ر/ب
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل
محكمــة التعقيــب
***عدد 48779.2017 القضيــة**
تاريخــه2017/10/18

أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب االمرفوع في 17/مارس 2017 من الاستاذ "الب. الب." المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن "ز. ق." التي اختارت مقر مخابرتها بمكتب محاميها المذكور اعلاه الكائن ...

ضد: "ا.الر." قاطن ب...

وبعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بتاريخ 21 فيفري 2017 تحت عدد 92552 والقاضي نهائيا بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي مع اتمام نصه وذلك باقرار الوسائل الوقتية المتخذة بالجلسة الصلحية المؤرخة في 2015/07/15 مع تعديل القرار الفوري المتعلق بحق الزيارة وذلك بتخويل الاب حق زيارة ابنه "ي." مع الاستصحاب وذلك ايام الاحاد والاعياد الوطنية وثاني عيدي الفطر والاضحى من الساعة العاشرة صباحا الى غروب الشمس واقراره فيما زاد على ذلك وتخطئة المستأنفة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليها وتغريمها لفائدة المستأنف ضده بثلاثمائة وخمسين دينار عن اتعاب تقاضي واجور محاماة .

وبعد الاطلاع على الرد على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذة "ل. الي." حسب رقيمها عدد 2009 المؤرخ في 2017/04/04 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق المقدمة في 14 افريل 2017وبعد الاطلاع على الرد على مستندات التعقيب المقدم من الاستاذة "س. ب." في حق المعقب ضده "ا. الر." في 2017/05/03 والرامي الى الرفض اصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية المحررة في 2017/06/13 الرامية الى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا مع الحجز.

وبعد المفاوضة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

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

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل المعقب ضده راهنا بتاريخ 14 ماي 2015 لدى المحكمة الابتدائية عارضا انه متزوج بالمطلوبة في الاصل المعقبة راهنا بعقد مؤرخ في 2012/06/02 وتم البناء بينهما وانجبا الابن "ي." وقد ساءت العلاقة الزوجية بينهما فاتفقا على الطلاق طالبا بعد اجراء المحاولة الصلحية الحكم بايقاع الطلاق بينهما للمرة الاولى بعد البناء بموجب التراضي طبق الفقرة الاولى من الفصل 31 من م ا ش.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 99909 بتاريخ 2015/10/20 القاضي ابتدائيا بايقاع الطلاق بين الزوجين "ا.الر." المولود في 1977/06/02 دد 581 لسنة 1972 المضمن ببلدية

وبين "ز. ق." المولود في 1984/11/03 حسب رسم ولادتها عدد 1131 لسنة 1984 المضمن ببلدية ولاية للمرة الاولى بعد البناء بموجب التراضي

والاذن بالتنصيص على ذلك بدفاتر الحالة المدنية للطرفين وتنصيف المصاريف القانونية بينهما.

فاستأنفته الزوجة المدعى عليها طالبة بواسطة محاميها نقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بعدم سماع دعوى الطلاق بموجب الاتفاق واحتياطيا اعادة الجلسة الصلحية بين الطرفين لوجود بوادر استئناف الحياة الزوجية بينهما.

فقضت محكمة الدرجة الثانية بالحكم السالف تضمين نصه بالطالع فتعقبته الطاعنة طالبة بواسطة محاميها نقضه مع الاحالة ناسبة له ما يلي:

خرق احكام الفصل 32 م ا ش والفصل 123 من م م م ت وسوء تطبيق الفصل 242 من م ا ع وهضم حقوق الدفاع:

قولا بان الطاعنة تراجعت اثناء الجلسة الحكمية عن الموافقة على الطلاق لما شعرت به من مدى تأثير الفراق على مصلحة ابنها الصغير ومدى تعلقه بوالده ولم يحضر الزوج بالجلسة الحكمية وكان من الواجب حضوره بها لتأكيد موقفه النهائي امام المحكمة بهيئتها الحكمية الثلاثية وابداء رايه على ضوء الموقف الجديد للمعقبة غير ان المحكمة بدت و كأنها متسرعة في الحكم بالطلاق حال انه كان يجب عليها التأني وعدم الياس في الاصلاح بين الزوجين مراعاة لمصلحة العائلة واحتراما لإرادة المشرع .ومحكمة الحكم المطعون فيه لما ايدت محكمة البداية في القضاء بالطلاق بموجب الاتفاق لم تحالف التوفيق ضرورة وان الاتفاق وان كان قائما اثناء الجلسة الصلحية فهو لم يكن كذلك اثناء الجلسة الحكمية اذ بتراجع الزوجة عن موقفها في الموافقة على الطلاق فلا مجال للقول ان الطلاق بالاتفاق وان الحكم المنتقد شانه ان يفرغ الفصل 32 من م ا ش فقرة 4 من محتواه اذ لو كان المشرع حجّر التراجع في الموافقة على الطلاق لما اوجب تكرار الجلسات الصلحية ثلاث مرات في جميع الصور ايا كان سبب الطلاق انشاء او بالاتفاق او للضرر كما ان قياس المحكمة الموافقة على الطلاق بسائر الاتفاقات الاخرى مبناه الذهول عن ان هذه الاتفاقات تقرر خارج المحكمة ويكفي ان تحرر فيها كتائب خطية او حجج رسمية لتعتمدها المحكمة كالبيع والكراء بخلاف الاتفاق على الطلاق

الذي لا يمكن ان تحرر فيه هذه الكتائب لان الاتفاق لا يكون الا لدى المحكمة ويجب ان يبقى قائما الى تاريخ النطق بالحكم وان القول بخلاف ذلك يجعل من العبث ما حرص المشرع على ابرازه بالفصل 32 من وجوب تكرار المحاولات الصلحية وفترة تأمل تدوم شهرين وعلاوة على ذلك فان محكمة القرار المنتقد لم تنظر اطلاقا فيما اشترطه المشرع من ان اختصار الاجراءات مشروط بعد التأثير على مصلحة الابناء وقد اكدت الطاعنة ان سبب تراجعها في الموافقة على الطلاق كان لمصلحة ابنها الذي ابدى تعلقا بوالده وتأثرا بفراقه عوضا ان تتناول المحكمة هذا الدفع بالدراسة والتحليل أهملته وفي ذلك خرق للفصول 32 م ا ش و123 م م م ت و242 من م ا ع وجب النقض.

2)خرق الفصل 147 من م م م ت :

قولا بان الفصل 147 من م م م ت له صلة بالنظام العام ويعد طلبا جديدا الطلب الذي يزيد او يختلف عن الطلب الاصلي وان الطلب الاصلي لدى محكمة البداية هو طلب الطلاق بالاتفاق دون غيره.

وكان على محكمة القرار المنتقد ان لا تعيد النظر فيما تقرر لدى محكمة البداية من حق زيارة دون استصحاب لان ذلك لم يكن موضوع نزاع ابتدائيا من طرف الزوجين والمطالبة بحق الزيارة مع الاستصحاب في الاستئناف يعتبر طلبا جديدا لم يكن موضوع نظر ولا خلاف من طرف محكمة البداية يضاف لذلك انه ليس لمحكمة الدرجة الثانية اعمال نص حكم محكمة البداية لان ما سهت عنه هذه المحكمة بنص حكمها تعتبر كأنها لم تقض فيه ومحكمة الاستئناف مقصور نظرها على ما كان موضوع طلب لدى محكمة البداية وقضت فيه.

3)خرق الفصل 144 من م م م ت:

قولا بان المستأنف ضده لم يطلب من محكمة البداية ان يكون حق الزيارة مقرونا بالاستصحاب ولم تقض هذه المحكمة بذلك بما يجعل تصدي محكمة القرار المنتقد لهذا الطلب لأول مرة في الاستئناف والاستجابة له يشكل خرقا لأحكام الفصل 144 م م م ت باعتبار انه قضاء فيما لم تقض فيه محكمة الدرجة الاولى لانه لم يكن موضوع نزاع لديها.

وحيث اجابت الاستاذة "س. ب." نائبة المعقب ضده بان الطاعنة التي تحتج على حصول جلسة صلحية واحدة كانت صادقت بالجلسة الصلحية على طلب المدعي اجراء جلسة صلحية واحدة وان تراجعها عن ايقاع الطلاق بالتراضي دون اثبات موافقة المعقب ضده عليه او علمه به يعد في غير طريقه .

ومن جهة اخرى فان محكمة الاستئناف طبقت مقتضيات الفصلين 144 و145 من م م م ت ولا يمكنها ان لا تنظر فيما وقع الاستئناف في شانه في اطار الاستئناف العرضي الواقع من المعقب ضده.

المحكمة:

عن المطعن الاول :

عن الفرع الثاني منه:

حيث ان الطور الصلحي يعتبر من الاطوار الضرورية و الوجوبية في دعاوى الطلاق ونظرا لأهميته فقد اولاه المشرع بعناية خاصة تجسمت بالفصل 32 من م ا ش الذي تناول الاجال التي يمكن رصدها للمحاولات الصلحية والزامية تكرارها ثلاث مرات كلما كان هناك ابن او ابناء قصر مع تكريسه لاستثناء مشروط بالفقرة التاسعة من الفصل 32 م ا ش يخول للقاضي اختصار هذه الاجراءات في حالات الطلاق بالتراضي ما لم يؤثر ذلك على مصلحة الابناء.

وحيث تبين بالاطلاع على الحكم المطعون فيه ان الطاعنة كانت تمسكت ومنذ الطور الابتدائي وبأول جلسة حكمية انها تراجعت لان ابنها متعلق بوالده وجددت نفس الموقف امام محكمة الدرجة الثانية مؤكدة على ان ابنها ابدى تعلقا شديدا بوالده الا ان محكمة الحكم المطعون فيه استندت على عدم جواز الرجوع في الاتفاق على الطلاق من جانب واحد والحال ان ما عبرت عنه الطاعنة من تراجع كان يقتضي من المحكمة مراجعة موقفها بخصوص اختصار الاجراءات واعادة تكرار الجلسات الصلحية عند الاقتضاء طالما ان الامر اصبح متصلا بمصلحة القاصر وهو ما لم تتناوله المحكمة بالدرس والنقاش وما اورث حكمها خرقا لأحكام الفصل 32 من م ا ش والفصل 123 من م م م ت وهضما لحق الدفاع يوجب النقض.

عن الفرع الاول منه:

حيث انتهت محكمة الحكم المطعون فيه الى اعمال قاعدة الفصل 242 من م ا ع للقول بعدم جواز الرجوع في الاتفاق الحاصل امام قاضي الاسرة حول الطلاق من طرف واحد وهي قاعدة تنسحب على العقود التعاملية بخلاف الطلاق بالاتفاق الذي لم يحدد له المشرع شكلا معينا بالفصل 31 من م ا ش لذلك فان الامر يقتضي مراعاة بعض خصوصيات النزاع والقواعد الموضوعية المنظمة له.

وحيث لا خلاف من ان المشرع خول للزوجين بالفصل 31 من م.ا.ش إذ يتفقا على ايقاع الطلاق وجرى العمل على ان يقع توقيع هذا الاتفاق وما تبعه من اثار وقرارات فورية عند الاقتضاء لدى قاضي الاسرة بمناسبة اجرائه للمحاولة الصلحية الا ان هذا الاتفاق لا ينهي العلاقة الزوجية وانما يتحتم قانونا ان يقع تضمينه بحكم قضائي وفي هذه الحالة يظل الاتفاق قبل صدور الحكم مجرد اتفاق مبدئي ولا يمكن ان ينتج اثاره في حل الرابطة الزوجية وفق احكام الفصل 30 من م ا ش الا اذا تمادى الزوجان على العمل بما اتفقا عليه خلال كل اطوار الدعوى لكي يتسنى للمحكمة اثر ذلك اصدار حكمها بالطلاق وترتب اثاره وفق ما حدده الاطراف واصرا عليه ولذلك وحتى اعمالا لقاعدة الفصل 242 مدني مثلما اتجهت الى ذلك محكمة الحكم المطعون فيه فان ما سجل على الزوجين بالجلسة الصلحية يعد من قبيل الاتفاق المبدئي الذي لا يمكن توقيعه الا بصدور حكم وهو ما يقتضي تمادي الزوجين على العمل به في كامل اطوار التقاضي وعليه يكون ما انتهت اليه المحكمة في هذا الصدد قد انطوى على سوء تطبيق لأحكام الفصل 242 من م ا ع وتعين نقضه.

عن المطعن الثاني والثالث لوحدة القول فيهما:

حيث ان حق الاستصحاب يعد من مشمولات الحضانة ومتعلقاتها والمعيار الوحيد عند البت فيها هو مصلحة المحضون والتي يتمتع فيها القاضي بسلطة تقديرية واسعة للحد من حرية الزوجين في الاتفاق على فروع الطلاق ان وجد كما ان مصلحة المحضون تعد من المسائل التي تهم النظام بما يتيح للقاضي اثارتها من تلقاء نفسه وفي اي طور من اطوار التقاضي وعليه

فلا يمكن سحب قاعدة التحجير الواردة بالفصل 147 من م م م ت عليه وتعين رفض المطعن.

عن الفرع الثاني من المطعن الثاني:

حيث تضمنت مستندات الحكم الابتدائي وحيثياته ان المحكمة قد صادقت على القرارات الفورية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة ونفقة الابن الا انها سهت عن ادراجه بمنطوق الحكم وهو ما سعت محكمة الحكم المطعون فيه الى تلافيه دون ان تخلق وضعية جديدة ولم تتجاوز حدود ما سهت عنه محكمة البداية طبق ما جاء بمستنداتها وحيثياتها وتعين لذلك رفض المطعن.

لهذه الاسباب:

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الاصل بنقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف للنظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع المال المؤمن اليها.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بالجلسة المنعقدة يوم اكتوبر 2017 عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة وعضوية المستشارتين بسمة وبحضور المدعي العام السيدة ومساعدة كاتب الجلسة السيد .

وحرر في تاريخه