حق التقاضي ودولة القانون

الدكتور شاكر مزوغي
كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية
جامعة تونس قرطاج

مقدمة:

يعتبر الحق في التقاضي أو في القيام كما اصطلح القانون التونسي على تسميته أحد أهم الحقوق والحريات باعتباره ضمانا للحريات الأخرى. فبدون تمكين الأفراد من اللجوء إلى القضاء لحل نزاعاتهم واسترجاع حقوقهم المهضومة تفقد كل الحقوق قيمتها وأهميتها وتبقى مجرد إقرار لا تجسيد له على أرض الواقع ولا قيمة قانونية له، فلا يمكن تصوّر حماية جدية للحقوق في غياب حماية قضائية لها، لذلك يعد حق التقاضي من الحقوق الأساسية اللصيقة بالإنسان والتي لا يمكن بأي حال التنازل عنها. ومن أجل ذلك تسعى الدول لتنظيم الالتجاء إلى القضاء[1].

و يقوم حق التقاضي على العديد من الأسس التي تبرز أهميته فهو سبيل لإقامة العدل والمساواة بين الناس ويحقق الأمن السلم الاجتماعيين وهو إضافة إلى ذلك من أهم مقومات دولة القانون باعتباره خير ضامن لعلوية القانون.

ومن ثمة تبرز أهمية دراسة علاقة حق التقاضي ودولة القانون.

إنّ هذه العلاقة تتميز بتكامل هذين العنصرين فإن كان إقرار حق التقاضي من دعائم دولة القانون (الجزء الأول) فإن دولة القانون ضمان لإعمال حق التقاضي (الجزء الثاني).

الجزء الأول: إقرار حق التقاضي من دعائم دولة القانون:

إنّ حق التقاضي يمكن من تفادي العدالة الخاصة (فقرة أولى)، وهو إضافة إلى ذلك خير ضامن لنجاعة القاعدة القانونية (فقرة ثانية).

1) حق التقاضي وتفادي العدالة الخاصة.
2) حق التقاضي ونجاعة القاعدة القانونية.

الفقرة الأولى: حق التقاضي وتفادي العدالة الخاصة

إنّ الحماية القضائية تكفل احترام الحقوق. من هذا المنطلق فإن استرجاع أي حق مسلوب يدعيه أي شخص لا يمكن أن يستند لمنطق القوة أي الآخذ بالثأر أو السعي لنيل ذلك الحق بالوسائل الخاصة، بل لا بد من رفع الأمر إلى القضاء بوصفه الجهاز الرسمي الوحيد الذي يوفر طرق استرجاع الحقوق. فالدولة التي تمنع على الأفراد الاقتصاص الفردي والعدالة الخاصة ملزمة بتوفير البديل لذلك بتقرير حق عام لجميع الأشخاص بالمطالبة أمام القضاء بالحماية القانونية، أي أن تمنح جميع الأفراد حق التقاضي. ولقد تطورت علاقة الدولة الحديثة بالوظيفة القضائية من مرحلة الحق إلى حقها في أن لا يتقاضى إلا في مؤسساتها بهدف فرض شرعيتها ومحاصرة كل مظاهر العدالة الخاصة إلى مرحلة الواجب

أي واجب الدولة في تقديم الخدمات القضائية لمن يطلبها فالدولة أصبحت ملزمة بتأمين الحق في اللجوء إلى القضاء.

و بذلك يكتسي الحق في التقاضي أهمية بالغة بالنظر إلى الدور الاجتماعي الذي يحققه وهو بذلك يضع حدّا الاستعمال بالقوة واللجوء إلى العدالة الخاصة. وبالنظر إلى هذا الدور الفعال تسعى الدولة إلى تكريسه. و**على أساس تكريس هذا الحق تقوم دولة القانون**.

و لئن رفعته جلّ الدول إلى مرتبة المبادئ الأساسية فقد صمت المشرع التونسي عن إقراره صراحة في دستور 1959 واكتفى بالإعلان عنه في مجلة المرافعات المدنية والتجارية بمناسبة وتحديده لشروط القيام إلى جانب عدة نصوص أخرى تكرس الحق في التقاضي. في حين أنّ تضمين الحقوق في إطار الدستور يهدف إلى إضفاء علوية وأهمية دستورية عليها لفرض احترامها وعدم مخالفتها من القواعد الأقل رتبة أو من طرف مختلف سلط الدولة.

و قد مرت البلاد التونسية بتجربة دستورية أولى لإصدار دستور 1861 الذي احتوى أهم المبادئ المضمنة في ميثاق عهد الأمان الصادر عن الباي في 1857 والذي أقر بدوره الحق في التقاضي.

أما دستور 1959 فرغم إقراره للعديد من الحقوق والحريات الأساسية ورغم تنصيصه على التمسك بالقيم الإنسانية المشاعة بين الشعوب التي تدين بكرامة الإنسان وبالعدالة والحرية إلا أنه صمت عن التنصيص صراحة على الحق في التقاضي الذي يعد أحد الحقوق الإنسانية التي جاءت لتضع حد للقصاص الفردي وهو ما يجب تلافيه قي الدستور اللاحق الذي سيتم إعداده في هذه الفترة باعتبار أن صمت الدستور التونسي عن التنصيص على الحق في التقاضي يشكل نقصا ملحوظا فهل سيتفادى المجلس التأسيسي هذا النقص سيتمادى فيه؟ أما على الصعيد الدولي ولئن كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 الإطار النصي المكتوب لحقوق الإنسان عامة والحق في التقاضي خاصة والذي صادقت عليه تونس فرغم الأهمية التي يكتسيها هذا الإعلان إلا أنه لا يوفر ضمانات لصالح الفرد تمكنه من اللجوء إلى سلطة أعلى من الدولة، كما لا يتضمن جزاءات ضد الدول التي تقيد الحق في التقاضي بصفة تمس من جوهره. لذلك يمكن القول أنه ليس له إلا قيمة أدبية أو سياسية. فالنصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لا تتضمن سوى إلتزما أدبيا غير ملزم للتطبيق، لذلك اتجهت الأمم المتحدة نحو تحويل المبادئ التي وردت في ذلك الإعلان إلى مواد اتفاقية تقرر إلزامات قانونية من جانب كل دولة مصادقة عليه من أجل توفير حماية فعلية لحقوق الإنسان تكفل لها الاطمئنان وتدفع عنه ما قد يتعرض له من تعسف بعض الحكومات. وفي هذا الإطار صدرت اتفاقيتان تتناول الأولى الحقوق الاقتصادية

والاجتماعية، وتتعلق الثانية بالحقوق المدنية والسياسية. وقد أقر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الحق في التقاضي. فالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية حمل التزاما لكل دولة صادقت عليه بضرورة احترام الحقوق المعترف بها ومن ضمنها الحق في اللجوء إلى القضاء لجميع الأفراد الموجودين فوق إقليمها. وقد صادقت تونس على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. وباعتبار أن الاتفاقيات الدولية توجد في مرتبة أعلى من القانون. فإن المشرع التونسي ملزم باحترام حق التقاضي وعدم المساس به أو تقييديه بصفة تخل بجوهره.

إلا أنه رغم تطبيق بعض الدول للعهد الدولي بصفة مباشرة في قوانينها فإن طابعه الإلزامي غير مؤكد مما دفع ببعض الفقهاء إلى البحث عن مصادر أخرى لتكريس غي مباشر للحق في التقاضي وهو ما حاول تفاديه مشروع الدستور الذي أعدته لجنة الأستاذ عياض بن عاشور.

أما إعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الصادر في 30 نوفمبر 1963 فقد اقتصر على إقرارا الحماية من طرف القضاء الوطني ضد كل أشكال التمييز في حين أثير أثناء الأعمال التحضيرية إمكانية توسيع الحماية القضائية حتى تصبح حماية دولية وهو ما يمكن أن توفر أكثر ضمان الحق في التقاضي لكن وقع العدول عن هذا الرأي بسبب معارضة العديد من الأطراف الذين رأوا في مثل هذه الحامية الدولية مساس سمن استقلالية وسيادة الدول وهو ما يحدّ من فعالية الأمم المتحدة بالمقارنة مثلا بالاتفاقية الأوربية التي تضمنت التزام الدول بالامتثال لنصوص الاتفاقية. وكذلك الشأن بالنسبة للاتفاقيات التي صادقت عليها البلاد التونسية ومن أهمها اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول الاتحاد المغرب العربي والتي تعد كذلك محدودة مقارنة بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

الفقرة الثانية: حق التقاضي ونجاعة القاعدة القانونية

يعتبر الحق في التقاضي أحد أهم ركائز دولة القانون باعتباره يضمن نجاعة القاعدة القانونية. فبدون تمكين الأفراد من اللجوء إلى القضاء لحل نزاعاتهم واسترجاع حقوقهم التي جاءت بها القواعد القانونية تفقد هذه القواعد أهميتها ونجاعتها وتبقى مجرد إقرار لا تجسيد له على أرض الواقع ولا قيمة له فلا يمكن تصور دور القاعدة القانونية في غياب حماية قضائية لها لذلك يعدّ حق التقاضي من الآليات الأساسية الضامنة لنجاعة القواعد القانونية.

لا يكفي إقرار الحقوق والإعلان عنها وتضمينها في الدساتير والقوانين بل يجب أن تكون هذه النصوص فعلية وناجعة في سبيل تحقيق هذا الهدف يبقى من وظائف الدولة القانونية إقرار الحق في اللجوء إلى القضاء إعمالا لتلك النصوص.

و يكفل القضاء احترام القواعد القانونية عن طريق التهديد بإيقاع جزاء على من يخالفها وهو ما يميز القاعدة القانونية عن القواعد الاجتماعية الأخرى وهي أساسا قواعد الدين والأخلاق.

فالقاعدة الأخلاقية مثلا لا يترتب عنها سوى جزاء ذو طابع داخلي، جزاء أخلاقي، وهذا الجزاء هو للأسف غير كاف ليمنع كثيرا من الناس لمخالفة القاعدة أو لإجبارهم لتعويض الآثار المترتبة عن انتهاكهم للقاعدة. ومن هنا نبرز الحاجة للقاعدة القانونية التي تقرّ جزاء أكثر نجاعة، وهذا الجزاء سوف يلزم الأفراد بعدم القيام بما هو ممنوع. فهذا الجزاء الذي يمثل خاصية من خصائص القانونية ويميزها عن غيرها من القواعد السلوكية الأخرى يتجسم من خلال الإمكانية المتاحة للأطراف للالتجاء إلى القضاء للحكم على من خالف القاعدة القانونية بالتعويض عن آثار سلوكه. فالجزاء القانوني هو وحده الكفيل يصفان نجاعة القاعدة القانونية التي بدونه لا يكون لها أي فاعلية وتنحدر إلى درجة القاعدة الأخلاقية. لهذا يعرف القانون بأحد خصائصه ألا وهو ملزم أي أن الدولة تعاقب على عدم احترامه والحصول على هذا الاحترام للقاعدة القانونية فإنه يقع إقرار تدخل سلطة قضائية كلما وقع إخلال بهذه القاعدة لردع المخالف. فلا معنى لإلزامية القاعدة القانونية إذا لم تكرّس الدولة حق التقاضي. إنّ القاعدة القانونية لا يمكن لها أن تكون ناجعة إلا بوجود إمكانية إيقاع جزاء لمخالفتها من طرف المحكمة وإلا إن طابعها الإلزامي يصبح غير ذي جدوى.

هذا من الناحية الواقعية أما من الناحية النظرية فإن حق التقاضي يستمد أساسه من ضرورة احترام القوانين. وإذا كان أفراد المجتمع ملزمون باحترام القواعد القانونية حتى لا يكنوا عرضة للمثول أمام القضاء فلأنهم واضعو هذه القواعد باعتبارها نابعة عن إرادتهم التي يعبّرون عنها من خلال نوابهم أو ممثليهم.

الجزء الثاني دولة القانون ضمان لإعمال حق التقاضي

يقوم القضاء في دولة القانون باعتباره أحد المرافق العامة بدور فعال في حماية الحقوق والحريات، وفي هذا الإطار لا بد من وضع نظام يمكن من تجاوز الصعوبات سواء كانت واقعية أو قانونية.

الفقرة الأولى: تجاوز الصعوبات الواقعية لإعمال حق التقاضي

إن إعمال الحق في التقاضي يقتضي توفر مجموعة من الضمانات من أبرزها وجود محاكم قريبة من المواطن جغرافيا حتى يتسنى له في كل وقت التظلم إليها لاستعادة الحقوق التي سلبت منه وكذلك وجود إدارة قضائية ساهرة على الاستجابة للمتقاضين بأسرع السبل ذلك أن تشعب الإجراءات القضائية وطول آمد التقاضي من شأنها أن تنعكس سلبا على حقوق المتقاضين.

و القضاء مرفق عمومي يحتاج في أداء مهامه على أحسن وجه إلى ميزانية ترصد له تشمل مصاريف استغلال وبناء محاكم وانتداب إطارات. وممّا لا شك فيه أن توفير إعتمادات مالية محترمة لإرادة القضاء يمكن من تهيئة الظروف المناسبة وإدخال أساليب حديثة على طرق عملها وتقريب القضاء من المتقاضين لهو ضامن لقيام دولة القانون.

و يتجسم تقريب القضاء من المتقاضين ببعث العديد من المحاكم بمختلف مناطق الجمهورية فتطوير الخارطة القضائية دافع لإعمال أو ممارسة حق التقاضي ويتم ذلك أساسا بتوفير قضاء غير مركزي بخلاف ما هو معمول به حاليا مثلا بالنسبة للقضاء الإداري باعتبار وجود وحكمة إدارية واحدة بتونس العاصمة. بالرغم من أنّ مختلف مشاريع تنقيح قانون المحكمة الإدارية ينص على ضرورة بعث فروع جهوية لهذه المحكمة.

فالتوزيع الجغرافي للمحاكم يهدف إلى تقريب القضاء من المواطن باعتبار ذلك من مقومات دولة القانون حتى لا يضطر المتقاضي إلى التنقل بعيدا أو تحمل مزيدا من المصاريف التي تثقل كاهله وهو ما يذكرنا بما شهده النظام القضائي الفرنسي من قضاء القرب Justice de proximité.

كما أنّ إعمال حق التقاضي يقتضي التيسير في اللجوء إلى القضاء من حيث المصاريف ولئن أقرّ المشرع التونسي مبدأ مجانية التقاضي حتى لا يحرم شخص من حقه في التقاضي بسبب عجزه المالي إلا والحق التقاضي لا يتحقق في الواقع إلا إذا تمكن كل شخص بقطع النظر عن وضعه المالي من اللجوء إلى القضاء للدفاع عن مصالحه إلا أنّ هذه المجانية لا تعني إلا مجانية العدالة وتبقى مصاريف القيام حاجزا أمام بعض الأصناف الاجتماعية.

و لا يعني مبدأ مجانية التقاضي المجانية المطلقة بل يبقى المتقاضون ملزمون بدفع مصاريف القيام الأخرى والمتمثلة في أجرة مساعدي القضاء من محامين وعدول تنفيذ وخبراء إن ما استوجب النزاع ذلك إلى جانب المصاريف الإجرائية بمبدأ المجانية لا يعني أن القضاء خدمة عامة تؤديها الدولة دون مقابل بالرغم من مناداة بعض الفقهاء بهذه الفكرة بل على العكس من ذلك فالتقاضي يفرض رغم المجانية على المتعاقدين دفع رسوم معينة مقابل

الالتجاء إلى القضاء، مثل تأمين معلوم الخطية عند ممارسة أي وجه من وجوه الطعن وأداء معاليم التانبر والتسجيل عند تسجيل العقود والوثائق القضائية. وهكذا نلاحظ أنه من الناحية العملية يتحكم الجانب الاقتصادي لكل فرد في قدرته على الالتجاء إلى القضاء للحصول على حقوقه المتنازع حولها لما يتطلبه من نفقات ورسوم وأتعاب محاماة قد تتجاوز قدرته المالية. ورغم تدخل المشرع بموجب قانون 1993 بإلغاء معلوم النشر والمرافعة لدى المحاكم العدلية وتعويضه بتنامبر المحاماة المحمول على المحامي وليس على المتقاضي، فإنه في الواقع يثقل المحامي هذه المصاريف على المتقاضي. وتدعيما لمبدأ مجانية العدالة ألغى المشرع معاليم التشريع والتسجيل والمرافعة المستوجبة على عرائض القيام بالدعوى لدى المحكمة الإدارية.

و من جهة أخرى تدخل المشرع وأقر الحق في الإعانة العدلية وبموجبها تتحمل الدولة بعض أو كل مصاريف التقاضي.

إن مجرد الإقرار الشكلي الحق في التقاضي غير كاف بل لا بد أن تلتزم دولة القانون بتكريس مضمون هذا الحق. وحتى يكون الحق في التقاضي حقا فعليا وواقعيا لا وهميا ونظريا تتولى الدولة تيسيير اللجوء إلى القضاء وتبسيط الإجراءات أمام المتقاضين تفاديا لكل العوائق التي من شأنها إفراغ هذا الحق من محتواه.

فالدولة التي منعت الأشخاص من الاختصاص بأنفسهم تتحمل إلتزاما تجاه العامة بتوفير حق فعلي وواقعي في اللجوء إلى القضاء أي يقع على كاهلها واجب تيسره والإمتناع عن وضع العراقيل لممارسته.

إلا أن التمتع بالإعانة العدلية مقيد من حيث الشروط ومحدّد من حيث المجال فبالنسبة للشروط يقتضي الحصول على الإعانة العدلية توفر **الشروط** التالية:

- أن يكون طالب الإعانة فقير لا قدرة له على التوصل لحقوقه دونها وهو ما يصعب إثباته فالمتقاضي قد يكون الأجير الذي تعرض للطرد التعسفي، أو المتضرر من حادث مرور ويطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقته أو المكتري يدافع عن الحقوق التي أقرّ عقد الكراء إلخ....
- يجب أن تلوح أحقية دعواه في حين أنّ إعطاء سلطة تقديرية مطلقة للجنة الإعانة العدلية من شأنه أن يؤثر على أصل الحق، فاللجنة تقرّر مسبقا عدم جدية الدعوى رغم أن المحكمة لم تنظر بعد في الأصل وهو ما يؤثر بصورة سلبية على حقوق الطالب فيحرمه من حقه في التقاضي.

- أما بالنسبة **للمجال** فإنّ الإعانة ليست مطلقة بل حدّد المشرع المحاكم التي ينتفع بها بالإعانة والمصاريف التي تغطيها. فلقد استثنى المشرع النزاعات الجزائية من الإعانة العدلية. وبقطع النظر عن هذه المعايير فقد لا يكون الشخص فقيرا من منظار لجنة الإعانة العدلي لكن ارتفاع النفقات قد تمثل حاجزا له بالنظر إلى ظروفه.

الفقرة الثانية: تجاوز الصعوبات القانونية لإعمال حق التقاضي

إنّ التنظيم القضائي يرتكز على تنظيم هيكلي ووظيفي هام تبلور من خلال عملية ضبط قواعد الاختصاص وتتمثل هذه القواعد في كيفية توزيع القضايا على المحاكم حتى لا تتعهد المحاكم بنفس الموضوع وتتضارب الأحكام وتتناقض مصالح الأطراف. فالاختصاص هو صلاحية المحكمة للنظر في الدعوى، أي قدرة المحكمة أن تفصل فيها. وبالرغم من نجاعة قواعد الاختصاص في تحديد المحاكم المختصة وتحقيق غايات المشرع في حماية الطرف الضعيف في النزاع، إلا أنها بدت محدودة ونسبية نظرا للصعوبات والإشكالات التي تطرحها وهو ما يطرح التساؤل حول مدى نجاعة قواعد الاختصاص خاصة الترابي في تحقيق حماية الطرف الضعيف. فهذا الاختصاص (الترابي) يستند أساسا على قاعدة مقر المطلوب كقاعدة عامة في تحديد المحكمة المختصة ترابيا في النزاعات ذات الصبغة المدنية والتجارية وذلك حسب ما ينص عليه الفصل 30 مجلة المرافعات المدنية والتجارية من أنّ "المطلوب شخصا كان أو ذات معنوية تلزم محاكمته لدى المحكمة بدائرته مقره الأصلي أو مقره المختار" لكن هذه المقتضيات لم تمنع قاعدة مقر المطلوب من فقدان نجاعتها على مستوى التطبيق والتعرض إلى العديد من الصعوبات.

حيث يقتضي تطبيق قاعدة مقر المطلوب أن يكون للمدعي مقر معروف بالتراب التونسي غير أن هذه القاعدة تصطدم بالعديد من الصعوبات أدت إلى فقدان فاعليتها وذلك من عدة صور منها صورة عدم وجود مقر معروف للمطلوب بالتراب التونسي وصورة المطلوب مجهول المقر مطلقا ثم صورة المطلوب الذي له مقر حقيقي ومقر مختار. ورغم محاولة المشرع إدخال بعض المرونة على قاعدة مقر المطلوب بتنصيصه على بعض الإستثناءات فإن هذه الإستثناءات تطرح بدورها بعض الصعوبات أو الإشكاليات. من ذلك أن إقرار المشرع لمعيار مكان العقار لضبط الاختصاص الترابي للمحاكم عوضا عن قاعدة مقر المطلوب يطرح إشكالا يتمثل في معرفة أولية اختصاص أي من المحكمتين إذا كانت الدعوى الاستحقاقية مرفوعة ضد الدولة. فهل يقع تطبيق أحكام الاختصاص الترابي على أساس الفصل 38 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وبالتالي اختصاص المحكمة التي يوجد بدائرتها العقار أو تطبق

أحكام الفصل 32 من مجلة المرافعات المدينة والتجارية فيسند الاختصاص الترابي للمحاكم المنتصبة بتونس العاصمة باعتبار الدولة طرفا في الدعوى؟ لحل هذا التنازع هناك حالان يتمثل **الحل الأول** في مرتبة الفصلين صلب الباب الثالث "في مرجع النظر الترابي" من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وهو ما يؤدي إلى أسبقية الحل الوارد بالفصل 32 في حين يتمثل **الحل الثاني** في اعتماد نظام المفاضلة بين الفصلين على أساس أهمية التوجه المحمي من طرف الفصلين وبالتالي يقع ترجيح الحل الوارد بالفصل 32 على الحل الوارد بالفصل 38 طالما أن الأول يتعلق بالخلافات التي تكون الدولة طرفا فيها أما الثاني فهو ذو بعد إثباتي فضرورة السيادة تحجب ضروريات الآليات. يبدو أن هذا الحل غير مقبول من الناحية النظرية لأن كليهما يعدّ استثناء لقاعدة الفصل 30 ولا استثناء على الاستثناء. كما أنّ معيار مكان تواجد العقار ورغم منطقه إلا أنه يفتقر لبعض الخصوصية التي تميز الاستثناء الذي كرسه القانون المصري مثلا في المادة 50 من المجلة المدنية والذي يرتكز على مبدأ الخيار بين محكمة مكان العقار ومحكمة مقر المطلوب. بصفة عامة وبعيدا عن صورة النزاع المتعلق بالعقار يطرح الاستثناء الوارد بالفصل 32 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي يقتضي أن ترفع لدى المحاكم المختصة بتونس العاصمة القضايا التي تكون الدولة طرفا فيها[2]، جديّا من الناحية التطبيقية يتمثل في صورة تداخل الدولة التلقائي أو إدخالها من طرف الغير في دعوى منشورة. هل يستوجب ذلك من المحكمة المتعهدة التخلي عن النظر لفائدة نظيرتها بتونس العاصمة؟ لم يقرّ المشرع حالا صريحا لهذا الإشكال إلا أنه يمكن إتخاذ أحد الموقفين **أولهما** يرتكز على البعد اللغوي لعبارات النص ذاتها التي يفهم منها أن أحكامه لا تطبق إلا إذا كانت الدولة طرفا أصليا وليس طرفا متداخلا أو دخيلا ولهذا الحل العديد من المزايا منها إزالة تأثير بعض العوارض الإجرائية التي تطرأ أثناء النشر ولا تعود مسؤولية حدوثها إلى الأطراف الأصلية للنزاع.

كما أنه يمثل أداة إجهاض لكل المناورات التي يلتجئ إليها الخصوم والمتمثلة في إدخال الدولة أثناء النشر.

أما **الحل الثاني** فهو يقر بإسناد الاختصاص الترابي للمحكمة المنتصبة بتونس وتخلى المحكمة المتعهدة بالقضية عن النظر على أساس الصبغة الآمرة التي تميزت بها القاعدة الاستثنائية وتعلقها بالنظام العام لاعتبارات تهم السيادة فضلا عن كون عبارات الفصل وردت مطلقة فلم تميز بين صفة الدولة كطرف أصلي أو طرف متداخل وبالتالي وجب فهمها على إطلاقها وتطبيق أحكام الفصل 32 من مجلة **المرافعات المدينة والتجارية** مهما كانت صفة الدولة في النزاع.

كما يمكن كذلك في نطاق الصعوبات المطروحة الإشارة إلى الاستثناء الوارد بالفصل 36 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي أقر مبدأ الخيار للمدعي وتشمل الخيارات الدعاوى المتعلقة بمنقول، الدعاوى المتعلقة بالتعويض عن الضرر الناجع عن جنحة أو شبهها، الدعاوى المتعلقة بالكمبيالات أو السند لأمر وأخيرا دعاوى النفقة. فكل هذه الدعاوى لها صبغة اختيارية. ورغم إيجابيات مبدأ الخيار، إلا أنه لا يمكن سريانه عند اختيار الطالب لاستخلاص دينه الموثق بكمبيالة أو سند لأمر عن طريق الأمر بالدفع. فهي هذه الصورة يقع تطبيق قاعدة مقر المطلوب نظرا لعدم احترام هذا الإجراء لمبدأ المواجهة وبالتالي يحدّ من حماية المدين وتمكينه من القيام أمام المحكمة التي بها مقره. أما الاستثناء المتعلق بالتعويض عن الضرر الناتج عن جنحة أو شبه جنحة فإنه يطرح إشكالا يتمثل في تحديد المكان الذي نشأ فيه الفعل الضار: هل هو المكان الذي فيه المسؤولية أم المكان الذي نشأ فيه الضرر؟.

أما الاستثناء المتعلق بالعقود والوارد بالفصل 36 مجلة المرافعات المدنية والتجارية فرغم إيجابياته فإنه يثير بعض الصعوبات في تأويله تتمثل في تحديد نطاق العمل بمبدأ الخيار. فهل يمكن الاستناد إلى هذا الفصل كلما تعلق الأمر بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة بعقد؟ لئن قلص فقه القضاء الفرنسي في صور الخيار المسند للمدعي إذا كان محل الدعوى استرجاع المال المدفوع في صورة فسخ العقد مثلا، فإن فقه القضاء التونسي التزم الصمت. ويبلغ الإشكال ذروته عندما يكون العقد سند الدعوى متنازع في شأنه. كما يثير الفصل 36 صعوبات في تأويل مفهوم مكان تنفيذ العقد فالمكان يمكن أن يختلف باختلاف طبيعة العقد.

إنّ تشعب الإجراءات وتعقديها يعوق المتقاضين عن ممارسة حقهم في اللجوء إلى القضاء وهو ما يمثل لإفراغ الحق من محتواه ومساس بجوهره. يفقد الحق في التقاضي جوهره إذ أصبح اللجوء إلى القضاء عاملا من عوامل فقدان الحق فطول الإجراءات وتعقيدها يمكن أن يؤدي إلى ضياع الحق في بعض الحالات. ففي دولة القانون، الحق في التقاضي هو حرية أساسية تخوّل لكل شخص انتهك حقه من التوجه نحو القاضي لفض النزاعات لاسترجاع هذا الحق أو التعويض عنه، إلا أنّ المشرع أخضعه لقيود وشروط شكلية وأصلية قد تمنع الشخص من استعماله أمّا بالنسبة لخطة المرشد القضائي التي تمّ إحداثها منذ السبعينات والذي يهدف إلى إرشاد المواطنين الذي يترددون على المحاكم للاستفسار عن الطريق الواجب توخيها أو عن المحكمة المختصة، فمن الناحية الفعلية فإنّ المرشد القضائي

(الذي هو أحد أعضاء النيابة العمومية) يعاني من ثقل الكاهل وهو ما يحول دون تخصيص الوقت الكافي للإرشاد.

فلا يكفي إصدار التشاريع المتعلقة بالحقوق الأصلية بل لا بد من تدعيمها بإقرار نظام جزائي بسيط وغير معقد[3]. في حين أنه لا يمكن القيام أمام القضاء إلا باحترام الشروط الأصلية وخصوصا بالخضوع للآجال والإجراءات المحددة وهي شكليات صارمة ومشدّدة إلى درجة أن عدم احترامها لا يؤدي إلى بطلان الإجراء الذي لم يحترم شروط القانون فقط بل قد يؤدي إلى ضياع الحق الذي يسعى المتقاضي من خلال ممارسته لحق التقاضي لحمايته. فإن كانت الشكلية أمرا ضروريا وأساسيا للمصلحة العامة تمكن من ضمان حسن سير العدالة وحماية المصلحة الخاصة إلا أنه يجب عدم المغالاة في التمسّك بالشكلية إلى درجة ضياع الحقوق وإهدارها وهو ما جعل الإجراءات عرضة لتهمة تضييقها لأصل الحق فالحق يعلو ولا يعلى عليه.

الهوامش:

(1) لا يكون الشخص ملزما بممارسة هذا الحق بل تبقى له الحرية في القيام ضد الشخص الذي يريد مقاضاته ولا يمكن إلزامه بالقيام خلافا لذلك يرى Ihiring أن اللجوء إلى القضاء ليس خيارا وإنما هو واجب محمول على كل شخص وقع الاعتداء على حق من حقوقه حتى يحمي هذا الحق أو يسترجعه معتبرا أن هذا الحق مفروض على كل شخص تجاه نفسه من ناحية وتجاه الدولة من ناحية أخرى حتى يساهم في الحد من الاعتداء على الحقوق.

(2) باستثناء القضايا المتعلقة بنظام تعويض الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

(3) وذلك خلافا للتحكيم كطريقة لفض النزاعات لما يوفره الأفراد من إمكانية التفصي من الخضوع لقواعد إجرائية وشكلية مقيدة فسلطة المحكم تديرها إرادة الأطراف.

المراجع:

-عايدة الرجايبي، الاختصاص الترابي للمحاكم في مجلة المرافعات المدنية والتجارية، مذكرة ماجستير عقود واستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2008 -2009.

-سهام أوعاضور، معطلات النوازل مذكرة شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2004 -2005.

-حافظ بن سعيد، سقوط الخصومة، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2005 -2006.

-كمال بن خليفة، سقوط الحق في المادة المدنية، مذكرة ماجستير عقود واستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2005 -2006.

-جميلة بوزيان، حق المتقاضي في الدفاع، مذكرة ماجستير قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، 2004 -2005.

-سعاد بوبكر، تقادم دعوى البطلان المطلق، مذكرة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2005 -2006.

-سماح بن رمضان، انقطاع التقادم المسقط، مذكرة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2005 -2006.

-سعاد الفرجاني، إرادة الأطراف وسلطة المحكم، مذكرة ماجستير قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2006 -2007.

-سهيل بوعوينة، إجراءات الطعن بالتعقيب في المادة الجزائية، مذكرو الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2008 -2009.