوك معين في مسألة معينة وركن معنوي يتمثل في الشعور بإلزامية ذلك السلوك. ويتحقق الركنين ينشأ العرف. أما العادة فلا تشتمل إلا على الركن المادي أي أن العادة سلوك متواتر لا يصحبه الاعتقاد

.../...

واستند فقهاء الشريعة الإسلامية في الأخذ بالعرف على قوله تعالى : «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» (سورة الأعراف الآية 199). وانظر كذلك حول العرف في «المجلة» ، وبالخصوص، أحكام المواد 37 (استعمال الناس حجة يجب العمل بها) و 39 (لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان) و 40 (العادة محكمة والحقيقة تترك بدلالة العادة) و 43 (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) و 45 (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

بلزومه. فالعادة هي «عرف ناقص»<sup>102</sup>. «ومن المتصور أنه إذا بلغت العادة درجة تجعلها تولد في أذهان الناس الشعور بضرورة إحترامها وبإلزامها، فإنها في هذه الحالة تتحول إلى عرف طالما تكامل لها العنصر المعنوي»<sup>103</sup>. ووجبت الإشارة من هذه الوجهة الإصطلاحية، إلى أنه رغم وضوح الفرق بين المصطلحين، فإن مجلة الالتزامات والعقود لا تتقيّد دائماً بالتفرقة المبيّنة.

### 1) الركن المادي للعرف : الإعتياد بسلوك معيّن :

84 - ينشأ العرف تدريجياً إذ يظهر سلوك معيّن يستحسنه الأفراد فيلجأون إليه ويستمرّون على اتباعه فيتكرّر ويتواتر ويتداول. ومن هنا نتبيّن أن العرف مصدر لا ينشأ عن فرد لوحده بل تفرزه المجموعة مباشرة دون توسّط أي سلطة، فهو سلوك من صميمها يدعمه تقادم الزمن ويثبته. ويعني ذلك أن الركن المادي للعرف يفترض وجود سلوك عام وقديم متواتر وثابت. فالعرف إذن «إنما يوجد ويولد في الجماعة مباشرة ويتكوّن أول الأمر من حلّ معيّن يطبق في نزاع معيّن، ثم يتبع هذا الحلّ كلّما عرض نفس النزاع حتى تستخلص من ذلك سنّة متبعة بإطراد في هذا الصدد»<sup>104</sup>.

102 ( رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدّمة القانون المدني ، الجزء الأول، غير مؤرّخ صفحة 483.

103 ( توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية، المرجع المذكور، صفحة 252. كما يلاحظ هذا الفقيه أن من بين العادات «العادات الاتفاقية» Les usages conventionnels وهي عادات محلية أو مهنية في الغالب. وهي لا تكون ملزمة من تلقاء نفسها وإنما قد تكون ملزمة بموجب الإتفاق لا لكونها مصدرا لقاعدة قانونية (نفس المرجع ، نفس الصفحة).

104 ( حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، المرجع المذكور ، صفحة 274.

### 2) الركن المعنوي للعرف : الإعتقاد بالإلزامية :

85 - تعريفه : هو العنصر الذي مكّننا من التمييز بين العرف والعادة. ويتمثّل الركن المعنوي في الإعتقاد والشعور بالإلزامية السلوك العرفي، ويعني ذلك أن يتولّد لدى الجماعة شعور بواجب إحترام العرف، وقد لا يتوفّر هذا الشعور أحياناً رغم توفّر الركن المادي وهو ما يفرّق - كما رأينا - العرف عن العادة. فالسلوك المتمثّل في منح العاملة المكفّة بإستقبال المشاهدين بقاعات السينما بعض النقود يمكن أن يعتبر عادة لكنّه ليس عرفاً لأنّ الناس لا يشعرون بأنهم ملزمون بإحترامه. ومن ذلك أيضاً مثال تبادل الهدايا الذي يتبعه العديد من الناس في المناسبات<sup>105</sup>. ولكن نلاحظ، من خلال المثال الثاني، أن التفرقة بين العرف والعادة ليست دائماً يسيرة<sup>106</sup>.

### ب - شروط إعتياد العرف :

86 - تهمّ هذه الشروط مواصفات العرف وإثباته.

#### 1) مواصفات العرف :

87 - حدّد الفصل 544 من مجلة الالتزامات والعقود أهمّ المواصفات التي يجب أن تتوفر في العرف فنصّ على ما يلي «...لا يحتجّ بالعرف إلا إذا كان عاماً وغالباً غير مناف للنظام العمومي والأخلاق الحميدة». فلنفصل هذه المواصفات.

105 ( حول التفرقة بين الهدايا الصادرة مجاملة والمهر، انظر، القرار التعقيبي المدني عدد 6924 المؤرّخ في 14 أفريل 1970، النشرة، 1970، صفحة 69. وحول العادات والتقاليد غير الملزمة يراجع الدراسة الآتية : E.H. PERREAU, Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence, Rev. trim, dr. civ, 1914, p. 481.

106 ( ومن ذلك : السلوك المتمثّل في احترام الأولوية و«الصف» الذي يراه معظم الناس عرفاً ملزماً في حين يعتبره آخرون مجرد عادة وسلوك محبذ يمكن تجاوزه لأسباب متنوعة.

## - العمومية («عاماً وغالباً») :

يترتب هذا الشرط عن قيام الركن المادي ذاته فلا عرف إذا لم يكن السلوك عاماً، منتظماً «وغالباً» أي منتشرًا بين الناس المعنيين به<sup>107</sup>. وليس معنى هذا أن يشمل العرف كافة الناس بل يكفي أن ينتشر في فئة معينة أو جهة معينة أو مهنة معينة. ويترك تقدير هذا الشرط لفقهاء القضاء.

## - المطابقة مع النظام العام والأخلاق الحميدة :

يجب أن يكون العرف من صنف الأعراف المحمودة "les bonnes coutumes" ومن النادر أن تفرز المجموعة أعرافاً مخالفة للنظام العام أو الأخلاق الحميدة. وتحسباً لظهور مثل هذا السلوك، كالذي يتمثل في الأخذ بالثأر لدفع العار، رأى المشرع سنة 1906 أن يقصي صراحة إمكانية صيرورة مثل هذه التصرفات أعرافاً مكونة لقواعد قانونية فوضع شرط مطابقة العرف للنظام العام والأخلاق الحميدة. وهو شرط معقول إذ لا يمكن أن يكون مصدر القاعدة القانونية مؤسساً على سلوك مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة.

## (2) إثبات العرف :

88 - أقر الفصل 544 المذكور في مطلعه قاعدة خاصة بالعرف تقتضي أن «من استند على عرف كان عليه ثبوته». ويعني ذلك أن كل من يدعي وجود عرف فهو مطالب بإثباته على خلاف ما يحدث عند الاستناد إلى قاعدة قانونية تشريعية إذ رأينا أن اثباتها يقوم على وجود قرينة علم القاضي بالقانون. ويحد الحل الخاص بالعرف بصفة ملموسة من

(107) أوردت مجلة الأحكام العدلية ضمن القواعد الكلية القاعدتين الآتيتين :

- المادة 41 : «إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت».

- المادة 42 : «العبرة للغالب الشائع لا للنادر».

فاعليته القضائية إذ يصعب أحياناً إثبات بعض الأعراف لأنها غير دقيقة كما أن بداية نفاذها صعبة التحديد. ورغم هذه الصعوبة، فإن محكمة التعقيب تتقيد بهذا الحل وتفرض إحترامه بصرامة إذ ورد بقرارها المدني الصادر تحت عدد 16267 بتاريخ 24 جانفي 1989 أن «إستناد المحكمة من تلقاء نفسها إلى العرف يتنافى ومبدأ حياد القاضي إزاء الخصوم خاصة وأن القاعدة العرفية خلافاً للقاعدة القانونية المكتوبة لا يفترض علم القاضي بها وإنما على من يستند إلى عرف إثباته»<sup>108</sup>. ولكن العرف يتحد مع القاعدة القانونية المكتوبة في الخضوع لرقابة محكمة التعقيب وجوداً وكذلك في كيفية تطبيقهما من قضاة الأصل<sup>109</sup>.

## الفقرة الثانية القوة الإلزامية للعرف

89 - أساسها : إختلاف الفقهاء في خصوص أساس القوة الملزمة للعرف. فمنهم من يرد هذه القوة لإرادة المشرع الضمنية. فالمشرع يقر بوجود العرف ويرضاه كمصدر للقانون. ومنهم من يستند لمفهوم «الضمير الجماعي» وفي ذلك إشارة إلى أن العرف نابع مباشرة

(108) أنظر مجلة القضاء والتشريع 1991 عدد 6 صفحة 78.

(109) محمد العربي هاشم، العرف لدى التعقيب، في مؤلف حول «التعقيب»، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس 1989، صفحة 383 وما بعدها، وانظر، في الاتجاه المخالف (الذي يعتبر العرف، واقعة بالنسبة لرقابة محكمة التعقيب) أطروحة :

Nadhir BEN AMMOU, Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse d'Etat, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1996, p. 306 et suiv., n° 661 et suiv.

من المجتمع. ومنهم من يؤسس القوة الملزمة للعرف على اعتراف القضاء بها<sup>110</sup>. ومهما كان التأصيل على المستوى النظري فإنّ العرف يمثل مصدرا ثانويا في القانون المدني. فلئن يسهل في المادة التجارية الإقرار بوجود عرف مستقلّ عن التشريع، قائم بذاته فإنّ مكانة العرف في القانون المدني تخضع عموما لإرادة المشرع الذي لا يقبل العرف إلّا كمصدر ثانوي يتمّ التشريع (أ) ولا يخالفه (ب).

#### أ - جواز العرف المتمم للتشريع :

90 - تقرّر العديد من النصوص تفويضا صريحا أو ضمينا للعرف.

#### (1) التفويض الصريح :

91 - تتفق المجالات المدنية التونسية على إقرار هذا التفويض رغم استعمالها أحيانا مصطلح «عادة» بدل «عرف» أي بدون التقيّد بما سبق بيانه من تمييز بين المصطلحين<sup>111</sup>. ومن ذلك نذكر الأمثلة الآتية :

#### - في مجلة الالتزامات والعقود :

#### \* الأحكام العامة :

• الفصل 243 : «يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا

(110) حول هذه النظريات ، يراجع بالخصوص ، حسن كيرة ، المرجع المذكور ، صفحة 283 وما بعدها. ونلاحظ أنّ العميد كربوني يقترح التمييز بين العرف المتولد عن الشعب والعرف المترتب عن التقاليد القانونية الحكيمة (La coutume d'origine populaire/La coutume d'origine savante) . ويشمل الصنف الثاني المقولات القانونية Les maximes والمبادئ العامة للقانون. ويجب التنبيه إلى أنّ هذه التفرقة لا تتماشى مع خيارات القانون المدني التونسي الذي كرّس القواعد العامة للقانون صلب النصوص القانونية ولم يجعل منها أعرافا. لكنّ يمكن الإشارة إلى ما أقرّته محكمة التعقيب وسمته «العرف الفني» وتعني به عمل الخبراء (أي خبرتهم وآراءهم)، تعقيب مدني عدد 44370 مؤرّخ في 12 مارس 1997، النشرة ، 1997، الجزء الأوّل، ص 42.

(111) وعلى هذا النحو سارت من قبلها مجلة الأحكام العدلية.

يلزم ما صرّح به فقط بل يلزم كلّ ما ترتّب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته.

• الفصل 516 : «العمول به عادةً بحمل الكتب كالمشروط نصّا»<sup>112</sup>.

#### \* الأحكام الخاصة :

• الفقرة الأولى من الفصل 768 المتعلّق بالكراء : «على المكثري أداء الكراء في الأجل المعين في العقد وإلّا فالتعبر عرف المكان. فإن لم يكن هناك عرف كان الأداء عند انتهاء أمد الكراء».

• الفقرة الثالثة من الفصل 1114 المتعلّق بالوكالة : «التوكيل لا يترتب عليه أجبر إلّا إذا اشترط خلافه ومع ذلك فإنّ التوكيل لا يحمل على عدم الأجر في الصور الآتية :

أوّلا ...

ثانيا ...

ثالثا : إذا جرت العادة بالمكان بإعطاء أجرة في مثل ما وكل فيه الوكيل».

#### - في مجلة الأحوال الشخصية :

• الفقرة الأولى والثانية من الفصل 23 : «...على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويعشن عسرته ويتجنّب إلحاق الضرر به. ويقوم الزوجان بالسوابك الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة».

• الفصل 48 : «على الأب أن يقوم بشؤون الإرضاع بما يقتضيه العرف والعادة إذا تعذر على الأم إرضاع الولد».

#### - في مجلة الحقوق العينية :

• الفصل 72 «كلّ هائط في مدينة أو ريف فاصل بين بناءين

(112) ومثله بمجلة الأحكام العدلية «المعروف عرفاً كالمشروط شرطا» (المادة 43).

إلى حدّ إتصالهما أو بين بناءين أو بستّانين أو بين مزرعتين مسجّتين بعدّاً مشتركاً ما لم يقم عرف أو دليل على خلافه».

الفصل 141 : «إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو الموروث قرّرت المحكمة إمّا بيع هذه الأشياء أو إعطاؤها للأحد الورثة مع خصم قيمتها من نصيبه في الميراث أو بدون خصم ويراعى في ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية».

## 2) التفويض الضمني :

92 - يحصل هذا التفويض في بعض الحالات التي تتطلب بياناً لمعاني مصطلحات أو أنماط يرجع تحديد مضمونها لاجتهاد قضاة الأصل، كتحديد مضمون التعويض «العادل» أو النظر في مخالفة سلوك ما «للأخلاق الحميدة». فنلاحظ، في هذه الحالات أن القاضي قد يستند أحياناً إلى العرف لتحديد مضمون هذه المصطلحات العامة وبيان مضمونها<sup>113</sup>، فيأخذ بما يجري به العمل حسب العرف السائد في المجتمع أو في السوق لتحديد التعويض بشكل عادل ومنصف حسب الحالات أو يقبل النظر في السلوك السائد لتحديد مدى تطابق الأمر المعروض عليه مع الأخلاق الحميدة. وفي كلّ هذه الحالات فهو يأخذ بعين الاعتبار العرف ويقبل أن يستند إليه المدعي في الإثبات.

## ب - عدم جواز العرف المخالف للتشريع :

93 - رأينا عند دراسة إشكالية النصّ المهجور أن مجلّة الإلتزامات والعقود لا تمنح العرف قوة إلزامية تمكّنه من إلغاء النصّ المكتوب ولو كان

(113) ومن المصطلحات التي يتطلب تحديد مضمونها اللجوء إلى العرف ، نذكر مثلاً آخر أورده الفصل 269 م.إ.ع. وهو متصل بمفهوم «مدة معقولة».

مهجوراً إذ نصّ الفصل 543 منها على أنّ «العادة والعرف لا يخالفان النصّ الصريح». ويؤكد هذا الحلّ المكانة الثانوية للعرف بالنسبة للتشريع ويتأسّس على مبدأ التوازي بين الناسخ والمنسوخ. وفي غير هذه الصورة يعمل بالعرف إن توفرت شروطه حتى وإن كان محدوداً على جهة معيّنة من الوطن<sup>114</sup>.

## المبحث الثالث فقه القضاء

94 - مفهومه : قلّما يعرف الشراح لفظة «فقه القضاء» la

jurisprudence وهو ما يدخل عليها نوعاً من الغموض. وتعني اللفظة لغوياً إجتهد القضاء أو علم القضاء. لكن المقصود بها عادة هو مجموعة القرارات والأحكام الصادرة عن المحاكم وبصفة أدقّ الحلّ المتواتر الذي يبرزه إجتهد القضاء في مسألة معيّنة<sup>115</sup>. ويمكن التساؤل

(114) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 6748 المؤرخ في 21 ديسمبر 1981، النشرة، 1981، ج 4، صفحة 273 («عرف الجهة يعتمد فيما اعتاده أهلها بينهم بالعدّ والحدّ دون الكيل فيما باعه أحدهم لجاره من قطعة الأرض بالحدّ وعدّ المساحة تقريباً حسب العرف بلا كيل وكانت الحجة منطبقة في ذلك جاز الحكم على البائع بتمكين المشتري من مشتراه ويكون ذلك الحكم في طريقه ولا مطعن فيه»).

(115) كتب الفقيهان «ريبير وبولانجي»، أن «فقه القضاء يعني جملة الأحكام التي بتت في مسألة معيّنة بتواتر يحمل على الإعتقاد بأنّ نفس الحلّ المعتمد سيطبق حتماً لو طرحت من جديد نفس الصعوبة»، المرجع المذكور، فقرة عدد 224 صفحة 102. وورد في المعجم القانوني لجمعية Henri CAPITANT في تعريف عبارة فقه القضاء أنه «مجموعة قرارات المحاكم الصادرة في فترة معيّنة إمّا في مادة (كفقه القضاء العقاري)، وإمّا في فرع من فروع القانون (فقه قضاء مدني، فقه قضاء إداري) وإمّا في القانون برمّته»، وهو ما يعني أن المفهوم متصل بعمل المحاكم وقد يختلف مضمونه بدوره حسب فروع القانون (مدني - إداري - دولي...).

عن ظروف نشأة مثل هذه الحلول وعن قيمتها. وفي هذا الشأن فإنّ الجدل قائم حول مدى إعتبار فقه القضاء مصدرا للقانون. وقبل الخوض في هذا الجدل الذي تضيفي عليه المعطيات الخاصة بالقانون التونسي بعدا خاصا، يتجه في البداية عرض التنظيم القضائي المدني لمعرفة التنظيم العام للمحاكم (فقرة أولى)، والتعرض فيما بعد، لدراسة طبيعة فقه القضاء في نطاق مسألة تحديد المصادر الشكلية للقانون المدني (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى

#### التنظيم القضائي المدني

95 - المبادئ الأساسية التي يقوم عليها : يعدّ التنظيم القضائي المدني جزءا من السلطة القضائية عموما وهي السلطة التي خصّص لها الدستور بابه الرابع (الفصول 64 إلى 67)<sup>116</sup>. وبصفة أدق، فإنّ القضاء المدني هو جزء من القضاء العدلي الذي يوازي القضاء الإداري<sup>117</sup>. ويشمل التنظيم القضائي العدلي المحاكم المدنية والمحاكم الجزائية<sup>118</sup>. كما يرتكز القضاء المدني على مبادئ أساسية يشترك فيها مع

116 ( يتّجه التذكير بأن توطئة الدستور أقرّت صراحة «قاعدة تفريق السلط» (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية).

117 ( إن المحكمة الإدارية تكون مع دائرة المحاسبات مجلس الدولة (الفصل 69 من الدستور). وتخضع هيئة المحكمة الإدارية لأحكام القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 كما تمّ إتمامه وتنقيحه بقوانين أساسية لاحقة. كما تتّجه الإشارة إلى أنّه بموجب القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 تمّ وضع أحكام خاصة بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص.

118 ( حول العدالة الجزائية، يراجع رضا خمّاخ، العدالة الجزائية في تونس، الطبعة الأولى، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، تونس، 1997.

كلّ الهيئات القضائية ويتّجه تفصيلها.

#### 96 - أولا : مبدأ إستقلالية القضاء : كرّس الدستور هذا

المبدأ بمفهومه العام حين نصّ الفصل 65 منه على ما يلي : « القضاء مستقلّون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ». وترتيباً على ذلك، اعتبر الفصل 67 أنّ « الضمانات اللازمة للقضاة من حيث التعيين والترقية والنقلة والتأديب يسهر على تحقيقها مجلس أعلى للقضاء يضبط القانون تركيبته واختصاصاته ».

#### 97 - ثانيا : مبدأ وجوبية الإلتجاء إلى قضاء الدولة :

نصّ الفصل الأول من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على ما يلي «تتظر المحاكم الآتي بيانها حسب إختصاصاتها وطبق أحكام هذا القانون في جميع النزاعات المدنية والتجارية». وهذا المبدأ يعني أنّ الإلتجاء إلى «القضاء الخاص» أمر استثنائي، والقضاء الخاص، يسمّى بالتحكيم الذي عرّفه الفصل الأوّل من مجلة التحكيم بأنّه «طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمّة البتّ فيها بموجب اتفاقية تحكيم»<sup>119</sup>. ثمّ إنّ الإلتجاء إلى المحاكم يلزم القاضي

119 ( لا يجوز التحكيم في :

أوّلا : في المسائل المتعلقة بالنظام العام (كالنسب مثلا).

ثانيا : في النزاعات المتعلقة بالجنسية .

ثالثا : في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية (كالطلاق الذي يجب أن يكون قضائيا) باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها.

رابعا : في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح (كالحقوق الخاصة بذات الانسان).

خامسا : في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات العمومية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية (يراجع في عدم جواز التحكيم أحكام الفصل 7 من مجلة التحكيم).



بالفصل وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة<sup>120</sup>. ويعني المبدأ أخيراً، عدم جواز الاقتصاص للذات وهو ما تضمنه الفصل 555 من مجلة الالتزامات والعقود حين نصّ على أنّ «التعدي على الشخص لا يكون وجهاً له في الإضرار بغيره»<sup>121</sup>.

**98 - ثالثاً : مبدأ مجانية التقاضي :** الذي يعني أساساً تحمّل الدولة لأجور القضاة ويعني أيضاً الحقّ في الحصول على إعفاء من المصاريف وعلى دفاع مجاني عند العسر وهو ما تسعى لتحقيقه مؤسسة «الإعانة العدلية» وقد دعم المشرّع هذا المبدأ بإلغاء معلوم نشر القضايا ومعلوم المرافعة<sup>122</sup>.

كما يخضع القضاء المدني إلى مبادئ خاصة به أوضحتها مجلة المرافعات المدنية والتجارية . ومن هذه المبادئ نذكر خاصة :

( 120 ) أنظر حول هذه الجريمة الفصل 108 من المجلة الجنائية «كلّ موظّف من النظام العدلي يمتنع لأيّ سبب كان ولو لسكوت أو غموض القانون من الحكم بين الخصوم بعد طلبهم ذلك منه ويستمرّ على امتناعه بعد انذار أوامر رؤسائه، يعاقب بخطية قدرها ألف فرنك» (وهي جريمة ذات تطبيق نادر جداً)، وأنظر في القانون الفرنسي الفصل 4 من المجلة المدنية و الفصل 185 من م.ج.

( 121 ) في تطبيق هذا المبدأ، انظر القرار التعقيبي المدني عدد 7154 المؤرخ في 2 جويلية 1959 مجلة القضاء والتشريع 1960، عدد 6، صفحة 433/29.

( 122 ) أنظر أحكام الفصلين 4 و 5 من القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلّق بإصدار مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي، وأنظر القانون الأساسي عدد 52 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلّق بإلغاء معالم الترسيم بكتابة المحكمة الإدارية ومعالم التسجيل ومعلوم المرافعة المستوجبة على عرائض القيام بالدعاوى لدى المحكمة الإدارية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 25 ماي 1993 صفحة 715). وانظر كذلك أحكام القانون عدد 56 لسنة 1994 المؤرخ في 16 ماي 1994 المتعلّق بإعفاء عمليات التحكيم من إجراء التسجيل (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 24 ماي 1994، ص 929).

**99 - أولاً : مبدأ «حياد القاضي المدني» :** ذلك أنّ الإجراءات

المدنية ليست إجراءات إستقرائية مثلما هو الحال في القضاء الجزائي بل هي إجراءات تفرض مواجهة بين الخصوم ويكون فيها القاضي ملتزماً بالحياد. وللحياد معنى عام ومعنى خاص. فالمعنى الأول يفيد أنّه على القاضي المدني أن يقضي دون الإستناد لعلمه الخاص وبكامل التجردّ وهو ما قصده الفصل 23 من القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967 والمتعلّق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة والذي نصّ على ما يلي : «على القضاة أن يقضوا بكامل التجردّ وبدون اعتبار للأشخاص أو للمصالح وليس لهم الحكم في قضية إستناداً لعلمهم الشخصي ولا يمكنهم المناضلة شفويّاً أو كتابة ولو بعنوان إستشارة في غير القضايا التي تهمّهم شخصياً»<sup>123</sup>. أمّا المعنى الخاص للحياد فهو معنى فنيّ بحث ويراد به أنّ للخصوم وحدهم تحديد رقعة أو مناط النزاع والخصومة وأن يحضروا أدلّتهم حسب قواعد الإثبات وأنّ القاضي ليس عليه أن يسعى لتكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم<sup>124</sup>. فالخصوم هم

( 123 ) حول التجريح في الحكم أنظر الفصل 248 إلى 250 م.م.ت. (عدد الفصل 248 أسباب التجريح وبين الفصل 250 إجراءاته (إذ يعرض طلب التجريح في القاضي على رئيس المحكمة الذي يستفسر القاضي المجرّح فيه وعند الاقتضاء الخصم القائم بالتجريح ويحرر في ذلك تقريراً يحيله مع ما تجمع لديه من أوراق على المحكمة مترتبة من حكام غير الحاكم المجرّح فيه...). وحول مؤاخذة الحكم أنظر الفصلين 199 و 200 من نفس المجلة (تمكّن مؤاخذة الحكم في صورة الغرر أو الإحتيال أو الإرشاء أو إذا توجّهت عليهم مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليهم غرم الضرر مدنياً. وتختص محكمة التعقيب بالنظر في مطالب مؤاخذة الحكم).

( 124 ) راجع الفصل 12 م.م.ت. وحول هذا المبدأ يراجع خاصة : عبد الله الأحمد، القاضي والإثبات في النزاع المدني، طبع شركة أوربيس للطباعة، تونس 1991، صفحة 57 وما بعدها.

المطالبون بتقديم أسانيدهم ومؤيداتهم ولكل خصم حق الإطلاع على أوراق القضية وعلى جميع الوثائق التي يدلي بها الخصم الآخر طبق ما أقره الفصل 4 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. ومعنى ذلك أن الخصوم يتحملون لوحدهم عبء الإثبات. غير أن لمبدأ حياد القاضي المدني حدودا في المادة المدنية أوردتها أحكام مجلة المرافعات المدنية<sup>125</sup> وكذلك الأحكام الخاصة المتعلقة بالتسجيل العقاري<sup>126</sup>.

**100 - ثانيا : مبدأ التمييز بين محاكم الأصل ومحكمة التعقيب :** ذلك أن التنظيم القضائي مؤسس على هذه التفرقة التي تفصل بين محاكم الأصل أي محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الدرجة الثانية المتميزة بنظرها في الواقع والقانون من جهة، ومحكمة التعقيب وهي محكمة عليا توصف بمحكمة القانون إذ لا تنظر مبدئيا في الوقائع، من جهة أخرى. ويتجه تفصيل محتوى هذه التفرقة لما لها من أهمية.

#### أ - محاكم الأصل : Les juridictions du fond

**101 - قاعدة التقاضي على درجتين :** لكل فرد حق التقاضي على درجتين أي الحق في أن يتم النظر في دعواه مرتين من حكام الأصل. وقلما يبتعد المشرع عن هذا المبدأ ليقر استثنائيا بعدم

( 125 ) أنظر أحكام الفصول 86 (كما نَقَّحَ بالقانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 ) و 87 (كما نَقَّحَ بالقانون ذاته) و 114 من م.م.م.ت.

( 126 ) أنظر بالخصوص أحكام الفصلين 328 و 329 من م.ح.ع. والفصول 4 و 5 و 6 و 7 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المتعلق بالتسجيل العقاري الاجباري. وكذلك الأحكام الخاصة بتحيين الرسوم العقارية والواردة بالقانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 30 الصادر بتاريخ 13 أفريل 2001 ص 967).

وجود درجة ثانية للتقاضي في المادة المدنية<sup>127</sup>. ويرجع جل الفقهاء إقرار المبدأ المذكور إلى ظروف تاريخية متصلة بما ساد فرنسا قبل ثورة 1789 فيما يهم الطعن بالإستئناف. فالتقاضي على درجتين لم يتحقق إلا بتوظيف سياسي لهذا الطعن، الذي هو إجراء قديم عرفه الرومان والقانون الكنسي.

( 127 ) قبل تنقيح غرة سبتمبر 1986 مجلة المرافعات المدنية والتجارية، كان المشرع يقر بوجود أحكام «نهائية» تصدر عن قاضي الناحية وعن المحكمة الابتدائية. وانحصرت الآن الاستثناءات في مجالات غير مدنية كحكم الفلسفة. ويبقى موضع المحكمة العقارية محل شك. فهي محكمة مدنية مستقلة لا تخضع لمبدأ التقاضي على درجتين ولا تسري عليها مراقبة محكمة التعقيب، لكنها تبدو كمحكمة درجة وحيدة كاستثناء هام لمبدأ التقاضي على درجتين وعدم قابلية أحكامها للطعن بأي وجه من الوجوه. وإلى غاية سنة 1995 كان هذا الاستثناء مطلقا بالنسبة لأحكام المحكمة العقارية حسب الفصل 332 من م.ح.ع. وبعد تنقيحه بموجب القانون المؤرخ في 23 جانفي 1995، أصبح الفصل 332 (جديد) يؤكد مبدأ عدم قابلية الأحكام العقارية للطعن لكن مع إقرار وجود بعض الحالات التي يجوز فيها طلب «المراجعة» من الدوائر المجتمعة للمحكمة العقارية، وهي هيئة قضائية بالمحكمة العقارية. ورغم هذا التنقيح يصعب القول بأن منطق التقاضي على درجتين قد تسرب - من خلال طلب المراجعة - للمحكمة العقارية في وظيفتها الأصلية وهي التسجيل. حول هذا الجانب، يراجع، محمد كمال شرف الدين، الوظائف الجديدة للمحكمة العقارية ومبدأ التقاضي على درجتين، مؤلف «القضاء الابتدائي»، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1999، صفحة 477 وما بعدها، وحول مبدأ التقاضي على درجتين بصفة عامة، يراجع : الحسين السالمي، تطور التقاضي على درجتين، مؤلف «الاستئناف» نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993، صفحة 15 وما بعدها و:

E. GARSONNET et Ch. CEZAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, librairie du Recueil Sirey, Paris, 1921, p. 15 et suiv. ; H. ROLAND et L. BOYER, Les institutions judiciaires, l'Hermès, 2ème édition, Paris, 1993, p. 38 et suiv.

وانظر كذلك :

H. SELMI, Le double degré de juridiction en droit judiciaire privé tunisien, mémoire de D.E.A., Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1984.

لقد سعت السلطة الملكية، في صراعها مع الطبقة الإقطاعية في تلك الفترة، لمراقبة الأسياذ بإخضاع أحكامها - بموجب الإستئناف - لنظر هيئات قضائية أعلى درجة وهي المحاكم الملكية. وترتب عن ذلك تنظيم هرمي للقضاء يقوم على الدرجات. وبعد حصول الثورة الفرنسية حسمت الجمعية التأسيسية أمر تعدد الطعون وكرست فكرة الإستئناف على أسس إجرائية بحتة جعلت من مبدأ التقاضي على درجتين أحد المبادئ العامة للتنظيم القضائي. وترتب عن ذلك وجود محاكم للدرجة الأولى ومحاكم للدرجة الثانية.

### (1) محاكم الدرجة الأولى :

102 - يتجه بدءاً تقديم التفرقة بين الإختصاص الحكمي للمحاكم وإختصاصها الترابي، ثم تفصيل أحكام توزيع الإختصاص بين محاكم الدرجة الأولى.

### - الإختصاص الحكمي :

103 - مفهومه : تختص كل محكمة بالنظر في نزاعات معينة بحيث تنوزع هذه النزاعات بين المحاكم قصد تفادي حصول أي تداخل في الإختصاص. ويتكفل المشرع بتحديد وضبط الإختصاص الحكمي للمحاكم ولا عمل على كل اتفاق من شأنه مخالفة الإختصاص الحكمي المعين بالمجلة<sup>128</sup> والمقصود «بالمجلة» هو مجلة المرافعات المدنية والتجارية. ومعنى ذلك أن الأحكام القانونية المحددة للإختصاص الحكمي أمرة. وليتيسر تحديد الإختصاص الحكمي لكل محكمة يجب أن نفرق بين المحكمة ذات الإختصاص الحكمي العام والمحاكم ذات الإختصاص الحكمي المحدد.

### - الإختصاص الترابي :

104 - مفهومه : يتمثل هذا الإختصاص في تحديد المحكمة المختصة ترابياً بعد أن تمّ تحديدها حكماً. وفي هذا المجال تخضع أحكام توزيع الإختصاص الترابي إلى مبدأ تشوبه بعض الإستثناءات.

- المبدأ : إن المحكمة المختصة ترابياً هي المحكمة التي يوجد بدائرتها مقرّ المطلوب، إذ نصّ الفصل 30 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أن «المطلوب شخصاً كان أو ذاتاً معنوية تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقره الأصلي أو مقره المختار» (الفقرة الأولى).

### - الإستثناءات : من أهمها ما يلي :

\* الدعاوى التي تكون فيها الدولة طرفاً : ترفع مبدئياً لدى المحاكم المنتصبة بتونس (الفصل 32 م.م.ت.).

\* الدعاوى المتعلقة بالتركة : ترفع لدى المحكمة التي إفتتحت بدائرتها التركة (الفصل 34 فقرة 1 م.م.ت.).

\* الدعاوى الإستحقاقية والدعاوى الحوزية والدعاوى الشخصية التي يقع القيام بها بمناسبة الأضرار التي تلحق العين : ترفع لدى المحكمة التي يوجد بدائرتها العقار (الفصل 38 م.م.ت.).

105 - بعد تقديم هذه التفرقة، يتجه بيان توزيع الإختصاص الحكمي بين محاكم الدرجة الأولى.

106 - المحكمة الابتدائية محكمة ذات إختصاص حكمي عام: نصّ الفصل 40 (جديد) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية في فقرته الأولى على ما يلي : «تنظر المحكمة الابتدائية إبتدائياً في جميع الدعاوى عدا ما خرج عنها بنصّ خاص...». ويعني ذلك أن للمحكمة الابتدائية إختصاصاً حكماً عاماً يوجب القيام لديها في كل

الدعاوى المدنية عدا ما إستثناه المشرع لفائدة محكمة مدنية أخرى. وتتألف هيئة المحكمة الابتدائية من رئيس وقاضيين وعند التعذر يعوض الرئيس بقاض. وإلى غاية صدور القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 لم تكن توجد «دوائر تجارية» بالمحاكم الابتدائية. وبموجب التنقيح المدخل على الفصل 40 المذكور بموجب هذا القانون أصبح بالإمكان «وبمقتضى أمر، إحداث دوائر تجارية... تكون مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية وتسند رئاستها لرئيس المحكمة أو وكيله»<sup>129</sup>. وأوضحت الفقرة الخامسة من الفصل المذكور أنه «تعتبر دعاوى تجارية على معنى أحكام هذا الفصل الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار، فيما يخص نشاطهم التجاري». أما الخصوصية الثانية التي تميز هذه الدوائر فهي تخص تركيبتها وتتمثل في تعويض القاضيين العضوين بتاجرين يكون رأيهما إستشاريا. وعند النظر في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها أو النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات أو تفليسها، تكون الدائرة التجارية متركبة من رئيس وقاضيين بالإضافة إلى التاجر<sup>130</sup>. أما الميزة الثانية فهي تخص الإجازة الممنوحة للأطراف

( 129 ) أنظر حول هذه الدوائر التجارية الأمر عدد 427 لسنة 1996 المؤرخ في 11 مارس 1996 والمتعلق بإحداث الدوائر التجارية بالمحاكم الابتدائية بالمدن التالية : تونس، الكاف، سوسة، المنستير، صفاقس، قابس، قفصة ومدنين (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 22 مارس 1996 ص 672).

( 130 ) نص الفصل 40 في فقرته السادسة على ما يلي : «يعوض في تركيبة الدائرة التجارية القاضيان العضوان بتاجرين يكون رأيهما استشاريا ويتم تعيينهما لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير العدل مع نائبين لهما أو عدة نواب...». كما نصت الفقرة الموالية من الفصل ذاته على أن «الدائرة تكون متركبة من رئيس وقاضيين بالإضافة إلى التاجر<sup>ين</sup> المشار إليهما بالفقرة السابقة عند النظر في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها أو النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبة اقتصادية أو تفليسها أو عند النظر استئنافيا فيما يدخل في اختصاصها».

بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 40 جديد بأن يطلبوا من الدائرة التجارية «في أي طور من أطوار القضية النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف» وبطبيعة الأمر فإن كل هذه الخصوصيات التي تميز المحكمة الابتدائية المنتصبة للنظر في الدعاوى التجارية ، لا تتصل بالنزاعات المدنية التي حافظت في شأنها المحكمة الابتدائية على تركيبتها وقواعد سيرها العادية.

وهكذا نتجت من المكانة المتميزة للمحكمة الابتدائية كأهم محكمة للدرجة الأولى. لكن سنرى - فيما بعد - أن هذه المحكمة تكون، أحيانا، محكمة درجة ثانية في صور معينة.

## 107 - المحاكم المدنية المحدودة الاختصاص :

### 1 - قاضي الناحية

نص الفصل 39 (جديد) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية كما تم تنقيحه بالقانون عدد 89 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 والمتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من المجلة المذكورة على ما يلي : « ينظر قاضي الناحية ابتدائيا إلى نهاية سبعة آلاف دينار في الدعاوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول ومطالب أداء الديون التجارية.

وينظر أيضا في حدود اختصاصه في إصدار الأوامر بالدفع والأذن على العرائض.

ويختص بالحكم ابتدائيا :

أولا : في قضايا النفقات التي ترفع إليه بصفة أصلية. وينفذ الحكم بقطع النظر عن الاستئناف.

ثانيا : في دعاوى الحوز.

ولا ينظر استعجاليا إلا :

أولا : في مطالب العقل التحفظية عندما يكون المبلغ المطلوب من

أجله العقل لا يتعدى حدود نظره.

ثانيا : في مطالب إجراء المعاينات المتأكدة.

ثالثا : في الصعوبات الناشئة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ولو وقع نقضها استئنافيا.

رابعا : في مطالب توقيف تنفيذ أحكامه المعترض عليها.

خامسا : في مطالب التمكين من نسخة تنفيذية أخرى من الأحكام الصادرة عنه حسب مقتضيات الفصل 254 من هذه المجلة.

ويستخلص من النص المذكور أن قاضي الناحية يختص في كلّ الدعاوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول في حدود 7000 دينار. فإذا تجاوز موضوع النزاع هذا المبلغ أصبحت الدعوى من أنظار المحكمة الابتدائية. كما يختص في بعض الدعاوى التي حددها النص حصرا وهي تمثل اختصاصه المنفرد أي أنها تمثل حدود اختصاصه الحكمي. ويمتاز قضاء الناحية ببعض المميزات إذ « يبذل قاضي الناحية ما في وسعه للصلح بين الأطراف »<sup>131</sup>. ومعنى ذلك أن محاولة التوصل إلى الصلح بين الأطراف إجراء وجوبي.

## 2 - دائرة الشغل :

تختص دائرة الشغل بفصل النزاعات الفردية التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المتعاقدة عند إنجاز عقد الشغل أو التدريب في النشاطات

( 131 ) الفصل 38 (مكرر) م.م.م.ت. (أضيف بالقانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994). وحول قضاء الناحية بصفة عامة يراجع ، وزارة العدل، الوسيط في شرح مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثالث، محاكم النواحي، تونس، 1962 ؛ حسين السالمي، قضاء الناحية، « من قضاوية الصلح إلى محكمة الحق العام »، مؤلف « القضاء الابتدائي، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1999، صفحة 39 وما بعدها ؛ ومحمد الغربي الخزامي ، اشكاليات الاختصاص لدى حاكم الناحية، نفس المرجع، صفحة 13 وما بعدها ؛ الباشا البجار ، الاختصاص القضائي لحاكم النواحي في المادة المدنية، القضاء والتشريع، 1991، عدد 7، صفحة 39.

الخاضعة لمجلة الشغل ويمتد اختصاصها أيضا إلى النزاعات الناشئة بين العملة بمناسبة القيام بالشغل إلا أنها لا تنظر في الدعاوى الناتجة عن حوادث الشغل وعن الأمراض المهنية كما لا تنظر في النزاعات المتعلقة بأنظمة الضمان الاجتماعي<sup>132</sup>.

## 3 - المحكمة العقارية :

إنها أقدم محكمة في تونس. وهي محكمة مدنية مختصة ومحدودة الاختصاص ولا تشبه المحاكم المدنية الأخرى إذ يصعب تحديد موقعها في التنظيم القضائي المدني لأنها لم تنشأ في إطار المبدأ العام للتقاضي على درجتين. فقد بعثت المحكمة العقارية بصور المجلة العقارية في 1 جويلية 1885 وكانت تسمى «المجلس العقاري المختلط». ثم وبعد الاستقلال، تمت إعادة تنظيمها أولا بموجب الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1957 وثانيا بمقتضى أحكام مجلة الحقوق العينية<sup>133</sup>. و«تنظر المحكمة العقارية في مطالب التسجيل ولها مركز أصلي بتونس ومراكز فرعية»<sup>134</sup>. والتسجيل إختياري (أي بطلب ممن يهّمه الأمر)<sup>135</sup> أو

( 132 ) راجع الفصل 183 (جديد) من مجلة الشغل كما تمّ تنقيحه بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 المتعلق بتنقيح بعض أحكام هذه المجلة (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 22 فيفري 1994 صفحة 309). وانظر دراسة الأستاذ المنجي طرشونة، الاختصاص الحكمي لدوائر الشغل، مؤلف « القضاء الابتدائي »، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1999، صفحة 345 وما بعدها.

( 133 ) حول المحكمة العقارية ، يراجع بالخصوص : الهادي سعيد ، تطوّر الملكية العقارية وأثره في تونس، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية ، تونس، 1996 ، صفحة 259 وما بعدها ؛ مبروك بن موسى ، الآثار القانونية لطلب التسجيل ، مؤلف « القضاء الابتدائي »، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، 1999 ، صفحة 391 وما بعدها.

( 134 ) الفصل 310 م.ح.ع.

( 135 ) الفصل 317 م.ح.ع.

إجباري (في نطاق المسح العقاري)<sup>136</sup>. كما أن القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 والمتعلق بتحسين الرسوم العقارية، قد أسند للمحكمة العقارية، ولاية قضائية عامة في خصوص النظر في إجراءات التحيين.

## 2) محاكم الدرجة الثانية :

108 - تمثل محاكم الاستئناف محاكم الدرجة الثانية للأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية في حين تمثل هذه الأخيرة محكمة الدرجة الثانية للأحكام الصادرة عن قاضي الناحية وعن دائرة الشغل. أمّا في خصوص المحكمة العقارية فقد سبقت الإشارة إلى عدم خضوع الاجراءات لديها لمبدأ التقاضي على درجتين .

## 109 - محكمة الاستئناف محكمة درجة ثانية للأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية :

لعل صفة «الابتدائية» المنسوبة للمحكمة تفسر إنتماها للدرجة الأولى أي أنها محكمة الدرجة الابتدائية. فأحكام المحكمة الابتدائية هي أحكام «إبتدائية الدرجة» - ورأينا أن الفصل 40 (جديد) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ينص على ذلك صراحة عند تعرضه لأختصاص تلك المحكمة الابتدائية إذ يورد كلمة «إبتدائية». ويطعن في أحكام المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة درجة أولى بالاستئناف الذي هو طعن ينقل الدعوى إلى محكمة الاستئناف بوصفها محكمة الدرجة الثانية<sup>137</sup>. كما أن

( 136 ) أنظر المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المتعلق بالتسجيل العقاري الإجباري (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 9 المؤرخ في 6 مارس 1964 ، صفحة 223).

( 137 ) يقتضي الفصل 144 م.م.ت. أن «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلط عليها الاستئناف» إذ «لا يمكن لمحكمة الاستئناف أن تنظر إلا في خصوص ما وقع الاستئناف في شأنه» (انظر كذلك أحكام الفصليين 147 و148 م.م.ت.).

الإستئناف يعطل مبدئيا تنفيذ الحكم الابتدائي وهو ما يسمّى بالمفعول التعليقي للإستئناف<sup>138</sup>. وعند تعهدها بالنزاع تعيد محكمة الإستئناف النظر فيه وذلك في خصوص ما تسلط عليه الإستئناف. وتصدر قرارا arrêt نهائي الدرجة.

## 110 - المحكمة الابتدائية تكون أحيانا محكمة درجة

### ثانية:

يحدث ذلك، كما بينا، في خصوص الأحكام الابتدائية الدرجة الصادرة عن قاضي الناحية وعن دائرة الشغل. ففي خصوص الصنف الأول من الأحكام، نصّ الفصل 40 (جديد) مجلة المرافعات المدنية والتجارية في فقرته الثانية على أن المحكمة الابتدائية «تنظر إستئنافيا في الأحكام الصادرة إبتدائيا عن قضاة النواحي التابعين لدائرتها أو التي وصفت غلطا بكونها نهائية»<sup>139</sup>. وأورد الفصل 221 من مجلة الشغل في خصوص الصنف الثاني ما يلي «تستأنف الأحكام الإبتدائية الصادرة عن دوائر الشغل لدى المجلس الإبتدائي». والمقصود هو المحكمة الابتدائية. وتكون الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة أستئناف أحكاما نهائية أي نهائية الدرجة وذلك لأن المتقاضي يكون إستوفى الدرجتين. وبإستيفاء الدرجتين ينتهي مبدئيا النظر في الأصل أي في الواقع المعروض أمام القضاء وفي القانون المطالب بتطبيقه. ولا يبقى للمتقاضي إلا حق الطعن بالتعقيب لمراقبة الحكم أو القرار الصادر عن محاكم الأصل.

( 138 ) يقتضي الفصل 146 م.م.ت. في فقرته الأولى أن «استئناف الأحكام الابتدائية يعطل تنفيذهما إلا فيما استثناه القانون».

( 139 ) حول هذا الإختصاص، يراجع، محمد اللّجمي ، استئناف أحكام محاكم النواحي، مجلة القضاء والتشريع، 1991، عدد 8، ص 51 وما بعدها.

ب - محكمة التعقيب :

111 - تعدّ محكمة التعقيب أعلى محكمة في التنظيم القضائي العدلي<sup>140</sup>. وتنظر محكمة التعقيب - كما رأينا -، في جميع الأحكام والقرارات النهائية (الفصل 42 م.م.ت). وهي تتكوّن من دوائر مدنية ودوائر جزائية وفي بعض الحالات تلتئم بدوائرها المجتمعة. وهي تصدر قرارات إمّا عن دائرة من دوائرها وإما عن الدوائر المجتمعة. ولا تعدّ محكمة التعقيب درجة ثالثة للقضاء وهو المبدأ الذي يعني أنّ محكمة التعقيب هي محكمة قانون لا محكمة أصل. ويرتّب المبدأ، تبعاً لذلك، عدم تدخلها في الواقع واقتصار رقابتها على القانون. فهي محكمة لا تفصل الخصومات بل تنظر في الطعن فإمّا أن تسلم بجديته ووجاهته فتتقض الحكم أو القرار المطعون فيه وإمّا أن ترى عكس ذلك فتقضي برفضه. ونظراً لأهمية القرارات التي تصدرها الدوائر المجتمعة، وجب فصل دراستها عن دراسة القرارات الصادرة عن دائرة معينة.

(1) دور الدائرة المتعّدة بدءاً :

112 - يعرض الطعن على محكمة التعقيب من أحد الخصوم ولأسباب معينة وتنظر فيه الدائرة المحال عليها الملفّ.

(140) أنظر حول محكمة التعقيب التونسية، أعمال الملتقى الذي نظّمته كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس تحت عنوان "التعقيب"، تونس، 1989 وأنظر كذلك مقال محمد بن سلامة، حول محكمة التعقيب، مجلة القضاء والتشريع 1975 عدد 6 صفحة 77 ودراسة الأستاذين :

Farouk MECHRI et Soukeina BOURAOUI, La Cour de cassation en Tunisie, R.T.D., 1987, p. 299.

وأطروحة الأستاذ :

Nadhir BEN AMMOU, Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1996.

113 - 1 - الخصوم لدى التعقيب : يقبل الطعن بالتعقيب من كلّ طرف في الحكم المطعون فيه أو من خلفائه أو ورثته ويمكن كذلك أن يصدر الطعن عن النيابة العمومية أي عن وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب عندما يكون الطعن لمصلحة القانون pourvoi dans l'intérêt de la loi وذلك طبق أحكام الفصل 179 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. ويحدث ذلك عندما ترى النيابة أنّ نصّ القرار أو الحكم المطعون فيه تضمّن خرقاً لقاعدة قانونية في حين لم يقر أحد طرفيه بالطعن في الإبان (الفصل 180 من نفس المجلة). فتتدخل النيابة وتقوم بالطعن لمصلحة القانون. ولا مانع من أن يتزامن طعن الطرف مع طعن النيابة.

114 - 2 - أسباب الطعن : الطعن بالتعقيب طعن غير عاديّ لأنه لا يندرج ضمن ممارسة حق التقاضي على درجتين. ويترتب عن ذلك أنّه لا يقبل إلا لأسباب معينة يحصرها القانون. وفعلاً يجب أن تتضمّن مذكرة مستندات الطعن بالتعقيب أسباب الطعن بصورة توضّح نوع الخلل المقصود من الطعن وتحدّد مرماه مع ما للطاعن من مستندات. وقد يتضمّن الطعن بالتعقيب le pourvoi عدة مطاعن les moyens تنقسم أحياناً بدورها إلى فروع les branches du moyen. ولا يمكن الاستناد إلى أي سبب من الأسباب القانونية أو الإجرائية بحريّة بل أنّ المشرّع حصر هذه الأسباب في الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وعدّها إذ نصّ الفصل المذكور على أنّه "يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائية الدرجة وذلك في خصوص الحالات الآتية : أولاً : إذا كان الحكم مبنيّاً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله". وهذه الأسباب الواردة بالفقرة الأولى المذكورة، لها شمولية واسعة وهي أكثر الأسباب

تداولاً في التطبيق وهو ما يدعو لتدقيقها وبيان الفروق بينها<sup>141</sup>.

- **مخالفة القانون** : يعني هذا السبب أن القرار أو الحكم المنتقد قد خرق قاعدة قانونية واضحة فغير شروط تطبيقها أو إستنتاج حلاً غير الحل الذي تضمنته. ولا يشمل السبب المذكور القواعد القانونية بالمفهوم الضيق لكلمة قانون أي القانون العادي بل إن المقصود هو المعنى العام أي كل القواعد القانونية مهما كانت طبيعتها وهو ما يطرح مسألة مراقبة محكمة التعقيب لمخالفة العرف<sup>142</sup>. وفي هذا المجال يلاحظ الأستاذ محمد العربي هاشم بعد دراسة المسألة المطروحة أن "صفو القول أنه إذا سلمنا بأن قواعد العرف هي قواعد قانونية فإنه يتجه منطقياً أن تبسط محكمة التعقيب رقابتها على محكمة الموضوع سواء بالنسبة لوجود العرف أو

141 ( تضمن الفصل 175 المذكور بياناً لبقية أسباب الطعن بالتعقيب (وهي الأقل تداولاً) :

« ... ثانياً : إذا كان الحكم صادراً فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته.

ثالثاً : إذا كان هناك إفراط في السلطة .

رابعاً : إذا لم تراعى في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط .

خامساً : إذا كانت هناك أحكام نهائية متناقضة في نصها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب .

سادساً : إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو أغفل الحكم الإستثنائي النظر في بعض الطلبات التي حكم فيها ابتدائياً أو كان نص الحكم مشتملاً على أجزاء متناقضة.

سابعاً : إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية بدون أن يقع تمثيله في القضية تمثيلاً صحيحاً أو وقع تقصير واضح في الدفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه .»

142 ( يراجع ، محمد العربي هاشم ، العرف لدى التعقيب ، في مؤلف « التعقيب » ، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، تونس ، 1989 ، صفحة 383 وما بعدها، ويراجع كذلك في انتقاد هذا الرأي الأطروحة التالية : Nadhir BEN AMMOU, thèse précitée, p. 306 et suiv., n° 661 et suiv.

بالنسبة لتطبيقه<sup>143</sup>.

- **الخطأ في تطبيق القانون** : يعني هذا السبب أن حكام الأصل لم يتوفّقوا في إختيار القاعدة المناسبة للوقائع المعروضة ويحدث هذا خاصة في مسألة الوصف. فلئن كانت عملية الوصف القانوني موكولة للأطراف فإن للمحكمة الحق في إعتداد الوصف الذي تراه صحيحاً، فتعتمد وصفاً جديداً أو تتبنى الوصف المعروض من أحد الأطراف. وقد يترتب عن هذا الإختيار خطأ في إعتداد قاعدة دون أخرى فيقع تطبيق قاعدة لا تهم النزاع المعروض. وهو ما يمثل الخطأ في تطبيق القانون.

- **الخطأ في تأويل القانون** : يعني ذلك أن حكام الأصل أخلوا بقواعد تفسير وتأويل الأحكام القانونية الغامضة أو الناقصة. فالتأويل كما سنرى يفترض وجود قاعدة قانونية - بالمفهوم الشامل لكل المصادر - غامضة أو ناقصة. كما يفترض التأويل احترام المنهجية التي سنّها المشرّع للغرض. وكلّ تأويل يبتعد عن هذه المنهجية يمثل خطأ في التأويل يمكن أن يستند إليه المعقّب.

وقد يدفع المعقّب بكلّ هذه الأسباب في طعن واحد لكن عليه بيان وجه إعتدادها بدقّة<sup>144</sup>. أمّا الأسباب الأخرى فقد عدّها المشرّع في بقية

143 ( المرجع المذكور صفحة 397، وأنظر في نفس الاتجاه تماماً :

Roger PERROT, Institutions judiciaires, 7ème édition, Montchrestien, Paris, 1995, n° 216, p. 193.

144 ( ورد بالقرار التعقيبي المدني عدد 59005 المؤرخ في 10 أكتوبر 1996 (النشرية ، I ، ص 181) أن « أحكام الفصل 185 من م.م.ت. نصّت أنه على الطاعن تقديم مذكرة من محاميه في بيان أسباب الطعن وتوضيح نوع الخطأ القانوني المرتكب وتحديد مرماه مع ما له من المؤيدات .

.../...



أحكام الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ونلاحظ أن الفصل المذكور لم ينص صراحة وبصفة مستقلة عن «ضعف التعليل» أو «خرق حقوق الدفاع» كأسباب مستقلة للطعن . ويجري العمل على اعتبار السببين المشار إليهما مشمولين بالعبارة العامة «خرق القانون» ذلك أن الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أوجب على المحكمة أن تضمن بحكمها «ملخص مقالات الخصوم» و«المستندات الواقعية والقانونية» وهو ما يعني حسن التعليل واحترام دفعات الخصوم وتمكينها من ممارسة حقوق الدفاع.

**115 - مضمون القرار التعقيبي :** عندما يقدم الطعن لدى محكمة التعقيب فالأصل هو أن هذه المحكمة تقوم بمراقبة القرار أو الحكم المطعون فيه أي أنها لا تنظر ولا تفصل في الوقائع وفي مآل الدعوى. وإذا كان الدفع مزدوجا بين الواقع والقانون فلا يقبل<sup>145</sup> لأن الصبغة الواقعية تقتضي إجراء تحقيقات تختص بها محكمة الأصل<sup>146</sup>. ومن هنا تبرز الصبغة الجوهرية للفرقة بين الواقع fait والقانون droit التي سبق التعرض إليها. وتتنظر إحدى الدوائر في المطلب وتصدر قرارها إما :

.../...

وحيث وردت جميع المطاعن التي تقدم بها الطاعن غير واضحة وعامة بحيث أنه لم يبين الخلل الوارد بالتنبيه موضوع النزاع كما لم يبين الخطأ الذي ارتكبه المحكمة حتى يتسنى لهذا الحكم نقضه وعليه اتجه رد جميع المطاعن».

( 145 ) القرار التعقيبي المدني عدد 1057 المؤرخ في 4 جانفي 1979 النشوية 1979 ، ج. 1. صفحة 18 .

( 146 ) القرار التعقيبي المدني عدد 1304 المؤرخ في 24 أفريل 1979 النشوية 1979 ، الجزء 1 ، صفحة 202 .

- **بالرفض** لأسباب شكلية كعدم احترام الآجال أو الإجراءات<sup>147</sup> أو أصلية<sup>148</sup> إذا كان الطعن غير وجيه بالنسبة لها .  
- أو **بالنقض** أي بإلغاء الحكم أو القرار المطعون فيه. وقد يتم النقض إما جزئيا أو كلياً<sup>149</sup>. كما أن النقض قد يكون إما مقترنا بالإحالة إلى المحكمة التي أصدرت القرار أو الحكم المنتقد لإعادة النظر أو غير مقترن بالإحالة أي أن محكمة التعقيب تقتصر على النقض دون الإحالة ويحدث ذلك عند إنتفاء سبب الإحالة كأن تكون هذه الإحالة لمحكمة غير مختصة أو عندما يكون الطعن مقدما لمصلحة القانون من طرف النيابة العمومية<sup>150</sup>. ونعود لصورة النقض بالإحالة لنوضح أن الإحالة تكون :  
- إما للمحكمة ذاتها التي أصدرت القرار أو الحكم الذي تم نقضه ويجب في هذه الصورة أن تعيد المحكمة النظر في النزاع بهيئة جديدة<sup>151</sup>.  
- وإما لمحكمة أخرى متساوية الدرجة<sup>152</sup>، كأن تكون الأولى محكمة الإستئناف بالكاف والثانية محكمة الإستئناف بتونس.

( 147 ) يشمل الرفض شكلا بالخصوص انعدام الصفة لدى الخصوم (يراجع الفصل 179 وما بعده م.م.ت.) أو المصلحة لديهم (يراجع الفصل 19 م.م.ت. الذي تسري أحكامه على القيام بالدعوى وعلى ممارسة طرق الطعن) أو عدم احترام الآجال المستوجبة في الطعن بالتعقيب (أنظر بالخصوص الفصل 185 م.م.ت.) أو عدم التقيد بالإجراءات التي ضببطتها في الغرض، مجلة المرافعات المدنية والتجارية (يراجع بالخصوص الفصول 182 إلى 186 منها).

( 148 ) ويفترض النظر في أصل المطاعن قبول الطعن بالتعقيب من الناحية الشكلية .

( 149 ) راجع الفصل 176 (الجديد) م.م.ت.

( 150 ) الفصل 177 م.م.ت. ؛ راجع، فقها، البشير الفرشيشي، النقض بدون إحالة، مؤلف «التعقيب» نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989، صفحة 325 وما بعدها.

( 151 ) الفصل 178 م.م.ت.

( 152 ) الفصل 178 م.م.ت.

وتعيد محكمة الإحالة النظر في النزاع فيما تسلط عليه النقض<sup>153</sup>.  
وتصدر من جديد حكمها أو قرارها.

### ثانيا : مآل النزاع بعد التعقيب الثاني :

116 - قد يحدث تعقيب ثان. ويجب أذاك أن نفرّق بين صورتين :

- **الصورة الأولى : الطعن الثاني مؤسس على سبب جديد**  
غير السبب الأول الواقع من أجله النقض : يحال الطعن في هذه الصورة على دائرة من دوائر محكمة التعقيب التي يمكنها إمّا أن ترفض مطلب التعقيب شكلا أو أصلا أو تقضي بالنقض. والنقض يمكن أن يقتترن بالإحالة من جديد إلى محكمة إحالة ثانية أو أن يقتترن بانتصاب محكمة التعقيب ذاتها للبت إذ سمح المشرّع في هذه الصورة لدائرة محكمة التعقيب أن تبت مباشرة بنفسها في النزاع على شرط أن يكون موضوعه مهيا للفصل<sup>154</sup>. وهو استثناء جديد أدخله المشرّع منذ 1986 على المبدأ القائل بأن محكمة التعقيب لا تبت في الأصل.

- **الصورة الثانية : الطعن الثاني مؤسس على نفس السبب الواقع من أجله النقض** : يحال إذاك الطعن على « الدوائر المجتمعة » لتتولّى النظر في خصوص المسألة الواقع الإتفاق فيها بين محكمة الإحالة ونظيرتها الأولى، بصفة تتعارض مع موقف دائرة محكمة التعقيب التي قضت بالنقض<sup>155</sup>. وللدوائر المجتمعة إمكانيّتان في هذه الصورة : فإمّا أن تقضي برفض الطعن شكلا أو أصلا. وإمّا أن تؤيد الدوائر المجتمعة موقف الدائرة التعقيببة التي نظرت سابقا في الطعن

( 153 ) الفصل 176 الجديد م.م.ت.

( 154 ) الفصل 176 جديد م.م.ت.

( 155 ) الفصل 191 (جديد) م.م.ت.

الأول، فتقضي بالنقض. وعند ذلك يجوز لها إمّا النقض والبت في النزاع إن كان موضوع النزاع مهيا للفصل<sup>156</sup> وإمّا النقض مع الإحالة ويكون قرارها « واجب الإتياع من طرف محكمة الإحالة » بحيث ينتهي النزاع حتما<sup>157</sup>. وفي « واجب الإتياع » من قبل محكمة الإحالة حلّ تفرضه ضرورة وضع الحدّ للنزاع القاضي تحقيقا لحسن سير القضاء.

### 117 - تدخل الدوائر المجتمعة في صورة الخطأ البين :

إنّ للدوائر المجتمعة دورا آخر أضافه القانون الجديد الصادر في غرة سبتمبر 1986 والمنقّح لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية وهو دور يتمثّل في النظر في مطالب «مراجعة» القرارات الصادرة عن إحدى الدوائر التعقيببة في صورة وقوعها فيما سمي «بالخطأ البين». وللخطأ البين صور ثلاث عددها حصرا الفصل 192 (الجديد) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية هي : إنباء قرار الرفض شكلا على غلط واضح، أو اعتماد القرار نصا قانونيا سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّر غير منطبق، أو مشاركة من سبق منه النظر في النزاع في إصدار القرار المطلوب مراجعته.

وواضح أنّ للدوائر المجتمعة من خلال هذا الدور وظيفة خاصة في إصلاح الغلط الحاصل في القرارات التعقيببة. كما أنّ لهذه الهيئة وظيفة عامة تتمثّل في توحيد الآراء القانونية بين الدوائر<sup>158</sup>.

( 156 ) الفصل 191 المذكور فقرة 1.

( 157 ) الفصل 191 المذكور فقرة 2.

( 158 ) راجع الفصل 192 (جديد) أولا، م.م.ت. وانظر كذلك حول تطبيق الأحكام الخاصة بالخطأ البين : الهادي سعيد، الرئيس الأول لمحكمة التعقيب، مؤلف «التعقيب»، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989، ص 87 وما بعدها.

### ثالثا : إستنتاجات :

118 - يمكن أن نستخلص ممّا سبق أولاً أن لمحكمة التعقيب كمحكمة عليا وظيفة رئيسية تتمثل في السعي لتوحيد فقه القضاء وأن لدوائرها المجتمعة دورا أساسيا في أداء هذه الوظيفة<sup>159</sup>. كما يُستخلص ثانيا أن المبدأ القائل بأن محكمة التعقيب محكمة قانون وليست محكمة أصل شهد إستثناءً جديدا برز منذ إصلاح 1986 يتمثل في إمكانية التصدي من هذه المحكمة للفصل في الموضوع والبت فيه مباشرة. ولعلّ مردّ هذا الاستثناء رغبة المشرّع في تحقيق سرعة الفصل في القضايا وتفاذي طول الإجراءات . كما نستنتج ثالثا أن تخصيص الدوائر المجتمعة بالنظر في حالات «الخطأ البين» يمثّل نوعا من الطعن بالمراجعة في قرارات محكمة التعقيب وإن كانت الحالات المنظور فيها نادرة جداً. ونستخلص رابعا وأخيرا أن عمل محكمة التعقيب لا يشمل وظيفة إستشارية فهي، ولئن كانت أعلى محكمة في التنظيم العدلي، لا تُعدّ تقريراً سنوياً ولا تستشار بصفة رسمية في المسائل

( 159 ) رأينا أن هيئات محكمة التعقيب تتمثل إما في دائرة حكومية وإما في الدوائر المجتمعة - ولا يوجد هيكل حكمي وسط يتكوّن من دائرة مختلطة Chambre mixte تختص بالنظر في المسائل التي تهم بعض الفروع من القانون فحسب (مدني - اجتماعي/ مدني - جزائي) دون أن يستوجب الأمر إلتأم الدوائر المجتمعة. ففي القانون الفرنسي تتكوّن الدائرة المختلطة من حكام ينتمون إلى ثلاث دوائر على الأقل ولا يمكن أن يكون عددهم دون 13 (الفصلين 5-121 و 6-121 من مجلة التنظيم القضائي الفرنسي). وحول مهمة توحيد فقه القضاء بصفة عامة، يراجع الحسين السالي، التعقيب ووحدة القضاء مؤلف «التعقيب»، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989، ص 53 وما بعدها ؛ وساسي بن حلمية، تباين فقه قضاء دوائر محكمة التعقيب، مؤلف «التعقيب»، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989، ص 135 وما بعدها ويراجع أيضا :

Nadhir BEN AMMOU, thèse précitée, p. 464 et suiv., n° 939 et suiv.

### القانونية عموما وفي مشاريع القوانين بالخصوص<sup>160</sup>.

( 160 ) مكّنت الفصول 1-151 L إلى 3-151 L من مجلة التنظيم القضائي الفرنسي قضاة الأصل ، منذ سنة 1991، من الإلتجاء إلى محكمة التعقيب لطلب رأيها «saisine pour avis» كلّما اقتضت ضرورة تفسير نصّ جديد ذلك. وينشر الرأي بالرائد الرسمي ولكن ليس على محاكم الأصل التقيد بمضمونه . كما أن التقرير السنوي الذي تصدره محكمة التعقيب الفرنسية يساهم في عرض المسائل القانونية المثيرة للصعوبات التأويلية أمام القضاء وفي بسط الحلول لها ، كلّ ذلك مع التقيد بالحدود التي تفرضها قاعدة التفريق بين السلط إذ أن ما يصدر عن محكمة التعقيب الفرنسية في التقرير المذكور لا يتجاوز الآراء والمقترحات النظرية.

رسم بياني للمحاكم المدنية  
المصدر : وزارة العدل، أكتوبر 2001

المصدر : وزارة العدل، أكتوبر 2001

## المحاضرات

مراجعة التحقيق

مباحثه ایست

-10-

المحاكم الابتدائية

المحكمة العقارية

الفروع  
-15-

تونس - سوسة - صفاقس - المنستير - الكاف  
قفصة - مدين - قابس - نابل - بنزرت.

مراكز النواحي  
-83-

تونس	تونس - قرطاج - باردو - الزهور - الوردية.
ارياانة	ارياانة - منوبة - طبرية - التضامن.
بنعروس	بنعروس - حمام الأنف.
قرمبالية	قرمبالية - منزل بوزلفة - نابل - منزل تميم - الحمامات.
زغوان	زغوان - الفحص.
بنزرت	بنزرت - منزل بورقيبة - ماطر - رأس الجبل.
باجة	باجة - تيرسق - مجاز الباب - نفزة.
الكاف	الكاف - تاجروين - الدهماني.
جندوبة	جندوبة - غار الدماء - بوسالم - عين دراهم - طبرقة.
سليانة	سليانة - مكتر - قعفرور - الكريب.
القصرين	القصرين - تالة - سبيطلة - سبيبة - فريانة - فوسانة.
سوسة	سوسة - مساكن - النقيضة.
القيروان	القيروان - حفوز - بوحجلة - الوسلاتية - السبيخة.
المنستير	المنستير - جمال - المكنين.
المهدية	المهدية - السواسي - الجم - قصور الساف - الشابة.
صفاقس	صفاقس - جيلبانة - المحرس - عقارب - ساقية الزيت.
قصة	قصة - المتلوي.
توزر	توزر.
سيدي بوزيد	سيدي بوزيد - جملة - بن عون - المكناسي - الرقاب.
قابس	قابس - الحامة - مارب.
قبلي	قبلي - دوز.
مدنين	مدنين - بن فردان - جربة - جرجيس.
تطاوين	تطاوين.

120 - يستند أنصار هذه النظرية إلى حتمية فقه القضاء،

"... A défaut d'une disposition légale applicable, le juge se prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, **selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence**".

**Mohamed CHARFI**, Introduction à l'étude du droit, op.cit., n° 404, p. 194.  
**Sadok BELAID**, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, thèse, Paris, L.G.D.J., 1974 préface **Michel VILLEY** ; **Nadhir BEN AMMOU**, Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse précitée, notamment p.353 et suiv.

فالمشرع يفرض على القاضي الفصل في النزاعات المعروضة عليه ولا يمكن للقاضي أن يمتنع من البت في النزاعات المعروضة عليه لأي سبب كان ولو لسكوت أو غموض القانون وأن يفرض الحكم بين الخصوم بعد طلبهم ذلك منه<sup>163</sup>. فكيف الفصل في النزاع المعروض عند صمت النص أو حتى

.../...

وفي الفقه الفرنسي يراجع بالخصوص :

Archives de philosophie du droit, La jurisprudence, tome XXX, Sirey, Paris, 1985 ; Marcel WALINE, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in mélanges Scelle, tome II, p. 613 ; Olivier DUPEYROUX, La jurisprudence source abusive du droit, in mélanges Maury, tome II, p. 349 ; Paul ESMEIN, La jurisprudence et la doctrine, Rev. trim. dr. civ., 1902, p. 5 et la jurisprudence et la loi, Rev. trim. dr. civ. 1952, p. 17 ; Pierre HEBRAUD, Le juge et la jurisprudence, in Mélanges Couzinet, p. 329 ; Philippe JESTAZ, Source délicateuse... (Remarques en cascade sur les sources du droit), Rev. trim. dr. civ. 1993, p. 73 et suiv. et les différentes contributions qui l'ont suivie dans la dite revue ; Philippe MALAURIE, La jurisprudence combattue par la loi, in Mélanges Savatier, 1965, p. 603 ; Pierre Jean MAURY, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, in Etudes Ripert, tome I, p. 28 ; Jean BOULANGER, Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome 31 ; Patrick MORVAN, En droit, la jurisprudence est une source du droit, R.R.J., droit prospectif, 2001, p. 77.

163 ( ينص الفصل 108 من المجلة الجنائية على ما يلي : « كل موظف من النظام العدلي يمتنع لأي سبب كان ولو لسكوت أو غموض القانون من الحكم بين الخصوم بعد طلبهم ذلك منه ويستمر على امتناعه بعد إنذار أو أمر رؤسائه يعاقب بخطية قدرها ألف فرنك ».

وينص الفصل 4 م.م. فرنسية على ما يلي :

«Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

(حول العقاب الجزائي لجريمة إنكار العدالة في فرنسا، يراجع الفصل (1-7-434) من المجلة الجزائية الفرنسية).

غموضه ؟ من المحتّم أن يضطر القاضي إلى تجاوز الصعوبة والنظر في النزاع والبت فيه بإعمال الرأي والاجتهاد. فإذا تواتر الحل أصبح فقه قضاء مكملًا للنص لا غنى عنه. كما يرى أصحاب هذه النظرية أن هذه الفرضية تثبت لذاتها عدم كمال التشريع ونقصانه. فحتى إن وجد النص فقد لا يخلو من الغموض مما يلزم القاضي التكفل بتحديد مضمون المصطلحات الغامضة وإعطائها المعنى الذي يهتدي إليه. وفي كل ذلك ، وسواء تعلق الأمر بسكوت النص أو بغموضه، فإن تعليل الأحكام والقرارات واجب ، وقد نصت على ذلك بصراحة أحكام الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. وقد يتخذ التعليل أحيانا شكل القاعدة وخاصيات بأن يرد في جمل ذات طابع عام ومجرد تشبه في صياغتها الصياغة التشريعية، وهو ما يدعم التكامل بين النص التشريعي واجتهاد القضاء. ثم إن تواتر الحل القضائي من شأنه أن يبرز الدور « الخلاق » لفقه القضاء. فالقاضي يكمل النص التشريعي، ويضفي الإنسجام المنشود على النظام القانوني باستبعاد التناقضات كما أنه يطور التشريع ويجعله مواكبا للوقائع<sup>164</sup>. ومن الفقهاء أيضا من يؤكد على الدور الخاص الذي

164 ( يراجع في هذا الاتجاه وفي نفس السياق وتحت عنوان « فقه القضاء منشئ للقاعدة القانونية »، ما كتبه السيد الطيب اللومي ، الرئيس الأول السابق لمحكمة الاستئناف بتونس من أن « المشرع لا يستطيع أن يقنن ويحيط بجميع جزئيات الموضوع القانوني الواحد فضلا على أن النص القانوني يوضع في زمن معين ولهدف محدد ثم بتطور الأوضاع ومع مرور الزمن تظهر الحاجة لتطوير ذلك النص أو سد فراغ تشريعي يظهر بمرور المدة وهناك حالات عملية يجابهها القضاء عليه إيجاد حل لها حيناً ». ويضيف أن « هذه المعطيات هي مدخل لإنشاء القاعدة القانونية من فقه القضاء » (الطيب اللومي، خواطر حول دور فقه القضاء، مؤلف « تأثير القرن العشرين على القانون التونسي الخاص »، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية ، تونس ، 2000، صفحة 7 وما بعدها.

Jacques GHESTIN, op. cit, n° 424, p. 383.

تقوم به محكمة التعقيب وخاصة الدوائر المجتمعة إذ هي تصدر قرارات لا يمكن تجاهلها<sup>165</sup>.

## ب - أدلة الرأي القائل بأن فقه القضاء لا يمكن أن يكون مصدرا للقانون المدني :

121 - هي أدلة ترجع بالأساس إلى المبادئ التي يقوم عليها نظام الدولة عامة والقانون المدني خاصة. وأول هذه الأدلة ما استند إلى قاعدة التفريق بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية والتي تقتضي بأن تكتفي السلطة القضائية بتطبيق القانون لا بإنشائه أو تنفيذه. فالدستور التونسي أقر صراحة في توطئته تبني قاعدة التفريق بين السلط كما اعتد بهذه القاعدة في هيكلة أحكامه بأن خصّ لكل سلطة من السلطات الثلاث بابا مستقلا. وعلى هذا الأساس أيضا يمنع القانون على القاضي تبني أحكاما ترتيبية عامة يتجاوز مداها نطاق النزاع المعروض عليه<sup>166</sup>. ويتأسس هذا

( 165 ) أنظر أطروحة، نذير بن عمرو، المرجع المذكور، ص 538 وما بعدها.

( 166 ) لئن بدا هذا المبدأ من طبيعة نظام عمل المحاكم في القانون التونسي فإننا نلاحظ أن المشرع الفرنسي حَجَّر على القاضي لأسباب تاريخية الحكم بمقتضيات عامة وترتيبية تتجاوز النزاعات المعروضة عليه (الفصل 5 م.م. فرنسية :

"Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises".

أنظر حول هذا المنع :

Bernard BEIGNIER, Les arrêts de règlement, Revue "Droits", n° 9, 1989, p. 45 et suiv.

وأنظر حول واجب التعليل :

André BRETON, L'arrêt de la Cour de cassation (tel qu'il est, tel qu'il devrait être), Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1975, p.5 et suiv. ;

Adolphe TOUFFAIT, La mort des Attendus?, D. 1968, Chr. p. 123.

الرأي كذلك على غياب نظرية «السابقة القضائية» le précédent judiciaire المعروفة في الأنظمة الأنكلوسكسونية وعلى مبدأ الأثر النسبي لحجية الأحكام الوارد بالفصل 481 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي بأن للأحكام، مبدئيا، حجية نسبية إذ لا تطول إلزاميتها غير الخصوم. وهو ما يعني فقدان الحلّ الفقه قضائي للطابع الملزم وللعموم وللصبغة المجردة التي تمثل جميعها ميزة أساسية للقاعدة القانونية. ومن ثم، يرى بعض الفقهاء أن فقه القضاء وإن كان معتبرا كسلطة واقعية معنوية في القانون المدني une autorité فهو لا يمثل مصدرا شكليا لذلك القانون<sup>167</sup>.

122 - وفي الواقع فإن حداثة التشريع وتبني لدراسة الشرح على المتون في مسألة التأويل ترجح بصفة واضحة بالنسبة للقانون المدني التونسي، أدلة وحجج الرأي الثاني وتدعمها كما سيلي بيانه عند دراسة إشكالية تأويل القاعدة القانونية.

( 167 ) تميز بهذا الموقف فقيهان هما العميد كربوني والأستاذ أوبار :

Jean CARBONNIER, op. cit., n° 142, p. 248; Jean-Luc AUBERT, op. cit., n° 172, p. 165.

كتب العميد كربوني ما يلي حول الفقه وفقه القضاء :

"Ce ne sont pas des sources du droit civil, à proprement parler ; il n'en découle pas directement des règles de droit obligatoires. Mais ce sont des éléments d'appréciation des règles de droit, ou pour construire, dans le silence ou l'insuffisance de ces règles, la solution d'une difficulté. Ce sont pour le praticien, des autorités, autorités de facto et non de jure, morales et non juridiques".

## الفصل الثاني

### تأويل القاعدة القانونية

123 - **إصطلاحاً :** هل نحدث عن « **التأويل** » أو عن « **التفسير** » ؟ لا يبدو أن مجلة الالتزامات والعقود تفرق بين المفهومين<sup>168</sup> ، لكن مجلة الإجراءات المدنية والتجارية تميل إلى استعمال كلمة « **تأويل** »<sup>169</sup> . ولا يرى الفقه فرقاً جوهرياً بين المفهومين ولربما كان التأويل في رأي بعضهم صناعة تمكن أكثر من الإنصراف عن النص في حين يمثل التفسير صناعة تمكن من توجيه نص من حكم يحتمله إلى حكم آخر تعود له أصول التفسير الثابتة<sup>170</sup> . ومهما يكن من أمر ، فيتجه اعتبار المفهومين من المترادفات القانونية لعدم وجود نية تشريعية واضحة في التفريق بينهما<sup>171</sup> .

124 - **مفهوم التأويل :** إن الأصل في القاعدة القانونية أن تكون موجودة وواضحة . لكن يحدث أن يغيب حكم المشرع عن مسألة

( 168 ) أنظر مثلاً ما أورده الفصل 514 وعنوانه (وهو فصل وارد في مجال مشابه وهو مجال تفسير العقود).

( 169 ) أنظر خاصة الفصل 175 منها.

( 170 ) سامي الجربي ، تفسير العقد ، مركز النشر الجامعي ، تونس 1999 ، صفحة 29.

( 171 ) نلاحظ أن القواعد العامة المتعلقة بالقانون الواردة بالفصول (532 إلى 563 م.إ.ع. استعملت كلمة تأويل مرة واحدة (الفصل 541) ولم تستعمل كلمة تفسير التي جرى استعمالها في خصوص العقود (الفصول 513 إلى 531).

معينة كما يحدث أن تكون القاعدة الوضعية غامضة تحتاج إلى تأويل وتفسير أي إلى توضيح حتى يتسنى تطبيقها . كما أن المتأمل في طبيعة القاعدة ذاتها وفي خصائصها يكتشف أنها تدعو بالضرورة إلى تفسيرها وتأويلها . فالقاعدة تدعي تصور الحالات الواقعية الممكنة وفرض حل للمشاكل التي قد تنشأ عنها . والمشرع يفترض معرفته لكل أنواع الوضعيات الواقعية فيضع حكماً عاماً لها . لكن الحياة وملابساتها وظروفها تكشف أحياناً عن ثغرات القاعدة فتفرز لنا وضعيات واقعية غير مقننة صمت في شأنها المشرع كما تفرز لنا حالات لا يسهل إخضاعها للقواعد القانونية بسبب غموض أحكامها فرضاً أو حلاً . وهكذا نرى أن تطبيق القاعدة أمر هين إذا كانت هذه القاعدة موجودة وواضحة وأن تأويلها واجب إذا طرأ الغموض أو السكوت . فالتأويل لا يشمل البحث عن معنى القاعدة الغامضة فحسب بل يمتد كذلك إلى تطبيق قواعد معينة لتلافي النقص الحاصل عن غيابها<sup>172</sup> . فالتفسير هو «تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتعيين نطاقها وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة، وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصدها تطبيق هذه القاعدة»<sup>173</sup> .

( 172 ) حول التأويل يراجع بالخصوص : رضا المزغني وعبد المجيد عبودة ، التفسير القضائي في القانون المدني ، معهد الإدارة العامة ، الرياض ، 1983 .  
E. de LAGRANGE, Le législateur tunisien et ses interprètes, R.T.D., 1968, p. 11 ; Mohamed CHARFI, Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité, R.T.D., 1973, p. 11 ; Ali MEZGHANI, Réflexions sur les relations du code de statut personnel avec le droit musulman classique, R.T.D., 1975, II, p. 53 ; Ezzeddine ARFAOUI, Les règles écrites d'interprétation de la loi, Essai sur une méthode officielle d'interprétation des lois, thèse à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2000.

( 173 ) توفيق حسن فرج ، المرجع المذكور ، فقرة 236 ، صفحة 391.

125 - أنواع التأويل : التفسير من عمل القضاء أساساً . لكن الطابع القضائي للتأويل والتفسير لا يعني غياب أنواع أخرى يجب استعراضها .

126 - التأويل التشريعي : التأويل التشريعي هو الذي يصدر عن المشرع ذاته بنص جديد لاحق للنص الموجود . ويرمي النص الجديد إلى تأويل النص السابق . وينبغي هذا التفسير على مبدأ التفرقة بين السلط (لا مانع من أن يفسر واضع النص ما وضعه) وعلى نظرية كمال التشريع وعلى قاعدة التوازي الشكلي . فالمشرع أولى من غيره بسد ثغرات النص الموجود أو برفع ما تسرب إليه من غموض . ويعتبر النص الجديد في هذه الصورة متمماً للنص القديم ويتحد معه وهو ما يعني سريان نفاذه بصفة رجعية ترتد إلى بداية نفاذ النص موضوع التأويل . ولعل هذه النتيجة هي التي تبين سبب ندرة وجود مثل هذه التشريعات التأويلية في القانون الوضعي<sup>174</sup> .

127- التأويل الإداري : تتولى الإدارة أحياناً إصدار مناشير تأويلية تفسر فيها بعض القوانين الجديدة حتى يتسنى تطبيقها من طرف الأعوان الإداريين وغيرهم «فهؤلاء الأعوان يحتاجون إلى تحويل لغة القانون من لغة مجردة إلى لغة أخرى سهلة الإدراك وهذا

( 174 ) يراجع في شأن القوانين التأويلية : علي الجلولي ، مجال سريان القواعد القانونية في الزمان ، المرجع المذكور ، صفحة 314 وما بعدها . وانظر كذلك الصورة التي أوردها الفصل 1120 م.إ.ع. (هامش «توضيحي» من المشرع نفسه). ويلاحظ الفقيه J. GHESTIN أن المجلة المدنية الفرنسية نصت -في مشروعها الأولي- وضمن الفصل 2 على قاعدة رجعية أثر القوانين التأويلية لكن الطابع البديهي للقاعدة برّر حذف التنصيص عليها صراحة بالمجلة : Jacques GHESTIN, op. cit., n° 377, pp. 338-339.



التحويل يقوم به الوزير عن طريق المناشير<sup>175</sup> . ولا يمكن أن ننكر القيمة العملية لمثل هذه النصوص الإدارية<sup>176</sup> .

128 - التأويل الفقهي : إن فقه الشراح la doctrine هو مجموع الآراء والإجتهادات التي تفرزها أبحاث ودراسات شراح القانون<sup>177</sup> . ولا يمكن إعتبار الرأي فقها إلا إذا كان مكتوباً

( 175 ) البشير التكري، مدخل إلى القانون الإداري، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية، طبع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، 1994، فقرة عدد 187، صفحة 95.

( 176 ) من المناشير التي تهّم المادة المدنية نذكر :  
- المنشور عدد 2910 الصادر في 12 نوفمبر 1959 عن كاتب الدولة للمعدل في خصوص قواعد الرد في الميراث بعد صدور القانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 9 جوان 1959 .  
- المنشور عدد 3.6163 / م الصادر في 21 فيفري 1981 عن وزير العدل في خصوص تطبيق أحكام القانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981 والمتعلق بتنقيح بعض فصول م.أ.ش .  
- المنشور عدد 300649 الصادر في 4 أكتوبر 1993 عن البنك المركزي التونسي في خصوص تطبيق أحكام الأمر عدد 1696 لسنة 1993 المؤرخ في 16 أوت 1993 (الرخصة).  
- المنشور عدد 701 270 الصادر في 6 فيفري 1988 عن وزير الشؤون الخارجية والمتعلق بمنح صفة ضابط الحالة المدنية لرؤساء البعثات الدبلوماسية .

( 177 ) حول فقه الشراح : أنظر خاصة :  
Nadhir BEN AMMOU, La doctrine tunisienne de droit privé de l'aube du XXè à la veille du XXIè siècle, in *l'apport du XXè siècle au droit privé tunisien*, publications de la faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2000, I.O.R.T., p. 65 et suiv. ; Paul DURAND, La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé, D.S. 1956, chr.p.73;

.../...

ومنشوراً<sup>178</sup> . فالشراح يقومون بتحليل القواعد وترتيبها كما يعنون بتفسيرها وتأويلها ونقدها أحياناً باعتماد طرق منهجية علمية . ثم إنهم يصدرون آرائهم في مسائل معينة قد تساعد القاضي على تطبيق النصوص أو تأويلها<sup>179</sup> ، كما قد يتأثر المشرع برأي فقهي، فيسعى لتنقيح القاعدة الموجودة أو إلى إنشاء قاعدة جديدة . ولكن فقه الشراح لا يعدّ في حدّ ذاته مصدراً للقانون حتّى وإن تحقّق الاجماع بل هو سلطة أدبية تساعد على فهم بعض القواعد أو على تجاوزها بالمطالبة بقواعد جديدة .

وقد لعب الفقه دوراً لا ينكر في تطوّر التشريع الإسلامي، لكن وجب التذكير في هذا الصدد بأنّ بعض الفقهاء المسلمين كأبي يوسف صاحب أبي حنيفة والإمام سحنون المالكي وغيرهما كانوا أيضاً قضاة فامتزج لديهم التفسير الفقهي بالتفسير القضائي .

129 - التأويل القضائي : إن تفسير القانون وتأويله من

.../...

Gérard COUTURIER, (pour) la doctrine, in *Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN*, 1989, p. 221 ; Philippe MALAURIE, Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, Rep. Dénfrenois, 1980, art. 32345 ; Christian ATIAS, La mission de la doctrine universitaire en droit privé, J.C.P. 1980, I, 2999 ; Jean-Denis BREDIN, Remarques sur la doctrine, in *mélanges HEBRAUD*, 1981, p. 111 ; Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, L'entité doctrinale française, D., 1997, chr. p. 167 ; Henri BATIFFOL, La responsabilité de la doctrine dans la création du droit, Droit prospectif, 1981, 2, p. 179 et suiv. le numéro spécial de la revue "Droits", n° 20, 1995, doctrine et recherche en droit ; Nicolas MOLFESSION, Les prédictions doctrinales, in *mélanges François TERRE*, Dalloz, P.U.F., édit. juriscasseur, Paris, 1999, p. 141.

( 178 ) يراجع في خصوص قيمة «الإستشارات» الخاصة غير المنشورة : Jean-Luc AUBERT, op. cit., n° 181, p. 176.

( 179 ) أنظر مثلاً، في خصوص تنازع القوانين في الزمان، ما سبق ذكره في خصوص النظرية العامة التي قدّمها الفقيه Paul ROUBIER .

المهام الأولى في عمل المحاكم حيث أن القاضي مطالب بتطبيقه على الوقائع المعروضة عليه للتوصل إلى فصل النزاع والبت فيه . وينتج عن التفسير المتواتر «فقه قضاء» وهو ما رأيناه في السابق . لكن كيف يجوز للقاضي أن يفسر القانون وهل يمكنه أن ينشئ حلاً لا تتضمنه أية قاعدة ؟ سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية بتقسيم التحليل إلى مبحثين : يخص الأول المدارس الفقهية للتأويل والتفسير ويتعلق الثاني بمعطيات القانون التونسي الخاصة بتأويل القانون.

## المبحث الأول مدارس التأويل

130 - للحديث عن هذه المدارس فائدتان : الأولى تاريخيه إذ تبين لنا المناخ الذي واكب صدور مجلة الالتزامات والعقود وبالتالي فهي فائدة تنير اختيارات المجلة زمن وضعها، و الثانية نظرية إذ أن التأويل يطرح من جديد وبصفة دقيقة، مسألة دور القاضي المدني في الإسهام في مصادر القانون المدني<sup>180</sup>.

131 - لقد ظهرت في أوروبا ثلاث مدارس أساسية للتأويل وهي : مدرسة الشرح على المتون l'école de l'exégèse ، ومدرسة البحث العلمي الحر l'école de la libre recherche scientifique ، والمدرسة التاريخية l'école historique . وفي حين ظهرت الأولى والثانية بفرنسا، فإن المدرسة التاريخية برزت بألمانيا وكان رائدها SAVIGNY . كما كان تأثيرها

( 180 ) هناك فعلا ربط بين مسألة تفسير القانون ومسألة تحديد مصادره، وهو ما يفسر عنوان مؤلف الفقيه François GENY حول طرق التفسير ومصادر القانون الخاص الوضعي :

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.

محدودا إذ إقتصرت على القول بأن التشريع مستمد من روح الشعب وهو ما يسمح بتجاوز إرادة المشرع للوقوف عند إرادة الشعب التي تصبح مرجعا لتحديد الحل المنشود بالنظر إلى الظرف الحالي لا إلى الظرف الذي نشأت فيه القاعدة . وأبرزت هذه المدرسة كذلك الدور الأساسي للعرف لأنه يعبر عن روح الأمة وإرادة الشعب. وواضح أن التفسير حسب هذه المدرسة، يهدف لإكساء مرونة على القواعد القانونية لتيسر مواكبتها للتطور الاجتماعي والإقتصادي دون نفي أهمية النص الموجود<sup>181</sup> . أما مدرسة الشرح على المتون أي مدرسة التزام النص exégèse فهي مدرسة سادت في فرنسا خلال القرن الماضي وكانت سببا رئيسيا في ظهور مدرسة البحث العلمي الحر المنتقدة لها .

## الفقرة الأولى مدرسة الشرح على المتون

132 - المتن المقصود هو النص الوضعي، وبصفة أدق وبالنسبة لرواد هذه المدرسة فهو مجلة 1804 الفرنسية إذ نتج عن ظهور تلك المجلة اعتقاد راسخ بفكرتين : كمال التشريع (أ) وواجب المحافظة عليه باعتباره المصدر الوحيد للتأويل وذلك باتباع منهجية معينة (ب) .

### أ- كمال التشريع :

133 - بعد صدور المجلة الفرنسية إعتقد معظم فقهاء فرنسا أنها عمل عقلائي لا بديل له وأنها أتت على كل المشاكل والمسائل . ومن ثم اعتبروا التشريع كاملا لا نقص فيه ولا شائبة تشوبه . وأدى هذا الموقف

( 181 ) وقد عبر SALEILLES ، عن طموح هذه المدرسة بمقولته المعروفة : «Au delà du Code civil, mais par le Code civil».

إلى إعتبار النص المكتوب، أي التشريع، المصدر الوحيد للقانون المدني الذي يجب على القاضي التقيد به عند التفسير. وفي هذا المعنى كتب بلوندو Blondeau «ينبغي التخلص من المصادر الكاذبة التي كثيرا ما يراد إحلالها محل إرادة المشرع، وهي السوابق القضائية والعادات غير المنصوص عليها في التشريع والإحساس بالعدالة وفكرة المنفعة العامة والمبادئ القانونية»<sup>182</sup>. ومن نتائج هذا الإعتقاد، إعتقاد الشراح خطة المجلة ذاتها عند تحليل وتدریس القانون المدني (DURANTON في 22 مجلدا و DEMOLOMBE في 31 مجلدا) إذ رتبوا محاضراتهم حسب ترتيب الفصول والمواد الواردة بالتقنين المذكور<sup>183</sup>. كما نتج عن ذلك بالخصوص ربطهم مسألة التأويل بالتقيد بالنصوص الوضعية بشكل وثيق<sup>184</sup>. وعلى هذا الأساس إعتدوا منهجية الشرح على المتون.

## ب- منهجية التأويل المعتمد :

134 - التقيد بالنص : إنطلاقا من إيمانها بكمال التشريع،

( 182 ) عن سمير عبد السيد تناغو، المرجع المذكور، صفحة 749.

( 183 ) وإندمج القانون المدني في مجلة نابليون إلى حد قول بعضهم :  
«Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon».

يراجع حول هذا الموقف مؤلف :

G. RIPERT et J. BOULANGER, op. cit., n° 356, p. 160.

( 184 ) كتب DEMOLOMBE :

«Au reste, ma devise, ma profession de foi est aussi : les textes avant tout», Cours de Code Napoléon, tome I, préface p. 4.

وانظر حول مدرسة الشرح على المتون بصفة عامة :

P. DUBOCHET, L'école de l'exégèse et la science du droit, Revue de recherche juridique (R.R.J.), 1986, p. 209 et suiv. ; A. DESRAYAUD, Ecole de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil ; Rev. trim., dr.civ., 1993, p. 535.

فإن مدرسة الشرح على المتون تفرق بين صورتين تستوجبان التفسير : صورة غموض النص وصورة غيابه. ولكن منهجية التفسير ترمي في كل الحالات إلى التمسك بالأساس الذي تقوم عليه النظرية وهو التقيد بالنص.

## (1) صورة غموض النص :

135 - تكامل الشرح اللفظي والشرح القصدي : تعتمد

مدرسة الشرح على المتون طريقة التفسير اللفظي أو اللغوي للنص. فاعمال المشرع مصانة عن العبث وإن حصل إستعمال كلمة غامضة فإنه يجب البحث في المعنى الصحيح لها باعتماد اللغة والقواعد النحوية. وإن لم يجد ذلك نفعا فيتجه إلى التجاء إلى نية المشرع وذلك بالبحث في الأعمال التحضيرية للنص أو بتقريب النصوص لبعضها البعض ليتحقق رفع الغموض عن أحدها. ومعنى ذلك أن التحليل القصدي يدعم التحليل اللفظي فهما متكاملان.

## (2) صورة غياب النص :

136 - البحث في النية المفترضة : تفسر مدرسة الشرح على

المتون هذه الصورة بنوع من التلمل فهي صورة تناقض فكرة كمال التشريع. لكن التفريق بين نية المشرع المصرح بها ونيته المفترضة سمح لرواد هذه المدرسة بتجاوز التناقض وإستنباط منهجية خاصة لتأويل السكوت وسد الثغرة. وتعتمد هذه المنهجية أساسا قواعد المنطق لإستخلاص الحكم الغائب من الحكم الموجود. وتشمل هذه القواعد :

- الإستنتاج بالقياس le raisonnement par analogie

ويعني ذلك أن سد الفراغ التشريعي يحصل بإعتماد قاعدة

موجودة لإستنباط حكم لمسألة مشابهة فاقدة لنص<sup>185</sup> . فمثلا يمكن بفضل الإستنتاج بالقياس، أن نستمدّ حكما جديدا للشخص المعنوي باعتماد الحكم الوارد في خصوص الشخص الطبيعي طالما لا يتعارض الإستنتاج مع إحدى خاصيات الشخص المعنوي .

### - الإستنتاج بمفهوم المخالفة

#### le raisonnement a contrario

لما ينطق النصّ لوضع حكم معين ويسكت في شأن الافتراض المناقض، يمكن إنطلاقا من قراءة معكوسة للنصّ الوارد، إستنتاج قاعدة تحدّد الحكم الغائب<sup>186</sup> . فمثلا عندما ينصّ الفصل 482 من مجلة الالتزامات والعقود على أنّ أحكام مجالس البلاد الأجنبية لا تعتبر من الأحكام التي لا رجوع فيها حتّى يصدر الحكم بتنفيذها من المجالس التونسية، فإنّه يجوز أن نستنتج بصفة عكسية أنّ الحكم الأجنبي الذي تمّ إكساؤه الصيغة التنفيذية يمكن أن يعتبر من الأحكام «التي لا رجوع فيها».

### - الإستنتاج بواسطة قاعدة من أمكنه الأكثر

#### أمكنه الأقل : le raisonnement a fortiori

عندما يضع المشرّع حكما لأسباب معينة ويبيح أمرا ويسكت في مسألة أقلّ أهمية وخطورة من المسألة الأولى، يجوز القول بأنّ الإباحة تمتدّ

( 185 ) من الناحية النظرية وحول الإستنتاج بالقياس بصورة عامة، يراجع : Gérard CORNU, Le règne discret de l'analogie, in Mélanges COLOMER, 1993, p.129 ; Ezzeddine ARFAOUI, thèse précitée , p. 303 et suiv.

ولكننا نلاحظ أن الإستنتاج بالقياس الذي كان يقصده ويتبنّاه أنصار نظرية الشرح على المتون في القرن التاسع عشر يختلف عن مفهوم «القياس» في الفقه الإسلامي الذي هو مفهوم أوسع وأشمل يمتدّ إلى طرق وإستنتاجات أخرى كالقياس العكسي والقياس بالأحرى (يراجع في هذا الشأن، محمد الشرفي وعلي المزغني، مدخل لدراسة القانون، المرجع المذكور، فقرة 756 صفحة 475).

( 186 ) حول الإستنتاج بمفهوم المخالفة، أنظر بالخصوص :

Eric AGOSTINI, L'argument «a contrario», D. 1978, chr. p. 149.

وتسري، من باب أولى وأحرى، على ما هو أقلّ أهمية وخطورة لأنّ من أمكنه الأكثر أمكنه ضمنا وبالضرورة، الأقلّ. فإذا أجاز المشرّع في نصّ لشخص معين إمكانية البيع وسكت عن الكراء، أمكن بفضل منطق «ومن باب أولى وأحرى»، إجازة الكراء لكونه تصرفا قانونيا أقلّ خطورة وأهمية من البيع.

### 137 - انتقاد مدرسة الشرح على المتون : لقدسات

مدرسة الشرح على المتون في فرنسا طيلة القرن التاسع عشر ولا ينكر دورها في تطوير منهجية التفسير المؤسّسة على طرق الإستنتاج. لكن ومع ذلك فإنّ الأصول النظرية للمدرسة (وخاصة فكرة كمال التشريع) وغاياتها (التقيّد بالنصّ في كلّ الحالات)، مكّن في نهاية القرن ومع تطوّر المجتمع وقدم النصوص، من ظهور تيّارات تنتقدها بشدّة لمغالاتها في «تقديس التشريع». فقد واجهها الفقيه François GENY بأهمّ نقد في مؤلفه «طرق التفسير ومصادر القانون الخاص الوضعي»

<sup>187</sup> Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif .

لقد أدّت هذه المدرسة إلى المبالغة في دور التشريع وإلى افتراض كماله . كما قيّدت القاضي ومنعت عنه الإجتهد ثمّ إنّ قدم النصوص وما حملته الوقائع والظروف التاريخية من تغيرات كشفت عن عدم صحّة الافتراض القائل بأنّ إرادة المشرّع موجودة في معظم الحالات ولا تتطلّب إلّا أن نكتشفها (من ذلك ظهور السيارات والصناعات والمعامل وما اكبتها من نزاعات قضائية حاملة لإشكاليات جديدة يصعب تطبيق النصوص القديمة في شأنها).

( 187 ) صدر في طبعة أولى سنة 1899. وأعيد نشره ثانية سنة 1919. وفي

تقديم حديث لنقد نظرية الشرح على المتون، يراجع أيضا : L. HUSSON, Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse, Rev. trim. dr. civ., 1976, p. 431.

## الفقرة الثانية

### مدرسة البحث العلمي الحر

138 - رائد المدرسة : هو François GENY وهي تعارض إطلاق مدرسة الشرح على المتون وتعيب عليها مبالغتها في دور التشريع . فإذا كان التشريع هو المرجع الأول في التفسير فهو ليس المرجع الوحيد بل على القاضي، في صورة غياب إرادة حقيقية للمشرع في خصوص مسألة معينة، أن لا يلجأ إلى إرادة خيالية زائفة مصطنعة بل أن يبحث عن الحل في مصادر أخرى وهي أساسا المصادر المادية للقانون بما تشمله من معطيات إجتماعية وتاريخية وعقلية ومثالية كمفهوم العدالة، أي أن منطق «ماذا أراد المشرع؟» يعوض بمنطق «ماذا كان يريد المشرع لو تعرض للسؤال؟» . ويقصد جيني أنه يجب أحيانا الاعتراف بالنقص التشريعي وهو ما من شأنه أن يدفع القاضي للقيام ببحث علمي حر ليتوصل إلى حل جديد يطبقه على النزاع المعروض عليه . هذا البحث هو «حر» لأن القاضي يتخلص من افتراض كمال التشريع . ولكنه ليس بحثا مطلق الآفاق والحدود إنما هو «علمي» فنظرية GENY تشترط أن يقوم القاضي بدوره باعتماد منهجية علمية منطلقها المصادر المادية بصورة تجعل القاضي يستنبط الحل بمراعاة نفس المقاييس التي كان من المفروض أن يراعيها المشرع لو كان هو واضع القاعدة<sup>188</sup> . ونرى أن نظرية جيني وإن تخلصت من القيود الشكلية للتشريع فإنها رغم التقدم الذي حققته لم تتخلص تماما من القيود الجوهرية المنهجية الخاصة بالمشرع . كما أن هذه المدرسة نبهت إلى أن القاضي لا يخلق قاعدة قانونية بل يخلق حلا فرديا للنزاع

(188) راجع تكريسا لهذا الاتجاه، الفصل الأول من المجلة السويسرية . (سابق ذكره كاملا في الهامش عدد 161).

المعروض عليه فحسب<sup>189</sup> . فهل تأثر القانون المدني التونسي بهذه المدارس؟.

## المبحث الثاني

### تأثير مدارس التأويل على القانون المدني التونسي

139 - حداثة التشريع : يجب في البداية أن نذكر أولا بأن مجلة الإلتزامات والعقود صدرت سنة 1906 وأن إعداد مشروعها الأولي تم في نهاية القرن التاسع عشر (من سنة 1896 إلى سنة 1899) . وواضح أن تلك الفترة كانت فترة إنتقالية شهدت أفول نظرية الشرح على المتون وظهور الملامح الأولى لنظرية البحث العلمي الحر . كما يجب أن نذكر بأن مجلة الإلتزامات والعقود إستفادت من التجربة التشريعية الفرنسية إذ أنها ظهرت بعد قرن من تاريخ صدور المجلة النابليونية مما سمح لواضعيها بإدراج عدة أحكام جديدة لم تكرسها مجلة 1804 رغم أهميتها بل إستنتجها فقه القضاء . ونذكر من هذه الأحكام : النصوص المتعلقة بقاعدة منع الإثراء بدون سبب<sup>190</sup> والنصوص المتعلقة بمنع التعسف في إستعمال الحق<sup>191</sup> وكذلك النصوص المتعلقة بدفع مضار الجوار<sup>192</sup> . ولم يجد واضعو مجلة

(189) يراجع سمير عبد السيد تناغو، المرجع المذكور، صفحة 706. ويراجع أيضا :

Boris STARCK, Introduction au droit, 4è édition par Henri ROLAND et Laurent BOYER, Litec, Paris, 1996, p. 118 et suiv., n° 292 et suiv.

(190) أنظر الفصلين 71 و 72 من المجلة والذين يظهر فيهما أثر جلي لقرار محكمة التعقيب الفرنسية الصادر عام 1892 .

Req. 15 juin 1892, D.P. 1892, 1, 596, S. 1893, 1, 281, note LABBE.

(191) أنظر الفصل 103 من المجلة.

(192) أنظر الفصلين 99 و 100 من المجلة.

## الفقرة الأولى خيارات المشرع

140 - تأثر المشرع التونسي بصفة واضحة بمدرسة الشرح على المتون. فلئن لم يكرس القانون صراحة أسسها النظرية (كمال التشريع واعتباره المصدر الوحيد)، فإنه تبني، في مجلة الالتزامات والعقود، منهجية هذه المدرسة في تأويل النصوص . كما إعتد المشرع تفرقتها الأساسية بين صورة الغموض وصورة النقص التشريعي<sup>195</sup> .

### أ- تأويل غموض النص :

141 - ورد بأول فصل من الفرع المذكور من مجلة الالتزامات والعقود، أي بالفصل 532 ما يلي: «نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الإستعمال ومراد واضح القانون» . ونلاحظ أن المشرع يقر، بصفة جلية، إعتد عناصر ثلاثة في تأويل النص الغامض وهي : «وضع اللغة»، و«عرف الإستعمال»، و«مراد واضح القانون». ويلتقي العنصر الأول بالعنصر الثاني ليكونا منهجية الشرح اللفظي في حين يعبر العنصر الثالث عن إعتد المشرع تقنية الشرح القصدي الذي يرمي إلى البحث عن نية المشرع . ويترتب عن تبني تقنيتي الشرح اللفظي والشرح القصدي تكريس نفس المنهجية التي إعتدتها مدرسة الشرح على المتون في فرنسا خلال القرن التاسع عشر لتفسير وتأويل النص الغامض .

( 195 ) لم يورد SANTILLANA مقرر لجنة إعداد مجلة الالتزامات والعقود تبريرا لهذا الخيار التشريعي. ولعله تأثر بالحل الذي تبناه المشرع الإيطالي في مسألة التأويل (أنظر لاحقا).

1906 عناء في تبني هذه النظريات التي كان لها صدى ملحوظ وثابت في الفقه الإسلامي وفي القضاء التونسي. ويترتب عن ذلك أن المجلة التونسية لم تستفد من التشريع الفرنسي فحسب بل إستفادت كذلك من الفقه الإسلامي ومن فقه القضاء الذي برز خلال القرن التاسع عشر<sup>193</sup> . وبعد الإستقلال تم إصدار مجلة الأحوال الشخصية و«مجلة» الحالة المدنية ومجلة الجنسية ومجلة الحقوق العينية وعدة قوانين غير مدرجة بهذه المجالات . ونتج عن كل ذلك، ثبوت عنصر تاريخي هام تمثل في حداثة التشريع التونسي . ولعل هذا العنصر يفسر غياب بعض الصعوبات التأويلية التي واجهها ولا يزال فقه القضاء الفرنسي .

لكن حداثة التشريع التونسي لم تمنع المشرع من وضع قواعد دقيقة لتأويل القانون وتحديد منهجيته . وتم ذلك بسن «بعض القواعد العامة التي تتعلق بالقانون» بمجلة الالتزامات والعقود<sup>194</sup> .

( 193 ) حول هذا الدور الخاص الذي لعبه فقه القضاء، يراجع :

Slaheddine MELLOULI, Contribution à l'étude des sources : la jurisprudence, source de la loi, R.T.D., 1995, p. 189.

( 194 ) وردت هذه «القواعد العامة» في الفرع الثاني من الباب الأخير من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود وهو الباب الثاني («في تفسير العقود وفي شيء من الأصول القانونية»). وتضمن الفرع الثاني من الفصول 532 إلى 563 من المجلة أي 32 فصلا لا يتصل جميعها بمسألة التأويل لكنها تبقى من «القواعد العامة» التي يستعين بها القاضي في منهجية التفسير من ذلك مثلا القواعد الأصولية الواردة بالفصول 542 و543 و544 و545 و547 و548 و549 و552 و553 و554 و555 و556 و558 م.إ.ع). ويفرق أحد الشارحين بين قواعد التأويل «الفنية» Les règles techniques وهي المضمنة بالفصول المذكورة سابقا وقواعد التأويل «المؤسسية» Les règles fondatrices لبادئ عامة للقانون وهي قواعد قانونية خاصة وضمنية ومتفرقة لكنها تؤسس لأحكام عامة تدخل في الصناعة التفسيرية القضائية (يراجع عز الدين العرفاوي ، الأطروحة المذكورة ، صفحة 16).

## 1 ( الحلّ المعتمد في الفصل 535 من مجلة

### الإلتزامات والعقود :

144 - ورد بالفصل 535 من مجلة الإلتزامات والعقود حلّ تشريعي لهذه الصورة إذ نصّ الفصل المذكور على أنّه «إذا تعذر الحكم بنصّ صريح من القانون أعتبر القياس فإن بقي شكّ جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العمومية». وبهذا يدعمّ المشرّع ميله لمدرسة الشرح على المتون بإعتماده حلّ الطرق المنطقية التي إشتهرت بها فكرس الإستنتاج بالقياس في الفصل 535 المذكور وكذلك بالفصل 536<sup>201</sup> من ذات المجلة . كما كرس الإستنتاج بمفهوم المخالفة بالفصل 534<sup>202</sup> من المجلة المذكورة وأورد صراحة بالفصل 550 قاعدة "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل"<sup>203</sup>. أمّا في خصوص أحكام الفصل 535 المشار إليه وهو الذي يتضمنّ المنهجية العامة لسدّ فراغ التشريع، فنلاحظ أنّ المشرّع يعطي الأولوية لإعمال القياس ثمّ يورد بعده - «فإن بقي شكّ» - إمكانية الحكم على «مقتضى قواعد القانون العمومية» . فما المقصود بعبارة «قواعد القانون العمومية»؟

## 2 ( مفهوم عبارة «قواعد القانون العمومية» :

145 - إختلاف الشراح : يجب أن نذكر في البداية أنّ الفصل 535 ورد في فرع يحمل عنوان «في بعض قواعد عامة تتعلّق بالقانون» وفي

142 - لكن لا يجب التوقّف عند هذا الحدّ . فالمشرّع التونسي أقرّ جملة من القواعد التأويلية الإضافية التي من شأنها أن تساعد القاضي على رفع الغموض اللّاحق بالنصّ الموجود وإختيار المعنى المقصود من عبارته . ونذكر من هذه القواعد ما أورده الفصول 533<sup>196</sup> و540<sup>197</sup> و546<sup>198</sup> و556<sup>199</sup> و557<sup>200</sup> من مجلة الإلتزامات والعقود . ويستروح من هذه القواعد بالخصوص إعتداد المشرّع القواعد المنهجية الأساسية الآتية :  
- ليس للمفسّر أن يحدث تصنيفات أو تقسيمات في الأحكام التشريعية التي ترد مطلقة العبارة ولا تعتمد أي تفريق .  
- ليس للمفسّر أن يوسّع في ميدان الإستثناء .  
- على المفسّر أن يعتمد التسيير لا التضيق وأن يسعى في تفسيره، لتغليب المصلحة العامة.

## ب - تأويل غياب النصّ :

143 - يتجه في البداية تقديم الحلّ الوارد بمجلة الإلتزامات والعقود (أولاً) ثمّ التعرّض للنقاش الفقهي الذي أثاره (ثانياً) .

196 ( «إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها» .

197 ( «ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدّة وصورة» .

198 ( «إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع» .

199 ( «الأصل إرتكاب أخفّ الضّررين» .

200 ( «إذا تعارضت منفعة عامّة ومنفعة خاصّة ولم يمكن التوفيق بينهما قدّمت العامة» .

201 ( «ما حكم به القانون لسبب معيّن جرى العمل به مهما وجد السبب المذكور» وهو تأكيد على شرط إتحاد العلة في إعمال القياس .

202 ( «إذا خصّ القانون صورة معيّنّة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى» .

203 ( أنظر حول تطبيق هذا الفصل الأخير القرار التعقيبي المدني عدد 9837 المؤرّخ في 5 مارس 1957 مجلة القضاء والتشريع 1960 عدد 9 و10 صفحة 37، وانظر كذلك أحكام الفصل 205 م.ح.ع. التي تكرّس ضمن منطوقها، هذه القاعدة .

باب يحمل عنوان «في تفسير العقود وفي شيء من الأصول القانونية» وهو فرع تضمن الفصول 532 إلى 563 . واختلف الفقهاء الشارحون في تحديد محتوى لفظة قواعد القانون العمومية وظهرت قراءتان أساسيتان في هذا الشأن.

**146 - القراءة الأولى : جلّ القواعد العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود هي قواعد تأويل خاصة موجّهة إلى الفقه لا إلى القضاء :** لاحظ الأستاذ محمد الشرفي أنّ جلّ القواعد العامة الواردة بالفرع المتضمن للفصول 532 إلى 562 من مجلة الالتزامات والعقود هي "قواعد أساسها المنطق السليم والقيم النبيلة لأنها عبارة عن قواعد حكمية وزدت في الفقه الإسلامي واقتبستها منه مجلة الأحكام العدلية العثمانية التي قننته". ويضيف الفقيه المذكور أنّ هذه القواعد «لا تتّجه إلى القضاء بل إلى الفقه في معناه الإسلامي ... أي إلى مفسّري الآيات القرآنية المقدّسة». ليستخلص في الختام بأنّه لا يجب أن تعتبر قواعد قانونية ذات صبغة إلزامية وجوبية<sup>204</sup> . ولعلّ هذه النتيجة هي التي تفسّر، في رأي هذا الشارح، حصر جدوى الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود في مسألة القياس دون تجاوزها.<sup>205</sup>

**147 - القراءة الثانية : جلّ القواعد العامة الواردة تحت عنوان «قواعد عامة تتعلّق بالقانون» هي قواعد مستمدة من القواعد الكلية والمبادئ العامة للقانون : والمقصود بالقواعد**

(204) محمد الشرفي ، مدخل لدراسة القانون ، دار سراس للنشر ومركز الدراسات والبحوث والنشر ، تونس 1991 صفحتي 255 و256 .

(205) أنظر المرجع المذكور صفحة 253 .

« الكلية » حسب الأستاذ محمد العربي هاشم تلك القواعد التي ضبطها الفقيه الحنفي ابن نجيم في كتابه «الأشباه والنظائر» وقد ذكرت كلها أو الكثير منها في طالع «المجلة» أي «مجلة الأحكام العدلية»<sup>206</sup> . ويضيف الأستاذ هاشم أنّ المبادئ العامة للقانون هي «التي يمكن إستلهاها من فلسفة القانون وغاياته وأهدافه كمبدأ حرية التعامل في الأنظمة الرأسمالية الليبرالية وحرية التجارة وحرية الإرادة والحريات الفردية والسياسية ومبدأ المساواة»<sup>207</sup> . وفي سياق آخر مخصّص للفصل 535 ذاته، إستنتج الأستاذ هاشم أنّه «يمكن القول بأنّ المشرّع التونسي عندما أحال إلى قواعد القانون العمومية إنّما أحال إلى القواعد الكلية الفقهية أي إلى مبادئ الفقه الإسلامي وقد أعطى ضمن المجلة (والمقصود مجلة الالتزامات والعقود) البعض منها تاركا للبحث وللقاضي حرية إستلهاها الحلول بالرجوع إليها طالما أنّها مدونة «بمجلة الأحكام العدلية» ومفسّرة في كتب الأصوليين والتابعين»<sup>208</sup> ، ويضرب الأستاذ هاشم أمثلة عن تطابق أحكام بعض الفصول الواردة بمجلة الالتزامات والعقود مع ما أورده بعض مواد المجلة العثمانية إذ إقتضى الفصل 541 من مجلة 1906 أنّه «إذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدّته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضيق أبدا» وهو ما إقتضته المادة 18 من المجلة العثمانية في قولها : «إذا ضاق الأمر اتسع» . ويستخلص من

(206) محمد العربي هاشم ، محاضرات السنة الأولى ، صفحة 162 . والملاحظ أنّ كتاب «الأشباه والنظائر» للفقيه زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (المتوفي سنة 970 هـ) قد طبع حديثا عديد المرات ، انظر الطبعة الأولى عن دار الفكر ، دمشق ، 1983 .

(207) محمد العربي هاشم ، المرجع المذكور ، صفحة 163 .

(208) محمد العربي هاشم ، المرجع المذكور صفحة 23 .



**القراءة الثانية أن الفصل 535 يبيح، بعد إعمال القياس ، إعتداد الفقه الإسلامي من خلال قواعده الكلية أي عبر مبادئه الأساسية وكذلك إعتداد المبادئ العامة للقانون التي يمكن إستلهاها من فلسفة القانون.**

ولعلّ مردّ هذا النقاش بين الفقيهيين هو الغموض الذي شاب أعمال اللجنة المكلفة بإعداد مجلة الإلتزامات والعقود وهي مسألة تستدعي التفصيل بإعتبار أهميتها في تحديد منهجية تأويل سكوت النص .

**148 - وجوب تجاوز غموض أحكام الفصل 535 من مجلة الإلتزامات والعقود :** إنّ وجود قراءتين مختلفتين لعبارة «قواعد القانون العمومية» الواردة بالفصل 535 المذكور، يقيم الحجة على أنّ هذا الفصل غامض في حدّ ذاته<sup>209</sup> ، وهو ما يدعو لإخضاعه بدوره لقواعد تفسير النصّ الغامض لتحديد مضمونه واستجلاء أسباب تسرّب الغموض إليه.

**أولا : تأثّر واضعي أحكام الفصل 535 بالحلّ الوارد بالأحكام التمهيدية للمجلة المدنية الإيطالية :** نلاحظ في البداية أنّ واضعي مجلة 1906 إعتدوا، في الفصلين 532 و 535 بعبارة تكاد تكون منقولة حرفيا من أحكام الفصل الثالث من الأحكام التمهيدية للمجلة الإيطالية<sup>210</sup> . وقد ورد بهذا الفصل ما يلي :

**Art. 3 du code civil italien :** "On ne peut, en appliquant la loi, lui attribuer un autre sens que celui qui résulte de la signification propre des termes, d'après la connexion existant entre eux, et l'intention du

( 209 ) حول هذا الجانب، وفي نفس الاتجاه، يراجع :

Monia KARI, note à propos d'un texte ambigu : L'article 535 du C.O.C., R.T.D., 1992, p. 203.

( 210 ) يتّجه التذكير بأنّ مقرّر اللجنة التونسية دافيد سنتيلانا SANTILLANA له جذور إيطالية ، وأنّه درس القانون بإيطاليا. كما تجب

législateur. Lorsqu'un litige ne peut être tranché au moyen d'une disposition précise de la loi, on doit recourir aux dispositions qui régissent des cas semblables en matière analogue ; lorsque le doute subsiste toujours, on se prononcera d'après les **principes généraux du droit**".

ويبدو على النحو المنقول أن الفصل 3 من الأحكام التمهيدية للمجلة الإيطالية يكون مجموع أحكام الفصلين 532 و 535 لمجلة 1906. ويكاد ينحصر الفرق بين المشرّع التونسي والمشرّع الإيطالي في شأن منهجية تأويل السكوت في إستعمال المجلة التونسية لفظة «قواعد القانون العمومية» les règles générales de droit «في حين إستعمل المشرّع الإيطالي لفظة» «les principes généraux de droit». وهو فرق قد يبدو جوهريا لأنّه يتعلّق بأهم لفظة في النصّ ولأنّه لا يمكن أن يكون وليد الصدفة. فالأغلب أنّ تعويض العبارة يبرّره الاختلاف في المضمون.

**ثانيا : ثبوت العلاقة بين قواعد القانون العمومية والقواعد الكلية :** إنّ المطلّع على فحوى الفرع المخصص لقواعد القانون العمومية بمجلة الإلتزامات والعقود يلاحظ أنّ جلّها يتمثل فعلا في قواعد مستمدة من الفقه الإسلامي وبصفة أدقّ من المجلة العثمانية. وهي قواعد تساعد القاضي على حلّ صعوبات التأويل في حالة الثغرات رغم ما يشوبها من عمومية. كما يتّجه التذكير بأنّ الفقه الإسلامي لا يولي أهمية كبرى للفرقة بين الفقه والقضاء إذ أنّ بعض الفقهاء كابن عرفة والإمام سحنون

.../...

الإشارة إلى أنّ المجلة الإيطالية المقصودة هي الصادرة في 25 جوان 1865 (وهي منشورة باللغة الفرنسية ومعلّق عليها من : Henri PRUDHOMME, Code civil italien, traduit, annoté et précédé d'une introduction, édit. A. Pedone, Paris, 1896.

وقد سبقّت المجلة « أحكام حول نشر القوانين وتأويلها وتطبيقها » تسري على كلّ النصوص والمجلات وهو ما يفسّر عدم دمجها في المجلة المدنية ذاتها. والفصل الثالث المشار إليه هو موجود ضمن هذه الأحكام التمهيدية .

هم من القضاة. وقد إتحدت الصفتان فيهم في حين لم يكن الإمام أبو حنيفة ولا الإمام مالك، من القضاة. ويستروح مما سبق أن التأثر بالقواعد الكلية ثابت كما ذهب إليه الأستاذان محمد الشرفي ومحمد العربي هاشم. لكن أليس في التأثر بالحل العام الوارد بالأحكام التمهيدية للمجلة الإيطالية والتأثر في الآن ذاته بقواعد الفقه الإسلامي، تناقض وغموض؟

**ثالثا : غموض المقاصد أو السعي لحلّ توفيقى :** في غياب وثائق دقيقة للأعمال التحضيرية للمجلة، ليس مستبعدا أن يكون الحل المعتمد في الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود حلاً توفيقياً كان فيه الغموض أداة ناجعة ليقع تقبله من الكافة. إن في عبارة «قواعد القانون العمومية» من الاختزال والاقتضاب ما يسمح بفهمها بمعاني مختلفة دون أن يضطر المشرع للإفصاح بدقة عن المصادر الاحتياطية للقانون ولعل تركيبة لجنتي الإعداد (متكوّنة من سانتيلانا ومن قضاة فرنسيين) وتوجيه النظر الشرعي (متكوّنة من شيوخ تونسيين)<sup>211</sup> هي التي تفسّر هذا الحل

(211) سبق بيان تركيبة كلّ من لجنة الإعداد ولجنة توجيه النظر الشرعي. لكن الملفت للانتباه في خصوص هذا الغموض الذي شاب العبارة المستعملة، هو ما كتبه سانتيلانا في تقريره حول مشروع المجلة (عام 1899) عند بداية عرضه لقواعد القانون العمومية (المرجع المذكور، ص 246) «لم تدرج قواعد القانون هذه، هنا، إلا لإبراز تطابق المبادئ العامة للقانون الإسلامي مع مبادئ تشريعنا، ولتيسير عمل اللجنة؛ وربما يكون من المتّجه حذفها في الصياغة الأخيرة».

"N.B. Ces règles de droit n'ont été insérées ici qu'afin de faire saisir la conformité des principes généraux du droit musulman avec ceux de notre législation, et de faciliter ainsi le travail de la commission ; il y aura peut être lieu de les éliminer dans la rédaction définitive".

إنّ هذه الملاحظة تفيد أنّ سانتيلانا كان يسعى لتحقيق أمرين : تيسير عمل اللجنة (لجنة الإعداد الفرنسية) بقبول فكرة حذف القواعد العامة في آخر المطاف (وهو ما لم يحدث) وتأكيد التطابق بين المجلة الجديدة والفقه الإسلامي (والملاحظة موجّهة أكثر لأعضاء لجنة توجيه النظر الشرعي).

غير الواضح بسبب غموض إحدى أهم عباراته المبيّنة لمنهجية التأويل عند صمت المشرع وهو غموض بدا، مقبولا من جميع من ساهم في إعداد مجلة 1906<sup>212</sup>. لكن، ومع ذلك، فإنّ نتيجة التفسير اللغوي السابقة الذكر التي تثبت إنتساب جلّ القواعد التأويلية العمومية للقواعد الكلية الواردة بالمجلة العثمانية تبيح القول بأنّ الفقه الإسلامي وإن لا يمثل بصفة واضحة وصريحة مصدرا شكليا للقانون المدني التونسي فهو يكون مصدرا ماديا هاماً له. فكيف تعامل القضاء مع هذه المعطيات التشريعية ؟

(212) لم تتردّد المجلات المدنية الأخرى في حسم مسألة المصادر الشكلية «الإحتياطية» بشكل واضح فالمادة الأولى من المجلة المدنية المصرية نصّت في فقرتها الثانية على أنّه «إذا لم يوجد نصّ تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة» (انظر في نفس الاتجاه، القانون المدني السوري لسنة 1949 (المادة الأولى) والقانون المدني الليبي لسنة 1954 (المادة الأولى). ونصّت المادة الأولى من القانون المدني العراقي لسنة 1951 على ما يلي : «1) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2) فإذا لم يوجد نصّ تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معيّن. فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. 3) وتسترشد المحاكم في كلّ ذلك بالأحكام التي أقرّها القضاء والفقه في العراق ثمّ في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية». أمّا «المجلة المدنية العامة» للنمسا (1810) فقد تضمّنت في فصلها السابع ما يلي :

art. 7. "Si un cas litigieux ne peut se résoudre ni d'après le texte, ni d'après le sens naturel d'une loi, on doit s'attacher aux cas semblables résolus par les lois et aux motifs d'autres lois analogues. Si le cas litigieux demeure encore douteux, on doit statuer d'après les principes fondamentaux du droit naturel, en tenant compte des faits soigneusement rassemblés et minutieusement examinés".

وهذه الصياغة أثّرت بدورها على ما يبدو في صياغة الفصل الثالث من الأحكام التمهيدية للمجلة المدنية الإيطالية (1865) السابق ذكرها.

## الفقرة الثانية التطبيق القضائي

149 - نلاحظ أنّ القضاء يتقيّد بدوره بالإختيارات العامة للمشرّع أي أنّه يلتزم بمنهجية الشرح على المتون (أ) . كما أنّه يستنجد بكلّ المصادر المادية للقانون المدني (ب) .

### أ- نزعة التقيد بالنص :

150 - النصّ الواضح يطبق ولا يؤوّل : نلاحظ في البداية أنّ محكمة التعقيب دأبت على نقض الأحكام والقرارات التي تعمد إلى التأويل رغم وضوح النصّ . وقد ذهبت محكمة التعقيب إلى فرض هذه القاعدة حتّى في الصورة التي إعتبر فيها قضاة الأصل أنّ النصّ يتضمّن خطأ مطبعيا يجب إصلاحه . فقد ورد في القرار التعقيبي المدني عدد 6396 الصّادر في 18 فيفري 1969<sup>213</sup> أنّه «من الممنوع قانونا تغيير حكم النصّ ذاته إذا كان صريحا في مدلوله وإبدال معناه من الإيجاب إلى السلب سواء بالزيادة أو النقص» واعتبرت محكمة التعقيب أنّ القرار الإستئنائي قد خرق القانون عندما عمد إلى التأويل . ولا شكّ في أنّ هذا الموقف سليم من الناحية القانونية إذ لا مجال للتأويل والتفسير إذا كانت عبارة النصّ واضحة<sup>214</sup> .

### 151 - اعتماد النسخة الأصلية للنصّ (باللغة العربية) :

نلاحظ أيضا أنّ المحاكم عادة ما كانت تتقيّد بأحكام الفصل الثالث من

( 213 ) النشرة 1969 صفحة 25.

( 214 ) وفي ذلك تطابق تامّ مع قاعدة قانونية عامة قديمة

Interpretatio cessat in claris.

الأمر العليّ المؤرّخ في 27 جانفي 1883 الذي يفرض اعتماد النسخة الأصلية للنصّ أي النسخة المحرّرة باللغة العربية . فتحديد إمكانية التأويل من عدمه يتمّ بالنظر إلى الصياغة المذكورة وقد ورد في القرار المذكور أنّفا «أنّ الأمر المؤرّخ في 27 جانفي 1883 جاء صريحا في أنّه إذا اختلف النصّ العربي مع النصّ الفرنسي فإنّ المحكمة تعمل بالنصّ المطابق للغتها». ومع صدور قانون 5 جويلية 1993<sup>215</sup> تأكّد هذا الاتجاه إذ نصّ الفصل الأوّل من هذا القانون على أنّ «نشر القوانين والمراسيم والأوامر والقرارات بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية يكون باللغة العربية» وأضاف الفصل ذاته «ويتمّ كذلك نشرها بلغة أخرى على سبيل الاعلام فحسب» . وهو ما يعني أنّ ترجمة النصوص القانونية فاقدة - في حدّ ذاتها - للقوة الملزمة وللحجية عند التفسير. لكن وجبت الإشارة إلى أنّ قرارا حديثا للدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أقرب بأنّ الترجمة الفرنسية يمكن الاستئناس بها في تحديد المعنى الصحيح للنصّ المحرّر باللغة العربية<sup>216</sup> .

### 152 - ونلاحظ أخيرا أنّه كثيرا ما لا تتفق دوائر محكمة التعقيب

( 215 ) القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرّخ في 5 جويلية 1993 المتعلّق بنشر النصوص بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبنفاذها (الرائد الرسمي المؤرّخ في 6 جويلية 1993 صفحة 931) وقد ألغى أمر 27 جانفي 1883.

( 216 ) قرار الدوائر المجتمعة عدد 32039 المؤرّخ في 19 جانفي 1995، منشور بمجموعة قرارات الدوائر المجتمعة 1994-1995، الصادرة عن مركز الدراسات القانونية بوزارة العدل، 1995 صفحة 3 (قرار عدد 1). وقد تعلّق الإشكال فيه بتفسير عبارة «الخدمة المأجورين» الذين يحقّ في شأنهم التجريح إذا عرضت شهادتهم. ورأت الدوائر المجتمعة أنّ العبارة المذكورة تخصّ عملة المنازل لأنّ صلتهم بصاحب المنزل يغلب عليها الطابع الشخصي ولأنّ «المشرّع استعمل في الترجمة الرسمية للنصّ عبارة عند صدوره "domestiques à gages" - وأقرت بالتالي عدم جواز إطلاق العبارة على غيرهم من الأجراء.

ذاتها في تأويلها للنص الواحد<sup>217</sup>. لكن هذا لا يعني أن القضاة لا يتبعون نفس المنهجية في التأويل. فالطريقة الواحدة لا تمنع من الوصول إلى نتائج متباينة بحسب الخيارات التي تتوفر للقاضي. وقد حصل ذلك مثلاً في خصوص تأويل عبارة «يسقط حق القيام (بدعوى الشفعة) بمضي ستة أشهر من يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ» الواردة بالفصل 115 من مجلة الحقوق العينية، إذ اختلفت الدوائر في مناسبات عديدة في تفسيرها<sup>218</sup>.

153 - أمّا عن مظاهر التقييد بالنص فتتضح خاصة من خلال الأحكام والقرارات القضائية المكرّسة للشرح اللفظي للنصوص وكذلك للشرح القصدي أي للشرح المؤسس على إرادة المشرع. ويتم هذا التقييد في كلّ الدرجات بما فيها القرارات الصادرة عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب وعادة ما يكون التقييد بالنص من قبل فقه القضاء موضع إستحسان من الشارحين. لكن يحدث أن يؤول التقييد بالنص إلى مواقف لا تتسم بالتيسير. ونقدّم مثالين عن ذلك.

\* المثال الأول : تأويل غموض أحكام الفقرة الثانية من الفصل 1416 من مجلة الالتزامات والعقود : أوردت هذه الأحكام أن «عقدة المغارسة يحرر فيها رسم صحيح»، واختلفت المحاكم حول تأويل

(217) أنظر في هذا الشأن دراسة الأستاذ ساسي بن حليمة، التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب، مؤلف «التعقيب»، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989، صفحة 135.

(218) حول هذه الصعوبات التأويلية والتباين بين دوائر محكمة التعقيب في خصوص تأويل أحكام الفصل 115 م.ح.ع.، يراجع محمد كمال شرف الدين، حولى فقه قضاء «قانون الأموال»، المجلة القانونية التونسية، 1994، ص 255 وما بعدها (باللغة العربية).

كلمة «صحيح». فهل المقصود هو الرسم غير الباطل أم المقصود هو الكتب الرسمي؟ والفرق بين القراءتين واضح إذ أن القراءة الأولى تجيز إقامة عقد المغارسة في شكل كتب خطّي على أن لا يكون باطلاً في حين تشترط القراءة الثانية تحرير حجة رسمية وتمنع بالتالي الإلتجاء إلى الكتب الخطّي. ويجب بدءاً أن نشير إلى أن المشرع أدخل هذه العبارة («رسم صحيح») بموجب تنقيحه لمجلة الالتزامات والعقود بمقتضى الأمر العليّ المؤرخ في 13 سبتمبر 1934 الذي أكمل الفصل 1416 باشتراط هذه الصيغة في عقود المغارسة. وكان المقصود من التنقيح فرض اعتماد الكتب الرسمي بالنظر لخطورة عقد المغارسة بالنسبة للمالكين (يؤول عقد المغارسة إلى تملك جزئي للمغارس). فرأى المشرع ضرورة حماية المتعاقدين وخاصة المالكين باشتراط صيغة شكلية تضمن تلاوة الكتب عليهم وتنبههم لموضوع الالتزام. لكن عمل المحاكم لم يجمع على تفسير عبارة «رسم صحيح» بكتب رسمي ممّا دعا الدوائر المجتمعة في قرارها عدد 706 الصادر بتاريخ 24 جوان 1961<sup>219</sup> إلى محاولة توحيد الاجتهادات القضائية اعتماداً على قواعد التأويل اللفظي والقصدي بالتصريح بأن «الرسم الصحيح لا يمكن أن يحمل على معناه القانوني العام إذ لو كان ذلك قصد المشرع لاقتصر على القول: عقدة المغارسة لا تثبت إلا بكتب ثابت التاريخ مثلاً اشترط ذلك في العقود الكتابية كببيع العقار أو الحقوق العقارية» لتضيف أن «الرسم الصحيح هو الكتب الرسمي المحرر بواسطة مأمور عمومي منتصب لذلك قانوناً في محل تحريره على الصورة التي يقتضيه القانون وخط اليد لا يمكن بحال من الأحوال اعتباره كتباً رسمياً على معنى الفصل 442 من

(219) النشرة، 1961، صفحة 69، ومجلة القضاء والتشريع عدد صفحة 539/23.

ذاتها في تأويلها للنص الواحد<sup>217</sup>، لكن هذا لا يعني أن القضاة لا يتبعون نفس المنهجية في التأويل. فالطريقة الواحدة لا تمنع من الوصول إلى نتائج متباينة بحسب الخيارات التي تتوفر للقاضي. وقد حصل ذلك مثلاً في خصوص تأويل عبارة «يسقط حق القيام (بدعوى الشفعة) بمضي ستة أشهر من يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ» الواردة بالفصل 115 من مجلة الحقوق العينية، إذ اختلفت الدوائر في مناسبات عديدة في تفسيرها<sup>218</sup>.

153 - أمّا عن مظاهر التقييد بالنص فتتضح خاصة من خلال الأحكام والقرارات القضائية المكرّسة للشرح اللفظي للنصوص وكذلك للشرح القصدي أي للشرح المؤسس على إرادة المشرع. ويتم هذا التقييد في كلّ الدرجات بما فيها القرارات الصادرة عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب وعادة ما يكون التقييد بالنص من قبل فقه القضاء موضع إستحسان من الشارحين. لكن يحدث أن يؤول التقييد بالنص إلى مواقف لا تتسم بالتيسير. ونقدّم مثالين عن ذلك.

\* المثال الأوّل : تأويل غموض أحكام الفقرة الثانية من الفصل 1416 من مجلة الالتزامات والعقود : أوردت هذه الأحكام أن «عقدة المغارسة يحرر فيها رسم صحيح»، واختلفت المحاكم حول تأويل

( 217 ) أنظر في هذا الشأن دراسة الأستاذ ساسي بن حليمة ، التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب ، مؤلف "التعقيب" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989 ، صفحة 135 .

( 218 ) حول هذه الصعوبات التأويلية والتباين بين دوائر محكمة التعقيب في خصوص تأويل أحكام الفصل 115 م.ح.ع.، يراجع محمد كمال شرف الدين ، حولية فقه قضاء «قانون الأموال»، المجلة القانونية التونسية، 1994، ص 255 وما بعدها (باللغة العربية).

كلمة « صحيح ». فهل المقصود هو الرسم غير الباطل أم المقصود هو الكتب الرسمي؟ والفرق بين القراءتين واضح إذ أن القراءة الأولى تجيز إقامة عقد المغارسة في شكل كتب خطّي على أن لا يكون باطلاً في حين تشترط القراءة الثانية تحرير حجة رسمية وتمنع بالتالي الإلتجاء إلى الكتب الخطّي. ويجب بدءاً أن نشير إلى أن المشرع أدخل هذه العبارة (رسم صحيح) بموجب تنقيحه لمجلة الالتزامات والعقود بمقتضى الأمر العليّ المؤرخ في 13 سبتمبر 1934 الذي أكمل الفصل 1416 باشتراط هذه الصيغة في عقود المغارسة. وكان المقصود من التنقيح فرض اعتماد الكتب الرسمي بالنظر لخطورة عقد المغارسة بالنسبة للمالكين (يؤول عقد المغارسة إلى تملك جزئي للمغارس). فرأى المشرع ضرورة حماية المتعاقدين وخاصة المالكين باشتراط صيغة شكلية تضمن تلاوة الكتب عليهم وتنبههم لموضوع الالتزام. لكن عمل المحاكم لم يجمع على تفسير عبارة «رسم صحيح» بكتب رسمي ممّا دعا الدوائر المجتمعة في قرارها عدد 706 الصادر بتاريخ 24 جوان 1961<sup>219</sup> إلى محاولة توحيد الاجتهادات القضائية اعتماداً على قواعد التأويل اللفظي والقصدي بالتصريح بأن «الرسم الصحيح لا يمكن أن يحمل على معناه القانوني العام إذ لو كان ذلك قصد المشرع لاقتصر على القول: عقدة المغارسة لا تثبت إلا بكتب ثابت التاريخ مثلاً اشترط ذلك في العقود الكتابية كبيع العقار أو الحقوق العقارية» لتضيف أن «الرسم الصحيح هو الكتب الرسمي المحرر بواسطة مأمور عمومي منتصب لذلك قانوناً في محلّ تحريره على الصورة التي يقتضها القانون وخطّ اليد لا يمكن بحال من الأحوال اعتباره كتباً رسمياً على معنى الفصل 442 من

( 219 ) النشرة، 1961 صفحة 69، ومجلة القضاء والتشريع عدد 7 لسنة 1962 صفحة 539/23.

ذاتها في تأويلها للنص الواحد<sup>217</sup> . لكن هذا لا يعني أن القضاة لا يتبعون نفس المنهجية في التأويل . فالطريقة الواحدة لا تمنع من الوصول إلى نتائج متباينة بحسب الخيارات التي تتوفر للقاضي . وقد حصل ذلك مثلاً في خصوص تأويل عبارة «يسقط حق القيام (بدعوى الشفعة) بمضي ستة أشهر من يوم وقوع البيع بكتب ثابت التاريخ» الواردة بالفصل 115 من مجلة الحقوق العينية، إذ اختلفت الدوائر في مناسبات عديدة في تفسيرها<sup>218</sup> .

153 - أمّا عن مظاهر التقييد بالنص فتتضح خاصة من خلال الأحكام والقرارات القضائية المكرّسة للشرح اللفظي للنصوص وكذلك للشرح القصدي أي للشرح المؤسس على إرادة المشرع . ويتم هذا التقييد في كلّ الدرجات بما فيها القرارات الصادرة عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب وعادة ما يكون التقييد بالنص من قبل فقه القضاء موضع إستحسان من الشارحين . لكن يحدث أن يؤول التقييد بالنص إلى مواقف لا تنسجم بالتفسير . ونقدّم مثالين عن ذلك .

\* المثال الأوّل : تأويل غموض أحكام الفقرة الثانية من الفصل 1416 من مجلة الالتزامات والعقود : أوردت هذه الأحكام أن «عقدة المغارسة يحرر فيها رسم صحيح» ، واختلفت المحاكم حول تأويل

( 217 ) أنظر في هذا الشأن دراسة الأستاذ ساسي بن حليمة ، التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب ، مؤلف "التعقيب" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989 ، صفحة 135 .

( 218 ) حول هذه الصعوبات التأويلية والتباين بين دوائر محكمة التعقيب في خصوص تأويل أحكام الفصل 115 م.ح.ع.، يرأجع محمد كمال شرف الدين ، حولى فقه قضاء «قانون الأموال» ، المجلة القانونية التونسية، 1994، ص 255 وما بعدها (باللغة العربية).

كلمة « صحيح » . فهل المقصود هو الرسم غير الباطل أم المقصود هو الكتب الرسمي ؟ والفرق بين القراءتين واضح إذ أن القراءة الأولى تجيز إقامة عقد المغارسة في شكل كتب خطّي على أن لا يكون باطلاً في حين تشترط القراءة الثانية تحرير حجة رسمية وتمنع بالتالي الإلتجاء إلى الكتب الخطّي . ويجب بدءاً أن نشير إلى أن المشرع أدخل هذه العبارة (رسم صحيح) بموجب تنقيحه لمجلة الالتزامات والعقود بمقتضى الأمر العليّ المؤرخ في 13 سبتمبر 1934 الذي أكمل الفصل 1416 باشتراط هذه الصيغة في عقود المغارسة . وكان المقصود من التنقيح فرض اعتماد الكتب الرسمي بالنظر لخطورة عقد المغارسة بالنسبة للمالكين (يؤول عقد المغارسة إلى تملك جزئي للمغارس) . فرأى المشرع ضرورة حماية المتعاقدين وخاصة المالكين باشتراط صيغة شكلية تضمن تلاوة الكتب عليهم وتنبههم لموضوع الالتزام . لكن عمل المحاكم لم يجمع على تفسير عبارة «رسم صحيح» بكتب رسمي ممّا دعا الدوائر المجتمعة في قرارها عدد 706 الصادر بتاريخ 24 جوان 1961<sup>219</sup> إلى محاولة توحيد الاجتهادات القضائية اعتماداً على قواعد التأويل اللفظي والقصدي بالتصريح بأن «الرسم الصحيح لا يمكن أن يحمل على معناه القانوني العام إذ لو كان ذلك قصد المشرع لاقتصر على القول: عقدة المغارسة لا تثبت إلا بكتب ثابت التاريخ مثلما اشترط ذلك في العقود الكتابية كبيع العقار أو الحقوق العقارية» لتضيف أن «الرسم الصحيح هو الكتب الرسمي المحرر بواسطة مأمور عمومي منتصب لذلك قانوناً في محل تحريره على الصورة التي يقتضها القانون وخط اليد لا يمكن بحال من الأحوال اعتباره كتباً رسمياً على معنى الفصل 442 من

( 219 ) النشرة، 1961 صفحة 69، ومجلة القضاء والتشريع عدد 7 لسنة 1962 صفحة 539/23.

## \* المثال الثاني : تأويل غياب حكم تشريعي خاص

**بالشرط التغريمي :** يحدث أحيانا أن يتضمن العقد بندا خاصا يقتضي تحميل أحد الأطراف غرامة مالية في صورة إخلاله بأحد شروط العقد ولهذا السبب يسمّى الشرط شرطا «تغريميا». ولا يوجد في التشريع التونسي نص خاص يبيح للقاضي التدخل لمراجعة الشرط التغريمي . وقد حاولت بعض محاكم الأصل قبول هذه المراجعة عندما تكون الغرامة مشطّة ومجحفة. لكن القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 7919 بتاريخ 28 أفريل 1975<sup>221</sup>، اعتبر هذه المحاولات غير جائزة ونقض القرار المطعون فيه بحجة أن المشرّع لم ينظم أحكام البند التغريمي ممّا يجعل ذلك الشرط خاضعا للأحكام العامة للإلتزامات والعقود ويفرض بالتالي التقيّد بتطبيق الفصل 242 من مجلة الإلتزامات والعقود. ونشير إلى أن الفصل 242 المشار إليه يقضي باحترام قاعدة «العقد شريعة الطرفين»<sup>222</sup>.

وهذا التأويل للفراغ التشريعي من الدوائر المجتمعة يتّسم بالتشدد في شرح النصوص بشكل مانع لأيّ تدخل من القاضي لمراجعة ما ارتضاه إتّفاق الطرفين. وقد أدّى هذا الموقف إلى التصدي لسعي بعض محاكم الأصل لمراجعة البنود التغريمية المجحفة إنطلاقا من ضرورة مراعاة

( 220 ) حول تطوّر تأويل الفصل 1416 المذكور، يراجع، محمّد كمال شرف الدين، ملاحظات حول القرار التعقيبي المؤرّخ في 10 ماي 1994، المجلة القانونية التونسية، 1996، صفحة 373.

( 221 ) أنظر المجلة القانونية التونسية، 1976، الجزء الثاني، صفحة 166 تعليق الأستاذة فتيحة النمشي (باللغة الفرنسية).

( 222 ) ينصّ الفصل المذكور على ما يلي : « ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاها أو في الصور المقررة في القانون ».

التوازن في الإلتزامات والتناسب بين الضرر والتعويض عنه. فهل تغيّر محكمة التعقيب من نظرتها لهذه الإشكالية وتفسّر القواعد المعنية بشكل مختلف إعتماذا على قراءة أخرى لمقاصد المشرّع تبيح مراجعة الشرط التغريمي المجحف ؟ يبدو ذلك، خاصّة من خلال قرار حديث صدر سنة 1994، ورد فيه التعليل الآتي : « حيث أن الشرط التغريمي ولئن كان ثمرة إتّفاق الطرفين فإنّه ينبغي أن لا يحيد عن قواعد العدل والإنصاف وأن لا ينقلب أداة لتكريس هيمنة الطرف الأقوى في العقد على الجانب الضعيف فيه ولتحقيق الربح السهل والإثراء بدون سبب وعلى القاضي إستعمال ماله من حق المراقبة على ذلك الشرط وإرجاع الأمور إلى نصابها. وتأسيسا على ما تقدّم فإنّه ولئن كان الشرط الجزائي خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد تنفيذا لمقتضيات الفصل 242 م.إ.ع. إلا أن هذا لا يمنع محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التقديرية من إجراء ما لها من حقّ المراقبة على ذلك الشرط بالزيادة أو التقيص فيه أو الإبقاء عليه أو إلغائه عند الإقتضاء بحسب أحوال كلّ قضية على معنى الفصل 278 من نفس المجلة وذلك تحقيقا لمبادئ العدل والإنصاف بشرط التعليل»<sup>223</sup>. ويتّضح من هذا المثال أن الشرح القصدي قد يتغيّر بتغيّر القراءة المعتمدة لإرادة المشرّع ولقاصد النص ليخلص في النهاية لنتائج متباينة وهو ما من شأنه أن يحدّ جدّا من الفوارق التي تبدو كبيرة بين مدارس التأويل ومناهجها. وكما لاحظ ذلك العميد كربوني، فإنّ كلّ هذه المدارس تُرجع التأويل لإرادة القانون وإرادة القانون ما هي إلا إرادة

( 223 ) قرار تعقيبي مدني عدد 42624 مؤرّخ في 28 أفريل 1994، المجلة القانونية التونسية، 1996، صفحة 231 مع تعليق للأستاذ نذير بن عمو بعنوان « الشرط الجزائي بعد ثلاثين سنة : صحوة البركان ».

إنسانية ومعقولة مما يجيز دائما للشارح أن يلفي إرادة المشرع حيث تتجه في الحقيقة إرادته الشخصية<sup>224</sup>.

ب - اعتماد المصادر المادية للتشريع :

154 - إن المتأمل في فقه القضاء يلاحظ ميل العديد من المحاكم - في نطاق منهجية الشرح على المتون - إلى الإعتماد بشكل ملحوظ، على المصادر المادية للتصويع المدنية التونسية. وهذه المصادر هي الفقه الإسلامي والقانون المقارن.

155 - أولاً : إعتقاد الفقه الإسلامي في التأويل : يعدّ الفقه الإسلامي مصدراً مادياً لجل أحكام مجلة الأحوال الشخصية ولبعض أحكام القانون المدني. ولهذا السبب فإن محكمة التعقيب عادة ما تلجأ إلى الفقه الإسلامي لتفسير بعض الفصول الواردة بتلك المجلة ومن ذلك المثال المأخوذ من تأويل أحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. فقد نصّ الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية في طالعها على أن «القتل العمد من موانع الارث». وفي قضية «حورية» المشهورة بسبب ما أثارته حولها من جدل فقهي، اعتبرت النيابة العمومية في طعنها بالتعقيب أن هذه الصياغة التشريعية تجيز القول بأن زواج المسلمة بغير المسلم ردة تمنع التوارث بين الملتين لأن المشرع ولئن لم يتعرض صراحة

( 224 ) يراجع :

Jean CARBONNIER, op. cit., n° 158, p. 279.

ويؤكد الأستاذ François TERRE هذا التوسع في التفسير بمقاصد المشرع: François TERRE, Introduction générale au droit, Précis dalloz, 3ème édition, Paris, 1996, n° 473, pp. 413-414.

"... D'ailleurs, de manière plus générale, la référence aux objectifs de la loi a pris une importance grandissante en matière d'interprétation".

للردة كمانع من موانع الارث إلا أنه لم يلغ، حسب عبارة الفصل 88 المذكور، الموانع الشرعية الأخرى بدليل أنه يستعمل لفظة «من» التبعية. وفي ردها، سايرت محكمة التعقيب هذه القراءة إذ إعتمدت الدائرة المدنية<sup>225</sup> صراحة ومباشرة الفقه الإسلامي واعتبرت ضمناً أن الردّة من موانع الارث مبيّنة أنه «لا جدال أن تزوج المسلمة بغير المسلم هي من المعاصي العظمى. كما لا جدال أن الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج باطلاً من أساسه. لكن مع ذلك لا تراه ردة إلا إذا ثبت أن الزوجة اعتنقت دين زوجها الغير المسلم». كما أضافت «وحيث لا نزاع أن المسلم الذي يتجنس إختياراً منه بجنسية تخرجه عن أحكام دينه يكون مرتدّاً»، وقد إنتقد بعض شرّاح القانون أسس هذا التعليل ونتائجه ناعين عليه عدم إكتفاءه بالنصّ الوضعي الذي لا يشير للردة كمانع للارث<sup>226</sup>. وتأييد اللجوء إلى الفقه الاسلامي كمصدر مادي في قرار " Louise-Charlotte " الصادر

( 225 ) القرار التعقيبي المدني عدد 3384 المؤرخ في 31 جانفي 1966، مجلة القضاء والتشريع 1967، عدد 6، ص 107 ومنشور أيضاً بالمجلة القانونية التونسية، 1968، صفحة 114 مع تعليق للأستاذة E. DE LAGRANGE (بالفرنسية).

( 226 ) يراجع :

Mohamed CHARFI, Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité, R.T.D., 1973, p. 11 ; Ali MEZGHANNI, Réflexions sur les relations du code de statut personnel avec le droit musulman, R.T.D., 1975, p.53.

وفي رأي مختلف يراجع الهادي كرو، زواج المسلمة بغير المسلم ومصادقة الدولة التونسية على اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962، مجلة القضاء والتشريع، 1971، عدد 2، ص 143/11؛ وبصفة عامة أنظر :

Soukeina BOURAOUI, La constante inégalité entre les sexes ou l'antinomie entre droit interne et conventions internationales, R.T.D., 1983, p. 425 ; Sassi BEN HALIMA, Religion et statut personnel en Tunisie, R.T.D., 2000, p.107.



عام 1985 والمتعلق كذلك بتأويل الفصل 88 المذكور<sup>227</sup>. وكان ذلك بشكل ضمني حيث أجابت محكمة التعقيب عن المطعن المقدم من الزوجة لويز شارلوت والمؤسس على خرق أحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لأن «ذلك الفصل لم يذكر إختلاف الدين من ضمن هذه الموانع»، بالقول بأنه مطعن يتسم «بعدم الجدّة». وآثرت المحكمة مناقشة المطعن المتعلق بضعف التعليل في شأن إثبات إعتناق الزوجة الدين الإسلامي. ثم وفي 18 ماي 2000 صدر عن المحكمة الابتدائية بتونس حكم مدني يقدم تأويلا مغايرا للفصل 88 المذكور يبتعد عن التأويل السابق المعتمد من محكمة التعقيب والمؤسس على الفقه الإسلامي، ويتبنى قراءة عمادها أنه «من المبادئ العامة للنظام القانوني التونسي، مبدأ عدم التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية الذي هو من مستلزمات الحرية الدينية» ليخلص إلى اعتبار أن «العمل بالدين كمانع من موانع الإرث يؤدي لجعل هذا الحق معلقا على معتقد الشخص مما قد يؤدي به إلى الضغط على حريته في اختيار دينه سعيا وراء ضمان نصيبه في التركة»<sup>228</sup>. فهل ستبقي محكمة التعقيب على تأويلها للفصل 88 المذكور أم ستتأثر بما أورده الحكم الابتدائي الواقع عرضه ؟

( 227 ) القرار التعقيبي المدني عدد 10160 المؤرخ في 13 فيفري 1985 مجلة القضاء والتشريع 1993 عدد 9 صفحة 102 وانظر كذلك القرار الاستئنائي المدني عدد 8488 المؤرخ في 14 جويلية 1993 مع تعليق للأستاذ محمد الحبيب الشريف، مجلة القضاء والتشريع 1993 عدد 9 صفحة 120، ومذكّرة عبد المجيد الزروقي، تأويل أحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989.

( 228 ) حكم «قرادر-نائلة» المحكمة الابتدائية بتونس، عدد 7602 المؤرخ في 18 ماي 1999، المجلة القانونية التونسية 2000، ص 247، مع تعليق للأستاذ علي المزغني.

156 - ثانيا : إعتناء المصادر المادية الأخرى : تتمثل المصادر المادية للنص أحيانا في قانون أجنبي كالقانون المدني الفرنسي أو الألماني أو الإيطالي أو في واقع إجتماعي يستلهم منه واضع النص حكمه. ولا تتردد المحاكم أحيانا في اعتماد هذه المصادر المادية في تأويلها للنصوص القانونية . ومن ذلك ما إتصل بتأويل سكوت النص (القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني) في شأن الرجوع في التبني. فالقانون المذكور نظم شروط التبني وإجراءاته وآثاره وصمت عن حكم الرجوع فيه. ونظرت محكمة الاستئناف بالمنستير في إشكالية جواز الرجوع من عدمه. وأجابت في قرارها الصادر في 9 جانفي 1986<sup>229</sup> بما يلي : «وحيث ترى هذه الدائرة باديء ذي بدء أنه أمام سكوت المشرع التونسي حول مسألة الرجوع في التبني وأمام التناقض والتضارب بين القائلين بجوازه وبين المدافعين على منعه، يتجه الرجوع إلى الفصل 559 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أن «الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلافه»، أي أن ما هو غير ممنوع بنص صريح يبقى جائزا ومقبولا إلى أن يأتي ما يخالفه، كما أن الفصل 541 من نفس المجلة يحتم عند وجوب التأويل والإجتهاد ترجيح التيسير على التعسير وتقديم الأهل على الأصعب إذ يقول «إذا أوجبت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير

( 229 ) القرار عدد 145 المؤرخ في 9 جانفي 1986، المجلة القانونية التونسية، 1989، صفحة 117 مع تعليق للأستاذ الساسي بن حليمة وحول هذه الصعوبة التأويلية بصفة عامة يراجع :

Béchir BEL HADJ YAHIA, La révocation de l'adoption en droit tunisien, R.T.D., 1979, p. 83.

وكذلك مذكّرة إقبال البجاوي، الرجوع في التبني، مذكّرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1994-1995.

التونسي يعدّ، نسبياً، تشريعاً حديثاً مواكباً بصفة عامة لتطور المجتمع ويطرح صعوبات تفسيرية أقل حدة من غيره. وثانيها أنّ تبني منهجية الشرح على المتون من قبل المشرّع يقيّد القاضي ويلزمه في عملية التفسير والتأويل. وهذا الخيار ينسجم تماماً مع قاعدة التفريق بين السلط لكنّه يحدّ من دور القاضي ومن اجتهاده. أمّا الاستنتاج الثالث فيتعلّق بالإلتجاء إلى التأويل القصدي الذي يؤلّ -حسب المقاصد التي يروم القاضي التركيز عليها وانتقاءها- إلى تباين واضح في النتائج المتوصل إليها (وهو ما حدث مثلاً في مسألتَي الشرط التغريمي وموانع الإرث) وفي ذلك دليل على قصور الشرح على المتون ودليل أيضاً على ما يتمتّع به القضاء من «سلطة تأويلية» رغم خيار التقيّد بالنص.

في شدّته ولا يكون التأويل داعياً لزيادة التضييق أبداً». وسكوت المشرّع فيما يخصّ موضوع قضية الحال يجب تأويله حينئذ لفائدة المتداعين تيسيراً عليهم وضماناً لحرّياتهم وتماشياً مع واقعهم المعاش». ثم وبعد أن لاحظت أن قانون 4 مارس 1958 مقتبس من القانون الفرنسي وأنّ هذا الأخير يجيز الرجوع في التبنّي، بيّنت محكمة الاستئناف أن التبنّي له طبيعة العقد والحكم أي طبيعة مختلطة. وإعتماداً على ذلك المصدر المادي (القانون المقارن)، لاحظت المحكمة ما يلي: «حيث ترى هذه الدائرة تأسيساً على النظرية المختلطة التي إرتأت إتباعها واقتنعت بمطابقتها لعميق قصد المشرّع أن الرجوع في أحكام التبنّي وإبطالها أمر ممكن قانوناً ليس فقط قياساً على التشريع المقارن المقتبس منه قانوننا بل وكذلك تماشياً مع نظرية تطابق الأشكال القانونية ومراعاة لمصلحة التبنّي والمتبنّين والأبوين الأصليين كأفراد من جهة والمجتمع ككلّ من جهة ثانية»<sup>230</sup>. وتأسّس التأويل على النحو المذكور على إعتماد القانون الفرنسي كمصدر ماديّ لقانون التبنّي وكذلك على قراءة لمقاصد المشرّع التونسي.

157 - الخلاصة : يمكن أن تستنتج من التحليل السابق ثلاثة استنتاجات عامّة حول التأويل القضائي للنصوص أولّها أنّه لا وجه للمقارنة بين دور فقه القضاء التونسي ودور فقه القضاء الفرنسي لأنّ المعطيات التاريخية وخاصة التشريعية تختلف بين النظامين القانونيين. فالتشريع

(230) ينصّ الفصل 370 من المجلة المدنية الفرنسية صراحة على إمكانية الرجوع في التبنّي لما تقوم لذلك «أسباب خطيرة»

Art. 370 al. 1 "S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, ou, lorsque ce dernier est mineur, à celle du ministère public".

## الجزء الثاني

### تقدير نظرية الحق في القانون المدني

158 - يشمل هذا الجزء الثاني تقديما :

- لأصحاب الحقوق أي « الأشخاص » (الفصل الأول)
- ولقواعد إثبات هذه الحقوق (الفصل الثاني)

## 159 - وجود «الحق الذاتي» le droit subjectif : يقرر

القانون حقوقاً للأفراد وتسمى هذه الحقوق حقوقاً ذاتية droits subjectifs نسبة لأصحابها أي الذوات les sujets. ولم يكن تكريس نظرية الحق الذاتي يسيراً. فلقد ناهضت بعض التيارات المثالية فكرة الحق الذاتي إذ رأت فيه نتيجة للقانون لا غير وبصفة أدق فهي ترى أنه علاقة قانونية موضوعية لا سلطة للفرد فيها. فالدين مثلاً لا يعد «حقاً» للدائن بل هو وليد علاقة موضوعية تجمع الدائن بالمدين ولها استقلاليتها التامة عن العنصر الشخصي. كما ناهضت كذلك بعض التيارات الوضعية الفكرة واعتبر Duguit أن الحق الذاتي المرتبط بإرادة صاحبه ويتفوقها، مفهوم مغلوط لأنه يستحيل تفسير تفوق تلك الإرادة الفردية على نظيراتها. فالثابت في رأيه أن الأمر لا يتعلق بحق بقدر ما يتعلق بوضعية قانونية معينة مرتبطة بالقانون<sup>1</sup>. لكن، ورغم ذلك فإن فكرة الحق الذاتي اكتسبت مكانة وأنصاراً في الدراسات الفقهية الحديثة التي أبرزت فائدتها ودحضت حجج مناهضيها. وتدعمت هذه المكانة بتطور حقوق الفرد وإقرار الأنظمة القانونية لضرورة حمايتها<sup>2</sup>. ولا يشذ النظام القانوني التونسي عن هذا الاتجاه العام فقد نص الفصل السابع من الدستور على أن «المواطن يتمتع بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون، ولا يحد من هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لإحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني وإزدهار الإقتصاد والنهوض

## الاجتماعي».

## 160 - تعريف الحق : إنقسم الفقهاء حول تعريف الحق الذاتي

وظهرت في هذا الشأن عدة نظريات منها النظرية الشخصية وهي نظرية تجعل من الحق سلطة إرادية un pouvoir de volonté يخولها القانون للفرد<sup>3</sup>، والنظرية الموضوعية وهي نظرية تهتم بموضوع الحق لتجعل منه «المصلحة التي يحميها القانون» l'intérêt juridiquement protégé فالحقوق الذاتية هي مصالح يحميها القانون حسب عبارة IHERING<sup>4</sup>. ولا تلعب الإرادة إلا دوراً ثانوياً. وبعد إنتقاده للنظريتين السابقتين، إقترح DABIN سنة 1952 في كتابه «le droit subjectif» نظرية مختلطة تعتمد في تعريفها للحق على أربعة عناصر: الإستثناء والتحكم وإحترام الغير للحق وتدخل القانون لحماية الحق. وبإجتماع العناصر الأربعة يتكون الحق الذي يعرفه «دابان» DABIN بأنه «سلطة يسندها القانون لشخص معين ويضفي عليها حمايته بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاها فيما يملكه، وهو ما يمثل الحق العيني أو فيما هو مستحق له وهو ما يمثل الحق الشخصي». ولعل نظرية دابان أقرب النظريات لنظرية الحق في القانون المدني التونسي وهو ما يتأكد عند البحث في تقسيمات الحقوق الذاتية.

## 161 - تقسيمات الحقوق المدنية : تنقسم الحقوق الذاتية

(3) من رواد هذه النظرية الفقيهان الألمانين SAVIGNY و WINDSCHEID.

(4) أنظر حول العرض المفصل للنظريتين مؤلف

Jacques GHESTIN, ouvrage précité, n° 177 et suiv. p. 136 et suiv.

وبصفة عامة يراجع حول مفهوم الحق :

Octavian IONESCU, La notion de droit subjectif dans le droit privé, 2è édition, Bruylant, Bruxelles, 1978.

(1) انظر حول هذه المقاربة :

Jacques GHESTIN, traité de droit civil, introduction générale, par Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, 1990, n° 166 et suiv. p. 123 et suiv.

(2) أنظر :

MICHAELIDES -NOUARIOS, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, Rev. trim. dr. civ. 1966, p. 216.

حسب معيارين أساسيين : معيار الذمة المالية ومعيار موضوع الحق<sup>5</sup>.

#### 162 - تقسيم الحقوق حسب معيار الذمة المالية : ينبني

هذا المعيار على مفهوم «الذمة المالية» le patrimoine التي تمثل وحدة une universalité تجمع الحقوق والإلتزامات الرّاجعة للفرد . وتتمتع كلّ ذات بذمة مالية واحدة<sup>6</sup>. ويفرز هذا المعيار الأوّل التّفرقة بين الحقوق المالية droits patrimoniaux والحقوق غير المالية droits extra-patrimoniaux. فأما الحقّ المالي فهو حقّ ذا قيمة مالية يمكن تقديرها كحقّ الملكية وحقّ إستخلاص معين الكراء . ويمتاز هذا الصّنف بأنّه داخل في التعامل وبالتالي تجوز إحالته cessible ويمكن إنتقاله للورثة transmissible وتباح عقّله saisissable ويسقط بمضي المدّة prescriptible. وينقسم بدوره إلى حقّ عيني وحق شخصي . وأما الحقّ غير المالي فهو حقّ لا يتمتع لذاته بقيمة نقدية كحقّ الحضانة الذي يتمتع به أحد الزوجين فقيّمته معنويّة غير مالية وهذا الصّنف من الحقوق غير داخل في التعامل فلا يحال ولا ينتقل ولا يعقل . كما لا يسقط عادة بمرور المدّة. لكن هذا التّصنيف لا يخلو من صعوبات مرتبطة بمسألة التّفريق ذاتها، فحقّ الملكية الأدبيّة مثلاً هو حقّ غير مالي، لكن له جانب مالي في الآن ذاته.

( 5 ) سعى الفقه لتقديم تقسيمات أخرى : أنظر مثلاً التقسيم المقترح من : HAGE-CHAHINE, Essai d'une nouvelle classification des droits privés, Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 705 ;

وحول التقسيمات الفرعية الأخرى وقد بلغت العشرة، يراجع مؤلّف Jacques GHESTIN, ouvrage précité, n° 223, p.190.

( 6 ) حول إمكانية قيام ذمة بالتخصيص ومستقلّة أنظر : Slaheddine MELLOULI, Y a-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien? in Actualités juridiques tunisiennes, 1990, n°1, page 9 et suiv.

وحول نظرية الذمة المالية بصفة عامّة يراجع خاصّة : Jacques GHESTIN, op. cit, n° 196, p. 154.

#### 163 - تقسيم الحقوق حسب معيار موضوع الحقّ : ينتج

عن إعتقاد هذا المعيار تصنيف الحقوق حسب موضوعها أي محلّها إلى حقوق عينية وحقوق شخصية. فأما الحقوق العينية droits réels فسمّيت نسبة لموضوعها وهو العين. والعين المعبر عنها بكلمة res اللاتينية (ومنها اشتقت كلمة réel)، وتعني مالا معيّنًا. وأما الحقوق الشخصية droits personnels فهي حقوق تمثّل رابطة التّزام بين شخصين : دائن créancier ومدين débiteur. ويرتقي هذا التّصنيف في القانون التونسي إلى مستوى المجالات إذ خصّص المشرّع مجلّة مستقلّة للحقوق العينية هي «مجلّة الحقوق العينية» في حين وردت جلّ الأحكام المتعلّقة بالحقوق الشخصية بـ«مجلّة الإلتزامات والعقود».

#### 164 - مصادر الحقوق الذاتية : يمكن التساؤل عن مصدر

نشأة الحقّ لفائدة شخص معين . ويتّفق جلّ الفقهاء في هذا الشّأن على الإقرار بوجود مصدرين اثنين للحقّ : الوقائع القانونيّة les faits juridiques والأعمال أو التصرّفات القانونيّة les actes juridiques.

#### 165 - 1- الوقائع القانونيّة : هي أحداث متنوّعة لا حصر لها

تنتج أثراً قانونيّاً لم يكن الهدف الأساسي لوجودها لكنّه يؤثّر في نشأة الحقّ الذاتي. وقد تكون هذه الوقائع طبيعياً كالحمل أو الميلاد أو القرابة أو بلوغ سن معينة أو الموت أو مرور الزمن، فهي جميعاً وقائع تؤثّر على الحقّ فتنشؤه (الحمل - الميلاد - القرابة) أو تحدّ منه (عدم بلوغ سنّ معيّن) أو تنقله من ذمة مالية إلى أخرى (الموت) أو تقضي عليه (مرور الزمن المسقط لدعوى المطالبة بالحق). وقد تكون هذه الوقائع إرادية وهي أفعال واقعيّة صادرة من شخص يتمتع بإرادة كحوز شيء أو إرتكاب خطأ. فتترتب عن هذه الوقائع حقوق ذاتيّة كحقّ طلب التّعويض عن الخطأ أو حقّ الملكية بموجب اكتمال شروط الحيابة .

166 - 2- التصرفات أو الأعمال القانونية : هي كلّ تعبير عن إرادة يقصد منه إنشاء آثار قانونية. وتنقسم الأعمال القانونية بدورها إلى عدة أصناف تفرزها التقسيمات الآتية:

\* **التقسيم حسب عدد الأطراف** : وهو أهمّ تقسيم ويمكن من التفريق بين التصريح بالإرادة الملزمة لجانب واحد la déclaration unilatérale de volonté من جهة والعقود والإتفاقات les conventions من جهة ثانية . فالعقد والإتفاق ، على عكس التصريح بالإرادة الملزم لجانب واحد ، يفترضان تلاقي إرادتين على الأقل . فالبيع عقد لأنّه يتكوّن بتلاقي إرادة البائع وإرادة المشتري . أمّا الوعد بالجعل لمن يأتي بشئ تلف مثلاً فهو تصريح بإرادة منفردة . وفي كلتا الحالتين يتعلّق الأمر بعمل قانوني un acte juridique يتولّد عنه الحقّ الذاتي كحقّ البائع في تسلّم الثمن .

\* **التقسيم حسب درجة الخطورة القانونية للتصرف** : ويترتب عنه التفريق بين أعمال الحفظ les actes de conservation وهي تهدف لحماية الحق كقطع مدة التقادم، وأعمال الإدارة les actes d'administration وهي تهدف إلى استغلال مال معيّن كتسويغه وأعمال التصرف أو التفويت les actes de disposition وهي أعمال قانونية تفضي إلى التفويت في المال كالبيع أو الهبة أو إلى تعريضه لهذا المال كالرهن مثلاً.

\*\*\*

167 - تقسم دراسة نظرية الحقوق الذاتية إلى فصلين يخصّ الأول أصحاب الحقّ أي الأشخاص ويتعلّق الثاني بإثبات الحقّ .

## الفصل الأوّل

### أصحاب الحقّ : الأشخاص

168 - مفهوم الشخصية القانونية : يتمتع الأشخاص بالشخصية القانونية la personnalité juridique أي أنّ لهم القدرة على تحمّل الواجبات والتمتع بالحقوق وممارستها. وقد أسندت الشخصية القانونية للأشخاص الطبيعيين أولاً وبالذات. فالشخصية القانونية مفهوم قانوني وثيق الارتباط بالإنسان بقطع النظر عن أهليّته وقدرته على التمييز. وهو ما يفسّر الاختلاف بين مفهوم الشخصية القانونية ومفهوم الأهلية. فالأوّل يشمل -بشكل واسع- الإعتراف لكل فرد بالقدرة على المشاركة في الحياة القانونية في حين يقتصر المفهوم الثاني على معرفة وتحديد شروط هذه المشاركة تمتّعاً (أهلية الوجوب) وممارسة (أهلية الأداء). وقد يحدّد من وجهي الأهلية دون مساس بالشخصية القانونية. ولكن إذا كان بالامكان الحدّ بصفة مطلقة وكاملة من أهلية الأداء فإنّ مثل هذا الحدّ من أهلية الوجوب يعني نفي الشخصية القانونية. ويترتب عن ذلك أنّ أهلية الأداء قد تنعدم بالنصّ في حين أنّ التحديد من أهلية الوجوب لا يمكن أن يكون إلّا جزئياً أي خاصاً وغير شامل.

169 - تصنيف الأشخاص : ينقسم أصحاب الحقوق<sup>7</sup> إلى

( 7 ) حول هذا المفهوم بالخصوص يراجع :

R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, Rev.trim.dr.civ. 1909, p. 260.  
R. MARTIN, Personne et sujet de droit, Rev. trim. dr. civ., 1981, p. 785 et suiv.; La personne humaine, sujet de droit, Quatrièmes Journées René SAVATIER, publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, P.U.F., Paris, 1994.

صنفين : **الأشخاص الطبيعيون** les personnes physiques وهم البشر. و**الأشخاص المعنويون** les personnes morales وهم أشخاص اعتباريون .

## المبحث الأول

### الشخص الطبيعي

**170 - مفهومه :** الشخص الطبيعي هو الإنسان . فكل إنسان ذمة مالية وشخصية قانونية . ذلك أن الدستور ضمن لكل فرد التمتع بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون . ولا يحد من هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لإحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الإقتصاد وللنهوض الإجتماعي<sup>8</sup> . فالشخص في لغة القانون هو، كما سبق ذكره، من يتمتع بالشخصية القانونية، أي «من يكون صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات»<sup>9</sup> . ولئن يبدو هذا التقديم منطقيا وعاديا، فإن الإعتراف بالشخصية القانونية لكل إنسان<sup>10</sup> لم يكن أمرا هينا إذ أن التاريخ شهد حرمان بعض الأشخاص كالعبيد من الشخصية القانونية. فالعبد لم يكن «شخصا» بالمفهوم القانوني بل شيئا موضوع

( 8 ) الفصل 7 من الدستور .

( 9 ) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية ، الطبعة الثالثة، بيروت ، 1993 ، ص 594 عدد 358.

( 10 ) لا تتمتع الكائنات الحية الأخرى بصفة «الشخص القانوني» . فالحيوان لا يتمتع بحقوق وليست له شخصية رغم الجدل الذي بدا للبعض إثارته : A.-M. SOHM-BOURGEOIS, La personification de l'animal, une tentative à repousser, D. 1990, chr. p. 33; S. ANTOINE, Le droit de l'animal,

.../...

حقوقا لغيره<sup>11</sup> . ولعل هذا التطور هو الذي يفسر أهمية تكريس مبدأ المساواة بين الأفراد وهو مبدأ أورده الفصل السادس من دستور الجمهورية التونسية كما يلي «كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات وهم سواء أمام القانون»<sup>12</sup> . فمتى تبدأ الشخصية القانونية لدى البشر ومتى تنتهي ؟ ثم ما هي مميزاتاها ؟ بعد دراسة مدة الشخصية القانونية نتخلص إلى خصائصها .

### الفقرة الأولى مدة الشخصية القانونية

**171 -** يصعب قانونا تحديد بداية الشخصية ونهايتها وهو ما يدعو إلى تدقيق معطيات هذين العنصرين الزمنيين .

.../...

évolution et perspectives, D. 1996, chr. p. 126 ; J.-P. MARGUÉNAUD, La personnalité juridique des animaux, D. 1998, chr. p. 205 ; R. NERSON, La condition de l'animal au regard du droit, D. 1963, chr. p. 1 ; F. PASQUALINI, L'animal et la famille, D. 1997, chr. p. 257.

ونشير إلى وجود «إعلان لحقوق الحيوان» (1989) يقرّ تمتع الحيوان بحقوق «طبيعية» حول نص هذا «الإعلان» والتعليق عليه، انظر :

Xavier DIJON, Droit naturel, les questions du droit, Thémis, P.U.F., 1ère édition, 1998, p. 132 et suivants (نص الإعلان) et p. 105 et suiv. (التعليق).

( 11 ) ألغى الرق في تونس سنة 1846 . يراجع حول الجوانب التاريخية والقانونية لوضعية الرق بصفة عامة : «الرق في الحضارة العربية الإسلامية» ، أعمال ندوة نظمها معهد بورقيبة للغات الحية ، نشر مركز النشر الجامعي، تونس، 1998.

Anne LEFEBVRE-TEILLARD, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, P.U.F., 1ère éd., Paris, 1996, n° 5 et suiv.

( 12 ) أكدت توطئة الدستور كذلك على مبدأ المساواة.

## أ- بداية الشخصية :

172 - ترتبط الشخصية مبدئياً وكما سبق ذكره بالإنسان . فلا تستساغ إلاّ لدى الإنسان المولود والحي<sup>13</sup> . لكن يجب مع ذلك تفصيل الأحكام الخاصة المتعلقة بالجنين .

### (1) الحكم الأصلي : الميلاد يحدّد بداية الشخصية :

إنّ الميلاد واقعة قانونية . وتاريخ الولادة هو تاريخ الوضع . ويثبت الميلاد بوسيلة خاصة وهي رسم الولادة الذي يقيمه ضابط الحالة المدنية عملاً بأحكام الفصول 22 إلى 30 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في غرة أوت 1957 المتعلّق بمجلة الحالة المدنية<sup>14</sup> . وينصّ الضابط برسم الولادة على اليوم والسّاعة ومكان الولادة وجنس المولود والأسماء التي تختار له وإسم ولقب ومكان وتاريخ ولادة الأب والأم وكذلك حرفتهما ومسكنهما وجنسيتهما والمعلم إن اقتضى الحال ذلك . فالقانون يوجب على والد المولود والأطباء والقوابل أو غيرهم من الأشخاص الذين شهدوا الوضع إعلام ضابط الحالة المدنية بالميلاد خلال العشرة أيّام التي تليه<sup>15</sup> . ويترتب عن عدم الإعلام في الأجل القانوني منع ترسيم الولادة إلى أن يتمّ الإذن في ذلك من طرف رئيس المحكمة الابتدائية بالجهة التي ولد بها

( 13 ) بالنسبة للمولود الميت أو « السّقط »، يجمع الشراح على عدم تمتّعه بالشخصية القانونية (يراجع بالخصوص، محمد العربي هاشم، المحاضرات المذكورة، صفحة 245). لكن الترايب الإدارية تفرض مع ذلك الحصول على رخصة لدفنه (أنظر، صالح بوسطعة، الحالة المدنية في القانون التونسي، المدرسة القومية للإدارة، تونس، 1992، صفحة 152 ويذكر فيها المنشور الصادر عن كاتبتي الدولة للداخلية والعدل تحت عدد 85 بتاريخ 12 ديسمبر 1965 والمتضمّن أن « السّقط لا يرسم إلاّ بالوفاة »).

( 14 ) أنظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 30 جويلية و2 أوت 1957، ص 11.

( 15 ) راجع الفصلين 22 و 24 من مجلة الحالة المدنية .

المولود<sup>16</sup> . كما يعاقب جزائياً كلّ شخص أخلّ بواجب الإعلام<sup>17</sup> . وتجدر الإشارة أخيراً إلى أنّ قانون الحالة المدنية خصّ الصورة التي يكون فيها المولود الجديد **لقيطاً** وهو الذي يعثر عليه دون علم بتاريخ ولادته، ففرض الفصل 27 منه على الشخص الذي يكتشف اللقيط أن يسلمه لضابط الحالة المدنية وأن يصرّح بالظروف والزمان والمكان التي عثر فيها على المولود . ويتمّ تحديد سنّ اللقيط «حسب الظاهر» في تقرير خاصّ .

ويترتب عن كل هذه الأحكام حرص المشرّع على حصر إثبات الميلاد في رسوم الولادة التي يقيمها ضابط الحالة المدنية المتمتّع بصفة المأمور العمومي . وقد أقرت محكمة التعقيب وضوح هذه الأحكام في قرارها الجزائي الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1969<sup>18</sup> مضيفة أنّه عند تعذّر ذلك (أي عند تعذر الإثبات بالحجة الرسمية المذكورة) يلجأ القاضي للاختبار لتحديد تاريخ الميلاد . ونستخلص ممّا سبق بسطه أنّ القانون التونسي يعتني بتدقيق أحكام الإعلام بالولادة ويحثّ على احترامها حتّى تكون دفاتر الحالة المدنية شاملة لكلّ الأشخاص ومبيّنة لتاريخ ميلاد كلّ فرد يوماً وساعة وهو ما ييسّر معرفة بداية الشخصية القانونية للأشخاص الطبيعيين .

### (2) الأحكام الخاصة بتمتّع الجنين ببعض الحقوق :

173 - « حمل » أم « جنين » ؟ يفرق العلماء اليوم بين ما يسمّى embryo وهو الحمل في مراحله الأولى و foetus وهو الحمل في طوره

( 16 ) الفصل 23 الجديد من المجلة المذكورة . وانظر في تطبيقه القرار الاستئنافي المدني عدد 57060 المؤرخ في 26 أكتوبر 1964، القضاء والتشريع، 1965، عدد 7، ص 93.

( 17 ) الفصل 25 من المجلة المذكورة .

( 18 ) القرار التعقيبي الجزائي عدد 7024 المؤرخ في 26 نوفمبر 1969، النشرة، 1969، ص 209.



الثاني الذي تتولد فيه الحياة ويتحرك في بطن أمه<sup>19</sup>. لكن هذه التفرقة لا تبرز في التشريع التونسي الذي يخيّر استعمال كلمة «الحمل»<sup>20</sup>. غير أن كلمة الحمل تعني في الآن ذاته «الجنين» كما هو الشأن في الفصول 147 و 148 و 150 و 180 من مجلة الأحوال الشخصية وتعني كذلك وضعا بيولوجيا تكون عليه المرأة الحبلية grossesse كما هو المقصود في الفصلين 35 و 149 من نفس المجلة. ومن هنا يتضح أن كلمة جنين ترادف اصطلاحاً الحمل بمعنى الولد في بطن أمه. والجنين لغة هو المستور في الرحم<sup>21</sup>.

**174 - حقوق الجنين :** رغم ميله إلى اعتبار تاريخ ميلاد الإنسان حياً، هو التاريخ المحدد لبداية للشخصية القانونية للشخص الطبيعي، فإن القانون التونسي لم يتجاهل الجنين بل كرس مبدأ قديماً عرفه الرومان يقر

( 19 ) أنظر حول هذه التفرقة :

**R.THERY**, La condition juridique de l'embryon et du fœtus, D. 1982 chron. p.231.

( 20 ) أنظر الفصول 147 و 148 و 150 و 184 من مجلة الأحوال الشخصية.

( 21 ) وهذا هو المعنى الذي يرتبه القرآن الكريم إذ يقول الله تعالى [«يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثَ»] (سورة الزمراء 6)؛ [«وإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةُ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ»] (سورة النجم آية 32). كما يفصل القرآن الكريم مراحل نمو الحمل دون إحداث تفرقة جوهرية بينها : يقول الله تعالى : [«يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنْ بَعَثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنَبِّينَ لَكُمْ وَنَقَرٍ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يَتَوَفَّى وَمِنْكُمْ مَنْ يَرُدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا»] (سورة الحج آية 5). وانظر كذلك حول أطوار الخلق سورة المؤمنون ، آية 12، ونلاحظ أن النص القرآني يستعمل كلمة «جنين» مرة واحدة في صيغة الجمع «أجنة»، وأكثر في المقابل من استعمال كلمة «الحمل» ومشتقاتها (انظر مثلاً: الآيات : 2 من سورة الحج - 189 من سورة الأعراف - 22 من سورة مريم - 4 و 6 من سورة الطلاق - 15 من سورة الأحقاف - 14 من سورة

.../...

بأن الجنين - قبل ميلاده - بعض الحقوق التي تقتضيها مصلحته<sup>22</sup>. وتلقى هذه الفكرة صدى في الفقه الإسلامي الذي إعتدته أساساً مجلة الأحوال الشخصية عند إقرار حقّين للجنين أولهما **حق الميراث** المعترف به للحمل<sup>23</sup> وثانيهما **حق الإيصاء** له<sup>24</sup>. وتتحد صورتان في إشتراط ميلاد الحمل حياً تأثراً بالحديث النبوي الشريف الوارد في مجال الإرث : « **إِذَا اسْتَهْلَ الْمَوْلُودُ وَرِثَ** »<sup>25</sup>. وفي مجال آخر، أقرّ الفصل 39 من القانون عدد 24 لسنة 1992 المؤرخ في 9 مارس 1992 المتعلق بإصدار **مجلة التأمين** أنه «يعتبر أشخاصاً معيّنين القرين والأبناء من ولد منهم ومن **سيولد**» وهو ما يبيح للجنين التمتع بغرامة التأمين على الحياة. ولم يمانع

لقمان - 19 من سورة فاطر و 47 من سورة فصلت) حول الجنين عامة، يراجع رسالة **محمد المهدي قرميط**، الجنين في القانون المدني التونسي، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة 1991 - 1992 وفي القانون المقارن يراجع بالخصوص :

**Ph. PEDROT**, Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé, J.C.P. 1991, I, 3483.

( 22 ) *(Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis epis agitur)*

( 23 ) راجع الفصول 147 و 148 و 149 و 150 م.أ.ش. وحول حقوق الجنين في الفقه الإسلامي، يراجع : **عبد الله بن محمد معصر**، حقوق الجنين في الفقه الإسلامي مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السابعة، العدد 26، ص 28 وما بعدها، ويراجع أيضاً في مادة الموارث : **الشيخ يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف**، الموارث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان للنشر، سوسة، الطبعة الأولى، 1996، ص 302 وما بعدها.

( 24 ) راجع الفصل 184 من نفس المجلة : «تصح الوصية للحمل بشرط أن يكون موجوداً في تاريخ الإيصاء وأن يوضع حياً في المدة المعيّنة بالفصل 35. وتحفظ غلة الموصى به من حين وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل». ووجب التذكير في خصوص الوصية أنه «لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي» (الفصل 179 م.أ.ش.) وهو ما يعني أن الجنين الموصى له لا يمكن أن يكون من ورثة الموصي إلا إذا أجاز الورثة ذلك.

( 25 ) رواه أبو داود عن أبي هريرة (انظر في كتاب نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن علي الشوكاني، دار الجيل، بيروت، غير مؤرخ، الجزء 6، ص 67).

لوجود نظرية تقرّ بما يسمّى بـ «شيئية الجنين» de l'embryon الجنين la réification de l'embryon وترى أنّه شيء وليس شخصا. كما ترى أنّ «الحقوق» المسندة إليه هي حقوق استثنائية معقّدة على ميلاده حياً ولا تتغيّر في طبيعته وخاصة في طبيعته مكوّناته. وعلى عكس ذلك يرى جلّ الفقهاء بأنّ الجنين شخص وإن كانت شخصيته محدودة لا تشهد إلا الجانب الإيجابي المتمثّل في التمتع ببعض الحقوق. كما تستند النظرية الثانية إلى تكريم البشر وتفضيله عن الأشياء والأموال وبقية المخلوقات.<sup>28</sup>

.../...

القانون الجزائري تأثّر بالرأي القائل بأنّ الجنين لا يعدّ شخصا قبل انتهاء مدّة الثلاثة أشهر المذكورة. وقد اعتمد البعض في ذلك الحديث النبوي الشريف «إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا نُطْفَةً ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يُرْسَلُ إِلَيْهِ الْمَلَكُ فَيَنْفُخُ فِيهِ الرُّوحَ وَيُؤَمِّرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ يَكْتُبُ رِزْقَهُ وَأَجَلَهُ وَعَمَلَهُ وَشَقِي أَوْ سَعِيدَ» يراجع حول هذا الحديث الشريف : تقي الدين أبي الفتح، شرح الأربعين حديثاً النوويّة، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، سنة 1356 هـ. صفحة 26 وما بعدها.

(28) انظر حول هذه النظريات في الفقه التونسي بالخصوص : Najeh YAHYAOU, Essai sur la nature juridique du corps humain, mémoire de D.E.A., Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1995 ; Mohamed Kamel CHARFEDDINE, L'embryon : sujet ou objet ? R.T.D. 1998, p. 69 et suiv.

ويتّجه التذكير بما يتضمّنه القرآن الكريم في شأن تكريم الخالق للإنسان . يقول الله تعالى : «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا» (سورة الإسراء الآية 70).

وفي القانون المقارن يراجع بالخصوص :

X. LABBE, La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, P.U.F., Lille, 1990 ; P. RAYNAUD, L'enfant peut-il être objet de droit, D. 1988, p. 109 ; R. ANDORNO, Procréation artificielle, personnes et choses, R.R.J., 1992, I., p. 13 ; P. PEDROT, Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé, J.C.P. 1991, I., 3483 ; R.THERY, La condition juridique de l'embryon et du fœtus ; D. 1982, chr. p.231 ; Philippe MALAURIE, L'homme, être juridique, D. 1994, chr., p.355 ; J.F. NIORT, L'embryon et le droit : un statut impossible ? R.R.J. 1998, p.459 et suiv.

**فقه القضاء في ترتيب حق في التعويض لفائدة الجنين عن الضرر المادي المترتب له عن وفاة أحد أقاربه<sup>26</sup>.** وفي كلّ الصّور فإنّ الأحكام المكرّسة لبعض الحقوق للجنين تقتضي إثبات وجوده ثمّ ميلاده حياً<sup>27</sup>.

**175 - هل للجنين شخصية قانونية ؟** طرح هذا السؤال

(26) أنظر، القرار المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 62926 المؤرّخ في 8 مارس 2000 والمؤيد بالقرار التعقيبي المدني عدد 5957 المؤرّخ في 9 فيفري 2001 (قراران غير منشورين)، وأنظر حول التعويض عن الضرر المعنوي، القرار التعقيبي المدني عدد 52752 المؤرّخ في 4 جوان 1996 النشورية، 1996 ج.1، صفحة 228 الذي اعتبر أنّ الجنين كائن يشعر ويتألّم و«يشعر بالحرمان من عطف والده وإشرافه على رعايته هذا بالإضافة إلى مرارة الإحساس باليتم الذي سيلازمه طيلة حياته». وأنظر كذلك في نفس الاتجاه وبصفة غير مباشرة، القرار التعقيبي المدني عدد 5957/2000 المؤرّخ في 9 فيفري 2001 (غير منشور) (قرار رفض الطعن في قرار استئنائي قضى بالتعويض عن الضرر المعنوي للجنين)، وأنظر كذلك في رفض التعويض عن الضرر المعنوي لصغير غير مميّز (أقلّ من عام) لأنه «لا يدرك» القرار التعقيبي المدني عدد 6022 المؤرّخ في 3 مارس 1982، النشورية، 1982، ج.2، صفحة 326، وفي رفض صريح للتعويض عن الضرر المعنوي للجنين، القرار التعقيبي المدني عدد 4882 المؤرّخ في 20 ماي 1982، النشورية، 1982، الجزء الثالث، صفحة 210 («لا يستحق ابن الهالك تعويضا عن الأضرار المعنوية إذ لا وجود لها طالما أنّه كان يوم وفاة والده جنينا في بطن أمّه وحتى بعد ولادته فإنّه لا يحسّ بأيّ شيء من المرارة والآلام نتيجة افتقاده لوالده من قبل ولادته»). وهكذا فإنّ الاتجاه الجديد لمحكمة التعقيب قد تجاوز هذا الموقف الرافض وقبل التعويض عن الضرر المعنوي للجنين وهو موقف سليم لتطابقه التام مع ثبوت الإحساس والشعور لدى الجنين ؛ انظر كذلك، الأعمال الكاملة للملتقى التأمين في حوادث المرور، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس، 1995.

(27) أنظر حول موقف القانون الجزائري من إسقاط الجنين بين المنع والإجازة ، الفصل 214 م. جنائية وخاصة الفقرة 3 التي أباحت «إبطال الحمل» أي الإجهاض خلال الثلاثة أشهر الأولى منه من طرف طبيب. وهذه الإباحة توجي بوجود فرق هام بين بداية شخصيّة الجنين في القانون المدني وهي محدّدة بعام قبل الميلاد وبدايتها في القانون الجزائري التي يمكن أن نحددها - في الصورة المذكورة - بنهاية الثلاثة الأشهر الأولى للحمل بما يوحي بأنّ

.../...

وأثار هذا الجدل الفقهي تدخل اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية<sup>29</sup> التي أثرت وصف الجنين بأنه «شخص احتمالي» *une personne humaine potentielle*.<sup>30</sup> وهو نفس الوصف الذي تبنته لجنة الأخلاقيات الطبية بفرنسا<sup>31</sup>. كما أنه وصف يتطابق وحرمة الانسان وكرامته وهي من القيم التي تتفق عليها القوانين والشعوب .

## ب - نهاية الشخصية :

176 - تنتهي الشخصية القانونية بموت الشخص<sup>32</sup>. وتنتقل الزمة المالية إلى الورثة لحظة الوفاة إذ «يستحق الإرث بموت المورث»<sup>33</sup>. والموت واقعة قانونية تخضع لوسيلة إثبات معينة . كما يجب الوقوف عند التفرقة بين الوفاة الطبيعية والوفاة الحكيمة . وهي تفرقة أشار إليها الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية ونظم المشرع أحكامها في عدة فصول أخرى.

## (1) الوفاة الطبيعية :

### 177 - مفهوم الموت وإثباته : يصعب علمياً تحديد مفهوم

29 ( أنشئت هذه اللجنة بموجب الأمر المؤرخ في 19 سبتمبر 1994، انظر في شأنها :

Lotfi LARGUET, Le Comité National d'Ethique Médicale, in "Qu'est ce que la bioéthique ?", actes du colloque publiés par la faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Tunis, 1997, p. 159 et suiv.

30 ( رأي اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية عدد 1، بتاريخ 12 ديسمبر 1996.

31 ( رأي صادر بتاريخ 22 ماي 1984.

32 ( لكن يراجع الحكم الخاص الوارد بالفصل 450 من المجلة التجارية المتعلق بالتصريح بتفليس تاجر مات.

33 ( الفصل 85 من م . أ . ش .

«الموت»<sup>34</sup>. أمّا من الناحية القانونية فنلاحظ أن الموت واقعة قانونية وأن الإنتحار وهو عمل إرادي غير منصوص على جزائه في القانون الوضعي بصفة واضحة<sup>35</sup>. وعلى كل حال فإن المشرع إهتم بإثبات الموت الطبيعى ذلك أن مجلة الحالة المدنية أوردت بفصلها 47 أن الوفاة تثبت برسم الوفاة الذي ينصّ به على اليوم والساعة والمكان الواقعة فيها الوفاة وعلى إسم المتوفى ولقبه وتاريخ ومكان ولادته وغيرها من البيانات بالإعتماد على تصريح أقارب الهالك أو أي شخص مُعلم بالوفاة . ولا يمكن دفن الجثة إلاّ

34 ( نلاحظ أن المنشور الصادر عن وزير الصحة العمومية بتاريخ 1 أوت 1991 تحت عدد 1048 تطبيقاً لأحكام الفصل 15 من القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المذكور سابقاً، اعتبر أن اللجنة المكلفة بتحديد مفهوم الموت علمياً تبنت التعريف الآتي :

"...On peut définir la mort comme étant l'arrêt irréversible des fonctions vitales spontanées, c'est-à-dire l'arrêt des fonctions respiratoires, cardiaques et cérébrales".

وبعد تطوّر وتردّد ، أورد المشرع الفرنسي من جهته (مجلة الصحة العمومية) التعريف الآتي للموت :

"art. R.671-7-1 : (déc. n° 96-1041 du 2 décembre 1996) Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents :

1. Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée;
2. Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ;
3. Absence totale de ventilation spontanée".

راجع في خصوص مفهوم الموت كذلك :

Patrick DE GOUSTINE, La détermination de la mort en droit positif, Revue de droit sanitaire et social 1990, p. 595 ; L.M. RAYMONDIS, Problèmes juridique d'une définition de la mort, à propos des greffes d'organes, Rev. trim. dr. civ., 1969, p. 29 ; B.CALAIS, La mort et le droit, D. 1985, p. 73 ; D. PORTNOI, A propos de la définition légale de la mort, Gaz. Pal., 1988, 2, doct., p. 300 ; G. LEBRETON, Le droit, la médecine et la mort, D. 1994, p.352.

35 ( أنظر:

François TERRE, Le suicide en droit civil, Etudes Alex Weil, 1983, p. 523

بترخيص مسبق من ضابط الحالة المدنية<sup>36</sup>. وبالإضافة تنتهي الشخصية القانونية فتنتقل ذمة المتوفى إلى ورثته وتنتقل الإلتزامات المرتبطة بشخصه كالتى تترتب عن الزواج وعن عقد العمل وغيرهما<sup>37</sup>. وبعبارة أخرى فإن الوفاة تنتهي صفة «الشخص» صاحب الحق، عند الفرد. وقررت الدوائر المجتمعة لحكمة التعقيب أن «رفع الطعن ضد ميت يؤدي إلى بطلانه» لكنها بينت أنه يعمل بهذا المبدأ «ما لم يتضح أن الظروف السابقة عن الطعن تجعل رافعه جاهلاً للوضعية القانونية الصحيحة دون إهمال منه أو تقصير إستناداً للأمر الظاهر»<sup>38</sup>. لكن هذا الحل الإجرائي الإستثنائي لا يمكنه أن يحجب شمولية المبدأ القائل بأن الشخصية تنتهي حتماً بالوفاة وحدها.

## (2) الوفاة الحكيمة :

178 - مفهوم الوفاة الحكيمة : يستنتج من عبارات الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية أن الموت يمكن أن يكون «حكماً» ويقصد المشرع حالة **الفقدان**. إن الشخص المفقود هو الذي «**ينقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حياً**». وهو ما بيّنه الفصل 81 من مجلة الأحوال الشخصية. وتفصل أحكام هذه المجلة النظام القانوني للفقدان فتتصّل على أن **الفقدان قد يقع في وقت حرب أو في حالات إستثنائية** يغلب فيها

(36) الفصل 44 من المجلة المذكورة .

(37) حول الحماية الجزائية للموتى أنظر الفصل 167 م.ج (حرمة القبر) والفصل 169 منها (الإعتداء على الجثة) والفصل 170 (إخفاء الجثة) وحول آثار الموت :

Françoise RINGEL et Emmanuel PUTTMAN, Après la mort. D.S. 1991 p. 241.

(38) القرار عدد 124/99 المؤرخ في 11 نوفمبر 1999، قرارات الدوائر المجتمعة لحكمة التعقيب، 1999-2000، ص 54.

الموت. وفي هذه الحالة فإن للحاكم أن يضرب أجلاً لا يتجاوز العامين للبحث عن المفقود ثم يحكم بفقدانه. أمّا في الفقدان الواقع في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها، إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً<sup>39</sup>.

## 179 - التفرقة بين الفقدان والغيبة : يجب أن نلاحظ بأن

الغائب ليس بالضرورة مفقوداً. **فمجرد الغياب لا تتجرّ عنه الوفاة الحكيمة**. فقد رتب المشرع عن الغياب آثاراً خاصة تتعلق بالطلاق<sup>40</sup> وبني النسب<sup>41</sup> وبفقدان الولاية<sup>42</sup> وبتعليق التقادم<sup>43</sup>، وبمراعاة حقوق في إجراءات التسجيل العقاري<sup>44</sup> وكذلك بواجب توجيه يمين الإستيفاء في الدعوى المتعلقة بالغائب<sup>45</sup>. ويقدم على الغائب مقدم يضبط مكاسبه ويديرها إلى ظهوره<sup>46</sup>. لكن إذا طال الغياب فإنه يمكن أن يتحوّل إلى فقدان يبيح للقاضي أن يحدّد في شأنه المدة التي تصير فيها الوفاة الحكيمة مستساغة كأن تتجاوز هذه المدة، المضافة إلى عمر الشخص الغائب، طول الحياة البشرية بقدر ملحوظ<sup>47</sup>.

(39) راجع الفصل 82 من م.أ.ش.

(40) راجع الفصل 40 م.أ.ش.

(41) راجع الفصل 69 من نفس المجلة .

(42) الفصل 67 (جديد) م.أ.ش.

(43) راجع 393 فقرة 4 م.أ.ع.

(44) راجع الفصلين 328 و330 م.ج.ع.

(45) راجع الفصل 510 م.أ.ع.

(46) راجع الفصول 12 إلى 17 من أمر 18 جويلية 1957 المتعلق بتنظيم تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم .

(47) فقهاء، أنظر حول التفرقة بين الفقدان والغيب :

D. VEAUX, Absents et disparus, D. 1947, p. 169 ; M.VIVANT, Le régime juridique de la non-présence, Rev. Trim. Dr. Civ. 1982 p. 1 et suiv.

## الفقرة الثانية خصائص الشخصية القانونية

181 - يسعى القانون لتحديد الشخصية القانونية (أ) كما يقرّ للفرد حقوقاً متعلّقة بذاته وهي حقوق الذات البشرية (ب).

### أ- تحديد الشخصية :

182 - يتمّ تحديد الشخصية بضبط الجنسية والإسم واللقب والمقرّ.

### (1) الجنسية :

183 - تعريفها : الجنسية رابطة واقعية يكرّسها القانون وتمنح الفرد صفة العضو في مجموعة منظّمة في شكل دولة<sup>52</sup>. وللجنسية أهمية قانونية كبرى فهي التي تسمح للفرد بأن ينتمي لدولة دون غيرها . ويمكن أن تكون الجنسية التونسية أصلية أو مكتسبة. فالجنسية التونسية الأصلية تسند إما بموجب النسب إذ يكون تونسياً أولاً من ولد لأب تونسي وثانياً من ولد من أمّ تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية وثالثاً من ولد بتونس من أمّ تونسية وأب أجنبي<sup>53</sup>. وإمّا بموجب الولادة بتونس حسب شروط بيّنتها مجلة الجنسية في الفصول 7 و 8 و 9 و 10 . وفي غياب الجنسية الأصلية يمكن إكتساب الجنسية التونسية

( 52 ) يراجع في خصوص الجنسية :

Ali MEZGHANI, Droit international privé, Etats nouveaux et Relations Privées Internationales, C.E.R.E.S, PRODUCTIONS, C.E.R.P., Tunis, 1991, n° 100, p. 48 et suiv.

( 53 ) راجع الفصل 6 من مجلة الجنسية .

180 - إثبات الوفاة الحكمية : تثبت الوفاة الحكمية في كلّ الحالات بحكم قضائي<sup>48</sup> . وبصدور حكم فقدان يعتبر المفقود في حكم الأموات . كما نلاحظ أنّ المشرع دقّق بصفة خاصة أحكام الميراث عند حصول فقدان وأقرّ بأنّه يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإنّ ظهر حياً أخذه وإن لم يظهر وصدر الحكم بموته ردّ نصيبه إلى من يستحقّه من الورثة وقت موت مورثه . فإنّ ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة<sup>49</sup> . وبصفة أعمّ فقد أقر المشرع للمفقود المحكوم بموته والذي يظهر للوجود بعد ذلك الحكم أن يثبت وجوده ويطلب بالتالي إبطال الحكم المذكور ويسترجع مكاسبه حسب الحالة التي توجد عليها . وينصّ على ذلك الإبطال بطرّة تضمين الحكم برسم الحالة المدنية<sup>50</sup> .

وبإنهاء الحياة طبيعياً أو حكماً تنتهي الشخصية القانونية فتنتقل فوراً جلّ الحقوق والواجبات إلى الورثة في حين تنقضي الحقوق والواجبات المتّصلة بشخص المورث حسب طبيعة الإلتزام أو حكم القانون أو محتوى العقد<sup>51</sup> .

( 48 ) راجع الفصل 57 من قانون الحالة المدنية المذكور آنفاً وراجع كذلك في خصوص الأحكام الخاصة بالفقدان الناتج عن إختفاء طائفة وإنقطاع أخبارها، الفصل 133 من مجلة الطيران المدني الصادرة بموجب القانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرّخ في 29 جوان 1999، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 54 بتاريخ 6 جويلية 1999، ص 1252 (إشتراط مدّة 3 أشهر لإعتبار الطائفة مفقودة ثم لإمكانية التصريح قضائياً بوفاة الأشخاص الموجودين على متنها).

( 49 ) راجع الفصل 151 م.أ.ش .

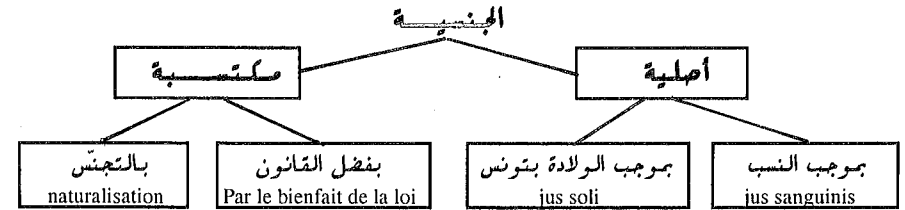
( 50 ) الفصل 58 من مجلة الحالة المدنية .

( 51 ) راجع بالخصوص الفصل 241 م.أ.ع .

وذلك إما بفضل القانون<sup>54</sup> أو عن طريق التجنس<sup>55</sup>. ونشير إلى أهمية التنقيح المدخل على الفصل 12 من مجلة الجنسية بموجب القانون عدد 62 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993 وكذلك التنقيح الحديث المدخل على نفس الفصل بتاريخ 21 جانفي 2002 (بموجب القانون عدد 4 لسنة 2002، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 7، الصادر في 22 جانفي 2002، ص 139) والذي أعاد صياغة الفصل كما يلي: «يصبح تونسيا من ولد خارج تونس من أم تونسية وأب أجنبي على أن يطالب بهذه الصفة بمقتضى تصريح خلال العام السابق عن سنّ الرشد. أما قبل بلوغ الطالب سن التاسعة عشرة فيصبح تونسيا بمجرد تصريح مشترك من أمّه وأبيه.

وفي صورة وفاة الأب أو فقدانه أو انعدام أهليته قانونا، فإنه يقع الإكتفاء بتصريح الأم وحدها.

ويقع التصريح في كل الحالات طبق أحكام الفصل 39 من هذه المجلة. ويكتسب المعني بالأمر الجنسية التونسية من تاريخ تسجيل التصريح مع مراعاة الأحكام المسطرة بالفصلين 15 و 41 من هذه المجلة».



كما نظمت مجلة الجنسية أحكام فقدان الجنسية وإسقاطها وسحبها في فصولها من 30 إلى 38 وأحكام إثباتها في فصولها من 59 إلى 62.

(54) راجع الفصول 12 إلى 18 من مجلة الجنسية.

(55) راجع الفصول 19 إلى 23 من المجلة المذكورة.

## (2) الإسم واللقب :

184 - إن الإسم واللقب يساهمان في تحديد هوية الشخص فاللقب يشمل أفراد العائلة الواحدة في حين يمنح لكل فرد منها إسم prénom أو أسماء. ويتم تحديد الإسم منذ التصريح بالولادة وإقامة رسمها من طرف ضابط الحالة المدنية. ويخضع الإسم واللقب لأحكام عامة ولأحكام خاصة ببعض الحالات.

### 1-2 - الأحكام العامة :

185 - تقديم النصوص المنظمة للإسم واللقب : منذ بداية عهد الإستقلال وسعيا لتنظيم الحالة المدنية للأفراد، سعى المشرع التونسي لضبط أحكام الإسم واللقب. فصدر على التوالي :

- القانون المؤرخ في 26 ماي 1959 الذي «يقتضي أن يكون لكل تونسي لقب عائلي وجوبا»<sup>56</sup>.

- ثم القانون عدد 20 لسنة 1964 المؤرخ في 28 ماي 1964 المتعلق بالسماح لبعض التونسيين بتغيير اللقب أو الإسم<sup>57</sup>.

- ثم القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب<sup>58</sup>.

- ثم القانون عدد 31 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001

(56) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 19-22-26 ماي 1959، ص 676.

(57) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 26-29 ماي 1964، ص 734.

(58) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 30 أكتوبر 1998، ص 2176، وقد ألغى هذا القانون العمل بأحكام القانون عدد 81 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب أو المهملين.

المتعلق بإحداث شهادة تطابق بين اللقب الأصلي واللقب المسند<sup>59</sup>.

186 - وجوبية اللقب العائلي : اقتضى الفصل الأول من

القانون الصادر في 26 ماي 1959 أنه «ينبغي على كل مواطن تونسي أن يكون له زيادة على اسمه أو أسمائه لقب عائلي» وقد سعى المشرع بفرضه هذا الواجب إلى تفادي بعض العادات السائدة (كحمل كنية عوض اللقب وكتعدد الألقاب في العائلة الواحدة أو حمل اسم الأب لتحديد الهوية...) <sup>60</sup>. ولتسهيل إجراءات إكتساب لقب عائلي جديد ، مكّن المشرع الأفراد المعنيين من حق اختيار لقب عائلي على أن لا تختار :

1- «الألقاب التي ربما تكون من أجل معانيها أو عند النطق بها محلّ السّباس أو سخرية.

2 - الألقاب التي تكون من حيث سماعها منافية للأخلاق الفاضلة.

3 - الألقاب التي أصلها غير عربي ما عدا الألقاب التي سبق استعمالها من قديم بالمغرب العربي.

4 - أسماء البلدان»<sup>61</sup>.

وفي الآن ذاته ، فرض المشرع ، سنة 1959، على كل تونسي أن يصرح للإدارة بلقبه العائلي وذلك في أجل حدّده القانون ومكّن اللجنة الإدارية المحدثّة للغرض، من إسناد لقب لكل من لم يحترم إجراء التصريح وذلك بصفة وجوبية<sup>62</sup>.

( 59 ) الرأئد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 30 مارس 2001، ص 831.

( 60 ) حول هذه الجوانب يراجع :

Soraya MEDDEB, L'attribution du nom, mémoire de D.E.A., Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1995-1996, p. 28 et suiv.

( 61 ) الفصل 4 من القانون عدد 53 لسنة 1959 المذكور.

( 62 ) يراجع الفصلان 2 و7 من القانون عدد 53 لسنة 1959، المذكور.

187 - الحالات الجائز فيها قانونا تغيير اللقب أوالإسم:

أجاز القانون الصادر في 28 ماي 1964 تغيير اللقب أو الإسم في بعض الحالات فقط. فطلب الإذن بالتغيير لا يتمّ إلا لمن كان تونسيا و«ليس له إسم عربي أو مغربي أو له إسم يكون من أجل معناه أو عند النطق به محلّ السّباس أو سخرية أو له نفس الإسم الذي لأحد إخوته أو أخواته»<sup>63</sup>. وتوجّه مطالب التغيير إلى وزارة العدل<sup>64</sup>. وإذا تعلّق الأمر بقاصر فينوبه وليّه<sup>65</sup>. ويقع نشر الأوامر الصادرة في الإذن بإبدال اللقب أو الإسم بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ويقع ترسيمها بدفاتر الحالة المدنية لمدينة تونس كما يقع التنصيب عليها بطرّة رسوم ولادة المعنيين بالأمر<sup>66</sup> إذ أن ذكر الإسم واللقب من البيانات الأساسية في رسوم الولادة<sup>67</sup>. وتتّجه الإشارة كذلك إلى أن صور التغيير الجائز قانونا واردة كاستثناء لمبدأ عدم تغيير الإسم واللقب، فلا يمكن بالتالي التوسّع فيها.

( 63 ) الفصل 2 من القانون عدد 20 لسنة 1964 المذكور ، كما تمّ تنقيحه بموجب القانون عدد 29 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966. ونلاحظ أن الفصل الأول من القانون المذكور مكّن كذلك كل شخص اكتسب الجنسية التونسية من أن يطلب الإذن بإبدال لقبه واسمه بأمر. كما نلاحظ أن الفصل الثاني المذكور اقتصر في عباراته على التنصيب على إبدال «الإسم» ولم ترد الإشارة فيه إلى اللقب. ولكنّ هذا النقص يمكن أن يتمّ تجاوزه بالنظر إلى عنوان القانون الذي اشتمل على «الإسم واللقب» وبالنظر أيضا لمضمون بقية الفصول (3و4و5) التي أشارت إلى «تغيير الإسم واللقب».

( 64 ) الفصل 3 من القانون عدد 20 لسنة 1964.

( 65 ) الفصل 2 من القانون عدد 20 لسنة 1964.

( 66 ) الفصل 4 من القانون عدد 20 لسنة 1964.

( 67 ) الفصل 26 من مجلة الحالة المدنية . والملاحظ أن الفصل المذكور يشير إلى «الأسماء» (بصيغة الجمع) التي تختار للمولود الجديد.

## 188 - مسألة تغيير الاسم في حالة تغيير الجنس : قد يرد

ذكر الجنس برسم الحالة المدنية مخالفا للواقع كأن يذكر بأن المولود أنثى في حين أنه ذكر. ولإصلاح هذا الغلط مكن الفصل 63 من مجلة الحالة المدنية من طلب الإذن بالإصلاح من رئيس المحكمة الابتدائية بالمنطقة التي حرر فيها الرسم. وتبعاً لإصلاح التنصيص المتعلق بالجنس يتم إصلاح الاسم. وهو ما تم في قضية «أميرة - أمير» التي نظرت فيها المحكمة الابتدائية بين عروس تحت عدد 621 بتاريخ 28 مارس 1990<sup>68</sup> وأذنت فعلاً بالإصلاح لأن المولود ذكر وليس أنثى كما بدا عند الميلاد ولأن «تغيير الجنس ينعكس حتماً على الاسم ويمكن المعنى بالأمر من حمل اسم يتماشى والجنس الذي أصبح ينتمي إليه خصوصاً وأن الاسم السابق لا ينطبق على الجنسين». لكن هل يجوز مثل هذا التغيير في الاسم عندما لا يتأسس على أي غلط بل يكون ناتجاً عن تغيير قصدي في الجنس؟ هذا هو الإشكال الذي طرحته قضية «سامي - سامية» التي نظرت فيها محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993<sup>69</sup>. إعتبر القرار الاستئنافي أن الدعوى، في هذه الحالة، تخالف النظام العام «ضرورة أن القضاء لا يمكن له إقرار حق اكتسب بصفة منافية للقانون وكذلك للنظام العام» فإن «تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية

(68) مجلة القضاء والتشريع 1991، عدد 2، ص 127.

(69) نشر بمجلة القضاء والتشريع 1994، عدد 1، صفحة 109، وبالمجلة القانونية التونسية 1995، ص 145 مع تعليق بقلم رشيدة الجلاصي، وانظر كذلك محمد المحجوب طريطر، حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مجلة القضاء والتشريع 1994، عدد 1، صفحة 59، وانظر كذلك التعليق الانتقادي الصادر عن الأستاذين حمادي الرديسي وصالح الدين بن عبيد تحت عنوان:

"l'affaire Samia, ou le drame d'être "autre", Journal International de Bioéthique, 1995, n° 2, p. 153.

والنظام العام وما استقر عليه العلم حالياً، إذ أنه من الثابت علمياً أن مختلط الجنس لا يمكن له أن ينتمي لجنس معين ولا يمكنه الزواج». وتبعاً لذلك قضت المحكمة بتقرير الحكم الابتدائي القاضي برفض دعوى تغيير الاسم ودفتر الحالة المدنية. ويذكرنا هذا الموقف في نصه - لا في سنده - بالموقف السلبي الذي إعتمدته محكمة التعقيب الفرنسية سابقاً في هذه المسألة<sup>70</sup>. لكن هذه المحكمة عدلت موقفها بعد صدور قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في 25 مارس 1992<sup>71</sup>، وأجازت تغيير الحالة المدنية بما يناسب التغيير الحاصل في الجنس<sup>72</sup>. وهو موقف محمود لأن تغيير الجنس لأسباب علاجية، سبب مشروع لتغيير الاسم وجعله مطابقاً للواقع الجديد.

ويستخلص من كل ما سبق أن الاسم واللقب وجوبيان. كما تجدر الإشارة أن الاسم لا يمكن إحالته ولا يسقط بالتقادم.

## 2-2- الأحكام الخاصة ببعض الحالات :

189 - إن الأصل أن ينسب المولود لأبيه. لكن ما حكم لقب الشخص المتبني أو المكفول أو اللقيط أو المهمل؟ وهل تلزم الزوجة على

(70) أنظر:

Cass. civ. 1ère ch., 21 mai 1990, D. 1991, p. 169. J.C.P., 1990, II, 21588.

(71) أنظر:

C.E.D.H., 25 mars 1992, D. 1993, 101, note J., P. MARGUENAUD ; Rev. trim. dr. civ., 1992, p. 540, observ. J. HAUSER.

(72) أنظر:

Cass. civ., Assemblée Plénière, 11 décembre 1992, deux arrêts, J.C.P., 1993, II, 21991 note G. MEMETEAU;

وانظر من بعده، في تغيير موقف محكمة التعقيب الفرنسية، Cass. civ., Assemblée Plénière, 11 décembre 1992, J.C.P., 1993, II, 21991 ; Rev. trim. dr. civ., 1993, p. 97; Versailles, 13 mai 1993, Gaz. Pal., 1994, I, som., p. 17.



تبديل لقبها ؟ لهذه الحالات أحكام خاصة.

**190 - لقب المتبني :** يحمل المتبني لقب المتبني ويجوز له أن يبدل إسمه . وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبني<sup>73</sup> . وإذا تم الرجوع في التبني جان، حسب قرار محكمة الاستئناف بالمنستير عدد 145 الصادر في 9 جانفي 1986<sup>74</sup> ، الحكم لفائدة الطلب المتعلق بإبدال إسم المتبني والرجوع إلى الإسم الأصلي وذلك لأن سكوت النص التشريعي يحتم «ترجيح التيسير على الأطراف» . ففي القرار المذكور أثرت المحكمة تأسيس قرارها على «النظرية المختلطة التي ارتأت اتباعها واقتنعت بمطابقتها لعميق قصد المشرع في كون الرجوع في أحكام التبني وإبطالها أمر ممكن قانونا ليس فقط قياسا على التشريع المقارن المقبس منه قانونا بل وكذلك تماشيا مع نظرية تطابق الأشكال القانونية ومراعاة لمصلحة المتبني والمتبنيين والأبوين الأصليين كأفراد، من جهة، والمجتمع ككل، من جهة ثانية» . وترتبا على الرجوع في التبني فإنه لا مانع كذلك من الرجوع في الإسم الذي تم إعتماده في حكم التبني (محمّد) والعودة إلى الإسم واللقب الأصليين (محسن بن أحمد بن حسن ث ...).

**191 - لقب المكفول :** الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد أو هيئة برّ بكفالة طفل قاصر . فالكفالة تختلف عن التبني ولا يمكن تبديل إسم أو لقب المكفول إذ أن هذا الأخير يحتفظ بجميع حقوقه

( 73 ) الفصل 14 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني وأنظر كذلك حول لقب المتبني، تعقيب مدني عدد 777 مؤرخ في 11 جانفي 1961 مجلة القضاء والتشريع 1961، عدد 2، صفحة 985/27.

( 74 ) المجلة القانونية التونسية، 1989 ص. 117 مع تعليق الأستاذ ساسي بن حليمة (الذي يقترح تدخل المشرع لتنقيح صريح لقانون التبني).

الناجمة عن نسبه وبالأخص لقبه<sup>75</sup> .

**192 - لقب الطفل المهمّل أو مجهول النسب :** ألغى القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، أحكام القانون عدد 81 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال مجهولي النسب أو المهملين . فتطبيقا لما أوردته مجلة حماية الطفل في فصلها الخامس الذي نصّ على أن «لكلّ طفل الحق في الهوية منذ ولادته . وتُشمل الهوية الإسم واللقب العائلي وتاريخ الولادة والجنسية»، مكّنت أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 الطفل المجهول النسب من حمل لقب أمّه أو أبيه. فقد نصّ الفصل الأول من القانون المذكور على ما يلي : «على الأم الحاضنة لإبنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي». كما مكّن القانون المذكور الأب أو الأم أو النيابة العمومية من «رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل». «وفي هذه الحالة فإنّ إسناد اللقب يخوّل للطفل الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة مادام لم يبلغ سنّ الرشد أو بعده في الحالات المخوّلة قانونا». وفي غياب تطبيق هذه الحلول فإنّ اختيار إسم ولقب الطفل المهمّل أو مجهول النسب يتمّ من الولي العمومي كما تمّ تعريفه بالفصل الأوّل من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني<sup>76</sup> . وفي كل الحالات يجوز

( 75 ) الفصل 6 من قانون 4 مارس المذكور : «يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الإرث». وتنتهي الكفالة عند بلوغ سنّ الرشد أو عند الحكم بفسخها (الفصل 7 من القانون المذكور).

( 76 ) الفصل 2 من القانون عدد 75 لسنة 1998 المذكور.

تبدیل ل

بیدل  
الرجوع  
الصا  
المتبني

يحتّم

تأسي

بمطابق

أمر م

بل وكذا

المتبني

جهة ثا

في الإ

واللقب

شخص

ولا يمك

( 73 )

بالو

مدني

2، ص

( 74 )

حليه

**للشخص الذي تجاوز عمره العشرين عاما أن يطلب الإذن بإسناد**  
إسم ولقب عائلي وفق أحكام القانون عدد 53 لسنة 1959 المؤرخ في 19 ماي 1959 المتعلق باللقب العائلي<sup>77</sup>. ويعتبر الإعتداد بالتحليل الجيني لاثبات الأبوة<sup>78</sup> تطورا ملحوظا في إعتداد أحدث الوسائل العلمية في المجال<sup>79</sup>.

**القانون<sup>80</sup>. إلا أن الفصل الثاني من القانون عدد 27 لسنة 1993 الصادر**

( 77 ) الفصل 4 من القانون عدد 75 لسنة 1998 المذكور، واعتبرت محكمة تطبقا لهذا الفصل أن أحكام قانون 28 أكتوبر 1998 « لا تخص إلا الأطفال النسبة إلى المرأة المتزوجة أو المترملة، من العناصر المحددة للهوية التي مجهولي النسب أمّا من تجاوزت سنّه العشرين عاما فإنّه ليس بوسعه طلب الإذن بإسناد لقب عائلي إن كان خاليا منه وفق أحكام القانون عدد لسنة 1959 المؤرخ في 26 ماي 1959 » لتضيف أن قائمة من لهم حق التقاض لزوجته بتغيير لقبها بل إنّه مجرد إجراء إداري.

**194 - حالة مزدوجي اللقب : يمكن للشخص أن يكون له**

( 78 ) « أبوة » لا « نسب » فالنص الصادر عام 1998 لا يذكر كلمة نسب ومحكم التعقيب تردّد في أولى قراراتها أن القانون الجديد يتعلّق بإسناد لقب نسب (يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 6719 / 2000 الصادر في 11 مارس 2001، غير منشور والقرار التعقيبي المدني عدد 1235 / 2000 الصادر في 29 مارس 2001، غير منشور والقرار التعقيبي المدني عدد 3043 / 2000 الصادر في 16 نوفمبر 2000، غير منشور).

( 79 ) ظهرت صعوبة جدية عند بداية العمل بأحكام القانون الجديد : فهل يعدّ رفض الخضوع للتحليل الجيني إقرارا على معنى الفصل 429 م.إ.ع. ؟ تباين الحلول في قرارات محكمة التعقيب : أنظر في إتجاه القول بوجود « إقرار القرار التعقيبي المدني عدد 10020/2001، الصادر في 12 أكتوبر 2001 ، غير منشور (« إعتبرت المحكمة (محكمة الإستئناف بقفصة) أنّه تنكّل وأنّ نكوا يعدّ إقرارا ضمّنيا بالأبوة ولها حق تقدير مدلول الأدلة المعروضة علي واستخلاص النتائج القانونية دون رقابة عليها من طرف هذه المحكمة دامت عللت موقفها »)، وفي إتجاه القول بعدم وجاهة ترتيب الإقرار : أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 4182 / 2000 الصادر في 16 نوفمبر 2000، غير منشور (« يؤخذ من هذا النصّ (429 م.إ.ع.) أنّ عدم الجواب عن الدعوى قبل المطلوب لا يعدّ إقرارا منه بصحتها ووجاهتها إلا متى دعت المحكمة للجواب . وحيث لمّا كان الإختبار المأذون به وسيلة إستقرار الغرض منه » ) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 26 المؤرخ في 30 مارس 2001، ص 2.

( 80 ) راجع في هذا الشأن الطيّب العنابي ، لقب المرأة التونسية بين الواقع والقانون ، مجلة القضاء والتشريع 1975 عدد جويلية ص. 35.

( 81 ) راجع في هذا الشأن الطيّب العنابي ، لقب المرأة التونسية بين الواقع والقانون ، مجلة القضاء والتشريع 1975 عدد جويلية ص. 35.

( 82 ) راجع في هذا الشأن الطيّب العنابي ، لقب المرأة التونسية بين الواقع والقانون ، مجلة القضاء والتشريع 1975 عدد جويلية ص. 35.

( 83 ) راجع في هذا الشأن الطيّب العنابي ، لقب المرأة التونسية بين الواقع والقانون ، مجلة القضاء والتشريع 1975 عدد جويلية ص. 35.

للشخص الذي تجاوز عمره العشرين عاما أن يطلب الإذن بإسناد إسم ولقب عائلي وفق أحكام القانون عدد 53 لسنة 1959 المؤرخ في 26 ماي 1959 المتعلق باللقب العائلي<sup>77</sup>. ويعتبر الإعتداد بالتحليل الجيني لاثبات الأبوة<sup>78</sup> تطورا ملحوظا في إعتداد أحدث الوسائل العلمية في المجال<sup>79</sup>.

( 77 ) الفصل 4 من القانون عدد 75 لسنة 1998 المذكور، واعتبرت محكمة تطبيقا لهذا الفصل أن أحكام قانون 28 أكتوبر 1998 « لا تخص إلا الأطفال مجهولي النسب أما من تجاوزت سنّه العشرين عاما فإنه ليس بوسعه إلا طلب الإذن بإسناد لقب عائلي إن كان خاليا منه وفق أحكام القانون عدد 53 لسنة 1959 المؤرخ في 26 ماي 1959 « لتضيف أن قائمة من لهم حق التقاضي الواردة في قانون 28 أكتوبر 1998 واردة على سبيل الحصر » (القرار التعقيبي المدني عدد 2000-6663 الصادر في 20 سبتمبر 2001 غير منشور).

( 78 ) «أبوة» لا «نسب» فالنص الصادر عام 1998 لا يذكر كلمة نسب ومحكمة التعقيب تردد في أولى قراراتها أن القانون الجديد يتعلق بإسناد لقب لا نسب (يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 6719/2000 الصادر في 11 ماي 2000، غير منشور والقرار التعقيبي المدني عدد 1235/2000 الصادر في 21 سبتمبر 2000، غير منشور والقرار التعقيبي المدني عدد 3043/2000 الصادر في 16 نوفمبر 2000، غير منشور).

( 79 ) ظهرت صعوبة جدية عند بداية العمل بأحكام القانون الجديد : فهل يعتبر رفض الخضوع للتحليل الجيني إقرارا على معنى الفصل 429 م.إ.ع. ؟ تباينت الحلول في قرارات محكمة التعقيب : أنظر في إتجاه القول بوجود «إقرار»، القرار التعقيبي المدني عدد 10020/2001، الصادر في 12 أكتوبر 2001 ، غير منشور («إعتبرت المحكمة (محكمة الإستئناف بقفصة) أنه تنكّل وأنّ نكوله يعدّ إقرارا ضمنياً بالأبوة ولها حق تقدير مدلول الأدلة المعروضة عليها واستخلاص النتائج القانونية دون رقابة عليها من طرف هذه المحكمة ما دامت عللت موقفها«)، وفي إتجاه القول بعدم وجاهة ترتيب الإقرار : أنظر، القرار التعقيبي المدني عدد 4182/2000 الصادر في 16 نوفمبر 2000، غير منشور («يؤخذ من هذا النص (429 م.إ.ع.) أن عدم الجواب عن الدعوى من قبل المطلوب لا يعدّ إقرارا منه بصحتها ووجاهتها إلا متى دعت المحكمة للجواب . وحيث لما كان الإختبار المأذون به وسيلة إستقراء الغرض منها

.../...

193 - لقب المرأة المتزوجة : هل يتغير لقب المرأة المتزوجة ؟ لا يقر القانون وجوب هذا التغيير أي أنه لا تلزم المرأة المتزوجة على إعتداد اللقب العائلي لزوجها ولا تحرم، بحكم زواجها، من التمتع بلقبها. وفي الواقع نلاحظ قيام عرف أو على الأقل عادة مخالفة تحت الزوجة على إستعمال لقب زوجها، لكن ليس لهذا الواقع ما يدعمه في القانون<sup>80</sup>. إلا أن الفصل الثاني من القانون عدد 27 لسنة 1993 الصادر في 22 مارس 1993 والمتعلق ببطاقة التعريف الوطنية إعتبر أن لقب الزوج بالنسبة إلى المرأة المتزوجة أو المترملة، من العناصر المحددة للهوية التي ترد بالبطاقة المذكورة<sup>81</sup>. ولكن هذا التنصيص لا يمثل، في رأينا، إلزاما للزوجة بتغيير لقبها بل إنه مجرد إجراء إداري.

194 - حالة مزدوجي اللقب : يمكن للشخص أن يكون له لقبان في الواقع : لقبه الأصلي ولقبه المسند إليه. ولتسيير الرّبط بين اللقبين صدر القانون عدد 31 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001 المتعلق بإحداث شهادة تطابق بين اللقب الأصلي واللقب المسند<sup>82</sup> لتثبت انطباق اللقبين على حاملهما. وتتضمن هذه الشهادة المسلمة من قاضي

.../...

البحث عن الحقيقة فإنّ الحكم التحضيري القاضي باجرائه لا يشكل حتى بطريق الإستنتاج دعوة من المحكمة للمطلوب للجواب عن الدّعى الموجهة عليه«)؛ ويراجع في الفقه : ساسي بن حليمة ، إثبات البنية حسب أحكام القانون المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 ، وهي دراسة منشورة بالمرجع الآتي : Mélanges Habib AYADI, C.P.U., Tunis, 2000, p. 245 et suiv.

( 80 ) راجع في هذا الشأن الطيّب العنابي ، لقب المرأة التونسية بين الواقع والقانون ، مجلة القضاء والتشريع 1975 عدد جويلية ص. 35.

( 81 ) الرّائد الرسمي المؤرخ في 30 مارس 1993 صفحة 435.

( 82 ) الرّائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 26 المؤرخ في 30 مارس 2001، ص 831.

الناحية المختص ترابيا وجوبا الاسم الثلاثي للمعني بالأمر ولقبه الأصلي وتاريخ ومكان ولادته وعدد رسم ولادته وكذلك اللقب المسند إليه مع ذكر المرجع الذي تم بمقتضاه إسناد اللقب وتنص على الإشهاد بأن اللقبين ينطبقان على شخص واحد.

### (3) المقرر :

195 - المقرر هو ثاني عنصر محدد لهوية الأشخاص وهو موطن الشخص وموضع إستقراره، وقد أقر الدستور في فصله العاشر للمواطن حرية إختيار مقر إقامته موضحاً أن هذا المبدأ يمارس «في حدود القانون». وأعتنى التشريع بمسألة المقر فضبط أحكامها في عدة نصوص<sup>83</sup>، ووردت في الفصل السابع من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التفرقة الأساسية بين المقر الأصلي والمقر المختار .

### 196 - المقر الأصلي : المقر الأصلي للشخص هو المكان الذي

يقيم فيه عادة<sup>84</sup> . والمقصود هو المحل الذي يقطن فيه الشخص ويشغله فعليا وبإستمرار . وقد اعتبرت محكمة الإستئناف بتونس هذا التعريف للمقر بصرف النظر عن العنوان المرسم بدليل الهاتف<sup>85</sup> . كما بينت الفقرة

( 83 ) راجع علي الجلولي، المقر في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع 1983 عدد 7 صفحة 19 ؛ الباشا التجار ، المقر ، أهميته، صورته، تحديد تأثيراته القانونية خاصة على سلامة الاستدعاء والإعلام، مجلة القضاء والتشريع، 1991، عدد 1، ص 200 ؛ محسن الأكل ، المقر في القانون المدني ، مجلة القضاء والتشريع، 2000، عدد 6، ص 43 ، وانظر كذلك : Nébila MEZGHANI, La notion de domicile en matière de procédure civile et commerciale, R.T.D., 1985, p. 329.

( 84 ) الفقرة الأولى من الفصل السابع م.م.م.ت. وهو تعريف يتطابق مع ما أورده المشرع المصري في الغرض (المادة 40 م.م.مصرية).

( 85 ) القرار المدني عدد 55431 المؤرخ في 31 جويلية 1962 ، مجلة القضاء والتشريع، 1962 عدد 10 صفحة 56-842 .

الأولى من الفصل السابع المذكور أن «المكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقراً أصلياً بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور». فمحل التجارة يعتبر مقراً أصلياً للتاجر فيما تعلق بنشاطه التجاري . ورغم خصوصية هذا المقر فقد إعتبره المشرع مقراً أصلياً .

### 197 - المقرر المختار : عرفت الفقرة الثانية من الفصل السابع

من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المقر المختار بأنه «المكان الذي يعينه الإتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو للقيام بعمل قضائي» . فإختيار المقر يتم إما برغبة من الأطراف المبرمة للإتفاق فينصون على مقراتهم المختارة ويلتزمون بذلك وإما بحكم القانون . ذلك أن المشرع يفرض أحيانا على الأفراد إختيار مقر بصفة صريحة . فالفصل 385 من مجلة الحقوق العينية، مثلاً، يوجب على كل شخص يقع بإسمه ترسيم بسجلات الملكية العقارية أن يختار مقراً له بالجمهورية التونسية وإلا فإن جميع الإعلانات توجه إليه بمركز معتمدية مكان العقار وتعتبر قانونية . كما أن المشرع يفرض على الأفراد أحيانا مقراً ويعتبره، حكماً، مقرهم المختار<sup>86</sup> .

### 198 - حكم مجهول المقر : نلاحظ في الختام أن المشرع ولئن

إعتمد هذه التفرقة بين المقر الأصلي والمقر المختار فإنه أعتنى كذلك بالصورة التي يكون فيها المقر مجهولاً، فقرر أن يقع التبليغ إلى المعني بالأمر في «آخر مقر معروف له» وإذا كان «مجهول المقر مطلقاً علق نظير من الإعلام بالمحكمة المتعده ونظير آخر بمركز الولاية التي توجد بدائرتها

( 86 ) راجع مثلاً بالنسبة لمكتب المحامي في إجراءات الإستئناف ، الفقرة الثانية من الفصل 130 م.م.م.ت.

المحكمة المذكورة»<sup>87</sup>.

**199 - الفائدة الأساسية من تحديد المقر :** لتحديد المقر أثر إجرائي هام يخص الاختصاص الترابي للمحاكم أي تحديد المحكمة المختصة ترابيا ذلك أن المبدأ يفرض في هذا المجال، واجب التقاضي أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها المقر الأصلي أو المختار للمدعى عليه<sup>88</sup>.

## ب - حقوق الذات البشرية :

**200 - للفرد حقوق تحمي ذاته كبشر، كما أنه يتمتع بحقوق عديدة ذات صبغة أدبية وهو ما يفرض تقسيم التحليل إلى مسألتين : حماية الجسد وحماية مكونات حياته الخاصة للأفراد .**

### (1) حماية الجسد :

**201 - مبدأ حماية حرمة الجسد :** ضمن الفصل الخامس من الدستور «حرمة الفرد» ذلك أن جسد الإنسان لا يعدّ مالا فهو ليس بشيء ولا ببضاعة<sup>89</sup>. وعلى هذا الأساس فرض منع الرقّ كما فرض منع أي شكل من أشكال المتاجرة بالجسم. وإحتراما لحرمة الجسم أيضا

(87) راجع خاصة أحكام الفصل 10 م.م.ت .

(88) راجع أحكام الفصل 30 م.م.ت وحول الإستثناءات، راجع الفصول 32 و34 و35 و36 و37 و38 من المجلة المذكورة .

(89) حول حرمة الفرد ، راجع بالخصوص :

**Benoît JORION**, La dignité humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, R.D.P., 1999, p. 197 et suiv. ; **Marie-Luce PAVIA**, La dignité de la personne humaine, in Libertés et droits fondamentaux, ouvrage collectif, Dalloz, 5è édit., Paris, 1999, p. 105 et suiv. ; **Virgine SAINT-JAMES**, Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, D. 1997, ch. p. 61 ; **Bernard EDELMAN**, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D. 1997, ch. p. 185 ;

.../...

منعت جلّ الدول، بما فيها تونس، التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية<sup>90</sup>. وعلى هذا الأساس تقوم أيضا مقاضاة مرتكبي الجرائم المتعلقة بالإعتداءات على جسم الإنسان ويُقضى بالتعويض عن الأضرار البدنية بالتعويض المالي<sup>91</sup>. ويفرض مبدأ حماية حرمة الجسد تنظيم مسألة التبرّع بالأعضاء.

**202 - تنظيم التبرّع بالأعضاء :** ذكر المشرّع بالمبدأ المذكور أنفا عند سنّه بتاريخ 25 مارس 1991 القانون عدد 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها<sup>92</sup> بتأكيده أن «الحرمة الجسدية للإنسان مضمونة»؛ ممّا يوجب تدقيق الحالات التي يجوز فيها أخذ الأعضاء وزرعها . ويتمّ هذا الأخذ إمّا من الأحياء الذين يتبرّعون بذلك أو من جثث الأموات. ونلاحظ فرقا بين النظام القانوني للحالتين. فبالنسبة للتبرّع من قبل الأحياء : حجرّ الفصل 4 من القانون المذكور تحجيرا مطلقا أخذ الأعضاء الضرورية للحياة ولوبرضاء المتبرّع وكذلك أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية وحصر حالات الأخذ من الرشداء سليمي

.../...

**Philippe PEDROT**, (sous la direction de), Ethique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999 (25 contributions) ; **Gilles LEBRETON**, Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine, in mélanges Patrice GELARD, Montchrestien, Paris, 1999, p. 53 ; **Paul MARTENS**, Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte, in mélanges Pierre LAMBERT, Edit. Bruylant, Bruxelles, 2000, p.561.

(90) راجع القانون عدد 79 لسنة 1988 الصادر في 11 جويلية 1988 والمتعلق بالمصادقة على إتفاقية الأمم المتحدة لعام 1984 الخاصة بمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة .

(91) حول جسم الإنسان عموما يراجع خاصة **Travaux de l'Association H. CAPITANT**, Tome XXVI, le corps humain et le Droit, 1975.

(92) الرأئد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22 المؤرخ في 29 مارس 1991، ص 474.

المدارك العقلية والتمتعين بالأهلية القانونية الكاملة والذين يكونون قد أذنوا في ذلك إذنا صريحا وصادرا عن إختيار حسب إجراءات دقيقة يتدخل فيها القضاء. كما منع القانون بالنسبة للأحياء أخذ أي مقابل مالي لتبرعهم. وعلى العكس وفيما يتعلق بأخذ أعضاء من جثة شخص ميت، جاءت أحكام الفصل الثالث من قانون 25 مارس 1991 متسمة بالمرونة، فأجازت أخذ عضو من جثة شخص ميت لغاية علاجية أو علمية **مالم تحصل ممانعة من الهالك خلال حياته أو بعد وفاته من أشخاص أقارب للميت حددهم القانون**<sup>93</sup>. وتصدر الممانعة من الهالك في قائم حياته بكتب معرف بالإمضاء عليه ومودع لدى كتابة المحكمة الابتدائية<sup>94</sup>.

(93) تجدر الإشارة إلى أن أحكام هذا القانون سواء تعلقت بأخذ الأعضاء من شخص حي أم ميت تتفق في مجملها مع قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، بشأن إنتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا، وذلك في دورته الرابعة الملتزمة بجدة من 6 إلى 11 فيفري 1988 ... (القرار رقم 1). وكذلك قراره دعم 8 بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، في دورته السادسة الملتزمة بجدة من 11 إلى 20 مارس 1990. انظر نص القرارين في «قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق في منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة»، للدورات 1-10. القرارات 1-97، نشر دار القلم، دمشق ومجمع الفقه الإسلامي، جدة، الطبعة الثانية 1998، ص 57 وص 121 (القرار رقم 26 والقرار رقم 57 في ترتيب الكتاب).

(94) الفصل 10 من القانون المذكور، يراجع للمقارنة، القانون الفرنسي الصادر في 22 ديسمبر 1976 نشرية دالوز 1977 تشريع صفحة 13. ونلاحظ أن المشرع مكن الأفراد الرشداء من التعبير عن موافقتهم الصريحة على التبرع بأعضاءهم بعد وفاتهم وذلك بالتنصيص على ما يفيد هذه الموافقة ببطاقة التعريف الوطنية (يراجع الفصل الوحيد للقانون عدد 18 لسنة 1999 المؤرخ في 1 مارس 1999 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ في 22 مارس 1993 والمتعلق ببطاقة التعريف الوطنية وانظر كذلك الفصل الأول من الأمر عدد 743 لسنة 1999 المؤرخ في 5 أفريل 1999 المتعلق بتنقيح وإتمام الأمر عدد 717 لسنة 1993 المؤرخ في 13 أفريل 1993 المتعلق بضبط المواصفات المادية والفنية لبطاقة التعريف الوطنية والوثائق الواجب تقديمها للحصول عليها أو لتعويضها).

**203 - حصر التعامل على جسم الإنسان في حالات إستثنائية تفرضها الضرورة :** يُخرج القانون المدني مبدئيا جسم الإنسان عن التعامل ولا يبيحه إلا في صور معينة وللضرورة كصورة التعاقد مع الجراح لإجراء عملية على الجسم أو صورة الختان أو صورة التلقيح أو الخضوع الوجوبي لتحاليل معينة درجة السكر أو إقامة الشهادة السابقة للزواج. ويتضح من الصور كلها أن الإباحة فرضت لأسباب تبعد كل البعد عن فكرة التعامل المالي<sup>95</sup>.

**204 - التخوف من إتساع رقعة الاستثناءات :** تشهد بعض القوانين المقارنة إتساعا لرقعة الإستثناءات التي إمتدت إلى مجالات تثير تخوف الإخصائيين والعلماء كبنوك البذور المنوية وكراء الأرحام وغيرها. ونلاحظ أن محكمة التعقيب الفرنسية أصدرت سنة 1991 قرارا يعتبر الأمومة البديلة la maternité de substitution - المتمثلة في الإلتزام من طرف امرأة على حمل تتركه لغيرها بعد الوضع - عملا غير قانوني لمخالفته للنظام العام ولعدم قابلية الجسم البشري للتعامل وللتصرف القانوني<sup>96</sup>. وتكريسا لهذا الإتجاه، تدخل المشرع الفرنسي سنة 1994 وأعلن صراحة في فصل جديد من المجلة المدنية أن «جسم الإنسان وأجزاءه ومنتجاته لا يمكن أن تكون محلا لحق ذي قيمة نقدية»<sup>97</sup>. وتدخل المشرع التونسي بدوره حديثا لينظم الجوانب المتصلة بالطب الإنجابي.

(95) حول هذه الجوانب الإستثنائية ودوافعها يراجع خاصة :

L. JOSSERAND, La personne humaine dans le commerce juridique, D.H. 1932 ch. p. 1.

(96) انظر : Ass. Plén., 31 mai 1991, D. 1991, p. 417.

(97) يراجع الفصل 16 - 1 من المجلة المدنية الفرنسية.

**205 - تنظيم الطبّ الإنجابي وتأكيد حرمة الفرد :** أقرّ المشرّع الفرنسي مبدأ ضمان «إحترام الكائن البشري منذ بداية هيئته»<sup>98</sup> وسعى لتنظيم هذه الحماية بموجب قانونين صدرا عام 1994 واشتهرا بتسميتهما بـ«تشريع الأخلاقيات الطبية» les lois bioéthiques<sup>99</sup>، وخصّص أحدهما لتنقيح المجلة المدنية الفرنسية<sup>100</sup>. ومنعت هذه الأحكام صراحة أن تكون مكونات الجسم البشري موضوع حق مالي<sup>101</sup> كما منعت الحمل للغير<sup>102</sup>. أمّا في خصوص التشريع التونسي، فيتّجه التذكير بأنّ «ضمان حرمة الفرد» مبدأ دستوري أكّده الفصل الأوّل من القانون الصادر في 25 مارس 1991 المتعلّق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها حين أقرّ بأنّ «الحرمة الجسدية للإنسان مضمونة»<sup>103</sup>، وكذلك الفصل الأوّل من القانون الصادر في 7 أوت 2001 المتعلّق بالطبّ الإنجابي الذي نصّ على أنّ هذا الطبّ «يمارس في كنف ضمان كرامة الإنسان وصون حرمة الجسدية»<sup>104</sup>. وقد أخضع هذا

( 98 ) الفصل 16 م.م.فرنسية في صيغته الجديدة:

"La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie".

( 99 ) يراجع القانون عدد 653 لسنة 1994 والقانون عدد 654 لسنة 1994 الصادرين في 29 جويلية 1994، الرأئد الرسمي للجمهورية الفرنسية المؤرخ في 30 جويلية 1994.

( 100 ) وهو القانون عدد 653 لسنة 1994 المؤرخ في 29 جويلية 1994.

( 101 ) الفصل 16-1 م.م.ف. والفصل 5-16 م.م.ف.

( 102 ) الفصل 16-7 م.م.ف.

( 103 ) القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلّق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

( 104 ) القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلّق بالطبّ الإنجابي، الرأئد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 المؤرخ في 7 أوت 2001، ص 2573.

القانون الجوانب المتّصلة بالطبّ الإنجابي لأحكام دقيقة تحقيقا لضمان حرمة الفرد وحماية مكونات شخصيته. فحصر الأعمال الطبية المساعدة للإنجاب في الشخصين المتزوجين<sup>105</sup> وذلك قصد تدارك عدم الخصوبة لديهما (الفصل 3) وبشرط وجودهما على قيد الحياة، وفي سنّ الإنجاب، وبواسطة أمشاج<sup>106</sup> متأتّية منهما وجوبا لا من الغير (الفصل 4) على أن يتمّ تلقيحها بحضورهما شخصيا (الفصل 5). كما منع تكوين الجنين أو إستعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد إنتقاء النسل (الفصل 7) واستبعد ما يسمّى بـ«الأمومة البديلة» أي إستعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين (الفصل 15)<sup>107</sup> وحجر الإستنساخ (الفصل 8)<sup>108</sup>، وفرض

( 105 ) وهو ما رآه سماحة مفتي الجمهورية السابق، الشيخ المختار السلامي في حديث صحفي لجريدة الصّباح في 23 مارس 1988.

( 106 ) حدّد الفصل 11 من القانون المذكور مدّة حفظ الأمشاج بخمس سنوات.

( 107 ) يلاحظ أنّ كل هذه الأحكام متّفقة مع قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة في الغرض، وخصوصا مع قراره رقم 4 بشأن أطفال الأنابيب في دورته الثالثة الملتئمة بعمّان من 11 إلى 16 أكتوبر 1986، وقراره رقم 2 بشأن الإستنساخ البشري في دورته العاشرة الملتئمة بجدة من 28 جوان إلى 3 جويلية 1997، أنظر نص القرارات تباعا برقمي 16 و94 في ترتيب كتاب قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المشار إليه سابقا، ص 216.

( 108 ) أنظر حول الجوانب العلمية والدينية والاجتماعية والقانونية لهذا الموضوع ، أبحاث ندوة المجلس الإسلامي الأعلى في «الاستنساخ» بتونس يوم 19 جوان 1997، طبع شركة فنون الرسم والنشر والصحافة ، القصبّة -تونس، الطبعة الأولى 1998. وتبرز هذه الأبحاث توجهها عاما نحو رفض الإستنساخ وتحريمه، يلتقي مع توصية مجمع الفقه الإسلامي بمناسبة قراره المشار إليه بشأن الإستنساخ (النقطة الخامسة) «بمناشدة الدول الإسلامية إصدار القوانين والأنظمة اللازمة لغلّق الأبواب المباشرة ، وغير المباشرة أمام الجهات المحلية أو الأجنبية والمؤسسات البحثية والخبراء الأجانب للحيلولة دون إتّخاذ البلاد الإسلامية ميدانا لتجارب الإستنساخ البشري أو الترويج لها». وهو ما فعله المشرّع بتحريم الإستنساخ قطعيا في الفصل 8 من القانون المذكور.

مراقبة إدارية على الهياكل الطبية المؤهلة لإجراء أعمال الطب الإنجابي<sup>109</sup>.

## (2) حماية الحياة الخاصة للأفراد :

**206 - الأساس القانوني :** تأثراً بما جاء بالفصل 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 الذي نصّ على أنه « لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمسّ شرفه وسمعته. ولكلّ شخص حقّ في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات»، **قضى الدستور التونسي أن للفرد الحقّ في حرمة المسكن وسرية المراسلات<sup>110</sup> وحرية المعتقد<sup>111</sup>.** كما أنّ الإنسان يتمتع بحقّ الزواج<sup>112</sup> وكذلك بحقّ حماية حياته الخاصة من عبث المتطفلين<sup>113</sup>. فلئن لم

( 109 ) أنظر الفصول من 17 إلى 33 من القانون المذكور.

( 110 ) راجع الفصل 9 من الدستور، وكذلك الفصول 1 و10 و11 و29 من مجلة البريد الصادرة بموجب القانون عدد 38 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998.

( 111 ) راجع الفصل 5 من الدستور وكذلك الفصل 4 م.أ.ع.

( 112 ) راجع أحكام الفصل 118 م.أ.ع.

( 113 ) حول حماية الحياة الخاصة في الفقه التونسي، يراجع عبد الله الأحمدى، حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي، أوربيس، تونس، 1993، ص 153 وما بعدها. وفي الفقه المقارن :

D. ACQUARONE, L'ambiguïté du droit à l'image, D.S. 1985, Chr. 129 ; P. ANCEL, La protection des données personnelles, aspects de droit privé français, Rev. int.dr.comp. 1987, 609 ; M. CONTAMINE RAYNAUD, Le secret de la vie privée, in l'information en droit privé, Bibl.dr.priv., L.G.D.J. 1978, 401 ; B. EDELMAN, Esquisse d'une théorie du sujet, l'homme et son image, D.S. 1970, chr. 119 ; L. FAVOREU, Le conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée: à propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules, in Etudes offertes à P. Kayser, t.2, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, 411 ; P. Gulphe, Les tribunaux français gardiens de l'intimité de la vie privée, Rev. jur. et pol. ind.coop. 1982, 554 ; P. KAYSER, Le droit dit à l'image, in Mélanges P.Roubier, t.2, Dalloz et Sirey, 1961, 73 ; Le secret de la vie privée et la

.../...

يتضمّن التشريع التونسي في شأن مبدأ حماية الحياة الخاصة حكماً عاماً مشابهاً لما ورد بالفصل التاسع من المجلة المدنية الفرنسية المنقّح سنة 1970 ("chacun a droit au respect de sa vie privée")، فإنّ الشّراح يتفقون على إمكانية تطبيق الأحكام العامة للقانون المدني كمقتضيات الفصل 82 من مجلة الإلتزامات والعقود، لفرض حماية حرمة الحياة الخاصة للأشخاص وكذلك لمنع أيّ تعدّ على شرف الإنسان أو على صورته أو على أيّ مكوّن من مكوّنات شخصيّته . فقد قضت محكمة الإستئناف بتونس في قضية أبرزت وقائعها مساساً بالحياة الخاصة لمورث المدعين (نشر صورته لغاية إشهارية دون موافقته)، أنّه «ليس من الصفة الشرعيّة أن يتدخل المؤلّف في الحياة الخاصة للنّاس بنشر أحوالهم أو عاداتهم أو صورهم دون ترخيص، إذ في ذلك نيل من الحرمة الشخصية لهم» وعلى هذا الأساس، اعتبرت المحكمة أنّ الشركة التي نشرت صورة مورث المستأنفين دون إذن منه، «تكون قد خالفت المبدأ المذكور وأساعت إلى الورثة بنشر صورة مورثهم دون علمهم ممّا يستهدفها للتعويض المالي لهم»<sup>114</sup>. ولكنّا نعتبر

.../...  
jurisprudence civile, Mélanges R. Savatier, Dalloz 1965, 405 ; Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, Rev. trim.dr.civ. 1971, 445 ; Diffamation et atteinte au droit au respect de la vie privée, in Etudes A. Jauffret, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1974, 403 ; Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles, in Etudes G. Marty, 1978, 725 ; La protection de la vie privée, t. 1, Protection du secret de la vie privée, préface H. Mazeaud, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1ère éd. 1984 ; LINDON, La vie privée et la presse, J.C.P. 65, éd. G.I, 1887 ; Vie privée, un triple dérapage, J.C.P. 70, éd. G.I. 2336 ; Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée, J.C.P. 70, éd. G.I, 2357 ; L. MARTIN, Le secret de la vie privée, Rev.trim.dr.civ. 1959, 222 ; R. NERSON, La protection de la vie privée en droit positif français, Rev.int.dr.comp., 1971, 737 ; P. W.J. WAGNER, Le droit à l'intimité aux U.S.A., Rev. int.dr.comp. 1968, 365.

( 114 ) القرار المدني عدد 67367 الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 1986، غير منشور.



الفصل 82 المذكور المخصص للمسؤولية التقصيرية والمطبق في هذه القضية، عام الأحكام، وفي الآن ذاته قاصرا عن توفير الحماية القانونية ضد كل أوجه التعدي المتنوعة على الحياة الخاصة<sup>115</sup>. وتكريسا لهذا التوجه التشريعي المنشود أورد الفصل 6 من مجلة حماية الطفل الصادرة سنة 1995<sup>116</sup> المبدأ الآتي: «لكل طفل الحق في احترام حياته الخاصة مع مراعاة حقوق ومسؤوليات أبويه أو من يحلّ محلّهما حسب القانون». فهل ينسج المشرع على هذا المنوال لغير الأطفال، ويكرّس هذا الحق للجميع بتدقيق أساس القاعدة جزائها<sup>117</sup>.

### الفقرة الثالثة الأهلية

207 - تعريفها : الأهلية هي قدرة الشخص على تحملّ الالتزامات وعلى إكتساب الحقوق وممارستها. والأصل هو الأهلية إذ نصّ الفصل 3 من مجلة الالتزامات والعقود، على أن «كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه»، وهو ما يعني كذلك أن الحد من الأهلية لا يمكن أن يترتب إلا عن القانون. ويفرق التشريع

(115) حول هذا الرأي يراجع محمد كمال شرف الدين، تطوّر حماية الحياة الخاصة في التشريع التونسي، المجلة القانونية التونسية 1997، ص 27 وما بعدها،

(116) أنظر القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 (الرائد الرسمي المؤرخ في 10 نوفمبر 1995 صفحة 2205).

(117) رغم أن التشريع الفرنسي يتضمن منذ 1970 نصّا صريحا لحماية الحياة الخاصة (الفصل 9 م.م.ف) فإنّ فقهاء القضاء يسعى إلى إبراز مبدأ أعم يهدف لحماية «كرامة» الإنسان la dignité humaine.

بين صنفين من الأهلية : أهلية الوجوب وأهلية الأداء<sup>118</sup>.

208 - أهلية الوجوب *capacité de jouissance* : وهي القدرة على التمتع بالحقوق وعلى تحملّ الالتزامات. وتنشأ هذه الأهلية مع الشخص لتنتهي بنهاية شخصيته القانونية. وتتحد أهلية الوجوب في مضمونها مع فكرة الشخصية القانونية إذ يستفيد منها كل شخص مهما كان عمره ومهما كانت مداركه. فالجنين له أهلية الوجوب ولو أن حقوقه مشروطة وكذا الأمر بالنسبة للصبي الصغير عديم التمييز وللمجنون ولغيرهما. لذا يصعب تعميم إنعدام أهلية الوجوب عند الفرد فلا توجد القيود عليها إلا بصفة جزئية ذلك أن القضاء على أهلية الوجوب كلياً يعني غياب الشخصية القانونية<sup>119</sup>.

209 - أهلية الأداء *capacité d'exercice* : هي قدرة الفرد على ممارسة الحق. وإنعدامها لا يفقد الشخص حقه ولا شخصيته القانونية بل يقيد تصرفه أو يحد منه حماية له، مما يوجب تنظيم نيابة عنه. وتتعدد حالات إنعدام أهلية الأداء أو التقييد منها سواء لأسباب تتعلق بسنّ الشخص أو بحالة مداركه أو بكيفية تصرفه في أمواله أو لأسباب متصلة بجزء آخر كالإفلاس أو السجن. ونلاحظ بالتالي

(118) حول الأهلية أنظر خاصة، محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، تونس، 1993 عدد 83 ص 81 و ما يليها محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس 1995 صفحة 164 وما بعدها. وأنظر كذلك دراسة الأستاذة كلثوم مزيو :

Kalthoum MEZIOU, Jurisclasseur, Droit comparé, Tunisie, fascicule 2, 1998.

(119) أنظر حول هذا الجانب : Gérard CORNU, Droit Civil, Editions Montchrestien, 7ème éd. 1994, n° 475 pp. 164 et 165.

أن أغلب حالات إنعدام الأهلية أو تقييدها تتعلق بأهلية الأداء وتتأسس إما على الرغبة في حماية الفرد أو على ترتيب شبه جزاء على تصرفاته. ونفصل التحليل حسب خطورة القيد فنفرق بين أهلية الأداء المقيّدة (ب) وأهلية الأداء المنعدمة (أ).

### أ- الأهلية المنعدمة :

210 - تنعدم أهلية الأداء لدى الشخص الطبيعي في صورتين تتحدان في فقد القدرة على التمييز لدى صاحب الحق وهو شأن الصغير غير المميز من جهة والمجنون من جهة أخرى .

#### 1) الصغير غير المميز :

211 - تعريفه : يعد الصغير الذي لم يتجاوز عمره ثلاثة عشر عاما كاملة، شخصا غير مميز<sup>120</sup>. فالتمييز le discernement هو القدرة على التفريق بين الخير والشر. ونلاحظ أن المشرع التونسي حدد سن التمييز ببلوغ سن الثالثة عشرة في حين إكتفى المشرع المصري في الفصل 45 من المجلة المدنية بسن السابعة ليقرر بأن «كل من لم يبلغ سن السابعة يعتبر فاقدا للتمييز». وهو ما إعتد به أيضا المشرع الأردني في الفصل 44 من المجلة المدنية الأردنية. وإنعدام أهلية الأداء لا يعني كما رأينا إنعدام أهلية الوجوب مما يوجب تنظيم ولاية للصغير غير المميز وهي ولاية يقصد بها حماية حقوقه.

212 - من هو الولي ؟ يسري على الصغير غير المميز في خصوص الولاية حكم القاصر عموما أي أنه يخضع للتدقيق الوارد بالفصل 154 (جديد) من مجلة الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية. فالقاصر وليه والده، وبعد وفاة والده أو فقدته للأهلية، تصبح أم القاصر ولية له. وبعد

( 120 ) الفصل 5 م.أ.ع. والفصل 156 م.أ.ش.

وفاة الأم أو فقدتها الأهلية يعمل بوصية الأب إن وجدت ويصبح إذاك الولي هو الولي الموصى به من الأب ويسمى « الوصي ». وفي صورة غياب الوصي بعد موت الأب والأم، يقدم على القاصر مقدم قضائي<sup>121</sup>. ورأينا أن القاصر المجهول النسب مطلقا له ولي عمومي. ويعتبر وليا عموميا : متصرفو المستشفيات والمأوى ومعاهد الرضع ومديرو الإصلاحات ومأوي الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم والولاية في جميع الصور الأخرى. وللولي العمومي نفس الحقوق التي للولي الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات<sup>122</sup>.

### 213 - إمكانية تجزئة سلطات الولاية في صورة الطلاق :

في خصوص ولاية الأب المفارق بالطلاق، اقتضت الفقرة الرابعة من الفصل 67 (جديد) من مجلة الأحوال الشخصية بعد تنقيحه بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 أن «الأم تتمتع في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية» وأضافت الفقرة الموالية «ويمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة إذا تعذر على الولي ممارستها أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجزة عنها على الوجه الإعتيادي أو تغيب عن مقره وأصبح مجهول المقر أو لأي

( 121 ) حول الولاية عموما يراجع فقها :

Béchir FERCHICHI, La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs, thèse de doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1983 ;

البشير زهرة ، التصرف في أموال القاصر من طرف الأب والأم ، القضاء والتشريع ، 1988 ، عدد 5 ، ص 7 ؛ مبروك بنموسى ، إسقاط الولاية ، مجلة القضاء والتشريع 1999 ، عدد 1 ، ص 11 .

( 122 ) الفصلان 1 و 2 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني .

سبب يضر بمصلحة المحضون». فالحضانة la garde تتمثل في «حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته»<sup>123</sup>. وهي تختلف بالتالي عن الولاية la tutelle. فالمقصود من الحضانة «تحقيق أمرين اثنين أولهما حفظ الصبي في مبيته بما يتوجب من رعاية وعناية بالفراش وما إلى ذلك، ممّا يضيف عليه السكنى والإطمئنان وثانيهما تربيته بما توجي به هذه العبارة من إطلاق وشمول»<sup>124</sup>. والحضانة من حقوق الأبوين مادامت الزوجية مستمرة بينهما<sup>125</sup>. فإن حصل الطلاق وجب إسنادها لأحدهما أو لغيرهما<sup>126</sup>. وعلى القاضي عند البت في ذلك أن يراعي «مصلحة المحضون»<sup>127</sup>. وإن كانت

( 123 ) أنظر أحكام الفصول 54 إلى 67 م.أ.ش. وحول الحضانة عموماً، يراجع ، الهادي الحيرضي، الحضانة ، مجلة القضاء والتشريع، 1959 ، عدد 2، ص 13 ؛ رشيد الصباغ، الحضانة ، مجلة القضاء والتشريع، 1968 ، عدد 10، ص 7 ؛ عبد العزيز بن ضياء، خاطر حول مبنى مسؤولية الأم عن تصرفات ابنها الحدث بين القانون الإسلامي والقانون الوضعي التونسي، المجلة القانونية التونسية، 1976، ج 2، ص 51 ؛ البشير الفرشيشي ، خاطر حول الحضانة في فقه القضاء التونسي، المجلة القانونية التونسية، 1978 ، ج 1، ص 9 ؛ محمود شمام، أحكام الحضانة وتطورها في التطبيق بالبلاد التونسية ، مجلة القضاء والتشريع، 1982، عدد 7، ص 11 ؛ الحبيب العشي، الحضانة في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع، 1985، عدد 5، ص 43 .

( 124 ) القرار الإستئنائي المدني (سوسة) عدد 3051 ، المؤرخ في 24 فيفري 1972، مجلة القضاء والتشريع، 1973، عدد 1، ص 80.

( 125 ) الفصل 57 م.أ.ش.

( 126 ) أنظر أحكام الفقرة 2 من الفصل 67 م.أ.ش. ، وأنظر في الفقه : ساسي بن حليمة ، هل يمكن إسناد الحضانة لأحد الزوجين أو لغيرهما حال قيام الزوجية ودون وجود قضية في الطلاق ؟، المجلة القانونية التونسية، 1992، ص 25.

( 127 ) أنظر أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 67 م.أ.ش. وتطبيقاً للمبدأ : القرار التعقيبي المدني عدد 4812 المؤرخ في 14 فيفري 1967، النشرة ، 1967، ص 21 ؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 2717 المؤرخ في 2 جانفي 1979، النشرة، 1979، ج 1، ص 13.

الأم هي الحاضنة فتصبح -منذ إصلاح 1993 المذكور - متمتعة بجزء من صلاحيات الولاية (الباقية لدى الأب المفقار). وهذا الجزء يشمل حصراً كل ما يتعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية (كدفتر الاندخار بالبنوك). وقد تنتقل صلاحيات الولاية الكاملة ومشمولاتها للأم الحاضنة في ثلاث صور : الأولى هي صورة السلوك التعسفي أو غير العادي للأب الولي (كأن يمنع المحضون تعسفاً من السفر للمداواة) والثانية هي صورة قيام ظروف واقعية يتعذر معها على الأب ممارسة الولاية (كالتغيب عن مقره) والثالثة هي صورة عامة تركها المشرع لإجتهد القاضي وهي الحالة التي تفرض فيها مصلحة المحضون إسناد الولاية كاملة للحاضنة.

**214 - سلطات الولي :** يكلف الولي (أي الأب أو الأم أو الولي الوصي أو المقدم القضائي أو الولي العمومي) بالقيام بكل الأعمال والتصرفات القانونية في حق الصغير عديم التمييز. فيمثله تحت رقابة وكيل الجمهورية وحاكم التقادير. ولا يفقد الأب مبدئياً ولايته على الصغير في صورة الطلاق وإسناد الحضانة لوالدته<sup>128</sup>. فالولاية كما رأينا تختلف عن الحضانة فللأب وغيره من الأولياء النظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى أماكن التعليم لكنه لا يبيت إلا عند حاضنته كل ذلك ما لم ير الحاكم خلافه لمصلحة المحضون. كما أوضح الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية أنه «إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة لسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت الحضانة».

**215 - حكم التصرفات في حق الصغير غير المميز :** ينتج

( 128 ) حول الإستثناء راجع أحكام الفصل 67 جديد م.أ.ش. ، وأنظر الفقرة السابقة.

عن هذه الحماية بطلان كل تصرفات الصغير غير المميز التي يقوم بها هو شخصيا بوجه مخالف لقواعد الولاية إذ نص الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية على أن «الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة». والبطلان جزاء معقول لأن الأمر يتعلق باختلال «ركن من أركان العقد» على معنى عبارة الفصلين 2 و 325 من مجلة الالتزامات والعقود، وهو ركن الأهلية، مما يجعل البطلان بطلانا مطلقا. ثم إن الفقه لاحظ تضاربا بين أحكام الفصل 156 المذكور التي تشير إلى بطلان «جميع» التصرفات الصادرة عن الصغير غير المميز، وأحكام الفصل 9 من مجلة الالتزامات والعقود كما نقتح بالأمور المؤرخ في 3 أوت 1956 أي قبل صدور الفصل 156 بأيام قليلة التي تجيز «لمن ليس له أهلية التعاقد... القدرة على تحسين حاله...» أي القدرة على القيام بتصرفات نافعة. ولتجاوز هذا التضارب وسعيا لضمان الحماية للصغير غير المميز، تم إقتراح إعتماذ نظرية عدم نسخ الفصل التاسع بوصفه نصا خاصا لا ينسخه الفصل 156 الذي هو نص عام لاحق<sup>129</sup>. غير أن الإقرار بأن ركن إرادة الصغير غير المميز، كركن أساسي في التصرفات القانونية، مفقود في مثل هذه التصرفات يجعل منها جميعا تصرفات باطلة دون إمكانية الإقرار بأية تفرقة بينها<sup>130</sup>.

(129) محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، المرجع المذكور، فقرة عدد 214 صفحة 172 - 173 وأنظر الرأي المخالف الذي يتوقف عند أحكام الفصل 156 م.أ.ش العامة والتي لا تفرق بين التصرفات:  
Kalthoum MEZIOU, Jurisclasseur de droit comparé, Tunisie, fascicule 2, 1988; n° 42, p. 8.

(130) وهو ما جعل المشرعان اللبناني (الفصل 216 موجبات) والمصري (المادة 110 من مجلة المدنية المصرية) ينصان على ما يلي: «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة».

## (2) المجنون :

216 - تعريفه : المجنون محجور لأنه فاقد للتمييز كذلك. فحجره حمائي والمجنون هو فقدان التمييز فيصير المجنون كالصبي غير المميز وتسري عليه قواعد متشابهة إذ يفقد تماما أهلية الأداء . وقد عرف الفصل 160 من مجلة الأحوال الشخصية المجنون فأوضح أنه «الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا تعثره فترات يثوب إليه عقله فيها». ورغم هذا التعريف الموسع للمجنون فإن فقه القضاء يتمسك بإعتبار الجنون عارضا إستثنائيا لا يترتب فقدان الأهلية إلا إذا ثبت وجوده فعلا لأن الأمر يتعلق بحجر يبقى - في كل حالاته - إستثنائيا لمبدأ التمتع بالأهلية كاملة الوارد بالفصل الثالث من مجلة الالتزامات والعقود. ولا يجوز بالتالي تأويل الحالة بصفة توسيعية عملا بأحكام الفصل 540 من نفس المجلة. وعليه فإن «إصابة المتقاضي بإضطرابات من جراء مرض الفصام حسب شهادة الطبيب لا يفيد إختلال مداركه العقلية ولا يترتب عنه عدم أهلية التقاضي بدون مقدم»<sup>131</sup>. وينسجم هذا الموقف السليم مع اتجاه التشريع إذ إعتبرت الفقرة الثالثة من الفصل الثالث من قانون 3 أوت 1992 المتعلق بالصحة العقلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب إضطرابات عقلية أنه: «لا يمكن أن يشكل إيواء الأشخاص بالمستشفى من جراء اضطرابات عقلية سببا أليا لتقييد أهليتهم القانونية».

## 217 - إجراءات الحجر على المجنون : إعتبارالخطورة

الحجر، نص الفصل 161 من مجلة الأحوال الشخصية على ضرورة تدخل القضاء لقيام الحجر. ويقصد من هذا التدخل القضائي فرض مراقبة على صفة ومصلحة طالب الحجر ثم وبعد التحقق من هذه المسألة

(131) القرار التعقيبي المدني عدد 5682 مؤرخ في 16 جوان 1981، النشرة، 1981، ج.2، صفحة 197، (إجابة على طلبات النيابة العمومية).

الشكلية، التأكد من ثبوت وجود سبب الحجر أي التثبت من وجود الجنون. فالجبر من أجل الجنون لا يتم إلا «بحكم من الحاكم ويعتمد القاضي في حكمه على أهل المعرفة أي على الخبراء»<sup>132</sup>. وينص الحكم ذاته على تعيين مقدم يتولى تحت رقابة القضاء إدارة أموال المجنون كما يدير الأب أموال ابنه<sup>133</sup>.

**218 - حكم تصرفات المجنون :** تبعا لفقدانه المطلق لأهلية الأداء فإن كل تصرفات المجنون التي يقوم بها بنفسه تعدّ غير نافذة<sup>134</sup>.

ولا مسؤولية مدنية عليه شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز<sup>135</sup>. لأن المسؤولية المدنية للشخص، المؤسسة على مفهوم الخطأ، تفترض التمييز لدى ذلك الشخص كما تفترض إمكانية إسناد الخطأ إليه<sup>136</sup>.

**219 - رفع الحجر عن المجنون :** تضمنت مجلة الأحوال الشخصية قاعدة عامة أوردها الفصل 167 منها، تفيد أن «الحجر الواقع بحكم لا يرفع إلا بحكم عدا صورة المحجور عليه للصغر». وهو ما يعني أن رفع الحجر عن المجنون يتم بحكم. كما تضمنت المجلة ذاتها قاعدة

.../...  
المنشئة وهو ما ذهب إليه شقّ من الباحثين (في هذا الاتجاه ، أنظر ألفة الفرشيشي، الحجر على الرشد ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1992-1993، ص 89). ويرى آخرون ، رأيهم أرجح لتوافقه مع قرينة الأهلية المنصوص عليها بالفصل 3 م.أ.ع.، أن إبطال التصرفات السابقة، ممكن لا على أساس الحجر بل على أسس قانونية تخصّ الرضاء وعيوبه (أنظر محمد الزين، المرجع المذكور، ص 87). ورات محكمة التعقيب أن الحجر على المجنون يسري من تاريخ الحكم بالحجر و«ما قام به قبل ذلك التاريخ من تصرفات يمكن إبطالها إذا كان مشتهرا بضعف العقل» (وهو أساس آخر) : يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 25712 المؤرخ في 9 فيفري 1993، النشورية، ص 308. ومن الناحية العملية فإن الإختبار الطبّي يقتصر عادة على إبداء الرأى حول حالة المعني بالأمر يوم عرضه على الفحص وقلّ أن يطال البحث فترة طويلة سابقة للإجراءات. فيصدر الحكم على ضوء هذا التحديد الزمّني ويجري الحجر من صدوره.

( 135 ) الفصل 105 م.أ.ع.

( 136 ) لم يتردّد المشرّع الفرنسي منذ سنة 1968 في الإقرار صراحة بالمسؤولية المدنية الشخصية للمجنون :  
Art. 489-2 C.Civ. : "celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation".

حول هذا الفصل أنظر بالخصوص :  
Geneviève VINEY, Réflexions sur l'article 489-2 du code civil, Rev. trim.dr.civ. 1970, p. 251 ; Philippe LE TOURNEAU, La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental, J.C.P. 1971, I, 2401.

( 132 ) الفصل 161 م.أ.ش. أمّا عن تحديد المحكمة المختصة حكما، فتتجه الإشارة إلى ما أورده الفقرة 3 من الفصل 7 من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم : « ينظر حاكم التقادير زيادة على ذلك بطلب ممن يهّم الأمر أو من وكيل الجمهورية في قضايا التقادير على الغائب وعلى الصغير الذي لا ولي له أو المجنون أو ضعيف العقل أو في ترشيد الصغير ترشيدا مقيدا حسب أحكام الفصول 83 و154 و158 و160 من مجلة الأحوال الشخصية كما ينظر في التقديم على المحكوم عليهم بالسجن حسب أحكام الفصل 30 من المجلة الجنائية ». ولا ينظر قاضي التقادير في تسمية المقدمين فحسب بل ينظر أيضا في طلب تعويضهم وفي كل خلاف في شأن المصادقة على حساباتهم (الفصل 7 المذكور، فقرة 2) ، وأنظر حول إستئناف أحكامه ، الفصل 11 من الأمر المذكور.

( 133 ) ينظم الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 ، المذكور أعلاه مراقبة الأوصياء والمقدمين ويضبط إلتزاماتهم ويضعهم تحت إشراف ورقابة وكيل الجمهورية وقاضي التقادير.

( 134 ) الفصل 163 م.أ.ش. الذي ينصّ على أن «تصرفات المجنون غير نافذة» . والسؤال المثار لا يمكن أن يتعلّق بالتصرفات الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر بل بالتصرفات الصادرة قبل ذلك الحكم إذ ليس في عبارات النص المذكور إشارة صريحة لمآل هذه التصرفات السابقة عن الحجر. فهي أيضا باطلة إذا اعتبرنا أن الحكم القاضي بالحجر من الأحكام المبرّحة لا من الأحكام

.../...

عامة أخرى أوردتها الفصل 168 وتقتضي بأن «المحجور عليه مهما كان سبب الحجر حق القيام بدون واسطة لدى الحاكم بطلب رفع الحجر عنه».

## ب - الأهلية المقيدة :

220 - من هم أصحاب الأهلية المقيدة ؟ حدد الفصل 6 من مجلة الالتزامات والعقود الأشخاص الذين تقيّد أهليّتهم فبيّن أنّ هذا الصنف يشمل : «الصغير الذي عمره بين ثلاث عشرة والعشرين سنة كاملة، إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم فيها مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها، والمحجور عليهم لتفليسهم، وكذلك كلّ من يمنع عليه القانون عقدا من العقود». ويضاف إليهم بموجب أحكام خاصّة المحكوم عليه بالسجن لمدة تتجاوز عشرة أعوام.

## 1) القاصر المميّز :

221 - تعريفه : نصّ الفصل 7 من مجلة الالتزامات والعقود على أنّ «كلّ إنسان ذكرا كان أو أنثى تجاوز عمره عشرين سنة كاملة يعتبر رشيدا». وأضاف الفصل 157 من مجلة الأحوال الشخصية أنّه «إذا أتمّ الصغير المولّى عليه العشرين عاما كاملة ولم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر فإنّه يصبح وجوبا رشيدا له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة ». ولم يكن الأمر كذلك قبل 1956 إذ كان المشرّع يشترط سنا أدنى للرشد المدني (18 سنة) وهو ما قد يسمح بالتساؤل عن أساس الترفيع الحاصل سنة 1956 وبالتالي يبيح طرح فكرة

الرجوع بسنّ الرشد إلى حدّها الأصلي<sup>137</sup>.

222 - حكم تصرفاته : للقاصر الذي يمتدّ عمره من ثلاث عشرة إلى عشرين سنة أهلية مقيدة إذ أنّه مؤهّل للقيام ببعض الأعمال القانونية منها القدرة على تحسين حاله ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرّعات التي من شأنها الزيادة في كسبه أو إبراء ذمته بدون أن يترتب عليه شيء من جرّاء ذلك<sup>138</sup>. وكذلك القدرة على أن يكون وكيلًا لغيره ذلك أنّ الفصل 1105 من مجلة الالتزامات والعقود أورد أنّه «يشترط في صحّة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه ما وكل عليه ولا يشترط ذلك في الوكيل بل يكفيه أن يكون عاقلا مميّزا ولو لم يكن أهلا لإتمام ما وكل عليه ». كما للقاصر المميّز القدرة على إبرام عقد بلا إذن من الولي ويلزمه العقد إذا أجاز له الولي على الصورة المطلوبة قانونا وذلك عملا بأحكام الفصل 8 من مجلة الالتزامات والعقود. كما يمكن للقاصر أيضا أن يؤاخذ شخصا عن أفعاله المرتبة لمسؤولية مدنية تقصيرية

137 ( سنّ الرشد المدني 18 عاما في فرنسا (منذ صدور القانون عدد 631 المؤرّخ في 5 جويلية 1974) وكذلك في لبنان والأردن وسويسرا. ويرتفع إلى 21 عاما في مصر. وأنظر في الفقه المقارن حول العلاقة بين السنّ والرشد: Gérard CORNU, L'âge civil, in mélanges P. Roubier, 1961, tome II, p. 9 et suiv. ; Jean-Pierre GRIDEL, L'âge et la capacité civile, D. 1998, chronique p. 90 et suiv.

وحول تنقيح القانون الفرنسي سنة 1974 للتخفيض في سنّ الرشد من 20 إلى 18 عاما : يراجع :

E. POISSON, L'abaissement de l'âge de la majorité, D. 1976, chron. p. 21 ; COUCHEZ, La fixation à dix-huit ans de l'âge de la majorité, J.C.P., 1975, I, 2684.

138 ( الفصل 9 م. 1. ع. وأكّد الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية في فقرته الثانية هذه القاعدة إذ نصّ على أنّ «الصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة يعدّ مميّزا وتصرّفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض...».

طبقا لأحكام الفصل 105 من نفس المجلة.

**223 - حمايته بالولاية :** تتم هذه الحماية بإقرار ولاية على القاصر. والولي حدده القانون على النحو الذي ذكرنا بالنسبة للصغير غير المميز ، فهو :

- الأب

- والأم بعد وفاة الأب أو في صورة إسناد الولاية لها حسب أحكام الفصل 67 (جديد) من مجلة الأحوال الشخصية.

- والوصي إن وجد

- والمقدم القضائي

- والولي العمومي في الحالات الخاصة المنصوص عليها بالقانون.

ورأينا أن الولي يتدخل لإجازة بعض العقود التي أبرمها القاصر لوحده وذلك طبق الفصل 8 من مجلة الإلتزامات والعقود . وبصفة أعم فالولي يقوم بإدارة أملاك القاصر وتمثيله لدى المحاكم وذلك تحت مراقبة حاكم التقاديم ووكيل الجمهورية. فقد إقتضى الفصل 15 من مجلة الإلتزامات والعقود أن «الأب... والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا بإذن خاص من الحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة»<sup>139</sup>. وما يتممه الولي في مصلحة

139 ( تطبيقا للمبدأ أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 6755 المؤرخ في 9 ديسمبر 1982 ، النشيرية، 1982، ج 4، ص 304 (كراء يفوق 3 سنوات) وحول طبيعة الإذن القضائي، أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 51023 المؤرخ في 23 فيفري 1998 ، النشيرية 1998، ج 2، ص 24 . ( إن الإذن المنصوص عليه بالفصل 15 م.إ.ع. «لا يقيد أهلية الولي في التصرف في حق منظوره ولا يجرده بالتالي من حق إبرام تلك العقود ... فإن عدم إحترام هذا الإجراء من طرف الولي الشرعي لا يهمل إلا علاقته بحاكم التقاديم» . وهو ما يعني أن جزاء غياب الإذن - حسب هذا القرار - لا يتصل بصحة العقد المبرم بدونه)،

القاصر يعتبر مثل الأعمال الصادرة عن القاصر ذاته إذ نص الفصل 16 من مجلة الإلتزامات والعقود على أن : «ما تتمه الولي في مصلحة الصغير أو المحجور عليه يعتبر مثل الأعمال الصادرة من الرشيد المتولي مباشرة حقوقه بنفسه».

**224 - نهاية الحجر ونهاية الولاية :** ينتهي الحجر وجوبا ببلوغ سن الرشد (majorité)<sup>140</sup> أو بالترشيد (émancipation) . فالترشيد ينهي الحجر قبل سن الرشد (20 عاما كاملة) إذ يمكن للقاصر الذي لم يبلغ سن العشرين والذي تجاوز سنا معينة أن يتمتع بالترشيد. والترشيد يكون قضائيا وإما قانونيا.

**- الترشيد القضائي :** ينقسم هذا الترشيد إلى صورتين :  
-الترشيد المطلق : يتمتع به القاصر الذي بلغ سن الثامنة عشرة، ويخص أعمال التجارة. ويصدر الترشيد المطلق عن القاضي عملا بأحكام

140 ( الفصل 157 م.أ.ش. : «إذا أتم الصغير المولى عليه العشرين عاما كاملة ... فإنه يصبح وجوبا رشيدا له كامل الأهلية مباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة» وقضت المحاكم بأن الولد يصبح رشيدا بإكتماله العشرين من العمر ولم تبق لوالده الولاية عليه وصفة تمثيله لدى القضاء، وبذلك فالقيام عليه وهو فاقد للصفة القانونية فيه خرق لأحكام الفصل 19 م.م.ت. (القرار التعقيبي المدني عدد 9098 المؤرخ في 19 ماي 1983، القضاء والتشريع 1985، عدد 4، ص 62 ؛ ومثله : القرار التعقيبي عدد 3365 المؤرخ في 26 ماي 1981، النشيرية 1981، ج 2، ص 74 ؛ القرار التعقيبي عدد 8785 المؤرخ في 6 أفريل 1983، النشيرية 1983، ج 2، ص 69 ؛ القرار التعقيبي عدد 10498 المؤرخ في 13 فيفري 1984، القضاء والتشريع، 1985، عدد 9، ص 58). وترتوبا على بلوغ سن الرشد كذلك إعتبرت محكمة التعقيب أنه «إذا وقع عقد في حق قاصر فهذا الأخير وحده بعد رشده إجازة العقد أو إبطاله وليس لغيره أن يقوم بالبطان أو يحتج به رغم إرادة القاصر» (القرار التعقيبي المدني عدد 11624 المؤرخ في 25 ماي 1976، النشيرية، 1976، ج 2، ص 88).

الفصل 6 من المجلة التجارية والفصل 158 من مجلة الأحوال الشخصية.  
-الترشييد المقيّد : يمكن أن يصدر عن القاضي بداية من بلوغ القاصر سنّ الخامسة عشرة وذلك طبقاً لأحكام الفصلين 158 و159 من مجلة الأحوال الشخصية.

وفي كل الحالات فإنّ تصرفات الصغير المرشّد في حدود ترشيده، نافذة صحيحة. ولكن يمكن الرجوع في الترشييد إن قام لدى القاضي موجب لذلك<sup>141</sup>.

- **الترشييد القانوني بالزواج** : تمّ بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرّخ في 12 جويلية 1993 تنقيح بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية ومنها الفصل 153 لتبني فكرة الترشييد بالزواج إنسجاماً مع ما تضمنته أحكام القانون المذكور من تغييرات خاصّة في مجال الولاية. وينصّ الفصل 153 في صياغته الجديدة على ما يلي: «يعتبر محجوراً للصغر من لم يبلغ سنّ الرشد وهي عشرون سنة كاملة. وزواج القاصر يرشّده، إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره، فيما يتعلّق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية». وواضح من هذه الصياغة أنّ الترشييد لا يمتد لغير ما ذكر من المجالات فهو لا يشمل الأمور الإدارية أو الحقوق السياسية في حين يجد القرين (زوجاً كان أو زوجة) نفسه متمتعاً بأهليّة أداء كاملة ويصبح في مرتبة الرشييد في المعاملات الواردة بالنصّ الجديد. وفي ذلك قطع مع وضعية غريبة قانونياً : فالزوجة مثلاً كانت قبل هذا التنقيح قاصرة ومقيّدة الأهلية (إن لم تبلغ عشرين عاماً) وخاضعة لولاية وليّها وهو ما يتعارض مع مصلحتها ومصلحة أولادها وخاصة مع دورها في الأسرة كما حدّده الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية إذ أنّها تتعاون مع زوجها على تسيير شؤون

الأسرة<sup>142</sup>. وهذا التأسيس هو الذي يبيح كذلك القول بأنّ الترشييد القانوني بالزواج لا يزول بالطلاق قبل سنّ الرشد.

## (2) ضعيف العقل :

225 - **تعريفه** : نصت الفقرة الثانية من الفصل 160 من مجلة الأحوال الشخصية على أنّ ضعيف العقل هو «الشخص غير الكامل الوعي السيّء التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرّائجة ويغبن في المبيعات». وأوضحت محكمة التعقيب أنّ إختلال المذارك وضعف العقل يختلفان عن الجنون الذي هو فقدان العقل تماماً سواء أكان مطبقاً أو متقطعاً تعترية فترات يثوب فيها المجنون إلى عقله وهو ما يختلف عن ضعف العقل المزمن<sup>143</sup>. ويختلف ضعف العقل قانوناً عن المرض كعيب من عيوب الرّضاء عموماً<sup>144</sup>، وعن مرض الموت، خصوصاً<sup>145</sup>.

226 - **نظام الحجر عليه** : يصدر الحجر في شأن ضعيف العقل بحكم يعتمد فيه الحاكم رأي أهل المعرفة<sup>146</sup>. والمحجور لضعف العقل

( 142 ) حول الترشييد بالزواج ، يراجع بالخصوص ، عامر بورورو ، الترشييد بالزواج ، مجلة القضاء والتشريع ، 1995 ، عدد 2 ص 7 : عبد الباسط خالدي ، الترشييد بالزواج ، مجلة القضاء والتشريع ، 1995 ، عدد 8 ، ص 175.

( 143 ) القرار التعقيبي المدني عدد 5465 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1981 مجلة القضاء والتشريع ، 1982 ، عدد 9 ، ص 116 (البائع كان مصاباً بضعف العقل لا بالجنون).

( 144 ) الفصل 59. م.أ.ع.

( 145 ) يراجع خاصّة الفصل 565 م.أ.ع. وكذلك الفصول 353 و354 و1481 من نفس المجلة، والفصل 205 م.أ.ش.

( 146 ) الفصل 161 م.أ.ش. وحول إجراءات التسمية والمراقبة والعزل، أنظر أحكام الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957، المذكور سابقاً.



يتمتع بأهلية أداء مفيدة إذ يمكنه تحسين حاله بقبول هبة مثلاً<sup>147</sup> . ويؤخذ مدنياً عن أفعاله<sup>148</sup> . لكن التصرفات الأخرى التي يقوم بها بدون مساعدة وليه تكون باطلة إذا لم يجزها الولي<sup>149</sup> . ووليّه مقدم قضائي يعين في حكم الحجر . كما مكن المشرع بوجه صريح، من إبطال التصرفات التي قام بها ضعيف العقل قبل صدور حكم التحجير «إذا كان مشتهراً بضعف العقل وقت إبرامها»<sup>150</sup> . ويمكن لضعيف العقل أن يلجأ بنفسه للمحكمة لطلب رفع الحجر عنه. ويرفع الحجر بحكم<sup>151</sup> .

### (3) السففيه :

227 - تعريفه : السففيه حسب الفصل 164 من مجلة الأحوال الشخصية هو "الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف" . وقد لا يفرق قضاة الأصل أحياناً بدقة بين ضعف العقل والسفه. وأقرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر تحت عدد 2005

147 ( الفصل 9 م.أ.ع.

148 ( الفصل 106 م.أ.ع.

149 ( الفصل 162 م.أ.ش.

150 ( الفصل 163 م.أ.ش وحول تطبيقه أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 5619 المؤرخ في 22 أفريل 1968 النشورية 1968 ، ص 37 (نقض القرار الإستئنائي الذي لم يوضح الإشتهاار بضعف العقل قبل وضع الحجر). ومثله القرار التعقيبي عدد 2005 المؤرخ في 15 أكتوبر 1963، النشورية 1963، ص 52، (قارن بين حكم تصرفات ضعيف العقل قبل الحجر وتصرفات السففيه قبل الحجر عليه أيضاً). ومثله القرار التعقيبي المدني عدد 5465 المؤرخ في 28 أكتوبر 1981، القضاء والتشريع، 1982، عدد 9، ص 116 (فرق بين تصرفات ضعيف العقل وتصرفات المجنون، السابقة عن الحجر)، ومثله القرار التعقيبي عدد 24709 المؤرخ في 25 فيفري 1992، النشورية 1992، ص 456، وأنظر كذلك حول «إستغلال» ضعف العقل لدى المعاهد، الفصل 1103 م.إ.ع.

151 ( الفصول 167-168-169 م.أ.ش.

بتاريخ 15 أكتوبر 1963<sup>152</sup> سلطة رقابتها على التعليل إذ إعتبرت أن الإكتفاء في سند القرار بالتعرض إلى «ضعف عقل البائع وسوء تصرفه ومن أجل ذلك صدر الحكم بتسفييهه والضرب على يديه»، دون زيادة إيضاح، يمثل ضعفاً في التعليل لأن «هذا البيان وحده غير كاف لمعرفة هل كان الحجر لضعف العقل المقصود بالفصل 160 من مجلة الأحوال الشخصية أم من أجل سوء التصرف المقصود بالفصل 164 منها ، وهو ما يبيح القضاء بنقض القرار الإستئنائي المطعون فيه».

### 228 - نظام الحجر عليه : يتم الحجر على السففيه حماية له

ولنعه من مواصلة تبديد أمواله. ويتبع في التحجير نفس الإجراءات التي يخضع لها تحجير المجنون وضعيف العقل أي أنه يجب الإلتجاء للمحكمة لتصدر حكمها بالتحجير. أمّا عن أهليته فهي مقيدة فحسب إذ أنه يمكن للسفيه أن يحسن حاله بقبول هبة أو تبرع<sup>153</sup> . كما يمكنه أن يبرم تصرفات يجيزها الولي فيما بعد فيمنع عنها البطلان<sup>154</sup> . كما يمكنه أن يكون مسؤولاً مدنياً عن أفعاله<sup>155</sup> . ولكن وفيما عدا هذه الصور، فإن السففيه يتصرف بواسطة مقدم يعين له بحكم<sup>156</sup> . وجميع التصرفات التي يباشرها السففيه بعد الحكم بالتحجير يتوقف نفاذها على إجازة وليه.

152 ( النشورية 1963 ص 52 . وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 30458 المؤرخ في 22 مارس 1993 ، النشورية، ص 346 (السفه لا علاقة له بضعف المادرك العقلية).

153 ( أنظر الفصلين 6 و9 م.أ.ع.

154 ( الفصل 162 م.أ.ش.

155 ( الفصل 106 م.أ.ع.

156 ( ولئن لم تقع الإشارة إلى الفصل 164 م.أ.ش. في الفصل السابع من أمر 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المتقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم، فإن تسمية المقدم تتم طبق مقتضيات الأمر المذكور.

وزواج المحجور عليه لسفه لا يكون صحيحا إلا بعد موافقة المحجور له وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء<sup>157</sup>. أما التصرفات التي باشرها السفية قبل الحكم فهي صحيحة ونافذة<sup>158</sup>. كما أن المشرع منع الإعتداد بإقرار السفية في الأمور المالية<sup>159</sup>.

#### (4) المفلس :

229 - نذكر بأن الفصل السادس من مجلة الالتزامات والعقود ينص صراحة على أن الأهلية المقيدة تشمل أيضا «المحجور عليهم لتفليسهم». وقد دقق الفصل 457 من المجلة التجارية هذا السبب من أسباب الحجر فنص على أن الحكم بالتفليس يترتب عليه من تاريخ صدوره رفع يد المدين عن إدارة «جميع مكاسبه والتصرف فيها». وللمفلس ولي وهو أمين الفلسة الذي يباشر ما للمفلس من الحقوق والدعاوى المتعلقة بكسبه<sup>160</sup>. ويمكن للمفلس أن :

- يجري الأعمال التحفظية لصيانة حقوقه ،
- وأن يتدخل في القضايا التي يتبعها الأمين،
- وأن يمارس حقوقه التي تتناول مصلحة أدبية محضة .

( 157 ) الفصل 7 م.أ.ش.

( 158 ) الفصل 165 م.أ.ش. ونلاحظ وضوح موقف المشرع في خصوص التفرقة بين مال الصنفين من التصرفات على عكس موقفه المتعلق بتصرفات المجنون.

( 159 ) يراجع الفصل 166 مجلة الأحوال الشخصية.

( 160 ) الفصل 457 فقرة 2 م. تجارية . وتجدر الإشارة كذلك إلى الأحكام الخاصة الواردة في القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية (وخاصة الفصول 29 و30 و31 منه)، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33 في 25 أفريل 1995، ص 792.

- كما يمكنه أن يكون مسؤولا مدنيا عن أفعاله لأنه شخص مميز .

أما التصرفات التي يبرمها بدون إمضاء أمين الفلسة فيمكن إبطالها بطلب من هذا الأخير. فالمفلس يفقد جزئيا أهلية الأداء ويفقد بالتالي صفة الولي لأبنائه القصر «ولا يمكنه بالتالي تمثيلهم لدى المحاكم»<sup>161</sup>. وبعد ختم الفلسة يمكن للمفلس أن يطلب إعادة الإعتبار إليه فيرفع عريضة إلى المحكمة التي صدر منها الحكم بالتفليس<sup>162</sup>. وتحصل إعادة الإعتبار بمفعول القانون إذا وفى المفلس بجميع المبالغ الواجبة عليه أصلا وفوائض ومصاريف<sup>163</sup>.

#### ( 5 ) المحكوم عليه بالسجن لمدة تتجاوز عشرة أعوام :

230 - بعد إلغاء عقوبة الأشغال الشاقة وتعويضها بعقوبة السجن بموجب القانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989، زال من القانون المدني صنف من أصناف المحجورين وهم المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة. لكن الفصل 30 (الجديد) من المجلة الجنائية نص في صياغته الجديدة (بعد 1989) على أنه «يكون حتما كل محكوم عليه في جناية واحدة بالسجن لمدة تتجاوز عشرة أعوام من تاريخ الحكم عليه إلى إتمام مدة عقابه تحت قيد الحجر. ويعين له مقدّم للقيام بإدارة مكاسبه بحيث أنه لا يمكنه التصرف فيها إلا بالإيصاء كما لا يمكنه قبول أي مبلغ ولو جزئي من ربحها. وترجع له مكاسبه عند الإنقضاء مدة عقابه ويحاسبه حينئذ

( 161 ) انظر القرار التعقيبي المدني عدد 33810 المؤرخ في 23 نوفمبر 1992، النشرة 1992، ص 374.

( 162 ) الفصل 583 تجاري.

( 163 ) الفصل 581 تجاري.

## المبحث الثاني

### الشخص المعنوي

#### la personne morale

**231 - تقديم :** يقر القانون بوجود صنف ثان من الأشخاص أصحاب الحقوق إلى جانب الأشخاص الطبيعيين. ويتمثل هذا الصنف في الأشخاص المعنويين. فللشخص المعنوي وجود قانوني أي أنه يتمتع **بالشخصية القانونية** وله القدرة على الإلزام والالتزام وإكتساب الحقوق وإكسابها. إن فكرة إقرار **إستقلالية** هذه الذات ليست حديثة، فقد عرفها القانون الروماني حيث امتدت الشخصية القانونية لغير الأدميين لتشمل كائنات ليس لها وجود مادي كالجمعيات وكالمدن<sup>166</sup>. كما طبقها الفقه الإسلامي عند إقراره لإستقلالية بيت مال المسلمين ومن بعد ذلك لمؤسسات مختلفة نذكر منها خاصة الأحباس أو الأوقاف<sup>167</sup>. ثم إن ظهور النظام الرأسمالي في القرن التاسع عشر شجّع على تضاعف عدد الشركات إذ صدر في فرنسا قانون 24 جويلية 1867 ليحذف الرخصة

المقدم على تصرفه مدّة تقديمه<sup>164</sup>. وقضت محكمة التعقيب بأن الإدلاء بحكم جنائي لا يكفي لإثبات عدم أهلية المسجون (أي الحجر عليه) بل لابد أن يكون تحت طائلة العقوبة «ولا يمكن إبطال البيع على أساس الحكم الجنائي المذكور دون التأكد من وجود البائع عند إبرام البيع بصدد تنفيذ العقوبة أم لا» وأضافت أن المسجون يسترجع أهليته «بمجرد سراحه سواء بانتهاء مدّة العقوبة أو بأي سبب آخر كالسراح الشرطي والعفو العام والخاص وبالتالي فالبيع حال السراح وقبل إنقضاء المدّة المقررة يعتبر صحيحا». وقد صدر هذا القرار في خصوص الحجر على المحكوم عليه بالأشغال الشاقة<sup>165</sup>. والحل الذي تبناه يمكن أن يُسحب على المحجور عليه لكونه محكوما عليه بالسجن لمدة تتجاوز عشرة أعوام، لاتحاد العلة بين الصورتين.

166 (توفيق حسن فرج ، القانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت، 1985 ، صفحة 137، ويراجع أيضا :  
Anne LEFEBVRE-TEILLARD, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, P.U.F., 1ère édition, Paris, 1996, p. 87 et suiv.

167 ( نجد في بعض فصول مجلة الإلتزامات والعقود، صدى لنظرية الشخص المعنوي في الفقه الإسلامي، فالفصل 431 ينص على أنه «يجب أن يكون الإقرار لشخص له أهلية التملك سواء كان من صنف معين أو ذاتا معنوية كمسجد...» (يراجع كذلك الفصول 391 و510 و855 من المجلة المذكورة)، وحول الذات المعنوية أو «الشخصية الحكيمة» في الفقه الإسلامي، يراجع مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل لنظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق، 1999، صفحة 269 وما بعدها.

164 ( أنظر كذلك الفصل 7 من القانون عدد 23 لسنة 1989 المذكور الذي نَقَّح الفصل 7 (الفقرة 2) وكذلك الفصول 12 و 13 و 15 (الفقرة 1) من العنوان الثاني من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المتقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم.

165 ( القرار التعقيبي المدني عدد 24252 المؤرخ في 26 فيفري 1992 ، النشرة 1992، ص 340.

الإدارية المفروضة آنذاك على عقود إنشاء الشركات خفية الاسم وتلاه القانون الصادر في 21 مارس 1884 مقررًا حرية إنشاء النقابات ومعتزفا صراحة بتمتعها بالشخصية القانونية. ومنذ تلك الفترة تفاقمت ، في جميع الأنظمة القانونية، المكانة المخصصة للشركات وبصفة أعم لكل الذات المعنوية<sup>168</sup>. كما تنوعت الذات المعنوية مما أوجب تقسيمها.

232 - تقسيم الذات المعنوية : تتنوع الذات المعنوية ويمكن أن نقسمها إلى :

\* ذوات معنوية عمومية *Personnes morales publiques*  
وهي أساسا :

- الدولة : (حين أن الوزارات لا تمثل ذواتا معنوية مستقلة).
- الجماعات العمومية المحلية وهي : الولاية والبلدية.
- المؤسسات العمومية (*Etablissements publics*) وتنقسم إلى مؤسسات عمومية إدارية (E.P.A.) ومؤسسات عمومية غير إدارية (E.P.N.A.).
- المنشآت العمومية (*Entreprises publiques*).

(168) حول هذا التطور ، أنظر خاصة ما كتبه العميد ريبير :  
*Georges RIPERT*, Aspects juridiques du capitalisme moderne, L.G.D.J., Paris 1946.

وبصفة عامة يراجع :  
*Léon MICHOD*, La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 1ère édition, L.G.D.J., Paris, 1905 ; *Pierre COULOMBEL*, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, thèse, Nancy, 1950 ; *Jean-Pierre GASTAUD*, Personnalité morale et droit subjectif, L.G.D.J., Paris, 1977 ; *Jean PAILLUSSEAU*, Le droit moderne de la personnalité morale, Rev.trim.dr.civ. 1993, p. 705 et suiv.

وتخضع الذات المعنوية العمومية خاصة الى القانون الدستوري والقانون الإداري وكذلك إلى القانون الخاص في بعض أوجه نشاطها<sup>169</sup>.

\* ذوات معنوية خاصة *Personnes morales privées*

لم يضبط المشرع قائمة في الذات المعنوية الخاصة التي تخضع للقانون الخاص. وبمقتضى أحكام تشريعية مختلفة فإنه من الجائز اعتبار الشركات التجارية و الجمعيات و النقابات و التعاضديات أهمّ الذات المعنوية الخاصة. فقد عرّف الفصل 1249 من مجلة الالتزامات والعقود بصفة عامّة الشركة فنصّ على أنّها «تعاقد اثنين أو أكثر على خلط أموالهم وأعمالهم أو أحدهما فقط بقصد الإشتراك فيما يتحصل من ربحها». ويبيّن الفصل الثاني من مجلة الشركات التجارية<sup>170</sup> أن الشركة التجارية هي «عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على تجميع مساهماتهم قصد اقتسام الأرباح أو الإنتفاع بما قد يحصل من نشاط الشركة من إقتصاد». وأضافت الفقرة الثانية من الفصل الثاني المذكور «وبالنسبة إلى شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة فإنّها تتكوّن من شخص واحد»<sup>171</sup>. ويستنتج ممّا سبق أن الشركات تنقسم

(169) أنظر مؤلف : *Hafedh BEN SALAH*, L'organisation administrative de la Tunisie, E.N.A., C.R.E.A., Tunis, 1993, p. 49 et suiv.

(170) صدرت هذه المجلة بموجب القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 89 المؤرخ في 7 نوفمبر 2000، ص 2936.

(171) لم يكن هذا الصنف ممكنا قبل صدور مجلة الشركات التجارية سنة 2000 باعتبار أن عقد تأسيس الشركة يفترض مبدئيا تلاقي إرادة شخصين على الأقل.

بدورها إلى شركات مدنية<sup>172</sup>. وشركات تجارية<sup>173</sup>.

**233 - ويبقى التساؤل واردا : متى يمكن إقرار نشأة ذات معنوية جديدة ؟ رغم إقتصار هذا المبحث على الذات المعنوية الخاصة فإثنا نلاحظ وجود نقاش قانوني هام حول الطبيعة القانونية للذات المعنوية (فقرة أولى)، كما نلاحظ أن إقرار شخصية الذات المعنوية**

( 172 ) كثر الجدل حول تمتع الشركات المدنية التي تنظمها بالخصوص أحكام مجلة الالتزامات والعقود بالشخصية القانونية، انظر حول هذا الجانب ما أورده الاستاذان :

**Mohamed Larbi HACHEM et Farouk MECHRI, Droit aux vacances et vacance du droit : l'évolution du droit autorise-t-elle l'introduction de la multipropriété ? R.T.D., 1983, p. 543.**

ويستدل أنصار تمتع هذا الصنف بالشخصية القانونية بموقف المشرع الحديث في مجال ممارسة حق الأولوية في الشراء (القانون عدد 39 لسنة 1978 بالصادر بتاريخ 7 جوان 1978 وخاصة الفصل 5 منه المتعلق بالشركة المدنية) وكذلك في مجال الشركات المهنية للمحامين ذات الشكل المدني، إذ أقر النص صراحة تمتعها بالشخصية القانونية (الفصل 13 من القانون عدد 65 لسنة 1998 المؤرخ في 20 جويلية 1998 المتعلق بالشركات المهنية للمحامين)، وكذلك بتحول موقف فقه القضاء من موقف رافض للإقرار بالشخصية القانونية (انظر بالخصوص : المحكمة الابتدائية بتونس، حكم مدني عدد 8669 مؤرخ في 15 جويلية 1967 مجلة القضاء والتشريع 1969 عدد 6 و 7، ص 404/156) إلى موقف معترف بوجودها (انظر بالخصوص القرار الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس تحت عدد 54742 مؤرخ في 2 مارس 1983، غير منشور ووارد بملحق مذكورة لنيل شهادة الدراسات المعمقة للباحثة :

**Hédia HAMAMA, La société civile en droit tunisien, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1988-1989).**

**( 173 ) تقسم مجلة الشركات التجارية هذا الصنف إلى شركات الأشخاص (شركة المفوضة وشركة المقارضة البسيطة وشركة المحاصة) والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات الأسهم (الشركة الخفية الاسم وشركة المقارضة بالأسهم والشركات ذات رأس المال المتغير). وتتمتع جميع الشركات التجارية بالشخصية القانونية عدا شركة المحاصة (الفصل 78 م.ش.ت.).**

يحولها التمتع بخصائص تشبه خصائص الذات البشرية وتتميز عنها في الآن نفسه (الفقرة الثانية).

## الفقرة الأولى الطبيعة القانونية للذات المعنوية

**234 - الإختلاف الفقهي :** حاول الفقهاء الإجابة عن إشكالية تحديد معيار إسناد الشخصية القانونية للذات المعنوية، فاختلّفوا<sup>174</sup>. والسؤال المطروح يتمثل في تحديد أساس الاعتراف لمجموعة معينة بالشخصية القانونية. فهل للعائلة مثلا شخصية قانونية وهي التي تتمتع شأنها شأن الشركات بعنصر وحدة الذات وبوجود مصلحة مستقلة عن مصالح المكوّنين لها من أشخاص طبيعيين وربما بأموال خاصة بها لا ينفرد بها فرد من أفرادها<sup>175</sup>؟ أم أنّ العائلة لا ترتقي إلى ذات متميزة عن الأفراد المكوّنين لها ؟ وبصفة أعم فالسؤال المطروح يتمثل في الإختبار بين موقفين : الأول يعتبر الشخصية المعنوية مجرد صياغة قانونية جاء بها التشريع ليقيس على ذوات معينة خصائص الذات البشرية أي أنّ الذات المعنوية تنبني على المجاز والإفتراض. أمّا الموقف الثاني، فيعتبر الذات المعنوية واقعا يميز بعض الذوات ممّا يفرض الإقرار بتمتعها بالشخصية القانونية. وفي ما يلي نستعرض النظريتين ليتيسر بعد ذلك التقييم.

( 174 ) يراجع بالخصوص :

**G. LAGARDE, Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme, in Etudes offertes à A. Jauffret, 1974, p. 429 et suiv.**

( 175 ) يراجع بالخصوص :

**René SAVATIER, Une personne morale méconnue, la famille en tant que sujet de droit, D. 1939, Chronique, p. 49.**

## أ- عرض النظريتين :

### (1) نظرية الشخصية الافتراضية

(Théorie de la fiction)

235 - تنطلق هذه النظرية من القول بأن الإنسان يتمتع لوحده بالحقوق وبالشخصية القانونية إذ يرى إيهرنج Ihering ، وهوراند هذه النظرية بأن الذات المعنوية لا يمكنها التمتع بالحق. وتنفي هذه النظرية واقعية الشخص المعنوي فهي مجرد قناع "un masque". فكيف تفسر بالتالي هذه النظرية إعراف القوانين بالذوات المعنوية ؟ تمكن الإجابة حسب إيهرنج Ihering وبلانيول Planiol في القول بأن الإعراف بالذوات المعنوية هو مجاز، une fiction يمنحه المشرع بصفة افتراضية، وذلك بسحب الشخصية القانونية للشخص الطبيعي على الشخص المعنوي. ويتمتع المشرع في ذلك بسلطة مطلقة غير مقيدة. فيمكنه منح الشخصية أو رفضها لأيّة ذات. وينتج عن هذا الموقف حصر الذوات المعنوية في الأشخاص الذين يصرح المشرع بمنحهم الشخصية القانونية دون غيرهم.

### (2) نظرية الشخصية الواقعية :

(Théorie de la réalité)

236 - يرى أنصار هذه النظرية أن للشخص المعنوي واقعا يميّزه جلياً عن واقع الشخص الطبيعي المكوّن له. فللذات المعنوية إرادة مستقلة تختلف عن إرادة مكوّنها من الأشخاص الطبيعيين كما أن لها مصلحة متميّزة عن جملة مصالح مكوّنها أو أعضائها. وهذا الواقع يفرض لوحده الإعراف للذات المعنوية بالشخصية القانونية التي تنشأ بالتالي بصفة منعزلة تماماً عن إرادة المشرع ورغبته وتدخّله. وقد كرس فقه القضاء الفرنسي

النظرية الواقعية إذ إعتبرت محكمة التعقيب أن الشخصية القانونية لا تنشأ عن التشريع بل تتمتع بها مبدئياً كل مجموعة لها القدرة على التعبير عن إرادة مشتركة لحماية مصالح شرعية<sup>176</sup>. وقد أقرت محكمة التعقيب في هذا القرار حق لجنة المؤسسة في القيام بدعوى قضائية أي أنها إعتبرت اللجنة شخصا معنوياً له الشخصية القانونية التي تخول له القيام لدى القضاء. ويدعوننا هذا النقاش لتحديد معطيات المسألة في القانون المدني التونسي.

## ب - موقف القانون التونسي :

237 - تحديد الحالة التي يقوم فيها الإشكال : يتّجه عدم المبالغة في القيمة العملية للجدل الفقهي المعروض، فالمسألة المطروحة لا تكتسي أهمية إلا في صورة عدم ثبوت إرادة صريحة أو ضمنية للمشرع في تمتيع ذات معنوية معيّنة بالشخصية القانونية. والمتأمل في القانون التونسي يلاحظ أنه المشرع يتبع ثلاثة مواقف، حسب الحالات :

238 - الحالة الأولى: يقرّ المشرع عادة إسناد الشخصية القانونية للذات المعنوية بشكل صريح : ونذكر في هذا المجال التطبيقات الآتية :

### 1- الشركات التجارية : فحسب ما أورده الفصل 4 من مجلة

Cass. civ. 2 , 28 janvier 1954 Gaz.Pal. 1954,1, 205 (le comité ( 176 d'établissement)

وقد ورد بالقرار المذكور ما يلي :

"Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés..."

الشركات التجارية، فإنه «تنشأ عن كل شركة تجارية شخصية معنوية مستقلة عن شخصية كل شريك فيها وذلك بداية من تاريخ ترسيم (المقصود هو تسجيل) الشركة بالسجل التجاري، بإستثناء شركة المحاصة».

2- النقابات المهنية : فتطبقا لما إقتضاه الفصل 244 من مجلة الشغل، «تتمتع النقابات المهنية بالشخصية المدنية».

3- نقابة المالكين : ذلك أن الفصل 89 من مجلة الحقوق العينية (المنقح بالقانون عدد 68 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997) ينص على ما يلي : «تكون وجوبا وبحكم هذا القانون مجموعة المالكين المشار إليهم بالفقرة الأولى من الفصل 85 من هذه المجلة، نقابة مالكين تتمتع بالشخصية المدنية».

239 - الحالة الثانية : يقرّ المشرع أحيانا تمتع بعض الذات بالشخصية القانونية بصفة ضمنية : ومن ذلك التطبيقات الآتية :

1- الشركات المدنية لممارسة الأولوية في الشراء : إذ نصّ الفصل 5 من القانون عدد 39 لسنة 1979 المؤرخ في 7 جوان 1978 المتعلق بمنح حق الأولوية في الشراء للمتسوّغين على ما يلي : «في صورة بيع عمارة معدة أساسا للسكنى صبرة واحدة، يجب على المالك أن ينبّه قبل التفويت بواسطة عدل منفذ على كل المتسوّغين وكلّ المنتفعين بحق البقاء في المحلّ مهما كان إستعمال المحلّ المشغول بأنّه عليهم أن يكونوا شركة مدنية تتولّى في ظرف شهرين قبول شراء كامل العقار ودفع تأمين ثمنه أو أن يتخلّوا عن الشراء». وتتولّى الشركة عندئذ ممارسة حق الأولوية في الشراء ونصّ الفصل السادس من القانون المذكور على إمكانية قيام الشركة لدى القضاء. وهو ما يؤكّد

الإعتراف الضمني بتمتعها بالشخصية القانونية.

## 2 - الجمعيات :

لا يوجد تنصيص صريح في القانون المؤرخ في 7 نوفمبر 1959 المتعلق بالجمعيات<sup>177</sup> على كون الجمعية تتمتع بالشخصية القانونية غير أنّ هذا الأمر يتأكد ضمنا من الأحكام التي تقرّ إمكانية التقاضي والإكتساب والملكية والتصرف، لكل جمعية تمّ إنشاؤها بصفة قانونية<sup>178</sup>.

## 240 - الحالة الثالثة : صورة الصمت التشريعي : إن

سكوت المشرع في هذا الشأن يُفسّر عادة في اتجاه رفضه إسناد الشخصية . ومن هذا المنطلق فإنّ بعض المجموعات وإن إمتازت بشيء من الوحدة والاستقلالية لا تُكوّن ذواتا معنوية كالعائلة<sup>179</sup> والتركعة<sup>180</sup>. ذلك أنه يتّجه التذكير بأنّ النقاش النظري حول إقرار الشخصية القانونية للذوات المعنوية يحوم حول الاختلاف بين أنصار نظرية الافتراض الذين لا يرون، في غياب النصّ، إمكانية للتمتع بالشخصية القانونية وأنصار النظرية الواقعية الذين لا يربطون بين هذه إمكانية

( 177 ) القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر 1959 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ، عدد 63 ص 2020) وهو القانون المنقح بموجب القانون الأساسي عدد 90 لسنة 1988 المؤرخ في 2 أوت 1988 والقانون الأساسي عدد 25 لسنة 1992 المؤرخ في 2 أفريل 1992.

( 178 ) الفصل 8 من القانون عدد 154 لسنة 1959 المذكور.

( 179 ) انظر حول «الأوراق العائلية» الفصل 141 م.ح.ع.

( 180 ) أنظر حول هذا الموضوع بالخصوص :

Les groupements et organismes sans personnalité juridique, Travaux Ass. H. CAPITANT, tome XXI, Paris 1969 ; Les groupements, Trav. Ass. H. CAPITANT, tome XLV, Paris 1994.

وموقف النص التشريعي. ويترتب عن الموقف الأول أن الذات المعنوية تنحصر في الذوات التي لم يصمت في شأنها المشرع وهو ما يعني أن التشريع الإختصاص المنفرد والمطلق في المجال<sup>181</sup>. ويمكن القول عموماً بأن القانون الوضعي التونسي يميل نحو تكريس نظرية الافتراض ولا يعتد بالنظرية الواقعية.

## الفقرة الثانية الوضعية القانونية للذوات المعنوية

241 - يمكن بدءاً تلخيص ملامح هذه الوضعية في ملاحظتين عامتين :

- تشبه وضعية الذات المعنوية، مبدئياً، وضعية الذات الطبيعية،
- لكن، توجد بين الوضعيتين فوارق هامة يجب إبرازها.

ولتيسير القيام بهذه المقارنة يتجه إتباع نفس المقاربة التي تم تبنيها عند دراسة الوضعية القانونية للشخص الطبيعي<sup>182</sup>.

( 181 ) حول هذا الجدل الفقهي يراجع بالخصوص :

Gérard CORNU, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, 7è édition, Montchrestien, Paris, 1994, p. 280 et suiv., n° 767 et suiv. ; François TERRE et Dominique FENOUILLET, Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 6è édition, Dalloz, Paris, 1996, p. 197 et suiv., n° 243 et suiv.

( 182 ) يراجع :

J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, Rev. trim. dr. civ. 1993 p. 705.

## أ- مدة الشخصية القانونية :

### (1) نشأة الشخصية :

242 - تعدد الأسباب : يعتبر الحق في إنشاء بعض الذوات المعنوية من الحقوق الأساسية. فالحق في تأسيس الجمعيات هو من الحريات التي ضمنها الدستور في فصله الثامن، على أن تمارس هذه الحرية حسبما يضبطه القانون. ويعني ذلك أن إرادة الأفراد تساهم في نشأة الذوات الطبيعية. وتختلف الأحكام المنظمة لهذه الحرية بين ذات وأخرى. فمن الذوات ما يتكون باستكمال الشروط الموضوعية لتكونها وهو شأن نقابة المالكين<sup>183</sup>. ومن الذوات ما لا يتكون إلا بإتمام شكلية إدارية. فالشركة التجارية لا تعتبر شخصاً معنوياً إلا «بداية من تاريخ تسجيلها بالسجل التجاري»<sup>184</sup>. ونفس الحل يسري على تجمع المصالح الإقتصادية<sup>185</sup>. ويتم تسجيل الشركة التجارية بإيداع (dépôt) عقدها التأسيسي (statuts) وكل الوثائق المنصوص عليها بالقانون، بالسجل

( 183 ) يراجع الفصل 89 من م.ح.ع. الذي يشير لتحقيق شروط تطبيق الفصل 85 من المجلة (وجود ملكية مشتركة).

( 184 ) يراجع الفصل 4 م.ش.ت. ويستثنى الفصل المذكور صراحة شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية القانونية و«لا تخضع للتسجيل ولا لأي شكل من أشكال الإشهار» (الفصل 78 م.ش.ت.) وفي فقه القضاء يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 27040 المؤرخ في 18 أكتوبر 1990، النشرة، 1990، ص 131.

( 185 ) «يحصل تجمع المصالح الإقتصادية على الشخصية المعنوية وعلى الأهلية بداية من تاريخ ترسيمه بالسجل التجاري» (الفصل 443 م.ش.ت.). وعلى العكس من ذلك، لا يتمتع تجمع الشركات بالشخصية المعنوية وذلك عملاً بصريح الفقرة الأخيرة من الفصل 461 من مجلة الشركات التجارية، والمضاف إلى المجلة بموجب القانون عدد 117 لسنة 2001 المؤرخ في 6 ديسمبر 2001 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 98 المؤرخ في 7 ديسمبر 2001، ص 4791).



التجاري<sup>186</sup>. فالسجل التجاري يهدف إلى تجميع المعلومات الخاصة بالذات الجديدة ووضعها على ذمة العموم<sup>187</sup>. ونلاحظ أن التشريع الجديد المنظم للشركات التجارية<sup>188</sup> قد حسم مسألة تحديد بداية نشأة الشركة بربطها بشكلية إدارية<sup>189</sup> منتهجا في ذلك ما ذهب إليه المشرع الفرنسي منذ سنة 1966<sup>190</sup>. أما الجمعيات فلا يكفي في شأنها حصول تلاقي إرادة مكوّنها بإمضاء وثائقها التأسيسية بل يجب إستيفاء **الأجل القانوني بعد إيداع التصريح**. إذن نص الفصل الرابع من القانون المتعلق بالجمعيات<sup>191</sup> على أن «لا تعتبر الجمعية مكوّنة بصفة قانونية يحق لها مباشرة أي نشاط إلا بعد إنقضاء أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم

186 ( الفصل 14 م.ش.ت. أما الوثائق الأخرى فيحددها القانون المتعلق بالسجل التجاري وهو القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 37 المؤرخ في 2 ماي 1995 ص 1047)

187 ( الفصل 2 من القانون عدد 44 لسنة 1995 المذكور آنفا.

188 ( صدرت مجلة الشركات التجارية بموجب القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 ، المذكور سابقا.

189 ( لم يكن فقه القضاء قبل ذلك واضحا في خصوص ضبط هذا التحديد الزمني. يراجع بالخصوص القرار التعقيبي المدني عدد 3895 المؤرخ في 5 أكتوبر 1981 المنشورة 1981 - الجزء III صفحة 98 الذي قضى بمسؤولية مباشرة للشركة التجارية تجاه الغير قبل إشهارها « لقيامها بواسطة عمالها ولفائدتها بما حصل منه ضرر للغير ».

190 ( انظر الفصل 5 من القانون الفرنسي المؤرخ في 24 جويلية 1966 المتعلق بالشركات التجارية. وفقها يراجع بالخصوص :

D. PLANTAMP, Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales, Rev.trim.dr.com., 1994, p. 1 et suiv.

191 ( وهو القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر 1959 كما وقع تنقيحه بالقوانين الأساسية اللاحقة عنه وخاصة، في خصوص هذا الفصل الرابع، القانون الأساسي عدد 90 لسنة 1988 المؤرخ في 2 أوت 1988).

التصريح المشار إليه بالفصل 3 من هذا القانون وذلك مع مراعاة أحكام الفصل 5 من نفس هذا القانون (المقصود غياب قرار إداري في رفض تكوين الجمعية) وبعد إدراج مضمون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية...».

ويستخلص مما سبق أن أسباب نشأة الشخصية القانونية تختلف من ذات معنوية إلى أخرى.

## (2) انحلال الذات المعنوية وزوال شخصيتها :

243 - تعدد الأسباب :تعدد كذلك أسباب انحلال الذوات

المعنوية.فبالنسبة للشركات التجارية نص الفصل 21 من مجلة الشركات التجارية على أنها تنحل «في الحالات التالية :

1- بانقضاء مدتها،

2- بانتهاء نشاطها الاجتماعي،

3- بإرادة الشركاء،

4- بوفاة أحد الشركاء،

5- بحلها قضائيا»<sup>192</sup>.

والملاحظ أن وفاة أحد الشركاء لا يمثل، في الحقيقة، سببا من

الأسباب العامة لانحلال الشركات التجارية إذ أن البعض منها يبقى موجودا رغما عن حصول هذه الواقعة<sup>193</sup>.

192 ( تضمّنت مجلة الشركات التجارية أحكاما عامة حول انحلال الشركات (الفصول 21 إلى 53) وأحكاما خاصة بكل صنف من أصناف الشركات (الفصلان 65 و66 لشركة المفاوضة والفصل 76 لشركة المقارضة البسيطة والفصلان 141 و142 للشركة ذات المسؤولية المحدودة والفصلان 387 و388 للشركة خفية الإسم والفصول 404 و405 و406 لشركة المقارضة بالأسهم وأنظر كذلك أحكام الفصل 428 والفصل 411 من نفس المجلة).

193 ( أنظر مثلا ما أورده صراحة الفصل 405 م.ش.ت. في خصوص شركة المقارضة بالأسهم ، وأنظر كذلك ما ورد بالفصل 65 م.ش.ت.

أما بالنسبة للجمعيات فالإنحلال قد يكون إراديا وقد يكون إداريا أو قضائيا.

**244 - إستمرار الشخصية :** لعل أهم ما يميز إنحلال الشركات هو نظرية إستمرار شخصيتها لغاية التصفية. وهذه النظرية قديمة<sup>194</sup>. وبصودر مجلة الشركات التجارية، أصبحت النظرية كامنة في الفصل 29 منها الذي نصّ على أنّ « الشخصية المعنوية للشركة تبقى قائمة إلى حين ختم أعمال التصفية »<sup>195</sup>. والإستمرارية تعني بقاء المسيرين إلى غاية تعيين المصفي. ولهم تسيير الشركة في حدود ما يلزم لإتمام الأعمال المشروع فيها قبل حلّها وما هو متأكد من الأعمال<sup>196</sup>. كما تعني الإستمرارية بقاء مراقبي الحسابات لغاية الإنتهاء من حلّ الشركة وتصفيته<sup>197</sup>. ويصبح المصفي عند تسميته الممثل القانوني للشركة<sup>198</sup>. ولغاية حماية الدائنين، يجب إشهار قرار إنحلال الشركة في وثائقها<sup>199</sup> وبالرأئد الرسمي للجمهورية التونسية وبالسجل التجاري<sup>200</sup>. وضبطت المجلة الجديدة مدة التصفية مبدئيا بعام<sup>201</sup>.

194 ( وردت النظرية في مجلة الالتزامات والعقود (الفصل 1330) ثم في المجلة التجارية (الفصل 24). انظر كذلك في فقه القضاء : تعقيب جزائي عدد 19166 مؤرخ في 18 فيفري 1987 مجلة القضاء والتشريع 1989 عدد 1، ص 97.

195 ( وبذلك ألغى الفصل 24 م.ت. انظر حول هذه القاعدة : BOUILLOUX, La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, Rev. soc., 1994, p. 313.

196 ( الفصل 30 م.ش.ت.

197 ( الفصل 39 م.ش.ت.

198 ( الفصل 42 م.ش.ت.

199 ( الفصل 29 م.ش.ت.

200 ( الفصل 29 م.ش.ت. يراجع أيضا أحكام الفصل 16 م.ش.ت.

201 ( الفصل 40 م.ش.ت.

## ب- خصائص الذات المعنوية :

245 - للذات المعنوية ذمة مالية وإسم ومقرّ وجنسية وأهلية.

**246 - 1 ) الذمة المالية :** تعتبر الذمة المالية للذات المعنوية ذمة مستقلة مبدئيا عن ذمة كلّ شخص مكوّن<sup>202</sup> أو مدير لها. فلا يحقّ لدائن الشركة مبدئيا القيام ضدّ أعضائها أو مسيريهي ولا ضدّ المساهمين فيها شخصيا وعليه القيام على الشركة بوصفها ذاتا مستقلة<sup>203</sup>، ولا يقرّ القانون إمكانية مطالبة الأشخاص الطبيعيين المسيرين في ديون تخلّت بذمة الذات المعنوية، إلا إستثنائيا وبأحكام خاصة<sup>204</sup>. ويعني ذلك وجوب

202 ( إن الشركة -كما سبق ذكره- لا تتمتع بالشخصية القانونية إلا من يوم تسجيلها بالسجل التجاري، فما مصير التعهّدات التي إلتمز بها في حقّها مؤسسوها ؟ لم تورد مجلة الشركات التجارية قاعدة عامة في هذه المسألة. ونلفي بعض الأحكام الخاصة في الفصل 171 والفصل 181 وخاصة الفصل 444 من المجلة المذكورة. وكان من المستحسن سنّ حكم عام في الغرض - أنظر في هذا الشأن :

Nadhir BEN AMMOU, Société et contrat, notations sur l'esprit contractuel du code des sociétés commerciales, (étude à paraître).

203 ( « فوكيل الشركة لا يقام عليه شخصيا بالدعوى ولا يصدر عليه الحكم ما دام العقد باسم الشركة » (القرار التعقيبي المدني عدد 9491 المؤرخ في 16 فيفري 1984 النشرة 1984، ج 1، ص 81، كما أنّ « الحكم الصادر على الشركة في شخص وكيلها لا ينفذ على مكاسب الوكيل الشخصي ويبطل تنفيذه على ذلك الوكيل طالما لم يثبت أن الوكيل متضامن أو كفيل لتلك الشركة » أي أنه ملتزم شخصيا (القرار التعقيبي المدني عدد 8822 المؤرخ في 19 مارس 1984، النشرة 1984، ج 1، ص 95). وأنظر في نفس الاتجاه : القرار التعقيبي المدني عدد 25575، المؤرخ في 26 فيفري 1991، النشرة 1991، ص 108.

204 ( ومن أهم هذه الدعوى الإستثنائية، الدعوى المنصوص عليها بالفصل 214 م.ش.ت. الذي أورد ما يلي : « إذا أظهر التفليس عجزا في الأصول، يمكن للمحكمة بطلب من أمين الفلسة أن تقرّر أن ديون الشركة يتحمّلها كليا أو جزئيا الرئيس المدير العام أو المدير العام المساعد أو المديرون العامون المساعدون أو أعضاء مجلس الإدارة أو كلّ مسير فعلي آخر وبالتضامن فيما بينهم أو بدونه إلى حدّ المبلغ الذي تعينه المحكمة... » وانظر كذلك في مجال تفليس الشركات أحكام الفصل 596 م.تجارية.

التفريق بين دائني الذات المعنوية ودائني الأشخاص الطبيعيين المتصلين بها<sup>205</sup>. كما يعني وجوب التفريق بين حقوق الذات المعنوية وحقوق الأشخاص المتصلين بها.

**247 - 2) الاسم والتسمية الاجتماعية :** تحمل الشركة والجمعية وغيرها من الذوات إسما وتسمى الشركة حسب اسمها الاجتماعي *raison sociale* أو تسميتها الاجتماعية *dénomination sociale*<sup>206</sup>. فلشركة المفاوضة إسم جماعي يتألف من أسماء جميع الشركاء أو من أسماء بعضهم متبوعة بكلمة «وشركاؤهم»<sup>207</sup>. أمّا الشركة الخفية الإسم فهي شركة عارية من الإسم الجماعي فلا تحمل أسماء الشركاء لذا سميت بخفية الإسم ولكن هذا لا يعني أنّها لا تملك «تسمية» تعرف بها «كالشركة التونسية للبنك»<sup>208</sup>. أمّا الشركات ذات المسؤولية المحدودة فتحمل إسما اجتماعيا يمكن أن يحتوي على إسم بعض الشركاء أو أحدهم. ويجب أن يسبق الإسم الاجتماعي أو يتبع

205 ( نصّ الفصل 5 م.ش.ت. على أن رأس مال الشركة يكون ضمنا «لدائنيها دون سواهم».

206 ( أنظر الفصل 4 م.ش.ت. وأنظر كذلك الفصل 9 من نفس المجلة الذي أوجب أن تتضمن العقود التأسيسية للشركات تسميتها الاجتماعية. وحول حماية إسم الذوات المعنوية، يراجع بالخصوص أحكام الفصل 92 م.إ.ع. وفي الفقه المقارن :

Michel DAGOT, Le nom des personnes morales, J.C.P., 1992, éd. G., I, n°3579.

207 ( الفصل 54 م.ش.ت.

208 ( حول التسمية الاجتماعية للشركات خفية الإسم، يراجع أحكام الفصل 160 والفصل 230 م.ش.ت. ؛ وأنظر بالنسبة لإسم أو تسمية بقية أصناف الشركات الفصل 69 م.ش.ت. (شركة المقارضة البسيطة) والفصل 391 من نفس المجلة (شركة المقارضة بالأسهم).

مباشرة بعبارة «ش.م.م.» مع ذكر رأس مال الشركة<sup>209</sup>. وإذا كانت الشركة شركة شخص واحد ذات المسؤولية المحدودة، فإن العبارة تكون «ش.ش.م.م.»<sup>210</sup>. وللشركاء، عموما، حرية اختيار الإسم الاجتماعي للشركة، لكن «لا يمكن أن تتخذ الشركة نفس الإسم الاجتماعي لشركة سابقة أو مماثلة لها، أو إسما مشابها من شأنه أن يغالط الغير»<sup>211</sup>.

**248 - 3) المقر :** يحدد المقر بالنسبة للشركات والجمعيات بالوثائق التأسيسية<sup>212</sup>. ففي خصوص الشركات التجارية بين المشرع أنّ مقرّ الشركة يقع بمركزها الرئيسي . ويكون هذا المركز كاننا بالمحلّ الذي به قيام الإدارة الفعلية للشركة<sup>213</sup>. ويتربّب عن تحديد المقرّ بالتراب التونسي خضوع الشركة للقانون التونسي عملا بما إقتضته القاعدة العامة الواردة بالفصل العاشر من مجلة الشركات التجارية المذكور. وتجب الإشارة إلى أنّ مجلة المرافعات المدنية والتجارية أقرّت في فصلها الثالث والثلاثين حكما في مجال تحديد المحكمة المختصة ترايبا

209 ( الفقرة الأولى من الفصل 91 م.ش.ت.

210 ( الفقرة الثانية من الفصل 91 م.ش.ت.

211 ( الفقرة الثالثة من الفصل 91 م.ش.ت.، ففي هذه الحالة، «يمكن لكلّ من يهّمه الأمر أن يلجأ إلى المحكمة المختصة قصد وضع حدّ لهذا التشابه مع الاحتفاظ بحقه في التعويض عن الأضرار الناجمة عن ذلك» (الفقرة الرابعة والأخيرة من الفصل 91 المذكور).

212 ( يراجع بالنسبة للشركات التجارية الفصل 9 م.ش.ت. الذي جعل من تحديد المقرّ بيانا وجوبيا في العقود التأسيسية للشركات ويراجع بالنسبة للجمعيات الفصل 3 من القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر 1959 المتعلق بالجمعيات.

213 ( الفصل 10 م.ش.ت. وإذا تغيّر المقرّ فلا يمكن إعتباره إلّا متى وقع إشهاره طبق القانون (القرار الإستئنافي المدني، عدد 17591 غير مؤرخ، مجلة القضاء والتشريع، 1959، عدد 8، ص 24).

فنصت على أن «الدعوى الموجهة على الجمعيات وعلى الشركات والخلافات المتعلقة بتصفياتها أو قسمة مكاسبها والخلافات الواقعة بين الشركاء أو مديري الشركة والشركاء، ترفع للمحكمة التي بدانرتها مقر الجمعية أو الشركة أو مقر فروعها أو نيابتهما اللذين يهمهما الأمر»<sup>214</sup>. وفي هذا الحكم الإجرائي تيسير على المتقاضين يذكر بما كان ذهب إليه فقه القضاء الفرنسي منذ القرن التاسع عشر في اتجاه سمي بنظرية «المحطات الرئيسية» "les gares principales" أباحت بموجبها محكمة التعقيب توجيه المعلومات والوثائق القضائية إلى المقرات الفرعية للشركات تفاديا لإكتظاظ محاكم العاصمة الفرنسية حيث توجد جل المقرات الرسمية لتلك الذات<sup>215</sup>.

**249 - (4) الجنسية :** يهتم تحديد الجنسية أساسا الشركات<sup>216</sup>. وهو مادعا المشرع للتدخل بنص خاص حدد شروطا معينة

(214) حول هذا الجانب الإجرائي القرار التعقيبي المدني عدد 2055 مؤرخ في 5 جوان 1979، مجلة القضاء والتشريع 1980، عدد 9، ص 93؛ القرار التعقيبي المدني عدد 10758 مؤرخ في 22 أفريل 1985، النشرة، 1985، ح 1، ص 42؛ القرار التعقيبي المدني عدد 11818 المؤرخ في 10 جوان 1985، النشرة، 1985، ج II، ص 110؛ القرار التعقيبي المدني عدد 29589 المؤرخ في 1 أفريل 1993، النشرة، 1993، ص 25.

(215) يراجع بالخصوص :

Cass.Req. 19 juin 1876, D.P. 1877, 1.335, S 1876, 1, 383, Grands arrêts, n°21.

(216) بالنسبة للجمعيات، نص الفصل 16 من القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر 1959 والمتعلق بالجمعيات على ما يلي : «تُعرف الجمعيات الأجنبية مهما كانت صبغتها، بالمنظمات التي لها نفس مميزات الجمعيات ولها مقر اجتماعي بالخارج أو بالبلاد التونسية وتشرف على تسييرها هيئة مديرة يتركب نصفها على الأقل من الأجانب».

لمنح الشركة الجنسية التونسية<sup>217</sup>. وتتمثل هذه الشروط في :

- (1) أن يقع تأسيسها طبق القوانين الجاري بها العمل وأن يكون مقرها الرئيسي بالبلاد التونسية،
- (2) أن يشتمل رأس مالها لحد خمسين في المائة على الأقل على أسهم إسمية يمسكها أشخاص ماديون أو معنويون تونسيون،
- (3) أن يتألف مجلس الإدارة أو المجلس المكلف بالتصرف أو بالرقابة من أغلبية أشخاص ماديين لهم الجنسية التونسية،
- (4) (وهي فقرة تم تنقيحها بموجب القانون عدد 84 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985) أن يقوم بالرئاسة أو الإدارة العامة أو التصرف أشخاص ماديون لهم الجنسية التونسية. وبالنسبة إلى الشركات الخفية الإسم وفي حالة الفصل بين مهام رئيس مجلس الإدارة ومهام المدير العام فإن المدير العام يجب أن يكون مقيما على معنى تراتيب الصرف الجاري بها العمل. وقضت محكمة الاستئناف بتونس بأن التمتع بالجنسية لا يتم إلا بتوفر جميع الشروط المبينة بالمرسوم عدد 14 لسنة 1961 المؤرخ في 30 أوت 1961<sup>218</sup>.

**250 - (5) الأهلية :** تتمتع الذات المعنوية بأهلية الوجوب . فلها

(217) أنظر أحكام الفصل 3 من المرسوم عدد 14 لسنة 1961 المؤرخ في 30 أوت 1961 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 35 المؤرخ في 1 سبتمبر 1961، ص 1424) المصادق عليه بالقانون عدد 46 لسنة 1961 المؤرخ في 6 نوفمبر 1961، والمنقح بالقانون عدد 84 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 59 المؤرخ في 20 أوت 1985، ص 1037).

(218) القرار المدني عدد 93628 المؤرخ في 18 ديسمبر 1991، مجلة القضاء والتشريع 1994، عدد 2، ص 107.

## الفصل الثاني

### إثبات الحق

**251 - تقديم :** الإثبات هو إقامة الدليل لدى القاضي على وجود الحق<sup>221</sup>. لقد بينت دراسة مصادر القانون المدني أن المتقاضي غير مطالب مبدئياً بإثبات القانون وكفاؤه، فالقاضي، حسب المقولة المعروفة، يعلم القانون ويحكم به<sup>222</sup>. ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا حالة إثبات العرف<sup>223</sup> وحالة إثبات القانون الأجنبي<sup>224</sup> وحالة إثبات الخطأ البين المتمثل في القضاء بقانون ملغى إذ يجب، في الحالة الأخيرة، إثبات وجود

( 221 ) إن الإثبات المقصود قانونياً هو الإثبات القضائي la preuve judiciaire لما في إتصال الإثبات بالنزاع المدني و بقواعد سير ذلك النزاع من أهمية، يراجع حول هذه الصبغة القضائية للإثبات ، بالخصوص : رضا المزغني، أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة، الرياض، 1985. وكذلك : Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, Traité de droit civil, Introduction générale, 4ème édition, avec le concours de Mureil FABRE-MAGNAN, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 600, n° 627.

( 222 ) هذه القاعدة قديمة (jura novit cura) وتقوم على أساس أن القاضي محمول على معرفة القانون. ومن الفقهاء من يرجع هذه القاعدة لأثر نشر القوانين بالرائد الرسمي ودخولها حيّز التنفيذ على الكافة ممّا يبرّر قرينة معرفتها : يراجع :

Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, Leçons de droit civil, tome 1, premier volume, Introduction à l'étude du droit, 11è édition par François CHABAS, Montchrestien, Paris, 1996, pp. 503-504, n° 371.

( 223 ) يتجه التذكير بما أورده الفصل 544 م.إ.ع. : « من أستخدم على عرف كان عليه ثبوته ».

( 224 ) يراجع في هذا الشأن ما أورده الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص.

إمكانية إكتساب الحقوق وإكسابها<sup>219</sup>. أمّا أهلية الأداء فهي محدودة إذ أعتبر الفصل الخامس من مجلة الإلتزامات والعقود أن «الذوات المعنوية منزلة منزلة الصغير قانوناً» وأستنتج أنه ليس لها أهلية التعاقد إلاّ بواسطة من يمثلها قانوناً<sup>220</sup>. ويختلف تمثيل الذوات المعنوية من صنف لآخر حسب طبيعتها ونظامها الأساسي.

\* \* \*

( 219 ) هذه الأهلية منقوصة بطبيعتها إذ أن عديد التصرفات القانونية لا تستساغ بالنسبة للذات المعنوية من ذلك إبرام عقود زواج أو تبني ، انظر في هذا الاتجاه :

Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, Leçons de droit civil, tome 1, 2ème volume, Les personnes, 8è édition par Florence LAROCHE-GISSEROT, Montchrestien, Paris, 1997, p.352, n° 779.

( 220 ) « إن الشركة هي ذات معنوية مُنزلة منزلة الصغير قانوناً فهي لاتبرز للوجود قانوناً وليس لها حق التقاضي إلاّ بواسطة ممثلها القانوني » القرار التعقيبي المدني ع20291د المؤرخ في 12 أكتوبر 1989 النشيرية 1989، ص382. ثم إن في قول المشرع أن الذات المعنوية « مُنزلة منزلة » الصغير قانوناً دلالة أخرى على ميل المشرع لنظرية الافتراض في طبيعة الشخص المعنوي فكلية « منزلة » تعني وجود حكم تشريعي.

هذا الخطأ البين في القرار المراد مراجعته<sup>225</sup>. وتبعاً لذلك فالإثبات يتصل - مبدئياً - بالحق لا بالقانون، فالمتقاضي الذي يدعي وجود حق ذاتي أو انقضاء ملزم بإثباته<sup>226</sup>، أي أنه يتحمل عبء الإثبات la charge de la preuve<sup>227</sup> (المبحث الأول). وينظم القانون كذلك كيفية إقامة هذه الحجة لدى القاضي أي أنه يحدد القواعد المتعلقة بوسائل الإثبات les procédés de preuve (المبحث الثاني)

## المبحث الأول

### عبء الإثبات

252 - الإثبات بين الأطراف والقاضي : تشمل مسألة عبء الإثبات تحديد الطرف الذي يتحمل مهمة الإثبات وبصفة أعم فإن هذه

225 ( حول الخطأ البين الموجب لنظر الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب ، يراجع الفصل 192 (الجديد) م.م.ت. الذي جعل من اعتماد القرار التعقيبي نصاً سبق نسخه أو تنقيحه بما صيّر غير منطبق » ، صورة من صور الخطأ البين ، وأنظر كذلك في خصوص الصورة المشابهة في إجراءات مراجعة الأحكام العقارية ، أحكام الفصل 332 (جديد) م.ح.ع.

226 ( ويعني ذلك ، بصفة أدق ، إثبات وجود المصدر الذي ترتب عنه الحق (واقعة قانونية أو تصرف قانوني) و ، بالنسبة لإثبات انقضاء الحق ، وجود سبب من أسباب الإنقضاء. ولا يمتد الإثبات إلا للوقائع التي تشملها المنازعة (faits contestés).

227 ( حول عبء الإثبات ، يراجع بالخصوص : François BOULANGER, Réflexions sur le problème de la charge de la preuve, Rev. trim.dr.civ. 1966, p. 736.

وبصفة أعم :

Jean CHEVALLIER, La charge de la preuve, Cours de doctorat, Les cours de droit, Paris, 1958-1959.

المسألة تهم تدقيق دور القاضي المدني في الخصومة أو النزاع . ونذكر في هذا الشأن بأن من أبرز المبادئ التي يقوم عليها القضاء المدني، مبدأ حياد القاضي. فالحياد بالمفهوم الفني يعني عدم تدخل القاضي في الخصومة. وقد كرس الفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية هذا المبدأ حين نص على أنه « ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم »<sup>228</sup>. إن تكوين أو إتمام أو إحضار الحجة موكول مبدئياً إلى الخصوم. فالنزاع المدني يخضع لنظام يتسم بصبغته الإدعائية système accusatoire أي أن الخصوم مطالبون بإقامة الحجة وعلى القاضي فصل النزاع على ضوء ما يقدم له من حجج<sup>229</sup>. فالقاضي مقيد بحياد اختياري اعتماداً على قول الفصل المذكور « ليس على المحكمة... » ولا بحياد إجباري، ذلك أن المشرع التونسي لم يكتف بالتنصيص على مبدأ حياد القاضي بل أقر للقاضي حق تسيير وإدارة النزاع المدني بحثاً عن الحقيقة. ولهذا الغرض، مكنت العديد من فصول مجلة المرافعات المدنية والتجارية القاضي المدني من حق التدخل في بعض جوانب الخصومة من ذلك ما أورده الفصل 86 (الجديد) الناص على أنه « يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة أو سماع بينات أو إجراء توجّهات أو اختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة، أن تأذن للقاضي المقرر بإتمامها ». وأضاف الفصل المذكور « ويمكن أن تعين بالجلسة،

228 ( أنظر في هذا الشأن ، عبد الله الأحمد ، القاضي والإثبات في النزاع المدني المرجع المذكور سابقاً صفحة 79 وما بعدها.

229 ( يراجع خاصة :

C. MARRAUD, Le droit à la preuve, la production forcée des preuves en justice, J.C.P. 1973. I. n° 2572 ; André PONSARD, Vérité et justice (la vérité et le procès) (Rapport français aux travaux de l'Ass. H. Capitant, 1987. p.673). ; Xavier LAGARDE, Réflexion critique sur le droit de la preuve, Thèse, L.G.D.J., Paris 1994.

بمحضر الطرفين، تاريخ إجراء الأبحاث التي أذنت بها يوما وساعة بمكتب القاضي المقرر أو على عين محل النزاع أو غير ذلك من الأماكن». كما وجبت الإشارة كذلك إلى أحكام الفصل 114 من نفس المجلة، الذي تضمن في فقرته الأخيرة ما يلي: «وإذا لم تجد المحكمة بالملف الإيضاحات الكافية يمكنها أصالة منها الإذن بإحضار الشهود أو الخبراء بالجلسة الذين ترى منفعة في سماع شهادتهم وتأذن عند الإقتضاء بزيادة البحث كما يمكن لها الإذن بحضور الخصوم ذواتهم»<sup>230</sup>. ونلاحظ أن القراءة المتكاملة للفصول 12 و 86 و 114 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، تثبت تكريس مبدأ الحياد الاختياري للقاضي ولا تبيح تدخله إلا في مرحلة متقدمة من النزاع أي بعد أن يتم احترام قواعد تحمل عبء الإثبات من طرفي الخصومة حسب الترتيب المعتمد. ومعنى ذلك أن القاضي لا يمكنه بدءا وقبل تقديم أية حجة من قبل الخصوم، الإلتجاء إلى السلطات التي يخولها له الفصلان 86 و 114 الواقع ذكرهما سابق. ويتحمل الخصوم عبء الإثبات حسب ترتيب معين أساسه قاعدة تتفق في شأنها جل القوانين وهي القاعدة القائلة بأن المدعي هو الذي يتحمل عبء اثبات ما يدعيه (الفقرة الأولى). ولكن المشرع يقر عدة إستثناءات لهذه القاعدة (الفقرة الثانية).

## الفقرة الأولى

### المبدأ : تحمل المدعي لعبء الإثبات

253 - يتجه في البداية البحث في أساس القاعدة (أ) للخصوض

(230) حول الخبراء القضائيين، يراجع أحكام القانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 48 المؤرخ في 29 جوان 1993، ص 899.

فيما بعد ، في تطبيقها (ب) .

### أ- أساس القاعدة :

254 - تشابه التشريع : أورد الفصل 420 من مجلة الإلتزامات والعقود الوارد تحت عنوان «أحكام عامة» ما يلي: «اثبات الإلتزام على القائم به». ويكرس هذا الفصل قاعدة قديمة عرفها الرومان في مقولتهم *actori incumbit probatio*<sup>231</sup>. كما إعتمدها الفقه الإسلامي عملا بالحديث النبوي الشريف «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»<sup>232</sup>. وبما جاء بحرفه في رسالة عمر بن الخطاب في القضاء<sup>233</sup>. وقد نصت عليها اليوم جل القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي<sup>234</sup> والقانون

(231) تعني كلمة *actori*، العارض أو الطالب، أي المدعي.

(232) رواه البيهقي في السنن 252/10 والترمذي (1341) ويراجع في شأن ذلك، مصطفى أحمد الزرقاء الذي لاحظ ما يلي: «لم تبلغ روايته درجة الصحة ولكن يشهد له الواقع العملي في أقضية الرسول والصحابه» (مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق، 1998، صفحة 170 وصفحة 171). وتولت مجلة الأحكام العدلية صياغة الحديث النبوي إلى قاعدة كلية أوردها الفصل 76 منها.

(233) أنظر نص الرسالة في كتاب أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، دار الجيل، بيروت، غير مؤرخ، الجزء الأول، ص 85-86. وقد تولي الإمام ابن القيم شرحها شرحا مستفيضاً تجاوز به المجلد الأول إلى شطر المجلد الثاني من نفس الكتاب.

(234) أنظر الفقرة الأولى من الفصل 1315 من المجلة المدنية الفرنسية : "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver" وانظر كذلك الفصل 9 م. المرافعات المدنية الجديدة الفرنسية الذي يقتضي ما يلي :

"Il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention"

المصري<sup>235</sup> والقانون الجزائري<sup>236</sup> والقانون الأردني<sup>237</sup> والقانون الكويتي<sup>238</sup>.

**255 - تأصيل القاعدة :** تتأصل القاعدة في الفكرة القائلة بأن الأصل هو براءة ذمة الشخص من أي حق لفائدة الغير . وقد عبر المشرع التونسي عن هذه الفكرة في الفصل 560 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي أن «الأصل براءة الذمة حتى يثبت تعميها» . فمن يدعي حقاً يعمر به ذمة شخص آخر عليه نحض هذه القرينة وإثبات ما يدعيه. ومن المنطقي أن يتحمل عبء الإثبات بصفته مدعياً. وقد كرّست المجلة المذكورة مرة أخرى هذه الفكرة إذ إقتضى الفصل 562 منها أن «الأصل بقاء ما كان على ما كان وعلى من إدعى تغييره الإثبات»<sup>239</sup>.

**256 - من هو المدعي ؟** المدعي هو القائم بالدعوى ومقدم عريضتها . فلقد ألزم الفصل 70 (الجديد) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المدعي بأن يبين بعريضة الدعوى «إسم كل واحد من الخصوم

(235) يراجع المادة الأولى من "قانون الإثبات".

(236) يراجع الفصل 323 من القانون المدني.

(237) يراجع المادة 77 من القانون المدني.

(238) يراجع المادة الأولى من المرسوم بالقانون عدد 39 لسنة 1980 المؤرخ في 4 جويلية 1980.

(239) وفي الفقه الإسلامي يعتبر «الأصل» المشار إليه «استصحاباً» وهو اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما مستمرة في سائر الأوقات حتى يشهد إنقطاعها أو تبدلها» (مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع المذكور، الجزء الثاني، صفحة 982) ويراجع كذلك في هذا الشأن ما أورده المادة 5 من مجلة الأحكام العدلية. ويعتبر الاستصحاب «حجة دافعة لا حجة مثبتة» ، علي حيدر، درر الحكّام، شرح مجلة الأحكام ، تعريب فهمي الحسيني ، منشورات مكتبة النهضة، بيروت وبغداد، غير مؤرخ ، صفحة 30.

ولقبه وحرفته ومقره وصفته وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها القانونية». فالدعوى المقامة دون مؤيدات وأدلة هي دعوى «مجردة» يهددها الحكم بالطرح تطبيقاً للفصل 79 (الجديد) من نفس المجلة . ويجب على المدعي أن يثبت في الحقيقة مصدر الحق أي أن يقيم الدليل على وجود الواقعة القانونية أو العمل القانوني الذي تولّد عنه الحق. فالمدعي في النزاع هو المدعي في الإثبات، لكن قد يحدث أن تتغير الأدوار عند تطبيق القاعدة .

## ب - تطبيق القاعدة :

**257 - توزيع عبء الإثبات بين الطرفين :** يوزع عبء الإثبات، حسب ترتيب معين، على الخصوم. فالمدعي هو أول من يتحمل العبء عملاً بأحكام الفصل 420 المشار إليه. فإن قدّم حجه إنتقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه. وقد دقّق الفصل 421 من مجلة الالتزامات والعقود هذا التوزيع فنصّ على ما يلي: «إذا أثبت المدعي وجود الإلتزام كانت البيّنة على من يدعى إنقضاءه أو عدم لزومه له»<sup>240</sup>. ويعني ذلك أن عبء الإثبات ينتقل من المدعي إلى المدعي عليه في النزاع، الذي يصبح بدوره مدّعياً في الإثبات إن أراد دفع ما أثبتته القائم بالدعوى. ويتحمل المدعي عليه بدوره عبء الإثبات<sup>241</sup>. فلو أقرض شخص شخصاً آخر مبلغاً

(240) في نفس السياق نصّ الفصل 70 (الجديد) م.م.ت. في فقرته الثانية على أن عريضة الدعوى «يجب أن تتضمن التنبيه على المستدعي بتقديم جوابه مصحوباً بالمؤيدات بواسطة محام بالجلسة المعين لها القضية وإلا فإن المحكمة تنظر فيها حسب أوراقها».

(241) راجع في نفس الإتجاه ما أورده الجملة الأخيرة من أحكام الفصل 1315 م.م. فرنسية :

" Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

وهو تعبير عن قاعدة رومانية : *reus in excipiendo fit actor* (من دفع بأمر أثبتته).



ماليا، ثم إدعى لدى المحكمة وجود الدين وعدم خلاصه وأقام الحجة على هذا الأمر، إنتقل عبء الإثبات عندئذ إلى المدعى عليه، ليُطالب بإثبات إنقضاء الدين أو عدم لزومه له لسبب من الأسباب القانونية لأنه أصبح مدعيا في الإثبات، أي مدعيا أمرا معينا وهو عدم إلزامه بالدين .

**258 - خطر الإثبات :** يقترن عبء الإثبات بما يسمى «بخطر الإثبات» le risque de la preuve . ويعني هذا الإقتران ، بصفة عامة، إرتباط مآل النزاع بتحمل عبء الإثبات<sup>242</sup> . ويتجه تدقيق هذه المسألة.

**\* الصورة الأولى :** يتحمل المدعي عبء الإثبات بدءاً . ورأينا أن عجزه عن تقديم حجة لما يدعيه يصير دعواه مجردة مما يعرضها لخطر الحكم بطرح القضية أو بعدم سماع الدعوى أو برفضها . وفي هذه الصورة لا يطالب المدعى عليه بإثبات أي أمر بل يمكنه الإكتفاء بانتظار حصول إثبات الدعوى المقامة ضده ، وليس على المحكمة إلزامه بأي إثبات<sup>243</sup> . وقد أكدت محكمة التعقيب هذا الحل بقرارها عدد 562 الصادر بتاريخ 11 مارس 1978<sup>244</sup> والذي جاء فيه : « إذا رفع المدعي دعواه ضد المدعى عليه، فعليه إثباتها لا على خصمه إثبات نفيها إذ الأصل براءة الذمة. وتأسيسا على هذا، فالقرار الذي قضى لصالح الدعوى لكون المحكوم عليه لم يثبت خلافها، يكون

( 242 ) أنظر :

Jean CHEVALIER, *La charge de la preuve*, cours de doctorat, les cours du droit, Paris 1958-1959 ; François BOULANGER, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, Rev. trim. dr. civ. 1966, p. 736.

( 243 ) نفرق بين الإثبات والرد عن الدعوى. فللمدعى عليه الإكتفاء برد يتمسك فيه بعدم إقامة المدعي الحجة على ما يدعيه.

( 244 ) النشريات 1978 ، ج 1 ، صفحة 103.

**قد خرق القانون ومعرضا للنقض**<sup>245</sup> . كما قرّرت محكمة التعقيب بأنه بإمكان القاضي متى رأى أن الدعوى غير مؤيدة بصورة كافية للحكم لها لعدم توفر أي دليل فيها، أن يحكم بعدم سماعها<sup>246</sup> . ويعني ذلك أن المدعي يتحمل خطر الإثبات طالما لم يفلح في إثبات ما يدعيه .

**\* الصورة الثانية :** إذا أثبت المدعي وجود الإلتزام، يتحول عبء الإثبات، وتبعا له خطره، إلى المدعى عليه الذي عليه، آنذاك، أن يثبت إنقضاء الإلتزام أو عدم لزومه له . فإذا فعل، فعلى المحكمة أن ترجح بين موقفي الطرفين. وإذا لم يفعل، فإنه يفقد حظوظه مما يجيز الحكم ضده . تلك هي المعطيات الإجمالية لقواعد توزيع عبء الإثبات في الخصومة المدنية .

**259 - التطبيق القضائي :** تأثر التطبيق القضائي للفصل 420 من مجلة الإلتزامات والعقود، بصور مجلة المرافعات المدنية والتجارية التي أوضحت دور القاضي في النزاع المدني. فقبل ذلك التاريخ صدرت قرارات إعتبرت أن تطبيق أحكام توزيع عبء الإثبات يجرد القاضي من كل نفوذ في المجال ذلك أنه «ليس من وظائف المحكمة أن تبحث عن أدلة لم يتمسك بها الخصوم أنفسهم عملا بالمبدأ المقرر بالفصل 420»<sup>247</sup> . كما أن «إلزام المدعي بالإدلاء برسم تملكه مخالف لقاعدة القانون المدني الكبرى القاضية

( 245 ) انظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 7117 الصادر في 5 مارس 1970، النشريات 1970 ، صفحة 45.

( 246 ) القرار التعقيبي المدني عدد 1292 المؤرخ في 6 فيفري 1962 ، النشريات، 1962 ، صفحة 11.

( 247 ) القرار التعقيبي المدني عدد 7625 المؤرخ في 3 جوان 1958 ومثله عدد 9328 المؤرخ في 27 ديسمبر 1955، مجلة القضاء والتشريع 1960 عدد 9 و 10 صفحة 790 (168).

بأنه من إدعى شيئاً فعلياً إثباته»<sup>248</sup>. وانتقد الأستاذ عبد الله الأحمدى هذا الإتجاه القضائي معتبراً أنه مبني على مفهوم خاطئ للقاعدة الواردة بالفصل 420 كما أن استنتاجه غير سليم ويُنقض نفوذ القاضي في البحث عن الحقيقة ذلك أن تطبيق أحكام الفصل 420 لا يمنع القاضي من إلزام أحد الأطراف بالإدلاء ببعض الحجج<sup>249</sup>. وفعلاً تطور فقه القضاء في إتجاه فصل مسألة توزيع عبء الإثبات عن دور القاضي في تسيير الخصومة. وبشكل متواتر، تُذكر محكمة التعقيب، في المادة المدنية بالمبدأ الذي تضمّنه الفصل 420 المذكور وأحياناً بانبثاق هذا المبدأ على ما أورده الفصل 560 من نفس المجلة<sup>250</sup>. أما في مادة الشغل، فقد إتسم التطبيق القضائي لأحكام الفصلين 420 و421 من مجلة الإلتزامات والعقود بالتردد إذ أوردت سلسلة من القرارات التعقيبية موقفاً يبدو متمسكاً بالتطبيق الحرفي لأحكام الفصل 420 المذكور، لما إعتبرت أن «على الأجير بوصفه القائم بالدعوى إثبات الطرد التعسفي الذي يدّعيه»<sup>251</sup> ذلك أن الأجير يدّعي وجود واقعة معيّنة (طرد تعسفي) فيطالب بإثباتها لأنها

(248) القرار التعقيبي المدني عدد 7835 المؤرخ في 28 جوان 1955، مجلة القضاء والتشريع 1960 عدد 9 و10 صفحة 790 (168).

(249) عبد الله الأحمدى، القاضي والإثبات في النزاع المدني، طبع أوربيس، تونس، 1991، صفحة 217 وما بعدها.

(250) القرار التعقيبي المدني عدد 10280 المؤرخ في 28 أفريل 1959، مجلة القضاء والتشريع 1960، عدد 6، ص 460؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 179 المؤرخ في 3 أكتوبر 1960، مجلة القضاء والتشريع 1961، عدد 2، ص 980؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 8059 المؤرخ في 1 أفريل 1971، مجلة القضاء والتشريع 1972، عدد 4 و5، ص 338؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 50236 المؤرخ في 5 ديسمبر 1995، النشرة، 1995، ص 53.

(251) القرار التعقيبي المدني عدد 27282 المؤرخ في 14 جانفي 1993، النشرة، 1993، ص 128؛ وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 30252 المؤرخ في 30 جويلية 1991، النشرة، 1991، ص 54.

أساس الإلتزام بالتعويض الذي يروم الحصول عليه. وفي نفس الإتجاه، إعتبر قرار ثانٍ أنه «إذا أنكر المؤجر الطرد التعسفي حُمل عبء الإثبات على الأجير»<sup>252</sup>. وفي كل الحالات فالأجير مطالب بإثبات العلاقة الشغلية «ولا يكون خصمه ملزماً بإثبات إنتفائها»<sup>253</sup>. وفي مقابل ذلك، إعتبرت بعض القرارات أن قيام الأجير بإثبات وجود العلاقة الشغلية، يكفي لينتقل عبء إثبات سبب قطعها على المدعى عليه عملاً بأحكام مجلة الإلتزامات والعقود<sup>254</sup>. وفي هذا الإتجاه تيسير على الأجير لأنه لن يطالب بإثبات الطرد ولا صبغته التعسفية بل يكفي إثبات وجود العلاقة الشغلية. فبعض القرارات إستندت إلى «قرينة» مفادها أن «كل طرد يُعتبر تعسفياً إلى أن يثبت المؤجر خلافه»<sup>255</sup>. وبصفة أوضح، رأت محكمة التعقيب أن «عبء الإثبات في القضايا الشغلية يُحمل على المؤجر»<sup>256</sup>. وتعددت تفسيراتها. ففي قرار صدر سنة 1987 رأت المحكمة أن هذا الحل يبرره «ما يلاقيه

(252) القرار التعقيبي المدني عدد 27703 المؤرخ في 18 مارس 1993، النشرة، 1993، ص 167.

(253) القرار التعقيبي المدني عدد 32143 المؤرخ في 6 جانفي 1992، النشرة، 1992، ص 99.

(254) القرار التعقيبي المدني عدد 12152 المؤرخ في 21 أكتوبر 1985، النشرة، 1985، الجزء 2، ص 301.

(255) القرار التعقيبي المدني عدد 13502 المؤرخ في 20 أكتوبر 1986، النشرة، 1986، الجزء 2، ص 11.

(256) القرار التعقيبي المدني عدد 15272 المؤرخ في 4 جانفي 1988، النشرة، 1988، ص 125؛ وأنظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 15330 المؤرخ في 7 أفريل 1986، النشرة، 1986، الجزء 1، ص 31؛ القرار التعقيبي المدني عدد 13335 المؤرخ في 6 أكتوبر 1986، النشرة، 1986، الجزء 2، ص 20؛ القرار التعقيبي المدني عدد 13893 المؤرخ في 15 ديسمبر 1986، النشرة، 1986، الجزء 2، ص 28؛ القرار التعقيبي المدني عدد 13406 المؤرخ في 6 أكتوبر 1986، النشرة، 1986، الجزء 2، ص 32.

الأجير من الصعوبات لإثبات دعواه بناءً على القاعدة العامة للقانون المدني<sup>257</sup>. ثم وفي قرار صدر سنة 1989، إعتبرت المحكمة أن «الأصل في عقود الشغل أن لا يتخلّى العامل عن عمله من تلقاء نفسه باعتباره المورد الأصلي والوحيد لإرتزاقه وأن من يدعي خلاف ذلك يكون مُلزمًا بإقامة الدليل على إدّعاءه خلافاً للقاعدة الأصلية الواردة بالفصل 420 من المجلة المدنية<sup>258</sup>. وبصفة أدقّ إعتبرت المحكمة أنه: «إذا أثبت الأجير العلاقة الشغلية مع المؤجّر وأنكر هذا الأخير طرد الأجير مدّعياً أنه تخلّى عن عمله تلقائياً، فإنّه يكون مطالباً بإثبات ذلك تطبيقاً لأحكام الفصل 421 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>259</sup>».

وقد تدخل المشرّع بموجب تنقيح مجلة الشغل سنة 1994<sup>260</sup> وإضافة الفصل 14 خامساً إليها المتضمّن ما يلي: «يرجع للقاضي تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجديّة لأسباب الطرد ومدى احترام الاجراءات القانونية أو التعاقدية المتعلقة به وذلك بناءً على عناصر الإثبات المتقدّمة إليه من طرفي النزاع. ويمكنه لهذا الغرض الإذن بإجراء كلّ وسيلة تحقيق يراها لازمة». وسينتج من هذا الفصل أولاً أن المشرّع قد مكّن القاضي في المادة الشغلية من سلطات تتجاوز ما يقتضيه مبدأ الحياد وثانياً أنه بعدم تعيينه لطرف محدّد لتحمل عبء الإثبات، يكون قد

( 257 ) القرار التعقيبي المدني عدد 15180 المؤرخ في 23 فيفري 1987، النشورية، 1987، ص 11.

( 258 ) القرار التعقيبي المدني عدد 16370 المؤرخ في 2 جانفي 1989، النشورية، 1989، ص 15.

( 259 ) القرار التعقيبي المدني عدد 42501 المؤرخ في 25 أفريل 1994، النشورية، 1994، ص 144.

( 260 ) بموجب القانون عدد 29 لسنة 1994، المؤرخ في 21 فيفري 1994.

كرّس ضمناً الموقف القضائي الذي أثر تطبيق القواعد العامة في الغرض الواردة بمجلة الالتزامات والعقود وخاصة الفصول 420 و421 منها.

## الفقرة الثانية

### الإستثناء : القرائن القانونية

**260 - مفهومها :** عرّف المشرع القرائن بصفة عامّة بالفصل 479 من مجلة الالتزامات والعقود بأنّها «ما يستدلّ به القانون أو الحاكم على أشياء مجهولة». ويمكن أن نستنتج من هذا التعريف أمرين إثنين: أولهما أن المشرع إعتبر القرينة إستدلالاً أي إستنتاجاً هدفه توضيح أمر مجهول وهو ما أورده كذلك بصورة أدقّ المشرّع الفرنسي حين نصّ على أن القرائن هي «النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة»<sup>261</sup>. ومن هذا الجانب فالقرينة هي من التقنيات التشريعية القديمة. ففي قرينة النسب، مثلاً، عندما ينسب المشرّع نسب المولود في نطاق الزوجية إلى الزوج فهو يستنتج نتيجة (إلحاق النسب بالزوج وإعتباره أباً) من واقعة معلومة (ميلاد في إطار الزوجية) لمعرفة واقعة مجهولة (النسب الحقيقي البيولوجي). ويتمثل ثاني الأمرين في التنصيص على أن الإستدلال يصدر إمّا عن القانون أو الحاكم. ومن هنا ظهرت التفرقة الجوهرية بين القرائن القانونية والقرائن القضائية. ففي القرينة القانونية يقوم المشرّع بالإستنتاج ليعفي صاحب الحقّ من عبء الإثبات. فلا تُعدّ مثل هذه القرائن وسائل إثبات بل هي إستثناءات لمبدأ تحمل عبء الإثبات من المدعي. وقد نصّ الفصل 480 من مجلة الالتزامات والعقود على أن «قرينة القانون هي ما أناطه

( 261 ) الفصل 1349 م.م.ف.

**القانون من الحكم بأمر أو أحوال معينة**<sup>262</sup>. أمّا في القرينة القضائية، فيُعهد للقاضي بإعتماد الاستدلال وإستنتاج القرينة فهي بالتالي قرائن لم يحصرها القانون بل يستنتجها القضاء وهو ما يدعو لتسميتها بالقرائن الواقعية les présomptions de fait. وتعدّ القرائن القضائية وسيلة من وسائل الإثبات إذ نصّ الفصل 486 من مجلة الإلتزامات والعقود على أنّ «القرائن التي لم يحصرها القانون موكولة إلى إجتهد المجلس وعليه أن لا يعتمد عليها إلا إذا كانت قوية منضبطة متعددة متظافرة». وبالتالي فلا تتصل بمسألة عبء الإثبات، إلاّ القرائن القانونية.

**261 - مناط القرينة القانونية :** بين الفصل 480 من مجلة الإلتزامات والعقود أنّ «قرينة القانون ما أناطه القانون من الحكم بأمر أو أحوال معينة منها : أولاً - ما أبطله القانون لصفة محمولة على التدليس في أحكامه. ثانياً - في الصور التي قرّر فيها القانون أن تعمير النّمة أو براءتها يحصلان بحصول شروط معينة كالإبراء بمرور الزمان المحدود. ثالثاً - ما أناطه القانون من النفوذ للحكم الذي لا رجوع فيه»<sup>263</sup>. وواضح من الصياغة المذكورة أنّ هذه الصور الثلاث واردة على سبيل الذكر لأنّ مطلع الفصل ذاته إستعمل كلمة «منها» التي لا تفيد الحصر. وتشير الصورة الأولى الواردة بالفصل 480 المذكور إلى قرينة البطلان التي يلحقها المشرّع ببعض العقود المبنية على احتمال وجود التدليس fraude وهو شأن العقود المنصوص عليها بالفصول 566 و567 و569 من مجلة الإلتزامات والعقود. أما الصورة الثانية فتشمل أساساً آلية التقادم المسقط إذ أنّ

(262) راجع الفصول 480 إلى 485 م.إ.ع.

(263) تشبه أحكام الفصل 480 م.إ.ع. أحكام الفصل 1350 م.م.الفرنسية التي أضافت لهذه الصور الثلاث، صورة ما يرتبه القانون عن الإقرار أو اليمين.

«مرور الزمان الذي حدّده القانون يُسقط المطالبة الناشئة من العقد»<sup>264</sup>. فبصفة عامة تسقط جميع الدعاوى بعد مضيّ خمس عشرة سنة عدا ما نصّ عليه التشريع من مدد أخرى محدودة<sup>265</sup>. أما الصورة الثالثة، فتتعلّق بقرينة اتّصال القضاء<sup>266</sup>. وبالتأمّل في هذه الصور، تمكن ملاحظة أنّ القرينة القانونية تتطلب عادة لقيامها، تحقّق الشروط التي يقتضيها القانون في الفصل 480 المذكور. وتبعاً لذلك، فإنّ الطرف الذي يروم الإستفادة من القرينة مطالب بإثبات تحقّق شروطها الموضوعية لديه. ومن ثمّ، لم يتردّد بعض الشّراح -من بعد بارتان BARTIN- في القول بأنّ القرينة القانونية تحقّق تنقلاً لموضوع الإثبات : فعوض أن يطالب متحمل العبء بإثبات ما يدّعيه مباشرة، يكفي، في صورة وجود قرينة قانونية، إثبات توفر شروط قيامها لديه<sup>267</sup>. ولما يتحقّق له ذلك تقوم القرينة القانونية.

ورغم أهميّة الأحكام التي أوردها الفصل 480 من مجلة الإلتزامات والعقود، فإنّها أحكام لا تشتمل على تصنيف أساسي للقرائن القانونية. ويخيّر الشّراح إبراز تصنيف آخر يتأسّس على حجّة القرينة القانونية كما حدّدت مختلف النصوص المتعلّقة بها.

**262 - تصنيف القرائن القانونية :** إنّ المتأمّل في الفصول

(264) الفصل 384 م.إ.ع. ويفهم من هذا النصّ أنّ المشرّع لا يقرّ بسقوط الحقّ بل يقرّ بسقوط دعوى المطالبة به.

(265) الفصل 402 م.إ.ع.

(266) تراجع الفصول 481 و482 و483 و484 م.إ.ع.

(267) يراجع :

Slaheddine MELLOULI, Droit civil, Introduction à l'étude du droit, I.O.R.T., Tunis, 2000, p. 222 et suiv.

ويلاحظ هذا الفقيه أنّ هذا التفسير لا يسري على كلّ القرائن القانونية بل على جُلّها لأنّ من القرائن ما لا يتطلّب إثبات شروط قيامها كقرينة حسن النية (الفصل 558 م.إ.ع.).

التي خصصها المشرع لوضع المبادئ العامة للقرائن القانونية<sup>268</sup>، يلاحظ أن المجلة لم تورد بصفة صريحة تقسيما يعتمد حجية القرائن القانونية. لكن بالإعتماد على الأحكام المخصصة لهذه القرائن، يقف الشارح على تفرقة جلية بين القرائن القانونية القاطعة les présomptions légales irréfragables والقرائن القانونية غير القاطعة les présomptions légales simples. ولم يحدد المشرع التونسي معيارا صريحا للتفرقة بين القرينة القاطعة والقرينة البسيطة التي تقبل إثبات العكس في حين أقر التشريع المصري أن الأصل أن تكون القرينة القانونية غير قاطعة فتقبل إثبات العكس، فإذا قامت القرينة على اعتبارات خطيرة تهم المصلحة العامة يقضي النص بإستحالة دحضها. فقد أورد الفصل 404 من المجلة المدنية المصرية في هذا المجال أنه «يجوز نقض القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك». وفي غياب معيار واضح، تبقى التفرقة خاضعة في القانون التونسي إلى الإعتداد بكل صورة من صور القرائن القانونية بصفة مستقلة لذاتها لحسم طبيعتها.

## أ- القرائن القانونية القاطعة :

263 - مميزات: هي القرائن التي لا تقبل إثبات عكس ما ترد به. ويعني ذلك أن المستفيد منها يعفى من إثبات موضوعها. ولعل أبرز قرينة قانونية قاطعة هي، قرينة اتصال القضاء<sup>269</sup>. وتقوم قرينة اتصال القضاء بتوفر ثلاثة شروط بينها الفصل 481 من مجلة الالتزامات والعقود وهي أن يكون موضوع الطلب واحدا وأن يكون سبب الدعوى

(268) الفصول 480 إلى 485 م.أ.ع.

(269) يتردد أحيانا بعض الشراح في وصف هذه القرينة بالقرينة القاطعة لما يورده الفصل 484 م.أ.ع. من إمكانية، إستثنائية جداً وندارة التطبيق، لدحضها (يراجع بالخصوص مؤلف الأستاذ صلاح الدين الملولي، المرجع

.../...

واحدا وأن تكون الدعوى بين نفس الخصوم الصادر بينهم الحكم وبعين الصفة السابقة في الطالب والمطلوب. والورثة ومن أنجر له حق من الخصوم يعتبرون كالخصوم أنفسهم إلا إذا كان هناك تدليس أو تواطؤ. وعرفت محكمة التعقيب قرينة اتصال القضاء إنطلاقا من هذه العناصر الثلاثة فلاحظت أن «اتصال القضاء هو قرينة قانونية قاطعة تُغني من قامت لفائده عن كل بيئة أخرى ولا تقبل بيئة لمعارضتها إذا توفرت شروطها الثلاثة وهي وحدة الموضوع والسبب والأطراف»<sup>270</sup>. وفعلا فقد نص الفصل 485 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه «إذا قامت القرينة مُنع إثبات عكسها». وقد جاء في القرار التعقيبي الصادر تحت عدد 7947 بتاريخ 11 جانفي 1960<sup>271</sup> توضيح لوظيفة هذه القرينة حيث إعتبرت محكمة التعقيب أن «حجية المحكوم فيه قرينة قانونية لا تقبل الدليل المعاكس ومؤداها أن الحكم صدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع، والفرض من هذا المبدأ القانوني وضع حد للنزاع حتى لا يتكرر ولا تتناقض الأحكام في الخصومة الواحدة»<sup>272</sup>. فالقرينة

.../...

المذكور، ص 226-227) في حين يرى الأستاذ محمد الشرفي أن هذه القرينة تُصنّف «عادة» كقرينة قاطعة :

- Mohamed CHARFI, Introduction à l'étude du droit, CERES édition, 3è édit. Tunis, 1997, p. 245, n° 541.

(270) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 16901 المؤرخ في 28 مارس 1989، النشرة، 1989، ص 133 ومثله القرار التعقيبي المدني عدد 15585 المؤرخ في 16 أكتوبر 1986، النشرة، 1986، الجزء 2، ص 75.

(271) مجلة القضاء والتشريع، 1960، عدد 7، ص 516/40.

(272) أنظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 5237 المؤرخ في 21 مارس 1968 مجلة القضاء والتشريع 1968 عدد 10 صفحة 646، والقرار التعقيبي المدني عدد 6337 المؤرخ في 17 مارس 1982 النشرة 1982، ج. 2، صفحة 282، والقرار التعقيبي المدني عدد 3994 المؤرخ في 18 فيفري 1982 النشرة 1982 ج. 1، صفحة 404.

تستند إلى مبدأ عام وهو حسن سير القضاء ووضع حد للخصومات بعد استيفاء الضمانات الممنوحة للمتقاضين من طعون وغيرها<sup>273</sup>. فإذا قام مثلا شخص ضد آخر بدعوى ليطالبه بأداء دين. فقضت المحكمة ابتدائيا بعدم سماع الدعوى لعدم إثبات المدعي لوجود الدين وحرص المدعي عليه المحكوم لفائدته على إعلام خصمه بالحكم المذكور ولم يقم هذا الأخير بالطعن فيه في الآجال فلا يمكن للمدعي مبدئيا أن يقوم ثانية لنفس السبب وفي نفس الموضوع ضد ذلك الخصم للمطالبة من جديد بأداء الدين إذ أن الحكم الابتدائي القاضي بعدم سماع الدعوى أحرز على قوة الأمر المقضي به وانبنى على قرينة صحة وهي قرينة قانونية قاطعة.

(273) حول هذه القاعدة، يراجع بالخصوص، بحث: حمادي الرائد، إتصال القضاء في المادة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1991 وفي الفقه المقارن : Henri MOTULSKY, Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile, in "Ecrits, Etudes et notes de jurisprudence civile, T.1, Dalloz, Paris, 1973, p. 201 et suiv. (l'étude est parue au D. 1958, chr. p. 1 et suiv.); Jacques HERON, Droit judiciaire privé, précis DOMAT, Montchrestien, 1ère édit., Paris, 1991, p. 208 et suiv., n° 284 et suiv. وأنظر كذلك في قدم القرينة ما تورده القاعدة الرومانية : *res judicata pro veritate habetur*

وأشارت اللائحة الابتدائية لجنة الالتزامات والعقود. (travaux de la commission de codification des lois tunisiennes, code civil et commercial tunisien, avant-projet discuté et adopté, au rapport de M.D. SANTILLANA, Tunis, 1899).

إلى هذه الجذور الرومانية للقاعدة (تأصيلا للفصل 564 من المشروع الأولي المقابل للفصل 481 م.إ.ع.) وكذلك إلى الفقه وفقه القضاء الفرنسيين. كما لاحظ سانتيلانا أن المذهب المالكي يختلف عن المذهب الحنفي في خصوص قاعدة إتصال القضاء فالأول يتأثر بما جاء برسالة سيدنا عمر ولا يمانع من مراجعة الحكم متى ثبت لديه الغلط في حين يرى المذهب الحنفي أنه لا يجوز للقاضي نقض ما قضى به (يراجع تأصيل المشروع للفصل 563 منه، المقابل للفصل 480 م.إ.ع.).

## ب - القرائن القانونية غير القاطعة (أو البسيطة)

264 - مميزاتهما : هي القرائن التي تقبل إثبات عكس ما تورده أي تقبل الدحض، وهي الأكثر تداولاً في التشريع. فعندما ينص المشرع مثلا على قرينة حسن النية<sup>274</sup> فإنه يعفي الطرف من إثبات حسن نيته. وتقوم القرينة على ذلك. لكنّها قرينة بسيطة يجوز للطرف المقابل دحضها بإثبات غياب حسن النية لدى خصمه. وتمثل قرينة حسن النية ركيزة من ركائز القانون المدني وتتدخل في الكثير من نظرياته<sup>275</sup>. ومن ذلك أن الفصل 37 من مجلة الحقوق العينية يقتضي ما يلي : «إذا أحدث مالك الأرض بناءات أو منشآت بأرضه وتجاوز عن حسن نية إلى جزء يسير بأرض ملاصقة فللمحكمة أن تملكه بهذا الجزء مقابل قيمة عادلة». ويعني تطبيق قرينة حسن النية أن المالك الذي يروم طلب التملك قضائيا على أساس الفصل المعروض، ليس ملزما بإثبات شرط حسن نيته ولكنه يبقى مطالبا بإثبات باقي الشروط الواردة بالنص. فيتمتع بالتالي بقرينة حسن النية. لكن، للمدعي عليه دحض تلك القرينة بإثبات انعدام حسن نية المالك المحدث للبناءات أو المنشآت أي، في صورة الحال، بإثبات علمه بالعيب. ومن القرائن القانونية البسيطة كذلك قرينة النسب إن نص المشرع على أن «النسب يثبت بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة

(274) الفصل 558 م.إ.ع. «الأصل في كل إنسان الإستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك».

(275) أنظر على سبيل الذكر، الفصل 365 م.إ.ع. والفصول 44 و46 و53 و305 م.ح.ع. والملاحظ أن المشرع يستعمل أحيانا عبارة «بشبهة» للدلالة على حسن النية (المقصود هو أن المعنى قد إشتبهت عليه الأمور، فهو جاهل بالعيب).

شاهدين من أهل الثقة فأكثر»<sup>276</sup>. فلو دققنا النظر وحصرنا القرينة في وجود «الفراش» أي الزواج لرأينا أن لهذه القرينة دوراً أساسياً وهو الإعفاء من إثبات نسب المولود الجديد داخل إطار الزواج، فيلحق المولود الجديد بنسب الزوج وتقوم القرينة على أن الزوج هو الأب، وعليه فلا يجبر الطفل على إثبات نسبه ولا الأب على الإقرار بذلك. فقرينة الفراش تعفي من إثبات النسب. لكن المستفيد من القرينة مطالب بإثبات شروط قيامها كما حددها المشرع أي أنه مطالب بإثبات «الفراش» أي بإثبات إمّا وجود العلاقة الزوجية الشرعية أو وجود «زواج فاسد» طبق أحكام الفصلين 21 و 22 من مجلة الأحوال الشخصية أو «زواج مصرح بإبطاله» طبق أحكام الفصل 36 مكرّر من قانون تنظيم الحالة المدنية. فإذا حصل ذلك، إستفاد من القرينة ومن موضوعها. لكنها تبقى قرينة قانونية بسيطة لأنّ المشرع أجاز إثبات عكسها أي أنه أباح دعوى نفي النسب. فقد نصّ الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه «إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللّازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية». وأضاف الفصل 76 من نفس المجلة «إذا أثبت الحاكم نفي الأبوة طبق أحكام الفصل السابق فإنّه يحكم بقطع النسب والفرق الأبدي بين الزوجين» وهو ما يعني دحض قرينة النسب ومحو آثارها<sup>277</sup>.

( 276 ) الفصل 68 م. 1. ش. حول هذه القرينة، يراجع بالخصوص :

الهادي كرو، الولد للفراش، القضاء والتشريع، 1972، عدد 2، ص 11؛ محمد الهاشمي دحيدج، نفي النسب عن طريق تحليل الدم، القضاء والتشريع، 1974، عدد 5 و 6، ص 9؛ علي الفطناسي، ثبوت النسب بالفراش، القضاء والتشريع، 1978، عدد 6، ص 11.

( 277 ) أنظر في تطبيق دعوى نفي النسب، القرار المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بسوسة عدد 3411 المؤرخ في 17 جانفي 1974، القضاء والتشريع،

.../...

## المبحث الثاني وسائل الإثبات

265 - تقديم : تقتضي ممارسة الحقّ الذاتي، قضائياً، إثباته .

وقديما قيل إنّ الحقّ غير المثبت هو كالحقّ غير الموجود idem est non esse et non probari . فلا عجب أن نرى أنّ جلّ الأنظمة القانونية قد نظّمت قواعد إثبات الحقّ . فالقانون الروماني إعتد خمس وسائل للإثبات وهي الكتب والشهادة والقرائن واليمين والإقرار<sup>278</sup>. في حين أقرّ الفقه الإسلامي أهميّة «البينة الشخصية»<sup>279</sup>. وتلقى مسألة وسائل الإثبات نفس الأهميّة

.../...

1974، عدد 4، ص 66؛ القرار التعقيبي المدني عدد 9736 المؤرخ في 5 فيفري 1974، النشرة، 1974، الجزء 1، ص 150؛ القرار التعقيبي المدني عدد 11005 المؤرخ في 27 جويلية 1976، المجلة القانونية التونسية 1977، الجزء 1، ص 21 مع تعليق للأستاذ ساسي بن حليمة؛ القرار التعقيبي المدني عدد 790 المؤرخ في 26 أفريل 1977، النشرة، 1977، ج 1، ص 243؛ القرار التعقيبي المدني عدد 4078 المؤرخ في 10 جوان 1980، النشرة، 1980، ج 1، ص 154؛ القرار التعقيبي المدني عدد 9976 المؤرخ في 15 ماي 1984، النشرة، 1984، ج 1، ص 198؛ القرار التعقيبي المدني عدد 11027 المؤرخ في 20 نوفمبر 1984، النشرة، 1984، ج 2، ص 92؛ القرار التعقيبي المدني عدد 23480 المؤرخ في 13 جوان 1989، النشرة، 1989، ص 241؛ القرار التعقيبي المدني عدد 32117 المؤرخ في 16 فيفري 1993، مجلة القضاء والتشريع 1994، عدد 1، ص 94؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 27777 المؤرخ في 26 جانفي 1993، المجلة القانونية التونسية، 1998، ص 155 مع تعليق للأستاذ ساسي بن حليمة.

( 278 ) أنظر في خصوص القانون الروماني المؤلف الآتي :

Charles PERELMAN et Paul FORIERS, La preuve en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1981.

( 279 ) البينة الشخصية هي الشهادة أما البينة الخطيّة فهي الكتب. وإعتدّ الفقه الإسلامي كذلك بالإقرار واليمين، يراجع في هذا الشأن بالخصوص : أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، القاهرة، 1925؛ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء II، دار القلم، دمشق 1998، ص 1063.

في القوانين المدنية المعاصرة . فقد قدّم المشرع الفرنسي في الفصل 1316 من المجلة المدنية الفرنسية الوسائل المعتمدة في الإثبات مبيناً أنّها الحجّة المكتوبة والشهادة والقرائن والإقرار واليمين<sup>280</sup> .

**266 - تكريس الوسائل الخمس :** خصّص المشرع التونسي لوسائل الإثبات، الأحكام العامة الواردة في مجال إثبات تعمير الذمة وبراعتها والتي تضمّنتها الفصول 422 إلى 512 من مجلة الإلتزامات والعقود . وأوضح الفصل 427 من المجلة المذكورة أنّ البيّنات **المقبولة قانوناً خمس** وهي :

**أولاً :** إقرار الخصم (l'aveu)

**ثانياً :** الحجّة المكتوبة (l'écrit)

**ثالثاً :** شهادة الشهود (le témoignage)

**رابعاً :** القرينة (la présomption)

**خامساً :** اليمين والإمتناع من الحلف (le serment)

ونلاحظ أنّ المشرع ~~حصر~~ وسائل الإثبات في الوسائل الخمس التي عدّها الفصل 427 المذكور وهو ما يعني إتّباع القانون التونسي نظام إثبات يلزم الأطراف بتقديم مثبتات معيّنة ويلزم القاضي بعدم قبول غيرها .

( 280 ) يراجع في خصوص القانون الفرنسي :

Gilles GOUBEUX et Philippe BIHR, Encyclopédie de droit civil, v°, "La preuve" ; Xavier LAGARDE, Réflexions critiques sur le droit de la preuve, thèse, L.G.D.J., Paris, 1994 ; D. LAMETHE, Réflexions sur la signature, Gaz-Pal. 1976. I. Doct. P. 74 ; VIATTE, La preuve des actes juridiques, commentaire de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, Gaz-Pal. 1980. 2. doctrine p. 581 ; Jean Christophe GALLOUX, L'empreinte génétique : La preuve parfaite J.C.P. 1991. I. n° 3497 ; Jérôme HUET, La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex, D. 1992, chronique, p. 33 et suiv.

وقد يشترط المشرع في إثبات الإلتزام وسيلة معيّنة مخصوصة كالكتب، فيلزم متحمّل عبء الإثبات بالتقيّد بها دون سواها<sup>281</sup> . كما يجب في كلّ الحالات أن تكون الوسيلة المقدّمة للقاضي مقبولة قانوناً إذ لا يسوغ إثبات الإلتزام إذا كان ماله إثبات وجود التّزام غير مباح أو لا قيام به قانوناً إذا كان ماله إثبات ما لا يصلح للدّعى أي أمراً غير متنازع في شأنه أو أمراً خارجاً عن مناهل الخصومة<sup>282</sup> . وعلى هذا الأساس أيضاً، يمنع الإستناد إلى وسيلة إثبات وقع الحصول عليها بصورة غير قانونية كإستغلال الرسائل الخاصة أو الإلتجاء إلى صور التقطت خلسة بشكل يمثل تعدياً على الحياة الخاصّة للخصم . فهذه الرسائل أو الصور قد تمثّل قرائن قضائية لكنها مثبتات غير مشروعة<sup>283</sup> .

**267 - تصنيف وسائل الإثبات :** لم يصنّف المشرع الوسائل التي حدّدها في الفصل 427 المذكور في حين قام الفقه بتصنيفها إلى عدّة أصناف نذكر منها :

**أولاً - التفرقة المبنية على اتّصال الدّليل بالواقعة أو الأمر المراد إثباته :** وينتج عنها فصل طرق الإثبات المباشرة

( 281 ) يراجع الفصول 422 و 423 و 424 م.إ.ع.

( 282 ) يراجع في هذا الشأن الفصل 426 م.إ.ع .

( 283 ) حول هذا التنازع بين الحق في الإثبات والحق في حماية الحياة الخاصّة، يراجع فقها : عبد الله الأحمدي، القاضي والإثبات في النزاع المدني، مرجع المذكور، ص 519 وما بعدها ؛

- Robert BADINTER, La protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine, J.C.P., 1971, I, 2435 ; Nicole VERHEYDEN-JEANMART, Droit de la preuve, édit. LARCIER, Bruxelles, 1991, p. 34 et suiv. n° 56 et suiv.

ويراجع في القضاء الفرنسي ، حول الصور المنافية للحياة الخاصّة : Cass. crim., 30 janvier 1978, Gaz. Pal., 1978, 2, 467.



(كالكتابة والشهادة) عن طرق الإثبات غير المباشرة كاليمين والقرائن والإقرار. فالكتابة والشهادة تثبتان مباشرة الواقعة أو التصرف القانوني المطلوب إثباته في حين لا تنصب اليمين أو القرينة أو الإقرار على موضوع الإثبات ذاته بل على ظروف أخرى تدلّ عليه بصفة غير مباشرة.

**ثانيا - التفرقة المبنية على زمن قيام الدليل :** وينتج عنها فصل طرق الإثبات المعدة مسبقا والتي يهيئها الأطراف من قبل وللغرض، كالكتابة، عن وسائل الإثبات غير المهيأة، كاليمين أو القرينة أو الإقرار، وهي التي ترد لاحقا.

**ثالثا - التفرقة المبنية على حجّية الوسيلة أي على قوتها الثبوتية (أو الإثباتية) :** وهي أهم تفرقة لأن التشريع يتبنّاها ضمنا. وينتج عنها فصل الوسائل ذات الحجّية الملزمة وهي وسائل الإثبات الكاملة les moyens de preuve parfaits عن الوسائل ذات الحجّية المحدودة وهي وسائل الإثبات المنقوصة les moyens de preuve imparfaits. وتجب الإشارة إلى أنّ الفرق بين الصنفين هام. فالوسائل الكاملة تتمتع بحجّية مطلقة تجعلها قادرة مبدئيا على إثبات كلّ أمر ولا تخضع لتقدير القاضي فيلزم هذا الأخير بفصل النزاع لفائدة من إستند إليها. أمّا الوسائل المنقوصة فلا يمكن أن تثبت كلّ الأمور وتخضع للسلطة التقديرية للقاضي أي أنّه حرّ في ترتيب الآثار الناتجة عنها.

إنّ الوسائل الكاملة هي الكتب بنوعيه والإقرار واليمين الحاسمة. أمّا الوسائل المنقوصة فهي الشهادة والقرائن القضائية واليمين الإستيفائية. ويترتب عن هذه التفرقة إمكانية وصف نظام الإثبات في القانون المدني التونسي بالنظام المختلط.

**268 - موضوع الإثبات :** تتكامل التفرقة الجوهرية المشار إليها آنفا مع تفرقة أخرى تهّم موضوع الإثبات. فموضوع الإثبات هو، كما سبق

بيانه، الحقّ وبصفة أدقّ مصدر نشأة الحقّ. وقد سبق البيان، كذلك، أنّ للحقّ مصدرين: الواقعة القانونية والعمل (أو التصرف) القانوني. وبانسجام التفرقتين وتداخلهما تتضح الطول المعتمدة في المادة المدنية في شأن الإثبات إذ يخضع مبدئيا إثبات العمل القانوني إلى الوسائل الكاملة في حين يخضع مبدئيا إثبات الواقعة القانونية إلى كافة الوسائل منقوصة كانت أو كاملة. ويتّجه تفصيل هذا الحلّ العام المرتكز على التفرقتين الأساسيتين.

## الفقرة الأولى إثبات العمل القانوني

**269 - الحالات الخاصة التي يقيّد فيها المشرّع الإثبات :** يمتاز العمل القانوني بدور ملحوظ للإرادة. وقد يقيّد المشرّع إثبات بعض الأعمال القانونية في وسيلة واحدة للإثبات كما هو الشأن في القسمة الرضائية إذ يقتضي الفصل 116 من مجلة الحقوق العينية أنّ القسمة تتمّ «بالمراضاة على حسب ما يتّفق عليه الشركاء الذين لهم أهلية التصرف ولا تثبت إلاّ بكتب». ويمكن كذلك ذكر ما أورده أحكام الفصل 454 من مجلة الإلتزامات والعقود التي تفرض ما يلي : «إلتزام الأمّي الذي لا يحسن الكتابة لا يمضي حتى يتلقاه عدول أو غيرهم من المأمورين العموميين المأذونين في ذلك»<sup>284</sup>. وواضح أنّ هذا الفصل يشترط إقامة حجة رسمية بخصوص إلتزام الأمّي. ولكنّ الفصل 454 المذكور

(284) حول الإلتزام الأمّي، يراجع فقها محمد كمال شرف الدين، تعليق على الحكم المدني الصادر عن محكمة الناحية بتونس تحت عدد 9132 بتاريخ 27 مارس 1990، مجلة الأحداث القانونية، عدد 3، 1990، الجزء الأوّل، 1990 صفحة 97، وصلاحيّة الدين الملّوي، تعليق حول الكتب الخطّي الصادر عن أمّي

الوارد في فرع يحمل عنوان «في الحجج الغير الرسمية» وفي سياق الأحكام المخصصة للإمضاء، يطرح عدة صعوبات تفسيرية. فالصعوبة الأولى تخص تحديد طبيعة اشتراط الكتب الرسمي: فهل يتصل ذلك بالإثبات أم بالصحة؟ إن المتأمل في أحكام الفصل 507 من المشروع الأولي لمجلة الالتزامات والعقود، قد يميل إلى اعتبار اشتراط الكتب للإثبات<sup>285</sup>. لكن من الشراح من يرى أن الشرط يتعلق بالصحة<sup>286</sup>. أمّا الصعوبة الثانية فتهم تحديد مفهوم الأمي. فقد اعتبرت محكمة التعقيب أن الأمي هو «من لا يحسن الكتابة والقراءة ولا الإمضاء»<sup>287</sup>. فالشخص «الذي يحسن

.../...

وطريقة الطعن فيه من الورثة (القرار الإستئنافي المدني (تونس) عدد 7695 المؤرخ في 18 أكتوبر 1993، المجلة القانونية التونسية، 1995، صفحة 203. كما يجب التنبيه بالنسبة للصكوك التي تخص الأمي والأشخاص غير القادرين على الإمضاء والمتعلقة بعقارات مسجلة، إلى وجود أحكام خاصة تضمنها الفصل 378 م.ح.ع. تجيز إقامة الكتب الخطي حسب إجراءات معينة (محضر تلاوة من مأمور عمومي وبحضور شاهدين ووضع بصمة إبهام الطرف الأمي)، حول تطبيق الفصل 378 م.ح.ع. أنظر بالخصوص القرار التعقيبي المدني عدد 34969 المؤرخ في 21 فيفري 1995، النشرة، 1995، ص 312.

(285) جاء بالفصل 507 المذكور ما يلي: «إن الكتابات الخطية التي تحمل إمضاء أشخاص أميين يجب أن تكون ممضاة من شاهدين على الأقل ومصداق عليها من القاضي أو عدل الإشهاد أو مأمور عمومي آخر مأذون في ذلك والذي يجب عليه قبل المصادقة إفهام الطرف الأمي بمحتوى إلتزامه وينص على ذلك عند المصادقة. وعند فقد ذلك، فإن الوثيقة تعتبر بداية حجة خطية». وانظر كذلك القرار المدني التعقيبي عدد 30/20 المؤرخ في 14 جوان 1960، النشرة 1960، ص 11، الذي يشير إلى سلب «القيمة الإحتجاجية» للكتب المخالف لأحكام الفصل 454 م.إ.ع.

(286) أنظر في هذا الإتجاه بالخصوص:

- Slaheddine MELLOULI, Droit civil, Introduction à l'étude du droit, op. cit., p. 254, n° 839.

(287) القرار التعقيبي المدني عدد 9871، المؤرخ في 9 ماي 1974، النشرة 1974، ج 1، ص 184. وحول جهل لغة الكتابة أنظر: القرار التعقيبي المدني عدد 10337، المؤرخ في 16 أكتوبر 1973، النشرة، 1973، ج 1، ص 62.

الإمضاء لا يقال فيه أميا»<sup>288</sup>. وعلى العكس، فإن وضع بصمة الإبهام يُفيد الجهل بالإمضاء<sup>289</sup>. وأمّا الصعوبة الثالثة فتخص طبيعة الجزاء المرتب عن عدم إحترام مقتضيات الفصل 454 المذكور: فهل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبي؟ تأكيداً لما ذهب إليه فقه القضاء في السنوات الأخيرة<sup>290</sup>، إعتبرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في قرارها الصادر في 28 ماي 1998<sup>291</sup> أن «الأمر لا يتعلق ببطلان مطلق للكتب الصادر عن أمي وأن المشرع أراد حماية الأمي ممّا قد يشوب إرادته من عيب». وتبعاً لذلك، تضمن القرار حصراً لحق القيام في شخص الأمي أو ورثته بإعتباره الشخص الذي أراد المشرع حمايته. فالجزاء الممكن هو بالتالي البطلان النسبي القابل للتصديق والإجازة لا

(288) القرار التعقيبي المدني عدد 5094، المؤرخ في 12 أفريل 1982، النشرة، 1982، ج 2، ص 300.

(289) القرار التعقيبي المدني عدد 8631، المؤرخ في 23 ديسمبر 1971، النشرة، 1971، ص 136، وأنظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 6210، المؤرخ في 23 نوفمبر 1982، النشرة، 1982، ج 4، ص 271. ويحدث أن يتمسك المتعاقدون بالأمية بالنظر للغة العقد فيدعي جهلها، ورد في هذا الشأن في حكم مدني ما يلي: حيث أن مراد واضع القانون من كلمة «أمي» ليس فقط الجاهل للكتابة والقراءة مطلقاً بل كذلك المتعاقد الذي يجهل لغة العقد ولو كان عالماً بلغة أخرى» (حكم مدني صادر عن ناحية صفاقس بتاريخ 22 ماي 1991، غير منشور، ملحق برسالة فتحي الجمالي، التزم الأمي، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 1994-1995، وقد حلل هذا الحكم بالصفحتين 51 و52 من الرسالة).

(290) من ذلك بالخصوص، القرار التعقيبي المدني عدد 2931، المؤرخ في 9 ديسمبر 1980، مجلة القضاء والتشريع، 1981، عدد 8، ص 84 وحكم محكمة الناحية بتونس عدد 9132، المؤرخ في 27 مارس 1990، المذكور آنفاً وخاصة القرار التعقيبي المدني عدد 49004 المؤرخ في 10 فيفري 1998، النشرة، 1998، ج 2، ص 29.

(291) القرار عدد 45614، المؤرخ في 28 ماي 1998، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة، 1997-1998، ص 7.

البطلان المطلق.

ويمكن أن نذكر أيضا في مجال تقييد المشرع للإثبات، عقد الزواج الذي هو عمل قانوني لا يثبت حسب صريح الفصل الرابع من مجلة الأحوال الشخصية إلا بالحجة الرسمية<sup>292</sup>.

**270 - الحلول :** فيما عدا هذه الصور الخاصة، فإن أحكام إثبات العمل القانوني تخضع للحلول الآتية: لا يجوز مبدئيا إثبات التصرفات القانونية إلا بوسيلة إثبات كاملة (أ)، لكن وفي بعض الحالات المذكورة حصرا (ب)، مكن المشرع متحمل عبء إثبات العمل القانوني من اعتماد وسيلة إثبات منقوصة وهي الشهادة (ج).

**أ- المبدأ : اعتماد الوسائل الكاملة :**

**271 -** تتمثل هذه الوسائل -كما رأينا- في الكتب والإقرار واليمين الحاسمة. وقد ورد مبدأ اعتماد الوسائل الكاملة بالفصل 473 (جديد)<sup>293</sup> من مجلة الالتزامات والعقود الذي اقتضى أن: «شهادة الشهود لا تكون بيّنة في الإتفاقات وغيرها من الأسباب القانونية التي من شأنها إحداث التزام أو حق أو تحويل ذلك

(292) حول اشتراط الكتب الرسمي في عقد الزواج يراجع Mohamed CHARFI, Les conditions de forme de mariage en droit tunisien, R.T.D., 1969 - 70, p. 1.

وحول اشتراط المشرع الكتب الرسمي لإقامة إتفاق بين الزوجين على الاشتراك في الأملاك بينهما، بعد الزواج، يراجع أحكام الفصل 8 من القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين (المشرع يستعمل عبارة «يتعين أن يكون بحجة رسمية»).

(293) نقح هذا الفصل بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 48 المؤرخ في 16 جوان 2000 ص 1484).

أو تنفيير أو الإبراء منه إذا كان قدر المال أكثر من ألف دينار فيجب حينئذ تحرير حجة رسمية أو غير رسمية للبيّنة فيه». ويعاب على هذا الفصل إنعدام الدقة في تحريره إذ أنه لا يستعمل لفظة «إثبات العمل القانوني» preuve de l'acte juridique بل يلجأ إلى عبارة «الإتفاقات وغيرها من الأسباب القانونية التي من شأنها إحداث إلتزام» وهي عبارة تنقصها الدقة وقد تشمل الواقعة القانونية التي هي سبب من الأسباب القانونية المنشئة للإلتزام. وهذا الفهم يجعل العبارة مجاوزة لمقصد المشرع. وكان يعاب أيضا على أحكام الفصل 473 المذكور تضمّنها تنصيحا على مقدار ضعيف (ثلاثة آلاف فرنك أي ثلاثة دنانير) لتحديد منط تطبيق المبدأ. ونلاحظ في هذا المجال أن المشرع الفرنسي تدخل سنة 1980 لتنقيح أحكام الفصل 1341 من المجلة المدنية المشابهة، قصد إلغاء العمل بالمبلغ المنصوص عليه به منذ سنة 1804 وفرض مبلغ أهم. فتمّ الترفيع فيه من خمسين فرنكا إلى خمسة آلاف فرنك بموجب الأمر عدد 533 لسنة 1980 الصادر بتاريخ 15 جويلية 1980<sup>294</sup>. وعلى هذا المنوال نسج المشرع التونسي الذي عدّل في المبلغ بموجب التنقيح المدخل على الفصل 473 المذكور، بالقانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000<sup>295</sup>، وهو ما أل إلى الترفيع في المبلغ إلى ألف دينار. ويستخلص ممّا سبق بسطه أن مبدأ اشتراط الكتب وإقصاء الشهادة لا ينطبق في القانون الفرنسي إلا إذا كان موضوع التصرف القانوني يفوق خمسة آلاف فرنك فرنسي في حين يتمّ تطبيق نفس المبدأ

(294) أنظر، حول تنقيح الفصل 1341 المذكور، القانون عدد 525 لسنة 1980 الصادر بتاريخ 12 جويلية 1980. وهو القانون الذي مكن من تحديد المبلغ المنصوص عليه بالفصل 1341، بأمر.

(295) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 48 المؤرخ في 16 جوان 2000، ص 1484.

بالنسبة للقانون التونسي لكل التصرفات التي تفوق فيها قيمة الموضوع، ألف دينار.

## (1) الكتب :

272 - مفهومه : لم يتعرض الفصل 473 من مجلة الإلتزامات والعقود إلا للكتب لإثبات التصرف أو العمل القانوني . ويتفق جلّ الشراح على أن القراءة المتكاملة لأحكام الإثبات بمجلة الإلتزامات والعقود، تجيز كذلك قبول الإقرار واليمين الحاسمة لإثبات المعاملات المذكورة بإعتبارهما من الوسائل الكاملة للإثبات . وتدقيقا لمفهوم «الكتب»، أوضح الفصل 441 من مجلة الإلتزامات والعقود أن «البينة بالكتابة تحصل من الحجج الرسمية وغير الرسمية وقد تحصل أيضا من الرسائل التلغرافية وغيرها ومن دفاتر الخصوم وقوائم السماسرة الممضاة على الوجه المطلوب من الخصوم والفاتورات المقبولة ومن التقايد والتحريرات الخاصة وغيرها من الحجج المكتوبة . ويبقى للمجلس النظر فيما يستحق كل منها من الإعتبار بحسب الأحوال إلا إذا اقتضى القانون أو اشترط الفريقان بوجه صريح صورة مخصوصة» . وتطبيقا للتصنيف المذكور للحجج المكتوبة، دققت مجلة الإلتزامات والعقود الأحكام الخاصة بالحجج الرسمية actes authentiques (الفصول 442 إلى 448)، وبالحجة غير الرسمية actes sous seing privé (الفصول 449 إلى 460)، وبالمحررات «التي تعدّ حجة مكتوبة» (الفصول 461 إلى 469)، وبنسخ الحجج (الفصول 470 (جديد) إلى 472) . ولعل أهم الحجج المعتمدة في القانون المدني، هي الحجة الرسمية والحجة الخطية أي غير الرسمية .

## 1-1- الحجة الرسمية :

273 - تعريفها : الحجة الرسمية هي «الحجة التي يتلقاها

المأمورون المنتصبون لذلك قانونا في محلّ تحريرها على الصورة التي يقتضيها القانون»<sup>296</sup> . ويعني ذلك أن الحجة الرسمية لا يحررها إلا المأمور العمومي المأذون في ذلك . فمن هو المأمور العمومي؟ لم يحدّد المشرّع في نصّ مستقلّ قائمة للمأمورين العموميين بل أقرّ هذه الصفة حسب الحالات لبعض الأصناف . ومن ذلك، ما اقتضته الأحكام المتعلقة بجدول الإشهاد<sup>297</sup> و جدول التنفيذ<sup>298</sup> . (وتسمّى الحجة، في صورة تحريرها من العدول، «حجة عادلة» acte notarié )، وضباط الحالة المدنية<sup>299</sup>، ومدير الملكية العقارية<sup>300</sup> . كما يتمتع القضاة بهذه الصفة، إذ يعدّ من الحجج الرسمية «ما يحرره القضاة رسميا بمحلّهم» وكلّ «الأحكام الصادرة عن المجالس القضائية التونسية»<sup>301</sup> .

( 296 ) الفصل 442 م.ا.ع. الذي يشبه في مضمونه الفصل 1317 من المجلة المدنية الفرنسية، كما أشارت إلى ذلك الأعمال التحضيرية للمجلة التونسية (تعليقا على أحكام الفصل 494 من مشروع سنة 1899) .

( 297 ) عملا بأحكام القانون 64 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 المتعلّق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد . انظر كذلك في شأن عدول الإشهاد، قرار وزير العدل المؤرخ في 7 ماي 1996 المتعلّق بضبط نظام التدريب وشروط منح شهادة التأهيل للتسجيل بجدول عدول الإشهاد .

( 298 ) عملا بأحكام القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 والمتعلّق بتنظيم مهنة عدول التنفيذ . انظر كذلك، قرار وزير العدل المؤرخ في 7 ماي 1996 المتعلّق بضبط نظام التدريب وشروط منح شهادة التأهيل للتسجيل بجدول عدول التنفيذ .

( 299 ) عملا بأحكام القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في غرة أوت 1957 . وانظر القرار التعقيبي المدني المطبق لهذه الصفة، عدد 6734 المؤرخ في 15 جوان 1970 ، النشئية، 1970 ، صفحة 189 .

( 300 ) ضمنا من خلال أحكام الفصل 378 م.ح.ع .

( 301 ) الفصل 443 م.ا.ع. وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 1976، المؤرخ في 15 نوفمبر 1979، النشئية 1979، ج 2، ص 95 والقرار التعقيبي .../...

فالمحضر الذي يحرره القاضي أو الحكم الذي يصدره هو عمل قضائي acte juridictionnel وهو أيضا حجة رسمية . ولا يعدّ مأمورا عموميا المحامي الذي لم تسند له أحكام القانون المنظم لمهنة المحاماة هذه الصفة، ولا الكاتب العمومي<sup>302</sup>، ولا المترجم المحلف<sup>303</sup> ولا الخبير الذي لم يسند إليه كذلك القانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993 المتعلق بالخبراء العدليين، هذه الصفة . «وإذا كان الكتب لا يعتبر رسميا لكون تحريره من وظيفة غير الذي حرره أو لعدم أهلية أو لنقص في الصورة، أعتبر كتباً غير رسمي إذا كان به إمضاء المتعاقدين الواجب رضاها لصحة العقد»<sup>304</sup> . وهو ما يعني تغييرا في صفة الكتب . وعلى عكس ذلك يبطل الكتب الرسمي قانونا «إذا تضمن شهادة الإستغفال» أو «تضمن إيداعا»<sup>305</sup> .

.../...

المدني عدد 12952 ، المؤرخ في 17 فيفري 1986 ، النشوية 1986 ، ج 1 ، ص 227 ؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 20459 ، المؤرخ في 6 ديسمبر 1988 ، النشوية ، 1988 ، ص 264 . وفي خصوص دعوى الزور ، يراجع الفصول 234 إلى 240 م.م.ت. ويراجع أيضا الفصل 446 م.إ.ع. ( 302 ) أنظر القرار التعقيبي عدد 10283 المؤرخ في 4 ديسمبر 1956 القضاء والتشريع 1960 عدد 9 و 10 صفحة 68 .

( 303 ) القرار التعقيبي عدد 9621 المؤرخ في 4 ماي 1959 مجلة القضاء والتشريع ، 1960 ، عدد 6 ، صفحة 45 .

( 304 ) يراجع الفصل 448 م.إ.ع. .

( 305 ) يراجع الفصل 447 م.إ.ع. وتعني «شهادة الاستغفال» إقامة الحجة الرسمية بشيء من الحيلة كأن يخفى العدلان وراء ستار وتسمى أيضا شهادة التستر . أما الإيداع ويسمى أيضا شهادة الاستحفاظ فهو تصريح مسبق من صاحب الشأن لدى العدلين ينقض بموجبه ما سيجريه من التزام كان يقول إن البيع الذي سيبرمه مع فلان أو الصلح الذي سيجريه معه لا يلتزم به حقيقة وإنما يفعله حيلة ليتوصل بحقه وأنه راجع فيه متى أمكنه ذلك . انظر في ذلك ، الشيخ على صالح النيفر ، الدر المنظوم في كيفية كتب الرسوم ، طبع الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم ، تونس ، الطبعة الأولى ، 1999 ، ص 75 .

274 - حجيتها : للكتب الرسمي ميزات عديدة . فتاريخه «تاريخ ثابت» بين الأطراف وفي حق غير المتعاقدين كما أن للحجة الرسمية قوة ثبوتية لا تدحض إلا بدعوى الزور إذ يتمتع مضمونها بحجة مطلقة . لكن وجب التنبيه إلى أن هذه الحجة تقتصر على الأمور والتنصيصات والعناصر التي أشهد بها المأمور الذي حرر الكتب الرسمي على أنها وقعت بمحضه ولا تنسحب على ما عداها كمضمون تصريحات الأطراف<sup>306</sup> . ويعني ذلك أنه إذا أشهد المأمور بالتاريخ وبهوية الأطراف الثابتة لديه وبدفع الثمن بحضوره ، فإن كل هذه العناصر تتمتع بحجة الكتب الرسمي المطلقة ولا يمكن الطعن فيها إلا بالزور . أما إذا سجل المأمور العمومي تصريحات لأحد الأطراف تخص عناصر لم تحدث أمامه وبمحضره كأن يدعي الطرف شفاهيا أنه نبه على الطرف الثاني عدد المرات ، فإن مضمون هذه التصريحات (التنبيه) لا يتمتع بالحجة المطلقة للكتب الرسمي . ثم إن المشرع أباح تفادي دعوى الزور لدحض القوة الثبوتية المطلقة للكتب الرسمي وذلك «إذا وقع الطعن في الرسم بسبب إكراه أو تدليس أو توليع أو غلط مادي» . ففي هذه الصور ، تجوز «البينة بالشهادة ويحصل الثبوت أيضا ولو بالقرائن

( 306 ) يراجع الفصول 444 و 445 و 446 من م.إ.ع. وفي فقه القضاء ، أنظر القرار التعقيبي عدد 2610 المؤرخ في 17 ماي 1979 النشوية 1979 ، ج 1 . صفحة 236 ، القرار التعقيبي عدد 2731 المؤرخ في 19 مارس 1964 مجلة القضاء والتشريع 1964 عدد 8 صفحة 596 ، القرار التعقيبي عدد 297 المؤرخ في 10 أكتوبر 1960 مجلة القضاء والتشريع 1961 عدد 3 صفحة 1064 . وقد ورد بالقرار التعقيبي المدني عدد 4745 المؤرخ في 14 أفريل 1981 ، مجلة القضاء والتشريع 1983 ، عدد 7 ، ص 98 ، أن «ما يسجله المأمور العمومي من إتفاقات وأمر تتم بمحضه سمعا أو عيانا هو الذي يعتبر صحيحا ماضيا إلى أن يقع القيام فيه بدعوى الزور وأما ما يشهد به مما يلقي إليه ويطلب منه تسجيله فهو يحتمل الصدق والكذب والصحة والزور ويمكن الطعن فيه» .

**القوة المنضبطة المتلائمة بغير إحتياج إلى القيام بدعوى الزور. كما يجوز أن تكون هذه البيئة من كل من الفريقين ومن غيرهما ممن له مصلحة مقبولة قانوناً»<sup>307</sup>.**

**275 - مقتضيات إقامتها وتحريرها :** يدقّ المشرع أحياناً شروط إقامة وتحرير الحجة الرسمية من المأمور العمومي المختص. فالفصل 442 من مجلة الإلتزامات والعقود يشترط أن يتلقى المأمور العمومي الحجة الرسمية «على الصورة التي يقتضيها القانون». فبالنسبة للحجة العادلة، وهي أكثر الحجج الرسمية تداولاً، فرض القانون عدد 60 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 المتعلق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد عدّة واجبات على العدل المحرّر تخصّ مسك دفاتره<sup>308</sup> والبيانات اللازم التنصيص عليها بالصك<sup>309</sup> وواجب التلاوة على الأطراف المعنية<sup>310</sup> وكذلك واجب احترام مقتضيات خاصة بالأطراف المصابين بعاهات كالصمم والبكم والعمى<sup>311</sup> أو بالأطراف الذين لا يحسنون اللغة العربية<sup>312</sup>. كما فرض القانون المذكور واجب التحرير دون إختصار في الحروف ولا بياض ولا فراغ ولا إقحام<sup>313</sup>. وهي مقتضيات تهدف كلّها لضمان حقوق الأطراف وتفادي الإخلالات الشكلية في الحجة الرسمية.

**307 ( الفصل 444 فقرة 2 و3 م.أ.ع، أنظر حول هذا الإستثناء الحكم الإستثنائي المدني عدد 54492 المؤرخ في 27 جويلية 1962 مجلة القضاء والتشريع 1963 عدد 6 صفحة 578.**

**308 ( أنظر أحكام الفصل 19 من القانون المذكور.**

**309 ( أنظر أحكام الفصل 20 من القانون المذكور.**

**310 ( أنظر أحكام الفصل 22 من القانون المذكور.**

**311 ( أنظر أحكام الفصل 23 من القانون المذكور.**

**312 ( أنظر أحكام الفصل 25 من القانون المذكور.**

**313 ( أنظر أحكام الفصل 20 من القانون المذكور، ويراجع بصفة عامة حول مقتضيات إقامة وتحرير الحجة العادلة، وزارة العدل، دليل إجراءات عدل الإشهاد، الطبعة الثانية، تونس، 1999.**

## 2-1 الحجة غير الرسمية :

**276 - تعريفها :** وتسمى أيضا «الحجة الخطية» وتتمثل هذه

الحجة في كل كتب لا تتوافر فيه شروط الكتب الرسمي ويكون متضمناً إمضاء الطرفين. فالإمضاء هو أهمّ عنصر لقيام الكتب الخطي «فهو ركن وجود والدليل على الرضا بمضمونه فإذا خلا الكتب من الإمضاء، فلا يكون له أدنى مفعول ولا يثبت شيئاً»<sup>314</sup>. ولا يشترط القانون أن يكون الكتب محرراً من الأطراف أو من أحدهم، فقد نصّ الفصل 452 من مجلة الإلتزامات والعقود على ما يلي : «يجوز أن يكون الكتب غير الرسمي بغير خط العاقد بشرط أن يكون ممضى منه»<sup>315</sup>. و«يجب أن يتمّ الإمضاء بيد العاقد نفسه بأسفل الكتب والطابع لا يقوم مقامه بحيث يعتبر وجوده كعدمه»<sup>316</sup>. ثمّ إنّ الإمضاء لا يمكن أن يكون إلا كتابة فوضع البصمات يدلّ على جهل الكتابة أي على الأمية وهو ما يفرض - كما رأينا - إقامة حجة رسمية<sup>317</sup>. كما مكّن المشرع في

**314 ( القرار التعقيبي المدني عدد 19508 المؤرخ في 2 جوان 1988، مجلة القضاء والتشريع 1990، عدد 3، ص 85.**

**315 ( ولكن انظر في شأن الوصية، الفصل 176 م.أ.ع الذي يشترط التحرير من الموصي نفسه والقرار التعقيبي المدني عدد 50749 المؤرخ في 24 فيفري 1998 النشرة، 98، ج II، ص 516 الذي يؤكّد أنّه لا وجوب لتحرير الوصية بيد الموصي نفسه بل يكفي أن تكون بإملائه. وأنظر كذلك بالنسبة لتحرير الصكوك الخاضعة للتسجيل، أحكام الفصل 377 (مكرّر) (جديد) م.ج.ع. الذي يجعل التحرير من إختصاص المحرّرين بإدارة الملكية العقارية أو عدول الإشهاد أو المحامين من غير المتمرّنين.**

**316 ( الفصل 453 م.أ.ع، أنظر حول تطبيق هذه الأحكام، القرار التعقيبي الجنائي عدد 6145 المؤرخ في 21 ماي 1969 القضاء والتشريع 1970 عدد 1، صفحة 80.**

**317 ( يراجع أحكام الفصل 454 م.أ.ع.**

بعض العقود الهامة المتعلقة بالعقارات المسجلة، الأطراف الذين لا «يقدرّون على الإمضاء» من اتّباع إجراءات ميسرة لإقامة صكوكهم دون الإمضاء منهم وذلك باللجوء إلى تدخل شاهدين وإقامة محضر تلاوة من السلطة التي نصّ عليها المشرّع<sup>318</sup>. أمّا شكلية «التعريف بالإمضاء» فهي وسيلة إجرائية تمكّن من التأكّد من حصول شرط الإمضاء من جهة ومن إكساب الكتب تاريخاً ثابتاً من جهة أخرى<sup>319</sup>. وتختصّ بالتعريف بالإمضاء في الكتاب الخطيّة، السلط الإدارية التالية: الولاة ورؤساء البلديات ومساعدو رؤساء البلديات وكوآهيمهم ورؤساء الدوائر، وكذلك المعتمدون (خارج المناطق البلدية) وحافظ الملكية العقارية (في حدود اختصاصه) وبالنسبة لخارج الجمهورية، رؤساء البعثات الدبلوماسية والدائمة والقنصلية<sup>320</sup>. ويمكن لكلّ هذه السلط في نطاق القوانين والتراتيب الجاري بها العمل، التفويض في مهام التعريف بالإمضاء لأعوان راجعين لها بالنظر<sup>321</sup>. وفي التطبيق، فإنّ إجراء التعريف بالإمضاء يتمّ، في أغلب الحالات، من طرف رؤساء البلديات والموظّفين المؤهلين التابعين لهم. ولا يترتّب عن التعريف بالإمضاء إيداع نسخة من الصكّ لدى الإدارة المتدخلّة، لكن يقع تضمين ملخص لمحتوى الوثيقة ولهويّة الشّخص المستفيد من الإجراء وإمضاء ذلك الشّخص،

(318) أنظر احكام الفصل 378 م.ج.ع.

(319) يراجع القانون عدد 103 لسنة 1994 المؤرّخ في أوّل أوت 1994 المتعلّق بتنظيم التعريف بالإمضاء والإشهاد بمطابقة النسخ للأصل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرّخ في 9 أوت 1994) المنقح والمتّم بالقانون عدد 19 لسنة 1999 المؤرّخ في أوّل مارس 1999 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19).

(320) الفصل الأوّل من القانون عدد 103 لسنة 1994 المذكور.

(321) الفصل 6 من القانون عدد 103 لسنة 1994 المذكور.

بدفتر «تسجيل مخصّص لعمليات التعريف بالإمضاء»<sup>322</sup>. وقد ألغى القانون الجديد إمكانية التعريف بإمضاء شخص متوفى<sup>323</sup>.

**277 - الوثيقة الإلكترونية تعدّ كتباً غير رسمي بحكم القانون :** تمّ بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرّخ في 13 جوان 2000<sup>324</sup>، تنقيح عدّة فصول متعلّقة بالإثبات بغاية إدراج أحكام خاصة بالوثيقة الإلكترونية وبالإمضاء الإلكتروني. وعرف المشرّع «الوثيقة الإلكترونية» كما يلي: «هي الوثيقة المتكوّنة من مجموعة أحرف وأرقام أو أيّة إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الإتصال، تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة»<sup>325</sup>. ويستخلص من هذا التعريف أن الكتابة لم تعد -من الناحية القانونية- مقتصرة على الكتابة بالأحرف بل إن التشريع الجديد يقرّ بوجود كتابة بالأرقام أو بالإشارات الرقمية "les signes numériques" بشرط أن يكون محتواها قابلاً للفهم "dotée d'une signification intelligible" وأن تتوفّر في هذه الأرقام أو الإشارات شروط حفظ معيّنة تسمح بتأمينها للإطلاع عليها<sup>326</sup>. وإذا كانت الوثيقة الإلكترونية محفوظة في

(322) الفصل 3 من القانون عدد 103 لسنة 1994 المذكور.

(323) وهي إمكانية كانت قائمة في ظلّ أحكام الأمر العليّ المؤرّخ في 8 فيفري 1928 المتعلّق بالتعريف بالإمضاءات.

(324) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 48 المؤرّخ في 16 جوان 2000، ص 1484.

(325) أحكام الفقرة الأولى من الفصل 453 (مكرر) م.إ.ع.

(326) إنّ هذا التعريف وهذه الشروط مستلهمة من القانون النموذجي للأمم المتحدة (C.N.U.D.C.I.) (لجنة قانون التجارة الدولية، الدورة 21 المنعقدة من 28 ماي إلى 14 جوان 1996).

شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعّمة بإمضاء إلكتروني»، فإنّها «تعدّ كتباً غير رسمي»، وهو ما يعني أولاً الاعتراف تشريعياً بوجودها وبحجّيتها وثانياً إقرار معادلتها، من حيث القيمة والحجّية، بالكتب الخطّي وذلك متى توفّرت فيها الشروط المذكورة وتدعّمت بإمضاء إلكتروني. وحرص المشرّع على تعريف «الإمضاء الإلكتروني» في ذات الفصل المخصّص لتعريف الإمضاء في الحجّة الخطيّة. فقد ترتّب عن إصدار قانون 13 جوان 2000، إتمام لأحكام الفصل 453 من مجلة الالتزامات والعقود بفقرة ثانية تغيّر بموجبه تعريف الإمضاء وتدرّج على النحو الآتي: «يتمثّل الإمضاء في وضع إسم أو علامة خاصة بخطّ يد العاقد نفسه مدمجة بالكتب الموسوم بها، أو إذا كان إلكترونياً، في إستعمال منوال تعريف موثوق به يضمن صلة الإمضاء المذكور بالوثيقة الإلكترونية المترتبة به». وواضح أنّ توسيع مفهوم الإمضاء من الإمضاء بخطّ اليد إلى الإمضاء الإلكتروني يبنّي على أساس تطابق الوظائف بينهما<sup>327</sup>. فالإمضاء يهدف عموماً إلى تحقيق غايتين هما تحديد هويّة صاحبه (أي الشخص المضي) وإقامة

(327) حول هذا التطوّر في مفهوم الكتب الخطّي والاعتراف بالوثيقة الإلكترونية وبالإمضاء الإلكتروني، يراجع محمد صالح بنحسين، قواعد الإثبات والتقنيات المعلوماتية المستجدة، مجلة القضاء والتشريع، 2000، عدد 8، ص 27؛ طارق العيادي، التجارة الإلكترونية، مجلة القضاء والتشريع، 2000، عدد 8، ص 123؛ علي كحلون، التجارة الإلكترونية، مجلة القضاء والتشريع، 2000، عدد 2، ص 11؛ عز الدين بن عمر، الطرق الحديثة للبيوعات التجارية، مجلة القضاء والتشريع، 2000، عدد 2، ص 75؛ المنصف قرطاس، حجّية الإمضاء الإلكتروني أمام القضاء، مجلة القضاء والتشريع، 2000، عدد 2، ص 103؛ وكذلك:

Mohamed Kamel CHARFEDDINE, L'écrit, une preuve à l'épreuve, in, études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 217 et suiv.

.../...

الحجّة على رضاه ومصادقته على المضمون<sup>328</sup>. وإنطلاقاً من القناعة الحاصلة بأنّ الإمضاء الإلكتروني يحقّق بدوره هاتين الغايتين، تمّ الاعتراف به على نحو ما سبق بيانه. لكنّ خصوصية الوثيقة الإلكترونية (هي غير ورقية)، فرضت التحققّ من الصلة بين الإمضاء والوثيقة المرتبطة به. ويمكن أن تقوم هذه الصلة بواسطة عمليّة المصادقة la certification من طرف الغير<sup>329</sup> وهو ما قد يكون المشرّع عناه من عبارة «إستعمال منوال

.../...

وأنظر بالنسبة للتطوّر الحاصل في القانون الفرنسي في نفس المجال، تنقيح المجلة المدنية الفرنسية بموجب القانون عدد 230 لسنة 2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 (الرائد الرسمي للجمهورية الفرنسية، المؤرخ في 14 مارس 2000 ص 3968)، وأنظر كذلك في الدراسات الفقهية حول القانون الفرنسي بالخصوص:

P. CATALA, P.-Y. GAUTIER, J. HUET, I. DE LAMBERTERIE et X. LINANT DE BELLEFONDS, L'introduction de la preuve électronique dans le code civil, J.C.P., 1999, éd. G., doctrine, 182, p. 2069 et suiv.; Laurent GAMET, L'écrit électronique et le droit français de la preuve, R.R.J., droit prospectif, 2001, p. 535 ; M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve, J.C.P., 1998, E., p. 2011.

(328) حول وظيفة الإمضاء، يراجع بالخصوص:

D. LAMETHE, Réflexions sur la signature, Gaz. Pal., 1976, I, p. 74 ; J.-F. RENUCCI, L'identité du cocontractant, Rev. trim.dr.com., 1993, p. 442.

وأنظر أيضاً قرار محكمة التعقيب الفرنسية:

- Cass. civ., 24 juin 1952, J.C.P., 1952, II, 7179, observ. P. VOIRIN.

(329) دقّق المشرّع التّونسي في القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلّق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، أحكام المصادقة (يراجع الفصول 8 و9 و10 في خصوص الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية، والفصول 4 و5 و6 و7 في خصوص شهادة المصادقة والإمضاء الإلكتروني). كما تجب الإشارة إلى أنّ المشرّع الذي خصّص للتجارة الإلكترونية القانون عدد 83 لسنة 2000 المذكور، كان قد تدخل لتجريم بعض الأفعال المتصلة بالوثائق الإلكترونية وذلك بموجب القانون عدد 89 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999 المتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الأحكام من المجلة الجنائية (يراجع بالخصوص الفصل 172 جديد من هذه المجلة)، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، المؤرخ في 6 أوت 1999، ص 1586.



تعريف موثوق به».

278 - **حجية الكتب الخطي** : لا يتمتع الكتب الخطي بالحجية المطلقة التي يتمتع بها الكتب الرسمي وتاريخه لا يكون ثابتا **إزاء الغير** إلا من أحد التواريخ الآتية التي حددها الفصل 450 من مجلة الالتزامات والعقود :

« **أولا** : من يوم تسجيل الكتب بتونس أو بالبلاد الأجنبية .

**ثانيا** : من يوم إيداع الكتب تحت يد المأمور العمومي (كالمعدل ونحوه).

**ثالثا** : من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إن كان الذي أمضى الحجة بصفة كونه غافدا أو بصفة كونه شاهدا قد توفي أو عجز عن الكتابة عجزا بدنيا .

**رابعا** : من يوم الإطلاع على الكتب أو من تاريخ التعريف به من المأمور العمومي المأذون بذلك أو من حاكم بتونس أو بالبلاد الأجنبية .

**خامسا** : من يوم تضمين الكتب بالعقد المحرر من المأمور العمومي المأذون بذلك بتونس أو بالبلاد الأجنبية.

**سادسا** : إذا كان التاريخ ناجما من بيانات أخرى يترتب عليها الشبوت التام .<sup>330</sup> كما نص المشرع على أن «من أنجر له حق من أحد الطرفين على وجه خاص، يعتبر كالأجنبي فيما يتعلق بمضمون هذا الفصل (450) إذا لم يكن قيامهم في حق مدينهم» . أمّا فيما يتعلق بالأطراف وورثتهم وخلفائهم الخاصين غير القائمين في حقهم الشخصي، فإن التاريخ الثابت

( 330 ) يراجع أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 450 من م.إ.ع. والملاحظ أن واضعي أحكام الفصل 450 المذكور قد تأثروا بالحلول الواردة بالفصل 1328 من المجلة المدنية الفرنسية.

للكتب غير الرسمي هو تاريخه<sup>331</sup> . ولمفهوم «التاريخ الثابت للكتب» دور أساسي في تحديد زمن إقامة الكتب وكذلك تاريخ الإحتجاج به إزاء الغير. ففي كل الصور الوارد ذكرها بالفصل 450، نلاحظ حرص المشرع على ربط تاريخ الإحتجاج بتاريخ «ثابت» لا يكون مرتبطا بطرفي الصك بل يكون مرتبطا إما بتدخل مأمور عمومي أو بحدوث واقعة (الوفاة أو العجز) من شأنها أن تجعل إقامة الكتب في تاريخ لاحق عنها أمرا مستحيلا. ولما يتحصل الكتب الخطي على تاريخ ثابت، يمكن لأطرافه معارضة الغير بوجوده. ويعني ذلك أن لمفهوم «التاريخ الثابت» دورا أساسيا في فصل التنافس بين الكتاب المرتبط موضوعها . فالكتب الذي يتضمن تاريخا ثابتا هو الذي يعتد به إزاء الغير فهو «الأول في الزمن» وهو «الأول في الحق».

أمّا عن **مضمون الكتب** نفسه فحجيته -على عكس ما هو مقرر به

( 331 ) يراجع أحكام الفقرة الأولى من الفصل 450 من م.إ.ع. . ولعل أكثر الأسباب المذكورة تداولاً في التطبيق هي شكلية التعريف بالإمضاء من جهة والتسجيل الجبائي من جهة ثانية (حول إستقلالية الشكليتين عن بعضهما، أورد القرار المدني التعقيبي عدد 7017 المؤرخ في 6 أفريل 1982 ، النشورية ، 1982، ج 2، ص 358، أن «الكتب الخطي المعرف فيه بالإمضاء لدى البلدية التي تعتبر من المأمورين العموميين يكون ثابت التاريخ من ذلك اليوم على معنى الفصل 450 مدني دونما إحتياج لتسجيله بالقبضة المالية عند خلاص معلوم النقل». وحول تطبيق القاعدة الواردة بالفصل 450 م.إ.ع. انظر بالخصوص : القرار التعقيبي المدني عدد 19699 المؤرخ في 2 فيفري 1989، النشورية، 1989، ص 91، وحول اشكالية العلاقة بين الفصل 450 المذكور والفصل 581 م.إ.ت. والفصل 305 م.ح.ع. يراجع محمد كمال شرف الدين، حولية قانون الأموال ، المجلة القانونية التونسية 1984، ص 593 (بالفرنسية) والمجلة القانونية التونسية 1987، ص 389 (بالفرنسية) والمجلة القانونية التونسية 1994، ص 255 (بالعربية). وحول تاريخ الكتب الخطي بصفة عامة، يراجع :

F.FAVENNEC-HERY, La date certaine des actes sous seing privé, Rev.trim.dr.civ., 1992, p. 1 et suiv.

للحجة الرسمية- حجية نسبية إذ لا لزوم لدعوى الزور لإثبات عكسه. لكن إذا اعترف الخصم بالكتب الخطي أو إذا ثبت قانونا صحة ذلك الكتب ولو بغير إقرار، «اعتمد ككتب رسمي بالنسبة للطرفين وغيرهما في جميع ما تضمنه من شرط وحكاية حسبما هو مقرر بالفصل 444 والفصل 445 عدا ما يخص التاريخ»<sup>332</sup>. ويتجه تدقيق هذه الأحكام. فإذا وقع الإحتجاج بكتب غير رسمي على شخص فعليه أن يعترف به أو ينكر خطه أو إمضاه بوجه صريح وإلا اعتبر الكتب مقبولا لديه<sup>333</sup>. فإذا أنكر الخصم خطه أو إمضاه، أذن القاضي بتحرير حقيقة الأمر بنفسه أو بالإختبار<sup>334</sup>. أما إذا اعترف الخصم بخطه وبإمضائه، اعتمد نحوه ككتب رسمي من وجهة الحجية<sup>335</sup>. لكن هذا الإقرار لا يسقط حقه في معارضة الكتب بجميع الأوجه الباقية لديه من حيث الأصل أو من حيث الصورة»<sup>336</sup>.

### 3-1- الكتاب الأخرى ونسخ الحجج :

279 - الكتاب الأخرى : ورد تفصيل الأصناف الأخرى من الكتاب في الفصول 461 إلى 472 من مجلة الإلتزامات والعقود. فالمراد

332 ( الفصل 449 م.إ.ع. ويراجع في شأن تطبيقه، القرار التعقيبي المدني عدد 2127 المؤرخ في 1 مارس 1979، النشرة، 1979، ج 1، ص 113.

333 ( الفصل 458 م.إ.ع. ويراجع في شأن تطبيقه، القرار التعقيبي المدني عدد 1164 المؤرخ في 21 جوان 1977، النشرة، 1977، ج 2، ص 45.

334 ( الفصل 459 م.إ.ع. ويراجع القرار التعقيبي المدني عدد 8404 المؤرخ في 5 مارس 1974، النشرة، 1974، ج 1، ص 18.

335 ( الفصل 449 م.إ.ع. ويراجع بالخصوص، القرار التعقيبي المدني عدد 1552 المؤرخ في 10 أوت 1977، النشرة، 1977، ج 2، ص 96.

336 ( الفصل 460 م.إ.ع. ويراجع بالخصوص، القرار التعقيبي المدني عدد 8631 المؤرخ في 23 ديسمبر 1971، النشرة، 1971، ص 136.

بالكتائب التي تعدّ حججا مكتوبة «دفاتر التجار» و«دفاتر السماسرة» و«كتابة الغريم على حجة الدين بما يفيد الخلاص ولو بدون إمضاء»<sup>337</sup>.

280 - النسخ : تهم النسخ على السواء الحجج الرسمية والحجج الخطية. فالنسخة لا تعتبر كالأصل إلا إذا شهد بصحتها المأمورون العموميون المذنون بذلك أو إذا أقرّ بصحتها الطرف المحتج بها ضده أو إذا كانت ممضاة من طرفه<sup>338</sup>. ولجعل هذه الأحكام منسجمة مع إقرار حجية الوثيقة الإلكترونية، أضاف المشرع صورة أخرى لإعتماد النسخة كأصل وهي صورة إنجاز النسخ «وفق وسائل فنية توفر كل الضمانات لمطابقتها للأصول»<sup>339</sup>. وإذا لم تتوفر في النسخة هذه الشروط، يتم عرضها على الإختبار لبيان مدى صحتها<sup>340</sup>.

337 ( يراجع الفصول 461 إلى 469 م.إ.ع.

338 ( يراجع الفصل 470 (جديد) م.إ.ع. الذي تسري أحكامه على جميع الحجج المكتوبة رسمية وغير رسمية (القرار التعقيبي المدني عدد 20623 المؤرخ في 9 أوت 1989، النشرة 1989، ص 343). وفي خصوص شروط واجراءات الإشهاد بالمطابقة بالأصل يراجع القانون عدد 103 لسنة 1994 المؤرخ في أول أوت 1994 المذكور سابقا. وانظر كذلك في تطبيق أحكام الفصل 470 م.إ.ع.، القرار التعقيبي المدني الصادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 44 المؤرخ في 10 ديسمبر 1991 والذي أورد أنه «طلبا أن الصورة الشمسية للقرار المنتقد لم يكن مؤشرا عليها بما يفيد المطابقة على الأصل، فإنها تعتبر فاقدة لكل قيمة قانونية وعديمة الأثر» مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، 1961-1992، ص 70، وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني الصادر تحت عدد 5750 المؤرخ في 19 مارس 1981، النشرة، 1981، ج 1، ص 121 الذي اشترط كذلك أن تكون النسخة واضحة الكتابة ومتيسرة القراءة.

339 ( الفصل 470 (جديد) م.إ.ع.

340 ( الفقرة 2 من الفصل 470 (جديد) م.إ.ع.

وأدخل قانون 13 جوان 2000 مفهوما جديدا في هذا المجال وهو مفهوم «النسخة الثابتة والدائمة» إذ إقتضى الفصل 471 (جديد) من مجلة الالتزامات والعقود، في فقرته الأخيرة، أنه «تعتبر نسخة ثابتة ودائمة كل منتسخ يؤدي إلى تغيير في شكل السند المادي غير قابل للرجوع فيه مثل الميكروفيلم والميكروفيش وكل وسيلة خزن إلكتروني أو ضوئي أخرى». ويسمح هذا التعريف بالتوسيع في مفهوم النسخة ليشمل الصيغ الحديثة المذكورة (ميكروفيلم، ميكروفيش والخزن الإلكتروني) ويسهل عمل المتدخلين المستعملين لهذه التقنيات، كالبنوك، من الناحيتين المادية (السيطرة على تضخم الحجم المادي للوثائق المخزونة) والقانونية (الإعتراف بصفة النسخة لهذه الصيغ الحديثة).

## (2) الإقرار :

281 - الإقرار نوعان : ينقسم الإقرار إلى صنفين : إقرار حكمي وإقرار غير حكمي. فالإقرار الحكمي هو «الإعتراف لدى الحاكم من خصم أو من وكيله المأذون بخصوص ذلك ويطلق حكم الإقرار الحكمي على ما يصدر لدى حاكم لا نظر له في الدعوى أو في أثناء مرافعة أخرى»<sup>341</sup>. والإقرار الحكمي ينتج كذلك من «سكوت الخصم في مجلس الحكم إذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدعوى الموجهة عليه وأصر على سكوته ولم يطلب أجلا للجواب»<sup>342</sup>. ويستمد الإقرار الحكمي وصفه هذا لأنه يتم أمام

(341) راجع الفصل 428 من مجلة الالتزامات والعقود. وانظر في الفقه : سليمان مرقس، من طرق الإثبات، الإقرار واليمين وأجراء اتهامهما في تقنيات البلاد العربية، نشر معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1970.

(342) الفصل 429 من المجلة المذكورة.

القاضي إما هراحة، بالإعتراف ولو أثناء مرافعة في قضية أخرى لدى حاكم مختص بالنظر أو غير مختص<sup>343</sup>، أو هسمناء، بالسكوت بعد دعوته للجواب عن الدعوى وهو ما يفترض حضور المطلوب لدى المحكمة<sup>344</sup>. فإذا حضر المدعى عليه واقتصر موقفه على طلب الحكم بعدم سماع الدعوى فإن ذلك لا يفيد إقرارا ضمنييا بالدين ولا يغني عن مطالبة المدعي بما يثبت دعواه حسب الفصل 420 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>345</sup>. وعند توقّر كافة شروط صوره، يعتبر الإقرار الحكمي وسيلة إثبات كاملة ويوصف بكونه «سيد الأدلة» la reine des preuves.

أما الإقرار غير الحكمي «فهو الذي لم يصدر لدى الحاكم وقد يحصل من كل فعل مناف لما يدّعيه الخصم»<sup>346</sup>. ولا يتمتع الإقرار غير الحكمي إلا بحجية الوسيلة المنقوصة إذ يعد من القرائن الفعلية، ويمكن إقامة الحجة على وجوده ومضمونه بكل الوسائل المنقوصة. لكن الفصل 437 من مجلة الالتزامات والعقود يقتضي أنه لا يجوز إثبات

(343) القرار التعقيبي المدني عدد 2389 المؤرخ في 21 أفريل 1964، النشرة 1964، ص 17. وحول الإقرار الواقع في قضية أخرى، يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 11324 المؤرخ في 14 أكتوبر 1975، مجلة القضاء والتشريع، 1976، عدد 1، ص 39. وحول الإقرار أمام مأمور عمومي (عدل) انظر القرار التعقيبي المدني عدد 4626 المؤرخ في 24 أفريل 1980، النشرة 1980، ج 1، ص 106.

(344) القرار التعقيبي المدني عدد 16311 المؤرخ في 26 فيفري 1987، مجلة القضاء والتشريع 1989، عدد 6، ص 78 (نقض القرار الذي طبق القاعدة الواردة بالفصل 429 م.إ.ع. دون أن يكون المطلوب قد حضر بالجلسة ليُدعى من المحكمة للجواب).

(345) القرار التعقيبي المدني عدد 7678 المؤرخ في 7 مارس 1983، النشرة، 1983، ج 1، ص 252.

(346) أنظر الفصل 430 م.إ.ع.

الإقرار غير الحكمي بشهادة الشهود إذا تعلّق بالتزام يقتضي القانون إثباته بالكتابة.

## 1-2 - شروط الإقرار :

282 - يجب أن تتوفر شروط معينة لإعتماد الإقرار وهي أولاً أن يصدر من شخص له أهلية كاملة. فإقرار النائب القانوني عن الصغير أو المقدم عليه لا يمضي على هؤلاء إلا فيما صدر منهم أنفسهم من الأعمال كما للصغير المأذون بالتجارة أن يقرّ بما هو في حدود المأذون فيه وإذا كان موضوع إقراره تبرعاً منه بطل<sup>347</sup>. أمّا الشرط الثاني فيتمثل في خلوّ الإقرار من كل عيب مفسد للرّضاء إذ يشترط أن يكون الإقرار عن اختيار وتبصر<sup>348</sup>. ويتمثل الشرط الثالث في موضوع الإقرار إذ لا يعتمد الإقرار في أربع صور :

- إذا كان بشيء مستحيل حساً أو ثبت خلافه بحجج لا تقبل الطعن.

- إذا رده المقرّ له بوجه صحيح.

- إذا كان موضوعه مخالفاً للنظام العام والأخلاق الحميدة.

- إذا كان يتناقض مع مضمون حكم بات<sup>349</sup>.

## 2-2 - تجزئة الإقرار :

283 - يضع المشرّع مبدأ هاماً بالنسبة للإقرار وهو مبدأ عدم

تجزئة الإقرار . فقد إقتضى الفصل 438 من مجلة الالتزامات والعقود

( 347 ) أنظر الفصل 431 والفصل 433 م.أ.ع . وأنظر في خصوص الوكيل الفصل 436 م.أ.ع. والفصل 1118 م.أ.ع. والفصل 1120 م.أ.ع.

( 348 ) الفصل 432 من م.أ.ع والفصل 438 فقرة ثانية من نفس المجلة .

( 349 ) أنظر الفصل 439 من م.أ.ع.

أنّه « لا يجوز تقسيم الإقرار بأن يؤخذ المقرّ ببعضه دون الكلّ إذا كان هو الحجة الوحيدة... » فالأصل أن الإقرار لا يقسم. فإذا أقرّ الخصم بالحق، فلا يمكن تجزئة إقراره بالإبقاء على ما يفيدنا ونرفض ما لا يفيدنا<sup>350</sup>. ويسهل تطبيق هذا المبدأ إذا كان الإقرار « بسيطاً » أي إذا تطابق موضوعه مع موضوع الطلب. ويتعقّد الأمر إذا كان الإقرار موصوفاً أي إذا غيّر المقرّ الوصف المضاف على الحق المطالب به (أقرّ بأنني تسلّمت المال على وجه الهبة لا كما يزعم المدعي على وجه الإقتراض) وكذلك إذا كان الإقرار « مركّباً » أي الذي يتضمنّ عنصراً آخر مضافاً إلى موضوع النزاع (أقرّ بأنني إقتضت المال لكن وفي الآن نفسه - أقرّ بأنني أدّيت جزءاً منه ) . وتجاوزاً للصعوبات الناشئة عن تطبيق آلي لمبدأ عدم تجزئة الإقرار بالنسبة لهذين الصنفين ، أجاز المشرّع ، بصفة إستثنائية بالفصل 438 المذكور آنفاً ، ثلاث حالات لتجزئة الإقرار<sup>351</sup> ، وهي الصورة التي يثبت فيها بحجة أخرى أحد الأمور التي تعلّق بها الإقرار والصورة

( 350 ) إذا أقرّ المكثري المدعى عليه بأنه أسكن معه قريبه من يوم تسويغه للمحل وأن إسمه إياه كان بغير مقابل، لم يجز تجزئة هذا الإقرار إلا بالحجة المضادة المحمولة على المسوّغ (القرار التعقيبي المدني عدد 10165 المؤرخ في 27 جوان 1974 ، النشرة 1974 ، ج 2 ، ص 46). وانظر كذلك في خصوص تطبيق المبدأ، القرار التعقيبي المدني عدد 9884 المؤرخ في 24 سبتمبر 1974 ، النشرة 1974 ، ج 1 ، ص 190 والقرار التعقيبي المدني عدد 4626 المؤرخ في 24 أفريل 1980 ، النشرة 1980 ، ج 1 ، ص 106. والقرار التعقيبي المدني عدد 3418 ، المؤرخ في 17 جويلية 1980 ، النشرة 1980 ، ج 2 ، ص 73.

( 351 ) أنظر حول هذه الحالات الثلاث الفصل 438 م.أ.ع. وانظر في فقه القضاء : القرار التعقيبي الجنائي (مطلب التعقيب من القائم بالحق الشخصي) عدد 4280 المؤرخ في 19 فيفري 1959 ، مجلة القضاء والتشريع ، 1959 ، عدد 6 ، ص 409/43 : القرار التعقيبي المدني عدد 2479 المؤرخ في 9 جانفي 1964 ، النشرة 1964 ، ص 5 : القرار التعقيبي المدني عدد 3462 .../...

التي يكون فيها الإقرار متعلقاً بأمر متفرقة ممتازة عن بعضها بعضاً وهي أكثر الصور تداولاً وأخيراً الصورة التي يكون فيها موضوع الإقرار مخالفاً لأحكام الفصل 439 من م.أ.ع. ويجب على قضاة الأصل التثبت من قابلية الأقرار للتجزئة حسبما أورده المشرع في الحالات المذكورة<sup>352</sup>. ومن ذلك، فإن الإقرار بتسليم المصوغ المطالب بإرجاعه لكن، وفي الآن ذاته، نفي تسلمه على سبيل الفضل وادعاء تسلمه على وجه التوثيق في دين، يبيح إمكانية تقسيم الإقرار، وعلى المقر إثبات العنصر الثاني (التسليم على وجه التوثيق في دين)<sup>353</sup>.

284 - آثار الإقرار الحكمي : إذا صدر عن المطلوب إقرار حكمي ألزمه إذ «يؤخذ المرء بالإقرار الواقع منه على طريق الحكم

.../...

المؤرخ في 20 جويلية 1965، النشرة، 1965، ص 36 : القرار التعقيبي المدني عدد 4418 المؤرخ في 11 أكتوبر 1966، مجلة القضاء والتشريع، 1967، عدد 1، ص 47 : القرار التعقيبي المدني عدد 4555 المؤرخ في 13 ديسمبر 1966، مجلة القضاء والتشريع، 1967، عدد 3 و 4، ص 245/75 : القرار التعقيبي المدني عدد 5350 المؤرخ في 2 أبريل 1968، النشرة، 1968، ص 33 : القرار التعقيبي المدني عدد 8059 المؤرخ في 1 أبريل 1971، النشرة، 1971، ص 58 : القرار التعقيبي المدني عدد 9884 المؤرخ في 24 سبتمبر 1974، النشرة، 1974، الجزء 1، ص 190 : القرار التعقيبي المدني عدد 10165 المؤرخ في 27 جوان 1974، النشرة، 1974، الجزء 2، ص 46 : القرار التعقيبي المدني عدد 10228 المؤرخ في 6 مارس 1975، النشرة، 1975، الجزء 1، ص 128 : القرار التعقيبي المدني عدد 1577 المؤرخ في 7 جوان 1979. النشرة، 1979، الجزء 1، ص 271 : القرار التعقيبي المدني عدد 48055 المؤرخ في 17 ديسمبر 1997، النشرة، 1997، الجزء 2، ص 20. 352 ( القرار التعقيبي المدني عدد 2479 المؤرخ في 9 جانفي 1964، النشرة، 1964، ص 5.

353 ( أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 4482 الصادر في 13 أبريل 1943 مجلة القضاء والتشريع 1960 ع 9 و 10 صفحة 20-21.

كما يؤخذ به وارثه ومن انجر له حق منه بعد الإقرار<sup>354</sup>، لكن «إقرار أحد الوارثين لا يسري إلى بقيتهم ولا ينفذ إلا في حصة المقر<sup>355</sup> وقدر منابه فيما اشترك فيه». وبصفة عامة، فإنه لا يجوز للمقر الرجوع في إقراره<sup>356</sup> إلا إذا ثبت أن «الحامل عليه غلط حسي»<sup>357</sup> أي أن المقر وقع في غلط بخصوص المعطيات الواقعية التي تعلق بها إقراره أمام القضاء.

### (3) اليمين الحاسمة :

#### 1-3- تعريفها :

285 - هي «اليمين التي يوجهها أحد الخصمين على الآخر حسماً للنزاع»<sup>358</sup>. وفي هذا فهي تختلف عن اليمين الاستيفائية التي يوجهها القاضي ولا تلزمه في حسم النزاع إذ أنها من وسائل الإثبات المنقوصة.

#### 2-3- طبيعتها القانونية :

286 - سُميت اليمين يميناً حاسمة لأنها وسيلة إثبات كاملة

354 ( الفصل 434 م.أ.ع.

355 ( الفصل 435 م.أ.ع.

356 ( الفصل 438 فقرة أخيرة م.أ.ع. وانظر في تطبيق هذا المبدأ القرار التعقيبي المدني عدد 10213 المؤرخ في 5 سبتمبر 1973 النشرة 1973، ج 2، ص 138.

357 ( الفصل 438 فقرة قبل الأخيرة م.أ.ع.

358 ( الفصل 492 - فقرة أولى م.أ.ع. ويراجع فقها :

Kamel NEGRA, Le serment décisore, mémoire, D.E.S. en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1977-1978 ; A. MOURRE, Réflexions sur le serment décisore, Gaz. Pal. 1994, doct., p. 798.

تُنهي النزاع وتُلزم القاضي بما إقتضته . واعتبر الفقه هذه اليمين **صلحا** يتم بين المدعي (الذي يعرض على خصمه أدائها) والمدعى عليه (الذي يُنهي النزاع إن قبلها وأداها ونفى دعوى المدعي)<sup>359</sup>. وإنتقد الفقيه Lessona هذه النظرية لكون اليمين تختلف عن عقد الصلح نشأة وأهدافا وآثارا<sup>360</sup>. ولم تتردد محكمة التعقيب في قرار صادر في 4 مارس 1982<sup>361</sup> في القول بأن «اليمين الحاسمة هي صلح بين الطرفين في حسم النزاع بينهما فإذا ما وجهها أحدهما على الآخر ولم يقبلها منه ولا هو أدائها ولا قلبها على من وجهها، تعطلت تلك اليمين وتعطل معها الصلح ولم ينفصل النزاع بتلك الطريقة». وكانت محكمة التعقيب فيما سبق هذا القرار أكثر حذرا إذ إعتبرت في قرارها الصادر في 3 جوان 1987<sup>362</sup> أن «اليمين الحاسمة ليست دليلا يقدمه المدعي على صحة ما يدعيه وإنما هي طريقة يلتجئ إليها عندما يعوزه إستحضار أي دليل آخر».

( 359 ) حول هذا الرأي ، يراجع ، كمال نفرة ، المرجع المذكور ، ص 7 وما بعدها .

( 360 ) يراجع :

M. Carlo LESSONA, Le serment est-il une transaction ? Rev.trim.dr.civ., 1904, p. 797 et suiv.

- ويركز هذا الفقيه بالخصوص على غياب عنصري الرضا والإرادة في التعاقد في كل إجراءات اليمين.

( 361 ) أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 3940 المؤرخ في 4 مارس 1982، النشوية، 1982، ج 2، ص 413. وأنظر كذلك في نفس الاتجاه، القرار التعقيبي المدني عدد 10659 المؤرخ في 5 جانفي 1960، النشوية، 1960، ص 157 («إن وسيلة اليمين الحاسمة تعتبر كعقد صلح يعرضه موجه اليمين على خصمه وإن قبله هذا وجب عليه أدائها طبق الإيجاب... وليس حتى للحاكم أن يغير من صيغة الإيجاب إلا إذا كان لزيادة التوضيح والبيان»).

( 362 ) القرار التعقيبي المدني عدد 14008 المؤرخ في 3 جوان 1987، النشوية،

1987، ص 275.

### 3-3- شروطها:

287 - شروط توجيه اليمين متعددة وتتعلق بصفة الطرف وبالأهلية

وبموضوع اليمين.

288 - **أولا : إشتراط صفة الطرف** : لا يمكن ، حسب

التعريف الذي أورده الفصل 492 من مجلة الإلتزامات والعقود ، أن تصدر هذه اليمين إلا ممن هو طرف في الخصومة (مدعي أو مدعى عليه). ولئن كان هذا هو المبدأ، فإنه يتحتم مع ذلك تدقيق أمرين : الأول يخص بعض الصور التي منع فيها المشرع على الأشخاص الطبيعيين توجيه اليمين والثاني يخص الذوات المعنوية والصعوبات المرتبطة بخصوصيتها.

فبالنسبة للذوات الطبيعية، بين الفصل 498 من مجلة الإلتزامات والعقود أنه «لا توجه اليمين على الخصم إلا فيما تعلق بفعله الخاص أو بعلمه»، وأضاف «فالورثة وعلى الأخص غيرهم لا تلزمهم اليمين فيما فعله غيرهم وإنما تلزمهم فيما يعلمونه». ويعني ذلك أنه لا مانع من توجيه اليمين على وارث بشرط أن يتعلق موضوعها بعلمه الشخصي. ومن جهة أخرى ، واحتراما للتقاليد التي تحكم العلاقات العائلية ، فقد انفرد المشرع التونسي بمنع اليمين الحاسمة عندما تكون موجهة من «الولد على والديه» إذ نص الفصل 499 من مجلة الإلتزامات والعقود على ما يلي : «ليس للولد توجيه اليمين على والديه وإنما له قلبها عليهما إن وجهها عليه».

أما بالنسبة للذوات المعنوية، فإنه لا يمكن أن توجه عليها اليمين<sup>363</sup> وذلك بالنظر إلى واقعها لأن اليمين تتأسس على الإيمان الشخصي لمن

( 363 ) أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 1204 المؤرخ في 30 جانفي 1960 ، مجلة القضاء والتشريع، 1960، عدد 6 ، ص 22 (صادر في خصوص يمين استيفائية). وأنظر كذلك الحكم المدني الإبتدائي (تونس) عدد 5317 المؤرخ في 2 ماي 1964 ، مجلة القضاء والتشريع 1964، عدد 8، ص 69 (صادر أيضا في خصوص يمين استيفائية).

يؤديها وبالنظر كذلك للقانون الذي يفرض النيابة على الشخص المعنوي ولا نيابة في اليمين.

289- ثانيا : إشتراط الأهلية : يجب أن تتوفر في الخصم الذي يوجه اليمين أهلية التفويت : « فمن ليس له التفويت، ليس له توجيه اليمين الحاسمة ولا قبولها . فالوالد والوصي والمقدم والوكيل ليس له توجيه اليمين إلا بالشروط المقررة في القانون لتفويت أموال من لنظرهم ولا يسوغ لهم أداء اليمين فيما يتعلق بنوازل أموال من لنظرهم إلا فيما باشروه بأنفسهم والصغير المأذون بالتجارة له توجيه اليمين وأداؤها على حد ما هو مأذون به »<sup>364</sup>. ويعني ذلك أن المشرع يرى في توجيه اليمين أو قبولها عملا قانونيا هاما . فالوكيل المفوض « مهما أطلقت يده » ليس له توجيه اليمين إلا بنص صريح<sup>365</sup>. أما أداء اليمين فلا نيابة فيه إذ لا يصح التوكيل فيما لا يقبل النيابة<sup>366</sup>. ويستخلص مما سبق ذكره، أن أداء اليمين عمل شخصي لإتصاله المباشر بإيمان من يؤديها وكذلك، ومن الناحية القانونية الصرفية، لخطورة العقوبة المسلطة على من أداها زورا<sup>367</sup>. وقضت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 27 سبتمبر 1988 أن مجلة الإلتزامات والعقود اعتبرت أداء اليمين « من الأعمال التي لا تقبل النيابة ، وقد جرى فقه القضاء بصفة مطردة على إعتبار توجيه

364 ( أنظر أحكام الفصل 494 م.إ.ع.

365 ( يراجع أحكام الفصل 1120 م.إ.ع.

366 ( يراجع أحكام الفصل 1108 م.إ.ع.

367 ( نص الفصل 243 من المجلة الجنائية على ما يلي : « الإنسان الذي في نازلة مدنية يتعمد الشهادة بالزور أو يمينا باطلة يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها ألف فرنك ».

اليمين وقلبها من الأعمال المماثلة للأداء فلا ترتب أثرها القانوني إلا إذا باشرها الشخص المعني بها . فالوكيل على الخصام لا تجوز له مباشرتها في حق موكله<sup>368</sup>. فإذا وجهت اليمين الحاسمة من المحامي ولم يصادق عليها منوبه، فإنها تكون لاغية<sup>369</sup> ذلك أنه « لا يجوز للمحامي توجيه اليمين إلا بتوكيل خاص أو بمصادقة موكله »<sup>370</sup>.

290- ثالثا : الشروط الخاصة بموضوع اليمين : توجه اليمين مبدئيا في كل الدعاوى ولا يمكن أن تتعلق ، حسب أحكام الفقرة الأولى من الفصل 498 من مجلة الإلتزامات والعقود إلا بالفعل الخاص أو بعلم الطرف الموجه عليه<sup>371</sup>. لكن المشرع إستثنى ست صور لا يجوز فيها توجيه اليمين الحاسمة ووردت في الفصل 500 من مجلة الإلتزامات والعقود وهي الصور الآتية :

- الصورة الأولى : إن كانت اليمين «يمين تهمة»، لأن اليمين وسيلة إثبات في القانون المدني لا في القانون الجزائي.

368 ( أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 15766 المؤرخ في 27 سبتمبر 1988، النشرة ، 1988، ص 241.

369 ( أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 9109 المؤرخ في 5 أفريل 1973 ، النشرة، 1973، ج 1، ص 31.

370 ( أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 2264 المؤرخ في 28 فيفري 1980، مجلة القضاء والتشريع، 1981، عدد 5، ص 77.

371 ( أنظر الفصل 497 من م.إ.ع. «يجوز توجيه اليمين الحاسمة للنزاع في كل دعوى مطلقا وفي كل درجة من المرافعة ولو لم يكن هناك مقدمات بينة لإثبات المطلب أو الدفع الموجه فيهما اليمين». وأنظر في تطبيقه القرار التعقيبي المدني عدد 449 المؤرخ في 19 جانفي 1976، النشرة ، 1976، ج 1، ص 35. والقرار التعقيبي المدني عدد 63860 المؤرخ في 12 مارس 1998، النشرة ، 1998، ج II ، ص 179.

- الصورة الثانية : «لثبوت معاملة يوجب القانون أن يكون ثبوتها بحجة رسمية»، كعقد الزواج أو المغارسة أو «التسجيل» كعقد البيع العقاري وفي ذلك تغليب لشكلية الكتابة على النحو المبين.

- الصورة الثالثة : «لنفي أمر شهدت به الحجة الرسمية إذا صرح المأمور الذي حررها بأن ذلك وقع بمحضه» ، فالإشهاد على النحو المذكور<sup>372</sup> يتمتع بقوة ثبوتية مطلقة حسب أحكام الفصل 444 من مجلة الالتزامات والعقود وهذه الحجية المطلقة لا يمكن أن تدحض باليمين.

- الصورة الرابعة : إذا كان موضوعها مخالفا للنظام العام والأخلاق الحميدة وإقصاء اليمين في هذه الحالة ، أمر معقول إذ أنه ككل عمل قانوني يجب أن تكون مطابقة للشرعية.

- الصورة الخامسة : لإثبات أمر مخالف لما قضى به حكم بات لأن قرينة اتصال القضاء قرينة قانونية قاطعة.

- الصورة السادسة : إذا كانت عديمة الفائدة أو يقصد منها التّعنت. فالتّعنت لغة هو تشديد اللّغْت الذي يعني إدخال المشقة وتكليف الحرج. والمراد هو أن يقصد موجه اليمين تكليف المطلوب بأدائها عبثا لا يقدر عليه<sup>373</sup>.

ونلاحظ أن المشرع أبقى في هذا الشأن على الصور التي أوردها

(372) «وعلى هذا الأساس فالكتب الذي لم يحرره مأمور عمومي ليس بحجة رسمية والحكم الذي قضى بمنع توجيه اليمين لمعارضته مخطئ في تطبيق الفقرة الثالثة من الفصل 500 من م.إ.ع.». انظر القرار التعقيبي المدني عدد 2467 المؤرخ في 20 سبتمبر 1978، النشورية، 1978، ج 2، ص 71.

(373) ورد في «لسان العرب» لابن منظور (طبع دار صادر، بيروت، 1990، المجلد الثاني، ص 21) عن الأنباري «أصل التّعنت التشديد، فإذا قالت العرب: فلان يتعنّت فلانا ويعنّته، فمرادهم يشدّد عليه، ويلزمه بما يصعب أدائه»؛ يراجع في خصوص تطبيق هذه الصورة القرار المدني التعقيبي عدد 79 المؤرخ في 12 جويلية 1960، النشورية، 1960، ص 23.

الفصل 584 من مشروع 1899 الذي أشار في شأنه «سانتيلانا» أن أحكامه مستلهمة من الفصل 1364 من المجلة الإيطالية الصادرة في 25 جوان 1865<sup>374</sup>.

### 3-4 - إجراءاتها :

291 - تخضع إجراءات اليمين الحاسمة للنظام الآتي: يوجه الخصم اليمين على الآخر. ومن وجه اليمين الحاسمة يفقد حقه في كافة الأدلة الأخرى ولا يمكنه الرجوع فيها بعد قبول أدائها من خصمه<sup>375</sup> ولمن وجهت عليه اليمين أن يتبع أحد الموقفين : فإما أن يؤدّيها ويحسم النزاع وإما أن يرفض أدائها . ورفض الأداء قد يتخذ بدوره أحد الشكلين : قد يكون الرفض مقترنا بقلب اليمين إذ لمن طوب باليمين الحاسمة حق قلبها أي دعوة موجهها لأدائها . وفي هذه الصورة فإن أدائها موجهها، حسم النزاع لفائدته وإن رفض أدائها، رفضت دعواه. وقد يكون الرفض نكولا<sup>376</sup>، فإذا كان طالبا حسم النزاع ضده وإذا كان

(374) هو، في الواقع، إستلهم محدود، إذ نصّت الفقرة الثانية من الفصل 1364 المذكور على ما يلي :

"Il (le serment décisoire) ne peut être déféré sur un fait délictueux, ni sur une convention pour laquelle la loi exige un acte écrit, ni pour contredire un fait qu'un acte public atteste s'être passé au moment même de la rédaction de l'acte en présence de l'officier qui l'a reçu".

(375) القرار التعقيبي المدني عدد 2599 المؤرخ في 5 جانفي 2001، مجلة القضاء والتشريع، 2001، عدد 7، ص 119.

(376) حول مفهوم النكول وآثاره : يراجع : القرار التعقيبي المدني عدد 8184 المؤرخ في 14 ديسمبر 1971، النشورية 1971، ص 123؛ القرار التعقيبي المدني عدد 9793 المؤرخ في 29 مارس 1973، النشورية، ج 1، ص 30؛ القرار التعقيبي المدني عدد 2865 المؤرخ في 11 ديسمبر 1979، النشورية 1979، ج 2، ص 125؛ القرار التعقيبي المدني عدد 5280 المؤرخ في 26 أكتوبر 1982، نشورية 1982، ج 4، ص 362؛ القرار التعقيبي المدني عدد 11756 المؤرخ في 3 جوان 1985، مجلة القضاء والتشريع 1987، عدد 5، ص 93؛ القرار التعقيبي المدني عدد 25371 المؤرخ في 1 فيفري 1990، مجلة القضاء والتشريع، 1992، عدد 3، ص 31.



مطلوبا فلا يكفي نكوله لإثبات حق خصمه إلا بيمينه فإن أدّاها حكم له وإن نكل بدوره حكم عليه ولو مع نكول المطلوب<sup>377</sup>. وذكرنا أنّ أداء اليمين عمل شخصي لا يمكن القيام به بواسطة . أمّا مكانها فيكون بجامع الخطبة أو بغيره من أماكن العبادة التي يعينها الخصم الذي وجهها وبحسب ديانة الذي يؤدّيها<sup>378</sup>. وقد قبلت محكمة التعقيب أن يتمّ أداء اليمين بالمحكمة إذا اتفق الخصوم على ذلك<sup>379</sup>.

#### ب- الحالات الإستثنائية لتجاوز قاعدة الفصل 473 م.إ.ع. :

292 - تمثّل هذه الحالات الصور التي يجوز فيها تجاوز القاعدة المبينة بالفصل 473 من مجلة الالتزامات والعقود وإثبات العمل القانوني الذي يفوق موضوعه ألف دينار بالشهادة. وهذه الحالات هي خمس، وتضاف إليها الحالة التي يتفق فيها الأطراف على استبعاد المبدأ.

293 - **أوّلا - وجود «حجة بالكتابة غير كاملة» :** يجب التنبيه إلى أنّ «الحجة بالكتابة غير الكاملة» أو بداية الحجة المكتوبة لا تعدّ وسيلة إثبات في حدّ ذاتها بل هي صورة من الصور الإستثنائية التي تبيح إدخال استثناء على قاعدة الفصل 473 من مجلة الالتزامات والعقود، وهي «عبارة عن كلّ كتب صدر من الخصم أو من نائبه أو ممّن إنجرّ له حقّ فيه، يقرب به احتمال ما تضمّنته الدّعى»<sup>380</sup>.

( 377 ) راجع الفصول 501 و 502 و 503 من م.إ.ع.

( 378 ) الفصل 495 من م.إ.ع.

( 379 ) القرار التعقيبي المدني عدد 5335 المؤرّخ في 10 ماي 1968، المجلة القانونية التونسية 1969 - 1970 صفحة 268 مع تعليق للأستاذ القاضي رشيد الصبّاغ، يراجع أيضا النشرة، 1968، ص 48.

( 380 ) راجع الفصل 477 من مجلة الالتزامات والعقود، وقارنه بأحكام الفصل 1347 من م.م.الفرنسية، والمادة 402 من المجلة المدنية المصرية و 56 من قانون البينات السوري و 335 من المجلة المدنية الجزائرية.

ويعني ذلك أنّ شروط بداية الحجة المكتوبة هي ثلاثة : أوّلها وجود كتب ، (رسالة مثلا) وهذا الكتب لا يمثل بطبيعة الحال، حجة خطية ولا حجة رسمية وثانيها أن يكون الكتب صادرا من الخصم أو ممّن ينوبه. وهذا الشرط يحدّ من توسيع المفهوم<sup>381</sup>، وثالثها أن يجعل الكتب أمرّ الإلتزام محتملا (مثلا رسالة صادرة من الخصم غير ممضاة منه يتعرّض فيها لصعوبات شخصية تحول دون أداء دين عليه). واعتبر فقهاء القضاء أنّ الكتب الممهور ببصمة الإبهام ليس بداية حجة مكتوبة<sup>382</sup>.

294 - **ثانيا - تعذّر الحصول على كتب أو تقديمه :** قد يستحيل أحيانا لأسباب مادية أو معنوية إقامة الكتب أو الحصول عليه. لذا نصّ الفصل 478 من مجلة الالتزامات والعقود على امكانية الإعتداد بمانع «التعذّر». ويحصل التعذّر الماديّ لتقديم الكتب عندما يفقد الخصم الكتب بسبب أمر طارئ أو قوّة قاهرة أو إختلاس. فالمدّين الذي أقام كتباً أتى عليه حريق مثلا، يعفى من تقديم الكتب ويجوز له الإلتجاء إلى الشهادة. أمّا التعذّر المعنوي فلم يورده الفصل 478 المذكور بصفة صريحة لكننا نلاحظ أنّ هذا الفصل أوضح أنّ «إعتبار الأحوال التي يتعذّر فيها على المدّعي حصول حجة بالكتابة موكلول لإجتهد المجلس» وهو ما يبيح الإعتداد بالقوانين المقارنة التي إعتبرت التعذّر المعنوي مانعا

( 381 ) ونصّ الفصل 477 م.إ.ع. على أنّ الكتب «يعدّ صادرا من الخصم إذا حرّره عن مطلبه مأمور عمومي مأذون في ذلك على الصورة التي يقتضيها القانون لصحّة الاحتجاج به. كما يعتبر كتباً صادرا من الخصم ما صدر منه شفاهيا وضمّن بحجة حكمية أو بحكم تام الصورة».

( 382 ) القرار التعقيبي المدني عدد 287 المؤرّخ في 22 سبتمبر 1960، المجلة التونسية للقانون 1963-1965 صفحة 95، وأنظر كذلك القرار الاستثنائي المدني (تونس) عدد 29575 مؤرّخ في 16 جويلية 1970، مجلة القضاء والتشريع، 1970 عدد 10، صفحة 53.

شرعياً لعدم إقامة كتب<sup>383</sup>. وقد أقرت محكمة التعقيب إمكانية الاستناد للتعذر المعنوي وقضت بأنه «ليس المقصود من التعذر الإستحالة المطلقة وإنما مجرد مانع... تراه المحكمة بما لها من حق التقدير يحول دون أخذ حجة بالكتابة». ومن ذلك مثلاً «عدم تجرؤ بنت الأخت بمطالبة خالها بتحرير حجة في الشركة التي عقدتها معه حتى لا تخدش عواطفه بالنظر إلى التقاليد السائدة والقربة الثابتة الموجودة بينهما»<sup>384</sup>. لكن التعذر المعنوي يثير صعوبة هامة تتمثل في بيان نوع العلاقة التي تثيره وكذلك الحد الذي يجب الوقوف عنده. فعلاقة القرابة قد لا تبرر دائماً وجود التعذر المعنوي. ويقوم الشك أيضاً في شأن الصداقة والمودة والزمالة. ولدى مواجهتها لنفس الصعوبة في تطبيق الفصل 1348 من مجلة 1804، أقرت محكمة التعقيب الفرنسية أن تقدير الإستحالة المعنوية، ليست من المسائل القانونية بل هي مسألة واقعية تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الأصل<sup>385</sup>.

**295 - ثالثاً - وجود فصول مبهمة أو معقدة بالكتب :**  
نصت الفقرة الثانية من الفصل 474 (جديد) من مجلة الالتزامات والعقود على أنه «يستثنى من هاته القاعدة (الفصل 473) ما إذا كان المراد إثباته أمور من شأنها ضبط معنى فصول مبهمة أو

(383) أنظر مثلاً الفصل 1348 م.م.. فرنسية.

(384) القرار التعقيبي المدني عدد 10991 المؤرخ في 19 فيفري 1976، النشيرة، 1976، الجزء الأول، صفحة 80.

(385) أنظر في هذا الشأن :  
Cass.civ., 3è ch., 24 octobre 1972, Bull. civ., 1972, III, n° 540.

وانظر في الفقه :

Philippe MALINVAUD, L'impossibilité de la preuve écrite, J.C.P. 1972, I, 2468.

**معقدة بالكتب وتعين مدلولها وإثبات إجراء العمل بها».**  
ويقتصر الاستثناء، في هذه الصورة، على إثبات هذه الفصول.

**296 - رابعاً - استبعاد المبدأ في بعض الدعاوى :** مكن الفصل 478 من مجلة الالتزامات والعقود في فقرته الثانية من استبعاد المبدأ الوارد بالفصل 473 من نفس المجلة وإعتماد البيئة بالشهادة إذا كانت دعواه (دعوى المدعي) مبنية على ما يشاكل العقد أو على جنابة أو على ما يشاكلها أو كانت الدعوى في وجود غلط في كتابة الحجة أو وقوع الإكراه أو التوليج أو التدليس في ذلك». فدعوى إثبات التوليج أو الصورية مثلاً يمكن فيها -إستثنائياً- أن يعتمد على الشهادة دون التقييد بالمبدأ الوارد بالفصل 473، ولو تعلق الأمر بإثبات تصرف قانوني تفوق قيمة موضوعه ألف دينار.

**297 - خامساً - إثبات العمل التجاري :** تلتقي أحكام الفقرة الثانية من الفصل 478 من مجلة الالتزامات والعقود وأحكام الفصل 598 من المجلة التجارية في إخضاع العمل القانوني التجاري إلى حرية الإثبات بكل الوسائل القانونية. ويتأسس هذا الإستثناء على ضرورة تيسير التعامل التجاري. فالفصل 478 المذكور يشير إلى «ما إعتاده التجار فيما بينهم من عدم أخذ حجة بالكتابة». أما الفصل 598 المذكور فتضمن ما يلي :

«يكون إثبات العقود التجارية :

1- بحجة رسمية،

2- بكتب بخط اليد،

3- بجدول يسلّمه أو تقييد يشبهه أمين الصرافة أو سمسار الأوراق المالية

موقع من المتعاقدين كما يوجبه القانون،

4- بقاءة البضاعة المقررة بالقبول،

5- بالرسائل،

6- بدفتر المتعاقدين،

7- ببيئة الشهود وبالقرائن إذا رأيت المحكمة وجوب قبولها، كل ذلك مع

إعتبار الاستثناءات المقررة في القانون».

## 298 - سادسا - صورة الاتفاق بين الطرفين على

**إستبعاد المبدأ :** هل يجوز للأطراف الإتفاق على إدخال إستثناء على قاعدة الفصل 473 من مجلة الإلتزامات والعقود لمخالفتها وإعتماد حرية إثبات التصرفات والأعمال القانونية بينهما ؟ يجوز مثل هذا الإستثناء إذا إعتبرنا أحكام الفصل 473 المذكور متعلقة بمصلحة الخصوم لا بالنظام العام، وهو ما أقرته محكمة التعقيب<sup>386</sup>. لكن وجب التنبيه إلى عدم إمكانية الإعتداد بهذه الصورة في الحالات التي يكون فيها الكتب وسيلة إثبات وشرط صحة في الآن ذاته لأن غياب الكتب يؤول إلى بطلان التصرف القانوني.

وفي صورة تحقق إستثناء من الاستثناءات الستة المبينة (وهو أمر يتحمل عبء إثباته من يستند للإستثناء)، يمكن إعتماد الشهادة.

(386) أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 11 745 المؤرخ في 29 جانفي 1976، النشوية، 1976، الجزء الأول، صفحة 56، الذي أورد ما يلي : « إن الدفع بعدم جواز الإثبات بالبيئة فيما زاد عن الثلاثة آلاف فرنك لا يهم إلا مصلحة الخصوم الشخصية وليس للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ».

## ج - إعتداد الشهادة :

### أولا : طبيعتها ونظام تلقّيها :

299 - وردت جل أحكام الشهادة<sup>387</sup> بمجلة الإلتزامات والعقود<sup>388</sup> وبمجلة المرافعات المدنية والتجارية<sup>389</sup>. والشهادة، بطبيعة الأمر، وسيلة إثبات منقوصة. فالشهادة لا تصدر إلا عن شخص أجنبي عن النزاع . ولا يمكن أن يتم تلقّيها إلا من القاضي نفسه<sup>390</sup>. وقد نص الفصل 92 (الجديد) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية في فقرته الثانية على أن «كل الشهادات الواقعة تلقّيها على غير هذه الصورة تعدّ باطلة ولا يعتدّ بها». وإعتبرت محكمة التعقيب تطبيقا لذلك، أن الشهادات التي لم تحرر بواسطة القاضي المدني المكلف ببحث الدعوى أو القاضي المدني الذي أنابه لذلك تكون باطلة<sup>391</sup>. ونظم المشرع كذلك إجراءات خاصة لتلقي شهادة من يقيم

(387) حول الشهادة يراجع خاصة : الطيب اللومي، الشهادة في القانونين التونسي والليباني، مجلة القضاء والتشريع 1966 عدد 3 صفحة 7، وتوفيق بن مريم، الشهادة في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، ديسمبر 1991.

(388) الفصول 473 إلى 478.

(389) الفصول 92 إلى 100. وتجب الإشارة، من الناحية الجزائية إلى أن المشرع يعاقب جريمة الشهادة زورا (الفصول 241 إلى 244 م.ج.).

(390) يراجع الفقرة الأولى من الفصل 92 (الجديد) من م.م.م. ت.

(391) أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 4540 المؤرخ في 7 سبتمبر 1966، النشوية، 1966، ص 33 (الشهادة حررت بواسطة الشرطة)، وفي نفس الإتجاه يراجع أيضا : القرار التعقيبي المدني عدد 7239 المؤرخ في 14 ماي 1970، النشوية، 1970، ص 89 : القرار التعقيبي المدني عدد 8961 المؤرخ في 20 فيفري 1973، النشوية، 1973، ج 2، ص 16 : القرار التعقيبي المدني عدد 678 المؤرخ في 27 جوان 1978، مجلة القضاء والتشريع، 1980، عدد 6، ص 107 : القرار التعقيبي المدني عدد 4300 المؤرخ في 10 أفريل 1980، النشوية، 1980، ج 1، ص 96 (الشهادة تم تلقيها من عدل منقذ).

خارج التراب التونسي<sup>392</sup>، ولمن كان به عاهة الصم والبكم<sup>393</sup> وكذلك لبعض الأشخاص الذي يطالبون بالشهادة فيما علموه بمناسبة وظائفهم أو مهنتهم<sup>394</sup>. ولا يشترط القانون المدني أداء اليمين من الشاهد. كما لا يشترط تعددهم إذ تكفي مبدئياً شهادة الشاهد الواحد عدا الصورة المنصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية المتعلقة بإثبات النسب (اشتراط شهادة شاهدين فأكثر). وقد تم التمسك لدى محكمة التعقيب بأن الشريعة الإسلامية لا تعتد بشهادة الشاهد الواحد. ولم يساير قرار المحكمة الصادر بتاريخ 12 فيفري 1981<sup>395</sup> هذا الرأي لا بالنسبة للقانون الوضعي ولا بالنسبة للشريعة الإسلامية إذ اعتبر أن «البينة بالشهادة من بين الوسائل المخول لإثبات بها والوارد بتعدادها الفصل 427 من مجلة الالتزامات والعقود ولم يرد بهذا النص أو بغيره من باقي فصول المجلة بلزوم تعددها لاعتمادها كوسيلة إثبات، وفقهاء الشريعة الإسلامية أخذوا بشهادة الشاهد الواحد كما أخذوا بشهادة الشاهدين وشهادة الأربعة بحسب المواطن والمواضيع التي اعتمدوا فيها البينة بالشهادة».

## ثانيا - التجريح في الشاهد :

300 - حددت الفصول 96 و 99 و 100 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية شروط التجريح في الشهود أي الشروط التي تبيح للخصوم، قبل حصول الشهادة، القدح في الشهود وطلب عدم سماع شهادتهم لأسباب قانونية أو فعلية. ومن هذه الأسباب العداوة الواضحة مع الشاهد أو وجود منفعة شخصية من أداء الشهادة لدى الشاهد أو قبوله هدية من الخصم أو قرابته له أو صغر سنه (أقل من 13 عاماً) أو ارتباطه بعقد وكالة مع من استشهد به... ويتم التجريح كذلك إذا كان الشاهد من أتباع من يستشهد به أو من خدمته المأجورين أو كان محكوما عليه من أجل جريمة مخلّة بالشرف. والتجريح يتم قبل تلقي الشهادة<sup>396</sup>. ويعتبر التجريح فعليا أي جدياً ومقبولاً «إذا وقع بكل ما من شأنه أن يجعل الثقة في أقوال الشهود محل شك أو ضعف»<sup>397</sup>. كما أن المحكمة لا تثير القدح والتجريح من تلقاء نفسها بل على الطرف المعني التمسك بهذا الضمان الإجرائي<sup>398</sup>. وإعتماد شهادة من قدح فيه للقرابة الثابتة فيه

396 ( الفصل 98 فقرة 1 م.م.ت. وانظر تطبيقاً له، القرار التعقيبي المدني عدد 14379 المؤرخ في 9 جوان 1987، النشرة، 1987، ص 112 («الخصم الذي يروم التجريح في الشاهد يلزمه أن يصرح ويبين أسبابه قبل أداء الشهادة») وعكسه القرار التعقيبي المدني عدد 13424 المؤرخ في 12 جوان 1986، النشرة، 1986، ج 2، ص 124 («يمكن القدح في الشاهد حتى بعد سماع شهادته ذلك أن الفصل 98 م.م.ت. لم يرتب عن التأخير في القيام بالتجريح شيئاً ولم يمنع من الأخذ به»).

397 ( الفصل 97 م.م.ت.، وأنظر حول التجريح بصفة عامة، عبد الله الأحمد، القاضي والإثبات في النزاع المدني، طبع شركة أوربيس للطباعة، تونس 1، 1991، ص 410 وما بعدها.

398 ( أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 620 المؤرخ في 9 مارس 1961، النشرة، 1961، ص 36.

392 ( أنظر الفصل 93 (جديد) م.م.ت.

393 ( أنظر الفصل 95 م.م.ت.

394 ( أنظر الفصل 99 م.م.ت. (بالنسبة للموظفين) والفصل 100 م.م.ت. (بالنسبة للمحامين والأطباء).

395 ( أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 2975 المؤرخ في 12 فيفري 1981، مجلة القضاء والتشريع، 1982، عدد 3، صفحة 106 (تعلق الأمر بإثبات واقعة قانونية).

## الفقرة الثانية

### إثبات الواقعة القانونية

301 - تثبت الواقعة القانونية مبدئياً بكل الوسائل الواردة بالفصل 427 من مجلة الالتزامات والعقود . لكن وفي الواقع، فإن إثباتها عادة ما يتم بالشهادة والقرائن القضائية واليمين الإستيفائية (أ) ويوجب المشرع أحياناً إثبات بعض الوقائع بالكتب وذلك استثناء للمبدأ المذكور (ب) .

#### أ- مبدأ جواز اعتماد كافة الوسائل :

302 - مضمون المبدأ : قد تثبت الواقعة من كتب أو من إقرار أو من يمين حاسمة<sup>400</sup> لكنها عادة ما تثبت من وسيلة منقوصة . فالإلى جانب الشهادة التي تم التعرض إليها آنفاً<sup>401</sup>، يجوز إثبات الواقعة بالقرائن القضائية وباليمين الإستيفائية المكتملة لها . وتبقى كل هذه

399 ( أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 4232 المؤرخ في 22 مارس 1982 ، النشورية، 1982، ج 2، ص 103 (العمّ والعمّة).

400 ( إن عدم إستجابة محكمة الموضوع لطلب توجيه اليمين الحاسمة أو لسماع بيّنة في أمر مادي معيّن يجعل حكمها متطوياً على خرق واضح للقانون ومستهدفاً للنقض لأن القانون لم يمنع توجيه اليمين الحاسمة لإثبات الوقائع (الفصل 497 م.إ.ع.) (القرار التعقيبي المدني عدد 63860 المؤرخ في 12 مارس 1998 ، النشورية ، ج 2، ص 179).

401 ( انظر في إثبات الواقعة القانونية القرار التعقيبي المدني عدد 5171 المؤرخ في 27 جوان 1967 ، النشورية، 1967، ص 52 ؛ وكذلك القرار التعقيبي المدني عدد 7473 المؤرخ في 16 جوان 1982 ، النشورية، 1982، ج 3 ، ص 196.

الوسائل خاضعة لتقدير القاضي بشرط التعليل القانوني<sup>402</sup> .

### 303 - اللجوء إلى القرائن القضائية : القرائن القضائية هي

التي يُعهد للقاضي بإستخلاصها إذا توفرت فيها مواصفات معيّنة أي إذا كانت قوية ومنضبطة ومتعددة ومتظافرة<sup>403</sup> . ومن ذلك مثلاً أن وجود آثار فرامل بالطريق يدلّ على القيام بعملية الضغط عليها أو على الإفراط في السرعة . ولا يجوز إعتداد القرينة القضائية لوحدها ولو تعلّق الأمر بإثبات واقعة قانونية بل يجب أن تكون مقترنة مع اليمين الإستيفائية الصادرة عنّ تمسك بها<sup>404</sup> . وفي كلّ الحالات فالقرائن التي لم يحصرها القانون موكولة إلى إجتهاد المحكمة عملاً بما اقتضاه الفصل 486 من مجلة الالتزامات والعقود. ولعلّ الإختبارات، التي يلجأ فيها القاضي لأهل الخبرة إمّا من تلقاء نفسه أو بحكم القانون كما هو الشأن في تحديد الجنون أو ضعف العقل مثلاً، تبرز وكأنّها قرائن قضائية لا تُلزم المحكمة ولا تقيدها . ولكن يمكن القول كذلك بأنّ الإختبارات المتّفق في كونها لا تمثّل إطلاقاً وسيلة إثبات (لم يذكرها الفصل 427 من مجلة الالتزامات والعقود) هي أقرب للوسائل الإجرائية لتحقيق الدعوى المدنية، منها للقرائن القضائية<sup>405</sup> .

402 ( انظر مثلاً القرار التعقيبي المدني عدد 11368 المؤرخ في 18 مارس 1976، النشورية، 1976، ج 1 ، ص 111.

403 ( الفصل 486 من م.إ.ع.

404 ( الفصل 487 من م.إ.ع. لكن تجب الإشارة إلى عدم تطبيق هذه القاعدة بصفة آلية في الواقع القضائي.

405 ( وكوسيلة تحقيق اجرائية، لا يلزم الاختبار المحكمة ولا يقيدها كما لا حقّ له في التدخل في المسائل القانونية وفي الوصف. وقضت الدوائر المجتمعة في قرارها المدني عدد 45614 المؤرخ في 28 ماي 1998 (مجموعة قرارات .../...

304 - دور اليمين الاستيفائية : يعرف الفصل 492 من مجلة الالتزامات والعقود في فقرته الثانية اليمين **الإستيفائية** بأنها « اليمين التي يوجهها الحاكم من تلقاء نفسه على أحد الخصمين ». فهي يمين موجهة من القاضي لا من الخصوم . كما أنه لا يجوز قلب هذه اليمين إذ أن الهدف منها تأييد أو توضيح أمر ثبت بحجة منقوضة إذ خول الفصل 508 من مجلة الالتزامات والعقود « **للحاكم أن يوجه يمين الإستيفاء على أحد الخصمين أو عليهما لفصل الدعوى أو لتقدير المبلغ الذي يقع الحكم به** ». وكما يستفاد من تسميتها، فإنه لا يؤذن بها إلا لاتمام وتأييد وسيلة إثبات منقوضة موجودة من قبل، فلا توجه بالتالي إذا كانت الدعوى خالية عن كل دليل<sup>406</sup> . كما نص الفصل 510 من نفس المجلة على وجوب توجيه اليمين الإستيفائية على الطالب « إذا تعلقت الدعوى بغائب أو بتركة المدين أو بصغير وغيره ممن ليس بأهل للتصرف ». ورغم صرامة الجزاء، وهو البطلان، فإن هذه القاعدة تكاد تكون منعدمة التطبيق. وليس لمن وجهت عليه يمين الإستيفاء من القاضي أن يقلبها على خصمه<sup>407</sup> . وتأكيذاً للمحدودية دور اليمين الإستيفائية أورد الفصل 512 من مجلة الالتزامات والعقود أنه « ليس

.../...

الدوائر المجتمعة، 1997-1998، ص 7) بما يلي : « ليس من شأن الخبير إعطاء الوصف القانوني للأفعال المعروضة عليه بل عليه أن يقوم بجمع المعلومات المادية وإبداء الرأي في حدود ما طلب منه. ويبقى للمحكمة حق تكليف تلك الأفعال واعطائها الوصف القانوني ». وهو حل متواتر. حول الخبراء العدليين يراجع القانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 48، المؤرخ في 29 جوان 1993، ص 899.

406 ( تطبيقاً لذلك، يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 4135 المؤرخ في 13 أكتوبر 1966، النشرة، 1966، ص 40 ؛ و القرار التعقيبي المدني عدد 42626 المؤرخ في 4 أكتوبر 1994، النشرة 1994، ص 472.

407 ( الفصل 509 م.أ.ع.

للحاكم توجيه يمين الاستيفاء على المدعي إلا إذا تعذر تعيين القيمة بوجه آخر وله النظر فيما يترتب على اليمين وفي حظ المبلغ المطلوب إن إستكثره». وقد يتعذر على القاضي تعيين القيمة بسبب فقد الشيء المتنازع فيه<sup>408</sup> .

ب- الإستثناء : اشتراط الكتب الرسمي لإثبات بعض الوقائع القانونية :

305 - تثبت بعض الوقائع القانونية بوسيلة إثبات كاملة ومحددة إذ رأينا مثلاً عند دراسة قانون الأشخاص أن أحكام القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في غرة أوت 1957 المتعلق بمجلة الحالة المدنية، تشترط الحجة الرسمية لإثبات واقعتين قانونيتين هامتين هما الميلاد والوفاة<sup>409</sup> ، وذلك نظراً لخطورة الآثار المترتبة عنهما. فالولادة واقعة ترتب بداية الشخصية القانونية. والميلاد واقعة ترتب نهاية هذه الشخصية. كما أن للولادة أثراً هاماً في تحديد الحق في الإرث وفي جواز الوصية وفي تحديد بلوغ سن الترشيح وسن الرشد. ولها أيضاً تأثير على تحديد

408 ( أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 2303 المؤرخ في 23 أكتوبر 1979، النشرة، 1979، ج 2، ص 67.

409 ( نص الفصل 2 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المذكور أعلاه على منح صفة ضابط الحالة المدنية لرؤساء البلديات والولاة والمعتمدين الأولين والمعتمدين والعمد. كما نصت الفصول من 22 إلى 30 على إجراءات إقامة رسوم الولادات وهي حجج رسمية والفصول من 43 إلى 58 على إجراءات إقامة رسوم الوفاة وهي حجج رسمية كذلك ؛ وفي خصوص التعليق على هذه الأحكام يراجع المؤلف الآتي : صالح بوسطعة، الحالة المدنية في القانون التونسي، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1992 صفحة 145 وما بعدها وصفحة 215 وما بعدها. كما تجدر الإشارة إلى أن المجلة المصرية اعتمدت نفس الحل في فصلها 30 الذي تضمن في فقرته الأولى ما يلي : « تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك ».

الجنسية والنسب وغيرها من الحقوق والوضعيات القانونية. أمّا الوفاة فهي أيضا واقعة تتصل بنشأة العديد من الحقوق وانقراضها ولعل أهمها ما تعلق بالإرث. وهذه الآثار تبرر الاستثناء الوارد في إثبات الواقعتين باستبعاد مبدأ جواز الإثبات بكل الوسائل وحصره في الحجة الرسمية.

## فهرس أبجدي

تحيل الأعداد إلى أرقام الفقرات  
لا إلى الصفحات

### - أ -

- الاتفاقيات الدولية : 50 - 55
- إثبات العمل التجاري : 297
- الإثبات في المادة الشغلية : 259
- الاختصاص الترابي : 104
- الاختصاص الحكمي : 103
- التزام الأمي : 269
- الاسم واللقب :
- الأحكام العامة : 185
- الوجوبية : 186
- التغيير : 187
- تغيير الجنس : 188
- الأحكام الخاصة : 189 إلى 194
- الافتراض : 16
- الإقرار :
- نوعان : 281
- شروطه : 282
- تجزئته : 283
- آثاره : 284
- الإنصاف : 9
- الأهلية :
- تعريفها : 207
- أهلية الوجوب : 208
- أهلية الأداء : 209
- الأهلية المعدمة : 210
- الأهلية المفيدة : 220
- الأوامر : 50 - 66
- أولوية النص الأصلي (بالعربية) : 151

- ب -

- البربر : 23

- بيزنطة : 27

- ت -

- تحفة ابن عاصم : 16

- التخصيص : 16

- التعريف : 16

- التأويل :

- مفهومه : 123 - 124

- أنواعه : 125-126-127-128-129

- مدارسه : 130-131

- الشرح على المتون : 132-133-134-135-136-137

- البحث العلمي الحر : 138

- خيارات المشرع التونسي : 140-141-142-143-144-

145-146-147-148

- التطبيق القضائي : 149-150-151-152-153-154

155-156-157

- تحليل الفصل 535 م.إ.ع. : 144-145-146-147-148

- تعذر الحصول على كتب : 294

- تغيير الجنس : 188

- تقنين : 13-30-31

- تنازع القوانين في الزمان : 66-67-68

- ج -

- جزاء :

- مدني : 10

- جزائي : 10

- الجسد :

- حرمة : 201

- التبرع بالأعضاء : 202

- التعامل عليه : 203-204

- الطب الانجابي : 205

- الجنسية : 183

- الجنين :

- مفهومه : 173

- حقوقه : 174

- طبيعته القانونية : 175

- ح -

- حجة بالكتابة غير كاملة : 293

- الحجة الرسمية :

- تعريفها : 273

- حجيتها : 274

- مقتضيات إقامتها وتحريرها : 275

- الحجة غير الرسمية :

- تعريفها : 276

- الوثيقة الالكترونية : 277

- الامضاء : 277

- حجيتها : 278

- حسن النية : 13

- الحق :

- تعريفه : 160

- علاقته بالقانون : 159

- تقسيمات الحقوق : 161-162-163.

- مصادره : 164

- حق شخصي : 19

- حق عيني : 20

- حماية الحياة الخاصة : 206

- خ -

- خطر الإثبات : 258

- د -

- دائرة الشغل : 107 - 2

- الدستور : 50 - 54

- دوما Domat : 2



- ذ -

- ذات معنوية :

- عمومية : 232
- خاصة : 232
- نشأتها : 233
- طبيعتها القانونية : 234-237-238-239-240
- نظرية الشخصية الافتراضية : 235
- نظرية الشخصية الواقعية : 236
- شخصيتها : 242
- انحلالها : 243-244
- ذمتها المالية : 245-246
- تسميتها : 247
- مقرها : 248
- جنسيتها : 249
- أهليتها : 250

- ر -

- الرجوع في التبني : 156

- س -

- سانتيلانا : 34 - 148
- السجل التجاري : 242
- السفية :
- تعريفه : 227
- الحجر عليه : 228

- ش -

- الشخصية القانونية : 168
- الشرط التفريعي : 153
- الشهادة :
- طبيعتها ونظام تلقيها : 299
- التجريح : 300

- ص -

- الصغير غير المميز :
- تعريفه : 211

- وليه : 212
- سلطات الولي : 213-214
- تصرفاته : 215

- ض -

- ضعيف العقل :

- تعريفه : 225
- الحجر عليه : 226

- ع -

- عبء الإثبات :

- دور الأطراف والقاضي : 252
- المبدأ : 253-254-255-256-257-258-259
- القرائن : 260-261-262
- القرائن القانونية القاطعة : 263
- القرائن القانونية غير القاطعة : 264

- العرف :

- مفهومه : 81
- اختلافه عن العادة : 81-83
- ركنه المادي : 84
- ركنه المعنوي : 85
- مواصفاته : 87
- إثباته : 88
- قوته الإلزامية : 89-90-91-92-93

- ف -

- الفصل 88 م.أ.ش. :

- قضية « حورية » : 155
- قضية « لويز شارلوت » : 155
- قضية « قرادار - نائلة » : 155
- فقدان :
- مفهومه : 178
- الفرق بينه وبين الغياب : 179
- إثباته : 180
- الفقه الإسلامي : 28-29-31-37-146-147-148-155
- فقه القضاء :

- مفهومه : 94
- طبيعته : 119-120-121-122
- فلسفة القانون : 43
- النظريات المثالية : 43
- النظريات الوضعية : 43

## - ق -

- القاصر المميز :
- تعريفه : 221
- تصرفاته : 222
- الولاية : 223
- نهاية الحجر : 224
- الترشيح : 224
- قاضي الناحية : 107 - 1
- القانون الروماني : 25
- القانون المدني :
- تعريفه : 1 - 3
- العبارة : 2
- القرائن القضائية : 303
- القرارات : 50-60
- قرطاج : 24
- القرينة - عموما : 16
- قرينة اتصال القبض : 261-263
- قرينة عدم جهل القانون : 70
- قرينة النسب : 264
- قواعد أسرة : 16
- قواعد جامدة : 16
- قواعد مرنة : 16
- القواعد الكلية : 146-147-148
- القوانين الأساسية : 50-57
- القوانين العادية : 50-52-58
- القوانين المصادق عليها باستفتاء : 50-56

## - ل -

- اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية : 175
- لقب المتبني : 190

- لقب المرأة المتزوجة : 193
- لقب مزدوج : 194
- لقب الطفل المهرل أو مجهول النسب : 192
- لقب المكفول : 191

## - م -

- المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي المدني :
- استقلالية القضاء : 96
- وجوبية القضاء : 97
- مجانية التقاضي : 98
- حياد القاضي : 99
- التمييز بين محاكم الأصل ومحكمة التعقيب : 100
- مبدأ التقاضي على درجتين : 101
- المحكمة الابتدائية : 106-110
- محكمة التعقيب :
- مكانتها : 111
- الخصوم لديها : 113
- أسباب الطعن : 114
- مضمون القرار : 115
- تعقيب ثان : 116
- المحكمة العقارية : 107-3
- مجلة الأحكام العدلية : 31-146-147-148
- مجلة الأحوال الشخصية : 21-35
- مجلة الالتزامات والعقود : 34-38
- مجلة التأمين : 35
- مجلة الجنسية : 35
- مجلة الحالة المدنية : 35
- المجلة العقارية : 33
- مجلة حماية الطفل : 35
- مجلة الحقوق العينية : 35
- مجلة مدنية :
- فرنسية : 2-13
- مصرية : 2-13-148
- جزائرية : 2
- المجلة المدنية والجزائية التونسية : 2-13
- إيطالية : 148

- المجنون :

- تعريفه : 216
- الحجر عليه : 217
- تصرفاته : 218
- رفع الحجر : 219
- المحكوم عليه بالسجن : 230
- المجلس الدستوري : 61
- محاكم الاستئناف : 109
- المراسيم : 50-59
- المصادر الشكلية : 47-48
- المصادر المادية : 46-48
- المغارسة : 153
- مفعول رجعي : 65
- المفلس : 229
- المقر :
- الأصلي : 196
- المختار : 197
- المجهول : 198
- الفائدة من تحديده : 199
- المناشير : 50
- الميلاد :
- تاريخه : 172
- إثباته : 305

- ن -

- النسخ : 73-74-75
- الصريح : 76
- الضمني : 77-78-79
- النص المهجور : 80
- نشر القوانين : 62-63-64-65
- نظرية استمرار الشخصية : 244
- نظرية المحطات الرئيسية : 248

- و -

- واقع : 15
- وسائل الإثبات :

- تعريفها : 265
- تعدادها : 266
- تصنيفها : 267
- موضوعها : 268
- وسائل الإثبات الكاملة ووسائل الإثبات المنقوصة : 267
- الوفاة :
- الوفاة الطبيعية : 177
- الوفاة الحكمية : 178-179-180
- إثباتها : 305
- الوندال : 26

- ي -

- اليمين الاستيفائية : 304
- اليمين الحاسمة :
- تعريفها : 285
- طبيعتها : 286
- شروطها : 287-288-289-290
- اجراءاتها : 291

الفهرس

5	مقدمة
5	- تعريف القانون المدني
10	المبحث الأول : مميزات القانون المدني
10	الفقرة الأولى : القانون المدني هو قانون وضعي
10	أ - الأحكام المدنية هي قواعد قانونية
11	1 - القواعد المدنية هي قواعد سلوك
13	2 - القواعد المدنية هي قواعد مجردة وعامة
15	3 - القواعد المدنية هي قواعد ملزمة
16	ب - خصائص أحكام القانون المدني
16	1 - المكانة الخاصة للقانون المدني
17	2 - التقنيات الدقيقة للقانون المدني
29	الفقرة الثانية : القانون المدني هو قانون مدني المضمون
30	أ - القواعد المنظمة للحقوق الشخصية
30	ب - القواعد المنظمة للحقوق العينية
31	ج - القواعد المنظمة للحالة الشخصية
32	المبحث الثاني : تطور القانون المدني التونسي
33	الفقرة الأولى : النشأة وهيمنة القانون الروماني
36	الفقرة الثانية : الاعتماد للفقه الإسلامي
40	الفقرة الثالثة : نشأة القانون المدني الحديث
40	أ - المعطيات التاريخية
46	ب - المميزات التاريخية للقانون المدني التونسي
46	1 - القانون المدني الحديث قانون وضعي
47	2 - تنوع المصادر التاريخية للقانون المدني الحديث
48	3 - هيمنة النص المكتوب

## الجزء الأول

### تقدير النظرية العامة للقانون المدني

#### الفصل الأول : مصادر القواعد القانونية

- التفرقة بين أساس القاعدة ومصدرها..... 51
- التفرقة بين المصادر المادية والمصادر الشكلية..... 54

#### المبحث الأول : المصدر الأساسي : النصوص القانونية

##### (التشريع)

#### الفقرة الأولى : أنواع النصوص القانونية

- أ - القانون العادي أهم مصدر للقانون المدني..... 64
- ب - دور النصوص الأخرى..... 65
- 1 - الدستور..... 65
- 2 - المعاهدات الدولية..... 67
- 3 - القوانين المصادق عليها بالإستفتاء..... 67
- 4 - القوانين الأساسية..... 68
- 5 - القوانين العادية..... 68
- 6 - المراسيم..... 69
- 7 - الأوامر والقرارات..... 70

#### الفقرة الثانية : نشأة النصوص القانونية ونفاذها

- أ - مراقبة دستورية النص القانوني ونشأته..... 71
- ب - شروط نفاذ النصوص القانونية..... 74
- 1 - النظام القديم لإشهار القوانين ونفاذها..... 74
- 2 - النظام الجديد لإشهار القوانين ونفاذها..... 75
- 3 - الأحكام الخاصة المتعلقة بتحديد زمن النفاذ..... 77

- ج - تنازع القوانين المدنية في الزمان..... 79
- 1 - غياب الحكم التشريعي العام ووجود حلول فقهي..... 67
- 2 - موقف فقه القضاء..... 82
- د - آثار نفاذ النصوص القانونية..... 83
- 1 - قيام قرينة عدم جهر النص القانوني..... 83
- 2 - عدم مطالبة الأشخاص بإثبات نفاذ القانون..... 84
- الفقرة الثالثة : النسخ**..... 86
- أ - صيغ النسخ..... 87
- 1 - النسخ الصريح..... 87
- 2 - النسخ الضمني..... 88
- ب - إشكالية النص القانوني المهجور..... 91

#### المبحث الثاني : المصدر الثانوي : العرف

##### الفقرة الأولى : مقومات العرف

- أ - أركان العرف..... 93
- 1 - الركن المادي للعرف : الإعتياد بسلوك معين..... 94
- 2 - الركن المعنوي للعرف : الإعتقاد بالإلزامية..... 95
- ب - شروط إعتداد العرف..... 95
- 1 - مواصفات العرف..... 95
- 2 - إثبات العرف..... 96

##### الفقرة الثانية : القوة الإلزامية للعرف

- أ - جواز العرف المتمم للتشريع..... 98
- 1 - التفويض الصريح..... 98
- 2 - التفويض الضمني..... 100
- ب - عدم جواز العرف المخالف للتشريع..... 100

المبحث الثالث : فقه القضاء	101
الفقرة الأولى : التنظيم القضائي المدني	102
أ - محاكم الأصل	106
1 - محاكم الدرجة الأولى	108
2 - محاكم الدرجة الثانية	114
ب - محكمة التعقيب	116
1 - دور الدائرة المتعہدة بدءاً	116
2 - مآل النزاع بعد التعقيب الثاني	122
3 - إستنتاجات	124
الفقرة الثانية : طبيعة فقه القضاء	127
أ - أدلة الرأي القائل بأن فقه القضاء مصدر للقانون المدني	127
ب - أدلة الرأي القائل بأن فقه القضاء لا يمكن أن يكون مصدراً للقانون المدني	130

الفصل الثاني : تأويل القاعدة القانونية	133
- تأويل أم تفسير	133
- مفهوم التأويل	133
- أنواع التأويل	135

المبحث الأول : مدارس التأويل	138
الفقرة الأولى : مدرسة الشرح على المتون	139
أ - كمال التشريع	139
ب - منهجية التأويل المعتمد	140

1 - صورة غموض النص	141
2 - صورة غياب النص	141
الفقرة الثانية : مدرسة البحث العلمي الحر	144

## المبحث الثاني : تأثير مدارس التأويل على القانون

المدني التونسي	145
الفقرة الأولى : خيارات المشرع	147
أ - تأويل غموض النص	147
ب - تأويل غياب النص	148
1 - الحل المعتمد في الفصل 535 م.إ.ع.	149
2 - مفهوم عبارة «قواعد القانون العمومية»	149
الفقرة الثانية : التطبيق القضائي	156
أ - نزعة التقييد بالنص	156
ب - اعتماد المصادر المادية للتشريع	162
1 - اعتماد الفقه الإسلامي في التأويل	162
2 - اعتماد المصادر الأخرى	165

## الجزء الثاني تقدير نظرية الحق في القانون المدني

- وجود الحق «الذاتي»	170
- تقسيمات الحقوق المدنية	171
- مصادر الحقوق المدنية	173

الفصل الأول : أصحاب الحق : الأشخاص

- 175 ..... مفهوم الشخصية القانونية  
175 ..... تصنيف الأشخاص

المبحث الأول : الشخص الطبيعي

الفقرة الأولى : مدّة الشخصية القانونية

- أ - بداية الشخصية  
178 .....  
1 - الحكم الأصلي : الميلاد يحدّد بداية الشخصية ..... 178  
2 - الأحكام الخاصة بتمتّع الجنين ببعض الحقوق ..... 179  
ب - نهاية الشخصية ..... 184  
1 - الوفاة الطبيعية ..... 184  
2 - الوفاة الحكيمة ..... 186

الفقرة الثانية : خصائص الشخصية القانونية

- أ - تحديد الشخصية ..... 189  
1 - الجنسية ..... 189  
2 - الاسم واللقب ..... 191  
1-2 - الأحكام العامة ..... 191  
2-2 - الأحكام الخاصة ببعض الحالات ..... 195  
- لقد المتبنّى ..... 196  
- لقب المكفول ..... 196  
- لقب المهرل أو مجهول النسب ..... 197  
- لقب المرأة المتزوجة ..... 199  
- حالة مزدوجي اللقب ..... 199  
3 - المقر ..... 200

- ب - حقوق الذات البشرية ..... 202  
1 - حماية الجسد ..... 202  
1-1 - مبدأ حماية الجسد ..... 202  
2-1 - تنظيم التبرّع بالأعضاء ..... 203  
3-1 - تنظيم الطبّ الإنجابي وتأكيد حرمة الفرد ..... 206  
2 - حماية الحياة الخاصة للأفراد ..... 208  
الفقرة الثالثة : الأهلية ..... 210  
أ - الأهلية المنعدمة ..... 212  
1 - الصغير غير المميّز ..... 212  
1-1 - من هو الولي ؟ ..... 212  
2-1 - سلطات الولي ..... 215  
3-1 - حكم التصرفات في حقّ الصغير غير المميّز ..... 215  
2 - المجنون ..... 217  
1-2 - تعريفه ..... 217  
2-2 - إجراءات الحجر عليه ..... 217  
3-2 - حكم تصرفاته ..... 218  
4-2 - رفع الحجر عنه ..... 219  
ب - الأهلية المقيّدة ..... 220  
1 - القاصر المميّز ..... 220  
1-1 - تعريفه ..... 220  
2-1 - حكم تصرفاته ..... 221  
3-1 - حمايته بالولاية ..... 222  
4-1 - نهاية الحجر ونهاية الولاية ..... 223  
2 - ضعيف العقل ..... 225  
1-2 - تعريفه ..... 225

225	2-2- نظام الحجر عليه.....
226	3 - السفية.....
226	3-1- تعريفه.....
227	3-2- نظام الحجر عليه.....
228	4 - المفلس.....
229	5 - المحكوم عليه بالسجن لمدة تتجاوز عشرة أعوام.....
231	<b>المبحث الثاني : الشخص المعنوي</b> .....
235	<b>الفقرة الأولى : الطبيعة القانونية للذات المعنوية</b> .....
236	أ - عرض النظريتين.....
236	1 - نظرية الشخصية الافتراضية.....
236	2 - نظرية الشخصية الواقعية.....
237	ب - موقف القانون التونسي.....
240	<b>الفقرة الثانية : الوضعية القانونية للذات المعنوية</b> .....
241	أ - مدة الشخصية القانونية.....
241	1 - نشأة الشخصية.....
243	2 - انحلال الذات المعنوية وزوال شخصيتها.....
245	ب - خصائص الذات المعنوية.....
245	1 - الذمة المالية.....
246	2 - الاسم والتسمية الإجتماعيين.....
247	3 - المقرّر.....
248	4 - الجنسية.....
249	5 - الأهلية.....

251	<b>الفصل الثاني : إثبات الحق</b> .....
252	<b>المبحث الأول : عبء الإثبات</b> .....
254	<b>الفقرة الأولى : المبدأ : تحمل المدعي لعبء الإثبات</b> .....
255	أ - أساس القاعدة.....
257	ب - تطبيق القاعدة.....
263	<b>الفقرة الثانية : القرائن القانونية</b> .....
266	أ - القرائن القانونية القاطعة.....
269	ب - القرائن القانونية غير القاطعة.....
271	<b>المبحث الثاني : وسائل الإثبات</b> .....
275	<b>الفقرة الأولى : إثبات العمل القانوني</b> .....
278	أ - المبدأ : اعتماد الوسائل الكاملة.....
280	1 - الكتب.....
280	1-1- الحجة الرسمية.....
280	- تعريفها.....
283	- حجيتها.....
284	- مقتضيات إقامتها وتحريرها.....
285	2-1- الحجة غير الرسمية.....
285	- تعريفها.....
287	- الوثيقة الإلكترونية.....
290	- حجة الكتب الخطي.....
292	3-1- الكتاب الأخرى ونسخ الحجج.....
292	- الكتاب الأخرى.....
293	- النسخ.....
294	2 - الإقرار.....



296	1-2- شروط الإقرار.....
296	2-2- تجزئة الإقرار.....
299	3 - اليمين الحاسمة.....
299	1-3- تعريفها.....
299	2-3- طبيعتها القانونية.....
301	3-3- شروطها.....
305	4-3- اجراءاتها.....
306	ب - الحالات الإستثنائية لتجاوز قاعدة الفصل 473 م.إ.ع.....
306	1 - وجود حجة بالكتابة غير كاملة.....
307	2 - تعذر الحصول على كتب أو تقديمه.....
308	3 - وجود فصول مبهمه أو معقدة بالكتب.....
309	4 - إستبعاد المبدأ في بعض الدعاوى.....
309	5 - إثبات العمل التجاري.....
310	6 - صورة الاتفاق بين الطرفين على استبعاد المبدأ.....
311	ج - اعتماد الشهادة.....
311	1 - طبيعتها ونظام تلقيها.....
313	2 - التجريح في الشاهد.....
314	<b>الفقرة الثانية : إثبات الواقعة القانونية</b> .....
314	أ - مبدأ جواز اعتماد كافة الوسائل.....
314	1 - مضمون المبدأ.....
315	2 - اللجوء إلى القرائن القضائية.....
316	3 - دور اليمين الاستيفائية.....
	ب - الاستثناء : اشتراط الكتب الرسمي لإثبات
317	بعض الوقائع القانونية.....

319	فهرس أبجدي.....
329	الفهرس.....

