

السيد عبد الله الهالبي  
السيد الطيب اللومي  
السيدة فاطمة الزهراء بن محمود

# القرارات الكبرى للدوائر المختصة

السيد حسين بن سليمان  
السيد أحمد عظم  
السيد حسين السالمي

السيد حافظ الصوري  
السيد عصام الاحمر

## شرح وتعليق

العدد الأول 2022



# القرارات الكبرى للدوائر المجتمعة

العدد الأول 2022

**إعداد وإشراف عصام الأهر**

رئيس خلية بمركز الدراسات القانونية والقضائية



مركز الدراسات القانونية والقضائية  
**CENTRE D'ETUDES JURIDIQUES ET JUDICIAIRES**



# تقديم

عهام الأحمر  
رئيس خلية بمركز الدراسات القانونية والقضائية

**"يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته." (الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود)**

**"من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح." (الفصل 547 من مجلة الالتزامات والعقود)**

تلك هي المبادئ القانونية في مادة الإلتزامات وتلك هي مبادئنا، إذ التزمنا منذ مدة ممتدة زمنيا بأن نتولى نشر القرارات الهامة والمؤثرة في التطور التاريخي لفقهاء القضاء مصحوبة بتعليق من ثلثة من ممن رسخت أقدامهم في المجال القانوني تحت عنوان "القرارات الكبرى للدوائر المجتمعة" لتكون منارة يستدل بها في تطوير فقه القضاء وحفظا للذاكرة القانونية وتهيئة لإجتهاادات قضائية متميزة، غير أن المتغيرات التي شهدتها البلاد وتداعياتها على سير عمل مركز الدراسات القانونية والقضائية حالت دون إستكمال هذا العمل رغم إنجاز التعاليق على القرارات من قبل مجموعة من القضاة والأساتذة والمحامين، مما ضعف في مسؤولية مركز الدراسات القانونية والقضائية سواء من حيث حفظ هذه الأعمال في إطار الأمانة العلمية وكذلك من حيث نشرها إفاء بالإلتزام الذي تعهدنا به.

لذا نعود من جديد لهذا العمل لننشر العدد الأول منه كما خطب بيد أصحاب التعاليق في الإطار الزمني الذي حررت فيه لتكون الإنطلاقة الجديدة في نشر سلسلة "القرارات الكبرى للدوائر المجتمعة".

ولئن كان بعض المساهمين في هذا العمل العلمي مازال مباشرا لوظائفه في المجال القانوني أو القضائي فإن منهم من استكمل المسار المهني وتمتع بالتقاعد ومنهم من غادر هذه الحياة تاركا الأثر الطيب والقوة الحسنة.

رحم الله القاضي الفاضل عبد الله الهلالي والقاضي الفاضل الطيب اللومي اللذان كانا من أحرص الناس على إنجاز هذا العمل وشكرا جزيلاً لبقية المساهمين في هذا العدد الأول والأمل أن نجد معهم التجربة في قرارات أخرى وتجارب علمية جديدة.



# المحتوى

## دعاوى رفع المضررة وقابلية التقدير

عبد الله الهلالي الرئيس الأول لمحكمة التعقيب سابقا

## شهادة عامل على عامل

الطيب اللومي الرئيس الأول للمحكمة الإدارية سابقا

## الدوائر المجتمعة وتوحيد الآراء

فاطمة الزهراء بن محمود رئيس دائرة بمحكمة التعقيب سابقا

## التاريخ المعتبر لرفع الدعوى المدنية

حسين بن سليمة رئيس دائرة بمحكمة الاستئناف سابقا

## التداخل والإدخال لدى محكمة الاستئناف

أحمد عظوم الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف ببنزرت سابقا

## تنازع الاختصاص

حسين السالمي أستاذ جامعي ومحام

## القاضي وتقدير مكافأة نهاية الخدمة عند الطرد لأسباب اقتصادية

حافظ العموري دكتور دولة في قانون الشغل والضمان الاجتماعي، أستاذ

مبرز بالمعهد الوطني للشغل والدراسات الاجتماعية

## إثبات الصبغة التعسفية للطرد

عصام الأحمر رئيس خلية بمرکز الدراسات القانونية والقضائية



## دعاوى رفع المضررة وقابلية التقدير

### « قرار تعقيبي مدني عدد 36870 مؤرخ في 24 أفريل 1997 الصادر عن الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب »

أقيمت الدعوى في هذه القضية تحت عنوان "رفع مضررة" وبقيت كذلك في مداولات الدوائر التي تداولت عليها حتى انتهت بقرار الدوائر المجتمعة، بينما هذه التسمية تثير لبسا في مدلولها عند التطبيق فمن الناحية اللغوية وبالنظر إلى طبيعة الطلب، وهو "رفع المضررة"، وبقطع النظر عن المدلول القانوني له، يستوجب أن يكون هناك ضرر قار يمكن إزالته سواء كان نتيجة تصرف متكرر أو وضعية قائمة حتى يمكن الحكم برفعها، ولا يتعلق الأمر بضرر حصل وانتهى ولم يبقى أمام المتضرر إلا طلب التعويض، وهو بهذا المعنى يشمل حالات عديدة غير محددة فلا يمكن أن يسند لها حكم موحد فيمكن أن تقام دعوى تحت عنوان "رفع مضررة" في نزاعات متنوعة نلخصها في صورتين:

1- الدعوى التي تقام ضد المؤسسات الخطرة أو غير الملائمة للصحة أو الراحة أو الأمن أو الفلاحة أو حماية الطبيعة أو حماية المحيط أو الآثار، أو ضد مؤسسات التطهير أو الماء أو الكهرباء التي تركز منشآت بملك الغير، أو ضد من يخل بقواعد المنافسة ومن يستغل مؤلفا موسيقيا على ملك الغير، أو ضد من أحدث بملكه ما كان مطابقا لحقه طبق القانون لكن يدعى أنه يتعسف في استعمال حقه. وكل هذه الدعاوى لا تتضمن نزاعا حول حق عيني عقاري. 2= قد تقام دعوى تحت نفس العنوان ضد من يحدث بملكه ما يعتبر مخالفا للأحكام التي تنظم وضع الأملاك المتجاورة، سواء كانت تلك الأحكام في مجلة الحقوق العينية أو في قوانين التعمير أو في الأعراف المخلة، ويعتبر النزاع في هذه الحالات متعلقا بحق عيني عقاري ولم يرد مصطلح "دعوى رفع المضررة" في مجلة المرافعات المدنية والتجارية إلى جانب بقية المجالات وقد تفاقمت المصطلحات التي تعتمد في تصنيف الدعاوى لتحديد مرجع النظر، كالدعوى الشخصية والدعوى الاستحقاقية والدعوى المختلطة والدعوى العقارية والدعوى في منقول والدعوى الحوزية، ولا أجد له تعريفا في الفقه القانوني المعاصر.

لكن ورد في مجلة الأحكام العدلية بالمادة 20 أن الضرر يزال، وجاء في المادة 1199 وما يليها تفصيل للضرر، فكان يشمل كل الدعاوى الافتراضية التي سبقت الإشارة إليها، بصنفيها، ما تضمن منها نزاعا حول حق عيني عقاري وما لا يتضمن مثل هذا النزاع.

وبالنظر في مختلف القرارات القضائية التي وردت فيها دعوى رفع المضررة نجد لها صورتين:

أ- صورة المضررة التي تتضمن نزاعاً حول حق عيني عقاري والتي ترفع في نطاق الفصل 99 م إ ع والمتعلق بالأضرار التي تحدثها الأماكن المخلة بالصحة.

ب- صورة المضررة التي يدعى حصولها في عقار بسبب وضعية في عقار مجاور له، كالكشف وغرس الأشجار على مسافة قريبة. ولم أعر في قرارات محكمة التعقيب على استعمال بمعنى آخر لهذه الدعوى ولم يخرج القرار موضوع التعليق عن الصورتين المذكورتين، أحياناً بالتفريق بينهما، وأحياناً بالجمع بينهما في مفهوم واحد.

فقد جاء به: " أن القواعد التي يجب احترامها لتفادي ضرر الكشف والحرمان من الضوء والشمس وردت بمجلة الحقوق العينية أما الضرر الذي يلحق الأشخاص فقد تضمنه الفصل 99 م إ ع " فهو يريد إزالة اللبس بين الدعوى المبنية على الفصل 99 م إ ع والدعوى المبنية على أحكام حقوق الارتفاق المتبادلة على الجيران كما تنظمها مجلة الحقوق العينية، لكنه لا يصرح بأن القرار يعني هذا النوع أو ذلك، ثم إنه بمراجعة الوقائع التي وردت في القرار نجد أنها تتعلق بنزاع حول حقوق الارتفاق بين الجيران فأى الصورتين أولى بالمبدأ المذكور الأولى أم الثانية؟

**أ- الصورة الأولى.**

صورة المضررة التي تنال الإنسان أو ممتلكاته الفردية أو العامة دون ادعاء حق عيني والتي ترفع في نطاق الفصل 99 م إ ع والمتعلق بالأضرار التي تحدثها الأماكن المخلة بالصحة، أو غيره من النصوص الخاصة بكل مادة. في هذه الصورة تعتبر دعوى رفع المضررة شخصية، لأن المتصرف المحدث للضرر هو الذي يتحمل مسؤولية ما ينشأ عن فعله من ضرر سواء كان مالكا أو مكتريا أو مستغلا بأي وجه، والتزامه ناشئ عن جنحة أو شبه جنحة دون جدال، فالمشرع وضع هذا النوع من الالتزامات تحت عنوان الجنحة وشبه الجنحة، فيحدد مرجع النظر في شأنها حسب قيمة الطلب، ولما كان الضرر مستمرا وتقديره متعذر فالدعوى من أنظار المحكمة الابتدائية طبق الفصل 22 م م ت. وتخضع لاجتهاد المحكمة من حيث تقدير الضرر وطريقة رفعه

وفي تعليل القرار ما يدل على أن هذه الصورة معنية به، فقد استند القرار إلى الفصل 99 م إ ع والفصل الموالي وجاء به: " يؤخذ من هذين النصبين القانونيين أن المشرع حمل واجبا هاما على الجار وهو تحمل الأضرار المألوفة ومكنه في الآن نفسه من حق القيام برفع ما تجاوز ذلك من الأضرار التي تمس بالصحة والراحة... " فإذا كانت هذه الدعوى هي المقصودة فلا اعتراض على القرار من حيث اعتبار الدعوى شخصية لتحديد مرجع النظر. لكن الوقائع الواردة بالملف ليس فيها ما يدل على تطبيق الفصل 99 م إ ع الذي يتعلق بالدعوى " التي يقيمها الجار على أصحاب الأماكن المضررة بالصحة أو المكدره لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضررة... ". بما يجعل القرار غير متطابق مع الوقائع التي أسس عليها فيترك لبسا حول مفهومه .

### **ب- الصورة الثانية.**

صورة المضررة التي يدعى حصولها في عقار بسبب وضعية في عقار مجاور له، كالكشف وغرس الأشجار على مسافة قريبة، بصورة مخالفة للأحكام المنظمة لوضع الأملاك المتجاورة وما لبعضها على البعض من حقوق ارتفاقية متبادلة، ولا يندرج في هذه الصورة ما يدعى من تعسف في استعمال الحق لأنه لا يتضمن نزاعاً في أصل الحق العيني وإنما في سلوك المتصرف شخصياً وهو نزاع يعود للصورة الأولى فالنزاع يتعلق بوضعية نظمها القانون بوصفها حقوق ارتفاق متبادلة بين العقارات، وجاء تنظيمها بمجلة الحقوق العينية وبالأنظمة العمرانية المختلفة، ومجرد المساس بالحقوق التي تنظمها تلك القوانين يعتبر ضرراً يلحق الجار دون حاجة للبحث عن نوع الضرر وخطورته [الفصل 174 وما يليه والفصل 168 وما يليه م ح ع، والوضعية المخالفة للقانون في هذه الصورة لا يحتاج إصلاحها إلى اجتهاد القاضي فالجزء هو إزالة الوضعية المخالفة للقانون كسد النوافذ والأبواب واقتلاع الأشجار

والدعوى التي قد ترفع لإصلاح هذه الوضعية تعتبر دعوى عينية أو استحقاقية بمفهوم الفصل 20 م م م ت، لأنها تحمي حقا عينيا عقاريا، ومرجع النظر في شأنها هو المحكمة الابتدائية بسبب طبيعتها دون النظر في قيمة الضرر أو كلفة رفعه. حسب الفصلين 39 و 40 م م م ت. وهو ما أقرته محكمة التعقيب في عدة قرارات [1]. وهذه الصورة يمكن اعتبارها مقصودة من المبدأ الذي اعتمده محكمة التعقيب بالنظر لوقائع النزاع التي تتركز حول بناء مدرج ونافذة مطلين مباشرة على ملك المدعية وغرس شجيرات أو نباتات في الحائط الفاصل بين العقارين، وإذا كانت محكمة التعقيب تعني هذه الصورة فإنها تكون محقة في النتيجة الإجرائية دون أن تعتمد التعليل المقنع، فالدعوى استحقاقية وليست شخصية والنص القانوني المنطبق لتحديد مرجع النظر ليس الفصل 22 م. م. م ت المتعلق بعدم قابلية النزاع للتقدير وإنما الفصول 20 و 39 و 40 من نفس المجلة، والنص الموضوعي لتقدير النزاع ليس الفصل 99 م إ ع وإنما الفصل 168 وما يليه من مجلة الحقوق العينية والنصوص العمرانية التي قد تكون نافذة في الموقع

وما جر إلى تشبيه وضعية المدرج والنافذة موضوع الدعوى بالمحدثات الواردة بالفصل 99 م إ ع والمخلة بالصحة يبدو غير واضح، فوضعية المدرج أو النافذة لا علاقة لها بالهواء وبالرطوبة وبصحة الإنسان حتى تدرج ضمن الفصل 99 م إ ع، لتصنف الدعوى ضمن الدعاوى الشخصية بدل الدعاوى الاستحقاقية.

وهكذا تكون الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب قد اختارت تعزيز القرارات المتعددة [2] التي لم تفرق بين الوضعية العقارية التي تتضمن توظيف حق ارتفاع على عقار لفائدة عقار آخر بطريقة غير قانونية من جهة، وبين تصرف مستغل العقار الذي لا يتضمن مثل هذا التوظيف وإنما ينتج ضررا ينال الغير طالما بقي على حاله، أو حتى من يحدث ضررا مستمرا من غير الجيران كمن يستغل مؤلفا موسيقيا لغيره أو يقوم بتصرف يخل بقواعد المنافسة من جهة أخرى، وينتهي الأمر إلى عدم التفريق بين الدعوى التي تحمي حقا عينيا والدعوى التي تحمي حقا شخصيا لتحديد مرجع النظر الحكمي.

[1] إذا لم يكن النزاع المثار بشأن عقار أو حقوق عقارية من قبيل دعوى كف الشغب على معنى الفصل 51 م. م. ت أو الفصل 307 م ح ع فإن الدعوى تكون استحقاقية محضة من أنظار محكمة البداية وتعاطي النظر فيها من قبل محكمة الناحية يشكل خرقا سافرا للفصل 39 م. م. ت وهذا يهم النظام العام وللمحكمة أن تتمك به من تلقاء نفسها قرار عدد 811 في 11/11م1976.

النزاعات التي لها صبغة نزاع في حق عيني على عقار كالكشف على ملك الجار لا تخضع لمرجع حاكم الناحية قرار عدد 11221 في 6/18/1984.

الحق العيني العقاري كحق الشفعة يعتبر دعوى استحقاقية ومرجع النظر فيها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية قرار عدد 22043 في 2/6/1989.

إن مرجع النظر يتحرر بمقتضى طبيعة الدعوى وطالما كانت النزاع عينيا فهو راجع بالنظر ابتدائيا للمحكمة الابتدائية قرار عدد 54639 في 2/6/1998.

يكون له مأخذ صحيح من القانون الحكم الذي اعتبر حق الكردان من الحقوق العينية التي لا يقضى فيها إلا ابتدائيا طبق الفصل 40 م م ت قرار عدد 494 في 6/15/1976.

[2] استقر فقه القضاء على اعتبار دعوى رفع المصرة من الدعاوى غير القابلة للتقدير والراجعة حكما إلى ولاية المحكمة الابتدائية عملا بالفصل 22 م م ت قرار عدد 4403 في 2/2001.

- إزالة الكشف عن نوافذ أحدثها حسب أحكام الفصول 174 وما بعده م ح ع يعتبر جبر مصرة [الفصل 99 م إ ع.

- عملا بالفصل 22 م. م. ت قرار عدد 25049 في 26 مارس 1992.

- الدعوى في جبر المصرة الغير قابلة للتقدير بالمال يقام بها لدى المحكمة الابتدائية طبق الفص 22 م. م. ت قرار عدد 3393 في 30/10/1981.

**الخلاصة :**

إن قرار الدوائر المجتمعة المشار إليه :

- لم يكن دقيقا لما اعتبر "دعوى رفع الضرر" ذات مفهوم محدد تخضع لحكم واحد من حيث مرجع النظر وهو كونها غير قابلة للتقدير بينما قابلية التقدير تختلف حسب نوع كل طلب.
- ولم يكن مقنعا لما عزز الاتجاه السائر على أن الدعوى المتعلقة بالنزاع حول حقوق الارتفاق بين الجيران تعتبر دعوى "رفع مضرة"، لتخضع من حيث الموضوع وطريقة تحديد مرجع النظر لنفس الأحكام التي تخضع لها دعوى رفع المضرة المستندة إلى الفصل 99 م إ ع أو غيره من النصوص المتنوعة، وهو اتجاه مخالف لما يقتضيه الفصل 20 م. م. م. ت من التفريق بين الدعوى الشخصية والدعوى العينية، وإذا كانت مخالفة الفصل 20 م. م. م. ت ذات بعد نظري صرف في هذه القضية، لأن الدعوى في الحالتين خاضعة لنظر المحكمة الابتدائية، فإن لها انعكاسا على طريقة تحديد مرجع النظر عموما ولها انعكاس غير مباشر على الأحكام الموضوعية للنظر في النزاع حول حقوق الارتفاق الناشئة عن القانون، وهو ما يستدعي التنبيه إليه خصوصا وقد سبق للمحاكم أن اتبعت هذه الطريقة فأطالت النزاع بما يضر بمصالح المتقاضين.

تونس في 24 أفريل 2006

**عبد الله هلال**

## قرار تعقيب مدني عدد 36870 مؤرخ في 24 أبريل 1997 الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب برئاسة السيد صالح بوراس

المادة : قانون مدني، مجلة الالتزامات والعقود، مرافعات مدنية وتجارية.  
المراجع : الفصول 22/23/39/40 من م.م.م. ت والفصول 79/99/100 من م.ع.  
المفاتيح : دعوى مدنية، رفع مضررة، تحديد مرجع نظر حكومي، علاقة جوار، ما يترتب عن  
فعل الجار، الطعن بالتعقيب، التعقيب للمرة الثانية، الدوائر المجتمعة، النقض دون إحالة،  
عدم وجود ما يستدعي النظر.

مبدأ القرار :

- إن دعاوى رفع الضرر تعتبر وجوبا من قبيل الدعاوى غير القابلة للتقدير ولذلك فإن  
الاختصاص بنظرها منعقد لجهة المحكمة الابتدائية بمقتضى الفصل 22 من م.م.م. ت  
لأن تكييف الضرر وتحديد الجزاء المناسب لرفعه يشكل مسائل هامة يحتاج  
تحديدها الوقوف على عوامل متعددة.
- لا يمكن تصنيف دعاوى رفع المضررة ضمن الدعاوى الخاضعة للقواعد التي أوردتها  
المشرع للتقدير لأن هذه الأخيرة لا تشملها ولا هي تنطبق عليها.

نص القرار

الحمد لله،

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 36870 والمقدم من الأستاذ محمد رشاد  
الفري بتاريخ 8 ديسمبر 1992 نيابة عن (ك).  
ضد : (ط).

طعنا في الحكم الاستئنافي المدني الصادر بتاريخ 9 مارس 1992 تحت عدد 9244 عن المحكمة  
الابتدائية بقرمبالية بوصفها محكمة استئناف لأحكام النواحي التابعة لها بقبول الاستئنافين  
الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بالتخلي عن  
القضية لفائدة محكمة نابل المختصة وإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن اليه  
وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضده وتغريمه لفائدة المستأنف بمائة وخمسين دينارا  
عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة عن هذا الطور.

وبعد الاطلاع على قرار الشرح المتضمن اعتبار الحكم صادرا بإرجاع القضية إلى محكمة الناحية بنابل للنظر في موضوعها تطبيقا لمقتضيات الفصل 149 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مستندات الطعن وعلى الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق التي أوجب الفصل 185 من م م م ت تقديمها. وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية الرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا والنقض دون الإحالة والاستماع الى شرح ممثلها بالجلسة.

وبعد التأمل من كافة أوراق الملف والمداولة طبق القانون.

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع صيغته القانونية فهو مقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما اثبتها الحكم المنتقد والأوراق التي اعتمدها قيام المعقب ضده لدى محكمة ناحية نابل عارضا أنه يملك محلا للسكنى مجاورا لمحل المعقب ضده من الناحية الجوفية وقد عمد هذا الأخير الى احداث مدرج وفتح نافذة يشرفان مباشرة على مسكن العارض مما أضرب به كما تعمد نصب فانوس كهربائي على حائط مسكنه بالإضافة إلى غرسة بعض النباتات على الحائط الفاصل الأمر الذي تسبب في رطوبة وتشقق بالحائط وهو ما حققه عدل التنفيذ فرج بن حميدة وقد وقع التنبيه على المطلوب برفع المضررة الحاصلة من فعله لكنه لم يحرك ساكنا لذلك يطلب العارض عملا بالفصل 97 من م م م ا ع الزام خصمه برفع المضررة التي احدثها مع الإذن بالنفذ العاجل وتمسك المطلوب بخروج القضية عن حاكم الناحية باعتبار أن دعاوى رفع المضررة غير قابلة للتقدير كما تمسك بعدم انطباق الفصل 97 الآنف الذكر وطلب التخلي. وبعد استيفاء الاجراءات القانونية قضت محكمة البداية بحكمها عدد 9291 المؤرخ في 22 ماي 1990 بالرفض لعدم انطباق الفصل 97 المتمسك به على موضوع الدعوى ولأن القيام لدى محكمة الناحية في غير طريقه حسب أحكام الفصل 22 من م م م ت فاستأنفه المحكوم ضده وقضت محكمة الدرجة الثانية بحكمها عدد 8164 المؤرخ في 17 ديسمبر 1990 بالنقض والقضاء من جديد لصالح الدعوى استنادا الى أن قيمة ما يلزم لرفع الضرر من انظار محكمة الناحية.

فتعقبه المحكوم عليه ناسبا له خرق قواعد مرجع النظر الحكمي باعتبار أن دعوى رفع الضرر من الدعاوي غير المقدرة وهي بذلك من انظار المحكمة الابتدائية عملا بالفصلين 22 و 40 من م م م ت وخرق أحكام الفصل 251 من نفس المجلة باعتبار أن النزاع في مرجع النظر الحكمي يستوجب عرض القضية على النيابة العمومية الامر الذي لم يقع وطلب النقض وفي 18 جوان 1991 أصدرت محكمة التعقيب قرارها عدد 30218 بالنقض مع الإحالة بناء على أن دعوى رفع المضررة ليست من الدعاوي المقدرة القيمة أو القابلة للتقدير لأن قيمتها اعتبارية أكثر من أي شيء وذات أهمية بالغة لمن لحقه الضرر بما لا يكون فيه التقدير مجددا.

وحيث أعيد نشر القضية لدى محكمة الإحالة التي قضت في 9 مارس 1992 بحكمها المضمن نصه بالطالع بناء على ما تراءى لها من أن القضية من اختصاص قاضي الناحية استنادا منها إلى أن القيمة المقدرة لرفع الضرر هي من اختصاص القاضي المذكور.

فتعقبه الطاعن من جديد ناسبا له المآخذ التالية :

(1) خرق قواعد مرجع النظر الحكمي قولاً أن قضايا رفع المضرّة من القضايا غير القابلة للتقدير وهي بذلك تشبه دعاوى الحوزية غير أن النظر فيها يرجع إلى المحكمة الابتدائية تطبيقاً لأحكام الفصلين 22 و40 الانفي الذكر وأن محكمة البداية ومثلها محكمة القرار المخدوش فيه لما اعتبرت أن النزاع من اختصاص حاكم الناحية تكونان قد خرقتا بصفة صريحة أحكام الفصلين المذكورين وهو ما يستوجب نقض الحكم المنتقد.

(2) ضعف التعليل بمقولة أن القرار المطعون فيه قد اعتمد أحكام الفصلين 23 و39 من نفس المجلة واعتبر أن الدعوى تقدر بما يلزم لرفع الضرر والحال أن قضايا رفع المضرّة غير مقدرة وخارجة عن اختصاص حاكم الناحية وطلب النقض فنشرت القضية بالدائرة 15 وبجلسة 9/10/1995 قررت الدائرة المذكورة تأخير القضية وإرجاعها للسيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للنظر في امكانية عرضها على الدوائر المجتمعة للبت في المسألة القانونية التي خالفت فيها محكمة الإحالة قرار محكمة التعقيب فيما يتعلق بمرجع النظر الحكمي وتبعا لذلك وعملا بالفصلين 191 و192 م م ت قرر السيد الرئيس الأول إحالة القضية على الدوائر المجتمعة للبت في المسألة القانونية المعروضة عليها وعين جلسة اليوم موعداً للنظر في ذلك.

عن المطعن بفرعين :

حيث أن الضرر الذي يلحق الجار إما أن يكون شغبا في الملكية العقارية ويتمثل في النيل من السلامة المادية للعقار أو النيل من قيمته المالية كما يمكن أن يكون شغبا في الإنتفاع والتصرف.

وحيث أن القواعد التي يجب احترامها لتفادي ضرر الكشف والحرمان من الضوء والشمس وردت بمجلة الحقوق العينية أما الضرر الذي يلحق الأشخاص فقد تضمنه الفصل 99 من م.ا.ع.

وحيث أن حجب الشمس والهواء يحدث رطوبة في العقار والرطوبة لها انعكاسات على جسم الانسان يتسبب في أمراض عديدة ويتكون منه إزعاج استثنائي وغير مألوف كما أن تعليق النباتات على الحائط تسبب رطوبة وتشقق واضح به فإن ذلك تكون له انعكاسات على صحة الانسان كما أن ضرر الكشف من شأنه أن يحد من تصرف المالك في ملكه وانتفاعه به مما يقلق راحته.

وحيث اقتضى الفصل 99 من م.ا.ع : "أن للمجاورين حق القيام على أصحاب الأماكن المضرّة بالصحة أو المكدرّة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرّة والإجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق المجاورين في القيام" كما اقتضى الفصل الموالي : "أن ليس للجيران بإزالة الضرر الناشئ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما اشبهه من المضار التي لا محيص عنها إذا لم تتجاوز الحد الاعتيادي".

وحيث يؤخذ من هذين النصين القانونيين أن المشرع حمل واجبا هاما على الجار وهو تمحل الأضرار المألوفة وممكنه في الآن نفسه من حق القيام برفع ما تجاوز ذلك من الأضرار التي لها مساس بالصحة والراحة أي أنه فرض على الجار وجوب التقيد في تصرفه بعقاره بما لا يضر بجاره بدنيا فإذا تجاوز القدر المحتمل المتسامح فيه بين الأجوار وكان له مساس بالصحة والراحة فهو واجب الرفع.

وحيث أن تحديد مفهوم الضرر ومعياريه وتقديره وكونه ضررا عاديا أو ضررا غير عادي أو ضررا مألوفا وضررا غير مألوف أمر يتغير حسب الأحوال ولا يمكن فيه اعداد قوائم مسبقة فإحاطة العقار ببناءات مرتفعة تحجب عنه الشمس والهواء تنقص من قيمته المالية والنقص في القيمة المالية يتعلق في هذه الفرضية بضرر حاصل بسبب محيط جديد لكن هذا الحجب للشمس والهواء يؤثر كذلك على صحة الانسان وبذلك فإن موضوع تكييف الضرر مسألة على غاية من الأهمية كما أن اختيار القاضي الجزاء المناسب بالحكم بالإزالة أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع الضرر يتوقف على معرفة عوامل عديدة فإذا كانت الإزالة من شأنها أن تتسبب في خسارة فادحة.

فإن القاضي يقتصر على الحل الثاني كما لو كانت الإزالة تؤدي الى وقف نشاط ضروري للاقتصاد الوطني عملاً بقاعدة الاصل ارتكاب أخف الضررين. وحيث أنه لهذه الأسباب استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على أن دعاوي رفع الضرر هي من الدعاوي غير الخاضعة للقواعد التي اوردتها المشرع لتقدير الدعوى بسبب عدم انطباقها عليها فكان لزاماً اعتبارها من الدعاوي غير القابلة للتقدير والخاضعة لمقتضيات الفصل 22 من م م م ت وبالتالي انعقاد النظر فيها للمحكمة الابتدائية وترتيباً على ذلك فإن محكمة القرار لما نحت غير هذا المنحى واعتبرت النزاع المعروض عليها قابلاً للتقدير وأن النظر فيه يكون من انظار حاكم الناحية يكون قضاؤها بمنأى عن الصواب وخارقاً لأحكام الفصلين 22/40 من م م م ت فلزم لتأمين سلامة تطبيق القانون وتوحيداً لفقه القضاء نقض حكمها دون إحالة لأنه لم يعد هناك من موجب لإعادة النظر في الموضوع من طرف محكمة القرار بوصفها محكمة درجة ثانية.

#### لهاته الأسباب

قررت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلاً وأصلاً ونقض الحكم المطعون فيه دون إحالة وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 24 أفريل 1997 برئاسة السيد صالح بوراس الرئيس الأول لمحكمة التعقيب وعضوية السادة رؤساء الدوائر: الباشا البجار، الكامل بن عمار، عبد القادر الذانع، حمادي بالحاج يحي، صالح الطريفي، مختار النيفر، عبد الرزاق بالسعيدي، محمد الغربي الخزامي، بالطيب المرزوقي، محمود الجويني، عياد الترحمان، أحمد الجندوبي، والمستشارين السادة:

صالح السرسى، رؤوف المراكشي، احمد الورغي، المكي الورغي، محمد الهاشمي المحرزي، ابراهيم الطريفي، محمد الشريف الباجي، عقيلة الجراية، رفيقة بن عيسى، حسيبة العربي، البشير بن سعد، اسماعيل اورير، محمود بن جماعة، عبد اللطيف الحنفي، زهرة بن عون، البشير زرقونة، محمد بن سالم، زينب الشواشي، بمحضر السيد البشير كدوس وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب بمساعدة الأنسة كاتبة الجلسة سميرة بوشوشة.

وحرر في تاريخه

## شهادة عامل على عامل

«القرار التعقيبي المدني عدد 32039  
بتاريخ 19 جانفي 1995 الصادر عن الدوائر  
المجتمعة بمحكمة التعقيب»

يعتبر فقهاء القانون أن فقه القضاء مصدر القانون بما للقاضي من دور خلّاق للقاعدة القانونية ولما له من مقدرة على ربط النص القانوني بالواقع الاجتماعي أو الاقتصادي في البلاد مواكبا للتطور وحارصا على أن يكون دوره تحقيق العدالة في أعلى مستوياتها محققا التوازن الاجتماعي والاقتصادي بما يجعل السلم الاجتماعية المنشودة واقعا يعيشه كامل أفراد المجتمع في أي لحظة من الزمن تمرّ بها البلاد وهو في الحقيقة الهدف الذي تعمل على تحقيقه السلط الثلاث الدستورية. وفي اعتقادي ينبغي فهم هذا التوجه لفقه القضاء من خلال تطوّر الأحكام القضائية في استيعاب القاضي للنصوص القانونية وإسقاطها على القضايا المنشورة لديه للخروج بحكم في الموضوع أو قرار تعقيبي يحقق العدالة أو على الأقل يقترب منها في لحظة صدور ذلك الحكم أو القرار بالنسبة للأطراف المتنازعة في تلك القضية فيبدو أحيانا للبعض أن هذا الموقف من القاضي في تطبيقه لهذا النص القانوني انحراف بالقانون عن مساره الطبيعي حسب رأيه أو أن هناك تغيير في موقف فقه القضاء في زمن قريب أو بعيد عن موقف آخر كان اتخذه دون التفات بدقة على وقائع القضية وما لها من إختلاف عن غيرها أو صدور الحكم فيها في غير زمن السابقة لها أو ما هو من تطور اجتماعي أو اقتصادي أو مسيرة هذا التطور بما يحقق العدالة أولا وآخرا.

والقرار الذي بين أيدينا موضوع التعليق يؤكد أن رؤية القاضي للنصوص القانونية رؤية واحدة متجانسة ويستحضر جميعها ويربط بينها ما دامت تخدم القضية التي هو بصدد النظر فيها سواء منها القانون العام كمجلة الإلتزامات والعقود ومجلة المرافعات المدنية والتجارية والنصوص الخاصة كمجلة الشغل أو غيرها من النصوص التي تتعلق بالمادة الشغلية.

فنحن في القضية موضوع القرار المعلق عليه وقائعها تتمثل في قيام المدعي في الأصل ضد ربّ العمل طالبا التعويضات التي يعتقد أنه يستحقها لطرده من العمل طردا تعسّفا وقد أجاب المؤجر بأنه لم يطرده بل هو الذي امتنع في الالتحاق بحضيرة المؤسسة طالبا سماع بيّنته فعارض العامل في تلقّي تلك البيّنة لكون الشاهدين من عملته.

فقضت محكمة الدرجة الأولى لصالح العامل دون سماع بيّنة المطلوب باعتبارها من عملته المأجورين فطعن هذا الأخير بالاستئناف في ذلك الحكم وتمّ لديها سماع شاهدين من مأجوري رب العمل وقضت نتيجة لذلك بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بعد سماع الدعوى فتعقبه العامل طاعنا في هذا الحكم الاستئنافي بضعف التعليل وخرق أحكام الفصلين 94 و96 من م.م.م.ت فقررت محكمة التعقيب نقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة تأسيسا على أن المحكمة اعتمدت على شهادة أجيرين عند المؤجر دون أن تبين وجهة نظرها في القدر الموجّه للشاهدين بكونهما أجيرين عنده خارقة محكمة الاستئناف المذكورة مقتضيات 96 من م.م.م.ت فقضت محكمة الإحالة بأن لا وجود لي خرق لأحكام الفصل 96 وقضت بإقرار الحكم الابتدائي في خصوص منحة لباس الشغل ومنحة الراحة الخالصة ونقضه فيما زاد على ذلك فتعقبه العامل المحكوم ضده استئنافيا لنفس السبب القانوني المتمثل في خرق 96 من م.م.م.ت ولمخالفته للقرار التعقيبي السابق المشار إليه فقررت الدائرة التي نشرت أمامها القضية إرجاعها للرئيس الأول للمحكمة للنظر في إمكانية إحالتها على الدوائر المجتمعة الذي قرّر بدوره إحالتها على الدوائر المجتمعة نظرا لمخالفة محكمة الإحالة للمبدأ القانوني الذي أثبتته قرار الإحالة.

فقضت الدوائر المجتمعة بقبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا معللة رأيها بأن المقصود بالفقرة التاسعة من الفصل 96 من م.م.م.ت الشاهد من الإجراء الذي يشهد لربّ العمل والمجرّح فيه هو من كان من عملة المنازل لما له من صلة بصاحب المنزل التي يغلب عليها الطابع الشخصي لشهادته. وشهادته ضده قد تسبب له حرجا شديدا مما يجعل المشرّع يدرجها ضمن القوادح القانونية مفترضا الشك في قدرته على أداء الشهادة دون تأثر بالعلاقة التي تربطه بمخدومه.

ومما يؤكّد التفسير المشار إليه ما ذهبت إليه الترجمة الرسمية للفقرة التاسعة من الفصل 96 إذ ترجمت إلى الفرنسية عند صدور المجلة بعبارة (DOMESTIQUE À GAGES).

وقد استعمل المشرّع كلمة الخدمة بالمعنى المشار إليه آنفا وفي نفس المجلة في الفقرة الثانية من الفصل 126 من م.م.م.ت التي جاء فيها "خادم ومخدوم أو فلاح وخمّاس أو مستأجر..." كما استعملها بنفس المعنى في الفقرة خامسا من الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية.

كما أن كلمة "خدم" تستعمل لغة بمعنى خدمة المنازل المتصلين بشخص المخدوم مما يجعل إطلاقها على غيرهم مخالفا للمدلول اللغوي ولأحكام الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود.

وإن التأويل على افتراض وضوحه يجب أن يكون بالتيسير في شدّته حسب 541 من مجلة الالتزامات والعقود مما يدعو لقصر القدرح في حدّه الأدنى بدل التوسع فيه حتى لا يصبح الاستناد إلى شهادة الشهود متعذرا في المؤسسات التي لا يدخلها غالبا إلا العاملون بها ويبقى للقاضي مجال أوسع في الاجتهاد وتحديد القوادح.

واعتبرت بالتالي الدوائر المجتمعة أن محكمة الإحالة فسّرت الفقرة التاسعة من الفصل 96 من م.م.م.ت تفسيراً سليماً مطابقاً لحكام الفصلين 532 و541 منه مجلة الالتزامات والعقود كما اعتبرتها غير منطبقة على الشاهدين العاملين بالمؤسسة والذي يستنتج من قرار الدوائر المجتمعة المذكور أن هناك علاقة لقانون الشغل بالقانون الخاص عموماً من مجلة الالتزامات والعقود إلى مجلة المرافعات المدنية والتجارية إلى مجلة الحقوق العينية (I) وإن فقه القضاء يتطور وفق التطور الذي يحصل في المجتمع سواء كان هذا التطور اقتصادياً أو اجتماعياً (II).

**I- علاقة قانون الشغل بغيره من القوانين :**

هناك من فقهاء القانون من يعتبر أن قانون الشغل هو قانون قائم الذات وله ميدانه الخاص به لذلك كان له قضاء خاص به ونصوص ترعاه فنصوص القوانين الاجتماعية تهم النظام العام وعند تحويلها كلياً أو جزئياً تطبق حيناً ونجد داخل القانون الاجتماعي بعض المؤسسات التي لا نجد فيها كالمجان المتناصفة والاتفاقيات المشتركة من اتفاقية إطارية مشتركة واتفاقيات قطاعية واتفاقيات مشتركة للمؤسسة وتحكيم في شأن المنازعات الجماعية عند الاقتضاء ومن شأن التسليم بانطباق القانون الخاص في مجال الشغل المس باستقلالته ويجعله فاقداً لخصوصيته ومرونته في مجال التعامل بين الأجراء والمؤجرين.

لكن هذا الاتجاه يفقد التشريع الشغلي مرونته ويتعدّر على القاضي تحقيق العجالة من خلال تلك النصوص الاجتماعية إن لم يستعن بآليات القانون الخاص عموماً خاصة وقانون الشغل نفسه يحمل في طياته إمكانية تطبيق أحكام القانون العام في مجال الشغل ومن ذلك ما نص عليه الفصل 332 من مجلة الشغل الذي جاء به قوله : "تنطبق على دوائر الشغل أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية ما لم تخالف الأحكام المنصوص عليها بهذا العنوان". فضلاً على أن مجلة الشغل نفسها لا يمكن تطبيقها في أغلب الأحيان إلا بعد الرجوع لأحكام القانون العام مثل مجلة الالتزامات والعقود لتحديد أركان عقد الشغل كعقد شغل فردي من رضا وأهلية بحسب نوع الشغل وموضوع جائز وسبب.

وكذلك مثلاً في مجال القدر سواً في القاضي أو الشاهد وذلك لتحديد الإجراءات لدى المحكمة المختصة بالنظر في القدر الواقع في القاضي أو الشروط الواجب توفّرها في الشاهد لقبوله لشهادته ولذلك فإن العلاقة وطيدة بين قانون الشغل وباقي النصوص القانونية العامة كما سبق بيانه وهذا ما لاحظناه في القرار موضوع التعليق فهو اعتمد ما جاء بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وخاصة الفقرة التاسعة من الفصل 96 منها كما استعمل مقتضيات مجلة الالتزامات والعقود في تفسيره للفصل 96 المشار إليه وهما الفصلان 532 و541 كما اعتمد أحكام مجلة الحقوق العينية وخاصة الفقرة خامساً الفصل 199 ونفس القول يمكن أن ينطبق على قانون الشغل في مجال المؤاخذة الجزائية إذ احتوت مجلة الشغل على أحكام زجرية وهذه لا يمكن تطبيقها بمعزل عن المجلة الجنائية باعتبار فصول هذه الأخيرة المتعلقة بما يسمى القانون الجنائي العام من الفصل الأول منها إلى الفصل 59.

**II- تطور فقه القضاء بسبب التطور الاجتماعي والاقتصادي :**

لقد تحدث فقهاء القانون بإطناب على دور القاضي الخلاق للقاعدة القانونية أحياناً عندما يجد فراغاً تشريعياً لإيجاد وجه لفصل القضية المنشورة لديه لتحقيق العدالة وإلا كان مرتكباً لجنحة الامتناع من القضاء وقد أعانه المشرع نفسه بآليات تمكنه من حسن القضاء في حالة غياب نص قانوني صريح فقد أعطاه الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود هذا الدور الخلاق الذي تحدّث عنه فقهاء القانون فقد جاء الفصل المذكور بقوله : "إذ تعدّر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العمومية".

ونحن إذا أعدنا النظر في القرار موضوع التعليق يتّضح لنا أن الدوائر المجتمعة في هذا القرار كانت مبدعة في تفسيرها لمقتضيات الفقرة التاسعة من الفصل 96 من م.م.م.ت.

لما قالت أن كلمة "الخدمة المأجورين" المراد بهم في تلك الفقرة هم عملة المنازل ولم يلق هذا القول هكذا على علاته بل أوضحته أحسن توضيح مدعّمة رأيها بما ورد بمجلة المرافعات المدنية والتجارية نفسها باستعمال المشرّع بالفصل 126 منها لفظة الخادم والمخدوم وهو استعملها في ذلك المجال بالمعنى الوارد بالفقرة 9 من الفصل 96 المشار عليه كما استعملها بالفصل 199 من مجلة الحقوق العينية بنفس ذلك المعنى فضلا على أن اللغة العربية المحرر بها النص العربي يطلق لفظة "خدم" بمعنى خدمة المنازل.

ثم إن الدوائر المجتمعة لم تكتف بالتعليق الذي استمدته من نصوص قانونية بل اعتمدت أيضا فكرة تطوّر العلاقات الاجتماعية بين الأجير والمؤسسة الاقتصادية فالعامل بالمصنع أو المعمل أصبح في العشرية الأخيرة من القرن العشرين وإلى اليوم يتمتع باستقلالية كاملة وله حقوق وواجبات واضحة فهو إنسان ومحمي باتفاقيات دولية وقوانين داخلية منظمّة لعلاقته بالمؤسسة التي يعمل بها ولا علاقة له بشخص مؤجره إلا علاقة العمل داخل المؤسسة الشغلية وباتت منظمات نقابية تدافع على مصالحه الشغلية فضلا عن الحماية الخاصة التي منحه إياها قانون الشغل.

فهذا التطور للعلاقة بين الأجير العادي وربّ المؤسسة أدخلته الدوائر المجتمعة في الاعتبار لتنتهي إلى أن القادح المعتد به بالنسبة للخدمة المأجورين معياره مدى توقّر العلاقة الخاصة جدا التي تربطهم بمخدوميهم والتي تجعل هناك شبه تأثير بتلك العلاقة تنعكس على هذا الخادم في أدائه لشهادته بخلاف العامل العادي داخل المؤسسة الاقتصادية الذي باتت شخصيته من الصلابة والحماية ما تجعله مستقلا تماما عن مؤجره ولا يؤثر فيه إلا ضميره. وهكذا نلاحظ كيف تطوّرت نظرة القاضي للنص القانوني بما يستجيب لما حصل من تطور اجتماعي داخل البلاد نتيجة دخول عناصر جديدة في علاقات العمل بين الأجير والمؤجر والتي لم تبلغها بعد علاقة الخادم المنزلي بمخدومه بالمنزل مما يجعلني أساير ما انتهى قرار الدوائر المجتمعة بأن القدح في الشاهد إذا كان من توابع ربّ العمل لا يقصد به غير صنف معين من الخدمة وهم خدمة المنازل.

صحيح إن هذا الموقف من الدوائر المجتمعة هو تغيّر في فقه قضاء محكمة التعقيب لأن قراراتها السابقة كانت تعتبر التجريح الوارد بالفقرة التاسعة من الفصل 96 من م.م.م.ت هي تتعلق بكل أجير سيقدم شهادته لصالح مؤجره لكن ينبغي أن لا ننسى أن الاجتهاد وفهم النصوص يتغير بتغير الأزمنة والتطور الذي يحصل اجتماعيا واقتصاديا واذكر في هذا المجال قولة جاءت في كتابة الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس السيد محمد صالح العياري "إن القضاء ليس من سمته التحجّر".

## **القرار التعقيبي المدني عدد 32039 بتاريخ 19 جانفي 1995**

### **الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب برئاسة السيد عبد الله الهلالي**

المراجع :

- م.م.م.ت : الفصول 96 و 97 و 126

- م.ا.ع : الفصلان 532 و 541

- م.ج.ع :

المفاتيح : الاجتماعي - المرافعات المدنية - عقد الشغل - إثباته - شهادة الشهود - التجريح القانوني - شهادة العامل - الخادم - التابع - الأجير - التجريح الفعلي - تأويل القانون.

المبدأ القانوني :

إن المقصود من عبارة خدمته المأجورين الواردة بالفصل 96 من م.م.م.ت هم عملة المنازل لأن صلتهم بصاحب المنزل يغلب عليها الطابع الشخصي وشهادتهم ضده قد تسبب لهم حرجا شديدا وهو ما دعا المشرع إلى اعتبارها من القوادح القانونية مفترضا الشك في قدرتهم على أداء الشهادة دون تأثير بالعلاقة التي تربطهم بمخدومهم دون بقية عقود الإجارة على العمل التي تعتمد شروطا موضوعية صرفة ومصالح متبادلة لا دخل فيها كثيرا للاعتبار الشخصي خاصة إذا كان ذاتا معنوية التي يحتفظ فيها الأجير باستقلاله خارج علاقات العمل وتحميه القوانين والعقود المشتركة والمنظمات المهنية فلا تكون بالتالي مدعاة لإفتراض انحياز الأجير لمؤجره بنص القانون وإن بقيت خاضعة لأحكام التجريح الفعلي إن ثبت ذلك طبق الفصل 97 من نفس المجلة.

#### **الوقائع**

ادعى المعقب طرده من المعقب ضده بصورة تعسفية فتمسك المعقب ضده بعدم طرده له وأن المعقب رفض الالتحاق بحضيرة المؤسسة طالبا سماع بينة فعارض المعقب في سماعها لكون الشاهدين من مستخدمي المعقب ضده.

فتعقبه الطاعن على أساس الطعن التالي :

إن محكمة الإحالة قد أخطأت لما اعتبرت أن هناك فرقا بين عملة المنازل والعملة الذين تربطهم مع مؤجرهم عقدة شغل استنادا إلى الفصل 403 من م.ا.ع.

#### **عن المسألة القانونية محل الطعن**

حيث أنه لا خلاف في أن الشاهدين المعتمدين شهادتها من طرف المحكمة يعملان بالمؤسسة الراجعة للمشهود له وأنحصر النزاع فيما إذا كان عملها هذا يكون تجريحا قانونيا لا على معنى الفقرة التاسعة من الفصل 96 من م.م.م.ت الذي اعتبر "الخدمة المأجورين" من بين المجرح فيهم قانونا.

وحيث نص الفصل 96 المشار إليه أعلاه أنه يجرح في الشهود " بما يأتي...تاسعا: إذا كان الشاهد من أتباع من أستشهد به أو خدمته المأجورين".

وحيث أن المقصود من عبارة "خدمة المأجورين" في هذا الفصل هم عملة المنازل لأن صلتهم بصاحب المنزل يغلب عليها الطابع الشخصي وشهادتهم ضده قد تسبب لهم حرجا شديدا مما جعل المشرع يدرجها ضمن القوادح القانونية مفترضا الشك في قدرتهم على أداء الشهادة دون تأثير بالعلاقة التي تربطهم بمخدومهم.

وحيث أن بقية عقود الإجارة على العمل تعتمد شروطا موضوعية صرفة ومصالح متبادلة لا دخل فيها للعلاقات الشخصية بين الأجير والمؤجر الذي كثيرا ما يكون شخصا معنويا يمثله أجير أيضا فيحتفظ الأجير باستقلاله خارج علاقات العمل وتحمي هذه العلاقة القوانين والقوانين الأساسية والإتفاقيات المشتركة والمؤسسات المختلفة كالمنظمات المهنية ومجالس التأديب إضافة إلى المحاكم فلا تكون مدعاة لافتراض انحياز الأجير لمؤجره بنص القانون وإن بقيت خاضعة لأحكام التجريح الفعلي إن ثبت ما يدعو للشك في شهادة طبق الفصل 97 من م.م.م.ت وهو ما لم يدع في هذه القضية.

وحيث أنه مما يؤكد التفسير المشار إليه ما ذهبت إليه الترجمة الرسمية للفقرة التاسعة من الفصل 96 من م.م.م.ت إذ ترجمت إلى الفرنسية عند صدور المجلة بعبارة (DOMESTIQUES À GAGES). وحيث استعمل المشرع كلمة الخدمة بالمعنى المشار إليه آنفا وفي نفس المجلة وبالتحديد في الفقرة الثانية من الفصل 126 من م.م.م.ت التي جاء بها "خادم ومخدوم أو فلاح وخماس أو مستأجر في..." كما استعملها بنفس المعنى في الفقرة خامسا من الفصل 199 م.ح.ع بما يدل على أنه لم يقصد بها في الفصل 96 من م.م.م.ت غير ذلك المعنى.

وحيث أن كلمة "خدم" تستعمل لغة بمعنى خدمة المنازل المتصلين بشخص المخدوم ومما يجعل إطلاقها على غيرهم مخالفا للمدلول اللغوي ولأحكام الفصل 532 من م.ع.

وحيث على افتراض أن نص الفقرة المشار إليها يحتاج للتأويل لعدم وضوحه، فإن التأويل يجب أن يكون بالتيسير في شدته حسب الفصل 541 من م.ع مما يدعو لقصر القدر في حده الأدنى بدل التوسع فيه حتى يصبح الاستناد إلى شهادة الشهود متعذرا في المؤسسات التي لا يدخلها غالبا إلا العاملون بها ويبقى للقاضي مجال أوسع في الاجتهاد وتحديد القوادح.

وحيث أن محكمة الإحالة فسرت الفقرة التاسعة من الفصل 96 من م.م.م.ت تفسيراً سليماً مطابقاً لأحكام الفصلين 532 و541 من م.ع لما اعتبرتها غير منطبقة على الشاهدين العاملين بالمؤسسة واتجه لذلك رفض هذا المطعن.

لذا قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة رفض مطلب التعقيب أصلاً.

## الدوائر المجتمعة وتوحيد الآراء القانونية « قرار تعقيبي مدني عدد 119000 مؤرخ في 29 ديسمبر 2005 الصادر عن الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب

تزامنت نشأة محكمة التعقيب مع ظهور نظام الطعن [1] بفرنسا التي سعت مع تطور حركة التقنين إلى وضع تنظيم قضائي يضمن سلطان التشريع إقرارا بكمالها بوصفها من البلدان المنتسبة إلى مدرسة القانون الروماني الجرمانى.

وقد بنى القانون التونسي منذ صدور عهد الأمان ثم دستور عهد الأمان ومن خلال قانون الجنايات والأحكام العرفية نظاما قضائيا يقوم على التفرقة بين قضاء الأصل ومحكمة القانون مجسمة في "المجلس الأعلى" وصولا إلى محكمة التعقيب بهيكلتها الحالية بمقتضى القانون عدد 130 لسنة 1995 المؤرخ في 5 أكتوبر 1995 المحدث لمجلة المرافعات المدنية والتجارية [2].

ولئن شهد النظام الإجرائي لمحكمة التعقيب تطورا وسّع في وظائفها حيث أسند لها المشرع في بعض الحالات إمكانية التصدي للأصل [3] حسب التنقيح الذي تم بموجب القانون عدد 87 لسنة المؤرخ في غرة سبتمبر 1986 [4] تبقى محكمة التعقيب محكمة القانون التي تكمن وظيفتها الطبيعية الأساسية في العمل على توحيد الآراء بين مختلف المحاكم ومراقبة حسن تطبيق القانون.

وتبرز هذه الوظيفة في أقوى مظاهرها عند اجتماع دوائر محكمة التعقيب لتوحيد اجتهاد دوائر محكمة التعقيب نفسها حول مسألة قانونية اختلفت حولها الآراء وتشعبت الاجتهادات، فيكون رأيها ميلادا جديدا للقاعدة القانونية [5]، وإجماعا على تأويل موحد للقانون.

[1] يراجع في هذا الصدد: الهادي مزاح، نظرات حول محكمة التعقيب، ق.ت. 1995 ص. 71.

- محمد بن سلامة، حول محكمة التعقيب، ق.ت. 1975 ص. 78.

[2] يراجع في هذا الحسب الحسين السالمي -العقيب ووحدة القضاء -أعمال ملتقى التعقيب أيام 4 الى 7 افريل 1988-كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس مجموعة لقاءات الحقوقيين، ص. 57 و59.

[3] الفصلان 176 و191 من م.م.ت.

[4] نور الدين الغزواني -الجديد في وظائف محكمة التعقيب - أعمال ملتقى التعقيب من 4 إلى 7 أفريل 1988 كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس مجموعة لقاءات الحقوقيين -ص. 24 وما بعدها.

- ظهر نظام الطعن بالتعقيب في تونس منذ عهد الامان سنة 1857 الذي كرس نظاما متشابها له في فصله 61 تم وبعد الغاء دستور عهد الامان أعيد احياء هذا النظام بموجب الأمر المؤرخ في 51 مارس 1896 في فصله 39 تم وبموجب قانون المرافعات لسنة 1910 تم احدات لجنة تسمى لجنة التمييز التي اصبحت تعرف بدائرة القضايا تم اسند لها سنة 1958 اسم محكمة النقض والإبرام الى ان استكملت مقوماتها واستكملت هيكلتها بموجب القانون الذي صدرت بموجبه مجلة المرافعات المدنية والتجارية عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1959.

-H El Ghachem . l'organisation judiciaire de la Tunisie .Thèse .Paris 1950 .

- محمد عبد الباقي اليوسفي - الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب - مذكرة ماجستير -كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس سنة 2004/2005.

- محمد علي الخلفي -الخطأ البين - رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء -سنة 2001/2002.

[5] ("L'ampleur de l'apport créateur est manifeste : comme nous l'avons vu, le juge a largement contribué à la définition de l'ensemble des institutions de l'ordonnancement juridique, des pouvoirs respectifs des différents sujets du droit ainsi que leurs rapports entre eux ...." S.Belaid.-Essai Sur Le Pouvoir Créateur Et Normatif Du Juge - Bibliothèque De Philosophie Du Droit -Librairie Générale De Droit Et Jurisprudence -Paris.1974-p 341.

وفي هذا الإطار يعتبر بعض الفقهاء فقه القضاء مصدرا من مصادر القانون ([1]) وسندهم في ذلك أن التطبيق قد اثبت عدم صحة نظرية كمال التشريع بسكوت النص أحيانا أو غموضه غموضا يصعب معه الاهتداء إلى القصد الحقيقي للمشرع أحيانا أخرى أو بتجاوز الواقع له بما يصير غير ملائم له وفي بعض الحالات في حكم المعدوم لتجافيه معه. وقد تتباين الاجتهادات القضائية بين محكمة التعقيب ومحاكم الأصل فيطعن في القرار النهائي أمام محكمة التعقيب للمرة الثانية ولنفس السبب فيكون على الرئيس الأول لمحكمة التعقيب إحالة الملف على الدوائر المجتمعة لتنظر في المسألة القانونية موضوع الاختلاف برأي ملزم لمحكمة الإحالة لكن إلزاميته تبقى بالنسبة لبقية المحاكم معنوية وتأثيرها على توحيد القضاء محدودا لا ترتقي إلى مستوى القوة الإلزامية للقانون. وقد تختلف الآراء القانونية على مستوى دوائر محكمة القانون نفسها فيحل دور الدوائر المجتمعة لتوحد الرأي القضائي بين مختلف الدوائر.

فهل يعد رأي محكمة التعقيب في هذه الحالة فتوى قد ترقى إلى مستوى القانون في إلزاميته ؟ وإذا كان المشرع قد أوكل للدوائر المجتمعة هذا الدور الذي يوازي في أهميته أهمية الوظيفة التشريعية فهل يعتبر رأيها التوحيدي للاجتهادات القضائية مصدرا من مصادر القانون ؟

جاء بالقرار موضوع هذه الملحوظات أن نائب الطاعن تقدّم إلى السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب بمطلب في توحيد الآراء القانونية بين الدوائر أسسه على أن القرار التعقيبي عدد 11900 القاضي بقبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن قد خالف الآراء القانونية التي استقر عليها فقه القضاء والتمثلة في حماية حقّ الشريك في الانتفاع بالعقار المشترك انتفاعا يقتضيه حقه في ضمان التساوي بين الشركاء باعتبار أن الشريك لا يمكنه الامتياز بجزء محدّد من العقار المشاع. وأن هذا القرار قد خالف الرأي لعديد القرارات التعقيبية ومنها على سبيل الذكر القرار عدد 42141 الصادر في 26/9/1996 الذي ورد به أن : "التمسك بالحوز لا يمكن أن يسمع من شريك على شريكه طالما أن المناوبات مشاعة".

وبناء على المطلب المذكور قرّر السيد الرئيس الأول للمحكمة عرض ملف القضية على الدوائر المجتمعة للنظر في إمكانية توحيد الآراء في المسألة المطروحة فقررت الدوائر المجتمعة رفض المطلب شكلا لانعدام الصفة لدى الخصوم في إثارة مسألة توحيد الآراء بناء على أحكام الفصل 192 من م.م.م.ت.

رغم أن هذا القرار صدر برفض الطعن شكلا لانعدام الصفة فإنه يثير إشكاليين قانونيين هاميين يتعلقان بـ :

- الوظيفة الإفتائية للدوائر المجتمعة

- وإجراءات تعهد الدوائر المجتمعة لتوحيد الآراء القانونية

### المبحث الأول : الدوائر المجتمعة والإفتاء : الوظيفة شبه التشريعية لمحكمة القانون

تتميز محكمة التعقيب بخاصيتين اثنتين :

- تكمن الأولى في "وحدانيتها" فمحكمة التعقيب محكمة واحدة على كامل الجمهورية، وهذه الخاصية تؤمن دورها التوحيدي لاجتهاد مختلف المحاكم فهي تجسيد لوحدة القانون ولوحدة الاجتهاد القضائي وبالتالي لمبدأ المساواة أمام القانون ([2]).

[1] يعدّ فقه القضاء في النظام الأنقلى سكوني المصدر الأول للقاعدة القانونية فحتى النص القانوني لا يكتسب تلك الصفة حتى تدعمه السابقة القضائية بل إن بعض البلدان التابعة للمدرسة الرومانية الجرمانية تكتسب هي الأخرى سلطة السابقة القضائية ففي اسبانيا مثلا إذا صدر عن محكمة التعقيب الإسبانية في نقطة قانونية واحدة قرارين في نفس الإتجاه أصبح ذلك التوجه بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإتباع من طرف مختلف المحاكم . -برادج في ذلك : - الطيب اللومي - تأثير القرن العشرين في القانون التونسي الخاص - اشغال الملتقى المنعقد أيام 23- 24- 25 أفريل 1998 - كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس - مجموعة لقاءات الحقوقيين - العدد الثامن - تونس 2000 - ص 12 .

[2] جاء بقرار صادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 10 جوان 1999 تحت عدد 62628-97 : "حيث أن موضوع إثبات الطرد في المادة الشغلية كان موضوع خلاف بين محاكم الموضوع ومحكمة التعقيب فكان لزاما وضع حدّ لهذا الخلاف بتدخل محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة للبت فيه تحقيقا لوحدة القانون وضمانا للمساواة بين المواطنين أمام القضاء وهذا السبب كاف لوحده لعرض هذا الخلاف على الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب إضافة الى وجود سبب آخر وه مخالفة محكمة الإحالة لمحكمة التعقيب." مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفاس، عدد 11 لعام 2004 ص.131.

-وتتمثل الثانية في انه لا يتداعى أمامها الأطراف في الدعوى وإنما الأحكام النهائية ([1]) مع ملاحظة أن هذه الخاصية لم تعد مطلقة بعد أن أصبح لمحكمة التعقيب إمكانية التصدي للنزاع والبت في الأصل.  
« LA COUR DE CASSATION NE JUGE PAS LES PARTIES MAIS LES DÉCISIONS EN DERNIER RESSORT » ([2]).

لكن تعدد الدوائر الذي فرضته كثرة القضايا أورث إمكانية اختلاف الآراء على مستوى دوائر محكمة القانون، محكمة التوحيد القضائي نفسها وأنشأ الحاجة إلى توحيد الرأي على مستوى الدوائر المجتمعة ([3]). فالوظيفة الأساسية للدوائر المجتمعة هي توحيد الاجتهادات القضائية تحقيقاً لوحدة القضاء في الدولة وبالتالي وحدة القانون ([4]) وهي تنفذ من خلال هذه الوظيفة إرادة المشرع في تحقيق العدالة.

#### الفقرة الأولى : وظيفة توحيد الاجتهاد القضائي

إن مهمة توحيد الإجهاد القضائي تعادل في أهميتها واجب تأمين مرفق القضاء ذاته فهي تحقق وحدة القضاء في الدولة وبالتالي وحدة القانون نفسه من خلال وحدة تأويله وتطبيقه وتكرس بذلك مبدأ المساواة أمام القانون وتحقق غاية القانون في إقامة العدل بين الناس.

وقد أوكل المشرع للدوائر المجتمعة وظيفة توحيد الآراء القضائية كاختصاص أساسي منذ صدور مجلة المرافعات والتجارية ضمن الفصلين 191 و193 وهو ما أكدته بمناسبة صدور مجلة الإجراءات الجزائية ضمن الفصل 273 منها . ويؤخذ من مجمل هذه الفصول أن الدوائر المجتمعة تنظر عند التأمها لتوحيد الرأي القانوني للقضاء حول مسألة ما في صورتين:

-صورة الاختلاف في الرأي حول مسألة قانونية بين محاكم الموضوع ومحكمة التعقيب .

-صورة الاختلاف في الرأي بين دوائر محكمة التعقيب نفسها .

وقد تعرض القرار موضوع هذه الملحوظات إلى كلا الحالتين رغم أن المطلب موضوع القرار يتعلق بصورة اختلاف الرأي بين دوائر محكمة التعقيب حول نفس المسألة القانونية.

1- توحيد الرأي بين محكمة التعقيب ومحاكم الموضوع :

تعرض المشرع إلى هذا الاختصاص ضمن الفصلين 191 م.م.م. ت. فقرة أولى و273 من م. إ.ج فقرة ثانية، ويقوم هذا الاختصاص بصفة حصرية ([5]) " إذا كان النقص مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه المحكمة بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم لنفس السبب الذي وقع النقص من أجله أولاً " ويكون رأي الدوائر المجتمعة في هذه الحالة ملزماً لمحكمة الإحالة كما يمكن للدوائر المجتمعة التصدي للنزاع والبت فيه إذا كانت مهياً للفصل لتضع بذلك حدًا للنزاع وتوحد الرأي في المسألة المختلف في شأنها في نفس الوقت، إلا أن نطاق إلزامية الحل الذي تقره الدوائر المجتمعة يبقى نسبياً ومحدوداً إذ لم يوجب القانون إتباعه من طرف بقية المحاكم. فليست له طبيعة الفتوى القانونية ولو أن دوره التوحيدي على مستوى التطبيق يبقى هاماً ويؤمن نسبياً توحيد الاجتهاد القضائي حول المسألة القانونية الصادر في شأنها إذ عادة ما يقع العمل برأي الدوائر المجتمعة للسلطة المعنوية لرأيها على بقية المحاكم من جهة وخشية نقض الحكم من جهة أخرى.

[1] جاء في قرار لمحكمة التعقيب أن "القضايا المحالة على محكمة التعقيب تكون وجوباً مهينة للحكم في موضوعها لتجاوزها جلسة المرافعة واستيفاء إجراءاته تهيئتها موضوعاً وحصول البت فيها وحصر النظر على حسن تطبيق القانون وعدم الاخلال بمقتضيات نصوصه دون الإلتفات للأمور الموضوعية" قرار تعقيبي مدني عدد 5266.2005 مؤرخ في 2 مارس 2006، غير منشور.

[2] ( YVE CHARTIER- LA COUR DE CASSATION 2E ÉDITION DALLOZ 2002 P. 2 )

[3] أقر المشرع وظيفة توحيد الآراء للدوائر المجتمعة منذ إصداره مجلة المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى القانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959.

[4] محمد عبد الباقي اليوسفي - الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب - مذكرة لادراز على شهادة الماجستير السنة الجامعية 2004-2005-

[5] ( NADHIR BEN AMMOU - LE POUVOIR DE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION - THESE , F.D.S.P.TUNIS 1996 )

وقد تولت الدوائر المجتمعة في هذا النطاق حسم عديد الإشكالات القانونية :

-شكّلت إجراءات الطعن بالاستئناف في أحكام الطلاق موضع اختلاف في الآراء بين محكمة التعقيب ومحاكم الموضوع في وجوب إرفاق عريضة الاستئناف بنسخة من حكم الطلاق المطعون فيه طبقاً لأحكام الفصل 130 من م.م.ت من عدمه حيث اعتبرت بعض محاكم الموضوع أنه لا يجوز الاجتهاد في مسألة إجرائية وأن أحكام الفصل 130 أحكام عامة تنطبق على إجراءات الطعن بالاستئناف في أحكام الطلاق خلافاً لرأي محكمة القانون وهو ما دعا إلى عرض الأمر على الدوائر المجتمعة في القضية عدد 9531 ([1]) حيث رأت محكمة الاستئناف للمرة الثانية بوصفها محكمة إحالة هذا الأجراء أساسياً متمسكاً به المحكمة من تلقاء نفسها معتبرة أحكام الفصل 41 من قانون الحالة المدنية لا تعفي من الإجراءات الأساسية للطعن بالاستئناف في حين رأت محكمة التعقيب أن الفصل 130 من م.م.ت. لم يرتب البطلان على عدم إرفاق عريضة الطعن بنسخة الحكم المطعون فيه وبناءً على تعهدها بالنظر في الإشكالات أصدرت الدوائر المجتمعة قراراً رأت فيه أن النص المتعلق بإجراءات الطعن في مادة الطلاق لم يشترط رفع طلب الطعن بنسخة من الحكم باعتبار تقديم المطلب يكون لكتابة المحكمة التي بحوزتها الحكم المطعون فيه. وقد كان لرأي الدوائر المجتمعة في هذه المسألة مفعولاً توحيدياً عاماً لم يقتصر على محكمة الإحالة وذلك ليس لتماشى رأي الدوائر المجتمعة مع القانون وإنما لتلاؤمه مع ما يفرضه الواقع.

-لعل أحكام الفصل 69 من م.إ.ع. من أكثر النصوص التي أثارت اختلافات في الرأي حول تأويله وتطبيقه وقد تعلقت هذه الاختلافات حول عديد المسائل من ذلك شرط الفعل الذاتي للشيء حيث اعتبرت محكمة التعقيب في بعض القرارات أن المسؤولية المدنية عن فعل الأشياء الوارد التي تنظمها أحكام الفصل 96 مدني تقتضي توفر ركن أساسي يتمثل في نشوء الضرر عن ذات الشيء بمعزل عن إرادة وفعل صاحبه وان الضرر الذي يحصل للغير أثناء السياقة ليس ناجماً عن السيارة ذاتها كشيء وإنما نشأ عن فعل شخص السائق بوصفه الموجّه والمتحكم فيها [1] ثم توّحد الرأي واستقر في شأنها في اعتبار أن الضرر الذي يحصل مباشرة عن عربة ذات محرك تقوم به مسؤولية حافظ الشيء. وقد توّحد الاجتهاد القضائي حول هذه المسألة دون تدخل مباشر للدوائر المجتمعة التي أقرت هذا الاجتهاد ضمناً ([2]).

كما أثارت مسألة تجزئة المسؤولية الناتجة عن المسؤولية الشبيهة من عدمها جدلاً قضائياً على مستوى المحاكم وبين محاكم الموضوع ومحكمة القانون استوجب تدخل الدوائر المجتمعة حيث رأت محكمة الاستئناف في القضية عدد 1968 أن قيام المسؤولية التي جاء بها الفصل 96 من م.إ.ع. يقتصر على وجود علاقة سببية بين الشيء والضرر دون حاجة للبحث عن خطأ في جانب حافظ الشيء ولا لزوم لانتظار مآل القضية الجزائية المتعلقة بحادث المرور أو معالجة المسؤولية حسب خطأ كل طرف بينما رأت محكمة التعقيب أن المبدأ الوارد بالفصل السابع من م.إ.ج. عام لا يستثني القيام على أساس المسؤولية الشبيهة كما أن الفصل 96 من م.إ.ع. لا يمنع المحكمة من الأخذ بعين الاعتبار خطأ المتضرر في تحديد قيمة التعويض وتجزئة المسؤولية إلا أن محكمة الإحالة خالفتها الرأي متمسكة بنفس اجتهاد محكمة الاستئناف بهيئتها الأولى وهو ما دعا الرئيس الأول لمحكمة التعقيب إلى عرض الأمر على الدوائر المجتمعة ([4]) التي رأت أنه "لا يمكن تجزئة المسؤولية الشبيهة القائمة على الحفظ لأن التجزئة تقتضي الحفظ وعدمه في نفس الوقت وهو ما لا يستساغ قانوناً لأن حافظ الشيء ملزم بالحفظ التام ويكفي لقيام مسؤوليته الكاملة مجرد التقصير الجزئي في منع حصول الضرر أو العجز عن إثبات السبب الأجنبي للحادث" وهو الرأي الذي ركن إليه القضاء في غالبية.

[1] قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 21 ديسمبر 1984 تحت عدد 9531، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1961/1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص.35.

[2] القرار التعقيبي عدد 10239 المؤرخ في 11/4/1985 ن.م.ت لسنة 1985 ج 1 ص. 352 والقرار عدد 12891 المؤرخ في 10/3/1986 ن.م.ت ج 1 لسنة 1986 ص. 206.

[3] جاء بقرار الدوائر المجتمعة عدد 28564 المؤرخ في 16 مارس 1995 أنه "يستفاد من الفصل 96 من مجلة الإلتزامات والعقود أنه ليس من الضروري أن يكون الشيء قد تسبب في الحادث بخطأ الإنسان ويكفي وجود علاقة سببية بين الشيء والضرر".

[4] قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 19318 بتاريخ 29 ديسمبر 2005، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2005، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية ص.161.

وقد احتدم النقاش القانوني كذلك بمناسبة تطبيق الفصل 69 مدني حول علاقة الخطأ المدني بالخطأ الجزائي وقد كانت هذه المسألة موضوع توحيد رأي بين محكمة الموضوع ومحكمة التعقيب وقد أقرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة أن الحكم الجزائي بعدم سماع الدعوى لا يمنع القيام ضد حافظ الشيء ([1]). وقد كان لهذا الرأي مفعولا توحيديا عاما تجاوز إطار القضية.

- كما تباينت الآراء القضائية في تأويل أحكام الفصل 273 من م.إ.ع. إذ رأت بعض محاكم الأصل أنه لا يتيسر للدائن طلب فسخ العقد بناء على مماطلة المدين في الوفاء بما عليه إلا بعد محاولة غصب هذا الأخير على الوفاء وقد رأى اتجاه ثان انه للدائن الخيار في طلب الفسخ مباشرة أو محاولة غصب المدين على الوفاء قبل اللجوء إلى طلب الفسخ وهو الرأي الذي أقرته الدوائر المجتمعة موحدة الرأي بين محكمة الموضوع ومحكمة القانون ([2]) وقد خالفت الدوائر المجتمعة بهذا الرأي موقفا سابقا لها إذ رأت الدوائر المجتمعة في القرار عدد 12082 الصادر بتاريخ 30 جانفي 1976 ([3]) أنه "ليس للدائن الخيار عند مماطلة مدينه في القيام بطلب الوفاء بالعقد أو طلب الفسخ إلا إذا تعذر الوفاء -الفصل 273 من م.إ.ع." وقد وجد الرأي الأخير القائل بخيار الدائن في الغصب على الوفاء أو طلب الفسخ تأييدا في التطبيق لدى المحاكم.

ويمكن القول أن قرارات الدوائر المجتمعة الموحدة للرأي بين محكمة القانون ومحاكم الموضوع رغم دورها كمؤثر هام على وحدة الاجتهاد في تأويل وتطبيق القانون من طرف المحاكم تفتقد للإلزامية القانونية تجاه محاكم الأصل وحتى تجاه دوائر محكمة التعقيب نفسها، وهو ما يحد من وظيفتها في توحيد الاجتهادات القضائية إذ لا يضعها في مستوى إلزامية الفتوى القانونية رغم الحاجة المتزايدة لمثل هذه الوظيفة.

[1] اصدرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بتاريخ 16 مارس 1994 بناء على قرار إحالة من الرئيس الاول لتوحيد الرأي اربع قرارات اكدت فيها رايها بان انتفاء الخطأ الجزائي للسائق لا ينفي المسؤولية المدنية المؤسسة على الحفظ :  
1- القرار التعقيبي عدد 28564 :

"إن الحكم الجزائي بعدم وجود خطأ لا يمنع القيام ضد حافظ الشيء بإعتبار أن طلب التعويض يعتمد فعل الشيء وموجه ضد حافظه. يستفاد من الفصل 96 من مجلة الإلتزامات والعقود أنه ليس من الضروري أن يكون الشيء قد تسبب في الحادث بخطأ الإنسان وكفي وجود علاقة سببية بين الشيء والضرر.

إن إصطدام السيارة بالمتضرر يجعل الضرر ناتجا عنها حتى يتبث خلافه".  
2- القرار التعقيبي عدد 42389 : "إن ما تبث من خطأ الشاحنة لكونه لم يستطع السيطرة عليها لا ينفي أن الضرر حصل من الشاحنة نفسها لما أفلت زمامها من حافظها.

تتوفر للمتضرر في حادث طريق مستندات قانونية متعددة لطلب التعويض كالمسؤولية عن الخطأ الشخصي والمسؤولية عن حفظ الشيء والمسؤولية التعاقدية للناقل وهو حر في إختيار مستنده لطلب التعويض".

القرار عدد 44851 : "إن الحكم الجزائي بترك السبيل لا يؤدي في كل الحالات إلى تمكين المتضرر من التعويض".  
القرار التعقيبي عدد 45822 : "إن سند المسؤولية عن الفعل الشخصي هو الخطأ وسند المسؤولية الشبثية الضمان وتختلف المسؤوليتان من حيث الأساس وعبء الإثبات وأن الحكم الجزائي الذي ينفي عن السائق التقصير في السياقة ينفي عنه الخطأ الشخصي ولكنه لا يعفيه من ضمان الضرر طبق الفصل 96 من م.إ.ع.

لا يتقيد القاضي المدني بما جاء بالحكم الجزائي من إشارة لخطأ المتضرر ودوره في الحادث إذ أنه تزيد لا تقتضيه ضرورة البت في الدعوى العامة.  
إن ما جاء بالفصل 101 من م.إ.ع. والفصل 19 من م.ج. يرمي إلى التفريق بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية وأن تسليط عقاب جزائي لا يبرئ نمة المحكوم عليه من المسؤولية المدنية وإن إنتفاء الأول لا يترتب عنه بالضرورة إنتفاء الثانية ولم يقصد المشرع تمكين القاضي المدني من إعادة النظر فيما بت فيه القاضي الجزائي سواء في صورة أحكام الإدانة أو في خصوص أحكام البراءة وإن إطلاق حربة القاضي المدني يضر بحقوق المتقاضين وبحسن سير القضاء الجزائي ضرورة.

- إن الخطأ الوارد في الفصل 98 من مجلة الطرقات لا يختلف من حيث محتواه وطبيعته عن الخطأ الوارد بالفصل 83 من م.إ.ع. فإذا صدر حكم جزائي بعدم وجود خطأ ينسب للسائق لا يبقى في سلوكه ما يمكن إعتباره خطأ شخصيا لإتصال القضاء"

- قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب - منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية لسنة 1994-1995 ص. 7 و 14 و 17 وما يليها.  
- نشرت هذه المبادئ مع تعليق للأستاذ عبد الله الأحمدي ب.م.ق.ت. فيفري 1998 ص. 69 وما بعدها.

[2] قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 35350 بتاريخ 29 فيفري 1996. قرارات الدوائر المجتمعة - منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية لسنة 1995/1996 ص. 32.

- محمد الغربي الخزامي، خواطر حول تأويل الفصل 273 من م.إ.ع. م.ق.ت. عدد 6 سنة 1996 ص. 7 وما بعدها.  
[3] قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1962/1992 ص. 417.

- انظر كذلك بن عمو...

**1-توحيد الرأي بين دوائر محكمة التعقيب :**

تعرض المشرع لهذه الوظيفة بالفصلين 192 من م.م.م.ت والفصل 275 م.إ.ج. إذ نص بأنه "تجتمع الدوائر المجتمعة أيضا كلما كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر ."

وإذا أمكن التكلّم عن وظيفة إفتائية للدوائر المجتمعة فإن توحيد الرأي بين دوائر محكمة التعقيب هو مجالها ورغم أهمية هذا الدور الذي ما فتأ يتأكد اعتبارا لسرعة التطور الذي يشهده هذا العصر خاصة في بعض المجالات المتحركة بطبيعتها كالمجال التجاري ومجال الخدمات المعلوماتية خاصة بدخولنا عصر المعلوماتية والتجارة الإلكترونية فإن الحالات التي تعهدت بها الدوائر المجتمعة لتوحيد الرأي بين الدوائر قليلة نسبيا([1]):

-القرار عدد 706 الصادر بتاريخ 24 جوان 1961([2]):

التأمت الدوائر المجتمعة بموجب إحالة من الدائرة الأولى المتعدهة بالقضية بمقتضى طعن لأول مرة لتوحيد الرأي حول الاختلاف بين دوائر محكمة التعقيب في تأويل كلمة الرسم الصحيح الواردة بالفصل 1416 من م.إ.ع. وقد قبلت الدوائر المجتمعة التعهد بناء على تلك الإحالة واعتبرت أن "المقصود بالرسم الصحيح هي الحجة الرسمية التي يحررها المأمور العمومي وفقا للفصل 442 من المجلة المدنية." وهو الرأي الذي اعتمد من قبل القضاء.

-القرار عدد 5088 الصادر بتاريخ 3 ديسمبر 1966([3]):

تعهدت الدوائر المجتمعة بموجب قرار من الرئيس الأول بمقتضى طعن لأول مرة وذلك لتوحيد الرأي حول التباين بين دوائر محكمة التعقيب في مدى قابلية القرارات الصادرة عن قاضي التحقيق في مطالب الإفراج للطعن بالتعقيب وقد تدعم قرار الإحالة بقرارين صادرين عن محكمة التعقيب برأيين مختلفين في المسألة وقد قبلت الدوائر المجتمعة التعهد وأصدرت قرارا توحيدا للرأي القضائي جاء فيه أن "القرارات الصادرة عن قلم التحقيق في مطالب الإفراج عن الموقوفين هي قرارات قضائية خاضعة لقواعد قانونية)الفصل 68 وما بعده من قانون المرافعات الجنائية(يجب احترامها لصحة القرار، وتأسيسا على ذلك فهي قابلة للطعن بطريق التعقيب فتتظر محكمة التعقيب فيها لمراقبة صحة تطبيق تلك القواعد القانونية وصحة تطبيق النص القانوني على الجريمة المنسوبة للمتهم. أما اتجاه مطلب الإفراج من عدمه فلا شأن لها فيه إذ أن ذلك يرجع فيه لتقدير الوقائع وظروف القضية وخطورتها وهي أمور وكلها القانون لاجتهاد قاضي الموضوع".

وقد استقر فقه القضاء على هذا الرأي منذ صدور هذا القرار.

-القرار عدد 4373 الصادر بتاريخ 27 ماي 1967([4]):

تعهدت الدوائر المجتمعة بهذه القضية بموجب إحالة من الرئيس الأول بمقتضى طعن لأول مرة لتوحيد الرأي حول الجهة المؤهلة لقبول مطالب الاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة الأكرية التجارية، هل هي كاتب محكمة الاستئناف أم هي القاضي الذي اصدر القرار المطعون فيه ؟

تأسس قرار الإحالة على الدوائر المجتمعة على قرارين تعقيبين متناقضين في الرأي حول المسألة، فأصدرت الدوائر المجتمعة حول الموضوع قرارا موحدا للرأي جاء فيه أن "الفقرة السادسة من الفصل 30 من الأمر المؤرخ في 27 ديسمبر 1954 المتعلق بالملك التجاري تقتضي أن (رئيس المحكمة يبت في الموضوع بقرار قابل للاستئناف في أجل قدره خمسة عشر يوما ويجب التصريح بذلك الاستئناف لدى القاضي الذي أصدر القرار المستأنف) وعبارات هذا النص أمرة وتفريعا على ذلك يكون قائما على أساس من القانون الحكم الذي قضى برفض الاستئناف شكلا لرفعه لكتابة المحكمة لا القاضي الذي أصدر القرار المستأنف".

[1] أحمد الجنوبي وحسين بن سليمة -اصول المرافعات المدنية.

[2] قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب -1961- 1992 منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية - ص.165.

[3] قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب -1961-1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية ص 681.

[4] قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب -1961-1992، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية - ص.126.

لم يعد لهذا القرار إلا قيمة تاريخية بعد إلغاء أحكام قانون 27 ديسمبر 1954 وتعويضها بالقانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977.

-القرار عدد 6417 الصادر بتاريخ 16 جوان 1969: ([1])

في هذا القرار تعهدت الدوائر المجتمعة بناء على إحالة من الدائرة الجنائية بمحكمة التعقيب وبمقتضى طعن لأول مرة لتوحيد الرأي حول الوصف القانوني لجريمة الواقعة.

أسست الدائرة المحيلة قرارها بقرارين تعقيبيين متضاربين حول المسألة فأصدرت الدوائر المجتمعة قرارا بينت فيه الأركان المادية لجريمة الواقعة واختلافها عن جريمة ارتكاب الفعل الفاحش. وقد وُحِدَ هذا الرأي الاجتهاد القضائي في المسألة المذكورة.

-القرار عدد 12082 الصادر بتاريخ 30 جانفي 1976: ([2])

اجتمعت دوائر محكمة التعقيب في هذه القضية بناء على إحالة من الرئيس الأول بموجب طعن لأول مرة للنظر في التباين الحاصل بين آراء محكمة التعقيب في شأن الطبيعة القانونية للوعد بالبيع في العقارات هل ينتج عنه حق عيني أم حق شخصي؟

تأسس قرار الإحالة على الدوائر المجتمعة على قرارين تعقيبيين مختلفين في الرأي حول المسألة فأصدرت الدوائر المجتمعة قرارا في توحيد الاجتهاد جاء فيه "الوعد المتبادل بالبيع والشراء المتوقف إنجازاه على رخصة الولاية عقد صحيح ملزم للطرفين موضوعه حق شخصي لا حق عيني فلا تنتقل به الملكية ولا يحتاج لصحته للرخصة المذكورة..."

وقد اتبع فقه القضاء هذا الرأي واستقر عليه.

-القرار عدد 18726 الصادر بتاريخ 26 فيفري 1988: ([3])

شكّل تأويل الفقرة الثانية من الفصل الرابع من الأمر عدد 80 لسنة 1961 المؤرخ في 30 جانفي 1961 المتعلق بالحرمان من الضمان إذا كان السائق المؤمن يسوق سيارته بنفسه وهو بحالة سكر اختلافا في الرأي بين محاكم الأصل ومحكمة التعقيب وكذلك بين دوائر محكمة التعقيب ذاتها، وتمحور الخلاف حول مسألة قصر الحرمان من الضمان على مالك السيارة أو تطبيقه على المؤمن بوجه عام؟

تعهدت الدوائر المجتمعة بهذه القضية بموجب قرار إحالة من الدائرة التعقيبية المتعهددة بالقضية بناء على توفر مقتضيات الفصل 273 من مجلة الإجراءات الجزائية وعلى قرار من الرئيس الأول لمحكمة التعقيب طبقا لأحكام الفصل 274 من نفس المجلة للنظر في خصوص الاختلاف بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة ولتوحيد الآراء القانونية بين دوائر محكمة التعقيب، فأصدرت الدوائر المجتمعة قرارا وحدت فيه الرأي بين محكمة الإحالة ومحكمة الموضوع وبين دوائر محكمة التعقيب أيضا وقد جاء في هذا القرار أن " ... وبناء على أنه من الصفات المميزة لعقود التأمين الابتعاد عن الغموض، تكون كلمة المؤمن شاملة لكل من المكتتب لعقد التأمين ومالك العربة والمكلفين بالحراسة والسياسة..."

وقد وُحِدَ هذا الرأي الاجتهاد القضائي في المسألة.

ومن خلال مجموع هذه القرارات نلاحظ أن لقرارات الدوائر المجتمعة عند التثامها لتوحيد الرأي بين دوائر محكمة التعقيب دورا شبه تشريعي في خلق القاعدة القانونية أحيانا وتأويلها أحيانا أخرى، لكن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب لم تجتمع لتوحيد آراء الدوائر إلا بمناسبة قضايا لا تزال منشورة وهو ما اعتبرته في القرار موضوع هذه الملاحظات شرطا إجرائيا لا بد من توفره وقد وضعت الدوائر المجتمعة بذلك قيودا لم يضعه النص القانوني وكان من الممكن لدوائر محكمة التعقيب أن تجتمع حول كل تباين في الرأي القانوني حول مسألة قانونية وتصدر فيها رأيا توحيدا دون التقيّد بشرط النزاع المنشور.

[1] قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب -1961- 1992 منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية - ص.697.

[2] قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب -1961- 1992 منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية- ص.417.

[3] قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب -1961- 1992 منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية- ص.528.

### الفقرة الثانية : الإفتاء القضائي مصدر من مصادر القانون

1- الإفتاء التزام قضائي :

أن القاضي مطالب بفصل النزاعات المطروحة عليه ([1]) فهو ملزم بالاجتهاد وخلق القاعدة القانونية في حالة الفراغ القانوني وتأويل النص عند غموضه ([2]) وأحيانا بتطويعه وحتى بعدم تطبيقه عند تجافيه مع الواقع أو تجاوز الواقع له ([3]) فالقاضي ينزل عمومية القاعدة على خصوصية الواقعة المحتمك فيها إليه وهو ما يدعم التكامل بين النص التشريعي واجتهاد القضاء ثم " إن تواتر الحلّ القضائي من شأنه أن يبرز الدور الخلاق لفقهاء القضاء فالقاضي يكمل النص التشريعي ويضفي الانسجام المنشود على النظام القانوني باستبعاد المتناقضات كما يطوّر التشريع ويجعله مواكبا للواقع" ([4])

وتطبيق القاعدة القانونية العامة على الوقائع الخاصة المتنوعة والمتغيرة بتغير الظروف تخضع للاجتهاد، والاجتهاد أعمال للفكر والمنطق، وهو في كلّ الحالات إعادة خلق للقاعدة القانونية، سواء تعلّق الأمر بتأويل نص غامض أو نص أصبح غامضا بمفعول الزمن وتغير الظروف أو سدّ فراغ تشريعي وذلك رغم خضوع التأويل القضائي للنصوص القانونية لمقاييس تشريعية وآليات وضعها المشرع ([5]).

فوظيفة الاجتهاد القضائي تتأكد أكثر مع سرعة تغير الظروف الاقتصادية منها والاجتماعية وهي السمة الغالبة لعصرنا الحالي، فمهما حاول المشرع مواكبة التطور والتغير فلا بد له من مدة زمنية حتى يعاين الحاجة التي يفرضها الواقع لوضع قانون أو تعديل أو إتمام قانون تجاوزه الأحداث فضلا عن أن طبيعة النصوص القانونية تروم الاستقرار وتنفر من التعديل والتغيير السريع، وهو ما لا يتيسر للقضاء الملزم قانونا بحلّ النزاعات المطروحة عليه حيناً، ويكون دور القضاء عادة جلب انتباه المشرع لتلك الحاجة في تكامل متناغم في الوظائف ([6]).

2- الإفتاء القضائي والقانون المقارن :

إن ضرورة الاجتهاد القضائي حقيقة جعلت العديد من القوانين المقارنة تسند للقضاء دوراً إفتائياً أو دوراً تشريعياً يخوّل بصفة صريحة للقضاء خلق القاعدة القانونية عند الفراغ التشريعي مثل القانون الإسباني والقانون المصري والقانون النمساوي ([7]) هذا فضلا عن الأنظمة الانقלוيسكسونية التي تقدم السابقة القضائية على القانون أي أن المشرع في هذه البلدان منح القاضي وظيفة شبيهة بالوظيفة التشريعية لها نفس الأسباب وتحقق نفس الغايات وهي وظيفة الفتوى القانونية.

[1] على القاضي تامين مرفق العدالة بالبت في النزاعات التي تطرح على القضاء وهو بذلك يؤمن وظيفة الدولة في اداء الوظيفة القضائية تحت طائلة مسؤولية جزائية هي مسؤولية نكران العدالة حسب احكام الفصل 108 من المجلة الجزائية. ولا يعني ذلك انه ملزم بفصل النزاعات ان يمكنه رد الدعوى إذا كانت اجراءاتها مختلة او إذا كانت حالتها لا تسمح بالبت فيها لنقص في مؤيداتها او لعلّة في اسانيدھا لكن نكران العدالة ليس إلا اقرارا تشريعيا بالدور المنشئ لقضاء -كريمة الهويدي -القاضي والفراغ التشريعي في المادة المدنية -مذكرة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء السنة القضائية 2002-2003.

[2] ينص الفصل 535 من م.إ.ع. انه إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى العمل على مقتضى قواعد القانون العمومية.

[3] بقيت عديد الفصول في مجلة الإلتزامات والعقود مهجورة على مستوى التطبيق من القضاء بعد توقيده بمقتضى الأمر المؤرخ في 27 سبتمبر 1957 مما أدى بالمشرع إلى الغائها أو تعديلها أو اتمامها نذكر منها الفصول 831 و 1158 و 1481 و 1524.

[4] كمال شرف الدين -قانون مدني -النظرية العامة -الاشخاص - اثبات الحقوق -الطبعة الاولى -المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية ص. 129.

[5] انظر الفصول 532 الى 562 من م. ا. ع. وتعلّق ببعض القواعد العامة لتأويل القانون.

[6] لا ينبغي الخلط بين فكرة الوظائف القانونية للدولة ونظرية الفصل بين السلطات فالأخيرة سياسية ترمي إلى ضمان حرية المواطنين، عن طريق توزيع السلطات حتى تحد السلطة، الأخرى، وقد لاقت انتقادات عديدة من الناحية السياسية والقانونية، باعتبارها تتعارض مع وحدة الدولة، مما حدا بالمدافعين عنها إلى التسليم بان الفصل لا يمكن ان يكون مطلقا. أما فكرة وظائف الدولة فليست أكثر من تصنيف فني CLASSIFICATION TECHNIQUE لنشاط الدولة لا يستلزم الأخذ بمبدأ فصل السلطات. "وجدي راغب فهمي-النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات -منشأة المعارف بالإسكندرية -1974.

[7] الفصل الاول من القانون المدني المصري - الفصل 07 من القانون المدني النمساوي -الفصل الاول من القانون السويسري والفصل 06 من القانون المدني الاسباني والفصل 03 من القانون المدني الايطالي ... يراجع في هذا الطيب اللومي -خواطر حول دور فقهاء القضاء - ملتقى تأييد القرن العشرين في القانون التونسي -23-24-25- افريل 1998 كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس. تونس 2000. ص. 26.

كما منح المشرع الفرنسي بموجب القانون عدد 491/91 المؤرخ في 15 ماي 1991 الذي أضاف فقرة ثالثة للفصل 151 من قانون التنظيم القضائي للجلسة العامة بمحكمة التعقيب وظيفة إفتائية تتمثل في إمكانية تعهدها بطلب من إحدى محاكم الحق العام لإبداء الرأي في مسألة قانونية ما أي أن الجلسة العامة تملي الرأي القانوني في المسألة على المحكمة المستشيرة.

### المبحث الثاني : إجراءات الإفتاء :

لم يحدد المشرع إجراءات معينة لتعهد الدوائر المجمععة لتوحيد الآراء فقد تضمن الفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أنه " تنظر الدوائر المجتمعة :  
إذا كان الأمر يدعو على توحيد الآراء بين الدوائر ... " كما جاء بالفصل 193 من نفس المجلة أن " الدوائر تجتمع بدعوة من الرئيس الأول ويكون رأيه مرجحا عند تعادل الآراء ... " كما جاء بالفصل 274 من مجلة الإجراءات الجزائية " وتجتمع الدوائر المجتمعة بإذن من الرئيس الأول .  
" كما جاء بالفصل 275 من نفس المجلة " تجتمع الدوائر المجتمعة أيضا كلما كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين مختلف الدوائر ."  
وقد ميزت الدوائر المجتمعة في القرار موضوع هذه الملحوظات بين حالتين تعهد الدوائر المجتمعة لتوحيد الرأي القانوني وهما :

- حالة التعهد الوجوبي الأصلي: وهي الحالة المتعلقة بتوحيد الرأي بين محكمة التعقيب وقضاء الموضوع وتتعلق بصورة التعقيب للمرة الثانية لنفس السبب والتي تتعهد بها الدوائر المجتمعة وجوبا لتوحيد الرأي بين محكمة الدرجة الثانية ومحكمة التعقيب وتخص قضية معينة بذاتها.

- حالة التعهد الاختياري الاستثنائي: وهي حالة توحيد الآراء بين دوائر محكمة التعقيب، ضرورة أن صياغة الفصل 192 جاءت بصيغة التدارك إذ افتتح الفصل بعبارة " تنظر الدوائر المجتمعة أيضا.. " وتقوم عند تعهد الدوائر المجتمعة لتوحيد الرأي بين دوائر محكمة التعقيب نفسها.

وهذه الصورة هي صورة المطلب الذي تعهدت به في قضية موضوع القرار المعلق عليه والذي ردت الدوائر المجتمعة التعهد فيه بناء على انعدام الصفة لدى طالب توحيد الآراء القانونية، وهو موقف استقرت عليه في عدة قرارات سابقة تضمنت نفس الحثيات الأساسية تقريبا ([1]) التي جاء فيها " إن توحيد الآراء القانونية بين الدوائر إجراء داخلي تتولاه محكمة التعقيب نفسها بمبادرة من الرئيس الأول وليس للخصوم إثارته لأنه ليس بسبب من أسباب الطعن ولا هو حالة من حالات الخطأ البين وقد استقر فقه قضاء هذه المحكمة على حصر تلك الصور التي يكون فيها الاختلاف متصلا بعمل الدوائر ويتعلق بنزاع ما زال منشورا أمام إحدى الدوائر لأن توحيد الآراء إجراء تنسيقي داخلي تتولاه محكمة التعقيب من تلقاء نفسها ... "

ويؤخذ من تسبب الدوائر المجتمعة أنها حددت الطبيعة القانونية لوظيفة توحيد الآراء بين الدوائر كما وضعت جملة من الشروط لتعهدها بمسألة قانونية تستوجب توحيد الآراء بين مختلف دوائر محكمة التعقيب.

### الفقرة الأولى : شرط النزاع المنشور

اشتراطت الدوائر المجتمعة لتعهدها لتوحيد الرأي بين الدوائر وجود نزاع لا يزال منشورا أمام إحدى الدوائر وهو ما يدعو إلى التعرض إلى مفهوم النزاع والدعوى. لم يعرف المشرع التونسي النزاع ولم يعرف الدعوى إطلاقا واستعمل مرادفات لها كالقضية والنازلة والخصومة والنزاع والدعوى.

[1]- القرار عدد 384 صادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 29 افريل 2004 غير منشور .

- القرار عدد 21585/21608 صادر في 29 افريل 2004، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2004 ص 215.

وترتكز النظرية الحديثة للدعوى على فكرة أساسية تتمثل في أنها "القدرة القانونية" (POUVOIR LÉGAL) على الالتجاء للقضاء [1] وفي هذا الاتجاه عرفها الأستاذان VINCENT و GUINCHARD بأنها "القدرة الممنوحة للخواص للتوجه للقضاء للحصول على احترام حقوقهم ومصالحهم الشرعية" [2].

وقد كرّس المشرع الفرنسي هذا المفهوم للدعوى في الفصل 30 من مجلة المرافعات المدنية الجديدة وعرفها بأنه "حق صاحب الادعاء في أن يقع سماعه في الأصل من طرف القاضي ليقرر ما إذا كان ذلك الادعاء وجيها أم لا وبالنسبة للخصم فان الدعوى هي الحق في مناقشة صحّة الادعاء" [3].

واستقى المشرع اللبناني من هذا الفصل تعريفه للدعوى في المادة 7 من قانون أصول المحاكمات اللبناني الجديد [4].

ورغم شبه اجتماع جُلّ المختصين المعاصرين الغربيين في مادة الإجراءات المدنية على اعتبار أن الدعوى هي الحق أو القدرة القانونية على الالتجاء للقضاء للبت في أصل الطلبات فان "هذا التعريف لا يتماشى وحقيقة الدعوى القضائية إذ أنه يجعل من الدعوى مجرد تصور [5] CONCEPT أو مبدأ وهذا المفهوم بعيد كل البعد عن حقيقة الدعوى القضائية." [6].

وقد تبنت محكمة التعقيب هذا المفهوم الصحيح للدعوى في القرار الهام الصادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 3232 بتاريخ 24 ديسمبر 1982 [7] والذي يتعد عن المفهوم الغربي للدعوى والذي جاء فيه: "المقصود بالدعوى في العرف القانوني هو الالتجاء للقضاء لتقرير حق أو لحمايته..." ونستخلص من هذه الحثية أن الدعوى في نظر فقه القضاء التونسي ليس الحق المجرد في التقاضي بل الالتجاء الفعلي للقضاء ولا يتأتى ذلك إلا برفع الدعوى بالكيفية التي ضبطها القانون خاصة بالفصلين 42 و 69 م. م. م. ت.

وفعلا بالرجوع إلى بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود يتجلى أن المشرع التونسي يستعمل عادة لفظة الدعوى في معناها الإجرائي أي ادعاء شيء لدى القضاء من ذلك أن الفصل 635 من مجلة الالتزامات والعقود نصّ على انه: "إذا وجهت دعوى على المشتري في شأن المبيع وأقام بينة فعلى المشتري إعلام البائع بها... إلى آخره".

ويتطابق هذا المفهوم مع مفهوم النزاع المقصود من الدوائر المجتمعة في القرار موضوع التعليق فالنزاع هو "مجموع الإجراءات وما ينتج عنها من روابط قانونية وواجبات في ما بين الأطراف والمحكمة في الحيز الزمني الممتد بين انعقاد الخصومة وانقضائها بحكم بات" [8]

[1] (H. SOLUS ET R. PERROT, DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ, T. I. N°94, P 95.

- CORNU6 FOYER, PROCÉDURE CIVILE, P 270.

[2] (J. VINCENT ET SERGE GUINCHARD, PROCÉDURE CIVILE, 20ÈME ÉDITION, PRÉCIS DALLOZ N° 18 : « L'ACTION EST LE POUVOIR RECONNU AUX PARTICULIERS DE S'ADRESSER À LA JUSTICE POUR OBTENIR LE RESPECT DE LEURS DROITS ».

[3] (ART. 30 : « L'ACTION EST LE DROIT, POUR L'AUTEUR D'UNE PRÉTENTION, D'ÊTRE ENTENDU SUR LE FOND DE CELLE-CI AFIN QUE LE JUGE LA DISE BIEN OU MAL FONDÉE. POUR L'ADVERSAIRE, L'ACTION EST LE DROIT DE DISCUTER LE BIEN FONDÉ DE CETTE PRÉTENTION .

[4] المادة 7: "الدعوى هي الحق الذي يعود لكل ذي مطلب بان يتقدم إلى القضاء للحكم له بموضوعه. وهيبالنسبة إلى الخصم الحق بان يدلي بأسباب دفاع أو بدفوع ترمي إلى دحض ذلك المطلب".

[5] (RRYMOND MARTIN, THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS E. J. T. 1984 N° 33.

- A. FOURNEAU, « A LA RECHERCHE D'UNE NOTION CENTRALE DU DROIT JUDICIAIRE, POUR UNE CONCEPTION OBJECTIVE DE L'ACTION EN JUSTICE » THÈSE, AIX 1951.

[6] الحسين السالمي- نظرية الدعوى -محاضرات في المرافعات المدنية والتجارية لطلبة المرحلة الثالثة -ماستير. بكلية الحقوق والعلوم السياسية -سنة 2006.

[7]نشرية محكمة التعقيب 1982 - القسم المدني ج 4 ص 115.

الناتج من التعريف الذي اقره فقه القضاء التونسي للدعوى يتماشى مع مدلول هذه الكلمة باللغة الفرنسية والتمثل في ممارسة حق لدى القضاء.

انظر : Dictionnaire Encyclopédique Larousse, Édition 1979

[8] الحسين السالمي محاضرات في المرافعات المدنية والتجارية لطلبة المرحلة الثالثة -ماستير-السنة الجامعية 2005 2006 .

وباشتراط الدوائر المجتمعة وجود نزاع لا يزال منشورا أمام إحدى الدوائر تكون قد استبعدت إمكانية إفتائها في مسألة اختلفت حولها الاجتهادات القضائية خارج إطار نزاع لا يزال منشورا أمام إحدى دوائر محكمة التعقيب أي خارج إطار طعن في قرار نهائي الدرجة وبذلك أضافت قيادا جديدا زيادة على القيود التي وضعها المشرع على حدود مراقبة محكمة التعقيب بوجه عام) الفصل 175 م.م.م. ت. ( أو أنها رفضت قراءة الفصل 193 م.م.م. ت. والفصل 175.2.إ.ج. خارج إطار مفهوم الفصل 175 م.م.م. ت. أو خارج مفهوم أنها محكمة طعن غير عادي.

#### الفقرة الثانية: صفة تعريف الدوائر المجتمعة :

اعتبرت الدوائر المجتمعة أنه ليس للخصوم الصفة لإثارة توحيد الآراء "لأنه إجراء تنسيقي داخلي تتولاه محكمة التعقيب من تلقاء نفسها بمبادرة من الرئيس الأول لتوحيد عمل الدوائر أو لتوحيد الآراء بشأن تأويل نص أو تفسير قاعدة قانونية معينة لأنه ليس بسبب من أسباب الطعن بالتعقيب ولا هو حالة من حالات الخطأ البين" قصرت الدوائر المجتمعة الصفة القانونية لتعهيدها في شأن توحيد الآراء على شخص الرئيس الأول لمحكمة التعقيب وهي بذلك تشير إلى أحكام الفصل 193 م.م.م. ت. لكن الدوائر المجتمعة في هذا القرار اجتمعت فعلا بموجب قرار من الرئيس الأول الذي قبل المطلب ودعا الدوائر للالتزام كما أنه سبق للدوائر المجتمعة أن قبلت التعهد في مطالب لتوحيد الآراء القانونية بموجب إحالات من إحدى الدوائر تولى بسببها الرئيس الأول دعوة دوائر محكمة التعقيب للاجتماع.

يبدو أن انتفاء المصلحة هو السند الذي كان يمكن اعتماده في هذه الحالة لأن مصلحة الخصوم مصلحة فردية ذاتية شخصية وطالما قد صدر حكم بات في النزاع فلا مصلحة للخصوم في إثارة مسألة توحيد الآراء.

لكن السؤال الذي يمكن طرحه هو: هل يمكن لو كبل الدولة العام لدى محكمة التعقيب طلب الدعوة لاجتماع الدوائر لتوحيد الرأي حول مسألة قانونية اختلفت حولها الآراء بين الدوائر ولو خارج إطار نزاع منشور إعمالا للمصلحة العامة أو لفائدة القانون؟ حسب المنطق والتمشي الذي انتهجته الدوائر المجتمعة فإن الجواب سيكون سلبيا خاصة وان المشرع قد أعطى الوكيل العام فرصة الطعن لمصلحة القانون فإذا فوتها فلا مجال لقبول مطلب عرض الإشكال على الدوائر المجتمعة رغم أن المشرع لم يضبط إجراءات معينة للالتزامها .

عللت الدوائر المجتمعة انتفاء الصفة لدى الخصوم بكون طلب توحيد الرأي القانوني للدوائر ليس بطعن ولا هو حالة من حالات الخطأ البين وإنما هو إجراء تنسيقي داخلي أو لتوحيد عمل الدوائر أو لتوحيد الآراء وهي تضيي بذلك الطبيعة الإدارية البحتة على هذا الإجراء: إجراء إحالة الملف على الدوائر المجتمعة.

#### الختام

يبرز القرار موضوع هذه الملحوظات أهمية وظيفة الدوائر المجتمعة في توحيد عمل القضاء وهي وظيفتها الأولى والأساسية ووظيفة تتأكد يوما بعد يوم خاصة مع التطور السريع الذي تشهده بعض المجالات القانونية المتحركة بطبيعتها كالمجال الاقتصادي عموما لكن وأمام غياب إجراءات واضحة تنظم تعيدها وغياب إجراءات للتنظير بقي دورها التوحيدي للاجتهادات القضائية محتشما مقارنة بدورها في تصحيح الخطأ البين ما يدعو إلى تدعيم دورها في توحيد العمل القضائي وتمكينها من وظيفة إفتائية عند وجود اختلاف قائم في مسألة قانونية يكون فيها رأيها ملزما لمختلف المحاكم ([1]) طالما لم يصدر في شأنها قانون وليس في ذلك تدخل لسلط الدولة وإنما هو التكامل الذي تفرضه مقتضيات التطور.

[1] (M.L.HACHEM " WWW.CEDROMA.USJ.EDU.LB" P.3" DANS SA MISSION UNIFICATRICE DE LA LOI , LA COUR DE CASSATION SE TROUVE AU CŒUR DE L'ORDRE JURIDIQUE : ELLE VEILLE À CE QUE CET ORDRE JURIDIQUE NE COMPORTE NI DE LACUNES NI DE CONTRADICTIONS ET À CE TITRE, ON SE PERMETTRA DE SOUTENIR QUE LE JURISPRUDENCE EST PLUS QU'UNE AUTORITÉ ; ELLE EST UNE SOURCE DE DROIT. EN OUTRE LE DROIT APPLIQUÉ PAR LES JUGES NE POUVAIT AVOIR AUTANT DE SENS QU'IL Y A DE TRIBUNAUX ; LA MISSION DE LA COUR EST DONC D'UNIFIER L'INTERPRÉTATION DU DROIT ET CE POUR RÉALISER L'UNITÉ DE L'ORDRE JURIDIQUE. L'UNIFICATION DU DROIT EST UNE GARANTIE DEL'ÉGALITÉ DES JUSTICIABLES VOIRE DE SON AFFECTIVITÉ. LE LÉGISLATEUR LUI A DONNÉ LES MOYENS DE LE FAIRE."

## **قرار تعقيبي مدني عدد 119000 مؤرخ في 29 ديسمبر 2005** **الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب برئاسة السيد** **مبروك بن موسى**

المادة : مرافعات مدنية وتجارية.

المراجع : الفصول 19 و191 و192 من م.م.م.ت.

المفاتيح : محكمة القانون، الدوائر المجتمعة، توحيد الآراء، توحيد عمل الدوائر، إجراء داخلي، المصلحة، الصفة.

المبدأ:

حدّد المشرع مدخلين إجراءين لتعهدّ الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب، الأول فتحه الفصل 191 من م.م.م. ت ويكون بقرار من الرئيس الأول أو من الدائرة المتعهدّة بمطلب التعقيب من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أو النيابة العمومية ويخصّ الصورة التي يمارس فيها الطعن للمرة الثانية ولنفس السبب أو الأسباب التي وقع النقض من أجلها في المرة الأولى، والثاني فتحه الفصل 192 من نفس المجلة لتوحيد الآراء القانونية بين الدوائر وتكون الدعوة في هذه الحالة خاضعة لتقدير الرئيس الأول .

ولئن خولت أحكام الفصل 192 من م.م.م. ت للدوائر المجتمعة النظر في توحيد الآراء بين الدوائر، فقد استقرّ فقه قضاء هذه المحكمة على حصر ذلك في الصور التي يكون فيها الاختلاف قانونياً أو متصلاً بعمل الدوائر ويتعلق بنزاع ما زال منشوراً أمام إحدى الدوائر لأن توحيد الآراء إجراء تنسيقي داخلي تتولاه محكمة التعقيب من تلقاء نفسها بمبادرة من الرئيس الأول لتوحيد عمل الدوائر أو لتوحيد الآراء بشأن تأويل نص أو تفسير قاعدة قانونية معينة بصرف النظر عن الوقائع أو التصرفات القانونية التي أثير بمناسبة الاختلاف ولذلك فإن الخصوم ليس لهم الصفة لإثارته لأنه ليس بسبب من أسباب الطعن بالتعقيب ولا هو حالة من حالات الخطأ البين ويتجه بناء على ذلك رفض مثل هذه المطالب الصادرة عن الخصوم شكلاً ولا سيما إذا كانت ترمي إلى مجرد الوصول إلى نقض أحد القرارات أو القرارات الموصوفة بالتناقض.

**أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :**

بعد الاطلاع على مطلب توحيد الآراء القانونية المضمن تحت عدد المرفوع في 6 أفريل 2002 من طرف الاستاذ عبد الحميد السحيمي المحامي لدى التعقيب.

في حق : (الم).

ضد : (م).

على أساس أن القرار التعقيبي عدد 119000 الصادر بتاريخ 8/1/2002 عن محكمة التعقيب والقاضي بقبول مطلب التعقيب شكلاً ورفضه أصلاً وحجز معلوم الخطية المؤمن قد خالف الآراء القانونية التي استقر عليها فقه القضاء والتمثلة في حماية حق الشريك في الانتفاع بالعقار المشترك انتفاعاً شرعياً يقتضيه حقه وفي ضمان التساوي في الحق بين الشركاء باعتبار أن الشريك لا يمكنه الامتياز بمكان محدد من العقار إذ أن القرار عدد 119000 خالف هذا الرأي وأهدر حق العارض المرسم بالسجل العقاري وخالف عديد القرارات التعقيبية ومنها على سبيل الذكر القرار عدد 42141 عدد الصادر في 26/9/1996 والذي ورد به "إن التمسك بالحوز لا يمكن أن يسمع من شريك على شريكه طالما أن المناوبات مشاعة".

وبعد الاطلاع على قرار السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب الصادر في 8/7/2002 والقاضي بعرض المطلب على الدوائر المجتمعة للنظر في إمكانية توحيد الآراء بشأن المسألة القانونية المطروحة. وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية الرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز. وبعد التأمل من كافة الأوراق والمدولة طبق القانون صرح بما يأتي:

من حيث الشكل:

حيث لصحة الطعن بالتعقيب يجب توفر الصفة والمصلحة في من يمارس هذا النوع من الطعون عملا بأحكام الفصل 19 من م.م.م.ت.

وحيث حدّد المشرع مدخلين إجرائيين لتعهد الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب الأول فتحه الفصل 191 من م.م.م.ت ويكون بقرار من الرئيس الأول أو من الدائرة المتعهددة بمطلب التعقيب من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أو النيابة العمومية ويخصّ الصورة التي يمارس فيها الطعن للمرة الثانية ولنفس السبب أو الأسباب التي وقع النقض من أجلها في المرة الأولى والمدخل الثاني فتحه الفصل 192 من نفس المجلة لتوحيد الآراء القانونية بين الدوائر وتكون الدعوة في هذه الحالة خاضعة لتقدير الرئيس الأول.

وحيث أنه وبخصوص الحالة الأخيرة فانه ولئن خولت أحكام الفصل 192 من م.م.م.ت. للدوائر المجتمعة النظر في توحيد الآراء بين الدوائر فقد استقر فقه قضاء هذه المحكمة على حصر ذلك في الصور التي يكون فيها الاختلاف قانونيا أو متصلا بعمل الدوائر ويتعلق بنزاع ما زال منشورا أمام إحدى الدوائر لأن توحيد الآراء إجراء تنسيقي داخلي تتولاه محكمة التعقيب من تلقاء نفسها بمبادرة من الرئيس الأول لتوحيد عمل الدوائر أو لتوحيد الآراء بشأن تأويل نص أو تفسير قاعدة قانونية معينة بصرف النظر عن الوقائع أو التصرفات القانونية التي أثير بمناسبة الاختلاف ولذلك فان الخصوم ليس لهم الصفة لإثارته لأنه ليس بسبب من أسباب الطعن بالتعقيب ولا هو حالة من حالات الخطأ البين ويتجه بناء على ذلك رفض مثل هذه المطالب الصادرة عن الخصوم شكلا ولا سيما إذا كانت ترمي إلى مجرد

الوصول إلى نقض أحد القرارات أو القرارات الموصوفة بالتناقض كما هو الشأن في هذا المطلب.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة رفض المطلب شكلا.

وصدر هذا القرار عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 29/12/2005 برئاسة السيد المبروك بن موسى الرئيس الأول لمحكمة التعقيب.

وعضوية رؤساء الدوائر السادة:

مصطفى خنشل، المنجي الأخضر، نجاة بوليلة، حنيفة المعزون، محمد رؤوف المراكشي، ناجية بالحاج علي، حسن بن فلاح، صالح السرسى، الطاهر بوغارقة، فتحي بن يوسف، معاوية عزيز، المنصف الزعيبي، حمدة الشواشي، بلقاسم كريد، مصطفى بن جعفر، نور الدين بن عياد.

والمستشارين السادة:

محمد الهادي بن خذر، منجية الجبالي، رشيد الجربي، محمد علي الشايبي، رابح شيبوب، زهرة بن عون، النور القطيبي، محمد النفيسي، ليلي بريرو، عبد القادر المستيري، سهام السويسي، عبد القادر غربال، محمد الفخفاخ، حسين بن سليمة، جودة بوسنينة، سارية الجازي، الشاذلي مسيوغة، المنصف المبرع، محمد نجيب هنان. وبحضور السيد محمد الفطناسي وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب وبمساعدة كاتب الجلسة السيد جلول العرفاوي.

وحرر في تاريخه



## التاريخ المعتبر لرفع الدعوى المدنية « قرار تعقيبي مدني عدد 3232 مؤرخ في 24 ديسمبر 1982 الصادر عن الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب »

لقد صدر عن الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب قرار بتاريخ 24 ديسمبر 1982 تحت عدد 3232 وجاء به المبدأ المشار إليه أعلاه وذلك بمناسبة الفصل في مسألة قانونية أثارها محكمة الإستئناف بصفاقس ومفادها أن التاريخ المعتبر لرفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية هو تاريخ إبلاغ عريضة الدعوى للخصم بواسطة عدل التنفيذ، ولم يكن هذا الإتجاه محل إجماع الدوائر القضائية خصوصا في محكمة التعقيب بإعتبار أن بعض الدوائر تعتبر أن تاريخ القيام بالدعوى المعتبر هو تاريخ تقديم العريضة لكتابة المحكمة و خلاص المعاليم القانونية، ولما أصرت عليه بعض محاكم الإستئناف تعهدت الدوائر المجتمعة بالمسألة وفصلتها بالقرار موضوع هذا التعليق الذي سنتناوله في مبحثين يتعلق الأول بالإشكال القانوني المطروح أو التاريخ المعتبر لرفع الدعوى المدنية والثاني بآثار تحديد تاريخ رفع الدعوى.

### المبحث الأول : التاريخ المعتبر لرفع الدعوى

إنه من الضروري عرض وقائع الدعوى حتى يتسنى إستنتاج الإشكال القانوني ومعرفة النصوص المنطبقة.

### الفقرة الأولى : التذكير بوقائع الدعوى

تتمثل وقائع الدعوى في أن المدعيات ف.وم. وخ. أقمن دعواهن أمام المحكمة الابتدائية بالقيروان من المدعى عليهم الواقع إستدعاؤهم للجواب عن الدعوى وعرضن أن والدهن توفي في 20 جوان 1944 وانحصر إرثه فيهن بمعية والدتهن ب. وأخويهن ب. وم.، ثم توفيت هذه الأخيرة في 20 أفريل 1946 وانحصر إرثها في والدتها وزوجها ع. وأبناؤها منه وهم م. وم.وع. وع.، ثم توفيت ب. بتاريخ 5 جويلية 1958 وانحصر إرثها في أبنائها منه وهم م. وم. وع. وع.، ثم توفيت برنية بتاريخ 5 جويلية 1958 وانحصر إرثها في أبنائها ب. وف. وخ. وم. ثم توفي ب. في 20 ماي 1973 وانحصر إرثه في زوجته ب. وبناته منها ع. ون. وو.، وكان من مخلف مورث الجميع القطعة المبنية حداً وموقعا بعريضة الدعوى وإستولى عليها المدعى عليهم وحرمهن من مناباتهن الشرعية وطلبن إجراء بحث حوزي ثم الحكم لهن بمناباتهن مع الغرامة والمصاريف. وبعد إستيفاء الإجراءات ثم الحكم بعدم سماع الدعوى على سند من القول أن الحق سقط بمرور الزمن بإعتبار أن وارث المدعيات توفي في 10 جوان 1944 وتم القيام في 26 جوان 1974 أي بعد ما يزيد عن ثلاثين عاما إلا أن محكمة الإستئناف نقضت الحكم المذكور

وقضت من جديد بإستحقاق المدعيات في الأصل لمنابتهن الشرعية من القطعة موضوع النزاع على سند من القول أن مدة التقادم لم تبلغ ثلاثين سنة ضرورة أن القيام بالدعوى والقاطع لمرور الزمن قد تم في 23 ماي 1974 وهو تاريخ تبليغ عريضة الدعوى للمدعى عليهم.

#### الفقرة الثانية : التاريخ المعبر لتصديق تاريخ القيام بالدعوى

إعتبرت محكمة التعقيب أن الدعوى تعتبر مرفوعة من يوم حصول المواجهة وعلم المطلوب بالنزاع وذلك بتبليغ العريضة له بواسطة عدل تنفيذ عملا بأحكام الفصل 69 من م.م.م.ت الذي إقتضى أنه "ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب توجه نسخة منها للمطلوب بواسطة عدل منفذ".

أما بالنسبة لمحكمة الناحية فترفع الدعوى بتقديم العريضة لكتابة المحكمة عملا بأحكام الفصل 42 من م.م.م.ت الذي إقتضى أنه "ترفع الدعوى لدى حاكم الناحية بعريضة كتابية يسلمها الطالب أو من يمثله لكتابة المحكمة مشفوعة بما يفيد خلاص المعاليم القانونية". وهذا الموقف مستمد من النصوص المنظمة لإجراءات رفع الدعوى وفي الفصلان 43 و69 من م.م.م.ت لكن ما نلاحظه أن المشرع قد إختار نظامين قانونيين مختلفين، ذلك أنه بالنسبة للمحكمة الابتدائية قد خول المشرع للمدعي تعيين تاريخ الجلسة بمفرده وإستدعاء خصمه للحضور بالتاريخ المعين بعريضة الدعوى، وأن المحامي محرر العريضة يمكنه أن يستقي التاريخ المعين لإنتصاب كل دائرة ضرورة أنه في بداية كل سنة قضائية يقوم رئيس المحكمة بتعليق جدول عمل المحكمة واليوم المحدد لإنتصاب كل دائرة وإختصاص ومناطق دوائر المحكمة إلا أن العمل جرى على أن يقدم المحامي عريضته لكتابة الدائرة المختصة التي تتولى تعيين تاريخ الجلسة، وأثر ذلك يقع إستدعاء المطلوب للجلسة المعين تاريخها بالعريضة المبلغة. وأن هذه الإمكانية التي خولها الفصل 69 من م.م.م.ت للمدعي من تعيين تاريخ الجلسة بمفرده أو وفق جريان العمل الساري حاليا بالمحاكم يدخل إرباكا على عمل الدوائر ضرورة أن عدد القضايا يختلف من دائرة إلى أخرى حسب إرادة المتقاضين في حين أنه بالإمكان جعل تعيين القضايا من إختصاص رئيس المحكمة بإعتبار أنه الوحيد العارف لعدد القضايا المنشورة بكل دائرة ومدى إختصاص كل رئيس دائرة ومعرفة بالمواد القانونية وتجربته القضائية، وبالتالي إن توزيع القضايا يكون على أساس مقاييس موضوعية لا يمكن تقديرها من طرف رئيس المحكمة، بالإضافة إلى أن تدخل رئيس المحكمة في التعيين يجعله على علم تام بكل المواضيع المعروضة على المحكمة ويقع تفادي تراكم القضايا في دائرة دون أخرى، وبالتالي لا يمكن بحال أن يبقى هذا التقدير خاضعا لإرادة المتقاضين وهو ما إنتهجه المشرع الفرنسي عندما جعل تعيين القضايا من إختصاص رئيس المحكمة ([1]).

ونتيجة لما ذكر فإن الأمر يستدعي تعديل الفصل 69 من م.م.م.ت وإقرار سلطة تعيين الدائرة المختصة وتحديد تاريخ الجلسة لرئيس المحكمة مثلما هو الحال بفرنسا ضرورة أن رئيس المحكمة هو الذي يعرف عدد القضايا بكل دائرة ويمكنه التوزيع حسب ذلك المعطى علاوة على أن معرفته لكفاءة كل رئيس دائرة وإختصاصه وتجربته القضائية يجعل التوزيع يتم على أسس موضوعية. وتبليغ عريضة الدعوى والإستدعاء للجلسة يجب أن يكون بواسطة عدل منفذ عملا بأحكام الفصل الخامس من م.م.م.ت وفقه القضاء مستقر على ذلك ([2]).

أما بالنسبة لمحكمة الناحية فلقد أقر المشرع نظاما مختلفا عن المحكمة الابتدائية وخول بموجب الفصل 43 من م.م.م.ت تقديم العريضة إلى كتابة المحكمة التي تتولى قيدها بالدفتري المعد لذلك وتقديمها إلى قاضي الناحية لتعيين تاريخ الجلسة والإذن بإستدعاء الأطراف بالطريقة الإدارية أو بواسطة عدل منفذ إن طلب الطالب ذلك.

[1] الفصل 758 من مجلة المرافعات الفرنسية " يتولى رئيس المحكمة تحديد اليوم وساعة المناقشة على القضية ويعين الدائرة التي ستتعدد وكاتب المحكمة يعلم الأطراف بذلك".

[2] القرار الصادر عن الدوائر المجتمعة في 13/4/1995 مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لعام 1995 ص 35.

ومن الواضح ممّا تم بيانه أن المشرع إختار نظامين مختلفين أن الدعوى تعتبر مرفوعة من تاريخ قيدها لدى محكمة الناحية في حين بالنسبة للمحكمة الابتدائية فإنّها لا تعتبر مرفوعة إلا من تاريخ تبليغ الإستدعاء وفق ما يوجبه القانون للمدعى عليه. وبعد ذلك يتم قيد الدعوى بدفاتر المحكمة مثلما إقتضاه الفصل 72 من م.م.ت، وهذا التمشي يخول لبعض المتقاضين من إستعمال هذا الإجراء للإجراء والمضايقة دون نية التقاضي ممّا جعل بعض التشاريح تقرر أن تقيد الدعوى يحصل قبل الإستدعاء للجلسة وتبليغ العريضة وبعد دفع المعاليم المقررة للدعوى ([1]).

ولذلك فإنه من المتعين تعديل الفصلين 69 و72 من م.م.ت وإقرار إمكانية تعيين الجلسات لرئيس المحكمة ثم تقيد الدعوى في الدفتر المعد لذلك وترجع العريضة لمحامي المدعى لإستدعاء المطلوب للجلسة المعينة ويكون نص الفصلين كالآتي :

الفصل 69 : ترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بعريضة يحررها محامي الطالب ويقدمها إلى رئيس المحكمة لتعيين تاريخ الجلسة الأولى ثم ترجع للكتابة لتقييدها بالدفتر المعد لها بعد التحقق من خلاص المعاليم القانونية وترسم بجدول الجلسة المعينة لها.

الفصل 72 : على محامي المدعى أن يقدم لكتابة المحكمة قبل تاريخ الجلسة بسبعة أيام أصل العريضة المبلغة للمدعى عليه مصحوبة بالمؤيدات وكشفا من نظيرين يوقعه الكاتب ويرجع له أحدهما إثباتا لتوصله بها. وتبعاً لذلك يصبح الإجراء موحداً بالنسبة لمحاكم النواحي والمحاكم الابتدائية وتعتبر الدعوى مرفوعة من تاريخ تبليغ الإستدعاء للجلسة الأولى وذلك تماشياً مع مبدأ المواجهة الذي يفيد أن الدعوى لا تعتبر مرفوعة إلا من تاريخ علم المطلوب بها بموجب إستدعاء مبلغ وفقما يوجبه القانون.

#### المبحث الثاني : آثار تصيد تاريخ رفع الدعوى

إن تاريخ رفع الدعوى يترتب عنه آثاراً هامة تسمى الآثار القضائية وقسمها الفقهاء إلى آثار إجرائية كتحديد إنعقاد الخصومة والمحكمة المختصة وآثار موضوعية كإنقطاع سريان التقادم وبطلان إحالة الحقوق المتنازع عليها ([2]).

وكما سبق تبيانه أن تاريخ رفع الدعوى بالنسبة للمحاكم الابتدائية هو تاريخ الإستدعاء للجلسة، في حين بالنسبة لمحكمة الناحية تعتبر الدعوى مرفوعة من تاريخ تقديمها وقيدها. وهذا الإختلاف غير مبرر ومن الأفضل أن تكون الإجراءات متماثلة والآثار كذلك وتعتبر الدعوى مرفوعة من تاريخ تبليغ الإستدعاء للمطلوب سواء كانت الدعوى من إختصاص المحكمة الابتدائية أو محكمة الناحية حتى تترتب الآثار القضائية.

#### الفقرة الأولى : الآثار الإجرائية

إن الآثار الإجرائية تنحصر في ثلاث أولها تحديد إنعقاد الخصومة وثانيها تحديد المحكمة المختصة وثالثها نطاق الخصومة.

#### 1- تصيد تاريخ إنعقاد الخصومة :

إن أهم أثر لرفع الدعوى هو تحديد تاريخ إنعقاد الخصومة، وهذا التاريخ يتحدد بتاريخ إستدعاء المطلوب للحضور بالجلسة الأولى التي ستنعقد لنظر الدعوى بالنسبة للمحكمة الابتدائية. وهذا الموقف يبرره مبدأ المواجهة ضرورة أن النزاع لا ينشأ إلا عندما يعلم به المطلوب ويستعد لإعداد وسائل دفاعه والدفاع عن حقوقه وهو ما يقره أغلب الفقهاء ([3]).

[1] الفصل 67 من قانون المرافعات المصري :

"يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم العريضة التي تقيد بالسجل الخاص بذلك بعد أن يثبت بها تاريخ حضور المدعى أو من يمثله للجلسة ثم تسلم لإعلان المدعى عليه ..".

الفصل 48 من قانون المرافعات الكويتي :

"تقيد إدارة الكتاب الدعوى في يوم تقديمها العريضة وتعين تاريخ الجلسة المحددة لنظرها وتسلم أصل العريضة وصورها إلى مندوب الإعلان لإعلانها ورد الأصل إليها ..".

[2] فتحي والي : قانون القضاء المدني : ص 504 دار النهضة العربية.

[3] نبيل إسماعيل عمر : أصول المرافعات المدنية : منشأة المعارف بمصر - ص 163.

ونفى القضاء التونسي هذا المنحى بالقرار التعقيبي موضوع التعليق. إلا أنه بالنسبة لمحكمة الناحية فإن تاريخ رفع الدعوى هو تاريخ تقديم العريضة إلى كتابة المحكمة وتقييد القضية بالدفتر المعد لنوعها. وهذا الاختلاف غير مبرر طالما أن مبدأ المواجهة يقتضي أن لا ينشأ النزاع إلا بإعلام المطلوب، ومن ثم فإنه من المتعين جعل النصوص متناغمة ومنتظمة والمفاهيم القانونية وتوحيد الإجراء بالنسبة لكافة محاكم الدرجة الأولى وإعتبار الدعوى مرفوعة من تاريخ إعلام المطلوب وفقما يقرره القانون.

### 1- تصيد المحكمة المخصّصة :

إنّ الأثر الثاني والهام لرفع الدعوى هو تحديد المحكمة المختصة وبيان مدى ولايتها ويترتب على ذلك نزاع إختصاص سائر المحاكم بالفصل في موضوع الدعوى حتى وإن كانت مختصة به. وبالتالي إذا رفعت نفس الدعوى أمام محكمة أخرى مختصة بها جاز الدفع بسبق النشر عملاً بأحكام الفصل 15 من م.م.ت الذي خوّل الدفع بهذا الدفع قبل الخوض في الأصل.

### 2- تصيد نطاق الخصومة :

إن الطلبات المضمنة بعريضة إفتتاح الدعوى تحدد نطاق الخصومة محلاً وسبباً وأشخاصاً أمام المحكمة المرفوعة لديها الدعوى ولا يجوز الحكم بأكثر أو بأقل من المطلوب، ولذلك إذا أغفلت المحكمة البت في بعض الطلبات جاز لصاحب الشأن من الخصوم الطعن في الحكم لتدارك الأمر، إلا أن جل التشريعات العربية تخول للمعني بالأمر أن يطلب من الحكم التي أصدرت الحكم وأفلت النظر في بعض الطلبات أن تحكم فيها وذلك بطلب من الدعي وهو ما إقتضاه الفصل 193 من قانون المرافعات المصري الذي يجيز للمدعي أن يعود مرّة أخرى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لكي تنظر ما أغفلت الفصل فيه وذلك وفق الإجراءات العادية لرفع الدعوى ([1]).

### الفقرة الثانية : الآثار الموضوعية:

كما يحدث القيام بدعوى أثراً هاماً يتمثل في إنقطاع مدّة التقادم وبطلان إحالة الحقوق المتنازع فيها وبداية سريان الفوائض التأخيرية.

### 1- إنقطاع التقادم :

إن القيام لدى القضاء ويعني ذلك من تاريخ تبليغ عريضة الدعوى للمطلوب بالنسبة للمحكمة الابتدائية ومن تاريخ تقييد الدعوى بالنسبة لمحكمة الناحية ينقطع به التقادم الذي يسري لفائدة المدعي عليه حتى وإن كان القيام لدى محكمة غير مختصة، وهذا التقادم لا يسري طيلة مدّة الخصومة وتبدأ مدّة تقادم جديدة من تاريخ صدور حكم نهائي لفائدة المدعي وهو ما إقتضاه الفصل 396 من المجلة المدنية الذي نص أن "مرور الزمان المعين لسقوط الدعوى ينقطع إن أقام العزيم على المدين وطالبه بالوفاء بما عليه عن طريق الحاكم وعلى غير طريقه بما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى حاكم لا نظر له في القضية أو كان باطلاً لنقص في صورته القانونية".

.... هو الذي إنتهجه محكمة القرار المعلق عليه بأن إعتبرت أن تاريخ تبليغ عريضة الدعوى للمطلوبين في 23 ماي 1974 يوقف سريان المدّة المسقطه التي بدأت من تاريخ وفاة مورث أطراف الدعوى في 10 جوان 1944، ومن ثم كان القيام مقبولاً لعدم سقوط الحق المطالب به.

- بطلان إحالة الحقوق المتنازع عليها :

إن رفع الدعوى يفيد قطعاً وجود نزاع حول موضوع الدعوى سواء كان عقاراً أو منقولاً ومنع المشرع تحويل أو إحالة هذا الحق وهو ما إقتضاه الفصل 202 من المجلة المدنية عند ما نص أن "تحويل الحق المتنازع فيه باطل إلا أن أوفق على ذلك المدين....".

كما أنه بمجرد رفع الدعوى يصبح ممنوعاً على القضاة وأعضاء النيابة العمومية والمحامون وكتبة المحاكم شراء الحقوق موضوع الدعوى بأسمائهم أو بإسم مستعار أو بواسطة أبنائهم أو أزواجهم إن كانت المحكمة التي يباشرون بها عملهم مختصة بنظر النزاع وإلا كان البيع باطلاً وهو ما إقتضاه الفصل 566 من المجلة المدنية عندما نص على أن "أعضاء المجالس الحكمية وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام ليس لهم أن يكسبوا بالشراء أو بالإحالة بإسمهم أو بإسم غيرهم. فالبيع باطل والحكم بالبطلان يقع بالطلب ممن له مصلحة فيه أو بغير طلب".

## 2- بداية سريان الفوائض التأخيرية :

إن الفوائض تستحق إذا كانت إتفاقية ومن تاريخ حلول الدين وبنسبة 7% في المادة المدنية وبنسبة المتفق عليها في المادة التجارية على أن لا تفوق نسبة الفائض القانوني المساوي للنسبة القصوى للإتمادات البنكية المقررة من طرف البنك المركزي مع إضافة نصف نقطة عملاً بأحكام الفصل 1100 من المجلة المدنية. أما إذا لم يقع الإتفاق على إستحقاق الفوائض فإن الفصل 278 من المجلة المدنية إقتضى أنه "في الإلتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون، ويكون الغرم إعتباراً من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين من طرف الدائن". وإن فقه القضاء مستقر على إعتبار أن الفوائض القانونية تستحق من تاريخ القيام بإعتباره يقوم مقام الإنذار، ولذلك إن القيام يعتبر أثراً محدداً لبداية سريان الفوائض القانونية إذا طلب الدائن الحكم لها ويكون من واجب المحكمة الإستجابة لطلبه بداية من تاريخ القيام بالدعوى القائم مقام الإنذار.

وخلاصة القول ومجمله إن أهمية هذا القرار تكمن في التفريق بين تاريخ القيام بالدعوى بالنسبة للمحكمة الإبتدائية الذي هو تاريخ تبليغ الإستدعاء للحضور للجلسة وإعلام المدعى عليه بنشأة النزاع وتقديم عريضة الدعوى لكتابة المحكمة بالنسبة لمحكمة الناحية وهذا الموقف مستمد من الفصلين 43 و69 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وهذا التفريق ليس له مبرر بإعتبار أن الآثار المترتبة عن القيام واحدة وبالتالي فمن المفروض إن تكون بداية سريان تاريخ القيام بالدعوى واحدة وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاضين ولذلك فإنه من المحبذ تعديل الفصول المنظمة لإجراءات رفع الدعوى حتى يتوحد الإجراء وتكون القاعدة القانونية عامة، مجردة وشاملة.

## **قرار تعقيبي مدني عدد 3232 مؤرخ في 24 ديسمبر 1982 الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب برئاسة السيد صالح بوراس**

المادة : إجراءات مدنية

المراجع : الفصلين 69 و73 من م.م.م.ت.

المفاتيح : دعوى مدنية، تقييد، تبليغ، رفع الدعوى.

المبدأ :

إن رفع الدعوى في عرف القانون سواء في ذلك دعوى الشفعة أو غيرها إنما يكون بتبليغ عريضتها للخصم ويترتب على هذا التبليغ قيام علاقة بين أطراف الدعوى تتولد عليها كل آثار المطالبة القضائية وهذا المعنى هو الذي يستقيم مع مقصد المشرع من حتمية القيام بإجراء رفع الدعوى بالكيفية المذكورة إلا لكان هذا الإجراء الوجوبي غير ذي أثر على ما وجدناه من ترتيب الآثار المتولدة عن الخصومة وكلفنا ذلك على تقديم العريضة لكتابة المحكمة وتسجيلها لديها.

**أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :**

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع في 7 فيفري 1979 من الأستاذ عبد الرحمان الفراتي.

نيابة عن : ورثة (ب) وهم أرملة في حقها وحق بنتها القاصرتين وابنته الرشيدة.

ضد : كل من (ف) و(م) و(خ)، وورثة أختهم وهو زوجها وأولادها منه الرشاء (م) و(م) و(ع) و(ع).

طعنا في القرار المدني عدد 3853 الصادر في 19 نوفمبر 1978 عن محكمة الاستئناف بصفاقس بقبول الاستئناف شكلا وأصلا ونقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد باستحقاق المستأنفات لمنابهن من منح النزاع وقدره لكل واحدة منهن ستة آلاف وإثنان وسبعون جزءا من تجزئة الكامل الى أربعة وثلاثين ألفا وخمسمائة وستين جزءا وإلزام المدعى عليهم بالتخلي منها لفائدتهم وتخريمهم لهن بمائة دينار تكاليف خصام وإعفاء المستأنفات من الخطية وترجيح المال المؤمن إليهن وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليهم.

وبعد الاطلاع على مذكرة أسانيد الطعن المقدمة يوم 26 فيفري 1979 مع نسخة من محضر إبلاغ نظيرها للمعقب عليهم ونسخة من القرار المطعون فيه وعلى الوثائق الوارد بوجوب تقديمها الفصل 185 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وعلى مذكرة الرد على أسانيد الطعن المقدمة من الأستاذ بنعروس بتاريخ 28 أوت 1980.

وبعد الاطلاع على الفصلين 112-193 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العامة والاستماع لرأيها وتلاوة تقرير المستشار الملخص.

وبعد التأمل في كافة أوراق القضية والمداولة القانونية.

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغته القانونية فهو مقبول شكلاً.  
من حيث الأصل:

حيث يستخلص من القرار المنتقد والوثائق التي اعتمدها قيام المعقب عليهن (ف) و (م)، و (خ) في 23 ماي 1974 باستدعاء المعقبات وبقية المعقب عليهم بواسطة عدل منفذ للحضور لدى المحكمة الابتدائية بالقيروان بقاعة الجلسات يوم غرة جويلية 1974 للجواب عن الدعوى التي عرض فيها أن والدهن توفي في 20 جوان 1944 وانحصر إرثه فيهن وفي والدتهن (ب) وأخويهن (ب) و (م) ثم توفيت هذه الأخيرة في 20 أفريل 1946 وانحصر إرثها في والدتها (ب) حسبما ورد و (م) و (ع) و (ع) ثم توفيت (ب) المذكورة في 5 جويلية 1958 وانحصر إرثها في أبنائها (ب) و (ف) و (خ) و (م) ثم توفي (ب) في 20 ماي 1973 وانحصر إرثه في زوجته (ب) وبناته منها (ع) و (ن) و (و) وكان من مخلف المورث الجميع علوة المذكورة لقطعة الأرض المبينة حداً وموقعها بالعريضة وقد استولى عليها المدعى عليهم وحرموهن من منابهن الشرعي طالبات إجراء بحث حيازي ثم الحكم لهن بمنابهن الشرعي مع الغرامة والمصاريف وحفظ الحق فيما زاد على ذلك وفي 26 جوان 1974 قدمت العريضة المذكورة لكتابة المحكمة وتم تسجيلها تحت عدد 999 وعند إحداث محكمة سيدي بوزيد الابتدائية وقع التخلي عن القضية لفائدتها تم ترسيمها بهذه المحكمة عدد 30.

وبعد إتمام الإجراءات ومن بينها إجراء بحث حيازي على العين أثبت خلاله شهود الطرفين بأن عقار النزاع كان في الأصل على ملك والد العارضات وجد المدعى عليهم المتوفى خلال سنة 1944 ثم انتقل التصرف فيه بعد وفاته إلى ابنه (ب) المتوفى سنة 1973 ثم خلفه ورثته في ذلك وهم المدعى عليهم، تم الحكم ابتدائياً في 30 جانفي 1977 بعدم سماع الدعوى وحمل المصاريف القانونية على القائم بها بناء على تمسك المعقبات بالتقادم المكسب وعلى مرور ما يناهز الثلاثين عاماً من وفاة مورث الطرفين في 10 جوان 1944 والمدعى عليهم يتصرفون بالغرس وإحداث المنشآت على مرأى ومسمع من المدعيات ولذلك سقط حقهم في الإرث تطبيقاً لأحكام الفصلين 50 و 46 من مجلة الحقوق العينية والفصل 535 من المجلة المدنية.

فأستأنفه المحكوم عليهن استناداً إلى أن مدة التقادم تبتدئ من يوم بلوغهن سن الرشد وقد بلغته (خ) خلال سنة 1950 و (ف) سنة 1947 و (م) سنة 1956 وأن مورث الطرفين وعليه فإن مدة التقادم المكسب لا تتوفر في قضية الحال وقضت محكمة الاستئناف بقرارها السالف تضمين نصه بطالع هذا اعتماداً على عدم مضي المدة المكسبة بين الورثة المنصوص عليها بالفصل 47 من مجلة الحقوق العينية لوفاة مورث الطرفين في 10 جوان 1944 والقيام بهذه القضية في 23 ماي 1974 إذ المعتبر هو تاريخ تبليغ عريضة الدعوى للمقام عليهم وهو محل الطعن بالتعقيب الذي ينعى عليه الطاعنات المأخذ الآتية :

أولاً : خرق أحكام الفصل 72 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لأنه اعتبر مدة التقادم المكسب والمسقطه لحق القيام بالدعوى التي هي ثلاثون عاماً لأن مورث المدعيات توفي في يوم 10 جوان 1944 والقيام بالقضية وقع يوم 23 ماي 1974 الذي هو يوم إبلاغ عريضة الدعوى المدعى عليهم والحال أن تاريخ القيام بالقضية المعتبر هو تاريخ تقديم العريضة لكتابة المحكمة وخلص المعاليم القانونية عليها والذي هو يوم 6 جوان 1974 حسبما هو مسجل فيها بخط السيد كاتب المحكمة الابتدائية بالقيروان أما تاريخ إيداع العريضة من طرف العدل المنفذ فلا يعتبر قياماً لدى المحكمة لأنه يمكن أن يقع السهو عن تقديمها لكتابة المحكمة والعدول عنه أو عدم خلاص المعاليم عليها بحيث أن القيام لا يحمل إلا بعد إتمام موجبات الفصل 72 المذكور وبذلك فإن القرار المنتقد باعتباره مجرد إبلاغ العريضة قياماً لدى المحكمة قد جانب الصواب وأخطأ في تطبيق القانون - على أن البيئة الواقعة سماعها والتي شهدت بأن أصل الملك لمورث الطرفين علاوة إلى تاريخ الوفاة ثم انتقل التصرف من بعده لمورث المعقبات لم تف حيازة وتصرف هذا الأخير قبل وفاة والده وفعلاً كان هو المتصرف وهو الذي خدم الأرض وأحيها في حياة والده وقد بين الخبير أن أغلب الغروس أعمارها دون الثلاثين سنة وبذلك فهي من عمل مورثهن (ب) دون غيره ولا وجه للقضاء للمدعيات لمنابهن من تلك الغروس خصوصاً وأن الأرض دولية وغير مملوكة واكتسابها كان بالحوز والتصرف والإحياء وعليه فإن القرار المطعون فيه لم يصادف محله لا واقعا ولا قانوناً ومن المتجه نقضه.

ثانيا: خرق الفصلين 14-134 من المرافعات المدنية والتجارية لأن الدعوى رفعت ضد ورثتي (ب) وأخته (م) وقد كان منابيين ورثة الأخيرة والدتهما (ب) التي لم تشملها عريضة الدعوى ولا مطلب الاستئناف وكان على المحكمة التمسك به من تلقاء نفسها وبذلك يكون القرار المعقب مستهدفا للنقض.

ثالثا: خرق أحكام الفصل 251 من المجلة المذكورة لأنه من بين المستأنف عليهم القاصر تان (ن) و(و) ولم يقع عرض القضية من طرف محكمة القرار المنتقد على ممثل النيابة العمومية لإبداء ملحوظاته كتابة حسبما أوجبه الفصل المذكور وهو خلل إجرائي موجب للنقض.

المحكمة

حيث أن الدائرة الثالثة المتعهددة بالقضية كانت قررت إحالتها على المحكمة بدوائرها المجتمعة تطبيقا للفصل 13 من م.م.م.ت لظهور اختلاف بين دوائرها في التاريخ المعتمد لرفع الدعوى هل هو تاريخ إبلاغ عريضتها للخصم بواسطة عدل منفذ أو تاريخ تقديمها لكتابة المحكمة وترسيمها بالدفتر المخصص لذلك بعد خلاص المعاليم القانونية وذلك بأن رأت بعض دوائر هذه المحكمة اعتماد تاريخ تقديم العريضة لكتابة المحكمة الابتدائية تاريخا لرفعها مستمدة ذلك من عبارة ' أن يقدم دعواه' الواردة بالفصل 3 من مجلة الحقوق العينية المتعلقة بالشفعة وأخرى رأت اعتماد تاريخ تبليغ عريضة الدعوى للمطلوب بواسطة عدل منفذ تاريخا لرفعها مستوجبة لذلك من أحكام الفصل 69 من م.م.م.ت (القرار 6262 في 11 نوفمبر 1969-والقرار عدد 8608 في 16 أكتوبر 1978-والقرار عدد 1050 في 19 أبريل 1977 والقرار عدد 11540 في 8 ماي 1975 والقرار عدد 1195 في 23 جوان 1977 والقرار عدد 517 في 10 جويلية 1980).

وحيث أن الدعوى وإن كانت في الاصطلاح القانوني هي حق الالتجاء إلى القضاء تقرير حق أو حماية كما بينها بعض القرارات المشار إليها أنفا فإن كيفية الالتجاء إلى القضاء قد تولت مجلة م.م.م.ت ضبطها ويجب الرجوع إليها في تحديد ذلك والوقوف عند مقتضياتها ولا يكفي الاقتصار على تفسير وتأويل النصوص الخاصة التي حددت آجالا لرفع الدعاوى لتقرير بعض الحقوق دون التعرض إلى كيفية ذلك الرفع تاركة مجاله الى قانون الإجراءات كما ورد بالفصل 3 من مجلة الحقوق العينية لاستنتاج تلك الكيفية منها وتقرير المبادئ على ضوء ذلك.

وحيث يؤخذ من صريح الفصلين المذكورين أن رفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية يتم بتبليغ عريضتها للخصم بواسطة العدل المنفذ كما يتم ذلك لدى محكمة الناحية بتقديم العريضة لكتابة المحكمة وهو ما تقتضيه صراحة عبارة ترفع الدعوى الواردة بها بالكيفية التي تلتها في كل منها وهي في الفصل الأول بعريضة كتابية يسلمها الطالب أو من يمثله لكتابة المحكمة وفي الفصل الثاني بعريضة يحررها محامي الطالب توجه نسخة منها للمطلوب بواسطة عدل منفذ وحينئذ فالمواجهة بين أطراف الدعوى تحصل في الحالة الأولى بإيداع عريضتها بكتابة المحكمة الذي يترتب عليها استدعاء الخصوم وفي الحالة الثانية تحصل بإعلان عريضتها للخصم الذي يترتب عليه إيداعها بالمحكمة وتسجيلها لديها والتسوية لتسمية الحاليتين لرفع الدعوى تفرض اتحاد النتائج المترتبة على ذلك لوجوب التقييد على كاتب المحكمة يوم التقديم في الحالة الأولى ضمانا لتاريخ رفعها المضمون بتبليغ العريضة للمطلوب بواسطة عدل منفذ في الحالة الثانية وبناء على ذلك فلا وجه لتفسير عبارة " ترفع الدعوى" الواردة بالفصل 69 يعني ذلك إما إجراء تقديم العريضة المبلغة للمطلوب لكتابة المحكمة الابتدائية وترسيمها بالدفتر الذي أفرده المشرع بفصل خاص وهو الفصل 73 من المجلة المذكورة فهو إجراء ترتيبى يلحق رفع الدعوى والنظر فيها بعد أن تكونت العلاقة بين الخصوم بمجرد تبليغ عريضتها ولذلك فإنه لا شأن له في تعيين تاريخ دفعها ولا يمكن أن يكون منطلقا لترتيب الآثار المتولدة عن الخصومة بدليل أنه لا ينفرد به الطالب وحده بل يشاركه في القيام به المطلوب في الصورة بالفصل 73 من نفس المجلة.

وحيث أنه بمجرد تبليغ عريضة الدعوى للمطلوب بواسطة عون التنفيذ تعتبر العلاقة توجدت بين أطرافها والمواجهة قد حصلت بينهما واكتسبت بموجب ذلك المطلوب حق الدفاع عن نفسه وإنهاء الخصومة بصفة باتة وهو ما عناه المشرع بتمكينه من تقييد تلك العريضة بكتابة المحكمة في صورة عدول الطالب أو تقاعسه عن تأييدها إلى يوم التاريخ والجلسة بالفصل 78 المذكور وفي ذلك ترتيب للنتائج المتولدة عن رفع الدعوى ابتداء من تاريخ تبليغ عريضتها للمطلوب وعليه فإن رفع الدعوى في عرف القانون سواء في ذلك دعوى الشفعة أو غيرها إنما يكون بتبليغ عريضتها للخصم ويترتب على هذا التبليغ قيام علاقة بين أطراف الدعوى تتولد عليها كل آثار المطالبة القضائية وهذا المعنى هو الذي يستقيم مع مقصد المشرع من حتمية القيام بإجراء رفع الدعوى بالكيفية المذكورة إلا لكان هذا الإجراء الوجوبي غير ذي أثر على ما وجدناه من ترتيب الآثار المتولدة عن الخصومة وكلفنا ذلك على تقديم العريضة لكتابة المحكمة وتسجيلها لديها.

وحيث أنه من ضمن الآثار وقف سريان المدة المسقطه والمكسبة للحقوق بما في ذلك أجل القيام بالشفعة الوارد بالفصل 115 من مجلة الحقوق العينية إذ أن المقصود من عبارة "أن يقدم دعواه" الواردة بالفصل 3 منها هو رفعها للمحكمة بالكيفية المنصوص عليها بالفصل 69 و 43 مرافعات مدنية وتجارية الآنفه الذكر لأنه لا يمكن تقديم الدعوى للمحكمة الابتدائية بغير تلك الكيفية وهي لا تتجافى مع المقصود بالدعوى في العرف القانوني الذي هو الالتجاء للقضاء لتقرير حق أو حمايته ضرورة أن الدعوى شيء وكيفية تقديمها شيء آخر.

وحيث يترتب على ما تقدم ذكره أن التاريخ المعتبر لرفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية هو تاريخ إبلاغ عريضة الدعوى للخصم بواسطة العدل المنفذ هو التاريخ المعتمد لرفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية وترتب على ذلك النتيجة التي انتهى إليها في قضائه وذلك هو الاتجاه الصحي الذي يجب توحيه في فهم القانون حسبما سلف بيانه ولا وجه لانتقاده في ذلك.

وتعين حينئذ رد هذا الفرع من المطعن الذي عابه في الاتجاه المذكور لعدم ارتكازه على أساس قانوني.

وحيث أنه فيما يخص الفرع الثاني منه فهو مردود هو الآخر بما ورد فيه من أن البينة الواقع تلقبها على العين أثبتت أن أصل ملكية عقار النزاع لمورث الطرفين "ع" وفي حوزة وتصرفه إلى تاريخ وفاته وملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها إلا ما استثناه القانون أو الاتفاق حسب أحكام الفصل 18 من مجلة الحقوق العينية ولذلك فإن عدم نفي أو حتى إثبات البينة لحوز مورث المعقبات في حياة والده لا يترتب عليه شيء لافتقاره سند الملكية.

وحيث أنه فيما يتعلق بالمطعن المأخوذ من حق أحكام الفصل 14-134 من مجلة م م م ت فإنه زيادة على أنه على فرض صحة عدم القيام على الوارثة (ب) وعدم شمول حكم البداية لها تبعاً لذلك فإنه لا يوجب سقوط الاستئناف لأنها في هاته الصورة تكون غير خصم والفصل 34 المذكور أوجب دعوة الخصوم للجلسة وإلا سقط الاستئناف وذلك يعني ختم الخصم المشمول بالحكم المطعون فيه، فقد ثبت من القرار المنتقد أن المرأة المذكورة توفيت خلال سنة 1958 أي قبل القيام بهاته القضية وأن ورثتها مشمولون بالدعوى والحكم الابتدائي وعريضة الاستئناف ولذلك فإن هذا المطعن غير سديد ويتعين رده.

وحيث أنه في خصوص المطعن المأخوذ من خرق أحكام الفصل 251 من مجلة م. م. م. ت فقد تبين من القرار المنتقد والوثائق التي اعتمدها أنه من بين أطراف القضية القاصرتان (ن) و(و) ولم يقع عرض ملفها على النيابة العمومية من طرف محكمة القرار المطعون فيه .

وحيث اقتضى الفصل 251 المذكور الذي ورد في الجزء السادس من مجلة م م م. ت المتعلق بالأحكام المشتركة بين المحاكم وجوب عرض القضايا على ممثل النيابة العمومية لإبداء ملحوظاته وإذا كانت متعلقة بحالات ضبطها بالعد من بينها عديمو الأهلية.

وحيث يؤخذ من ذلك أنه نظراً لعدة اعتبارات تهم النظام العام ومصالح بعض المؤسسات العامة وعديمي الأهلية والمفقودين أوجب المشرع الإجراءات المذكورة التي بموجب ذلك تكتسي صبغة أساسية تهم النظام العام وتأسيساً على ذلك فإن إغفاله من طرف محكمة الموضوع يعتبر إخلالاً بإجراء جوهري موجبا للنقض وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها فضلاً عن إثارتها من طرف الطاعنين والنيابة العامة خاصة وأن القرار المطعون فيه صادر ضد مصلحة القاصر ولذلك فإن هذا المطعن في طريقه يتعين قبوله ونقض القرار المطعون فيه من هذه الناحية وفي هذا الخصوص فقط.

## ولهذه الأسباب

وعملا بالفصلين 192-193 من مجلة م. م. م. ت. قررت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بصفاقس لإعادة النظر فيها مجدداً بهيئة أخرى وإرجاع المال المؤمن لمن أمنه. وقد صدر هذا القرار في 24 ديسمبر 1982 عن الدائرة المجتمعة المتألّفة من الرؤساء السيد عبد السلام المحجوب الرئيس الأول.

والسادة:

محمد الصالح رشاد رئيس دائرة، الطيب بسيس رئيس دائرة، أحمد بن سدرين رئيس دائرة، عبد المجيد بوسلامة رئيس دائرة، علي جعفر رئيس دائرة محسن الماي رئيس دائرة.

والمستشارين السادة:

موسى الشتوي، عبد الحفيظ بوذينة، عبد الرحمان المبزع، الطاهر بالطيب، عبد العزيز الزغلامي، حسن العشاش، البشير بكار، الطاهر بوقائد، ضو الحمروني بمحضر السيد رضا بن علي وكيل الدولة العام ومساعدة السيد الهادي المتهني رئيس كتابة المحكمة..

وحرر في تاريخه

## التداخل والإدخال لدى محكمة الاستئناف «القرار التعقيبي المدني عدد 3859 بتاريخ 31 أكتوبر 2002 صادر عن الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب»

### مقدمة

طالعتني في إبانه القرار التعقيبي المدني عدد 3859 الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 2002 عن الدوائر المجتمعة فأعزاني - وغيره كثير - بالتعليق والدراسة، وتمضي السنين متسارعة حبت معها وكعهدنا رغبتني المثقلة بهموم ومشاكل العمل اليومي المصنني تحول دوني ومأربي فإذا دعوة كريمة تحققت غايتي لما دُعيت إلى التعليق على ذات القرار فلم يسعني غير الإجابة، ذلك إنني وإن لم أفعل منطلقاً تداخلاً مني واختياراً، فعلت حاضراً امثالاً لأمر إدخال أرجو أن يكون حضور صاحبه للإسهام في تناول موضوعه مفيداً، الله أسأله بلوغ المرتجى توفيقاً.

### عرض الوقائع

تمثلت وقائع هذا القرار في مرض مهني أصاب عاملاً بمناسبة مباشرته لعمله لدى الديوان القومي للمناجم أنتج سقوطاً مستمراً تستوجب نسبته الحكم له بجرارية عمرية سنوية إلزاماً لشركة التأمين "الإتحاد" بالأداء بوصفها المؤمنة لشركة منجمية تقرر إخراجها من نطاق القضية، حتى إذا كان الطعن دفع المؤجر المذكور (الديوان القومي للمناجم) بالتأمين لدى شركة "ستار" طالباً الإذن بإدخالها لتحل محلّه في الأداء، وهو ما كان، بما دفع هذه الأخيرة إلى الطعن بالتعقيب الذي أصدر قراره بالنقض والإحالة تأسيساً على أن إدخال الشركة الطاعنة جبراً لدى الاستئناف وتسليط الحكم عليها حارق لمقتضيات الفصل 153 م. م. م. ت طالما كانت السلطة التقديرية المخولة للمحكمة في إدخال من ترى ضرورة إدخاله محدودة بوجوب احترام مبدأ التقاضي على درجتين وبالمفعول الانتقالي للإستئناف ومبدأ عدم تقديم طلبات جديدة أمامه تقريراً للنقض والإحالة غير إن محكمة الدرجة الثانية ثبتت على ذات موقفها الأول معتبرة وإن شركة التأمين "ستار" مؤمنة للمدين الأصلي مؤجر العامل المتضرر وهي تحل بذلك محلّه فيكون إدخالها صحيحاً من الوجهة الشكلية موجباً للحكم في مواجعتها من الوجهة الموضوعية تمسكاً بذات الحكم السابق صدورُه عنها مما كان محلّ التعقيب ثانية تتعهد به الدوائر المجتمعة هذه المرة مُصدرةً لقرار الحال.

**القانون**

تقول أسانيد قرار الحال "حيث أنه من المقرر أن أحكام الفصلين 224 و 225 من م م م ت المنظمة لإجراءات التداخل والإدخال لدى المحاكم هي أحكام عامة لا تنسحب على الدعاوى لدى الاستئناف إلا بقدر ما لا تتعارض والقواعد الخاصة المقررة لنظام الطعن بالاستئناف القائم على مبادئ أساسية أهمها تحجير تقديم طلبات جديدة لأول مرة لدى محكمة الدرجة الثانية الذي يستند إلى الأثر الانتقالي للاستئناف وأيضا على قاعدة التقاضي على درجتين وهذه مبادئ أقرتها المجلة المذكورة ولا سيما بالفصلين 147 و 153 منها.

وحيث أن الزيادة أو التغيير لدى محكمة الدرجة الثانية في الدعوى المحكوم فيها ابتدائيا غير جائز حسب الفصل 147 من م. م. م. ت إلا فيما كان موضوعه امتدادا للطلبات السابق تقديمها لدى الطور الأول كما أن التقاضي لدى الطور الثاني لا يقبل بحسب الفصل 153 من م. م. م. ت إلا متى كان قصد الانضمام لأحد الخصوم أو كان من شخص له حق الاعتراض على الحكم.

وحيث أن إدخال من لم يكن طرفا في خصومة الدرجة الأولى لدى الاستئناف بقصد الحكم عليه يؤدي إلى تقديم طلبات جديدة وبالتالي إلى إدخال تغييرات أساسية على الدعوى في طور الاستئناف من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع وهو ما يشكل خرقا للمبادئ الموما إليها أعلاه وبذلك تكون محكمة الحكم المنتقد لما أجازت إدخال المعقبة لديها والحكم عليها بأداء التعويض للمتضرر بطلب من أحد الخصوم حال كونها غير طرف في الخصومة في الدرجة الأولى قد عرّضت حكمها للنقض.

**تعليق****تمديد لغوي**

لأجدال وإن للمعنى اللغوي أهميته تنعكس على الفهم القاتوني ذاته، في تعرف على رغبة التشريع وإرادته، حتى إذا روجعت الفصول القانونية موضوعنا 224 و 225 و 153 و 154 م م م ت تبين اعتماد المشرع عبارتي "التدخل" و "الإدخال"، فإذا كان البحث عن المعنى الأول أجاب المعجم العربي الحديث وصاحبه خليل الجبر بالصفحتين 282 و 518 "تدخل: داخل، خالطه وشاركه فيه" في دلالة بادية على تعلق الأمر برغبة ذاتية يرمي من ورائها الفاعل إلى تحقيق المخالطة والمشاركة، حتى إذا استعملت اللفظة "التدخل" في غير ذلك السياق الاختياري كانت العبارة "الجبري" تصاحبها قصد التذليل على المعنى الثاني المقابل مكرسا في الحقيقة له يتمحور وفق تفسير ذات المرجع ص 47 "أدخل: أدخل، صيره داخله، أو جعله يدخل" تأكيدا على عدم حصول مثله اختيارا بل برغبة خارجية تفرض وقوعه، معنيان وجب إبرازهما ينعكسان على سير تحليلنا وإطاره، كما وعلى طبيعة الاستعمال اللفظي لكل واحد منهما في مجاله، منعا لكل لبس أو غموض قد يعجزان المعنى المقصود، توضع معه الأمور في نصابها والنقاط على أحرفها، كل ذلك لما سنعرّفه لاحقا عن أهمية التمييز بين الكلمة "التدخل" و "مثيلتها" "الإدخال" من الوجهة القانونية.

**تمديد فقري**

يتجلى من خلال ما تقدم وقائعا من جهة ومبدأ مستعرضا من أخرى تعلق التداعي الرهن بمسألة التدخل في الطور الاستئنافي، يقتضيني بذلك المقال بادئا استعراض بعض المفاهيم الفقهية المتعلقة بهذه المسألة الإجرائية على إطلاقها، إن ابتدائيا أو استئنافيا بقدر ما يعين على تفصي حقيقة هذا الإجراء لما لذلك من تأثير على حسن الفهم ينتهي إليه لاحقا إما تكريسا أو مخالفة فأورد ما حرره بعض الفقهاء في هذا المجال من ذلك ما جاء به مؤلف الأستاذين أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة "أصول المرافعات المدنية والتجارية" ص 205 وما تلاها أنقي منه بعض الشذرات:

**"3- التداخل:**

إن التداخل الاختياري في الخصومة يعتبر نظاما إجرائيا مصمما لمصلحة من لا يعتبر طرفا في الخصومة أو ممثلا فيها، وهو تطبيقي من تطبيقات الدعوى المعارضة وخوله الفصل 224 في فقرته الأولى....

**أ- ضور التداخل :**

إنَّ التَّدَاخَلَ يَهْدَفُ أَحَدَ أَمْرَيْنِ إِمَّا الانْضِمَامَ إِلَى جَانِبِ أَحَدِ الْخُصُومِ لِلدَّفَاعِ عَنْ مَصْلَحَةٍ مُعَيَّنَةٍ أَوْ مُطَالَبَةً بِحَقِّ أَوْ مَرَكَزِ قَانُونِيٍّ لِفَائِدَتِهِ وَلِذَلِكَ يَنْقَسِمُ التَّدَاخُلُ الْاِخْتِيَارِيُّ إِلَى نَوْعَيْنِ :

**- التَّدَخُلُ الْاِنْضِمَامِيُّ :**

إِنَّ التَّدَخَلَ الْاِنْضِمَامِيَّ يَهْدَفُ إِلَى مُسَانَدَةِ أَحَدِ أَطْرَافِ الدَّعْوَى وَتَأْيِيدِ طَلَبَاتِهِ وَدَعْمِهَا وَإِثْبَاتِهَا لِأَنَّ مَصَالِحَ هَذَا الطَّرْفِ تَرْتَبُطُ بِمَصَالِحِهِ وَمِثَالُ ذَلِكَ تَدَخُلُ الْبَائِعِ بَوْضْفِهِ إِمْنَا لِلِاسْتِحْقَاقِ فِي الدَّعْوَى الْمَرْفُوعَةِ ضِدَّ الْمُشْتَرِيِّ وَذَلِكَ لِإِثْبَاتِ مِلْكِيَّتِهِ وَصَحَّةِ الْبَيْعِ الصَّادِرِ عَنْهُ.

**- التَّدَخُلُ الْاِمْتِصَامِيُّ أَوْ الْأَصْلِيُّ :**

إِنَّ التَّدَخَلَ الْأَصْلِيَّ يَهْدَفُ مِنْهُ الْمَطَالِبَةُ مِنْ طَرَفِ الْمَتَدَخِلِ بِالْحُكْمِ لِنَفْسِهِ بِطَلْبِ مُرْتَبِطِ بِالطَّلَبِ الْأَصْلِيِّ. وَمِثَالُ ذَلِكَ الدَّعْوَى الْقَائِمَةُ بَيْنَ خَصْمَيْنِ حَوْلَ مِلْكِيَّةِ عَقَارٍ فَيَتَدَخَّلُ الْغَيْرُ لِلْمَطَالِبَةِ بِمِلْكِيَّةِ هَذَا الْعَقَارِ...

**ج- آتَارُ التَّدَاخُلِ :**

أَنَّ الْمَتَدَاخَلَ لَا يَصِيرُ طَرَفًا فِي الدَّعْوَى إِلَّا إِذَا كَانَتْ لَهُ مَصْلَحَةٌ فِي التَّدَاخِلِ وَفَقًا لِلْفَصْلِ 19 مِنْ م م م ت وَعِلَاوَةً عَلَى ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الطَّلِبُ مَرْتَبِطًا بِالطَّلَبِ الْأَصْلِيِّ وَقَبُولُ التَّدَاخِلِ يَعْنِي أَنَّ الْمَتَدَاخَلَ أَصْبَحَ طَرَفًا فِي الْخُصُومَةِ وَيَأْخُذُ فِيهَا الْمَرَكَزَ الْإِجْرَائِيَّ الَّذِي يَتَنَاسَبُ مَعَ نَوْعِ تَدَخُلِهِ فَإِذَا كَانَ التَّدَاخُلُ اِخْتِصَامِيًّا صَارَ الْمَتَدَاخِلُ مُدْعِيًّا وَإِذَا كَانَ اِنْضِمَامِيًّا صَارَ مُدْعِيًّا أَوْ مُدْعَى عَلَيْهِ بِحَسَبِ الْجَانِبِ الَّذِي اِنْضَمَّ إِلَيْهِ.

وَرَعْمَ هَذِهِ الْمَبَادِي الْعَامَّةِ الْمُنظَمَةِ لِكُلِّ التَّدَاخِلَيْنِ فَإِنَّ فَرْقًا بَيْنَ التَّدَاخِلَيْنِ تَبَقَى قَائِمَةٌ وَلَا بَدَّ مِنَ الْإِشَارَةِ إِلَيْهَا وَهِيَ :

- أَنَّ الْمَتَدَاخَلَ الْاِنْضِمَامِيَّ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَطْلُبَ طَلِبَاتٍ خَاصَّةً بِهِ بَلْ يَقْتَصِرُ دَوْرُهُ عَلَى تَأْيِيدِ مَوْقِفٍ مِنْ اِنْضَمَّ إِلَى جَانِبِهِ بِإِبْدَاءِ الدَّفُوعِ الَّتِي تَكُونُ كَفَيْلَةً لَتَعْزِيزِ مَوْقِفٍ مِنْ اِنْضَمَّ إِلَيْجَانِبِهِ، فِي حِينِ أَنَّ الْمَتَدَاخَلَ الْاِخْتِصَامِيَّ يُمْكِنُهُ إِبْدَاءُ مَا شَاءَ مِنْ دَفُوعٍ وَطَلِبَاتٍ خَاصَّةً بِهِ.

- لَا يُمْكِنُ تَوْجِيهُ طَلِبَاتٍ أَوْ دَفُوعٍ لِلْمَتَدَاخِلِ الْاِنْضِمَامِيَّ بَلْ تُوْجَّهَ إِلَى الْخَصْمِ الْأَصْلِيِّ الَّذِي تَمَّ الْاِنْضِمَامُ إِلَى جَانِبِهِ، فِي حِينِ أَنَّ الْمَتَدَاخَلَ الْاِخْتِصَامِيَّ يَجُوزُ أَنْ تُوْجَّهَ ضِدَّهُ الطَّلِبَاتُ وَالدَّفُوعُ.

- الْمَتَدَاخَلَ الْاِنْضِمَامِيَّ يُوْاجَهُ بِكُلِّ مَا يَكُونُ قَدْ تَحَقَّقَ فِي الْخُصُومَةِ مِنْ أَحْكَامٍ تَمْهِيدِيَّةٍ أَوْ سَقُوطِ الْحَقِّ أَوْ أُيِّ مَرَكَزِ إِجْرَائِيٍّ مُوَاجَهُ لِمَنْ اِنْضَمَّ إِلَى جَانِبِهِ، أَمَّا الْمَتَدَاخَلَ الْاِخْتِصَامِيَّ فَإِنَّهُ لَا يُعَارِضُ بِالْأَحْكَامِ الصَّادِرَةِ قَبْلَ الْفَصْلِ فِي الْمَوْضُوعِ وَالَّتِي تَتَعَارَضُ مَعَ حَقِّهِ حَتَّى لَا يُضَارَّ مِنْ نِظَامٍ قَانُونِيٍّ شَرَعَ لِمَصْلَحَتِهِ.

- أَنْ رَفُضَ الْخُصُومَةُ الْأَصْلِيَّةُ لِبَطْلَانِ إِجْرَائِيَّتِهَا أَوْ لِسَبَبٍ مَوْضُوعِيٍّ كَتَنَازَلِ الطَّرْفِ الْأَصْلِيِّ عَنِ الْحَقِّ الْمَوْضُوعِيِّ أَوْ طَلَبِهِ لَطَرْحِ الْقَضِيَّةِ يَتَرْتَّبُ عَنْهُ رَفُضُ التَّدَاخِلِ الْاِنْضِمَامِيٍّ، أَمَّا إِذَا رُفِعَ التَّدَاخَلَ الْاِخْتِصَامِيَّ بِعَرِيضَةِ دَعْوَى مُسْتَقْلِلَةٍ وَكَانَتْ الْمَحْكَمَةُ مُخْتَصِّمَةً لِلنَّظَرِ فِيهَا فَإِنَّ هَذَا الطَّلِبَ يَبْقَى قَائِمًا كَطَلْبِ أَصْلِيِّ وَيُمْكِنُ لِلْمَحْكَمَةِ أَنْ تَحْكُمَ بِرَفُضِ الدَّعْوَى الْأَصْلِيَّةِ وَتَسْتَجِيبَ لَطَلِبَاتِ الْمَتَدَاخِلِ الْاِخْتِصَامِيٍّ وَتُلْزِمُ أَحَدَ أَطْرَافِ الْقَضِيَّةِ سِوَاءَ الْمُدْعَى أَوْ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِالْأَدَاءِ وَتَحْمِيلِهِ الْمَصَارِيفَ الْقَانُونِيَّةَ .....

**4 - الْإِنْضِمَامُ :**

عِنْدَمَا تَكُونُ قَضِيَّةٌ مَنشُورَةٌ أَمَامَ إِحْدَى مَحَاكِمِ الدَّرَجَةِ الْأُولَى يُمْكِنُ لِأَحَدِ أَطْرَافِهَا طَلْبُ إِدْخَالِ الْغَيْرِ رَعْمًا عَنِ إِرَادَتِهِ وَجَعَلَ الْحُكْمَ الصَّادِرَ فِيهَا حُجَّةً عَلَيْهِ أَوْ لِيَدْفَعَهُ عَنْهُ فِيهَا أَوْ لِيَحْكَمَ عَلَيْهِ بِالتَّعْوِيزِ عَوْضًا عَنْهُ وَهَذَا النُّظَامُ الْكَافِلُ لِعَدَمِ تَنَاقُضِ الْأَحْكَامِ وَعِلَاجِ مَسَاوِيٍّ قَاعِدَةٍ نَسْبِيَّةِ الشَّيْءِ الْمَقْضِيِّ بِهِ، بِاعْتِبَارِ أَنَّ مَنْ يَخْتَصِمُ فِي الدَّعْوَى يَصِيرُ الْحُكْمُ الصَّادِرُ فِيهَا حُجَّةً لَهُ وَحُجَّةً عَلَيْهِ، وَيَكُونُ هَذَا الْإِدْخَالُ بِطَلْبِ مَنْ أَحَدِ الْخُصُومِ أَوْ بِنَاءٍ عَلَى أَمْرِ الْمَحْكَمَةِ.

**أ - الإدخال أو التداخل الجبري بطلب من أحد الخصوم :**

...وعليه، أن الخصوم الأصليين سواء المدعى أو المدعى عليه يمكنهم بواسطة الطلبات العارضة إدخال أي شخص تهمه القضية من قريب أو بعيد ..... وأن التداخل الجبري لا يتم إلا أمام محاكم الدرجة الأولى لأنه لا يجوز حرمان الغير من درجة من درجات التقاضي، وبالتالي أن الطلب يُقدّم للمحكمة الابتدائية أو لمحكمة الناحية إن كانت مختصة ضرورة أنه إذا فاقت قيمة الطلب العارض ما يدخل في اختصاصه تحلى عن الدعوى الأصلية والفرعية.

**ب - الإدخال بأمر المحكمة :**

.... وعلى كل حال، أن إدخال الغير بأمر المحكمة يجب أن يتقيد بعدة شروط وهي التالية :

- يتم الإدخال في حدود الطلبات المطروحة من الخصوم على المحكمة لتقدير النزاع وإظهار الحقيقة وذلك بقراءة شاملة للفصلين 86 و 224 من مجلة المرافعات ... \* إدخال الغير بواسطة المحكمة يجوز العمل به أمام محاكم الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية و يجب أن لا يوجه المدخل طلبات إلى الخصوم و أن لا يوجهوا إليه طلبات حتى لا يؤدي ذلك إلى خرق مبدأ التقاضي على درجتين إذا كان الإدخال من طرف محكمة الاستئناف (يشير المؤلفان في خصوص المعنى الأخير إلى رأي الفقيه المصري أحمد أبو الوفاء عبر القول بالهامش 1 من الصفحة 212 من كونه يرى عكس هذا الرأي ويعتبر أنه لا يجوز الإدخال أمام محكمة الاستئناف وذلك احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين المتعلق بالنظام العام - رجوعاً إلى مؤلفه أصول المرافعات المدنية والتجارية ص 218-).

**تعليق مدخل**

تلك بعض الرؤى الفقهية أوردتها قصداً حتى إذا انتهيت وجب الرجوع إلى التشريع الوطني - من خلال مجلة المرافعات المدنية والتجارية طبعاً - تبيننا لمدى تلاؤمه وتلكم مقتضيات العامة، غير أنني وقبل أن أفعل أراني مضطراً إلى إثارة ملاحظة من الأهمية بمكان تمثلها في وجوب تنزيل أحكامنا الوطنية منزلتها من خلال الإختيار التشريعي المرتى - والذي قد يختلف أحياناً وبعض التوجهات التشريعية المقارنة تفضي إلى فهم مغاير كثيراً ما جرى إلى خلط ولبس ينعكسان على فقهننا وفقه القضاء كان مؤداه تطبيق غير سليم للنصوص المرعية بل وحتى مخالف لروحها يسير به العمل فيصبح القاعدة -، مُشدداً في هذا الصدد على إن الاستئناس بالقوانين المقارنة ولئن كان مُحَبِّداً بل ومطلوباً مُحْتَمّاً فإنه يتعين اقتراحه بالقاعدة الوطنية والاختيار التشريعي موضوعها لا يتعداها أو يتجاوزها والأمثلة على ذلك عديدة لا يسعها المقام.

**الجانب النظري عبر التشريع**

إنه لعني عن البيان وإن أحكام التداخل والإدخال مضبوطة في تشريعنا الوطني من خلال مقتضيات الباب الأول من الجزء السادس من مجلة المرافعات المدنية والتجارية كمقتضيات عامة منظمة لهذه المسألة إجرائياً كما يُستروح من عبارات فصليهما 224 و 225 ينص أولهما " يحق للغير الذي له مصلحة في القضية التداخل فيها في كل طور من أطوارها. ويمكن للخصوم أيضاً أن يطالبوا بالتدخل الجبري أو بالحضور للحكم الشخص الذي من شأنه له الحق في الحدش فيه بطريقة الاعتراض على الحكم الذي سيصدر و ذلك ليكون منسجبا عليه معهم. " ويقضي الثاني " طلب التداخل أو الإدخال يقع بنفس الطريقة التي ترفع بمقتضاها الدعوى ... للمحكمة أصالة منها وفي كل حين أن تأمر بإدخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضرورياً لتقدير النزاع " ليطالعنا الفصل 153 في القسم الخامس من الباب الأول من الجزء الرابع من ذات المجلة وتحت عنوان "في الخصوم لدى الاستئناف" بمقولته "لا يقبل التداخل لدى الاستئناف إلا إذا كان بقصد الإنضمام إلى أحد الخصوم أو كان التداخل من شخص يكون له حق الاعتراض على الحكم".

كأحكام تدعو إلى التساؤل عن سبب إدراج هذا الحكم الوارد بالفصل 153 بأنفراده - وفي باب الاستئناف - مستقلاً عن المقتضيات العامة لموضوع الفصلين المتقدمين، وما إذا كان مثله استثناءً لها يقصر مسألة التداخل استثنائياً على صورته لا يتعداها من عدمه، وعن الإدخال الاستثنائي ومدى جوازِهِ، يُحاول العرَضُ الموالي عنه الإجابة.

### الجانب التطبيقي من خلال القرار

اعتمدت محكمة القرار المعلق عليه في تبرير قضائها محلّ دراستنا مبدأين أساسيين للقول من وجهة نظرهما بعدم جواز إدخال من لم يكن طرفاً في خصومة الدرجة الأولى لدى الاستئناف بقصد الحكم عليه تَمْثِلاً في حرق قاعدتين جوهريتين: التقاضي على درجتين من جهة وتَحْجِيرِ تقديم طلبات جديدة لأول مرة لدى محكمة الاستئناف من أخرى، بما يدفَعُنِي إلى تناوُلهما دراسةً تبيّننا لمدى وجاهة التّسبب المدكُور المُستمدّ في الحقيقة من مواقف فقهية تواتر العمل بها كما سبقت الإشارة فلنتناول السببين أولاً بأول:

#### أ- مبدأ التقاضي على درجتين

لعلّ من هذا المبدأ وإن كان عاماً متفقاً عليه فإنه لا يخلو من الاستثناء المكرّس تشريعاً بصورة توجب التسليم مُطلقاً بعدم شمولية القاعدة المذكورة - توافقاً واختياراً مشرّعنا إن ماضياً أو حاضراً - بما يدعو إلى عدم إطلاق الحكم التشريعي ومن ورائه الحكم الفقهي على جميع الصور والحالات دون استثناء اعتباراً وإن ذلك يكون من المسلمات لو نهج التشريع ذات المنهج أو قام على ذات الأساس أما وهو يختار الاستثناء في حالات وصور مخصوصة فموجب حينئذٍ للتقصي تبيّننا لمدى وقوع كل صورة ضمن الإطار الاستثنائي من عدمه يخضرنِي في مجاله ما سبق اعتماده صلب الفصل 39 م م ت لَمَّا حُصَّ قاضي الناحية بنظر قضايا النفقات التي يكون حكمه فيها نهائياً إذا لم يتجاوز مبلغ النفقة السنوي المحكوم به مائتين وأربعون ديناراً - نُقح لاحقاً بمقتضى القانون عد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 وأصبح الحكم في هذا المجال ابتدائياً على إطلاقه مع قابليته للتنفيذ بقطع النظر عن الاستئناف - وكذا الشأن قبل التّقيح موضوع القانون عد 87 المؤرخ في 1 سبتمبر 1986 رجوعاً إلى ذات الفصل 39 يفتضي وصفاً نهائياً الدرجة للأحكام الصادرة عن قاضي الناحية في حدود خمسمائة دينار، بصورة ولئن نحا معها المشرّع لاحقاً إلى الحد من توجّهه في بعض الصور في خصوص الأحكام النهائية التي لا تقبل غير الطعن بالتعقيب فإن هذا التوجّه لا يزال قائماً إلى حدّ الآن في بعض الصور الأخرى من ذلك صورة الفقرة الأخيرة من الفصل 223 م م ت "أما القرارات الصادرة من رئيس محكمة الاستئناف فهي غير قابلة للاستئناف والاستئناف لا يوقف التنفيذ" استثناءً لمبدأ فقرته الأولى "تستأنف الأذون الصادرة من حكام النواحي للمحكمة الابتدائية وتستأنف الأذون الصادرة من رؤساء المحاكم الابتدائية لمحكمة الاستئناف"، بل إن المشرّع يذهب إلى حدّ منع أي وسيلة طعن حتى، كما الشأن بالنسبة للقرار القاضي بوقف التنفيذ موضوع الفقرة الأخيرة من الفصل 126 م م ت القائلة "غير أنه يُمكن بصفة استثنائية لرئيس المحكمة المرفوع لديها الاستئناف أن يأذن استعجالياً بعد سماع الطرفين بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه .... والقرار الصادر بوقف التنفيذ غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن" أو مثيلتها من الفصل 209 من ذات المجلة الناصّة "ولا يُمكن أن يصدر الإذن بإيقاف التنفيذ إلا بعد سماع الخصوم والقرارات الصادرة باذن إيقاف التنفيذ غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب" تماماً كما أمر القرار القاضي بتعطيل تنفيذ حكم معترض عليه احتكاماً إلى مقتضيات الفصل 172 م م ت تدليلاً ولا ريب على تكريس المشرّع التونسي مثل هذه الحالات ينعدم فيها العمل بمبدأ التقاضي على درجتين.

فَإِذَا كَانَ هَذَا الْإِنْتِهَاءَ جَرْنِي ذَلِكَ حِينَئِذٍ إِلَى مَسْأَلَةِ الْإِعْتِرَاضِ ذَاتَهُ الْمُنْتَظَمِ وَفَقِ مُفْتَضِيَاتِ الْبَابِ الثَّلَاثِ مِنَ الْجُزْءِ الرَّابِعِ مِنْ مَجْلَتِنَا لِلْمُرَافَعَاتِ الْمَدْنِيَّةِ وَالتَّجَارِيَّةِ فَإِذَا سَلَمْنَا وَإِنْ مِثْلُهُ مُتَاحٌ إِيَّانَهُ يُسَلِّطُ عَلَى أَيِّ حُكْمٍ مَوْضُوعِيٍّ أَيًّا كَانَتْ دَرَجَتُهُ الْفَيْنَا وَإِنَّ الْمُعْتَرِضَ عَلَى حُكْمٍ اسْتِنَافِيٍّ يَكُونُ مَحْرُومًا مِنْذُ الْبَدَايَةِ مِنْ إِحْدَى دَرَجَاتِ التَّقَاضِي شَأْنُهُ فِي ذَلِكَ شَأْنِ الطَّرْفِ الْمُقَابِلِ الْمَحْكُومِ لَهُ فَلَا يَسَعُ الْمُنْتَظَمُ مِنْهُمَا مِنَ الْحُكْمِ الْجَدِيدِ الْإِعْتِرَاضِيِّ غَيْرَ تَعْقِيْبِهِ مُبَاشَرَةً دُونَ الْمُرُورِ عَبْرَ الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ الْمَوْضُوعِيَّةِ الْأَمْرُ الَّذِي يَكُونُ مَعَهُ الدَّفْعُ بِهَذَا الْمَبْدَأِ تَبْرِيرًا لِعَدَمِ جَوَازِ الْإِدْخَالِ الْجَبْرِيِّ فِي الطُّورِ الْاسْتِنَافِيِّ فِي غَيْرِ طَرِيقِهِ إِذَا عَرَفْنَا وَإِنَّ الْإِدْخَالَ فِي حَقِيقَتِهِ مَحْوُولٌ لَمَنْ يُؤَوَّلُ إِلَيْهِ حَقُّ الْإِعْتِرَاضِ لِأَحَقِّقَ فَهَلْ مِنْ تَصَوُّرٍ وَالْأَمْرُ عَلَى مَا هُوَ عَلَيْهِ لِلْأَخْذِ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ فِي صُورَةِ الْإِدْخَالِ وَرَدِّهَا فِي صُورَةِ الْإِعْتِرَاضِ اعْتِبَارًا وَإِنَّهُ لَا يُمْكِنُ طَرْحُهَا مِنَ الْأَسَاسِ وَفَقِ رَغْبَةُ تَشْرِيْعِيَّةٍ وَأَصْحَةِ الْمَعَالِمِ لَا جَوَازَ مَعَهَا لِلْقَوْلِ بِخَرَقِ هَذَا الْمَبْدَأِ فِي الصُّورَةِ مَحَلِّهِ لِعَدَمِ وُجُودِهِ فَالدَّفْعُ بِالْخَرَقِ يَفْتَضِي وُجُودَ الْمَبْدَأِ الْمَخْرُوقِ أَمَّا وَمِثْلُهُ غَيْرُ قَائِمٍ أَنْتَفَى مُوجِبُ الْحَدِيثِ عَنِ النَّيْلِ مِنْهُ، فَكِرَةٌ أَتَوَصَّلُ مَعَهَا وَمِنْ وَجْهَةٍ نَظَرِيٍّ إِلَى حَتْمِيَّةِ اسْتِبْعَادِ هَذَا التَّبْرِيرِ تَعْتَمِدُهُ مَحْكَمَةُ التَّعْقِيْبِ لِتَأْسِيسِ قَضَائِهَا الْمُنْتَهَى إِلَيْهِ، رَأْيًا تَزِيدُهُ قِرَاءَةُ الْفَصْلِ 153 م. م. م. ت. تَدْعِيْمًا فَلَمَّا كَانَ التَّشْرِيْعُ يُجِيزُ التَّدَاخُلَ مِنْ شَخْصٍ يَكُونُ لَهُ حَقُّ الْإِعْتِرَاضِ عَلَى الْحُكْمِ فَإِنَّهُ يَكُونُ مُسَلِّمًا قَطْعًا بَعْدَ تَطْبِيقِ مَبْدَأِ التَّقَاضِيِّ عَلَى دَرَجَتَيْنِ فِي مِثْلِ تِلْكَ الْحَالَةِ وَهُوَ الَّذِي اسْتَبْعَدَهَا فِي صُورَةِ الْإِعْتِرَاضِ وَهَذِهِ الْحَقَائِقُ دَالَّةٌ بَلَا جِدَالَ عَلَى الْفَلَسَفَةِ التَّشْرِيْعِيَّةِ الْمُؤَسَّسِ عَلَيْهَا مَبْدَأُ التَّدَاخُلِ أَوْ الْإِدْخَالِ كَفَلَسَفَةِ يَتَعَيَّنُ نَظَرُهَا مِنْ هَذِهِ الْوَجْهَةِ تَأْكِيدًا عَلَى وَقُوعِهَا فِي إِطَارِ الْاسْتِنَافِ التَّشْرِيْعِيِّ الْمَوْمَأِ إِلَيْهِ وَكَإِحْدَى حَالَاتِهِ الْمَكْرَسَةِ ضَمْنَهَا.

يَحْضُرْنِي تَجَسِيمًا لِهَذَا الْمَعْنَى مَا كَانَ أَلْقَاهُ الْأَسْتَاذُ الْحَسِينُ السَّلَامِيُّ فِي رَحَابِ كَلِيَّةِ الْحُقُوقِ وَالْعُلُومِ السِّيَاسِيَّةِ بِتُونِسِ دَاتٍ مُلْتَقَى أَنْعَقَدَ مِنْ 18 إِلَى 20 مَآي 1989 تَحْتَ عُنْوَانِ "الاسْتِنَافِ" نُشِرَ بَعْدَهُ خَاصُّ "الْعَدَدُ الرَّابِعُ" 1993 ص 15 وَمَا بَعْدَهَا، مُورَدًا بِالصَّفْحَتَيْنِ 25 و 26 قَوْلُهُ :

يَقُومُ مَبْدَأُ التَّقَاضِيِّ عَلَى دَرَجَتَيْنِ عَلَى مَبْدَأِ أُسَاسِيٍّ هُوَ مَبْدَأُ اسْتِقْرَارِ النَّزَاعِ الَّذِي أَقْرَهُ الْمَشْرَعُ التُّونِسِيُّ صَلْبَ الْمَادَّةِ 147 مَرَاْفَعَاتِ التِّي لَا تُجِيزُ لِمَحْكَمَةِ الْاسْتِنَافِ التَّعْهَدَ فِي نِطَاقِ الطَّعْنِ بِالْاسْتِنَافِ أَيِّ فِي إِطَارِ الْمَفْعُولِ الْاِنْتِقَالِيِّ لَهُ إِلَّا بِالْاِدْعَاوَى الْمَحْكُومِ فِيهَا اِبْتِدَائِيًّا وَلَوْ رَضِيَ الْخَصْمُ....

- لَكِنْ لَكِنْ كَانَتْ الْقَاعِدَةُ اسْتِقْرَارَ النَّزَاعِ وَمَنْعَ الطَّلَبَاتِ الْجَدِيدَةِ فَإِنَّ اسْتِنَافَاتِ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ التَّشْرِيْعِيَّةِ مُتَّسِعَةٌ الْمَجَالِ خُصُوصًا وَقَدْ طَبَّقَهَا فَهَهُ الْقَضَاءُ بِتَحْرُرٍ مَلْحُوظٍ مِنْ صَوَابِطِ التَّقَاضِيِّ عَلَى دَرَجَتَيْنِ.

- فَبَقَطَعَ النَّظْرَ عَنِ الْجَوَازِ الشَّرْعِيِّ بِتَغْيِيرِ سَبَبِ الدَّعْوَى اسْتِنَافِيًّا أَوْ اِلْحْتِجَاجِ بَوْسَائِلِ جَدِيدَةٍ أَمَامَ مَحْكَمَةِ الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ وَالْمَكْرَسِ صَلْبَ الْمَادَّةِ 148 مَرَاْفَعَاتِ وَمَا يَفْتَحُهُ مِنْ اِمْكَانِيَّاتٍ وَاسِعَةٍ لِمَحْكَمَةِ الْاسْتِنَافِيَّةِ لِتَجَاوُزِ الْمَفْعُولِ النَّسْبِيِّ لِلْعَمَلِ الْاِجْرَائِيِّ وَمِنْ وَرَائِهِ مَبْدَأُ اسْتِقْرَارِ النَّزَاعِ فَإِنَّ اسْتِنَافَاتِ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ الصَّرِيحَةَ عَظِيمَةَ الْاَثَرِ....

- فَالْقَاعِدَةُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْاسْتِنَافُ إِلَّا مِنْ أَوْ ضِدِّ مَنْ كَانَ طَرَفًا فِي النَّزَاعِ الْاِبْتِدَائِيِّ أَوْ خَلْفًا (مَادَّةُ 152 مَرَاْفَعَاتِ) لَكِنْ الْمَشْرَعُ أَجَازَ صَلْبَ الْمَادَّةِ 153 تَوْسِيعَ الْمَفْعُولِ الْاِنْتِقَالِيِّ بِالْتَّدَاخُلِ الْاِنْتِصَامِيِّ أَوْ بِتَّدَاخُلِ مَنْ لَهُ حَقُّ الْاِعْتِرَاضِ عَلَى الْحُكْمِ تَدَاخُلًا هُجُومِيًّا أَيِّ بِمَا يُعَيِّرُ مَنَاطَ النَّزَاعِ حَتَّى مِنْ حَيْثُ مَوْضُوعِهِ وَسَبَبِهِ فَضْلًا عَنْ أَطْرَافِهِ تَجَاوُزَ الْمَشْرَعِ هَذِهِ الْجَوَازِ صَلْبَ الْمَادَّةِ 224 مَرَاْفَعَاتِ أَنْ أَجَازَ لِلْغَيْرِ الَّذِي لَهُ مَصْلَحَةٌ فِي الْقَضِيَّةِ التَّدَاخُلَ فِيهَا فِي كُلِّ طُورٍ مِنْ أَطْوَارِهَا تَدَاخُلًا اِرَادِيًّا كَمَا أَجَازَ لِلْخُصُومِ أَيُّضًا أَنْ يُطَالِبُوا بِاِدْخَالِ مَنْ لَهُ حَقُّ الْاِعْتِرَاضِ عَلَى الْحُكْمِ اِدْخَالَ جَبْرِيًّا... وَتَجَاوَزَتِ الْمَادَّةُ 225 مَرَاْفَعَاتِ بِفَقْرَتِهَا الثَّلَاثَةِ كُلِّ ذَلِكَ بِأَنَّ اِجْرَازَ لِمَحْكَمَةِ.. أَنْ تَأْمُرَ بِاِدْخَالِ الْغَيْرِ..... وَتَجَدُّرُ الْمُلَاحَظَةِ يَكُونُ فَهَهُ الْقَضَاءُ التُّونِسِيُّ جَرِي الرَّأْيِ الرَّاجِحِ فِيهِ عَلَى اِعْتِبَارِ كُؤُنِ الْمَادَّتَيْنِ 224 و 225 كَمَا يُوحِي بِذَلِكَ الْعُنْوَانُ الَّذِي تَنْدَرِجُ تَحْتَهُ هِيَ اِحْكَامٌ مُشْرَكَةٌ بَيْنَ جَمِيعِ الْمَحَاكِمِ وَفِي دَرَجَتِي الْقَضَاءِ الْاِبْتِدَائِيِّ وَالْاِسْتِنَافِيَّةِ.

- وإضافةً إلى إجرائي التداخل والإدخال في النزاع فإنَّ المُشَرِّعَ يَفْتَحُ بَابًا آخَرَ لِتَجَاوُزِ الْمَفْعُولِ الْاِنْتِقَالِيِّ لِلِاسْتِنَافِ صَلْبِ الْمَادَّةِ 149 مَرَاغَاتٍ وَهُوَ بَابُ التَّصَدِّي لِمَوْضُوعِ النِّزَاعِ الَّذِي لَمْ يَقَعِ الْبَتُّ فِيهِ اِبْتِدَائِيًّا اِذَا كَانَ الْحُكْمُ صَادِرًا فِي شَأْنٍ دُفِعَ شَكْلِيٌّ وَرَأَتْ نَفْضَهُ وَكَانَ النِّزَاعُ قَابِلًا لِلْفَصْلِ فِي مَوْضُوعِهِ.

- فَهَذَا الْاِجْرَاءُ لَا يَلْتَزِمُ بِمَبْدَأِ التَّقَاضِي عَلَى دَرَجَتَيْنِ مَا دَامَ يَحْرَمُ الْمُتَقَاضِي مِنَ الدَّرَجَةِ الْاِبْتِدَائِيَّةِ لِلْقَضَاءِ بِحُكْمِ عَدَمِ نَظَرِ مَحْكَمَةِ الْبِدَايَةِ النِّزَاعِ فِي مَوْضُوعِهِ.

### ب - تَجْمِيرُ تَقْدِيمِ طَلَبَاتِ جَهْدِيَّةٍ :

وَإِذْ بَلَغَتْ هَذَا الْمُنْتَهَى تَعَيَّنَ نَظَرُ الْاَسَاسِ الْقَانُونِيِّ الثَّانِي الْمُعْتَمَدِ مِنْ طَرَفِ مَحْكَمَةِ التَّعْقِيبِ تَمَثُّلًا فِي خَرْقِ الْاَحْكَامِ الْوَارِدَةِ بِالْفَصْلَيْنِ 144 و 147 الْقَائِلَيْنِ الْاَوَّلُ "الِاسْتِنَافُ يَنْقُلُ الدَّعْوَى بِحَالَتِهَا الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهَا قَبْلَ صُدُورِ الْحُكْمِ الْمُسْتَأْنَفِ وَذَلِكَ فِي خُصُوصٍ مَا تَسَلَّطَ عَلَيْهِ الْاِسْتِنَافُ". وَالثَّانِي "الدَّعْوَى الَّتِي حُكِمَ فِيهَا اِبْتِدَائِيًّا لَا يُمَكِّنُ الزِّيَادَةَ فِيهَا وَلَا تَغْيِيرَهَا لَدَى الْاِسْتِنَافِ وَلَوْ رَضِيَ الْخَصْمُ بِذَلِكَ اِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ الْمَطْلُوبَةُ تَتَعَلَّقُ بِاَدَاءِ اَجْرٍ اَوْ فَوَائِضٍ اَوْ كِرَاءٍ اَوْ بَقَايَا وَنَحْوِهَا مِنَ الْمَلْحَقَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالدَّعْوَى الْاَصْلِيَّةِ وَالَّتِي اسْتَحَقَّتْ بَعْدَ صُدُورِ الْحُكْمِ اَوْ بَعْرَمٍ صَبَرَ تَفَاقَمَ اَمْرُهُ بَعْدَ صُدُورِ الْحُكْمِ اَوْ بِطَلْبِ الصَّمَانَاتِ الْمَسْتَوْجِبَةِ بَعْدَ الْحُكْمِ" فَنَقُلُ الدَّعْوَى عَلَى حَالَتِهَا الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهَا قَبْلَ صُدُورِ الْحُكْمِ الْمُسْتَأْنَفِ وَفِي خُصُوصٍ مَا تَسَلَّطَ عَلَيْهِ الْاِسْتِنَافُ مَنطِقِيًّا تَمَامًا بَيْنَ طَرَفِي التَّدَاعِي تَخْوِيلًا لِمَحْكَمَةِ الْاِسْتِنَافِ تَبَعًا لِذَلِكَ نَظَرُ الدَّعْوَى الْمَذْكُورَةَ وَفِي ذَاتِ مُعْطِيَّاتِهَا الْقَائِمَةَ تَسَلَّطَ مَعَهَا رِقَابَتِهَا عَلَى حُكْمِ الْبِدَايَةِ تَأْيِيدًا اَوْ نَقْضًا بِمَا يُبَرِّرُ فِي الْحَقِيقَةِ وَعَبْرَ ذَاتِ التَّوَجُّهِ مَضْمُونِ الْفَصْلِ 147 يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ فِي الدَّعْوَى وَلَوْ بَرَضِيَ الْخَصْمُ مَا لَمْ تَتَعَلَّقْ تِلْكَ الزِّيَادَةُ بِالصُّورِ الْوَارِدَةِ حَصْرًا كَيْفَمَا اسْتَعْرَضْتُ صُلْبَهُ اَيُّ بِصُورَةٍ تَتَعَلَّقُ دَائِمًا بِذَاتِ الطَّرَفَيْنِ.

فَاِذَا تَجَاوَزْنَا اِلَى الطَّرَفِ الْجَدِيدِ الْمُتَدَاخِلِ تَبَيَّنَ وَاِنَّ الْحَدِيثَ عَنْ مَوْجِبَاتِ ذَيْنِكَ الْفَصْلَيْنِ يَكُونُ عِنْدَئِذٍ غَيْرِ ذِي مَوْضُوعٍ، ذَلِكَ لِأَنَّ مَوْقِفَ الْمُتَدَاخِلِ سَيَكُونُ مُؤَسَّسًا عَلَى مَا تَجَمَّعَ مِنْ مُعْطِيَّاتٍ وَفَقًا لِمَنْظُورِ الدَّعْوَى كَيْفَمَا كَانَتْ حَالَتِهَا قَبْلَ حُصُولِ الْاِسْتِنَافِ، اَمَّا عَنِ الزِّيَادَةِ فِي الدَّعْوَى فَغَيْرُ مُتَّصِرٍ خَارِجِ الْمَتَّاحِ مِنْهَا قَانُونًا، حَالٌ اِنَّ الْقَوْلَ بِاَنْسَحَابِ عَدَمِ تَغْيِيرِهَا عَلَى حَالَةِ الْمُتَدَاخِلِ مُفْضِ اَلْيَا اِلَى التَّسْلِيمِ بَعْدَ جَوَازِ تَدَاخُلِهِ مُنْطَلَقًا طَالَمَا كَانَ مُؤَدَى تَدَاخُلِهِ مِثْلَ ذَلِكَ التَّغْيِيرِ صَرُورَةً بِمَا يَتَعَارَضُ حَتْمًا وَصُورَةً الْفَصْلِ 153 يَتِيحُ مَعَهَا الْمَشْرَعُ هَذِهِ الْاِمْكَانِيَّةَ خِلَافًا لِمَا يَعْتَقِدُهُ الْبَعْضُ فِي تَبْرِيرِهِ عَدَمَ مُوَاجَهَةِ الْمُتَدَاخِلِ فِي الطُّورِ الْاِسْتِنَافِيِّ بِطَلَبَاتٍ لَا تَعْدُو فِي الْحَقِيقَةِ سِوَى كَوْنِهَا قَدِيمَةً فَلَمْ يَكُنِ الْجَدِيدُ فِيهَا غَيْرَ الْمُوَجَّهَةِ عَلَيْهِ لَيْسَ الْاَل.

وَإِذْ بَلَغَ هَذَا التَّحْلِيلَ مَبْلَغُهُ كَانَ الْقَوْلُ حِينَئِذٍ بَعْدَ جَوَازِ التَّبْرِيرِ وَفَقَ هَذَا الْمَنْطِقِ الْقَانُونِيِّ لِلْقَوْلِ بَعْدَ تَسْلِيْطِ الْحُكْمِ عَلَى مَنْ تَدَاخَلَ اَوْ اُدْخَلَ فِي الطُّورِ الْاِسْتِنَافِيِّ طَالَمَا سَيَكُونُ هَذَا الْمَنْطِقُ مُتَعَارَضًا وَالصُّورَةُ الَّتِي اَرَادَهَا التَّشْرِيحُ قَبُولًا بِالتَّدَاخُلِ فِي الطُّورِ الثَّانِي الْمَذْكُورِ مِمَّنْ لَهُ حَقُّ الْاِعْتِرَاضِ الْاَلْحَقِّ، فَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَكُونُ مَوْقِفُهُ هُجُومِيًّا اِخْتِصَامِيًّا لَا اَنْضِمَامِيًّا عَبْرَ الْاِدْعَاءِ بِاسْتِحْقَاقِ الْعَقَارِ مَوْضُوعِ النِّزَاعِ مِثْلًا بِمَا يَكُونُ مَدْعَاةً اِلَى مُوَاجَهَتِهِ بِذَاتِ الطَّلَبَاتِ الْمُوَجَّهَةِ مُنْطَلَقًا وَمُنْذُ الطُّورِ الْاَوَّلِ عَلَى الطَّرَفِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مِنْ طَرَفِ الْمُدْعَى - الْمَحْكُومِ لَهُ الْمُسْتَأْنَفُ ضِدَّهُ اَوْ الْمُدْعَى الْمَحْكُومَ لِغَيْرِ صَالِحِهِ الْمُسْتَأْنَفِ - الَّذِي يَكُونُ فِي وَضْعٍ يَفْرُضُ عَلَيْهِ طَلْبَ الْحُكْمِ بِالاسْتِحْقَاقِ وَالْاِزَامِ الطَّرَفِ الْمَقَابِلِ وَالْمُتَدَاخِلِ بِالتَّخْلِى عَنِ عَقَارِ التَّدَاعِي وَتَسْلِيمِهِ لَهُ وَمَا اِلَى ذَلِكَ مِنَ الصُّورِ تَحْقِيقًا وَالحَالَةَ تِلْكَ لِكَوْنِ الصُّورَةِ غَيْرِ صُورَةِ الْفَصْلِ 147 الَّتِي تَمْنَعُ الزِّيَادَةَ اَوْ التَّغْيِيرَ وَلَوْ بِمُوَافَقَةِ الطَّرَفِ الْمَقَابِلِ وَهِيَ الْمُتَعَلِّقَةُ بِطَّرَفٍ ثَالِثٍ لَمْ يَشْمَلْهُ التَّدَاعِي الْاِبْتِدَائِيٌّ فَيَكُونُ مَرْكَزُهُ فِي الطُّورِ الْاِسْتِنَافِيِّ كَمُتَدَاخِلٍ (اَوْ كَدَخِيلٍ قَسْرِيٍّ كَمَا سَيَلِي شَرْحُهُ) مُغَايِرًا لِمَرْكَزِ الطَّرَفَيْنِ الْاَصْلِيَيْنِ مُسْتَأْنَفًا وَمُسْتَأْنَفًا عَلَيْهِ تَحْكُمُهُمَا وَبِاِنْفِرَادِهِمَا عَنِ الطَّرَفِ الْجَدِيدِ قَاعِدَةُ الْفَصْلِ 147 تَنْسَحَبُ عَلَيْهِمَا وَحَدَهُمَا اَحْكَامُهَا قَبْلَ بَعْضِهِمَا الْبَعْضُ فَلَا يَجُوزُ تَغْيِيرُ طَلَبَاتِ الْمُدْعَى الْاَصْلِيَّةِ قَبْلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَلَا طَلَبَاتِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مَوْضُوعِ دَعْوَاهُ الْمَعَارِضَةِ فِي مُوَاجَهَةِ الْمُدْعَى اَوْ الزِّيَادَةَ فِيهِمَا اِسْتِنَافِيًّا بِغَيْرِ الْمُقَرَّرِ بِالْمَادَّةِ 147 بِكَيْفِيَّةٍ يَنْفَرِدُ مَعَهَا الطَّرَفُ الثَّالِثُ بِاَحْكَامٍ خَاصَّةٍ تُجِيزُ لَهُ مِثْلَ هَذَا الطَّلْبِ الْجَدِيدِ كَمَا اَوْمَأْنَا قَبْلَ طَرَفِي النِّزَاعِ الْاَصْلِيَيْنِ،

وَكَذَا الشَّانُ بَدَاهَةٌ بِالنَّسْبَةِ لَهُمَا أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا قَبْلَ الطَّرْفِ الْجَدِيدِ يُعَيِّرُ مَرْكَزُهُ الْمُعْطِيَاتِ الْقَائِمَةَ وَيَفْرُضُ ذَلِكَ التَّصَرُّفَ الْقَانُونِيَّ فِي حَقِيقَتِهِ وَبِمَا لَا نَيْلَ مِنْ خِلَالِهِ لِأَيِّ مَبْدَأٍ، وَإِنَّ أَيَّ مَفْهُومٍ مُعَايِرٍ مُؤَدِّ حَتْمًا إِلَى التَّسْلِيمِ بِعَدَمِ إِمْكَانِيَّةِ التَّدَاخُلِ مِمَّنْ سَيَكُونُ لَهُ حَقُّ الِاعْتِرَاضِ خِلَافًا لِمَا قَبِلَ بِهِ الْمَشْرَعُ صُلْبَ الْفَصْلِ 153 فِي صُورَتِهِ الثَّانِيَةِ، تَوْصُلًا إِلَى عَدَمِ قَبُولِ التَّبْرِيرِ بِالنَّسْبَةِ لِلصُّورَةِ الْمُنتَهَى فِيهَا إِلَى عَدَمِ الْإِجَازَةِ احْتِكَامًا إِلَى مُوجِبِ قَانُونِيٍّ يَتَنَاقَضُ بِدَوْرِهِ وَالصُّورَةَ الْمُنتَهَى فِيهَا إِلَى الْإِجَازَةِ تَأْكِيدًا فِي هَذَا الشَّانِ عَلَى عَدَمِ الْأَخْذِ بِهَذِهِ الْأَسَانِيدِ لِتَبْرِيرِ عَدَمِ وَجَاهَةِ مُوَاجَهَةِ الْوَاقِعِ إِدْخَالُهُ قَسْرِيًّا اسْتِثْنَائِيًّا بِطَلَبَاتٍ جَدِيدَةٍ فِي الطُّورِ الْمَذْكُورِ.

أَنْتَهَى بِذَلِكَ إِلَى عَدَمِ سَلَامَةِ التَّبْرِيرِ الرَّاهِنِ يُعْتَمَدُ فِي سِيَاقِ الْقَوْلِ بِعَدَمِ جَوَازِ الْإِدْخَالِ اسْتِثْنَائِيًّا، لَمْ يَكُنْ لِلْمَحْكَمَةِ التَّاسِيسُ عَلَيْهِ حَتَّى مَعَ التَّسْلِيمِ - جَدَلًا - بِصِحَّةِ النَّتِيجَةِ الْمُتَوَصَّلِ إِلَيْهَا مِنْ قَبْلِهَا تَبَرُّرٌ حِينِيذٌ بِوَجْهِ مُعَايِرٍ تَمَامًا لَا عِلَاقَةَ لَهُ بِالْمَبْدَأَيْنِ الْمَوْمَأَ إِلَيْهِمَا، وَإِنَّهُوَ إِلَّا التَّفْقِيدُ بِمَنَاطِ الْفَصْلِ 153 عَلَى الْأَقْلِ يُؤْتِي بِحُكْمِهِ تَبْرِيرًا عَلَى سَبِيلِ الْمَثَالِ وَمَا إِلَى ذَلِكَ مِمَّا قَدْ يَتْرَآءِي لِلْمَحْكَمَةِ الْمَذْكُورَةِ مِنْ خِلَالِ الْمَوْجِبَاتِ الْخَاصَّةِ الَّتِي تَحْكُمُ هَذَا الْإِجْرَاءَ الْقَائِمَ بِذَاتِهِ بَعِيدًا عَنِ أَحْكَامِ الِاسْتِثْنَاءِ لَا جَوَازَ لِاعْتِمَادِهَا سَنَدًا بِأَيِّ حَالٍ لِاخْتِلَافِ الطَّبِيعَةِ الْإِجْرَائِيَّةِ بَيْنَ الْإِجْرَائَيْنِ الْمُسْتَقْلَيْنِ عَنْ بَعْضِهِمَا بَعْضًا فَلَسَفَةً وَكُنْهَا فَلَا يَخْدُمُ الْإِجْرَاءُ الْمُتَعَلِّقُ بِأَحَدِهِمَا الْآخَرَ إِلَّا بِقَدْرٍ مَا لَا يَتَخَالَفُ وَالْإِجْرَاءُ الْخُصُوصِيَّ الْمُمَيِّزَ لَهُ، فَتَتَبَيَّنُ وَالْحَالَةَ تِلْكَ الْعِلَاقَةُ الْمُنْعَدِمَةُ بَيْنَ التَّسْبِيبِ وَالنَّتِيجَةِ يَفْرُضُ الْمَنْطِقُ الْقَانُونِيَّ بُلُوغَهَا بِتَبْرِيرٍ مُخْتَلَفٍ.

#### الِإِدْخَالُ لَدَى التَّرْتِيبِ الثَّانِيَةِ بَيْنَ الْمَنْعِ وَالْإِجَازَةِ

##### · الْقَوْلُ بِالْمَنْعِ :

وَيَمْضِي بِي التَّفَكِيرِ، تُغْرِينِي نَظْرَةُ ارْتَاهَا قَلَمُ الْإِدْعَاءِ الْعَامِّ عِنْدَ تَحْرِيرِ طَلَبَاتِهِ حَوْصَلَتْ مَوْقَفَ أَصْحَابِ هَذَا الرَّأْيِ، تَتَمَحَوَّرُ حَوْلَ الْقَوْلِ بِالْمَنْعِ وَعَدَمِ الْجَوَازِ - وَفِي مُحَاوَلَةٍ مِنْهُ لَوْضَعِ النِّزَاعِ فِي إِطَارِهِ الصَّحِيحِ بِذِكْرِهِ - لَمَّا تَطَرَّقَ إِلَى التَّدَاخُلِ وَالِإِدْخَالِ قَوْلًا بِوُجُوبِ التَّفَرُّقَةِ بَيْنَهُمَا تَفَرُّقَةً لَا تَقُومُ فِي رَأْيِهِ عَلَى مَجْرَدِ الْاِخْتِلَافِ فِي التَّسْمِيَةِ مِنَ الْوَجْهِ اللُّغَوِيِّ بَلْ تَتَجَاوَزُهُ إِلَى إِدْرَاكِ حَقِيقَةِ الْإِرَادَةِ التَّشْرِيْعِيَّةِ فِي التَّفَرُّدِ وَالِاِخْتِلَافِ بَيْنَهُمَا تَمَثُّلًا فِي إِطْلَاقِ إِجْرَاءِ التَّدَاخُلِ وَالِإِدْخَالِ فِي جَمِيعِ صُورِ الْفَصْلِ 224 دُونَ الْفَصْلِ 153 يَتَحَدَّثُ عَنِ التَّدَاخُلِ لَيْسَ إِلَّا، بِمَا لَا ذَكَرَ مَعَهُ لِإِدْخَالِ فِي الطُّورِ الْاسْتِثْنَائِيِّ فِي غَيْرِ حَالَةِ الْفَصْلِ 154 لَمَّا خَصَّهُ الْقَانُونُ صُلْبُهُ كَحَالَةِ مُعَيَّنَةٍ جَعَلَهُ حَكْرًا عَلَيْهَا بِحَصْرِهِ فِيهَا دُونَمَا عَدَاهَا، الْأَمْرُ الَّذِي لَا تَصَوَّرُ مَعَهُ لَغَيْرِ التَّدَاخُلِ فِي الطُّورِ الثَّانِي كَمَا يُسْتَرَوِّحُ مِنْ صِيَاغَةِ الْفَصْلِ 153 يَتَحَدَّثُ فِي فِقْرَتَيْهِ عَنِ التَّدَاخُلِ بِمَعْنَى عَنِ مَفْهُومِ الْإِرَادَةِ الصَّادِرَةِ عَنِ الْمَتَدَاخِلِ إِرَادَةً تَتَّجِهُ إِلَى مُقَاسَمَةِ أَحَدِ الْخُصُومِ مَرْكَزُهُ وَالِانْضِمَامَ إِلَيْهِ فِي نِطَاقِهِ وَأَنْ تَنْسَحِبَ عَلَيْهِ نَفْسَ الْأَوْضَاعِ وَالْأَحْوَالِ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالطَّرْفِ الْوَاقِعِ الْانْضِمَامَ إِلَيْهِ أَوْ لِتَلَا فِي صُدُورِ حُكْمٍ مِنْ شَأْنِهِ الْإِضْرَارُ بِمَصَالِحِ الْمَتَدَاخِلِ يُخَوِّلُهُ حَقَّ الِاعْتِرَاضِ فَإِنَّهُ تَحَسُّبًا لِتِلْكَ الْمَضْرَرَّةِ وَمِنْ قِبَلِ التَّصَدِّي لَهَا يَتِمُّ التَّدَاخُلُ فِي الْقَضِيَّةِ بِطُورِهَا الْاسْتِثْنَائِيِّ - (وَكَمَا وَرَدَ حَرْفِيًّا تَقْرِيْبًا ضَمَّنَ طَلَبَاتِهِ تِلْكَ).

قُلْتُ بِإِعْرَافِ الرَّأْيِ وَكَدْتُ أَنْسَاقَ إِلَيْهِ بِمَقُولَةٍ وَإِنَّهُ مِنَ الْمُنْتَفِقِ عَلَيْهِ اِخْتِلَافٌ مَعْنَى الْعِبَارَتَيْنِ "التَّدَاخُلُ" و "الِإِدْخَالُ" لَعَنَةً كَمَا سَبَقَ الْقَوْلُ مَنِّي مُقَابِلَ حَدِيثِ النَّفْسِ يُنْظَرُ لِلْمَسْأَلَةِ قَانُونِيًّا وَيَعُدُّ لَهَا عَدَّةَ التَّبْرِيرِ يَتَمَحَوَّرُ حَوْلَ ابْتِغَاءِ التَّشْرِيْعِ تَمْيِيزَ الطَّرْفِ الْمَتَدَاخِلِ الَّذِي يَكُونُ عَلَى بَيِّنَةٍ مِنَ الْأَمْرِ عِنْدَ مُمَارَسَةِ هَذَا الْإِجْرَاءِ - طَالَمَا كَانَ تَدَاخُلُهُ اخْتِيَارًا مِنْهُ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ وَلَمْ يُدْعَ لَهُ - قَبُولًا مِنْهُ مُنْطَلَقًا بِحَرْمَانِهِ مِنَ التَّقَاضِي عَلَى دَرَجَتَيْنِ وَهُوَ الَّذِي تَدَاخُلَ اسْتِثْنَائِيًّا، حَتَّى إِذَا ابْتَعَيْتُ الْاسْتِرْسَالَ لَمْ يُسْعِفْنِي تَفَكِيرِي يَمْتَنِعُ عَنِ مَجَازَةِ الْفِكْرَةِ لَمْ يَسْتَسْغَهَا تَوَافُقًا وَذَاتِ الْمَنْهَجِ الْقَانُونِيِّ وَالْمَنْطِقِ السَّلِيمِ كَمَا سَرَى.

**القول بالإبارة:**

لَمْ يَكُنْتَنَاوُلُ الفِكرَةَ المُتَقَدِّمَةَ وَفَقِيَ المَنْهَجَ المُتَّبِعَ سِوَى مَعْبَرٍ إِلَى رَأْيٍ مُخَالَفٍ صَرُورَةَ إِنْ التَّسْلِيمَ بِهَا - أَيْ الفِكرَةَ - مُؤَدِّ إِلَى القَوْلِ بِحِرْمَانِ الطَّرْفِ المَحْكُومِ عَلَيْهِ مِنْ حَقِّ التَّقَاضِي عَلَى دَرَجَتَيْنِ أَلْيَا رَعْمًا عَنْ إِرَادَتِهِ، وَكَمَا لَوْ كَانَ الأَمْرُ مَوْكُولًا لِأَحَدِ الطَّرْفَيْنِ يَفْرُضُ مَتَى شَاءَ مَوْقِفًا إِجْرَائِيًّا عَلَى الطَّرْفِ المُقَابِلِ لِأَجْلِ القَبُولِ بِهِ إِذَا عَرَفْنَا وَإِنَّ الإِجْرَاءَاتِ مِنْ صَمِيمِ النِّظَامِ العَامِّ لَا يَمْلِكُ الأَطْرَافُ فِيهَا التَّنَازُلَ فِي غَيْرِ القَوَاعِدِ الَّتِي تَهْمُ مَصَالِحَهُمُ الشَّخْصِيَّةَ فَلَا يَتَرْتَّبُ البُطْلَانُ عَنِ المُخَالَفَةِ الإِغْتِرَابِ عِنْدَ الصَّرَرِ يَنْتُجُ لِلْمُتَمَسِّكِ بِالبُطْلَانِ تَطْبِيقًا لِأَحْكَامِ الفِقرَةِ الثَّانِيَةِ مِنَ الفِصْلِ 14 م. م. ت لَا تَتَعَدَّهَا إِلَى الإِجْرَاءَاتِ الأَسَاسِيَّةِ وَقَوَاعِدِ النِّظَامِ العَامِّ لَا يَمْلِكُ الطَّرْفَانِ الاتِّفَاقَ عَلَى خِلَافِهَا كَمَا الشَّانُ مَثَلًا بِالنِّسْبَةِ لِمَرْجِعِ النِّظَرِ فِتْرَائِيَّةٍ خَاصِّ لِلْمَفْهُومِ الأَوَّلِ حَالًا إِنْ حُكْمِيَّةٍ وَاقِعَ ضَمْنِ المَنْظُومَةِ الثَّانِيَةِ، الأَمْرُ الَّذِي سُرِعَانَ مَا أَدَّى إِلَى تَهَاوِيِ الفِكرَةَ تَسْلِيمًا وَإِنَّهَا لَا يُمْكِنُ أَنْ تَدُورَ فِي حَلْدِ المُشْرَعِ يَفْرُقُ حَيْثُ لَا تَجُوزُ التَّفْرِقَةُ وَطَالَمَا تَعَلَّقَ الأَمْرُ بِمَبْدَأِ إِجْرَائِيٍّ أَسَاسِيٍّ يَرْجِعُ إِلَيْهِ وَحْدَهُ تَفْرِيزُ العَمَلِ بِهِ أَوْ تَجَاوُزِهِ كَكُلِّ دُونَ تَمْيِيزٍ - مَا لَمْ يَبْتِغِ مِثْلَهُ تَصْرِيحًا - بِمَا لَا يَمْلِكُ الطَّرْفَانِ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا حَيَالَهُ شَيْئًا.

هَذَا مِنْ جِهَةٍ وَمِنْ أُخْرَى فَإِنَّ المُشْرَعَ صَبَطَ ضَمْنِ البَنْدِ 153 إِطَارَ التَّدَاخُلِ كإِجْرَاءٍ اخْتِيَارِيٍّ فِي الطُّورِ الاسْتِنَافِي قَصْرًا لَهُ عَلَى صُورَتَيْنِ: الأُولَى يَكُونُ فِيهَا طَرَفًا مُنْصَمًا إِلَى أَحَدِ الخُصُومِ وَالثَّانِيَّةُ يَكُونُ فِيهَا ذَا حَقٍّ فِي الاعْتِرَاضِ عَلَى الحُكْمِ، فَمَا مَعْنَى ذَلِكَ؟ لَعَمْرِي وَإِنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَنِ الإِطَارِ العَامِّ مَوْضُوعِ الفِصْلِ 224 فِي غَيْرِ فِقرَتِهِ الأُولَى تَقْيِيدًا لِشُمُولِيَّتِهَا المُسْتَشْفَقَةِ مِنْ عِبَارَاتِهَا "يَحِقُّ لِلغَيْرِ الَّذِي لَهُ مَصْلَحَةٌ فِي القَضِيَّةِ التَّدَاخُلُ فِيهَا فِي كُلِّ طُورٍ مِنْ أَطْوَارِهَا" تَحَدَّثَتْ عَنْ تَدَاخُلٍ مُطْلَقٍ يَمْلِكُ فِيهِ المُتَدَاخِلُ اخْتِيَارِيًّا الإِنْضِمَامَ أَوْ الإِخْتِصَامَ فَبَدَتْ الرِّغْبَةُ التَّشْرِيْعِيَّةُ وَاضِحَةً المَعَالِمِ فِي التَّقْيِيدِ المُوَمَّا إِلَيْهِ لَا يَتِيحُ لِلْمُتَدَاخِلِ اخْتِيَارِيًّا وَفِي الصُّورَةِ الأُولَى غَيْرَ الإِنْضِمَامِ إِلَى أَحَدِ طَرَفِي الخُصُومَةِ الأَصْلِيَيْنِ.

حَتَّى إِذَا كَانَتِ الصُّورَةُ الثَّانِيَّةُ تَعَيَّنَ التَّوَقُّفُ عِنْدَهَا تَقْصِيًّا فَإِذَا هِيَ فِي حَقِيقَتِهَا مُقَابِلَةٌ لِأَحْكَامِ الفِقرَةِ الثَّانِيَةِ مِنْ ذَلِكَ الفِصْلِ "وَيُمْكِنُ لِلخُصُومِ أَيْضًا أَنْ يُطَالَبُوا بِالتَّدَاخُلِ الجَبْرِيِّ أَوْ بِالحُضُورِ لِلحُكْمِ الشَّخْصِ الَّذِي مِنْ شَأْنِهِ لَهُ الحَقُّ فِي الحَدِّثِ فِيهِ بِطَرِيقَةِ الإِعْتِرَاضِ عَلَى الحُكْمِ الَّذِي سَيُصَدَّرُ وَذَلِكَ لِيَكُونَ مُنْسَحَبًا عَلَيْهِ مَعَهُمُ" الأَمْرُ الَّذِي يَدْعُو إِلَى التَّسَاوُلِ عَنْ مَقْصِدِ المُشْرَعِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَهُوَ الَّذِي سَحَبَ ذَاتَ هَذَا الحُكْمِ العَامِّ عَلَى الحُكْمِ الخَاصِّ مَجَالِ الفِصْلِ 153 مَعَ الإِخْتِلَافِ بَيْنَ إِجَارَةِ الإِدْخَالِ الجَبْرِيِّ فِي الحَالَةِ الأُولَى مِنْ جِهَةٍ وَاسْتِعْمَالِ عِبَارَةِ التَّدَاخُلِ فِي الحَالَةِ الثَّانِيَةِ كَمَا لَوْ كَانَ اسْتِنْعَادًا - وَمِنْ خِلَالِ ظَاهِرِ اللَّفْظِ - لِمَسْأَلَةِ الإِدْخَالِ طَالَمَا كَانَ التَّعْبِيرُ المُعْتَمَدُ "لَا يَقْبَلُ التَّدَاخُلُ لَدَى الاسْتِنَافِ" لَعَمْرِي إِنَّ الأَخْذَ بِمِثْلِ هَذَا الفَهْمِ - المُنتِجُ لِنتِيَجَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ تَمَامًا إِجَارَةً مِنْ جِهَةٍ وَمَنْعًا مِنْ أُخْرَى رَعْمًا تَعَلَّقَهُمَا بِذَاتِ الفِكرَةَ مُنْطَلَقًا - لَمَنْ قَبِيلِ العَبَثِ الَّذِي تُصَانُ أَفْعَالُ المُشْرَعِ عَنْهُ، فَكَيْفَ القَبُولُ بِهَذِهِ الفِكرَةَ مُنْطَقًا وَقَانُونًا؟ - أَوْ لَيْسَ القَانُونُ فِي فِلْسَفَتِهِ وَاقِعَ ضَمْنِ مَنظُومَةِ المَنْطِقِ؟ - تَدَاخُلُ مُنَاحٍ لَمَنْ كَانَ لَهُ حَقُّ الإِعْتِرَاضِ وَإِدْخَالُ مَمْنُوعٌ عَنْ إِثْبَانِهِ لِمَجْرَدِ كَوْنِهِ قَسْرِيٍّ وَغَيْرِ اخْتِيَارِيٍّ حَالًا إِنْ المُنْتَهَى وَاحِدٌ وَفَقِ الشَّرُوحَاتِ السَّابِقَةِ بَعِيدًا عَنِ المُبَرَّرَاتِ المُعْتَمَدَةِ لَرَدِّ الإِمْكَانِيَّةِ الثَّانِيَّةِ وَالمُنْتَهَى إِلَى عَدَمِ صِحَّةِ الأَخْذِ بِهَا.

فَأَيُّ فَرْقٍ يَا تَرَى بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ كَيْ يَتَّخِذَ المُشْرَعُ رَأْيَيْنِ مُتَنَاقِضَيْنِ؟ وَهُوَ الَّذِي قَرَّرَ جَوَازَ حُضُورِ طَرَفٍ ثَالِثٍ فِي الطُّورِ الاسْتِنَافِي إِذَا كَانَ لَهُ حَقُّ الإِعْتِرَاضِ، وَهَلْ مِنْ مَعْنَى لاسْتِنْعَادِهِ لَمَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ مُقَابِلِ الإِتَاحَةِ اخْتِيَارًا مِنْهُ؟ وَمَا وَجْهُ التَّفْرِقَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا سَنَدٌ قَانُونِيٌّ وَفِقْهِيٌّ يَكُونُ أَسَاسًا لِمِثْلِ هَذَا التَّمْيِيزِ؟

تساؤلات عدة أطرحتها فلا أجد لها جواباً - قانونياً حتى وإن كان غير مُفنع ، بل إن العكس يبدو الوجه تماماً، ذلك إنه وعلاوة على الشروحات المُستفيضة السالفة فإن المضي فيها مؤد إلى القول بانعدام التفرقة في هذا المجال تأسيساً على مُعطيات قانونية أخرى تدعم هذا الرأي تمثلاً في موجبات الفقرة الأخيرة من الفصل 225 "للمحكمة أصالة منها وفي كل حين أن تأمر بإدخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضرورياً لتقدير النزاع" فهل يُستبعد هذا الحكم في الطور الاستثنائي؟ إن كان الجواب بالإيجاب فإن مؤداه التسليم لمحكمة الدرجة الأولى بهذا الحق منعاً له في المقابل عن محكمة الدرجة الثانية مما لا تصور له البتة طالما كانت هذه المحكمة الأخير ذكرها مُنتصبة كمحكمة موضوع وكما لو كانت محكمة البداية تُنقل إليها الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المُستأنف في خصوص ما تسلط عليه الاستئناف وفق المادة 144 الواجبة الاعتماد في حالتنا الزاهنة - بما لا تناقض معه مع الشرح السابق ضرورة وإن قرار محكمة الاستئناف في هذه الصورة لم يتخذ بعد حول مسألة الإدخال من عدمه فتكون الدعوى المنقولة إليها بذات الحالة الابتدائية موضع تقديرها ترى معه في ما قد ترى الإدخال لتقدير النزاع مما أغفلته محكمة البداية عن صواب أو عن خطأ -، الأمر الذي يكون معه الإنهاء إلى عدم جواز القبول بمنع محكمة الدرجة الثانية من ممارسة صلاحياتها التقديرية وإلا بات دوزها مقللاً عن دور محكمة البدء بما لا يستقيم الأخذ به البتة ليتعارضه والمبدأ موضوع الفصل 144 المُستعرض مفهوماً ينتهي بمحكمة الاستئناف إلى جواز الإدخال تأمر به إن رآته محتماً كقرار يُنقل الدعوى المعروضة إلى مرحلة جديدة ذات طرف ثالث مُدخل قسراً في الطور الثاني، دون إغفال الإشارة في هذا الصدد إلى ورود تقرير الإدخال من المحكمة ضمن الفصل 225 المُتعلق بتنظيم إجراءات التداخل أو الإدخال عموماً إجراءات مُنسحبة أحكامها على الطورين قطعاً أي في سياق الأحكام العامة التي تهّم المحكمة بعيداً عن صور الفصل 224- المُتقدم - الخاصة بالخصوم إن المُتداخل على إطلاقه أو أحد طرفي الخصومة مطالباً بالإدخال الجبري كطرف جديد، هذا الفصل الذي شملته بعض القيود الاستثنائية في الطور الثاني - ومن زاوية مُحددة لئلا يُنقل إلى القبول بهذا الموقف محتّم في نظري وفق الشروحات المُستفيضة حتى إذا تساءل البعض - إن سلم بمثله - عن أمر الطلبات الجديدة كان الرد وإن مثلها يكون جائز الحصول على ضوء ما سيفرزه الإدخال الموماً إليه بما لا تتريب معه وقد أتت حينئذ في الطور الثاني، إذا عرفنا وإن عبارة "لتقدير النزاع" مُطلقة المفهوم طالما كان ذلك التقدير مُرتبطاً بكل حالة على حدة ووفق فريضات عدة تختلف باختلاف المُعطيات الواقعية وما تقتضيه فكما يكون الواقع إدخاله مُنصباً إلى الطرف المُحكوم عليه موجباً لمواجهته بالطلبات السابق مواجهته المُحكوم عليه مُطلقاً بها - وإلا فقد الإدخال كنهه وزال موجب تقريره - قد يأخذ صبغة هجوميّة اختصاصيّة ولئن كانت غير مُتاحة له اختياريّاً - إن لم يكن له حق الاعتراض المُوجب لقبول تداخله الهجومي الاختصاصي - فإنه بات يملكها بقرار إدخاله الجبري من طرف المحكمة يُحوّل لها التشريع مثل هذه الصلاحيات، في دلالة أخرى على مرمى التشريع يقتضي حكماً خاصاً بالمُتداخل استثنائياً يُقيده بصواب لا يتعداها مُبقياً ما زاد تحت طائلة الأحكام العامة. وإني لأزعم في هذا السياق إن المُشرع لو كان يستهدف غير هذا الرأي لحسم الأمر عبر صياغة أخرى للفصل 153 لا تكلفه كبير عناء - فضلاً عن وجوبية مثلها للقول بالمنع المنتهي إليه في نظر البعض - لو كان يُبتغيه فعلاً - والذي وجب أن يكون منعاً صريحاً من جهة توافقاً من أخرى والقاعدة المبدئية الواردة بالفصل 534 من مجلة الالتزامات والعقود "إذا خص القانون صورة معينة بقي على إطلاقه في جميع الصور الأخرى" - كصياغة تكون قائله حينئذ "لا يُقبل الإدخال لدى الاستئناف، أما التداخل فلا يُقبل إلا إذا كان بقصد الانضمام إلى أحد الخصوم أو كان التداخل من شخص يكون له حق الاعتراض على الحكم" أما ومثله لم يحصل فدليل قاطع على إطلاق الأمر وفق الموجبات العامة عدى صورة التداخل بالمقيدة كما أومأنا والمُحددة بحالتين في نظرة خاصة بهذا الوجه يأتيه الطرف الثالث تلقائياً لا أكثر ولا أقل.

س غير - وفق ما سبق بيانه إبقاء على الإطلاق في ما لم يشملهُ التقييد.

كشّرح مُفَضِّ في خُلَاصَتِهِ صُرُورَةَ إِلَى إِجَارَةِ تَقْدِيمِ طَلَبَاتٍ جَدِيدَةٍ فِي صُورَةِ الإِدْخَالِ مِنْ طَرَفِ المَحْكَمَةِ بِالطَّوْرِ الثَّانِي، اِعْتِبَارًا وَإِنَّ خِلَافَهُ المُتَمَخَّرَ حَوْلَ اِنْعِدَامِ الإِمْكَانِيَّةِ المُوَمَّا إِلَيْهَا إِنَّمَا يُفَرِّدُ نَتِيَجَتَيْنِ مُخْتَلَفَتَيْنِ لِلإِجْرَاءِ نَفْسِهِ بِاِخْتِلَافِ الطَّوْرَيْنِ وَتَأْسِيسًا عَلَى قَاعِدَةٍ تَأْكُدُ عَدَمَ اِنْتِبَاقِهَا عَلَى الحَالَةِ المَعْرُوضَةِ بِمَا لَا يَسْتَقِيمُ قَانُونًا اِحْتِكَامًا إِلَى ذَاتِ التَّحْلِيلِ السَّابِقِ.

#### - الإِنْذِهَالُ مَنَاطِ الفِصْلِ 154 م م م تَوْصِي حَبِيَّتِهِ لِلقَوْلِ بِالْمَنْعِ

وَإِذْ تَقَرَّرَ هَذَا المَفْهُومُ تَعَيَّنَ الحَدِيثُ عَن صُورَةِ الفِصْلِ 154 مِنْ نَفْسِ المَجْلَّةِ - وَالتِي اِعْتَمَدَهَا البَعْضُ لِلتَّوْدِيلِ عَلَى قِصْرِ الإِدْخَالِ الجَبْرِيِّ فِي الطَّوْرِ الثَّانِي عَلَيْهَا اِمْتِدَادًا لِسَابِقِهِ 153 تَدَاخُلًا - مِمَّا لَا مَجَالَ لِلأَخْذِ بِهِ اِعْتِبَارًا وَإِنَّهَا صُورَةٌ مُسْتَقَلَّةٌ بِذَاتِهَا أوردَهَا المَشْرَعُ فِي إِطَارِ خَاصٍ بِخُصُومِ الطَّوْرِ الاسْتِنَافِيِّ المَحْكُومِ عَلَيْهِم - المَشْمُولِينَ بِحُكْمِ البِدَايَةِ أَيِ إِنَّهُمْ لَيْسُوا غَيْرًا تَنْطَبِقُ عَلَيْهِمُ أَحْكَامُ التَّدَاخُلِ وَالإِدْخَالِ وَفَقَ مَنْظُورِ الفِصُولِ 153 وَ 224 وَ 225 - وَالذِينَ اسْتَأْنَفَ بَعْضُهُمْ دُونَ البَعْضِ الأُخْرَ مُوجِبًا بِذَلِكَ لِإِدْخَالِهِمْ بِمَعْنَى مُخْتَلَفٍ عَنِ المَعْنَى الأَوَّلِ ذَلِكَ إِنَّ تَلْكَمُ المَادَّةِ إِنَّمَا مَثَلَتْ صُورَةً مَخْصُوصَةً قَائِمَةً بِذَاتِهَا لَا عِلَاقَةَ لَهَا بِالإِدْخَالِ فِي مَفْهُومِهِ المُنْسَحَبِ عَلَى الغَيْرِ، وَلَقَدْ أوردَ المَشْرَعُ الأَحْكَامَ مَوْضُوعَهَا فِي صِيغَةِ الوُجُوبِ الإِجْرَائِيِّ بَعِيدًا عَنِ الصُّورِ الإِخْتِيَارِيَّةِ مَنَاطِ المَوَادِّ 153 وَ 224 وَ 225 المَتَقَدِّمَةِ الذِّكْرَ فَلَمَّا كَانَتِ الثَّلَاثُ الأَخِيرَةُ مُتَعَلِّقَةً بِالمُتَدَاخِلِ فِي الاسْتِنَافِ وَالمُتَدَاخِلِ اِبْتِدَائِيًّا وَالوَاقِعِ إِدْخَالَهُ جَبْرًا بِاِخْتِيَارِ مَنْ الخُصُومِ أَوْ بِأَمْرِ المَحْكَمَةِ تَقْدِيرًا مِنْهَا لِحُسْنِ سَيْرِ التَّدَاعِي فَإِنَّ الصُّورَةَ الرَّاهِنَةَ وَجُوبِيَّةً إِجْرَائِيًّا لَا تَحْتَمِلُ اجْتِهَادًا وَلَا تَقْدِيرًا، أَذْهَبَ فِي ذَلِكَ إِلَى القَوْلِ بِالرَّامِيَّتِهَا لِطَرَفِ المَحْكُومِ عَلَيْهِ المُسْتَأْنَفِ دُونَ بَقِيَّةِ المَحْكُومِ عَلَيْهِمْ تَوْجِبُ تَلْكَمُ المَقْتَضِيَّاتِ إِدْخَالَهُمْ بِمَعْنَى شُمُولِهِمُ بِالطَّعْنِ المَرْفُوعِ مِنْ طَرَفِهِ مُنْذُ البِدَايَةِ فَالْقِيَامُ لِأَحْقًا بِمُوجِبَاتِ الاسْتِدْعَاءِ وَتَحْرِيرِ المُسْتَأْنَفَاتِ وَكُلِّ مَا تَتَطَلَّبُهُ إِجْرَاءَاتُ الطَّعْنِ حَتَّى إِذَا لَمْ يَفْعَلْ بَاتَ طَعْنُهُ مَعِيَبًا مُحْتَمًا لِرَدِّهِ سَكَلًا ذَلِكَ إِنَّ مَوْقِفَ المَحْكَمَةِ فِي هَذَا المَجَالِ لَا يَتَعَدَّى مُعَايِنَةَ مَدَى صِحَّةِ الإِجْرَاءِ المُتَّبَعِ تَسْجِيلًا لِعَيْبِهِ إِنْ كَانَ وَتَرْتِيبًا لِالأَثَرِ عَنْهُ بَطْلَانًا رُجُوعًا إِلَى قَاعِدَةِ الفِصْلِ 14 م م م ت وَفَقَرْتِهِ الأُولَى "يَكُونُ الإِجْرَاءُ بَاطِلًا إِذَا نَصَّ القَانُونُ عَلَى بَطْلَانِهِ أَوْ حَصَلَ بِمُوجِبِهِ مَسَاسٌ بِقَوَاعِدِ النِّظَامِ العَامِّ أَوْ أَحْكَامِ الإِجْرَاءَاتِ الأَسَاسِيَّةِ وَعَلَى المَحْكَمَةِ أَنْ تُثِيرَهُ مِنْ تَلْفَافٍ نَفْسَهَا" شَأْنُهَا فِي ذَلِكَ حِينَ يُمْسِكُ الطَّاعِنُ مَثَلًا عَنِ اِحْتِرَامِ مُوجِبَاتِ الفِصْلِ 134 م م م ت كَلًّا أَوْ بَعْضًا كَالاسْتِدْعَاءِ أَوْ تَقْدِيمِ نُسْخَةِ حُكْمِ البِدَايَةِ وَمَا إِلَى ذَلِكَ تَصْرِيحًا بِرَفْضِ الاسْتِنَافِ سَكَلًا دُونَ دَعْوَةِ الأَطْرَافِ إِلَى تَلَافِي ذَلِكَ الخَلَلِ تَعَايِنُهُ وَتَرْتِيبًا لِالأَثَرِ عَنْهُ جَزَاءً كَمَا هِيَ صُورَةُ الحَالِ، حَتَّى إِذَا قَدْ يُقَالُ وَإِنَّ مَفْهُومَ ذَلِكَ مُتَمَثِّلٌ فِي إِثْبَانِ طَعْنِهِ مُنْطَلَقًا فَاِنْتَظَارَ بَدءِ سَيْرِ القَضِيَّةِ يَتَوَلَّى أَثْنَاءَهَا إِدْخَالَ بَقِيَّةِ المَحْكُومِ عَلَيْهِم - تَقْدِيمًا بِظَاهِرِ اللَّفْظِ "إِدْخَالَ" - كَانَ الجَوَابُ وَإِنَّ مَثَلَهُ غَيْرُ وَارِدٍ فِي ذَهْنِ المَشْرَعِ الحَرِيصِ عَلَى حُسْنِ سَيْرِ الخُصُومَةِ وَسُرْعَتِهَا - مَا أَمَكَّنَ الإسْرَاعَ فِي حُدُودِ الصُّوَابِطِ الإِجْرَائِيَّةِ التِّي نَحَتْ عُمُومًا وَمُنْذُ تَنْقِيحِ 1 سِبْتَمْبَرِ 1986 خُصُوصًا هَذَا المَنْحَى - بِمَا لَا يَقْبَلُ مِثْلَ هَذَا التَّأخِيرِ اِنْتَظَارًا لَطَعْنِ مُحْتَمَلِ لِبَقِيَّةِ المَحْكُومِ عَلَيْهِمْ قَدْ يَحْصُلُ وَقَدْ لَا يَقَعُ، فَقَدْ يَحْدُثُ مَثَلًا أَنْ يَتَوَلَّى المَحْكُومُ لَهُ - قِصْدًا أَوْ سَهْوًا - إِعْلَامَ بَعْضِ المَحْكُومِ عَلَيْهِمْ دُونَ البَاقِيْنَ بِمَا يَجْعَلُ الأَخِيرِينَ غَيْرَ عَالِمِينَ قَانُونًا بِالحُكْمِ الصَّادِرِ ضِدَّهُمْ وَبِالتَّالِيِ غَيْرِ مُطَالِبِينَ بِمَمَارَسَةِ الطَّعْنِ أَصَالَةً طَالَمَا يَبْقَى أَجَلُهُ مَفْتُوحًا لَا يُقَيِّدُهُ غَيْرُ الإِعْلَامِ، وَقَدْ يَقْبَلُ ذَلِكَ المَحْكُومُ عَلَيْهِ بِالحُكْمِ الصَّادِرِ ضِدَّهُ فَلَا يَرُومُ اسْتِنَافَهُ لِسَبَبٍ أَوْ لآخَرَ، مُوَكَّدًا فِي هَذَا المَجَالِ عَلَى أَنَّ القَبُولَ بِهَذَا المَوْقِفِ يَعْنِي تَوَلَّى الرُّوجِ مُدْعِيِ الطَّلَاقِ اِنْتِشَاءً الطَّعْنِ فِي الحُكْمِ الصَّادِرِ ضِدَّهُ بِالعَرَامَاتِ يَعْتَبِرُهَا مُشْطَّةً دُونَ القِيَامِ بِمُوجِبَاتِ الاسْتِدْعَاءِ بِعِلَّةِ اِحْتِمَالِ اسْتِنَافِ الرُّوجَةِ ذَاتِ الحُكْمِ تَعْتَبِرُهَا مِنْ جِهَتِهَا مُقَلَّةً مِمَّا لَا يَقْبَلُ، وَجُوبًا لِقِيَامِ كُلِّ طَرَفٍ بِإِجْرَاءَاتِ الطَّعْنِ المُفْتَرَضَةِ مِنْ جَانِبِهِ صَمَانًا لِصِحَّتِهِ الشَّكْلِيَّةِ، تَقْرِيرًا لِالأَثَرِ لَصَمِّ القَضِيَّتَيْنِ مِنْ طَرَفِ المَحْكَمَةِ وَمَا إِلَى ذَلِكَ مِنَ الصُّورِ وَالحَالَاتِ التِّي لَا مَجَالَ لِلإِتْغَرَاقِ فِي افْتِرَاضَاتِهَا المُتَعَدِّدَةِ تَفْتَرِضُ جَمِيعَهَا شُمُولَ الطَّعْنِ لِأَصْحَابِهَا مُنْذُ البِدَايَةِ مِمَّا عَبَّرَ عَنْهُ التَّشْرِيحُ بِتَلْكَمِ اللَّفْظَةِ "إِدْخَالَ".

ومثل هذا المنحى تُعزّزه بلا جدال العبارات المُعتمَدة في صياغة الفصول ذات الصلة - باللّغة الفرنسيّة - دون تأثير لما قد يُقال وإنّ النصّ المُعتمَد هو النصّ العربيّ قانوناً - ممّا لا جدال حوله - ولكنّ هو الاستئناس يُفرض ذلكمّ الرُّجوع تَدليلاً على المعنى المقصود من طرف المُشرِّع وتكريساً للمفهوم المنتهى إليه أنّاً لتعيبه العبارة المُستعملة " الإدخال " فإذا كان الاحتكام المذكور تبيّن اعتاد التّشريع عبارة "intervention'Ide" عنواناً للباب الأوّل من الجزء السادس من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجارية، مُورداً في صياغة الفصل 224 :

«Tous tiers ayant intérêt au procès – verbal a le droit d'intervenir en tout état de cause. Les parties peuvent aussi assigner en intervention forcées à intervenir par voie de tierce opposition.».

تماماً كما الشأن بالنسبة للفصل 225 :

La demande en intervention volontaire ou forcée est introuite selon les règles..... le tribunal peut d'office, et en tout état de cause, ordonner l'intervention d'un tiers dans une procédure lorsqu'il estime que la présence de ce dernier est indispensable à l'appréciation du litige ».

ليأتي البند 154 وفق الصيغة التالية :

Si l'objet de la condamnation est indivisible, toutes les parties succombantes doivent être appelées en cause, même si quelques – unes d'entre elles seulement ont fait appel».

بما يُعني ولو حده عن مزيد التعليق، فلنتناول العبارة المُعتمَدة في الصورة الأخيرة من الفصل 154 "DOIVENT ÊTRE APPELÉES EN CAUSE" نحاول تَرْجَمَتَهَا "تجب دَعْوَتُهُمْ" والدعوة لِبَعْضِ أطراف الطُّور الابتدائيّ تتطلّب الاستدعاء وتقتضيه في الطور الاستئنافيّ يَشْمَلُهُمْ صُلْبُهُ كما شَمَلَهُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ لَصُرُورَتِهِ الحتمية تنعكس على حُسن سير النّظر في الطُّور الثاني بما لم يعد يملك معه أحد التّحلّل أو التّفصي أطرافاً أو محكمة، فكان إجراء واقعا - وعلى صورته تلك - في خاتمة الإجراء الأساسيّ المُمْتَد حُكْمُهُ إلى قواعد النّظام العامّ ذاته طالما لم يكن مُحَوَّلاً للأطراف التنازل عنه ولو برضاهم لسبب أو لآخر، وكذا الشأن بالنسبة للمحكمة كما أومأنا يَمْنَعُ عنها أيّ اجتهادٍ أو تقديرٍ مُخالفٍ أيّاً كان السّبب.

حتى إذا كان هذا القول وجدّ له تدعيماً سنده فقه مصريّ يذهب إلى ما يكاد يُقابله موقفاً - لولا كنيّة تقرير الجراء المترتب يعتبره ذلكمّ القضاء غير آليّ كما سنشرح لاحقاً -، في عرض موجز لِبَعْضِ مقال الدكتور أحمد أبو الوفاء بمؤلفه "نظريّة الدفوع في قانون المرافعات" ص 865 وتحت عنوان "عدم قبول الطعن لعدم اختصاص كل المحكوم لهم أو كل المحكوم عليهم في الدعاوى التي لا تقبل التجزئة أو التي يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها" فيقول "في الدعاوى المُشار إليها في المادة 218/2 إذا تعدّد المحكوم عليهم أو تعدّد المحكوم لهم، ورفّع الطعن من بعض المحكوم عليهم أو رفع على بعض المحكوم لهم وجب اختصاص الباقيين من المحكوم عليهم أو من المحكوم لهم حسب الأحوال، فإذا لم يتم ذلك بواسطة (باقي المحكوم عليهم أو الطاعن على التوالي) وجب على المحكمة ومن تلقاء نفسها تكليف الطاعن باختيار الباقيين من المحكوم عليهم أو المحكوم لهم، وإذا لم يمثّل الطاعن ( وجب على المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقضي بعدم قبول الطعن "أوردته استئناساً مرغوباً فيه لتشابه الحكمين التونسي والمصريّ أو يكاد في هذا الإطار لولا اختلاف الرأي جراء، ذلك إنّه ورغم ما ذهب إليه ذلكمّ الفقه المقارن من عدم القبول بالطعن فإنه علقه على دعوة المحكمة الطاعن إلى التلافي فإن لم يفعل ترتب الجراء عبر ردّ الطعن بما لا يستقيم من هذه الوجهة إذا سلّمنا بمثل ذلك الجراء أثراً يكون مؤداه ترتيبه آلياً ودون جواز الدعوة إلى التدارك طالما كان السّماح بمثله مخالفاً للطبيعة الإجرائية وأحكامها الأمرة ترتب البطلان بالنص الصريح أو وفق موجبات الفقرة الأولى من الفصل 14 م م ت، وبما لا علاقة له في الصورة الراهنة بمصلحة الأطراف والقواعد الإجرائية التي لا تتعداهم مناصب الفقرة الثانية من ذات الفصل.

ولزيادة توضيح المعنى أورد مؤقفاً قضائياً لمحكمة الاستئناف ببزرت تَصَمَّنَهُ قرارها عد3315 عدد الصادر بتاريخ 14 أبريل 2003 أسسته على جملة من الأسانيد لعله من المفيد استعراضها فإذا هي قائلة:

"حيث يتبين بالرجوع إلى أوراق الحال إغفال الطاعن رفع استئنافه في مواجهة المحكوم عليه وإيائه بالتضامن بأداء جملة المبالغ موضوع الطلب المدعو "فلان" الذي كان طرفاً في الأمر بالدفع المستصدر من لدن السيد رئيس المحكمة الابتدائية ببزرت بصورة كان حرياً معها بالمستأنف وقد طعن فيه أن يعتبر المحكوم عليه المذكور طرفاً في الاستئناف ويستدعيه تبعاً لذلك فلا جدال وإن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وفق أحكام الفصل 144 من م م م ت ولا يمكن لمحكمة الاستئناف أن تنظر إلا في خصوص ما وقع الاستئناف في شأنه بصريح لاجه 145 الأمر الذي لا تصور معه لاستيفاء الطعن مقوماته في غياب من ذكر و تأسيساً على مقتضيات القانونية المستعرضة والتي تكمل بعضها بعضاً مما تستكمل صورته مقتضيات الفصل 154 من م م م ت التي يجب استعراضها كتكملة للأسس القانونية السابقة وتأكيداً على تكاملها جميعاً وتربطها بهذا البند قائلاً "إذا تعدد المحكوم عليهم واستأنف البعض دون الآخر وكان موضوع الحكم لا يتجزأ وجب إدخال بقية المحكوم عليهم في القضية و يكون الحكم كذلك إذا كان الطعن في الحكم من أحدهم من شأنه لو يقبل أن يجعل الحكم بتمامه فاقد الأساس" فتبين والحالة تلك الرابطة بين مختلف هذه الفصول وبما كان معه وصول المشرع إلى موجبات هذا الفصل نتيجة للأحكام السابقة وتوجيهاً لمضمونها الأمر الذي يكرس صحة التوجه الذي انتهت إليه هذه المحكمة بما لا يصححه لاحقاً إجراءً جديداً خلافاً لما قد يراه البعض فكلمة "إدخال" الواردة بالفصل 154 المستعرض إنما تعني في هذه الصورة إقحام من ذكر في الطعن منذ البداية واعتباره طرفاً في الطعن مما لا علاقة له بمقتضيات الفصل 224 وما بعده م م م ت إذا عرفنا أن الفصل 153 من هذه المجلة يتيح التداخل في الطور الاستئنافي من طرف شخص يكون له حق الاعتراض على الحكم أو بقصد الانضمام إلى أحد الخصوم بما يختلف عن الإدخال موضوع الحال في كونه وجوهه وبالتالي فإن صورة الحال مختلفة تماماً عنه ولعمري فإن المنحى الواقعي يكرس ذلك الأساس القانوني ويدعمه اعتباراً وإن الضرورة تحتم التعرف إلى موقف أحد المقام عليهم منطلقاً فالمحكوم عليهم لاحقاً لما لذلك من تأثير حاسم وجوهي على مآل نظر محكمة الدرجة الثانية قبولاً بوجهة الطعن وبالتالي بانعدام وجاهة القيام من أساسه ككل أو الأخذ ببعضه دون البعض الآخر وما إلى ذلك من الافتراضات المتوقعة والتي تستوجب حضور كافة الأطراف المشمولين بالنزاع توصلاً والأمر على ما هو عليه إلى عيب الطعن الرهن من الوجهة الشكلية وقد استبعد من ذكر تصريحاً برفضه تطبيقاً لموجبات الفقرة الأولى من الفصل 14 م م م ت تجاوزاً عن طلب قرن قضية الحال بالقضية ع\*\*\* عدد جلسة اليوم اعتباراً وإن ذلك يقتضي تبين اتحاد الوجهة الشكلية للطعن المرفوع مما لم يحصل طالما انتهت المحكمة إلى رد الطعن موضوع القضية الرهنة شكلاً".

فإذا قد يقال بغير هذا الرأي من طرف البعض (- يبرر من زاوية أخرى تمثلها في أن العبارة المستعملة "الإدخال" منتفاة يدل لفظها على معناها وإن المقصود منها الإدخال بمفهومه الواسع وكحالة من حالاته الجبرية استئنافياً يقتضي ذلك ظاهر النص وباطنه من خلال عبارة "واستأنف البعض دون الآخر" وتحديدًا "بما يدل على عدم العلم منطلقاً بمدى استئناف بعض المحكوم عليهم من عدمه مما قد يحصل لاحقاً، حتى إذا كان نظر القضية وتبين عدم استئنافهم وقع إدخالهم الآلي (-) لم يكن ذلك ليغير من المفاهيم السابقة، فلا ينهض مثله حجة للدفع بأن المشرع قصر حالة الإدخال الإلزامي استئنافياً على تلك الصورة وحدها، إذا عرفنا وأنها مثلت حالة وجوبية ملزمة للجميع يأتيها وجوباً الطرف المستأنف ويتحمل تبعه عدم الإتيان بها مقابل معاينة المحكمة وترتيب الأثر عن الإمساك عنها إجراءً، كتوجه مفض إلى القول بأنه ومع التسليم - جلاً - بصحة الموقف الثاني من هذه المسألة فإن ذلك يبقى واقعاً ضمن إطاره المحدد لا يتعداه، وإن مثله لا يقوم البتة سنداً للتسليم بكونه صورة الإدخال الوجوبية الوحيدة في ذلك الطور الاستئنافي، قولاً يكون مؤداه أيضاً عدم اعتبار حالة الفقرة الأخيرة من الفصل 154 متاحة استئنافياً - حال إنه سبق الانتهاء إلى كونها محوالة للمحكمة في الطور المذكور -، ويكون حينئذ اعتماد هذا المقتضى

الخاص ليرد ما زاد عنه غير وجه ولا صائب، وإن هي إلا صورة مخصوصة واقعة خارج الحالات الاختيارية - المؤكولة إن للأطراف أو للمحكمة في نطاق تقديرها يرتب أحدهم إدخال الغير جبراً - حال إن صورة البند 154 المذكور ملزمة للجميع إتياناً أو معاينة كما سلف بيانه والفرق واضح جلي لا يستشك منه حصر ولا قصر أو إقصاء.

**فدى تلاؤم الشروحات ومنتهى القرار**

**· خلاصة الشروحات السالفة :**

لعله يكون محبداً - وقد بلغ الحديث بي منتهاه - إيراد خلاصة الشرح السابق فأقول وإن التداخل - التلقائي - على إطلاقه انضمامي أو اختصاصي (الفقرة الأولى من الفصل 224) أما الإلزامي أو بالحضور للحكم فيأتيه الخصوم يرومونه لمن له حق الاعتراض (الفقرة الثانية من الفصل 224) وهكذا فلا جواز للإدخال الجبري لغير هذا الشخص، هذا في ما يهم الأطراف، أما المحكمة فلها مطلق التقدير تأذن بالإدخال قصد تقدير النزاع (الفصل 225 فقرة أخيرة)، كل ذلك في الطور الابتدائي حتى إذا كان مثيله الاستئنافي لم يجز التداخل - التلقائي - إلا في حالتين : أولى انضماماً لا اختصاصاً وبالتالي فإن منع المطالبة قائم بلا جدال له أو عليه وثانية ممن له حق الخدش في الحكم اعتراضاً (الفصل 153) أما الإدخال الجبري فجانز طلبه من قبل الخصوم (الفقرة الثانية من الفصل 224 المنطبقة على الطورين) تتجاوز فيه الطلبات حتى، تماماً كما أمر محكمة الدرجة الثانية تنسحب صلاحيات ممثلتها في الدرجة الأولى عليها بدورها دون زيادة أو نقصان (ذات الفصل 225 فقرة أخيرة) وبما يمتد إلى الطلبات تتجاوز أيضاً.

وقائع القرار ومنتهى الشروحات :

فإذا كانت هذه الحوصله رُجوعاً إلى أوراق الحال تبين وجه الحسم يملك مدخله عبر الإجابة عن سؤال وحيد تمخوره حول مداخلة شركة التأمين "ستار" - المعقبة - في الاعتراض على القرار الاستئنافي المطعون فيه من طرفها وهي التي أدخلت إلزامياً لا من قبل المحكمة بل بطلب أحد أطراف الخصومة ؟

إن كان الجواب إيجاباً لم يكن بد من القول بصحة الإدخال لا شية فيه ووجهة مطالبتها بالحلول محل مؤمنها.

أما وإن كان الجواب نفيًا فإدخالها غير صحيح فضلاً عن مطالبتها بالأداء طالما كان ذلك خارج صورة الفقرة الأولى من الفصل 224 تماماً وعن صورة الفصل 153 لعدم تعلق الأمر بتداخل، كما وعن حالة الفقرة الثانية من المادة 224- في غياب حق الاعتراض الكفيلة حالته وحدها بإجازه المنل استئنافياً - علاوة على خروج الصورة أيضاً عن إطار الفصل 225 وفقرته الأخيرة كما سلفت الملاحظة.

**مدى أهمية الاعتراض على القرار الاستئنافي**

وإذ كان هذا التسليم تبييناً للصورة الزاهنة جزئاً مثله إلى التساؤل عن مدى قيام حق الشركة المؤمنة في الاعتراض على القرار الاستئنافي لو صدر على حالته بين أطراف حكم البداية، فأردت بوقوعه ضمن منظومة الإتاحة المخولة لها، إذ ورغم الدفع بنسبية الأحكام ستكون هذه الشركة مواجهة لاحقاً بما أقره القرار المذكور لفائدة المتضرر المحكوم له لما يقوم مؤمنها المحكوم عليه بعد إخراج شركة التأمين "الإتحاد" التي لم تعد معنية بالتداعي لعدم قيام علاقة الإجارة بين المحكوم له ومؤمنها - بمطالبتها بأداء المبالغ المحكوم بها عليه والتي سددها لصاحبها الذي لم يعد معنياً بالأمر تحصيلاً على مستحقاته ولا علاقة له بما قد يجد من خلاف بين المؤمن والمؤمن، فهب إن نزاع الأولى امتد ليشمل نسبة السقوط العالق بالمتضرر، ولتفترض جواز ذلك بدلاً تولى لإدخاله في النزاع الجديد وجواز النظر مجدداً في ما سبق الانتهاء إليه بتغير المعطيات الواقعية، قد يقال وإن ذلك لا يطرح إلى حد الآن إشكالاً، فأجيب وماذا لو يتوفى المتضرر ويتعدى التثبت مجدداً من حقيقة ضرره كما يتبعيه الشركة المؤمنة، أفلا يكون حقها ذاته قد أهدر، ويستحيل التلافي، فرضيات سفتها على سبيل الجدال لتأكيد أهمية الاعتراض اللاحق يتوقعه أحد الأطراف فيعمد إلى طلب الإدخال الجبري، كل ذلك مما كان متعيّناً على قضاء الموضوع تناوله بالتقصي من خلال المعطيات المتوفرة لديه - مما لم يحصل على ما يبدو، على الأقل من خلال لائحة قرار الحال - دون تأثير على كل حال طالما كان مناط

التعليق محكوماً بمقتضيات الإدخال الجبري في الطور الاستئنافي جوازاً أو منعاً حتى إذا عُرِفَ موطن الخلاف وتجلت ماهية الإشكال القانوني المطروح وتحددت طبيعته كان مثله كافياً للتسليم بهذا الرأي وتدعيمه فإن لم يكن فلمناقشته ودحضه، احتكاماً في الحالتين إلى ما قد يكون غاب عني من عناصر واقعية أو فقهية سهواً أو جهلاً لا أملك معه غير الاعتذار.

#### مدى سلامة تسبيب محكمة الاستئناف

وُصُولاً إلى وجوب الإشارة وإن قِصَاءَ محكمة الاستئناف ولئن كان سليماً في إلزام الشركة المعقبة بالأداء فإنه لم يكن كذلك في تبريره الذي لم يوفق فيه فالدفع بكون الشركة المذكورة منضمة إلى مؤمنتها بما يجيز الحكم عليها لم يكن تبريراً موقفاً لمخالفته بدوره الأحكام المشروحة إذ تكون وفق هذا الأساس المعتمد غير معنية بالإدخال فضلاً عن مطالبتها بالأداء، ويكون حينئذ القول بجواز إدخالها انضماماً وأنسحاب الطلب عليها ليس بصفتها مدينة أصلية وإنما قصد الانضمام للمدين الأصلي (هكذا كما ورد بقرارها وحسب لائحة القرار التعقيبي) من قبيل القول بالشيء وتقضيه بما لا يستقيم قانوناً، الأمر الذي كان يقتضي تبريراً مغايراً تماماً يتوافق والشروحات السابقة تصح النزاع في إطاره وترتب الأثر القانوني الملائم.

#### خاتمة

تك بعض الحواطر سُفِّتْها، أوحى بها هذا القرار المبدئي تناولته من وجهة نظر قد تبدو غريبة، وإن انتهيت معها إلى الإصداع برأي مخالف فمما فعلته دون مواربة وحتى قبل اكتمال بعض الفكر -اعتباراً لبعض الاستعجال يفتضيه واجب الإنجاز في أسرع وقت يلتزمه صاحب الإدخال-، عسى أن يكون منطلقاً لنقاش لاحق أكثر ثراءً وأشد عمقاً، لا يتعدى كل ذلك إطاره اجتهاداً أزوج عنه الأجر الواحد خطأ إن تعذر الأجران صواباً، فالحقيقة سادتي مطلقاً لا يدعي أي كان امتلاكها، مستحضراً مقولة الإمام أبي حنيفة الرائعة لا أحد أبلغ منها في بيان هذا المعنى "علمنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه ومن جاءنا بأحسن منه قبلناه منه".

وهذا حين انتهاء العاية بي إلى قطع الحديث أختتم بقوله تعالى "وقل رب أدخلني مدخل صدق وأخرجني مخرج صدق واجعل لي من لدنك سلطاناً نصيراً"، صدق الله العظيم، والسلام.

## **القرار التعقيبي المدني عدد 3859 بتاريخ 31 أكتوبر 2002 الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب برئاسة السيد عبد السلام المحبوب**

المادة: مرافعات مدنية وتجارية.

المراجع: الفصول: 147 و 153 و 224 و 225 من م.م.م.ت.

المفاتيح: التداخل، الإدخال، استئناف، طلبات جديدة.

المبدأ:

إن أحكام الفصلين 224 و 225 من م.م.م.ت. المنظمة لإجراءات التداخل والإدخال لدى المحاكم هي أحكام عامة لا تنسحب على الدعوى أمام الاستئناف إلا بقدر ما لا تتعارض والقواعد الخاصة المقررة لنظام الطعن بالاستئناف القائم على مبادئ أساسية أهمها تحجير تقديم طلبات جديدة لأول مرة لدى محكمة الدرجة الثانية الذي يستند إلى الأثر الانتقالي للاستئناف وأيضا على قاعدة التقاضي على درجتين.

إن الزيادة أو التغيير لدى محكمة الدرجة الثانية في الدعوى المحكوم فيها ابتدائيا غير جائز حسب الفصل 147 من م.م.م.ت. إلا فيما كان موضوعه امتدادا للطلبات السابق تقديمها لدى الطور الأول كما أن التداخل لدى الطور الثاني لا يقبل بحسب الفصل 153 من م.م.م.ت. إلا متى كان قصد الانضمام لأحد الخصوم أو كان من شخص له حق الاعتراض على الحكم.

### **نص القرار :**

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب عدد 3859 المرفوع بتاريخ 23 جوان 2000 من الأستاذ

محمد الهادي المحامي بتونس.

نيابة عن : الشركة التونسية للتأمين وإعادة التأمين "ستار" في شخص ممثلها القانوني.

ضد :

1- محمد نائبه الأستاذ حاتم كشك المحامي بتونس.

2- الديوان القومي للمناجم في شخص ممثله القانوني نائبه الأستاذ فيصل الجديدي المحامي بتونس.

3- شركة التأمين الاتحاد في شخص ممثلها القانوني ينوبها الأستاذ عبد الوهاب الرباعي عن

شركة اتحاد المحامين المستشارين.

4- الشركة المنجمية "قليوبار" في شخص ممثله القانوني.

طعنا في الحكم الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت ع59032/22 بتاريخ 26-1-2000 بنقض الحكم الابتدائي في خصوص ما قضى به تجاه شركة التأمين الاتحاد والقضاء من جديد بإخراجها من القضية كإخراج شركة "قليوبار" وإلزام شركة التأمين "ستار" مؤمنة الديوان القومي للمناجم بأداء الغرامات المحكوم بها ابتدائياً لفائدة المستأنف عليه محمد كتغريمها له بستمائة دينار أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها.

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات التعقيب وعلى تقرير الرد المقدم في ميعاده القانوني من طرف الأستاذة الجديدة والرباعي وكشك وعلى ملحوظات النيابة العمومية والاستماع لشرح ممثلها بالجلسة والرامية إلى طلب النقض مع الإحالة.

وبعد الاطلاع على كافة الأوراق والمداولة القانونية.

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع صيغه القانونية وتعين قبوله شكلاً.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما أثبتتها الحكم المنتقد والوثائق التي انبنى عليها قيام المعقب ضده الأول لدى المحكمة الابتدائية بزغوان عارضاً أنه أصيب أثناء عمله لدى المعقب ضده الثاني "الديوان القومي للمناجم" بمرض مهني عاينه الحكيم المنتدب بالطور الصلحي وقدر نسبة السقوط الناجمة عنه بـ 85 بالمائة لذا فهو يطلب الحكم باستحقاقه للجراية العمرية المخولة له قانوناً وإلزام مؤجره في شخص ممثله القانوني بأدائها له بداية من تاريخ أول معاينة للمرض المهني مع أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة وفي صورة ثبوت علاقة التأمين فإحلال شركة التأمين المؤمنة محله في الأداء.

وبعد استيفاء الإجراءات قضت محكمة البداية بتاريخ 23-12-1994 تحت عدد 2998 باستحقاق المدعي لجراية عمرية سنوية قدره 1649ر082 وإلزام شركة التأمين "الاتحاد" في شخص ممثلها القانوني بأدائها له على أربعة أقساط وذلك بداية من تاريخ معاينة المرض الموافق لـ 30 نوفمبر 1992 وتغريم المدعى عليها بمائة دينار كلفه دفاع والإذن بالنفاذ العاجل وإخراج المؤجرة من القضية بناء على أن الشهادة الطبية الأولية المدلى بها من المتضرر والمسلمة من الحكيم محمد رشاد الحليوي تبين أن أول معاينة لظهور المرض تمت في 30-1-1992 أي بعد اكتتاب عقد التأمين الأمر الذي يجعلها المتحملة الوحيدة بالضمان وبناء على أجر سنوي قدره 544ر2935 وعلى نسبة عجز قدره 85 بالمائة وتطبيقاً للفصلين 23 و 25 من قانون فواجع الشغل.

فاستأنفت شركة التأمين "الاتحاد" وإثر التحريض على المتضرر لاحظ الديوان القومي للمناجم انه مؤمن لدى شركة التأمين "ستار" وطلب الإذن بإدخالها لتحل محله في الأداء فتم إدخالها وقضت محكمة الدرجة الثانية في القضية عدد 28301 بتاريخ 12-7-1997 بنقض الحكم الابتدائي في خصوص ما قضته تجاه شركة التأمين الاتحاد والقضاء من جديد بإخراجها من القضية كإخراج شركة "قليوبار" وإلزام شركة التأمين "ستار" مؤمنة الديوان القومي للمناجم بأداء الغرامات المحكوم بها ابتدائياً لفائدة المستأنف عليه محمد. وذلك استناداً إلى أن التحريض الواقع على المتضرر أثبت أن مؤجره هو الديوان القومي للمناجم الذي هو مؤمن لدى شركة التأمين "ستار" وعلاقة التأمين ثابتة بتجديد العقد الرابط بينهما.

فتعقبته شركة التأمين "ستار" ناعية عليه القصور في التسيب بمقولة أن محكمة الحكم المنتقد لم تبين سبب إعراضها عن اعتبار شركة "الاتحاد" هي المؤمنة لموضوع النزاع ولا الحجج التي اعتمدها للقول بأن العقد قد تجدد بين الطاعنة والديوان القومي للمناجم وكذلك الخطأ في تطبيق الفصلين 144-225 م م م ت قولاً بأن الفصل 144 م. م. ت ينص على أن الاستئناف بنقل الدعوى على الحالة التي كانت عليها لدى محكمة الدرجة الأولى وبالتالي فإن الطلبات المقدمة ضد طرف ابتدائي لا يجوز توجيهها على طرف جديد في الاستئناف وأنه ولئن خول الفصل 225 م. م. ت إدخال أطراف آخرين أثناء الطور الاستئنافي فإن ذلك لا يكون لتوجيه الدعوى عليهم وللحكم عليهم مباشرة

وحرمانهم هكذا من التقاضي على درجتين وأن الإدخال لدى الاستئناف كما نص عليه الفصل 225 م. م. م. إنما هو لتقدير النزاع فحسب فقررت محكمة التعقيب بقرارها عدد 58638 بتاريخ 18-2-1998 النقض والإحالة بناء على أن إدخال شركة التأمين جبرا لدى الاستئناف وتسليط الحكم عليها يعد خرقا لمقتضيات الفصل 153 م م م طالما أن السلطة التقديرية التي خولها المشرع للمحكمة في إدخال من ترى ضرورة في إدخاله محدودة بوجود احترام مبدأ التقاضي على الدرجتين وبالمفعول الانتقالي للاستئناف ومبدأ عدم تقديم طلبات جديدة أمام الاستئناف. وبموجب إعادة نشر القضية قضت محكمة الإحالة بالحكم المبين نصه أعلاه بناء على أنه طالما ثبت أن شركة التأمين تؤمن المرض المهني موضوع القضية فهي غير مدينة مباشرة تجاه العامل المدعي في الأصل وإنما تحل محله مؤجرته التي أبرمت معها عقد التأمين في أداء التعويضات المستحقة وبناء عليه فإن إدخالها في القضية لدى الطور الاستئنافي ليس بصفتها مدينة أصلية وإنما قصد الانضمام للمدين الأصلي مؤجر العامل المتضرر وهو الديوان القومي للمناجم وهو ما يجعل شكليات الإدخال صحيحة.

فتعقبته شركة التأمين ستار ثانية ناعية عليه خرق الفصلين 153 و 225 م م م م بمقولة أنه لم يكن من الجائز إطلاقا إدخالها صلب النزاع في الطور الاستئنافي لما في ذلك من هضم لحقوقها وحرمانها من حق التقاضي على درجتين لأن الإدخال يكون بقصد الانضمام لأحد طرفي التداوي وليس لتسليط الحكم عليه وبالتالي فإن إدخال الطاعنة بالطور الاستئنافي والحكم عليها من محكمة الحكم المنتقد فيه خرق للفصلين المذكورين علاوة على تحريف الوقائع لما اعتبرت أن المعقب ضده الأول قد عمل لدى الديوان القومي للمناجم وأن هذا الأخير مؤمن لدى الطاعنة زمن إصابته بالمرض المهني والحال أن ذلك غير ثابت إطلاقا إذ دلت الأوراق على أنه كان يعمل زمن إصابته بالمرض لدى المعقب ضدها شركة " فليوبار " ولأن شركة التأمين "الاتحاد" أقرت منذ الطور الأول بأنها تؤمن تلك الشركة ولم يثبت أن الطاعنة كانت تؤمن الديوان القومي للمناجم بل أن الملف تضمن رسالة صادرة عن الديوان المذكور موجهة للطاعنة طلب فيها فسخ جميع عقود التأمين.

فقررت الدائرة التعقيبية المتعده بتاريخ 15-11-2000 إحالة القضية على السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للنظر في إمكانية عرضها على الدوائر المجتمعة للبت في المسألة القانونية التي خالفت فيها محكمة الإحالة قرار محكمة التعقيب فيما تعلق بتحديد ما إذا كان يجوز أم لا يجوز إدخال شركة التأمين بالطور الاستئنافي وإلزامها بالأداء بطلب من أحد الخصوم دون أن تكون طرفا في الطور الابتدائي.

فقرر عملا بالفصل 191 م. م. م. ت إحالتها على الدوائر المجتمعة ودعاها للبت في المسألة القانونية المختلف فيها وعين جلسة اليوم موعدا للنظر فيها.

عن المطعن الوحيد:

حيث أنه من المقرر أن أحكام الفصلين 224 و 225 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المنظمة لإجراءات التداخل والإدخال لدى المحاكم هي أحكام عامة لا تنسحب على الدعاوى أمام الاستئناف إلا بقدر ما لا تتعارض والقواعد الخاصة المقررة لنظام الطعن بالاستئناف القائم على مبادئ أساسية أهمها تحجير تقديم طلبات جديدة لأول مرة لدى محكمة الدرجة الثانية الذي يستند إلى الأثر الانتقالي للاستئناف وأيضا على قاعدة التقاضي على درجتين وهذه مبادئ أقرتها المجلة المذكورة ولا سيما بالفصلين 147 و 153 منها.

وحيث أن الزيادة أو التغيير لدى محكمة الدرجة الثانية في الدعوى المحكوم فيها ابتدائيا غير جائز حسب الفصل 147 م. م. م. ت إلا فيما كان موضوعه امتداد للطلبات السابق تقديمها لدى الطور الأول كما أن التداخل لدى الطور الثاني لا يقبل بحسب الفصل 153 م. م. م. ت إلا متى كان قصد الانضمام لأحد الخصوم أو كان من شخص له حق الاعتراض على الحكم.

وحيث أن إدخال من لم يكن طرفا في خصومة الدرجة الأولى لدى الاستئناف بقصد الحكم عليه يؤدي إلى تقديم طلبات جديدة وبالتالي إلى إدخال تغييرات أساسية على الدعوى في طور الاستئناف من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع وهو ما يشكل خرقا للمبادئ المومأ إليها أعلاه وبذلك تكون محكمة الحكم المنتقد لما أجازت إدخال المعقبة لديها والحكم عليها بأداء التعويض للمتضرر بطلب من أحد الخصوم حال كونها غير طرف في الخصومة في الدرجة الأولى قد عرضت حكمها للنقض لذلك تعين قبول الطعن أصلا ونقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة.

## ولهذه الأسباب

قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلاً وأصلاً ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس لإعادة النظر فيها مجدداً بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 31-10-2002 عن الدوائر المجتمعة برئاسة السيد مبروك بن موسى الرئيس الأول لمحكمة التعقيب.

وعضوية رؤساء الدوائر السادة :

أحمد الجندوبي، صالح الطريقي، مبروك السالمي، محمد الغربي الخزامي، مصطفى خنشل، جريدة قيقة، المنجي الأخضر، فرج العبيدي، أحمد شليل، حنيفة المعزون، محمد رؤوف المراكشي، محمد عبد الغفار، صالح السرسى، محمد مشرية، فتحي بن يوسف، جمال التركي، بلقاسم كريد، مصطفى بن جعفر.

والمستشارين السادة :

نبيهة الكافي، محمد النفيسي، عربية البحري، المنصف إبراهيم، علي جاء بالله، البشير بن سعد، زهرة بن عون، رابح شيبوب، الطيب المبروك، منير الصريدي، ليلي برييرو، الصادق الشنوفي، جودة بوسنينة، فاطمة الشيخ علي، بلقاسم البراح، هشام الظريف، الهادي بن خذر، محمود كعباش، عبد القادر غربال، خالد العياري.

وبمحضر السيد جمال مطيمط مساعد وكيل الدولة العام لدى هذه المحكمة وبمساعدة كاتب الجلسة السيد جلول العرفاوي.

وحرر في تاريخه



## تنازع الإختصاص « القرار التعقيبي المدني عدد 22195 بتاريخ 03 فيفري 2003 صادر عن الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب »

يتميز هذا القرار من ضمن ما يتميز به خصوصيته التاريخية لصدوره في إطار من الحرية والمخاض التشريعيين فهو إجرائياً يجيء مجسماً لأبرز مظاهر تنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية بموجب القانون عدد 87/1986 المؤرخ في 1/9/1986 على مستوى وظائف محكمة التعقيب وإجراءات الطعن أمامها أما موضوعياً فإنه جاء بعد التنقيح الوارد على مجلة الحقوق العينية بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4/5/1992 والمنصب على مسألة حجية الشهر العقاري من حيث نشأة الحقوق والمعارضة بها وزاد أهمية نتاجه الإجتهادي الغزير أما أصلاً أو عرضاً في مسائل خلافية عدة تمتد بين الشكل والإجراء والأصل في القانون والقضاء ما يضاعف أهميته على المستوى العلمي بالخصوص.

ويمكن إختزال وقائع وإجراءات هذا القرار لضرورة مقتضيات هذا التعليق في قيام المعقب ضده الأول المسمى حسين لدى محكمة ناحية تونس طالبا الحكم بكف شغب وزارة التربية " القومية " ممثله بالمكلف العام بنزاعات الدولة في إنتفاع بالعقار المسجل بإدارة الملكية العقارية تحت عدد 63072 والكائن بجندوبة بموجب قيامها ببناء مؤسسة تعليمية عليه وإلزامها بإرجاع حوزة له مستندا إلى أحكام الفصل 52 م.م.م.ت والفصل 307 م.ح.ع وبإعتبره لا يزال مرسماً على ملكه فأجاب المطلوب بأن مورث المدعي كان فوت في العقار لعدة أشخاص عاوضوا به مع بلدية جندوبة مقابل إسنادها ومجلس الولاية لهم مساكن جاهزة فهدمت ما أقاموه عليه و بنت عليه الوزارة معهدا فصدر الحكم بتاريخ 14/11/1980 تحت عدد 56929 بعدم سماع دعواه لإختلال شروط كف الشغب فإستأنفه لدى المحكمة الابتدائية بتونس التي قضت بتاريخ 7/12/1984 تحت عدد 9552 بنقض الحكم الابتدائي وبثبوت الشغب ورفض طلب إسترجاع الحوز والإعفاء وبإخراج بلدية جندوبة الدخيلة من نطاق المطالبة إستنادا منها إلى أن المشرع قد خص حاكم الناحية بالنظر في موضوع الشغب المتعلق بالعقارات المسجلة طبق أحكام الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية كما أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بالموضوع إستئنافا طبق الفصل 40 من م.م.م.ت وعلى بقاء محل النزاع مرسماً بإسم المستأنف وخلو الملف مما يثبت مشروعية تصرف الإدارة مع

تمسكها بتعلق النزاع بالمصلحة العامة وتحجير الفصل 3 من أمر 27 نوفمبر 1988 على القضاء تعطيل أعمال الإدارة في خصوص طلب الإسترجاع فتعقبه المكلف العام بنزاعات الدولة مستندا إلى رجوع الإختصاص بنظر الطعن إستئنافيا إلى المحكمة الإدارية على مقتضى الفصل 2 من القانون عدد 40 لسنة 1972 وضعف التعليل بإعتبار الدعوى في فرعها مخالفة لأحكام أمر 27/11/1888 لا يجيز القيام على الدولة إلا بجبر الضرر وخرق الفصل 123 م.م.م.ت لإهمال المحكمة الرد على طلب إدخال مجلس ولاية جندوبة ومن عارضوا معه والبلدية ومخالفة الفصل 241 م.ا.ع بإعتبار الإدراج بالسجل العقاري لا يؤثر في صحة البيع ولأن الدولة لا تعد غير بالنسبة للمدعي فرأت محكمة التعقيب بدائلها العادية بقرارها عدد 12785 بتاريخ 30/6/1986 نقض الحكم المطعون فيه " مع الإحالة " بناء على رجوع الإستئناف والنظر إلى المحكمة الإدارية على مقتضى الفصل 2 من قانون 1972 ولتضارب الحكم عندما قضى في آن واحد بكف الشغب ورفض طلب إرجاع الحوز ولضعف التعليل لأنه أهمل دفعات أساسية للمستأنف ضده منها طلب الإدخال.

وأعيد نشر القضية تحت عدد 1506 لكن محكمة الإحالة تمسكت بموقفها وقضت بتاريخ 7/4/1987 بنقض الحكم الابتدائي وثبوت الشغب المدعي به ورفض الدعوى في خصوص طلب إرجاع الحوز وإخراج الدخيلين بلدية جندوبة ومجلس ولاية جندوبة من المطالبة معتمدة أسانيداً السابقة مضيئة أن الفصل 2 من القانون عدد 40 لسنة 1972 خص المحكمة الإدارية بالنظر إستئنافيا في القضايا المتعلقة بالتعويض فقط وأن لاتناقض في الحكم وإن إدخال من أحوالوا إلى مجلس الولاية لا لزوم له ما داموا يعدون غيرا ما لم يرسوا شراءاتهم بالسجل العقاري فتعقبه المكلف العام بنزاعات الدولة من جديد في حق وزارة التربية القومية مؤسسا طعنه على نفس المستندات القانونية المضمنة بتعقيبه الأول وهي خرق أمر 27 نوفمبر 1888 والفصل 2 من قانون المحكمة الإدارية عدد 40 لسنة 1972 مستشهدا بفقهاء قضاء عدلي وإداري، وضعف التعليل لتناقض الحكم بين ثبوت الشغب ورفض إرجاع الحوز حال أن أمر 27/11/1888 لا يجيز إلا القيام بطلب التعويض، وخرق الفصل 123 م.م.م.ت لإهمال المحكمة طلب إدخال المحيلين لمجلس الولاية حال أنهم يحق لهم الاعتراض بوصفهم ضامين للإستحقاق ومخالفة الفصل 241 م.ا.ع مستشهدا بفقهاء القضاء المتعلق بعدم إعتبار الترسيم بالسجل العقاري شرط صحة للشراء وبعدم إعتبار الخلف العام غيرا على معنى الفصل 305 م.ح.ع منتهيا إلى طلب تصدي محكمة التعقيب للأصل على معنى الفصل 191 م.م.م.ت والقضاء بعدم سماع الدعوى.

وبموجب التعقيب للمرة الثانية ولنفس الأسباب القانونية أحال الرئيس الأول لمحكمة التعقيب ملف القضية بطلب من الدائرة المتعده بالمطلب على الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب إستنادا إلى أحكام الفصل 191 المذكور فكان القرار موضوع التعليق حيث إنتهت الدوائر المجتمعة إلى إقرار إنعقاد الإختصاص بنظر قضايا كف الشغب المرفوعة ضد الإدارة للمحاكم العادية ذات الإختصاص المطلق مجسمة في محكمة الناحية إستنادا إلى الفصلين 307 م.ح.ع و40 م.م.م.ت معرجه على رجوع المحكمة الإدارية نفسها في إجتهادها في نفس هذا الإتجاه وعلى كون مجرد المصلحة النظرية للطاعن من المستند المأخوذ من التضارب في نص الحكم لا تبرر الطعن على معنى الفصل 19 م.م.م.ت أما في خصوص المطاعن الأصلية فارتأت الدوائر المجتمعة إسناد صفة الغير للمشتريين المتعاقدين المطلوب إدخالهم في القضية بموجب عدم ترسيمهم لشراءاتهم غير سنيده ضرورة أنهم يعتبرون من الخلف الخاص وليسو غيرا بالنسبة للمعقب ضده مستندة في إجتهادها إلى كتاب الوسيط للفقهاء المصري عبد الرزاق السنهوري وأحكام الفصل 241 م.ح.ع ما جرى عليه فقهاء القضاء التعقيب في تطبيق الفصل 305 م.ح.ع من إجراء آثار التصرفات القانونية والحقوق المرتبة على العقار المسجل وغير المرسمة على المتعاقدين وورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم على معنى الفصل 241 المذكور وتبعاً لذلك يكون العقار محل النزاع قد خرج عن مخلف والد المعقب ضده ولم ينجر له بالإرث وإنتفت عنه صفة القيام في شأنه على معنى الفصل 19 م.م.م.ت وبناء على جاهزية ملف القضية للفصل وإستكمال الإستئناف لأوضاعه القانونية تصدت الدوائر المجتمعة لموضوع النزاع عملاً بأحكام

الفصل 191 من م.م.م.ت ورأت أن الحكم الابتدائي المستأنف قد أحسن تطبيق القانون لما قضى بعدم سماع الدعوى وقررت قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه دون إحالة. ولعلّ الثراء العلمي الذي تميّز به المنحى الإجتهادي لمحكمة التعقيب في حسم المسائل الخلافية المطروحة والذي لا بد من إبرازه لا يعفي من إعطاء بعض الملحوظات التقييمية سعيا لمزيد الإنارة لسييل المجتهد والناهل من معين فقه القضاء الذي لا ينضب ما دام ميزان العدل قائما فلو إستقرأنا بتمعن المسائل المطروحة والحلول القانونية التي أرستها الدوائر المجتمعة في هذا القرار لتبيننا أن محكمة التعقيب بقدر ما نزعته إلى التجديد في إجتهاداتها على المستوى الإجرائي نجدها أقرب إلى التقليد على مستوى الأصل.

### I - المنزع التجديدي :

إن مواطن التجديد في إجتهاد وقضاء محكمة التعقيب يتجسم بالخصوص من خلال مسألة تنازع الإختصاص الإداري والعدلي في مادة الحوز والخلفية الفلسفية التوحيدية للقضاء في موقف محكمة التعقيب من جهة ومن أخرى في حرص المحكمة على التصدي لأصل النزاع قطعاً لدابر الخصام ولو على حساب بعض المسلمات لكن يبدو في الناحيتين أن هذا التجديد حتمته الحركية القانونية على مستوى الفقه وفقه القضاء في الأولى وعلى مستوى التشريع في الثانية.

### أ- على مستوى الإختصاص : القضاء العدلي هو الأصل [1]:

لأن وحدة القضاء ضمان للمساواة بين المتقاضين كان تشتت القضاء وإزدواجية نظامه بين إداري وعدلي مثالا للتنازع في الإختصاص سلبه وإيجابيه وكان تبعا لذلك تكريس تشتت القضاء وإزدواجية نظامه مظهرا من مظاهر التقليد أما النزوع إلى توحيد نظم القضاء فينظر إليه على أنه مظهر للتجديد من حيث أنه من ضمانات العدل والمساواة في القضاء [2] ويبدو أن موقف الدوائر المجتمعة في هذا القرار جاء صريحا ومبدئيا، فلقد أوردت في تعليقه لإرجاع الإختصاص بنظر دعوى كف الشغب إلى القضاء العدلي في سائر " درجات التقاضي " [3] (ما نصه : " حيث أن محاكم الحق العام هي صاحبة الإختصاص المطلق) [4] (في كل القضايا عدى ما خرج عن نظرها بنص خاص.

وحيث أن الإختصاص بالنظر في دعاوي كف الشغب منعقد للمحاكم العادية في سائر درجات التقاضي حسب أحكام الفصل 307 من م.ح.ع والفصل 40 م.م.م.ت وهي في هذا المضمار ترد على دفاع المعقب المستمد من عدم إختصاص المحاكم العدلية بنظر إستئناف دعاوي كف الشغب المرفوعة ضد الإدارة إستنادا منه إلى ما درج عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية من تعميم لإختصاصها في كل القضايا التي تكون الإدارة المتلبسة بإمتياز السلطة العامة طرفا فيها إنطلاقا من تطبيق توسعي للفصل 2 من القانون عدد 40 لسنة 1972 الواضع لنظامها.

[1] (وهو كذلك لأنه إنعكاس لنموذج ما يجب أن يكون عليه القضاء في الدولة الحديثة بحكم إلتزامه بالمبادئ العالمية للقضاء وللتقاضي الضامنة لتلايته الحق في القاضي والحق في المحاكمة العادلة والحق في التنفيذ. لذلك تعتبر تكريس إزدواجية القضاء بموجب مراجعة نظام القضاء الإداري بسلسلة قوانين 1996 ج.جوان فضلا عن عدم دستورته بموجب إقامة نظام مستقل مركب في إطار هيئة قضائية إستثنائية هيكلها لإندراجها ضمن هيكل مجلس الدولة المركب من هيتين (الفصل من الدستور) وموضوعا بإعتبارها إمتيازاً للإدارة إستثنائيا وقضائيا على حساب مبدأ المساواة الدستوري، وعدم جدوى تلك الإزدواجية لأنها أتقلت كاهل الخزينة بميزانية إطفائية ونظام التقاضي بمراحل إجرائية جديدة (معظلة للنظر) بمناسبة الدفع بعدم الإختصاص الجهوي وما يترتب ذلك من كلفة من الوقت والمال والحال أن القضاء العادل هو الناجز السريع وقليل الكلفة ولعل أصق تعبير على إنعدام هذه الجدوى أن إرساء مجلس لتنازع الإختصاص لم يقضي تماما على تجاذب بل تنازع القضائين حتى في مستوى مسألة الإختصاص بنظر ما يسميه القضاء العدلي "دعاوى الحياة" ويسميه القضاء الإداري وحتى مجلس التنازع "دعاوى الإستيلاء" ، فصح القول في شأن ذلك التعديل إنه يمثل سبابة ضد التيار.

[2] (يراجع في الغرض أعمال ملتقى "التعقيب" من 4 إلى 7 أبريل 1988 نشر كلية الحقوق بتونس لسنة 1989 وبالخصوص مداخلتنا بعنوان " التعقيب ووحدة القضاء" ص 53 وما يليها ومداخلة الأستاذ عبد اللطيف المامغلي بعنوان التنازع الحكمي بين القضاء الإداري والقضاء العدلي ص 283 وما يليها والمراجع وفقه القضاء المحال عليهما.

[3] (يبدو أن محكمة التعقيب تقصد بهذه العبارة سائر مراحل التقاضي أي ابتدائيا وإستثنائيا وتعقيبيا لأن القضاء في تونس يقوم على درجتين فقط وحتى بعد تطوير وظائف محكمة التعقيب بموجب تنقيح 1986 فإن القضاء التعقيبي لم يرتق إلى درجة تالته للقضاء إذ يبقى التصدي للأصل على وجه الإستثناء.

[4] (لعل المقصود بمصطلح الإختصاص المطلق هو الإختصاص المبدئي COMPÉTENCE DE PRINCIPE لأن الإختصاص المطلق هو الإختصاص الإقصائي الذي تنفرد به محكمة دون غيرها وهو عادة خروج عن الإختصاص المبدئي والإختصاص المبدئي تتميز محاكم الحق العام المفتوحة على كل النزاعات وبين كل المتنازعين بصفة مبدئية عن المحاكم الخاصة أو المتحصصة في إطار المحاكم العادية.

الفصل 191 من م.م.م.ت ورأت أن الحكم الابتدائي المستأنف قد أحسن تطبيق القانون لما قضى بعدم سماع الدعوى وقررت قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه دون إحالة. ولعلّ الثراء العلمي الذي تميّز به المنحى الإجتهادي لمحكمة التعقيب في حسم المسائل الخلافية المطروحة والذي لا بد من إبرازه لا يعفي من إعطاء بعض الملحوظات التقييمية سعيا لمزيد الإنارة لسييل المجتهد والناهل من معين فقه القضاء الذي لا ينضب ما دام ميزان العدل قائما فلو إستقرأنا بتمعن المسائل المطروحة والحلول القانونية التي أرستها الدوائر المجتمعة في هذا القرار لتبيننا أن محكمة التعقيب بقدر ما نزعته إلى التجديد في إجتهاداتها على المستوى الإجرائي نجدها أقرب إلى التقليد على مستوى الأصل.

### I - المنزع التجديدي :

إن مواطن التجديد في إجتهاد وقضاء محكمة التعقيب يتجسم بالخصوص من خلال مسألة تنازع الإختصاص الإداري والعدلي في مادة الحوز والخلفية الفلسفية التوحيدية للقضاء في موقف محكمة التعقيب من جهة ومن أخرى في حرص المحكمة على التصدي لأصل النزاع قطعا لدابر الخصام ولو على حساب بعض المسلمات لكن يبدو في الناحيتين أن هذا التجديد حتمته الحركية القانونية على مستوى الفقه وفقه القضاء في الأولى وعلى مستوى التشريع في الثانية.

### أ- على مستوى الإختصاص : القضاء العدلي هو الأصل [1]:

لأن وحدة القضاء ضمان للمساواة بين المتقاضين كان تشتت القضاء وإزدواجية نظامه بين إداري وعدلي مثلا للتنازع في الإختصاص سلبه وإيجابيه وكان تبعا لذلك تكريس تشتت القضاء وإزدواجية نظامه مظهرا من مظاهر التقليد أما النزوع إلى توحيد نظم القضاء فينظر إليه على أنه مظهر للتجديد من حيث أنه من ضمانات العدل والمساواة في القضاء [2] ويبدو أن موقف الدوائر المجتمعة في هذا القرار جاء صريحا ومبدئيا، فلقد أوردت في تعليقه لإرجاع الإختصاص بنظر دعوى كف الشغب إلى القضاء العدلي في سائر " درجات التقاضي " [3] (ما نصه : " حيث أن محاكم الحق العام هي صاحبة الإختصاص المطلق) [4] (في كل القضايا عدى ما خرج عن نظرها بنص خاص.

وحيث أن الإختصاص بالنظر في دعاوي كف الشغب منعقد للمحاكم العادية في سائر درجات التقاضي حسب أحكام الفصل 307 من م.ح.ع والفصل 40 م.م.م.ت وهي في هذا المضمون ترد على دفاع المعقب المستمد من عدم إختصاص المحاكم العدلية بنظر إستئناف دعاوي كف الشغب المرفوعة ضد الإدارة إستنادا منه إلى ما درج عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية من تعميم لإختصاصها في كل القضايا التي تكون الإدارة المتلبسة بإمتياز السلطة العامة طرفا فيها إنطلاقا من تطبيق توسعي للفصل 2 من القانون عدد 40 لسنة 1972 الواضع لنظامها.

[1] (وهو كذلك لأنه إنعكاس لنموذج ما يجب أن يكون عليه القضاء في الدولة الحديثة بحكم إلتزامه بالمبادئ العالمية للقضاء وللتقاضي الضامنة لتلايته الحق في القاضي والحق في المحاكمة العادلة والحق في التنفيذ. لذلك تعتبر تكريس إزدواجية القضاء بموجب مراجعة نظام القضاء الإداري بسلسلة قوانين جوان 1996 فضلا عن عدم دستوريته بموجب إقامة نظام مستقل مركب في إطار هيئة قضائية إستثنائية هيكلها لإندراجها ضمن هيكل مجلس الدولة المركب من هيتين (الفصل من الدستور) وموضوعيا بإعتبارها إمتياز لإدارة إستثنائية وقضائيا على حساب مبدأ المساواة الدستوري، وعدم جدوى تلك الإزدواجية لأنها أتقلت كاهل الخزينة بميزانية إطفائية ونظام التقاضي بمراحل إجرائية جديدة (معظلة للنظر) بمناسبة الدفع بعدم الإختصاص الجهوي وما يترتب ذلك من كلفة من الوقت والمال والحال أن القضاء العادل هو الناجز السريع وقليل الكلفة ولعل أصق تعبير على إنعدام هذه الجدوى أن إرساء مجلس لتنازع الإختصاص لم يقضي تماما على تجاذب بل تنازع القضائين حتى في مستوى مسألة الإختصاص بنظر ما يسميه القضاء العدلي "دعوى الحياة" ويسميه القضاء الإداري وحتى مجلس التنازع "دعوى الإستيلاء" ، فصح القول في شأن ذلك التعديل إنه يمثل سبابة ضد التيار.

[2] (يراجع في الغرض أعمال ملتقى "التعقيب" من 4 إلى 7 أبريل 1988 نشر كلية الحقوق بتونس لسنة 1989 وبالخصوص مداخلتنا بعنوان " التعقيب ووحدة القضاء" ص 53 وما يليها ومداخلة الأستاذ عبد اللطيف المامغلي بعنوان التنازع الحكمي بين القضاء الإداري والقضاء العدلي ص 283 وما يليها والمراجع وفقه القضاء المحال عليهما.

[3] (يبدو أن محكمة التعقيب تقصد بهذه العبارة سائر مراحل التقاضي أي إبتدائيا وإستثنائيا وتعقيبيا لأن القضاء في تونس يقوم على درجتين فقط وحتى بعد تطوير وظائف محكمة التعقيب بموجب تنقيح 1986 فإن القضاء التعقيبي لم يرتق إلى درجة تالته للقضاء إذ يبقى التصدي للأصل على وجه الإستثناء.

[4] (لعل المقصود بمصطلح الإختصاص المطلق هو الإختصاص المبدئي COMPÉTENCE DE PRINCIPE لأن الإختصاص المطلق هو الإختصاص الإقصائي الذي تنفرد به محكمة دون غيرها وهو عادة خروج عن الإختصاص المبدئي والإختصاص المبدئي تتميز محاكم الحق العام المفتوحة على كل النزاعات وبين كل المتنازعين بصفة مبدئية عن المحاكم الخاصة أو المتخصصة في إطار المحاكم العادية.

وقد إنطلقت محكمة التعقيب من الإقرار بمبدأ عام ينم على قناعة لم تكن مترسخة من قبل لديها([1]) وهو أن الأصل في القضاء هو القضاء العادي من جهة تنازع الإختصاص الجهوي، وقضاء الحق العام من ناحية تنازع الإختصاص داخل جهة قضاء واحدة[2] أي بين محاكم الحق العام والخاصة أو المختصة وهذا المنطلق تكرر من خلال مسألة التنازع حول دعاوي الحوز فكان إن رجعت إلى أحكام المرافعات المدنية سواء الواردة بالقوانين الخاصة كالفصل 307 م.ح.ع إبتدائياً([3]) أو بالقانون العام وهو مجلة المرافعات المدنية والتجارية وبالتحديد الفصل 40 منها في خصوص الإستئناف أما التعقيب فإنها لم تكلف نفسها حتى توضيح مرجعها القانوني فيه مكتفية بما أقرته من منطلق عام وأخذاً للتعقيب على أنه من الطعون المبدئية المفتوحة ضد كل حكم نهائي النصاب أو الدرجة والمكرس بالفصل 42 م.م.م.ت الذي يقول "تنظر محكمة التعقيب في جميع الأحكام النهائية".

لكن يبدو أن محكمة التعقيب لم تتمكن من التخلص من نزعة الإحتشام والمجاملة في مواقفها إزاء التنازع مع المحكمة الإدارية لربما لاعتبارات بشرية نفسانية وحتى لا تتوسع الهوة بين "القضائيين" فلم تجد بداً من الإستئناس برجوع المحكمة الإدارية نفسها في إجتهادها وإقرارها بإختصاص القضاء العدلي بنظر دعاوي الحوز لكن من منطلق فوات الوصف الإداري للنزاع وبالتالي بمنطق الإزدواجية في نظام القضاء وليس من منطلق وحدة نظام القضاء مستشهدة بالقرار عدد 538 الصادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 21/10/1991 متراجعة هي نفسها في إجتهادها بدائرتها العادية في نفس هذه القضية إثر التعقيب الأول لنفس المطاعن وهو القرار عدد 12785 بتاريخ 30/6/1986 والذي كانت أرجعت فيه الإختصاص إلى المحكمة الإدارية وقضت بنقض الحكم الإستئنافي لكن مع الإحالة دون موجب لها قانوناً وإجراءات سوى ربما عدم رسوخ الإقتناع لديها بالتخلي عما رجع تقليدياً بالإختصاص للقضاء العدلي في كل مراحلها ولتترك الباب مفتوحاً أمام التنازع الدوائر المجتمعة يكفيها ويكفيها عزاء هذا الإلتئام وما أثمره من فقه قضاء تجديدي في هذا المنحي لكن يبقى التساؤل مطروحاً حول هل أن محكمة التعقيب تعتبر القضاء الإداري قضاء إستثنائياً ما دامت تعتبر القضاء العدلي هو القضاء العادي والأصل في القضاء أم أن المحكمة الإدارية هي محكمة خاصة متخصصة في المنازعات الإدارية ضمن نفس النظام من القضاء الموحد؟

يظهر جلياً أن التجديد على هذا المستوى يبقى نزعة محتشمة رغم صراحة المبنى وإطلاق المعنى في بداية التعليل فهل أن التجديد على مستوى الوظيفة أظهر منه على مستوى الإختصاص؟

#### ب- على مستوى الوظائف : إطلاق سلطة التصدي :

تجدر الملاحظة بادئ ذي بدء بأن كون مدخل الدوائر المجتمعة للنزاع في هذه القضية وهو الوظيفة التقليدية لمحكمة التعقيب المتمثلة في توحيد الإجتهااد القضائي بين المحاكم على مقتضى الفصل 191 في صيغته الجديدة والقديمة لا يحول دون تصديها للأصل والبت فيه واقعا وقانونا مادام مهيناً للفصل بموجب الوظيفة الجديدة([4]) المسندة لمحكمة التعقيب وهي التصدي للموضوع في حالة التعقيب الثاني لنفس أو لغير سبب التعقيب الأول عملاً بذات الفصل.

[1] رغم كثرة حالات تنازع الإختصاص الإيجابي بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية فإن محكمة التعقيب لم يتسم فقه قضائها في شأنها بمتل صراحته في هذا القرار من حيث إقرار رجوع ولاية القضاء أصلاً للقضاء العدلي وإستثناء وتخصيصاً للمحكمة الإدارية بل كان ينم عن إقرار الإزدواجية نظام القضاء مع ما يقتضيه من إمتياز وسلطات للقضاء الإداري فيما إستقرت المعايير على إسناده له من نزاعات وهو عين ما حصل في هذه القضية إذ أن الدائرة العادية كانت قضت في قرارها إثر التعقيب الأول عدد 12785 برجوع الإختصاص للمحكمة الإدارية.

[2] ينصرف مصطلح الإختصاص الجهوي إلى السلطة أو الولاية التي لجهة قضاء ما في إطار النظام المشتت أو المزوج للقضاء بنظر صنف من المنازعات كإختصاص القضاء الإداري بنظر النزاعات الإدارية.

[3] تجدر الملاحظة بأن دعاوى الحوز هي دعاوى عقارية وتلحق من حيث الإختصاص الترابي بمحكمة ناحية مكان وجود العقار عملاً بأحكام الفصل 38 م م ت، كما أن فقه القضاء درج على تغليب هذا المعيار على معيار صفة الدولة كطرف وبالتالي على قاعدة الفصل 32 م م ت التي تستند الإختصاص لمحاكم تونس العاصمة ، فهل أن الدوائر المجتمعة لا تعتبر دعوى كف الشغب في الإنتفاع في عقار مسجل دعوى حوزية وبالتالي عينية على معنى الفصل 38 المذكور؟ والحال أنها ترتقي بالحوز إلى مرتبة الحق العيني كما أن الإنتفاع أقرب إلى الحق العيني من الحوز؟؟.

[4] يراجع في خصوص الوظائف الجديدة لمحكمة التعقيب بموجب تنقيح 1/9/1986 : مداخلة الأستاذ نور الدين الغرواني المنشورة ضمن أعمال ملتقى التعقيب ص 21 وما يليها.

لكن بمراجعة الحثيات التأسيسية الواقعية والقانونية لهذا التصدي نجد أن محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة أمعنت إن لم تكن أطلقت سلطة التصدي على حساب الإطار الضيق لدعوى كف الشغب في الإنتفاع بعقار مسجل والوصف الحقيقي لها من جهة وعلى حساب نظام درجات التقاضي العدلي من أخرى.

### 1) تجاوز إطار كف الشغب في الإنتفاع :

لا جدال في كون الدعوى تأخذ وصفها من مضمونها الواقعي وطبيعتها القانونية الحقيقية كما أن الحكم يأخذ وصفه من الطبيعة الحقيقية للدعوى والقيمة الحقيقية لموضوع الطلب أصلاً أو عرضاً.

ودعوى كف الشغب في الإنتفاع بعقار مسجل لئن كانت تتميز عن دعوى كف الشغب العادية وبالتالي عن الدعوى الحوزية من حيث مناط الشغب لكونه في العقار غير المسجل الحوز أي وضع اليد المادي وفي العقار المسجل الإنتفاع أي سلطة قانونية أقرب إلى الحق العيني الملكي فإن مرد هذا التمييز ليس الإختلاف في طبيعة الدعوى أو في نظام الإختصاص بنظرها أو في فلسفتها وبالتالي مداها النزاعي بل هو حصانة التسجيل العقاري ونظام الشهر العيني الذين يحيان كل أثر للحيازة مهما طال مدتھا بناء على ما للتسجيل العقاري من مفعول تطهيري وللترسيمات من قوة ثبوتية وإحتجاجية.

ونحن نرى تبعا لذلك أن إختصاص محكمة الناحية بنظر كف الشغب في الإنتفاع يحتفظ بطابعه الوقائي الوقتي وغير الماس بالأصل بدليل إسناد المشرع له لمحكمة الناحية بوصفها محكمة محلية صالحة لا إختصاص لها في مادة الإستحقاق العقاري فلا تنقلب به طبيعة هذه المحكمة ولا يتغير به إختصاصها المسطر بالفصل 39 م.م.م.ت.

ولقد ذهب فقه القضاء الغالب في هذا الإتجاه في خصوص مدى شمول دعوى كف الشغب في الإنتفاع بعقار مسجل لدعوى الخروج لعدم الصفة من عقار مسجل والتي تبقى مسألة خلافية ما لم تحسمها الدوائر المجتمعة (1)، ولعل الفرصة مفتوحة لها الآن في القضية عدد 29983 التي تنتظر التعيين لديها وقد سبق لمحكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة أن تعهدت بموضوع المقارنة بين دعوى كف الشغب في العقار المسجل على معنى الفصول 51 وما يليه م.م.م.ت ودعوى كف الشغب في الإنتفاع بعقار مسجل على معنى الفصل 305 م.ح.ع صلب قرارها عدد 11428 بتاريخ 13/12/1985 (2) وإنتهت إلى الإقرار بأنهما تختلفان على مستوى أساس كل منهما إذ الأولى أساسها الحوز الذي وصفته في نفس قرارها بكونه حقا عينيا ما دام وسيلة لحماية حق الملكية أما الثانية فأساسها هو حق الملكية نفسه وأنهما تلتقيان على مستوى الطبيعة القانونية فكلاهما دعوى عينية عقارية وعلى مستوى طبيعة الشغب التي هي واحدة سوى أنها إقترحت في تعريف الشغب في الإنتفاع بعقار مسجل إضافة عبارة "أو ملكيته المسجلة" لتعريف الشغب الوارد بالفصل 53 م.م.م.ت (هكذا) معرجة على تعريف الفصل 20 م.م.م.ت للدعوى الإستحقاقية ثم ختمت بإقرار وحدة نظام الإختصاص لدعويي كف الشغب وإسناده لمحكمة الناحية إبتدائيا والمحكمة الإبتدائية إستئنافيا على أساس القواعد العامة والفصل 39 م.م.م.ت نفسه.

وتجدر الملاحظة أن هذا الإجتهد لمحكمة التعقيب جاء متوجا لإتجاه سابق لها في شأن دعوى كف الشغب في الإنتفاع في عقار مسجل من ذلك القرار التعقيبي المدني رقم 11716 بتاريخ 8 جوان 1985 (3) الذي جاء فيه : " الأساس في دعوى كف الشغب تمسك صاحبها لذاة نفسه بالملكية الكلية النافية لملكية الخصم" وكذلك القرار التعقيبي رقم 11177 بتاريخ 30/04/1985 (4) الذي جاء فيه : " لا يمكن القيام بدعوى كف الشغب إلا إذا كان أساس النزاع الملكية وإلا ينبغي القيام من أجل رفع المضرّة".

(1) يراجع في خصوص الوظائف الجديدة لمحكمة التعقيب بموجب تقيح 1/9/1986 : مداخلة الأستاذ نور الدين الغزواني المنشورة ضمن أعمال التعقيب ص 21 وما بينها.

(2) نشرية محكمة التعقيب لسنة 1985 ج 2 ص 371.

(3) م ت 1985 ج 2 ص 75.

(4) م ت 1985 ج 1 ص 147.

ويبدو من خلال موقف محكمة التعقيب وتأويلها الفصل 307 فقرة ثانية ح ع أنها تجعل أساس دعوى كف الشغب عموماً نزاعاً حول الملكية وتشرط تبعاً لذلك على القائم إثباتها على مقتضى الفصل 305 ح ع أي بالتسجيل أو الإدراج أو بالإحالة من أحد الشركاء قرار 23/04/1985 وهي بذلك تدمج الملكية بالإنتفاع وتحصر صفة القيام بكف الشغب في عقار مسجل في المالك دون غيره حال أن ما هو مطلق يؤخذ على إطلاقه ولا وجه للتخصيص فيه فهل أن من له حق إنتفاع أو إستعمال أو سكنى مرسم أو من ينتفع بممارسة مرسمه أو حتى ببراءة أو حق المرور المرسم لا يحق له القيام بطلب كف الشغب الحاصل في إنتفاعه بعقار مسجل؟.

إن نص المادة 307 لئن إستبعد الحوز فإنه إعتد معيار الإنتفاع وعبارة الإنتفاع ليست حق الإنتفاع وإنما هي تنصرف إلى كل أوجه إستغلال العقار بدليل إستعمال النص الفرنسي للمادة 307 كلمة (JOUISSANCE) ولعل هذا الحصر الأساسي لكف الشغب في عقار مسجل هو الذي جعل محكمة التعقيب تتبنى مفهوماً واسعاً للشغب في العقار المسجل يشمل كل ما فيه مناقضة وإعتداء على ملكية صاحب العقار المسجل مقترحة في ذلك قراءة جديدة وغريبة للفصل 53 م.م.م.ت إذ ذهب بها التأويل إلى الإضافة على نص وهو ما يبابه المنطق القانوني وسلطان محكمة التعقيب نفسه الذين ولئن خولوا رفع الغموض عن النص بتأويله أو سد الفراغ التشريعي بالإجتهد فأنهما لا يسمحان بتحويل النصوص التشريعية أو تحريفها لأن في ذلك تجاوزاً للسلطة وإعتداء على مبدأ التفريق بين السلط ولعل هذا المفهوم لدعوى كف الشغب في العقار المسجل هو الذي جعل محكمة التعقيب تخلط أحياناً بين دعوى رفع المضرة التي هي من دعاوي الملك ودعوى كف الشغب التي هي من دعاوي الحياة.

ولو تفحصنا ما أخذ محكمتي الأصل وكذا محكمة التعقيب سواء في تعليلها القانوني أو قضائها في موضوع النزاع فإننا ننتبين ما يلي: "أن موضوع الدعوى تضمن في حقيقته طلب المدعى إقرار صفة المالك للعقار موضوع الرسم العقاري عدد 36072 والحكم بإخراج وزارة التربية منه مجسمة في معهد ثانوي وإرجاع حوزة إلى إليه علماً وأن العقار الذي يطلب إرجاع حوزة إليه يشمل الأرض والبناء والتجهيزات المقامة عليها والمكونة لعقارات بالطبيعة أو على الأقل عقارات حكومية قانوناً.

أما الدفاع سواء من الوزارة أو من الدخيلين إلى جانبها فإنما أنصب على منازعة المدعي في الملكية بدءاً بأصل الإنجرار وهو التركة حيث تمسكوا بخروجه من المخلف بموجب البيع للغير مروراً بانتقال الملكية من ذلك الغير بموجب "الشراء أو المعاوضة" إلى البلدية أو مجلس الولاية بجندوبة إنتهاءً إلى حجية الشراءات والمعاوضة جميعها تجاه المدعي بإعتباره خلفاً بوجه عام".

كما ننتبين من مختلف الأحكام الصادرة في كل أطوار النزاع أن كلا من محكمة الناحية والمحكمة الابتدائية بوصفها محكمة إستئناف ومحكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة وحتى بدائرتها العادية التي قضت بالنقض و"الإحالة" بسبب عدم الإختصاص قد تصدوا لكل هذه المسائل وإتفقوا على أنها من توابع نظر دعوى كف الشغب في الإنتفاع بعقار مسجل بل أنها جميعها لم ترى موجبا لإدخال المشتريين من أصل المدعي (مورثه) والمحيلين للدخيلين والدولة من ورأئهما.

ونكتفي بإحدى عينات تعليل الدوائر المجتمعة لقضائها موضوع هذا التعليق إذ جاء فيه في خصوص مسألة صفة المالك الحقيقي وبالتالي الطابع الإستحقاق للدعوى في شأن العقار محل النزاع.

"فقد ثبت من تصفح أوراق الملف أن مورث المعقب ضده المدعي في الأصل كان فوت في قائم حياته في عقار التداعي بالبيع إلى الغير المطلوب إدخالهم وهؤلاء تولوا إبرام عقود معاوضة مع مجلس الولاية وقع التنصيب بها على وجه إنجرار ملكيتهم لمحل الخلاف المطلوب الحكم بكف شغب الوزارة عنه".

وفي خصوص مطلب الإدخال :

"حيث أنه لئن كان قرار محكمة الأصل في عدم لزوم إدخال من أبرموا عقد معاوضة مع مجلس الولاية في القضية لعدم جدوى ذلك خاصة بعدما ثبت أنهم إشتروا محل الخلاف من مورث المعقب عليه وخرجوا منه بالمعاوضة "وجيها" فإن ما إرتأته محكمة الموضوع من سند في خصوص هذا الفرع من المطعن في غير محله مثلما سيأتي في موضعه".

أما في شأن القضاء في أصل الدعوى على مقتضى الفصل 191 م.ا.ع فقد جاء ما يلي :  
"حيث يخلص مما سبق أن مورث المعقب ضده كان قد خرج من عقار التداعي (ويقصد من إستحقاقه) بالبيع ومن المتفق عليه فقها وقضاء أن الوارث ملزم بما إلتزم به مورثه في قائم حياته وترتيباً على ذلك فإن عقار التداعي لا يعد من المخلف وبالتالي فإن المعقب ضده لم ينجر له بوجه الإرث من أصله وعلى هذا الأساس إنتفت عنه صفة القيام على معنى الفصل 19 م.م.ت".

وإذا كان الشغب في دعوى الحوز حسب تعريفه التشريعي عملاً بأحكام الفصل 53 م.م.ت "هو كل أمر ينجر منه رأساً ومن نفسه أو بطريق الإستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير" فإنه يجب أن يكون على سبيل القياس على مقتضى الفصل 535 م.ا.ع في خصوص كف الشغب في الإنتفاع بعقار مسجل متكوناً من كل أمر أي سواء كان شغبا فعليا أو قانونياً ينجر منه رأساً أو بطريق الإستنتاج دعوى مخالفة لإنتفاع المدعي بالعقار المسجل.

لكن إذا كانت دعوى الحوز تنظر في أصلها دون إعتبار لمدى ثبوت أو عدم ثبوت الحق الملكي لقيامها على مجرد الحوز كوضع يد مادي ومجرد قرينة بسيطة على الملكية فإن قيام الشغب في الإنتفاع بعقار مسجل يخول لمحكمة الناحية النظر في أصل الحق العيني والبت في أصل النزاع الإستحقاقى ولو عن طريق النظر في الدعوى المعارضة أو مجرد الدفع بما يتجاوز حتى حدود حق الإنتفاع على فرض كون المقصود من مصطلح الإنتفاع الوارد بالفصل 307 م.ح.ع هو حق الإنتفاع كحق عيني على معنى الفصول 142 وما يليه م.ح.ع ؟

إن أخذ الدوائر المجتمعة للدعوى والدفاع على نحو ما سبق بيانه يحمل على القول بأن الجواب هو بالإيجاب ولعل في قرارها السابق عدد 11428 بتاريخ 13/12/1985 ما يمكن من الحزم بذلك، فالى جانب كونها أضافت إلى قائمة الحقوق العينية الواردة بالفصل 12 م.ح.ع "حق الحوز بإعتباره حماية لحق الملكية" وهي إضافة غريبة كل الغرابة فإنها بعد أن أقرت الطبيعة العينية العقارية لدعوى كف الشغب الحقت به وصف الدعوى الإستحقاقية الوارد بالفصل 20 م.م.ت للقول بأنها دعوى غير مقدرة جرى عملها على عدم إسناد الإختصاص بها (أي الدعوى الإستحقاقية) حتى للقاضي المنفرد بالمحكمة الإبتدائية سابقاً قبل إزالة هذه المؤسسة القضائية كل ذلك لتبرير وصف الحكم بالإبتدائي.

وإن كان الأمر كذلك فهل أن محكمة التعقيب سوف تراجع موقفها من دعوى الخروج لعدم الصفة من عقار مسجل في إتجاه إسناد الإختصاص بها لقاضي الناحية إذ أنه من باب أولى وأحرى أن يسند له نظر الإستحقاق في إطار الخروج لعدم الصفة ما دام أسند له في مجرد دعوى كف الشغب.

وفي هذه الحال فإن قاضي الناحية يصبح قاضي الحق العام في ميدان العقارات المسجلة على الأقل بالنسبة للدعاوي ذات الصبغة الإستحقاقية ويصبح على المشرع مراجعة نظام الإختصاص بدعاوي الإستحقاق العقاري في هذا الإتجاه وهو لعمرى مطلب صعب المنال حتى على فرض القول بأن الإستحقاق ثابت بالترسيم في السجل العقاري وبشهادة الملكية فهو فضلا عن كونه مسألة خلافية فإنه في هذه القضية حجة على الدوائر المجتمعة التي تجاوزت الحالة الإستحقاقية المرسمة بالسجل العقاري وإعتمدت الوضعية الإستحقاقية الحقيقة على مقتضى قواعد البيع والمعاوضة والإرث وعلى كل فإن ما يتضمنه السجل العقاري او الشهادت المسلمة على مقتضاه من تنصيصات إنما هو قرينة قانونية بسيطة على ثبوت الحق ما دام يمكن دفعها بالإبطال والتشطيب أو التعديل.

ولقد سبق أن أثير جدل مشابه في خصوص دعوى كف الشغب نفسها فيما يتعلق بطلب هدم ما بنى على عقار طالب كف الشغب عندما يتبين أن الأمر يتعلق في الحقيقة بإزالة منشآت أو محدثات أقيمت جزئياً أو كلياً على ملك الغير على معنى الفصول 36 و37 من مجلة الحقوق العينية مما يصبح مثارا لدعوى الإلتصاق إذ رأى بعض قضاة النواحي خصوصاً بدائرتي بنزرت وقرنباية أن موضوع الطلب يتجاوز حدود دعوى كف الشغب إلى موضوع إكتساب الملكية بموجب الإلتصاق بفعل الإنسان[1] أو على الأقل حق حبس الإنقاص حتى الحصول على التعويض أو التملك المقررين قانوناً.

فهل لا تكون الدوائر المجتمعة قد أقرت ضمناً على الأقل هذا التجاوز؟ وإن لم يكن كذلك فهل يجب إسناد دعاوي الإلتصاق أو التعويض على معنى الفصلين 36 و37 كذلك إلى قاضي الناحية إستكمالاً لهذا النظام من الإختصاص الحكمي في خصوص العقارات المسجلة؟

لكن يبدو أن التجاوز لم يقف عند هذا الحد بل تخطاه إلى مبدأ التقاضي على درجتين.

### 1) تجاوز درجتي التقاضي :

إن التنظيم القضائي التونسي يقوم على درجتين للتقاضي وهي مسألة متصله بالنظام العام وقد سلفت الإشارة إلى كون الصلاحيات الجديدة المسندة لمحكمة التعقيب سواء في التصدي للأصل أثر تعقيب ثان قطعاً لسباق التقاضي أو النظر في إصلاح الخطأ البين على معنى الفصل 192 جديد م.م.م.ت لا ينشأ درجة ثالثة للتقاضي لا يكون على أساس الإستثناء ولأسباب عارضة وفي حالات مخصوصة من الطعن بالتعقيب الذي لا يزال بعضهم يشكك في كونه طعناً مبدئياً.

وبمراجعة تطبيق الدوائر المجتمعة لوظيفة التصدي نجد أنها بعد أن تجاوزت المطعن المؤسس على مطلب الإدخال ونزعت عن المدعي الصفة في القيام وأوردت سند التصدي القانوني أي الفصل 191 جديد م.م.م.ت تقول مايلي :

"حيث كان الموضوع مهيناً للفصل وكان إستئناف الحكم الابتدائي مستكملاً لأوضاعه القانونية".

وحيث تبين بالتأمل في أوراق القضية أن والد المعقب ضده كان فوت بالبيع في عقار التداعي الذي خرج كيف ذكر من تركة المورث بموجب عقود شراء مظلوفة بالملف وتأسيساً على ذلك فإن الحكم الابتدائي قد أحسن تطبيق القانون لما قضى بعدم سماع الدعوى وإتجه نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة وإبقاء الحكم الابتدائي عاملاً وناظراً لإنبائه على سند قانوني صحيح".

لقد بدأت الدوائر المجتمعة تصديها لموضوع النزاع بمراجعة ما أسمته "الأوضاع القانونية للإستئناف" وهي لا شك تقصد بهذه العبارة على ما جرى عليه عرف الإستعمال مراقبة الشروط الشكلية والإجرائية للإستئناف على إعتبارها مسألة أولية يتوقف عليها نظر النزاع موضوعاً وهذا يعني أن الإمكانية واردة لدى الدوائر المجتمعة على الأقل نظرياً لنظر مطلب الإستئناف من جديد ورفضه شكلاً وهذا لو صح تعلق همة الدوائر المجتمعة به لكانت أحلت نفسها محل محكمة الإستئناف وبصفتها محكمة درجة ثانية متعهدة بموجب مطلب الإستئناف ولأول مرة وكان النزاع لم يمر بطور إستئنافي أول ثم تعقيبي أول وأن تعهدها لم يكن بموجب التعقيب للمرة الثانية لنفس السبب القانوني للتعقيب الأول ثم أن هذا الإجتهد لم يكن بموجب التعقيب للمرة الثانية لنفس السبب القانوني للتعقيب الأول كما أن فيه تجاوزاً لقرينة إتصال القضاء بموضوع صحة الإستئناف شكلاً على الأقل من حيث صيغته وأجله.

وهذا المنحى فيه كذلك تجاوز لمقتضيات الفصل 191 نفسه الذي يتحدث عن البت في موضوع النزاع إن كان مهياً للفصل بعد أن إستقر رأي محكمة التعقيب على نقض القرار الإستئنافي لسبب قانوني محض يمكن أن يكون متصلاً بإجراءات الإستئناف كما يمكن أن يكون متصلاً بخرق قاعدة قانونية موضوعية أي غير إجرائية.

[1] يراجع محمد بن سعيد : البناء على أرض الغير من خلال الفصلين 36 و37 م.ج.ع مذكرة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق تونس 1986/1987 ص 120 وما يليها. كذلك ناحية رأس الجبل عدد 857 بتاريخ 23/5/1986 وحكم إستئنافي ابتدائي بنزرت عدد 2415 بتاريخ 24/6/1986 ملحقان بالمذكرة حيث إعتبر الأول محكمة الناحية غير مختصة وحيث إعتبر الثاني طلب التملك مسألة أولية موقفة للنظر كذلك ناحية قرنباية عدد 768 بتاريخ 24/2/1987.

وهكذا يكون إطلاق الدوائر المجتمعة لسلطتها في المراقبة على شكليات وإجراءات الإستئناف بقطع النظر عن السبب القانوني الموجب للنقض فيه تجاوز لمبدأ التقاضي على درجتين بخلق درجة قضاء أصل ثالثة حيث لا يخول لها تنقيح 1/9/1986 ذلك خصوصا وأن المسألة الإجرائية الوحيدة التي أثرت تعقيبا وهي عدم إختصاص المحكمة العدلية بنظر الإستئناف لم تجاري فيها محكمة التعقيب المعقب وردتها مما يستبعد معه حتى في هذه الصورة القياس على إجراء التصدي على معنى الفصل 149 م.م.م.ت لكونه يشترط وجاهة المطعن الشكلي الذي كان سبب استئناف زيادة على إختلاف الحالتين بين المقيس والمقيس عليه.

إن هذا الإطلاق كذلك فيه تجاوز لمبدأ أساسي من مبادئ الإجراءات وهو مبدأ نسبية أثر العمل الإجرائي ونسبية أثر النقض تعقيبا المكرس بالفصل 191 نفسه خصوصا وأنه لا يمكن للدوائر المجتمعة التمسك بأن مطلب الإستئناف هو سبب تعهدها وتصديها للموضوع أو بأن هناك خرقا للقانون متصلا بالنظام العام مادامت لم تستند إلى أي خلل شكلي في الإستئناف بل على العكس من ذلك ردت المستند المأخوذ من عدم الإختصاص ونقضت على أساس آخر مستمد من إنعدام الصفة في القيام الذي على عكس ما ذهب إليه في تحليلها لا إتصال له في نظرنا بالنظام العام ولا حتى بأصل النزاع ويبدو أن محكمة التعقيب على إقتناع كامل بأن تنصب كمحكمة درجة ثانية للقضاء مع ما يقتضيه المفعول الناقل للإستئناف من رفع النزاع برمته إليها ذلك أنها إنتقلت إثر مراقبة شكليات الإستئناف إلى مراجعة قضاء محكمة البداية مباشرة كمحكمة درجة ثانية إذ أنها بعد إقرار إنعدام الصفة في القيام لدى المعقب ضده لخروج الملك عن تركة والده بموجب البيع إنتهت إلى القول: "إن الحكم الابتدائي قد أحسن تطبيق القانون لما قضى بعدم سماع الدعوى" والحال أن محكمة البداية إستندت في قضائها حسب ما جاء في القرار المعلق عليه إلى عدم توفر شروط الشغب" منتهية في الأخير إلى نقض الحكم الإستئنافي المطعون فيه دون إحالة وإبقاء الحكم الابتدائي عاملا نافذا لأبنائه على سند قانوني صحيح حسب قولها.

وإن هذا الموقف من محكمة التعقيب يدعو إلى التساؤل عن مدى حاجة الدوائر المجتمعة إلى اللجوء إلى إجراء التصدي للأصل ما دام نقضها بني على إنعدام الصفة في القيام أي على سبب إجرائي غير موضوعي يحول دون تصدي المحكمة لموضوع النزاع أصلا وهو بمثابة السبب الشكلي ما دام الدفع الشكلي هو كل دفع من شأنه أن يصد المحكمة عن نظر الدعوى أو الطعن موضوعا مثله مثل الدفع بعدم الإختصاص فهل لم يكن من حق محكمة التعقيب النقض بدون إحالة لإنعدام الصفة في القيام لدى المدعي إذ إن إقرار إنعدام الصفة الذي هو شرط لازم لكل قيام أو طعن يحول دون النظر في الأصل وبالتالي يحول دون اللجوء إلى إجراء التصدي للأصل إلا أن تكون محكمة التعقيب قد عتبرت مسألة الصفة مسألة موضوعية أصلية من توابع نظر موضوع الدعوى ([1]).

ولعل هذا التجديد على مستوى إجراء التصدي "الوارد به تنقيح 1/9/1986 جعل محكمة التعقيب تستعيد تجربتها كمحكمة نقض وإبرام قبل نظام مجلة المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1959 مما يجعلها من الناحية التاريخية أقرب إلى التقليد. وهل أن التمسك بتجربة الماضي هو الذي يفسر نزعة التقليد على مستوى المسائل الأصلية التي طرحت على دوائرها المجتمعة.

## II- المنصى التقليدي:

لعل أبرز مسألة خلافية تصدى لها قرار الدوائر المجتمعة هذا هي مسألة حجية التصرفات والحقوق الواردة على عقار مسجل قبل ترسيمها وحتى بعده تجاه الغير وما هو المضمون الواجب إعطاؤه لمفهوم الغير؟

[1] إن كان منها ذلك فهو مثال الإلتباس بين طبيعة التمسك بالدفع بإنعدام الصفة هل هو دفع قانوني أم موضوعي وبين إنعدام الصفة كدفع شكلي وبين نظر موضوع الدعوى أي مضمون المطالبة علما وأنها أحيانا تعتبر الدفع بإنعدام الصفة دفعا جوهريا متصلا بالإجراءات الأساسية والنظام العام من ذلك: تعقيب مدني عدد 2637 بتاريخ 23/8/1978 بالنقض "دون إحالة لإنعدام الصفة" وأحيانا أخرى تعتبره دفعا موضوعيا لا يثار لأول وهلة أمام محكمة التعقيب من ذلك تعقيب مدني عدد 3210 بتاريخ 30/6/1964.

وبقدر ما نزعت السياسة التشريعية إلى تعزيز حصانة الشهر العيني وتقوية أثرها [1]) نجد أن محكمة التعقيب في هذا القرار خيرت تكريس المفهوم التقليدي الواسع للخلافة وبالتالي مفهوما مضيّقا للغيرية في مجال التسجيل العقاري.

#### أ- تكريس المفهوم التقليدي لمصطلح الغير:

لقد طرح موضوع الحجية في النزاع موضوع هذا القرار من خلال مسألة مدى حجية ترسيم المدعي حقه في الإرث تجاه المشتريين من والده والمعاضيين معهم ومدى حجية الشراءات والمعاضضة المذكورين تجاه المدعي بوصفه وارثا مرسما.

فمسألة الحجية مثارة في أوسع مدى لها ما دامت تثار في شأن مظهرين من مظاهر إنتقال الحقوق وهما التصرفات الإرادية وحكم القانون معا وهذا ما يزيد من الأهمية العملية لهذا القرار.

لقد تنازعت مسألة الحجية في ميدان العقارات المسجلة نزعتان أوجدتا إتجاهين بل مفهومين لمصطلح الغير في هذا الميدان الأولى تضييقية مبناها حصانة الشهر العيني والثانية مرنة ومبناها الوظيفة التقليدية للإشهار بصفة عامة وهي إعلام وحماية الغير.

#### 1) الإتجاه التضييقي :

إنطلاقا من الوظيفة التطهيرية للشهر العيني وما تقتضيه من حصانة رأي البعض تحديد مفهوم الغير في ميدان التسجيل العقاري إنطلاقا من السجل العقاري نفسه ومن المقتضيات القانونية للشهر العيني [2] فالغير حسب هذا الإتجاه هو كل شخص إكتسب حقا على عقار مسجل اعتمادا على التنصيصات الواردة بالسجل العقاري ثم قام هو نفسه بترسيم حقه بذلك السجل.

وقد تبنت محكمة التعقيب التونسية في بعض قراراتها هذا المفهوم المضيقي للغير من ذلك قرارها عدد 7125 بتاريخ 2 ماي 1983 [3] (وقرارها عدد 15157 بتاريخ 16/6/1986) [4] (لكنه لم يكن الإتجاه الغالب على فقه القضاء حيث كانت الغلبة للإتجاه التقليدي).

#### 1) رجحان الإتجاه التقليدي التوسيعي :

يقوم هذا الإتجاه كما أشرنا على إعتبار الوظيفة التقليدية للإشهار عموما ألا وهي إعلام الغير وحمايته ذلك أن الإشهار هو مجموعة الشكليات أو الصيغ المفروضة على الفرد لضمان إعلام كل ذي مصلحة بالحقوق العينية أو الشخصية المرتبة على شيء ما فيكون الغير من هذا المنطلق كل شخص له مصلحة في رد التصرف الذي يتم إشهاره أو تجاهل الحق الذي لم يتم ترسيمه [5] ولعل محكمة التعقيب لم تظف جديدا في قرارها هذا سوى أنها حسمت بصفة جلية بتبني هذا المنحى التقليدي وفي أوسع نطاق له. فهي لم تستبعد من دائرة الغير الخلف بوجه عام فقط بل كذلك الخلف بوجه خاص وهي بذلك تقطع مع بعض قراراتها التي حاولت فيها التوسيع في مجال الغير بإستبعاد الخلف

[1] سواء قديما من خلال تكريس الصبغة الباتة لحكم التسجيل (فصل 331) م.ج.ع أو المفعول التطهيري للتسجيل (فصل 354) أو حجية الترسيم الفصلان 305 و337 م.ج.ع أو حديثا من خلال تنقيح 4/5/1992.

[2] وقد نحت محكمة التعقيب هذا المنحى في قرارها عدد 7235 بتاريخ 13/1/1983 ق.ت. 1984 عدد 4 ت 105 حيث قالت " كل من سعى في إدراج الحق الذي إكتسبه بالسجل العقاري فقد أحاط ذلك الحق بحصانة مستمدة من القانون تجعل معارضة كل من يدعي إنتقال ذلك الحق الغير مرسم إليه غير مقبول".

[3] نشرية محكمة التعقيب 1983 ج 2 ص 215.

[4] نشرية 1986 ج 2 ص 235 الذي جاء فيه : " لئن كان مفهوم عبارة الغير غير محدد في م.ج.ع رغم إستعمال تلك العبارة بكثرة في العديد من بنودها فإن المفهوم العام المستخلص من عموم هذه المجلة يفيد أن الغير هو من إكتسب حقا على عقار بالإستناد إلى الترسيم المدون بالسجل العقاري وقام من جهته بترسيم الحق الذي إكتسبه".

[5] وقد ذهب في هذا الإتجاه كل من الفقيه بول ليسكور في أطروحته حول نظام الشهر العيني في تونس آيكس 1900 وجورج سولمانيون في كتابه القانون العقاري لسنة 1885 ونظام السجل العقاري باريس 1933.

بوجه خاص [1] لكن حتى هذا الموقف ليس جديدا عليها ذلك أنها سبق منها في قرار صادر بتاريخ 10/1/1989 ([2]) إن قضت بأن " عبارة الغير الواردة بالفصل 305 م.ح.ع لا تعني من كان طرفا في سند الحق أو خلفا له خلافا عامة أو خاصة وإنما تعني فقط الأجنبي عن تلك العلاقة " علما وأن السند المحتج به ليس عقدا وإنما هو حكم قضائي لم يتم إدراجه بالسجل العقاري.

ولعل هذا القرار هو أبعد مدى من القرار موضوع التعليق في تطبيق مفهوم الغير ذلك أنه أطلق عبارة الخلف بوجه خاص وبوجه عام مهما كان سند الحق سواء كان عقديا أو غير عقدي كأن يكون حكما. وهذا المفهوم الموسع "للخلافة" ليس غريبا عن محكمة التعقيب ما دامت مدته إلى الشريك على الشيعاء بموجب شراء غير مرسوم بالسجل العقاري بمجرد صدوره عن أحد الشركاء على الشيعاء ([3]).

وقد رجعت الدوائر المجتمعة في تعليقه قرارها في هذا الشأن إلى فقه قضاء سابق وذكرت القرار التعقيبي عدد 14923 المؤرخ في 21/1/1986 والقرار عدد 6057 المؤرخ في 15/6/1981 والذين ربطت فيهما على غرار غيرهما من قرارات كثيرة بين الفصلين 305 م.ح.ع و 241 م.ا.ع مستأنسة في قرارها الحالي بتعريف الفقيه عبد الرزاق السنهوري في كتابة الوسيط لمفهوم الخلف وإستبعاده صفة الغير عنه في مادة العقود وكأنها تحصر هذه الحجية في الميدان العقدي حال كونها مدتها من قبل إلى خارج هذا الميدان وقد حدى هذا الربط بين الفصلين 241 م.ا.ع و 305 م.ح.ع بأحد الفقهاء التونسيين وهو الأستاذ محمد كمال شرف الدين إلى إستخلاص أن الغير على معنى الفقرة الأولى من الفصل 305 م.ح.ع " هو كل شخص معني لا يسري عليه الأثر الملزم للتصرف " وهو بذلك يساند ما إنتهى إليه الأستاذ محمود العنابي في كتاب القانون العقاري علما وعملا ([4]).

لكن لنا أن نتساءل هل أن حصانة التسجيل العقاري التي هي قوام الشهر العيني لا تستدعي خصوصا إزاء مرونة مفهوم الغير من جهة وتعلق همة المشرع التونسي بتعزيز نظام الشهر إضفاء بعض الخصوصية على هذا المفهوم في مجال التسجيل العقاري حتى لا ينقلب إلى نقمة على أصحاب الحقوق.

#### ب- هتمية تصنيف مفهوم الغير :

لقد إرتبط تقليديا تعريف الغير بمفهوم وبتعريف الخلف، فبقدر ما إتسع مفهوم الخلف ضاق مجال مفهوم الغير إذ هو كل من لم ينجر له الحق بوجه عام كالورثة والموصى لهم بصيرة غير محددة من التركة أو بوجه خاص كالمشتري أو الموصى له بشيء معيّن من التركة، وكانت تبعا لذلك التصرفات القانونية الناقلة للملكية وبالتالي العقود مجال الخلاف بين الطرف والخلف من جهة والغير من أخرى وكل ذلك لأن المحيط القانوني لهذه التصرفات ليس في كل المجالات مخصوصا بنظام شكلي وجوبي سابق الوضع من حيث الصيغة أو الإشهار ما يجعل تحديد مضمون مفهوم الخلف أو الغير عملية صعبة ونسبية بإعتبار نوع التصرف وأطرافه وموضوعه وتاريخه.

وقد ذهب أحد الفقهاء التونسيين إلى تقسيم الغير إلى ثلاثة عائلات غير محدودة الأفراد بإعتبار الرابطة مع أحد أطراف التصرف القانوني بين عضوية إجتماعية أو الغير الشريك على الشيعاء ونفسية عاطفية أو الوارث وإقتصادية مالية أو الدائن مضيفا إليهم الدولة كغير عام [5] وتبعا لهذه النسبة يصبح من الطبيعي ترك مجال إجتهادي في تحديد هذين المفهومين بحسب كل حالة على حدة وقد نحى المشرع نفسه هذا المنحى في بعض الأحوال مثل

[1] ((تع عدد 2804 مؤرخ 12/10/1978 ن.م.ت 1979 ص 96 الذي جاء فيه "مفهوم الغير في الفصل 305 م.ح.ع هو المنجر له الحق بوجه خاص أما الورثة المنجر لهم حق بوجه عام فليسوا بغير ويمكن معارضتهم بالحق الذي إنتزم به مورثهم ولو لم يتم ترسيمه بدفتر الملكية العقارية".

تع عدد 3151 بتاريخ 25/5/1981 ن.م.ت 1981 ج 2 ص 59 الذي جاء فيه " إن المراد بالغير هم كل من إنجر لهم حق بوجه خاص أما من أنجر لهم حق بوجه عام كالورثة فلا يعتبرون غيرا".

[2] تع عدد 19622 بتاريخ 10 جانفي 1989 ق.ت 1991 عدد 7 ص 71.

[3] تع عدد 11504 مؤرخ في 23/4/1985 ن.م.ت 1985 ج 1 ص 155 : "المتصرفون في عقار النزاع بموجب شراء كتابي من المالكة على الشيعاء لا يعتبرون غيرا بالنسبة للمدعين في الأصل ما دام حقهم مستمدا من أحد المالكين على الشيعاء".

[4] محمد كمال شرف الدين : كتاب "حقوق الغير والتصرفات الناقلة للملكية" من منشورات م.د.ب.ن 1993 رقم 132 ص 112 ومحمود العنابي كتاب القانون العقاري علما وعملا. نشر معهد البحوث والدراسات العربية القاهرة 1973 ص 134.

[5] الأستاذ محمد العربي هاشم : تقديم كتاب الأستاذ محمد كمال شرف الدين مرجع سابق ص 10 وما يليها.

الفصل 26 م.ا.ع الذي اعتبر فيه الخلف بوجه خاص غيرا بالنسبة للكتائب السرية والفصل 450 فقرة أخيرة من نفس المجلة الذي يعتبر الخلف بوجه خاص غيرا إزاء أحكام هذا الفصل والمتعلقة بثبوت تاريخ الكتب إذا لم يكن قيامهم في حق مدينهم.

لكن هل لهذه النسبية مبرر للوجود إزاء نظام الشهر العيني خصوصا بعد قانون 4 ماي 1992 المنقح لمجلة الحقوق العينية ؟

كما سلف بيانه في الفقرة السابقة إن بعضا من فقه القضاء حتى التعقيبي([1]) حصر مفهوم الغير في مجال التصرفات والحقوق الجارية على العقارات المسجلة في كل من إكتسب حقا بناء على ترسيم بالسجل العقاري وقام بدوره بترسيم ذلك الحق المكتسب بنفس السجل.

وهذا التعريف فضلا عن مسيرته لمقتضيات ومبادئ الشهر العيني من حصانة التسجيل والمفعول التطهيري والحجية المطلقة له مضاف لها المفعول المنشئ فإن المنطق القانوني والذوق السليم يقتضيان الأخذ به.

وهذا الوجوب لئن أقر سابقا لمجرد الإحتجاج على الغير فإنه أصبح بموجب تنقيح 4/5/1992 شرطا لنشأة الحق العيني فقد نص الفصل 305 جديد على أن كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وإبتداء من تاريخ ذلك الترسيم([2]) وتكريسا لهذا الحكم أضاف الفصل 373 جديد وجوبية إشهار جميع الصكوك والإتفاقات والأحكام المتعلقة بنشأة حق عيني أو بنقله أو التصريح به أو بتعديله أو بإنقضائه أو تجميده أو التقييد من حرية جولانه أو بتغيير أي شرط من شروط الترسيم أو بإحالة حق الإشتراك في الملكية بالجوار أو بتجزئة العقار.

ويؤكد نفس الفصل بفقرته الثالثة أن عدم الترسيم يفقد حجية التصرفات والصكوك المذكورة حتى فيما بين أطرافها فلا ينشأ عنها أي حق عيني ولا يترتب عنها سوى الإلتزامات الشخصية أما في خصوص الإحتجاج على الغير فإن نفس الفصل يوجب ترسيم عقود تسويغ العقارات التي تتجاوز مدتها أو مدة الإنتفاع بالعقار بموجب تجديدها ثلاثة سنوات وكذلك الصكوك والأحكام المثبتة لخلاص أو إحالة مبلغ يتجاوز معين كراء أو إنزال عام لم يحل أجل أدائه.

وتسييرا لتطبيق هذه الأحكام ضبط نفس القانون بالفصلين 377 مكرر و377 ثالثا نظاما جديدا لتحرير الصكوك والإتفاقات الخاضعة للترسيم كما أوجب على محرر العقد القيام بالإجراءات اللازمة للترسيم فإذا كان الترسيم بالسجل العقاري هو منشأ الحق العيني والصيغة الوحيدة للإحتجاج به حتى فيما بين أطرافه وحتى في خصوص الحقوق المتولدة عن عقود الكراء التي تجاوزت مدتها أصالة أو بالتجديد الثلاثة أعوام فإن من حق صاحب الحق المرسم إلا يعتبر إلا ما تضمنه السجل العقاري أو ما ضمن به طبق ما يقتضيه القانون كما أن من واجب الكافة عدم الإعتداد تجاهه وعدم معارضته إلا بمضمون السجل العقاري وبما إستند إلى نفس السجل.

وأما من حيث الذوق السليم فإن من غير المستساغ أن يحمل المشرع الناس على الترسيم ويمضي واجب الترسيم حتى على الورثة والموصى لهم الذين ينتقل إليهم الحق بحصول واقعة الوفاة كخلف بوجه عام ثم يرفع عن التصرف القانوني الحجية حتى فيما بين أطرافه وفي النهاية يخول لكل ذي مصلحة ممن يدعي خلافة عامة أو خاصة معارضة صاحب الحق القائم على أساس تنصيبات السجل العقاري والمرسم بدوره خصوصا وقد تبنى فقه القضاء الغالب مفهوما موسعا للخلافة وهو ما من شأنه أن يفرغ التنقيح الوارد بقانون 4/5/1992 من كل جدوى ويعرقل السياسة التشريعية في ميدان الشهر العيني.

[1] مرجع سابق رقم 13 ورقم 14.

[2] هذا الفصل وكذلك الفصول 115 و278 و307 و350 و373 م ح ع و581م إ ع و204م أ ش لم تدخل حيز التطبيق إلا بعد مضي مراحل التمديد الثلاثية بموجب القانون عدد37بتاريخ 24\4\1995 ثم القانون عدد30بتاريخ 20\4\1998 الذي إستبعد التمديد بالنسبة للرسوم التي يتم إحداثها بعد دخوله حيز التنفيذ ، أي بما في ذلك مفهوم الغير حسن النية في ميدان التسجيل العقاري.

ولعلنا بالرجوع إلى نفس أحكام قانون 1992 نجد أن المشرع نفسه يكرس المفهوم الضيق للغير، فقد تضمنت الفقرة الثانية من الفصل 305 الجديد ما نصه: "وإبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقاً عن حسن نية وإعتماًدا على الترسيمات الواردة بالسجل".

فقد خصص المشرع بهذا الفصل الغير بأن حصره في من يكتسب عن حسن نية حقا على عقار مسجل إعتماًدا على الترسيمات الواردة بالسجل العقاري وهذا التخصيص لم يكن وارداً بالفصل 305 ح.ع قبل قانون 4/5/1992 أي أنه يكرس تحولاً تشريعياً في خصوص حجية الترسيم من حيث موضوع العملية العقارية والأشخاص الذين يمكن معارضتهم بها.

ويجدر التذكير بأن القرار موضوع التعليق صادر تحت ظل الصيغة القديمة للفصل 305 م.ح.ع والتي ما زالت واجبة التطبيق في تاريخه لكن كان بإمكان محكمة التعقيب الإستئناس بالإتجاه التشريعي الجديد ومسايرة فقه قضائها التضييقي في تحديد مفهوم الغير في مجال العقارات المسجلة خصوصاً وأن إجتهاها قابل للنقد حتى على مستوى التقنية القانونية ذلك أنها من جهة آثرت الأخذ بالرأي الفقهي للدكتور عبد الرزاق السنهوري وفي خصوص مادة الإلتزامات التعاقدية على إرادة واضع القانون وهو في موضوعنا واضع مجلة الحقوق العينية ومن قبله القانون العقاري والآراء الفقهية الواردة تعليقا عليهما ومن أخرى فإنها رغم عدم تصريحها بذلك يبدو أنها إعتمدت القياس بين المادة العقدية ومادة التسجيل العقاري حال أنه لا وجه للمقارنة أو التنظير بينهما لإختلاف النظامين في كل الجوانب ولكون قواعد تطبيق القانون تقتضي تغليب النص الخاص على النص العام وما دام النص الخاص وهو مجلة الحقوق العينية يقيم الحجية على النظام الموضوعي الشكلي والأمر للتسجيل والترسيم المتجاوز بطبيعته للإرادة للطابع الذاتي للتصرفات القانونية الذين تقوم عليهما حجية الإلتزامات العقدية المتسمة تبعاً لذلك بنسبية الأثر. فأين نسبية أثر التصرفات الإرادية القانوني من علوية النظام العام والنصوص الآمرة وإطلاقية أثرها؟

## **القرار التعقيبي المدني عدد 22195 بتاريخ 03 فيفري 2003 الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب برئاسة السيد الهادي بالصادق**

المادة: مدني

المفاتيح: تنازع اختصاص، نزاع عدلي، نزاع إداري، إختصاص حكمي، دعوى كف شغب، عقار مسجل، خلف عام خلف خاص، غير حسن النيّة، حق غير مرسوم، معارضة به.  
المبدأ:

إن الإختصاص بالنظر في دعاوي كف الشغب منعقد للمحاكم العدلية في سائر درجات التقاضي حسب أحكام الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية القاضي أن حاكم الناحية يختص في الحكم بكف الشغب في العقار المسجل والفصل 40 من م.م.م.ت الذي إقتضى أن المحكمة الابتدائية تنظر إستئنافيا في الأحكام الصادرة من قضاة النواحي التابعين لها. الصادرة من قضاة النواحي التابعين لها.

وحيث أنه لئن درج فقه قضاء المحكمة الإدارية على إعتبارها مختصة بالنظر إستئنافيا كلما كانت دعامة المصلحة العامة المشترطة في عمل الإدارة لتبرير تدخل القاضي الإداري قائمة وكلما كان سلوكها في هذا المجال مشوبا بشوائب السلطة العامة الرامية إلى خدمة الصالح العام بإعتباره سلوكا ينظوي تحت الأعمال الإدارية بالرغم من إنطوائها على عنصر عدم المشروعية المائل في عدم سلوك الطرق القانونية للتملك أو التصرف فإن هذا الإختصاص لا يقف عند حد طلب تغريم الإدارة ماديا وأدبيا بخصوص الأضرار الناتجة عن ذلك التصرف بل إنه يتعداه ليشمل كذلك الزامها بالقيام بالأعمال الضرورية لإرجاع الحالة لما كانت عليه قبل قيامها بما هو معاب عليها وكف شغبها على الملكية الفردية إلا أنها قد عدلت عن هذا الإتجاه وأصبحت تقر بإختصاص محاكم الحق العام في قضايا كف الشغب التي تكون الإدارة طرفا فيها من ذلك قرارها عدد 538 الصادر بتاريخ 21/10/1991 والذي جاء فيه أن تعدى الإدارة على ملكية الغير ومشاغبتها له دون وجه شرعي في التصرف في أملاكه المسجلة يفقد عملها صبغته الإدارية وينزلها منزلة الأفراد.

**نص القرار :**

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب بدواؤها المجتمعة القرار التالي :

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 9 ديسمبر 1988 من طرف المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة التربية القومية محل مخابراته بمكاتبه الكائنة بنهج الجزيرة عدد 19 تونس.

ضد: (1) حسين نائبه الأستاذ المنصف الفضيلى.  
 (2) بلدية جندوبة ممثلة في شخص رئيسها مقرها بقصر بلدية الكاف ولاية جندوبة بوصفها دخيلة.  
 (3) مجلس ولاية جندوبة في شخص ممثله القانوني والى جندوبة محاميه الأستاذ عبد الرحمان عبد النبي.  
 طعنا في الحكم الإستئنافي عدد 15060 الصادر من المحكمة الابتدائية بتونس بوصفها محكمة إستئناف بأحكام محاكم النواحي التي بدأرتها وذلك بتاريخ 28 أفريل 1987 والقاضي: "بقبول مطلب الإستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بثبوت الشغب المدعي به ورفض الدعوى في خصوص إرجاع الحوز وإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع معلومها إليه وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضدها وإخراج كل من المستأنف ضدهما بلدية جندوبة ومجلس ولايتها من القضية".  
 وبعد الإطلاع على مذكرة الطعن المقدمة من المكلف العام بنزاعات الدولة بتاريخ 3 جانفي 1989 وعلى محضر إبلاغها للمعقب ضدهم في اليوم الموالي بواسطة عدل التنفيذ بالكاف السيد محمد العابد برنيس وبجندوبة السيد محمد الكامل تحت عدد 28230 وعدد 50815.  
 وبعد الإطلاع على ملحوظات الإدعاء العام بهذه المحكمة الرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والإستماع لشرحها بالجلسة.  
 وبعد الإطلاع على كافة الأوراق والمدولة القانونية:  
 من حيث الشكل:

حيث إستوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه الإجرائية الماسة بالشكل لذا فهو مقبول شكلا.  
 من حيث الموضوع:

حيث تفيد وقائع القضية كما أثبتتها الحكم المطعون فيه والأوراق التي إنبنى عليها قيام المعقب ضده الأول حسين بن عثمان الورغي لدى محكمة ناحية تونس تحت عدد 36929 عارضا أنه على ملكه العقار المسجل بدفتر خانة الأملاك العقارية تحت عدد 63702 الكائن بجندوبة وقد شاغبتة وزارة التربية القومية أخيرا فيه وإفتكت حوزة منه وأحدثت به منشآت دون رضاه وعملا بأحكام الفصل 52 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المنقح بالقانون عدد 40 لسنة 1963 المؤرخ في 16 نوفمبر 1963 والفصل 307 من مجلة الحقوق العينية فإنه يطلب الحكم بكف شغب الوزارة عن محل الخلاف وترجيع حوزة إليه مع مائتي دينار أجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليها. وأجاب نائب المطلوبة بأن مورث المدعي كان فوت بالبيع في أرض النزاع إلى عدة أشخاص أقاموا بها مساكن ولما قررت بلدية المكان إحداث معهد ثانوي تسلمت منهم عقود تملكهم وعودت لهم محلات سكناهم بأخرى وهدمت المنازل وشيدت بمكانها المعهد الثانوي.

وبعد إنجاز أطوار القضية قضت محكمة البداية بتاريخ 14 نوفمبر 1980 تحت عدد 56929 بعدم سماع الدعوى بناء على عدم توفر شروط الشغب فأستأنف المحكوم عليه المدعي في الأصل طالبا نقض الحكم المطعون فيه والقضاء من جديد طبق عريضة الدعوى.

وحيث قضت المحكمة الابتدائية بتونس بوصفها محكمة إستئناف لأحكام محاكم النواحي التابعة لها في 7 ديسمبر 1984 تحت عدد 9552: "بقبول الإستئناف شكلا وأصلا ونقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بثبوت الشغب ورفض الدعوى في خصوص إرجاع الحوز وإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليه وحمل المصاريف القانونية عليه وإلزام هذا الأخير بأن يؤدي للمستأنف مبلغ خمسين دينارا أجرة محاماة معدلة وإخراج بلدية جندوبة في القضية" إستنادا منها إلى أن المشرع قد خص حاكم الناحية بالنظر في موضوع الشغب المتعلق بالعقارات المسجلة طبق أحكام الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية كما أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بالموضوع إستئنافا طبق الفصل 40 من م.م.م.ت وبناء عليه فإن هذه المحكمة مختصة حكما بالنظر في دعوى الشغب ولو كانت الدولة طرفا في النزاع وإلى أن عقار النزاع لا يزال مرسما بإسم المستأنف وبذلك فإن صفته لمالك للعقار لا تزال قائمة وفق أحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية ولا يوجد بالملف ما يفيد شرعية تصرف وزارة التربية القومية في أرض المستأنف إضافة إلى تعلق عقار النزاع بالمصلحة العامة وإلى أن الحكم في هذه

الحالة بإرجاع الحوز لصاحبه سيؤدي حتما إلى تعطيل أعمال الدولة وهو ما يمنع المشرع القضاء به وفق مقتضيات الفصل الثالث من أمر 27 نوفمبر 1888.

وحيث تعقبته المحكوم عليها وزارة التربية القومية ممثله من قبل المكلف العام بنزاعات الدولة طالبة نقضه ناعية عليه :

أولا : عدم الإختصاص بمقولة أن الإدارة لما كانت طرفا في النزاع فإن محكمة تونس تكون صاحبة النظر في الطور الإبتدائي وأما في الطور الإستئنافي فالمحكمة الإدارية حسب أحكام الفصل 2 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المحدث للمحكمة الإدارية.

ثانيا : ضعف التعليل قولا بأن الحكم المخدوش فيه لما قضى بوجود الشغب ورفض إرجاع الحوز لتعلقه بالمصلحة العامة ولأن الإرجاع يؤدي حتما إلى تعطيل المصلحة العامة أي أعمال الدولة كان عليه أن يرفض الدعوى بفرعيها لمخالفتها لأحكام الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 إذ لا يمكن القيام على الدولة إلا بدفع جبر الضرر الأمر الذي يصير الحكم المطعون فيه قاصر التعليل.

ثالثا : خرق أحكام الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ذلك أن الطاعن طلب إدخال من أحوالو عقاراتهم إلى مجلس الولاية مقابل حصولهم على محلات سكنى جاهزة إلا أن الحكم المنتقد أهمل ذلك الدفع ولم يرد بشيء.

رابعا : مخالفة الفصل 241 من المجلة المدنية بمقولة أن الحكم المطعون فيه اعتبر مخالفة الفصل 241 من المجلة المدنية بمقولة أن الحكم المطعون فيه اعتبر العقود المدلى بها من الطاعن غير عاملة لعدم إدراجها بالسجل العقاري إذ أن الإدراج عملية شكلية لا تشترط لصحة العقد ذلك أن والد المعقب ضده قد باع عقار النزاع بموجب كتائب ثابتة ولا يعتبر الدولة غيرا على معنى الفصل 581 من نفس المجلة.

وحيث قررت محكمة التعقيب بتاريخ 30 جانفي 1986 تحت عدد 12785 النقض والإحالة بناء على عدم إختصاص المحكمة بالنظر إذ أن وزارة التربية طرف أساسي في القضية إعتقادا منها على أن محكمة الموضوع قد جانبت الصواب إذ أن الإستئناف رفع إلى المحكمة العادية عوض المحكمة الإدارية والحال أن وزارة التربية القومية تمثل طرفا أساسيا في هذا الفرع وهذا عملا بأحكام الفصل الثاني من القانون عدد 40 لسنة 1972 وإلى أن الحكم المنتقد قضى بثبوت الشغب ثم رفض الدعوى في خصوص إرجاع الحوز وهذا يمثل تضاربا بينا وخطا في تطبيق القانون موجبا للنقض وفي خصوص ضعف التعليل فإن الطاعن تمسك بعدة دفوعات أساسية لدى محكمة الأصل منها طلب إدخال من أحوالو عقاراتهم على مجلس الولاية مقابل حصولهم على محلات سكنى بالمعاوضة ورغم ذلك فإن محكمة القرار أهملت تلك الدفوعات ولم ترد عليها بشيء.

وبموجب ذلك أعيد نشر القضية لدى محكمة الإحالة تحت عدد 15060 وبعد الترافع أصدرت هذه حكمها السالف تضمين نصه بالطالع معتمدة نفس الأسانيد التي كانت ركزت عليها حكمها الأول مضيفة إليها قولها أنه خلافا لما ذهبت إليه محكمة التعقيب فإن المحكمة المختصة بالنظر إستئنافيا في مثل هذه الدعاوي (كف شغب) هي محاكم الحق العام لأن الفصل الذي إستندت إليه تلك المحكمة لم يخصص المحكمة الإدارية بالنص إستئنافيا إلا في القضايا المتعلقة بالتعويض فقط حسبما إقتضاه الفصل 2 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المشار إليه وأنه لا وجود لتضارب في الحكم الذي كانت أصدرته لأن الشغب ثابت بصفة واضحة بتقرير الإختبار وإقرار المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة التربية القومية ذلك الإقرار الذي يؤكد أنه يتصرف في العقار بواسطة مجلس الولاية الذي إشتراه حسبما يدعي من الغير الذين لم يقوموا بتسجيلهم بالعقار وبالسجل العقاري وطالما أن عقار النزاع قد إستعمل للمصلحة العامة بإقامة معهد ثانوي عليه فقد أصبح من المتعذر إرجاع الحوز إلى المستأنف لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل عمل الإدارة ولم يبق للمستأنف إلا المطالبة بغرم الضرر طبق الفصل الأول من أمر 27 نوفمبر 1888 هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المحكمة لم تر اللزوم لإدخال من أحوالو عقاراتهم لمجلس الولاية طالما أنهم يعدون غيرا بالنسبة للمستأنف ضرورة أنهم لم يقوموا بتسجيلهم بالعقار الذي بقي إلى حد الآن على ملك المستأنف دون مشاركة أي واحد له فيه.

وحيث تعقبت الطاعنة من جديد الحكم المذكور بناء على ما يلي :

أولا - خرق قاعدة الإختصاص الحكمي :

بمقولة أن النزاع الحالي يتمثل كما ورد بعريضة المعقب ضده في عمل مادي صدر عن الإدارة بصفتها سلطة أمرة ويخضع هذا التصرف لأحكام الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 التي ضبقت الإطار القانوني لمسؤولية الإدارة عن الأعمال والقرارات الصادرة عنها وقد أقرت أحكام فصول الأمر المشار إليه طريقة فصل النزاعات المتولدة عن هذه التصرفات وحددت مرجع نظر المحاكم فيها خاصة بالفصلين الثالث والرابع منه حيث منعت على المحاكم المدنية أن تأذن بما من شأنه أن يعطل قرارا إتخذته الإدارة أو عملا صادرا عنها وحجرت عليها النظر في المطالب التي تهدف إلى تعطيل تلك الأعمال والقرارات.

وقد صدر القانون عدد 40 المشار إليه ليحدث هيئة قضائية تختص بالنظر دون سواها في النزاعات التي تكون الإدارة طرفا فيها ومنذ هذا التاريخ أضحت المحكمة الإدارية مختصة بالنظر في النزاعات الخاصة بالإدارة عملا بأحكام الفصل 2 من القانون عدد 40 المذكور.

وبناء عليه فإن قيام المعقب ضده الأول بالطعن في الحكم الابتدائي لدى محكمة أخرى غير المحكمة الإدارية يعد مرفوضا لخرقه قاعدة الإختصاص الحكمي وإستشهدت بالقرار التعقيبي عدد 12785 المشار إليه والقرار عدد 3070 المؤرخ في 2 نوفمبر 1981 وقرار المحكمة الإدارية رقم 53 الصادر بتاريخ 18 مارس 1978 الإدارية.

ثانيا - ضعف التعليل :

(أ) التناقض :

بمقولة أنه يتضح بالإطلاع على حيثيات الحكم المطعون فيه أنه قبل الدعوى في فرعها المتعلق بالشغب ورفض فرعها الثاني المتعلق بإرجاع الحوز لتعلق عقار النزاع بالمصلحة العامة ولا شك أن الحكم بإرجاع الحوز لصاحب العقار سيؤدي حتما إلى تعطيل أعمال الدولة وهو ما يمنع المشرع القضاء به كما أن قبول الفرع الأول ورفض الفرع الثاني لسبب المبين أعلاه فيه تناقض باعتبار أن المحكمة كان عليها أن ترفض الدعوى بفرعها لمخالفتها أحكام أمر 27 نوفمبر 1888 لأنه لا يمكن الآن القيام على الدولة إلا للمطالبة بقيمة الأضرار الحاصلة من جراء عمل صدر منها بدون حق ولا يمكن للمحكمة التصريح بكف شغب الإدارة أو الإذن بكفه طالما أن الأمر يتعلق بمصلحة عامة وأن التناقض المذكور يجعل الحكم مشوبا بالتقصير علما بأن المحكمة صرحت بثبوت المصلحة العامة كما أن محكمة التعقيب أقرت بوجود مثل هذا التناقض في قرارها الأول المشار إليه.

(ب) خرق أحكام الفصل 123 من م.م.م.ت :

ذلك أن الطاعن كان تمسك لدى محكمة الدرجة الثانية بطلبه الرامي إلى إدخال من تولوا التفويت في أرض التداعي لفائدة مجلس ولاية جندوبة مقابل حصولهم على مساكن جاهزة إلا أن المحكمة أهملت هذا الدفع ولم تناقشه بالرغم من أهميته إذ أن هؤلاء الأشخاص بصفتهم ضامين في إستحقاقهم لمبيعهم يحق لهم الإعتراض على الحكم متى كان مضرا بحقوقهم وبناء على ذلك كان على محكمة الموضوع الإذن بإدخالهم في النزاع.

(ج) مخالفة الفصل 241 مجلة الإلتزامات والعقود قولا بأن القانون المدني لم يشترط لصحة عقود شراء الأراضي المسجلة ترسيم عملية البيع بسجلات الملكية العقارية وأستشهد بالقرار التعقيبي عدد 10672 المؤرخ في 04/12/1957 مجلة القضاء والتشريع عدد 9/10 لسنة 1960 ومثله القرار عدد 6057 بتاريخ 15/06/1981 محكمة التعقيب سنة 1982 ص 182 ملاحظا أن الهدف من التسجيل العقاري يتمثل في حماية المالكين وأصحاب الحقوق المرسمة بالسجلات العقارية و أن ذلك لا يعني أن ذوي الحقوق اللاحقة والناشئة عما يرتبه المالك أو صاحب الحق العيني على العقار لفائدتهم ولم ترسم تفقد آثارها القانونية بل على العكس من ذلك فهي لازمة تجري أحكامها على المتعاقدين وورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم حسب الفصل 241 م.ا.ع وأضاف أن عقود الشراء ثابتة وإكتست قوة الإحتجاج بها إضافة إلى أن بيع الوالد في قائم حياته يلزم الورثة الذين لا يمكن إعتبارهم غيرا على معنى أحكام الفصل 581 م.إ.ع والفصل 450 من نفس المجلة وقد درج فقه قضاء هذه المحكمة على إعتبار أن المراد بالغير هو كل من أنجز لهم حق بوجه خاص أما من أنجز لهم حق بوجه عام كالورثة فلا يعتبرون غيرا خلافا لما ذهب إليه

الحكم المعقب الذي إعتبر الورثة غيرا داخلين في مفهوم الغير الوارد بالفصل 305 من م.ح.ع بإعتبارهم ورثة بائع محل الخلاف للمعقب عليهم وحالين محله فيما أبرمه معهم وملزمين به حسب الفصل 241 من م.ا.ع (ويراجع القرار التعقيبي عدد 3151 بتاريخ 25/05/1981 نشرية عام 1981 ص 59) هذا من جهة ومن أخرى فقد تمسك نائب مجلس ولاية جندوبة ضمن تقريره المقدم لمحكمة الموضوع بجلسة 21 مارس 1987 بإستحقاق منوبه لعقار التداعي إستنادا على عقود البيع القانونية الخاصة بعقار النزاع المظروفة بالملف وأقر إحالة هذا العقار إلى الإدارة ورغم ذلك فإن محكمة القرار المقدوح فيه قد تجاوزت هذه الدفوعات وتراعى لها أن عقود الشراء لا تمثل حجة إستحقاق عقار الخلاف لعدم إدراجها بالسجل العقاري وقضت على هذا الأساس بإخراج مجلس ولاية جندوبة المالك الحالي لأرض التداعي وطلب المقرر نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة والقضاء من جديد بإقرار الحكم الإبتدائي وبعدم سماع الدعوى الأصلية المرفوعة من طرف المعقب ضده تطبيقا بأحكام الفصل 191 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وحيث رد نائب المعقب عليه فذكر في خصوص المطعن الأول أن المحكمة المختصة بالنظر إستئنافيا في مثل هذه القضايا (كف الشغب) هي محاكم الحق العام لأن الفصل الذي إستندت له محكمة التعقيب لم يخصص المحكمة الإدارية بالنظر إستئنافيا إلا في القضايا المتعلقة بالتعويض فقط حسب الفصل 2 من قانون 1972 أما عن المطعن الثاني المأخوذ من ضعف التعليل فقد لا حظ محامي المعقب ضده أنه من الثابت أن أمر 1888 لم يحرم الحكم بكف الشغب لأن هذا القضاء لا يعطل عمل الإدارة لأنه لا ينتج عنه أي عمل مادي من شأنه المساس بما تقوم به الإدارة في حين أن إسترجاع الحوز منها يدخل تحت هذا الطائل وردا على المطعن الثالث ذكر أن الفصل 123 من م.م.م.ت يتعلق فيما يجب أن يضمن بكل حكم ولا علاقة له بالمرة بأحكام الإدخال ومهما يكن من أمر فإن للإدخال أحكاما أخرى وردت بنفس المجلة بالفصلين 224 و225 وعن المستند المأخوذ من خرق أحكام الفصل 241 من المجلة المدنية لا حظ نائب المعقب ضده أن وزارة التربية القومية تعتبر غيرا بالنسبة للمتعاقدين المزعومين كما أن المعقب عليه لا تربطه أي رابطة بالوزارة يجعلها عرضة لمواجهتها بأحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية وطلب على هذا الأساس بالحكم برفض التعقيب أصلا.

وبجلسة 25 جوان 1991 قررت الدائرة المدنية التاسعة إرجاع القضية للسيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب للنظر في إمكانية إحالتها على الدوائر المجتمعة للبت في المسألة القانونية التي خالفت فيها محكمة الموضوع محكمة التعقيب وتبعاً لذلك وعملا بأحكام الفصل 191 من م.م.م.ت قرر السيد الرئيس الأول إحالة القضية على الدوائر المجتمعة ودعوتها للإنعقاد بجلسة يوم 2/2/1993 وبها أجل البت في القضية لجلسة اليوم الموالي وفيها وبعد المداولة القانونية صرح بما يلي :

عن المطعن الأول المأخوذ من خرق قاعدة الإختصاص الحكمي :

حيث أن محاكم الحق العام هي صاحبة الإختصاص المطلق في كل القضايا عدا ما خرج عن نظرها بنص خاص :  
وحيث أن الإختصاص بالنظر في دعاوي كف الشغب منعقد للمحاكم العادية في سائر درجات التقاضي حسب أحكام الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية القاضي أن حاكم الناحية يختص في الحكم بكف الشغب في العقار المسجل والفصل 40 من م.م.م.ت الذي إقتضى أن المحكمة الإبتدائية تنظر إستئنافيا في الأحكام الصادرة من قضاة النواحي التابعين لها.

وحيث أنه لئن درج فقه قضاء المحكمة الإدارية على إعتبارها مختصة بالنظر إستئنافيا كلما كانت دعامة المصلحة العامة المشترطة في عمل الإدارة لتبرير تدخل القاضي الإداري قائمة وكلما كان سلوكها في هذا المجال مشوبا بشوائب السلطة العامة الرامية إلى خدمة الصالح العام بإعتباره سلوكا ينطوي تحت الأعمال الإدارية بالرغم من إنطوائها على عنصر عدم المشروعية المائل في عدم سلوك الطرق القانونية للتملك أو التصرف فإن هذا الإختصاص لا يقف عند حد طلب تغريم الإدارة ماديا وأديبا بخصوص الأضرار الناتجة عن ذلك التصرف بل أنه يتعداه ليشمل كذلك الزامها بالقيام بالأعمال الضرورية لإرجاع الحالة لما كانت عليه قبل قيامها بما هو معاب عليها وكف شغبها على الملكية الفردية إلا أنها قد عدلت عن هذا الإتجاه وأصبحت تقر بإختصاص محاكم الحق العام في قضايا كف

الشغب التي تكون الإدارة طرفا فيها من ذلك قرارها عدد 538 الصادر بتاريخ 21/10/1991 والذي جاء فيه أن تعدي الإدارة على ملكية الغير ومشابقتها له دون وجه شرعي في التصرف في أملاكه المسجلة يفقد عملها صبغته الإدارية وينزلها منزلة الأفراد " وترتبيا على ذلك فإن محكمة القرار المخدوش فيه لما إعتبرت نفسها مختصة بالنظر إستئافيا تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما دون خرق لأحكامه فأضحى بذلك هذا المطعن عديم السند وتعين رده.

\* عن المطعن الثاني المستمد من ضعف التعليل :

(أ) في خصوص مسألة التناقض في الحكم المخدوش فيه :

حيث أن المصلحة كما تجب لصحة القيام تجب أيضا لصحة الطعن ذلك أن المصلحة هي مناط أي طلب عملا بأحكام الفصل 19 من م.م.م.ت.

وحيث أن القرار المخدوش فيه قد قضى بكف شغب الطاعن ورفض الدعوى في خصوص طلب إرجاع الحوز ولذلك فإنه لا يجوز للمتظلم من هذا القرار الطعن فيه بتناقض نصه بعلّة أن القضاء بكف الشغب يستوجب حتما الحكم برفعا ليد ضرورة أن هذا الطعن بني على سبب لو صح وإقتضى نقض الحكم لما عاد على الطاعن بأية فائدة وأن المصلحة النظرية البحتة لا تصلح أساسا للطعن وترتبيا على ذلك أضحى هذا المستند غير متجه وإتجه رده.

(ب) في خصوص خرق أحكام الفصل 123 من م.م.م.ت :

حيث تبين من أوراق الملف أن محكمة الحكم المخدوش فيه قد عللت قضاءها في شأن هذا الدفع بأنه لا ضرورة لإدخال من أحوال مناباتهم لمجلس الولاية طالما أنهم يعدون غيرا بالنسبة للمستأنف المعقب ضده الآن على ملك المستأنف دون مشاركة أي واحد فيها.

وحيث أنه ولئن كان قرار محكمة الأصل في عدم لزوم إدخال من أبرموا عقد معاوضة مع مجلس الولاية في القضية لعدم جدوى ذلك خاصة بعدما ثبت أنهم إشتروا محل الخلاف من مورث المعقب عليه وخرجوا منه بالمعاوضة فإن ما ارتاتة محكمة الموضوع من سند في خصوص هذا الفرع من المطعن في غير محله مثلما سيأتي في موضعه وترتبيا على ذلك إتجه رد هذا المستند.

(ج) في خصوص مخالفة الفصل 241 من مجلة الإلتزامات والعقود :

حيث إعتبر الحكم المخدوش فيه عقار النزاع لا زال مرسما بإسم المستأنف المعقب ضده وبذلك فإن صفته كمالك للعقار لا تزال قائمة وفق أحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية وإن من أحوال عقاراتهم إلى مجلس الولاية يعدون غيرا بالنسبة للمستأنف ضرورة أنهم لم يرسموا شراءاتهم بالسجل العقاري إلا أنه خلافا لما ذهب إليه الحكم المنتقد فقد ثبت من تصفح أوراق الملف أن مورث المعقب عليه المدعي في الأصل كان فوت في قائم حياته في عقار تولوا إبرام عقود معاوضة مع مجلس الولاية وقع التصييص بها على وجه إنجرار ملكيتهم لمحل الخلاف المطلوب الحكم بكف شغب الوزارة عنه.

وحيث أنه ولئن نص الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية على أن كل حق لا يعارض به الغير إلا بتريسيه بإدارة الملكية العقارية وإبتداء من تاريخ ذلك التريسيه "فإن المشتريين من مورث المعقب عليه يعتبرون من الخلف الخاص ولا يعدون غيرا بالنسبة للمعقب ضده بإعتبار هذا الأخير من الخلف العام وقد جاء في كتاب الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ص 541 أن "الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق وإلتزامات أو في جزء منها بإعتبارها مجموعا من المال كالوارث والموصي له ... والخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري يخلف البائع في المبيع... والخلف عاما كان أو خاصا لا يعتبر من الغير في العقد.

وحيث إقتضى الفصل 241 من مجلة الإلتزامات والعقود أن "الإلتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الإلتزام بمقتضى العقد والقانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم...".

وحيث جاء في القرار التعقيبي عدد 14923 الصادر بتاريخ 21 جانفي 1986 ما يلي : "وحيث إقتضى الفصل 241 السالف الذكر أن الإلتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضاً على وورثتهم وبذلك فإن المعقب ضدهما ملتزمان بما إلتزم به مورثهما ولا يعتبران غيرا بالنسبة للطاعن ممّا لا يمكن معه تطبيق أحكام الفصل 305 على القضية ... " كما جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 6057 المؤرخ في 15/06/1981 ما يلي : " يتمثل الهدف من التسجيل من الإحالات والتحملات هو فضلا عن توضيح الملكية وإقرارها حماية المالكين وأصحاب الحقوق المرسمة بالسجلات العقارية ومن ضمنهم الغير من كل طعن يمس حقوقهم مهما كانت صبغته بيد أن ذلك لا يعني أن ذوي الحقوق اللاحقة والناشئة عما يرتبه المالك أو صاحب الحق العيني على العقار لفائدتهم ولم ترسم تفقد آثارها القانونية بل على العكس من ذلك فهي لازمة وتجري أحكامها على المتعاقدين وورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم حسب الفصل 241 من م.أ.ع... " .

وحيث يخلص مما سبق أن مورث المعقب ضده كان قد خرج من عقار التداعي بالبيع ومن المتفق عليه فقها وقضاء أن الوارث ملزم بما إلتزم به مورثه في قائم حياته وترتبا على ذلك فإن عقار التداعي لا يعد من المخلف وبالتالي فإن المعقب ضده لم ينجر له بوجه الإرث من أصله وعلى هذا الأساس إنتفت عنه صفة القيام على معنى الفصل 19 من م.م.ت.

وحيث يؤخذ مما تقدم أن المنحي الذي سلكته محكمة الموضوع في خصوص مفهوم الغير الذي أسبغته على معاقدى والد المعقب عليه والحال أنهم لا يعدون غيرا وفق ما سلف بيانه في غير طريقه مما جعل قضاءها خارقا لأحكام الفصول 305 من م.ح.ع و 241 من المجلة المدنية و 19 من م.م.ت مستهدفا للنقض.

وحيث إقتضت الفقرة الأولى من الفصل 191 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أن القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص مفهوم الغير الذي إسبغته على معاقدى والد المعقب عليه والحال أنهم لا يعدون غيرا وفق ما سلف بيانه في غير طريقه مما جعل قضاءها خارقا لأحكام الفصول 305 من م.ح.ع و 241 من المجلة المدنية و 19 من م.م.ت مستهدفا للنقض.

وحيث إقتضت الفقرة الأولى من الفصل 191 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أن القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألّفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهياً للفصل.

وحيث كان الموضوع مهياً للفصل وكان إستئناف الحكم الإبتدائي مستكملا لأوضاعه القانونية. وحيث تبين بالتأمل في أوراق القضية أن والد المعقب ضده كان فوت بالبيع في عقار التداعي الذي خرج كيف ذكر من تركه المورث بموجب عقود شراء مظروفة بالملف وتأسيسا على ذلك فإن الحكم الإبتدائي قد أحسن تطبيق القانون لما قضى بعدم سماع الدعوى وإتجه نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة وإبقاء الحكم الإبتدائي عاملا وناظرا لإنبائه على سند قانوني صحيح.

وحيث أن المصاريف القانونية محمولة على المعقب ضده طبق أحكام الفصل 128 من م.م.ت. ولهاته الأسباب

قررت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه دون إحالة. وصدر هذا القرار بتاريخ يوم الأربعاء 3 فيفري 1993 عن الدوائر المجتمعة المتألّفة من الرئيس الأول السيد الهادي بالصادق ورؤساء الدوائر السادة عبد الوهاب الصيد والطاهر بالطيب ومحمد العلاني وأمان الله البحري والبشير التركي ومصطفى الصخري وعلي الشناوي والكامل بن عمار والباشا البجار وسالم بورقيبة ومن المستشارين السادة حسين بن مامي وحمودة الأحوار ومصطفى بلخيرية ومحمد الصالح العرابي وعياد الترجمان وصالح المطوي ومحمد الأخضر الزقوني وحمدة ميلاد وراضية بن صالح وصالح السوسي وخالد المحجوبي وحضور وكيل الدولة العام السيد أحمد حمدة ومساعدة كاتب الجلسة السيد عمر حميدي.

وحرر في تاريخه



## القاضي وتقدير مكافأة نهاية الخدمة عند الطرد لأسباب اقتصادية

« قرار تعقيبي مدني عدد 24597 مؤرخ في 15  
جانفي 2004 صادر عن الدوائر المجتمعة  
بمحكمة التعقيب »

يتعلق هذا القرار بشركة تعرضت لصعوبات اقتصادية، فأرادت التقليل من عدد عملتها واتبعت في ذلك الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 21 (جديد) وما تابعه من مجلة الشغل، بعرض الملف على لجنة مراقبة الطرد التي لم تتوصل للتوفيق بشأن مكافأة نهاية الخدمة بين الأجراء المزمع طردهم بمن فيهم المعقب ضده وبين المؤجرة بسبب رفضها المبلغ المقترح من طرف اللجنة كمكافأة نهاية الخدمة بحجة أنه أرفع مما نص عليه الفصل 22 (جديد) م.ش، غير أن محكمة البداية رأت خلاف ذلك بقولها: "أن منحة مكافأة نهاية الخدمة المستحقة لا تخضع لطريقة الاحتساب الوارد بها الفصل 22 (جديد) م.ش واعتمدت المبالغ المعتمدة من طرف لجنة مراقبة الطرد" [1].

أما محكمة الدرجة الثانية فذهبت في الاتجاه الذي ذهبت فيه المؤجرة المدعية في الأصل (أي ضرورة التزام المحكمة بتطبيق الفصل 22 (جديد) م.ش [2]) وهو عكس ما قرره محكمة التعقيب على أساس: "أن المكافأة التي أقرها الفصل 21-10 م.ش ليست هي المكافأة التي أتى بها الفصل 22 من نفس المجلة [3]" وبالتالي فإن طريقة الاحتساب تختلف (أي أنها أقرت حق المحكمة في الاجتهاد لتقدير هذه المكافأة) فأعيد نشر القضية فأقرت محكمة الإحالة الحكم الابتدائي [4] (أي من صلاحيات المحكمة الاجتهاد في تقدير المكافأة المذكورة) ولكن بناء على طعن المدعية في الأصل بالتعقيب قضى بالنقض والإحالة تأسيساً "على أن الفصل 21-10 م.ش أكد أن تقدير مكافأة نهاية الخدمة يكون طبق التشريع الجاري به العمل [5]..."

فأعيد نشر القضية بطلب من المدعى عليه في الأصل أمام محكمة الدرجة الثانية التي أقرت الحكم الابتدائي "بناء على أن تقدير المنحة لا يخضع لأحكام الفصل 22 م.ش [6]" فتعقبته المدعية في الأصل للمرة الثالثة ناعية عليه مخالفة

[1] حكم دائرة الشغل صفاقس، عدد 17463 بتاريخ 01/06/1999

[2] حكم استئنافي المحكمة الابتدائية بصفاقس عدد 558 بتاريخ 24/04/2000

[3] قرار تعقيبي مدني عدد 2277 بتاريخ 27/09/2000

[4] حكم استئنافي، المحكمة الابتدائية بصفاقس، بتاريخ 31/03/2001.

[5] قرار تعقيبي مدني عدد 12484 بتاريخ 07/03/2002.

[6] حكم استئنافي، المحكمة الابتدائية بصفاقس، عدد 2202 بتاريخ 31/03/2002.

الفصل 21 - 10 م.ش والفصل 18 من الاتفاقية الإطارية المشتركة، غير أن الدوائر المجتمعة أقرت الاتجاه الفقه القضائي المتمثل في "أن المحكمة المتعهدة تبقى لها كل الصلاحيات لتقدير مكافأة نهاية الخدمة..." [1]. سوف لن نتعرض للمطعن الثاني المتعلق بخضوع النشاط المهني الذي تتعاطاه المعقبة لاتفاقية مشتركة من عدمه، لأنه ثانوي جدا إذ يتعلق بعدم تثبيت المحكمة من خضوع هذا النشاط لاتفاقية مشتركة وليس باختلاف قانوني كما هو الشأن للمطعن الأول ولذلك لم نعره كثير الاهتمام خاصة وأن هذا القرار موضوع التعليق قد أصاب حين ذكر أن ميدان نشاط هذه المؤسسة تغطيه الاتفاقية المشتركة القومية لصناعة الأحذية.

وهذا التصويب من القرار المذكور له انعكاس على تحديد مقدار مكافأة نهاية الخدمة تطبيقا للفصل 22 (مكرر) السالف الذكر الذي ينص في فقرته الثانية "ولا يمكن أن تفوق هذه المكافأة أجر ثلاثة أشهر مهما كانت مدة العمل الفعلي إلا في صورة وجود شروط أحسن جاء بها القانون أو الاتفاقيات المشتركة أو الخاصة".

بصرف النظر عن هذا المطعن الجانبي يطرح القرار التعقيبي المدني موضوع التعليق إشكالية قانونية هامة طالما أثارت جدلا بين المحاكم والمتعلقة بمكافأة نهاية الخدمة المترتبة عن الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية والتي طرحها في المطعن الأول بقوله: "إلا أن السؤال الذي يطرح يتعلق بمعرفة ما إذا كانت المحكمة مقيدة بإتباع المقترح الذي تقدمت به اللجنة (أي لجنة مراقبة الطرد) والذي لم يحض بموافقة الأطراف المعنية أما أنها حرة في تقدير مبلغ المكافأة على ضوء ما توفر لديها من مؤيدات".

ونرى أن طرح هذه الإشكالية يفترق إلى الدقة فموضوع القرار يتعلق من وجهة نظرنا بإشكاليتين مرتبطتين ببعضهما البعض بحيث أن حل الأولى يؤدي إلى حل الثانية في اتجاه أو في آخر أو بالأحرى يطرح إشكالية بفرعين وهي: هل أن الفصل 10-21 م.ش يقصد بإحاطته للتشريع الجاري به العمل قواعد احتساب المكافأة الواردة بالفصل 22 (جديد) من نفس المجلة أم إلى نص آخر؟ وهل أن مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالفصل 22 (جديد) م.ش تختلف من حيث كيفية التقدير من طرف المحكمة عن تلك المنصوص عليها بالفصل 21 - 10 من نفس المجلة؟

فإذا ذهبنا في اتجاه عدم الربط بين الفصلين والتميز بين مكافأة نهاية الخدمة لأسباب اقتصادية أو فنية المنصوص عليها بالفصل 10-21 م.ش وبين تلك المنصوص عليها بالفصل 22 (جديد) م.ش لأسباب أخرى يكون للمحكمة حق الاجتهاد في ضبط مقدار الأولى سواء بإقرار ما ذهب إليه لجنة مراقبة الطرد أو بتقدير مبلغ أكثر أو أقل من ذلك بعد تحليل ذلك.

أما إذا ذهبنا في الربط بين الفصلين وعدم التمييز بينهما فعلى المحكمة التقييد بالمعايير الحسابية التي حددها الفصل 22 (جديد) م.ش السالف الذكر دون أي اجتهاد حتى وإن ذهب لجنة مراقبة الطرد إلى خلاف ذلك، وهو ما نراه صائبا معتمدين في رأينا على الأسس التالية:

- 1) اختلاف أسس وأهداف وطبيعة دور لجنة مراقبة الطرد في تقدير مكافأة نهاية الخدمة عن دور المحكمة.
- 2) اختلاف التعويضات التغيريمية عن المكافئات والمنح غير التغيريمية.
- 3) إرادة المشرع وضع حد لاجتهاد المحكمة في تقدير مكافأة نهاية الخدمة من خلال تنقيح مجلة الشغل لسنتي 1994 و1996.

4) ربط الفصل 10-21 م.ش بالفصل 22 (جديد) م.ش.

أولا: اختلاف أسس وأهداف وطبيعة دور لجنة مراقبة الطرد في تقدير مكافأة نهاية الخدمة عن دور المحكمة:

[1] قرار تعقيبي مدني - الدوائر المجتمعة عدد 24597 بتاريخ 15/01/2004.

من خلال ما ورد في القرار التعقيبي موضوع التعليق من أن "إلا أن رأيها (أي لجنة مراقبة الطرد) في مبلغ المكافأة الذي تقترحه لا يحول دون لجوء الأطراف إلى المحكمة المختصة التي لها كل الصلاحيات لتقدير مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقها العامل...". يمكن أن نستنتج أن المحكمة انطلقت ولو ضمينا من أنه بما أن من صلاحيات لجنة مراقبة الطرد الاجتهاد لتقدير هذه المكافأة فإنه من باب أولى وأحرى أن يكون للمحكمة نفس هذه الصلاحيات.

هذا المنطق يفتقد إلى مزيد التعمق في الأسس القانونية والاقتصادية التي انبنى عليها دور هذه اللجنة والتي تفقد المقارنة والقياس معناهما في هذا الموضوع.

ولتحديد دور لجنة مراقبة الطرد في هذا المجال وتمييزه عن دور القضاء يتعين أخذه كاملا دون تجزئة بحيث يندرج دورها في اقتراح مبلغ مكافأة نهاية الخدمة ضمن منظومة كاملة تبدأ بجلسة صلحية تقوم بها تفقدية الشغل بين الطرفين المعنيين وعند تعذر الصلح يحال الملف إلى هذه اللجنة للنظر في طلب المؤجر وفي الأخير أن استعصى عليها الوصول إلى حل آخر دون الطرد فإنها تحاول التوفيق بين الطرفين بشأن مبلغ مكافأة نهاية الخدمة. ([1]) ومن خلال الفصل 21 - 10 م.ش نتبين أن هذه اللجنة لا تتدخل في مسألة تحديد مكافأة نهاية الخدمة إلا إذا قبل الطرفان اقتراحها الأول المنصوص عليه بالفصل 21-9 من نفس المجلة والمتمثل في "قبول الطرد".

وكل الفصول المتعلقة بالطرد لأسباب اقتصادية أو فنية (من الفصل 21 (جديد) م.ش إلى الفصل 21-13 م.ش) أكدت على الطبيعة الاستشارية لدور اللجنة في كل مراحل تدخلها بما في ذلك تحديد مبلغ مكافأة نهاية الخدمة. [2] ومن الصعب فهم النص القانوني وتأويله بمعزل عن محيطه الاقتصادي والاجتماعي خاصة إذا تعلق الأمر بقانون الشغل الذي وإن يوصف بالقانون الاجتماعي منذ نشأته إلا أنه لم يقدر في جل بلدان العالم على مقاومة الهيمنة الاقتصادية على توجهاته وذلك بحكم الأزمات والتقلبات الاقتصادية التي أصبحت تؤثر بشكل مباشر على كل الاقتصادات الوطنية بفعل عولمة الاقتصاد وبالتالي على تشريعها الاقتصادي والاجتماعي.

ولا تخرج المراجعتان اللتان أدخلتا على مجلة الشغل في تونس سنتي 1994 و1996 عن هذا الإطار العالمي العام حيث حاولتا إدخال مزيد المرونة على أحكام هذه المجلة مع المحافظة على الثوابت الاجتماعية الحمائية الأساسية للأجراء.

فقد حاول المشرع إعداد منظومة قانونية اقتصادية واجتماعية ملائمة للمؤسسات الاقتصادية التونسية حتى يتسنى لها مواجهة المنافسة الخارجية من خلال سنه لبعض القوانين ومراجعتة لبعض الآخر من ذلك الفصول المتعلقة بالطرد عموما وبالطرد لأسباب اقتصادية أو فنية خصوصا.

وفي هذا الإطار الاقتصادي والاجتماعي يندرج الفصل 21-10 م.ش وباقي الأحكام المتعلقة بالطرد لأسباب اقتصادية أو فنية. فعندما نص هذا الفصل أنه " في صورة قبول طلب الطرد تبدي اللجنة رأيها في مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل وتسعى للتوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ المكافأة " [3] فإنه يقصد بالأساس الأخذ في الاعتبار حالة المؤسسة اقتصاديا وفنيا لتقدير مدى قدرتها على تحمل الأعباء المالية التي ستنتج عن دفع هذه المكافأة.

ونلاحظ تناسقا بين هذا الفصل والفصول التي سبقته من مجلة الشغل بهذا الشأن فيما أن المشرع أوكل للجنة مراقبة الطرد النظر في طلب المؤجر التخفيض من عدد الأجراء بناء على كل الوثائق والإثباتات التي تراها ضرورية عملا بالخصوص بالفصل 21 - 7 من نفس المجلة للوقوف على مدى حقيقة وجدية طلبه فإنه أوكل لها الاجتهاد في تحديد هذا المبلغ ومحاولة التوصل إلى الاتفاق عليه بين الطرفين المعنيين به.

[1] القرار التعقيبي المدني عدد 21450 بتاريخ 03/02/2003.

[2] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 3654 بتاريخ 30/10/2004.

[3] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 7753 بتاريخ 14/02/2005.

وهذا الاجتهاد ليس مقيدا وجوبا حسب رأينا بالمبلغ المنصوص عليه بالتشريع الجاري به العمل والمقصود كما سنبين لاحقا الفصل 22 (جديد) م.ش وكل شرط أحسن جاءت به الاتفاقيات المشتركة أو الخاصة بل نراه مطلقا من حيث معاييرها ونقطتي انطلاقه ووصوله لأن المشرع حدد فقط معايير احتساب هذه المكافأة وليس معايير اجتهاد اللجنة وبالتالي ليس فقط لم يقيد دورها التوفيقي بمبلغ أقصى بل وكذلك لم يقيد بمبلغ أدنى خلافا لما ذهب إليه الإدعاء العام في ملحوظاته على قرار الدوائر المجتمعة موضوع تعليقتنا بقوله: "إن صلاحيات تقدير المنحة (أي مكافأة نهاية الخدمة) موضوع التداعي بالنسبة للجهازين القضائي وغير القضائي (أي لجنة مراقبة الطرد) محدودة بهذا السقف أي أنها يمكنها القضاء فيما دون هذا السقف ولكنها لا يمكنها تجاوزه وهو ما يؤخذ من صيغة الوجود الوارد بالفصل 22 م.ش بفقرته الأخيرة " ولا يمكن أن تفوق هذه المكافأة "ومن عبارة الفصل 21-10 من نفس المجلة التي أجازت للجهاز غير القضائي " محاولة التوفيق بين الطرفين والتي لزوما أن تكون فيما هو جائز قانونا "[1].

فالقول أنه يمكن تقدير مبلغ أدنى من ذلك المنصوص عليه بالفصل 22 (جديد) م.ش ولا يمكن تجاوز السقف المحدد بنفس هذا الفصل لا نراه يستقيم إلا بالنسبة للمحكمة كما سنبين لاحقا. أما بالنسبة للجنة مراقبة الطرد بالفصل 21-10 م.ش لم يقيد اجتهادها لأن ذلك يتعارض مع دورها التوفيقي الذي يقتضي حرية مطلقة في التقدير ولا يتناسق مع الأسس التي ينبنى عليها دورها والأهداف التي يرمي إليها المشرع من خلال هذا الدور ([2]) فهذا الفصل وإن لم يقيد تدخل اللجنة بمبلغ أدنى أو أقصى فقد قيده بطبيعة استشارية بحتة ولا يمكن تفسير هذه الحرية للجنة مراقبة الطرد في تقدير مكافأة نهاية الخدمة إلا بهذه الطبيعة التوفيقية الاستشارية لدورها .

وعلى هذا الأساس فالمبلغ المنصوص عليه بالتشريع الجاري به لا يمكن فهمه على أنه حد أدنى أو أقصى لهذه المكافأة يتعين على اللجنة التقيد به بل هو مجرد مرجع لها وللطرفين المعنيين وإلا فإن دور اللجنة التوفيقي في هذا المجال يفرغ من كل محتواه.

فهذا المبلغ المرجعي هو مجرد سند توجيهي هام سواء بالنسبة للجنة أو للطرفين المعنيين لأن المعيار المحدد قد يتمثل في الوضع الاقتصادي والفني للمؤسسة وفي مدى تأثير الأسباب الاقتصادية والفنية المثارة من طرف المؤجر على وضعيتها التنافسية. ([3])

ويمكن للجنة مراقبة الطرد أن تضيف إلى هذا المعيار الموضوعي معايير شخصية ذاتية تتعلق بوضعية الأجراء المعنيين بالطرد وبحالتهم العائلية وأقدميتهم في المؤسسة وغير ذلك من الاعتبارات التي يمكن الاتفاق عليها صلب اللجنة كأسس لتحديد مبلغ مكافأة نهاية الخدمة بالرغم من أن المشرع نص على هذه المعايير الذاتية المتعلقة بالأجير كأسس اجتهاد اللجنة في قبول قائمة الأجراء المزمع طردهم من طرف المؤجر ولا علاقة لها بتقدير مبلغ مكافأة نهاية الخدمة.

وتأسيسا على حرية اللجنة في الاجتهاد التي وصفناها بالمطلقة يمكن لها أن تقترح مبالغ أرفع مما نص عليه التشريع الجاري به العمل كما يمكنها أن تقترح عدم دفع أي مكافأة نهاية الخدمة للأجراء المعنيين بالطرد نظرا للوضعية الاقتصادية أو الفنية الصعبة للمؤسسة والتي لا تسمح بدفع أية مكافأة وبالتالي الاكتفاء بدفع منحة الإعلام بالطرد عند الاقتضاء.

وبالرغم من أن هذا الإشكال لم يثره هذا القرار فإننا نتعرض له لأنه يتمحور حول الدور الاجتهادي للجنة مراقبة الطرد بهذا الشأن لتمييزه عن دور القضاء.

فبالرجوع إلى حرفية الفصل 21 - 10 م.ش السالف الذكر الذي ينص صراحة على أن اللجنة تسعى للتوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ مكافأة الخدمة قد يرى البعض أنه لا يمكن للجنة مراقبة الطرد اقتراح حرمان الأجراء المعنيين من هذه المكافأة لأي سبب كان لأن المشرع استعمل عبارة "مبلغ" وبالتالي فدور اللجنة يتعلق بالاجتهاد في إبداء الرأي حول مبلغ هذه الأخيرة.

[1] انظر ملحوظات الإدعاء العام على القرار عدد 24597 بتاريخ 15/01/2004. مصدر مذكور .

[2] انظر لاحقا

[3] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 3475 بتاريخ 08/11/2004.

ولو أراد المشرع توسيع اجتهاد لجنة مراقبة الطرد إلى تقدير مدى قدرة المؤسسة على دفع مكافأة نهاية الخدمة لأجرائها المزمع طردهم لحذف عبارة "مبلغ" من الفصل 21-10 م.ش المذكور آنفاً.

نرى خلاف ذلك لأن المشرع لم يقر مبدأ اسناد هذه المكافأة مهما كانت وضعية المؤسسة اقتصادياً أو فنياً وتبعاً لذلك فإن اجتهاد اللجنة ليس مقيداً باقتراح مبلغ المكافأة بل يمكنه تجاوز ذلك إلى حد إعفاء المؤسسة من دفع أي مبلغ نظراً لوضعها المالي.

فهذا الإشكال بشأن حدود إجتهاد لجنة مراقبة الطرد الذي للمحكمة أخذه أو تعديله حسب هذا القرار التعقيبي. لا يمكن حله في اتجاه التأويل الحرفي للفصل 21-10 م.ش باعتماد عبارة "مبلغ" للتضييق من حرية اجتهاد اللجنة وحصره في اقتراح مقدار المكافأة للأسباب التالية:

(1) مراجعة مجلة الشغل سنة 1996 التي ورد في إطارها الفصل 21-10 م.ش كرس ولو ضمناً علوية حماية المؤسسة كوحدة اقتصادية واجتماعية على حماية الأجير كفرد أي المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية وبالتالي المحافظة على وجود المؤسسة ومواصلة نشاطها إذا تبين أن ذلك لا يتحقق إلا بإعفائها من دفع مكافأة نهاية الخدمة لأجرائها المزمع تسريحهم من العمل لذلك فإن الدولة أخذت على عاتقها هذا العبء المالي المباشر وغير المباشر بإصدار نصوص تنظم بها آليات وشروط الإحاطة بهؤلاء الأجراء بالخصوص [1] والحلول محل المؤسسة.

(2) حتى من الناحية القانونية الصرفة فإن اعتماد عبارة "مبلغ" الواردة بالفصل 21-10 م.ش وإخراجها من سياق هذا الفصل لتقييد حرية لجنة مراقبة الطرد في اتجاه إجبارها على التقيد بحد أدنى أو أقصى لهذه المكافأة فيه بعض السطحية لأن الفصل المذكور نص في بدايته على أنه في صورة قبول الطرد "تبدي اللجنة رأيها في مكافأة نهاية الخدمة" والمقصود بذلك حسب رأينا ننظر في مدى قدرة المؤسسة على تحمل دفع هذه المكافأة ومدى تأثير ذلك على وضعها الاقتصادي والمالي مستقبلاً باعتبار أن الهدف الرئيسي من كل هذه الإجراءات المتعلقة بهذا النوع من الطرد هو الحفاظ على القدرات التنافسية للمؤسسة أو ما تبقى منها وبالتالي على ما تبقى من مواطن الشغل وليس إرهابها كاهلها بدفع مبالغ لا قدرة لها بها قد تؤدي بها حتماً إلى الإفلاس و طرد باقي الاجراء.

ولو رجعنا إلى بداية الفصل 21-10 م.ش المذكور ننتبين وجود ترتيب لمهام اللجنة في الزمان كالاتي:

(1) قبول الطرد

(2) إبداء رأيها في مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل.

(3) التوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ المكافأة.

من خلال هذا الترتيب يظهر جلياً أن أول ما تقوم به اللجنة بعد قبول مبدأ الطرد إبداء رأيها في مكافأة نهاية الخدمة أي باعتبار أن قبول الطرد يفضي مبدئياً إلى مبدأ استحقاق المكافأة ولكن للجنة مراقبة الطرد تقدير هل أن المؤسسة قادرة على دفعها أم لا وما هو المبلغ القادرة على تحمله لأن الإقرار باستحقاق المكافأة لا يعني بالضرورة قدرة المؤسسة على دفعها.

وأما المهمة الثالثة فتتعلق بالتوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ هذه المكافأة غير أنه إذا ربطنا هذه المهمة بالتالي سبقتها يتجلى بوضوح أنها نتيجة لها بحيث إن لم يتم إقرار مبدأ قدرة المؤسسة على تحمل دفع هذه المكافأة لا يتم بالتالي الخوض في تقدير المبلغ وحتى في حالة الإفلاس أو التفليس والتي تحل فيها الدولة محل المؤسسة للإحاطة بالعمال حسب النصوص السالفة الذكر فإن المبالغ المستحقة لا تحددها لجنة مراقبة الطرد بل تصرف في حدود ما نصت عليه مجلة الشغل. ([2])

[1] قانون عدد 101 لسنة 1996 مؤرخ في 18/11/1996 يتعلق بالإحاطة الاجتماعية للعمال  
- أمر عدد 1925 لسنة 1997 مؤرخ في 29/9/1997 يتعلق بالتدخلات الاجتماعية لفائدة العمال  
- أمر عدد 1926 لسنة 1997 مؤرخ في 29/9/1997 يتعلق بشروط وأساليب التكفل بمنح المغادرة لأسباب اقتصادية أو فنية.  
- أمر عدد 1025 لسنة 2006 مؤرخ في 13/04/2006 يتعلق بتنقيح الأمر عدد 1925 المتعلق بالتدخلات الاجتماعية لفائدة العمال.  
[2] الرجوع بالخصوص للقانون عدد 101 وللأوامر عدد 1925، 1025، 1927 السالف ذكرهم.

فإذا انتهجنا هذا التمشي في قراءة هذا الفصل يمكن الجزم بأن المشرع أعطى للجنة مراقبة الطرد حرية مطلقة في إبداء رأيها حول مكافأة نهاية الخدمة بداية من مبدأ إقرارها وصولاً إلى تقدير مبلغها خلاف للمحكمة التي عليها التقيد بالقواعد الحسابية المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل وهو ما يتناغم مع باطن النص وإرادة المشرع لسببين على الأقل :

1) تدخل لجنة مراقبة الطرد لا يعدو أن يكون مجرد رأي وبالتالي لا يلزم أي طرف. ([1])  
 2) يخضع هذا التقدير في قبوله وتطبيقه لموافقة الطرفين المعنيين بالطرد. ([2])  
 لا يمكن إذن فهم هذه السلطة الواسعة التي تتمتع بها لجنة مراقبة الطرد إلا إذا رجعنا إلى الطبيعة القانونية لتدخلها الذي يقف عند حد الرأي والاستشارة والتوفيق بين الطرفين المعنيين اللذان يحتفظان بحق اللجوء للقضاء ([3]) وهو ما يختلف كلياً عن الطبيعة القانونية لتدخل القضاء.

وهذا الدور الواسع الذي تمتع به لجنة مراقبة الطرد وإن هو في حدود الرأي والاستشارة غير أنه لا يمكن تشبيهه بمجرد دور خبير كما ذهب إليه هذا القرار بقوله " يمكن اعتبار هذه اللجنة بمثابة الخبير الذي تتوفر فيه مواصفات فنية وموضوعية تؤهله للقيام بالمهمة التي أنيطت بعهدته إلا أن رأيه لا يمكن أن يقيد المحكمة... ". للوصول إلى استنتاج : أن عدم تقيد المحكمة برأي لجنة مراقبة الطرد مرادف لحقها في الاجتهاد لتقدير مبلغ مكافأة نهاية الخدمة تعويضاً للأجير عما لحقه من ضرر جراء فقدانه لعمله لأن هناك فرق بين التعويضات التي لها صبغة تغريمية وتلك التي لا تكتسي هذه الصبغة .

#### ثانياً : اهتلاف التعويضات التفرغية عن المكافآت والمنع غير التفرغية :

تنقسم التعويضات التي وردت في مجلة الشغل إلى تعويضات تغريمية ومكافآت ومنح مضبوطة قانونياً حسب قواعد حسابية دقيقة ولا تكتسي صبغة تغريمية.

فالتعويضات التفرغية تهدف إلى غرم الضرر الحاصل للأجير جراء تعسف مؤجره ويكون ذلك مترتباً عادة عن الطرد التعسفي كما قد يلحق الأجير ضرراً بمؤجره بتعسفه في قطع العلاقة الشغلية أو من جراء أي تصرف آخر متعارض مع الأحكام التعاقدية أو القانونية وبالتالي كما يحق للأجير المطالبة بجبر الضرر على أساس أحكام مجلة الشغل للمؤجر نفس الحق ولكن على أساس القواعد المدنية العامة .

وجبر الضرر يتوقف بالأساس على تقدير مدى فداحة هذا الضرر، فبالرغم من أن المشرع وضع معايير لاحتساب الغرامة المستحقة عند مراجعة مجلة الشغل بمقتضى القانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 فإنه ترك للقاضي مجالاً للاجتهاد.

أما التعويضات الأخرى كمنحة الإعلام بالطرد ومكافأة نهاية الخدمة فليست لها صبغة تغريمية ولذلك ففي بعض التشريعات الأخرى المقارنة كالتشريع الألماني والتشريع الياباني تسند هذه المكافأة عند مغادرة الأجير عمله نهائياً خارج حالة الخطأ الفادح عرفاناً له بالمجهود الذي بذله في سبيل تقدم المؤسسة وتطورها وهو ما نجده في بعض الاتفاقيات المشتركة في تونس بمناسبة إحالة أجير على التقاعد إضافة للمكافأة المنصوص عليها بالفصل 22 (جديد) م.ش أو في هذه الاتفاقيات..

والمكافآت والمنح الغير قابلة للاجتهاد في تقديرها بحكم طبيعتها غير التفرغية كمكافأة نهاية الخدمة قد تكتسي صبغة التعويضات الأصلية كحالة الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية أو الطرد لأسباب صحية في إطار الفصل 20 م.ش أو صبغة تكميلية كالطرد التعسفي سواء لأسباب تأديبية أو اقتصادية أو فنية أو أي تعسف آخر .

[1] انظر القرار التعقيبي المدني عدد 5074 بتاريخ 27/12/2004.

[2] قرار الدوائر المجتمعة، مدني، عدد 74931 بتاريخ 28/09/2000.

[3] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 2132 بتاريخ 07/07/2000.

ولكن هذا القرار أوكل لمكافأة نهاية الخدمة لأسباب اقتصادية دورا تغريما شأنها شأن غرامة الطرد التعسفي وذلك بالقول ردا عن الطعن الأول أن للمحكمة صلاحيات تقدير مكافأة نهاية الخدمة أي يمكنها أن تقدر مبلغا يختلف عن المبلغ المقترح من طرف لجنة مراقبة الطرد أو أن تعتمد المبلغ المقترح من طرف هذه اللجنة: "إذا ما رأيت أن ذلك المبلغ كاف لتعويض العامل عن فقدان موطن شغله دون خطأ ينسب إليه غير أنه على المحكمة أن تعلق رأيها في كلا الحالتين..."

فهذا القرار الصادر عن الدوائر المجتمعة أقر توجه محكمة الدرجة الثانية [1] بعد إعادة نشر هذه القضية والذي وقع في خلط كامل بين مكافأة نهاية الخدمة وغرامة الطرد التعسفي وذلك باعتماد معايير تقدير غرامة الطرد التعسفي الواردة بالفصل 23 مكرر م.ش لاحتساب مكافأة نهاية الخدمة بقوله أن الفصل 21-10 م.ش عندما نص على مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل فهو يقصد بذلك معايير التقدير المتمثلة خاصة في أقدمية العامل بالمؤسسة وأجره وسنه والعمل المنوط بعهدته ووضعية المؤسسة وهي معايير مشتركة في كل المنح والغرامات التي أقرها المشرع بمقتضى مجلة الشغل والاتفاقية الإطارية والاتفاقيات الخاصة.

وهذا الخلط بين المكافآت والمنح غير التغريمية والمحددة طبق قواعد حسابية دقيقة من جهة والتعويضات التغريمية القائمة على الاجتهاد والتقدير من طرف المحكمة من جهة أخرى ترتب عنه خلط بين صلاحيات لجنة مراقبة الطرد وصلاحيات المحكمة فاللجنة أوكل لها المشرع بمقتضى الفصل 21-10 م.ش مجرد صلاحية إبداء الرأي في تقدير مكافأة نهاية الخدمة والتوفيق بشأن هذا المقترح بين المجر والأجراء المعنيين بينما المحكمة عليها الإلتزام بتطبيق التشريع الجاري به العمل المنظم لاحتساب هذه المكافأة والمتمثل في فصل وحيد في م.ش وهو الفصل 22 (جديد) م.ش أو أحكام خاصة في الاتفاقيات المشتركة إن كانت أنفع للأجراء.

يتأكد هذا الخلط من خلال تأكيد محكمة الدرجة الثانية [2] السالفة الذكر أن المعايير المذكورة "مشتركة في كل المنح والغرامات" بينما إذا رجعنا إلى الفصل 22 (جديد) م.ش المنظم لمكافأة نهاية الخدمة لا نجد أي معيار تقديري لهذه المكافأة بل نص على قاعدة حسابية دقيقة وواضحة تتمثل في تمتيع الأجير "بأجر يوم عن كل شهر عمل فعلي في نفس المؤسسة وذلك على أساس الأجر...".

فخلافًا لما ذهب إليه هذه المحكمة [3] صراحة والقرار التعقيبي موضوع التعليق ضمينا فإن هذه المعايير غير مشتركة في كل المنح والغرامات بل هي خاصة بغرامة الطرد التعسفي لعيب في الأصل على وجه التحديد والتي نص عليها الفصل 23 مكرر م.ش .

ولتجنب الخلط بين التعويضين فحتى المشرع حين أوكل للجنة مراقبة الطرد صلاحية إبداء الرأي بشأن مكافأة نهاية الخدمة فهو لم يربطها ولو على سبيل الذكر بمعايير معينة قد تتداخل مع المعايير المذكورة بالفصل 23 مكرر م.ش لتقدير غرامة الطرد التعسفي بل ترك لها حرية تقديرية مطلقة باعتبار أن الأمر لا يخرج عن حدود إبداء الرأي ومحاولة التوفيق بشأنه.

والتمييز بين غرامة الطرد التعسفي التي لها صبغة تغريمية كما تنص على ذلك تسميتها وبين مكافأة نهاية الخدمة التي ليست لها صبغة تغريمية حتى وان كانت تعويضا أصليا يمكن من تحديد صلاحيات المحكمة في تقدير هذه التعويضات. فالفصل 23 (مكرر) م.ش نص على أنه يقع جبر الضرر في حالة الطرد التعسفي بغرامة " يتراوح مقدارها بين اجر شهر واجر شهرين عن كل سنة أقدمية بالمؤسسة... ويتولى القاضي تقدير وجود ومدى الضرر الحاصل من جراء هذا الطرد بناء بالخصوص على الصفة المهنية للعامل وأقدميته بالمؤسسة وسنه وأجره ووضعيته العائلية وتأثير هذا الطرد على حقوقه في التقاعد ومدى احترام الإجراءات وظروف الأمر الواقع" هذا إذا كان الطرد معيبا في أصل أما إذا كان معيبا في الشكل " فإن مقدار الغرامة يتراوح بين اجر شهر واجر أربعة أشهر ويقع تقدير الغرامة حسب طبيعة الإجراءات وتأثيرها على حقوق العامل "

[1]حكم عدد 2202 ، مصدر مذكور.

[2]الحكم عدد 2202 الذي أقرت توجهه الدوائر المجتمعة، مصدر مذكور.

[3]الحكم عدد 2202 . مصدر مذكور

يتضح جليا من خلال هذا الفصل أنه يحق للمحكمة الاجتهاد في تقدير هذه الغرامة بين أجر شهر وأجر شهرين عن كل سنة اقدمية دون تجاوز اجر ثلاث سنوات إذا كان الطرد معيبا في الأصل وبين اجر شهر وأجر أربعة أشهر إذا كان معيبا في الشكل مستندة إلى مقاييس موضوعية وذاتية أوردها المشرع على سبيل الذكر ولا الحصر.

وخلافا لغرامة الطرد التعسفي فإن مكافأة نهاية الخدمة لها طبيعة تعويضية غير تغريمية عادة مكملة لغرم الضرر من جراء الطرد التعسفي وهو ما يفسر تنصيب الفصل 22 (جديد) م.ش السالف ذكره على شرط عدم ارتكاب الأجير لخطأ فادح يبرر الطرد وقد تكون كما سلف ذكره تعويضا أصليا في حالات أخرى كحالة الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية تم إقراره من طرف لجنة مراقبة الطرد أو القضاء في حالة اللجوء له.

لكن هذه المكافأة ليست دائما تعويضا أساسيا أصليا حتى في حالة الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية وعلى هذا الأساس نرى أن محكمة البداية [1] التي تم إقرار توجيهها من طرف الدوائر المجتمعة في هذا القرار لم توفق حين أسست حكمها بعدم إخضاع مكافأة نهاية الخدمة " لطريقة الاحتساب الوارد بها الفصل 22 م.ش " على اعتبار " أن المكافأة التي تعرض لها المشرع صلب الفصل 21 م.ش تختلف عن المكافأة التي جاء بها الفصل 22 من نفس المجلة ذلك أن مكافأة الفصل 22 م.ش تكون في إطار التعويض العادي عند طرده بصفة تعسفية وهي تأتي مع جملة من غرامات التعويض كمنحة الإعلام بالطرد وغرامة الطرد التعسفي في حين أن المكافأة التي تعرض إليها الفصل 21 م.ش هي منحة خاصة بالعملة الواقع الاستغناء عن خدماتهم نتيجة الصعوبات الاقتصادية التي تتعرض لها المؤسسة وهذه المنحة هي التعويض الأصلي ويمكن أن تكون الوحيدة لمثل هؤلاء العملة" ([2]) فالطرد لأسباب اقتصادية أو فنية قد يكون تعسفيا لعب في الشكل في حالة خرق للإجراءات المنصوص عليها بالفصل 21 (جديد) م.ش بالرغم من جدية وحقيقة الأسباب التي تثيرها المؤسسة ([3]). كما قد يكون تعسفيا لعب في الأصل إذا تبين عدم حقيقة وجدية هذه الأسباب أو انتفاؤها و قد تضاف إلى غرامة الطرد التعسفي منحة الإعلام بالطرد التي عادة ما يتحصل عليها الأجراء المعنيين لصعوبة تمتيعهم بهذا الإعلام عينا.

غير أن هذا الاتجاه الذي أقرته الدوائر المجتمعة يصبح موقفا لو كان المقصود منه إقرار حرية تقدير لجنة مراقبة الطرد هذه المكافأة دون توسيع هذه الحرية التقديرية لتصبح من صلاحيات المحكمة، ولكن بالرجوع إلى قرار الدوائر المجتمعة نتبين أن التمييز بين مكافأة نهاية الخدمة الواردة بالفصل 21-10 م.ش وتلك الواردة بالفصل 22 (جديد) من نفس المجلة الهدف منه إقرار حق المحكمة من نفس الصلاحيات التقديرية التي تتمتع بها لجنة مراقبة الطرد.

وإضافة إلى الخلط الضمني بين الصبغة التعويضية الغير تغريمية لمكافأة نهاية الخدمة بصرف النظر إن كانت تعويضا أصليا أو مكملا وبين الصبغة التعويضية لغرامة الطرد التعسفي من طرف هذا القرار موضوع التعليق والذي أدى به إلى الخلط بين اسس وأهداف وطبيعة تدخل لجنة مراقبة الطرد وبين دور المحكمة كما سبق ذكره فإن قرار النقض والإحالة ([4]) الذي أقر ولو من حيث المبدأ فقط من طرف الدوائر المجتمعة وقع في الخلط بين أعضاء هذه اللجنة وبين المؤجر والأجراء المعنيين عند محاولته تدعيم التمييز بين الفصل 21-10 م.ش والمنظم لمكافأة نهاية الخدمة لأسباب اقتصادية أو فنية وبين الفصل 22 (جديد) من نفس المجلة المنظم لهذه المكافأة لأسباب أخرى.

فقد أسست محكمة التعقيب قرارها [5]: " بناء على أن المكافأة التي أقرها الفصل 21-10 م.ش ليست هي المكافأة التي أتى بها الفصل 22 من نفس المجلة وبالتالي فإن طريقة احتساب المكافأة التي أتى بها الفصل 21-10 م.ش تخضع للتفاوض بين الأطراف تحت إشراف اللجنة وفي صورة إخفاق الأطراف في الاتفاق حول المنحة يحسم الأمر من طرف أعضاء اللجنة بأغلبية الأصوات عملا بالفصل 21-6 من نفس المجلة " .

[1] انظر كذلك ملحوظات الإدعاء العام على قرار الدوائر المجتمعة موضوع التعليق.

[2] حكم ابتدائي، دائرة الشغل بصفافس عدد 17463 تم إقراره بالقرار التعقيبي عدد 2277، مصدر مذكور أعلاه

[3] قرار تعقيبي مدني عدد 4402 بتاريخ 25/10/2004

[4] قرار تعقيبي مدني عدد 2277، مصدر مذكور.

[5] نفس المصدر.

ويتمثل الخلط المذكور في كيفية تقدير مكافأة نهاية الخدمة من طرف لجنة مراقبة الطرد فخلافا لما ذكره هذا القرار لا يخضع احتساب المكافأة للتفاوض بين الأطراف تحت إشراف اللجنة بل نص الفصل 21-10 م.ش صراحة على أنه " في صورة قبول الطرد، تبدي اللجنة رأيها في مكافأة نهاية الخدمة... وتسعى للتوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ المكافأة..." وبالتالي فاللجنة تقترح على الطرفين المعنيين أي المؤجر والأجراء المعنيين بالطرد مبلغا محددا وتسعى للتوفيق بينهما وإذا لم يتم الاتفاق بشأنه بين الطرفين المذكورين لا يتم حسم الأمر من طرف أعضاء اللجنة بأغلبية الأصوات كما ذكر القرار المنتقد [1] بل يمكن اللجوء للمحاكم عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل 21-11 م.ش التي نصت على أنه " وفي صورة عدم الاتفاق يحتفظ الطرفان بحقهما في اللجوء إلى المحاكم المختصة".

ورفع هذا الالتباس الذي وقعت فيه محكمة التعقيب في القرار المذكور من شأنه أن يؤكد على أنه " ليس لأن لجنة مراقبة الطرد لها صلاحيات تقدير مكافأة نهاية الخدمة فإن للمحكمة الحق في أن تمارس نفس هذه الصلاحيات".

وارادة المشرع في وضع حد لاجتهاد المحكمة من خلال مراجعة مجلة الشغل تدعم رأينا أنه ليس للمحكمة صلاحية تقدير مكافأة نهاية الخدمة في حالة الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية بالرغم من أنها تمثل عادة تعويضا أصليا للأجير عما لحقه من ضرر وبالتالي لا وجود لتمييز بين الفصل 22 (جديد) م.ش والفصل 21 - 10 من نفس المجلة.

**ثالثا: إرادة المشرع وضع حد لاجتهاد المحكمة في تقدير مكافأة نهاية الخدمة من خلال تنقيح مجلة الشغل لسنتي 1994 - 1996**

من خلال المقارنة بين الأحكام القديمة لمجلة الشغل والأحكام الجديدة بمقتضى مراجعة هذه المجلة بمقتضى القانون عدد 29 لسنة 1994 والقانون عدد 62 لسنة 1996 المذكورين آنفا تتجلى إرادة المشرع بوضوح في وضع حد لصلاحيات المحكمة في تقدير مكافأة نهاية الخدمة.

فقد تم بمقتضى هذين التنقيحين تجميع الفصول المتعلقة بالطرد لأسباب اقتصادية أو فنية وتلك المتعلقة بالطرد لأسباب أخرى في باب واحد وهو الباب الثالث من م.ش المعنون بـ " انتهاء عقد الشغل " بينما كانت هذه الفصول منفصلة عن بعضها البعض بحيث كان الطرد لأسباب أخرى منظم بالباب الثالث بنفس العنوان المذكور بما في ذلك مكافأة نهاية الخدمة المنظمة بالفصل 22 (قديم) م.ش والتي كانت تسمى "منحة الطرد" وتم الإبقاء على نفس المعايير الحسابية الواردة بالفصل 22 (جديد) من نفس المجلة أي لم يتغير إلا الاسم فقط.

أما الطرد لصعوبات اقتصادية أو فنية فكان منظم في الباب الرابع عشر بالفصل 391 وما تابعه من م.ش تحت عنوان: "مراقبة الإعفاء الجماعي بالمؤسسات الصناعية والتجارية والتعاضدية والصناعية اليدوية".

وبالرغم من أن الأمر يبدو شكليا بحتا لا يتعدى تجميع فصول كانت مشتتة غير أن تأثيره على الأصل شديد الأهمية فهذا الجانب الشكلي للتنقيح بتجميع هذه الفصول يدل على إرادة المشرع عدم التمييز بين الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية والطرد لأسباب أخرى في ما يتعلق بمكافأة نهاية الخدمة فقد تم إلغاء الفصلين 394 و 395 (القديمين) من م.ش وتعويضهما بالفصلين 21-10 و 21-11 من نفس المجلة وكان الفصل 394 (قديم) م.ش ينص على أنه: " تبدي اللجنة... رأيها في غرامة الإعفاء الواجب منحها عملا بالاتفاقيات المشتركة أو عقود الشغل الشخصية أو العادات وتجتهد في التوفيق بين الطرفين في شأن مبلغ الغرامات " [2].

وأضاف الفصل 395 (قديم) من م.ش أنه: " إذا لم يحصل التوفيق فإن كل من الأطراف المعنيين يحتفظ بحق اللجوء إلى المحاكم ذات النظر التي يحال لها تقرير اللجنة بطلب أحد الطرفين. وتعين هذه المحاكم في نهاية الأمر الغرامات مراعية في آن واحد الاتفاقيات المشتركة والعقود والعادات وعند الاقتضاء القوة القاهرة المتمسك بها التي سبق تقديرها من قبل اللجنة".

[1] نفس المصدر

[2] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 59109 بتاريخ 02/02/1988.

من خلال هذين الفصلين القديمين كانت للمحاكم صلاحية الاجتهاد في تقدير مكافأة نهاية الخدمة فالمشعر كان صريحا وواضحا حيث أوكل لهذا التعويض صبغة تغريمية وبالتالي أخضعه لاجتهاد قضاة الأصل فقد نصّ على مراعاة الاتفاقيات المشتركة وعقود الشغل والعادة والقوة القاهرة عند الاجتهاد في تقدير مبلغ هذه المكافأة [1]. ولذلك كان يستعمل مصطلح " غرامة" عوضا عن مصطلح "مكافأة".

ويتبين جليا من خلال الفصلين القديمين السالف ذكرهما أن المشعر فصل بين التعويض الذي يتحصل عليه الأجير عند الطرد لصعوبات اقتصادية أو فنية أي في إطار الإعفاء الجماعي كما كان يسمى والذي يتمثل بالأساس في هذه الغرامة التعويضية التي حتى وإن نصت عليها مجلة الشغل والعقود المشتركة أو عقود الشغل فهي كانت تخضع لاجتهاد القاضي لتتناسب مع الضرر اللاحق للأجير إن لم تتمكن لجنة مراقبة الطرد من التوفيق بين الطرفين حول مقدارها [2] وبين التعويض الذي نصّ عليه بالفصل 22 (قديم) م.ش والذي لا يكتسي صبغة تغريمية ولذلك لم يستعمل المشعر مصطلح " غرامة" بل مصطلح "منحة الطرد" وتبعاً لذلك لم يخضعها لاجتهاد المحكمة.

كما أن إرادة المشعر في إنهاء العلاقة بين هذين التعويضين ( منحة الطرد التي أصبحت تسمى مكافأة نهاية الخدمة وغرامة الإعفاء من العمل والتي أصبحت تسمى أيضا مكافأة نهاية الخدمة) تتأكد من خلال الفصلين 394 و 395 (قديمين) م.ش اللذان لم ينصا ولو ضمينا على الرجوع أو حتى على مراعاة الفصل 22 (قديم) م.ش عند تقدير هذه الغرامة من طرف لجنة مراقبة الطرد أو القضاء خلافا لما نصّ عليه الفصل 21-10 من م.ش من ضرورة الرجوع للتشريع الجاري به العمل .

فمن خلال تنقيح مجلة الشغل بمقتضى القانون عدد 29 و القانون عدد 62 السالف ذكرهما أصبحت إرادة المشعر جلية في عدم التمييز بين مكافأة نهاية الخدمة لأسباب اقتصادية أو فنية ومكافأة نهاية الخدمة لأسباب أخرى إذ أخضع كليهما إلى نفس مقاييس الاحتساب والدليل على ذلك حذف مصطلح الغرامة وتعويضه بمصطلح المكافأة كما سلف ذكره سواء بالفصل 21-10 م.ش أو بالفصل 22 (جديد) والربط الكامل بين هذين الفصلين مع المحافظة في الفصل 21-11 م.ش على حق التقاضي للطرفين المعنيين إذا لم تنجح لجنة مراقبة الطرد في التوصل إلى التوفيق بينهما.

وبمقارنة بسيطة بين الفصل 394 (قديم) م.ش والفصل 21-10 م.ش وبين الفصل 395 (قديم) م.ش والفصل 21-11 م.ش يمكن الجزم بأن المشعر أراد بتنقيحه للفصلين 494 و 495 (قديمين) م.ش وتعويضهما بالفصلين 21-10 و 21-11 م.ش عند مراجعة مجلة الشغل إلزام المحاكم بتطبيق القواعد الحسابية المنصوص عليها بالفصل 22 (جديد) من هذه المجلة لضبط مكافأة نهاية الخدمة والتي لا تقبل لأي اجتهاد نظرا لدقتها ووضوحها.

فمن خلال المقارنة بين الفصل 394 (قديم) م.ش والفصل 21-10 م.ش نفس المجلة نتبين أن الأول استعمل مصطلح " غرامة الإعفاء" بينما الثاني استعمل مصطلح "مكافأة نهاية الخدمة" والمصطلحان مختلفان تماما فالغرامة تقتضي غرم الضرر ولذلك أوردتها المشعر بمصطلح الإعفاء من العمل وهو الضرر الموجب للغرم والذي على المحكمة تقدير مدى حقيقته وجديته وآثاره للقضاء للأجير بغرامة عادلة.

وخلافا لهذه الغرامة فإن "المكافأة" بمثابة جزاء إثابة [3] بحيث يكافئ الأجير على الخدمات التي قدمها لمؤسسته ولذلك أوردتها المشعر بعبارة "نهاية الخدمة" وليس بعبارة "الإعفاء من العمل" الواردة بالفصل 394 (قديم) م.ش مما يبرر حرمان الأجير منها لو ارتكب خطأ فادحا حسب الفصل 22 (جديد) م.ش.

فلا علاقة إذن لهذه المكافأة بالضرر الحاصل للأجير من جراء إنهاء علاقته الشغلية لأسباب اقتصادية أو فنية وهو ما يفسر احتسابها على أساس قواعد مضبوطة بدقة لا تخضع إلا لأجره ولأقدميته باعتباره سيكافؤ على ما قدمه من خدمات طيلة هذه الأقدمية.

[1] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 7680 بتاريخ 01/01/2002.

والقرار التعقيبي المدني عدد 1963 بتاريخ 05/05/2000.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 54894 بتاريخ 12/02/1998.

[3] انظر ملحوظات الإدعاء العام على هذا القرار موضوع التعليق .

وتأسيسا على ذلك فالسلطة التقديرية التي كانت للمحكمة بمقتضى الفصل 394 (قديم) م.ش المبنية على الصبغة التخريمية للتعويض عن فقدان موطن الشغل فقدتها بمقتضى الفصل 21-10 م.ش بنزعه الصبغة التخريمية عن هذا التعويض الذي أصبح يكتسي صبغة المكافأة على المجهود المبذول طيلة السنين التي قضها في العمل. وهذه الإرادة للمشرع تدعم بالمقارنة بين الفصل 395 (قديم) م.ش والفصل 21-10 م.ش المعوض له بالفصل المنقح أكد الصبغة التخريمية للتعويض الناتج عن الإغفاء لصعوبات اقتصادية باستعماله عبارة " الغرامات " التي أوكل للمحكمة سلطة تقديرها على أساس عدة عناصر توجيهية عليها مراعاتها مثل العادات والقوى القاهرة وغيرهما ، ولكن الضرر الحاصل يبقى المعطى الأساسي في اجتهداها لتقدير قيمة الغرامة محاولة منها تحقيق أكثر ما يمكن من التوازي بين الضرر والغرامة .

وعلى عكس ذلك فالفصل 21-11 م.ش الذي عوض الفصل 395 (قديم) م.ش وحذف منه كل ما من شأنه أن يشير ولو ضمنيا إلى إمكانية اجتهد المحكمة في تقدير مكافأة نهاية الخدمة المعوضة للغرامات من ذلك العناصر التوجيهية التي كانت على المحكمة مراعاتها عند تقديرها لهذه الغرامات.

كما أنه خلافا للفصلين القديمين السالف ذكرهما اللذان لم ينصا ولو ضمنيا على الرجوع للفصل 22 (قديم) م.ش فإن الفصل 21-10 م.ش نص صراحة على الرجوع للتشريع الجاري به العمل والمقصود بذلك كما سنرى لاحقا الفصل 22 (جديد) م.ش .

وهذا الربط بين الفصل 21-10 م.ش والفصل 22 (جديد) من نفس المجلة باعتباره التشريع الوحيد الجاري به العمل المنظم لمكافأة نهاية الخدمة من حيث استحقاقها وقواعد احتسابها في مجلة الشغل يدعم ما ذهبنا إليه من أنه ليس من صلاحيات المحكمة الاجتهاد في تقدير هذه المكافأة .

(1) رابعا : ربط الفصل 21-10 م.ش بالفصل 22 (جديد) م.ش.

لا نجد في مجلة الشغل تخصيصا للطرد لأسباب اقتصادية أو فنية عند تعرضها لكيفية احتساب مكافأة نهاية الخدمة باستثناء تكليف لجنة مراقبة الطرد بإبداء الرأي بشأنها ومحاولة التوفيق بين الطرفين المعنيين عملا بالفصل 21-10 م.ش وبالتالي فإن هذه المكافأة تخضع في كل حالات الطرد الأخرى مهما كان سببها لمجال تطبيق الفصل 22 (جديد) م.ش من حيث طريقة الاحتساب.

وبالرجوع إلى الفصل 22 (جديد) نلاحظ جليا أنه ورد في المطلق حيث نصّ : " كل عامل مرتبط بعقد لمدة غير معينة وقع طرده بعد انقضاء فترة التجربة يستحق في ما عدا صورة الخطأ الفادح مكافأة لنهاية الخدمة... "[1]

فمن خلال هذا الفصل نستنتج أنه طالما أن الأجير مرتبط بعقد شغل غير معين المدة وواصل عمله بعد انقضاء فترة التجربة ولم يرتكب أي خطأ فادح فهو يستحق مكافأة نهاية الخدمة بصرف النظر عن سبب الطرد وذلك استنادا إلى العبارة المطلقة " وقع طرده " .

ومن هذا المنطلق ذهبت بعض المحاكم في اتجاه التمييز بين الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية الذي خصّه المشرع بالفصل 21-10 م.ش والطرد لأسباب أخرى الذي أخضعه لمجال تطبيق الفصل 22 (جديد) م.ش السالف الذكر. [2]

غير أن الدوائر المجتمعة في هذا القرار وإن أقرت ضمنيا التمييز بين مكافأة نهاية الخدمة لأسباب اقتصادية وبين مكافأة نهاية الخدمة لأسباب أخرى من حيث تقدير مبلغها إلا أنها سلكت تبريرا جانبيا بعيدا عن صميم الإشكالية القانونية الرئيسية المتمثلة في التمييز أو عدم التمييز بين معايير احتساب مكافأة نهاية الخدمة من طرف المحكمة إذا انطلقت من سؤال بديهي يتمثل في مدى وجوب تقييد المحكمة باقتراح لجنة مراقبة الطرد من عدمه للحصول على إجابة أكثر بديهية وهي أن المحكمة غير مقيدة بذلك انطلاقا على الأقل من الطبيعة القانونية لهذه اللجنة

[1] نص الفصل 533 من م.إ.ع " إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرى على إطلاقها "

[2] القرار التعقيبي المدني عدد 2277، مصدر مذكور.

ولدورها ولكيفية تركيبها وخضوعها لوزارة إشراف إلى غير ذلك من المبررات التي لا يمكن الاختلاف بشأنها لتبرر حق المحكمة في الاجتهاد في تقدير مكافأة نهاية الخدمة لأسباب اقتصادية بقولها "وعليه فإن المحكمة المتعده تبقى لها كل الصلاحيات لتقدير مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقها العامل الواقع طرده لأسباب اقتصادية..." وهذا الاجتهاد يجب أن يكون معللا سواء تم اعتماد المبلغ المقترح من طرف لجنة مراقبة الطرد أو تقدير مبلغا آخر وفي ذلك إقرار بأن مجال تطبيق الفصل 21 - 10 من م.ش يختلف عن مجال تطبيق الفصل 22 (جديد) من هذه المجلة.

فهذا القرار التعقيبي موضوع التعليق عند إقراره حق القضاء حرية تقدير مكافأة نهاية الخدمة لأسباب اقتصادية عزل ضمينا الفصل 21 - 10 م.ش عن الفصل 22 (جديد) من نفس المجلة وفصل بين المكافأة لأسباب اقتصادية وبين المكافأة لأسباب أخرى ليبرر عدم تقييد المحكمة بالمعايير التي نص عليها الفصل 22 (جديد) المذكور والتي حسب هذا التمشي لا تنطبق على الطرد لأسباب اقتصادية.

ولا نرى أنه وفق في ذلك لاستحالة تطبيق الفصل 21 - 10 م.ش بمعزل عن الفصل 22 (جديد) م.ش من نفس المجلة والذي نص على أنه في صورة قبول الطرد تبدي اللجنة رأيها في مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل. والمتمثل كما سلف ذكره في الفصل 22 (جديد) من نفس المجلة وفي فصول الاتفاقيات المشتركة إن كانت أنفع.

وقد أسست هذه المحكمة ([1]) حكمها على تأويل مخالف للصواب لعبارة "التشريع الجاري به العمل" للقول أن المقصود بذلك معايير التقدير السالفة الذكر ([2]) الواردة بالفصل 23 مكرر م.ش لتقدير غرامة الطرد التعسفي " وهي بذلك طبقت الفصل 21 - 10 من م.ش بمعزل تام عن الفصل 22 (جديد) م.ش بالرغم من أنه الفصل الوحيد في مجلة الشغل الذي تعرض إلى كيفية احتساب مكافأة نهاية الخدمة والذي نقلته عنها كل الاتفاقيات المشتركة والأنظمة الأساسية لأعوان المنشآت والدواوين العمومية مع الترفيع في أسقف المبالغ التي حددها.

أما الأساس الذي بنت عليه هذه المحكمة تأويلها لإزاحة الفصل 22 (جديد) م.ش وعدم ربطه بالفصل 21 - 10 من نفس المجلة و الذي يتمثل في عدم ذكر المشرع صراحة أن احتساب مكافأة نهاية الخدمة يخضع لقواعد الفصل 22 (جديد) م.ش المذكور فهو لا يستقيم باعتبار كما ذكرنا أنه الفصل الوحيد في مجلة الشغل والمنقول عنها في كل النصوص التعاقدية أو الترتيبية الأخرى الذي تعرض إلى طريقة احتساب هذه المكافأة سواء هذه النصوص اعتمدت طرق مساوية لما نصت عليه هذه المجلة أو أنفع منها للأجراء فلا فائدة من التنصيص صراحة على هذا الفصل.

وبالتالي فعبارة "التشريع الجاري به العمل" صريحة وواضحة ولا يمكن أن يقصد بها إلا الفصل 22 (جديد) م.ش الأنف ذكره أو النصوص الأنفع حسابيا للأجراء ولا يتحمل أي تأويل آخر [3] وهو ما أكدته محكمة التعقيب في بعض قراراتها بقولها "إن إرادة المشرع متجهة نحو مفهوم واحد إضافة إلى أنه أكد بالفصل 21 - 10 المذكور أن هذه المكافأة منصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل وهو دليل آخر على أن الأمر يتعلق بشيء واحد" [4] وترتبا على ذلك فإن مكافأة نهاية الخدمة التي جاءت بالفصل 21 - 10 م.ش هي نفسها مكافأة نهاية الخدمة الواردة بالفصل 22 م.ش. ([5]).

[1] حكم عدد 2202، مصدر مذكور.

[2] قرار تعقيبي مدني، عدد 2278 بتاريخ 15/01/2001

[3] نص الفصل 532 من م.إ.ع على أن: "نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون".

[4] قرار تعقيبي مدني عدد 2278 مصدر مذكور

- انظر كذلك ملحوظات الإدعاء العام على قرار الدوائر المجتمعة، موضوع هذا التعليق

[5] نص الفصل 536 من م.إ.ع على أن " ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به مهما وجد السبب المذكور"

## **قرار تعقيبي مدني عدد 24597 مؤرخ في 15 جانفي 2004 الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب برئاسة السيد مبروك بن موسى**

المادة : اجتماعي.

المراجع : الفصل 21 من مجلة الشغل.

المفاتيح : طرد، لجنة مراقبة الطرد، طرد لأسباب اقتصادية، صبغة تعسفية، مكافأة نهاية الخدمة، دائرة الشغل، بيان العناصر في تقدير المبلغ المقترح.  
المبدأ :

• إنَّ عرض ملف المؤسسة على لجنة مراقبة الطرد إجراء وجوبي حتى لا يكتسي الطرد لأسباب اقتصادية صبغة تعسفية إلاَّ أنَّ رأيها في مبلغ المكافأة الذي تقترحه لا يحول دون لجوء الأطراف إلى المحكمة المختصة التي لها كل الصلاحيات لتقدير مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقها العامل و على دائرة الشغل أن تعلق رأيها في صورة اعتماد المبلغ المقترح من اللجنة أو في صورة تحديد مبلغ آخر أرفع منه أو دونه وتبين العناصر التي اعتمدها في تقديرها وإذا لم تفعل عرّضت حكمها للنقض.

### **نص القرار :**

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب عدد 24597 عدد المقدم في 21 فيفري 2003 من طرف الأستاذ سليم المحامي بصفاقس.

نيابة عن : الشركة الحديثة للمطاط والأحذية في شخص أمين فليستها مقره المختار بمكتب محاميه الأستاذ بوعصيدة الكائن بشارع الهادي شاكر عدد 79 صفاقس.

ضد : ناصر مقره المختار بمكتب محاميه الأستاذ عمارة - عمارة المنار الطابق الأول صفاقس.

طعنا في الحكم عدد 2202 الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس بوصفها محكمة استئناف لأحكام دائرة الشغل بها بتاريخ 31/10/2002 والقاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به وتخريم المستأنفة لفائدة المستأنف ضده بمائتي دينار لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة والإذن بتسجيل هذا الحكم مجانا.

وبعد الإطلاع على مذكرة الطعن المقدمة من الأستاذ سليم بوعصيدة بتاريخ 15 مارس 2003 وعلى محضر إبلاغها للمعقب ضده في 07 مارس 2003 بواسطة عدل التنفيذ بصفاقس الأستاذ اسكندر بسباس تحت عدد 3736.

وبعد الاطلاع على ملحوظات الادعاء العام بهذه المحكمة المؤرخة في 06/12/2003 والرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة.

وبعد الاطلاع على قرار السيد الرئيس الأول لهذه المحكمة بإحالة القضية على الدوائر المجتمعة.

وبعد الاطلاع على كافة الأوراق والمداولة طبق القانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغته القانونية وأضحى بالتالي حريا بالقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما أثبتتها الحكم المطعون فيه والأوراق التي انبنى عليها انه على اثر تعرض الشركة الحديثة للمطاط والأحذية لصعوبات اقتصادية قررت إيقاف كافة عملتها عن العمل ومن بينهم المعقب ضده واتبعت في ذلك الإجراءات المنصوص عليها صلب مجلة الشغل وصادقت التفقدية الجهوية للشغل ولجنة مراقبة الطرد المنبثقة عنها على الصبغة الاقتصادية لعملية الطرد إلا انه لم يقع الاتفاق بين الشركة المذكورة وبين العملة الواقع وضع حد لعقود شغلهم بخصوص منحة مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقونها في مثل تلك الحالة فتدخلت اللجنة الجهوية لمراقبة الطرد واقترحت أن يتم احتساب تلك المنحة على أساس أجره شهر عن كل سنة أقدمية وتنفيذ بـ 10 % على ألا يتجاوز المبلغ الجملي لهذه المنحة إحدى عشر ألف دينار إلا أن المؤجرة رفضت ذلك المقترح واعتبرته مخالفا لكيفية احتساب تلك المنحة المنصوص عليها بالفصل 22 من م.ش. الذي يقتضي أن يكون بحساب اجر يوم عن كل شهر عمل على ألا تفوق أجره 3 أشهر وبناء على ذلك تقدمت المدعية في الأصل لدى محكمة البداية طالبة الحكم بتحديد مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقها عملتها الواقع إيقافهم عن العمل طبق أحكام الفصل 22 من م.ش.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية بتاريخ 01/06/1999 حكمها عدد 17463 القاضي ابتدائيا بعدم سماع الدعوى الأصلية وقبول الدعوى المعارضة شكلا واصلا وإلزام المدعية في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي للمدعى عليه مبلغ (630,327 د) لقاء منحة الإعلام بإنهاء العمل و10450 د لقاء مكافأة نهاية الخدمة ومائة وخمسين دينارا (150.000 د) لقاء أتعاب التقاضي وأجره المحاماة ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك. إستنادا إلى أن منحة مكافأة نهاية الخدمة المستحقة في تلك الحالة لا تخضع لطريقة الاحتساب الوارد بها الفصل 22 من م.ش. واعتمدت المبالغ المقترحة من طرف اللجنة الجهوية لمراقبة الطرد. وقد أسست المحكمة حكمها على إعتبار أن المكافأة التي تعرض لها المشرع صلب الفصل 21 من م.ش. تختلف عن المكافأة التي جاء بها الفصل 22 من نفس المجلة ذلك أن مكافأة الفصل 22 من م.ش. تكون في إطار التعويض العادي للعامل عند طرده بصفة تعسفية وهي تأتي مع جملة من غرامات التعويض كمنحة الإعلام بالطرد وغرامة الطرد التعسفي في حين أن المكافأة التي تعرض إليها الفصل 21 من م.ش. هي منحة خاصة بالعملة الواقع الاستغناء عن خدماتهم نتيجة الصعوبات الاقتصادية التي تتعرض لها المؤسسة وهذه المنحة هي التعويض الأصلي ويمكن أن تكون الوحيدة لمثل أولئك العملة. وتضيف المحكمة أن مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالفصل 22 من م.ش. هي مكافأة مضبوطة بموجب القانون أما مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالفصل 21 - 10 فإن تقديرها يكون بدون معايير مضبوطة وتتولى ذلك التقدير لجنة مراقبة الطرد. فتولت المدعية في الأصل الطعن بالاستئناف في ذلك الحكم وأصدرت محكمة الدرجة الثانية بتاريخ 24/04/2000 حكمها عدد 558 القاضي بتعديل تلك المنحة وذلك بالنزول بها إلى مبلغ 1134.000 د على أساس أن تقديرها يتم طبق أحكام الفصل 22 من م.ش. في صورة غياب اتفاقية مشتركة قطاعية. فوقع الطعن بالتعقيب في ذلك الحكم من طرف المدعية في الأصل وأصدرت محكمة التعقيب بتاريخ 27/09/2000 قرارا عدد 2277 يقضي بالنقض والإحالة بناء على أن المكافأة التي أقرها الفصل 21 - 10 من م.ش.

ليست هي المكافأة التي أتى بها الفصل 22 من نفس المجلة وبالتالي فإن طريقة احتساب منحة المكافأة التي أتى بها الفصل 21 - 10 يخضع للتفاوض بين الأطراف تحت إشراف اللجنة وفي صورة إخفاق الأطراف في الاتفاق حول المنحة يحسم الأمر من طرف أعضاء اللجنة بأغلبية الأصوات عملاً بأحكام الفصل 21 - 6 من نفس المجلة. وحيث أعيد نشر القضية بطلب من المدعى عليه في الأصل فأصدرت محكمة الإحالة بتاريخ 31/05/2001 حكماً يقضي بإقرار الحكم الابتدائي معتبرة أن طريقة تقدير المنحة الأولى يختلف عن تقدير المنحة الثانية. فتولت المدعية في الأصل الطعن بالتعقيب في ذلك الحكم وقضت محكمة التعقيب بتاريخ 07/03/2002 تحت عدد 12484 بالنقض والإحالة بناء على أن الفصل 21 - 10 من م.ش. أكد أن تقدير مكافأة نهاية الخدمة يكون طبق التشريع الجاري به العمل أي طبق معايير مضبوطة ووفق آليات جاء بها قانون الشغل أو الاتفاقية الإطارية القومية أو الاتفاقيات القطاعية المشتركة وطالما أنه لا وجود في قضية الحال لشروط احسن جاءت بها الاتفاقيات المشتركة أو الخاصة فإن تحديد مكافأة نهاية الخدمة لا يكون إلا في نطاق التشريع الجاري به العمل أي الفصل 22 من م.ش. وحيث أعيد نشر القضية أمام محكمة الدرجة الثانية بطلب من المدعى عليه في الأصل وأصدرت محكمة الإحالة بتاريخ 31/10/2002 حكمها عدد 2202 القاضي بإقرار الحكم الابتدائي بناء على أن تقدير المنحة لا يخضع لأحكام الفصل 22 من م.ش. إذ لو أراد المشرع إخضاعها لذلك الفصل لنص على ذلك صراحة أما عبارة التشريع الجاري به العمل الواردة بالفصل 21 - 10 من نفس المجلة فهي تشير إلى معايير التقدير المتمثلة خاصة في أقدمية العامل بالمؤسسة وأجره وسنه والعمل المنوط بعهدته ووضعية المؤسسة وهي معايير مشتركة في كل المنح والغرامات التي أقرها المشرع بمقتضى مجلة الشغل والاتفاقيات الإطارية والاتفاقيات الخاصة. فتعقبته المدعية في الأصل للمرة الثالثة ناعية عليه :

(1) مخالفة الفصل 21 - 10 من م.ش. :

قولاً بأن رأي اللجنة الجهوية لمراقبة الطرد لا يلزم السلطة القضائية في شيء في صورة عدم مصادقة الأطراف على مبلغ المنحة المقترحة وتبقى لها سلطة مراجعتها طبق القوانين الجاري بها العمل إضافة إلى أن تلك المنحة ليست مقابل فسخ عقد الشغل بصفة تعسفية من المؤجر بل هي منحة لتمكين العامل من مجابهة الظروف الطارئة التي حصلت له نتيجة الصعوبات الاقتصادية والفنية التي تمر بها مؤجراته وان المشرع قد أحاط هذه الفئة من العمال بجملة من الامتيازات الحمائية كالأولوية في التشغيل في صورة انتدابات جديدة للمؤسسة والسعي في إعادة تشغيلهم بمؤسسات أخرى من طرف اللجنة ... وان المشرع عند تنقيحه لمجلة الشغل بموجب القانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 عوض تسمية "منحة الطرد" بتسمية "مكافأة نهاية الخدمة" وذلك في جميع فصول مجلة الشغل والنصوص المتخذة تطبيقاً لها وبالتالي فإن عبارة مكافأة نهاية الخدمة الواردة بالفصل 21 - 10 من تلك المجلة تعني نفس مكافأة نهاية الخدمة التي أقرها الفصل 22 من م.ش. عملاً بأحكام الفصل 533 م.إ.ع. الذي يقتضي أنه إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها.

(2) مخالفة الفصل 18 من الاتفاقية الإطارية المشتركة باعتبار هذا الفصل تضمن أن مكافأة نهاية الخدمة يقع تقديرها وضبطها ضمن الاتفاقيات الجماعية إن وجدت وإلا فحسب التشريع الجاري به العمل وان كل الاتفاقيات المشتركة قد حددت سقفاً لتلك المنحة لا يتجاوز أجر 6 أشهر أما بالنسبة للنشاط الذي تتعاطاه المعقبة وطالما أنه لا وجود لاتفاقية مشتركة ولا إتفاقية خاصة بها فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الفصل 22 من م.ش. باعتباره التشريع الجاري به العمل. وتأسيساً على ذلك طلب نائب الطاعنة قبول مطلب التعقيب شكلاً واصلاً ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بصفاقس بوصفها محكمة إستئناف لأحكام دائرة الشغل التابعة لها لنظر فيها مجدداً بهيئة مغايرة.

## المحكمة

عن المطعن الاول :

حيث لا نزاع في كون إيقاف المعقب ضده عن العمل ناتج عن الأسباب الاقتصادية التي مرت بها المعقبة. وحيث أنه واعتباراً لخصوصية المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية ولأهمية قرار الطرد وانعكاساته على الأجراء اخضع المشرع عملية الطرد لأسباب فنية واقتصادية إلى إجراءات خاصة تضمنها الفصل 21 من مجلة الشغل ومن بين تلك الإجراءات وجوب عرض ملف المؤسسة على اللجنة الجهوية أو اللجنة المركزية لمراقبة الطرد حسب الحالة إذا أخفقت المحاولة الصلحية التي أجرتها تفقدية الشغل المختصة ترايباً أو الإدارة العامة لتفقدية الشغل حسب الحالة وذلك بخصوص إرجاع العملة إلى مراكز عملهم (الفصل 21 - 3 من نفس المجلة). وحيث اقتضى الفصل 21 - 10 "أنه في صورة قبول طلب الطرد تبدي اللجنة رأيها في مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل وتسعى للتوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ المكافأة وللقيام بدفعها حالاً...".

وحيث يضيف الفصل 21 من م.ش. في فقرته الحادية عشر أن محضر الاتفاق الحاصل بين الطرفين المعنيين عن طريق تفقدية الشغل أو عن طريق اللجنة الجهوية أو اللجنة المركزية لمراقبة الطرد له القوة التنفيذية بين الطرفين. إلا أنه وفي صورة عدم الاتفاق يحتفظ الطرفان بحقهما في اللجوء إلى المحاكم المختصة. وحيث يفهم من هاتين الفقرتين أن المشرع جعل من تدخل لجنة مراقبة الطرد إجراءً وجوبياً إذ أن عدم احترامه يجعل الطرد يكتسي صبغة تعسفية (الفصل 21 - 12) إلا أن رأي اللجنة يبقى مجرد محاولة للتوفيق بين الطرفين في خصوص مبلغ المكافأة التي تقترحه ذلك انه إذا ما اتفق الطرفان على قبول المبلغ الذي حددته اللجنة يكون لذلك الاتفاق قوة تنفيذية بينهما أما إذا لم يحصل اتفاق بينهما في خصوص مبلغ المكافأة فيحق لكل طرف منهما الالتجاء للقضاء الذي سيتعهد بالنظر في تقدير مبلغ المكافأة فقط باعتبار أن الصبغة الاقتصادية للطرد قد وقع حسمها من طرف اللجنة إلا أن السؤال الذي يطرح يتعلق بمعرفة ما إذا كانت المحكمة مقيدة باتباع المقترح الذي تقدمت به اللجنة والذي لم يحض بموافقة الأطراف المعنية أمأنها حرة في تقدير مبلغ الكفاءة على ضوء ما توفر لديها من مؤيدات.

وحيث تجدر الإشارة انه انطلاقاً من ترقية اللجنة وخضوعها لسلطة إشراف وزارة الشؤون الاجتماعية فإنه يمكن اعتبار هذه اللجنة بمثابة الخبير الذي تتوفر فيه مواصفات فنية وموضوعية تؤهله للقيام بالمهمة التي أنيطت بعهدته إلا أن رأيه لا يمكن أن يقيد المحكمة عملاً بأحكام الفصل 112 م.م.ت. وذلك طبعاً جداً باعتبار أن الفصل 21-11 خول للأطراف عدم قبول مقترح اللجنة والالتجاء للقضاء بما معناه أنه إذا كان رأي اللجنة غير ملزم للأطراف فإنه من باب أولى وأحر بأن لا يكون ملزماً بالنسبة للمحكمة.

وعليه فإن المحكمة المتعهددة تبقى لها كل الصلاحيات لتقدير مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقها العامل الواقع طرده لأسباب اقتصادية أي انه يمكن للمحكمة أن تقدر مبلغاً يختلف عن المبلغ المقترح من اللجنة كما لها أيضاً أن تعتمد المبلغ المقترح من طرف اللجنة إذا ما رأت أن ذلك المبلغ كاف لتعويض العامل عن فقدان موطن شغله دون خطأ ينسب إليه غير انه على المحكمة أن تعلق رأيها في كلتا الحالتين أي في صورة اعتماد المبلغ المقترح من اللجنة أو في صورة تحديد مبلغ آخر قد يكون ارفع منه أو دونه.

وحيث انه بالرجوع إلى أوراق قضية الحال يتضح أن المحكمة اعتمدت المبلغ المقترح من طرف اللجنة دون أن تبين العناصر التي اعتمدها في تقديرها لمبلغ المكافأة مما يجعل حكمها فاقد التعليل ومخالفاً لأحكام الفقرتين العاشرة والحادية عشر من الفصل 21 من م.ش. مما يتعين معه نقضه.

عن المطعن الثاني :

حيث أنه خلافا لما جاء بهذا المطعن من كون النشاط الذي تتعاطاه المعقبة لا يخضع لأية اتفاقية مشتركة أو خاصة فقد ثبت من أوراق القضية أن المعقبة تشتغل في ميدان صناعة المطاط والأحذية مثلما جاء بعريضة الدعوى التي تقدمت بها لدى محكمة البداية.

وحيث أن ميدان نشاط هذه المؤسسة تغطيه الاتفاقية المشتركة القومية لصناعة الأحذية وما شاكلها المؤرخة في 29/4/1975 والمصادق عليها بقرار من السيد وزير الشؤون الاجتماعية بتاريخ 17/7/1975.

وحيث اقتضى الفصل الثاني من هذه الاتفاقية أن أحكامها تنطبق وجوبا على جميع المؤجرين وعملة النشاطات المضبوطة بالفصل الأول من الاتفاقية (صناعة الأحذية وما شاكلها) وعليه فإن القول بان نشاط المعقبة لا تغطيه أية اتفاقية مشتركة هو دفع مردود وتعين بالتالي رفض هذا المطعن لعدم وجاهته ومخالفته لأحكام الاتفاقية المشار إليها أعلاه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة الابتدائية بصفاقس بوصفها محكمة استئناف لأحكام دائرة الشغل التابعة لها للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 15 جانفي 2004 عن الدوائر المجتمعة المترتبة من السيد مبروك بن موسى الرئيس الأول لمحكمة التعقيب.

وعضوية رؤساء الدوائر السادة:

محمد صالح الحمدي، مصطفى خنشل، المنجي الأخضر، الشريف الشافعي، حنيفة معزون، ناجية بالحاج علي، صالح السرسري، محمد مشرية، فتحي بن يوسف، معاوية عزيز، جمال التركي، حمدة الشواسي، بلقاسم كريد، الطاهر بوغارقة، مصطفى بن جعفر، نجاح مهذب والمستشارين السادة:

نعيمة العياشي، البشير الأحمر، ربيعة الشاوش، عربية البحري، زهرة بن عون، فريد الحديدي، محمد الجمالي، رابع شيبوب، عز الدين بوزرارة، ليلي برييرو، منجية الجبالي، النوري القطيبي، عبد القادر المستيري، هادية بوسن، بلقاسم البراح، الهاشمي الكسراوي، أحمد رزيق، المنصف كشو، جوده بوسنينة، حسين مبارك.

بمحضر السيد محمد الفطناسي وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب وبمساعدة كاتب الجلسة السيد جلال الدين العنتير.

وحرر في تاريخه

### القضية عدد 24597 لموظفات الادعاء العام

نحن ماجدة بن جعفر المدعي العام لدى محكمة التعقيب.  
بعد الاطلاع على الفصل 175 وما بعده من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.  
وبعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم مع بطاقة خلاص المعاليم القانونية في 21 فيفري 2003 المرسمة  
بموجبه القضية بالمحكمة تحت عدد 24597 وذلك من طرف الأستاذ بوعصيدة.  
نيابة عن: الشركة الحديثة للمطاط والأحذية في شخص أمين فلستها.  
ضد: ناصر.

طعنا في الحكم النهائي الصادر من محكمة صفاقس الابتدائية في القضية عدد 2202 بتاريخ 31/10/2002 والقاضي  
بإقرار الحكم الابتدائي.

وعلى تقرير مستندات التعقيب المبلغ منه نظير للمعقب ضده بتاريخ 8/3/2003.  
من طرف العدل المنفذ الأستاذ اسكندر بسباس والمقدم إلى كتابة المحكمة في 15/3/2003.  
وعلى قرار السيد الرئيس الأول لهذه المحكمة القاضي بإحالة القضية على الدوائر المجتمعة وعلى أوراق الملف  
وكل الإجراءات.  
نلاحظ:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغته القانونية فهو مقبول شكلا سيما وقد ثبت أن القرار المطعون  
فيه قد صدر عن المحكمة التي تعهدت بمقتضى إحالة من إحدى الدوائر بهذه المحكمة لكنها لم تسايرها الرأي  
وأصرت على وجهتها في خصوص المسالة القانونية الواقع النقض من أجلها فوق الطعن من جديد وباعتماد نفس  
المطاعن وبذلك أضحي الخلاف واقعا في منطقة اختصاص الدوائر المجتمعة المؤهلة لحسمه في إطار الفصل 191  
م.م.ت.

من حيث الأصل:

حيث اتضح من مظروفات الملف كيفما أثبتته الحكم المعقب والمؤيدات التي انبنى عليها أن المعقبة كانت قامت  
أمام محكمة الدرجة الأولى عارضة أنها تعرضت إلى صعوبات اقتصادية استحال معها مواصلة نشاطها بصورة  
طبيعية وبعد تعهد تفقدية الشغل بالموضوع أصدرت اللجنة الجهوية لمراقبة الطرد المنعقدة بتاريخ 9-7-1998  
قرارها بالترخيص لها بإعفاء كافة عملتها بما فيها المعقب ضده طبقا لأحكام الفصل 21 جديد من مجلة الشغل  
مقترحة تمكينه من منحة الإعلام بالطرد وقدرها أجرة شهر مع مكافأة نهاية الخدمة تحسب على أساس أجرة شهر  
عن كل سنة أقدمية وتنفيذ بـ 10 بالمائة على أن لا تتجاوز في مبلغها الجملي أحد عشر ألف دينار إلا أن المعقبة  
أبدت معارضتها في خصوص احتساب هذه المنحة من قبل اللجنة الجهوية لمراقبة الطرد فرفعت أمرها إلى دائرة  
الشغل في طلب مراجعتها على أساس الفصل 22 من م.ش. والفصل 18 من الاتفاقية الإطارية إلا أن محكمة البداية  
قضت بعدم سماع الدعوى مقرة بذلك هذا المقترح في قيمة المنحة.

فاستأنفت المعقبة الحكم العرفي المذكور أمام محكمة صفاقس الابتدائية التي قضت تحت عدد 588د  
بتاريخ 24/2/2000 بإقرار الحكم الابتدائي مع تعديله وذلك بالحط من مبلغ مكافأة نهاية الخدمة إلى ما  
قدره 890.982 د اعتمادا على الفصل 22 من م.ش. فطعن المعقب ضده حاليا في الحكم المذكور فقضت  
محكمة التعقيب بالنقض والإحالة بناء على اختلاف نطاق الفصل 22 من م.ش. عن نطاق الفصل 21-10 من

نفس المجلة باعتبار أن المكافأة المنصوص عليها بالفصل الأخير... كتعويض للعامل عن إعفائه من العمل من طرف مؤجره إثر مروره بصعوبة اقتصادية فضلا على أن عدم التفريق بين المكافأتين يفرغ الفصل 21 فقرة 10 من مضمونه. فأعيد نشر القضية أمام المحكمة الابتدائية بصفاقس التي أصدرت قرارها بإقرار الحكم الابتدائي استنادا إلى ما اعتبرته من اختلاف المنحة المنصوص عليها بالفصل 21-10 من م.ش. والفصل 22 منها ومن ثمة فإن احتساب هذه المنحة لا تخضع لمعايير هذا الفصل الأخير.

وحيث تعقبت المدعية في الأصل هذا القرار فنقضته محكمة التعقيب وأحالت القضية على المحكمة الابتدائية بصفاقس للنظر فيها بهيئة أخرى بناء على أن الفصل 10-21 الذي تعرض إلى تقدير منحة مكافأة نهاية الخدمة أكد أن ذلك يكون طبق التشريع الجاري به العمل وطالما ليس في القطاع الذي ينتمي إليه المدعى عليه في الأصل شروط أفضل جاءت بها الاتفاقية المشتركة الإطارية كما أن القطاع الذي ينتمي إليه المدعى عليه لا تحكمه اتفاقية قطاعية فإن تحديد منحة نهاية مكافأة الخدمة لا يكون إلا في نطاق التشريع الجاري به العمل والذي يحيل إلى الفصل 22 من م.ش.

وحيث وبناء على طلب النائب المعقب ضده تم إعادة نشر القضية من جديد أمام المحكمة الابتدائية بصفاقس التي أصدرت قرارها المطعون فيه حاليا والقاضي بإقرار الحكم الابتدائي مخالفة بذلك قرار الإحالة في خصوص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ومعتبرة أن تحديد مبلغ مكافأة نهاية الخدمة لا يخضع لعناصر التقدير الواردة بالفصل 22 من م.ش.

فتعقبت المدعية في الأصل ناعية عليه مخالفة وسوء تطبيق أحكام الفصول 11-21 و22 من م.ش. و18 من الاتفاقية الإطارية المشتركة والفصل 2 من القانون عدد 29 لسنة 1994 والفصل 533 م.ا.ع. ذلك أن مكافأة نهاية الخدمة الواردة بالفصل 22 من م.ش. هي نفسها الذي يتحدث عنها الفصل 10-21 والتي كانت تسمى قبل تنقيح 1994 والفصل 2 من هذا القانون منحة الطرد وهذه المنحة خلافا لما توجهت إليه محكمة القرار المنتقد هي من مستحقات العامل المطرود تعسفا كالعامل المطرود لأسباب اقتصادية والفصل 10-21 من مجلة الشغل يشير أن تقدير هذه المنحة يكون حسب التشريع الجاري به العمل والمقصود منه المنحة المضبوطة بالفصل 22 من م.ش. خاصة وأن المشرع قد حدد جميع المنح في المادة الشغلية بمعايير موضوعية ولا يعقل استثناء منحة مكافأة نهاية الخدمة من هذا الضبط كما أن هذه المنحة هي محددة ضمن جميع الاتفاقيات القطاعية بمعايير فلا يكون تحديدها جزافا بالنسبة للمعقب لأنه لا يخضع لاتفاقية لذا ولكل هذه الأسباب فهو يطلب النقض والإحالة. رأي النيابة :

حيث اعتبارا للمعطيات الأنفة الذكر فإن الإشكال القانوني المطروح في قضية الحال بات منحصر في معرفة ماهية منحة مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالفصل 10-21 من مجلة الشغل وأن كانت هي ذات المنحة التي عرفها المشرع وضبط معايير تقديرها بالفصل 22 من مجلة الشغل مثلما توجهت إليه محكمة التعقيب بدائرتها اللتين نظرتا في مناسبتين متتاليتين في هذه القضية أمأن تقدير هذه المنحة يعود إلى مطلق اجتهاد محكمة الموضوع في صورة عدم اتفاق الأطراف على احتسابها في ظل محاولة التوفيق المجراة من قبل لجنة مراقبة الطرد؟ (1) في ماهية منحة مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالفصل 11-21 من م.ش.:

حيث يؤخذ بتمحص مقتضيات مجلة الشغل أن المشرع أقر ضمنها نوعين من المنح التي يمكن أن يستحقها العامل عند فصله عن العمل منح التعويض ومنح المكافأة ومنح التعويض هي تلك التي يستحقها العامل عن ضرره الحاصل له من إعتساف مؤجره في استعمال حقه في إنهاء العلاقة الشغلية بصورة أحادية دونما مبرر شرعي يخوله ذلك أو دون اتباع الإجراءات القانونية المقررة للفصل وهو ما يحدونا إلى القول أن مبنى استحقاق الغرامات في هذه الصورة هو مسؤولية المؤجر المدنية الناجمة عن إعتسافه في استعمال الحق أما منحة المكافأة فهي تلك المستحقة

من العامل المرسم لوقوع فصله عن عمله غير المحدود المدة دونما خطأ ينسب إليه يبرر طرده أو موجب قانوني يجيز هذا الطرد ومبنى هذا التعويض مثلما تدل عليه تسميته هو نوع من العرفان بالجميل من قبل المؤسسة للعامل على الخدمات التي قدمها لها طيلة حياته المهنية لديها ونوع من إعانتة على مجابهة ظروف الحياة إثر انقطاع مورد رزقه منها دونما خطأ ينسب إليه ولا غرابة أن نجد تكريسا لهذا النوع من المعاملة بصورة عرفية ومن أبرز مظاهر هذا التكريس ما دأبت عليه عديد المؤسسات من تكريم عملتها عند المغادرة اثر انقطاعهم عن العمل بمناسبة إحالتهم على التقاعد.

ومكافأة نهاية الخدمة بمفهومها هذا قد تحدث عنها المشرع وضبط شروط استحقاقها ومعايير تقديرها بالفصل 22 من م.ش. واعتبارا لطبيعتها الجزائية (جزاء إثابة) فإنها تستحق في كل الأحوال التي يفصل فيها العامل عن عمله دونما خطأ ينسب إليه سواء كان هذا الطرد ذو صبغة تعسفية أو إذا كان هذا الطرد مبرر قانونا مثلما عليه الحال في صورة الطرد لأسباب اقتصادية وترتبيبا عليه فإن مكافأة نهاية الخدمة التي اقراها المشرع ضمن الفصل 21-10 من م.ش. تكون ذات المتحدث عنها بالفصل 22 من م.ش. لاتحاد المفهوم وسبب الاستحقاق لهذه المنحة المنصوص عليها بالفصلين المذكورين .

وحيث أن موجب التطابق المبني على اتحاد العلة في الفصل 21-10 من م.ش. والفصل 22 من م.ش. يجد أساسه في القواعد العامة للالتزامات خاصة منها الفصل 536 م.ا.ع. الذي تضمن أن "ماحكم به القانون لسبب معين جرى العمل به مهما وجد السبب المذكور" وكذلك الفصل 532 م.ا.ع. الذي اقتضى أن "نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون" وفي الحقيقة فإن مراد واضع القانون هو مكافأة العامل وإعانتة على مجابهة الحياة بما أجازته التشريع من إمكانية فصله لإنقاذ المؤسسة لا إثقال كاهل المؤسسة بمنح مكافأة يمكن أن تغرق كاهلها بديون إضافية من شأنها إعجازها اعتبارا للظروف الاقتصادية التي تمر بها.

وحيث إضافة لهذا الاعتبار المؤسس على علة الحكم فإن وضع اللغة أيضا يحملنا إلى هذا المفهوم ذلك أن استمداد وضع اللغة في النصوص القانونية يقتضي اتباع منطقتها والمعروف عن منطق الصياغة في القانون أن المصطلح الواحد يحمل ذات المعنى في نفس المجال التشريعي الذي استعمله إلا إذا رأى المشرع غير ذلك بتخصيص المصطلح أو استثناء مدلوله من غيره من الأحكام كأن يضيف في صياغة الفصل: "... ويعتبر... على معنى هذا الفصل..." وهذا ما لم يتضمنه حكم الفصل 21-11 م.ش. أو 22 م.ش. وهذا الرأي يدعمه المبدأ العام الذي ورد به نص الفصل 533 م.ا.ع. القائل: "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها" ومن ثمة فإن منحة مكافأة نهاية الخدمة التي أشار إليها الفصل 21-10 م.ش. تكون ذات المنحة المنصوص عليها وعلى ضوابط تقديرها ضمن الفصل 22 من م.ش.

ومن جانب آخر ولنفس اعتبار طريقه صياغة النصوص القانونية فإنه من المتعارف عليه أن المشرع لا يورد موقع الحكم من بقية النصوص جزافا بل أن ترتيب الفصل وموقعه فيه ما يكفي لبيان قصد المشرع منه ورغبته أن يجعله أثرا من آثار هذه أو تلك من الوضعيات القانونية المقررة في الأحكام التي تسبقه أو التي تليه.

وحيث أن موقع الفصل 22 من م.ش. الوارد بشروط وكيفية تقدير منحة مكافأة نهاية الخدمة قد توسط الفصول المتعلقة بالطرد لأسباب اقتصادية والتي تحدثت عن منحة مكافأة نهاية الخدمة والفصول المتعلقة بالطرد التعسفي والتعويض عنه وهو ما يؤخذ منه وخلافا لما توجهت إليه محكمة القرار المنتقد أن هذه المنحة مقررة في الحاليتين.

ولعل السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى جدوى ما أضافه المشرع من عبارة ".... المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل ...." إن كان واضحا مثلما أنفت الإشارة إليه من طبيعة هذه المنحة ومن مقصد المشرع ومن التركيبة اللغوية للنص ومن المنطق القانوني لصياغة النصوص أن منحة مكافأة نهاية الخدمة المستحقة في صورة الفصل لأسباب اقتصادية الواردة بها أحكام الفصل 2-10 و 11-21 من مجلة الشغل هي ذاتها المنصوص عليها بالفصل 22 م.ش. ؟

الجواب عن هذا السؤال يكمن في خصوصية التشريع الجاري به العمل في المادة الشغلية إذ أن مصدره لا ينحصر فقط في أحكام مجلة الشغل أي في المصدر القانوني البحت ولكن يشمل أيضا جميع النصوص التشريعية المطبقة له مثل الأوامر الترتيبية وكذلك المصادر الاتفاقية المتمثلة في الاتفاقية الإطارية المشتركة والاتفاقيات القطاعية واتفاقية المؤسسات المصادق عليها طبق القانون. ومن المعلوم أن الحكم المنطبق على النزاعات الفردية في المادة الشغلية هو الأرفق والأنفع للعامل مهما كان مصدره اتفاقي.

وحيث ولهذا الاعتبار فقد حرص المشرع عند تنقيحه لبعض أحكام المجلة بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 على أن يوضح بالفصل 2 من هذا القانون أنه: "تعوض تسمية منحة الطرد بتسمية مكافأة نهاية الخدمة وذلك في جميع فصول مجلة الشغل والنصوص المتخذة تطبيقا له" والتي لم يتم إصلاحها تضمينا إلى حد هذا التاريخ. إلا أن مدلول عبارة منحة الطرد أو منحة الفصل الواردة بها تقرا بمعنى منحة مكافأة نهاية الخدمة ومن ذلك ما تضمنه الفصل 18 من الاتفاقية الإطارية المشتركة المتضمن لعبارة غرامة الفصل عن العمل حالة أن المقصود منها قانونا منحة مكافأة نهاية الخدمة وكذلك الفصل 16 من الاتفاقية القومية المشتركة لقطاع النسيج والفصل 16 أيضا من الاتفاقية المشتركة القومية لصناعة الملابس المنسوجة والجاهزة ... والقائمة تطول.

وحيث اعتبارا لما تقدم من بيان فإن المحكمة الابتدائية بصفاقس المصدرة للقرار المطعون فيه تكون قد خالفت القانون وأساءت تطبيقه لما اعتبرت الثنائية في مفهوم منحة مكافأة نهاية الخدمة وفرقت بين منحة مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالفصل 10-21 من م.ش. وتلك المنصوص عليها بالفصل 22 من م.ش. كما خرقت المبادئ القانونية العامة الواردة في القانون والمضمنة بالفصول 532 و 533 و 536 م.إ.ع. مما يعرض قرارها للنقض.

(2) في كيفية تقدير منحة مكافأة نهاية الخدمة :

حيث اقتضى الفصل 10-21 والفصل 11-21 من م.ش. أن تقدير المنحة المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل يكون أما اتفاقا بسعي من تفقدية الشغل أو اللجنة الجهوية أو اللجنة المركزية لمراقبة الطرد أو من قبل المحكمة أن لم يحصل اتفاق بين الطرفين.

وحيث أن هذا المقتضى يجزنا وجوبا للبحث عن مدى صلوحيات هذين الجهازين غير القضائي والقضائي في تقدير منحة مكافأة نهاية الخدمة.

حيث يؤخذ من الفصل 10-21- من مجلة الشغل أن المشرع قد تحدث عن منحة معينة منصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل وهو ما يترتب عنه لزوما أن هذه المنحة هي ذات صبغة قانونية في تواجدها وفي شروطها وفي كيفية تقديرها وأنه رجوعا إلى ما أسلفنا في مفهومها فإنها ذات المنحة المتحدث عنها بالفصل 22 م.ش.

وحيث يؤخذ مما له أصل ثابت بالملف أنه لا نزاع بين الطرفين في توافر شروط استحقاق هذه المنحة وإنما الخلاف القانوني المطروح بينهما يتعلق في كيفية تقديرها.

وحيث أن المرجع العام في هذه المسألة هو الفصل 22 من م.ش. الذي تضمن ضوابط ثلاثة في تحديد هذه المنحة :

1 - ضابط الأقدمية.

2 - ضابط مقدار الأجر.

3 - والسقف الأقصى لهذه المنحة.

وحيث يقتضي ضابط الأقدمية حسب صريح الفصل 22 من م.ش. أن تقدر المنحة على أساس أجر يوم عن كل شهر عمل فعلي في نفس المؤسسة وبالتالي فقد كان لزاما على محكمة الموضوع أن تبحث إن كانت المنحة المقدرة من قبل اللجنة الجهوية لمراقبة الطرد تستجيب لهذا الضابط أم لا ؟ وهو ما خلا منه قرارها مما يجعله مخلا بهذا المقتضى من الفصل 22 من م.ش. كما أن اكتفاءها في مستنداتها بالمصادقة على تقدير اللجنة على أساس اعتبارها لها تعويضا عادلا فيه انعدام في التعليل وخرق لمقتضيات الفصل 123 م.م.ت. يستوجب النقض.

وحيث بالنسبة لمقدار الأجر فإنه بين أيضا من الفصل 22 من م.ش. أن المشرع اعتبر أجر يوم فعلى وعرف الأجر من مفهوم هذا النص: "بأنه الأجر الذي يتقاضاه العامل مع مراعاة جميع الامتيازات التي ليست لها صبغة إرجاع مصاريف" ومن ثمة فقد كان لزاما على محكمة الموضوع أن تبحث في حقيقة الأجر الذي كان يتقاضاه فعلا الأجير رجوعا إلى الأحكام القانونية التي تحكم المسالة والمعطيات الواقعية وثوابت الملف وهو ما تخلف عن القيام به قضاة الأصل علاوة على عدم تبريرهم وتعليلهم لهذا المعطى القانوني مما يجعل قضاءهم معيبا بسوء تطبيق القانون وضعف التعليل وحريرا بالنقض أيضا.

وحيث وبالنسبة للسقف الأقصى لهذه المنحة فإن الفصل 22 م.ش. الذي ورد في صيغة الوجود بفقرته الأخيرة فيما يتعلق بهذا المعيار أفاد "ولا يمكن أن تفوق هذه المكافأة أجر ثلاثة أشهر مهما كانت مدة العمل الفعلي إلا في صورة وجود شروط أحسن جاء بها القانون أو الاتفاقيات المشتركة أو الخاصة".

وحيث يفهم من هذا الضابط الحدى ما يلي :

(1) أنه لا يمكن تجاوزه إلا في حدود وجود مصدر قانوني يبيح ذلك وهو وجود قانون وارد بشروط أحسن أو اتفاقيات مشتركة خاصة قد وردت بشروط أحسن للعامل.

(2) إن صلوحيات تقدير المنحة موضوع التداعي بالنسبة للجهازين القضائي وغير القضائي محدودة بهذا السقف أي أنها يمكنها القضاء فيما دون هذا السقف ولكنها لا يمكنها تجاوزه وهو ما يؤخذ من صيغة الوجود الوارد بها الفصل 22 من م.ش. بفقرته الأخيرة "ولا يمكن أن تفوق هذه المكافأة ..." ومن عبارة الفصل 21-10 من نفس المجلة التي أجازت للجهاز غير القضائي محاولة التوفيق بين الطرفين والتي لزوما أن تكون فيما هو جائز قانونا.

وحيث وبالرجوع إلى مستندات القرار المنتقد وما له أصل ثابت بالملف فإنه يتضح من جهة أن المحكمة مصدرته قد تجاوزت تطبيق هذا المعيار بفرعيه ذلك أنها لم تتحرى في مدى وجود مصدر أحسن في تقدير هذه المنحة بالنسبة للمدعى عليه في الأصل وهو الأجير سيما وأنه بين من تسمية المعقبة (المدعية في الأصل) الشركة الحديثة للمطاط والأحذية أنهما تنتمي لقطاع الأحذية الذي تحكمه الاتفاقية المشتركة لصناعة الأحذية وما شاكلها الممضاة بتاريخ 29-4-1975 والمصادق عليها بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية المؤرخ في 17/5/1979 وملحقاتها التعديلية كما أنها لم تلتزم بالحد الأقصى لتقدير هذه المنحة سواء المضمن بالفصل 22 من م.ش. أو بالفصل 16 من الاتفاقية الآتية الذكر إذا ثبت انطباقها بحكم دخول الطرفين في مجالها الموضوعي والقانوني وترتبا عليه فان القرار المنتقد يكون خارقا لمقتضيات الفصل 22 م.ش. وخاصة فقرته الأخيرة مما يجعله حريرا بالنقض.

ولهذه الأسباب

نطلب من جناب الدوائر المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا والنقض مع الإحالة.

## إثبات الصبغة التعسفية للطرد « قرار تعقيبي مدني عدد 6227 مؤرخ في 09 ديسمبر 1999 صدر عن الدوائر المجتمعة بمحكمة التعقيب »

يعتبر الإثبات في المادة الشغلية من أهم المسائل التي أثارت جدلا قانونيا واسعا على مستوى الكتابات الفقهية والعمل القضائي اعتبارا لضرورة ملاءمة القواعد العامة للإثبات مع خصوصية العلاقات الشغلية. ويعرف الإثبات بكونه الإستدلال على صحة أمر ما أو نفيه بوسائل محددة، أما من الناحية القانونية فيعرف الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء على صحة الواقعة المتنازع فيها على الوجه الذي حدده القانون ([1]) ويستوجب التنظيم القانوني لمسألة الإثبات التمييز بين عبء الإثبات ووسائل الإثبات أي تحديد الطرف الذي يتعين عليه المبادرة بالإثبات والوسائل المعتمدة في ذلك. وإذا كانت وسائل الإثبات في نزاعات الشغل الفردية لا تثير صعوبات خاصة فإن عبء إثبات السبب الحقيقي والجدّي لإنهاء عقد الشغل أو الصبغة التعسفية للطرد لا يزال محل جدل واختلاف على مستوى العمل القضائي والكتابات الفقهية. فإذا كان الأصل أن "إثبات الإلتزام على القائم به" ([2]) فإن هذه القاعدة على عمومها وتجردها لم تكن كافية لتحديد الطرف المتحمل بإثبات الطرد التعسفي أو الإنهاء الشرعي لعقد الشغل باعتبار أن هذه المسألة ترتبط وثيق الارتباط بموضوع الإثبات، ماذا يثبت الأطراف؟ هل يثبتوا واقعة إنهاء العلاقة الشغلية أم يثبتوا الصبغة الشرعية أو الصبغة التعسفية لهذا الإنهاء؟ فهل يكون المؤجر مطالبا بإثبات السبب الحقيقي والجددي الذي دفعه إلى إنهاء العلاقة الشغلية أم يكون الأجير متحملا بعبء إثبات الصبغة التعسفية للطرد كإنتفاء الهفوة الفادحة في جانبه وبالتالي غياب السبب الحقيقي والجددي المبرر للطرد؟ لقد كانت الحلول القضائية وكذلك الحلول الفقهية على طرفي نقيض وازدادت تناقضا مع اختلاف الأسس القانونية المعتمدة في تبرير كل منها، ولم يكن قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الصادر تحت عدد 62276 بتاريخ 9 ديسمبر 1999 قادرا على حسم هذا الجدل بصفة نهائية بل كان مناسبة لإذكاء النقاش وتعميقه باعتبار أن الدوائر المجتمعة قدمت طرحا جديدا للموضوع انتهت من خلاله إلى حلول لم يسبق لفقهاء القضاء أن أثارها من ذي قبل.

[1] رضا المزغني: أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية سنة 1985 ص.4.  
[2] الفصل 420 من م.إ.ع.

تفيد وقائع القضية ادعاء أجير لدى دائرة الشغل تعرضه للطرده دون موجب قانوني من رب العمل وطلب الحكم لفائدته بالمنح والغرامات الناتجة عن الطرد التعسفي. فقضت دائرة الشغل لصالح الدعوى بناء على أن المؤجر لم يحترم الإجراءات القانونية المنصوص عليها بالفصل 21 من م.ش. ولعدم وجود سبب شرعي يبرر الطرد وقد تم إقرار هذا الحكم إستئنافياً.

غير أن محكمة التعقيب نقضت الحكم الإستئنافي بناء على أن مطالبة المؤجر بإثبات عدم الطرد يتضمن قلباً لعبء الإثبات وخرقاً لأحكام الفصل 420 من م.إ.ع. وأحالت الملف على محكمة الإستئناف لإعادة النظر فيه بهيئة أخرى فتمسكت محكمة الإحالة بموقفها وأقرت حكم البداية بمقولة أنه يكفي أن يدعي الأجير تعرضه للطرد لينقلب عبء الإثبات على المؤجر، وهو ما استوجب عرض الملف على الدوائر المجتمعة لحسم الخلاف بين محاكم الأصل ومحكمة التعقيب.

ولئن مثل موقف الدوائر المجتمعة تجاوزاً للنظريات التقليدية السائدة في خصوص عبء إثبات الطرد التعسفي فإنه لا يخرج عن السياق الفقهي الحديث المقر بخصوصية المادة الشغلية وضرورة فصلها عن القانون المدني في عديد المسائل القانونية وأهمها الإثبات.

كما تبرز أهمية القرار التعقيبي السالف الذكر، من خلال دقة التعليل المعتمد لتأسيس الحلول القانونية التي انتهت إليها الدوائر المجتمعة والتي كانت بمثابة الرد على مختلف الحلول القضائية المعتمدة في تحديد الطرف المتحمل بعبء إثبات الطرد سعياً منها لحسم الخلاف بصفة نهائية.

واعتباراً لتعدد الأسس القانونية المعتمدة من قبل القضاء واختلافها فإنه يمكن دراسة عبء إثبات الطرد التعسفي من خلال محورين أولهما يتعلق بالحلول المؤسسة على أحكام القانون المدني فيما يتعلق الثاني بالحلول المؤسسة على قانون الشغل.

#### أولاً - الحلول المؤسسة على القانون المدني

إن تطبيق أحكام عبء الإثبات الواردة بمجلة الالتزامات والعقود في نزاعات الشغل الفردية المتعلقة بالطرد التعسفي لا يقتصر على فترة زمنية معينة ولا يمثل مرحلة معينة من مراحل تطور فقه القضاء في المادة الشغلية وإنما يعتبر خياراً أساسياً اعتمده القضاء الشغلي سواء قبل صدور قرار الدوائر المجتمعة أو بعده.

والجدير بالملاحظة هو أن تطبيق قواعد القانون المدني لم يمكن من توحيد القضاء الشغلي بخصوص تحديد الطرف المتحمل بعبء إثبات الصبغة الشرعية أو التعسفية للطرد إذ ذهبت بعض الأحكام إلى تحميل الأجير عبء إثبات الصبغة التعسفية للطرد فيما ذهبت أحكام أخرى إلى تحميل المؤجر عبء إثبات السبب الحقيقي والجددي للطرد.

#### الفقرة الأولى : تحميل الأجير عبء إثبات الطرد التعسفي :

إن تعدد الأحكام والقرارات التعقيبية التي أقرت تحمّل العامل بوصفه مدع عبء إثبات الطرد التعسفي لا يخفي مدى الإختلاف بينها من حيث الأساس القانوني المعتمد. فلئن إكتفت أغلب هذه القرارات بالتذكير بأحكام الفصل 420 من م.إ.ع. فإن البعض الآخر تأي تأسيس قضائه على أحكام الفصل 562 من م.إ.ع.

#### أ- عبء إثبات الالتزام على القائم به :

اعتبرت محكمة التعقيب في عديد القرارات أن إثبات الطرد التعسفي يحمل على الأجير وذلك عملاً بأحكام الفصل 420 من م.إ.ع. الذي إقتضى نصه أن "إثبات الإلتزام على القائم به". فإذا ادعى العامل تعرضه للطرد وأنكر المؤجر ذلك كان على الأجير إثبات الطرد وإلا أصبحت دعواه مجردة [1].

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 10967 مؤرخ في 2 ماي 1974 نشرية محكمة التعقيب لعام 1974 الجزء الثاني ص. 178 في نفس هذا الاتجاه قرار تعقيبي مدني عدد 21649 بتاريخ 31 جانفي 2003 نشرية محكمة التعقيب لعام 2003 القسم المدني الجزء الثاني ص. 388.

ولئن إكتفت أغلب القرارات بالإشارة إلى أحكام الفصل 420 من م.إ.ع. دون أي بيان آخر فإن بعضها حاول تبرير اللجوء إلى أحكام القانون المدني المنظمة لعبء الإثبات بالتأكيد على الصبغة العامة لهذه الأحكام، فالقواعد العامة تطبق بصفة أصلية وفي كافة المجالات قولا: "أن القاعدة القانونية العامة تقتضي أن البيئة على من ادعى وتفرعا على ذلك فإنه على العامل إزاء مناقشة مؤجره في حصول طرده أن يدلي بما يثبت دعواه.... وحيث لم يرد استثناء في مادة الشغل لهذه القاعدة القانونية...." [1]

يتضح من خلال هذه القرارات أن محكمة التعقيب إكتفت بتطبيق القواعد القانونية العامة في تأويل أحكام الإثبات في المادة الشغلية دون التأكد من ملائمة هذه القواعد لخصوصية قانون الشغل فكان موقفها عرضة للنقد من عدة أوجه أهمها:

- إن تحميل العامل عبء إثبات الطرد التعسفي يتضمن خلطا بين عنصرين هما واقعة الطرد والصبغة التعسفية للطرد. فإذا أمكن للعامل إثبات واقعة الطرد أو بالأحرى إنقطاع العلاقة الشغلية بكافة وسائل الإثبات سواء بعرض الرجوع للعمل بواسطة عدل تنفيذ أو بسماع البيئة المثبتة لإنقطاع العلاقة فإنه يتعدّر عليه إثبات الصبغة التعسفية للطرد.

- إن إثبات الصبغة التعسفية للطرد يقتضي أن يثبت العامل إنتفاء الخطأ في جانبه أو أن يثبت عدم صحة المبررات التي اعتمدها المؤجر لاتخاذ قرار الطرد وهو ما يعتبر إثقالا لكاهل العامل دون موجب إذ يتعدّر عليه إثبات عدم التقصير في أداء عمله أو عدم إفشائه للسر المهني أو حرصه في المحافظة على وسائل العمل التي في عهده، وهو ما يؤدي في أغلب الأحيان إلى التصريح برفض الدعوى لعدم إثبات الطرد التعسفي.

ورغم تمسك عديد القرارات بقاعدة البيئة على من ادعى فإن هذا الموقف أصبح اليوم فاقدا للأساس بعد أن أدرج المشرع بموجب القانون عدد 29 لسنة 1994 أحكاما جديدة تنظم عبء الإثبات الطرد التعسفي لم يبق معها من موجب للجوء إلى أحكام القانون المدني.

#### ب- الأصل براءة الذمة

لئن أقرت بعض القرارات التعقيبية مبدأ تحميل العامل عبء إثبات الطرد التعسفي فإنها أثرت تأسيس قضائها على المبادئ القانونية وخاصة منها الواردة بالفصول 560 و561 و562 من م.إ.ع. باعتبارها قواعد أصولية يمكن سحب أحكامها على كافة المجالات.

فقد جاء بأحد القرارات التعقيبية أن: "الفصل 562 مدني تضمن أن الأصل بقاء ما كان على ما كان وعلى من ادعى تغييره الإثبات لذلك فإن إثبات الطرد في القضايا الشغلية يحمل على الأجير الذي يدعيه" [2]. ومعنى ذلك أنه عند قيام العلاقة الشغلية يكون الأصل استمرارها وعلى من ادعى إنقطاعها خلاف لما عليه الأصل أن يثبت ما ادعاه.

واعتبارا للصبغة العامة لأحكام الفصل 562 من م.إ.ع. التي تسمح بتأويله في اتجاهين مختلفين الأول في مصلحة الأجير والثاني في مصلحة المؤجر حاولت بعض القرارات التعقيبية تأسيس قضائها على أحكام الفصلين 560 و561 من م.إ.ع. إذ صرّحت محكمة التعقيب بأحد قراراتها أنه: "في غياب نص خاص بمجلة الشغل فيما يتعلق بعبء إثبات واقعة الطرد يعتبر الطرد مجرد حتى يثبت خلافه طبق الفصل 561 من مجلة الالتزامات والعقود باعتبار أن الأصل براءة الذمة إلى أن يثبت خلاف ذلك طبق أحكام الفصل 560 من نفس المجلة" [3].

وفي بيان فحوى هذه القاعدة أوضح الأستاذ محمد المالقي أن... "الأصل بين الأشخاص هو الحرية وبراءة الذمة والنزاهة فالشخص يخلق مستقلا عن شخص آخر مثله لا يربط بينهما أي التزام فإذا ادعى أحدهما أن ذمة الآخر عامرة يكون قد خالف الأصل القاضي ببراءة الذمة وهو الذي يجب عليه حينئذ إثبات ذلك..." [4]

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 62324 مؤرخ في 12 فيفري 1998 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1998 القسم المدني الجزء الثاني، ص. 392.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 11623 مؤرخ في 1/8/1984 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1984 القسم المدني الجزء الثاني ص. 27.

[3] قرار تعقيبي مدني عدد 57777 مؤرخ في 19 فيفري 1998 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1998 القسم المدني ص. 387.

[4] محمد المالقي: الحلقة الثانية من محاضرات في شرح القانون المدني التونسي 1386هـ، تونس.

فالقول بان الأصل براءة الذمة يقتضي إلزام المدعي إثبات تعميم ذمة المطلوب فإذا اثبت الأجير وجود عقد الشغل فإنه يكون قد اثبت الالتزام في جانب مؤجره وذلك بمطالبتة بتنفيذ بنود العقد وليس أمام المؤجر سوى الالتزام بمحتوى العقد أو إثبات السبب الشرعي للتحلل منه سواء لانقضائه أو لثبوت الهفوة الفادحة في جانب الأجير.. وتأسيسا على ذلك فإن أحكام الفصلين 560 و561 من م.إ.ع. يمكن أن تكون أساسا لتحميل الأجير عبء إثبات العلاقة الشغلية أي إثبات العقد أساس الالتزام بالتعويض ولا يمكن في مقابل ذلك أن تكون أساسا لتحميل الأجير عبء إثبات الصبغة التعسفية للطرد باعتبار أنه متى أثبت الأجير العلاقة الشغلية كان على المؤجر إثبات انقضاء الالتزام أو عدم لزومه له وهو ما يؤدي إلى نفس النتائج التي انتهت إليها بعض القرارات التعسفية تطبيقا لأحكام الفصل 421 من م.إ.ع.

### الفقرة الثانية - تحميل المؤجر عبء إثبات الطرد التعسفي :

أقرت محكمة التعقيب في عديد القرارات مبدأ تحميل المؤجر عبء إثبات السبب الحقيقي والجدلي للطرد أو بالاحرى الإنهاء الشرعي لعقد الشغل وقد أسست قضاءها على أحكام الفصل 421 من م.إ.ع. باعتبار أن إثبات العلاقة الشغلية واستمرارها من قبل الأجير يثبت تعميم ذمة المؤجر وبالتالي يكون أمام خيارين : إما أن يثبت السبب الشرعي المبرر لانقضاء الالتزام أو عدم لزومه له أو أن يتحمل تبعة الطرد التعسفي لعقد الشغل وذلك بدفع التعويضات المستوجبة قانونا.

ذهبت محكمة التعقيب في أحد قراراتها إلى أنه : طالما اثبت العامل العلاقة الشغلية بداية ونهاية وأجرا وأنكر الهفوة المنسوبة له وتمسك بعدم شرعية الطرد الذي تعرض له لذلك السبب ولعدم احترام الإجراءات القانونية أو الترتيبية أو التعاقدية فإن إثبات هذه الأخيرة محمول على المؤجر بوصفه مدع عليه ([1]).

وقد كان موقف محكمة التعقيب أكثر وضوحا في قرارها الصادر بتاريخ 5 جانفي 1998 تحت عدد 58003 الذي جاء به : أن عبء إثبات التخلي التلقائي للعامل عن شغله من جانب واحد محمول على المؤجر ضرورة أنه يقع على عاتق الأجير إثبات العلاقة الشغلية وبالتالي الالتزام في جانب مؤجره طبقا لأحكام الفصل 6 من م.ش وعلى هذا الأخير يقع عبء إثبات انقضاء ذلك الالتزام أو عدم لزومه عملا بأحكام الفصل 421 من م.إ.ع. كأن يثبت التخلي التلقائي عن العمل في جانب الأجير أو ارتكاب هفوة فادحة تبرر طرده من العمل ([2]).

وفي بيان محتوى أحكام الفصلين 420 و421 من م.إ.ع. أوضح الأستاذ محمد المالقي أن "هناك قاعدتان لا يمكن فصلهما عن بعضهما تقتضي الأولى تكليف المدعي بالإثبات والثانية تشير إلى أن المدعى عليه يصبح مدعيا بالنسبة لما قام به لمعارضة دعوى خصمه وعدم الفصل بين القاعدتين أمر وجوبي ... وعليه فإذا قلنا أن عبء الإثبات على المدعي لزم أن نعتبر أن كلمة مدع تشير في آن واحد إلى الطرف الذي قام بالدعوى وإلى الطرف الذي عارض هذه الدعوى بوجه من أوجه المعارضة" ([3]).

وتطبيقا لهذه القاعدة في مجال العلاقات الشغلية أكد الأستاذ الطيب اللومي أن المؤجر الذي قام بإنهاء عقد الشغل يتحمل عبء إثبات السبب الشرعي لإنهائه وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حق الإنهاء باعتبار أنه : "بات مدعيا لوجود مبرر للإنهاء فعليه إثبات هذا السبب المخول له الإقدام على ذلك" ([4]).

وقد كرّست محكمة التعقيب هذا الحل بأحد قراراتها إذ صرّحت أنه : "فضلا عن كل ذلك فإن عبء الإثبات في التمسك من الشركة المخدومة بأن العامل تخلى عن العمل تلقائيا محمول على عاتقها لأنها صارت مدعية في هذا الجواب الذي يرمي إلى رفض الدعوى" ([5]).

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 1208/2005 مؤرخ في 13 جوان 2005 غير منشور في نفس هذا الاتجاه قرار تعقيبي عدد 1519 المؤرخ في 27 سبتمبر 2004 نشرية محكمة التعقيب لسنة 2004 القسم المدني ص. 451.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 5803 مؤرخ في 5 جانفي 1998 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1998 القسم المدني ص. 375 وفي نفس هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 6529 مؤرخ في 22 نوفمبر 1982 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1982 القسم المدني ص. 21.

[3] محمد المالقي : المرجع السالف الذكر ص. 12.

[4] الطيب اللومي : عقد الشغل الفردي والقضاء الشغلي منشورات جيوني تونس 1997 ص. 165.

[5] قرار تعقيبي مدني عدد 8468 مؤرخ في 10 أكتوبر 1983 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1989 القسم المدني ص. 10.

ولئن بدا هذا الموقف مقنعا لما تضمنه من توازن ظاهري بين طرفي العلاقة الشغلية وذلك بتوزيع عبء الإثبات بين الأجير والمؤجر إعمالا لأحكام الفصلين 420 و421 من م.إ.ع. فإنه مع ذلك لا يسلم من النقد باعتبار أن موضوع الإثبات أو بالأحرى الالتزام المتنازع في شأنه لا يتعلق بثبوت العلاقة الشغلية من عدمه وإنما يتعلق بإنهاء الأحادي للعلاقة الشغلية في غياب مبرر قانوني يمثل أساسا للالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن الطرد التعسفي. وقد أوضح الأستاذ النوري مزيد هذه المسألة بقوله أن "هذا الموقف يبقى قابلا للنقد إذ يصعب جدا أن نقر أن عبارة الالتزام تعني هنا وجود العلاقة الشغلية فالنزاع لا يتمحور حول وجود هذه العلاقة وإنما حول إنقضائها والأجير يدعي الطرد وبالتالي فإن الالتزام هو التزام المؤجر بالتعويض عن الضرر الناجم عن الطرد" [1]. وتأسيسا على ذلك يمكن القول أن تحديد الطرف المتحمل لعبء إثبات الإنهاء التعسفي لعقد الشغل يجب أن لا يحيد عن موضوع الإثبات المتمثل في الصبغة التعسفية لإنهاء عقد الشغل وهو ما حاولت تكريسه محكمة التعقيب من خلال الحلول المستندة إلى خصوصية قانون الشغل.

### ثانيا - الحلول المقررة بخصوصية قانون الشغل.

إن الإقرار بخصوصية قانون الشغل وتميزه عن القانون المدني جعلت عددا هاما من القرارات التعقيبية وجانبا كبيرا من الفقه يستبعد أحكام القانون المدني، ويبحث عن الحلول للإشكالات المطروحة في نزاعات الشغل الفردية في إطار "الطبيعة الحمائية لقانون الشغل"، وبالرغم من تعدد الحلول فقد أجمعت أغلبها على مخالفة أحكام القانون المدني من حيث المبدأ فكانت مسألة تحميل عبء إثبات الطرد التعسفي مجالا خصبا لإبراز مدى أهمية الإجتهد القضائي ومدى قابليته للتطور في محاولة لمسايرة نسق تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية ففي مرحلة أولى أكدت محكمة التعقيب في عديد القرارات أن هناك قرينة قضائية مفادها أن كل إنهاء لعقد الشغل يعتبر تعسفا ما لم يثبت المؤجر السبب الحقيقي والجدى المبرر لإنهاء عقد الشغل غير أن هذا الموقف واجه نقدا شديدا أدى في نهاية المطاف إلى تدخل الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب التي ألغت مسألة عبء الإثبات في النزاعات المتعلقة بالطرد.

### الفقرة الأولى - القرينة القضائية على الصبغة التعسفية للطرد

يبدو أن اللجوء إلى القرائن القضائية لحل الإشكال المتعلق بعبء إثبات الطرد التعسفي لم يكن مؤسسا على اعتبارات قانونية محضة وإنما كان بدافع حماية الأجير وتدعيم مركزه في الدعوى الشغلية باعتباره "الطرف الضعيف" في العقد، ويتأكد هذا الاستنتاج من خلال اختلاف المبررات المعتمدة في مختلف القرارات التعقيبية لتأصيل هذا الحل. فقد ذهبت بعض القرارات إلى التصريح بأن كل إنهاء للعلاقة الشغلية يعتبر تعسفا ما لم يدل المؤجر بما يثبت السبب الحقيقي والجدى لإنهاء العلاقة الشغلية إذ جاء بالقرار التعقيبي عدد 15621 أنه "يعتبر كل طرد تعسفا إلى أن يثبت المؤجر خلاف ذلك" ([2]).

ولئن لم يتضمن هذا القرار بيانا واضحا للأسس القانونية التي اعتمدها للإقرار بوجود هذه القرينة فإن التمعن في حيثياته يبرز النزعة الحمائية التي سعى إلى إضفائها على قانون الشغل فتكون بذلك القرينة القضائية وسيلة لحماية الأجير من تعسف المؤجر.

ورغم عدم وضوح الأسانيد القانونية لهذا الحل فقد تم تكريسه في عديد القرارات التعقيبية الأخرى التي أصبحت تتمسك باستقرار عمل القضاء على اعتماد تلك القرينة. فقد جاء بأحد القرارات التعقيبية أن: "عبء الإثبات في القضايا الشغلية يحمل على المؤجر حسب ما استقر عليه فقه القضاء التونسي" ([3]).

[1] النوري مزيد : القاضي وقانون الشغل، منشورات رؤوف يعيش تونس 2002 ص. 54.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 15621 مؤرخ في 1/2/1988 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1988 القسم المدني ص. 135.

[3] قرار تعقيبي مدني عدد 15180 مؤرخ في 28/2/1987 مجلة القضاء والتشريع العدد 6 لسنة 1989 ص. 72.

كما سبق أن تمسكت محكمة التعقيب باستقرار فقه القضاء على قلب عبء الإثبات في القضايا الشغلية إذ صرحت أن: " فقه القضاء استقر على أن عبء الإثبات المتعلق بالطرد التعسفي ينقلب على المؤجر في القضايا العرفية" ([1]) غير أن هذه القرارات التعقيبية ولئن مثلت مرحلة هامة من مراحل تطور فقه القضاء في نزاعات الشغل الفردية فإنها مع ذلك لم تسلم من النقد لاعتبارات عدة منها:

- لا عمل بفقه قضاء مهما استقر طالما كان مخالفا للنص، وبما أن القرينة المتعلقة بثبوت الصبغة التعسفية للطرد تؤدي إلى قلب عبء الإثبات فإنها تكون مخالفة للقواعد المنظمة لتحمل عبء الإثبات. وقد أكدت محكمة التعقيب هذا الموقف إذ صرحت بأحد قراراتها أنه: "إنما ذهب إليه محكمة الحكم المنتقد من أن الأصل في الأمور هو استمرار العلاقة الشغلية ووجود العامل خارج العمل دليل على حصول الطرد وعلى من يدعي التخلي التلقائي إثباته فيه قلب لعبء الإثبات في غير محله" ([2]).

- إن التمسك بالصبغة الحمائية لقانون الشغل يستند إلى مبررات تاريخية تتعلق بنشأة قانون الشغل باعتباره أداة لحماية العامل من تعسف المؤجر في حين أن الوضع الحالي لقانون الشغل يؤكد تراجع هذه الصبغة الحمائية مقابل تطور قانون الشغل كأداة لتحقيق التوازن بين مصلحة الأجير ومصلحة المؤسسة وهو ما أكدته الفقه الحديث من أن قانون الشغل ليس سوى فرع من القانون الاقتصادي المحدد لنوع من التوازن في العلاقات الاجتماعية ([3]) واعتبارا لأهمية المآخذ القانونية على الحلول القائمة على قرينة الصبغة التعسفية للطرد وما تؤدي إليه من قلب لعبء الإثبات فقد حاولت بعض القرارات التعقيبية التمسك بمبدأ تحميل المؤجر إثبات الصبغة الشرعية للطرد مع تغيير الأساس القانوني بجعل حكم القرينة ينصرف إلى الأجير وليس إلى المؤجر ضرورة: "أن الأصل في عقود الشغل أن لا يتخلى العامل عن عمله من تلقاء نفسه باعتباره المورد الأصلي والوحيد لارتزاقه وأن من يدعي خلاف ذلك يكون ملزما بإقامة الدليل على إدعائه خلافا لقاعدة الفصل 420 مدني" ([4]) ولئن بدا هذا الحل مخالفا لما سبقه من الحلول المؤسسة على قرينة الصبغة التعسفية للطرد فإنه مع ذلك لا يختلف عنها من حيث النتائج باعتباره يؤدي إلى قلب عبء الإثبات.

ونظرا لأهمية الخلاف بين الأحكام القضائية وما قد يؤدي إليه من عدم إستقرار المراكز القانونية للأطراف فقد تدخلت الدوائر المجتمعة لتوضيح المسألة.

#### الفقرة الثانية: إلغاء عبء الإثبات في نزاعات الشغل الفردية المتعلقة بالطرد

إن ما انتهت إليه الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب من إلغاء لعبء إثبات الطرد يمثل قطعا مع الحلول القضائية والفقهية السابقة إستوجب من الدوائر المجتمعة تقديم كافة المبررات والتأكيد على خصوصية قانون الشغل من حيث تميز آلياته القانونية عن آليات القانون المدني، فبعد التذكير باستقلالية قانون الشغل وأهمية تدخل المشرع في تنظيم العلاقات المهنية خاصة في مرحلة إنهاء العقد واستعراض مختلف الآليات القانونية والاتفاقية المخولة للأجير والمؤجر لحماية مصالحهما، أوضحت الدوائر المجتمعة أنه: "في صورة فشل المحاولة الصلحية يقوم القاضي بالموازنة بين مختلف الأدلة المعروضة عليه ويعمل فيها فكره وعقله وترجيح بعضها على البعض الآخر بما يراه متماشيا والوقائع المعروضة عليه مما لا مجال معه للقول أن هذا الطرف أو ذاك هو المتحمل بعبء الإثبات بل أن الأمر موكول لاجتهاد قاضي الموضوع بعد سماع الأطراف وتلقي ما لكل منهما من وسائل الإثبات المعتمدة قانونا لتكون الحقيقة القضائية التي ينطق بها أقرب ما يكون إلى الحقيقة الواقعية" ([5]).

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 13893 مؤرخ في 15/12/1986 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1986 القسم المدني ص. 28.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 65257 مؤرخ في 8/6/1998 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1998 القسم المدني ص. 401.

[3] - HATEM, KOTRANE – LA TUNISIE ET LE DROIT DE TRAVAIL « SAGEP TUNIS 1992 P. 94.

[4] قرار تعقيبي مدني عدد 16370 مؤرخ في 2/1/1989 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1989 ص. 15.

[5] مجموعة قرارات صادرة عن الدوائر المجتمعة بتاريخ و ديسمبر 1999 نشرية قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 1999.

يتضح من خلال موقف محكمة التعقيب أن الدوائر المجتمعة تنفي وجود قواعد خاصة تنظم عبء الإثبات في النزاعات الشغلية الفردية المتعلقة بالطرد اعتباراً لأهمية الدور الذي أوكله المشرع إلى قاضي الشغل خلال المرحلة الصلحية أو الحكمية بهدف الموازنة بين مصلحة العامل ومصلحة المؤسسة تحقيقاً للسلم الاقتصادي والاجتماعي. ولئن اكتفى القرار التعقيبي السالف الذكر، بالإشارة إلى أحكام الفصل 207 من م.ش. ضمن أسانيد القانون فإنه مع ذلك إعتد بصفة ضمنية أحكام الفقرة الثانية من الفصل 199 من نفس المجلة التي تمنح قاضي الشغل صلاحيات واسعة في إجراء الأبحاث الضرورية إذ اقتضت أنه: "يمكن للرئيس أن يأذن بإجراء كل وسيلة تحقيق يراها لازمة..." بمعنى أنه لا يتوقف عند المؤيدات المدلى بها من الأطراف وإنما بإمكانه مكاتبه بعض الهياكل والمؤسسات الاجتماعية التي يمكن أن تفيده بخصوص النزاع المعروض عليه كما يمكنه مطالبة الأطراف بالإدلاء ببعض الوثائق كل ذلك دون الإخلال بمبدأ حياد القاضي.

وتجدر الإشارة إلى أن الوقائع المعروضة بالقرار التعقيبي السالف الذكر، كانت سابقة لتعديل أحكام الفصل 14 من م.ش. بموجب القانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 بما تعذر على الدوائر المجتمعة الإشارة إلى أحكام الفصل 14 خامساً من م.ش. واكتفت بالتأكيد على أنه: "لا يمكن فض النزاعات الشغلية في مادة إثبات الطرد إلا وفق المعايير المشار إليها لا وفق قاعدة إجرائية تفرض على طرف معين عبء الإثبات دون الآخر" ([1]) وقد اتجهت محكمة التعقيب في تاريخ لاحق إلى تبني إمكانية تطبيق أحكام الفصل 14 خامساً من م.ش. فلم ترى حاجة للتذكير بخصوصية قانون الشغل ولا التذكير بأهمية تدخل المشرع في تنظيم العلاقات الشغلية وإنما إكتفت بالتصريح بأنه: "يرجع للقاضي تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد وذلك بناء على عناصر الإثبات المقدمة إليه من طرفي النزاع" ([2]).

ويعتبر موقف القانون التونسي بخصوص إلغاء عبء الإثبات في نزاعات الشغل الفردية المتعلقة بالطرد منسجماً مع حركة التطور التشريعي والقضائي في مختلف الدول من ذلك مثلاً أن القانون الفرنسي ألغى عبء الإثبات بالنسبة إلى إثبات السبب الحقيقي والجدي المبرر للطرد وذلك عند تنقيح مجلة الشغل سنة 1989 والذي تولى تعديل أحكام الفصل 122-14-3 من مجلة الشغل الفرنسية وقد أقرت الدائرة الاجتماعية بمحكمة التعقيب الفرنسية هذا الحل في عديد مناسبات مذكورة بأحكام الفصل 122-14-3 القاضي بأن: "عبء إثبات السبب الحقيقي والجدي للطرد لا يحمل بصفة خصوصية على أي من الطرفين ويرجع للقاضي السلطة التقديرية لتقرير الصبغة الحقيقية والجدية للأحداث المثارة من المؤجر وعند الإقتضاء الإذن من تلقاء نفسه بإجراء وسائل التحقيق". ([3])

ورغم أهمية هذا الحل وتماشيه مع تطور قانون الشغل نحو إقرار التوازن في العلاقات الشغلية بين مصلحة الأجير ومصالح المؤسسة خدمة للمصلحة الوطنية ووضوح أساسه القانوني فإن بعض القرارات التعقيبية لا تزال متمسكة بأحكام الفصل 420 من م.إ.ع. ومتجاهلة أحكام الفصل 14 خامساً من م.ش.

إذ صرحت محكمة التعقيب بأحد القرارات الحديثة أنه: "لا خلاف في أن إثبات الإلتزام على القائم به طبق الفصل 420 من م.إ.ع. وان العامل الذي يدعي الطرد مطالب والحالة تلك بإثبات العلاقة الشغلية بداية ونهاية وأجراً. وحيث أضاف الفصل 421 من م.إ.ع. أنه إذا أثبت المدعي الإلتزام كانت البيئة على من يدعي إنقضاؤه أو عدم لزومه له" ([4]).

[1] مجموعة من قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 1999 مرجع سبق ذكره.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 2372 مؤرخ في 13 ديسمبر 2000 نشرية محكمة التعقيب لسنة 2000 القسم المدني ص. 113.

[3] (COUR DE CASSATION . CHAMBRE SOCIALE N:K 9945163-27 NOVEMBRE 2001 DE MÊME N:K 9942219-15 MAI 2001-JURICAF.

[4] قرار تعقيبي مدني عدد 2005/5700 مؤرخ في 24/10/2005 نشرية محكمة التعقيب لسنة 2005 القسم المدني.

## **قرار تعقيبي مدني عدد 62276 مؤرّخ في 09 ديسمبر 1999 الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب برئاسة السيد صالح بوراس**

المادة: إجتماعي.

المراجع: الفصلان 31 و 207 م.ش والفصل 20 من الإتفاقية المشتركة الإطارية.  
المفاتيح: علاقة شغلية، هفوة فادحة، طرد تعسفي، عبء إثبات، تشريع عام، تشريع خاص.  
المبدأ:

· إنَّ العلاقات الشغلية وبالتالي النزاعات بين المؤجرين والأجراء ينظمها نص خاص هو قانون الشغل.

· إنَّ العلاقة الشغلية تتميز بخصوصية أنّ المشرّع نظم غالب عناصرها وهو ما يجعل إرادة الأطراف فيها وإن كانت تبدو كاملة عند إنطلاقها تصبح محدودة عند إنهاؤها بحكم ما يفرضه المشرّع من واجبات على كل طرف.

· إنَّ إنهاء العلاقة الشغلية غير المحدودة المدة في غير حالة الإنفاق لا تخضع لمشيئة هذا الطرف أو ذلك بل تستلزم إتباع إجراءات معيّنة قررها المشرّع في مجلة الشغل والإتفاقية المشتركة الإطارية والإتفاقية المشتركة القطاعية مما يقوم دليلا على استبعاد الإثبات العامة الواردة بمجلة الإلتزامات والعقود.

· إنَّ غياب العامل غير المبرر وبدون ترخيص يعدّ هفوة فادحة تبرر الطرد بيد أنّه على المؤجر في هذه الحالة إستعمال الآليات التي جاء بها القانون ومنها التنبيه على عامله بالرجوع إلى عمله وتبرير تعييبه وعرضه على مجلس التأديب عند الإقتضاء طالما أنّ التخلي عن العمل لا يفيد الإستقالة التي لا تنتج إلاّ عن طلب كتابي من طرف العامل يبرز فيه إرادته دون لبس ولا شرط في مغادرة العمل نهائيا.

· إنَّ المشرّع وضع للعامل عند طرده شفويا عدّة آليات عليه استعمالها منها مطالبة مؤجره بتمكينه من العمل وإقامة الدليل على منعه عن ذلك بسائر طرق الإثبات المعتمدة قانونا.

· أوكل المشرّع للمحكمة دورا هاما في التوفيق بين الطرفين وتقصي الحقيقة وذلك بالموازنة بين مختلف الأدلّة المعروضة عليها وترجيح بعضها على بعض بما تراه متماشيا والوقائع مما لا مجال معه للقول أنّ هذا الطرف أو ذاك متحمل بعبء الإثبات بل إنّ الأمر موكول لإجتهد محكمة الموضوع بعد سماع الطرفين وتلقي ما لهما من وسائل اثبات معتمدة قانونا لتكون الحقيقة القضائية التي تنطق بها أقرب ما يكون للحقيقة الواقعية في تقدير ما إذا كان هناك عملية طرد وما إذا كان الطرد يكتسي الصبغة التعسفية أو لا ؟

**نص القرار :**

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع من الأستاذ مصطفى شطارة بتاريخ 20 أكتوبر 1997.

في حق : دليلة.

ضد : فتحي.

طعنا في الحكم الشغلي عدد 3589 بتاريخ 13 جوان 1997 عن ابتدائية زغوان بوصفها محكمة استئناف لأحكام دائرة الشغل التابعة لها بقبول مطلب الاستئناف شكلا ورفض الاستئناف الأصلي موضوعا وقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتغريم المستانفة لفائدة المستأنف عليه بمائة دينار 100د تعويضا عن الأتعاب واجرة محاماة ورفض الاستئناف العرضي فيما زاد على ذلك وحمل المصاريف القانونية على المستانفة.

وبعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه وعلى مستندات التعقيب وعلى بقية الوثائق التي أوجب الفصل 185 من م.م.م.ت تقديمها ..

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية الرامية إلى طلب الرضا أصلا.

وبعد الإطلاع على القرار الصادر عن الدائرة الثامنة عشر والقاضي بإحالة ملف القضية على السيد الرئيس الأول للنظر في امكانية احالتها على الدوائر المجتمعة للبت في المسالة القانونية التي خالفت فيها محكمة الاحالة قرار محكمة التعقيب.

وبعد الاطلاع على قرار السيد الرئيس الأول بإحالة القضية على الدوائر المجتمعة وتعيين جلسة اليوم موعدا للنظر فيها.

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغته القانونية واتجه قبوله من هذه الناحية عملا بأحكام الفصل 227 من م.م.ش والفصل 175 وما بعده من م.م.م.ت.

من حيث الأصل :

حيث تفيّد وقائع القضية كما أوردها الحكم المطعون فيه والوثائق المظروفة بالملف قيام المعقب عليه لدى دائرة الشغل ضد المعقبة عارضا انه انتدب للعمل لديها منذ جويلية 1989 وبتاريخ 9 جويلية 1994 اطرده من العمل بدون موجب لذا قام بطلب الحكم له بالمبالغ المفصلة بعريضة الدعوى.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت الدائرة الشغلية بتاريخ 10 نوفمبر 1994 حكما عدد 3238 باعتبار الطرد

تعسفيا وإلزام المطلوبة بان تؤدي للمدعي :

-الأجرة غير الخالصة وقدرها : 67.968د.

-منحة الراحة الخالصة الأجر وقدرها : 185.936د.

-منحة لباس الشغل بما قدره : 50.000د.

-منحة ساعة الحضور بما قدره : 86.200د.

-منحة الإنتاج وقدرها : 185.000د.

-الفارق بين الأجر القانوني والأجر المقبوض : 241.000د.

-منحة الإعلام بما قدره : 60.416د.

-منحة مكافأة نهاية الخدمة وقدرها : 428.000د.

-منحة الأعياد الخالصة الأجر : 60.000د.

-غرامة الطرد التعسفي وقدرها : 1180.000د.

وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها بناء على أن العلاقة الشغلية ثابتة بين الطرفين وفق ما قدمه المدعي من بينة وأن الطرد كان تعسفيا لعدم إحترام المطلوبة للإجراءات القانونية المنصوص عليها بالفصل 21 من م.ش ولعدم وجود سبب شرعي يبرر الطرد.

فاستأنفته المحكوم عليها طالبة النقص والقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى قولا أنها لم تطرد العامل وعليه استئناف عمله وقد أرسلته له بعاملين للغرض، إلا أنه رفض ذلك طالبة عرضيا الإذن بسماعهما. وبعد الترفيع أصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها عدد 2752 بتاريخ 01/12/1995 بالتقرير إستنادا إلى كون المستأنفة لم تدل بما يفيد تخلي المستأنف عليه عن عمله من تلقاء نفسه الأمر الذي يجعل الطرد تعسفيا موجبا للتعويض.

فتعقبت الطاعنة هذا الحكم عليه ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع قولا أنها نفت الطرد وطلبت لذلك الغرض سماع شاهدين إلا أنه لم يقع الإستجابة لطلبها وبتاريخ 30 ماي 1996 أصدرت محكمة التعقيب قرارها عدد 52526 بالنقض والإحالة بناء على أن مطالبة الطاعنة بإثبات عدم الطرد فيه قلب لعبء الإثبات وخرق لأحكام الفصل 420 من م.ا.ع وبموجب ذلك أعيد نشر القضية لدى محكمة الإحالة التي تمسكت بموقفها الأول وأقرت حكم البداية بمقولة أنه يكفي إدعاء الأجير طرده لينقلب عبء الإثبات على المؤجر.

وحيث تعقبت الطاعنة من جديد هذا الحكم ناعية عليه :

أولا - مخالفة قاعد عبء الإثبات :

قولا أن من يدعي شيئا عليه إثباته وأن العامل هو المطالب بإثبات واقعة الطرد وإن محكمة القرار المطعون فيه في إصرارها على أن الطاعنة هي المطالبة بإثبات عدم حصول الطرد تكون قد قلبت عبء الإثبات رغم أن مبدأ الإثبات لم ترد في شأنه استثناءات في المادة الشغلية.

ثانيا - هضم حقوق الدفاع :

قولا أنه لتدعيم موقفها فقد طلبت المعقبة من المحكمة سماع شاهدين سمتهما وذلك لإثبات رغبتها في رجوعه لعمله وكونه هو الذي تخلى عن العمل إلا أن المحكمة لم تستجب لهذا الطلب مما يجعل حكمها هاضما لحق الدفاع.

## المحكمة

عن المطعنين لتداخلهما واتحاد الرد عنهما:

حيث أنه لا خلاف في أن العلاقات وبالتالي النزاعات بين المؤجرين والأجراء ينظمها نص خاص هو قانون الشغل. وحيث أن العلاقة الشغلية تتميز بخصوصية معينة نظم المشرع غالب عناصرها كساعات العمل والأجر الأدنى والراحة السنوية وذلك قصد حماية مصالح كل الأطراف للمحافظة على السلمين الإقتصادي والإجتماعي وهو ما يجعل إرادة الأطراف وإن كانت تبدو كاملة عند إنطلاق هذه العلاقة إلا أنها تصبح محدودة عند إنهاؤها بحكم ما يفرضه المشرع من واجبات على كل طرف.

وحيث أن إنهاء العلاقة الشغلية غير محددة المدة في غير حالة الإتفاق على إنهاؤها لا تخضع لمشيئة هذا الطرف أو ذلك بل تستلزم إتباع إجراءات محددة قررها المشرع في مجلة الشغل والإتفاقية المشتركة الإطارية والإتفاقيات المشتركة القطاعية مما يقوم دليلا على استبعاد قواعد الإثبات الواردة بمجلة الإلتزامات والعقود.

وحيث يتبين من أوراق القضية أن المعقبة تنفي عنها الطرد وقد بعثت إلى المعقب ضده مع العاملین فتحي ونور الدين كي يستأنف عمله إلا أنه رفض ذلك طالبة الإذن بسماع العاملین المذكورين مما يفيد أن العامل تخلى بإرادته تلقائيا عن عمله دون أن يدلي أنه قدم لها طلبا كتابيا يعبر فيه صراحة عن نيته في مغادرة عمله بصورة نهائية طبق الفصلين 31 من م.ش و20 من الإتفاقية المشتركة الإطارية.

وحيث أن غياب العامل عن عمله بدون مبرر وبدون ترخيص مسبق من المؤجرة يعد هفوة فادحة تبرر الطرد بيد أن هذا التغيب لا يكفي وحده لتبرير تحلل المؤجرة من الواجبات المفروضة عليها قانونا ومنها الإدلاء بما تفيد التنبيه على عاملها بالرجوع إلى عمله وتبرير تغيبه وعرضه على مجلس التأديب أن اقتضى الأمر وبناء على ذلك فإنه على المؤجرة في صورة تغيب العامل عن عمله أن تستعمل هذه الآليات التي جاء بها القانون وأن لا يكتفي بمجرد الإدعاء بتخلي العامل عن عمله طالما أن التخلي ليس استقالة والإستقالة لا يمكن أن تنتج إلا عن طلب كتابي من طرف العامل مبرزا فيه إرادته دون لبس ولا شرط في مغادرة العمل نهائيا.

وحيث أن المشرع وضع للعامل عند طرده شفويا عدة آليات عليه أن يستعملها أيضا منها مطالبة مؤجره بتمكينه من العمل وإقامة الدليل على منعه من ذلك بسائر طرق الإثبات المعتمدة قانونا ومنها البينة بالشهادة.

وحيث أنه من أجل هذا فإن المشرع جعل محاولة الصلح بين الأطراف لدى دائرة الشغل أمرا وجوبيا يترتب عن إغفاله بالحكم أو عدم التنصيص عليه بطلانه وهو ما قرر ضمن الفصل 207 من م.ش باعتبار الدور الهام الذي أوكله المشرع منذ بداية تعهد المحكمة بالنزاع ومحاولة منها قصد التوفيق بين الأطراف محافظة على استمرار المؤسسة في عملها ومحافظة العامل على مركز عمله وفي صورة فشل المحاولة الصلحية يقوم القاضي بالموازنة بين مختلف الأدلة المعروضة عليه ويعمل فيها فكره وعقله ومنطقه وترجيح بعضها على البعض الآخر بما يراه متماشيا والوقائع المعروضة عليه مما لا مجال معه القول أن هذا الطرف أو ذاك هو المتحمل بعبء الإثبات بل أن الأمر موكول لإجتهد قاضي الموضوع بعد سماع الأطراف وتلقي ما لكل منهما من وسائل الإثبات المعتمدة قانونا لتكون الحقيقة القضائية التي تنطق بها أقرب ما تكون إلى الحقيقة الواقعية لتقدير ما إذا كانت هناك عملية الطرد وما إذا كان الطرد يكتسي الصبغة التعسفية أم لا ؟

وحيث يخلص من كل ذلك أنه لا يمكن فض النزاعات الشغلية في مادة إثبات الطرد الأوفق المعايير المشار إليها لا وفق قاعدة إجرائية تفرض على طرف معين عبء الإثبات دون الآخر ولذلك فإن محكمة القرار المخدوش فيه لما قصرت نظرها على من يجب عليه عبء الإثبات واعتبرت المؤجرة هي المطالبة به دون أن تستفرغ جهدها في البحث والتقصي عن حقيقة الطرد المدعي وتلقي ما للطرفين من مؤيدات في شأنه وطبقت مجلة الإلتزامات والعقود من دون اعتماد آليات خاصة جاء بها قانون الشغل الواجب تطبيقها على وقائع القضية يكون قضاؤها بمنأى عن الصواب خارقا لأحكام فصول مجلة الشغل الانف الإلماع إليها واستوجب قرارها النقض.

ولهذه الأسباب

قررت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على المحكمة الابتدائية بزغوان بوصفها محكمة استئناف لأحكام دائرة الشغل التابعة لها للنظر فيها بهيأة أخرى.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى صبيحة يوم الخميس 9 ديسمبر 1999 عن الدوائر المجتمعة المترتبة من رئيسها الأول السيد صالح بوراس.

ورؤساء الدوائر السادة :

الباشا البجار، صالح الطريقي، محمد الغربي الخزامي، مبروك السالمي، الشريف الشافعي، محمد الناصر الشابي، فتحي بن يوسف، مصطفى خنشل، المنجي الأخضر، فرج العبيدي، حمدة ميلاد، حنيفة معزون، جمال التركي، حمدة الشواشي، الهاشمي المحرزي، صالح السرسى.

وعضوية المستشارين السادة : عبد اللطيف الحنفي، إبراهيم الطريقي، حمادي بن الشيخ، البشير بن سعد، محمود بن جماعة، إسماعيل أورير، زهرة بن عون، حسيبة العربي، فائزة كعنيش، الطيب المبروك، يوسف الزغدودي، الفرجاني الحمروني، النوري القيطي. وبمحضر وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب السيد الطاهر المنتصر وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة آسيا الهذلي.

وحرر في تاريخه

**<https://www.facebook.com/cejj2019>**  
**<http://www.cejj-justice.tn>**  
**[directeur.general@cejj.com.tn](mailto:directeur.general@cejj.com.tn)**

نهج المدينة المنورة عدد 08 - 1002 تونس  
الهاتف 71 849 321 / 71 849 617  
الفاكس 71 849 414 / 71 849 460

”

إن الاهتمام الذي يوليه مركز الدراسات القانونية والقضائية للمستجدات القانونية والقضائية لم يمنعه من البحث والتدقيق في الاجتهادات القضائية الكبرى التي كان لها الأثر العميق في تغيير توجهات العمل القضائي، فتم ضبط قرارات الدوائر المجتمعة التي مثلت علامات فارقة في فقه القضاء بالتنسيق مع ثلثة من الأعلام في الحقل القضائي والقانوني عامة والذين قبلوا إثراء العمل بالتعليق على هذه القرارات وبيان أهميتها في سياقها التاريخي وما أمكن لها إرساؤه من ثوابت في العمل القضائي.

وإذ يتوجه مركز الدراسات القانونية بالشكر لكل من ساهم في هذا العمل وقبل التعليق على قرارات الدوائر المجتمعة فإنه يؤكد على أن المجال يبقى مفتوحا لكل الكفاءات لإثراء فقه القضاء. والأمل أن يلقي هذا العمل الاستحسان والقبول لدى المشتغلين بالحقل القانوني والقضائي، وأن يستمر نشر القرارات الكبرى للدوائر المجتمعة في أعداد أخرى ليصبح هذا العمل تقليدا محمودا في نشاط مركز الدراسات القانونية والقضائية.

”

المدير العام لمركز الدراسات القانونية والقضائية  
منير الفرشيشي

