مركز المرأة العربية للتدريب والبحوث	الموضوع : قوانين الاسرة	ا لرقم
	المصدر : الاخبار القانونية	موقع الواب :	البلد : تونس
		التاريخ09-2008	العدد و [ص]:

جواز الطلاق بالوكالة

جرت العادة في عمل المحاكم التونسية على مطالبة الطرف طالب الطلاق - طبق الفقرات الثلاث من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية - بالحضور شخصيا بجلسة المحاولة الصلحية وإلا فانه يحكم برفض الدعوى. فهل إن هذا الإجراء صحيح وقانوني في نظر مجلة الإجراءات المدنية والتجارية وكذلك مجلة الالتزامات والعقود ومجلة الاحوال الشخصية ؟

أولا : بخصوص مجلة الإجراءات المدنية والتجارية

في ما عدا الفصل 205 من هذه المجلة و المتعلق بالقضاء الاستعجالي الذي ينص «إذا لم يحضر الطالب أو نائبه الرسمي - بالجلسة - فان القضية يقع طرحها «فان جميع الدعاوي بمختلف المحاكم (ناحية أو ابتدائية وعقارية) لا يقع طرحها أو رفضها لعدم حضور المدعي طالما كانت مؤيدة وملفاتها تامة الشروط من الناحية الشكلية إذا يجيز القانون عندئذ لهذه المحاكم أن تواصل النظر فيها وإن تصدر أحكامها دون توقف على حضور المدعي شخصيا، أو نائبه، في القضايا التي تكون فيها إنابة المحامي وجوبيه.

ثـــانيا : بخصوص مجلـــة الالتزامـات والعقـــود

نص الفصل 1117 من هذه المجلة على ما يلي : «التوكيل الخاص هو الذي يتعلق بقضية أو قضيا مخصوصة أو الذي يقتصر على مأمورية محددة فلا يباشر الوكيل في ذلك إلا القضايا أو الأعمال المعينة له ما يتعلق بها تعلقا ضروريا بحسب العادة ونوع القضية».

بينما وردت صيغة الفصل الموالي 1118 كما يلي : «التوكيل على الخصام يعتبر توكيلا خاصا وأحكام هذا القانون تجري عليه فليس لوكيل الخصام إلا ما خصص له ولا يسوغ له قبض المال ولا الإقرار ولا الاعتراف بدين ولا الصلح إلا إذا نص له على ذلك ويجب أن يكون التوكيل على الخصام بالإشهاد غير ان الوكيل اذا كان ماذونا بموجب القانون حمل على انه وكيل في القضية التي حججها بيده ولو لم يكن بيده رسم توكيل فيها».

وما نستخلصه من هذين النصين القانونيين ان الوكالة الجائزة امام القضاء في كل القضايا ودون استثناء. إذا ان ورود عبارة القانون عامة وشاملة التوكيل الخاص هو الذي يتعلق بقضية او قضايا مخصوصة» يعني اطلاق التوكيل وجوازه في كل القضايا دون تحديد او استثناء لبعض القضايا مثل تلك التي تهم الاحوال الشخصية او غيرها».

ولو تعلقت ارادة المشرع باقامة أي تحديد لبعض الانواع من القضايا لنص على ذلك التحديد صراحة وحرفيا.

وهو ما يدعو الى اخذ هذا النص على اطلاقه و شموله دون تحديد او تقيد لمجال تطبيقه عملا بالقاعدة القانونية الواردة بالفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود التي تقول : «اذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على اطلاقها».

اما الفصل 1118 فهو وان كان يهم التوكيل على الخصام - أي انابة المحامي امام القضاء المدني - الا انه لم يحصر كذلك مجال هذا التوكيل في بعض القضايا دون غيرها وقد جاء بهذا النص صراحة انه لا يسوغ لوكيل الخصام (أي المحامي) القيام ببعض الاعمال مثل الصلح الا اذا نص له على ذلك»...

أي انه لا يجوز له القيام ببعض الاعمال المحددة على وجه الحصر بهذا الفصل مثل قبض المال او الاقرار ولا الاعتراف بدين «ولا الصلح» الا اذا نص على ذلك. أي شريطة ان يكون توكيله يشمل القيام بتلك الاعمال.

والمهم في هذا النص انه يشمل الصلح ولو كان مقيدا بشرط التنصيص للوكيل على ابرام الصلح.

والملاحظ ان الصلح هنا ورد بصيغة عامة ومطلقة أي في القضايا عامة - المدنية والتجارية - دون ان يستثني القضايا المتعلقة بالاحوال الشخصية...

وعملا بنفس القاعدة الواردة بالفصل 533 اعلاه فالمفهوم من هذا النص ان انابة المحامي في الجلسات الصلحية لقضايا الطلاق ممكنة وجائزة قانونا ولو مع وجوبية شمول التوكيل أو الإنابة التنصيص على الحضور بالطور الصلحي او محاولة الصلح.

وحيث انه عملا كذلك بالقاعدة الاجرائية الواردة بالفصل 14 من مجلة الاجراءات المدنية والتجارية التي تنص على انه «يكون الاجراء باطلا اذا نص القانون على بطلانه او حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام او احكام الاجراءات الاساسية وعلى المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها» فانه لا بطلان بدون نص.

وهنا وما دام ليس هنالك نص قانوني واضح يمنع الطلاق بالوكالة سواء بواسطة توكيل أي شخص عادي سواء من الاقارب او الاصدقاء او غيرهم او توكيل مهني كالمحامي فان الطلاق بالوكالة يعتبر صحيحا من الناحية القانونية وجائزا من الناحية الاجرائية لعدم منعه باي نص قانوني واضح ولان هذه الوكالة لا تمس بقواعد النظام العام وباحكام الاجراءات الاساسية.

فالدعوى مرفوعة طبق الاجراءات المعمول بها قانونا وفي نطاق الاحترام التام لقواعد النظام العام كما انها لا تمس باحكام الاجراءات الاساسية.

بل هي علاوة على ذلك تحفظ حقوق جميع الاطراف فبالنسبة للموكل تكون حقوقه مضمونة بنص التوكيل الذي يقيد الوكيل ولا يجيز له تجاوز او تعدي حدود الوكالة، واما بالنسبة للطرف الثاني فحضوره يمكنه من الدفاع عن مصالحه ونيل كامل حقوقه طبق القانون.

ثـالثا : بخصـوص مجلـة الاحـوال الشخصيـة

يبقى الاشكال قائما والموضوع مطروحا ازاء مجلة الاحوال الشخصية. وفي الحقيقة انه بالرجوع إلى أحكام الفصل 32 من هذه المجلة نجده ينص في فقرته الثانية على ما يلي : «ولا يحكم بالطلاق الا بعد ان يبذل قاضي الاسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجّز عن ذلك».

وهذه الفقرة لا تنص صراحة على وجوب حضور مدعي - سواء كان الزوج او الزوجة - شخصيا بهذه الجلسة الصلحية. مما يترك الباب مفتوحا لانابة شخص اخر عنه سواء بتوكيل خاص اذا كان شخصا عاديا من العائلة او من الاصدقاء او بموجب انابة محام كما لاحظناه بالنقطة السابقة.

وما يؤكد ذلك هو انه اضافة لكون هذه الفقرة لا توجب حضور المدعي بالذات شخصيا - وكذلك الامر بالنسبة للمدعي عليه - بهذه المحاولة الصلحية، فان الفقرة الموالية أي الثالثة تركز على مسالة عدم حضور المدعي عليه في صورة عدم بلوغ الاستدعاء اليه شخصيا وتاجيل النظر في القضية مع الاستعانة بمن يراه قاضي الاسرة لاستدعاء المعني بالامر شخصيا او لمعرفة مقره الحقيقي واستدعائه منه».

أي ان المشرع يحرص على بلوغ الاستدعاء شخصيا للمدعي عليه وعلى ان يكون على علم بموعد الجلسة لمواصلة النظر فيها بصفة قانونية ولو في غيابه طالما ثبت بلوغ الاستدعاء لشخصه حفاظا على حقوقه ومنعا لبعض التجاوزات او عمليات التحيل لغاية عدم بلوغ الاستدعاء الى الطرف الاخر وهو ما يعاقب عليه بالسجن مدة عام طبق الفصل 32 مكرر من نفس المجلة.

اما مسالة الحضور شخصيا بالمحاولة الصلحية من طرف الزوجين سواء المدعي او المدعي عليه فهي لم ترد بصفة الوجوب، وبالتالي لم يرتب المشرع على عدم حضور المدعي شخصيا بهذه الجلسة أي بطلان او رفض للدعوى او طرحها.

ولو تعلقت ارادة المشرع بذلك وخاصة بالنسبة لمسالة وجوبية حضور المدعي شخصيا بالمحاولة الصلحية لافردها بفقرة خاصة مثلما تعرض لمسالة حضور المدعي عليه كما تعرضنا له أعلاه.

وهو ما يؤكد في النهاية على ان المشرع ابقى الباب مفتوحا والامكانية واردة وقائمة وجائزة تماما لايقاع الطلاق بالوكالة ولحضور وكيل عن المدعي وكذلك عن المدعي عليه ايضا في المحاولة الصلحية.

وما يدعم هذا الراي هو العمل بقاعدة التوازي في الشكليات.

فما دام ابرام عقد الزواج بالوكالة جائزا قانونا طبق الفصل 9 من مجلة الاحوال الشخصية الذي جاء ناصا على انه : «للزوج والزوجة ان يتوليا زواجهما بانفسهما وان يوكلا من شاءا وللولي حق التوكيل ايضا».

ومن المعلوم ان عقد الزواج هو عقد خطير وله اثار قانونية هامة جدا وانعكاسات وعواقب اجتماعية واسرية وشخصية بالغة فلا مانع قانوني وقياسا على ذلك ان يتم انهاء هذا الزواج وفك العصمة ووضع حد لهذا العقد بتوكيل مثلما يسمح القانون بان يبرم بتوكيل.

فمع تطور الظروف ووجود عدة مواطنين خارج الوطن من المتجه تمكينهم - ولو هم الاقل في مرحلة اولى - من ايقاع الطلاق بالوكالة لكي لا يفقدوا وظائفهم في بعض الحالات ولتسهيل قضاء حاجاتهم ولكون القضاء انما جعل لخدمة المواطنين اينما كانوا وقانون الاجراءات لا يمكنه الا المساعدة على ذلك. وسواء حضر طالب الطلاق شخصيا او بوكالة فالعبرة انما باحترام الاجراءات والمحافظة على حقوق كل الاطراف.

وفي انتظار تدخل المشرع لحسم هذه المسالة بكل وضوح ولسد هذا الفراغ فان فقه القضاء يمكنه في ظل القانون الحالي وفي نطاق ما له من صلاحيات واجتهاد مطلق اصدار احكام طلاق بالوكالة لفائدة العديد من المواطنين الذين تمنعهم ظروفهم من الحضور شخصيا بالمحاولات الصلحية.

وهو دور اجتماعي وانساني اضافة لدوره القضائي والقانوني بما يعكس تطور الاوضاع والظروف الاجتماعية وتفاعله وتجاوبه مع محيطه الاجتماعي وسعيه لايجاد الحلول الملائمة مع ما يطرا من مستجدات في اطار قانوني مرن ومتطور.

بـــدر الديـــــن الربيعـــي

المحـــامي لدى التعقيب