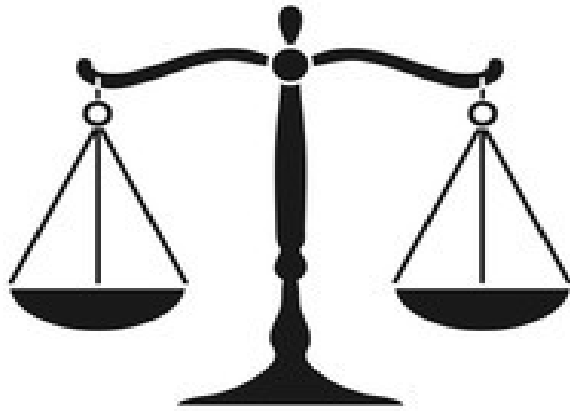


جامعة تونس المنار  
كلية الحقوق والعلوم السياسية

# النظرية العامة للحق

درس الأستاذ حاتم الرواتبي



الطالب محمد أمين الجويني

السنة الدراسية 2023/2022

## تمهيد:

**القانون** عموما هو مجموعة القواعد السلوكية التي يخضع لها الافراد والتي تنضم العلاقات بين افراد المجتمع وهذا التعريف يعكس الاهمية الكبرى للقانون داخل المجتمع اذ لا يمكن تصور المجتمعات دون قانون وذلك لبيان الحقوق والالتزامات والواجبات المحملة على الافراد وبيان الاشياء المباحة و الاشياء الممنوعة و هدفه هو دفع الاعتداء على الاشخاص وتسليط العقوبات والجزاءات و إعادة الاشياء لوضعياتها الاساسية والحقوق الى أصحابها ولا يمكن تصور المجتمعات دون قوانين والمجتمعات المتقدمة تسمى دول القانون والدولة تفرض على الاشخاص احترام القانون وتحترمه وتلتزم بضمان الحقوق والحريات

**والحق** هو ما يمكن ان يتوفر للاشخاص في المجتمع من صلاحيات و امكانيات وحقوق يمكن لهم ان يمارسوها طبق القانون (ابرام العقود , ممارسة النشاط السياسي , الحق في التعليم , الحق في الصحة...) وكل هذه الإمكانيات تسمى حقوق سضمنها القانون و يحميها ويساعد على ممارستها ويمنع الاعتداء عليها ولا يسمح بالمساس بها وهذه الحقوق متنوعة ولا يمكن حصرها في مجموعة واحدة وهي تختلف من حضارة الاخرى اهمها نجدها في الدستور في باب الحقوق والحريات واذا تمعنا في الدساتير نلاحظ ان الحق لا يكون حقا الا اذا اقره القانون و اعترف به و ما لا يعترف به القانون و يمنعه لا يعتبر حقا مشروعا وعموما الحق يقابله الواجب ولا يكفي ان يضمن القانون ممارسة الحق دون وجود واجب بالمقابل (واجب احترام القانون وعدم الاعتداء عليه ) وفكرة الواجب هي فكرة مركزية تقابل فكرة الحق

\* التمييز بين القانون والحق :

- القانون هو قواعد تنضم العلاقات داخل المجتمع

- الحق هو صلاحية يتمتع بها الشخص و يمارسها في كنف القانون

واحيانا يصعب التمييز بين المفهومين وهذه الصعوبات تتمثل في صعوبة اصطلاحية وصعوبة نظرية وصعوبة تطبيقية

### من الناحية الاصطلاحية:

يبدوا التمييز واضحا في اللغة العربية (من ناحية الصياغة اللغوية) لكن في اللغة الفرنسية تختلف المسألة لأن **Droit** تطلق على المفهومين اذ تعني

مجموعة القواعد السلوكية ( **droit pénal , droit administratif...** )

وتعني الحق ( **droit de propriété , droit de la santé...** )

ولذلك في اللغة الفرنسية تسهила للتمييز تضاف صفة

اذا أردنا أن نقصد القانون نقول (Droit objectif)

اذا أردنا أن نقصد الحق نقول (Droit subjectif )

وفي اللغة الانجليزية التفرقة واضحة

القانون : **Law** و الحق : **Right**

ومع ذلك في اللغة العربية تحدث بعض الاختلاطات: كتاب المدخل لعلم الحقوق , كلية الحقوق

### من الناحية النظرية:

فكرة الحق اثاره على مر التاريخ جدلا واسعا عند فقهاء القانون و النقاش يتعلق حول وجود الحق

تعريف و تحديد ماهية الحق و الذي هو الان محل نقاش و جدل

وتقسيم وتصنيف للحقوق

### في وجود الحق:

كان القانون موجودا منذ بداية الإنسانية فكان قديما أعرافا وتقاليد وأصبح الان على شكل نصوص مكتوبة فحيث يوجد مجتمع يوجد قانون , اما فكرة وجود الحق فقد تعرضت لإنتقادات شديدة من قبل عديد الفقهاء امثال "اوغسطين" الذي يعتبر ان الحق غير موجود و ان ما يهم في المجتمع هو وجوده ويعتبر انه توجد واجبات تحمّل على الافراد واذا تحدثنا عن الحقوق نتحدث على حق المجتمع تجاه الافراد و واجب الفرد تجاه المجتمع و "دوغي" الذي يعتبر ان الحق هو فكرة غير واقعية وان القانون لا يجب ان يعترف بالحق اذ هي فكرة غير حقيقية و غير ملموسة و هذا الفقيه يعتبر ان الحقوق تعطي الأفراد صلاحيات و سلطات لا يجب الاعتراف بها اذ يجب ان

يكون سيد الموقف هو القانون و ان الحقوق غير موجودة ولا يوجد الا مواقف يتدخل القانون لمعالجتها

و رغم اهمية هذه الافكار فإن فكرة الحق و حماية الحقوق تغلبت اخيرا و هيمنت على الفقه القانوني اذ ان اغلب الأنظمة و الدساتير تقر الحقوق و تعترف بها و فكرة حقوق الإنسان اصبحت مهيمنة لدرجة إستعمالها بيد دول لقلب أنظمة سياسية لا تحترمها وهذه الفكرة نجدها ايضا في ضل الدساتير التونسية لسنة 1959 و 2014 و 2022 وكل باحث للقانون يمكن ان يعطي الحق تعريفا مختلفا عما يوجد وهذه ايضا صعوبة نظرية اخرى و عموما يعرف الحق في ثلاثة اراء أساسية

### - تعريف الحق حسب النظرية الشخصية (نظرية الإرادة (théorie de la volonté)

بانه إرادة اي أنه ما يريده وما يقره الشخص و يرغب ان يتمتع به وهو سلطة و قدرة يتمتع بها بناء على إرادته

لكن هذه النظرية الشخصية تم نقدها من عدة نواحي  
أولاً: قيل في شأنها انها تغلب الإرادة على عنصر اساسي وهو القانون اذ لا يمكن ان يكون هنالك حق الا في اطار القانون و اذا تعرضت هذه الإرادة مع القانون لا يمكن ان ينشأ الحق وبالتالي يجب ان يكون عنصر القانون موجودا في التعريف  
ثانياً: يبدوا هذا التعريف قاصرا لإهماله الحقوق الإرادية مثال الجنين الذي في بطن امه له حقوق دون ارادته و المجنون و معدوم التمييز

### - تعريف الحق حسب النظرية الموضوعية

#### (نظرية المصلحة (théorie de l'intérêt)

التي تغلب في تعريف الحق فكرة المصلحة وهي موضوعية لأنها تركز على موضوع الحق (المصلحة) وليس صاحب الحق  
وتعتبر ان الحق هو مصلحة يحميها القانون  
( les droits sont des intérêts juridiquement protégés )

فالحق لا يكون حقا الا اذا كان يحميه القانون و اذا عارضه لا يعتبر حقا وهذه النظرية لنقد لإهمالها البعد الشخصي فهي مصلحة الأفراد ولا يمكن الحديث عن الحق دون وجود الفرد

### - تعريف الحق حسب النظرية المختلطة

و على هذا الأساس برزت نظرية تجمع بين النظريتين تعتبر ان الحق هو سلطة إرادية للفرد و مصلحة يضمنها القانون وهو قدرة الفرد الذي يريد ان يمارس صلاحية ما ويجب ان يضمنها القانون

وعديد الشراح تبناوا هذه الفكرة امثال " Henry capitant " وهذه التعريفات تعطي النظرية المختلطة التي تعرف الحق على انه قدرة الشخص على ممارسة سلطة إرادية طبق القانون وهو مصلحة يضمنها القانون

### صعوبة تصنيف الحقوق

لا يمكن تقسيم الحقوق لأقسام تجمع جميع انواع الحقوق اذ يتم التصنيف وفق معايير معينة يحددها القانون والتصنيف يقوم به المشرع وشراح القانون وقد اختلف فقهاء القانون عندما ارادوا تصنيف الحقوق واعتمدوا

- تصنيف اول يستند لتفرقة كبرى بين القانون العام والقانون الخاص  
القانون العام هو الذي ينضم العلاقات بين الأفراد والدولة وعلاقات مؤسسات الدولة فيما بينها والقانون الخاص هو الذي ينضم علاقات الافراد فيما بينهم وبالتالي تقسم الحقوق الى حقوق عامة: تنشأ عن العلاقات التي تخضع للقانون العام كحق الدولة على المواطن وحق المواطن على الدولة  
حقوق خاصة: تنشأ عن العلاقات التي تخضع للقانون الخاص

تصنيف ثاني يستند على قوة الحق  
حقوق مطلقة: يمكن ان يواجهها بها الجميع كحق الملكية  
حقوق نسبية: يجب تنفيذها إلا بين المعنيين بها كالحقوق الناشئة عن إبرام العقود والتي تنشأ التزامات على المتعاقدين (العقد ينشأ الإلتزام) وكل إلتزام ينشأ للطرف الاخر حقا نسبيا

تصنيف ثالث يركز على الطبيعة المالية للحق  
حقوق مالية: تقوم بالمال  
حقوق غير مالية: لا تقوم بالمال

- تصنيف الحقوق حسب محل الحق, اما مرتبطا بذات الإنسان او المكاسب  
حقوق ذاتية  
حقوق عينية: تمارس على العين  
حقوق شخصية: تمارس بين الأشخاص على المكاسب

- تصنيف اخر يركز على اصحاب الحقوق  
حقوق فردية  
حقوق جماعية

- تصنيف الحقوق حسب مصدرها  
ويكون مصدرها: إما العقد او التصرفات القانونية او القانون...

#### من الناحية التطبيقية

الحق ليس فكرة جامدة يمكن تحديدها بل هو فكرة مرنة وهذه الحقوق ليست ساكنة ويمكن اعتراضها و ان يقع انتهاكها والمساس بها وفي هذه الصورة يجب ان تصدى القانون لهذه الإعتداءات و ضمان الحقوق و حمايتها و ذلك عن طريق عدة وسائل كالجرائم القانونية الملائمة ومنها ما هو مدني و منها ما هو جزائي و ذلك عن طريق الدعوى القضائية فالقاعدة في القانون التونسي لا يمكن ان يقتصر الشخص لنفسه بنفسه والقصاص يكون عن طريق القضاء ويتدخل القانون لحماية الحقوق عن طريق وسائل التنفيذ الجبري فالحقوق تحتاج لحماية يحققها القانون عن طريق وسائل مختلفة تحقيقا لسلم و الامن الإجتماعي

وسنتناول تقسيم الدرس الى 3 أجزاء

أولاً: مختلف انواع وأصناف الحقوق وأهمها

- ثانياً: أصحاب الحقوق

(الأشخاص المتمتعون بالحقوق وممارستها)  
أصحاب الحقوق هم الأشخاص الطبيعيون و الأشخاص المعنويون

- ثالثاً: إثبات الحقوق

لا ينفذ التكلم بحق لا نفاذ له  
مسألة هامة جدا يتبناها المشرع في مجلة الإلتزمات والعقود ( م ا ع ) و مجلة المرافعات المدنية والتجارية ( م م م ت).

## الجزء الأول : أقسام الحق

تقسم الحقوق حسب موضوعها (الباب الأول) او اعتمادا على مصدرها (الباب الثاني)

### الباب الأول : تقسيم الحقوق اعتمادا على موضوعها

تقسم الحقوق الى صنفين :

**حقوق ذات قيمة مالية** يمكن التصرف فيها طبق القانون (Les droits patrimoniaux)

حقوق مرتبطة بذات الإنسان ومقوماته المادية والمعنوية ولا يمكن التصرف فيها لا بيعها ولا بشرائها وتسمى **حقوق غير مالية** كونها لا ترتبط بالذمة المالية وهي خارجة عن التعامل بها (Les droits extrapatrimoniaux)

### القسم الأول : الحقوق المالية

هي الحقوق التي يمكن تقويمها بالمال و توصف كونها حقوق مرتبطة بالذمة المالية ذلك انها تكون الجانب الإيجابي للذمة المالية

من خصائص الحق المالي انه حق قابل لتداول والإحالة وقابل للإنتقال من شخص الى اخر (حق الملكية , حق الأنتفاع , حق الدين...) وهذه الاحالة يمكن ان تكون بين الأحياء او عند الوفاة فعند موت شخص تنتقل حقوقه المالية لورثته وهو حق قابل لتنفيذ عليه عن طريق وسائل التنفيذ الجبري فمثلا اذا تولى شخص اقراض شخص اخر مبلغ من المال و امتنع المدين عن دفع دينه يمكن لدائن التوجه للمحكمة التي تصدر حكما بإلزام المدين بالدفع فإذا إمتنع عن الدفع طواعيًّا تتوجه

المحكمة لوسائل التنفيذ الجبري عبر عقلة على المكاسب ثم بيع جبري ومن ثمن البيع يقع خلاص الدين . وبالتالي الحقوق المالية قابلة لتنفيذ عليها والحق المالي قابل لتقادم المكسب) كالحوز, الفصول 38---55 مجلة الحقوق العينية (م ح ع ) و المسقط (سقوط حق القيام بالدعوى , الفصول 402---413 مجلة الإلزامات والعقود (م ا ع ) ) بمرور الزمن عكس الحقوق الغير مالية

## المبحث الأول : الذمة المالية

المقصود عموما بالذمة المالية هو ما يملكه الشخص ويكتسبه من اشياء. وفي القانون هو مجموع ما لشخص من إلتزامات وحقوق مالية حاضرا و مستقبلا .

وتنقسم الذمة المالية لقسمين:

(+) جانب إيجابي	(-) جانب سلبي
الأصول: المكاسب	الخصوم: الديون و الإلتزامات

وعندما يكون الجانب الإيجابي اكثر من السلبي نقول الذمة المالية موسرة وعندما يكون الجانب السلبي اكثر من الايجابي نقول الذمة المالية معسرة وتبقى الذمة المالية موجودة حتى لو كان الشخص مفلسا وكل شخص له ذمة مالية وهي وعاء يمكن ان تتغير محتوياته وكل شخص يكتسب الذمة المالية منذ ولادته وحتى الجنين في بطن امه له ذمة مالية وكل شخص له شخصية قانونية التي من مقوماتها الذمة المالية وعندما يتوفى الشخص و تنتهي شخصيته القانونية تنعدم ذمته المالية وتنتقل لورثته و تترتب عن هذه الفكرة عدة نتائج  
\_ كل شخص له ذمة مالية مهما كانت ديونه.

\_ الذمة المالية لا تثبت إلا للأشخاص الذين يتمتعون بشخصية قانونية من أشخاص طبيعيين و الأشخاص المعنوية التي تمتلك الشخصي القانونية كالشركات.

\_ الذمة المالية تكون موجودة بوجود الشخصية القانونية وتزول بزوالها.

\_ الشخص لا يمتلك إلا ذمة مالية واحدة وهي لا تتعدد ولا تتجزأ

مثال(التاجر الحرّ إذا لم يكن شركة لا يمكن ان يطالب التنفيذ على نشاطه التجاري دون مكاسبه الأخرى)

## المبحث الثاني : أنواع الحقوق المالية

الحقوق التابعة لذمة المالية هي حقوق متنوعة ويميزها المشرع في 3 انواع :

\_حقوق عينية (أ)

\_حقوق شخصية (ب)

\_حقوق فكرية (ج)

### أ) الحقوق العينية (Les droits réels)

المقصود بالحق العيني هو السلطة التي يتمتع بها الشخص على شئ مادي قابل للتملك بما يخول له الحصول منافع المادية و الإقتصادية كلياً او جزئياً ويسمى حقا عينياً كونه يرتبط بالعين أي الشئ و جمعها أعيان و هو حق عيني كونه رابطة بين الشخص و الشئ (العين) تظهر من خلال السلطة التي يتمتع بها الشخص على الشئ موضوع الحق العيني , وهذه السلطة أبرز صلاحياتها تظهر عندما يكون الحق العيني أقوى الحقوق العينية وهو حق الملكية و هو حق هام ضمنه كل دستور تونسي ( 1959 , 2014 , 2022 ) وحقوق عينية أخرى بينها المشرع بالفصل 12 مجلة الحقوق العينية (م ح ع ) وهي الملكية

\_الإنزال والكردار و دخلهما

\_حق الإنتفاع

\_حق الإستعمال

\_حق السكنى

\_حق الهواء

\_الإجارة الطويلة

\_حق الإرتفاق

\_الإمتياز

\_الرهن العقاري

ويمكن تقسيمها إلى نوعين: حقوق عينية أصلية(1) وحقوق عينية تبعية(2)

## 1 ا) الحقوق العينية الأصلية

أهمها حق الملكية وهو أقوى الحقوق العينية كونه يمنح لصاحبه كل السلطات على الأشياء التي يمتلكها وبينه المشرع في الفصول 17---21 مجلة الحقوق العينية وعرفه في الفصل 17 م ح ع: هو الحق الذي يخول صاحب الشيء وحده استعماله وإستغلاله والتفويت فيه

ويمكن حق الملكية صاحبه من التصرف في ملكه ويمكن ان يكون التصرف معنويا (بيع , شراء... ) او ماديا (إستغلال,تفويت...)

وإلى جانب حق الملكية هنالك الحقوق المتفرعة عنه وهي  
حق الإستعمال

حق الإنتفاع

حق الإرتفاق

حق السكنى

حق الهواء

الإنزال و الكرदार و دخلهما و حق الإجارة الطويلة

وبالتالي تكون الملكية

استعمال

إستغلال

تصرف

## 2 ا) الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) ( suretés réelles )

نجدها عموما في الفصل 193 م ح ع

الإمتياز

الرهن

حق الحبس

هي حقوق يمارسها الدائن في إيطار العلاقة مع المدين وحق الحبس بينه المشرع في الفصول 309—324 مجلة الإلتزامات و العقود

كمثال: رفض الدائن تسليم شيء على ملك المدين حتى تسدسد دينه

وحق الرهن عرفه المشرع في الفصل 201 م ح ع: انه عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئا منقولاً أو عقاراً أو حقاً مجرداً لضمان الوفاء بالتزام ويخول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه

وبالتالي يمنح حق الأفضلية وحق التتبع

حق الأفضلية (مثال): المدين مدان ب 300 الف دينار لعدة دائنين وقيمة العقار 200 الف دينار وهو مدين لدائن المرتهن ب 150 الف دينار تكون الأفضلية لدائن المرتهن حيث يسد دينه كاملا و يقسم بقية المبلغ على باقي الدائنين  
حق التتبع (مثال): فرضا ان المدين تولى التفويت في العقار والعقار ملكه وهو مرهون يقع تتبع العقار والتنفيذ عله تحت اي يد كان حتى ولو بيع لاكثر من مرة

وبالتالي الحق العيني التبعي لا ينشأ إلا بوجود دين و ينقضي بإنقضاء الدين  
وبالتالي الحق العيني التبعي ينشأ تبعا لدين و الدين هو حق شخصي

## (ب) الحقوق الشخصية (Les droits personnels)

الحق الشخصي هو ليس علاقة بين الشخص والشيء (خلافًا للحق العيني) وإنما هو علاقة قانونية بين شخصين الدائن (le créancier) من جهة والمدين (le débiteur) من جهة أخرى  
وبمقتضى هذه الرابطة القانونية يتمتع الدائن بإزاء مدينه بسلطة تمكنه من مطالبة هذا المدين بتنفيذ وأداء ما إلتزم به وإن إقتضى الأمر جبره عن طريق الوسائل القانونية المتاحة

1 ا) ويترتب عن هذا التعريف عدة نتائج

أولا : الحق الشخصي هو رابطة بين شخصين الدائن والمدين خلافا للحق العيني الذي هو رابطة بين الشخص صاحب الحق والعين (الشيء) محل الحق

وإذا ركزنا على جهة الدائن نقول أن الدائن يتمتع في القانون بحق الدائن (le droit de créance) ومن جهة المدين فإننا نتحدث عن الإلتزام (l'obligation) والذي بموجبه المدين ملتزم تجاه المدين بأداء ما إلتزم به

وعبارة الإلتزام عبارة هامة في القانون لدرجة تخصيص مجلة قانونية بعنوان مجلة الإلتزامات والعقود  
والدائن هو الذي يتمتع بالحق الشخصي الذي يطلق عليه ايضا حق الدائنية (le droit de créance)

**ثانيا : الحق الشخصي يتكون من ثلاثة عناصر**

**أطراف الإلتزام**

مبدئيا طرفين (الدائن) من جهة و (المدين) من جهة اخرى و قد يتعدد الدائنون و المدينون و احيانا يمكن ان يكون الإلتزام من جهة واحدة و هو إستثناء (مثال الوعد بجائزة عند ضياع شي كحيوان أليف)

**محل الحق الشخصي (أي الموضوع الذي يتسلط عليه الحق الشخصي)**  
وهو ما يحق للدائن ان يطالب المدين به ويمكن ان يكون عملا ايجابيا (إعطاء شئى او فعل شئى) أو سلبيا (الإمتناع عن فعل شئى) وهذا الإلتزام ينفذه المدين لفائدة الدائن

**الحماية القانونية للحق الشخصي**

الحق الشخصي هو سلطة تمكن الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ ما إلتزم به وإذا امتنع عن ذلك يحق للدائن التوجه الى القضاء و يطلب من المحكمة أن تصدر حكما يلزم المدين بتنفيذ ما إلتزم به وإذا امتنع عن تنفيذ ذلك الحكم يمكن للدائن أن يعتمد وسائل التنفيذ الجبري . لا ينفذ التالكم بحق لا نفاذ(لا قوة) له . وبالتالي يحمي القانون الحق الشخصي عن طريق الدعوى القضائية و وسائل التنفيذ الجبري

**ثالثا: تتعلق بمضمون(موضوع) الإلتزام**

ويلتزم المدين تجاه الدائن إما بفعل إيجابي(+) او فعل سلبي(-)  
الإلتزامات فيها العديد من التقسيمات و هنالك تقسيم تقليدي تبناه المشرع في (م أ ع) وهي عموما 3 انواع:

**إما إعطاء شيء (obligation de donné)**

اي نقل شيء من الذمة المالية للمدين إلى الذمة المالية للدائن  
(مثال عقد البيع : هو الذي ينقل الملكية من ذمة البائع إلى ذمة المشتري)  
وكل العقود الناقلة للملكية هي إلتزام بإعطاء شيء

**إما فعل (عمل) شيء (obligation de faire)**

مثال عقد المقاوله : المقاول ملتزم ببناء شيء  
مثال عقد العمل : العامل ملتزم بعمل  
مثال عقد التمثيل : الممثل ملتزم بالتمثيل

او عدم فعل شيء (obligation de ne pas faire)  
مثال عندما يبيع شخص أصل تجاري (مثل مطعم عند إتفاق البائع و المشتري وقبوله الشراء من بين البنود التي تكون في العقد الإلتزام بأن لا يفتح البائع نشاط مماثل في مساحة ومدة محددتين بالقانون) وهذا الإلتزام هو إلتزام بعدم عمل شيء  
مثال في عقد الشغل منع الإلتحاق بعمل في شركة منافسة

=وبالتالي الإلتزامات 3 انواع وهنالك تقسيمات اخرى...

## 2 ا) ويتضح لنا أن الحق الشخصي يختلف تماما عن الحق العيني

**اولا:** الحق الشخصي هو حق نسبي كونه علاقة بين طرفين ولا يهم إلا الطرفين ولا يمكن ان يواجه به إلا المدين خلافا للحق العيني الذي هو حق مطلق صاحبه يواجهه به الجميع ويلزم الجميع بإحترامه

**ثانيا :** يختلف الحق الشخصي عن الحق العيني بإعتبار الحق الشخصي لا يخول للصاحبه إلا التنفيذ على مكاسب المدين الموجودة على ذمته المالية ولا يمكن التنفيذ عليها إذا إنتقلت على ملك الغير

وذلك تطبيقا لقاعدة هامة أقرها المشرع بالفصل **192** (م ح ع) : مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصون ثمنها إلا إذا كانت هنالك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض

(حق الضمان العام لدائنين) وبالتالي النفيذ يكون إلا على مكاسب المدين ولا على الذات في القانون التونسي (في الإلتزامات المدنية)التنفيذ الجبري هو عقلة المكاسب وبيعها وهي

المكاسب التي تكون على الذمة المالية للمدين وإستخلاص الدين من ثمن البيع وأما إذا خرجت من ذمة المدين وإنتقلت إلى ذمة مالية أخرى لا يمكن التنفيذ عليها (لكن يمكن أن يصبح للدائن حق التتبع عندما يكون له حق عيني تبعي)  
وبذلك إذا فرط المدين في مكاسبه لا يمكن للدائن صاحب الحق الشخصي تتبعها و التنفيذ عليها

**ثالثا:** صاحب الحق العيني لديه حق التتبع والأفضلية خلافا لصاحب الحق الشخصي

مثال : الدائن المرتهن (صاحب حق عيني تبعي)والمدين الراهن لعقار او منقول على سبيل المثال والرهن لا يجرد المدين من حق الملكية والملكية تعطي حق التفويت اذ يمكن للمدين تفويت المرهون إلى الغير و للدائن المرتهن حق التتبع خلافا لصاحب الحق الشخصي وفرضا أن المدين لم يوفي بالدين (الإلتزام) وإضطر المدين لعقلة العقار و بيعه وقد بيع فرضا ب 500 ألف دينار وبعد البيع سيقسم الثمن على الدائنين،دائن مرتهن و دائنون اخرون (300 ألف دينار للدائن المرتهن

و 3 دائنون اخرون لكل منهم دين بقيمة 100 الف دينار) وبالتالي حصيلة التنفيذ لا تكفي لخلاص كل الديون و في هذه الصورة تكون الافضلية للدائن المرتهن صاحب الحق العيني التبعي والذي هو صاحب حق الافضلية الذي يخول له استخلاص دينه كاملا قبل بقية الدائنين الاخرين ويقسم بقية المبلغ 200 الف دينار على الدائنين الاخرين بالتساوي اي 66 الف دينار و سيتحمل كل منهم نسبة من الخسارة لان القاعدة هي ان مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصون ثمنها بالمساواة = اذا الحق الشخصي يتميز بانه :

\_ حق نسبي

\_ فاقد لحق التتبع

\_ فاقد لحق الافضلية و يخضع لقاعدة المساواة

### ج) الحقوق الفكرية (les droits intellectuelles)

هي حقوق تستعصي عن التعريف ويصعب تصنيفها فلا هي حقوق عينية محضة ولا هي حقوق شخصية ولذلك هي صنف اخر من الحقوق المالية وهي ليست حقوق شخصية كونها لا تمارس ضد شخص معين وإنما يواجه بها الجميع والحق الفكري ليس حق عيني كونه لا يمارس على شيء مادي اذ يتسلط على فكرة معينة فالمؤلف يتمتع بالحقوق الأدبية والفكرية وهو مالك لفكرة ما و مالك لإبداع و مالك لما انتجه فكره والمخترع يتمتع بحقوق فكرية فالإختراع هو في الأصل فكرة (حق الإختراع) (الحق في الملكية الصناعية , الحق في النماذج الصناعية)...

وهذه الحقوق تمنح لصاحبها الحق في ان يحتكر إستغلال فكرته (Le monopole d'exploitation)

خلافًا للحق الشخصي الذي يمنح لصاحبه حق مطالبة المدين بأن يلتزم بأداء دينه

و خلافًا للحق العيني الحقوق الفكرية لا تعطي لصاحبها ملكية حقيقية مستوفاة الشروط اذ لا يمكنه مثلا التفويت المادي فيما يملكه

وبالتالي صاحب الحق الفكري يمارس حقه في القانون بحقه بأن ينفرد باستغلال فكرته وان

يمارسها ويستعملها وان ينتفع بعوائدها المالية

و بذلك صاحب الحق الفكري يتمتع في الحقيقة بحقين

-حق معنوي: وهو الحق في ملكية فكرته وعدم الإعتداء عليها وعدم الإستحواذ عليها دون موافقته

-حق مادي: إمكانية إستغلال الفكرة ماديا ماليا عن طريق بيعها وعن طريق التصرف فيها

مثلا بالنسبة للكاتب عن طريق بيع مؤلفاته , والشاعر عن طريق بيع ديوانه ونشره وتوزيعه

وبالتالي صاحب الحق الفكري لديه

-الحماية المعنوية من خلال الحماية القانونية لفكرته و إبتكاره وعدم الإئتداء عليه وعدم الإستحواذ

و عدم استغلاله دون موافقته

-الحماية المادية عن طريق ضمان الإنففاع بعائدات فكرته المالية

وهذا ما يجعل الحق الفكري مستعصي عن التصنيف بين الحق العيني والحق الشخصي كونه لا

يمارس على شيء مادي و ليس رابطة بين شخصين دائن و مدين

## القسم الثاني : الحقوق الغير المالية

أو حقوق الشخصية ( Les droits de la personnalité )

وتسمى ايضا الحقوق الذاتية ( Les droits subjectifs )

وهي عموما الحقوق التي تمنح للذات البشرية (الإنسان) بوصفه إنسانا وتهدف لحماية ذاته وشخصه ووجوده ولذلك فإن هنالك بعض المفكرين والفلاسفة الذين يسمونها **الحقوق الثابتة للإنسان ( Les droits innés )** أو **الحقوق الطبيعية ( Les droit naturels )** (وهي الحقوق اللصيقة بالشخص أي المرتبطة به)

وهي تتطور من زمن إلى آخر وتتقدم بتقدم الإنسانية وفي كل عصر تسعى المجتمعات لتدعيمها وحمايتها و تطويرها والتأكيد على ضرورة إحترامها و عدم الإعتداء عليها ولذلك منذ مدة طويلة نسمع بحقوق الإنسان والمقصود بها ليس حقوق الأفراد المالية وإنما الحقوق التي يتمتع بها الإنسان بوصفه إنسان وتطور الدولة هذه الحقوق و تدعمها اذ ان كل الدساتير التونسية (1959,2014,2022) في مطلعها في الباب الأول باب الحقوق والحريات تقر بها وتضمن التمتع بها وتحميها وهي تدخل تحت الحقوق الغير مالية كونها تتميز بالخصائص التالية:

**أولا :** هي حقوق لا تقوم بالمال : أي انها لا تعتبر اموالا تباع وتشتري ولا تدخل في الذمة المالية ولا تدخل في التعامل ولا تقدر بثمن , وهذا لا يعني ان ليس لها علاقة بالمال إذ أن الإعتداء عليها ماديا او معنويا يمكن لأصحابها المطالبة بالتعويض المالي

**ثانيا :** هي حقوق مطلقة : اي لا يمكن تقييدها أو إلغائها أو الإتفاق على خلافها ولا يمكن الحد منها أو منع ممارستها من قبل أصحابها (خلافًا للحق المالي اذ يمكن مثلا منع التصرف) , ونتيجة الإتفاق على خلافها أو منع ممارستها حتى من قبل أصحابها هو البطلان

وهذا ما يقرره الفصل 118 (م ا ع ) : كل شرط من شأنه أن يمنع أو يقيد على إنسان تعاطي ماله من الحقوق البشرية كحق الزواج ومباشرة حقوقه المدنية فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا يجري هذا الحكم فيما إذا تعهد إنسان بعدم تعاطي تجارة أو صناعة معلومة في جهة أو مدة معينة

**ثالثا :** غير قابلة للتعامل أو التداول أو الإنتقال من شخص إلى شخص آخر (خلافاً للحق المالي ) لا بين الأحياء ولا الأموات

**رابعا :** لا يمكن التنفيذ عليها (لا يمكن عقبتها ) خلافاً للحقوق المالية

**خامسا :** هي حقوق دائمة لا تسقط وهي ثابتة لا يطالها لا التقادم المكسب ولا التقادم المسقط (خلافاً للحق المالي)

(مثال شخص إسمه علي وينادي سامي منذ طفولته لا يكتسب إسم سامي بمرور الزمن)  
(مثال القضية الفلسطينية لا تسقط بمرور الزمن)

والحقوق الغير مالية عديدة ولا يمكن حصرها و سنتناول أهمها في 3 أنواع

**\_الحقوق المتعلقة بهوية الإنسان (مبحث 1).**

**\_الحقوق المتعلقة بالحرمة المادية (الجسدية) للإنسان (مبحث 2).**

**\_الحقوق المتعلقة بالحرمة المعنوية للإنسان (مبحث 3).**

## المبحث الأول : الحقوق المتعلقة بهوية الإنسان

لكل إنسان الحق في أن يتفرد بذاته و أن يكون له هويته الخاصة التي تميزه وتجعله متفردا عن غيره من الأشخاص وهو حق يثبت للإنسان منذ نشأة شخصيته القانونية وهذا ما يقره الفصل 5 من مجلة حماية الطفل: لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته وتشمل الهوية الإسم واللقب العائلي و تاريخ الولادة والجنسية وعناصر اخرى كالجنس والمقرتساعد على تحديد هوية الشخص

وسنتناول هذه الحقوق في فقرتين:

\_ الإسم و اللقب (1)

\_ العناصر الأخرى المحددة للهوية (2)

### الفقرة الأولى : الإسم واللقب

هي حقوق أساسية تمكن من تعريف الإنسان وتحديد هويته وتميزه عن غيره وما يؤكد أهميتها كثرة النصوص والقوانين التي تنظمها فمنذ الإستقلال حرص المشرع التونسي على تنظيم هذه المسألة واهم هذه القوانين  
\_ قانون 1 اوت 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية  
\_ قانون 26 ماي 1959: المتعلق باللقب العائلي  
\_ قانون 28 ماي 1964: المتعلق بالسماح لبعض التونسيين بتغيير الإسم واللقب  
\_ قانون 28 أكتوبر 1998: المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين اي مجهولي النسب و عرف هذا القانون عدة تنقيحات ابرزها سنة 2001  
\_ قانون 25 مارس 2001: المتعلق بإحداث شهادة تطابق بين اللقب الأصلي و اللقب المسند

و اذا اطلعنا على هذه النصوص سنتأكد من أهمية الاسم و اللقب و انها أمر وجوبي لا مفر منه و هذا ما أقره صراحة قانون 26 ماي 1959 الذي تضمن ما يلي  
ينبغي على كل مواطن تونسي ان يكون له زيادة عن اسمه او اسمائه اي ان يكون له لقب عائلي

كذلك يمكننا الإطلاع على هذه القوانين أن نعرف و نستنتج أن الأحكام المنظمة للقب الإسم ليست واحدة و كل عنصر له قواعد تميزه و على هذا الاساس سنتناول في مرحلة أولى أحكام اللقب (الفرع الأول) وفي مرحلة ثانية أحكام الإسم (الفرع الثاني) .

## الفرع الأول : الأحكام الخاصة باللقب

سنتناول مسألة أولى كيفية إسناد اللقب (1) و مسألة ثانية تحديد خصائص اللقب(2)

### 1) إسناد اللقب

عند قراءة النصوص نفهم أن إسناد اللقب يخضع لمبدأ أساسي(أ) وأن له إستثناءات (ب).

#### أ) المبدأ

يكتسب الطفل الشرعي وجوبا لقب أبيه وأساس هذه القاعدة الفصل 68 مجلة الأحوال الشخصية وما بعده وخاصة الفصل 71 (م أ ش ) : إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت نسب المولود من الزوج

ومن شروط أن يكون عقد الزواج صحيح الكتب و أن لا يكون زواج ثاني...

وإن كان الزواج غير صحيح لأي سبب من الأسباب يضل النسب للزوج وهذه القاعدة تسري حتى على الأطفال الذين يخضعون لنظام الكفالة

والمولود يمكن ان يخضع لنظام كفالة أو تبني او ان يكون مهملا

وضعية الطفل المكفول : الذي تسند كفالته لوالدين غي والديه الأصليين (مثال طفل لوالديين فقيرين أو ميتين ) يسند له لقب والده الأصلي

و اساس هذه القاعدة الفصل 6 من قانون 4 مارس 1958 الذي تضمن ما يلي يحتفض المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وخاصة لقبه

وهذا ما يجعل الأمر يختلف عن وضعية التبني فالطفل المتبني يفقد لقبه الأصلي و حتى إسمه الأصلي لأن من حق الزوجيين المتبنين إسناد أسم و لقب جديد لإبنهم المتبني

وهذا المبدأ غير مطلق نظرا لوجود إستثناءات عليه

( في القانون الفرنسي يمكن أن يسند للطفل المولود لقب الزوج أو الزوجة بناء على إتفاق بينهما)

## ب) الإستثناءات

**أولاً :** إستثناء ناتج عن وضعية خاصة (قانون **26 ماي 1959** المتعلق بالنظام العائلي ) الذي أوجب على كل تونسي أن يقدم قبل غرة ديسمبر 1959 تصريحاً باللقب بمركز الشرطة أو الحرس الوطني الكائن بمقره أو القنصلية التونسية بالنسبة للمقيمين بالخارج و أضاف في فصليه **6** و **7** انه تحدث في كل معتمدية لجنة مختصة تسمى اللجنة المحلية للقب العائلي تتعهد بالبحث في هذه النزاعات و تعد قائمة في الأسماء والألقاب ويمكن لهذه اللجنة ان تسند لقباً من تلقاء نفسها الى الأشخاص الذين لم يصرحوا لديها بألقابهم وافضى هذا إلى مشاكل ك وجود أخوة ليس لديهم نفس الألقاب نضراً لإسناد ألقاب بالخطأ مما ادى إلى مشاكل قانونية في عدة ميادين كميدان الميراث وهذا من الأسباب التي جعلت المشرع يسن قانون **25 مارس 2001** المتعلق بشهادة تطابق بين اللقب الأصلي واللقب المسند و ذلك يكون عبر التوجه للمحكمة الناحية

**ثانياً :** الأطفال الغير شرعيين اي المولوديين خارج إطار الزواج و يطلق عليهم الفقه الأطفال الطبيعيين لتمييزهم عن الأطفال الشرعيين فأحياناً لا يمكن تحديد الأب وأحياناً لا يمكن تحديد الأبوين ويمكن لإبن الزنى أن يعطى له لقب أمه ويمكن ان تقول الأم عن هوية الأب إلا انه يرفض إعطاء لقبه وأحياناً لا يعرف كلا الأبوين

فجاء قانون **28 اكتوبر 1998** و اقر أنه يمكن تدارك هذه الوضعيات عبر إسناد الطفل هوية إفتراضية و ذلك بطرق عديدة محصورة في إجراءات محددة تتمثل في تقديم مطلب للمحكمة الابتدائية بهدف تمكينه من هوية إفتراضية و ذلك من قبل الأم الحاضنة فإما هويتها أو هوية الأب إن وجد وفي صورة رفضه يقع نزاع بينهما لإثبات الأبوة وعند عدم وجود الأم يوجه مطلب من قبل الولي العمومي أو من قبل نفسه بعد سن الرشد , وبذلك تسند له هوية إفتراضية

**ثالثاً :** إسناد لقب ثاني إختياري للزوجة وهو لقب زوجها لمزيد التعريف بها و اساسه الأعراف الفرنسية

## 2) خصائص اللقب

عندما يسند لقب لشخص فإن له خاصية اساسية (أ) وخصائص أخرى (ب).

## أ) عدم قابلية اللقب لتغيير بصفة إختيارية (Le principe de l'immutabilité du nom)

من له لقب لا يمكن له تغييره لأن اللقب يحدد الهوية و يميز الشخص عن غيره و ذلك لأنه لا يجوز السماح بالتلاعب بالهوية

وهذا ما أكده القانون بصورة صريحة و خاصة الفصل 1 من قانون 28 ماي 1964 الذي يستفاد منه عدم قابلية إستبدال اللقب بلقب اخر بصفة إختيارية

### الإستثناءات

\_ الذي إكتسب لقباً مخالف للقبه الأصلي من قبل اللجنة المحلية للقب العائلي وهذا بصريح نص قانون 26 ماي 1959

\_ إذا كان اللقب موضوع إلتباس او سخرية او مناف للأخلاق الحميدة يمكن تغييره بصفة إستثنائية تطبيقاً للفصل 4 من قانون 26 ماي 1959 الذي يشترط ان لا يكون اللقب محل سخرية او مناف للأخلاق ويمكن في تلك الصورة تغييره عن طريق دعوى قضائية

### صورة الرجوع في التبني

التبني يقع بمقتضى حكم صادر من محكمة الناحية و يسند للطفل المتبني اسم ولقب من الزوجيين المتبنين وهو لقب الزوج المتبني

ويتفطن الطفل بوجود والديه الأصليين او قد يريد الةالدييت الاصيلين استرجاع إبنهما فيطلب إحد الطرفين الرجوع في التبني وبالتالي الرجوع للقب الأصلي

وحكم التبني هو حكم بات إلا ان بعض المحاكم تجيز نقض هذا الحكم وبالتالي الرجوع للهوية

الأصلية كمحكمة الإستئناف بالمنستير في قرار صادر بتاريخ 9 جانفي 1986 تحت عدد 145 قررت انه لا مانع بالرجوع في التبني والرجوع للهوية الأصلية و بررت موقفها بعدة إعتبرات:

-عدم وجود نص يمنع الرجوع في التبني (وضعية فراغ تشريعي سكوت النص).  
عند سكوت النص يجب البحث عن حل ومن بين الحلول الرجوع الى القانون المقارن وبالرجوع

لل قانون الفرنسي نجد انه يسمح بالرجوع في التبني

- مصلحة المتبني بالرجوع لوالديه الأصليين الحقيقيين وبالتالي الروع لهويته الأصلية

( القاعدة في التأويل التيسير وليس التشتيت و التعثيد و التعسير)

وإستناداً لهذه الإعتبرات قررت المحكمة الرجوع في التبني والرجوع للقب الأصلي وهذا يعتبر إستثناء لعدم قابلية اللقب لتغيير

### ب) الخصائص الأخرى

عدم قابلية اللقب للتقدم أي أن عند عدم إستعماله مدة طويلة و اعتماد لقب آخر غير اللقب الأصلي لا يؤدي لاكتساب لقب جديد بمفعول طول الزمن او فقدان اللقب الأصلي بمرور الزمن

عدم قابلية التعامل لا يمكن البيع او شراء أو التصرف فيه و هذا في اطار الشخص الطبيعي اما في اطار الشخصية المعنوية كالشركات يصبح بيع تجاري و هو في اطار الاصل التجاري

الحماية القانونية لحق اللقب : و من يقع الاعتداء على لقبه يطلب الحماية القانونية للقبه  
القانون المصري و الايطالي يمكن من وقع الاعتداء على اسمه و لقبه المطالبة بالتعويض  
في القانون التونسي تطبيقات متفرقة نحددها

اولا في القانون المتعلق بالملكية الادبية و الفكرية من خلال حماية اسم المؤلف  
(Le droit de paternité) حق الأبوة على فكرته

قانون 27 جويلية 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية التي من بينها الاسم و اللقب

قانون 29 اكتوبر 1998 : الفصل 2 يخول للغير الذي لحقه ضرر فادح من جراء إسناد لقبه او  
كامل عناصر الهوية أو بعضها إلى المجهول النسب أن يتوجه الي المحكمة و ان يطلب الدفن  
بالتشبيب على هذه الهوية المسندة لهذا الشخص و ذلك  
في صورة إعطاء اللقب من قبل الام دون علم الرجل ويثبت انه ليس بابنه  
في صورة إعطاء القانون لقب  
في الفصل 4 من قانون اكتوبر 1998 يحجر استعمال ألقاب المشاهير و الأعلام من أحياء و  
أموات كعناصر الهوية و يحق له التعويض نضراً لغياب النص المتعلق بالتعويض بناء على  
قواعد المسؤولية المدنية

الفصل 82 (م ا ع) : من تسبب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانوني سواء كان.  
الضرر حسيا أو معنويا فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب  
للضرر مباشرة  
ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك

الفصل 83 (م ا ع) : من تسبب في مضرة غيره خطأ سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو  
مسؤول بخطئه إذا ثبت أنه هو السبب الموجب للمضرة مباشرة  
وكل شرط يخالف ذلك لا عمل عليه  
والخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر

بشرط أن يثبت عناصر المسؤولية المدنية  
الخطأ و الضرر العلاقة بينهما الخطأ أنتج الضرر و الضرر نتج عن الخطأ

## الفرع الثاني : الأحكام الخاصة بالإسم

خلافاً للقب العائلي الذي يسند وجوباً إلى الطفل لقب أبيه بإعتبار نسبه الى والده فإن  
إسناد الإسم خاضع لمبدأ حرية الإختيار ويقع إختيار الإسم من قبل أفراد العائلة (الأب  
او الأم أو الجد او الجدة ...).

ويمكن ان يسند للشخص اسم واحد مفرد او اسم مركب (محمد علي ,محمد أمين ...) وهذا دارج في عاداتنا وتقاليدنا و أيده المشرع في الفصل 1 من قانون 26 ماي 1959 : "ينبغي لكل مواطن تونسي ان يكون له زيادة عن اسمه او اسمائه لقب عائلي".

ولم يضع المشرع في هذا القانون او غيره قائمة محددة من الأسماء لكنه وضع شروط لإختيار الاسم وذلك في منشور 12 ديسمبر 1965 تحت عدد 85 "الصادر عن كاتبى الدولة للعدل والداخلية" الذي تضمن جملة من الضوابط الواجب إحترامها إذ جاء به يحجر اسناد الأسماء غير العربية للمواليد. كما يحجر اسناد اللقب كاسم او ان تسند الى المواليد القاب الزعماء او أسماؤهم او القابهم في آن واحد. ويجر أيضا اختيار أسماء مستهجنة او منافية للأخلاق او محل التباس

وبالتالي وبقراءة عكسية للمنشور يجب ان يكون الاسم عربيا وان لا يكون هو نفسه اللقب وان لا يكون لقب احد الزعماء او اسمائهم والقابهم في ان واحد ولا يجب ان يكون إسما مستهجنا او منافيا للأخلاق او محل شبهة والتباس

ويجب على الشخص الذي سيسند إسما لطفله التوجه لضابط الحالة المدنية وان يقوم بالتصريح بالإسم اثر الولادة وان يقع التصريح في اجل اقصاه 10 ايام منذ تاريخ الولادة و إن إنتهت المدة القانونية يقع إسناد الإسم بموجب قرار قضائي

وعند التصريح بالولادة يمارس ضابط الحالة المدنية الذي يتلقى التصريح نوعا من الرقابة على الأسماء حيث يجوز له رفض ترسيم إسما ما بدفتر الحالة المدنية اذا كان مخالفا للضوابط التي جاء بها منشور 12 ديسمبر 1965. إلا أن المشرع لم يبين صراحة ما هي الوسائل القانونية او الطعون المتاحة للأباء الذين يصرون على

التمسك بالاسم المختار من قبلهم . ويعتبر قرار ضابط الحالة المدنية قرارا اداريا ما يفتح المجال ، نظريا للجوء الى الاحكام الإجرائية العامة المتعلقة بالتظلم ضد الإدارة

امام المحكمة الإدارية التي تحكم عموما إما

بالغاء قرار إداري , أو تحميل الإدارة المسؤولية الإدارية

لكن يلاحظ في التطبيق ان المعنيين بالأمر غالبا ما يعمدون الى التوجه الى المحكمة

الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية) بعد مضي اجل العشرة الأيام المقرر للتصريح

بالولادة امام ضابط الحالة المدنية، ثم يطلبون ترسيم الاسم قضائيا. وغالبا ما تستجيب

المحكمة لطلبهم إذا لم تكن فيه مخالفة كبيرة لمنشور 12 ديسمبر 1965

والمسألة يمكن ان تأخذ بعدا اخر , ففي النظام الفرنسي مثلا مثل هذه النزاعات تعتبر نزاعات كبيرة وتدخل في الحريات الشخصية وتصل لمحكمة التعقيب و المطلاع على

فقه القضاء الفرنسي، يجده زاخرا بالأحكام القضائية التي نظرت في الخلافات الناتجة عن رفض ترسيم اسم من قبل مسؤول الحالة المدنية. ومثال ذلك القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 17 جويلية 1984 الذي لم يؤيد موقف الابوين الذين ارادا ان يطلقا على مولودهما اسم المكان الذي التقيا فيه لأول مرة . ونفس الموقف اتخذته محكمة التعقيب الفرنسية من الابوين الذين اختارا لمولودهما عنوان الاغنية التي رقصا عليها كما رفضت ذات المحكمة إطلاق اسم أحد أبطال الصور المتحركة «Titeuf» الذي وقع عليه اختيار الابوين لتعارض ذلك مع مصلحة الطفل وفي قضية اخرى رأت محكمة التعقيب الفرنسية انه لا مانع من اطلاق اسم «Megane» على طفل لقبه العائلي «Megane» وقبلت ترسيم الاسم

وتجدر الإشارة إلى ان التصريح بالأسماء أمام ضباط الحالة المدنية بعد 2010 تحت وطئة نفس الحريات أصبح مصدرا لعدد الصعوبات والاشكاليات في بلادنا، زادت تاجبا منظمات وجمعيات المجتمع المدني المناهية باحترام حرية الآباء في اختيار أسماء أبنائهم ورفع الحواجز القانونية عليها . ويبدو ان هذه المعطيات كانت من العوامل الأساسية التي أدت الى إلغاء منشور 12 ديسمبر 1965 وفعلا فقد صدر عن وزير الشؤون المحلية بتاريخ 15 جويلية 2020 منشور تحت عدد 13 تقرر بمقتضاه انهاء العمل بمنشور وعللت السلطة التنفيذية موقفها بأن التحجيرات والموانع المقررة بمقتضى النص الملغى تعتبر نوعا من التقييد على حرية اختيار الوالدين لأسماء المواليد الجدد عند ترسيمهم بدفتر الولادات مضيفة ان تطور الإطار القانوني للحريات في تونس بعد صدور دستور 27 جانفي 2014 ومصادقة بلادنا على عدة مواثيق دولية لها علاقة بالحريات وحقوق الطفل يفرض عدم المساس بحرية الإباء في اسناد اسم لأبنائهم وبالتالي أفضى إلى مزيد من الحرية في إختيار الأسماء ولكن إلى أي مدى يمكن إعتبارها مطلقة وهل ان لها قيود وحدود وهل هذه الحرية تعني إمكانية تغيير الاسم لاحقا؟؟؟

## في حرية إسناد الاسم

لا يجوز ان تكون هذه الحرية مطلقة ولا يمكن إعتبار انها اصبحت مطلقة بعد حذف منشور 12 ديسمبر 1965 لعدة إعتبرات

اولا : كونه منطقيا لا يجوز للأباء إطلاق أسماء محل إلتباس او سخرية  
ثانيا : ومن الناحية القانونية نستنتج من الفصل 4 من مجلة حماية الطفل انه يجب اعتبار مصلحة الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتخذ بشأنه سواء من قبل المحاكم أو السلطات الإدارية أو مؤسسات الرعاية الإجتماعية العمومية أو الخاصة ويراعى، علاوة على حاجيات الطفل الأدبية والعاطفية والبدنية، سنه وصحته ووسطه العائلي وغير ذلك من الأحوال الخاصة بوضعه وبالتالي لا يجب ان يكون الإسم غير متجانس مع مصلحة الطفل الأدبية والعاطفية

## في إستبدال الإسم

المبدأ هو عدم جواز إستبدال الإسم ( مبدأ عدم قابلية الإسم لتغيير ) مثل ما هو الشأن بالنسبة للقب

لكن بصفة إستثنائية يمكن تغيير الإسم في صور محددة يضبطها القانون

اولا : الفصل 14 من قانون 4 مارس 1958 (المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة والتبني ) يسمح للمتبنين بتغيير إسم ولقب المتبنى

ثانيا : قانون 29 اكتوبر 1998 (المتعلق بالأطفال المهملين و مجهولي النسب ) في صورة أسناد اسماء و القاب تمس من الغير في نسبهم وتتطابق مع أسمائهم يحق لهم طلب تغييرها

ثالثا : فرضا ان الطفل وقع تسميته بإسم مستهجن او محل إلتباس ووقع تسجيل الإسم قياسا على الفصل 4 من مجلة حماية الطفل وقانون 28 ماي 1964 في النص المتعلق بإمكانية تغيير القب ان لم يكن عربيا او مغاربيا او مستهجن... قياسا على امكانية تغيير القب نظرا كون الاسم واللقب يحددان الهوية يمكن تغيير الإسم في هذه الوضيعات

وسندرس في إيطار النظرية العامة للقانون ان المشرع لا يمكن ان يغطي كل الصعوبات والنزاعات القانونية و بالتالي تنتج وضعية فراغ تشريعي ومن بين الوسائل التي يمكن إعتماها لإيجاد حل قانوني وسيلة القياس وهي وجود نص ينظم وضعية مشابهة وفيها حل يمكن تطبيقه على الوضعية التي لا يوجد نص ينظمها

## الفقرة الثانية : العناصر الأخرى المحددة للهوية

لا يكفي الإسم واللقب لتحديد الهوية وإنما يجب إضافة معطيات أخرى تضمن تفرد الشخص وتمييزه عن غيره بصفة قطعية وهذه العناصر هي  
**جنسية الشخص (1) مقر الشخص (2) جنس الشخص (3)**

### الفرع الأول : جنسية الشخص (la nationalité)

الجنسية بصورة عامة هي رابطة قانونية بين الشخص وبين الدولة التي ينتمي إليها و بموجب هذه الرابطة يصبح الفرد مواطناً منتسباً إلى الدولة التي ينتمي إليها وباعتباره مواطناً بها يكون خاضعاً لواجبات الدولة التي تفرضها على مواطنيها ومنتفعاً بالحقوق التي تسمح بممارستها هذه الدولة واغل الحقوق و الواجبات اساسها الدستور والجنسية تعتبر من اهم الحريات الفردية والحقوق الذاتية وهي مسألة هامة و خطيرة لذلك اغلب الدساتير تمنع حرمان الشخص من جنسيته وتمنع امكانية استبدالها بجنسية اخرى حيث تضمن له جنسيته الاصلية وحقه في الحصول على جنسيات اخرى كون هذا الحق يدخل في اطار الحرية الشخصية لذلك تعتبر الجنسية عنصراً اساسياً في تحديد هوية الشخص لانها تثبت انتمائه للدولة التي يتبعها دون غيرها من الدول الأخرى التي ليست له جنسيته  
في تونس يخضع تنظيم الجنسية الى مجلة خاصة مجلة الجنسية (Le code de nationalité) الصادرة في 28 فيفري 1968 والتي بينت كيف يمكن إسناد الجنسية و ماهي الصعوبات التي يمكن ان تطرأ على هذه المسألة (وتدرس الجنسية في اطار مادة القانون الدولي الخاص و عموماً تسند الجنسية اما بصورة اصلية تلقائية (أ) او بفعل القانون (ب).

#### أ) بصورة أصلية

تسند الجنسية للطفل المولود لأب تونسي أو المولود في بتونس من أم تونسية و أب أجنبي أو أب مجهول أو أب لا جنسية له (un apatride)  
(اذ يمكن لشخص في بعض الوضعيات التخلي عن جنسيته او ان يكون دون هوية)  
و يمكن أن تسند الجنسية بصفة أصلية لمن ولد بتونس لأب و جد مولودين بها شريطة ان يكون الإبن المسند له الجنسية التونسية رشيداً عند دخول مجلة الجنسية حيز التنفيذ في تونس

#### ب) بمقتضى القانون

يمكن بفضل القانون الحصول على الجنسية التونسية للطفل المولود بالخارج من أم تونسية و أب أجنبي  
و كذلك يمكن أن تسند الجنسية للمرأة الأجنبية المتزوجة بتونسي بشرط الإقامة بتونس لمدة سنتين على الأقل و يتم ذلك بمطلب يقدم لوزارة العدل  
و يمكن ان تسند الجنسية أيضاً لأي شخص يقيم بتونس لمدة تتجاوز خمسة سنوات

## الفرع الثاني : مقر الشخص (La domicile)

لكل شخص مقر يتواجد به و يخضع للمقر لمبدئ الحرية إذ أن لكل شخص الحرية في الإقامة بأي مكان يختاره و هذا ما يقره صراحة الفصل 30 فقرة 2 من دستور 2020 " تحمي الدولة الحياة الخاصة و حرمة المسكن وسرية المراسلات و الإتصالات و المعطيات الشخصية لكل مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته" و المقر هو عنصر هام كونه يساعد في تحديد هوية الشخص و يساعد على تميزه من بين الأشخاص الآخرين و هو هام لعدة إعتبرات

اولا كونه يساعد على تحديد المكان الذي يمارس فيه الشخص حقوقه (كحق الإنتخاب مركز الإقتراع الذي بدائرتة يوجد المقر و في الدراسة أقرب مدرسة إلى المقر).

ثانيا : تحديد المكان الذي تمارس فيه الواجبات المحمولة على الأفراد (كواجب دفع الأديات الجبائية تكون بالبلدية التي يكون بدائرتها المقر)

ثالثا : المقر يسمح بتحديد صحة بعض التصرفات القانونية كتكوين شركة تطبيقا للفصل 9 من مجلة الشركات التجارية كل قانون أساسي لشركة و هو نوع من العقد المبرم بين الشركات الذي يسمح بتكوين شركة ولا يكون صحيحا الا اذا تضمن جملة من التنصيصات الوجيهة من بينها بالاساس المقر الاجتماعي للشركة ون لم يقع التنصيص على المقر لا يكون العقد صحيحا والشخص المعنوي كالشخص الطبيعي يجب ان يكون له اسم ومقر

رابعا : المقر يسمح بتحديد ميدان تطبيق القانون

مثال ذلك الفصل من مجلة الشركات التجارية : كل شركة يكون مقرها بتونس تخضع وجوبا للقانون التونسي ولو كانت لها صفة اجنبية

ويجب الإنتباه ان المقر هو هام خاصة في ميدان الإجراءات والنزاعات لأن مجلة (م م م ت ) تضع قواعد للإختصاص الترابي يجب إحترامها والمبدأ هو مبدأ المواجهة بين الخصوم (principe du contradictoire) ويعني ان كل إجراء نقوم به في إطار قضية مرفوعة امام المحكمة ان يكون الخصم عالما به حتى يتمكن من الدفاع عن نفسه وبالتالي لإحترام مبدأ المواجهة وضمن حق الدفاع

تقع مبدئيا محاكمة المطلوب ومقاضاته(في المادة المدنية) في المحكمة التي يقطن المحكوم بدائرتها اي محكمة مقر المطلوب

**الفصل 30 (م م م ت) :** المطلوب شخصا كان أو ذاتا معنوية تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقره الأصلي أو مقره المختار

أما في حال تعدد المطلوبين فالطالب مخير في رفع نازلته لحاكم الجهة التي بها مقر أحدهم و ذلك لأن الأصل برائة ذمة الإنسان مدنيا و جزائيا حتى يثبت عكسها

### ما المقصود بالمقر

**الفصل 7 (م م م ت) :** "المقر الأصلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة، والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرا أصليا له بالنسبة للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور والمقر المختار هو المكان الذي يعينه الاتفاق أو القانون لتنفيذ التزام أو للقيام بعمل قضائي" ومثال المكن الذي يعينه الإتفاق (تحديد المحكمة المختصة في العقود). او من قبل القانون مثلا

**الفصل 68 (م م م ت) :** "إنابة المحامي وجوبية لدى المحكمة الابتدائية إلا في مادة الأحوال الشخصية ومقر المحامي يعتبر مقرا مختارا لمنوبه في درجة التقاضي التي هو نائب فيها

و احيانا يكون الشخص مجهول المقر (مثال كان يستكري منزل و ولم يعد يعرف اين يقطن)  
ويمكن ان يكون مجهول المقر اي كان له مقر معروف ولم يعد يعلم مكانه  
ويمكن ان يكون مجهول المقر مطلقا اي لا يعرف له مقر سابقا ولا لاحقا  
ويحل المشرع هذا الإشكال **بالفصل 10 (م م م ت )** : إذا بارح المقصود بالإعلام مقره وصار  
مجهول المقر يودع النظر في ظرف مختوم لا يحمل سوى اسم المعني بالتبليغ وذلك لدى كتابة  
محكمة الناحية أو عمدة المكان أو مركز الأمن الوطني أو مركز الحرس الوطني لآخر مقر  
معروف له

وإذا كان مجهول المقر مطلقا يعلق نظير من الإعلام بالمحكمة المتعده ونظير آخر بمقر الولاية  
التي توجد بدائرتها المحكمة المذكورة

وبالتالي يعتبر المقر عنصر هام في تحديد الهوية وممارسة القوق و الواجبات

### **الفرع الثالث : جنس الشخص (sexe de la personne)**

نلاحظ ان عدة وثائق يشترط فيها ذكر جنس الشخص ومن بين هذه الوثائق  
رسم الحالة المدنية (مضمون الحالة المدنية) حيث ينص الفصل 26 من قانون 1 اوت 1957  
" ينص برسم الولادة على اليوم والساعة ومكان الولادة و جنس المولود"  
ويقع هذا التنصيص على اثر تلقي التصريح بالولادة من قبل الولي بناء على شهادة  
طبية تسلم لضابط الحالة المدنية واثر التسليم ينص ضابط الحالة المدنية على الجنس  
بالخانة المخصصة له

والمفروض ان الإلتواء الجنسي للإنسان عنصر قار لا يطرح اشكالا  
**ومبدئيا هو عنصر قار لا يمكن تغييره**

ولكن تطبيقيا قد تطرأ بعض الحالات الإستثنائية وذلك  
- إما بوجود خطأ مادي عند التصريح بالحالة المدنية(1)  
- او لأسباب اخرى راجعة للفيزيولوجية للشخص يمكن ان تؤدي به الى مشكل تحديد جنسه(2)

#### **1 ا وجود خطأ مادي في رسم الحالة المدنية**

ويمكن ان يحصل خطأ مادي اثناء التصريح حيث يتولى المصرح التصريح على ان الملود ذكر  
ويقع تصنيفه على انه انثى من قبل ضابط الحاة المدنية او ان يكون الخطأ في الإسم مثلا خطأ  
كتابي (منير , منيرة).

فيقع تغيير الجنس برفع قضية للمحكمة الابتدائية وطلب حكم في إصلاح رسم الحالة المدنية  
مثال : حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بين عروس تحت عدد 621 بتاريخ 28 مارس 1990

قضى بتغيير الإسم المعني من أميرة الى أمير وعلت المحكمة قرارها أن الإسم لا ينطبق على  
الجنسين وان مبدأ عدم قابلية الإسم لتغيير لا ينطبق الا في صورة طلب تغيير الإسم بإسم اخر من  
نفس الجنس دون تغيير في الجنس

## 2 ا) التغييرات الفيزيولوجية

في بعض الصور يتعرض الأشخاص لتغيرات جسدية على مستوى إنتمائهم الجنسي إما طبيعيا او بمقتضى تدخل طبي (جراحي) يتغير به شكل الشخص و جنسه فهل يمكن ان ينعكس هذا التغيير على مضمون الحالة المدنية ؟  
لقد طرح هذا الإشكال على القضاء التونسي منذ التسعينات وللمحاكم التونسية اراء مختلفة حيث صدر قرار عن محكمة الإستئناف بتونس تحت عدد **10292 بتاريخ 22 ديسمبر 1993** قررت فيه رفض الإستجابة لمطلب تغيير الحالة المدنية للمعني بالأمر , وتمثلت وقائع القرار في قيام شخص إسمه سامي بتغيير جسمه من ذكر الى انثى بمقتضى عملية جراحية وطلب من المحكمة ان تصدر لفائدته قرار باعتباراه انثى وتغيير إسمه لسامية رفضت المحكمة طلبه وعللت جوابها  
- أن تغيير الجنس إراديا و إصطناعيا يتعارض مع مبادئ الفقه الإسلامي واحكامه ولا يعتبر من حالات الضرورة التي تفرض تغيير الجنس , وإعتبرت انه كان على سامي الإتجاه إلى الطب النفسي لأسترجاع توازنه النفسي لا تغيير جنسه بصفه إصطناعية وان دور القضاء فرض القانون وملائمة النظام العام وهذا الموقف ليس محل إجماع في فقه القضاء التونسي اذ توجد محاكم قبلت التغيير بصفة إستثنائية

ففي القضية التي صدر في شأنها حكم المحكمة الابتدائية بين عروس تحت عدد **621 بتاريخ 28 مارس 1990** التي قضت فيه بالحكم بتغيير جنس شخص لم تكن ملامح جنسه محددة عند ولادته ولم يكن يمكن تحديده جنسه فأعتبر أنثى ثم اتضح انه ذكر وله كل مقومات الذكورة فقضت المحكمة بالحكم لفائدته نظرا ان التغيير كان طبيعيا ( وضية عدم إتصاح جنس المولود **L'intersexualité** )

وفي قضية اخرى قضت المحكمة الابتدائية بقفصة بتاريخ **12 فيفري 2007** بقبول مطلب تغيير الجنس وعللت حكمها بما يلي انه يجب التمييز بين وضعيتين وضية عدم إتصاح جنس المولود **L'intersexualité** وبين وضية تغيير الجنس عن طريق التدخل الطبي

الا ان قرار المحكمة الابتدائية بتونس الصادر بتاريخ **9 جويلية 2018** الذي يتعلق بالوضعية الثانية وهي تغيير الجنس عن طريق تدخل طبي جراحي والتي تتمثل وقائعه في قيام انثى بتقديم قضية لدى المحكمة تطلب فيها بتغيير جنسها الى ذكر واسمها من لينا الى ريان كونها لاحضت بعد ولادتها انها اقرب الى جنس الذكور وعمدت لإزالة زوائد الانوثة واصبحت لها ملامح الذكر ورات المحكمة خلافا لما سبق انه يمكن الإستجابة لهذا المطلب وعللت قرارها ان الضرورات تبيح المحضورات وان التغيير لم يتم بناءا عن رغبة منها او شهوة بل انها لم تستطع التكيف مع حالتها الجنسية وانه ادى بها المطاف لمحاولة الإنتحار , هذا ما جعل المحكمة تقبل المطلب كون ضرورة حمايتها تقتضي تغيير جنسها لكي لا تعيد محاولة الإنتحار وبالتالي يمكن تغيير جنسها الى ذكر ومن ثم تغيير اسمه الى ريان

## المبحث الثاني : الحقوق المتعلقة بالحرمة الجسدية للإنسان

**الحرمة الجسدية للإنسان** هي حق من الحقوق الأساسية التي يضمنها الشراخ والقوانين ويؤكد على ذلك جل الدساتير التونسية (1959, 2014, 2022) ويؤكد الدستور التونسي المؤرخ يوم 25 جويلية 2022 على ضرورة إحترامها ويقر هذا الحق صراحة في الفصل 24 : " الحق في الحياة مقدّس. ولا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون".

تم في الفصل 25 من دستور 2022 : "تحمي الدولة كرامة الذات البشريّة وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنويّ والمادّي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتّقدم". ومن هذه الاحكام يتبين لنا ان الحرمة الجسدية وحق الإنسان في حمايتها وضماتها حق اساسي وهو حق من الحقوق الثابتة الواجب إحترامها والتي يضمنها الدستور وتتاكد هذه القيمة بإعبار ان الحق في الحرمة الجسدية لا يسري فقط على الأفعال التي يمكن ان تحصل لشخص من جراء إعتدائات الغير عليه وانما الحرمة الجسدية تمتد الى حمايته من الافعال التي تصدر عن نفسه فالمشرع يحمي الشخص من فعل غيره وفعل نفسه اي من الأضرار التي تصدر عنه وتكون ضارة به

### الفقرة الاولى : حماية الشخص من فعل غيره

هذه الحماية لها مظاهر وتحليلات متعددة يجب التطرق اليها (1) قبل تناول الحدود والقيود الطارئة عليها (2).

### الفرع الأول : مظاهر الحماية

هناك بعدين لهذه الحماية بعد مدني و بعد جزائي اي حمتية عن طريق القانون المدني (أ) وحماية عن طريق القانون الجزائي (ب).

#### أ) من الناحية المدنية

اولا: هناك حماية متاتية من قاعدة اساسية وهي منع التنفيذ على الذات البشرية الفصل 192 (م ح ع) : مكاسب المدين ضمان لدائنيه اي ان ضمان التنفيذ يجب ان يكون على حقوق الشخص المالية التي على ذمته المالية وليس على الذات وسابقا في التاريخ كان المدين الذي لا يستوفي دينه يمكن ان يستعبد وان يباع او يسجن او يعدم

**ثانياً :** اثناء التقاضي لا يمكن إجبار المدعى عليه بالقيام بأعمال مادية رغماً عن إرادته فمثلاً اذا إقتضى الحال إجراء تحليل جيني لإثبات النسب يمكن للأب رفض التحليل ولا يمكن جبره على القيام به وبالتالي تحم المحكمة بناءاً على الرفض وقد تعتبر الرفض قرينة على الابوة إلا انها ملزمة على عدم جبره على التحليل وإحترام حرمة الجسدية ومثال اخر لا يمكن إخراج شخص يستكري منزلاً بالقوة ان لم يستخلص الكراء اذ يمكن التنفيذ على مكاسبه مهما كانت لكن لا يمكن اخراج كيانه الجسدي بالقوة

**ثالثاً :** من بين مظاهر الحماية في المادة المدنية بطلان العقود التي يمكن ان تمس من مبدأ حرمة الجسدية مثلاً **الفصل 833 (م أ ع ) :** "الإجارة على مدة حياة الأجير أو على مدة طويلة جدا بحيث يموت فيها باطلة " .  
وذلك انه يذكرنا بالعبودية فيمكن ان يكون عقد الإجارة مفتوحاً لكن لا يمكن ان يكون محدد المدة بحيث تكون مدى الحياة".

### ا ب) من الناحية الجزائية

كل إعتداء على الذات البشرية يترتب عنه المسؤولية الجزائية من اجل الإعتداء على الشخص مهما كان نوع الاعتداء وعند فتح المجلة الجزائية نجد المشرع يجرم كل الإعتداءات (القتل , الضرب الجرح , التشويه , الإغتصاب , الإختطاف ...) وكل فعل يمكن ان يكون إعتداءً وموجب للمسؤولية الجزائية هذا إضافة للمسؤولية المدنية بناءاً على **الفصول 82, 83 (م أ ع )** وما بعدها

### الفرع الثاني : حدود الحماية

هذه الحقوق المتعلقة بحماية حرمة الجسدية من فعل الغير ليست مطلقة كون المشرع يخضعها لجملة من القيود التي تختلف اسسها واسبابها ومنها ما له إرتباط بالمصلحة الخاصة (1) وما له إرتباط بالمصلحة العامة (2).

#### ا 1) القيود المرتبطة بالمصلحة الخاصة

في بعض الاحيان يمكن حصول اعتداء على الذات البشرية الا انه يكون دون جزاء وذلك في عدة صور يعتبرها القانون غير موجبة لا للمسؤولية المدنية ولا الجزائية واهم اسباب الإعفاء من المسؤولية المدنية والجزائية

**صورة الدفاع الشرعي الفصل 104 (م أ ع ) :** " لا ضمان على من اضطر إلى الدفاع الواجب كما لا ضمان بمضرة حصلت بأمر طارئ أو قوة قاهرة إذا لم يكن هناك خطأ ينسب للمدعى عليه قبل وقوع الحادثة أو في أثنائها " .

والاضطرار إلى الدفاع هو حالة من التجأ إلى دفع صولة صائل أراد التعدي على النفس أو المال سواء كان ذلك للمدافع أو لغيره " .

ونلاحظ ان الدفاع الشرعي له شروط  
واهم شرط هو التناسب اي ان يكون متناسبا مع فعل الإعتداء

ونفس هذه القاعدة تطبق في المادة الجزائية  
كل دفاع شرعي لدفع جريمة ترتكب هو حالة إعفاء من المسؤولية الجزائية تطبيقا **للفصل 39**  
من **المجلة الجزائية** : "لا جريمة على من دفع صائلا عرض حياته أو حياة أحد أقاربه لخطر  
حتمي ولم تمكنه النجاة منه بوجه اخر".

كذلك الشخص الذي يكون قاصرا او فاقد لعقله

كذلك اذا كان هناك قتل او جرح واقعان لدفع تصور **الفصل 40 من المجلة الجزائية** : "لا جريمة  
أولا : إذا كان القتل أو الجرح أو الضرب واقعا ليلا لدفع تسور أو خلع مسيجات أو ثقب جدران أو  
،مدخل مسكن أو محلات تابعة له  
ثانيا : إذا كان الفعل واقعا لمقاومة مرتكبي سرقة أو سلب بالقوة"

كذلك اذا كان الفعل طاعة لمجرم **الفصل 41 مجلة الجزائية** : "طاعة المجرم بسبب شدة تعظيمه  
لمن يأمره بارتكاب جريمة لا تنجر له منها صفة الجبر".

**الفصل 42 من المجلة الجزائية** : "لا عقاب على من ارتكب فعلا بمقتضى نص قانوني أو إذن من  
السلطة التي لها النظر".

**صورة التدخل الطبي** : اذا كان الفعل نتيجة تدخل طبي جراحة مثلا لم تنجح  
مبدئيا لا يعتبر موجبا للمسؤولية المدنية و الجزائية  
فالتزام الطبيب هو التزام بأن يبذل عناية (التزام الطبيب) خلافا للالتزام بتحقيق نتيجة (كالتزام الناقل).  
لكن يمكن في بعض الصور مسائلة الطبيب مدنيا وجزائيا  
مثلا إذا ارتكب خطأ طبي فاحش بطريقة مخالفة لما يجب إتباعه  
او إذا كان التدخل الطبي رغم إرادة المريض وهذا يطرح بعض الإشكالات فتدخل الطبيب دون  
راي المريض ودون إعلامه بالنتائج المحتملة احيانا يكون دون ارادة الطبيب كون المريض فاقد  
للوعي او ان يكون قاصرا مثلا و احيانا رفض احد الوالدين وقبول الاخر  
ولكن المبدأ هو ان التدخل الطبي يمكن ان يكون حدا لمبدأ حماية الحرمة الجسدية

## 21) القيود المرتبطة بالمصلحة العامة

وهي القيود التي يضعها القانون على مبدأ الحرمة الجسدية بنائاً على إعتبارات لها علاقة بمراعاة وضمان المصلحة العامة وحمايتها

ففكرة الضرورة (*la nécessité*) تفرض في العديد من الأحيان تجاوز حق الفرد في حرمة الجسدية مراعاتاً للمصلحة العامة ومن باب ارتكاب أخف الضررين فهناك قاعدة أصولية في القانون تقول ان الأصل هو ارتكاب أخف الضررين فعندما يكون هنالك ضرر عام و ضرر خاص فإن الأصل ارتكاب اخف الضررين اي الضرر الخاص  
وفعلا فالمشرع في بعض الصور التي تملي عليه الموازنة بين حق الشخص في حرمة الجسدية وبين مصلحة المجتمع والنظام العام والمصلحة العامة فإنه يخير المصلحة العامة ويغلبها على المصلحة الخاصة

وعند دراسة مسألة تفسير وتأويل النصوص القانونية (في مادة النظرية العامة للقانون) يتبين انه في غياب النص الصريح يمكن تطبيق المبادئ أو القواعد العامة للقانون والتي من بينها الأصل ارتكاب أخف الضررين وأيضاً الأصل تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وهذه القاعدة يكرسها المشرع في **الفصل 557 (م أ ع) :** "إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق بينهما قدمت العامة".

و فكرة مراعاة المصلحة العامة هي التي يمكن على اساسها ان نفسر العديد من النصوص الموجودة في قانوننا والتي تضع قيود على الحرمة الجسدية للشخص وهي نصوص عديدة و تتفاوت الوسائل التي يعتمدها المشرع لحماية المجتمع فمنها ما هي وقائية (أ) ومنها الجزئية (ب).

### أ) الوسائل الوقائية

وهي الإجراءات التي يتخذها المشرع ضد الأشخاص تخالف حقهم في الحرمة الجسدية حماية لهم وللمصلحة العامة سنتعرض لأهمها اذ ان بعضها لا يطرح نقاشاً ويفرض نفسه فرضاً و بعضها قابل للنقاش وبالتالي سنتعرض للصور المسلم بها (في مرحلة أولى) ثم إلى الصور التي هي محل نقاش (في مرحلة ثانية).

### اولاً : الصور المسلم بها للقيود التي تحد من الحرمة الجسدية للشخص

المثال الأول : **الفصل 11 من قانون 27 جويلية 1992** (المتعلق بالأمراض السارية أي الخطيرة والمعدية) يقتضي انه "يمكن إصدار قرار في الإستشفاء الوجوبي لغرض العزل الإنتقائي ضد الأشخاص المصابين بأحد الأمراض المنصوص عليها بالقانون في حالتين اساسيتين الحالة الأولى في صورة رفضهم تلقي العلاج المحدد لهم رغم إلزامهم بذلك  
الحالة الثانية إذا سعوا عمداً من خلال سلوكهم لنقل المرض المصابين به لأشخاص آخرين".  
وابرز مثال على تطبيق هذا القانون هو مرض السيدا وهنالك تطبيقات اخرى لهذا القانون لعل اهمها فيروس كورونا  
وبالتالي يفرض المشرع في بعض الصور حلاً وقائياً هو العزل الإنتقائي لحماية المجتمع وذلك عن طريق وسائل تحد من الحرمة الجسدية للإنسان التي تفرض ان يكون الإنسان حراً وذلك مراعاتاً للمصلحة العامة

المثال الثاني : يتعلق بإواء الأشخاص المصابين بإضطرابات عقلية الذين يخضعون لقانون 3 اوت 1992 (المتعلق بالصحة العقلية وبشروط الإواء بسبب الإضطرابات العقلية ) ينص في فصله 11 انه : " لا يمكن إواء شخص مصاب بإضطرابات عقلية في المستشفى دون رضاه إلا اذا جعلت الإضطرابات المصاب بها من المستحيل الحصول على رضاه او إذا استوجبت حالته إسعافات مستعجلة او اذا كانت حالته الصحية تمثل تهديدا لسلامته او سلامة غيره".

المثال الثالث : يتعلق بالتلقيح الوجوبي ضد الأمراض الخطيرة (كالجذري او الشلل النخاعي او الحسبة ...) وذلك بأمر صادر من السلطة التنفيذية ولا يمكن ان يمتنع الشخص عن ذلك حماية للمجتمع فتفشي هذه الأمراض يعتبر حالة وبائية غير مقبولة تمس النظام العام

### ثانيا : الصور القابلة للنقاش للقيود التي تحد من الحرمة الجسدية للشخص

وهذه الصور تبدوا في ضاهرها وسائل وقائية لحماية المجتمع إلا انها قابلة للنقد وتتعلق بالأساس بوضعيتين

**الوضعية الأولى :** وضعية إعلان حالة الطوارئ في بلادنا من قبل رئيس الجمهورية فمنذ احداث 2011 الى اليوم تتجدد حالة الطوارئ بناء على الدستور سواءا دستور 2014 او دستور 2022 وبناء على الأمر عدد 50 لسنة 1978 (المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ) والذي صدر لمواجهة أحداث 1978 والذي يسمح للسلطة التنفيذية ان تعلن حالة الطوارئ وتبين ما هي القرارات و ما هي الوسائل القانونية التي يمكن لسلطة التنفيذية ان تقررها لمجابهة حاة الطوارئ ويقول نص الأمر في **الفصل 4** انه يمكن للوالي ان يعلن حالة الطوارئ بحسب ما تقضيه ضرورة الامن والنظام العام ويمكن له ان يقرر ما يلي

- قرار منع جولان الاشخاص والعربات
- منع كل إضراب أو صد عن العمل حتى ولو تقرر قبل الإعلان عن حالة الطوارئ
- تنظيم إقامة الأشخاص

- تحجير الإقامة على أي شخص يحاول بأي طريقة كانت عرقلة نشاط السلط العمومية
- اللجوء إلى تسخير الأشخاص والمكاسب الضرورية لحسن سير المصالح العمومية

والنشاطات ذات المصلحة الحيوية بالنسبة للأمة

ويضيف **الفصل 5** من الأمر انه "يمكن لوزير الداخلية أن يضع تحت الإقامة الجبرية في منطقة ترابية أو ببلدة معينة أي شخص يقيم بإحدى المناطق المنصوص عليها بالفصل الثاني أعلاه يعتبر نشاطه خطيرا على الأمن والنظام العامين بتلك المناطق".

والإقامة الجبرية هي منع شخص من الخروج من منزله

من الناحية النظرية والقانونية

تعتبر هذه القرارات قيادا على الحرمة الجسدية والحرية الشخصية للإنسان وذلك بالرجوع لتقدير السلط التنفيذية حول وجود خطر يهدد النظام العام وذلك كحل وقائي

## من الناحية المنطقية والتطبيقية

ومن ناحية الحريات وحقوق الإنسان لا يعتبر الامر مقبولا لأن الأصل هو حق الإنسان في حرمة الجسدية وان لا يتم الإعتداء عليها ما لم يرق بجريمة او فعل ينجر عنه حكم قضائي يحد من حقه في حرمة كيانه المادي هذا الحل هو حل وقائي لكن لا يمكن التسليم به مثل الصور المسلم بها كون الأمر يعود لسلطة تقديرية والدليل انه في بعض الحالات تستعمل بنوع من المبالغة والتعسف والأمثلة عديدة وهذا النقاش يطرح ايضا في الوضعية الثانية المتعلقة بمقاومة المظاهرات

**الوضعية الثانية :** تتعلق بقانون عدد 4 بتاريخ 24 جانفي 1969 (المتعلق بالإجتماعات العامة والمواكب والإستعراضات والتجمع) الذي تقر فصوله من 13 إلى 22 حق السلطة التنفيذية في ممارسة وتطبيق القوة العامة (la force publique) لمقاومة المظاهرات او التحركات والتجمعات والشغب التي يمكن ان تهدد النظام العام ضمانا لمصلحة المجتمع ويبين كيفية استعمال القوة العامة وذلك بالتدرج إذ يقتضي **فصله 21** أنه : " إذا وجد أعوان الأمن أنفسهم أمام متجمهرين يأبون التفريق رغم الإنذارات الموجهة لهم والمنصوص عليها بالفصول المتقدمة من هذا القانون فإنهم يستعملون بالتدرج الطرق التالية لتشتيتهم

1) الرش بالماء أو المطاردة بالعصي

2) لرمي بالقنابل المسيلة للدموع

3) ا) طلق النار عموديا في الفضاء لتخويف المتجمهرين

4) ا) طلق النار صوب أرجلهم "

وتضمن **الفصل 22** انه : " إذا عمد المتجمهرون إلى بلوغ مقاصدهم بالقوة رغم استعمال جميع الطرق المنصوص عليها بالفصل 21 لتشتيتهم فإن أعوان الأمن يطلقون عليهم النار مباشرة".

والقوة العامة تحتكرها الدولة إذ أن لها الحق في استعمال العنف الشرعي حفضا للأمن العام ومصلحة المجتمع إذ ان المبدأ هو حماية النظام العام ولو ادى ذلك لإلحاق الأذى بالأشخاص الذين من خلال تحركاتهم الجماعية يمكن ان يشكلوا تهديدا للمجتمع و يعتبر هذا أيضا قيودا على الحرمة الجسدية للأشخاص لكن يجب استعمال الوسائل الوقائية لمنع الضرر اللاحق بمصلحة المجتمع ومع ذلك فإن في التطبيق وفي الواقع يمكن ان يؤدي استعمال القوة العامة لنتائج غير مقبولة يمكن ان تكون مصدرا للمسؤولية المدنية والإدارية وحتى الجزائية في صورة الإفراط في استعمال أفعال لا تتناسب مع الإحتياجات الحاصلة وتم إلحاق الضرر بالمحتجين بصورة مفرطة والأمثلة عديدة كأحداث الرش بسليانة مثلا

فلا يجب ان يكون هنالك إفراط في رد الفعل إذ يجب أن يكون العنف الشرعي متناسبا مع الخطر ويجب ان يكون هنالك تدرج في استعمال القوة اذ لا يجب ان يكون هنالك إعتداء صارخ على الحرمة الجسدية

## اب) الوسائل والزجائن الزجرية (الردعية).

وهي العقوبات التي اقرها المشرع في الجلة الجزائية عندما يرتكب فعل يعتبر جريمة يجب ان يعاقب عليها القانون و عددها الفصل 5 وميز بين نوعين عقوبات أصلية وتكميلية ولكن العقوبات التي يعتبرها بعض شراح القانون تمس من الحرمة الجسدية للإنسان هي السجن

مؤقتا او مؤبدا والإعدام وهو أقصى عقوبة يمكن ان تسلط على الشخص المرتكب لجريمة وهو إنتزاع حياة الشخص الصادر في حقه احلكم بالإعدام إلا ان هذه العقوبات تعد مقبولة إذ يجب ان يعاقب المجتمع مرتكبي الأفعال الشنيعة ذلك للحد من الجريمة إلا ان بعض العقوبات قابلة للنقاش فسابقا كانت هنالك عقوبة طرحت نقاشا كبيرا وصل الأمر بالمشرع التونسي إلى إلغائها وهي عقوبة الأشغال الشاقة حيث وقع حذفها لما فيها من مساس كبير بالحرمة الجسدية و عقوبة أخرى لا تزال موجودة في القانون التونسي وهي الإعدام إذ ان المحاكم تحكم بها إلا ان السلط التنفيذية تمتنع عن تطبيقها الى في بعض الصور الخاصة الا ان هذه العقوبة لا تزال موجودة بصريح النص وهنالك احكام عديدة خاصة في جرائم الإرهاب لكن لا يقع في الأغلب تنفيذه والسبب الأراء التي تعتبر ان عقوبة الإعدام قاسية وبالتالي يجب حذفها وعدة دول الغت عقوبة الإعدام كالقانون الفرنسي وعديد الدول الأوروبية وعدة ولايات امريكية وذلك ان منظمات حقوق الإنسان يعتبرون ان على الدولة حماية الذات البشرية لأن الخالق وحده له الحق في أخذ الحياة و كون عقوبة الإعدام ايضا لم تنجح في الحد من الجريمة والعقوبة السجنية ايضا قابلة للنقاش كون السجن تكون مختلطة والنقاش حول العقوبات له ابعاد في عديد الدول بالعالم ومنها عديد من الدول الإسلامية التي بها عقوبات كالجلد و قطع اليد والرجم ... وهذا النقاش اساسه الحق في الحرمة الجسدية للإنسان و حقه في الحياة وعدم الإعتداء على جسده و حقه في عدم تعذيبه ماديا و معنويا فإلى اي مدى يجب إحترام هذا الحق ؟

لكن هل ان هذا المبدأ يمتد للشخص نفسه وهل ان الحرمة الجسدية تعني ايضا انه لا يجوز للإنسان ان يعتدي على ذاته؟؟

حق الإنسان في حرمة الجسدية يعني حمايته من فعل غيره ويعني أيضا حماية الشخص من الإعتداء والأفعال التي يمكن ان يرتكبها هو نفسه على نفسه

## الفقرة الثانية : حماية الشخص من فعل نفسه

وفعلا طرح سؤال يتعلق بمعرفة مدى سلطة الشخص على نفسه فالشخص حر يمكن ان يتصرف كما يحلو له وان يفعل ما يشاء لكن هل يجوز له ارتكاب فعل يلحق به ضررا ؟  
والجواب عن هذا السؤال يختلف حسب الأنظمة القانونية الى موقفين , فهنالك من الشراح من يعتبر ان للإنسان حق مطلق على جسده فمثل ما للإنسان الحق في التصرف في ممتلكاته وفي مكاسبه وأمواله فهو أيضا حر في التصرف في جسده فهو ملك له وحق الملكية يعطي لصاحبه إمكانية الإستعمال والإستغلال والتصرف كما يريد ويشاء المالك وحرية تصرف الشخص في جسده موجودة ولها العديد من الشواهد (الوشم , العمليات التجميلية والجراحية...) و لكن هنالك موقف اخر يعتبر ان حق الإنسان على جسده هو حق ثابت لكنه ليس بحق مطلق وان

الإنسان هو مالك جسده لكن هذه الملكية غير مطلقة ككل انواع الملكية فملكية المكاسب ليست مطلقة لأن المشرع في **الفصل 21** من مجلة الحقوق العينية يقول انه : "على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضيه النصوص التشريعية المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة".

فالملكية ليست مطلقة وبالتالي لا يجوز للإنسان ان يتعامل بجسده كما يشاء فلا يمكن له بيعه مثلا وبالتالي مبدأ حرمة الجسدية يمتد إلى الشخص نفسه و يجب عليه إحترام هذا المبدأ وأن يطبقه على نفسه وبالتالي لا يمكن له إلحاق الأذى بنفسه وهذا الوقف تؤيده عدة تشريعات بصورة صريحة مثل ما هو الموقف بالنسبة **للقانون المدني الإيطالي** الذي تضمن **فصله 5** انه : " يمنع على للأخلاق الحميدة او للنظام العام".

أما في القانون التونسي لا يوجد نص صريح مثل ما هو الحال في القانون الإيطالي يمنع على الشخص أن يلحق الأذى بنفسه إلا انه لدينا نصوص متفرقة تؤكد ان حق الشخص في التصرف في ذاته ليس حقا مطلقا فهناك افعالا يمكن للشخص ان يقوم بها تشكل تعبيراً عن حرمة الجسدية فتعتبر مباحات(1) لكن في المقابل هنالك تصرفات ممنوعة بنص القانون(2) تؤكد ان ليس للإنسان الحق المطلق في التصرف في جسده

## الفرع الأول : الحالات التي يجوز فيها للشخص التصرف في ذاته

بالنسبة للمباحات يمكن ان نعطي عديد الأمثلة

**أولا : قانون 25 مارس 1991** الذي يمنح للشخص الحق في التبرع بأعضائه فمن يريد التبرع مثلا بإحدى كليته في حياته لشخص اخر يمكن له ذلك ولكن مجانا بدون ثمن ويمكن للشخص ايضا ان يوصي بالتبرع بأعضائه في صورة وفاته

**ثانيا : تطبيقا لأمر 3 سبتمبر 1990** يمكن لشخص ان يخضع نفسه لتجارب طبية او علمية في ميدان الأدوية المعدة للطب البشري

**ثالثا :** يمكن للقانون أيضا ان يسمح للأشخاص بإرتكاب رياضات خطيرة كالملاكمة والرياضات القتالية والنشاطات الخطرة كالفورميلا والسيرك

**رابعا :** يمكن للمرأة ان تعرض جسدها لتصرفات كالمرضعة

**خامسا :** يمكن للإنسان التبرع بدمه

وبالتالي كل هذه الأمثلة وغيرها تدل ان للشخص الحق في التصرف في جسده الى ان هذا الحق ليس حقا مطلقا فالقانون التونسي يقر بعض المباحات إلا انه يقر العديد من الموانع

## الفرع الثاني : الحالات التي لا يجوز فيها للشخص التصرف في ذاته

يقر القانون التونسي العديد من الموانع في عديد الصور فمثلا يمنع المشرع في قانون 7 اوت 2001 في فصله 8 الإستنساخ (Le clonage) يمنع قانون 7 اوت 2001 في فصله 15 إستعمال رحم امرأة اخرى لحمل جنين(كراء الأرحام).

والصورة الأهم هي صورة الإنتحار فهل يمكن للشخص ان يزهق روحه بنفسه ؟ فهل الحق في الحياة هو حق ذاتي يمارسه الشخص لوحده ولا يتدخل فيه احد ام هو حق يهم المجتمع

يعتبر الدستور التونسي في فصله 24 ان الحق في الحياة مقدس ولا يجوز المساس به ومع ذلك في بعض الدول الغربية يوجد نقاش حول هذه الحرية اذ ان بعض الأنظمة لا تعاقب من يحاول الإنتحار (le suicide)

ويجب التفرقة بين الإنتحار وهو قتل الشخص نفسه والقتل الرحيم يكون بيد الطبيب الذي يقتل المريض رثفا به وهنالك دول تجرمه وتعاقب من يحاول الإنتحار وهنالك دول لا تعاقبه وبالتالي لا تجرمه وتعتبر انه في بعض الأحيان قد يمكن للشخص ان يزهق روحه وموقف القانون التونسي في الفصل 206 فقرة 1 من المجلة الجزائية : "يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام الإنسان الذي يعين قصدا غيره على قتل نفسه بنفسه". وبالتالي القانون التونسي لا يعاقب الشخص الذي يحاول الإنتحار ولكن يعاقب من يعين الشخص عمدا وقصدا على قتل نفسه

## المبحث الثالث : الحقوق المتعلقة بالحرمة المعنوية للإنسان

الحق في الحرمة المعنوية للإنسان يعتبر حقا حديثا وقع الإقرار به في بدايات القرن 19 وهو ليس بحق قديم كون فكرة إحترام الحقوق المعنوية للشخص وإحترام خصوصيته والحياة الخاصة للشخص (La vie privée et l'intimité de la personne) هي فكرة حديثة ظهرت في الأونة الأخيرة كون حقوق الإنسان تتطور شيئا فشيئا و تتدعم في كل مرحلة وتضهر حقوق جديدة فهذه الحقوق المتعلقة بالحرمة المعنوية هي حقوق حديثة أيدتها العديد من التشريعات الوطنية والدولية فالعديد من المواثيق والمعاهدات الدولية أقرت بضرورة مراعاتها و إحترامها لعل أبرزها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (La déclaration universelle des droits de l'homme) الذي أقر في فصله 12 انه "لا يجوز تعريض أي شخص لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو بيته أو مراسلاته أو لأي مساس بشرفه أو سمعته"

وعلى هذا المنوال نسجت ايضا الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في فصلها 8 ومن هذه المواثيق يتبين ان الحرمة المعنوية للشخص تشمل اساسا حقه في شرفه اي الحق في الشرف (Le droit a l'honneur) اي مجموع القيم المعنوية التي يتصف بها الإنسان والسمعة التي يتمتع بها الإنسان في المجتمع والتقدير الذي يحضى به في

محيطه الإجتماعي ويمكن ان يتعرض هذا الحق الى الإعتداء بأشكال عديدة سواء بتحقيره او الحد منه ومن خلال نعته بنعوت فيها تحقير له ولشخصه ويمكن ان يصل الأمر الى التلب والشتم وهنالك العديد من النصوص في قانوننا تجرم هذه الأفعال مثلا

**الفصل 55 من مرسوم 2011** (المتعلق بحرية الصحافة ) يعتبر تلبا كل إدعاء او نسبة شئ غير صحيح بصورة علنية من شأنه ان ينال من شرف او إعتبار شخص معين ويرتب ذلك ضررا معنويا او ماديا مباشرا

فكل وسائل الصحافة المكتوبة او المرئية او المسموعة يقع استعماله لتلب الأشخاص و إدعاء اشياء غير صحيحة يعاقب مرتكبوها جزائيا وهنالك وسائل و جزاءات مختلفة ينص عليها مرسوم الصحافة و فصول المجلة الجزائية

ويمكن ان يكون الإعتداء المعنوي شتما وهو كل عبارة تنال من كرامة الإنسان وحرمة المعنوية يعاقب **الفصل 57 من مرسوم 2011** كل من يرتكب مثل هذه الجريمة (الشتم) .

ويعد هذا اعتداء على الشرف والحرمة المعنوية للشخص

وتعني ايضا الحرمة المعنوية حفظ اسرار الأشخاص وعدم هتك وفضح وإفشاء هذه الأسرار فلكل شخص الحق في ان تكون اسراره محفوظة لا يعلم بها ولا يطلع عليها غيره وان تكون مخفية عن اعين ومسامع الناس , والقانون الجزائي التونسي يعاقب كل من يقوم بهذه الأفعال مثلا

**الفصل 253 من المجلة الجزائية :** "الإنسان الذي يذيع مضمون مكتوب أو تلغراف أو غير ذلك من الكتابيب التي لغيره بدون رخصة من صاحبها , يعاقب بالسجن مدة ثلاثة أشهر".

ويعتبر إعتداء على الحرمة المعنوية كل إفشاء للسر المهني فالطبيب ملزم بعدم إفشاء مرض مريضه والقاضي ملزم بعدم إفشاء اسرار المفاوضة والمحامي ملزم بعدم إفشاء سر موكله والبنك ملزم بعدم إفشاء السر البنكي ...

**الفصل 254 من المجلة الجزائية :** "يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها مائة وعشرون دينارا الأطباء والجرّاحون وغيرهم من أعوان الصحة والصيدالة والقوابل وغيرهم ممن هم مؤتمنون على الأسرار نظرا لحالتهم أو لوظيفتهم، الذين يفشون هذه الأسرار في غير الصور التي أوجب عليهم القانون فيها القيام بالوشاية أو رخص لهم فيها".

لكن الحرمة المعنوية للشخص لا تقتصر عن هذين الامرين الحق في الشرف و الحق في عدم إفشاء اسرار الأشخاص بل تمتد الى عدة صلاحيات اخرى والى عدة مظاهر وتجليات للحرمة المعنوية ابرزها اثنين (الأول) يتعلق بحرمة الحياة الخاصة (le respect de la vie privée) و (الثاني) هو حماية الحق في الصورة (Le droit à l'image)

## الفقرة الاولى : حرمة الحياة الخاصة

هي حق أساسي يحتل في قانوننا التونسي مكانة دستورية ففي **دستور 2014 الفصل 24** وفي دستور **18 أوت 2022** اصبح **الفصل 30 :** " تحمي الدولة الحياة الخاصة وحرمة المسكن وسرية المراسلات والإتصالات والمعطيات الشخصية لكل مواطن الحرية في إختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته ".

وهذا الحق حرمة الحياة الخاصة يمنح للإنسان منذ ولادته ولذلك **الفصل 6** من مجلة حماية الطفل " لكل طفل الحق في احترام حياته الخاصة مع مراعاة حقوق ومسؤوليات أبويه أو من يحلّ محلّهما حسب القانون " .

ثم جاء **الفصل 12** من **مجلة حماية الطفل** : " تضمن هذه المجلة للطفل الذي تعلّقت به تهمة، الحق في معاملة تحمي شرفه وشخصه".

ويفهم من هذه النصوص ان القانون التونسي يقر صراحة حرمة الحياة الخاصة وعند دراسة هذا الحق فإنه يجب تناول مسألتين ميدان الحماية اي ماذا تشمل الحياة الخاصة وما هي الحياة الخاصة التي يجب إحترامها(1) ثم بعد تحديد الميدان نحدد النتائج القانونية و ماذا يترتب في صورة عدم إحترام الحياة الخاصة والإعتداء عليها (2) .

### 1 ا) ميدان حماية الحياة الخاصة

لا يوجد تعريف موحد لحرمة الحياة الخاصة اذ ان المشرع يتحدث عن حرمة الحياة الخاصة و يعتبر انه يجب إحترامها وعدم الإعتداء عليها لكنه لم يعرفها ولم يبين المقصود بالحياة الخاصة ولعل ذلك راجع الى ان الحياة الخاصة ليست مفهوما دقيقا وهي مفهوم متغير ويختلف مضمونه وعناصره حسب الزمان والمكان فما كان يعتبر حياة خاصة في القرن 20 يختلف عن ما هو حياة خاصة اليوم وما هو حياة خاصة في الدول الأوروبية يختلف عن ما هو في الدول العربية و الإسلامية وبالتالي فهو مفهوم ذو محتوى متغير (c'est une notion à contenu variable)

(مثل عديد المفاهيم الأخرى في القانون كمفهوم الأخلاق الحميدة ومفهوم النظام العام)

ويضبط هذا المفهوم القاضي وهو الذي يقدر ما إذا كان الإعتداء يمس مثلا من الحياة الخاصة وحتى نحدد مفهوم الحياة الخاصة يجب التوجه للمحاكم وفقه القضاء لتحديد هذا المفهوم و عند النظر في التطبيقات في القانون المقارن يتضح لنا ان الحياة الخاصة تشمل العديد من المعطيات والعناصر التي لها ارتباط بخصوصية الشخص اي المرتبطة عموما بعائلته وحياته العاطفية و وضعه الصحي والمالي ومعتقداته وممارساته الدينية وافكاره و عموما معطياته الشخصي المتعلقة بهويته تعتبر جزءا من الحياة الخاصة للشخص التي يجب مراعاتها وعدم الإعتداء عليها وعند التوجه للقانون الإيطالي نجد ان المحاكم إعتبرت إعتداء على الحرمة المعنوية للأشخاص نشر أخبار حول الميولات الجنسية للشخص وحياته العاطفية او معطيات لها علاقة بصحته او مراسلاته وكل ما هو خاص به وله علاقة بشخصه ولا يجب ان يعلمها العموم تعتبر جزءا من الحياة الخاصة وهناك العديد من القضايا في هذا الجانب كتصوير شخص وهو في وضعية محرجة اعتبر انه إعتداء على حياته الخاص او مريض يخفي مرضه ويقوم احد بإفشاء معلومات حول مرضه ما يمس من حياته الخاصة

ويجب الإنتباه الا ان القانون مثل ما يحمي حرية الشخص وحياته الخاصة يقر حقوقا اخرى يمارسها المجتمع ومن بين هذه الحريات حرية الصحافة اي حرية الجريدة والإذاعة والصحفي في ان ينقل أخبارا عن أشخاص لهم مسؤولية في المجتمع يعتبرون أشخاص عوميين (des personnages publics) كالفنانين والرياضيين المعروفين وهم أشخاص من حق المجتمع معرفة الأخبار المتعلقة بهم لأنهم وضعوا انفسهم في مرتبة الأشخاص العموميين فهل لهؤلاء الأشخاص الحق في حماية حياتهم الخاص مثل بقية الأشخاص غير العموميين اي الأشخاص العاديين والا اي مدى لهم الحق في الحرمة المعنوية؟؟

وطبعا لهؤلاء الأشخاص العموميون حرمة معنوية وحق في الحياة الخاصة في حدود حياتهم الشخصية ولكن المسائل التي تدخل في مسؤولياتهم وأخبارهم التي تدخل في المجال العام إذا وقع إذاعتها وفضحها لا يعتبر ذلك إعتداء على الحياة الخاصة نظرا لمبدأ حرية الصحافة و الإعلام وأن من واجب الصحفي إعلام المجتمع ومن حق المجتمع ان تصله الأخبار والخيط رفيع بين حرية الإلام والصحافة وبين حرمة الحياة الخاصة والقضاء هو الذي يبين مفهوم الحياة الخاصة والى اي مدى يعتبر الفعل إعتداء على الحياة الخاصة و مساسا بالحرمة المعنوية للشخص وخصوصياته

## 2 ا) النتائج القانونية المترتبة عن الإعتداء على الحياة الخاصة

إذا ثبت الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة فما هي النتائج المترتبة عن ذلك اي ماذا يمكن لمن وقع الإعتداء على حرمة حياته الخاصة ان يفعل وبالرجوع الى القانون نلاحظ ان كل إعتداء على الحرمة المعنوية للشخص و حياته الخاصة يترتب عنه مسؤوليتين مدنية من جهة و جزائية من جهة أخرى والمسؤولية المدنية تعني انه من وقع الإعتداء عل بحياته الخاصة يمكن له ان يطلب اما المحكمة ان يطلب التعويض عن الأضرار التي تسبب له بهه المعتدي وهذا التعويض نوعان تعويض مادي مالي وهو ان تلزم المحكمة المعتدي ان يدفع مبلغا من المال بعنوان جبر الضرر المادي او المعنوي الذي تعرض له المعتدى عليه اذا ما توفرت شروط المسؤولية المدنية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما اي ان الخطأ أنتج الضرر وأن الضرر نتيجة للخطأ وعلى الضحية إثبات الخطأ مثلا ان يتبث ان المدعى عليه نشر له معلومات غير صحيحة او معلومات عن حياته الخاصة سواءا عن طريق وسائل التواصل الإجتماعي او عن طريق اشخاص اخرين ..

ويجب ان يثبت انه هنالك إعتداء حقيقي اي ان من يعتدي الإعتداء على حياته الخاصة لم يكن موافقا لا صراحة ولا ضمنيا على الفعل مثلا مشارك في وقفة إحتجاجية وصورته الصحافة وهو عالم باه وقع تصويره وبعد نشر تلك الصور لا يمكن له ان يطالب بحرمة حياته الخاصة إذ انه لا يجب ان يكون موافقا ويمكن ان يكون التعويض عينيا معنويا فمثلا ان كان مقالا صحفيا طلب حذف المقال او منع توزيع الصحيفة او الكتاب او حجز كل النسخ التي بها تعدي عل حرمة الشخص المعنوية وذلك من خلال **حق الرد** الذي يقره **مرسوم 2011** في الصحافة وهو رد الشخص على ما نسب له , ويمكن ايضا ان يكون نوع من التعويض المادي نشر الحكم القضائي الصادر ضد المعتدي

والمسؤولية الجزائية رئيسا بعض مظاهرها نذكر بها **الفصل 253** من المجلة الجزائية الذي يعاقب اي انسان ينشرو يذيع مضمون مكتوب أو تلغراف أو غير ذلك من الكتابيب التي لغيره بدون رخصة من صاحبها , يعاقب بالسجن مدة ثلاثة أشهر

## الفصل 254 من المجلة الجزائية الذي يعاقب من يقشي السر المهني

وهذا إذا بالنسبة لحرمة الحياة الخاصة وبعض الشراح يعتبرون ان للشخص الحق في الصورة (le droit à l'image) و انه جزء من الحياة الخاصة وهنالك من يعتبرون انه مضهر من مظاهر الحياة الخاصة إلا انه حق مستقل بذاته له مقومات اخرى تختلف عن حرمة الحياة الخاصة

## الفقرة الثانية : الحق في الصورة

الحق في الصورة هو حق تبلور حديثا وظهر في العقود الأخيرة وأصبح الفقهاء يتحدثون به وأصبحت المحاكم تفرض إحترامه وهو حق نتج إثر التحولات الكبرى التي شهدتها العالم و يشهدها في العقود الأخيرة وهي تحولات كبرى خاصة في مجال المعلوماتية والإتصال والميدان الصناعي التي أثرت و غيرت عادات و سلوكيات الأفراد ونمط الإقتصاد العالمي وقي ضل ثورة المعلومات والإتصال اصبحنا اكثر فأكثر في عالم الصورة ويرجع ذلك بالأساس الى التطور التكنولوجي الهام الذي نعيشه الآن وثورة العالم الرقمي والتكنولوجي التي أصبحت مركز إهتمام العالم حيث أصبحت الصور و الفيديوات ذات قيمة هامة وبالتالي برز هذا الحق وهو الحق في الصورة وتوسع ذلك عبر عدة وسائل وهي معدات التصوير التي أصبحت رقمية وخاصة منها الهاتف الذكي الذي ساهم بصورة عجيبة في أخذ الصور و التصوير و هو تصوير الأحداث او الأشخاص او المواقع و كل شيء يمكن تصويره ومع هذا التطور التكنولوجي تطور حق هام وهو الحق في الصورة و بالتالي يتدخل القانون ليؤطر هذه الضواهر ويعطي و يقر حق حقيقي يحميه القانون ويضمنه وهو الحق لكل شخص في أن لا يقع أخذ صورة له إلا بموافقة إذ ان لكل الشخص الحق في الموافقة او عدم الموافقة على أخذ صورة له او إستنساخها او إستعمالها أو نشرها او إعلانها للعموم و يمنع باتالي أخذ صورة دون موافقة شخص و تداولها بين الأشخاص وهذا هو الحق في الصورة بصفة عامة وهو حق غير مالي كونه من الحقوق الذاتية اللصيقة بالشخص مثل الحق في الحياة الخاصة وهو من الحقوق المعنوية للشخص وهو أيضا حق إستثنائي أي يمارسه الشخص بمفرده ولا يشاركه فيه أحد يتمتع به الشخص و يتصرف فيه بمفرده فلكل شخص وحده الحق في إستعمال صورته أو التنازل عن حق إستعمال صورته بنفسه وله الحق أيضا في أن يعترض على أي إستعمال لصورته دون إذنه وموافقة

وعندما يدرس شراح القانون هذا الحق هنالك من يعتبره جزءا لا يتجزأ من الحق في حرمة الحياة الخاصة وأنه من المعطيات الشخصية الأساسية التي يشملها الحق في حرمة الحياة الخاصة و هذا الموقف في عدم التفريق بين الحقين يتأكد خاص إذا كان مثلا وقع التقاط صورة لشخص مع عائلته أو داخل منزله فهذا حقيقة إرتباط وثيق بين حرمة الحياة الخاصة وخصوصياته لكن مع ذلك يجب من الناحية النظرية على الاقل التمييز بين الحقين فالحق في الصورة هو حق مستقل عن الحياة الخاصة ويظهر ذلك خاصة عندما تؤخذ لشخص صورة في مكان عمومي (مقهى مثلا او ملعب كرة قدم ...) وهنا لا يوجد إعتداء على الحياة الخاصة و إنما إعتداء على صورته كونه ألتقطت له صورة و تم إستعمالها دون موافقته وبالتالي هنا يظهر التمييز بين هذين الحقين الحق في الصورة والحق في حرمة الحياة الخاصة

وبالرجوع إلى القانون التونسي نلاحظ انه لم يؤطر ولم ينظم هذا الحق بصورة واضحة فقد تحدث المشرع في الدستور عن الحياة الخاصة وسرية المراسلات و المعطيات الشخصية ولكن الحق في الصورة لم يفرد بنص وقوانين خاصة مثل ما هو الشأن في قوانين أخرى مقارنة وبالتالي ما هو الأساس القانوني للحق في الصورة في القانون التونسي ؟

ثم الملاحظة الثانية التي نلاحظها أن الحق في الصورة هو حق ذاتي وإستثنائي يقابله حق آخر وهو موجود وهو الحق المقرر في المجتمعات الديمقراطية وهو الحق في حرية الصحافة و حرية

الإعلام ففي مجتمع يسمى الآن مجتمع المعلومات من حق الأفراد والمجتمع أن يطلع على الأخبار التي تعتبر هامة ولذلك نجد أن الدستور التونسي يقر حرية التعبير وحرية الرأي والمعتقد وحرية الصحافة والتي تعني حرية نشر المعلومات وتداول وتلقي الأخبار بأي وسيلة من الوسائل التي تضمن ذلك بما في ذلك الصورة فكل الاحداث التي تقع في المجتمع يقع تصويرها والمعروف في المجتمعات الديمقراطية أن الصحافة هي سلطة رابعة لأنها تؤثر وتساهم بصفة فعالة في الرأي العام وفي بعض الأحيان يشكل هذا العمل الصحفي إعتداء على الحق في الصورة وهنا يبرز إشكال آخر يتمثل في معرفة متى يعتبر العمل الإعلامي فيه مساس بالحق في الصورة ؟ ويمكن أن يؤدي ذلك الى نتائج قانونية و إلى مسائلة قانونية مدنية وجزائية أحيانا ومتى يعتبر العمل الصحفي و الإعلامي عملا يحترم الأعراف والضوابط المعمول بها ؟ ونلاحظ انه هنالك توازن هش يصعب تحقيقه أحيانا بين الحق في الصورة وهو حق ذاتي يجب ضمانه وإحترامه وعدم الإعتداء عليه وبين حرية التعبير وحرية الإعلام اللتين تعتبران من الحقوق والحريات الأساسية التي يضمنها الدستور ويجب مراعاتها ويجب أيضا ضمانها لم ينظم المشرع هذا الحق بصورة صريحة إلا ان هذا الحق موجود والحماية القانونية له موجودة وهي غير مباشرة من الناحية التشريعية إلا انها حماية مباشرة وصريحة بالرجوع إلى فقه القاضاء التونسي وسنتناول في مرحلة أولى التشريع (1) ثم في مرحلة ثانية فقه القضاء (2).

## 1) حماية الحق في الصورة من الناحية التشريعية

لم يقر التشريع التونسي الحق في الصورة بصفة مباشرة إلا انه اقر هذا الحق بطريقة غير مباشرة فقد رتبنا أنه من الناحية الدستورية يحمي المشرع كرامة الذات البشرية و الحق في حرمة الحياة الخاصة و المعطيات الشخصية والحق في الصورة هو من المعطيات الشخصية وهو احد مكونات الجانب المعنوي للإنسان وبالتالي فهو يحمي الحق في الصورة كون الإعتداء على هذا الحق قد يكون أحيانا إعتداء على كرامة الإنسان (كأخذ صورة له في وضعية غير مريحة أو في منزله) يعتبر ذلك إعتداء على حياته الخاصة والصورة هي من المعطيات الشخصية الأساسية مثل ما هو الحال بالنسبة للهوية وهي من المكونات الذاتية للإنسان وتعتبر معطيات شخصية وأي تداول لهذه الصورة دون موافقة الشخص يعتبر إعتداء على المعطيات الشخصية والدستور يحمي المعطيات الشخصية بصفة عامة

ثم أيضا في القانون التونسي لدينا نص هام هو **قانون عدد 63 المؤرخ في 27 جويلية 2004 (المتعلق بحماية المعطيات الشخصية )** ويقول في **فصله الأول** انه لكل شخص الحق في حماية معطياته الشخصية المتعلقة بحياته الخاصة و**يبين الفصل 4** ما هي المعطيات الشخصية : "تعتبر معطيات شخصية على معنى هذا القانون كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها والتي تجعل شخصا طبيعيا معرفا أو قابلا للتعريف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة باستثناء المعلومات المتصلة بالحياة العامة أو المعتبرة كذلك قانونا " .

وبالتالي كل معطيات تتعلق بالحياة العامة لا تعتبر معطيات شخصية فمثلا(رئيس حزب سياسي أو رئيس جمعية معروفة يشاهد في الساحات العامة لا يعتبر من معطياته الشخصية ) . لكن عدى الحياة العامة كل ما من شأنه أن يعرف بالشخص بطريقة مباشرة كصورته او بطريقة غير مباشرة يعتبر تعدي على معطياته الشخصية ويجب حمايتها والمعطيات الشخصية تشمل بالتالي الصورة ويجب إذا حمايتها وعدم الإعتداء عليها

ومن بين النصوص الأخرى التي تكرر بصفة غير مباشرة الحق في الصورة  
**الفصل 6** من **مجلة حماية الطفل** : "لكلّ طفل الحق في احترام حياته الخاصة مع مراعاة حقوق ومسؤوليات أبويه أو من يحلّ محلّهما حسب القانون ".  
وبالتالي إحترام صورته كونها جزء لا يتجزأ من حياته الخاصة

وكذلك **الفصل 117 م م م ت** الذي يكرس مبدأ هام في الجلسات وهو مبدأ علنية الجلسة والذي يقول: " تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العمومية أو أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب أو لحرمة الأسرة ".  
وذلك حفاظا على حرمة الحياة الخاصة والحق في الصورة

ثم أيضا هنالك العديد من النصوص الأخرى التي تضمن هذا الحق مثل **الفصل 121** : "يعاقب بالسجن مدة 16 يوما إلى عام واحد وبخطية من مائة دينار إلى ألف دينار أو بإحدى العقوبتين فقط كل من نال أو حاول النيل من الحياة الخاصة للطفل سواء كان ذلك بنشر أو ترويح أخبار تتعلّق بما يدور بالجلسات التي تعالج فيها قضايا الأطفال وذلك بواسطة الكتب أو الصحافة أو الإذاعة أو التلفزة أو السينما أو بأية وسيلة أخرى أو بنشر أو ترويح نصوص أو صور من شأنها أن تطلع العموم على هوية الطفل متّهما كان أو متضرّرا ".  
وبقراءة عكسية لهذا النص يتبين لنا أن الطفل له الحق في صورته وعدم نشرها دون موافقة وبالتالي نستفيد من هذه النصوص أن الحق في الصورة ولإن كان لم ينظم بصفة مباشرة إلا ان المشرع يقره ويعترف به بصفة غير مباشرة

## 2) حماية الحق في الصورة من ناحية فقه القضاء

عندما طرحت المسئلة أمام فقه القضاء وعندما توجه بعض الأشخاص إلى المحاكم مدعين تعدي بعض الأشخاص على حقهم في الصورة سنلاحظ كيف تعامل فقه القضاء مع هذه الدعاوى ومنذ مدة غير قصيرة يعتبر فقه القضاء التونسي أن الحق في الصورة هو حق جدير بالحماية ولتأكيد هذا الموقف سنعطي 3 أمثلة تبين ذلك

**أولا : قرار صادر في 19 جوان 2008 عن محكمة التعقيب** تتمثل وقائعه في أن أحد العاملات في نزل اي فندق ( والنزل هو شخص معنوي له الحق في التوجه للمحكمة وأن يتقاضى ويقاضى ) تولى مدير هذا النزل أخذ صور لها في مكان إستحمام بالفندق ووضعها في واجهة هذا المكان وتدعي العاملة انها فوجئت بهذه الصور ووضعها دون علمها و موافقتها وهذه الصور في وضعيات غير لائقة مخلة بالأداب وبها مساس بكرامتها وشرفها فتولت التوجه للمحكمة الابتدائية طالبة التعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء هذا الفعل حيث ان هذه الوضعيات أضهرت مفاتها وليس هنالك ما يثبت انها موافقة وانها لم تعط الإذن بنشر صورها

وان الحق في الصورة هو حق اساسي يجب إحترامه بإعتباره من المعطيات الشخصية للإنسان وأن المشرع يحمي المعطيات الشخصي على معنى **قانون 2004** وعلى هذا الأساس فهي تطلب

التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية والأدبية التي تعرضت لها فيحكم لفائدتها إبتدائيا وأيدت محكمة الإستئناف الحكم الإبتدائي فتولى النزل الطعن بالتعقيب امام محكمة التعقيب وطلب الطعن في هذا القرار الإستئنافي لعدة أسباب : اولاً ان هذا القرار لم يحترم أحكام الفصل 63 من قانون 2004 بإعتبار ان هذا القانون لم يشمل صراحة الحق في الصورة ثم أيضا ان هذا القرار لم يعلل تعليلا جيدا وأن الفصل 83 المتعلق بالمسؤولية التقصيرية لم يقع إحترامه

فقررت محكمة التعقيب انه حيث أن المعطيات الشخصية التي شدد قانون 2004 على حمايتها بإعتبارها تمثل حقا من الحقوق الأساسية المتعلقة بحماية حرمة الحياة الخاصة والمضمونة دستوريا والتي تتمثل حسب تعريف **الفصل 4 من قانون 2004** "تعتبر معطيات شخصية على معنى هذا القانون كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها والتي تجعل شخصا طبيعيا معرّفا أو قابلا للتعريف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة" وجاء في **الفصل 5** "يعد قابلا للتعريف الشخص الطبيعي الذي يمكن التعرف عليه بصورة مباشرة أو غير مباشرة من خلال مجموعة من المعطيات أو الرموز المتعلقة خاصة بهويته أو بخصائصه الجسمية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو النفسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الثقافية "

وحيث بهذا المعنى فإن المعطيات الشخصية هي المعلومات المتعلقة بأقل تفاصيل حياته الخاصة و حيث يخلص مما ذكر أنه خلافا لما تمسك به الطاعن فإن حماية الحق في الصورة يدخل ضمن المعطيات الشخصية التي حرص قانون 2004 على حمايتها ولا يعد خارجا عنها و ان محكمة الحكم المعقب لما إعتبرت أن إلتقاط صور للمعقب عليها يظهر إخلال بعض ملامحها الشخصية بصورة تمكن من التعرف عليها وقيام المعقب بتعليق وبنشر الصور دون موافقة المعقب ضدها يجعل هذه المعطيات الشخصية تنسحب عليها أحكام قانون 2004 وبالتالي فإن المحكمة قد أحسنت تئويل وتطبيق القانون

ونلاحظ من هذا القرار أن محكمة التعقيب تقر الحق في الصورة وتتحدث عليه صراحة وتعتبره جزءا من المعطيات الشخصية للإنسان والتي هي محمية بموجب قانون 2004 وأن محكمة التعقيب هي في الجانب الذي يعتبر أن الحق في الصورة هي جزء من الحياة الخاصة للشخص . وأيدت هذا القرار قرارات أخرى صادرة عن محكمة التعقيب

**ثانيا : قرار 25 جوان 2008 الصادر عن محكمة التعقيب التي تمثلت وقائعه في أن جريدة يومية معروفة نزلت صورة لأحد الأشخاص دون علمه وهذه الصورة متبوعة بجملة إشهارية لفائدة إحدى المؤسسات وذلك في صورة إشهارية دون موافقة و دون إذن منه فلما إكتشف منشور الجريدة توجه للمحكمة وطلب التعويض له عن الأضرار التي حصلت له نظرا لأن الصورة نشرت ضمن صفحة تتناول مقال يتعلق بالخلافات الأسرية والأمهات العازبات و أقام الدعوى على أساس الدستور الذي يحمي حرمة الحياة الخاصة وسرية الحياة الخاصة وعلى الفصل 83 م أ ع المتعلق بالتعويض عن الضرر الصادر عن شخص بدون قصد فبلت المحكمة الإبتدائية الدعوى وأيدت محكمة الإستئناف الحكم و أنه خلافا لما تتمسك به الطاعنة وهي الجريدة فإن القرار المطعون فيه لما إعتبر أن الحق في الصورة هو حق موجود إلى جانب الحقوق الشخصية والمعنوية والذي يعتبر من الحقوق الذاتية التي تدخل ضمن الحياة الخاصة ولا يجوز التعدي على صورة المعقب ضده وذلك بنشرها بدون ترخيص مسبق منه وأن نشر صورته ضمن مقال يتعلق بالأمهات العازبات وما الا ذلك ينجر عنه المس من كرامته وحرمته ويشكل خطأ من جانب الطاعنة ينجر عنه ضرر في حق المعقب ضده وبالتالي تكون**

محكمة الحكم قد أحسنت تطبيق الفصل 5 من دستور 1959 والفصل 83 م أ ع ضرورة أن الفصل 5 من دستور 1959 نص ان "الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام" وأن في هذا النص حماية لجميع الحقوق المرتبطة بشخص الفرد بما يجعله منطبقا على قضية الحال لتعلقها بإحدى حقوق المعقب ضده وهي الحق في الصورة

**ثالثا : قرار 22 جانفي 2008** والمتمثلة وقائعه في أن مجلة معروفة قامت بنوع من التحقيق حول إختصاص الجراحة التجميلية وقاموا بإحضار طبيب جراحي يتحدث حول موضوع الجراحة التجميلية و في إطارالمقال قاموا بوضع صورة لإمرأة قامت بعملية جراحية على انفها وقاموا بتغطية عينيها حتى لا يقع التعرف عليها . إلا انه بعد نشر المجلة لاحظت المرأة أن الصورة تبين ملامحها وتمكن من التعرف عليها اذ قام معظم أقاربها و أصدقائها بمعرفتها فور رؤية الصورة بالمقال فتألمت جراء ذلك وتأثرت معنويا فقررت مقاضاة هذه المجلة فقبلت المحكمة الابتدائية الدعوى وحكمت لفائدتها وأيدت محكمة الإستئناف الحكم وأقرته محكمة التعقيب بناء على الحق في حماية الصورة و إستنادا للفصل 83 م أ ع أقرت لها المحكمة التعويض

خلاصة القول أن الحق في الصورة من ناحية فقه القضاء هو حق مقرر صراحة و محمي رغم أن التعويض ليس بتعويض ضخم ومع ذلك فإن هذا الحق موجود ومكرس صراحة من الناحية القضائية

## الباب الثاني : تقسيم الحقوق اعتمادا على مصدرها

تقسم الحقوق وفق عدة تقسيمات فيمكن تقسيمها حسب موضوعها فهناك حقوق مالية و حقوق غير مالية وهناك تقسيمات أخرى أهمها تقسيم الحقوق حسب مصدرها أي من أين يستمد الحق أي من أين يأتي الحق أي ما هو السبب المنشأ للحق . والسبب الأساسي للحقوق هو القانون ورأينا سابقا أن الحق الذي لا يقره القانون ولا يعترف به لا يعتبر حقا فالحق يجب أن يكون محميا بالقانون وهذا هو تعريف الحق حسب النظرية الشخصية فهو مصلحة يحميها القانون أما في الواقع فهناك أسباب مباشرة لنشأة الحق فالقانون هو الذي يحمي الحقوق فليست كل الحقوق ينضمها القانون ويسميتها بصفة مباشرة كالحق في الصورة مثلا ولذلك يجب دراسة المصادر المباشرة للحق سواء ذلك إن كان الحق مالي أو غير مالي والأسباب المؤدية إلى نشأة الحقوق عديدة فمثلا إذا فتحنا م أ ع وبحثنا عن الأسباب المنشأة للحقوق الشخصية سيتبين لنا ذلك من **الفصل الأول من المجلة** " تعميم الذمة (أي نشأة الإلتزام) يترتب على اتفاقات وغيرها من التصريحات الاختيارية وعن شبه العقود والجنح شبهها " . وبالتالي حدد المشرع مصادر الإلتزام بهذا الفصل وهي العقود التصريح بإرادة منفردة كالوعد بجائزة ويمكن أن ينشأ أيضا من فعل ضار عمدا أو غير عمد يسميه المشرع جنحة أو شبه جنحة هذه الأسباب هي التي تنشأ الإلتزام وان لم توجد فنقول أن الإلتزام أنشأه القانون والحقوق مهما كانت نوعها يمكن أن يكون مصدرها مصدرين أو في أقصى الحالات 3 مصادر وعموما تنشأ العقود نتيجة وجود سببين إما واقعة قانونية أو تصرف قانوني وهذا التقسيم هو تقسيم أساسي تتبناه عدة تشريعات وليس موجود في القانون التونسي صراحة كون المشرع التونسي لم يعرفه وهو تقسيم فقهي أي تبناه شراح القانون فما المقصود بالواقعة القانونية وما المقصود بالتصرف القانوني ؟

### القسم الأول : التصرف القانوني (L'act juridique)

التصرف القانوني هو تصريح بالإرادة يرمي إلى تحقيق نتائج وأثار قانونية إرادية وهذا التصرف يكون إما من جانب واحد وهو الإلتزام بإرادة منفردة وإما تصريح ثنائي أي متبادل بين الطرفين والمقصود بذلك العقد والإتفاق وفي التصرفات القانونية مصدر الحق هو الإرادة بإرادة الشخص يمكن أن تنشأ حقا والإرادة تكون إما من جانب واحد أو تكون من جانبين وهي إجتماع إرادتين تنشأ تصرف قانوني يسمى العقد والتصرف القانوني انواع فهناك تصرفات منشأة لحقوق و تصرفات ناقله لحقوق و تصرفات تعتبر أعمال نفويت و أعمال إدارة و ... والتصرف القانوني من جانب واحد كالوعد بجائزة أو الهبة أو العرض (الإيجاب). (l'offre) وسندرس التصرفات القانونية في السنة الثانية وهناك عموما أحكام خاصة نجدها في م إ ع وأحكام خاصة تنضمها قوانين خاصة وهذه التصرفات يجب توفر جملة من الشروط لممارستها بينها المشرع في **الفصل 2 م إ ع** هي أهلية الإلتزام والإلتزام , التصريح بالرضاء , و أن يكون المقصود من العقد مالا معيناً يجوز التعاقد عليه و أن يكون موجب الإلتزام جائزا

وعند نشأة هذه الإلتزامات تنشأ آثار بين الطرفين يجب إحترامها وإذا التصرف القانوني بنوعيه يمكن أن يكون سببا منشأ للحقوق وهذه الحقوق يمكن أن تكون حقوقا عينية أو شخصية فمثلا عقد البيع ناقل لحق عيني وهو منشأ لإلتزامات شخصية (دفع الثمن) و الحقوق الذاتية أيضا يمكن أن تكون في بعض الأحيان محل إلتزام فالحق في الصورة مثلا يمكن التنازل عليه مقابل مبلغ مالي ويمكن بيعه فعارضات الأزياء يبيعون صورهم والرياضيين والشخصيات المشهورة أيضا في إيطار دعاية يمكنهم بيع صورهم مثلا وذلك عبر إتفاقات ترتب الإلتزامات وحقوق والتصرف القانوني ليس المصدر الوحيد للحقوق

## القسم الثاني: الوقائع القانونية (Les faits juridiques)

المصدر الثاني للحقوق هي الوقائع القانونية وهي أحداث وليست تصرفات أي الأحداث المادية الإرادية والغير إرادية التي يرتب عليها القانون آثار قانونية وشرط هذه الآثار أن لا تكون إرادية وهذا هو الفرق بين الوقائع القانونية والتصرف القانوني ويمكن أن تتدخل الإرادة في الوقائع القانونية أي ان تكون إرادية لكن أثارها القانونية تكون غير إرادية ويمكن ان تكون غير إرادية كالموت والولادة مثلا وهذه الوقائع يمكن ان تؤدي إلى نتائج قانونية ويمكن ان تكون مصدرا للحقوق ولكن هذه النتائج أساسها القانون وليس إرادية مثال البناء فوق أرض الغير أو نشر صورة لشخص دون إذنه مثلا فهذه وقائع قانونية ويمكن أن تكون مصدرا للحقوق فمثلا الوفاة تكون مصدرا للحقوق بالنسبة للورثة تنتقل لهم مكاسب المورث وتصبح ملكهم والولادة تنشأ الشخصية القانونية والإعتداء القسدي أو الغير قسدي ينشأ حق التعويض

وهذا التقسيم بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هو تقسيم أساسي و سوف نرى ذلك عند دراسة الإثبات فعندما يتعلق الأمر بتصرف قانوني يتم الأمر وفق وسائل مضبوطة واما الوقائع القانونية إذا تتطلب الأمر إثباتها فهي تخضع لمبدأ الإثبات بكل الوسائل

وعند عدم وجود واقعة قانونية أو تصرف قانوني يكون القانون مصدر الحقوق وهو الوعاء الذي يستوعب كل الحقوق التي ليس فيها سبب مباشر يؤدي لنشأتها وقيامها

## الجزء الثاني : أصحاب الحقوق

وأصحاب الحقوق هم الأشخاص أي الإنسان أي الكائن البشري الذي خلقه الله وأعطاه العقل والجسد وميزه عن غيره من المخلوقات الأخرى وفي القانون الإنسان يسمى شخصا طبيعيا ماديا *Personne physique* لتمييزه عن شخص آخر في القانون هو الشخص المعنوي *Personne morale* فالحقوق تمنح للإنسان وبمقتضى إفتراض قانوني يوجد على الساحة القانونية أشخاص آخرون غير ماديين وغير ملموسيين وهم هؤلاء الأشخاص المعنويين الذين وجدوا بحكم القانون رغم أنهم أشخاص غير ماديين وغير طبيعيين والمقصود بذلك الشركات والجمعيات و المؤسسات والدولة والوزارات والبلديات والولايات... وكل هؤلاء هم أشخاص في القانون لأنهم يمكنوا أن يتحملوا واجبات وإلتزامات وأن يتمتعوا بحقوق وهي شبيهة بحقوق الأشخاص الطبيعيين فلهم الحق في الإسم ولهم الحق في المقر ولهم جنسية ولهم الحق في التقاضي ولهم حقوق تجعلهم اشخاص متفردين ومختلفين عن غيرهم ويمكن مقاضاتهم ويمكن أن تكون لهم ذمة مالية ويمكن تتبعهم قضائيا ماديا وجزائيا وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الجزء لقسمين **باب أول** نتناول فيه الأشخاص الطبيعيين و**باب ثاني** نتناول فيه الأشخاص المعنويين

## الباب الأول : الأشخاص الطبيعيين

الشخص الطبيعي هو الإنسان مهما كان جنسه رجلا كان او امرأة طفلا أو كهلا وهما كانت جنسيته وعند ما يدرس شراح القانون الشخص الطبيعي يتناولون بالأساس مسألة هامة وهي *la personnalité juridique* الشخصية القانونية فكل إنسان و كل شخص يتمتع منذ ولادته بالشخصية القانونية وهناك إلى جانبها مفهوم آخر وهو الأهلية القانونية *la capacité juridique* وهي مفهوم يجب أن نتجنب خلطه مع الشخصية القانونية ويجب التمييز بينهما وسنتناول في **القسم الأول** الشخصية القانونية وفي **القسم الثاني** الأهلية القانونية

### القسم الأول : الشخصية القانونية

المقصود بالشخصية القانونية هو قدرة الشخص على أن تثبت له الحقوق الني يقرها القانون و أن يكون متحملا للواجبات والإلتزامات القانونية ولدراسة الشخصية القانونية يجب تناول مسألتين أساسيتين متى تنشأ الشخصية القانونية (1)ومتى وكيف تنقضي (2).

## الفرع الأول: نشأة الشخصية القانونية

المبدأ هو أنه الشخصية القانونية تنشأ بمجرد ولادة الإنسان حيا أي أن شرط نشأة الشخصية القانونية الولادة وأن يكون حيا ولا تنشأ الشخصية القانونية إذا ولد المولود ميتا وهذا لا يعني انه يجب أن يبقى حيا وإنما مجرد ولادته حيا تنشأ له شخصية قانونية والولادة هي واقعة قانونية وفي عدة صور يولد المولود و يتوفى بعد مدة قصيرة ويطرح سؤال هل ولد حيا والإثبات يكون بصراح المولود وفي نهاية المطاف يثبت ذلك التقرير الطبي ويجدر الإشارة أن القانون الفرنسي يشترط في نشأة الشخصية القانونية أن يكون المولود ولد قابلا للحياة viable أي أن هنالك مدة فاصلة بين ولادته ووفاته وهذا فرق بين القانون التونسي والفرنسي فقد يمكن أن يولد المولود حيا في القانون الفرنسي ولا يكتسب الشخصية القانونية ان توفي في مدة معينة وضروف معينة

وفي القانون التونسي لا يمكن إثبات ولادة الطفل حيا إلا عن طريق وثيقة محددة هي رسم أومضمون الولادة الذي نظمه المشرع وبين أحكامه في القانون الصادر في 1 أوت 1957 المتعلق بالحالة المدنية , وقد بين هذا القانون في القصول 22 وما بعدها ما هي القواعد الأساسية المتعلقة بمضمون الولادة وإعتبر أن هنالك واجب يتحمله بعض الأشخاص وهو واجب التصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية ونص الفصل 22 انه خلال 10 أيام من ولادة المولود يجب التصريح بالولادة أمام ضابط الحالة المدنية , وهذا التصريح والأجل وجوبيا ولا يقع الترسيم إذا فات الأجل إلى بموجب قرار قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية و الفصل 24 ينظم من هم الأشخاص المخول لهم التصريح بالولادة وهم والده والأقرباء والقوالب وغيرهم من الأشخاص الذين شهدوا الواقعة , فإذا وضعت الأم مولودها خارج منزله يقع الإعلان من قبل الشخص الذي وقعت الولادة بمحله وإن لم يصرحوا بالولادة يقول الفصل 25 "انه يعاقب كل شخص حضر الولادة ولم يعلم بذلك بالسجن لمدة 6 أشهر وبخطية مالية "

وبالولادة حيا تنشأ الشخصية القانونية ويطرح سؤال هل ان قبل الولادة هنالك شخصية قانونية؟؟ الإجابة لا فالجنين والحمل لا يمتلك شخصية قانونية لأن المشرع يعتبر أن الشخصية القانونية تنشأ بالولادة حيا ومع ذلك يجب أن نلاحظ أن الجنين ولو قبل ولادته يتمتع بجملة من الحقوق أهمها الحق في الميراث والحق في الوصية والحق في التعويض ونجد حقه في الميراث في القصول من 147 إلى 152 من م أ ش حيث يقول المشرع إذا توفي مورثه يجب أن نوقف له نصيبه من الميراث ويجب ان لا توزع ما يمكن ان يكون نصيبه من الميراث وأن ننتظر ولادته فإن ولد حيا في أجل محدد قانونا فإنه يأخذ نصيبه من الميراث وان ولد ميتا فإن ما تم إيقافه يوزع على الورثة حسب ما يقتضيه الميراث ونلاحظ أهمية ولادة الجنين حيا فلو توفي بعد يوم يثبت الميراث و يمكن ان يرثه وراثته كون القانون التونسي يشترط الولادة حيا لتثبوت الشخصية القانونية ويمكن أن يستفيد من الوصية فالمشرع يقول في الفصل 481 من م أ ش "تصح الوصية للحمل بشرط أن يكون موجودا في تاريخ الإيصاء وأن يوضع حيا في المدة المعينة بالفصل 35. وتحفظ غلة الموصى به من حين وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل "

ويعطينا **الفصل 35 م أ ش** المدة المعينة: " أما الحامل فعدتها وضع حملها وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة " .

وإن ولد ميتا حقه من الوصية يقع توزيعه على الورثة والصورة الثالثة التي تثبت فيها حقوق للجنين هي عندما يتعرض مورثه إلى الوفاة بسبب حادث موجب للتعويض يحق للجنين أن يطالب بالتعويض الذي لحقه جراء فقدان مورثه وذلك عندما تكون الوفاة وهو حمل وذلك عبر أمه ويقر هذا الأمر فقه القضاء

وهناك حقوق أخرى أيضا إضافة لهذه الحقوق تجعلنا نتساءل هل يمكن إعتبار الجنين وهو في بطن أمه حيا حكما بقوة القانون أو بصورة أوضح هل وهو مازال جنين يتمتع بشخصية قانونية ولو منقوصة؟ وذلك كونه وهو في بطن أمه تسند له بعض الحقوق فهل يعتبر ثبوت هذه الحقوق مظهرا للشخصية القانونية ولو كانت غير مكتملة؟ هنالك من الفقهاء من يعتبر انه ليس له اي شخصية قانونية وان له سوى بعض الحقوق المكتسبة وهنالك من يقول ان له شخصية قانونية ناقصة غير كاملة وهنالك من يعتبر ان الجنين حي حكما وذلك بإفترض القانون وبإعتبار أن له حقوق وان له وجود مادي فهل يعتبر هذا الوجود نوعا من الحياة الحكمية؟ وعلى أي اساس تمنح له هذه الحقوق؟

وهذا إذا بالتسبب لانشأة الشخصية القانونية التي تبدأ بولادة الشخص حيا وتبقى هذه الشخصية القانونية قائمة إلا ان تأتي واقعة قانونية أخرى وهي الوفاة حيث تنقضي بموجبها الشخصية القانونية

## الفرع الثاني : إنقضاء الشخصية القانونية

تنقضي الشخصية القانونية بالوفاة والوفاة تكون إما وفاة طبيعية(1) وإما وفاة حكمية (2) يفترضها القانون في بعض الصور التي سنتعرض لها

### الفقرة الأولى : الوفاة الطبيعية

الوفاة الطبيعية هي الوفاة التي يتعرض لها كل إنسان فكل نفس ذائقة الموت والمقصود بالوفاة الطبيعية رغم أن المشرع لم يعرفها بصورة صريحة ولكنه في إطار منشور صادر عن وزير الصحة العمومية بتاريخ 1 أوت 1991 تحت عدد 1048 بين فيه ما المقصود بالموت الطبيعية وأنها تحصل بالتوقف الذي لا رجعة فيه للوظائف الحيوية التلقائية أي توقف وظيفة التنفس ووظيفة جهاز القلب و الوظيفة الدماغية

وإذا تحققت هذه الوفاة الطبيعية يترتب عنها نتائج مختلفة عقائدية و دينية و إجتماعية لكن من الناحية القانونية هنالك جملة من النتائج التي إعتبر المشرع في نصوص متفرقة انه منها ما يهم المتوفى ومنها ما يهم محيط هذا الشخص اي الأشخاص الذين لهم علاقة بالمتوفى و نلخصها انه بالنسبة للمتوفى الموت نهاية (أ) اما بالنسبة لمحيطه فالموت بداية (ب).

## أ) الموت نهائية

يجب إثبات واقعة الوفاة , والوقائع القانونية يجب إثباتها بكل الوسائل المتاحة وهذا هو المبدأ أما بالنسبة لهذه الوضعية فالمشرع ينظم كيفية إثباتها ولا يترك عملية الإثبات مفتوحة وإنما يقننها وينظمها وذلك في **قانون الحالة المدنية المؤرخ في 1 أوت 1957** وبقية النصوص الأخرى التي تتعلق بحالة الشخص وهي عدة ثلاث وضعيات (الولادة , الزواج , الوفاة ) ومثل الولادة يجب أيضا التصريح بالوفاة والقواعد الكبرى المتعلقة بإثبات الوفاة هي

**أولاً :** بعد حدوث الوفاة يجب التصريح بها لضابط الحالة المدنية (البلدية) في أجل أقصاه 3 أيام من تاريخ الوفاة و ذلك حسب **الفصل 43** من **قانون الحالة المدنية** والذي ينص أيضا انه : و عند تجاوز أجل التصريح بالوفاة لا يمكن إقامة رسم الوفاة إلا بحكم صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية (مثل ما هو الشأن بالنسبة لرسم الولادة).

( والنصوص المتعلقة بقواعد الإثبات هي **الفصول 43 إلى 58** من **قانون الحالة المدنية** )

**ثانياً:** يجب أن يتم هذا التصريح من أحد أقرباء المتوفى تطبيقاً **للفصل** من **قانون الحالة المدنية** حيث ينص **الفصل 44** **فقرة 1** : "يحرر رسم الوفاة ضابط الحالة المدنية بالمنطقة التي وقعت فيها الوفاة وذلك طبق تصريح من قريب الهالك أو من شخص لديه عن حالته المدنية إرشادات صحيحة تامة بقدر الإمكان".

**ثالثاً :** و طبق **الفصل 44** **فقرة 2** : "ولا يقع دفن بدون رخصة تكون على ورق مطلق وبدون مصاريف يسلمها ضابط الحالة المدنية".

**ثم بعد ذلك :** يقع إقامة حجة الوفاة من قبل حاكم مختص وهو قاضي الناحية وذلك طبقاً **للفصل 44** **فقرة 3** : "ويوجه ضابط الحالة المدنية إلى وكيل الجمهورية أو حاكم الناحية مضمونين من رسوم الوفاة الذي حرره ويجرى الحاكم عند اتصاله بذلك بحثاً بقصد معرفة الورثة ثم يقيم حجة الوفاة".

وهنا يجب ان ننتبه لضرورة التمييز بين رسم أو مضمون الوفاة و بين حجة الوفاة

**رسم الوفاة أو مضمون الوفاة ( مثل مضمون الولادة )** وهو وثيقة رسمية تثبت حصول الوفاة في تاريخ معين وتتضمن جملة من التنصيصات هي التي أشار إليها **الفصل 47** : "وينص برسم الوفاة على اليوم والساعة والمكان الواقعة فيها الوفاة وعلى اسم المتوفى ولقبه وتاريخ ومكان ولادته وحرفته ومقره وجنسيته وعلى اسمي أبويه ولقبهما ومقرهما وجنسيتهما وعلى اسم الزوج ولقبه إذا كان الهالك متوجاً أو أرملاً أو مطلقاً وعلى اسم القائم بالتصريح ولقبه وسنة وحرفته ومقره ودرجة قرابته للمتوفى إن أمكن وكل ذلك بقدر ما يستفاد من المعلومات وينص على وفاة الهالك بطرة رسم ولادته".

**ورسم الوفاة** هو وثيقة رسمية صادرة عن الأمور العمومي المكلف بذلك وهو ضابط الحالة المدنية وهذه الوثيقة هي شرط لإقامة **حجة الوفاة**

**حجة الوفاة** هي وثيقة رسمية يحررها حاكم الناحية وتتضمن بالأساس الإشارة لواقعة الوفاة وتنص على ورثة المتوفى وبصورة إجتيابية على ما تركه المتوفى من عقارات مسجلة والغاية من هذه الوثيقة التنصيص على الورثة وهي ضرورية كونها تتضمن احد اهم نتائج الوفاة وهي إنتقال مكاسب المتوفى لورثته و هي هامة كونه لا يمكن لأي جهة رسمية أن تتعامل مع الورثة بإعتبارهم ورثة دون الإستظهار بها فهي التي تثبت صفة الوارث وتمنحه الحق في المطالبة بالحقوق التي إنتقلت اليه من مورثه

وفي إبطار إثبات واقعة الوفاة هنالك نصوص خاصة وهي بالأساس **الفصل 12 من قانون 25 مارس 1991 ( المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية )** يقول: "لا يجوز أخذ عضو من جثة لغايات علاجية قبل معاينة الموت وتقع هذه المعاينة

أ- من طرف طبيبين استشفائيين لا ينتميان إلى الفريق المكلف بعملية أخذ الأعضاء وزرعها  
ب- وفق القواعد المقبولة والمعمول بها في الميدان الطبي، وبين وزير الصحة العمومية بمقرر الطرق والعلامات الواجب اعتمادها والدالة على حصول الوفاة بصفة نهائية وخاصة التوقف النهائي لوظائف المخ

يحرر الطبيبان اللذان يعاينان الموت محضرا في وفاة الشخص يوضحان فيه تاريخ الموت وساعته وسببه وطريقة ملاحظته ويتم إمضاؤه من طرفهما "

وبالتالي الوفاة ليست واقعة عادية ولذلك يحيطها المشرع بالعديد من القواعد التي تضمن إثباتها وتأكيد وقوعها وتضمن حقوق كل الأشخاص الذين لهم مصلحة من معرفة هذه الوضعية

والأهم من ذلك معرفة النتائج المترتبة عن الوفاة والتي تكون مرتبطة بالمتوفى فالوفاة بالنسبة للمتوفى هي نهاية وهي نهاية شخصيته القانونية وهذا هام جدا كونه لا شيء يمكن أن يلغي الشخصية القانونية غير الوفاة وهي السبب الوحيد لإنقضاء الشخصية القانونية ولا يوجد أي سبب آخر مهما حصل له من الوقائع الأخرى والصعوبات و من مشاكل كالسجن مدى الحياة أو الإفلاس وما إلا ذلك لا يلغي الشخصية القانونية وتبقى قائمة الى حين الوفاة وقبل الوفاة عندها الشخص كان شخص قانوني له حقوق وواجبات وبعد الوفاة تنتهي كل توابع الشخصية القانونية ويصبح في نظر القانون شيئ *une chose*

ومع ذلك فإن القانون يفرض قواعد يجب احترامها

فله الحق في وجوب الدفن و الحق في عدم التنكيل بجثته وإجترامها و فعل ذلك يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون الجزائي...

ومن الناحية المدنية هل تنتهي الشخصية القانونية بصفة مطلقة؟ وماذا نفعل بمكاسبه وماذا نفعل بالحقوق التي رتبها المتوفى بعد حياته؟

يعتبر بعض شراح القانون أن المتوفى يبقى حيا في نظر القانون إلى غاية تصفية تركته وسندرس في قانون الميراث أن المشرع في **الفصل 87 م أ ش انه** : "يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي

أ- الحقوق المتعلقة بعين التركة

ب - مصاريف التجهيز والدفن

ج - الديون الثابتة في الذمة

د - الوصية الصحيحة النافذة

هـ - الميراث

فإذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة"

وبذلك يعتبر بعض شراح القانون أن الشخصية القانونية لا زالت باقية الى غاية تصفية التركة

وهذا نقاش نظري لا يعني أن إنتهاء الشخصية القانونية مسألة قابلة للنقاش وحتى لو نتفكر في

بقاءها فهذا من قبيل الإفتراض القانوني وواقعا تنتهي الشخصية القانونية بمجرد الوفاة

وما هي النتائج الأخرى القانونية التي تبرز فكرة الموت نهاية؟

النتائج الأخرى القانونية هي إنقضاء جملة من العقود التي أبرمها المتوفى وهي خاصة العقود القائمة على الإعتبار الشخصي (les contrats intuitu personae) مثل عقد الشغل عندما يتوفى الأجير لا يبقى العقد موجودا ولا ينتقل للورثة فهو ينقضي بوفاة الشخص , وعقد الزواج أيضا ينقضي بوفاة أحد الطرفين , وعقد الوكالة ينقضي بإنقضاء الوكيل تطبيقا للفصل 1157 م أ ع

وبالتالي العقود القائمة على الإعتبار الشخصي تنقضي بوفاة أحد الطرفين ولا تتواصل في الزمان وهناك عقود لا تنقضي بإنقضاء الشخصية القانونية وهي العقود الغير قائمة على الإعتبار الشخصي وبرزها مثلا عقد الكراء وعقد البيع

وبعض الحقوق العينية القائمة على الإعتبار الشخصي تنقضي أيضا بوفاة أحد الطرفين خاصة مثلا حق الإنتفاع فهذه الحقوق العينية قائمة على الإعتبار الشخصي تنقضي بإنقضاء المستفيد منها تطبيقا للفصل 157 م ح ع وحق الإستعمال وحق السكنى ينقضيان كذلك عملا بالفصل 164 م ح ع , وهذا من ناحية الحقوق الموضوعية

لكن من الناحية الإجرائية ومن ناحية القضايا والمرافعات والدعاوى يعتبر القيام ضد شخص متوفى قياما باطلا والدعوى تعتبر مرفوضة ويحصل هذا كثيرا في التطبيق والوفاء تؤدي إلى وقف التتبعات الجزائية ضد المطلوب وبالتالي من الناحية الإجرائية لا تتبع بعد الموت وحتى لو كان التتبع بدأ قبل وفاته والقضية تزال لدى المحكمة, تدخل المحكمة الورثة في النزاع وإن صدر الحكم ضد المتوفى يكون الحكم لا وجود له كونه صادر ضد شخص منعدم الشخصية القانونية

#### أ) الموت بداية

بالنسبة لأقرباء الشخص المتوفى و دائنوه و محيطه تعتبر نتائج الوفاة مختلفة عن النتائج بالنسبة للمتوفى نفسه ونتحدث أولا عن نتائج الوفاة بالنسبة للأقرباء ثم ثانيا عن النتائج بالنسبة لدائنين

**أولا: بالنسبة للأقرباء** تعتبر الواقعة واقعة أليمة ومن الناحية القانونية نلاحظ أن الموت مصدر للحقوق بالنسبة للورثة من جهة و واجبات يتحملونها من جهة أخرى نتناول في في مرحلة أولى الحقوق وبعد ذلك نتناول الواجبات

**حقوق الورثة :** -أول حق بالنسبة لورثة المتوفى هو الميراث وتطبيقا للفصل 85 م أ ش :

"يستحق الإرث بموت المورث ولو حكما ويتحقق حياة الوارث من بعده " .  
وعند دراسة قانون الأموال سوف نرى أن الميراث هو سبب من أسباب إكتساب الملكية التي تكتسب حسب **الفصل 22 م ح ع :** "تكتسب الملكية بالعقد والميراث والتقادم والالتصاق ومفعول القانون وفي المنقول بالاستيلاء أيضا " .

فالميراث هو سبب من أسباب إنتقال الملكية ملكية مكاسب المورث إلى ورثته وينظم المشرع القواعد المتعلقة بالنيراث في مجلة الأحوال الشخصية في **الفصول من 85 إلى 152 م أ ش** وإذا توفي شخص يطرح في القانون سؤال يتعلق بلحظة إنتقال الملكية فهل تنتقل فور الوفاة أم في مرحلة لاحقة ؟

هنالك آراء عديدة وفي الفقه الإسلامي هنالك نظريات متعددة أما في القانون التونسي فإننتقال مكاسب المورث يكون بمجرد الوفاة وأهم دليل على ذلك **الفصل 85 م أ ش**

- والنقاش موجود كون **الفصل 87 م أ ش** المتعلق بتصفية التركة يقول: يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي
- أ- الحقوق المتعلقة بعين التركة
- ب - مصاريف التجهيز والدفن
- ج - الديون الثابتة في الذمة
- د - الوصية الصحيحة النافذة
- هـ - الميراث

فإذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة"

وهنا يأتي النقاش حيث يعتبر الشراح أن الميراث يجب تأخيرها الى حين خلاص المصارف والديون والوصايا ومن هنا جاء النقاش لكن بالنسبة لعدة شراح و بالرجوع للواقع تستحق التركة لحضة الوفاة وتنتقل كل الحقوق الى الوارث بمجرد وفاة الورث تطبيقا **للفصل 85 م أ ش**

-الحق الثاني هو الحق في التعويض وذلك إن كان موت المورث جراء حادث سواء حادث طريق أو حادث شغل وفي صورتين يجوز للورثة القيام بدعوى للمطالبة بتعويضهم عن الأضرار المادية والمعنوية التي حصلت لهم بفقدان مورثهم ويكون القيام في حادث الطريق ضد المتسبب فيه وفي حادث الشغل القيام ضد المشغل تطبيقا للقانون المتعلق بحوادث الشغل , وإذا كان هنالك عقد تأمين يمكن القيام بالمطالبة بالتعويض ضد شركة التأمين التي تحل محل الشخص المؤمن وإن لم يكن هنالك شركة تأمين وفي حادث السر لم يكن المتسبب فيه معروفا يمكن التوجه لصندوق ضمان حوادث السيارة والمطالبة بالتعويض

-الحق الثالث هو الحق في الموافقة أو عدم الموافقة على أخذ عضو من أعضاء المتوفى للتبرع بيه وذلك في صورة غياب إرادة المورث

-الحق في البقاء في محل السكنى ويجب الإنتباه إلى أن بعض القوانين الخاصة المتعلقة بالكراء و الكراء عادة يخضع **للفصول 727 و ما بعدها من م أ ع** لكن هنالك كراءات خاصة تهم المحلات التي هي على ملك أجنبى او هي مبنية قبل سنة 1970 والكراءات المبرمة قبل 18 فيفري 1976 أو المحلات التجارية أو كراءات فلاحية... هذه القوانين الخاصة بها قواعد أهمها أنها تمنح للورثة خاصة **قانون 18 فيفري 1976** حق البقاء أي أنه عندما يتوفى المورث يمتد حق البقاء للورثة الذين كانوا متساكنين معه وليس حق مواصلة الكراء لأن الكراء ينتهي بإنتهاء مدته ويمنح هذا القانون للمكثري الحق في البقاء رغم إنتهاء المدة أو أي صورة لفرض الخروج على المكثري

- للورثة أيضا الحق في القيام على كل من يعتدي على شرف أو من سمعة أو من حرمة مورثهم وذلك على أساس نوعين من الضرر ضرر يحصل لهم شخصيا كحادث سير حرما جرائه من مورثهم ويقول الشراح أن هذا التعويض هو ثمن الدموع وضرر يلحق بمورثهم كالإعتداء على سمعته

**واجبات الورثة:** -من بين هذه الواجبات تلك المتعلقة بالولاية والولي مبدئيا هو الأب وهو مسؤول على أفعال المولى عليه وعند توفي الأب تنتقل الولاية للأب أو الى الوصي على الولاية أو المقدم المسمى على القاصر بسبب سنه أو بسبب وجود عارض من عوارض الأهلية وبالتالي تنتقل إليهم كل الواجبات المترتبة عن الولاية وهذه الولاية بها مسؤولية تحدث عنها المشرع في **الفصل 93 مكرر من م أ ع**

-الواجبات المتعلقة بديون المتوفى والتزاماته فعندما يعقد الأخير في حياته عقود و يلتزم بالتزامات وتترتب إيزائه ديون يجب أن يؤديها فما هو مصير هذه الديون ؟  
يجيب عن هذا السؤال **الفصل 241 م أ ع :** "الالتزامات 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 الالتزام بمقتضى العقد والقانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم".

**ثانيا : بالنسبة للذائنين** وبالنسبة لهم يجبوا أن يستوفوا ديونهم لهم الحق في ذلك حيث أن **الفصل 241 م أ ع** يمنحهم هذا الحق وينظم المشرع إجرائيا هذا في **الفصل 289 م م م م ت:** " يقع التنفيذ عند وفاة المحكوم عليه على وارثه بعد إعلامه بالحكم وانتهاء الأجل الوارد بالفصل 287 ولو سبق أن تم ذلك الإعلام ومنح ذلك الأجل للمحكوم عليه نفسه وإذا تعذر معرفة الوارث بالرغم من الاسترشاد عنه من قبل طالب التنفيذ، ولم يدل أحد بحجة وفاة المورث فإنه بعد مضي ثلاثين يوما من العلم بواقعة الوفاة تبلغ سائر المحاضر المتعلقة بالتنفيذ لوارث المحكوم عليه المتوفى دون بيان اسمه، وذلك بأخر مقر معلوم للمورث، ويكون هذا الإعلام كافيا للتمادي في التنفيذ  
التنفيذ المشروع فيه ضد المحكوم عليه يستمر عند الاقتضاء ضد وارثه دون لزوم لإعلامه بالحكم من جديد أو لضرب أجل جديد له".

ويميز المشرع في هذا الفصل بين فرضيتين الأولى الشروع في التنفيذ قبل وفاة المورث والثانية الشروع في التنفيذ بعد الوفاة فأن كلن الشروع في التنفيذ قبل الوفاة يقع مواصلة التنفيذ ضد الورثة دون أي إجراء وإذا كان صدر الحكم وتوفي الشخص ول يستكمل التنفيذ فإن المشرع يفرق بين وضعيتين الوارث معروف يقع توجيه التنفيذ ضده وان لم يكن معروفا يقع التنفيذ على الورثة مطلقا دون تسميتهم كأنهم كيان موجود وذلك حتى تسهل على الدائن التنفيذ  
والمشكل في التنفيذ أن التركة قد لا تكون كافية لخلاص الدين وهنا يتدخل المشرع في **الفصل 241 م أ ع :** "لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم".

في القوانين الأوروبية والغربية للوارث 3 خيارات إما أن يقبل التركة قبول مجرد او يرفض التركة او قبوله بشرط حساب الديون والمكاسب وفي القانون التونسي والقوانين الإسلامية ليس للوارث الخيار فبمجرد الوفاة تنتقل بقوة القانون مكاسب المورث لمورثته ويصبح متحملا لديون في حدود ما يتلقى من مكاسب وإذا أراد التخلص من هذا العبا يمكن للوارث أن يتنازل عن التركة وذبك ما اكده **الفصل 241 فقرة 2:** فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحينئذ لا يسع أرباب الدين إلا تتبع مخلف المدين  
ويجب الإشارة ان الفقه الإسلامي يعتبر ان أداء الديون واجب حتى بعد الوفاة

## الفقرة الثانية : الوفاة الحكمية

يكرس المشرع صراحة هذا المصطلح في **الفصل 85 م أ ش**: "يستحق الإرث بموت المورث ولو **حكما** وبتحقق حياة الوارث من بعده".

والمقصود بالموت الحكمي وهو الوفاة بافتراض القانون المقصود به أساسا صورة فقدان والذي نظمها المشرع في **الباب الثامن الفصول 81 إلى 84 م أ ش**

ويمكن أن تعتبر هذه الصورة التي يقصد المشرع أنها الموت الحكمي ونستنتج هذا أولا من خلال مفهوم فقدان ثم أيضا من **النتائج المترتبة عن فقدان**

والفقدان حسب **الفصل 81 م أ ش**: "يعتبر مفقودا كلّ من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا".  
ويضيف **الفصل 82 م أ ش فقرة 1**: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية

يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه".

و عند توفر هذه الشروط يصبح الشخص مفقود ويحكم القاضي بوفاته وفاة حكومية على معني **الفصل 85 م أ ش** وذلك في صور إستثنائية يعطينا المشرع مثلا لها كالحرب ومن الحالات الأخرى التي يمكن فقدان

فيها الشخص المسافرين في الهجرة غير الشرعية والمنقطعة أخبارهم

وبالنسبة للمفقود يعتني القانون به مبينا ما هي النتائج القانونية المترتبة عن هذه الوضعية وما هو حكم مكاسبه وأمواله وما هو حكم و مآل العقود التي أبرهما كعقد الزواج ...

ويبين المشرع في **الفصل 82 م أ ش** **وضعتين** للفقدان تختلف عن بعضهما الأولى في حالة فقدانه في حالة إستثنائية تغلب فيها الوفاة ويعطينا الحرب كمثال ثم بقي مدة إنقطعت فيها أخباره ولم

يرجع يقول **الفصل 82 فقرة 1 م أ ش** أنه بعد تجاوز العامين يحكم القاضي بوفاته بعد التحقق من غيابه (وتختلف مدة فقدان ليحكم بالوفاة باختلاف الأنظمة والمشرع التونسي إعتبر المدة لا تتجاوز عامين).

والفرضية الثانية هي فقدان في غير هذه الصور ويقول **الفصل 82 فقرة 2 م أ ش**: وإذا فقد

الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا

ويمكن أن يحكم بوفاته مثلا في هذه الصورة إذا وصل المفقود الى سن يصعب فيها أن يبقى حيا و أساس هذه السلطة التقديرية هي قاعدة أصولية معروفة وهي أن اليقين لا يزول بالشك

وفي الصورة الثانية اليقين هو أن الشخص حي وموجود والشك هو وفاته وحتى يحكم بوفاته يجب أن يتيقن القاضي بوفاته وما دام لم يصدر الحكم فإن النظام المنطبق يختلف عن النظام المنطبق بعد

الحكم بوفاته في صورتين السابق ذكرهما , وعلى هذا الأساس وجب التفريق بين فترتين فترة ما قبل صدور الحكم وفترة ما بعد صدور الحكم بالوفاة الحكمية

في الفترة الأولى ما قبل الحكم إن كانت لة مكاسب و أموال وجب التمييز بين صورتين المفقود الذي ترك شخصا يدير مكاسبه و ذمته المالية وهذا الشخص يسمى وكيل

والصورة الثانية لم يعين المفقود وكيل يدير مكاسبه

في الصورة الأولى فإن الوكيل لا يمكن عزله و تبقى وكالته قائمة وتبقى مهمته سارية ونافاذة

ويواصل إدارة الذمة المالية للمفقود ( حسب كتب الوكالة و النصوص المتعلقة بالوكالة في م أ ع **الفصول 1104 وما بعدها** ) وهذه الصورة هي التي تحدث عليها المشرع في **الفصل 84 م أ ش**:

" إذا كان للمفقود وكيل قبل غيابه لا ينعزل الوكيل إلا بعد الحكم بالفقدان".

والصورة الثانية أن المفقود لم يعين وكيل يدير أعماله في هذه الصورة يفرض **الفصل 83 م أ ش**: إذا فقد الإنسان ولم يكن له وكيل فإن الحاكم يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من

ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته من حياته أو يصدر الحكم بفقدانه

وبعد صدور الحكم بالوفاة تترتب نتائج عن هذا الحكم وهو أولاً إعتبار المفقود ميتاً ويترتب عن هذا الحكم كل النتائج التي تحدثنا عنها بالنسبة للمتوفى وبالنسبة لمحيطه فتتقضي شخصيته القانونية منذ تاريخ صدور الحكم بالوفاة و تتقضي حقوقه القائمة على الإعتبار الشخصي و تتقضي العقود والإلتزامات القائمة على الإعتبار الشخصي وكل النتائج المترتبة عن الوفاة ثم أيضاً تقسم تركته على ورثته والذين يكونون أحياء في تاريخ صدور الحكم بالوفاة ولا يوزع الإرث على الورثة الذين توفوا قبل التصريح بالوفاة وأساس هذه القاعدة **الفصل 85 م أ ش :** "يستحق الإرث بموت المورث ولو حكماً وبتحقق حياة الوارث من بعده "

و إذا لا يمكن التحقق من مات الأول المورث أو أحد الورثة يقول **الفصل 86 م أ ش:** "إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا". وبالنسبة للأبناء الذين يتوفى والدهم في قائم حياة جدهم هي حالة أخرى ينظمها قانون الميراث (وإذا عاد المفقود لا يستحق إلا ما يجده عند رجوعه).

ويجب أن نميز وضعية المفقود هذه عن وضعية الغائب فالفقدان *la disparition* والغياب *l'absence* والغائب هو الشخص الذي توجه لمكان آخر وفي ظروف لا يغلب فيها موته و دون أن تنقطع بالضرورة أخباره ولا شيئاً يدل على موته حتى بإنقطاع أخباره نسبياً

ويمكن إذا طال الغيبة ووصلنا إلى سن لا يمكن أن يصبح فيها الشخص حياً يصبح مفقوداً ويتأكد ذلك باختلاف النتائج المترتبة عن الفقدان والغياب والقواعد الخاصة بالغيبة وأول هذه القواعد نجدها في **الفصل 40 م أ ش:** "إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقيم أحد بالإتفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلاً مدّة شهر عسى أن يظهر ثم طلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك "

والطلاق في القانون التونسي نظمه المشرع أساساً في **الفصول 29 إلى 33 م أ ش** ويعطينا **الفصل 31 م أ ش 3** صور للطلاق : "يحكم بالطلاق بتراضي الزوجين

بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر

بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق، أو مطالبة الزوجة به".

**والفصل 40 م أ ش** هو صورة خاصة للطلاق يمنح للزوجة إمكانية الطلاق بمجرد غياب الزوج والنتيجة الأخرى المترتبة عن الغياب تعليق التقادم المسقط تطبيقاً **للفصل 393 م أ ع**

فهذه المدة قابلة لأن تقطع وقابلة للتعليق وتقطع في صورة حدوث حادث يبينه المشرع يمكن أن يؤدي لقطع المدة ويبدأ إحتساب المدة بعد ذلك من جديد و يمكن أن تعلق المدة ما دام سبب التعليق قائماً والغياب سبب لتعليق مدة سريان التقادم المسقط

ونفس هذا الحكم ينطبق في صورة الفقدان

وفي صورة تسجيل عقار يجب مراعاة حقوق الغائب

ومن نتائج الغياب ما أشار إليه **الفصل 67 م أ ش** بالنسبة للولاية على القصر: "إذا انفصم الزواج بموت عهدة الحضانة إلى من بقي حياً من الأبوين

وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدة الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما

وعلى القاضي عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون

وتتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلّق بسفر المحضون ودراسته والتصرّف في حساباته المالية

ويمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة إذا تعذر على الولي ممارستها أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجزة عنها على الوجه الاعتيادي، أو **تغيّب** عن مقره واصبح مجهول المقر، أو لأي سبب يضرّ بمصلحة المحضون " .

وهذا هو الفرق بين الغياب و الفقدان فالغياب لا يوجد فيه حكم بالوفاة وإنما نتائج قانونية تحفظ حقوق الغائب و محيطه

وهناك صورة أخرى فيها نقاش موجودة في **الفصل 150 م أ ع** : "جميع التزامات المدين تعتبر حالة عند موته حقيقة أو حكما أي عندما تسلب منه حقوقه المدنية ولو لم يحل أجل العقود " . ويتحدث هذا النص عن وضعية تسمى سقوط الأجل عندما يتوفى شخص تسقط كل الأجل المتعلقة بديونه فإذا كان مدين بمبلغ من المال يجب أن يدفعه مثلا سنة 2025 و توفي سنة 2022 يمكن للدائن المطالبة بدينه بمجرد وفاته ولبس عليه الإنتظار كونه لا فائدة من الإنتظار الذي فيه ضرر للدائن كونه قد يوجد دائنون آخرون

وبعض الشراح يعتبرون أن هذه الصورة تسري على صورة الفقدان وعلى صورة الإفلاس فعند صدور الحكم بالإفلاس تصبح كل ديون المدين المفلس حالة كون المدين المفلس حسب بعض الشراح يمكن إعتبره بمثابة المتوفى حكما لأنه سابقا المفلس يفقد كل حقوقه المدنية فيعتبر شخصا منعدم الشخصية القانونية وكأنه ميت مدنيا و حكما لكن هذا التفكير أصبح غير مقبول لأن المشرع التونسي سنة 2016 أدخل تنقيح جذري على المجلة التجارية و مجلة الإفلاس و هذه المجالات لم تعد تعتبر المفلس فاقدا لكل حقوقه وإنما أصبح يعامل مثل كل المدينين الآخريين

والشخصية القانونية تختلف عن الأهلية القانونية

## القسم الثاني : الأهلية القانونية

الأهلية القانونية هي قدرة الشخص على ممارسة حقوقه و على التحمل فعلا بواجباته فكل شخص بمجرد ولادته تثبت له حقوق و يمكن أن يتحمل إلتزامات لكن لا يمكن للشخص أن يمارس هذه الحقوق بمفرده بمجرد ولادته ولا يمكن أن نطالبه بتحمل إلتزاماته منذ ولادته وذلك كونه لم تكتمل أهليته ويمكنه ممارسة حقوقه و واجباته عن طريق وليه أو المقدم عليه فالأهلية القانونية هي القدرة لا على إكتساب الحقوق وإنما على ممارستها مباشرة عن طريق الشخص الذي يتمتع بها فالمولود يمكن منذ الولادة أن يصبح مدين فحين يورث يصبح مالكا و متحملا لإلتزامات مورثه وبالتالي فهو مطالب بأدائها ولكن لا يمكن أن نوجه الدعوى له مباشرة ولا يمكن إستدعائه للمحكمة مباشرة و أن نطالبه بأداء الديون مباشرة و إنما يستدعى ممثله القانوني و إذا أردنا التصرف في حقوقه يجب التعامل عن طريق وليه وبالتالي الأهلية القانونية هي القدرة على ممارسة الحقوق و أداء الإلتزامات مباشرة ودون تدخل أحد و سوف نرى أن هذه الأهلية أحيانا تكون منقوصة و أحيانا تكون مفقودة تماما حسب الوضعية و حسب السن و حسب عوارض الأهلية ووفق العديد من الأسباب و الأهلية يمكن تقسيمها إلى أهلية وجوب (1) وإلى أهلية أداء (2).

## الفرع الأول : أهلية الوجوب

أهلية الوجوب يمكن أن نعرفها كما يلي هي صلاحية الشخص في أن تثبت له حقوق و بأن تتقرر في ذمته إلتزامات وواجبات قانونية وبعبارة أخرى هي صلاحية الشخص في ثبوت حقوق وواجبات له وعليه وهي قدرة الشخص على التمتع بحقوق وعلى التحمل بالإلتزامات ونلاحظ أن تعريف أهلية الوجوب يقترب كثيرا من تعريف الشخصية القانونية وضاهريا لا يوجد فرق في تعريف كل من المفهومين ولكن في الحقيقة يوجد فرق هام بينهما و لنتميز بينهما يقول شراح القانون عموما أن أهلية الوجوب هي في الحقيقة المرآة العاكسة للشخصية القانونية التي هي قدرة الشخص على أن يكتسب حقوق وأن يتحمل الواجبات أما أهلية الوجوب فهي قدرة الشخص و صلاحيته بأن تثبت له هذه الحقوق في ذمته و بأن تثبت هذه الإلتزامات أيضا عليه وذلك أن أهلية الوجوب يمكن أن تنص في بعض الصور على منع شخص من ممارسة حق ما وتحرمه منه والحال أن الشخصية القانونية هي قدرة الشخص على إكتساب كل الحقوق وأن تتحمل ميدنيا كل الإلتزامات فيقع تفسير ذلك بأهلية الوجوب سيتضح لنا الفرق بينهما عن طريق أكثر عن طريق الأمثلة فإذا أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص في أن تثبت له حقوق وتتقرر في ذمته إلتزامات وهذه الأهلية يمكن في بعض الأحيان أن يقع الحد منها وهي مبدئيا كاملة بالنسبة لكل الأشخاص لكن مع ذلك فإن هذه الحقوق يمكن أن تنتقص ويعطينا القانون عدة أمثلة عن ذلك فمثلا في القانون التونسي بموجب أحكام الجنسية وبعض النصوص الأخرى تعتبر أهلية وجوب الأجانب في تونس مقيدة وغير كاملة كونهم يحرمون من بعض الحقوق التي يتمتعوا بها التونسيون فالأجنبي مثلا لا يمكن له أن يكتسب ملكية عقار فلاحي بتونس فسنة 1964 الدولة التونسية أمت الأراضي الفلاحية وقد كانت عديد الأراضي الفلاحية على ملك الأجانب منذ الإستعمار الفرنسي ف جاء المشرع بقانون 1964 وأمم هذه الأراضي وأصبحت ملك الدولة التونسية وقد جاء في هذا القانون أن الأجنبي لا يمكن له أن يمتلك أرض فلاحية بتونس والأجنبي أيضا طبق القوانين التونسية لا يمكن أن يكون موظفا عموميا ويمكن تفسير ذلك بأهلية الوجوب لأن له شخصية قانونية كاملة وإنما أهلية الوجوب خاصته مقيدة ومنقوصة وهي وجوب أن تثبت له حقوق تقرر في نظام ما او في قانون ما ومثال آخر **الفصول 566 م أ ع و ما بعدها** تمنع على القضاة وعلى المحامين وعلى عدول التنفيذ وعلى العديد من المتداخلين في نزاع ما مطروح أمام المحكمة أن يكتسبوا و يشترخوا حقوقا متنازعا فيها ويعتبر هذا الشراء باطلا تحقيفا للمساواة والعدل و مبدأ حياد القاضي والقاضي وغيره يمكنهم الشراء ولكن ليس في هذه الصورة ويمكن تفسير ذلك بمفهوم الأهلية فالمشرع لا يقيد الشخصية القانونية وإنما يقيد أهلية التمتع بذلك الحق وأهلية التمتع بذلك الحق ليست أهلية ممارسة ذلك الحق وإنما أهلية الوجوب ومثال آخر يتعلق بزواج المسلمة بغير المسلم فكل دساتير تونس 1959 و 2014 و 2022 تقرر المساواة بين الأشخاص ومع ذلك فإن في التطبيق طرحت بعض الوضعيات التي فيها مساس بمبدأ المساواة وهي صورة زواج التونسية المسلمة بغير المسلم وهو غير ممنوع قانونا ولكن في صورة الميراث فإنه عند توفي المورث و إجتماع الورثة لإقتسام الميراث في التطبيق أحيانا يرفض بعض الورثة أن ترث المتزوجة بغير المسلم وذلك تمسكا للفقهاء الإسلامي وقد إعتد فقه القضاء **الفصل 88 م أ ش:** "القتل العمد من موانع الإرث. فلا يرث القاتل سواء أكان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه "

وقد إعتبر الشراح بذلك والقضاة وجود موانع للإرث لم يحددها المشرع ويمكن إيجادها في الفقه الإسلامي بإعتباره مصدر مادي لمجلة الأحوال الشخصية وبالتالي يصبح هذا الزواج بغير المسلم من موانع الميراث بإعتباره من أشكال الردة وقد عديد القرارات التي أيدت ذلك

وبذلك يتبين لن أنه يمكن الحد من أهلية وجوب الشخص وذلك بالحد قي قدرته على إكتساب حق ما وبالتالي نقول أن هنالك حجر على ذلك الشخص الذي يعتبر محجورا أي ممنوعا من إكتساب حق من حقوقه

وتختلف أهلية الوجوب عن أهلية الأداء

## الفرع الثاني : أهلية الأداء

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لإستعمال حقوقه وممارستها ويمكن أن نعرفها أيضا أنها قدرة الشخص على ممارسة التصرفات والحقوق تحمل الواجبات والإلتزامات على وجه يعتد به قانونا وإنتلاقا من هذا التعريف تعتبر أهلية الأداء شرطا لصحة التصرفات القانونية التي يبرمها الأشخاص أي انها عنصر من عناصر صحة التصرف القانوني الذي يصدر عن الشخص على معنى الفصل 2 م 1 ع "أركان العقد الذي يترتب عليه تعميم الذمة هي

أولا : أهلية الإلتزام والإلزام

ثانيا : التصريح بالرضاء بما ينبنى عليه العقد تصريحا معتبرا

ثالثا : أن يكون المقصود من العقد مالا معينيا يجوز التعاقد عليه

رابعا : أن يكون موجب الإلتزام جائزا"

وبالتالي العقد وهو أبرز التصرفات القانونية لا يكون صحيحا إلا إذا إحترم هذه الأركان التي أولها أهلية الأداء وهي أهلية ممارسة ذلك الحق الذي هو ثابت لكل الأشخاص

وهذه الأهلية خصص لها المشرع عدة نصوص بعضها جاء في م 1 ع من الفصول 3 إلى 17

ثم أيضا نصوص أخرى موجودة في م 170 إلى 153 وهي الفصول 3 م 1 ع : "كل شخص أهل للإلتزام

والملاحضة الكبرى بالنسبة لأهلية الأداء أنه و طبق الفصل 3 م 1 ع : "كل شخص أهل للإلتزام

والإلتزام ما لم يصرح القانون بخلافه".

والقانون يعتبر أن أهلية الأداء خلافا لأهلية الوجوب لا تكتسب بصفة آلية ولا تكتسب دفعة واحدة فهي لا تكتسب بعد الولادة وإنما تكتسب بالتدرج حسب تطور مراحل حياة الإنسان و حسب تطور مداركه و قدرته على التمييز معرفة خطورة التصرفات القانونية التي يمكن أن يبرمها

ولذلك فإن أهلية الأداء في المرحلة الأولى لحياة الإنسان تكون منعدمة إلى أن يصل الإنسان إلى سن التمييز وهي في القانون التونسي 13 سنة ثم في مرحلة ثانية تصبح موجودة ولكنها غير كاملة

ومنقوصة إلى حين بلوغه سن الرشد وتصبح كاملة حين بلوغه سن الرشد وهي 18 سنة في

القانون التونسي وحينها يصبح الإنسان رشيدا ويمكنه ممارسة حقوقه وتحمل واجباته بمفرده دون واسطة أحد ولكن حتى بلوغه سن الرشد ليس ضرورة أنه يكتسب أهلية أداء كاملة حيث يمكن

الإنقاص منها إذا طرأ على الإنسان عارض من عوارض الأهلية

وستتناول في فقرة أولى تطور أهلية الإنسان(1) وفي فقرة ثانية نتناول عوارض أهلية الأداء(2).

## الفقرة الأولى : تطور أهلية الأداء للإنسان

تتحدد أهلية الأداء بحسب نمو الشخص ومروره بالمراحل الآتية : المرحلة الأولى هي مرحلة الصغير الغير مميز (1) ثم مرحلة الصغير المميز عند بلوغه 13 سنة (2) ثم مرحل الرشيد (3).

### 1) الصغير الغير مميز

الصغير الغير مميز إنطلاقا من الفصل 156 فقرة 1 (م أ ش) : "الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة يعدّ غير مميز وجميع تصرفاته باطلة".

والنص الثاني الذي يهمننا هو الفصل 5 م إ ع: " الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم

أولا: الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة"

وأهلية الأداء هي أهلية التصرف وأهلية التعاقد والصغير الغير مميز فاقد لأهلية الأداء ولا يمكنها ممارسة حقوقه إلا بواسطة وبالتالي سنتعرض إلى فكرة فقدان أهلية الأداء بالنسبة للصغير (أ) الغير مميز وفكرة الولاية على الصغير الغير مميز (ب).

### أ) إنعدام أهلية الأداء بالنسبة للصغير الغير مميز

المقصود بفقدان أهلية الأداء هو أن الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز 13 سنة كاملة ليس أهلا لمباشرة حقوقه المدنية أو تحمل لأي التزام أو واجب قانوني بنفسه وتفسير ذلك أن الصغير الغير مميز لا يمتلك ملكة التمييز بين الخر والشر فهو لا يمكن أن يدرك ويفهم محتوى التصرف القانوني الذي يمكن ان يبرمه ولا عواقب و الآثار القانونية المترتبة عنه فهو مثلا لا يفهم معنى البيع وانتقال الملكية وما إلى ذلك ولهذا السبب يمنع عليه القانون التصرف بنفسه والحال أنه يمتلك شخصية قانونية و أهلية وجوب تمكنه من فعل ذلك نظريا لكن قانونيا وعمليا فقدانه لأهلية الأداء يحرمه من ذلك

وهكذا يمكن القول أن الصغي الغير مميز يعتبر في نظر القانون محجورا Interdit أي ممنوع من التصرف بمفرده , وإذا تصرف بمفرده يعتبر التصرف باطلا أي غير موجود من الناحية الق وأساس ذلك الفصل 156 م أ ش وحتى لو تجاوز سنه 18 سنة لا يمكنه أن يصحح التصرف الواقع عندما كان صغيرا مميزا ولا يمكن للولي أيضا تصحيح هذا التصرف وذلك كون من قام بالتصرف لا يمتلك أهلية الأداء التي هي شرط لصحة التصرف القانوني على معنى الفصل 2 م إ ع وهذا البطلان يمكن التمسك به وإثارته مهما طال الزمن لأنه غير قابل للتقادم المسقط و المبدأ في الفصل 402 م إ: "كل دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما إستثنى بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة".

والبطلان إستثناء لهذا المبدأ

وفي هذا الإطار يمكن أن يكون هنالك نقاش في بعض التصرفات القانونية يمكن تقسيم التصرفات القانونية إلى

أعمال تفويت Actes de disposition (البيع).

أعمال إدارة Actes d'administration (الكراء).

أعمال الحفظ Actes de conservation (عقلة تحفظية).

والتصرفات القانونية لديها عدة تقسيمات أخرى ويقسمها المشرع في مجلة الأحوال الشخصية إلى

-تصرفات ضارة ضررا محضا (وهي التي تفرغ الذمة المالية دون مقابل ك التبرع , الهبة مثلا).  
-تصرفات نافعة نفعاً محضاً (وهي التي تغتنم فيها الذمة المالية دون إفراغها كقبول الهبة مثلا).  
-تصرفات بين النفع والضرر (كالبيع مثلا).

وبالتالي يطرح سؤال بالنسبة للصغير الغير مميز التي كل تصرفاته باطلة وهو هل أن التصرفات النافعة نفعاً محضاً تعتبر صحيحة , وهناك موقف يعتبر أن كل التصرفات باطلة عملاً بالفصل 156 م أ ش الذي يعتبر أن كل تصرفات باطلة ولكن مع ذلك فمن الشراح من يعتبر أن التصرفات النافعة نفعاً محضاً تعتبر صحيحة وذلك أن **الفصل 9 م إ ع** يقول: "لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاماً القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتها بدون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك ".  
وهذا يخلق نقاش قانوني كون **الفصل 156 م أ ش** يقول أن كل التصرفات باطلة في حين أن **الفصل 9 م إ ع** يقر بصحة بعض التصرفات ومن الشراح من يعتقد أن **الفصل 156 م أ ش** جاء ناسخاً لل**فصل 9 م إ ع** كون مجلة الأحوال الشخصية صادرة في 1956 بعد مجلة الالتزامات والعقود الصادرة في 1906 ومن الشراح من يعتقد أن **الفصل 9 م إ ع** يعتبر نصاً خاصاً بالنسبة لل**فصل 156 م أ ش**  
وبذلك يمكن الإعتبار أن الصغير الغير مميز ممنوع من التصرف بمفرده إلا إذا ثبت أن التصرف نافع نفعاً محضاً له ويمكن له أن يتصرف عن طريق وليه..

#### (ب) \* الولي :

والمخول له ممارسة أهلية الأداء ليس الصغير الغير المميز وإنما وليه وتعتبر الولاية نوعاً من أنواع النيابة وتسمى ولاية على المال وهي صفة تثبت للشخص الذي يمنحه القانون سلطة التصرف في أموال غيره وهذه السلطة عموماً يكون أساسها القانون أو الإتفاق أو حكم قضائي فننتحدث عن نيابة قانونية أو نيابة إتفاقية أو نيابة قضائية والولاية عموماً هي نيابة قانونية لأن القانون هو الذي يقررها وهو الذي يمنح للولي سلطة التصرف على أموال المولى عليه وقد تكون النيابة إتفاقية كعقد الوكالة أو نيابة قضائية ففي بعض الصور تعين المحكمة من يتصرف في شؤون غيره نيابة عنه والولاية على الصغير ولاية على المال أساسها القانون في م أ ع و م أ ش وتطرح الولاية على الصغير سؤاليين أساسيين في **مرحلة أولى** من هو الولي أي من هو الشخص الذي منحه القانون سلطة التصرف في أموال وحقوق الصغير وا في **مرحلة ثانية** ما هي سلطات التي قررها القانون للولي

#### تحديد الولي:

حدد لنا القانون من يمكن أن يعتبر ولي وبالرجوع لل**فصل 154 م أ ش**: " القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلقة بالزواج , ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدانها الأهلية وعند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما ولم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدم عليه الحاكم " .  
وبالتالي ولي الصغير هو الأب وعند وفاته أو فقدان أهليته تسند الولاية للأم وإذا توفيت أو فقدت أهليتها تمنح الولاية للوصي الذي أوصى له الأب أن يتولى الولاية عن ابنه ويمكن أن يكون الأخ أي عم الصغير أو الجد أو صديق الأب أو أي شخص وصى الأب له بالولاية وإم لم يكن هنالك

وصي وتوفي الأبوين أو فقدى أهليتهما فالحاكم ولي من لا ولي له ويعين القاضي المختص وهو قاضي التقاديم والذي ينظمه أمر 18 جويلية 1957 يجب على القاضي أن يعين مقدما على القاصر أي وليا عليه وذلك بموجب امر قضائي ويمكن أن يقدم مقدم على الصغير او على رشيد فقد أهليته ويقول **الفصل 5** **فقرة 2** من هذا الأمر "وفي حالة عدم وجود وصي فإن حاكم التقاديم المشار إليه بالفصل 11 من هذا الأمر يعين بطلب من وكيل الجمهورية مقدما على القاصر" و يضيف **الفصل 6** من أمر 18 جويلية : "على الوصي أو المقدم على القاصر أن يدلي لوكيل الجمهورية في نهاية شهر مارس ونهاية شهر أكتوبر من كل عام بحساباته دخلا وخرجا مصحوبة بالحجج المثبتة بقدر الإمكان".

وهذا بصورة عامة من هو الولي وهو الأب فالأم فالوصي فالقاضي الذي يجب عليه أن يعين مقدما على الصغير أو على كل شخص يفقد أهليته كليا أو جزئيا ويجب أن نأخذ بعين الاعتبار نصوص أخرى موجودة في مجلة الأحوال الشخصية وخارج مجلة الأحوال الشخصية و أهمها **الفصل 67** م أش (المتعلق بالحضانة) : "إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين

وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما وتتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلّق بسفر المحضون ودراسته والتصرّف في حساباته المالية".

وقد كان الأب عندما يكون حيا هو الولي و هو الذي يقرر القرارات المتعلقة بشؤون الصغير إلا أنه تدخل المشرع ونقح **الفصل 67** م أش سنة 1993 و أضاف له **الفقرة الأخيرة** : "ويمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة إذا تعذّر على الولي ممارستها أو تعسّف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجّرة عنها على الوجه الاعتيادي، أو تعيّب عن مقرّه واصبح مجهول المقر، أو لأي سبب يضرّ بمصلحة المحضون" (وهذا إستثناء للفصل 154 م أش).

ثم **قانون 4 مارس 1958 (المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني)** وهذا القانون تحدث عن 3 وضعيات خاصة أولا وضعية الأطفال المهملين اللطفاء الذين وجدوا في مكان ما مستشفى مسجد... ولا يعرف أبويهم وبالتالي من هو وليهم و من يشرف على شؤونهم جاء **الفصل 1 و 2** من هذا القانون محددًا من هم أوليائهم متصرفوا المستشفيات والمناوى والمعاهد ومديروا الإصلاحات والولاية يعتبرون أولياء لهؤلاء الأطفال , وتكون الدولة أو البلدية أو المؤسسة العمومية حسب الحال مسؤولة مدنيا عن أعمال هؤلاء الأطفال وتبقى الحال هكذا إلى أن يعين لهم قضائيا مقدم قضائي , أما الوضعية الثانية الخاصة هي المتبني ويقول **الفصل 15** من هذا القانون أن ولي المتبني هو المتبني وله نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه نفس الواجبات التي يتحملها الأب الشرعي, أما الوضعية الثالثة فهي وضعية المكفول الخاضع لعقد كفالة يمكن أن تقع كفالة طفل وأن تسند الكفالة لأبوين آخرين غير أبويه الأصليين فمن هو ولي المكفول وهل تحذف صلاحيات الولي الأصلي وتُسند إلى الكافل يجيب **الفصل 5** من **قانون 1958** بالنفي: إذا تعلق الأمر بقاصر مكفول فيبقى وليه الأبوين أو أحدهما حسب القانون أو عند الإقتضاب الولي العمومي وليس للكفيل على المكفول إلى الصلاحيات التي يمنحها القانون للحاضن

## سلطات الولي

ميزنا بين عدة أنواع من التصرفات و يمكن تقسيمها إلى عدة أصناف فهناك أعمال تفويت وهناك أعمال إدارة وهناك أعمال حفظ وهناك أعمال تنفيذ وهناك أيضا تقسيم آخر يميز بين الأعمال النافعة نفعاً محضاً والأعمال الضارة ضرراً محضاً والأعمال الدائرة بين النفع والضرر وبالتالي ما هي السلطات التي يتمتع بها الولي إزاء هذه الأنواع من التصرفات ؟

**إذا كانت نافعة نفعاً محضاً** (بالذمة المالية للصغير الغير مميز) يجوز له ذلك ولا يجب عليه إستئذان المحكمة كونها تعتبر فرصة للصغير الغير مميز وكذلك الشأن بالنسبة لأعمال الحفظ و الإدارة فإن كانت هنالك مصاريف يجب أن يصرفها الولي في حق الصغير الغير مميز لكي يحفظ له مكاسبه ويجوز له أن يصرف من أموال الصغير الغير مميز لأن هذه الأعمال الحفظ و أعمال الإدارة هي أعمال نافعة نفعاً محضاً و مغنية للذمة المالية كون عدم القيام بها يضر بالذمة المالية للصغير الغير مميز

**إذا كانت ضارة ضرراً محضاً** (بالذمة المالية للصغير الغير مميز) لا يجوز للولي القيام بها فالتبرع مثلاً من أموال الصغير ضار بذمته المالية ضرراً محضاً وحتى لو تحصل الولي من القاضي المختص وهو قاضي التقاديم وطلب منه الإذن بالتبرع من أموال هذا القاصر فإن هذا التصرف باطل عملاً **بالفصل 16 م إ ع:** "ما تممه الولي في مصلحة الصغير أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي على الصور المقررة بالقوانين تعتبر مثل الأعمال الصادرة من الرشيد المتولي مباشرة حقوقه بنفسه وهذه القاعدة لا تنسحب على ما كان من قبيل التبرع المحض فإنه باطل ولو بالإذن المطلوب قانوناً كما يبطل الإقرار لدى الحكم بأمور لم تصدر من الولي نفسه".

**إذا كانت بين النفع والضرر** (بالذمة المالية للصغير الغير مميز) لا يجوز للولي القيام بها مباشرة إلا بإذن من قاضي التقاديم عملاً **بالفصل 15 م إ ع:** "الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفه والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكل لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا بإذن خاص من الحاكم المختص ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة للمذكور أنفاً".

وتبقى هذه الوضعية منطبقة لحين وصول الصغير لسن 13 سنة ويصبح بذلك مميزاً

## 2 ا) الصغير المميز

**ينص الفصل 156 فقرة 2 من م أ ش:** "والصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة مميزاً وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض ويتوقف نفاذها في غير صورتين المذكورتين على إجازة الولي".  
**والفصل 6 م إ ع:** " للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم  
- الصغير الذي عمره بين ثلاثة عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه".  
(وذلك لتميزه عن الصغير الغير مميز الذي أهلية أدائه منعدمة).  
ويفهم من هذين النصين أن الصغير الذي يتراوح عمره بين 13 و 18 سنة بحكم نموه العقلي والجسماني إلى غاية نضجه ووصوله لمرحلة الرشد والتي هي 18 سنة ويعتبر الصغير المميز مقيد الأهلية كونه يجوز له القيام ببعض التصرفات مباشرة ودون واسطة وأبيه

وعملا بالفصل 156 م أ ش فقرة 2 إذا كانت التصرفات:

إذا كانت نافعة نفعا محضا: يجوز للصغير المميز أن يباشرها دون واسطة أحد ويؤيد هذا الموقف **الفصل 9 م إ ع**: "لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتهما بدون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك".

إذا كانت ضارة ضررا محضا لا يجوز للصغير المميز القيام بها حتى ولو تحصل على إذن من وليه أو من المحكمة و أساس ذلك **الفصل 16 م إ ع و الفصل 156 م أ ش فقرة 2**

إذا كانت بين النفع والضرر: لا يجوز للصغير المميز أن يباشره بنفسه وإنما يباشره بمشراكة وليه وبواسطته و أيضا بعد الحصول على إذن قضائي عملا **بالفصل 15 م إ ع**

ولو باشر الصغير المميز هذا التصرف بمفرده دون وليه وبدون إذن قضائي فما هو حكم هذا التصرف؟ **الفصل 8 م إ ع**: "الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما والسفيه إذا عقد عقدا بلا إذن الأب أو الولي لا يلزمه شيء من جراء ذلك وله أن يطلب فسخه على الشروط المبينة بهذا القانون لكن يصح العقد إذا أجازاه الأب أو الولي على الصورة المطلوبة قانونا"

وبالتالي فإن هذا التصرف بالنسبة للصغير المميز لا أثر له ولا ينجر عنه شيئا فمثلا إذا باع شيئا لا ينقل البيع الملكية من ذمته المالية إلى ذمة المشتري أو إذا اشترى شيئا لا يلزمه دفع الثمن للبائع ويمكنه إسترجاعه في حالة دفع الثمن , وإذا تم العقد يجوز له فسخه أي إبطاله ويمكن أن يصبح هذا التصرف صحيحا إذا أجازاه الولي طبق الصور القانونية مع إجترام الشروط القانونية التي تفرض عليه أن يتحصل على إذن قضائي

وبالتالي هذا التصرف ليس صحيحا مطلقا ولا باطل مطلقا لأن الباطل مطلقا لا يجوز تصحيحه وإنما هذا التصرف قابل للإبطال إذ أن له أن يطلب فسخه , ويجوز للصغير إبطاله عند بلوغ سن الرشد وله أن يبطله قبل ذلك عن طريق وليه فالقاصر مثلما ليس له أهلية التعاقد فإنه ليس له الأهلية في الميدان الإجرائي فطبقا **للفصل 19 م م م ت** "حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق و أن تكون للقائم مصلحة في القيام

غير أنه في المادة الاستعجالية يمكن قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملم".

ويعمل بالإبطال حتى لو كان المتعاقد حسن النية فالقاصر ان لا يبدو من ملامحه أنه غير راشد **وبنص الفصل 10 م إ ع** "للولي أو المولى عليه بعد رشده القيام بفسخ عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيدا أو مأذونا من وليه أو أنه تاجر".

### 3 ا) الرشيد

يصبح الشخص رشيدا عند بلوغه سن 18 سنة كاملة وتكتمل أهليته وهذا هو المبدأ (أ) الذي يمكن أن تطرأ عليه بعض الإستثناءات (ب).

#### أ) المبدأ

نجد هذا المبدأ في **الفصل 7 م إ ع**: "كل إنسان ذكرا كان أو أنثى تجاوز عمره ثمانية عشر سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى هذا القانون".

ونفس هذه القاعدة أكدها الفصل 157 م أ ش : إذا أتمّ الصغير المولى عليه الثمانية عشر عاماً كاملة ولم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر فإنه يصبح وجوباً رشيداً له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة

ونلاحظ من هذين النصين أن أهلية الأداء تصبح كاملة عند بلوغ 18 سنة وأن المشرع هو الذي يحدد سن الرشد وتاريخياً اختلفت مواقف المشرع فسبقاً عند صدور مجلة الالتزامات والعقود كان المشرع يفرق بين وضعيتي الذكر والأنثى فكان يعتبر أن الذكر يصبح رشيداً عند بلوغ 20 سنة أما الأنثى فتكتسب أهلية الأداء وتصبح رشيدة بعد مرور سنتين من زواجها وذلك عند صدور مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 ثم بعد ذلك سوى المشرع بين وضعيتي الذكر والأنثى وإعتبر أن سن الرشد بالنسبة للذكر والأنثى هي 20 سنة وذلك عند صدور مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956 ثم في 26 جويلية 2010 تدخل المشرع من جديد وخفض سن الرشد إلى 18 سنة بالنسبة للجنسين

والمشرع يعتبر بمقتضى إفتراض قانوني أن الإنسان يصبح رشيداً عند بلوغه سن 18 سنة رغماً أن الواقع قد يخالف ذلك إذ لا يمكن أن يكتمل النضج في 18 سنة أو قد يكبر الإنسان وينضج قبل بلوغه هذا السن لكن القانون لا يمكن أن يعالج حالة بحالة ولذلك يعطي حكماً عام بخصوص الموضوع

وعند بلوغ الشخص 18 سنة يصبح قادراً على التحمل بمفرده نتائج تصرفاته والالتزامات وأن يتصرف بنفسه في سائر التصرفات القانونية

ويمكن للشخص أن يصل لهذا السن ويتجاوزها وتكون مداركه غير كاملة فبعض الأشخاص يعتبرون ضعيفي العقل وبعض الأشخاص يكونون غير مدركين لعواقب التصرفات التي يبرمونها فيكونون مثلاً مبذرين لأموالهم وبعض الأشخاص يمكنوا أن يتعرضوا لإضطرابات عقلية فيسمح القانون بالحجر على هؤلاء الأشخاص وأن يمنعوا من اكتساب كامل الأهلية ولو بلغوا سن 18 سنة وهذا ما يؤكدته الفصل 157 م أ ش : "إذا أتمّ الصغير المولى عليه الثمانية عاماً كاملة ولم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر فإنه يصبح وجوباً رشيداً..".

#### ب) الإستثناءات

والمبدأ هو أن الشخص عند بلوغه 18 سنة يصبح رشيداً إلى أنه يمكن أن تطرأ إستثناءات منها السلبية كالحجر عليه عند وجود عارض من عوارض الأهلية أو أن تكون إيجابية أي تعطي لمن لم يبلغوا 18 سنة أهلية الأداء والتصرف أي ترشدهم قبل أوانهم وهذه هي الإستثناءات الحقيقية لهذا المبدأ وهو ما يطلق عليه القانون الترشيدي وهو تصور شخص كأنه رشيد وله أهلية الأداء قبل بلوغ سن الرشد وهذا الترشيدي يمكن أن يتم بطريقتين إما بحكم قضائي أو بنص القانون

**الترشيدي القضائي** هو الذي تحدث عليه المشرع بوضوح في الفصلين 158 و 159 م أ ش وينقسم بدوره إلى نوعين ترشيدي كلي و ترشيدي جزئي

**الترشيدي الكلي** يشمل جميع التصرفات بكل أنواعها فيصبح الصغير المرشد مكتسباً لأهلية الأداء كاملة ولو لم يبلغ سن 18 سنة

أما **الترشيدي الجزئي** فيشمل بعض التصرفات القانونية وهي التصرفات والالتزامات المرتبطة بأعمال التجارة و والصناعة دون غيرها من التصرفات الأخرى

وهذا التمييز هو الذي أقره المشرع ونستنتج من **الفصل 158 م أ ش**: "يمكن للحاكم ترشيده الصغير ترشيدها مقيدا أو مطلقا كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيده إن قام لديه موجب في ذلك ..".  
وهذا الترشيده فيه شروط أهمها ألا بلوغ الصغير سن 15 سنة ولا يمكن الترشيده قبل هذا السن.  
وهذا بصريح **الفصل 159 م أ ش**: " لا يمكن ترشيده الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة".  
فإذا أتم الصغير المرشد التصرفات القانونية التي يباشرها مهما كان نوعها وخاصة الضارة و الدائرة بين النفع والضرر تعتبر هذه التصرفات صحيحة و نافذة ولا يمكن الرجوع فيها من قبل المرشد لأن القانون يعتبر من قام بها يمتلك أهلية الأداء كاملة بالنسبة لكل التصرفات إن كان الأمر يتعلق بالترشيده المطلق أو في حدود النشاط المسموح به إذا كان الترشيده جزئيا وهذا ما يقره **الفصل 158 فقرة 2**: "وتصرفات الصغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة".  
وإن كان الرشيده مثلا في مجال التجارة وقام بتصرف خارج هذا المجال فإنه لا يجوز ذلك والتصرف باطل ولا يمكنه التصرف إلا في حدود أمواله وهذا الترشيده كاملا أو جزئيا يمكن الرجوع فيه ويؤكد ذلك **الفصل 158 فقرة 1 م أ ش**: "يمكن للحاكم ترشيده الصغير ترشيدها مقيدا أو مطلقا كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيده إن قام لديه موجب في ذلك ..".  
وذلك إن لم يحسن الشخص المرشد التصرف أو غير ذلك من الأسباب

**الترشيده القانوني** ونجده في **الفصل 153 فقرة 2 م أ ش**: "وزواج القاصر يرشده، إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره، فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية".  
وبالتالي يقر هذا النص إمكانية ترشيده القاصر عند الزواج ولكن هذا الترشيده هو ترشيده جزئي يهتم الحالة الشخصية والمعاملات التجارية والمدنية والترشيده يهتم الزوج والزوجة وهو أيضا أساسه جواز زواج القاصر بإذن من الولي المقرر بمقتضى **الفصل 8 م أ ش**: "الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينييه. والحاكم ولي من لا ولي له". و هذا نص خاص بالولاية على الزواج إذ يجب أن يتحصل القاصر على إذن من الولي الذكر وهذا الترشيده في حدود ما نصه **الفصل 153** وعلى سبيل المثال مباشرة قضية طلاق

## الفقرة الثانية: عوارض أهلية الأداء

المقصود بها هي الأسباب التي ما إذا تحققت فإنها تؤدي إما لفقدان الأهلية مطلقا أو الحد من الأهلية وتقييدها وعلى هذا الأساس نقسم عوارض الأهلية إلى قسمين عوارض معدمة لأهلية الأداء (1) وعوارض مقيدة لأهلية الأداء (2).

### 1) العوارض المعدمة لأهلية الأداء

تنحصر هذه العوارض بالنسبة للأشخاص الطبيعيين في سبب واحد وهو الجنون وهو فقدان القدرة على التمييز والإدراك والمشرع التونسي أعطى تعريفا للمجنون في **الفصل 160 فقرة 1 م أ ش**: "المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيه".  
ونظم المشرع وضعية الجنون في **الفصول 160 و 161 و 162 و 163 م أ ش** إلى جانب وضعية أخرى سنتناولها لاحقا ويتبين لنا أنا المشرع تناول مسألتين أساسيتين أولا كيفية تمثيل المجنون وما هو وضعه القانوني وماذا يجب أن نعمل كي تكون تصرفاته قانونية قابلة لأن تكون لها آثار قانونية ثم بين لنا المشرع ما هي النتائج القانونية التي تترتب عنها  
فإذا بالنسبة **للفصول 161 و 162 م أ ش** المشرع تناول أمرين أولا أن المجنون يجب الحجر عليه أي ممنوعا من التصرف ثم في مرحلة ثانية بين حكم النتائج المترتبة عن تصرفاته

## أ) الحجر على المجنون

المقصود به هو المنع أي أن المجنون يفقد أهلية الأداء أي حرمانه منها فأهلية الأداء تكتمل عند بلوغ سن الرشد ويمكن أن يحصل له سبب من الأسباب التي تجعله يفقد ملكة التمييز كحادث أو سبب نفسي وغيرها وبالتالي يمكن لأي شخص أن تحصل له أسباب تؤدي به الى وضعية الجنون المطلق أو النسبي فإذا وصلنا لهذه الوضعية يجب أن تتدخل المحكمة لتجعل الوضعية الفعلية وضعية قانونية وذلك عندما يصبح الشخص لا يفرق ولا يدرك نتائج تصرفاته و بالتالي يتدخل القاضي ليصدر حكما بالحجر يؤكد إنعدام أهلية الأداء لهذا الشخص وهذا ما يقرره **الفصل 161 م أش** " يتعين الحجر في الحالات المبينة في الفصل المتقدم بحكم من الحاكم ويعتمد فيه الحاكم أهل المعرفة " . وبالتالي يجب أن تصدر المحكمة حكما بالحجر والمنع يصرح أن هذا الشخص فاقد لأهلية الأداء كونه أصبح مجنونا وبالتالي يصبح في وضعية الشخص الغير مميز الذي تخضع تصرفاته لنظام محدد لم يبينه المشرع بصورة دقيقة في **الفصل 162 م أش**: "التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة ولي تكون باطلة إذا لم يجزها الولي " . وكيفية الحجر عليه وما هي الشروط والنظام لم يبينها المشرع في هذه الفصول ويجب علينا الرجوع لنصوص أخرى وإلى فقه القضاء لكي نعرف ذلك وذلك بالرجوع لمجلة الأحوال الشخصية ومجلة المرافعات المدنية والتجارية التي تبين لنا ما هي القواعد المتبعة لحصول على حكم قضائي

ويربط الفصل م أش مع مجلة المرافعات المدنية والتجارية سنصل الى عدة نتائج أولها الصبغة القضائية للحجر أي أن منع المجنون المحجور عليه من مباشرة التصرفات القانونية لا يتم إلا بموجب حكم قضائي و ذلك نظرا للصبغة الإستثنائية للحجر لأن الأصل في الإنسان الأهلية تطبيقا **للفصل 3 م إ ع**: " كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه " و بالتالي الأصل في الإنسان تمتعه بأهلية الأداء إلا إذا صدر نص وقال أن هذه الأهلية يمكن أن تنتقص أو تنعدم **كالفصل 161 م أش** الذي يعتبر أنه يمكن للقاضي إذا طرأ على الشخص عارض الجنون يمكن أن يصدر في شأنه حكم بالحجر وبالتالي **الفصل 161 م أش** هو تطبيق للإستثناء الموجود **بالفصل 3 م إ ع** الذي يكرس مبدأ أهلية الأداء لكل إنسان إلا إذا إستثنى القانون من هذا المبدأ ويستثنى القانون في عدة حالات لصغير الغير مميز والصغير المميز وأيضا بالنسبة للرشد الذي يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية كالجنون وقد أوكل المشرع للمحكمة مهمة مراقبة وضعية المجنون والتثبت من هذه الوضعية قبل أن تصدر حكمها بالحجر كون إلغاء الأهلية والإنتقاص منها مسألة خطيرة و

يجب التثبت والتأكد من وضعية الجنون من قبل القاضي لأنه يمكن أن يكون الشخص في وضعية نفسية عابرة مضطرب نفسيا أو في حالة إنطواء أو غيرها من الحالات التي قد تبدوا في ظاهرها جنون إلا أنها حالات عابرة والقضاء عندما يباشر قضية الحجر يجب أن يتثبت أولا من توفر شروط الدعوى أولها شروط القيام التي حددها المشرع بصورة عامة بالنسبة لكل أنواع الدعوى المدنية **بالفصل 19 م م ت** ولكي تكون الدعوى مقبولة يجب توفر **3 شروط صفة القيام و المصلحة من القيام و أهلية القيام** ويعني ذلك أنه لا يمكن أن تقبل دعوى الحجر إذا كان طالب الحجر على المجنون تتوفر فيه هذه الشروط أولا المصلحة القانونية المشروعة وتثبت هذه المصلحة بالنسبة للدائن ويجب أن تكون هنالك صفة في القيام وتتمثل هذه الصفة مثلا في الزوجة إذا كان زوجها مصاب بالجنون أو الإبن أو الأب أي أن الصفة هي هل أن لك الحق في القيام أم لا و سنرى في مادة الإجراءات المدنية أن المصلحة والصفة يختلطان وتتوفر الصفة في أقارب المجنون و أيضا يجب أن تتوفر في من يقوم بدعوى الحجر تطبيقا **للفصل 19 م م ت** الأهلية الكاملة ويمكن إذا وقع تدارك الخلل أثناء القضية تصحيح القيام إذا كان صادر من قبل قاصر مميز

ويمكن أيضا القيام بهذه الدعوى من قبل النيابة العمومية **الفصل 251 م م م ت** يسمح للنيابة العمومية من القيام بأي دعوى ترى مصلحة في القيام بها فإذا كان مثلا الشخص المجنون يمثل خطرا على المجتمع ولم يحم أي من الأقارب بالقيام بالدعوى يمكن للنيابة العمومية أن تقوم وإذا وقع إحترام شروط الدعوى يقع رفعها أمام المحكمة المختصة وهي المحكمة الابتدائية وهذا تطبيقا للقواعد العامة للاختصاص الحكمي تطبيقا **للفصل 40 فقرة 1 م م م ت** كونه لا يوجد نص يجعل دعوى الحجر من إختصاص محكمة معينة وبالتالي فالمحكمة الابتدائية هي المختصة وحكمها قابل للإستئناف أمام محكمة الإستئناف و بعد صدور الحكم بالحجر يقع تعيين مقدم قضائي من قبل قاضي التقاديم وهو قاضي فردي مختلف عن تركيبة المحكمة الابتدائية التي هي ذات تركيبة مجلسية تتألف من رئيس و قاضيين عضوين ..ونظرا لطول الإجراءات فإن جريان العمل في بعض المحاكم يعطي لقاضي التقاديم الإختصاصين إختصاص الحم بالحجر وتعيين المقدم في نفس الوقت ولكن من الناحية النظرية فإن إختصاص قاضي التقاديم هو تعيين مقدم عملا **بأمر 18 جويلية 1959** وإذا أرادت المحكمة إصدار حكم بالحجر يجب التثبت من وضعية الشخص المراد الحجر عليه وذلك بالإستعانة بأهل المعرفة أي أهل الخبرة الأطباء وإذا ما تأكدت وضعية الجنون يقع إصدار الحكم بالحجر فهل أن هذا الحكم هو حكم مستمر إلى ما نهاية أقر المشرع أنه يمكن رفع الحكم بالحجر والرجوع في هذا الحكم بواسطة حكم موازي تطبيقا لمبدأ معروف مبدأ توازي الصيغ والشكليات وهذا ما أشار إليه المشرع في **الفصل 167 م أ ش** " الحجر الواقع بحكم لا يرفع إلا بحكم، ما عدا صورة المحجور عليه للصغر".

وتطبيقا **للفصل 168 م أ ش** : " للمحجور عليه مهما كان سبب الحجر حق القيام بدون واسطة لدى المحاكم بطلب رفع الحجر عنه "ونلاحظ أن طلب الحجر يمكن أن يرفع من قبل المحجور نفسه وهذا إستثناء **للفصل 19 م م م ت** الذي يشترط الأهلية كاملة للقيام بالدعوى وهذا منطقي كونه يمكن أن لا يكون للمحيطين به المصلحة في رفع الحجر عنه وهذا ما يؤكده **الفصل 169** : "لا تتعارض أحكام هذا الباب مع الإستثناءات الواردة في غيره من أبواب هذه المجلة " أي أن هذا الفصم لا يتعارض مع **الفصل 156 م أ ش** مثلا الذي يعتبر أن منعدم التمييز لا يمكنه مباشرة التصرفات بنفسه وأنه لا يوجد مشكل في أن نأخذ هذه الإستثناءات بعين الإعتبار و هذا الحق يثبت للمحجور مهما كان جنسه سواء كان ذكرا أو أنثى لهم الحق في رفع الحجر وهذا ما يشير إليه **الفصل 170 م أ ش** : أحكام هذا الباب تنطبق على حد السواء على المحجور عليهم ذكورا أم إناثا وبعد صدور الحكم بالحجر ما هو مآل التصرفات التي باشرها ويمكن أن يباشرها المجنون ؟

## ب) حكم تصرفات المجنون

سننولى النظر في حكم التصرفات التي باشرها المجنون قبل الحكم بالحجر و حكم التصرفات التي يباشرها بعد صدور الحكم بالحجر عليه ولتحديد حكم تصرفات المجنون يجب أن ننطلق من نص أساسي وهو **الفصل 163 م أ ش في جملته الأولى**: "تصرفات المجنون غير نافذة " أي أنها باطلة و ما يؤكد ذلك **الفصل 163 م أ ش بصيغته الفرنسية**: "Les actes du dément sont nuls" وهذا الجزاء أي البطلان يجب أن نميز في شأنه بين فقرتين ما قبل الحجر و ما بعد الحجر ما بعد الحجر هنالك حكم وبالتالي منع للتصرفات والجزاء هو البطلان أما قبل صدور الحكم بالحجر الأصل في المجنون هو الأهلية وفي هذه الصورة يطرح نقاش حول مآل تصرفاته ولنبيين حكم تصرفات المجنون سنتناول فترة ما بعد صدور الحكم بالحجر ثم فترة ما قبل صدور الحكم

## حكم تصرفات المجنون بعد صدور الحكم بالحجر

ما بعد الحجر بطلان التصرفات هو جزء حتمي ينطبق بقوة القانون ولا حاجة لإثباته وذلك لوجود حكم بالحجر يثبت أن أي تصرف يصدر عنه مباشرة يعتبر باطل ويثبت هذا البطلان ولو كان الجنون متقطعاً وذلك لوجود حكم بالحجر يمنع تصرف المجنون أي تصرف بمفرده وكل تصرف يعتبر مخالف للمنع يترتب عنه جزء البطلان حتى لو كان الجنون متقطعاً وقام به المجنون وهو في حالة وعي يعتبر باطل وذلك لوجود حكم بالحجر وما دام الحكم بالحجر قائماً لم يقع رفعه فالمنع يبقى مستمراً والبطلان يبقى هو الجزء المنطبق وهذه الوضعية تذكرنا بوضعية الصغير الغير مميز الذي تعتبر أهلية أدائه منعدمة مطلقاً وبالتالي فإن حكم تصرفاته هو حكم تصرفات الصغير الغير مميز وبالتالي يجب التفريق بين التصرفات على أساس خطورتها على الذمة المالية فإذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً يعتبر باطلاً تطبيقاً للفصل 16 م إ ع وإن كان نافعاً نفعاً محضاً فهناك نقاش فمن الشراح من يعتبرون أن المبدأ هو المنع إلا أن الفصل 9 م إ ع "يسمح لمن ليست له أهلية التعاقد بإمكانية تحسين حاله" والمجنون منهم وهذا ما يؤكدته الفصل 5 م إ ع : "الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم أولاً : الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة

ثانياً : الرشيد الذي اختل شعوره بما أخرجه من الإدراك "

أما بالنسبة للتصرفات التي تدور بين النفع والضرر فإنه لا يمكن أن يباشرها إلا بواسطة ومشاركة وليه وبشروط حددها الفصل 15 م إ ع : " الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفه والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكل لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا بإذن خاص من الحاكم المختص ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة للمذكور أنفاً "

## حكم تصرفات المجنون قبل صدور الحكم بالحجر

ينص الفصل 163 م أش فقرة 1 أن تصرفات المجنون غير نافذة أي أنها باطلة ثم يضيف أنه وتصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها إذا كان مشتتاً يضعف العقل وقت إبرامها بعض شراح القانون في تونس عند دراسة هذا النص استنتجوا أنه بالنسبة لضعيف العقل فالنص واضح وصريح وأن تصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها إن كان مشتتاً يضعف العقل وقت إبرامها وأنه بالنسبة للمجنون لم يبين المشرع أنه لا يمكن إبطالها وأنها صحيحة قبل الحجر ولا يمكن إبطالها وأن هذا الحكم لا ينسحب على المجنون , ولكن الجنون أخطر من ضعف العقل وهذا التفكير غير سليم بالنسبة لعدة شراح ويجب أن نميز بين وضعيتين قبل صدور الحكم بالحجر قبل سن الرشد و بعد سن الرشد فإن كانت وضعية الجنون موجودة قبل سن الرشد فإن الحل موجود وهو تطبيق قواعد الأهلية على القاصر فإن كان قبل التمييز فإن إنعدام الأهلية يحميه ووليّه هو الذي يباشر تصرفاته وإن كان مميزاً فتحميه قواعد الأهلية على الصغير المميز ويمكن إبطال التصرفات التي قد تضر به كون تصرفاته تقف على إجازة الولي وتباشر بواسطته , أما إذا كان رشيداً فإنه رغم غياب نص صريح يعتبر أن التصرفات قابلة للإبطال وأن الأصعب صحة التصرف إلا أنه مع ذلك فإذا أبرم المجنون تصرفاً مع شخص آخر يجوز لمن تعاقد مع المجنون أن يطلب إبطال التصرف من المحكمة كونه بالرجوع للفصل 163 م أش قال المشرع أن تصرفات المجنون غير نافذة أي باطلة ولم يحدد قبل الحجر أم بعد الحجر فهو لم ينص على أن تصرفات المجنون المحجور عليه وإكتفى بقول المجنون مطلقاً وبالعودة للقاعدة المكرسة في الفصل 533 م إ ع : "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها" أي أنه لا يجوز التمييز ما لم يميز المشرع وفي قواعد التأويل يقع التأويل من باب الأولى فتصرفات ضعيف العقل يمكن إبطالها وبالتالي فتصرفات المجنون أيضاً بشرط إثبات وضعيته عند مباشرة التصرف كون ضعف العقل درجة أقل بكثير من الجنون

## 2 ا) العوارض المقيدة لأهلية الأداء

وتتمثل هذه العوارض في 3 وضعيات وضعية ضعف العقل (أ) ووضعية السفه (ب) ووضعية وجود عقوبة مسلطة على شخص ما (ج).

### أ) وضعية ضعف العقل

عرف المشرع وضعية ضعف العقل في **الفصل 160** **فقرة 2** م أ ش : " أما ضعف العقل فهو الشخص الغير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجحة ويغبن في المبيعات". ويسمى في بعض التشريعات الأخرى الشرقية ذو الغفلة أي الشخص الساذج الذي لم يكتمل إدراكه (بلغتنا الدارجة البوهالي) وهو ليس شخصا مجنوننا فاقدا لمداركة ووعيه أو مضطرب عقليا لكنه مصاب بمرض يتسبب له بضعف في مداركة العقلية فهو شخص مميز لكن مداركة العقلية منقوصة وغير مكتملة خلافا للمجنون الذي تعتبر مداركة العقلية منعدمة ومفقودة وبما أن الأصل في الإنسان إكتمال أهليته فقد إقتضى **الفصل 161** م أ ش ضرورة الحجر على ضعيف العقل حتى يصبح ممنوعا من التصرف لكن هذا الحجر خلافا للمجنون ليس حجرا مطلقا وإنما هو حجر يؤدي إلى تقييد أهلية الأداء بالنسبة لضعيف العقل وليس إلغائها وإعدامها وهذا ما يفهم من **الفصل 6** م إ ع : " للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم

- الصغير الذي عمره بين ثلاثة عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه

- **والمحجور عليهم لضعف عقولهم** أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم فيها مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها ". ويتأكد هذا المعنى بقراءة **الفصل 162** م أ ش : " التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة ولي تكون باطلة إذا لم يجزها الولي " وبقراءة عكسية تعتبر هذه التصرفات صحيحة إذا باشرها ضعيف العقل بمشاركة وليه وبإجازته وبالتالي هذا يعني أن هذه التصرفات التي يقوم بها ضعيف العقل ليست باطلة بطلان مطلق وإنما هي قابلة لأن تكون صحيحة بشرط أن تتم بمشاركة الولي وبالتالي يجب أن نطبق نظام التصرفات التي يقوم بها الصغير المميز على هذه الوضعية والذي تعتبر فإن كان التصرف نافعا نفعيا محضا يجوز للضعيف العقل أن يباشره بنفسه وإن كان ضارا ضررا محضا لا يجوز له القيام به

وإن كان بين النفع والضرر يجب القيام به بواسطة الولي تطبيقا **للفصل 162** م أ ش ويمكن إبطال التصرفات إذا لم يجزها الولي وإن أجازها تصبح نافذة وصحيحة وهذا النظام ينطبق بعد صدور الحكم بالحجر وقبل صدور الحكم فإن تصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها إذا كان مشتتها بضعف العقل وقت إبرامها تطبيقا **للفصل 163** **فقرة 2** م أ ش

### ب) وضعية السفه

ووضعية السفه هي وضعية مختلفة وليس المقصود به الكاذب غير الصادق كما هو دارج في لغتنا التونسية وإنما المقصود بالسفه هو تبذير المال وهذا المقصود به قانونا وهو تبذير المال دون حكمة ودون أي ضوابط وهذا هو المفهوم الذي يؤكد **الفصل 164** م أ ش **فقرة 1** : " السفه هو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف . " وهذا هو المقصود بالسفه وهو عدم التصرف في المال بحكمة والسفيه هو الذي يبذر ماله ويسرف في صرف أمواله وهذا السفه يختلف عن الوضعية السابقة وهي ضعف العقل فضعيف العقل هنالك خلل في مداركة العقلية أما السفه فوعيه وإدراكه كامل إلا أنه سيئ التدبير ومستتهتر يبذر أمواله وهو شخص كامل الوعي ومميز والأصل في عند بلوغ سن الرشد أنه مكتمل أهلية الأداء وله الحق في التصرف كما يشاء لكن قرر المشرع أنه يمكن أن يصدر في شأنه حكم بالحجر والمنع من التصرف

تطبيقاً للفصل 164 فقرة 2 م أ ش : " والحجر عليه (أي السفية) يتوقف على حكم من الحاكم ".  
وبالتالي يمكن أن يصدر في شأن السفية حكم بالحجر أي المنع من التصرف والقاضي المختص هو قاضي التقادير الذي يعين مقدماً يتولى إدارة شؤونه ومكاسبه و القيام بما يلزم لحفظ و حسن إدارة أمواله ومكاسبه , وتصرفات السفية تخضع لنظامين نظام ينطبق على تصرفاته قبل صدور الحكم بالحجر ونظام آخر مختلف بعد صدور الحكم بالحجر عليه وهذا ما يفهم من الفصل 165 م أ ش :  
" جميع التصرفات التي باشرها السفية قبل الحكم صحيحة نافذة ولا رجوع فيها

أما التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه " .  
وبالتالي تصرفات السفية التي باشرها قبل الحكم تعتبر صحيحة و نافذة و غي قابلة للإبطال خلافاً لوضعية المجنون حسب قرائتنا للنصوص ووضعية ضعيف العقل وذلك كون السفية شخصاً مميزاً أما بعد الحكم فيتوقف نفاذ التصرفات على إجازة الولي وبالتالي تصبح أهليته أهلية مقيدة وعليه فإن النظام الذي ينطبق على تصرفاته هو نظام مقيدي الأهلية كالصغير المميز و ضعيف العقل ويجب التمييز بين صور ثلاث التصرفات النافذة نفعاً محضاً يجوز له مباشرتها بفرده و الضارة ضرراً محضاً لا يمكن أن يباشرها ولو بمشاركة وليه ولو بإذن القاضي والدائرة بين النفع والضرر لا يجوز أن يباشرها بنفسه و إنما بمشاركة وليه و إذا باشرها بنفسه لا تعتبر صحيحة إلا إذا صادق عليها الولي

ويمكن رفع الحجر عنه تطبيقاً للفصل 168 م أ ش : " للمحجور عليه مهما كان سبب الحجر حق القيام بدون واسطة لدى المحاكم بطلب رفع الحجر عنه " وذلك كونه يمكن للسفية أن يعود له رشده و تتحسن حالته ولا يرفع هذا الحجر إلا بحكم قضائي تطبيقاً للفصل 167 م أ ش  
وهناك حكم خاص بالنسبة للسفية موجود في الفصل 166 م أ ش : " لا يعتد بإقرار السفية في الأمور المالية " .  
حيث يمكن للسفية مثلاً أن يقر ويعترف بدين لا وجود له أو يغالط في قيمته فيعتبر الفصل 166 م أ ش أن هذا التصرف باطل لأنه يمكن له بهذه الطريقة أن يجد ثغرة للتصرف في مكاسبه

### ج) صدور عقوبة على الشخص

يمكن في بعض الأحيان إذا صدر حكم قضائي يسلط عقوبة على شخص أن يصبح في بعض الصور المحكوم عليه لعقوبة ما مقيد الأهلية وذلك في عقوبتين أولهما صدور حكم على شخص مدة تتجاوز 10 سنوات فالفصل 30 م ج ينص على ما يلي :  
يكون حتماً تحت قيد الحجر كل محكوم عليه من أجل جناية واحدة بالسجن لمدة تتجاوز عشرة أعوام من تاريخ الحكم عليه إلى إتمام مدة عقابه

ويعين له مقدم للقيام بإدارة مكاسبه ولا يمكنه التصرف فيها إلا بالإيصاء (والوصية نافذة بعد الوفاة).  
كما لا يمكنه قبض أي مبلغ ولو جزئي من مداخله

وترجع له مكاسبه عند انقضاء مدة عقابه ويحاسبه حينئذ المقدم على تصرفه مدة تقديمه

والصورة الثانية هي عقوبة الإفلاس التي يمكن أن تمس التاجر الذي تتعكر وضعيته المالية بحيث يصبح عاجزاً عن أداء ديونه و خلاصتها فيمكن لدائنيه إذا كان المدين تاجراً متوقفاً على الدفع وغير قادر على الوفاء بديونه التوجه للمحكمة وطلب صدور حكم بتفليس و إذا صدر حكم بالإفلاس فإن هذا الحكم يرتب جملة من النتائج من بينها الحجر على المفلس حيث يصبح المفلس محجوراً أي ممنوعاً من التصرف و يترتب عن الحكم بالفلاس رفع يد المدين المفلس عن التصرف في أمواله و مكاسبه و يصبح ممنوعاً من التصرف و كل تصرف يقوم به يعتبر باطلاً لأن المشرع يعتبر أن هذا التصرف سوف يكون مضراً بحقوق دائنيه ووسيلة لمزيد تفاقم حالته المالية و يصبح بمقتضى حكم الإفلاس شخصاً يمثلته هو أمين الفلسة (syndic de faillite) وهو الذي يدير شؤونه عوضاً عنه و مكاسبه و يباشر الدعاوى عوضاً عنه

## الباب الثاني : الأشخاص المعنويين

الإنسان هو الشخص الطبيعي المؤهل لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية وتحمل الإلتزامات والواجبات و إلى جانب الشخص الطبيعي يوجد شخص آخر يمنحه القانون الشخصية القانونية أي القدرة على إكتساب الحقوق و على تحمل الإلتزامات والقدرة على مباشرة هذه الحقوق والقيام بكل أنواع التصرفات القانونية وهذا الشخص يسمى قانونا شخص معنويا شخصا اعتباريا أي شخص يعتبر القانون وجوده فهو غير موجود بصفة مادية كالإنسان و لكنه موجود على الساحة القانونية بإعتباره له الشخصية القانونية ويتكون الشخص المعنوي عموما من مجموعة أشخاص يجتمعون ويكونون وحدة قانونية قائمة الذات لها وجود قانوني مستقل عن الأشخاص الذين كونوا هذه الوحدة القانونية وهذا الشخص المعنوي و عموما يمكن تعريف هذا الشخص المعنوي بأنه كيان له شخصية قانونية تخول له إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات على غرار الشخص الطبيعي ويمكن أن نجد عدة أمثلة عن الأشخاص المعنويين سواء في إيطار القانون الخاص أو في إيطار القانون العام ففي إيطار القانون الخاص الشركات التجارية وبعض الشركات المدنية التمس يعطيها القانون الشخصية القانونية و لكن بالأساس الشركات التجارية عدا نوع واحد منها يسمى شركة المحاصة التي ليس لها الشخصية القانونية كل الشركات التجارية تعتبر أشخاص معنوية لها الشخصية القانونية وبالتالي لها القدرة على إكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات والقدرة فيما بعد على ممارسة ومباشرة هذه الحقوق والإلتزامات وذلك عن طريق ممثلها القانوني وبالنسبة للقانون العام الدولة هي شخص معنوي والمؤسسات العمومية والبلدية والولاية هم أشخاص معنويين لهم وجود في القانون يخول لهم أن تكون لهم الشخصية القانونية والشخص المعنوي يفترض وجود مجموعة من الأشخاص شخصين أو أكثر يجتمعون لكي يكونوا شخص غير مادي معنوي مستقل عنهم وأبرز مثال على ذلك هو الشركة فالشركة هي إلتقاء شخصين فأكثر يجتمعون ويقدموا مساهمات مالية او مساهمات عينية أو مساهمات بالعمل يكونون شركة وهذه الشركة عندما تتكون بالشروط التي يفرضها القانون وأهم شرط هو الإشهار أي إدراجها في الرائد الرسمي والسجل الوطني للمؤسسات ومن يوم إدراجها في هذا السجل تكتسب الشخصية القانونية و تصبح شخصا قانونيا مستقلا عن الأشخاص الذين كونوها فكل منهما ذات مستقلة عن الآخر فهذا الشخص المعنوي له إسمه الخاص و ذمته المالية و مقره الإجتماعي و هويته و كل مقومات الشخصية القانونية فيمكن له البيع والشراء والتقاضي وهذه الشخصيات المعنوية كالبنوك وشركات التأمين والجمعيات أيضا تتكون من أعضاء و رئيس ونائب رئيس و كاتب عام و أمين مال يكونون هيئة تدبير شؤون الجمعية كالجمعيات الرياضية والثقافية وغيرها هم أشخاص معنويين مستقلون عن الأشخاص المكونيين لهم والسؤال المطروح ما الجدوى من وجود هذا الشخص المعنوي في القانون ؟ وأهمية وجوده أهمية بالغة في الواقع لعدة أسباب أولا في بعض الأحيان هنالك أنشطة لا يمكن لشخص واحد مهما كانت ثروته ومهما كانت قدرته أن ينجزها بنفسه ويحتاج الأمر لإلتقاء العديد من الأشخاص وتكاتف العديد من الأطراف لإنجازه كالنشاط البنكي مثلا وشركات الطيران ليس من مصلحة الشخص أن يباشرها بنفسه حتى لو كان لديه المال الكافي كونه إقتصاديا من حسن التدبير عند الدخول في مشروع عدم وضع كل الأموال لكي لا تكون الخسارة فادحة و البحث عن تمويلات من عدة جهات وأيضا عدة أنشطة المشرع يطلب حد أدنى لرأس المال فلا يمكن لشخص وحده أن يوفره أحيانا

ثم أيضا أن عديد الأشخاص يحتاجون لفصل ذمتهم المالية الذاتية عن الذمة المالية التي ستكون موجودة بعد تكوين الشخص المعنوي لأن القانون يسمح في أن تكون المسؤولية المدنية مقتصرة على الأموال التي تم تخصيصها لذلك النشاط دون المكاسب الشخصية للأشخاص الذين كونوا ذلك الشخص المعنوي فمثلا بالنسبة للشركة خفية الإسم أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة إذا أخفق المشروع أو أصبحت الشركة مدينة فإن الديون المتخلدة في ذمة الشركة يقع الوفاء بها من ذمة الشركة ولا يمكن للدائنين التنفيذ على الذمة المالية الخاصة للشركاء فعند تعلق الأمر بشركات أموال أي الشركات ذات المسؤولية المحدودة فإن المسؤولية المدنية تكون منحصرة في الذمة المالية للشركة ولا تمتد للذمة المالية للأشخاص المساهمين والمكونين للشركة

ثم أيضا الشخص الطبيعي يتعرض لعدد الضروف والطوارئ التي تنعكس سلبا على صحته و أهليته أما الشركة فعنما يتوفى الأشخاص المكونون لها مثلا يمكن أن تتواصل بقطع النظر عن الأشخاص المكونين لها كون الشخص المعنوي لا يتأثر بالضروف التي تطرأ على الإنسان ويمكن للشركة أن تتواصل لمآت السنين كالشركات العريقة الموجودة منذ قرون

ووجود الشخص المعنوي في القانون قائم على تقنية الافتراض القانوني فالمشرع يعتبر أن هذه الشخصية المعنوية قائمة بذاتها لها حقوق و واجبات

وبالرجوع للفصل 5 م إ ع نجد أن المشرع ينزله منزلة الصغير الغير مميز لكي يعتبرها منعدمة الأهلية ولا يمكنها التصرف إلا بواسطة ممثلها القانون فالصغير يمثله وليه والشركة يمثله الممثل القانون الذي يمكن أن يكون الرئيس المدير العام بالنسبة للشركة خفية الإسم أو المدير العام أو الوكيل أو المدير بالنسبة للمؤسسة العمومية أو أي شخص يمنحه القانون سلطة تمثيل الشخص المعنوي وبالتالي الشخص المعنوي كائن موجود ولكنه لا يتمتع أهلية الأداء كاملة وهو منعدم هذه الأهلية ولا يمكنه مباشرة التصرفات القانونية إلا عن طريق ممثله القانوني

وسندرس الشخص المعنوي بصفة أكثر تفصيل في القانون التجاري و القانون الإداري وغيرها من المواد وبالنسبة لنا الشخص المعنوي موجود في القانون له الشخصية القانونية وهو يمارس الحقوق ويتحمل الواجبات ولا يمكنه التصرف إلا عن طريق ممثله القانوني

وهناك من يعتبر أن الشخص المعنوي كان موجود سابقا و أن مؤسسات الأحباس والأوقاف هي تعبير عن الشخصية المعنوية و في الفصل 431 م إ ع: "يجب أن يكون الإقرار لشخص له أهلية التملك سواء كان من صنف معين أو ذاتا معنوية كمسجد ويكون الشيء المقر به معيناً أو قابلاً للتعيين".

وبالتالي ففي القانون الإسلامي المسجد يعتبر شخصا معنويا وذلك قديما فسابقا كان هنالك أشخاص يحبسون أموالهم للمساجد والمستشفيات ما يتطلب أن يكون لهم كيان لقبول الأموال وهذا النص موجود في باب الإقرار الذي هو وسيلة هامة من وسائل الإثبات ويعتبر وسيلة من وسائل الإثبات الكاملة

## الجزء الثالث : إثبات الحق

لا يكفي أن يدعي الشخص حقا ما وإنما يجب أن يكون له القدرة على التمسك بهذا الحق والدفاع عنه ولا يكون ذلك ممكنا إلا إذا أثبت وجود الحق وذلك عندما يكون الحق موضوع نزاع ما والإثبات هو إقامة الدليل والبرهنة على أمر ما أو واقعة أو تصرف والبرهنة على وجود حق أو تحقق واقعة ما ، وعندما ندرس الإثبات يجب أن نستحضر مقولة معروفة لعمر الخطاب في رسالته لأبي مسعود الأشعري وهي رسالة هامة جدا و غاية في الإلقاء والذكاء اللغوي وفي إتصار المعاني ويقول فيها عمر الخطاب أنه " لا ينعى التكلم بحق لا نفاذ له " أي أنه لا يكفي أن يدعي شخص أن له حقا وأن هذا الحق ثابت له وأنه وقع العتداء عليه من قبل شخص آخر دون إثباته والبرهنة على وجوده وبالتالي حتى يكون الحق حقا قابل للدفاع عنه و قابل للحماية القانونية وقابل للحماية القضائية يجب أن ينجح صاحبه ويمكن ويتيسر له أن يقيم الدليل على وجوده حتى يمكن له المطالبة بهذا الحق فإذا عجز الشخص على إثبات وجود حقه فسينعكس ذلك سلبا على وضعيته وسيشكل ذلك معضلة له ولصاحبه لكن يجب الإنلباه أيضا أن عدم القدرة على إثبات الحق لا تعني إنعدام الحق فهناك حقوق موجودة يعجز أصحابها على إثباتها وهذا لا ينفى وجود الحق ففي العديد من الأحياء يعتبر الحق موجودا رغم عدم إمكانية إثباته الآن كون عدم إمكانية إثباته الآن لا تعني عدم إمكانية إثباته مطلقا فيمكن إثباته بعد مدة من الزمن بتوفر عدة ظروف و أيضا هنالك حقوق ثابتة كالحقوق الذاتية فالحق في الكرامة مثلا والحقوق اللصيقة بالشخص لا يحتاج الإنسان لإثباتها إلا أن الحقوق الأخرى خاصة الحقوق المالية يجب أن نسعى لتكوين وسائل إثباتها مسبقا إلا أن عدم إثباتها لا يعني أنها غير موجودة وأنه لا يمكن يوما ما أن يقع إثباتها وهذا يجلب إنتباهنا إلى خطورة الإثبات كونه مسأبة هامة و خطيرة كون الإثبات ينعكس على وجود الحق فالحق لا يمكن أن يتمتع بالحماية القانونية له بشرط التمكن من إثباته و إقناع المحكمة بوجوده وإقامة الدليل عليه وبالتالي الإثبات هو الذي يحدد فيما بعد مآل الدعوى القضائية المرفوعة أمام المحكمة فيقدر ما يمكن إثبات الحق بقدر ما يرتفع حظ كسب القضية بقدر الإخفاق في الإثبات بقدر ما تكون النتيجة سلبية وتكون مآل الدعوى الرفض أو عدم سماع الدعوى وبالتالي تكمن أهمية الإثبات في إيطار الميدان القضائي ولكن لا يقتصر الأمر على هذا الميدان فالإثبات ضروري في كل الميادين و خارج الميدان القضائي فالطالب مثلا عند الترسيم بالكلية عليه أن يثبت أنه متحصل على البكالوريا والشخص الذي يريد التحصل على رخصة سياقة عليه إثبات وصوله سن الرشد والشخص الذي يريد الزواج في تونس عليه إثبات أنه غير متزوج بزوجة أخرى وغيرها ما الأشياء ونظرا لأهمية الإثبات إعتنى المشرع بالإثبات وخصص له العديد من النصوص وأهمها وردت بمجلة الإلتزامات والعقود **الفصول 420 إلى 512 م إ ع** ونصوص أخرى نجدها في مجالات مختلفة وخاصة منها مجلة المرفعات المدنية والتجارية **الفصول 86 إلى 114 م م ت** وأيضا هنالك نصوص تهم الإثبات في مجلة الإجراءات الجزائية تتعلق بالمسائل الجزائية تتعلق بإثبات حصول الجريمة وذلك حسب قواعد معينة وفي المادة الجزائية تضرر خطورة الإثبات لتعلقه بالحقوق والحريات و هنالك مبدأ أساسي في هذه المادة وهو مبدأ النزاهة أي أنه يجب أن يقع الإثبات عن طريق وسائل شرعية وقانونية فلا يمكن إثبات وقوع الجريمة عن طريق التعذيب المعنوي أو الجسدي أو عن طريق وسائل ملتوية كوضع الإنسان تحت التنصت بدون إذن قضائي ولذلك ينضمها المشرع وفق أحكام و معاهدات دولية وقواعد دقيقة وما يهمنا هو المادة المدنية والتجارية وعموما يطرح الإثبات 3 أسئلة من يثبت أي من يجب عليه أن يتحمل عبأ الإثبات ؟ وماذا نثبت أي ما هو محل وموضوع الإثبات ؟ وكيف نثبت أي كيف يقع الإثبات وما هي الوسائل والطرق التي تستعمل في عملية الإثبات ؟ وجوابا عن هذه الأسئلة سنتطرق ل 3 مسائل عبأ الإثبات (1) محل الإثبات (2) و وسائل الإثبات (3).

## الباب الأول : عبأ الإثبات

الإثبات هو عبأ وحمل ثقيل و مشقة يتحملها الشخص ويضعها القانون على كاهل الأشخاص الذين يجب عليهم إثبات ما يدعونه فالإثبات هو عبأ un poids بالفرنسية la charge de la preuve أي أن هذه المسألة تثقل كاهل صاحبها أي الذي يحمله القانون واجب الإثبات إثبات ما يدعيه وفي تنظيم الإثبات هنالك عدة تصورات وهنالك أنظمة مختلفة منها التي تقر مبدأ حرية الإثبات في جميع الحالات وفي جميع الوضعيات أي في كل من النزاعات المدنية والنزاعات الجزائية والأنظمة التي تعمل بهذا النظام هي الأنظمة الأنقلوسكسونية والأنقلوأمريكية والتي بها قاضي فردي تثبت أمامه بأي وسيلة كانت وتقنعه بوجود حق أو إعتداء وما إلى ذلك وهنالك أنظمة تقن مسألة الإثبات وتعتبر أنه غير حر وأنه يجب أن يخضع لقواعد وأحكام مضبوطة كالفقهاء الإسلامي مثلا الذي يعتبر أن أهم وسيلة للإثبات هي البيئة أي الشهادة وهنالك أنظمة مختلطة تأخذ بالنظامين حرية الإثبات وتقنيه كالنظام التونسي الحالي فالقانون التونسي في المادة المدنية يعتمد النظام القانوني للإثبات أي أنه يتم بطرق محددة بالقانون أما بالمادة الجزائية فالإثبات يتم بجميع الوسائل كون الأمر يتعلق بوقائع قانونية أي أن الأمر يتم بحرية الإثبات والتصورات لا تقف في الحد فهنالك تفرقة هامة في ميدان أنظمة الإثبات بين النظام الإتهامي *procédure accusatoire* والنظام الإستقرائي *procédure inquisitoire* ويبين هذين النظامين دور الأطراف ودور القاضي في عملية الإثبات والمقصود بالنظام الإتهامي (والتي هي ترجمة حرفية للمفهوم باللغة الفرنسية وهي ترجمة غير دقيقة ولا تعبر عن المعنى بشكل دقيق) أن دور القاضي هو دور الحكم وحسب هذا النظام تكون مهمة الإثبات محمولة على الأطراف المتخاصمين المدعي والمدعى عليه ويقوم الطرفين بإحضار الأدلة كل منهما يدحض الآخر والقاضي دوره مبدئيا سلبي في الإثبات وفي الأخير هو الذي يوازن بين الحجج ويقصل في القضية بناء على مدى إقتناعه من وجهة موقف طرف على الآخر ويحكم لصالح الذي أقنعه ونجح أكثر في إثبات ما يدعيه أمام القضاء والقاضي مبدئيا ليس له دور في عملية الإثبات أما في النظام الإستقرائي العملية مختلفة فالدور الأساسي في الإثبات تتحمله المحكمة والمطلوب من المدعي أن يقدم الدعوى إن كان الأمر يتعلق بنزاع مدني أو يقدم شكواه إن تعلق الأمر بقضية جزائية ويترك المحكمة هي التي تبحث عن الأدلة وهي التي تضطلع بالأساس لمهمة الإثبات والأطراف لا يتحملون أي مشقة في عملية الإثبات وهذا النظام الإستقرائي كان معمولا به في المادة المدنية في تونس في ضل مجلة المرافعات المدنية الصادرة سنة 1910 وفي هذا النظام المحكمة هي التي تبحث وتقوم بتكوين وإحضار الحجج والأدلة أما اليوم في تونس في مادة الإجراءات الجزائية النظام المتبع هو النظام الإستقرائي فنقد الشكاية لوكيل الجمهورية الذي يحيلها للباحث الابتدائي أي عدلية الشرطة أو الحرس وإن دعت الأبحاث وجوب التتبع يحيل الملف لتتبع إن كانت جنائية يحيلها لحاكم التحقيق وإن كانت جنحة أو مخالفة يحيلها للمجلس لكي يفصلها ويصدر فيها القاضي حكم والشاكي لا يجب عليه أن يجلب الأدلة و أن يثبت الجريمة وإن ما يقوم الشكوى بما له من أدلة فأحيانا لا يعرف حتى المعتدي كسرقة بنك مثلا والإثبات يكون من دور المحكمة و يضطلع به القاضي أما اليوم في المادة المدنية فالأمر يختلف ففي ضل مجلة المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1959 أصبح النظام المعمول به هو النظام الإتهامي أي التواجهي أي أن كل شخص يدافع عن نفسه ويثبت حقوقه عن طريق وسائله الخاصة ولا يعتمد في إثباته على المحكمة ويلاحظ أن توزيع الأدوار بين المحمة والخصوم في النزاع المدني هو أمر هام لأنه الذي يحدد طريقة الإثبات وكيفيته ودور كل منهم في الإثبات وسنرى أن دور

القاضي والأطراف في عملية الإثبات في إطار النزاع المدني يختلف اليوم في تونس ولكي نفهم عبأ الإثبات ومن يتحمل الإثبات في إطار النزاع المدني يجب أن نميز بين دور الأطراف من جهة (1) و دور المحكمة من جهة أخرى (2).

## القسم الأول : دور الأطراف في الإثبات في إطار النزاع المدني

في كل قضية يوجد طرفين المدعي *le demandeur* من جهة و المدعى عليه *le défendeur* من جهة أخرى وقد يتعدد المدعون والمدعى عليهم والمدعي هو الذي يرفع الدعوى المدنية أمام المحكمة ويمكن أن نسميه الطالب (والشاكلي في المادة الجزائية) والمدعى عليه هو الذي رفعت ضده الدعوى وهو الذي يضطر للدفاع عن نفسه وفي النزاع المدني المبدأ أن المدعي هو الذي يتحمل أولاً عبأ الإثبات (1) وهذا المبدأ ككل المبادئ له إستثناءات (2).

### الفقرة الأولى: المبدأ: المدعي هو الذي يتحمل عبأ الإثبات

تطبيقاً للفصل 420 م إ ع : " إثبات الالتزام على القائم به " والأصح حو إثبات الحق كون التحدث عن الالتزام يعني التحدث عن حق شخصي ويجب إثبات كل الحقوق العينية والذاتية .. وبالتالي العبارة لم تكن كاملة والمقصود بها إثبات الحق مهما كان نوعه و يكون إذا إثبات الحق على القائم به أي الطالب أي المدعي أي على من يدعي أنه وقع الإعتداء على حقه فإذا أثبت المدعي وجود الحق وجب على المدعى عليه أن يثبت عكسه أي أن يثبت عدم وجود ذلك الحق أو إنقضائه أو عدم تحمله لأي التزام من الإلتزامات أمام المدعي وهذا ما يؤكد الفـصل 421 م إ ع: " إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كانت البيئة على من يدعي انقضائه أو عدم لزومه له" فإذا أثبت المدعي مثلاً أنه أبرم عقد بيع مع المدعى عليه و أن المدعى عليه لم يتولى خلاص كامل الثمن على هذا المشتري أن يدافع عن نفسه و أن يثبت إنقضاء هذا العقد إما بالأداء أو بأسباب إنقضاء الإلتزامات التي جاءت بالفصول 339 م إ ع وما بعده , ويتحمل المدعي عبأ الإثبات لأن الأصل هو براءة الذمة لأن يثبت خلاف ذلك الفصل 560 م إ ع : "الأصل براءة الذمة حتى يثبت تعميمها " والأصل بقاء ما كان على ما كان وعلى من يدعي العكس أن يثبته لأن القواعد العامة للقانون تقتضي أن الأصل في المدعى عليه أنه بريء الذمة وفي إطار عملية الإثبات يدعي المدعي ما يدعيه ويثبته ثم يجيب المدعى عليه و يثبت خلافه فيرجع عبأ الإثبات إلى المدعي كي يثبت العكس ويبقى الأمر مستمرا لأن تصبح القضية جاهزة للحكم ويبقى عبأ الإثبات ينتقل بين المدعي والمدعى عليه طيلة فترات النزاع ويجب أن ننتبه لمسئلة هامة وهي ضرورة عدم الخلط بين المدعي في الدعوى والمدعي في الإثبات فالمدعي في الدعوى هو الذي قام برفع الدعوى وهو الذي يتحمل أولاً عبأ الإثبات فإذا أثبت ما يدعيه ينتقل عبأ الإثبات إلى المدعى عليه ويصبح بذلك مدعي في الإثبات كونه أصبح من واجبه إثبات خلاف ما وقع الإدعاء فيه عليه والدفاع عن نفسه وعندما ينتقل الإثبات من خصم إلى خصم آخر يصبح من يتحمل الإثبات مدعياً في الإثبات كونه يتحمل عبأ إثبات ما سيقوله و يتمسك به أمام المحكمة وهذه تفرقة هامة بين المدعي في الدعوى وهي صفة لا تتغير والمدعي في الإثبات الذي ينتقل من طرف إلى طرف آخر حسب من يتحمل عبأ الإثبات وهذا هو المبدأ ويمكن أن يتغير عندما يقر المشرع إستثناءات تجعل المدعي معفي من عبأ الإثبات

## الفقرة الثانية: الإستثناءات

وأهم وضعية يجد فيها المدعي نفسه معفي من عبأ الإثبات أي غير متحمل له هي عندما يكون أمام قرينة قانونية *une présomption légale* وينظم المشرع القرائن القانونية ويميز بين القرينة القانونية والقرينة القضائية وما يهمننا الآن هي القرينة القانونية أي التي مصدرها القانون والقرائن "كما يعرفها **الفصل 479 م إ ع**:" القرائن ما يستدل به القانون أو الحاكم على أشياء مجهولة". و إنطلاقاً من هذا الفصل يجب أن نميز بين القرائن القانونية ما يستدل به القانون والقرائن القضائية التي يستدل بها القاضي والقرينة القانونية هي نتيجة يستخلصها المشرع من خلال وقائع معلومة لإثبات مسألة مجهولة غير معروفة وكمثال على ذلك قرينة النسب في **الفصل 68 م أ ش** وأيضا **الفصل 71 م أ ش** وفي الصورة الأولى قرينة النسب هي الفراش ويثبت بها النسب فعند ولادة المولود لرجل وامرأة متزوجين يثبت النسب للزوج ويضيف **الفصل 71 م أ ش**:" إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً يثبت نسب المولود من الزوج" وبالتالي الزواج هو قرينة على ثبوت النسب وإنجاب طفل من قبل زوجين في مدة تتراوح 6 أشهر هو قرينة لثبوت النسب وهي قرينة كون المشرع يفترض من شئ معلوم وهو الزواج والمدة بعد الزواج أن الطفل ولد من زواج بين الزوج والزوجة وأن نسبه يعود للزوج وعند ولادة الطفل لا تحتاج الزوجة لإثبات نسب مولودها عندما تتدعي أن نسبه يعود لزوجها الشرعي وتكون معفية من هذا الإثبات وبالتالي تعفي القرينة القانونية من يدعي حقا أو إلتزام من إثباته رغم أن البينة على المدعي إلا أنه في بعض الصور يعفى المدعي من الإثبات هندا يقر لأصلحه قرينة قانونية ومثال آخر **الفصل 53 م ح ع**:" من حاز شيئا منقولاً أو صبرة من المنقولات شبيهة حمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته". وبالتالي ينص هذا الفصل على أن حيازة المنقول سند للملكية وهذه قرينة قانونية على حيازة المنقول تعفي الحائز من إثبات ملكية المنقول الذي حازه وإن شب نزاع على ملكية هذا الشئ وقام الحائز برفع دعوى يكون معفي من إثبات ملكية الشئ الذي حازه وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته وبالتالي يكون عبأ الإثبات على المدعي عليه وذلك لوجود قرينة قانونية تعفي الحائز من إثبات ملكية حوزة حيث يستنتج المشرع من شئ معلوم وهو الحيازة شيئا مجهولاً وهو ملكية المنقول الذي وقع حوزة وإن نجح الطرف الأخر في إثبات العكس يصبح على المدعي أي الحائز إثبات ملكيته للحوزة، والقرينة الأخرى المعروفة هي قرينة إنتصار القضاء التي حددها المشرع في **الفصول 480, 481, 482, 483 م إ ع** والمقصود بذلك أن الحكم القضائي من نتائجه إنتصار القضاء أي ان ما جاء في الحكم يعتبر عنواناً للحقيقة ولو كانت في بعض الأحيان تخالف الحقيقة والذي بيده الحكم لا يحتاج لإثبات ما يدعيه

و خلاصة القول عندما نتحدث عن دور الأطراف في الإثبات في إطار النزاع المدني يجب أن نعلم أن عبأ الإثبات يتحمله أولاً المدعي إلا إذا أعفاه المشرع من ذلك في صور محدودة بمقتضى قرينة قانونية محددة

ولكن ما هو دور القاضي في عملية الإثبات ولكي نفهم ذلك يجب أن نستحضر التصور الإتهامي فدور القاضي في النزاع المدني يحدده نص أساسي وهو **الفصل 12 م م ت**:" ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم " أي أن المحكمة مبدئياً لا تتدخل في الإثبات كونه موكول للأطراف فالبينة على المدعي وعلى المدعي عليه إثبات خلاف ذلك وبالتالي مبدئياً المحكمة لا تتدخل في عملية الإثبات كون المبدأ في القانون التونسي هو حياد القاضي

## القسم الثاني : دور القاضي في الإثبات في إطار النزاع المدني

خلافًا للميدان الجزائي فإن موقف المحكمة في النزاع المدني هو ملازمة الحياد أي أن القضية المدنية هي شأن يهم الأطراف وكل منهم يدافع عن نفسه ويدلي بالحجج التي يدافع بها عن نفسه كما يريد والمحكمة مبدئيًا لا تتدخل وأساس ذلك **الفصل 12 م م ت** : " ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم" وإنطلاقًا من هذا النص جاء مبدأ حياد القاضي *la neutralité du juge* والحياد عموماً في مجال القضاء والإجراءات له معنيين معنى أخلاقي ومعنى إجرائي فني ويعني الحياد أن تقف المحمة مسافة واحدة من الأطراف وأن تعامل كل منهم على قدر المساواة أي أن لا يميل القاضي إلى جانب أحد الأطراف على حساب الآخر أي أن الحياد يساوي في معناه الأخلاقي نزاهة القاضي والمحكمة أي أن يحكم القاضي بكامل التجرد أي أن لا يميل إلى أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر وأن لا يقضي بعلمه الشخصي وإنما بما يجده في ملف القضية وأن يكون نزيهاً وهو من الشروط التي يجب أن تتوفر في القاضي وفق ما أفرته الدساتير التونسية وخاصة دستور 2014 حيث يجب أن يكون القاضي كفؤاً وكتحلي بالحياد والنزاهة ولكن في حقيقة الأمر الحياد في قانون الإجراءات له معنى أدق معنى إجرائي تقني فني بحت وهو الذي تضمنه **الفصل 12 م م ت** الذي يعتبر أن القاضي ليس من واجبه إتمام أو تكوين أو إحضار حجج الخصوم أي أن ليس عبي المحكمة أن يكون لها دور إيجابي في عبأ الإثبات كونه محمول على الأطراف وفق ما أقره المشرع في **الفصل 420 و 421 م م ت** والقاضي يعتبر إذا حكما فالمحكمة هي تقدر حجج الأطراف وتحكم بناءً على ما قدمه الأطراف من حجج و براهين تثبت حقوقهم وموقفهم في النزاع وهذا ما يتطابق مع النظام الإتهامي أو التواجهي المعمول بها في القانون التونسي اليوم في المادة المدنية خلافاً للمادة الجزائية التي يطبق فيها المشرع التونسي النظام الإستقرائي ولكن مع إلزام القاضي بمبدأ الحياد يطرح سؤال إلى أي مدى يجب على القاضي أن يكون محايداً؟ أي إلى أي مدى يجب أن يبقى القاضي بعيداً عن عملية الإثبات وهل أن هذا البدء مطلق أم له إستثناءات؟ وبما أن القاضي هو إنسان وليس آلة تعطيها وقائع فتعطي أحكام وإنما هو إنسان أعطاه المشرع مهمة فصل النزاع بين الأطراف ويكون ذلك على أساس الحقيقة القضائية كما يجب أن يقع تحديدها ومعرفتها فيمكن أن يجد القاضي نفسه أمام ملف ليس به الوسائل والحجج الكافية لكي يقرر ويعطي رأيه في النزاع لوجود غموض وشك حول معرفة الحقيقة فلا يمكن له حين إذا فصل النزاع طبق الحقيقة الواقعية وليس التي يمكن أن تفهم من ضاهر المؤيدات والحجج وإنما الحقيقة الصحيحة فلا يمكن للقاضي أن يفصل في النزاع وهو غير متيقن من الحقيقة ولذلك فقد خوله المشرع أن يكون له دور إيجابي في الإثبات في هذه الحالات وذلك طبقاً لنصين هامين هما **الفصل 86 م م ت** : " يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات أو إجراء توجهات واختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرر بإتمامها". ونفس القاعدة نجدها في **الفصل 114 م م ت** :

" يفتح الرئيس المرافعة ويديرها ويختتمها عندما تتضح النازلة للمحكمة بوجه كاف

ويفتح الرئيس المرافعة بعرض ملحوظات الخصوم

وإذا لم تجد المحكمة بالملف الإيضاحات الكافية يمكنها أصالة منها الإذن بإحضار الشهود أو الخبراء بالجلسة الذين ترى منفعة في سماع شهادتهم وتأذن عند الاقتضاء بزيادة البحث كما يمكن لها الإذن بحضور الخصوم بذواتهم".

وبناءً على هذه المعطيات نستنتج أنه فيما يتعلق بمبدأ الحياد على المحكمة الإلتزام به فهي لا تكون ولا تحضر ولا تتم حجج الخصوم طبقاً **للفصل 12 م م ت** لكن هذا الحياد ليس مطلقاً فالحياد المشار إليه في **الفصل 12** ليس حياداً سلبياً وإنما حياداً إيجابياً فمبدئياً تبقى المحمة محايدة وإن لم تجد في ملف القضية كل الإيضاحات اللازمة ورأت لزوم إجراء أبحاث أخرى أن تأذن أصالة منها بإجراء و إتمام وتكوين الحجج اللازمة حتى تتمكن من كشف الحقيقة , ويسمح **الفصل 12 م م ت** كون تركيبته اللغوية لم تمنع المحكمة وإنما كانت ليس على المحكمة أي ليس من واجبها كون هذا الواجب يتحملة الأطراف اما إذا أرادت المحكمة و رأت لزوم إكمال وتكوين الحجج حتى تقض

النزاع كما يجب فيمكنها ذلك طبق الفصول 86 م م م ت و 87 م م م ت و 114 م م م ت وطبق ما أكده الفصل 12 م م م ت الذي لم يمنعها من ذلك وإنما نفى الواجب عليها

ونتستخلص من هذا أن الإجابة على سؤال من يثبت تكون أن عبأ الإثبات يتحمله الأطراف أي المدعي أولاً تطبيقاً للفصل 420 م إ ع فإذا أثبت المدعي ما يدعيه إما مباشرة أو بناءً على قرينة قانونية تعفيه من عبأ الإثبات وتنتقل عبأ الإثبات للمدعي عليه الذي يتحمل واجب الإثبات حتى يبرهن عن موقفه وعن عدم لزومه له طبق الفصل 421 م إ ع ويبقى عبأ الإثبات ينتقل بين طرفي النزاع حتى يقع فصل النزاع من المحكمة التي من واجبها لزوم الحياد طبق الفصل 12 م م م ت وعندما لا يكون في ملف القضية ما يكفي من المؤيدات و الحجج والإيضاحات لتفصل في القضية وفق الحقيقة يمكن للمحكمة أن تتخلى عن الحياد وأن يكون لها دور إيجابي في الإثبات طبق ما أكدته الفصول 86 م م م ت و 87 م م م ت و 114 م م م ت سعيًا منها لكشف الحقيقة القضائية التي هي شرط لصدور الحكم القضائي الذي يبيت في النزاع المعروض على هذه المحكمة

## الباب الثاني : محل الإثبات

ماذا يجب أن نثبت للمحكمة أي ما هو موضوع الإثبات أي ما هو محل الإثبات ؟  
وللجواب عن هذا السؤال سنتناول جملة من المعطيات معطيات نظرية (1) ثم معطيات عملية تطبيقية (2).

### القسم الأول : من الناحية النظرية

يجب أن نجيب على سؤال ما هو محل الإثبات أولاً من الناحية النظرية ومن هذه الناحية هنالك مبدأ (1) وهنالك إستثناءات (2).

### الفقرة الأولى: المبدأ: القاعدة القانونية لا تحتاج للإثبات

المبدأ هو أن ما يجب إثباته أي محل الإثبات هو الحق المدعى به والذي يتمسك به أمام المحكمة والذي نعتبر أنه لم يقع إحترامه من قبل المدعى عليه وانه قام بالإعتداء عليه والمساس به وعلى المحكمة أن تفرض على المطلوب إحترامه أو التعويض للطالب أو غيرها ما الطلبات و الفصل 420 م إ ع يقول إثبات الإلتزام والمقصود هو الحق الذي يدعيه ولا يجب أن نثبت للمحكمة القاعدة القانونية فالقاضي يعلم القاعدة القانونية ومهمته قول كلمة القانون في النزاع المعروض أمامه وهنالك قاعدة معروفة تلخص توزيع الأدوار بين القاضي والأطراف وهي مقولة تقال على لسان القاضي إعطني وقائع أعطيك القانون والحق الذي يجب إثباته إذا أمام المحكمة هو الحق مهما كان نوعه ومهما كان مصدره فمن يدعي مثلاً أنه مالك والمدعى عليه إعتدى على ملكه و على المدعي أولاً إثبات ملكيته ثم إثبات الإعتداء ثم على المدعى عليه إذا أراد الدفاع عن نفسه إثبات خلاف ذلك ونثبت أولاً الحقوق ثم الوقائع التي تبرهن على أن الحق الذي ندعيه وقع المساس به والإعتداء عليه

## الفقرة الثانية : الإستثناءات

مبدأ أن ما يجب أن نثبتته هو الحق وأن القاعدة القانونية لا تحتاج للإثبات يعرف إستثناءين هامين **أولاً : العرف** وهو قاعدة قانونية غير مكتوبة وهو قاعدة سلوكية ملزمة وتنص مجلة الالتزامات والعقود أنه من إستند على عرف عليه إثباته حيث ينص **الفصل 544 م إ ع : من استند على عرف كان عليه إثباته ولا يحتج به إلا إذا كان عاما أو غالبا غير مناف للنظام العام والأخلاق الحميدة** "ويقع إثبات العرف عن طريق إختبرات وعن طريق شهادة من أهل المهنة والخبرة ومن المنظمة التي تدير مجال من المجالات أو عن طريق شهادة الشهود أو أي وسيلة تقنع المحكمة بوجود هذا العرف

**ثانيا : القواعد القانونية الأجنبية** فعندما يكون هنالك تنازع في القوانين في المكان أي أن القاضي يجد نفسه في وضعية تتعدد فيها القوانين ويمكن أن تطبق فيها قوانين مختلفة لأنظمة مختلفة ويحل هذا الإشكال مجلة القانون الدولي الخاص وعندما يزعم شخص في نزاع أن القانون التونسي ليس هو المنطبق وأن ما ينطبق هو القانون الأجنبي على المدعي أن يثبت القانون الأجنبي الذي يريد تطبيقه فالقاضي التونسي محمول على معرفة القانون الوطني وهو ليس محمول على معرفة القانون الأجنبي وعلى من يريد تطبيقه أن يثبت وجوده وقد كام هذا الإثبات سابقا نوعا ما صعبا إلا أنه مع تطور التكنولوجيا أصبح من السهل إثبات وجوده نظرا لوجود الأنترنات

## القسم الثاني : من الناحية التطبيقية

إلى جانب المعطيات النظرية لبيان موضوع الإثبات هنالك معطيات عملية تطبيقية يجب أن نعلمها أي عمليا كيف تجري عملية الإثبات وتجري هذه العملية طبق قواعد نحتها في م م م ت وبعض القواعد في م م م ت وبالرجوع ل م م م ت النصوص المنظمة لهذه المسئلة متفرقة وأهمها **الفصول 69 و 70 م م م ت** وتنطلق الدعوى عمليا عن طريق عرضة تكون كتابية فالمبدأ في القانون التونسي أن الإجراءات تكون شكلية كتابية وأهم النصوص التي تنظم المسئلة هي القواعد المنطبقة أمام المحكمة الابتدائية كونها محكمة حق عام وكل الجرائم بالمحاكم تكون طبق هذه الإجراءات عدا ما خرج منها بنص خاص و تحرر العريضة من قبل محامي كون إنابة المحامي وجوبية أمام المحكمة الابتدائية وهي غير وجوبية أما محكمة الناحية والدائرة الشغلية وفي القضايا الإستعجالية لكنها أمام المحكمة الابتدائية والإستئنافية و أمام محكمة التعقيب إنابة المحامي وجوبية وينص **الفصل 69 م م م ت** أن هذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بمؤيدياتها ثم يضيف **الفصل 70 م م م ت : " يجب أن يبين بعريضة الدعوى اسم كل واحد من الخصوم ولقبه ومهنته ومقره وصفته وعند الاقتضاء عدد الترسيم بالسجل التجاري ومكانه ووقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها القانونية والمحكمة الواقع الاستدعاء للحضور لديها وتاريخ الحضور سنة وشهرا ويوما وساعة**

وإن كان الخصم شخصا معنويا يجب أن يشتمل المحضر على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه

كما يجب أن تتضمن العريضة التنبيه على المستدعي بتقديم جوابه كتابية مصحوبا بالمؤيديات بواسطة محام بالجلسة المعينة لها. القضية وإلا فإن المحكمة تنتظر فيها حسب أوقاها

ولا يمكن أن يقل ميعاد الحضور عن واحد وعشرين يوما إذا كان للخصم مقر بالبلاد التونسية وعن ستين يوما إذا كان مقره بالخارج وكذلك بالنسبة إلى الدولة والمؤسسات العمومية".

ويمكن إبطال العريضة إن لم تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في **الفصل 71 م م م ت** ويأخذ كاتب المحكمة هذه العريضة وفي اليوم الأول للجلسة يحضر المدعي عليه ويجيب على الإدعاء ويحضر المؤيديات التي تؤيد رأيه وموقفه ويثبت خلاف ما ادعى عليه ويقع تبادل التقارير والإثباتات طيلة طور التقديم الذي يمهد لفصل القضية و تؤخر الجلسة لحين إستكمال ملف القضية حيث تصبح جاهزة للحكم إلى حين طور المرافعة الذي يترافع فيه المحامون على ضوء ما قدموه من أدلة ومؤيديات وتقارير ثم تدخل الضية في الطور الأخير وهو طور المفاوضة والتصريح بالحكم وهذا بصورة عامة عمليا كيف يقع الإثبات

والواقعة القانونية يقع إثباتها مثلا في صورة الضرر في حادث أو لا عن طريق محضر الشرطة أو الحرس الذين قاموا بأبحاثهم الأولية التي يقع الإستناد إليها في المحكمة ويقع الإثبات أيضا بالشهود وكل وسائل الإثبات التي تثبت ما وقع وتحكم المحكمة على ضوء ما توصلت إليه ومع ذلك يجب أن نضيف بعض الملاحظات من وحي الواقع وجريان العمل أمام المحاكم أنه تثبت الوقائع والحقوق لكن يجب أن تتوفر في الأدلة والمؤيدات بعض الخصائص أولا يجب أن يكون الدليل مقنعا للمحكمة من الناحية العملية فمثلا إذا ادعت امرأة أن نسب مولودها لشخص لا يكفي له أن يثبت أنه متزوج بغيرها كي يرفع النسب عن نفسه وإنما عليه مثلا التمسك بالتحليل الجيني وبالتالي يجب أن تكون الحجة مقنعة و أيضا يجب أن يكون الشيء المراد إثباته حقا أو واقعة هو موضوع النزاع والإختلاف بين الطرفين فمثلا عند إعاره شيء منقول لمدة معينة ولم يقع إسترداده المطلوب تمسك أنه إشتراها منه لا يجب على المدعي إثبات ملكية الشيء كونها ليست موضوع نزاع وإنما إثبات طبيعة العقد هل هو إعاره أم عقد بيع و أن يكون الإثبات عبر وسائل الإثبات

## الباب الثالث : وسائل الإثبات

يتم الإثبات في المادة المدنية طبق نظام محدد مسبقا و منظم خاصة في مجلة الإلتزامات والعقود ومجلة المرفعات المدنية والتجارية ولبيان هذا النظام سنتناول في مرحلة أولى أصناف و أنواع وسائل الإثبات التي يقرها المشرع (1) ثم بعد ذلك بيان كيفية ممارسة هذه الوسائل (2).

### القسم الأول : أصناف وسائل الإثبات

صنف شراح القانون وسائل الإثبات إلى عدة أصناف وسوف نميز في وسائل الإثبات عموما بين الحجج الكتابية(1) والحجج الغير كتابية(2) وهذا التقسيم يستجيب لتقسيم آخر معروف وهو الوسائل المعدة مسبقا قبل نشوب النزاع والوسائل التي يمكن أن تطرأ بعد قيام النزاع و عموما الوسائل الكتابية هي الوسائل المعدة مسبقا قبل نشوب النزاع

#### الفقرة الأولى: الحجج الكتابية

تعرض المشرع للوسائل الكتابية للإثبات في الفصل 440 م إ ع و ما بعده مبينا مختلف أنواعها وقوتها الثبوتية ولذلك يجب أن نتناول أولا مختلف الحجج الكتابية(1) ثم ندرس القوة الثبوتية لهذه الحجج (2).

#### 1) أنواع الحجج الكتابية

يمكن تقسيم الحجج الكتابية عموما إلى 3 أنواع الكتب الرسمي أو الحجة الكتابة الرسمية (أ) ثم الكتب الخطي أو الحجة الكتابة الخطية (ب) وصنف ثالث متنوع وهو المحررات التي تعد حجج مكتوبة (ج).

## أ) الكتب الرسمي (الحجة الرسمية).

لتحديد الكتب الرسمي يجب أن ننطلق من **الفصل 442 م إ ع** : " الحجة الرسمية هي التي يتلقاها المأمورون المنتصبون لذلك قانونا في محل تحريرها على الصورة التي يقتضيها القانون ". وهذا يعني أن الحجة الرسمية كي تصح وتكون كتب رسمي يجب أن تتوفر فيها شروط ثلاث أولا يجب أن يحررها مأمور عمومي أي شخص يعتبره القانون أن له صفة تحرير وإصدار حجج كتابية لها صبغة رسمية يمكن أن يكون مثلا ضابط الحالة المدنية الذي يصدر مضمون الولادة مثلا أو عدل التنفيذ محاضر معينة كمحضر العقلة التحفزية و محضر العقلة التنفيذية و محضر تبليغ إستدعاء للمحكمة أو عدل الإشهاد أو الوزير عند إصدار الشهادت مثلا أو القاضي أو كاتب المحكمة وكل من كلفهم المشرع بتحرير حجج رسمية وهم أشخاص يعتبرهم القانون مأمورون عموميون والمحامي ليس بمأمور عمومي والشرط الثاني كي يكون الكتب رسمي يجب أن يكون المأمور مختصا لإقامة هذه الحجة أي له الصلاحية التي خولها له القانون لتحرير ذلك الكتب الرسمي في المحل والمكان الذي عينه القانون وهذا هو المقصود بالمنتصبون لذلك قانونا في محل تحريرها فالمشرع ينص في **قانون الحالة المدنية 1 أوت 1959** على أن ضابط الحالة المدنية هو الذي يحرر مضمون الولادة وبالتالي لا يمكن لمأمور عمومي آخر أن يحررها ولا يمكن مثلا بضابط الحالة المدنية بصفاقس أن يحرر مضمون ولادة لشخص ولد بتونس العاصمة كونه ليس بمحل تحريرها والعدل المنفذ جاء في **الفصل 5 م م م ت** انه يقوم بتحرير الإستدعاءات والمعاینات ومحاضر التنفيذ ولا يمكن مثلا لعدل الإشهاد أن يحل محله ولا يمكن أيضا لعدل تنفيذ معين بسوسة أن يحرر محاضر بتونس العاصمة كون صلاحياته تمارس في مكان ومحل عمله ثم الشرط الثالث على الصورة التي يقتضيها القانون أي ما نص القانون على وجوده في ذلك الكتب من تنصيصات وشكليات محددة : ثم يعطينا المشرع في **الفصل 443** أنواع أخرى من الحجج الرسمية : " من الحجج الرسمية أيضا أولا : ما يحرره القضاة رسميا بمحلهم طبقا للشرع

ثانيا: الأحكام الصادرة من المجالس القضائية التونسية والأجنبية على معنى أن ما ثبت لدى هاته المجالس يعول عليه ولو قبل اكتسابه صفة التنفيذ "

والمحامي مثلا لم يعطه المشرع صفة المأمور العمومي وحججه لا تعتبر حججا رسمية وهو يمارس وظيفه حرة ومستقلة وهو مساعد للقضاء وشريك في إقامة العدل والخبير أيضا ليس مأمور عمومي كالطبيب والطب الشرعي والخبير المحاسب وغيرهم

أما كتب البيع المحرر لدى عدل الإشهاد و محضر العدل المنفذ هي حجج رسمية كون المشرع نص صراحة على ذلك في القوانين المنظمة لعدول التنفيذ والإشهاد

## ب) الكتب الغير رسمي (الحجة غير الرسمية).

نظم المشرع الحجة غير الرسمية أساسا في **الفصول 449 م إ ع وما بعده** ويسمى الكتب غير الرسمي أيضا كتب خطي وهو الكتي الذي يحرره الأطراف أنفسهم ويوقعونه دون تدخل مأمور عمومي ويمكن أن يكون الكتب الخطي محررا بخط اليد أو مرقون بالألة كآلة الحاسوب بشرط إمضائه من قبل الأطراف المعنيين به سواءا من قبل طرف واحد إن كان إعتراف بدين مثلا أو أي التزام من قبل طرف واحد أو من قبل المتعاقدين إن كان عقد أو أي التزام من قبل طرفين ويجب أن يكون الإمضاء بيد الملتزم نفسه أسفل الكتب علما بأن الطابع لا يعوض الإمضاء فالإمضاء هو شرط أساسي لوصف الكتب بأنه كتب خطي أما مجرد الطابع فلا يحل محل الإمضاء ولا قيمة له بدون وجود الإمضاء ونستنتج ذلك من **الفصل 452 م إ ع** : " يجوز أن يكون الكتب الغير الرسمي بخير خط العاقد بشرط أن يكون ممضى منه ".

**والفصل 453 فقرة 1 م إ ع :** " يجب أن يكون الإمضاء بيد العاقد نفسه بأسفل الكتب والطابع لا يقوم مقامه بحيث يعتبر وجوده كعدمه " .

وذلك كون الطابع يمكن تدليسه أما الإمضاء فيمكن للخبير أن يتثبت من صحته والكتب يمكن أن يكون ورقيا وهذا هو الأصل ويمكن أن يكون إلكترونيا فالمشروع التونسي يقبل الكتائب الإلكترونية وينزلها منزلة الكتب غير الرسمي أي الكتب الخطي رغم أنها إلكترونية والإمضاء يكون إمضاء إلكترونيا الذي يثبت ويؤكد أن ذلك الكتب الإلكترونية صادر عن صاحبه وهذا ما يشير إليه المشروع في **الفصل 453 فقرة 2 المضافة بتقنيح في 13 جوان 2000 :** " ويتمثل الإمضاء في وضع اسم أو علامة خاصة بخط يد العاقد نفسه مدمجة بالكتب المرسوم بها أو إذا كان إلكترونيا في استعمال منوال تعريف موثوق به يضمن صلة الإمضاء المذكور بالوثيقة الإلكترونية المرتبطة به " .

ويوجد نظام كامل يثبت صحة الكتب الإلكترونية ويجب الرجوع للنصوص المنظمة للمعاملات الإلكترونية والبيع الإلكتروني لبيان هذا النظام وهيكلته المنظمة من قبل المركز الوطني للإعلامية وقد توسع المشروع في الكتب نظرا لتطور التكنولوجيا والتطور الإلكتروني الذي يشهده عصرنا مضيفا الكتب الإلكترونية للكتائب الغير رسمية و جعل لها حجية بشرط أن تكون ممضاة إمضاء إلكتروني وقد فرق المشروع بين الإمضاء الرقمي والإمضاء الإلكتروني وجعل الأخير شرطا لكي يكون الكتب الإلكترونية له حجية وقد عرف المشروع الكتب الإلكترونية وبينه في **الفصل 453 مكرر م إ ع والمضاف بقانون 13 جوان 2000 :** " الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة

وتعد الوثيقة الإلكترونية كتبا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بإمضاء إلكتروني " . ولتأكيد صحة وسلامة الكتب الخطي يضع المشروع وسيلة إضافية وهي ليست شرط لصحة هذا الكتب الخطي وإنما هي وسيلة كي لا ينكر الممضي للكتب إمضائه وهي التعريف بالإمضاء وفي بعض الأحيان يشترط المشروع لترسيم الكتب عادة هذا التعريف بالإمضاء ككتب البيع كي يرسم بالسجل العقاري يجب أن يكون الكتب ممضى من الطرفين ومعرفا بالإمضاء لدى ضابط الحالة المدنية المخول له ذلك ويسجل هذا الإمضاء بدفتره بحيث إن أنكر طرف يوما ما ذلك لا يكون له حجة على ذلك ولكن التعريف بالإمضاء ليس شرطا أساسيا بصحة الكتب الخطي والبصمة لا تعتمد محل الإمضاء إن كان الشخص أمي والمشروع يشترط إن كان الشخص المعني بالالتزام أمي لا يجيد القراءة والكتابة أن يتلقى الإلتزام مأمور عمومي و ذلك تطبيقا لنص خاص هو **الفصل 454 م إ ع :** " إلتزام الأمي الذي لا يحسن الكتابة لا يمضي حتى يتلقاه عدول أو غيرهم من المأمورين العموميين المأذونين في ذلك " .

وهذا يجعل الكتب الذي يمضيه الأمي كتبا رسميا و إمضاء الشخص معناه أنه إطلع وقرأ ما أمضاه

### (ج) المحررات التي تعد حجج مكتوبة

إعتبر المشروع وجو حجج مكتوبة وهي لا تعد كتبا رسمي أو كتبا خطي وهي متنوعة وأهمها الرسائل التلغرافية ويعتبرها المشروع حجة غير رسمية ويعطيها قيمة قانونية وذلك في **الفصل 455 م إ ع :** " الرسالة التلغرافية تعد كتبا غير رسمي إذا كان أصلها ممضى من الشخص الذي وجهها أو إذا ثبت أن الشخص المذكور سلم الأصل لمحل التلغراف وإن لم يمضه بنفسه. وتاريخ الرسائل التلغرافية حجة في اليوم والساعة الواقع فيهما تسليم الرسالة أو توجيهها لمحل التلغراف إلى أن يثبت خلاف ذلك " . ثم أيضا دفاتر التجار والتي تعتبر حجة كتابية فقد نص **الفصل 461 :** " إذا تضمنت دفاتر التاجر تقييدا أو اعترافا بالكتابة من الفريق الآخر أو وافق ذلك نظيرا بيده كان ذلك حجة تامة له وعليه " .

ودفاتر السماسرة أيضا تعد حججا كتابية فقد نص المشرع في **الفصل 467 م إ ع**: "دفاتر السماسرة المتعلقة بالنوازل المنعقدة على يدهم ودفاتر الغير ممن ليس لهم مصلحة في النزاع تعتبر شهادة لا شبهة فيها إن كان مسك الدفاتر كما يجب قانونا".

ثم أيضا يقول المشرع أن الرسائل بين الأطراف يمكن أن تعتمد في الإثبات وذلك بالرجوع **للفصل 468 م إ ع** وغيره من النصوص المتعلقة بالكتب غير الرسمي والحجج الكتابية

## 1) القوة الثبوتية للحجج الكتابية

أي ما هي قوتها الإثباتية أي إلا أي مدى تقيم هذه الحجج الكتابية أما المحكمة الدليل على ما تضمنته من وقائع و تنصيصات و تصرفات فهل أن لها قوة ثبوتية ومطلقة و ما هو الكتب الذي تعتمد المحكمة وما هو الكتب الذي لا تأخذه بعين الإعتبار؟ والملاحظة الكبرى أن المشرع لا يعطي للكتائب نفس القوة الثبوتية وإنما تختلف حجية الكتب حسب نوعه إن كان كتب رسمي(أ) أو غير رسمي(ب) أو غيرها من الكتائب (ج).

### أ) حجية الكتب الرسمي

إذا تعلق الأمر بكتب رسمي فالمبدأ والأصل أن له قوة ثبوتية كاملة و أساس ذلك **الفصل 444 م إ ع**: " الكتب الرسمي معتمد ولو في حق غير المتعاقدين .." أي أن الكتب ارسامي معمول به ويثبت ما تضمنه من تنصيصات لا فقط بالنسبة للأطراف الذين شملهم هذا الكتب بل لغيرهم حتى الذين لم يكونوا طرفا في ذلك الكتب ويحتج به أمام أي شخص كان فمضمون الولادة مثلا يحتج به أما أي شخص و أمام أي مؤسسة كانت

ويبقى الكتب الرسمي له حجية مطلقة بشرط أن لا يقع الطعن فيه بالزور و أن لا يكون الكتب مدلسا وهذا ما نص عليه **الفصل 444 م إ ع**: " الكتب الرسمي معتمد ولو في حق غير المتعاقدين حتى يقع القيام بدعوى الزور فيه وذلك في الاتفاقات والأمر التي أشهد بها المأمور الذي حرره على أنها وقعت بمحضه " وللكتب الرسمي حجية كاملة كونه محرر من قبل المأمور العمومي الذي يعطيه المشرع سلطة تحريره ويصادق عمله والطعن في الكتب الرسمي يوجب التأكد منه ويبقى له حجيته الكاملة ويتوقف النزاع لحين التثبت من تدليسه وهذه دعوى خطيرة توجب المسؤولية سواء كان الإدعاء باطلا فهو خطير على من يدعي ذلك أو صحيحا فيكون خطيرا وجريمة على من قام بتدليسه

والكتب الرسمي يثبت ما تضمنه في حدود ما يشهد المأمور العمومي أنها تمت بمحضه فإذا شهد المأمور مثلا عند البيع أن نصف الثمن وقع دفعه أمامه و أن باقي الثمن سيقع دفعه فلا يمكن الإحتجاج بأن الثمن وقع دفعه كامل كون المأمور العمومي لم يعاين دفع بقية الثمن أمامه و ينص **الفصل 445 م إ ع**: " يعتمد الكتب الرسمي في الاتفاقات والشروط الواقعة بين الفريقين وفي الأسباب المنصوص عليها وغيرها من الأمور التي لها علاقة متصلة بجوهر العقد وفيما يثبتته المأمور العمومي (كالعدل ونحوه) عند تنصيصه على الكيفية التي عرف بها تلك الأمور وما عدا ذلك من التنصيص لا عمل عليه "

فمثلا عند عملية بيع من قبل رجل طاعن في السن أو مجنون ونص المأمور العمومي أن البيع وقع مع كامل الوعي والإدراك و الصحة فليس في نطاقه وإختصاصه بيان أهلية المتعاقد و صحة مداركه العقلية ولا يكون ذلك له حجية كونها خارجة عن نطاق عمله

ويضيف **الفصل 446 م إ ع**: " إذا قامت دعوى الزور في الرسم وقف العمل به لقبول النظر في الدعوى وما دام الحكم لم يصدر بقبولها أو إذا رمي الرسم بالزور عرضا فإن للمجلس أن يوقف العمل بالرسم وقتيا بحسب الأحوال "

## ب) حجية الكتب غير الرسمي

إذا تعلق الأمر بالكتب غير الرسمي أي الكتب الخطي فهذا الكتب له حجية بشرط أن لا يطعن في إمضائه من قبل من صاحبه وأن لا يطعن في الإمضاء وقد رأينا أن هنالك وسيلة تضمن صحة الإمضاء وهي التعريف بالإمضاء و إذا وقع مع ذلك إنكار الإمضاء أذن القاضي بالتحقيق في ذلك الأمر من تلقاء نفسه أو من أهل المعرفة وذلك بإجراء إختبار الكتائب وهذا لا يعتبر تدليس وجريمة في التدليس والتزوير كون التدليس يتعلق بالكتائب الرسمية

و إن تبين أن الكتب ليس ممضى من صاحبه فقد حجيته وعند التأكد إذا ثبت أن الكتب ممضى من أصحابه كان له حجية مطلقة وهذا ما يؤكد **الفصل 449 م إ ع**: "الكتب الغير الرسمي إذا اعترف به الخصم أو ثبتت صحته قانونا ولو بغير الاعتراف اعتمد ككتب رسمي بالنسبة للطرفين وغيرهما في جميع ما تضمنه من شرط وحكاية حسبما هو مقرر بالفصل 444 والفصل 445 عدا ما يخص التاريخ كما سيذكر." وهذه الحجية تهم مضمون الكتب وتاريخ الكتب الذي له أهمية كبرى في ميدان المعاملات والإثبات ويجب الإنتباه إلا أن تاريخ الكتب مسألة هامة جدا وهذا ما جعل المشرع يحيطها بجملة من القواعد نجد أهمها في **الفصل 450 م إ ع** الذي يتحدث عن فكرة التاريخ الثابت فتاريخ الكتب مسألة خطيرة وهذه المسألة محسومة بالنسبة للكتب الرسمي فعند تضمنه تاريخ يجب أن نسلم به كونه محرر من قبل مأمور عمومي ويميز **الفصل 450 م إ ع** بين تاريخين في الكتب التاريخ إيزاء الأطراف وتاريخ الكتب إيزاء الغير وتاريخ الكتب إيزاء الأطراف الذي حرره الطرفين بالكتب وقاما فيه بتحرير الكتب وهو تاريخ ثابت لهما أما التاريخ الثابت إيزاء الغير فيختلف عن هذا التاريخ وقد حددها المشرع في **الفصل 450 م إ ع**: "تاريخ الكتب الغير الرسمي معتبر بين المتعاقدين وورثتهم ومن انجر لهم حقوق منهم بصفة خاصة وبالنيابة عن مدينهم. ولا يكون التاريخ المذكور حجة على الغير إلا من التواريخ الآتية

- 1 - من يوم تسجيل الكتب بتونس أو بالبلاد الأجنبية
  - 2 - من يوم إيداع الكتب تحت يد المأمور العمومي (كالعدل ونحوه).
  - 3 - من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إن كان الذي أمضى الحجة بصفة كونه عاقدا أو بصفة كونه شاهدا قد توفي أو عجز عن الكتابة عجزا بدنيا
  - 4 - من تاريخ الاطلاع على الكتب أو من تاريخ التعريف به من المأمور العمومي المأذون بذلك أو من حاكم بتونس أو بالبلاد الأجنبية
  - 5 - من يوم تضمين الكتب بالعقد المحرر من المأمور العمومي المأذون بذلك بتونس أو بالبلاد الأجنبية
  - 6 - إذا كان التاريخ ناتجا من بينات أخرى يترتب عليها الثبوت التام. ومن انجر له حق من أحد الطرفين على وجه خاص يعتبر كالأجنبي فيما يتعلق بمضمون هذا الفصل إذا لم يكن قيامهم في حق مدينهم".
- وهذا أمر مهم جدا في القانون كون التاريخ إذا وقع التلاعب به في الكتب قد يسقط الحقوق التي تمارس في أجال معينة كالحق في الشفوعو مثلا الذي نظمته الفصول 103 إلى 115 م ح ع وباتالي التاريخ المعتمد في الكتي لا يهم سوى الأطراف ولا يحتج به إلا بينهم أما إزاء الغير فهو التاريخ الثابت فبالنسبة لقد البيع مثلا هو تاريخ التسجيل طبق **الفصل 450 م إ ع** و **الفصل 581 م إ ع** أو تاريخ التسجيل في داعة الملكية العقارية

## ب) حجية المحررات الكتابية الأخرى

وهذه الحجية متفاوتة حسب نوع هذه المحررات وتتوقف حجيتها على توفر جملة من الشروط ويجب الرجوع للنصوص التي تنظمها فبالنسبة مثلا لدفاتر التجار ينص **الفصل 461 م إ ع** : "إذا تضمنت دفاتر التاجر تقييدا أو اعترافا بالكتابة من الفريق الآخر أو وافق ذلك نظيرا بيده كان ذلك حجة تامة له وعليه". وبالتالي دفتر التاجر يكون حجة عليه ولا يكون حجة له إلا بتوفر شروط **الفصل 461 م إ ع** وهذا تطبيقا لقاعدة في القانون تنص على أنه لا يجوز لأحد أن يكون حجة لنفسه بنفسه وبالتالي تعتبر الحجة المكتوبة من أي طرف حجة عليه كونه هو الذي حررها ثم أيضا بالنسبة لدفاتر المحاسبات فينص **الفصل 462 م إ ع** : ما يقيد بدفاتر التجارة الكاتب المكلف بها أو المكلف بالمحاسبات يعتمد كما لو قيده التاجر بنفسه وبالتالي تكون حجة على التاجر أمام القباضة المالية مثلا أو غيرها وكل من يمارس مهنة حرة يجب أن تكون له محاسبة تعتمد ضده لإثبات ما حرره هو بنفسه

## الفقرة الثانية: الحجج الغير الكتابية

نتناول الحجج الغير كتابية وأهمها الإقرار ثم ندرس بقية الحجج غير الكتابية

### 1) الإقرار

الإقرار بالفرنسية L'aveu وهو إقرار شخص بصحة أو منسوب إليه من شأنه أن يرتب إزائه نتائج قانونية وإنطلاقا من هذا التعريف نستنتج أن الإقرار يجب أن يتناول أمرا متعارضا مع مصلحة المقر وفلا يمكن لشخص أن يقر بشيء لصالح نفسه كونه لا يمكن للشخص أن يكون حجة "لنفسه بنفسه تطبيقا للفصل 548 م إ ع" : ما يصدر من شخص لا يكون حجة له "وأن تصريحات الشاهد بالنسبة للغير لا تعتبر إقرارا فالإقرار يجب أن يصدر من الشخص نفسه ويعتبر ذلك شهادة وليس إقرارا وثالثا أن الإقرار هو عمل إيجابي يصدر من المقر والأصل أن السكوت لا يعتبر إقرارا فالإقرار يجب أن يكون مباشرا صريحا أو ضمنيا ومجرد السكوت فالمبدأ أنه ليس إقرارا والملاحظة الأخيرة فإن الإقرار يمكن القول أنه تصريح بالإرادة من جانب واحد وهذا هو المبدأ وقد نظم المشرع الإقرار في **الفصول من 428 إلى 439 م إ ع** ومن هذه النصوص سيتبين لنا أن الإقرار نوعان وكلي يعتد به قانونا يجب أن تتحقق فيه جملة من الشروط وبالتالي دراسة الإقرار تفترض أن نتحدث أولا عن أنواعه (أ) ثم شروطه (ب) ثم حجيته (ج).

### أ) أنواع الإقرار

ينقسم الإقرار إلى نوعان إما إقرار حكمي أو إقرار غير حكمي والإقرار الحكمي هو الذي يقع أمام المحكمة وينص **الفصل 428 م إ ع** : "الإقرار إما حكمي أو غير حكمي فالحكمي هو الاعتراف لدى الحاكم من خصم أو من وكيله المأذون بخصوص ذلك ويطلق حكم الإقرار الحكمي على ما يصدر لدى حاكم لا نظر له في الدعوى أو في أثناء مرافعة أخرى" وبالتالي كل إقرار أمام المحكمة مهما كانت هو إقرار حكمي

والإقرار الغير حکمي هو الذي عرفه المشرع في **الفصل 430 م إ ع** : "الإقرار الغير حکمي هو الذي لم يصدر لدى حاکم وقد يحصل من كل فعل مناف لما يدعيه الخصم. ومجرد طلب الصلح في دعوى لا يكون إقرارا بأصل الحق المتنازع فيه لكن قبول الإبراء أو الإسقاط من أصل الحق يحمل على الإقرار".

والإقرار المبدأ فيه يكون بالتصرح ويستثنى المشرع من ذلك حالة **الفصل 429 م إ ع** : الإقرار حکمي ينتج من سكوت الخصم في مجلس الحكم إذا دعاه الحاکم ليجيب عن الدعوى الموجهة عليه وأصر على سكوته ولم يطلب أجلا للجواب".

والإقرار مهما كان يجب أن تتوفر فيه جمبة من الشروط

## ا ب) شروط الإقرار

كي يكون الإقرار إقرارا يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط إما شروط سلبية أو شروط إيجابية والشروط الإيجابية هي التي نجدها في **الفصل 431 و 432 و 433 و 434 م إ ع** والإقرار لا يكون صحيحا إلا إذا صدر عن شخص مكتمل الأهلية تطبيقا **للفصل 433 فقرة 1** " لا يصح الإقرار إلا ممن ملك حقوقه " و **431 م إ ع** : " يجب أن يكون الإقرار لشخص له أهلية التملك سواء كان من صنف معين أو ذاتا معنوية .. " والإقرار من الذات المعنوية يجب أن يصدر من ممثلها ويكون كامل الأهلية ويمكن أن يصدر الإقرار إما مباشرة أو من قبل وكيله تطبيقا **للفصل 428 م إ ع** وإن تعلق الأمر بالصغير أو إقرار المقدم أو الولي أو المدير لا يمضي على من هم لنظرهم إلا فيما صدر منهم أنفسهم من الأعمال إلى حد إدارتهم وللصغير المأذون بالتجارة أن يقر بما هو في حدود المأذون فيه وإذا كان موضوع إقراره تبرعا منه بطل ".

وبالتالي يكون إقرار الولي في حق المولى عليه في حدود ولايته ونفس القاعدة بالنسبة للوكيل فالولي له نيابة قانونية والوكيل له نيابة إتفاقية والمقدم القضائي له نيابة قضائية وسلطته تنحصر في حدود نيابتهم

وإذا كان الصغير مرشدا يكون إقراره في حدود ونطاق ترشيده إن كان ترشيد جزئي وإن كان ترشيد كلي فيسري الإقرار في كبا المجالات

والشرط الإيجابي الأخير أن يكون الإقرار عن تبصر أي خاليا من العيوب المفسدة للرضاء وهذا ما ينص عليه ال **434 م إ ع** : " يؤاخذ المرء بإقراره الواقع منه على طريق الحكم كما يؤاخذ به وارثه ومن انجر له حق منه بعد الإقرار ولا يمضي إقراره على الغير إلا في الصور التي عينها القانون ". أما الشروط السلبية أي ما لا يجب أن يتوفر في الإقرار نستمدتها بالأساس من **الفصل 439 م إ ع** وأولها أنه يجب أن لا يتعلق الأمر بشيء مستحيل وينص **الفصل 439 م إ ع** : لا يعتمد الإقرار في الصور الآتية

الأولى : إذا كان شيء مستحيل حسا أو ثبت خلافه بحجج لا تقبل الطعن

الثانية : إذا رده له بوجه صريح

الثالثة : إذا كان ماله تعميم ذمة أو إثبات أمر مما هو مخالف للقوانين أو الأخلاق الحميدة أو إثبات أمر لا يبيح القانون القيام به أو التخلص من حكم من أحكام القانون

الرابعة : إذا صدر حكم بات وتبين منه خلاف ما يقتضيه الإقرار

وهذه هي الشروط التي إذا ما توفرت أصبح الإقرار كاملا وقابلا بأن يكون له حجية أما المحكمة وتختلف هذه الحجية باختلاف نوع الإقرار بحسب ما إذا كان الإقرار حكي أو غير حکمي

## ا ج) حجية الإقرار

تختلف الحجية باختلاف نوع الإقرار فإن كان إقرار حكمي فله حجية كاملة تطبيقاً للفصل 434 م إ ع :  
"يؤخذ المرء بإقراره الواقع منه على طريق الحكم كما يؤخذ به وارثه ومن انجر له حق منه بعد الإقرار ولا يمضي إقراره على الغير إلا في الصور التي عينها القانون".  
ويغني الإقرار إذا تم عن أي وسيلة أخرى للإثبات لأن الإقرار سيد الأدلة ويلزم صاحبه ولا يحتاج الخصم لإثبات م أقر به خصمه بأي وسيلة أخرى وعند صدور الإقرار الحكمي التي توفرت فيه كل الشروط من قبل المقر لا يمكن الرجوع فيه وهذا ما ينص عليه الفصل 438 فقرة أخيرة : "ولا رجوع في الإقرار ولو لم يشهد عليه الخصم".

ويجب أن نلاحظ أن الإقرار الحكمي لا يقبل التجزئة ويجب أخذ الإقرار كاملاً كما هو تطبيقاً للفصل 438 م إ ع : "لا يجوز تقسيم الإقرار بأن يؤخذ المقر ببعضه دون الكل إذا كان هو الحجة الوحيدة وإنما يجوز تقسيمه في الصور الآتية  
أولها : إذا ثبت بحجة أخرى أحد الأمور التي تعلق بها الإقرار  
ثانيها : إذا تعلق الإقرار بأمر متفرقة ممتازة عن بعضها بعضاً  
ثالثها : إذا تبين أن بعض الإقرار مخالف كما بالفصل 439 "  
ومثال على ذلك الإقرار بأخذ دين و إرجاعه يمكن أخذ الإقرار بأخذ الدين بعين الاعتبار وعد أخذ الإقرار بإرجاعه ..

أما الإقرار غير الحكمي فليس له نفس حجية الإقرار الحكمي وتعتبر حجيته ضعيفة كونه لم يكن أمام المحكمة ويجب تدعيمه بحجج أخرى كتابية وغير كتابية وسيتبين لنا ذلك عند دراسة وسائل الإثبات الأخرى

