

القانون الأجنبي
من خلال المجلة التونسية
للقانون الدولي الخاص

إعداد

السيد / مبروك بنموسى
الرئيس الأول لمحكمة التعقيب
الجمهورية التونسية

القانون الأجنبي من خلال المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص *

صرامة هذا المبدأ إذ صار مقبولا لدى معظم دول العالم أن يطبق قانون دولة فوق إقليم أخرى. لكن مع بعض الإختلاف حول طبيعة هذا القانون (قسم أول) وإثبات وجوده ومحتواه (قسم ثان) وتأويله (قسم ثالث).

إن مبدأ سيادة الدول وتساوي السيادةات – ولو نظريا – كثيرا ما أصطدم بحاجة المعاملات الدولية إلى ضرورة تجاوز إقليمية القانون التي يفرضها مبدأ السيادة

لكن تآزر الدول على صيانة حقوق كل الأشخاص داخل أقاليمها ما لبث أن لطف من

* صدرت مجلة القانون الدولي الخاص بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/11/27 ودخلت حيز التطبيق يوم 1999/03/07 بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية مثلما ينص على ذلك الفصل الثاني من القانون المذكور.

القسم الأول طبيعة القانون الأجنبي

لكن المشرع التونسي – حسبما يفهم من الفصل 32 من م.ق.د.خ – يعتبر أن القانون الأجنبي إذا عينته قاعدة التنازع (الوطنية أو الأجنبية) يحتفظ - أمام القضاء التونسي – بصفته كقانون⁽³⁾ إلا أنه لا ينصهر في النظام القانوني للقاضي وإنما يبقى رغم ذلك خارج هذا النظام⁽⁴⁾ بدليل جواز استبعاده وتطبيق القانون التونسي بدلاً منه.

لكن هل يعتبر مجرد واقعة إذا لم تعينه قاعدة الإسناد كما إذا كان أحد الأطراف هو الذي استند إليه في دعواه أو في دفعه؟.

إن حمل عبء إثبات محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد على القاضي وحمل إثبات محتواه على من يثيره من الخصوم في الحالات الأخرى قد يجد فيه البعض ما يدعم مثل هذه التفرقة لكننا نعتقد أن هذه التفرقة ليست قائمة على إختلاف في طبيعة القانون الأجنبي بإختلاف الشخص المتحمل لعبء إثباته لإنعدام كل مبرر منطقي لمثل هذا التأويل لتلك التفرقة وإنما هي تفرقة قائمة على مجرد مساعدة القاضي على إثبات محتوى القانون الأجنبي لأن القاضي حتى في صورة إثارة القانون الأجنبي من قبل أحد الخصوم غير معفى تماماً من إقامة

الدليل على محتواه ولأن الخصوم لا يمكنهم الاستناد إلى القانون الأجنبي إلا في إطار

أصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي ص474.

³- الأستاذ محمد العربي هاشم – تقديم مجلة القانون الدولي الخاص – المجلة التونسية للقانون سنة 1999 ص11- مركز النشر الجامعي تونس.

⁴- الأستاذ علي مزغني – تعاليق على مجلة القانون الدولي الخاص ص74.

إن تطبيق القانون الأجنبي يطرح على قاضي النزاع أمرين هامين :
الأول تحديد طبيعة هذا القانون (أ)
والثاني ضبط مشمولاته (ب).

أ- طبيعة القانون الأجنبي :

هناك نظريتان أساسيتان تتنازعان تحديد طبيعة القانون الأجنبي : نظرية تعتبره مجرد واقعة من الوقائع⁽¹⁾ ونظرية تعتبره قانوناً⁽²⁾.

¹- هي نظرية الحقوق المكتسبة في الفقه الإنقلو سكسوني وعلى رأس القائلين بها Peale et Dicey كما أن بعض الفقه الفرنسي وحتى فقه القضاء في مرحلة من تطوره إعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة وبالتالي لا تثير المحكمة تطبيقه من تلقاء نفسها ولا تثبت محتواه وإنما على من تمسك به من الأطراف يقع عبء إثبات وجوده وإثبات محتواه. أنظر عرضاً لمختلف الإتجاهات الفقهية والفقه القضائي بخصوص هذه المسألة : أصول القانون الدولي الخاص للأستاذ محمد كمال فهمي ص474 وما بعد – دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني للأستاذ محمد العربي هاشم ص 97 وما بعد.

والقانون الدولي الخاص للأستاذين سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال ص116 وما بعد – وتعاليق على مجلة القانون الدولي الخاص للأستاذ علي المزغني ص70 وما بعد ودراسة لنا بعنوان الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية مرقونة ومودعة بالمعهد الأعلى للقضاء ص80 وما بعد.

²- هي نظرية إدماج القانون الأجنبي في القانون الوطني التي سادت الفقه الإيطالي – أنظر

ما تخوله لهم قواعد الإسناد كما في صورة إتفاق الطرفين على إستبعاد قواعد التنازع التي لا تهم النظام العام وإختيار قانون أجنبي معين (الجزء الأخير من الفقرة الأخيرة من الفصل 28 م.ق.د.خ) وتخويل الخصوم مخالفة قاعدة الإسناد وتعيين القانون الذي يروونه مناسبا لحل خلافاتهم يعد في حد ذاته قاعدة إسناد أو تنازع ويكون القانون الأجنبي الذي يختارونه لا يختلف في طبيعته على هذا الأساس عن القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع فإن كان الأول قانونا لمجرد تعيينه من قبل قاعدة التنازع فإن الثاني قانون أيضا لأنه معين من قاعدة التنازع المتمثلة في تفويض المشرع الخصوم تعيين القانون المنطبق.

ب- مشمولات القانون الأجنبي :

المقصود بالقانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد حسب أحكام الفصلين 31/33 من هذه المجلة⁽⁵⁾ هو كل ما يعتبره المشرع الأجنبي قانونا أو مصدرا تستمد منه القواعد القانونية (1) وهذه القواعد تستمد قوتها وأولويتها في التطبيق من المصدر الذي إنحدرت منه ومن المرتبة أو الدرجة التي يحتلها ذلك المصدر في السلم المعتمد لهيكله مصادر القانون (2).

وتطبق أحكام القانون الأجنبي التي تعينها قاعدة التنازع سواء أكانت أحكاما دائمة أم إنتقالية (3).

1- مصادر القانون :

⁵- ينص الفصل 31 على ما يلي : "تطبق الأحكام الإنتقالية الواردة في القانون الذي عينته قاعدة التنازع".

وينص الفصل 33 على ما يلي : "يشمل القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد مجموع الأحكام وفق المصادر الشكلية التي يعتمدها".

يعرف الفقه العديد من المعاني لمصطلح "مصدر القانون"⁽⁶⁾ نذكر من بينها : المصدر الموضوعي أو المادي أو الحقيقي (Source matérielle ou réelle) ويقصد به "الحقائق الموضوعية التي إستمد منها المشرع القاعدة القانونية كالحقائق التاريخية والإجتماعية والإقتصادية والسياسية والدينية وغيرها مما أوحى إلى المشرع بالقاعدة القانونية"⁽⁷⁾.

وليس هذا هو المعنى الذي تعنيه عبارة "المصادر الشكلية" الواردة بالفصل 33 من م.ق.د.خ وإنما المقصود بالمصادر الشكلية (Sources formelles) الأسباب المنشئة للقاعدة القانونية⁽⁸⁾ أي الأسباب التي تعطي للمصدر المادي الموضوعي شكله القانوني ليصبح قاعدة قانونية متصفة بالعمومية والتجرد والإلزامية⁽⁹⁾.

وهذه المصادر تختلف من تشريع لآخر. ومعرفة المصادر الشكلية لقانون ما لا تخلو من بعض الصعوبات لأن التشريع لا تنص عادة على مصادر القانون بصورة صريحة أو لا

⁶- أنظر النظرية العامة للقانون للأستاذ سمير عبد السيد تناغو ص231 وما بعد.

ومدخل لدراسة القانون للأستاذ محمد الشرفي ص153 وما بعد.

ومحاضرات في القانون المدني الجزء الأول ص64 للأستاذ محمد كمال شرف الدين وهي عبارة عن دروس مرقونة مقدمة لطلبة السنة الأولى بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس السنة الجامعية 1995/1996.

⁷- الأستاذ : سمير تناغو - النظرية العامة للقانون ص237/238.

⁸- الأستاذ سمير تناغو المصدر السابق ص234.

⁹- الأستاذ محمد كمال شرف الدين المصدر السابق ص25.

تتص على جميعها وان الذي يتولى ضبط المصادر الشكلية إنما هو الفقه الذي قد لا يكون هو بدوره مصدرا للقانون.

والفقه السائد يضع ثلاثة قوائم للمصادر الشكلية للقانون هي :

- القائمة الأولى : ويعتبر أصحابها⁽¹⁰⁾ أن المصادر الشكلية للقانون هي: التشريع والعرف وفقه القضاء.

- القائمة الثانية : ويعتبر أصحابها⁽¹¹⁾ أن المصادر الشكلية للقانون هي : التشريع والعرف وفقه القضاء والفقه⁽¹²⁾.

- القائمة الثالثة : وهي قائمة موسعة ويعتبر أصحابها⁽¹³⁾ أن المصادر الشكلية للقانون هي: القانون أي التشريع، والإتفاقيات الدولية، وفقه القضاء، والعرف، والممارسات الجاري بها العمل، والمبادئ العامة للقانون، وقواعد الإنصاف، والفقه.

ولكن الجميع يتفق على أن المصدر الأساسي للقانون إنما هو التشريع وان بقية المصادر الأخرى إنما هي مصادر ثانوية⁽¹⁴⁾ واحتياطية أحيانا.

وهذا التقسيم لمصادر القانون إلى مصادر أساسية وأخرى ثانوية يدعو إلى التساؤل عن أيهما قد قصد المشرع التونسي. هل قصد بالقانون الأجنبي التشريع فقط بإعتباره المصدر المكتوب والذي يمكن بسهولة التعرف عليه

وعلى مضمونه أم أنه قصد بالقانون الأجنبي مجموع إحكامه سواء أكان مصدرها التشريع أم العرف أم فقه القضاء أم الفقه ...؟

أعتقد أنه قصد المفهوم الواسع للمصادر الشكلية لأنه ولئن كان لتقسيم المصادر الشكلية إلى أساسية وثانوية ما يبرره على مستوى كثرة الاستعمال وتكرار التطبيق فإن هذه الأهمية تختفي على مستوى التطبيق الفعلي لأحكام القانون الأجنبي إذ يكفي أن تكون القاعدة القانونية واجبة التطبيق بموجب قاعدة الإسناد

¹⁰ - التشريع المصري - حسب الأستاذ سمير تناغو لا يعترف إلا بالتشريع والعرف وفقه القضاء كمصادر شكلية للقانون المصري أما الفقه - حسب رأي الأستاذ تناغو - فلا يعتبر من مصادر القانون لأنه يضطلع بدراسة القواعد القانونية من حيث وجودها دراسة تقريرية، ومن حيث تفسير مضمونها وهذه دراسة تقويمية" - انظر ص 510 وما قبلها من كتابه : "النظرية العامة للقانون".

¹¹ - الأستاذ شرف الدين إعتبر في محاضراته المشار إليها أن مصادر القانون ولا شك أنه يقصد مصادر القانون التونسي تشمل : التشريع والعرف وفقه القضاء والفقه. لكنه - في كتابه القانون المدني : النظرية العامة - الأشخاص - إثبات للحقوق الطبعة الأولى 2002 المطبوعة الرسمية للجمهورية التونسية ص 51 وما بعد - حصرها في الثلاثة الأولى فقط مستبعدا الفقه أو فقه الشراح كما يسميه من مصادر القانون.

¹² - إعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس : التشريع والفقه وفقه القضاء من المصادر الشكلية للقانون الأجنبي (القانون السويسري) - أنظر الحكم التحضيري الصادر في القضية عدد 9901 بتاريخ 1999/10/13 (غير منشور).

¹³ - الأستاذ محمد الشرفي - مدخل لدراسة القانون ص 161.

¹⁴ - الأستاذ محمد الشرفي - مدخل لدراسة القانون ص 155.

لتكون جزء من القانون الأجنبي سواء أكان مصدرها التشريع أم العرف أم فقه القضاء ... أم قواعد الإنصاف.

ولئن كان إنتماء القاعدة القانونية إلى مصدر أساسي أو مصدر ثانوي لا تترتب عليه إقامة تفرقة بين القواعد المنحدرة من مصدر أساسي وتلك المنحدرة من مصدر ثانوي. فكلاهما قاعدة قانونية واجبة التطبيق إذا عينتها قاعدة الإسناد – فإن الأمر يكون بخلاف ذلك بالنسبة لموقع القاعدة القانونية في السلم الهرمي المهيكل لنصوص القانون الأجنبي.

2- السلم الهيكلي لنصوص القانون :

في معظم الأنظمة القانونية المتطورة ترتب قواعد القانون بحسب قوتها وتعطى الأولوية في التطبيق للتى هي أعلى على التى هي أدنى فتوضع أحكام الدستور في قمة البناء الهرمي لمجموع القواعد القانونية التى يتكون منها النظام القانوني للدولة وترتب تحت أحكام الدستور بقية القواعد بحسب قوتها التى تستمدّها من القاعدة التى تفوقها منزلة وليس لها أن تتعارض مع أحكامها⁽¹⁵⁾ وهكذا حتى نهاية السلم الذى يأخذ في الغالب هذا الشكل :

1- الدستور

2- الاتفاقيات الدولية المصادق عليها (أنظر الفصل 32 من الدستور)

3- القوانين المصادق عليها بالإستفتاء الشعبي.

4- القوانين الأساسية وهي القوانين المنصوص عليها بالفصول 4 و8 و9 و10 و66 و67 و68 و69 و70 و71 من الدستور وتتعلق بعلم الجمهورية وشعارها وبالحرّيات العامة

15- الأستاذ محمد الشرفي – مدخل لدراسة القانون ص161.

(كحرّية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات والأحزاب والحق النقابي) وحرمة المسكن وسرية المراسلة وحرية التنقل والإقامة وولاية القضاء وتنظيم المجلس الأعلى للقضاء والضمانات اللازمة للقضاة والمحكمة العليا ومجلس الدولة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي والجماعات المحلية والقانون الانتخابي (أنظر الفصل 28 من الدستور).

5- القوانين العادية

6- المراسيم

7- الأوامر

8- القرارات

ثم تأتي بعد ذلك المصادر الثانوية وفي مقدمتها قواعد القانون العمومية حسب الفصل 535 من م.إ.ع ثم العرف والعادة لكن ليس لهما أن يخالفا النص الصريح (الفصل 543 من م.إ.ع) ثم فقه القضاء ثم الفقه.

لكن يجب التنبيه إلى أن ترتيب النصوص بحسب قوتها يرجع فيه إلى الترتيب المعتمد في القانون الذي عينته قاعدة الإسناد وليس للترتيب المعتمد في قانون القاضي وعند غياب مثل هذا الترتيب في القانون المعين بقاعدة الإسناد تعتمد المبادئ العامة السائدة بخصوص هذه المسألة في القانون الدولي الخاص والتي تعطي الأولوية لأحكام الدستور فالمعاهدات المصادق عليها ثم النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية ثم النصوص الصادرة عن السلطة الترتيبية العامة إلخ.

3- الأحكام الانتقالية :

من سمات القوانين الوضعية أنها ليست أبدية وإنما هي قابلة للتعديل وحتى للإلغاء كلما

رأى المشرع أنها لم تعد تستجيب لحاجيات المخاطبين بها.

لكن وجود فاصل زمني⁽¹⁶⁾ ولو كان قصيرا بين تاريخ نشر القانون الجديد وتاريخ نفاذه يفسح المجال لإمكانية استمرار القاعدة القانونية القديمة Le principe de survie de la règle ancienne المنسوخة أو المعدلة نافذة ولو لمدة قصيرة رغم نسخها أو تعديلها

وتوقف القاعدة القانونية الجديدة عن النفاذ ولو لمدة محددة رغم مصادقة السلطة المختصة عليها⁽¹⁷⁾ وهذا التعايش بين القانون القديم والقانون الجديد هو الذي يخلق التنازع الزمني بينهما.

ويحل تنازع القوانين في الزمان حسب مبادئ وقواعد تعرف بالقانون الانتقالي Le droit transitoire. والقوانين الانتقالية أو الحلول الانتقالية إما أن تكون عامة دائمة وأما أن تكون خاصة ومؤقتة.

1- الحلول الدائمة :

وهي مبادئ قانونية معروفة في الفقه وفقه القضاء⁽¹⁸⁾ تعتمد بعض التشريعات إلى تدوينها ضمن المبادئ العامة لقانونها العام وهو القانون المدني⁽¹⁹⁾ في الغالب وتتمثل خاصة في :

- مبدأ عدم رجعية القانون الجديد :

Le principe de la non-rétroactivité

- والأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد :

L'effet immédiat

¹⁸ - أنظر النظرية العامة للقانون للأستاذ سمير عبدالسيد تناعو - توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية جمهورية مصر العربية 1986 ص 646 وما بعد.

- مدخل لدراسة القانون - للأستاذ محمد الشرفي دار سراس للنشر 1991 ص 195 وما بعد.

- القرار التعقيبي المدني عدد 2965 الصادر في 13/01/1994 مجلة القضاء والتشريع عدد 2 لسنة 95 ص 75 وما بعد وغيره من القرارات والأحكام الابتدائية والإستئنافية وقد أشار الأستاذ هاشم إلى عدد منها بكتابه دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني ص 89 وما بعد.

- القرار التعقيبي المدني الفرنسي المؤرخ في RCDI 1982 note :1982/01/13 Batiffol - DIP Mayer P156

¹⁹ - أنظر القانون المدني الجزائري وخاصة المادتين 7 و 8 منه والقانون المدني المصري وخاصة المواد 9/7/6.

¹⁶ - ينص الفصل 2 من القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 05/07/1993 المتعلق بنشر النصوص القانونية بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبفناؤها على أن : "النصوص القانونية والترتيبية لا تكون نافذة المفعول إلا بعد مضي خمسة أيام على إيداع الرائد الرسمي المدرجة به بمقر ولاية تونس العاصمة ولا يعتبر في الأجل يوم الإيداع مع إمكانية أن تتضمن هذه النصوص إذنا صريحا بتنفيذها حالا أو في أجل يتجاوز المهلة المذكورة".

¹⁷ - السلط المختصة في تونس هي إما السلطة التشريعية (مجلس النواب) إن إتخذت القاعدة شكل القانون (أنظر الفصل 34 من الدستور بخصوص القواعد القانونية التي يجب أن تصدر في شكل قانون) أو السلطة الترتيبية العامة (السلطة التنفيذية رئيس الجمهورية بالنسبة للأوامر والوزراء أو رؤساء البلديات بالنسبة للقرارات) أن إتخذت القاعدة القانونية شكل الأمر أو القرار (أنظر الفصل 35 من الدستور بخصوص القواعد القانونية التي يمكن أن تصدر في شكل أمر أو قرار).

وهما مبدآن متكاملان فالقانون القديم يفقد نفاذه على الأوضاع القانونية الجديدة بمجرد صيرورة القانون الجديد نافذا والقانون الجديد يطبق بأثر فوري على الأوضاع القانونية التي تتكون ابتداء من تاريخ نفاذه ما لم ينص المشرع على تطبيقه على الماضي.

والأوضاع القانونية التي تمت نشأتها أو أنقضت أو رتبت كل آثارها في ظل القانون القديم تعد وقائع أو تصرفات قانونية تامة وتخضع للقانون الذي تمت في ظله أي للقانون القديم ولا يسري عليها القانون الجديد إلا بموجب نص صريح تطبيقاً لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة.

وأما التصرفات أو الوقائع التي لم تكتمل نشأتها أو لم ترتب آثارها بعد فيتقاسمها القانونان على النحو التالي :

- شروط تكوين العلاقة أو الوضعية القانونية والآثار التي حصلت في الماضي تبقى خاضعة للقانون الذي تمت في ظله وهو القانون القديم.

- وأما الآثار التي تحصل بعد نفاذ القانون الجديد ولو تعلقت بوضعية تكونت في ظل القانون القديم فتكون خاضعة للقانون الجديد⁽²⁰⁾.

وهكذا حتى تتم تصفية الأوضاع القانونية التي تكونت في ظل القانون القديم.

2- الحلول الظرفية :

هي عبارة عن قواعد قانونية انتقالية تصاحب القانون الجديد وتتضمن حلولاً خاصة لمشكلة التنازع الزمني بين القانون الجديد والقانون القديم خارج القواعد العامة لتنازع القوانين في الزمان إذ يتم تعويضها بنظام انتقالي بين القانون القديم والقانون الجديد وهي تهدف بالأساس إلى تمكين الأشخاص الخاضعين للقانون الجديد من فرصة أو مهلة لملاءمة أوضاعهم مع مقتضيات القانون الجديد⁽²¹⁾ مثلما فعل المشرع التونسي عند إحداث المفعول المنشئ للترسيم بالنسبة للحقوق العينية المتعلقة

بالعقارات المسجلة إذ تضمن القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 04/05/1992 الذي عدل بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية في اتجاه إقرار مبدأ المفعول المنشئ للترسيم منح الأشخاص الذين قد تكون لهم تصرفات أو وقائع واجبة الترسيم لم ترسم أجل ثلاث سنوات لترسيمها (مدد في هذا الأجل مرتين) وأستحدث بموجب القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرخ في 27/04/1992 أجهزة لتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود (اللجان الجهوية للتحيين وتخويل المحكمة العقارية تحيين تلك الرسوم المجمدة أيضاً) حتى تصبح قادرة على تقبل الترسيم. وكلها أحكام إنتقالية ترمي إلى تمكين المخاطبين بالقانون الجديد من ملاءمة أوضاعهم مع مقتضيات القانون الجديد الذي صير الحق العيني العقاري المتعلق بعقار مرسم لا ينشأ ولا ينتقل ولا يعدل ولا ينقضي ... إلخ إلا بالترسيم وإبتداء من تاريخ الترسيم.

أو كما فعل عندما ألغى الأحكام المتعلقة بالإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية والقواعد المنظمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية بمجلة

²¹ - الأستاذ سمير تناغو - النظرية العامة للقانون ص 649.

²⁰ - أنظر كتابنا "شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص" الطبعة الأولى تونس 2003 ص 284 وما بعد.

القانون الدولي الخاص إذ نص الفصل 2 من قانون إصدار هذه المجلة⁽²²⁾ على أنه : يجري

العمل بأحكام هذه المجلة ويقع تطبيقها بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بدون أن يكون لها تأثير على الماضي إلا أن القضايا التي لا زالت جارية في تاريخ جريان العمل بهذه المجلة تبقى خاضعة لأحكام القانون المعمول به في التاريخ السابق عن جريان العمل بهذه المجلة إلى أن تنفصل بوجه بات وتصبح أحكاما محرزة على قوة ما اتصل به القضاء.

ب- الحلّ العملية :

إن صياغة نص الفصل 31 من م.ق.د.خ تقترض وجود حالة تعاقب بين قانونين : سابق ولاحق في القانون الذي عينته قاعدة التنازع إذ

²²- قانون إصدار مجلة القانون الدولي الخاص هو القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/11/27 وقد نص الفصل 3 منه على ما يلي : "بداية من جريان العمل بهذه المجلة (1999/03/7) تلغى جميع النصوص المخالفة لها وبالأخص منها الفقرة الثانية وما بعدها من الفصل 2 والفصول 31 و316 و317 و318 و319 و320 و321 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الصادرة بالقانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 1959/10/05 والأمر المؤرخ في 1956/07/12 المتعلق بضبط الأحوال الشخصية للتونسيين من غير المسلمين واليهود والنصوص التي نقحته أو تمته". والفصول والنصوص الملغاة تتعلق حسب الترتيب بالإختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية (الفصل 2 والفصل 31 من م.م.ت) وتنفيذ الأحكام والقرارات التحكيمية الأجنبية (بقية فصول م.م.ت) ومفهوم الأحوال الشخصية وقواعد تنازع القوانين المتعلقة بها (أمر 1956).

لا سبيل للحديث عن تطبيق الأحكام الإنتقالية خارج هذا الإطار القانوني ولا في غياب تنازع زمني بين قانون قديم وقانون جديد معدل أو ناسخ لأحكامه.

كما تفترض إحتواء هذا القانون الذي عينته قاعدة الإسناد على أحكام إنتقالية لحل ذلك التنازع الزمني بين القانون القديم والقانون الجديد.

لكن الواقع العملي قد يفرز هذه الفرضية وقد يفرز خلافها إذ من الجائز أن تعين قاعدة التنازع قانونا لا يتضمن أحكاما إنتقالية مهما كان نوعها فماذا يكون الحل عندئذ؟.

1- القانون المعين يتضمن أحكاما إنتقالية :

لقد رأينا أن الحلّ الإنتقالية قد تكون قواعد عامة دائمة مدرجة بالقانون العام الداخلي الذي عينته قاعدة التنازع سواء أكان هذا القانون هو القانون التونسي أم القانون الأجنبي وقد تكون أحكاما خاصة منصوصا عليها بالقانون المنطبق على الوضعية القانونية الخاصة محل النزاع ففي كلا الحالتين لا يوجد أي إشكال إذ ينص الفصل 31 من م.ق.خ على أن الأحكام الإنتقالية الواردة في القانون الذي عينته قاعدة التنازع تعد جزء من ذلك القانون ويجب تطبيقها هي دون إلتفات للأحكام الإنتقالية لقانون القاضي.

لكن إذا تبين أن القانون الذي عينته قاعدة التنازع يتضمن قواعد إنتقالية عامة وقواعد إنتقالية خاصة فإن القواعد الخاصة هي التي تطبق وتبقى الأولى كقواعد إحتياطية لإزالة الغموض أو لسد الفراغ أو النقص في القواعد الإنتقالية الخاصة.

سيكون في هذه الحالة هو

2- القانون المعين لا يتضمن أحكاماً إنتقالية :

القانون الذي عينته قاعدة الإسناد وبالتالي فهو يشمل مجموع الأحكام وفق المصادر الشكلية التي يعتمدها (الفصل 33 من م.ق.د.خ) ومنها فقه القضاء والفقه وكلاهما زاهر بالحلول الإنتقالية وقد سبقت الإشارة إلى العديد منها.

بقي أن نشير إلى أن تعديل القانون الأجنبي أو إلغاءه قد يمس عنصر الإسناد *L'élément de rattachement* فيطرح مشكلة التنازع المتحرك وحل هذه المشكلة يكون وفق المبادئ والحلول الواردة بالقانون الإنتقالي⁽²⁴⁾.

وقد يمس قاعدة التنازع *La règle de conflit de lois* أو مضمون القانون المعين بقاعدة التنازع *Le contenu du droit désigné par la règle de conflit de lois*

إذا عينت قاعدة التنازع قانون دولة لا يتضمن حلاً عاماً ولا خاصة لتنازع القوانين في الزمان وكانت الوضعية القانونية المعروضة على القاضي يتنازع حكمها قانونان سابق ولاحق فما هو الحل؟

يجب أن ننبه إلى أن القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد يشمل - مثلما ينص على ذلك الفصل 33 من م.ق.د.خ - مجموع الأحكام الواردة بكل المصادر الشكلية التي يعتمدها فإذا كان يعتمد كمصادر شكلية له التشريع والعرف وفقه القضاء والفقه وجب البحث عن القواعد الإنتقالية في كل مصدر من هذه المصادر ولا يعد خالياً من الأحكام الإنتقالية إلا إذا خلت منها جميع مصادره الشكلية. وحتى في هذه الحالة تبقى أمام القاضي إمكانية أخرى لحل مشكلة التنازع الزمني في إطار التأويل الخاص الذي قد يكون أعطاه فقه قضاء ذلك البلد لتلك القواعد المتنازعة زمنياً ولو كان تأويله لها خارج نطاق الأحكام الإنتقالية كأن يكون قد أولها بما ينفي عنها التنازع بشكل أو بآخر.

وضع قانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم البات وكان نصه أرفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره".

لكن كلا القاعدتين يتعلق كما هو واضح بالقانون الجزائي فحسب.

²⁴ - ينص الفصل 29 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه : "يعين القانون المنطبق حسب الحالة إما بعنصر الإسناد القائم عند نشأة الوضعية القانونية أو بعنصر الإسناد القائم عند حدوث آثارها.

لمزيد الإطلاع على حالات التنازع المتحرك والحلول القانونية للإشكالات التي يطرحها أنظر كتابنا شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ص 284 وما بعد.

وإذا إستنفدت كل هذه الإمكانيات ولم يصل القاضي إلى أي حل طبق أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من هذه المجلة التي تنص على انه إذا تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي. والقانون التونسي بدوره لا يتضمن قواعد إنتقالية عامة⁽²³⁾ لكنه

²³ - بإستثناء القاعدة الواردة بالفصل 13 من الدستور والتي تنص على أن "العقوبة شخصية ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع". أو القاعدة الواردة بالفصل الأول من المجلة الجنائية والتي تنص على أنه : "لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع لكن إذا

ولا شك أن تطبيق الأحكام الإنتقالية ينسحب حسب ظاهر الفصل 31 على التنازع الزمني الذي يحصل بين قواعد القانون الأجنبي الداخلية مثلما ينسحب على التنازع الزمني بين قواعده الدولية (قواعد التنازع).

لكن إذا تحقق هذا الإستثناء يوما ما فإن أحكام الفصل 31 ستكون قادرة على تقديم الحل بفضل صيغتها العامة التي تستوعب الأحكام الإنتقالية المتعلقة بقواعد التنازع في القانون الأجنبي.

القسم الثاني إثبات القانون الأجنبي

لكن تأويل الفصل 31 من م.ق.د.خ لا ينبغي أن يتم بمعزل عن الفصل 35 من نفس المجلة الذي لا يقبل الإحالة Le renvoi إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

ينص الفصل 32 من م.ق.د.خ على أنه :
يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الإقتضاء.

ورفض القانون التونسي الإحالة يعني إستبعاد قواعد التنازع من القانون الذي تعينه قاعدة التنازع الوطنية والمرور مباشرة إلى القواعد الداخلية في القانون الأجنبي إذا عينت قاعدة التنازع التونسية القانون الفرنسي أو الألماني كقانون منطبق لحكم علاقة زوجية مثلا فإن المقصود بالقانون الألماني أو الفرنسي إنما هي قواعده الداخلية المنظمة للشروط الشكلية أو الموضوعية لعقد الزواج وليس قواعد التنازع فيه التي قد تفضي إلى الإحالة على قانون آخر.

وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه.

ويكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية.

وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي.
ويجب في جميع الحالات إحترام مبدأ المواجهة.

ولهذا فإن المقصود أساسا بالأحكام الإنتقالية في الفصل 31 إنما هو الأحكام الإنتقالية المتعلقة بتنازع قواعد القانون الأجنبي الداخلية في الزمان مما يجعل من قضية التنازع الزمني بين قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي قضية غير مطروحة في القانون الدولي الخاص التونسي إلا في الحالة التي يوجد فيها نص خاص يشير إلى قبول الإحالة ولا أعلم بوجود ولو حالة واحدة ينص فيها قانون تونسي على قبول الإحالة.

والملاحظ أن أحكام هذا الفصل قد عينت وسيلة واحدة لإثبات القانون الأجنبي هي الكتابة(أ) ووزعت عبء إثباته (ب) بين القاضي والخصوم وفرضت على القاضي في جميع الحالات إحترام مبدأ المواجهة (ج).

أ- وسائل إثبات القانون الأجنبي :

الخارجية أو السـلطة
القنصلية أو الدبلوماسية) المنسوب إليه القانون أو
حتى مجرد صورة أو نسخة من هذه الوسائل
المكتوبة.

لكن هل أن شرط الكتابة لإثبات القانون
الأجنبي ينسحب على القاضي وعلى الخصوم
على حد سواء أم أنه لا ينسحب إلا على هؤلاء
الأخيرين فحسب؟.

قدمت لمحكمة ناحية قرطاج بمناسبة إقامة حجة
وفاة أحد الرعايا البريطانيين الذي توفي بتونس
وترك وصية لمواطن تونسي وذلك بقصد
التنصيب على الوصية والموصى له بتلك الحجة
وهذا نص الشهادة :

تعريب

مقتضيات القانون

أهلية الوصية

إني الممضية أسفله فاليري الزاوي، نائبة القنصل
البريطاني بتونس، أشهد بهذه وحسب القانون
السكتلندي أن حرية الموصي في أن يوصي
بأملاكه إلى أي شخص أو أشخاص حسب إختياره
يخضع ضرورة إلى ما يلي :

أ- أن يجهز الملكية لدفع المعاليم القانونية المطالبة
بها زوجة وأبناء الموصي من الأجزاء الموصى بها
من وصية الموصي.

ب- أن يرفض قبول التراكمات مع رأس المال
عن المدات الزائدة.

ج- أن يرفض قبول الشروط الإيصانية غير
القانونية وغير الأخلاقية وغير الممكنة.

إلى جانب الشروط المحددة أعلاه، يكون للموصي
حرية الوصية في أملاكه لشخص أو أشخاص حسب
إختياره.

إمضاء : الزاوي

(ختم السفارة البريطانية - القسم القنصلي -
تونس)

السفارة البريطانية

تونس في 23 ديسمبر 1999

لقد أوجب الفصل 32 من م.ق.د.خ الكتابة
وسيلة لإثبات وجود ومحتوى القانون الأجنبي
مستبعدا بقية وسائل الإثبات القانونية الأخرى
وذلك لأن وجود القانون الأجنبي مكتوبا على
وثيقة مضافة لملف القضية ضروري لتمكين
القاضي من ممارسة حقه في الرقابة للتأكد من
أن ما قدم هو فعلا محتوى القانون الأجنبي
المحتج به أو الذي عينته قاعدة الإسناد.

كما أن الكتابة أمر ضروري لتجسيد مبدأ
المواجهة بين الخصوم عن طريق الإطلاع على
نصه والتمعن فيه وإبداء الرأي بشأنه.

لكن المشرع لم يشترط في الوثيقة المكتوبة
المتضمنة للقانون الأجنبي أن تكون وثيقة
رسمية⁽²⁵⁾ ولا أن تكون ممضاة من جهة معينة
أو مؤرخة أو ثابتة التاريخ⁽²⁶⁾. وإنما يكفي أن
تكون مقنعة بأن ما حوته هو مضمون القانون
الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد أو الذي إحتج
به الأطراف ولذلك يمكن إثبات القانون الأجنبي
بتقديم المجلة أو الكتاب أو الجريدة أو الحكم
القضائي المتضمن له أو شهادة عرفية صادرة
عن إحدى سلطات البلد الأجنبي⁽²⁷⁾ (وزارة

²⁵- الأستاذ علي المزغني - تعاليق على مجلة
القانون الدولي الخاص ص74.

²⁶- أنظر الحكم المدني عدد30593 الصادر عن
محكمة الاستئناف بتونس العاصمة بتاريخ
1973/05/27 ق.ت عدد6/5 لسنة 1974
ص410/62 وقد تم فيه إثبات القانون الدنماركي
(قانون الأحوال الشخصية) بتقديم نسخة من مجلة
الأحوال الشخصية الدنماركية صادرة عن وزارة
العدل بالدنمارك ومصادق عليها من قبل سفارة
الدنمارك بتونس ومعربة من قبل مترجم محلف
تونسي.

²⁷- وندرج هنا شهادة عرفية صادرة عن نائبة
القنصل البريطاني بتونس بتاريخ 1999/12/23

إعتقد أنه ولئن استعمل المشرع عبارة "يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على

محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد فإنه لم يقصد أن يكون الدليل مكتوباً. وإنما أراد أن يبحث القاضي على القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد وان يعلمه بالوقوف على مصادره لأن علاقة القاضي بالقانون لا تكون إلا في إطار المبدأ الشهير "يفترض في القاضي العلم بالقانون" مع تخفيف هذا المبدأ عندما يتعلق الأمر بالقانون الأجنبي ليصبح يفترض فيه العلم بالقانون الأجنبي في حدود إمكانياته.

لكن تحميل القاضي واجب تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم يفرض عليه إلى جانب العلم بالقانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد إظهار ذلك العلم للخصوم مكتوباً سواء بإضافة الوثيقة التي تحتويه لأوراق الملف أو بكتابة مضمونه على محضر الجلسة ودعوة الأطراف إلى الإطلاع عليه وإبداء ما لهم من ملاحظات بشأنه.

ب- عبء إثبات القانون الأجنبي :

لقد حمل الفصل 32 م.ق.د.خ القاضي عبء إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد وحمل من يحتج من الخصوم بالقانون الأجنبي عبء إثبات وجوده وإثبات مضمونه.

1- دور القاضي في إثبات القانون الأجنبي :

إن اعتبار قاعدة التنازع من النظام العام إن كان موضوعها صنفاً من الحقوق التي ليس للأطراف حرية التصرف فيها واعتبارها ملزمة للقاضي فيما عدا ذلك إلا إذا عبر الأطراف بصورة جلية عن إرادتهم في عدم تطبيقها هو

الذي دفع المشرع إلى تخويل القاضي إقامة الدليل بصفة تلقائية على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد لكن ينبغي التأكيد على أنه لم يلزمه بذلك حتى في هذه الحالة وإنما دعاه -بالحاح - إلى القيام بذلك في حدود إمكانيات علمه.

وإسناد هذا الدور الوسط بين الإلزامية والإمكانية للقاضي في إثبات محتوى القانون الأجنبي أملت الطبيعة القانونية التي أعطاها المشرع لهذا القانون أمام القضاء الوطني والمتراوحة هي بدورها بين صفة القانون والقانون غير المنصهر في النظام القانوني التونسي وهو دور ينسجم مع قصر العمل بالمبدأ الشهير "المحكمة أو القاضي تعرف القانون (Jurano Vitouria) على القانون الداخلي فحسب ومنح قاعدة الإسناد القوة الإلزامية مما يجعل القاضي مدعواً إلى البحث من تلقاء نفسه عن القانون الأجنبي كلما عينته قاعدة الإسناد الوطنية لحكم الحالة القانونية المعروضة عليه لكن إلتزام القاضي هنا إلتزام ببذل عناية فقط وليس بتحقيق نتيجة أي أنه عليه أن يستعمل كل ما يملكه من الوسائل للتعرف على أحكام القانون الأجنبي وله أن يستعين في بحثه بالخصوم فإن إهتدى إليه طبقه وأن تعذرت عليه معرفته طبق قانونه بما له من اختصاص احتياطي عام بشرط التعليل⁽²⁸⁾.

هذا إن كانت قاعدة الإسناد هي التي عينت القانون الأجنبي أما إن كان أحد الخصوم هو الذي تمسك به فعليه يقع عبء إثبات وجوده ومحتواه وللقاضي أن يساعده على ذلك في إطار ما تخوله له المبادئ والقواعد العامة للمرافعات

²⁸ - الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم التونسية - مبروك بنموسى ص80 مصدر سبقت الإشارة إليه.

من القيام بكل الإجراءات والأعمال الكاشفة للحقيقة (أنظر الفصول 87/86/12 م.م.ت).

2- دور الخصوم في إثبات القانون الأجنبي :

بالرغم من إعتبار المشرع القانون الأجنبي بمثابة القانون وليس مجرد واقعة فإنه لم يستطع التخلص تماما من آثار النظرية التي سادت الفقه وفقه القضاء الفرنسيين وحتى فقه القضاء التونسي⁽²⁹⁾ والتي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة من وقائع الدعوى وبالتالي فإن القاضي لا يقيم الدليل على صحة هذه الواقعة (إثبات وجود القانون الأجنبي وإثبات محتواه) من تلقاء نفسه وإنما يجب أن يثير القانون الأجنبي من له مصلحة من الخصوم في التمسك به وعليه أن يثبت مضمونه لكنه طور هذه النظرية بأن إعتبر القانون الأجنبي بمثابة القانون سواء عينته قاعدة الإسناد أم تمسك به أحد الخصوم مع إقامة تفرقة على مستوى عبء إثباته بأن أسند الدور الرئيسي في الإثبات للقاضي في الحالة الأولى وللخصوم في الحالة الثانية على أن يساعد الخصوم القاضي في إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي ويمد القاضي يد المساعدة للخصوم - عند الاقتضاء - لإثبات وجوده أو محتواه لكن في حدود ما تخوله له المبادئ العامة للمرافعات من سعي جاد لإظهار الحقيقة فحسب.

وهكذا يتضح أن دور الخصوم في إثبات القانون الأجنبي لا يتعدى مجرد مساعدة القاضي إن كان معينا من قبل قاعدة الإسناد الوطنية

²⁹- القرار التعقيبي المدني عدد5934 المؤرخ في 1968/03/21 نثرية محكمة التعقيب القسم المدني عدد2 لسنة 1968 ص22 وقد ورد به أن محكمة التعقيب لا تراقب صحة تطبيق القانون الأجنبي إلا إذا كان في أسانيد الحكم تحريف واضح لنص ذلك القانون" مشبهة إياه بالوقائع المادية للدعوى.

ويرتقي إلى مستوى الدور الرئيسي والفاعل لإثبات وجود ومحتوى القانون الأجنبي عندما يستندون إليه في دعواهم أو دفعهم⁽³⁰⁾.

لكن صعوبة إثبات مضمون القانون الأجنبي وتعذر اعتبار القاضي يعرف القانون الأجنبي لا سيما معرفة الموقف السائد في الاجتهاد⁽³¹⁾ القضائي أو الفقهي لديه (الفصل 33 من هذه المجلة يعتبر القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد يشمل مجموع الأحكام وفق المصادر الشكلية التي يعتمدها والفصل 34 من نفس المجلة يشير على القاضي بتطبيق القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه) جعل المشرع يتوخى حلا وسطا يقوم على معاملة القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بوصفه قانونا وليس مجرد واقعة وعلى القاضي أن يبذل قصارى جهده للبحث عن مضمونه ولله أن يستعين في ذلك

بالخصوم وان يمكنهم من الأجال الكافية لإثبات مضمونه لكن إذا تعذر عليه أو على الخصوم أو عليهما معا إقامة الدليل الواضح عليه جاز

³⁰- لقد حملت المحكمة الابتدائية بتونس المدعي الذي تمسك بالقانون الأجنبي عبء إثباته وأصدرت لهذا الغرض حكما تحضيريا تطالبه فيه بتقديمه لها وهذا نص ذلك الحكم التحضيري: "قررت المحكمة رفض الدفع بعدم الاختصاص وتأخير القضية لجلسة يوم 1999/12/01 وعلى نائب المدعية تقديم القانون السويسري المنطبق على دعوى الحال وما يفيد تأويله وفق النظام القانوني المنتمي إليه فقها وفقه قضاء وتحديد سند الدعوى على ضوءه".

صدر هذا الحكم التحضيري في القضية عدد9901 بتاريخ 1999/10/13 (غير منشور).³¹- الأستاذ موحد إسعاد - القانون الدولي الخاص ج1 ص241.

للقاضي الالتجاء إلى القانون الوطني الذي له اختصاص احتياطي عام.

لكن يجب على القاضي سواء طبق القانون الأجنبي أم قانونه الوطني أن يحترم مبدأ المواجهة بين الخصوم.

ج- إحترام مبدأ المواجهة :

من الحقوق الأساسية للأشخاص الحق في محاكمة عادلة⁽³²⁾ ولا تكون المحاكمة عادلة إلا إذا توفرت فيها جملة من الشروط منها أن لا يحكم على أي طرف إلا بعد حضوره المحاكمة أو استدعائه لحضورها طبق ما يقتضيه القانون وتمكينه من الإطلاع على مكونات ملف القضية ومنحه أجلا كافيا للدفاع عن مصالحه ويخلص مجمل هذه الحقوق مبدأ قانوني عام هو : مبدأ المواجهة بين الخصوم. واحترام هذا المبدأ هو المعيار العام لعدالة المحاكمة وقد نص عليه الدستور التونسي بالنسبة للمحاكمة الجزائية صلب الفصل 12 وأشارت إلى مختلف مظاهره مجلة المرافعات المدنية والتجارية بالفصل 4 (لكل خصم حق الإطلاع على أوراق النازلة وعلى جميع الوثائق التي أدلى بها خصمه) والفصل 170/168/159/134/133/82/70/48/44 و203/185 وغيرها من المجلة المذكورة.

ويمنح الخصوم أجلا معقولا للإطلاع عليها ومناقشتها احتراماً لمقتضيات مبدأ المواجهة بين الخصوم.

وأما أن يسفر البحث عن عجز الأطراف والقاضي عن التوصل إلى معرفة القانون الأجنبي وهنا سيقدر القاضي تطبيق قانونه لكن لا يمكنه أن يطبقه إلا بعد احترام مبدأ المواجهة وذلك بالتصريح بعدم معرفة القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد أو الذي إستند إليه الخصوم أو استبعاده لمخالفته النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص وإعتزام المحكمة تطبيق قانونها مع الإشارة إلى القواعد القانونية الوطنية التي تعتمزم تطبيقها على النزاع وتمكين الأطراف من أجل معقول للإطلاع على قرار المحكمة ومناقشته والقانون المنطبق.

لكن قد لا تتمكن المحكمة من البت في وجود ومحتوى القانون الأجنبي أو عدم وجوده إلا بعد حجز القضية للمفاوضة في هذه الحالة يقتضي مبدأ المواجهة حل المفاوضة وتمكين الخصوم - بحسب الحالات - من مناقشة القانون الأجنبي أو القانون الوطني الذي سيطبق على النزاع.

القسم الثالث تأويل القانون الأجنبي

واحترام مبدأ المواجهة هنا يعني أن القاضي بعد بحثه عن القانون الأجنبي أما أن يهتدي إليه ويتعرف على مضمونه فيضيف الوثيقة المكتوبة المحتوية عليه للملف

³² - أنظر المواد : 8 و9 و10 و11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

تنص أحكام الفصل 34 من م.ق.د.خ على أنه : "يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه. ويخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب".

ولعل أول ما يلاحظ من ظاهر هذا الفصل هو أن المشرع التونسي قد حسم الجدل القائم حول طبيعة القانون الأجنبي هل هو قانون أم هو مجرد واقعة مادية لفائدة الاتجاه الأول حسبما هو واضح من تحويل محكمة التعقيب حق الرقابة على تأويله (ب) من قبل محاكم الموضوع وإخضاع تأويله للنظام القانوني الذي ينتمي إليه (أ).

أ- كيف يتم تأويل القانون الأجنبي:

تأويل القانون الأجنبي يعني تفسير قواعده ومن المعلوم أن التفسير أنواع فهناك التفسير التشريعي وهناك التفسير القضائي والفقهية.

كما توجد مناهج ومدارس لتفسير القانون كمدروسة الشرح على المتون L'école de l'exégèse والمدرسة التاريخية ومدرسة البحث العلمي الحر.

كما توجد قواعد لتفسير القانون⁽³³⁾ نذكر منها إزالة التعارض بين قواعد القانون والتفسير اللفظي والتفسير المنطقي أو التفسير بالدلالة أو الفحوى ومفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة والقياس العادي والقياس الجلي ... إلخ.

وتختلف التشاريع من دولة لأخرى في تبني هذه النظرية أو تلك وفي اعتماد هذا المنهاج

³³ - أنظر النظرية العامة للقانون - للأستاذ سمير تناغو ص737 وما بعد.

أو ذاك ولهذا أشارت الفقرة الأولى من الفصل 34 م.ق.د.خ على القاضي التونسي بتأويل القانون الأجنبي كما قد يؤوله القاضي الأجنبي⁽³⁴⁾ (أي قاضي القانون الأجنبي) وذلك بالرجوع إلى مبادئ ومناهج وقواعد التأويل المعروفة والمتبعة في تأويل القانون الأجنبي في النظام القانوني للدولة التي ينتمي إليها⁽³⁵⁾.

ب- رقابة محكمة التعقيب على تأويل القانون الأجنبي :

إن الجدل الذي عرفته طبيعة القانون الأجنبي والذي أشرنا إليه منذ حين قد عرفته رقابة محكمة التعقيب على تأويل القانون الأجنبي فقد كانت محكمة التعقيب التونسية - مثلما ذكرنا آنفا - لا ترى موجبا لإجراء رقابتها على القانون الأجنبي إلا إذا كان في

أسانيد الحكم تحريف واضح لنص ذلك القانون⁽³⁶⁾ وذلك إستنادا إلى أن محكمة التعقيب

- مدخل لدراسة القانون للأستاذ محمد الشرفي ص250 وما بعد.

³⁴ - لقد طالبت المحكمة الابتدائية المدعي الذي تمسك أمامها بإنطباق القانون السويسري على موضوع النزاع بتقديمه لها وبما يفيد تأويله وفق النظام القانوني الذي ينتمي إليه فقها وفقه قضاء وتحديد سند دعواه على ضوءه - أنظر الحكم التحضيري الصادر في القضية عدد9901 بتاريخ 1999/10/13 (غير منشور).

³⁵ - الأستاذ محمد العربي هاشم - دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني ص104.

³⁶ - القرار التعقيبي المدني عدد5934 المؤرخ في 1968/03/21 ن القسم المدني عدد2 لسنة 1968 ص22 (سبق الإشارة إليه).

ومخالف لظاهر النص أو منطوقه لان الفقرة الأولى من الفصل 34 من م.ق.د.خ توجب تطبيق القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه.

"قد أنشئت لضمان وحدة القانون الداخلي"⁽³⁷⁾ عن طريق توحيد الاجتهاد القضائي.

لكن المشرع التونسي حسم الأمر على نحو لا يقبل الجدل إذ نصت الفقرة الثانية من الفصل 34 م.ق.د.خ صراحة على أن تأويل القانون الأجنبي يخضع لرقابة محكمة التعقيب.

ويتم تعهيد محكمة التعقيب بالرقابة على سلامة وحسن تطبيق أو تأويل القانون الأجنبي وفق أحكام القانون التونسي (الفصل 175 وما بعده من م.م.م.ت) وهذا يستدعي وجود حكم نهائي الدرجة وتأسيس الطعن في هذا الحكم على سبب من أسباب الطعن الواردة في القانون التونسي وإن يرفع الطعن في الأجل وحسب الصيغ المقررة بالقانون التونسي إذ لا عبرة بأسباب الطعن المعتمدة لتعقيب الأحكام في النظام القانوني الذي تنتمي إليه القاعدة القانونية الأجنبية التي وقعت مخالفتها من القضاء التونسي أو التي حصل خطأ في تطبيقها أو تأويلها منه عملاً بقاعدة الإسناد القائلة بأن الإجراءات يسري عليها قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات⁽³⁸⁾.

لكن محكمة التعقيب التونسية تجري رقابتها على سلامة تطبيق القانون الأجنبي وفق مبادئ التأويل المعروفة في القانون الأجنبي وليس لها أن تخالف هذه المبادئ ولو بدا لها أن تأويل القاعدة القانونية في القانون الأجنبي خاطئ

³⁷- الأستاذ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص ص 497.

³⁸- الأستاذ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص ط 2 ص 657.

