الهيئة الوطنية للمحامين بتونس
الفرع الجهوي بتونس

محاضرة ختم التمرين

إدراج اتفاقيات الطلاق بالتراضي طبقا للقانون الفرنسي بالحالة المدنية التونسية

الأستاذ المحاضر
سيماء معروف بوراوي

الأستاذ المشرف على التمرين
مختار الجماعي

السنة القضائية :2019-2020

مقـــــدّمة عامّـــــة

مع تقنين الزواج و تحوّله إلى عقد شكلي بامتياز التجأ المشرّع أيضا إلى تقنين الطلاق بوصفه حلّ الرّابطة الزوجيّة فأصبح الطلاق قضائيّا أو لا يكون لذلك حرص المشرّع بإصداره مجلة الأحوال الشخصيّة على إخضاع الطلاق لرقابة القاضي صلب الفصل 30 من مجلّة الأحوال الشخصيّة الذّي نصّ على ما يلي : « لا يقع الطلاق إلاّ لدى المحكمة » و ذلك سعيا منه للمحافظة على رابطة الزوجيّة و منع التعسّف في استعمال الطلاق باعتبار الزّوجيّة رابطة جديّة و الطلاق استثناء له من الخطورة على الأسرة و المجتمع ما يجعل تدخّل القاضي خاصّة كمصالح بين الزوجين من شأنه أن ينقذ عددا من الزيجات فضلا عن ما يؤمّنه من حماية لحقوق الطرفين و الأبناء ، لذلك فانّ كثيرا من التشاريع فضّلت جعله بيد القاضي منعا للاستهانة بالحياة الأسريّة أو التعسّف في استعمال حقّ الطلاق و لا مانع في الشريعة الإسلاميّة من وضع الطلاق تحت ولاية القاضي[1] حفاظا على الأسرة و حقوق العائلة ذلك أنّ جعل الطلاق بيد القاضي ليس فيه إلغاء لحقّ طلب الطلاق و إنّما مجرّد تنظيم أو تقييد له وهو من صلاحيّات وليّ الأمر فضلا عمّا يحققه من ضمانات لفائدة الأسرة و يعدّ و ضع الطلاق تحت نظر القضاء من أهمّ الإصلاحات التّي جاءت بها مجلّة الأحوال الشخصيّة .

فالطلاق عاد من حيث انطلق مثله كمثل الزواج طلاقا رضائيا في العصور القديمة لا يرتبط بأيّ شرط شكلي مثله كمثل الزواج و بالتالي تحلّ الرابطة الزوجية دون اللجوء إلى المحكمة فنجد البعض في تونس يناصر الطلاق الغير قضائي إذ نجد مبادرة دعى إليها البعض لإقرار مشروع

[1] مجلّة الأحوال الشخصيّة معلّق عليها سنة 2010 ، تعليق فاطمة الزهراء بن محمود قاض ، رئيسة خليّة بمركز الدراسات القانونية و القضائية ، حسين بن سليمة مستشار بمحكمة التعقيب ، سامية دولة قاض و رئيسة خليّة بمركز الدراسات القانونيّة و القضائيّة و عدنان الأسود قاض و رئيس فريق عمل بمركز الدراسات القانونيّة و القضائية .

قانون يسمح للتونسيين بالطلاق من دون محكمة أي بالتراضي بين الزوجين مهما كانت جنسيتهما ، بمجرّد كتابة الاتفاق على ورقة و التوقيع عليها و إيداعها لدى عدل إشهاد و في وقت أنّ هذه المبادرة قد تساهم بشكل كبير في تقلّص من إجراءات و تعقيدات الطلاق و الأعباء على طرفي النزاع و القضاة أيضا خصوصا أنّ الأرقام تشير إلى وجود ما بين 12 ألفا و 14 ألف حكم طلاق سنويّا [2] ، الذي يتحقق وجوباً عن طريق المحكمة ، يمكن أن تكون كذلك خطوة إلى الوراء وضرباً لمكاسب وحقوق المرأة إذ لا يحصل الطلاق في تونس إلا بحكم قضائي، بحسب الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. لكن حرصاً من المشرّع التونسي على تفادي الطلاق قدر الإمكان، أوجب الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية ألا يصدر حكم الطلاق إلّا بعد بذل قاضي الأسرة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين وعجزه عن ذلك .

و حيث أنّ دعوة المشرّع التونسي إلى وضع مشروع قانون يسمح للزوجين بالطلاق من دون اللجوء إلى المحكمة اقتداء بالتجربة الفرنسية يمكن اعتباره تطوّرا " تراجعيّا" فيه رجوع الطلاق من حيث انطلق إلى طلاق رضائي الأمر الذّي وضع المشرّع في أزمة إجرائيّة فكيف يمكن الرجوع إلى رضائيّة الطلاق مع المحافظة على مكاسب النظام الأسري ؟

إنّ البحث عن إدراج الاتفاقيات التّي يبرمها طرفي النزاع قصد الطلاق دون اللجوء إلى المحكمة انعكاس لتلك الأزمة إذ يرى البعض أنّ الطلاق بدون محكمة يشبه الطلاق العرفي أو الشفهي وهي صورة للرجوع إلى الوراء فلا بدّ من أن يكون الطلاق تحت حماية القاضي الذّي يعاين رغبة الطرفين في الطلاق و عدم وجود إكراه في ذلك و لأنّ الزواج في نهايته عقد لتنظيم مؤسسة الأسرة و فسخ هذا العقد يستوجب اللجوء إلى المحكمة لضمان حقوق الطرفين و خاصّة الأبناء .

إدراج هو مصدر قياسي من فعل أدرج يدرج إدراجا فهو مدرج ، أي الشيء في الشيء ضمّنه إيّاه و أدخله في ثناياه .

الطلاق في القانون التونسي هو حلّ عقدة الزواج كما جاء صلب أحكام الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية و لم يستعمل عبارة مؤسسة الزواج ذلك أنّ المشرّع التونسي قصد من وراء ذلك

[2] مقال تحت عنوان طلاق بالتراضي في تونس المؤلّف بسمة بركات ، 24 مارس 2018 ، الصفحة عدد 01 .

أنّ الطلاق يفصم العلاقة بين الزوجين و لكن مؤسّسة الأسرة تبقى قائمة و قد سوّى المشرّع بين الزوجين في حقّ طلب الطلاق عند تعذّر مواصلة الحياة الزوجية في كنف الوئام [3] ، فمكّن المرأة من حقّ المطالبة بالطلاق و بذلك قضى على إمكانية تعسّف الزوج بعدم تمكين الزوجة من حريتها عند استحالة المعاشرة بما يحيد بعلاقة الرحمة و المودّة عن وظيفتها الحقيقية و يجعل من هذه الرابطة أداة انتقام و اعتساف ، و انطلاقا من مبدأ حقّ الزوجين في الانخراط الحرّ في مؤسسة الزواج ، فانّ المبدأ الذّي يقابله يتعلّق بحقّ طلب الطلاق الذّي يمارسه الرجل و المرأة على حدّ السّواء و يتحمّلان فيه ذات النتائج [4] .

و يختلف الطلاق عن بطلان الزواج أو الزواج الفاسد فالطلاق هو حلّ الزواج الصحيح المستكمل لجميع شروطه الشكلية و الموضوعية ، بينما " الزواج الفاسد" أو " الزواج الباطل" هو جزاء اختلال أركان الزواج أو شروط انعقاده كأن يقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث و الفقرة الأولى من الفصل الخامس و الفصول 15 و 16 و 17 و 18 و 19 و 20 من مجلة الأحوال الشخصية و يعاقب بالسجن مدّة ستة أشهر الزوجان اللذان يستأنفان أو يستمرّان على المعاشرة رغم التصريح بفساد زواجهما حسبما يقتضيه الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصيّة ، وهو ذلك الزواج المبرم دون احترام الشروط الموضوعية لعقد الزواج وهي اقتران العقد بشرط يتنافى مع جوهر العقد الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية ، انتفاء الرضا صلب الفقرة الأولى من الفصل 3 ، عدم احترام الموانع المؤبّدة أو المؤقتة للزواج من الفصل 15 إلى الفصل 20 و مانع تعدّد الزوجات الذّي ينصّه الفصل 18 من نفس المجلّة و حيث يبطل الزواج الفاسد دون طلاق و لا يترتب العقد أيّ أثر فهو في حكم المعدوم بالرجوع إلى أحكام الفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصيّة .

[3] لم يفرّق المشرّع ضمن الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بين الزوجين في استحقاق طلب الطلاق فيما عدا كونه استعمل لمؤسسة طلب الطلاق بإرادة منفردة غير مبرّرة عبارة "الإنشاء" إذا صدر عن الرّجل و " برغبة خاصّة " إذا صدر الطلب عن المرأة و رغم أنّ المشرّع لا ينطق من فراغ إلاّ أنّ هذه التفرقة جاءت اعتباطيّة لم يقف فقه القضاء و القانون أبدا على أسبابها إمّا لعدم قيمة تلك التفرقة أو لجهل أسبابها .

[4] ينصّ الفصل 31 من مجلة الأحوال في فقرته الأولى على صور الطلاق إذ :« يحكم بالطلاق : 1- بتراضي الزوجين ، 2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر .3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به

كما يمكن تعريف الطلاق الاتفاقي بأنه توافق إرادة كلّ من الزوج والزوجة على حلّ الرابطة الزوجية من خلال الاتفاق فيما بينهما على مبدأ إنهاء تلك العلاقة وعلى الآثار المترتبة على انفصال هذه الرابطة الأسرية, وهو يتشابه بذلك مع بعض الحالات المستمدّة من الشريعة الاسلاميّة و التّي يتم فيها الفراق بإرادة الزوجين معا وبناء على مشاركتهما في العمل على إنهاء العلاقة الزوجية التي تجمعهما و هذه الحالات هي عندما يفوّض الزوج لزوجته إيقاع الطلاق على نفسها أو يملكها حق تطليق نفسها أو يخيرها بين البقاء معه في حالة الزوجية أو الفراق عندما يتفقان على إنهاء الزوجية عن طريق الخلع [5] غير أن هذه الحالات التي يتم بمقتضاها إنهاء العلاقة الزوجية تختلف عن الحالة الطلاق الاتفاقي ففي الشريعة الاسلاميّة الزوج هو الذي يملك الحق في إيقاعه ومن يملك حقا يملك الإنابة فيه كما يجوز للزوج أن يفوّض غيره فيه سواء فوّض الزوجة نفسها أو غيرها في الطلاق وكالة أو تمليكا [6] .

بينما في حالة الطلاق الاتفاقي يتّفق كلى الزوجين معا على إنهاء العلاقة الزوجيّة و هذا الاتفاق يدل على المشاركة والتفاعل من الجانبين على إحداث اثر قانوني لعلاقتهما الزوجية, فلا يجبر إنسان على الدخول في رابطة عقدية لا يريدها , ذلك أنّ الإرادة إذا كانت كافية وحدها لإبرام العقد فهي ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها عند الرغبة في إنهائه [7] .

اتّخذ الطلاق المراد إدراجه شكل اتفاقية أبرمها الزوجان و أودعاها لدى عدل الإشهاد ، و تثير اتفاقية الطلاق الغير قضائي مسألة قانونية أولية و هي مسألة التكييف ، و يترتّب عن التكييف تحديد النظام القانوني المنطبق على الاتفاقية ، فمن المؤكّد أنّها ليست حكما، ممّا يؤدّي إلى عدم

---

[5] الطلاق الاتفاقي للمغاربة في المهجر إعداد سناء ع الله سنة 2005-2006 ،

[6] قال تعالى :« يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْواجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَياةَ الدُّنْيا وَزِينَتَها فَتَعالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَراحًا جَمِيلًا (28) وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِناتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا (29)» سورة الأحزاب الآية 28 و 29

[7] سيتواتر في هذا البحث استعمال مصطلحات لا بدّ من التفرقة بينها و بيان مقصدها **فالطلاق بالتراضي** هو اتفاق الزوجين على إيقاع الطلاق بينهما سواء أن اتبعا الإجراءات الشكليّة و أسندا للقاضي سلطة التصريح به أو لم يتّبعا ذلك ، فالطلاق بالتراضي هو إحالة على القصد أمّا **الطلاق الرّضائي** فهو اتّفاق الطرفين على الانفصال دون اتّباع الإجراءات الشكليّة ، فالطلاق الرّضائي هو ذلك الانفصال الغير مستند على الشكليّات القضائيّة .

التمكن من تطبيق معاهدة سنة 1972 لأنها لا تتعلق إلا بالأحكام القضائية فالاتفاقية لا تنطبق إلا على "الأحكام الصادرة عن السلطات القضائية في كلا البلدين والمتعلقة بالحالة الشخصية". وهذا ما أقره صراحة القاضي التونسي الذي اختار أن يحرّر نفسه من أحكام المعاهدة، باعتبار أنها "لم تتعرض إلا لما كان موجودا في تاريخ إبرامها" أي الأحكام التي تصدر عن السلطات القضائية.

الطلاق في القانون الروماني القديم نادرا ما يقع بل أنّه لم يكن جائزا و كان محرّما خاصّة لأسباب دينيّة مع دخول المسيحيّة للإمبراطورية الرومانية بموجب التعاليم الكاثوليكيّة إلاّ في أحوال عرفيّة فقد سيطرت على نظام الأسرة ككلّ فكرة السلطة الأبويّة و تطوّرت بتطوّر هذه الأخيرة فكان ربّ الأسرة هو زعيم المنزل لا يخضع لسلطة غيره الذّي يمارس السلطة على الأسرة بما فيها من أولاده ذكورا و إناثا و زوجته إذ اتّخذ الطلاق آنذاك شكل عقوبة يسلّط على الزوجة كارتكاب الزوجة الزنا أو قيامها بتقليد أو تزييف مفاتيح المنزل أو ادّعاء الولادة كذبا ، لكن أصبحت كثيرا من التشاريع الغربيّة فيما بعد تشرّع لحلّ رابطة الزوجيّة عند ثبوت عدم استمرارها و في أقصى الحالات حقّ التفريق الجسدي و من بين هذه البلدان اسبانيا التّي لم تعرّف الطلاق إلاّ بعد صدور دستور 1978 متأثرة بذلك بتجربة الدول الغربيّة الليبيرالية كما نص القانون المدني الاسباني على أن المطالبة بحق الطلاق من طرف احد الزوجين يجب أن يسبقه حدوث انفصال جسماني, وفق اتفاق الطرفين أو بطلب أحد الزوجين و قد استغلّت الكنيسة آنذاك نفودها لتفرض تقييد الطلاق بحكم صدر منها و توسّعت هاته الآليّة بكامل الغرب المسيحي [8] .

الطلاق في الشريعة الإسلامية هو حلّ عقدة النكاح و يصنّف ضمن الأحكام الشرعيّة بأنّه مكروه وهو أبغض الحلال إلى الله و لا يلجأ إليه إلاّ للضرورة لخطورة أثار الطلاق في حالتي للقصور أو عند عدم تحقيق الهدف الأساسي من الزواج إذ أنّ الزواج يبقى علاقة إنسانية قد تتصدّع و يصبح استمرارها مستحيلا لذلك أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق حظرا و إباحة و لم تجعل الزواج عقدا أبديّا لا يمكن فصمه بل أعطت الحق للزوجين حلّه بالطلاق الذّي لم تشجّع عليه و لم تجعله

[8] ويكيبيديا الموسوعة الحرّة

على إطلاقه بل بالعكس قيّده بعدّة شروط مع اعتباره الحلّ الأخير الذّي لا ينبغي اللجوء إليه إلا إذا تعذّرت بقيّة الحلول و أصل الطلاق في الفقه الإسلامي طلاق رجعي وهو نوع من الفرقة بين الزوجين و يمكن أن تعود فيه الحياة الزوجيّة في أيّ وقت مدذة العدّة ، فإذا تمّ الصلح بين الزوجين خلال العدّة عادت الحياة الزوجيّة و كأنّ الطلاق لم يكن و هناك "الطلاق البائن " وهو صنفان البائن بينونة صغرى وهو يلغي الزوجية و لا يمكن الزوج مراجعة زوجته إلاّ بصداق جديد و البائن بينونة كبرى هو الذي لا يمكن معه للمطلقين الزواج من جديد إلاّ إذا تزوّجت المطلقة بآخر ثم طلّقت منه و حيث مكّن التشريع الإسلامي الرّجل حقّ إيقاع الطلاق الشفوي فقط بالقول لزوجته أنت طالق ذلك أن يوقعها ثلاثا دفعة واحدة فلا يحقّ له بعد ذلك الرجوع إليها لكنّه أمكن المرأة كذلك حقّها في طلب التطليق من القضاء سواء للضرر و ذلك لاستحالة مواصلة الحياة الزوجية لأيّ سبب من الأسباب كوجود نفور من الزوجة أو خوف من عدم قدرتها الوفاء بواجباتها الزوجية و غير ذلك من الأسباب الذّاتيّة و يكون الطلاق مقابل عوض من المال يتّفق عليه الزوجان أو يقدّره القاضي و يستحسن أن لا يتجاوز قيمة المهر المدفوع من الزوج وهو ما يطلق عليه مصطلح الخلع ، فننتهي هنا إلى أنّ الأصل في الطلاق الإسلامي أنّه واقعة رضائيّة لا ترتبط بأيّ شكليّة حتّى على مستوى ألفاظها فكلّ لفظ يؤدّي معنى الطلاق مؤدّاه انفصام الرابطة الزوجيّة بغير رقابة من القضاء و لا يتدخّل القاضي إلاّ في حالات استثنائيّة .

و لئن كان الطلاق بالتراضي في القانون التونسي هو الوسيلة الأقلّ إضرار بالأسرة و بالأبناء خاصّة باعتباره يؤسّس على الوفاق لكن تدلّ على فشل العلاقة الزوجيّة و قد تدرّج الطلاق بالتراضي من رضائية إيقاعه بين الطرفين إلى إجبارية إيقاع الطلاق بحكم قضائي الذّي لا يمكن أن ينطق به إلاّ القاضي و عادّة ما يتعلّق التراضي بجميع فروع دعوى الطلاق من نفقة الأبناء و حضانتهم و سكنهم و غير ذلك من المسائل المترتّبة عن الطلاق إذ لا بدّ من إجراء الجلسة الصلحيّة ، فعلى قاضي الأسرة بذل الجهد لإقناع الزوجين بالرجوع عن الطلاق ، و في صورة فشله فانّه يتولّى تحديد بقيّة عناصر الاتفاق بين الزوجين حول بقية المسائل سواء منها المتعلقة بالأبناء أو المسائل الماليّة و يجوز له إذا لم ير فائدة من تكرار جلسات الصلح أن يختصر الإجراءات ما لم يكن في ذلك تأثير على المصلحة الفضلى للأبناء ، فاختصار الإجراءات استثناء

خاضع لتقدير القاضي ، و قد رأى فقه القضاء أنّه إذا تمّ الاتفاق على الطلاق بين الزوجين أمام قاضي الأسرة بالجلسة الصلحيّة فانّه لا يمكن لأحدهما العدول عنه دون موافقة الآخر و بذلك فانّ الطلاق لا يعتدّ به إلاّ إذا أصبح باتا على معنى الفصل 194 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية ، تاريخيّا كانت مجلّة الأحوال الشخصيّة ثورة في محيطها العربي الإسلامي لعديد المبادئ التّي أرستها و التي عملت فيها على تزاوج الأنموذجين الشرقي و الأوربّي في إطار الأسرة التونسية لتخلق حينئذ ما يسمّى بالنمط الأسري التونسي فزيادة على منع تعدّد الزوجات و تجريمه أرست المجلّة قاعدتين اثنتين اعترتا خروجا عن المألوف في منتصف القرن العشرين أوّلهما مدّة منح الزوجة الحقّ في طلب الطلاق في إطار من المساواة بينها و بين زوجها و ثانيهما جعل الطلاق قضائيّا أو لا يكون ، لذلك فانّ البحث في السّبل الممكنة لقبول إدراج اتفاقيات الطلاق الرّضائي هو رجوع على بدء يضع القاضي التونسي موضع المتنازل عن بعض تلك المكاسب.

القانون الفرنسي الذّي أسّس قضائيّة الطلاق عبر إحداث مجلّة مدنيّة تقنّن الطلاق بجميع أنواعه و آثاره تجنّبا لإمكانيّة تعسّف الزوجين في استعماله أو اللامبالاة بحياة أبنائهم لكن تخلّت عنها مؤخّرا بموجب تنقيح الفصل 229 بالمجلة الفرنسية .

و أمام إنفتاح الأنظمة القانونية على بعضها البعض بناء على تطور العلاقات الدولية أصبح الحديث عن قانون وطني بمعزل عن تزاحم النظم القانونية يكاد أن يكون أمرا مستحيلا.

و قد أضحت عديد التشريعات الأجنبيّة تقرّ مبدأ جواز الطلاق غير القضائي وهو ذلك الطلاق الذّي يقع خارج أسوار المحاكم و بمجرّد اتّفاق بين الطرفين تضبطه إجراءات معيّنة و من هذه التشريعات القانون الروسي و الياباني .... و كذلك القانون الفرنسي الذّي بمقتضى القانون عدد 2016-1547 المتعلّق بتحديث العدالة المؤرّخ في 2016/11/18 أقرّ إمكانية الطلاق الاتفاقي أي الطلاق دون اللّجوء إلى القضاء .

فقد أدخل المشرّع الفرنسي بمقتضى الإصلاح المتعلّق بتحديث العدالة المؤرّخ في 18 نوفمبر 2016[9] تنقيحا جوهريّا على قانون الأسرة بسنّه لشكل جديد للطلاق وهو الطلاق الغير قضائي ، إذ يمكن للزوجين طبقا للفصل 229-1 الجديد من المجلة المدنية الفرنسية الاتفاق على حلّ الزواج و على آثاره و ذلك بمقتضى كتب خطّي يمضيانه بحضور محام لكلّ واحد منهما و يوقّع كلّ محام على الاتفاق [10] ، و يتمّ بعد ذلك إيداع الكتب لدى عدل إشهاد يتكفّل بمراقبة الشروط الشكليّة[11] التّي يفرضها القانون و يضفي الإيداع على اتفاقية الطلاق تاريخا ثابتا و صبغة تنفيذية .

و يهدف التنقيح الجديد إلى تبسيط إجراءات الطلاق و تخفيف العبء على المحاكم خصوصا و أنّ الطلاق بالتراضي يمثّل أكثر من نصف حالات الطلاق التي تنظر فيها المحاكم الفرنسية ممّا يدلّ على أهميّة النتائج التي يرمي إليها الإصلاح على الممارسة القضائية الحالية .

قبل دخول القانون الصادر في 18 نوفمبر 2016 حيز التنفيذ ، كان على الزوجين الراغبين في الطلاق بالتراضي أن يبرما اتفاقا بمشاركة محام مشترك أو محام لكلّ واحد منهما ، ثمّ يقع تقديم الاتفاق للقاضي للمصادقة و يتعيّن على القاضي مراقبة مدى الحفاظ على مصلحة كلّ من الزوجين و مصلحة الأطفال أمّا في إطار القانون الصادر في 18 نوفمبر 2016 ، فانّ الطلاق الاتفاقي لا يكون قضائيّا إلاّ في صورتين إذا طلب الطفل القاصر المميّز أن يستمع إليه القاضي ، أو إذا كان أحد الزوجين خاضعا لنظام حماية (الأهليّة المقيّدة) ، و قد أثارت ردود فعل تراوحت

[9] Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI ème siècle ,JORT, du 19 novembre 2016, n°19 texte n°1.

[10] Selon le nouvel article 229-1«Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets , ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374

[11] Selon l'article 229-3, « Le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas. La convention comporte expressément, à peine de nullité : 1° Les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants; 2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ; 3o La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention; 4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ; 5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation; 6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté »

بين الترحاب و الاستغراب و الرفض و من بين نقاط ضعف القانون الجديد أنّه نسي العلاقات الدوليّة فخلافا للقانون الذّي وضع ميثاق التضامن المدني أو عقد الزواج للجميع فانّ القانون الصّادر في 18 نوفمبر 2016 لم يأخذ العلاقات الدولية الخاصّة بعين الاعتبار فتدخّلت السلطة التنفيذيّة بالمنشور المؤرّخ في 26 جانفي 2017 لسدّ الفراغ و لكن الحلول التّي أتى بها المنشور لم تكن منسجمة مع قواعد القانون الدولي الخاصّ الأروبيّة ، أي مع قواعد الاختصاص الدولي و قواعد تنازع القوانين التّي أقرّها المقرّر الأوروبي المتعلّق في 27 نوفمبر 2003 و المقرّر الخاصّ بالقانون المنطبق على الطلاق المؤرّخ في 20 ديسمبر 2010 .

أمّا الاعتراف الدولي بالطلاق الغير قضائي فانّه يثير العديد من التساؤلات ، و لقد ميّز المنشور المذكور بين الاعتراف به في بلدان الاتحاد الأوربي و الاعتراف به خارج بلدان الاتحاد الأوروبي و يمكن الاعتراف بحلّ الرابطة الزوجيّة في بلدان الاتحاد الأوربي إذ أنّ مقرّر بروكسل المؤرّخ في 27 نوفمبر 2003 يمكّن في المادّة 46 من الاعتراف بالاتفاقيات المبرمة بين الأطراف و التّي تكون لها صبغة تنفيذيّة [12] ، أمّا الاعتراف بآثاره فقد يطرح إشكالا حتّى في إطار الاتحاد الأروبي الخاصّ بالنفقة و المؤرّخ في 18 ديسمبر 2008 [13] إلاّ على السندات الصادرة عن السلطات القضائيّة ، أمّا خارج نطاق الاتحاد الأوروبي فانّ المنشور اكتفى بالإحالة إلى الاتفاقيات الخاصّة المبرمة بين فرنسا و دول أخرى أو القانون الوطني للدولة التّي طلب بها الاعتراف .

و قد ارتبطت المنظومة القانونية التونسية بنظيرتها الفرنسية و أصبح لزاما و نظرا لتطوّر عدد التونسيين المقيمين بالخارج و المرتبطين بعقود زواج مع أجانب و خاصة بفرنسا و التّي بلغ

[12] L'article 46 du Règlement dit Bruxelles II bis, du 27 novembre 2003 prévoit que « les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre ainsi que les accords entre les parties exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions ». C'est ce que rappelle la circulaire du 26 janvier 2017. Le divorce extrajudiciaire, qui constitue un accord entre les parties, sera reconnu et rendu exécutoire dans les autres pays de l'Union européenne.

[13] Règlement CE, no 4/2009, du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaire du 18 décembre 2008, JOUE, 10 janvier 2009, L. 7. Sur ce Règlement, v. not.: B. Ancel et H. Muir-Watt, « Aliments sans frontières. Le règlement CE no 4/2009, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaire », Rev. crit. DIP, 2010, p. 457; E. Gallant, « Règlement n°4/2009/CE relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaire », in Droit processuel civil de l'Union européenne, sous la direction de L. Cadiet, E. Jeuland et S. Amrani-Mekki, Lexisnexis, 2011, p. 99

عددهم 800 ألف تونسي سنة 2018 حسب إحصائيات ديوان التونسيين بالخارج أن يتدخّل القضاء التونسي لمواكبة التطورات التّي حدثت بالتشريع الأجنبي و ما ينجرّ عن ذلك من علاقات أسريّة تنشأ و تتواصل و تنعقد فتنفصل.

و يطرح هذا الموضوع أهميّة أكيدة تأخذ أبعادا متعدّدة نتيجة عامل الهجرة و تأثير ذلك على الوضعيّة المدنيّة للتونسيين بالخارج و الزواج المختلط خاصّة .

فهل إنّ لدى القاضي التونسي استعدادا لقبول الارتكاس التّي تجعله يتخلّى عن قضائيّة الطّلاق و ما يستتبع ذلك من تخلّ عن كثير من المكاسب للأسرة التونسيّة أم إنّه سيقبل ذلك خضوعا لمبدأ التناسق في الوضعيّة المدنيّة بين حالتها في تونس و حالتها بالخارج .

و من الناحية النظريّة فانّ للموضوع أهميّة أكيدة تكشف الدّور الخلاّق للقاضي التونسي في أدنى دوائره الفرديّة في سدّ فراغ تشريعي كان أولى للمشرّع الوطني و الدّولي تحمّل مسؤوليته و إيجاد حلوله كي لا يتحوّل القاضي إلى مطوّع للنصوص القانونيّة بما يتجاوز حدود ما تتحمّله للضرورات .

إذ لا يمكن أن يترك الموضوع لإرادة الطرفين بل يجب أن يتدخّل المشرّع و القضاء لحماية جميع الأطراف و خلق توازن خاصّة في حالة وجود الأبناء لا بدّ من مراعاة مصلحة الأطفال في الطلاق و المراقبة الضروريّة حتّى لا يفقد الزواج مفهومه الاجتماعي فالطلاق التعاقدي قد لا يستجيب لطبيعة المجتمعات العربية و المجتمع التونسي تحديدا مع إمكانية تعديل بعض الإجراءات لتجاوز مجموعة من التعقيدات و طول مدّة التقاضي و التشديد على إبقاء رقابة المحكمة .

فسرعان ما وصل الطلاق الغير قضائي إلى البلاد التونسية إذ توجّه العديد من الأشخاص اللذين اعتمدوا تلكم الصيغة الجديدة مع دخول ذلك القانون حيز التنفيذ في غرّة جانفي و المتحصلين على حجج طلاق محرّرة و مصادق عليها من عدول إشهاد بفرنسا إلى السلطات التونسية بغرض إدراج اتفاقية الطلاق المبرمة بفرنسا طبقا للقانون الجديد برسوم الحالة المدنية معتمدين المعاهدة

المبرمة بين تونس و فرنسا بتاريخ 28 جوان 1972[14] التّي تنصّ في المادّة 18 على« أنّ الأحكام الصادرة عن السلطات القضائية في كلى البلدين و المتعلّقة بالحالة الشخصيّة و الأهليّة تدرج مباشرة في دفاتر الحالة المدنيّة »، لكن جوبهت مطالبهم بالرفض من طرف مصالح الحالة المدنيّة بعلّة أنّ اتفاقيات الطلاق ليست أحكاما قضائيّة .

و لتعدّد حالات الرفض توجّهت وزارة العدل لمركز الدراسات القانونية و القضائية و للجنة إصلاح مجلة القانون الدولي الخاص ، فرأى المركز أنّه لا يمكن الاعتراف بالطلاق نظرا لانتفاء الصبغة القضائية فيه [15]، في حين اعتبرت اللجنة أنّ الاعتراف به ممكن بل محبّذ [16]و اقترحت اللجنة على الأشخاص اللذين أبرموا اتفاقية طلاق طبقا للقانون الجديد أن يتوجّهوا للقضاء في صورة رفض مصالح الحالة المدنية إدراجها بدفاتر الحالة المدنية و تحوّل القاضي الاستعجالي لدى المحكمة الابتدائية إلى خلاّق في وضع حلول لإشكاليات تطبيقه و مع ذلك فانّ هذا الدور بقي منقوصا لسبب أساسي متمثّل في القناعة الشخصيّة للقاضي الاستعجالي بما جعل اجتهاده فرديّا مرتبطا بشخص القاضي فقط فلا تستأمن استمراريّة هذا الحلّ وهو ما يدفع المحامي إلى اختيار الدّائرة التّي يتّجه نشر النزاع أمامها اعتبارا إلى أنّ أكثر محاكم الجمهورية (ابتدائية قابس ، ابتدائية قبلي مثلا) لا تزال محافظة على موقفها الرافض لقبول هذا الاجتهاد .

كيف يتمّ إدراج الطلاق الرّضائي في دفاتر الحالة المدنيّة التونسيّة ؟

احتراما لمبدأ التناسق في الوضعيّة المدنيّة للأشخاص و اعتبارا إلى أنّ وحدة الشخص تفترض وحدة حالته المدنيّة فقد أصبح لزاما على القضاء التونسي أن يتدخّل لقبول إدراج الاتفاقيّات الرّضائيّة المتعلّقة بإيقاع الطلاق كلّما توفّرت شروطها (الفصل الأوّل) و ذلك بإتّباع نظام قانوني قائم على تطويع النصوص الإجرائية (الفصل الثاني)

[14]اتفاقية التعاون القضائي في المادة المدنية و التجارية و الاعتراف بالأحكام و تنفيذها ، مصادق عليها بمقتضى قانون عدد 65 لسنة 1972 ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية لسنة 1972 ، عدد 32 .

[15]رأي مركز الدراسات القانونية و القضائية ، 25 ماي 2017.

[16]رأي لجنة تنقيح مجلة القانون الدولي الخاص ، نوفمبر 2017 .

الفصل الأوّل :

شروط إدراج اتفاقيّات الطلاق بالتراضي بالحالة المدنية التونسية

يتأسّس الطلاق الرّضائي على إبرام اتّفاقيّة تحدّد الآثار القانونيّة لحلّ الرّابطة الزوجيّة ثمّ إدراج تلك الاتّفاقيّة بدفاتر عدول الإشهاد لتتّخذ تاريخا ثابتا لذا كان لا بدّ أن تتوفّر في ذلك شروط منها ما هو متعلّق بالأشخاص طرفي الاتّفاقيّة (المبحث الأول) و منها ما يتعلّق بالاتّفاقيّة من شروط موضوعيّة (المبحث الثاني)

المبحث الأول : الشروط المتعلّقة بالأشخاص

إنّ تعلّق الإدراج بتعديل وضعيّة مدنيّة يستوجب توفّر شرطين اثنين متعلّقين بهذا الجانب أوّلهما شرط الجنسيّة (فقرة أولى) و ثانيهما شرط الإقامة (فقرة ثانية)

فقرة أولى : شرط الجنسيّة

فقد اعتمد المشرع التونسي في بادئ البدأ على الجنسية التونسية أي مولود بتونس (مضمون الحالة المدنيّة) كعنصر إسناد بالنسبة للأحوال الشخصية للتونسيين المقيمين في الخارج , حلّ أخذت به معظم التشريعات في الدول الأوروبية ولكن بشكل استثنائي فقط, ممّا يؤدّي إلى التعارض بينها وبين ضوابط الإسناد في القانون الدولي الخاص المقارن, ذلك أن قوانين البلدان الأوربية تشدد على ضرورة تطبيق قوانينها الداخلية على جميع الوضعيات والروابط المتصلة بالأحوال الشخصية ذات العلاقة المباشرة بإقليمها أو مجتمعها, اعتمادا على فكرة الجنسية الفعلية أو الموطن أو الإقامة الاعتيادية أو القواعد الآمرة أو حتى باستخدام فكرة النظام العام لاستبعاد أحكام القانون الخارجي التي تتناقض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي[17] الأمر الذّي جعل المشرّع التونسي يتجاوز امتياز الجنسية أو الديانة لدى القانون الدولي الخاص المقارن و تراجع عن الامتياز للقانون الوطني وأخضع الأحوال الشخصية للجالية التونسية للقانون الموطن المشترك للزوجين إذا كانا الزوجان من نفس الجنسية و يقيمان بفرنسا أو أحدهما تونسي و الآخر أجنبي مقيم بفرنسا و أصبح التركيز على مدى مطابقة اتفاقيّة الطلاق الأجنبي مع النظام العام الدولي التونسي، واعتبروا أن اتفاقية الطلاق المبرمة بين

[17] الطلاق الاتفاقي للمغاربة في المهجر إعداد سناء ع الله سنة 2005-2006

الزوجين والمودعة لدى عدل الإشهاد قد حافظت على مبدأين أساسيين يتضمهما النظام العام الدولي التونسي : مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة و مصلحة الطفل [18] .

و اعتبر فقه القضاء التونسي أولا أن اتفاقية الطلاق قد احترمت مبدأ المساواة بين الجنسين، و يبرز الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس مدى تشبثها بمبدأ المساواة و اتجه الحكم إلى النصوص التي تحتل أعلى مرتبة في سلم القواعد القانونية ليأخذ منها مبادئ النظام العام ، فاعتبر أن اتفاقية الطلاق احترمت مبدأ المساواة الذي يضمنه الفصل 21 من دستور 2014 و الذي جاء فيه أن المواطنون و المواطنات متساوون في الحقوق و الواجبات ، و هم سواء أمام القانون من غير تمييز" [19]، و يضاف هذا الحكم إلى القائمة الطويلة للأحكام و القرارات الذي استند على مبدأ المساواة بين الجنسين لرفض القانون الذي يسمح بتعدد الزوجات [20] أو الطلاق الخلعي [21] ولنذكر، على سبيل المثال، الحكم الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 27 جوان 2000 [22]الذي اعتبرت فيه أن "التطليق وسيلة تقليدية دينية لحلّ الرابطة الزوجية تقوم على الإرادة المنفردة للزوج دون أدنى اعتبار لمصلحة الأسرة الشيء الذي يجعله خارقا النظام العام التونسي كما يتجلى من الفصل السادس من الدستور و الفصول 1 و2 و 7 و 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 و المواد 1 و 2 و 16-1-ج من اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة".

[18] Sur l'ordre public international tunisien, notamment, M. Ben Jemia, Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille, Thèse, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1997; « Ordre public, Constitution, et exequatur », Mélanges en l'honneur de Habib Ayadi, CPU, 2000, p. 272; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public familial international », in Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger, RIPCAM, sous la direction de Lotfi Chedly et Souhayma Ben Achour, Latrach éditions, Tunis, 2015, p. 43

[19] الطلاق الغير قضائي الفرنسي أمام المحاكم التونسية ، قبول على مضض ، سهيمة بن عاشور أستاذة تعليم عال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس

[20] K. Meziou, « Formation du mariage et principe de monogamie », in Polygamie et répudiation dans les relations internationales, Unité de recherches RIPCAM, éditions AB Consulting, 2006, p. 43.

[21] S. Ben Achour, « L'ordre juridique tunisien face à la répudiation islamique », in répudiation dans les relations internationales, Unité de recherches RIPCAM, éditions AB Consulting, 2006, p. 43; M. Ben Jemia, « Répudiation islamique et effet atténué de l'ordre public », in Le Code tunisien de droit international privé, deux ans après, CPU, 2003, p. 129.

[22] TPI. Tunis, 27 juin 2000, n°34179, RTD. 2000, p. 425, note M. Ben Jemia.

و إلى جانب ذلك، اعتبر فقه القضاء التونسي في الحكم الاستعجالي عدد 86358 أنّ اتفاقية الطلاق المبرمة بفرنسا لا تخلّ بمبدأ أساسي من مبادئ النظام العام و هو حماية مصلحة الطفل التي تقرها نصوص أساسية وهي الفصل 47 من الدستور الذي جاء فيه أن " حقوق الطفل على أبويه وعلى الدولة ضمان الكرامة والصحة و الرعاية و التربية و التعليم" وأنه "على الدولة توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز وفق المصالح الفضلى للطفل" والفصل 3 من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل المؤرخة 20 نوفمبر 1989[23].

و لكن لسائل أن يتساءل عن مدى موافقة اتفاقية الطلاق لمصلحة الطفل ، فالقانون الفرنسي الجديد يفرض الانتقال من إجراءات الطلاق الغير قضائي إلى إجراءات الطلاق القضائي بناء على طلب الطفل القادر على التمييز، فبالإضافة إلى حرمان الطفل الصغير الغير مميّز من الحق في أن يستمع إليه القاضي، فإن القانون يضع عبئا ثقيلا على كاهل الطفل المميّز [24].

الجنسيّة إذن معيار ضروري أوّلا لقبول صحّة الاتفاقيّة و كذلك لإدراجها ضمن دفاتر الحالة المدنيّة التونسيّة و لا نقصد هنا شرط أن يكون طالب الإدراج تونسيّا و إنّما يشترط أن يكون له ملفّا يخصّ حالته المدنيّة لدى أحد ضبّاط الحالة المدنيّة بتونس لأنّ المصلحة في ذلك تتمثّل في أن يقع تحيين وثائق الحالة المدنيّة التونسيّة و لو كانت تخصّ شخصا أجنبيّا ولد بتونس و أقيم له رسم حالة مدنيّة في أحد بلديّات تونس .

و يضاف كشرط آخر لصحّة الاتفاقيّة بقطع النظر عن شروط الإدراج شرط الإقامة .

[23] جاء في المادة 3 من اتفاقية حقوق الطفل في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى.

تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهه، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه، وتتخذ، تحقيقا لهذا الغرض، جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة تكفل الدول الأطراف أن تتقيد المؤسسات والإدارات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة، ولا سيما في مجالي السلامة والصحة وفي عدد موظفيها وصلاحيتهم للعمل، وآذلك من ناحية آفاءة الإشراف".

[24] الطلاق الغير قضائي الفرنسي أمام المحاكم التونسية ، قبول على مضض ، سهيمة بن عاشور أستاذة تعليم عال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس

فقرة ثانية : شرط الإقامة

لا بدّ أن تخلو اتفاقية الطلاق من تحيّل الأطراف و إلاّ عجز الاعتراف بها أو اكساءها الصبغة التنفيذية بالرغم من سكوت المشرّع صلب المادة 11 من مجلة القانون الدولي الخاص و يمكن أن يتّخذ التحيّل شكلين مختلفين في القانون الدولي الخاص القوانين، أو بقواعد تنازع الاختصاص .

و لا تتناول مجلة القانون الدولي الخاص في الفصل 30 إلا الشكل الأول من أشكال التحيّل الذي يقوم تغيير مصطنع لعنصر الإسناد لتجنّب القانون المطبق عادة ولم تتعرض المجلة مجالا للشكل الثاني من أشكال الاحتيال المتعلق بقواعد تنازع الاختصاص ، غير أنه من الأسهل بكثير تجنب تطبيق قواعد الاختصاص القضائي ويتخذ الاحتيال المتعلق بقواعد الاختصاص بدوره وجهتين مختلفتين. تتمثل الوجهة الأولى في قيام الخصوم بخلق علاقة وهمية مع نظام قانوني أجنبي من أجل جعل محاكمه مختصة ، فيلجأ مثلا الزوجان التونسيان إلى اختيار إقامة صورية في بلد أجنبي ، أما الوجهة الثانية فإنها تقوم على التحصّل في دولة على حكم و الاحتجاج به في دولة أخرى، كأن يسارع مثلا الزوج المصري بتطليق زوجته التونسية بمصر لتفادي دفع النفقة التي تطالب بها الزوجة أمام القضاء التونسي [25].

لم يبرز القضاة التونسيين ميولا إلى اللجوء إلى آلية التحيل، ولقد أحسنت المحكمة الابتدائية التثبت من غياب التحيل في الالتجاء إلى الطلاق الغير قضائي ، فقد تأكّدت من أنّ الزوجين التونسيين يقيمان بصفة عادية في فرنسا، و أنّ الزوج يعمل هناك و أنّ ابنتهما ولدت هناك، ممّا يعني غياب التحيل من طرفهما، ويبدو التأكد من غياب التحيل مناسبا في حالة الطلاق الغير قضائي . فالالتجاء إلى الطلاق الغير قضائي لا يخضع لشرط الارتباط مع النظام القانوني الفرنسي، و لا يفرض القانون الفرنسي وجود صلة بين المحامين أو عدل الإشهاد أو الزوجين

[25] *Pour une étude d'ensemble sur la fraude, B. Audit, La fraude à la loi, Paris, Dalloz, 1974; E. Cornut, Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille, Préface de Hugues Fulchiron, Defrénois, 2006.*

مع النظام القانوني الفرنسي ، ممّا يجعل حسب البعض القانون الفرنسي حافزا حقيقيّا للسياحة التشريعيّة [26].

يتمثّل إذن شرط الإقامة حائلا دون التّحايل على القانون و أداة لتغيير الوضعيّة المدنيّة لما يجعله كمثل شرط الجنسيّة شرطين شخصيين لصحّة الاتفاقيّة موضوع طلب الإدراج ، لذلك يتعيّن على القاضي الاستعجالي التأكّد من توفّر الشروط الشخصيّة بالإضافة إلى شروط أخرى متعلّقة بالاتفاقيّة في حدّ ذاتها .

المبحث الثاني : الشروط المتعلّقة بالاتفاقيّة

اعتمد الفقه القضاء التونسي و بالتحديد محاكم الأصل على ركيزتين أساسيتين للاعتراف بالطلاق الغير قضائي وهو خلوّه من موانع الاعتراف (فقرة أولى) و مبدأ استمرارية الحالة المدنيّة (فقرة ثانية)

فقرة أولى : الشروط المرتبطة بمدى خلوّ الطلاق الغير قضائي من موانع الاعتراف

لقد نصّ المشرّع صلب الفصل 11 من مجلّة القانون الدولي الخاصّ شروطا للاعتراف بالأحكام و القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية الأجنبية و كان من الصعب على القاضي التثبّت من خلوّ الطلاق الفرنسي من موانع الاعتراف فقد قام بمجهود لتأويل هذا الفصل بطريقة تكون مناسبة مع الاتفاقية المراد الاعتراف بها و تتميّز هاته القراءة بضرورة الخوض في الأصل ، إذ يفرض الاعتراف تحليلا دقيقا لمقتضيات الاتفاقية المبرمة من الأطراف و تقييم ما جاء بها و ما أسند لكل واحد من حقوق و واجبات .

* عدم تنافي اتفاقية الطلاق حكما صادرا عن القضاء التونسي

لقبول الطلاق الغير قضائي لا بدّ من توفّر شرط عدم تنافيه مع حكم صادر عن المحاكم التونسية.

[26] P. Hammje, « Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé », Rev. crit. DIP, 2017,n26

فهل كان التثبت من هذا الشرط مفيدا ؟ من الصعب تصور تصرفا متناقضا من طرف الزوجين للطلاق بالتراضي في فرنسا من جهة و التوجه للمحاكم التونسية من جهة أخرى...ولكن من

الممكن تصور التجاء الزوجين للطلاق الاتفاقي بفرنسا و توجه أحدهما للقضاء التونسي ، فإذا سبق الحكم التونسي اتفاق الطلاق الفرنسي، فإن الفصل 11 يساعد في إيجاد حل لتسوية النزاع ، إذ لا يقع الاعتراف بالسندات الأجنبية "إذا سبق الفصل في نفس موضوع النزاع و بين نفس الخصوم و لنفس السبب بقرار غير قابل للطعن بالطرق العادية". و تعطي إذن المجلة الأولوية للحكم التونسي على الحكم الأجنبي، فمن باب أولى، أن يفضّل الحكم التونسي السابق على الاتفاق المتعلق بالطلاق [27].

و لكن بالنظر إلى سرعة الطلاق الاتفاقي كما نظمه المشرع الفرنسي، من الممكن أن يودع اتفاق الطلاق لدى عدل الإشهاد بين تعهد القاضي التونسي وقبل صدور حكم الطلاق و بالتالي فإجراءات الطلاق المفروضة حسب القانون التونسي قد تطول و تنقضي عادة عدة أشهر بين تعهد القاضي وصدور حكم الطلاق،

فهل يمكن أن يشكل سير الإجراءات أمام المحاكم التونسية سببا لرفض الاعتراف؟ كيف يمكن

حلّ النزاع بين اتفاقية الطلاق الفرنسية والإجراءات التي بدأت أمام المحاكم التونسية؟

و حيث ينصّ الفصل 15 من الاتفاقية التونسية – الفرنسية المؤرخة 28 جوان 1972، على تفضيل الإجراءات الوطنية، شريطة أن يكون تعهد المحاكم الوطنية قد سبق المحاكم الأجنبية، و لكن هذا الحلّ لا ينطبق لأنه لا يتعلّق سوى بالأحكام القضائية ، كما لا يمكن الرّجوع إلى حجية الأمر المقضي به بالخارج لأنه لا يتعلق إلا بالأحكام القضائية [28].

[27] الطلاق الغير قضائي الفرنسي أمام المحاكم التونسية ، قبول على مضض ، سهيمة بن عاشور أستاذة تعليم عال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس

[28] L'exception de chose jugée à l'étranger. Sur cette question, S. Ben Achour, « Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé tunisien », Revue internationale de droit compare, 2013, n° 2, p. 287.

فقرة ثانية : واجب احترام مبدأ تلاؤم الحالة المدنيّة

إلى جانب خلوه من موانع الاعتراف فان الطلاق المبرم بفرنسا حظي بقبول المحكمة الابتدائية بتونس لان ذلك يتوافق مع مبدأ تلاؤم الحالة المدنية.

يمثل مبدأ تلاؤم الحالة المدنية أساسا لقاعدة جوهرية في القانون الدولي الخاص الاعتراف الحيني للأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية .

و لقد أقرّ فقه القضاء الفرنسي قاعدة الاعتراف الحيني منذ أواخر القرن التاسع عشر. إذ أقرت محكمة التعقيب الفرنسية في قرار بولكلي الشهير الصادر في 28 فيفري 1860 أن "الأجنبي الذي انفصل زواجه الأول قانونيا في بلده بالطلاق، اكتسب حريته ويحمل معه هذه الحرية أينما يريد أن يقيم "[29] و يستند الحكم إلى تبرير بسيط : لا يمكن أن تتغير الحالة الزوجية بمجرد عبور الشخص المعني الحدود ، أمّا في القانون الدولي الخاص التونسي، فانّ مبدأ الاعتراف الحيني استغرق وقتا طويلا ليفرض نفسه.

و بالرغم من أنّ النصوص كانت تكرّسه، فانه لم يحظ بالقبول من طرف فقه القضاء إلاّ مؤخّرا [30] و بدأت المحاكم تأخذ به قبيل صدور مجلة القانون الدولي الخاص [31]، ثم تأكّد هذا التوجه بعد ذلك ، فأقرّت المحكمة الاستئناف بتونس في قرار صادر بتاريخ 13 أفريل 2005 أنه "يجب أن تكون لحالة الأشخاص المدنية نفس الأثر في أي مكان، و إخضاع الحكم الأجنبي القاضي بالطلاق لإجراء الاكساء بالصيغة التنفيذية يعني أن طرفيه يعتبران قبل حصول ذلك في عداد المطلقين في البلد الذي صدر به و متزوجين خارجه وهو أمر غير مقبول واقعا و قانونا لاعتبار أن عدم ثبات الحالة المدنية للأشخاص يؤدي إلى قيام وضعية مزعجة بل خطيرة على الاستقرار

[29] Cass. civ., 28 février 1980, Bulkley, B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5eme édition, 2006, n°4. Selon cet arrêt, « l'étranger dont le premier mariage a été légalement dissous dans son pays par le divorce a acquis définitivement sa liberté et porte avec lui cette liberté partout où il lui plaira de résider».

[30] يراجع مالك الغزواني، "ضرورة الاعتراف الحيني بأحكام الطلاق الأجنبية"، المجلة التونسية للقانون 2000، ص 85.

[31] محكمة التعقيب، قرار تعقيبى مدنى، عدد 49602، 6 ماي 1997، القضاء و التشريع 2002، عدد 1، ص 223.

العائلي و بالتالي مخلة بالنظام الاجتماعي و يترتب عن ذلك أن الحكم الأجنبي القاضي بإيقاع الطلاق هو حكم يعترف به بالبلاد التونسية بمنأى عن اكسائه بالصيغة التنفيذية [32].

و ارتبط مبدأ استمرارية الحالة الشخصية في الحكم المعلق عليه بضرورة تدخّل القضاء الاستعجالي، إذ اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس أن "التأكد الموجب لتدخل قاضي العجلة هو وجود تهديد لحق لا تحتمل حمايته أي انتظار" إذ "طالما حصل الطلاق بين طرفيه بفرنسا و أنتج آثاره بأن صار كل منهما في حل من الروابط الزوجية و اطمأنا إلى تغيير حالتهما المدنية مع ما يستتبعه ذلك من انتظارات مشروعة على مستوى حياتهما الشخصية...فان رفض الاعتراف بهذه الوضعية الجديدة بالرغم من انعدام كل منازعة جدية فيها، من شأنه أن يتسبب لطرفي الطلاق في ضرر متفاقم بخلق عدم انسجام واضطراب في حالتهما المدنية و التشويش على حياتهما الخاصة و حرمانهما من التمتع و ممارسة الحقوق المنجرة عن تغيير حالتهما المدنية". و تضيف المحكمة أنه "يكون من واجب قضاء العجلة التدخل لإيقاف هذا الضرر و منع تفاقمه و ذلك بالاعتراف بالطلاق المذكور بتونس و الإذن لضابط الحالة المدنية بإدراجه".

الإدراج إذن هو وسيلة تضمن التناسق في الحالة المدنيّة التّي ترافق الشخص حيث ما حلّ ، تنوّع شروطها بحسب معاييرها الشخصيّة المتمثّلة في الجنسيّة و الإقامة و معاييرها الموضوعيّة المرتبطة بمضمون الاتفاقيّة ذاتها و بتضافر تلك الشروط تعطي الاتفاقيّة بماهي اتفاق على فسخ عقد و إنهاء مؤسسة الزّواج آثارها القانونيّة في التراب التونسي رغم نشأتها في دولة أجنبيّة طبق نظام قانوني متميّز يتلاءم مع طبيعة هذه المؤسّسة .

[32] محكمة الاستئناف بتونس، عدد 15886، 13 أفريل 2005، غير منشور، مذكور من طرف للطفي الشاذلي و مالك الغزواني، مجلة القانون الدولي الخاص معلق عليها، مركز الدراسات القانونية و القضائية، 2008، ص 302.

الفصل الثـــــاني :

نظام إدراج اتفاقيّات الطلاق بالتراضي بالحالة المدنية التونسية

لقد تفاجأ القضاء التّونسي فعلا بهذه الآليّة المستجدّة في إنهاء العلاقات الزوجيّة فتنازعته لذلك رغبتان أوّلهما تسوية الوضعية القانونية لأشخاص تأثّرت حالتهم المدنيّة بهذه الاتفاقيّة و ثانيهما السّعي نحو ضمان أقصى ما يمكن من رقابة قضائيّة على مؤسّسة الطلاق بماهي فضّ للعلاقة الأسريّة فكيف يمكن إذن التوفيق بين هاته المتناقضات خاصّة مع تراجع الدّور القضائي في الرّقابة .

لم يكن من السهولة أن تتلاءم القواعد الإجرائيّة في المنظومة القضائيّة التونسيّة التقليديّة مع هذه الوضعيّة المستجدّة لذلك تعدّدت المحاولات التّي قام بها المحامون لتطويع الشروط الإجرائيّة التقليديّة لتتلاءم مع هذه المؤسّسة الحديثة مؤسّسة فضّ العلاقة الزوجيّة بواسطة الاتفاقيّة الشخصيّة و اتّخذ القضاء من ذلك مواقف بين القبول و الرفض فاستبعدت الآليّات التقليديّة من التدخّل (المبحث الأول) لتفسح المجال للآليّات الأخرى المقبولة (المبحث الثاني)

المبحث الأوّل : آليات مستبعدة

لقد ولدت هذه الآليّة الطلاق الرّضائي حديثا بالقانون الفرنسي لحلّ إشكاليّات اجتماعيّة سيطرت على المجتمع الفرنسي و اعتبارا لعوامل تاريخيّة و اجتماعيّة و تنامي ظاهرة الهجرة و إقامة العديد من التونسيين بالدولة الفرنسيّة تأثّرت دفاتر الحالة المدنيّة في المنظومة القانونيّة التونسيّة بهذا التغيير دون أن يوجد حلّ تشريعي وطني أو دولي للتلاؤم مع هذه الوضعيّات .

و لئن كان ضبّاط الحالة المدنيّة بتونس محكومون باتفاقيّة التعاون الثنائيّة التونسية–الفرنسيّة التّي تسمح من منطلق مبدأ التعامل بالمثل بإدراج القرارات و الأحكام المتعلّقة بالحالة المدنيّة مباشرة بدفاتر الحالة المدنيّة لكلّ دولة منهما لذا كان الاتّجاه أوّلا نحو الإدراج الإداري المباشر (فقرة أولى) وهو ما استقرّت البلديّات على رفضه تماما مثلما استقرّ فقه القضاء على اعتبار عدم قبوليّة الاتفاقيّات المتعلّقة بالطلاق أحكاما قابلة للاكساء (فقرة ثانية)

فقرة أولى : الإدراج الإداري

تأسّس هذا الاحتمال على الاتفاقيّة القضائيّة الثنائيّة بين تونس و فرنسا التّي تتيح الإدراج المباشر للقرارات و الأحكام القضائيّة بدفاتر الحالة المدنية إذا كانت متعلّقة بالحالة الشخصيّة .

و يتيح هذا الحلّ السرعة في المعاملات ، التلاؤم مع المنظومة التشريعية في محيطها الدولي خاصّة و أنّ للمعاهدات قوة ثبوتيّة أقوى من القوانين و رفع الإحراج عن القاضي التونسي الذّي لا يمكن قانونيّا أن يتدخّل في غير اكساء القرارات القضائية .

هذا الحلّ لم يقبله ضابط الحالة المدنيّة بتونس المحكوم بلوائح و تراتيب إدارية دقيقة لا يجوز تجاوزها ممّا افتقد معه حلّ الإدراج الإداري.

فغياب الصبغة القضائية للاتفاق على الطلاق يمنع اعتباره سندا صحيحا و ثابتا يخوّل إدراجه ضمن دفاتر الحالة المدنيّة للطالب أيّ كانت الاعتبارات التّي تؤيّد القول فيه ضرورة أنّ قبول إدراج الاتفاق غير القضائي على الطلاق فيه تقويض للطبيعة القضائية للطلاق في النظام القانوني التونسي و ما يحمله من منطلقات و مبادئ متولّدة عن بعضها البعض و مترابطة بشكل قد يهدّد النظام العام الاجتماعي المضمّن بمجلّة الأحوال الشخصيّة .

فالصبغة الغير قضائية للطلاق كانت سببا في الرفض المشروع الذي جابهت به مصالح الحالة المدنية الأطراف، فقد كانت سجينة المقتضيات الواضحة للاتفاقية سنة 1972 المبرمة بين تونس و فرنسا و التي لا تتعلق إلا بالأحكام الصادرة عن السلطات القضائية و بالتالي تسمح فقط بإدراج الأحكام القضائية الصادرة في مادّة الطلاق إدراجا إداريّا مباشرا .

و يتأسّس موقف وزارة العدل في رفض الإدراج في أهميّة الصبغة القضائية للطلاق في القانون التونسي التي تشكّل أحد الأركان الجوهرية لقانون الأسرة التونسي ، **و** قد فرضت في تونس عام 1956، بمجرد صدور الأحوال الشخصية، و رافقت قواعد أساسية أخرى مثل حظر تعدد الزوجات، وإلغاء الولاية في الزواج. وكان إصدار قانون الأحوال الشخصية، بالنسبة للدولة

التونسية الشابة، "ثورة من خلال القانون" ابتعدت بها عن الحلول التقليدية للشريعة الإسلامية وضمنت للمرأة التونسية وضعية لا تزال إلى يومنا هذا متميزة في العالم العربي.

و تفتح المجلة الطلاق أمام الزوجين بنفس الشروط ولنفس الأسباب ، و بالإضافة إلى ذلك، تعزّزت الطبيعة القضائية للطلاق بمجموعة من القواعد الإجرائية الإلزامية منها إجراء جلسة صلحية ، أو ثلاث جلسات في حالة وجود أطفال قاصرين و تعيين قاض الأسرة و التأكد من بلوغ الاستدعاء للمدعى عليه و ترتبط الصبغة القضائية للطلاق بمبدأ المساواة بين الزوجين ، فبحرمان الزوج من إمكانية حلّ الزواج على أساس إرادته الانفرادية، أسند المشرع التونسي إلى القاضي سلطة إيقاع الطلاق على قدم المساواة، و مهمة حماية مصالح الأسرة و الزوجة.

و لقد تفطّن ضبّاط الحالة المدنيّة باكرا إلى عدم قابليّة الاتفاقيّات الرّضائيّة للإدراج الإداري المباشر ضمن وثائق الحالة المدنيّة فاتّخذ موقف الإدارة التونسيّة في استبعاد ذلك الإدراج و لم يصدر فيما نعلم أيّ منشور تفسيري يؤيّد هذا الموقف أو ينفيه لذا اعتبر الإدراج الإداري آليّة مستبعدة في مجال إدراج الاتفاقيّات الرّضائيّة تماما مثل آليّة تدخّل قاضي الأصل لاكساء اتفاقيّات الطلاق النفاذ بتونس.

و أمام ثبوت تعذّر الإدراج توجّه أصحاب اتفاقيّات الطلاق للقضاء .

فقرة ثانية : الاكساء القضائي

إنّ تنفيذ القرارات و الأحكام الأجنبية كتكريس لفكرة التعاون الدولي أصبح اليوم من القرارات الحتمية, ذلك أنه لا يمكن جبر أطراف النزاع على إعادة نشر القضية الأمر الذي قد يضيع لهم حقوقهم علاوة على خسارة الوقت والمال ، كما أنّ مكان تنفيذ الأحكام مثلا لا يمكن تحديده مسبّقا، إذ يضلّ إحتماليّا في مرحلة صدور الحكم ، غير أنّ هذا القول لا يسمح بالقبول الآلي لتنفيذ القرارات الأجنبية، لهذا وجب توفير بعض الضمانات كاشتراط مراقبة الأحكام الأجنبية المطلوب إدماجها في النظام القانوني الوطني بغاية تنفيذها, ذلك أنّه من حقّ الأطراف الحصول على الإستقرار في معاملاتهم عبر الحدود، فمجرّد وجود عنصر أجنبي لا يجب أن يتسبّب في

هدم هذا الإستقرار الذي أصبحت تحتّمه التطورات الحاصلة في العلاقات الفردية. وتجدر الملاحظة هنا أنه وإن كان من المسلّم به أنّ السّلطة العامة للدولة لا يمكن أن تمارس إلا فوق ترابها, وهو مبدأ مكرّس في القانون الدولي العام بما أنّ القوة العامة لا تتحرك إلا بإذن أو رخصة من السلطات العامة، إلا أنّه يبقى من واجب الدولة التي تحاول الإستجابة إلى مقتضيات التطورات العصرية, الحاصلة في العلاقات الفردية الدولية, أن تضع إطارا قانونيا يمكنها من قبول الأحكام الأجنبية في نظامها القانوني وذلك تطبيقا لمبدأ السيادة.

لهذا وقع إخضاع تنفيذ القرارات الأجنبية إلى الحصول على إذن قضائي ، وذلك عن طريق دعوى الإكساء بالصيغة التنفيذية، التي تتمثل في الدعوى التي يتمّ القيام بها بغاية الإعتراف بحكم أجنبي وإمكانية تنفيذه بالبلاد التونسية .

إنّ إخضاع الحكم الأجنبي أو القرار الأجنبي إلى الإذن بالتنفيذ, يكتسي **أهمية كبرى** على المستوى التطبيقي لما آثاره مفهوم الحكم أو القرار من جدل فقهي. فقد كان المشرع التونسي لا يعترف إلا بالأحكام القضائية (الفصول 316 / 317 / 318 / 320 / 321 من مجلّة المرافعات المدنية و التجارية وقد ألغتها مجلة القانون الدول الخاص) وأحكام المحكمين الدولية (الفصل 277 من مجلّة المرافعات المدنية و التجارية ألغي بمجلة التحكيم والفصل 80 من مجلة التحكيم) ورسوم الحالة المدنية المتعلقة بالتونسيين والأجانب المحررة بالخارج بشرط أن يكون تحريرها قد تمّ طبق التراتيب المعمول بها بذلك البلد (الفصل 16 من القانون المنظم للحالة المدنية).

و قد أقرّت مجلة القانون الدولي الخاص ما كان يعترف به التشريع السابق ولم تضف إليه إلا الإعتراف بالقرارات القضائية الولائية .(كان معترفا بها في بعض الإتفاقيات الدولية الثنائية وبالنسبة للقرارات الصادرة عن محاكم ذلك البلد فقط)

و يجد هذا التأويل سنده فيما تضمّنه العنوان الثالث من المجلة الذي صيغ هكذا : "في تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية" بحيث وردت صفة "القضائية" بعد كلمتي الأحكام والقرارات المعطوفتين على بعضهما، ومن المعلوم أن الوصف بعد متعاطفين يعود عليهما معا حسب

قاعدة الفصل 520 من مجلّة الالتزامات و العقود ، كما يجد سنده فيما تضمّنه الفصل 12 من نفس المجلة من إستعمال المشرع لكلمة قرارات إما متبوعة بقضائية أو بولائية ، ومن المعروف أنّ عبارة القرارات الولائية مصطلح قانوني لا يستعمله المشرع التونسي إلا في معنى القرار القضائي وهو ما أكّده جواب وزارة العدل على سؤال طرحه مجلس النواب حول مفهوم القرارات الولائية الواردة بهذا الفصل .[33]

و يقصد بالأحكام والقرارات القضائية الأجنبية:

–الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن هيئات القضاء الرسمي (قضاء الدولة) في المادة المدنية والتجارية وفي المادة الجزائية فيما يخص تعويض الأضرار وترجيع المكاسب فحسب وتعتبر بمثابة أحكام أجنبية الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية– مثل قرارات محكمة العدل الدولية الدائمة.

–والقرارات الصادرة عن الهيئات التحكيمية.

–أما السندات التنفيذية الأخرى (العرفية مثل بعض الحجج الرسمية) وإن لم تتعرض لها المجلة فإنّ الرأي السائد بشأنها في الفقه المقارن هو أنها لا يؤذن بتنفيذها إلا بشرط المعاملة بالمثل و بعد التأكد من كونها صحيحة وفق قانون السلطة التي قامت بتحريرها.
والملاحظ أن التشريع التونسي الداخلي لا يعترف إلاّ بعدد محدود جدا من السندات العرفية مثل السند المرسم وكتب الإتفاق على التعويض الذي يبرم بين المتضرر من حوادث الشغل والأمراض المهنية والصندوق القومي للضمان الإجتماعي أو صاحب العمل (الفصول 74/73/72 من القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/02/21) .
– أما القرارات الصادرة عن السلطة الإدارية فما تزال غير معترف بها من قبل النظام القانوني وبالتالي لا يمكن الإذن بتنفيذها بتونس.

إنّ المقصود بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية بتونس ليس التنفيذ الإختياري المتروك لمطلق إرادة أطراف الحكم، وإنما المقصود هو التنفيذ الجبري الذي بإستعمال السلطة العامة القوة

[33] مقال موضوعه الشروط الإجرائية لاكساء الأحكام و القرارات القضائية الأجنبية ، للمحامية ايمان نصري، الصادر بتاريخ 15 أوت 2010

المادية لحمل المحكوم عليه على الإمتثال لما أمرت به الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار الأجنبي ومن هذا المنطلق يكون الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي بدون قيد أو شرط متعارضا مع فكرة السيادة لأن إستخدام السلطة العامة للقوة المادية محدود بإقليم الدولة حسب المبادئ السائدة في القانون الدولي العام ولأن السلطة المكلفة بالتنفيذ الجبري لا يمكنها بوصفها مرفقا عاما أن تنفّذ إلاّ الأحكام التي تصدر عن سيادة الدولة التي تنتمي إليها.

لكن مبدأ السيادة الذي يتعارض والإذن بتنفيذ الأحكام الأجنبية يقابله مبدأ أخر هو تآزر كل السيادات (كل الدول) لصيانة حقوق كل الأشخاص داخل أقاليمها وهذا المبدأ يقتضي تنفيذ الأحكام الأجنبية حتى خارج حدود الإقليم الذي صدرت فيه.

فقبول النظام التونسي للأحكام الأجنبية ليس قبولا مطلقا لذلك وضع المشرع التونسي ضوابط و شروط بالفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص ينبغي أن تتوفّر في الحكم الأجنبي حتى يمكن تنفيذه بتونس ، كما توجد إلى جانب المجلة المذكورة, عدة إتفاقيات تعاون قضائي أبرمت مع أغلب الدول العربية والأوروبية هدفها تنظيم شروط الإعتراف بتونس بالأحكام الصادرة عن محاكم الدولة المتعاقدة ، وفي هذا الإطار يمكن حوصلة القول بما جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس في 2000/06/27 "بأنّ تنفيذ حكم طلاق أجنبي" مثلا " هو قرار خطير يفترض مراقبة السلطة القضائية للشروط الواردة بالفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص لأنها الساهرة وحدها على سلامة ما يمكن قبوله في النظام القانوني التونسي من قرارات أجنبية"، و بالتثبت في الشروط الواردة بالفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص نلاحظ أنّ الفقرة الأولى تحيل الرقابة إلى الفصل 8 من نفس المجلة الذي بدوره يحيل في الفقرة الخامسة منه إلى التثبت من وجود اتفاقيات أو نصوص خاصة من عدمه.

إنّ قبول تنفيذ القرارات الأجنبية تصل حدّ التشدد مما يؤدي إلى رفضها في العديد من الأحيان كإخضاعها لشروط صعبة كشرط النظام العام مثلا يضل في حاجة إلى المراجعة للتوفيق بين المبادئ الأساسية للقانون ومصلحة الأفراد, بإعتبار أن رفض قبول تنفيذ القرارات الأجنبية يجعل علاقات المتقاضين تفقد توازنها بمجرد تجاوز الحدود الوطنية وتلحق بها ضرر الأمر الذي لا يستساغ.

و هذا الأمر يدعونا إلى تحليل هذه الشروط أو الظروف الحقيقية التي تجعل حكما أصدرته دولة ما ينتج آثارا أو يصبح له بعدا دوليا في إنتاج آثاره وذلك خارج الإطار الجغرافي للدولة التي نشأ فيها.

فالنظام القانوني التونسي على المستوى المدني لا يقبل اكساء أي حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية إلا بعد تأكده من تحقق عدة شروط إجرائية وردت حصريا بالفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاصّ ، ذلك قبل مراقبة الشروط الأصلية لهذه الأحكام و القرارات.

لقد تمّ الالتجاء إلى آليّة الاكساء كحلّ لفرض إدراج اتفاقيّات الطلاق ضمن المنظومة القانونيّة التونسيّة معتبرين أنّ هذه الاتفاقيّة بعد تضمينها صلب الحجّة العادلة التّي يحرّرها عدل الإشهاد داخل دولة المنشأ تتحوّل إلى قرار قابل للاكساء في الدولة التّي ينشأ القرار فيها آثاره لكن بقي الجهد قاصرا لسببين اثنين أوّلهما إنّ القرارت المتخذة ضمن مجال الحالة المدنيّة بدولة فرنسا تدرج آليّا و لا تمرّ بآليّة الاكساء و لا تخضع له ، و ثانيهما إنّ الاتفاقيّة هي عقد رضائي تبادلي ناشئ عن مبدأ سلطان الإرادة لدى الأشخاص و لا يمرّ عبر القضاء فلا يكتسب حينئذ صبغة القرارات القضائيّة .

و قد أصدرت المحكمة الابتدائية بتونس الدائرة السابعة و العشرون المنتصبة للقضاء في مادة الأحوال الشخصية عددا من الأحكام أكست فيها اتفاقيات الطلاق الغير قضائي الفرنسي بالصبغة التنفيذية منها الحكم عدد 11766 بتاريخ 22 جانفي 2018 ، كذلك المحكمة الابتدائية بنابل تدخّلت لاكساء إيقاع الطلاق بالتراضي الحاصل بين تونسي و زوجته الروسية بالصيغة التنفيذية في الحكم الشخصي عدد 8135 الصادر منها بتاريخ 06 جوان 2018 معلّلة أنّه قد سبق حصول ذلك في روسيا و استغلت المحكمة لبيان موقفها الفصل 12 من مجلة القانون الدولي الخاص معتبرة « أنّ روح مجلة القانون الدولي الخاص تقوم على الاعتراف بالوضعيات القانونية التي نشأت بالخارج طبقا للصيغ المعترف بها في دولة المنشأ حتى و إن لم يكن لها شبيه في القانون التونسي شريطة احترام مقتضيات الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص ، مضيفة أنّ الطلاق موضوع القضية أنتج آثاره بالفعل في الدولة الروسية و تمّ ترسيمه

بسجل الحالة المدنية و تنفيذه و حيث أنّ روح مجلة القانون الدولي الخاص تقوم على الاعتراف بالوضعيات القانونية التي نشأت بالخارج طبقا للصيغ المعترف بها في دولة المنشأ حتى و إن لم يكن لها شبيه في القانون التونسي و ذلك بشرط عدم خلافها للفصل 11 من نفس المجلّة» ، كما أصدرت نفس المحكمة حكما قضائيا في مادّة الأحوال الشخصية انتهى باكساء الطلاق الاتفاقي الصيغة التنفيذية وهو الحكم عدد 8417 الصادر بتاريخ 04 جويلية 2018 و الذّي اعتمدت فيه محكمة نابل مجدّدا على تأويل الفصل 12 من مجلة القانون الدولي الخاص و ذلك بعد التثبت من وجود الموانع المذكورة بالفصل 11 من نفس المجلة.

و يعتبر التوجه الذي اتخذته دائرة الأحوال الشخصية صائبا و دالا على قدرة القضاء التونسي على التأقلم مع التغيير ، لهذه الطريقة جانب ايجابي فهي طريقة تسمح بالاعتراف بكل ما جاء بالاتفاقية غير أنّ الحلّ المتبنّى من قبل الدائرة السابعة و العشرون المنتصبة للقضاء في مادة الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية بتونس و المحكمة الابتدائية بنابل لم يثبت عليه القاضي التونسي الأصلي لسببين :

* لطبيعة القرار باعتباره حجّة رسميّة صادرة عم عدل إشهاد لا يمكن أن تعتبر حكما قابلا للاكساء .

* لإتبّاع المحامي أيسر السّبل و أسرعها ذلك أنّ إجراءات الاكساء قد تطول أحيانا خصوصا عندما يكون المدّعى عليه مقيمة بالخارج ، فاستدعاء المدّعى عليه يخضع لمقتضيات الفصل 70 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية، فلا يمكن أن يقلّ ميعاد الحضور لدى المحكمة عن 21 يوما قبل الجلسة إذا كان المدّعى عليه مقيما بالبلاد التونسية و 60 يوما إذا كان مقيما بالخارج ما يفسّر توجّه المحامي للقضاء الاستعجالي للمطالبة بالإذن لمصالح الحالة المدنيّة بإدراج اتفاقيّة الطلاق .

المبحث الثاني : آليّات مكرّسة

في ظلّ استبعاد آليتي الاكساء القضائي و الإدراج الإداري للاتفاقيات الرّضائية تكفّلت المحكمة الابتدائية بفضّ هذا النزاع اعتبارا إلى مبدأ ولاية القاضي على كلّ النزاعات و أيضا تكريس لمبدأ التلاؤم في الحالة المدنيّة و كان ذلك عبر آليتي القضاء الاستعجالي (فقرة أولى) و الأذون على العرائض (فقرة ثانية)

فقرة أولى : القضاء الاستعجالي

هي الطريقة التي توخّاها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس دائرة 16 المنتصبة في مادة القضاء الاستعجالي عدد 86358 بتاريخ 14 نوفمبر و تفيد الوقائع أنّ زوجان لهما الجنسية التونسية والجنسية الفرنسية و مقيمان بفرنسا أبرما بتاريخ 9 جوان 2017 اتفاقية بحضور محام لكل واحد منهما، للطلاق بالتراضي طبقا لمقتضيات قانون 18 نوفمبر 2016 ، ونظمت الاتفاقية كل آثار الطلاق المالية و الشخصية و منها مسألة حضانة البنت القاصرة وحق الزيارة نفقتها، ثم وقع إيداع اتفاقية الطلاق لدى عدل إشهاد بمدينة كان يوم 16 جوان 2017 ، و توجّه الزوجان بعد ذلك لمصالح الحالة المدنية بتونس لإدراج اتفاقية الطلاق برسوم الحالة المدنية ، و لمّا رفضت المصالح الإدراج، قصد الزوج القضاء الاستعجالي طالبا الإذن بذلك .

و حيث اغتنمت المحكمة الابتدائية بتونس مادة استعجالي دائرة 16 الفرصة الممنوحة لتحاول توجيه فقه القضاء إذ يتميّز الحكم الصادر عنها بجرأته و وجاهة الحلول للاعتراف بالوضعيات القانونية التي نشأت بالخارج طبقا للصيغ المعترف بها" في هذه الدولة التّي أتى بها متجاوزا جمود النصوص التشريعية إذ قبل حكم الطلاق متجاوزا شكل اتفاقية الطلاق (اتفاقية الطلاق ليست حكما قضائيا بل كتب خطي مودع لدى عدل إشهاد) إذ لم تسعى إلى تكييفه لكي لا تخوض في الأصل و خيرت الدائرة 16 الاستعجالية السكوت عن مسألة التكييف واقتصرت على التذكير بأن "الطلاق وقع بفرنسا بكتب خطي مودع لدى عدل إشهاد" و حبذت الارتقاء إلى "روح مجلة القانون الدولي الخاص" و اعتدتّ فقط بمضمونه ، فقد حرصت على التثبت من توفّر الشروط الواجب توفّرها و المذكورة في الجزء الأوّل كخلوّه من موانع الاعتراف طبق الفصل 11

من مجلة القانون الدولي الخاص و عدم إخلاله بالنظام العام و عدم وجود شبهة تحيّل المتمثّل في تغيير مصطنع لعنصر الاسناد لتفادي القانون المنطبق و مدى تلاؤم الحالة المدنية في القانون الدولي الخاص ، و باعتبار أن معاهدة 1972 لا تنطبق[34]، اتجه قاضي بالدائرة 16 بالمحكمة الابتدائية بتونس إلى مجلة القانون الدولي الخاص عله يجد فيها ما يمكنه من قبول اتفاقية الطلاق ، و لكن هل تسمح مقتضيات المجلة بقبول الطلاق الغير قضائي؟ تنطبق مجلة القانون الدولي الخاص ، أولا و بالذات، على الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية.

و يمكن أن تشمل أيضا السندات الأجنبية الصادرة عن السلطات العمومية ، فبالرغم من غموض أحكام مجلة القانون الدولي الخاص، يعتبر جانب من الفقه التونسي أن أحكامها المتعلقة بالاعتراف و الاكساء بالصبغة التنفيذية تنطبق على السندات الصادرة عن السلطات العمومية [35]، إذ تشير مقتضيات مجلة القانون الدولي الخاص إلى الأحكام من جهة و القرارات من جهة أخرى [36] فتنطبق قواعد الاعتراف و الإكساء على السندات العمومية مثل الطلاق الصادر عن السلطة الإدارية أو الطلاق الذي تلقاه المأمور العمومي.

[34] لا يمكن تطبيق معاهدة سنة 1972 في حالة الطلاق الغير قضائي لأنها لا تتعلق إلا بالأحكام القضائية فالاتفاقية لا تنطبق إلا على الأحكام الصادرة عن السلطات القضائية في كلا البلدين و المتعلقة بالحالة الشخصية و هذا ما اقره صراحة القاضي الاستعجالي الذي اختار أن يحرر نفسه من أحكام المعاهدة ، باعتبار أنها لم تتعرض إلا لما كان موجودا في تاريخ إبرامها أي الأحكام التي تصدر عن السلطات القضائية بالإضافة إلى ذلك، فان اتفاقيات الطلاق المبرمة بفرنسا لا يمكن أن تخضع لمعاهدة أخرى تربط بين تونس و فرنسا وهي المعاهدة المتعلقة بالتعاون القضائي في مادة الحضانة و حق الزيارة و النفقة و المؤرخة في 18 مارس 1982(اتفاقية التعاون القضائي في مادة الحضانة و حق الزيارة و النفقة بين الجمهورية التونسية و الجمهورية الفرنسية، المبرمة بباريس في 18 مارس 1982، المصادق عليها بمقتضى القانون عدد 87-82 المؤرخ في 2 ديسمبر 1982، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 1983، عدد 78). وضعت هذه المعاهدة شروطا خاصة لإكساء الأحكام الصادرة عن السلطات القضائية بالصبغة التنفيذية في مادة الحضانة و حق الزيارة و النفقة

.

[35] Un acte public étranger. En ce sens, S. Ben Achour, La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien, CPU, 2017, p. 48; M. Ben Jemia, « L'exequatur des décisions étrangères en matière de statut personnel », RTD. 2000, p. 139; A. Mezghani, Commentaires du Code de droit international privé, CPU, 1999, p. 184 et 185; S. Triki, La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille, Thèse, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2012, n°307 à 311; « La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé de la famille », in Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger, RIPCAM, sous la direction de Lotfi Chedly et Souhayma Ben Achour, Latrach éditions, Tunis, 2015, p. 117.

[36] يقتضي الفصل 12 من مجلة القانون الدولي الخاص أنّه " يؤذن بتنفيذ الأحكام و كذلك القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصّة و تكسي بالصيغة التنفيذية متى سلمت من الموانع المنصوص عليها بالفصل 11 من هذه المجلة "

و لقد ذهب فقه القضاء التونسي إلى هذا المنحى معتبرا أن السندات الأجنبية الصادرة عن السلطات العمومية خاضعة لأحكام الاعتراف أو الإكساء فهل يمكن أن نعتبر الطلاق الغير قضائي حجة رسمية أي سندا أجنبيا عموميا؟ صحيح أن القانون الجديد قلص من أهمية دور عدل الإشهاد في على مستوى الحجج الرسمية، إذ لا يضفي عدل الإشهاد الصبغة الرسمية على الكتب، و لكنه يمنحه الصبغة التنفيذية ، ولكن هذا التراجع في دور عدل الإشهاد لا يعني تخييبه ولا يخرج الاتفاقية من النطاق الموسع للحجج الرسمية و على كلّ، يمكّن هذا التكييف اتفاقية الطلاق من الانضواء تحت لواء السندات العمومية مما يؤدي إلى فتح باب الاكساء للطلاق الغير قضائي حسب قواعد مجلة القانون الدولي الخاص.

كما يتّسم هذا التمشّي بسرعته من حيث الإجراء ، إذ يقع استدعاء الخصم طبقا للفصل 203 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية في غضون 3 أيّام قبل موعد الجلسة و لكن مجال تدخّل القضاء الاستعجالي أصغر من مجال الاكساء إذ لا يسمح إلاّ بالإذن بإدراج اتفاقية الطلاق بدفاتر الحالة المدنية باعتباره يتوقّف مسبقا على الاعتراف به بتونس وهو ما يقتضي بدوره في الوقوف على اختصاص قاضي العجلة كما حدّده الفصل 201 من مجلّة المرافعات المدنية و التجارية بالنظر في مدى توفر شروط الاعتراف فقد اقتضت الفقرة الأولى من الفصل 201 أنه يقع النظر استعجاليا وبصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكدة و بدون مساس بالأصل .

أ*شرط عدم المساس بالأصل

و رأت المحكمة إنّ عدم المساس بالأصل المحدّد لاختصاص القاضي الاستعجالي هو انعدام المنازعة الجدية في المطالب المرفوعة إليه حيث يقتصر فيها الأمر على توفير حماية ضرورية لحق ظاهر لا يثير صعوبة ولا تعارضه خصومة جدية تستدعي الخوض في جوهر ذلك الحق وجودا أو عدما.

و حيث وقع الطلاق موضوع الطلب بفرنسا بكتب خطي مودع لدى عدل إشهاد وخارج إطار قضائي ومن وجه أوّل أنه لا مانع جدي يحول دون الاعتراف بالطلاق حتى و إن لم يأخذ شكل

حكم قضائي طالما لا يتعارض مع مضمون الاتفاقية التونسية الفرنسية المتعلقة بالتعاون القضائي في المادة المدنية والتجارية المبرمة في 28 جوان 1972 و التي لم تتعرض إلاّ لما كان موجودا في تاريخ إبرامها و لا يخالف مجلة القانون الدولي الخاص التي ترمي في روحها إلى الاعتراف بالوضعيات القانونية التي نشأت بالخارج طبقا للصيغ المعترف بها بدولة المنشإ وذلك تيسيرا لإقرار الحقوق على المستوى الدولي بشرط احترام الضوابط الضرورية لحماية النظام القانوني التونسي [37].

أمّا من وجه ثانيا لا بدّ من تطابق تلكم القرارات الغير قضائية في مادة الطلاق الواقعة بالخارج مع النظام العام الدولي التونسي و كذلك الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من الدولة التونسية تطبيقا لأحكام الدستور(مبدأ عدم التمييز بين المرأة والرجل وحماية المصلحة الفضلى للطفل في حال وجوده وذلك طبقا للفصلين 21 و47 من الدستور و الفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة واتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل) و التثبت من توفر الشروط المتعلقة بالاشخاص و بالاتفاقية المنصوص عليها سابقا (أنها لم تنبني على التحيل ، لم تنافي حكما بقواعد تنازع القوانين أو بقواعد تنازع الاختصاص صادرا عن القضاء التونسي و تعلق بنفس النزاع أطرافا و موضوعا) وطالما تأكّد أنّ تعهّد القضاء الإستعجالي استجاب للشرط الأول والمتمثل في انعدام المنازعة الجدية بخصوص أصل الحق، وجب المرور للركن الجوهري الثاني موضوع الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية .

ب* **ركن التأكّد :**

لقد حاول الحكم الإستعجالي المذكور الإنصهار في مجال التدخل العادي لقضاء العجلة مع صبغ ذلك التدخل بنكهة القانون الدولي، فتم التأكيد على وجود تهديد لحق لا يحتمل أي إنتظار ذلك أنه وطالما حصل الطلاق بين الطرفين بفرنسا وأنتج آثاره فإن القاضي الاستعجالي يكون مختصا بالنزاع ، كما يكمن الدور الخلاق لذلك الحكم في إعتماده لعدة مصادر مثل الفصل 24 من الدستور الجديد ليتمّ التأكيد على مبدأ تلاؤم الحالة المدنية فإنّ رفض الإعتراف بهذه

[37]مقال موضوعه الدور الخلاّق للقضاء ، المصادقة على الطلاق غير قضائي بقلم الأستاذ محمد هيثم بن مخلوف

الوضعية الجديدة بالرغم من إنعدام كل منازعة جدية فيها من شأنه أن يخلق حالة من عدم الطمأنينة ويلحق ضررا متفاقما.

و نذكر أحكاما قضائية استعجالية اتسمت بجرأتها و تبنت هاته النظرية الحديثة العهد في القانون الدولي الخاص و هي "نظرية الاعتراف بالوضعيات الخاصة التي قد تصدر عن إرادة الأطراف و تكون صحيحة حسب قانون الدولة التي نشأت بها طبقا لقواعد التنازع الأجنبية " و التي اعتمدها القاضي الاستعجالي لإمكانية قبول الطلاق الغير قضائي كالحكم الاستعجالي عدد 86358 **و** الحكم الصادر بالمحكمة الابتدائية بتونس المنتصبة في المادة الاستعجالية بالدائرة الصيفية عدد 96501 بتاريخ 01 أوت 2018 ، و الحكم الصادر عن الدائرة 16 بالمحكمة الابتدائية بتونس عدد 93867 بتاريخ 05 جوان 2018 .

يتدخّل القضاء الإستعجالي الذي راقب وتأكد من عدم مساس الموضوع بالأصل وبالنظام العام وانتفت شبهة التحيل فأذن بالتالي لضابط الحالة المدنية بإدراجه برسم ولادة الطالب ، لكن هذا الموقف و في رأي البعض من المحاكم الاخرى بمادة القضاء الاستعجالي أنّ ذلك يصطدم بمسألة اجرائية وهي مدى اختصاص القاضي الاستعجالي بالبت في مثل هذه المسألة التي تتطلب حتما و بالضرورة خوضا في الأصل طالما كان عليه التثبت من توفر شروط تطبيق الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص و التمحيص الدقيق لاتفاق الطلاق و بنوده و القانون الذّي تأسّس عليه و النظر في وجود تحيّل على قواعد الإسناد من عدمه وهي مسائل يصعب بل يستحيل التسليم بأنّها يمكن أن تنعقد لفائدة اختصاص قاض الاستعجالي سيّما و أنّه تتجلّى مظاهر الضعف حسب البعض للتوجّه الذّي تبناه القاضي الاستعجالي بمحكمة تونس من الناحية المبدئية عند حضور طرفي الطلاق و تمسك احدهما برفض المطلب لخرق بعض من الحقوق و الإجراءات الأساسية صلب اتفاق الطلاق أو عدم احترام القواعد القانونية للبلد الأجنبي فلا بد أن يثير القاضى الاستعجالي أنّ هناك مساس بالأصل من تلقاء نفسه و ليس فقط عند منازعة أحد الأطراف .

فقرة ثانية : الأذون على العرائض

عند تعذّر الأطراف إدراج اتفاقية الطلاق الغير قضائية بدفاتر الحالة المدنية سواء أن كان ادرايّا أو قضائيّا و نظرا للخطر الملمّ و سعيا لحفظ حقوقهم و مصالحهم من الضياع يجوز للأطراف اعتماد آليّة الإذن على عريضة تتميّز بسرعة البتّ فيها اذ يتوجّب على الأطراف تقديم مطلب في ذلك لدى رئيس المحكمة الابتدائية مباشرة أو عن طريق محام حسب الفصول 213-218 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية و يتوجّب التنصيص على الحقّ الثابت و الخطر المحدق و يمكن الحصول على ردّ من رئيس المحكمة الابتدائية في أجل أقصاه 24 ساعة .

و يتوجّب على الأطراف إثبات الضرر الحاصل صلب العريضة ذلك أن يقوم صاحب المطلب بإثبات طلاقهما بفرنسا طبقا للفصل 229 _1 من المجلة المدنية الفرنسية كما وقع إضافته بالقانون المؤرخ في 18 /11 /2016 مع توفر شرط الجنسية و الإقامة و إمضاء بحضور كل من الزوجين بحضور محام لكل منهما على كتب تضمن تراضيهما على الطلاق و تم إيداعها لدى عدل الإشهاد بفرنسا و منذ ذلك التاريخ يصبح الطلاق نافذا و منتجا لآثاره سيّما و أنّ اعتراف اتفاقية التعاون القضائي المؤرخة في 28 جوان 1972 بين تونس و فرنسا في المادة المدنية و التجارية و الاعتراف بالأحكام العدلية و تنفيذها و اعترافها بالوثائق القضائية و غير القضائية و تبنيها مبدأ لاستمرارية الحالة المدنية و الاعتراف الحيني يؤسّس الاعتراف بهاته الاتفاقيات .

و لعلّ محكمة ابتدائية المنستير كانت الأكثر جرأة في هذا الإطار حين ذهبت إلى إمكانية الإذن بترسيم الطلاق غير قضائي بمقتضى إذن على عريضة لا غير وهو الإذن على عريضة عدد 37545 بتاريخ 15 مارس 2018 ، كما تبنّت المحكمة الابتدائية بتونس نفس الموقف اثر قبولها إدراج كتب اتفاقية الطلاق بالتراضي الحاصل بين زوج و زوجة حاملين الجنسية التونسية بفرنسا و تنصيصه بدفاتر الحالة المدنية بتونس وهو الإذن على العريضة عدد 82417 .

في استقراء لموقف قضاة الأذون من هذه الآليّة يتبيّن أنّها بقيت مواقف هشّة ذات صبغة شخصيّة ترتبط بشخص القاضي و مدى توفّر فيه من الجرأة و التصدّي للفصل في النزاعات ، و مع الصبغة الولائيّة لآليّة الإذن على العريضة فقد انقسمت المواقف إلى قبول و رفض و لا يمكن فهم الأسس القانونيّة لكلّ موقف اعتبارا إلى عدم قابليّة قرار الإذن أو رفضه للتعديل بل بلغ الأمر إلى التناقض في الوضعيّات الواحدة ليقع رفض الإذن في مناسبة أولى ثمّ قبوله في مناسبة ثانية رغم وحدة الأطراف و وحدة الموضوع و وحدة تعليل طلب الإذن .

خاتـــــمة عامـّــة

لقد أصبح التخلّي عن مبدأ قضائيّة الطلاق واقعا ملموسا فرض نفسه فكان لا بدّ على القضاء أن يواكب "التطوّر التراجعي " لذلك تعدّدت الآليّات بين رفض و بين قبول في تأويل متعسّف حتّى التناقض للنصوص أوجد مواقف توحي بانعدام الأمن القضائي فتقدّم طلبك للإدراج و لا تعلم نهاية تلك المغامرة لكونها رهينة إرادة قضائيّة غير مقيّدة بنصّ و غير مستقرّة على اجتهاد لذا كان اللّزام التدخّل وفق محورين اثنين أوّلهما حلّ قطعي بعيد المدى يكرّس هذه الآليّة و ينظّمها تشريعيّا خاصّة مع فشل المحاولة الصلحيّة القضائيّة عند انعقاد نيّة الأطراف عند إيقاع الطلاق فيكون التقاضي تعطيلا لمصالح النّاس غير متوافق مع الحقيقة الواقعيّة وهو حلّ يقطع مع الصبغة القضائيّة للطلاق بالتراضي و حلّ وقتي إداري يتدخّل فيه القضاء بأحكامه الصادرة تعقيبيّا أو تتدخّل فيه الإدارة بمناشير تفسيريّة و بمذكّرات أعمال نحو المحاكم لتوحيد الاجتهادات في هذا الخصوص .

الفـــهـــــــــرس

المقـــــدّمة

الفصل الأول: شروط إدراج اتفاقيّات الطلاق بالتراضي بالحالة المدنية التونسية

مبحث أول : الشروط المتعلّقة بالأشخاص

فقرة أولى : شرط الجنسية

*** مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة و مصلحة الطفل**

فقرة ثانية : شرط الإقامة

*** خلوّه من تحيّل الأطراف**

مبحث ثاني : الشروط المتعلّقة بالاتفاقيّة

فقرة أولى : خلوّ الطلاق الرّضائي من موانع الاعتراف

*** عدم تنافي اتفاقية الطلاق حكما صادرا عن القضاء التونسي**

فقرة ثانية : واجب احترام مبدأ تلاؤم الحالة المدنيّة

*** قاعدة الاعتراف الحيني**

الفصل الثاني : نظام إدراج اتفاقيّات الطلاق بالتراضي بالحالة المدنية التونسية

مبحث أوّل : الآليّات المستبعدة

فقرة أولى : الإدراج الإداري

فقرة ثانية : الاكساء القضائي

مبحث ثاني : الآليّات المكرّسة

فقرة أولى : القضاء الاستعجالي

أ) شرط عدم المساس بالأصل

ب) ركن التأكّد

فقرة ثانية : الأذون على العرائض

خاتـــمة عامّـــة

المـــراجع

I- المراجع باللغة العربية

1- المــذكّرات

*سناء ع الله : الطلاق الاتفاقي للمغاربة في المهجر بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاصّ بجامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كليّة العلوم القانونية و الاقتصاديّة و الاجتماعية لسنة 2005-2006 .

2-المقالات و النشريات

* سهيمة بن عاشور ، الطلاق الغير قضائي الفرنسي أمام المحاكم التونسية ، قبول على مضض "تعليق على الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 14 نوفمبر 2017 (عدد 86358)

*مقال موضوعه الشروط الاجرائية لاكساء الأحكام و القرارات القضائية الأجنبية ، للمحامية ايمان نصري ، الصادر * بتاريخ 15 أوت 2010 .

*مقال موضوعه الدور الخلاق للقضاء ، المصادقة على الطلاق غير قضائي بقلم الأستاذ محمد هيثم بن مخلوف .

*مقال موضوعه اتجاه قضائي جديد : القضاء يأذن بإدراج طلاق مبرم بفرنسا بدفتر الحالة المدنية بتونس بتاريخ جانفي 2018 بجريدة الشروق .

*يراجع مالك الغزواني "ضرورة الاعتراف الحيني بأحكام الطلاق الأجنبية " المجلة التونسية للقانون 2000 ، ص 85 .

3-متفرقات

* اتفاقية التعاون القضائي في المادة المدنية و التجارية و الاعتراف بالأحكام و تنفيذها ، مصادق عليها بمقتضى قانون عدد 65 لسنة 1972 ، الرائد الرّسمي للجمهورية التونسية لسنة 1972 ، عدد 32 .

* رأي مركز الدراسات القنونية و القضائية ، 25 ماي 2017 .

* رأي لجنة تنقيح مجلّة القانون الدولي الخاصّ ، نوفمبر 2017 .

* المادّة 3 من اتفاقية حقوق الطفل.

II- المراجع باللغة الفرنسية

1-Livres

*S.Ben Achour "la reception des decisions etrangeres dans l'ordre juridique tunisien , CPU , 2017 ,p 48

*M.Ben Jemia "Répudiation islamique et effet atténué de l'ordre public " in le code tunisien de droit international privé , deux ans après , CPU , 2003 , p .129 .

* K.Meziou " Formation du mariage et principe de monogamie " in polygamie et répudiation dans les relations internationales ,unité de recherches RIPCAM,éditions AB Consulting , 2006 , p .43 .

*S Ben Achour " L'ordre juridique tunisien face à la répudiation islamique " in répudiation dans les relations internationales, Unité de recherches RIPCAM , éditions AB Consulting 2006 , p 43 .

* M.Ben Jemia "Répudiation islamique et effet atténué de l'ordre public " in le code tunisien de droit international privé , deux ans après , CPU , 2003 , p .129 .

*B.Audit , la fraude à la loi , Paris , Dalloz , 1974 .

2- Articles

*P.Hammje " Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé " Revue ecrit , DIP , 2017 , n°26 .

*S.Ben Achour "Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé tunisien " Revue internationale de droit comparé , 2013 , n°2 , page 287 .

*M.Ben Jemia " L'exequatur des decisions etrangères en matiere de statut personnel " RTD ,2000 , p 139

*"La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé de la famille " in Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'etranger , RIPCAM , sous la direction de Lotfi Chedly et Souhayma Ben Achour , Latrach Editions , Tunis , 2015 , p .117 .

* A .Mezghani , commentaire du code de droit international privé , CPU, 1999 , p 184 et 185 .

*TPI .Tunis , 27 juin 2000 , n°34179 , RTD.2000 , p 425 , note M.Ben jemai

3-THèses et Memoires

*S.Triki ; la coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille , thèse , Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne , 2012 , n°307 à 311

*M. Ben jemia " Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille " thèse , faculté des sciences juridiques ,politiques et sociales de Tunis , année 1997

الملاحق