ح/ر
الجمهوريــة التونسيــة
محكمــة التعقيــب

***عـ69462.2018ـدد القضيــة**
تاريخــه :2019-05-08

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الآتي:

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المقـدم فــي 2018/10/25 مــن الاســتاذ "م.ر" المحــامي لدى التعقيب.

نيابــة عــن: "ل.ح" قــاطن **** Orangis France.

ضد: "ذ.ل"

قاطنـــة بمحـــل الزوجيـــة فرنســـا **** فانف 92170 فرنسا تنوبها الاستاة "ه.ق".

طعنــا فــي القــرار الاســتئنافي المــدني عــدد 17428 الصـــادر بتـــاريخ 2018/10/16 عـــن محكمة الاستئناف بتونس.

والقاضـــي: بقبـــول الاســـتئنافين الاصـــلي والعرضـــي شـــكلا وفـــي الاصـــل بـــإقرار الحكـــم الابتـــدائي واجـــراء العمـــل بـــه وتخطئـــة المســـتأنف بالمـــال المـــؤمن وحمـــل المصـــاريف القانونيـــة عليـــه وتغـــريم المســـتأنف لفائـــدة المســـتأنف ضـــدها بخمســـمائة دينـــار (500د) اجـــرة محامـــاة عـــن هـــذا الطور.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى مســـتندات التعقيـــب المبلغـــة للمعقـــب ضـــدها بتـــاريخ 2018/11/13 بواسطة عدل التنفيذ "م.ك".

وعلـــى نســـخة الحكـــم المطعـــون فيـــه وعلـــى بقيـــة الوثـــائق الواجـــب تقـــديمها حســـب مقتضـــيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة من الاستاذة "ه.ق" نيابة عن المعقب ضدها والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والحجز.

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل المعقب لدى المحكمة الابتدائية بتونس بواسطة محاميه عارضا انه تزوج بالمطلوبة المعقب ضدها في 2009/07/16 وانجبا ابنا واكتشف ان المطلوبة تخونه مع المدعو "ا.ج" وتقدم بشكاية جزائية في الغرض لا تزال بصدد الابحاث لذا فهو يطلب الحكم بإيقاع الطلاق للضرر طبق مقتضيات الفقرة 2 من الفصل 31 من م ا ش واسناد حضانة الابن "ي" له وتمكين والدته من حق الزيارة .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها 99634 بتاريخ

2016/02/22 يقضي ابتدائيا برفض الدعوى وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الاصل تغريم المدعي لفائدة المدعى عليها بمبلغ 250 دينار بعنوان اتعاب تقاضي واجرة محاماة وابقاء المصاريف القانونية على من سبقها.

وذلك بناءا على عدم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية.

فاستأنفه المدعي في الاصل بواسطة محاميه الاستاذ "ر" والاستاذ "ب" استنادا الى اختصاص القضاء التونسي بالنزاع طبق الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص وانطباق القانون التونسي وطلب النقض والقضاء من جديد لصالح الدعوى.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها عدد 96494 بتاريخ 2016/12/27 يقضي بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بإقرار الحكم الابتدائي وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن كتغريمه للمستأنف ضدها بثلاثمائة وخمسين دينارا (350د) لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة عن هذا الطور وحمل المصاريف القانونية عليه.

وذلك بناءا على ان المحاكم التونسية غير مختصة بالنزاع لان المشرع صلب مجلة القانون الدولي الخاص تخلى عن عنصر الجنسية واعتمد معيار مقر اقامة المطلوب لتحديد الاختصاص وتبين ان طرفي التداعي مقيمين بفرنسا.

فتعقبه المدعي في الاصل بواسطة نائبه الاستاذ "ر" ناسبا له:

مخالفة القانون وضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع وانكار العدالة ومخالفة مقتضيات مجلة القانون الدولي الخاص في الفصول 39 و7 و49 و3 و4.

فصدر القرار التعقيبي عدد 46284/2017 بتاريخ 2017/06/21 بالنقض والاحالة بناءا على ان المحكمة لم تتناول الدفع المأخوذ من تخلي المحكمة الفرنسية عن النزاع لفائدة المحاكم التونسية على اساس قاعدة سبق التعهد.

وبموجب طلب اعادة النشر المقدم من الاستاذ "ر" في حق المدعي في الاصل اصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها عدد 17428 بتاريخ 2018/10/16 السالف تضمين نصه اعلاه بناءا على ان القاضي التونسي غير مقيد في التصريح باختصاصه بالقاضي الاجنبي وقرار التخلي من القاضي الفرنسي لا يقيد القاضي التونسي.

فتعقبه المدعي في الاصل بواسطة محاميه الاستاذ "ر" ناسبا له ما يلي:

مطعن اول: تحريف الوقائع:

بمقولة انه يجب التفرقة بين رقابة المحكمة على الاستخلاص الواقعي ورقابتها على الاستخلاص القانوني فان كان الاول خارجا عن اختصاص محكمة التعقيب فان الثاني هو في صلب دورها.

وقد حاولت محكمة الحكم المطعون فيه تحديد وحصر الاشكال القانوني المطروح في ملف قضية الحال لكنها لم تفلح في ذلك اذ عمدت الى تحريف الوقائع اذ ذكرت " ان الاشكال المطروح على هذه المحكمة البت فيه يتعلق بتحديد ان كان سبق تعهد القاضي الاجنبي بالنزاع المنشور امام القاضي التونسي واصداره قرارا بالتخلي بخصوصه من شانه ان يقيد القاضي التونسي في تطبيق قواعد الاختصاص الواردة بمجلة الحقوق الدولي الخاص."

والحال ان القاضي التونسي هو من تعهد مسبقا بقضية الطلاق التي رفعها الطاعن في طلب الطلاق للضرر وان المعقب ضدها حاولت في مرحلة لاحقة طلب الطلاق لدى القاضي الفرنسي لكن القاضي الفرنسي لما ثبت له سبق تعهد القاضي التونسي المختص تخلى عن الدعوى التي رفعتها المعقب ضدها.

و ان الموقف القانوني للقاضي الفرنسي لم يكن الغرض منه تقييد القاضي التونسي او المس من سيادة الدولة التونسية او لدفع القاضي التونسي لمخالفة مجلة القانون الدولي الخاص وليس لسبق التعهد في حد ذاته من طرف القاضي التونسي وليس خشية تضارب الاحكام انما القاضي الفرنسي طبق قاعدة قانونية اجرائية اساسية مضمنة صلب مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية الا وهو الفصل 100 من هذه المجلة الذي ينص صراحة على انه اذا رفع النزاع امام محكمتين من نفس

الدرجة ومختصين فان المحكمة المتعهدة لاحقا تتخلى عن الدعوى لفائدة المحكمة المتعهدة سابقا."

وحيث ان محكمة الحكم المطعون فيه لم تتولى التعرض الى الفصل 100 من مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية لا بصفة مباشرة ولا غير مباشرة ولا بالتلميح ولا بالتصريح مكتفية بان القاضي الفرنسي تخلى عن الدعوى التي رفعتها المعقب ضدها الان بتعلة وبناءا على سبق تعهد القاضي التونسي والحال انه بناءا على نص قانوني اجرائي صريح.

وان المسالة على غاية من الاهمية ولها اهمية على وجه الفصل في القضية.

وقد ثبت من خلال الحكم المطعون فيه ان المحكمة تسعى وتجتهد وتبحث عن مبررات لنفي اختصاصها والحال انها مختصة ولا شيء يعيق ويحول دون اختصاصها.

و انه لمن الغريب ان يرفع الطاعن دعوى طلاق لدى القاضي التونسي فيتمسك القاضي بعدم الاختصاص في حين ترفع المعقب ضدها الان قضية في الطلاق بطلب منها فيقبل القاضي اختصاصه ويصدر قرارات فورية تتعلق بإسناد الحضانة وبالنفقة رغم علمه واعلامه بان هناك قضية لا تزال جارية رفعها المعقب في الطلاق للضرر وقد انحصر النزاع فيها حول الاختصاص.

2) مطعن ثاني: حقوق الدفاع ومخالفة القانون:

حيث ان الحكم المطعون فيه اكتفى بالرد على المطاعن المتعلقة باتفاقية التعاون القضائي بين فرنسا وتونس واحكام الفصول 3 و4 و49 و50 من مجلة القانون الدولي الخاص والحال ان الطاعن قدم للمحكمة حكم قضائي فرنسي صادر عن محكمة NANTERRE الحكم الابتدائي عدد 08417/2015 بتاريخ 2015/6/30 والقاضي نصه بالتخلي من المحكمة الفرنسية لفائدة المحكمة التونسية وذلك لاختصاص القضاء التونسي في مثل هذا النزاع ولسبق التعهد من القاضي التونسي بقضية الحال وذلك عملا بمقتضيات الفصل 100 من مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية الذي ينص صراحة على انه "اذا رفع النزاع امام محكمتين من نفس الدرجة ومختصين فان المحكمة المتعهدة لاحقا تتخلى عن الدعوى لفائدة المحكمة المتعهدة سابقا."

وينص الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص على انه "يطبق القاضي القانون الاجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي اليه ويخضع تأويل القانون الاجنبي لرقابة محكمة التعقيب.

وان المحكمة المتعهدة بقضية الطلاق موضوع مطلب التعقيب مطالبة بإقرار اختصاصها عملا بمقتضيات مجلة القانون الدولي الخاص والقانون الفرنسي وخاصة الفصل 100 من مجلة الاجراءات الفرنسية وتطبيق هذه القاعدة تحت رقابة محكمة التعقيب.

ومحكمة الحكم المطعون فيه لم تلتفت الى الحكم القضائي الفرنسي ولم تلتفت الى الفصل 100 من مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية. ولم تلتفت الى هذا المطعن ولم ترد عليه ولو بحيثية واحدة بالرغم من اهميته كورقة من اوراق الملف ولما له من اهمية على وجه الفصل وهو ما يورث حكمها هضما لحقوق الدفاع ومخالفة للقانون ويجعله عرضة الى النقض والاحالة.

وقد رفضت المحكمة اختصاصها وصرحت بان المحاكم الفرنسية هي المختصة والحال ان الزوجة لا تحمل الجنسية الفرنسية وان العقد ابرم بالبلاد التونسية وطبق القوانين والاجراءات التونسية وان أطراف النزاع لهم الجنسية التونسية وطالما ان محكمة الحكم المنتقد لم ترد على هذا المطعن فان حكمها يصبح مخالفا للقانون وهاضما لحقوق الدفاع.

3) مطعن ثالث: بضعف التعليل:

بمقولة انه ثبت بالاطلاع على الحكم المطعون فيه انه جاء ضعيف التعليل محرفا للوقائع ضرورة انه يشير الى تنازع الاختصاص بين المحاكم الفرنسية والمحاكم التونسية والحال انه لا وجود لهذا التنازع اصلا الا في ذهن الزوجة المعقب ضدها فالقضاء الفرنسي لم يقبل ان يقضى في الدعوى التي رفعتها المعقب ضدها الان وتخلى عنها لفائدة القضاء التونسي طالما ان الطاعن قد تولى رفع قضية طلاق في الغرض

لـدى القاضـي التونسـي فالقاضـي الفرنسـي اقـر باختصـاص القاضـي التونسـي وسـبق تعهـده عمـلا بمقتضـيات الفصـل 100 مـن الاجـراءات المدنية الفرنسية.

وان اعتبـار محكمـة الحكـم المطعـون فيـه عنصـر اقامـة طرفـي النـزاع هـو المحـدد للاختصـاص يجعـل تعليلهـا ضـعيفا ومخالفـا للقـانون ومحرفـا للوقـائع ضـرورة انـه لا يوجـد أي نـزاع فـي الاختصـاص انمـا مجـرد رفـض مـن طـرف المعقـب ضـدها ان تـتم محاكمتهـا مـدنيا امـام المحـاكم التونسـية لأنهـا تعـرف وتعلـم مسـبقا وجيـدا حجـم الجريمـة التـي اقترفتهـا فـي حق المعقب وفي حق ابنه يانيس.

4) مطعن رابع: مخالفة النظام العام:

بمقولـة ان الـزواج والطـلاق وجميـع الحقـوق والاجـراءات المتعلقـة بمـادة الاحـوال الشخصـية تتعلـق بالنظـام العـام لان الامـر يتعلـق بالمواطنـة وسـيادة الدولـة ومظهـر مـن مظـاهر ممارسـتها ومـن حـق الدولـة علـى المـواطن ومـن حـق المـواطن علـى الدولـة خاصـة فـي مجـال الاحـوال الشخصـية وهـو فـي الحقيقـة مـا حـدى بالمشـرع صـلب الفصـل 49 مـن مجلـة القـانون الـدولي الخـاص الـى التأكيـد علـى ان الطـلاق والتفريـق الجسـدي ينظمهمـا القـانون الشخصـي المشترك عند اقامة الدعوى.

فالقاضـي الفرنسـي تخلـى عـن الـدعوى لأنهـا تتعلـق بـأحوال شخصـية لطـرفين يحمـلان نفـس الجنسـية التونسـي وابرمـا عقـد زواجهمـا

طبقا للإجراءات المضبوطة صلب القانون التونسي فالقاضي الفرنسي احتراما للنظام العام الذي يعد من مكونات سيادة الدول ولاختصاص القضاء التونسي في هذا المجال ولسبق التعهد من القاضي التونسي المختص وتطبيقا لمقتضيات الفصل 100 من مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية تخلى عن اختصاصه لفائدة القاضي التونسي مراعاة للنظام العام واحتراما لاختصاصه طبق القانون.

وعليه فان الحكم المطعون فيه يكون عرضة للنقض والاحالة.

5) مطعن خامس: مخالفة مبدا توازي الاجراءات:

بمقولة ان المبدأ الاجرائي المعمول به في القانون التونسي والمتمثل في مبدا توازي الاجراءات.

وثبت ان عقد الزواج قد ابرم في البلاد التونسية ووفق القوانين والصيغ واجراءات القانون التونسي.

والطلاق هو انهاء لعقد الزواج الذي يجب ان يخضع لنفس القانون الذي انشا فيه وطبق نفس الاجراءات.

ان القاضي التونسي لما يرفض الاختصاص ويجعله من اختصاص القاضي الفرنسي الذي تخلى عن الدعوى اقرارا منه باختصاص القاضي التونسي يخالف مبدا توازي الاجراءات ويخالف القانون وهو ما يعرض الحكم المطعون فيه الى النقض والاحالة.

6) مطعن سادس:

بمقولة ان الحكم المطعون فيه يمثل حالة انكار عدالة:DENIE DE JUSTICE

وان الطاعن له الجنسية التونسية.

والمعقب ضدها لها الجنسية التونسية

والابن "ي" له الجنسية التونسية.

وعقد الزواج ابرم في تونس ووفق القانون والاجراءات والصيغ المضمنة صلب القانون التونسي.

والمعقب ضدها لا تحمل الجنسية الفرنسية.

فالقاضي الفرنسي قرر التخلي عن القضية المرفوعة في الطلاق من طرف المعقب ضدها الان حكم عدد 08417/2015 الصادر عن محكمة NANTERRE بتاريخ 2015/06/30 والقاضي نصه بالتخلي من المحكمة الفرنسية لفائدة القضاء التونسي وذلك عن طواعية وبدون اثارة أي نزاع يتعلق بالاختصاص مقرا بذلك اختصاص القاضي التونسي في مثل هذا النزاع وهذا الموقف اكده القاضي الطيب اللومي "ان القانون الدولي الخاص التونسي ولئن لم يعد يعط لعامل الجنسية الامتياز المطلق الا انه متى كانت الجنسية التونسية عنصر من العناصر للأخذ بالقانون المنطبق فانه رجح في هذه الصورة في الانطباق للقانون التونسي وهو حل يتماشى مع قواعد الاسناد المعتمدة دوليا ولا تثريب عليه..." (محاضرة بمناسبة صدور مجلة القانون الدولي الخاص).

وان الحكم المطعون فيه لما قضى بعدم الاختصاص بعد ان صدر عن القاضي الفرنسي حكم بالتخلي قد وقع في حالة انكار عدالة وهو ما يجعل الحكم عرضة للنقض والاحالة.

7) مطعن سابع:

بمقولة ان الحكم المطعون فيه مخالف لحضور المعقب ضدها والجواب في الاصل:

لان المعقب ضدها الان لم تتمسك فقط بعدم الاختصاص للقاضي التونسي بل انها تولت تكليف محاميتين تولتا الدفاع عنها والخوض في الاصل ومناقشة الزنا من عدمه ومناقشة حجج وقوانين ومؤيدات المعقب.

فالمعقب ضدها الان كانت حضرت امام جناب القاضي المقرر وتولى التحرير عليها وتولت الخوض في الاصل ونفت تهمة الزنا وناقشت حجج وقرائن المعقب وعبرت عن اعتزامها بتقديم شهادة جارتها وزميلتها في الشغل وهذا ثابت من خلال التحريرات بالطور الابتدائي بتاريخ 2016/1/18. وتجاوزت مسالة الاختصاص وخاضت وناقشت في أصل النزاع. ولذلك فان الحكم المطعون فيه يصبح عرضة للنقض والاحالة.

8-مطعن ثامن:

مخالفة الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص:

بالرجوع الى الحكم المطعون فيه يظهر ان القاضي التونسي قد انكر اختصاصه بناء على قاعدة الاسناد المتمثلة في اقامة طرفي

النزاع خارج التراب التونسي فانه بذلك يكون قد خالف مقتضيات الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي ينص صراحة على انه "تخضع الاحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي واذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي."

وان المشرع التونسي اخضع مادة الاحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي. وطالما كانت المطلوبة تحمل فقط الجنسية التونسية فان قانونها الشخصي هو المنطبق أي القانون التونسي ومن باب اولى وأحرى ان تكون المحاكم الفرنسية هي المختصة في مثل هذا النزاع وخاصة وان المحاكم الفرنسية قد تخلت عن النزاع بمحض ارادتها وبدون وجود نزاع حول اختصاص المحاكم واقرت قانونا باختصاص القاضي التونسي في مثل هذا النزاع عملا بمقتضيات الفصل 100 من مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية.

وطالما ثبت انه لا وجود لتنازع في الاختصاص بين المحاكم التونسية والمحاكم الفرنسية التي تخلت بمحض ارادتها ولم تتمسك باختصاصها وتنازلت عن اختصاصها لفائدة المحاكم التونسية بل اعتبرت ان المحاكم التونسية مختصة في مثل هذا النزاع عملا بمقتضيات الفصل 100 من مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية لان المحاكم

التونسية هي المختصة فان الحكم المطعون فيه يكون والحالة تلك مخالف للقانون ويتجه القضاء بنقضه مع الاحالة.

9) مطعن تاسع:

مخالفة الفصل 7 من مجلة القانون الدولي الخاص:

بمقولة ان الفصل 7 من مجلة القانون الدولي الخاص ينص على انه تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى التي لها ارتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية.

وقد سبق للطاعن رفع شكاية جزائية قصد تتبع المعقب ضدها الان والمدعو "ا.ج" من اجل الزنا ضمنت المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 2014/7044389 بتاريخ 2014/11/10 هذا بالإضافة للشكاية عدد 2015/7066514 التي لا تزال منشورة لدى النيابة العمومية المحترمة.

وقد ثبت بما لا يدع مجالا للشك تولي المعقب رفع قضية لدى المحاكم التونسية ضد المعقب ضدها الان في الزنا ثم ارفقها بدعوى في الطلاق موضوع قضية الحال.

وان دعوى الطلاق تكون من الدعاوى التي لها ارتباط بقضية منشورة في الزنا وهذا ثابت كذلك من خلال التحريرات على منوبه والمعقب ضدها الان بالطور الابتدائي.

وقد ثبت مخالفة الحكم المطعون فيه لمقتضيات الفصل 7 من مجلة القانون الدولي الخاص مما يعرضه للنقض والاحالة.

10) مطعن عاشر:

مخالفة مقتضيات الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص:

بمقولة ان المشرع التونسي ينص صلب الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص على ان "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند اقامة الدعوى ..."

وقد ثبت من مظروفات الملف ان القانون الشخصي للمعقب وللمعقب ضدها الان هو القانون التونسي.

وثبت ان المعقب ضدها الان لا تحمل الجنسية الفرنسية بل تحمل فقط الجنسية التونسية فان القانون التونسي هو المنطبق.

وطالما ثبت ان القانون التونسي هو المنطبق فمن باب اولى واحرى ان يكون القاضي التونسي هو المختص طالما انه لا وجود لتنازع بين المحاكم وطالما ان المحاكم الفرنسية تخلت بمحض ارادتها ومن تلقاء نفسها عن اختصاصها لفائدة المحاكم التونسية واقرت باختصاص المحاكم التونسية في مثل هذا النزاع عملا بمقتضيات الفصل 100 من مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية.

وقد ثبت انه لا وجود لتنازع بين المحاكم فان المحاكم التونسية تكون مختصة بالنظر في دعوى الطلاق بالإضافة الى ان عقد الزواج ابرم بالبلاد التونسية وأطراف الدعوى لهم الجنسية التونسية وان المطلوبة ليس لها سوى الجنسية التونسية ولم تتحصل على الجنسية الفرنسية وعليه فان الحكم المطعون فيه يكون مخالف بمقتضيات الفصل

49 من مجلة القانون الدولي الخاص مما يعرضه للنقض والاحالة.

مطعن حادي عشر:

مخالفة الفصل 3 و4 من مجلة القانون الدولي الخاص:

بمقولة انه بخلاف ما ذهبت اليه محكمة الحكم المنتقد فان المطلوب المشار اليه صلب الفصل 4 من مجلة القانون الدولي الخاص هو ان يكون المطلوب اجنبيا غير تونسيا ولكن في ملف قضية الحال فان المطلوبة تونسية ولا تحمل الجنسية الفرنسية وان تشبثها بالإقامة بفرنسا فان ذلك كان مرده لزواجها من الطاعن ضرورة انها لا تحمل الجنسية الفرنسية وليست مواطنة فرنسية وليس لها وثائق اقامة دائمة بفرنسا وهو ما اكدته بالطور الابتدائي محاميتها لتعليل وتبرير غيابها عبر الجلسات الصلحية الاولى والثانية.

وعليه والحالة ما ذكر فان معارضة المعقب ضدها الان التقاضي امام المحاكم التونسية لا شيء يبرره لا جنسيتها ولا عقد الزواج ولا جنسية الطالب ولا جنسية الابن ولا القانون المنطبق وهو ما يجعل الحكم المطعون فيه عرضة للنقض والاحالة.

12) مطعن ثاني عشر:

مخالفة الاتفاقية التونسية الفرنسية:

حيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه اعتبرت ان احكام الفصلين 15 و16 من الاتفاقية التونسية الفرنسية المتعلقة بالتعاون القضائي بين البلدين المؤرخة في 1972/06/28 لا تتعلق بالاختصاص بل

تتعلق بشروط الاعتراف المتبادل بالأحكام والقرارات القضائية واكساءها بالصبغة التنفيذية.

وبخلاف ما ذهبت اليه محكمة الحكم المطعون فيه فانه لا وجود اصلا لتنازع اختصاص بين المحاكم الفرنسية والمحاكم التونسية بل ان المحاكم الفرنسية اعتبرت ان المحاكم التونسية هي محاكم مختصة في مثل هذا النزاع وطالما انها سبقت وتعهدت بالنزاع فان المحاكم الفرنسية تخلت عن الدعوى التي رفعتها المعقب ضدها الان وذلك عملا بمقتضيات الفصل 100 من مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية وتماشيا مع ما استقر عليه فقه القضاء الفرنسي اذ ان محكمة التعقيب الفرنسية تؤكد في عديد القرارات عملا بمقتضيات الفصل المشار اليه اعلاه ان المحاكم الفرنسية لا تكون مختصة طالما ان النزاع رفع مسبقا لدى محكمة اخرى من نفس الدرجة ومختصة لحسم ذلك النزاع قرار تعقيبي :

civ06/12/2005.B.I.C.C.N636

c.cass.civ1 du 03/12/2014 du 15/03/2006

وانه والحالة ما ذكر وعملا بمقتضيات الفصول 15 و16 من الاتفاقية المشار اليها اعلاه فان القاضي التونسي هو المختص وان القانون التونسي هو المنطبق وان الاحكام الصادرة في هذا النزاع تطبق سواء على التراب التونسي او على التراب الفرنسي

اعمالا لما جاء بمنطوق الفصلين 15 و16 من الاتفاقية المتعلقة بالتعاون بين فرنسا وتونس.

وطلب تبعا لذلك قبول التعقيب شكلا واصلا والنقض مع الاحالة.

وحيث ردت المعقب ضدها على تلك المستندات بواسطة محاميتها الاستاذة "ه.ق" بان المطاعن المتعلقة بتطبيق قواعد الاختصاص اتصل بها القضاء اذ اقرت محكمة التعقيب صراحة بان القاضي التونسي أحسن تطبيق الفصول المتعلقة بعدم اختصاصه بالنظر خاصة وان قواعد الاختصاص تهم النظام العام وطلب رفض التعقيب اصلا.

المحكمـــة

عن جملة المطاعن لترابطها واتحاد القول فيها:

حيث تعهدت محكمة الحكم المطعون فيه بموجب القرار التعقيبي عدد 46284/2017 الصادر بتاريخ 2017/06/21 والقاضي بالنقض والاحالة.

وحيث اقتضى الفصل 191 من م م م ت ان القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض والاحالة يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض.

وحيث تسلط النقض سند تعهد محكمة الحكم المطعون فيه على عدم تناول محكمة الحكم المنقوض للدفع بتخلي القاضي الفرنسي عن النزاع لسبق التعهد من القاضي التونسي

رغم تأثير الدفع المذكور على وجه الفصل في النزاع.

وحيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه ان قرار التخلي الصادر عن القاضي الاجنبي لا يقيد القاضي التونسي ولا يجعله مختصا بالنظر مستندة الى ان الاختصاص مقيد بالقواعد الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص وان تخلي القاضي الفرنسي عن النظر لا يمنع من اعادة تعهده بالنزاع من جديد وانتهت الى اقرار حكم البداية القاضي برفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي وكان قرارها مناط الطعن الحالي.

وحيث يطرح النزاع من خلال المطاعن المثارة والاسانيد التي انبنى عليها القرار المنتقد مسالة مدى الزامية قرار التخلي لسبق التعهد الصادر عن المحاكم الاجنبية للقاضي التونسي ومدى تأثير ذلك على قواعد الاختصاص الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص فهل ان قرار التخلي الصادر عن القاضي الفرنسي (في نزاع الحال) يجعل من القاضي التونسي متعهدا بالنظر دون رجوع لقواعد الاختصاص المعتمدة في الحالات العادية.

وحيث ان القرار الذي تصدره المحاكم الاجنبية بالتخلي عن النظر في النزاع المطروح امامها بين طرفين هو قرار ملزم للقاضي الاجنبي مصدره بما يحول دون امكانية تعهده بالنزاع من جديد فهو قد تم رفع يده عن النظر بما يؤدي الى استحالة اللجوء الى القضاء الاجنبي من جديد خلافا لما ذهبت

اليه محكمة الحكم المطعون فيه فلا يمكن للمتقاضي تتبع اجراءات المطالبة بالحق لدى البلاد الاجنبية بعد سبق تخلي القاضي الاجنبي عن النظر فهل ان ذلك يؤول الى اختصاص المحاكم التونسية بالنزاع.

وحيث انه من المعلوم ان قواعد اختصاص المحاكم التونسية بالنزاع الدولي حددها الفصل 3 من مجلة القانون الدولي الخاص استنادا لمعيار مقر اقامة المطلوب فتختص المحاكم التونسية بالنزاع الدولي متى كان مقر المطلوب بالبلاد التونسية عملا بالفصل 3 المذكور كما تختص ايضا اذا قبل المطلوب الذي لا يوجد مقره بالبلاد التونسية بالتقاضي لديها عملا بأحكام الفصل 4 من مجلة القانون الدولي ويكون بذلك اختصاص القاضي التونسي بالنزاع الدولي محددا بمقر اقامة المطلوب او بقبوله التقاضي امام المحاكم التونسية في غياب معيار مقر الاقامة بالبلاد التونسية وفق موجبات الفصلين 3 و4 المذكورين اعلاه ولا يوجد من بين قواعد الاختصاص للمحاكم التونسية الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص حالة الاختصاص بمجرد ان المحكمة الاجنبية تكون غير مختصة بالنزاع.

وحيث ان قواعد اختصاص المحاكم التونسية لا تتوفر في نزاع الحال فالمطلوبة (المعقب ضدها) لا تقيم بالبلاد التونسية بما يجعل الفصل 3 غير منطبق على النزاع كما انه سبق لها الدفع بعدم الاختصاص الحكمي امام القاضي التونسي وبالتالي لم تقبل

بالتقاضي لدى المحاكم التونسية بما يقصي معيار الاختصاص الوارد بالفصل 4 المذكور اعلاه بما يعني غياب معيار اسناد الاختصاص للقاضي التونسي بالنزاع وكانت محكمة الحكم المطعون فيه فقه على صواب حين اعتبرت عدم توفر معيار اسناد الاختصاص للمحاكم التونسية وفق قواعد الاختصاص الواردة بمجلة القانون الدولي الخاص غير ان المتقاضي (الطاعن في نزاع الحال) يجد نفسه في وضعية نزاع لا يوجد قاضي يختص بالنظر فيه بما يؤدي الى استحالة ممارسة حق اساسي Droit Fondamental وهو الحق في التقاضي والذي تتضمنه النصوص الدولية المتعلقة بحقوق الانسان وهو حق اللجوء الى القضاء

Droit d'accès à La justice

ويتمثل هذا الحق الاساسي في تمكين كل فرد من طرح نزاعه على القضاء بما يستوجب اعتماد مفهوم محكمة الضرورة For de nécessité كمعيار للتعهد بالنزاع باعتبار ان القاضي يستلهم القاعدة القانونية كلما دعت الضرورة الى ذلك وهي الحالة التي يعبر عنها بحالة محكمة الضرورة أي انها حالة استثنائية تفرض العدول عن اعتماد القواعد القانونية المنطبقة في الحالات العادية لغاية المحافظة على مصلحة مشروعة وهي حالة لم يات بها المشرع وانما اقرها فقه القضاء من ذلك القرار التعقيبي عدد 32561 بتاريخ 2009/05/21 فهي مسالة غير مشرعة قانونا وانما نشأت عن دور القاضي في وضع

الحلول اللازمة لوضعية يكون فيها المتقاضي امام استحالة التقاضي لدى المحاكم الاجنبية والمحاكم التونسية فتكون الاستحالة اما واقعية قائمة على سبب واقعي كعدم امكانية الولوج للقضاء الاجنبي بالنظر للوضع الامني (مثل حالة الحرب في سوريا) واما استحالة قانونية وهي تلك القائمة على سبب قانوني يمنع المتقاضي من الولوج للمحاكم الاجنبية وهو ما يقتضيه الفصل 100 من مجلة الاجراءات المدنية الفرنسية وهي الاستحالة القانونية فرفض التعهد يجعل القاضي امام وضع نكران العدالة فغياب سند تشريعي يؤسس للاختصاص الدولي للمحاكم التونسية واستحالة رفع الدعوى امام المحكمة الاجنبية ينتج عنه خطر على حق المدعي (الطاعن في قضية الحال) في اللجوء الى المحاكم ويتمثل الضرر في عدم وجود قاضي يختص بالطلب ووجود نزاع سلبي بين المحاكم الاجنبية والمحاكم التونسية هو ضرر للمتقاضي وامام عدم وجود الوسائل المباحة في درء الضرر واتاحة اللجوء الى المحاكم لذلك فانه يتعين قبول الاختصاص لدفع الضرر في عدم وجود قاضي لتعذر تفعيل الوسائل الممكنة في ذلك وتقدير الضرورة من طرف القاضي تكون بثبوت التعذر واستمرار ذلك بما ولد ضرورة ايجاد قاضي للبت في النزاع فطالما رفضت المحكمة الاجنبية التعهد فانه لا يمكن للقاضي التونسي رفض النظر في النزاع لان ذلك يؤدي الى حالة نكران العدالة فدور القاضي

هـو وضـع الحلـول التـي ترتكـز عليهـا المراكـز القانونية.

وحيـث وترتيبـا عمـا سـبق بيانـه فـان محكمـة الحكـم المطعـون فيـه قـد اصـابت حـين فعلـت قواعـد الاختصـاص الـواردة بمجلـة القـانون الـدولي الخـاص وتبينـت غيـاب معيـار اسـناد اختصـاص المحـاكم التونسـية بـالنزاع طبـق القواعـد المـذكورة لكنهـا جانبـت الصـواب حـين اغفلـت حالـة الضـرورة امـام رفـض المحكمـة الاجنبيـة التعهـد بـالنزاع لان المتقاضـي (الطـاعن) فـي وضـعية اسـتحالة اللجـوء الـى القضـاء وهـي وضـعية ضـرورة تؤسـس لاختصـاص القاضـي التونسـي بـالنزاع لا علـى اسـاس قواعـد الاختصـاص الـواردة بمجلـة القـانون الـدولي الخـاص وانمـا علـى اسـاس ضـرورة التعهـد والتـي تقـدر بـالنظر الـى اسـتحالة رفـع الـدعوى امـام المحـاكم الاجنبيـة وهـي مسـالة غفلـت عنهـا محكمـة الحكـم المطعون فيه بما يعرض قضاءها للنقض .

ولهذه الاسباب

قـررت المحكمـة قبـول مطلـب التعقيـب شـكلا واصـلا ونقـض القـرار المطعـون فيـه واحالـة القضـية علـى محكمـة الاسـتئناف بتـونس للنظـر فيهـا مجـددا بهيئـة اخـرى واعفـاء الطاعنـة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه.

وصـدر هـذا القـرار بحجـرة الشـورى يـوم الاربعـاء 08 مـاي 2019 عـن الـدائرة المدنيـة الرابعـة المتركبـة مـن رئيسـها السـيد المنصـف الكشـو وعضـوية المستشـارتين السـيدتين نجـلاء

المصـــمودي ونجـــوى الغربـــي وبمحضـــر المـــدعي العـــام الســـيدة بســـمة العيـــدودي وبمســـاعدة كاتبـــة الجلسة السيدة راضية همادي.

وحـــرر في تاريخـــــه