الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل **الحمــد لله**

محكمــة التعقيــب

***عـ28668.2015ـدد القضيــة**

تاريخــه :2016-02-17

أصــدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع في 8 جويلية 2015 من الاستاذ "س. ب. ح"

نيابة عن : "ف. ب. ف. ب. ح" والتي اختارت محل مخابرتها بمكتب نائبها الاستاذ "س. ب. ح".

ضد: "ي. ب. م. م. ب. ف".

وبعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف في 2015/6/19 تحت عدد 7810 والقاضي نهائيا بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي مع تعديله في خصوص الزيارة والاستصحاب وذلك بتخويل المستانفة حق زيارة الابناء "م.م" و"ن. ه" و"م. ي" واستصحابهم خلال ايام الاحاد والاعياد الرسمية وثاني العيدين من الساعة التاسعة صباحا الى ساعة الغروب مع المبيت خلال النصف الثاني من العطل المدرسية واعفاء المستانفة من الخطية والاذن بارجاع المال المؤمن اليها وحمل المصاريف القانونية عليها

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ بالمنستير الاستاذ "م. ب" حسب رقيمه عدد 10221 في 5 اوت 2015 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق المقدمة في 6 اوت 2015

وبعد الاطلاع على الرد على مستندات التعقيب المقدم من الاستاذ "م. ب" في حق المعقب ضده "ي. ب. ف" في 4 سبتمبر 2015 والرامي الى الرفض اصلا

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية المحررة في 2015/12/29 والرامية الى قبول المطلب شكلا ورفضه اصلا والحجز

وبعد المفاوضة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من جهة الشكل

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع الشروط والصيغ القانونية طبق الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتعين التصريح بقبوله شكلا

من جهة الاصل

حيث تفيد وقائع القضية كما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل المعقب ضده راهنا بتاريخ 2012/11/3 لدى المحكمة الابتدائية بالمنستير عارضا انه تزوج بالمطلوبة في الاصل المعقب راهنا بعقد زواج مؤرخ في 2001/7/25 وقد تم الدخول بينهما وانجبا ثلاثة ابناء "م. م" و "ن. ه" و "م. ي" وقد تفطن الى تغير سلوك زوجته وشك في ربطها لعلاقة مع شخص غريب فتقدم بشكاية الى مركز الامن وتم نصب كمين للزوجة رفقة شخص غريب وباقتحام اعوان الامن وجدوها بصدد ممارسة الرذيلة وباقتيادها للمركز رفقته فتح بحث في الموضوع اعترفت فيه باقترافها جريمة الزنا واحيلت على الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية من اجل تهمة الزنا وهي بحالة ايقاف في القضية عدد 7997/2012 وان تلك الافعال تشكل ضررا كما انها اصبحت غير مؤتمنة على حضانة الابناء لذلك فهو يطلب الحكم بايقاع الطلاق بينهما للمرة الاولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوجة

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 27024 بتاريخ 2014/1/24 والقاضي ابتدائيا بايقاع الطلاق بين الزوجين المتداعيين للمرة الاولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوجة والاذن بالتنصيص على ذلك بدفاتر حالتهما المدنية وبطرة رسم صداقهما وباقرار الوسائل الوقتية المتخذة بالطور الصلحي وحمل المصاريف القانونية على المدعى عليها وذلك بناء ثبوت الضرر المتمثل في تعمد الزوجة ربط علاقة خنائية مع شخص اخر وايقاف محاكمة الزنا بموجب الاسقاط من الزوج لا ينفي عنها سوء سلوكها وعدم احترامها للرابطة الزوجية وقداستها

فاستانفته المدعى عليها طالبة نقضه والقضاء مجددا برفض الدعوى كاسناد حضانة الابناء القصر لها فقضت محكمة الدرجة الثانية بالحكم السالف تضمين نصه وذلك

بناء على ثبوت الضرر من خلال محضر البحث وبناء على مصلحة المحضونين وتوفر من يحضن من النساء

فتعقبته الطاعنة طالبة النقض والاحالة ناسبة له ما يلي:

المطعن الاول : في خرق القانون

في خرق مقتضيات الفصل 58 من م ا ش

قولا بان الطاعنة كانت تمسكت بان المعقب ضده يشتغل ويقيم بصفة دائمة بالقطر الفرنسي وهي كذلك وقد انجبت ابنائها هناك وتم ترسيمهم بمقاعد الدراسة بفرنسا وقد اوهم المعقب ضده المحكمة بانه ينوي الرجوع للاقامة بتونس وان له من يحضن من النساء غير انه بعد صدور حكم الطلاق رجع للعمل بالقطر الفرنسي وترك الابناء بحالة اهمال كما تبين انه اوهم المحكمة بان له من يحضن من النساء والحال انه اسند مهمة الاعتناء بالابناء لامراة اجنبية عنه وعنهم وتشرف على نقلهم للمدرسة التي تقع بمدينة واكد الابناء انها غير قادرة على اعانتهم في مراجعة دروسهم لانها لا ترغب في ذلك تبعا لعدم اتقانها اللغة الفرنسية ومحكمة القرار المطعون فيه اهملت اعتماد تلك الدفوعات وقررت ابقاء حضانة الابناء لدى والدهم مخالفة بذلك الفصل 58 من م ا ش التي تعترض ان يكون مستحق الحضانة مكلفا وقادرا على القيام بشؤون المحضون وان تكون عند من يحضن من النساء.

في خرق مقتضيات الفصل 67 م ا ش

قولا بانه بالرغم من غزارة الدفوعات المقدمة لمحكمة القرار المطعون فيه والمتمثلة في مصلحة الابناء القصر تقتضي تحولهم للقطر الفرنسي بسبب اقامة والديهما بصفة مستمرة هناك وسبق ترسيمهم بمقاعد الدراسة بفرنسا وعدم توفر من يحضنهم بتونس وبقاء الابناء بحالة اهمال عند غياب والدهم وتحوله للقطر الفرنسي بحكم التزاماته المهنية غير ان المحكمة اهملت الاخذ بعين الاعتبار لما يفرضه القانون صلب الفصل 67 من م ا ش وقضت باسناد حضانة الابناء لوالدهم على الرغم من ان البحث الاجتماعي لم

يبين ما اعتمدته المحكمة من ان شقيقة المعقب ضده "ك " هي المشرفة على شؤون القصر في غياب والدهم.

في خرق مقتضيات الفصل 251 من م م م ت

قولا بان احكام الفقرة 3 من الفصل 251 من م م مت اوجبت انهاء الملف الى النيابة العمومية قصد الاطلاع على القضايا المتعلقة بعديمي الاهلية وهذه المسالة تهم النظام العام ولم تحترمها محكمتي الاصل وفي ذلك خرق للفصل 251 من م م م ت يوجب النقض.

عن المطعن الثاني في تحريف الوقائع

في خصوص الطلاق :

قولا بان المعقبة تمسكت منذ الطور الابتدائي بعدم ثبوت الضرر المدعى به لعدم ثبوت العلاقة الخنائية بحكم بات خاصة ومحضر البحث الجزائي يعتبر باطلا لعدم اتقان المعقبة للهجة العربية ولعدم الاستعانة بمترجم اثناء الابحاث بعد ان ثبت ان المعقبة مولودة وعلى الرغم من ذلك اقرت محكمة القرار المطعون فيه ما ذهبت اليه محكمة الدرجة الاولى من ثبوت الضرر المتمثل في اقامة المعقبة لعلاقة خنائية مع غير زوجها ومحكمة القرار المطعون فيه حرفت الوقائع لما رات العلاقة الخنائية ثابتة في حق المعقبة والحال ان ذلك لم يثبت بمقتضى حكم قضائي بات ضرورة ان المعقب ضده اسقط حقه في تتبعها قبل صدور حكم ضدها في الزنا وبالتالي فان مسالة اثبات العلاقة الخنائية مع غير زوجها بقيت غير محسومة من الناحية الجزائية وما اشتمل عليه محضر البحث الجزائي من الاخلالات الشكلية يجعل مسالة البت في حصول علاقة خنائية من عدم ذلك مسالة تخرج عن اختصاص الدائرة الشخصية وعلى الرغم من ذلك فقد رات محكمة القرار المطعون فيه ان المعقبة قد اتمت علاقة خنائية مع الغير بما يجعل المحكمة قد حرفت الوقائع

في خصوص الحضانة

قولا ان محكمة القرار المطعون فيه اعتبرت ان للمعقب ضده من يحضن من النساء وهي شقيقته والحال انها تخلت عن الابناء فكلف امراة غريبة عن العائلة وقد ثبت عدم تكفل شقيقة المعقب ضده بالابناء من خلال ما تضمنه تقرير مصلحة النهوض الاجتماعي والذي لم يتضمن تلك المسالة على الرغم من اشارة لسان دفاعها لذلك الدفع وتعليل المحكمة بان للمعقب ضده من يحضن من النساء في شخص شقيقته "ك" فيه تحريف صارخ للوقائع

عن المطعن الثالث في هضم حقوق الدفاع

قولا بانه سبق للسان الدفاع ان تمسك بطلب اعادة البحث الاجتماعي للوقوف على جدية الدفوعات المتمسك بها في خصوص غياب شقيقة المعقب ضده وفي خصوص اقامة المعقب ضده بصفة دائمة غير ان المحكمة اهملت الاخذ بعين الاعتبار لتلك الدفوعات وقضت بابقاء الحضانة لدى والدهم وكان على اعوان مصلحة النهوض الاجتماعي توضيح تلك المسالة ومعاينة وضعية الابناء ومدى قيام المراة التي كلفها الزوج بواجبها لكن البحث لم ياخذ بعين الاعتبار للدفوعات الجدية التي اثارها لسان الدفاع كما كانت المعقبة طالبت بالتحرير عليها وعلى المعقب ضده وعلى ابنائها حتى يتاكد مبنى الالام التي تجرعتها المعقبة ومدى الحرمان الذي عاناه منه ابنائها وحتى تقف المحكمة على حقيقة تلك الوقائع في سبيل التوصل الى مصلحة الابناء المشمولين بالحضانة وفي المقابل فان المعقب ضده لم يثبت انه قادر على الحضانة او ان له من يحضن من النساء

وبالنظر الى ان الحضانة تشمل حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته ورعايته فقد دفعت المعقبة بانها هي الاصلح والاقدر على حضانة ابنيها من والدهما خاصة وهو لم يثبت اخلالها باي واجب من الواجبات المحمولة عليها وطالما ثبت ان محكمة القرار

المطعون فيه قد رفضت الاذن باجراء التحريرات المكتبية المطالبة بها لاثبات تحقق شروط الفقرة 3 من الفصل 67 من م ا ش فان ذلك يشكل خرقا لحقوق الدفاع

وحيث اجاب نائب المعقب ضده بان محاكم الاصل خلال طوري التقاضي اجرت اعمال استقرائية باجراء بحث اجتماعي والتحرير على المحضونين والتحري بخصوص وضعهم النفسي والاجتماعي والدراسي وتبين ان المعقب ضده هو الاقدر على الحضانة وبان الضرر المدعى به ثابت من خلال تصريحات المعقبة وشريكها بمحضر البحث وظبطهما بحالة تلبس بجريمة الزنا.

المحكمـــــة

عن الفرع الاول من المطعن الثاني

حيث استقر فقه القضاء على ان دعوى الطلاق المؤسسة على الفقرة الثانية من الفصل 31 من م ا ش تستوجب ان يكون الضرر ثابتا ومباشرا ومحققا ومن شانه ان يجعل استمرار الحياة الزوجية امرا مستحيلا

وحيث لا جدال في ان تقدير مدى وجود الضرر ووسائل اثباته تعد من المسائل الواقعية الخاضعة لمطلق اجتهاد محكمة الاصل ولا معقب على تقديرها كلما كان حكمها معللا تعليلا مستساغا مبنيا على ماله اصل ثابت بالاوراق

وحيث تبين من اسانيد الحكم المخدوش فيه ان المحكمة التي اصدرته انتهت الى تاييد حكم البداية القاضي لصالح الدعوى بناء على ثبوت الضرر من خلال محضر البحث الجزائي الذي يتاكد منه ربط الزوجة لعلاقة خنائية مع غير زوجها وضبطها معه من قبل الاعوان بمحل في تسوغها واقرارها في تصريحاتها بالبحث بذلك

وحيث وخلافا لما تمسكت به الطاعنة وطالما ان الضرر يمكن اثباته بسائر الطرق القانونية فلا لزوم للادلاء بحكم جزائي بات في ثبوت تلك العلاقة او الزنا ضرورة ان محكمة الاصل قد استشفت من خلال محضر الابحاث الجزائية صدور سلوك مشين عن المعقبة يتثمل في اقامتها لعلاقة بغير زوجها وهو ما يحول دون مواصلة الحياة

الزوجية بقطع النظر عن ثبوت جريمة الزنا وما اكدته محكمة الدرجة الثانية عن صواب بعد ردها لما دفعت به الطاعنة من بطلان محضر البحث لعدم حضور مترجم بالبحث يكون الزوجة تحمل الجنسية التونسية وتتردد على محل ذويها ما يحمل على الجزم باتقانها اللغة العربية وعلى فرض صحة خلاف ذلك فهو لا ينفي حقيقة ضبطها مع شخص غريب فضلا عما تضمنته الصور الشمسية المحتج بها .

وحيث وبالاضافة الى ذلك فان اسقاط التتبع من الزوج لا ينفي حصول الضرر ولا يزيله لما تضمنه محضر البحث من اقرار الزوجة بصدور ذلك السلوك المشين عنها وارتباطها بعلاقة مع غير زوجها وما يمثل ذلك من استهتار بالقيم الاجتماعية وقدسية الرابطة الزوجية ومن اخلال منها باهم الواجبات الزوجية المحمولة عليها والمنصوص عليها بالفصل 23 من م ا ش وخاصة منها واجب تجنب الحاق الضرر بالزوج وحفظ عرضه وشرفه وسمعته

وحيث ان محكمة القرار المنتقد قد وضحت وجهة نظرها بتعليل مستساغ بعد ان تولت الرد على دفوعات الطاعنة وبعد تفحصها لمؤيدات الدعوى دون أي تحريف للوقائع وان النتيجة اتي استخلصتها كانت مبنية على ما له اصل ثابت بالاوراق فاضحى هذا الفرع من الطعن من قبيل الجدل الموضوعي الذي لا يجوز طرحه امام محكمة التعقيب لكونه يهدف الى مناقشة محكمة الاساس في مدى اقتناعها بتوافر الضرر وتقييم الدليل الذي اخذت به وهو من اطلاقاتها سيما وهي عللت حكمها تعليلا سليما مستمدا مما له اصل ثابت بالاوراق واتجه رد هذا الفرع من المطعن لعدم سداده

عن الفرع الثالث من المطعن الاول

حيث ان اجراء عرض الملف على النيابة العمومية في القضايا المتعلقة بعديمي الاهلية على معنى الفصل 251 ثالثا من م م م ت لا ينطبق على قضايا الطلاق ضرورة ان الابناء القصر ليسوا طرفا ولا خصوما فيها واتجه رد هذا الفرع من الطعن لعدم وجاهته

عن بقية فروع المطعنين الاول والثاني وعن المطعن الثالث :

حيث لا جدال في ان مصلحة المحضون هي المعيار الوحيد والاساسي في اسناد الحضانة وان تقييم مصلحة المحضون يعدمن الامور الموضوعية الموكولة لتقدير محكمة الموضوع بحسب الواقع الاجتماعي المبسوط عليها عبر الاوراق وظروف القضية وملابساتها دون ان يكون لمحكمة القانون رقابة عليها في ذلك كلما كان حكمها معللا

وحيث يتبين بالرجوع الى اسانيد الحكم المخدوش فيه انه انتهى الى تقرير ما قضى به ابتدائيا من ان مصلحة المحضونين الثلاثة تكمن في اسناد حضانتهم لوالدهم المعقب ضده

وحيث وخلافا لما تمسكت به الطاعنة فان النتيجة التي انتهت اليها محكمة القرار المطعون فيه تتفق مع اوراق الملف ومع ما اجرى من ابحاث واستقراءات وتحريرات من قبل محكمة الموضوع ذلك انه ثبت من خلال التحرير على المحضونين سواء بواسطة السيد قاضي الاسرة او بواسطة اعوان الوحدة المحلية للنهوض الاجتماعي المنتدبين رغبتهم الملحة في البقاء لدى والدهم فضلا عما اثبته البحث الاجتماعي من توفر الظروف المادية والسكنية الملائمة لحضانتهم ومزاولتهم لتعليمهم بمدينة سوسة ما لم يثبت من ذلك البحث استقرار المعقب ضده فترات طويلة بل عاين اعوان البحث عند اجرائهم لزيارات ميدانية ان تغيب المعقب ضده عن المحضونين وتنقله الى كان لفترات قصيرة ومتقطعة وهو ما اكدته المعقبة نفسها بان صرحت بالبحث ان المعقب ضده يتحول من حين لاخر الى وان عدم استجابة المحكمة لطلب اعادة البحث الاجتماعي واعادة التحريرات على الطرفين وعلى المحضونين لا يوهن حكمها طالما تم اجراء تلك الابحاث وتلك التحريرات ولا جدوى بالتالي من اعادتها

وحيث لم يثبت من الابحاث المجراة في القضية والتحريرات المكتبية أن من مصلحة المحضونين التحول الى صحبة والدتهم مثلما تمسكت به هذه الاخيرة وانما ثبت مزاولتهم لدراستهم واصرارهم على البقاء مع والدهم وعليه فان من مصلحة المحضونين الحفاظ على استقرارهم النفسي والمادي وعدم ازعاجهم

وحيث وفضلا عن ذلك فلا وجود للملف لما يدل على على تخلي شقيقة المعقب ضده عن الاعتناء بالمحضونين ورعايتهم خاصة في مغيب والدهم كما ان عدم خوض البحث الاجتماعي في تلك المسالة لا يعيب الحكم المنتقد طالما حضرت شقيقة المعقب ضده المسماة "ك" بجلسة يوم 27 فيفري 2015 واكدت عند التحرير عليها جلسة انها لا تشتغل وانها تعتني بالمحضونين وتقضي الليل معهم لكون محلها مجاور لمحل المعقب ضده ولكون ابنائها ترشدوا وعليه فقد ثبت ان للمعقب ضده من يحضن من النساء على معنى الفصل 58 من م ا ش ولم تثبت المعقبة خلاف ذلك

وحيث اضحى الماخذ بمخالفة الفصلين 58 و67 من م ا ش وبتحريف الوقائع في غير طريقه بل ان تلك الفروع من الطعن تعد من قبيل الجدل الموضوعي غير المقبول لدى محكمة القانون واتجه ردها لعدم سدادها .

ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بالجلسة المنعقدة يوم 17 فيفري 2016 عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة عزة الهيشري وعضوية المستشارتين السيدتين نورة السوداني وبسمة بودن وبحضور المدعي العام السيد سفيان العرابي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة ليلى الرياحي .

وحـــرر في تاريخـــــه