الهيأة الوطنية للمحامين

 الفرع الجهوي للمحامين تونس

**مصلحة المحضون و القاضي**

 **الأستاذ المشرف على التمرين الأستاذة المحاضرة**

**الأستاذ: عبد الباسط العوني الأستاذة: بدرة العكرمي**

السنةالقضائية: 2015-2016

 **الإهداء**

أتوجه بالشكر إلى أبي العزيز و أمي الغالية و أخواتي أدامهم الله سندا لي ، كما أتوجه بالامتنان لزوجي الفاضل الذي ساعدني في هذا العمل و أبنائي الأعزاء و إلى كل من أعانني على انجاز هذا العمل اعترافا مني لهم بكل ما بذلوه من أجلي.

شكر خاص إلى الأستاذ عبد الباسط العوني على تأطيره الدؤوب لا نجاز هذا العمل و مساعدته لي. و السلام.

 المقدمة

في ظل واقع يزخر بالصراعات العائلية و تحتل فيه قضايا الطلاق الصدارة يظل الطفل هو الضحية الأولى التي تحتاج الى عناية خاصة لتحول دون كل انتهاك يتعرض له الطفل و تحيط بكل الأوضاع و الظروف التي يمكن أن يكون فيها . و تتدعم أهمية هذا الموضوع من خلال غزارة فقه القضاء الصادر في هذا الشأن سواء عن محاكم الأصل أو عن محكمة التعقيب.

فحضور الطفل في القوانين مر بعدة مراحل تمخض عنها تركيز لحقوقه على أساس معيار مصلحته ، فالتشريع الاسلامي ان لم يشر بصفة صريحة الى مبدأ مصلحة المحضون فقد كرسه في عديد الأحكام اذ "لا جدال أن الحضانة في التشريع الاسلامي تنهض على مصلحة المحضون "[[1]](#footnote-2) فهذا المصطلح هو مبنى أساسي جرى العمل عليه في الفقه الاسلامي و عليه يجب أن تعطى له الأولوية في بعض الأحيان . و منذ 1945 تعددت القوانين و المعاهدات التي اعتنت بالطفل و مع التدرج الذي عرفته هذه الأخيرة تدعمت الأهمية بالطفل فامتد صداه الى اعلان حقوق الطفل ليتدعم مؤخرا عبر اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل[[2]](#footnote-3) و التي صادقت عليها الدولة التونسية بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991. و قد تعرض القانون التونسي صلب مجلة الأحوال الشخصية الى معيار مصلحة المحضون دون تحديد لمفهومه .

ان خاصية مبدأ مصلحة المحضون أنه مطاط و لا يسمح بتحديده نظرا لأن هذا المصطلح راجع الى ارتباطه بالحياة التي فيها المراوحة و النسبية مما يجعلها غير قابلة للتحديد مسبقا. كما أنه مبدأ متغير و متطور راجع بالأساس الى تغير حاجيات الطفل و إلى تغير العقليات.

فالملاحظ أن مكانة الطفل تدعمت شيئا فشيئا إذ أصبح تدريجيا كيانا مستقلا بذاته له حقوق خاصة به ككائن يجب حمايته و الحفاظ على مصالحه .فمصلحته التي كانت جزءا من مصلحة العائلة التي ينتمي إليها و التي يجب أن لا تتعارض معها بل تدعمها ليست نفسها مصلحته التي ينظر لها أولا و يقع تسبقتها على مصالح الوالدين[[3]](#footnote-4).

إن تقدير مبدأ مصلحة المحضون سيختلف من فترة زمنية إلى أخرى و من طفل لآخر و هذا ما يبرر عدم دقة هذا المصطلح و غموضه.

إلا أن هذا المبدأ يتميز بتعلقه بالنظام العام و ارتباطه به باعتبار و أن له تأثير كبير نلمسه خاصة في القضايا المتعلقة بالصراع على الحضانة بين الزوجين فقد وقع ضبط معيار مصلحة المحضون كل مرة من منظور مختلف و ظهر تحول ايجابي لموقف محكمة التعقيب التي باتت تتبنى توجها يبتعد شيئا فشيئا على الاعتبارات الذاتية و انتقل فقه القضاء من مفهوم ذاتي للنظام العام إلى مفهوم موضوعي[[4]](#footnote-5) و ذلك بالسعي إلى تحقيق المصلحة الواقعية للطفل فأصبح بذلك مفهوم النظام العام يتدخل كلما اقتضت مصلحة المحضون و التي ليست بالضرورة المصلحة المادية بل مصلحته النفسية فأصبح مجال تدخل النظام العام يقتصر على فرض احترام مبدأ مصلحة المحضون عند تناول مسألة متعلقة بالحضانة أو الولاية عبر تطبيق الإجراءات الكفيلة بتحقيق توازن الطفل النفسي و تلبية حاجياته و توفير القدر الأكبر من الحماية . على هذا الأساس تم إحداث مؤسسة قاضي الأسرة صلب الفصل 32 من م.أ.ش كخطة مستقلة بذاتها لقضاة الرتبة الثانية[[5]](#footnote-6) و التي تعني أن لا يتأهل لهذه الوظيفة إلا القضاة الممارسون للمهنة لفترة لا تقل عن عشرة سنوات ، إلا أنه على مستوى التطبيق يمكن لقاضي دائرة مدنية أو تجارية أن يقوم بمهمة قاضي الأسرة و هو ما من شأنه أن يؤثر على دور قاضي الأسرة و صلاحياته لما يغلب عليه من طابع إنساني و اجتماعي .

فلتقدير مصلحة المحضون وجب أن يتوفر لدى القاضي مجال واسع للاجتهاد ، فأصبحت بذلك الفكرة السائدة في أغلب القوانين فسح المجال لسلطة القاضي ليقدر بحسب اجتهاده ما هو أصلح للطفل خاصة عند إسناد الحضانة لأحد الأبوين عند انفصام العلاقة الزوجية خاصة و أن مصلحة المحضون هي الرائد الـأساسي لمؤسسة الحضانة و المرجع الأساسي و الجوهري في تحديد مستحق الحضانة و للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في ذلك فيذهب به الأمر في بعض الأحيان إلى الإذن بإجراء بحث اجتماعي خاصة و أن مصلحة المحضون تعد من المسائل الموضوعية التي أوكلها القانون لاجتهاد القاضي و تبصره و حكمته ، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي يجريها أين تكمن مصلحته و يعلل حكمه تعليلا واضحا [[6]](#footnote-7).

و هو ما يعتبر ضمانا لمصلحة المحضون فكلما يرى القاضي في اختصار إجراءات الطلاق مساسا بالمبدأ إلا و كان له إعادة الجلسة الصلحية ثلاث مرات إلا أنه رغم السلطة التقديرية الموسعة و إجراءات الطلاق المعمول بها وان جاءت لحماية مصلحة المحضون يمكن أن تتسبب في ضياع الوقت و تعقيد الأمور بعدم الفصل في القضية في حين أنه تكون المصلحة في سرعة الحسم ما دام ليس هناك أمل للصلح و خاصة إذا ما كانت العلاقة بين الزوجين متوترة و مشحونة بالكراهية .وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن مدى احترام معيار مصلحة المحضون في التطبيق القضائي؟

على هذا الأساس سنتطرق في مبحث أول إلى التطبيق القضائي لمصلحة المحضون 1) ثم سنتناول بالدرس ضمانات مصلحة المحضون في التطبيق القضائي في مبحث ثاني2).

المبحث الأول: التطبيق القضائي لمصلحة المحضون:

إن للقاضي دورا حاسما في تطبيق مصلحة المحضون ، و علاقة القاضي بمصلحة المحضون تدعمت و تطورت من خلال نسق التنقيحات التي تعرضت لها مجلة الأحوال الشخصية التي كرست هذا المبدأ عبر أحكامها ، مما ساهم في تدعيم دور القاضي و إعطائه أكثر فاعلية ، حتى تصبح أحكامه و قراراته أكثر جدوى في سبيل تطبيق مصلحة المحضون .وبالنظر إلى معيار مصلحة المحضون المتغير في الزمان و المكان كان ينبغي أن يكون اجتهاد القاضي كاملا غير مقيد لا بترتيب و لا بأولوية[[7]](#footnote-8)

و لكي يقوم القاضي بهذا الدور يجب أن يتوفر لديه مجال واسع للاجتهاد ، فأصبحت الفكرة السائدة هو فسح مجال لسلطة القاضي ليقدر بحسب ضميرهو بصيرته مصلحة المحضون ، و لا يتقيد اجتهاده إلا بالحدود التي ترسمها مصلحته.

فقرة 1: مظاهر التطبيق القضائي لمصلحة المحضون :

ان الاعتناء بمصلحة المحضون تستوجب هيكلا قضائيا مختصا يتأقلم مع طبيعة مصلحة المحضون، و ذلك للحفاظ عليها . و لأجل إنجاح مهام القاضي منح هذا الأخير سلطات هامة الغرض فأصبحنا نتحدث عن سلطة تقديرية واسعة للقاضي (أ) و لكن رغم هذه السلطة التي يتمتع بها فان محاولاته لحسن تطبيق مصلحة المحضون تعرف قصورا (ب).

أ)السلطة التقديرية للقاضي:

مصلحة المحضون هو معيار من المسائل الموضوعية التي أوكلها القانون لاجتهاد القاضي و تبصره و حكمته ، و يتطلب منه ذلك كل الدواعي الشخصية لبذل مجهود في البحث و التقصي نظرا لتداخل الروابط الأسرية . لذلك فان مصلحة المحضون هي المعيار الوحيد للبت في الأحكام التي تنظر في شؤونه و تخضع في تقديرها إلى اجتهاد القاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة.

فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي يجريها أين تكمن مصلحته و يعلل حكمه تعليلا واضحا[[8]](#footnote-9).

و قد مكن المشرع القاضي من سلطة واسعة من أجل خلق فضاء من الحرية في استخلاص قضائه من خلال مظروفات الملف و ما في محتواه من قرائن و مستندات. فالقاضي يسعى الى التحقق من الطرف الذي أسندت اليه الحضانة ان كان الأصلح لتحمل أعبائها ، و يصدر حكمه بهذا الشأن بناءا على ما توصل إليه في إطار السلطة المناطة بعهدته ، فلا يمكن بالتالي مناقشة المحكمة فيما هو موكول لسلطتها التقديرية المطلقة .و في نفس الاتجاه فقد أجاز الفصل 67 من م .أ.ش في فقرته الأخيرة أنه " يمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية ..." و هذه الإجازة هي رهينة إرادة القاضي ، ذلك أن عبارة النص وردت في صيغة الإمكان و القاضي مخير بحسب سلطته التقديرية في إسناد مشمولات الولاية للأم من عدمه حتى و إن اجتمعت فيها جميع الشروط ، و لكن وجب أن يكون تقديره لما استخلصه من الوقائع تقديرا سليما .

إلا أنه رغم هذه السلطة التي يتمتع بها القاضي فان التطبيق القضائي لمصلحة المحضون تبقى محدودة بالنظر إلى عدة معطيات مختلفة .

ب) حدود السلطة التقديرية:

إن إحالة مصلحة المحضون إلى القاضي لن تحضى بالنجاح المطلوب رغم ما يتمتع به هذا الأخير من سلطات موسعة بما أن تدخله متأخر نسبيا . ذلك أن قاضي الأسرة في القانون التونسي ليس قاضي النزاعات العائلية مثلما هو الشأن في فرنسا ، انما هو قاضي صلحي في قضايا الطلاق ، و بالتالي لا يمكنه التعهد الا بوجود قضية منشورة أمام المحاكم ، فمساحة التدخل القضائي مقتصرة فقط على الأوضاع السلبية ، و بعد أن تتطور الأمور و تصل الى مرحلة متأخرة نسبيا و احتمال وقوع الضرر خلالها مرتفع.

ثم إن الوضعيات الإنسانية التي يتعرض لها القاضي عند النظر في القضايا التي تعنى بمصلحة المحضون تجعله رغم موقعه لا يستطيع حسم الخلافات بصفة باتة عن طريق ما توفر لديه من معلومات و ذلك لتعلقها بذات الأشخاص و بنفسيتهم . فالقاضي رغم الجهود التي يبذلها يجد نفسه في مأزق ، ذلك أن التحاور مع الزوجين أو أي طرف له علاقة بالمحضون يستغرق وقتا طويلا مما يجعل القاضي عاجزا عن النظر في كل المسائل المطروحة أمامه بالشكل الكافي . إن كل قضية تنفرد بظروفها و ملابساتها الخاصة بها لذلك نجد القاضي في أغلب الأحيان يستند إلى حدسه و فطنته في البحث عن مصلحة المحضون . إضافة إلى الكم الهائل للقضايا التي تكون في انتظاره و التي تحد من إمكانية التوسع و التقصي و الحوار مع الأطراف المعنية و هو ما يؤدي بالضرورة إلى النيل من مصلحة المحضون . بالتالي فان هذا التوجه التشريعي الذي منح القاضي سلطة تقديرية واسعة يعاب عليه إمكانية إساءة استعمال هذه السلطة ، لأن انفراد القاضي بتحديد مصلحة المحضون فتح الباب لاعتماد معيار ذاتي قد يتسبب في عدم استقرار هذا المبدأ و تغيره من قاضي لأخر فيصبح بذلك انعكاس لتصورات القاضي و قناعاته.

و في نفس السياق لا يمكن أن يكون استعمال السلطة التقديرية للقاضي في نطاق الجلسات الصلحية ناجعا إذا ما تم تداول ملف القضية من قاضي لأخر بين جلسة و أخرى فيصبح بذلك الملف انعكاس لتصورات العديد من القضاة و قناعاتهم ، فعوض أن ينفرد قاضي واحد بالملف و يتطور احتواءه به من جلسة لأخرى بحيث يصبح ملما بما يلزم من المعطيات التي يمكن أن تصوب قراراته إلى حد معين يمكن من حماية مصلحة المحضون وهذا ما نفتقده على مستوى التطبيق و بالتالي يفرغ السلطة التقديرية من جدواها و يؤثر سلبا على اتخاذ القرارات الفورية.

فقرة 2: اتخاذ القرارات الفورية:

لقد خول المشرع التونسي لقاضي الأسرة عند تعهده بقضايا الطلاق صلاحية اتخاذ القرارات الفورية ، فيسعى في إطار إجراء الجلسة الصلحية إلى اتخاذها أخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون . هذا الإجراء يتم اتخاذه عند تعذر الصلح بين الزوجين و فشل المحاولات الصلحية بهدف الحفاظ على مصلحة المحضون وفقا لنظام قانوني معين (أ) و تحديد لمحتوى القرارات الفورية (ب).

أ-النظام القانوني للقرارات الفورية:

بقراءة الفقرة الخامسة من الفصل 32 من م.ا.ش الذي جاء فيها أنه " على قاضي الأسرة أن يتخذ و لو بدون طلب جميع القرارات الفورية ..." ، يتضح أن المشرع باعتماده صيغة الأمر جعل من اتخاذ القراراتت الفورية إجراءا وجوبيا يتخذه من تلقاء نفسه3 فالقاضي في هذه الحالة يخرج من وضعية الحياد المعهودة في القضاء المدني ليتوسع من خلال سلطته التقديرية الواسعة في اتخاذ القرارات الفورية ، فالقاضي هنا يقوم بالضرورة بدور ايجابي في سعي إلى حراسة مصلحة المحضون .

 الا أن هذا الوجوب في اتخاذ القرارات الفورية من قبل القاضي يتم استثناؤه في صورة امكانية اتفاق الزوجين حولها بشرط المحافظة على مصلحة المحضون.

و قد نص الفصل 32 من م.ا.ش على أن هذه القرارات تتخذ على المسودة و تكون غير قابلة للاستئناف أو التعقيب ، و نظرا لصبغتها المتأكدة تنفذ على المسودة بصورة فورية دون انتظار تلخيصها أو رقنها.

لكن هذه القرارات تبقى قابلة للمراجعة من طرف قاضي الأسرة طالما لم يصدر حكم في الأصل ، و ذلك يتم بموجب مطلب يقدم الى القاضي من قبل من له مصلحة فإما أن يرفضه أو يقبله أو يعدله بحسب مصلحة المحضون ، و يتمتع قراره بالنفاذ العاجل بوصفه امتداد لنفس القرار الفوري الذي اتخذه من قبل .

ان مبدأ اتخاذ القرارات الفورية وفقا للنظام القانوني المذكور ينطبق على جميع و أنواع القرارات ، فمهما اختلف محتواها فهي تقوم على مبدا جوهري و هو مراعاة مصلحة المحضون.

ب)محتوى القرارات الفورية:

يتخذ قاضي الأسرة عند فشل المحاولات الصلحية قرارات فورية لها علاقة مباشرة بالمحضون و بضمان مصلحته . هذه القرارات منها ما له صبغة غير مادية و هي السكن و الحضانة ، و أخرى ذات صبغة مادية و تتمثل في النفقة . بحيث يتولى القاضي النظر في سكن المحضون الذي تقتضي مصلحته أن يبقى مع حاضنته بالمحل الذي وجب على الزوج توفيره أو بتقديم منحة في الغرض تطبيقا لمقتضيات الفصل 56 من م.أ.ش [[9]](#footnote-10).

فيما يتعلق بالحضانة فان قاضي الأسرة يراعي بالضرورة مصلحة المحضون عند اتخاذ قراره فيذهب به الأمر الى الاذن بإجراء بحث اجتماعي حتى و ان كان قراره وقتيا و ذلك من باب التريث و التأكد من مصلحة المحضون.

و قد رأى بعض الفقهاء أنه من الأفضل أن لا يجتهد قاضي الأسرة في أخذ القرار المتعلق بالحضانة مبقيا الأمر على حاله الى حين نظر المحكمة بتركيبتها الثلاثية في المسألة أثناء نظرها في قضية الطلاق[[10]](#footnote-11).

الا أنه على مستوى التطبيق فان مصلحة المحضون تبقى رهينة مقتضيات الفصل 32 من م.ا.ش فيتخذ القاضي قراره من أول جلسة صلحية فتسند الحضانة من حيث المبدأ الى الأم باعتبارها هي الحاضنة بالدرجة الأولى و هو ما يمكن أن يضر بمصلحة المحضون اذا كانت الأم غير مؤهلة للحضانة و في هذه الحالة لا يمكن مراجعة هذا القرار الا اذا تم اثبات عدم أحقية الأم في الحضانة بأسانيد قوية و دامغة أحيانا يصعب توفيرها أو يطول اثباتها مثل أن يكون هناك حكم نهائي و بات في جريمة الزنا ، فبالتالي مصلحة المحضون تكون رهينة تواصل النزاع و الخلاف و التوتر و الجذب على ساحة الصراع القانوني و تولد بذلك أكثر اضرارا باستقراره النفسي بالخصوص.

أما فيما يخص النفقة فقد مكن المشرع قاضي الأسرة من النظر في هذه المسألة في اطار قضية الطلاق باعتباره حق مطلق بالنسبة للمحضون ، أما تقدير القيمة المالية للنفقة حسب الفصل 32 من م.ا.ش يكون بناءا على ما تجمع لدى القاضي من عناصر عند محاولة الصلح خاصة و أن المسألة لا تتحمل تأخيرا و تستدعي حلا عاجلا . فالقاضي على غرار قرار الحضانة فانه يتخذ قرار النفقة في نفس الجلسة الصلحية و ليس له تأجيل القرار لأجل مزيد البحث بل يكتفي بما تجمع لديه من عناصر على غرار دخل الزوج ، و للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار في تقدير النفقة أحكام الفصل 50 من م.ا.ش [[11]](#footnote-12)كالسن و الاحتياجات و عدد الأبناء.

لكن مهما اختلف محتوى القرارات في مراعاة مصلحة المحضون فان القاضي هو الذي يصدرها ثم يراقبها و هنا تتسأل عن ضمانات تطبيق مصلحة المحضون في هذا الصدد.

المبحث2: ضمانات التطبيق القضائي لمصلحة المحضون:

لمزيد اضفاء النجاعة الكفيلة لحماية مصلحة المحضون و حسن تطبيقها ، وضع المشرع جملة من الهياكل لهذا الغرض فم.ا.ش اعتمدت مصلحة المحضون كرائد لها في الأحكام المتعلقة به ، الا أنه كان لا بد من ضمانات لحماية هذا المبدأ . اذ لا بد من تسخير وسائل لمراقبة سير مصلحة المحضون على المستوى التطبيقي فهناك المراقبة القضائية (أ) و التي لا تكون كافية في بعض الأحيان لبلوغ الغاية ، لذلك يلتجئ القاضي الى أهل الاختصاص لتكون المراقبة من خلال اجراء بحث اجتماعي (ب)

فقرة1: المراقبة القضائية:

يعتبر القضاء ضامنا هاما للحقوق و رافدا أساسيا لممارستها و من أبرز الضمانات التي تكفل تطبيق مصلحة المحضون هو تدخل القضاء ، اذ يمكن الجزم أن المشرع قد نص على القضاء كأول جهاز يحمل عليه واجب اعتبار مصلحة المحضون . هذا التدخل لا يقتصر على اتخاذ القرارات التي يراها أصلح للطفل فقط بل في مرحلة لاحقة يتخذ دور الساهر على مراقبة الأحكام الصادرة و مدى التزامها بهذا المبدأ . هذه المراقبة تتم عن طريق مراجعة القرارات الفورية (أ) أو عبر أعلى هيكل قضائي و هو محكمة التعقيب(ب).

أ-مراجعة القرارات الفورية:

استنادا للفصل 32 من م.أ.ش يمكن مراجعة القرارات الفورية من طرف قاضي الأسرة ما لم يصدر الحكم في الأصل . و ذلك يتم ان طرأ تغيير في الظروف و الأحوال و التي تخول للمحكمة النظر في مطالب المراجعة و الذي يتم وفقا للإجراءات القضاء الاستعجالي و عليها عند البت في ذلك تقدير أسباب المراجعة مع مراعاة مصلحة المحضون.

فعندما تطرأ ظروف جديدة تتعارض و محتوى القرارات الفورية يتم تقديم مطلب في المراجعة يتخذ من قبل أحد طرفي القضية كما يمكن أن يتخذ و لو بدون طلب من طرف قاضي الأسرة باعتبار و أن الجلسات الصلحية تجعله ملما بظروف القضية و وضعية الزوجين طالما و أن الملف يبقى تحت أنظاره طوال مدة اجرائه لتلك الجلسات الى جانب و أن تقديم مطلب المراجعة الى سواه على غرار الهيأة المجلسية يشبه كثيرا الطعن فيه.

جانب من الفقه أيد المراجعة من قبل قاضي الأسرة لأنه هو نفسه الذي تناول القضية بالدرس و من هذا المنطلق هو الأدرى و المؤهل أحسن لمراجعة ما اتخذه من قرارات بشأنها [[12]](#footnote-13)الا يبقى الاشكال في صورة ما اذا تعهد بالقضية أكثر من قاضي أثناء الجلسات الصلحية فان قرار المراجعة في هذه الحالة يعود للقاضي الذي أصدر القرار أول مرة و هنا نتسأل عن نجاعة هذا القرار حين صدوره بأول جلسة صلحية.

ان مطلب المراجعة يجب أن يحتوي على وقائع و ظروف جدية طرأت بعد صدور القرارات الفورية . و تبعا لما ورد بالفقرة السابعة من الفصل 32 من م.أ.ش فان مطلب المراجعة يقدم قبل صرف القضية للمفاوضة و التصريح بالحكم حتى يكون قاضي الأسرة مختصا بالنظر فيه .

لكن يبقى الاشكال في كثرة القضايا و تداول أكثر من قاضيين و أحيانا ثلاث قضاة على الملفات خاصة أثناء الجلسات الصلحية فيصدر القرار عن قاضي غير ملف بما يكفي لظروف القضية فيعتلي القرار الفوري الكثير من التسرع و عدم النضج بملابسات القضية و هذا يعتبر من أكبر الأسباب التي تؤدي الى مراجعة القرار الفوري بما في ذلك من مضيعة للوقت و عدم المام بمحتويات الملف ، على هذا الأساس فان المستوى الأول من الرقابة وجب أن يتدعم بمستوى اخر يمر عبر محكمة التعقيب.

ب- دور محكمة التعقيب:

ان مراقبة مدى وجاهة القرارات التي استندت على مصلحة المحضون تتم عبر محكمة التعقيب أعلى جهاز قضائي ينظر في حسن تطبيق القانون لذلك و في اطار مراقبتها لمدى احترام مصلحة المحضون فهي لا تراقب سلطة القاضي التقديرية بطريقة مباشرة و انما تراقبها من خلال معاينة مصادر الحصول على عناصر التقدير التي استند اليها القاضي[[13]](#footnote-14).

ذلك أن تعليل الأحكام يستلزم تمحيص مستندات و أدلة الطرفين و مناقشتهما و الرد عليها و استخلاص النتائج القانونية حتى تتمكن محكمة التعقيب من اجراء ما لها من حق المراقبة على سلامة تطبيق القانون [[14]](#footnote-15)خاصة اذا ما تعلقت المسألة بالنظام العام .

و في هذا الاطار اعتبرت محكمة التعقيب أن "تعليل الأحكام هو شرط من شروط صحتها و على المحكمة أن تبين قناعتها بما قضت به و قد أوجب المشرع تعليل الأحكام ليضمن تقدير الادعاءات و الدفوع و صحة القواعد القانونية المعتمدة من المحكمة لتتمكن محكمة التعقيب من اعمال رقابتها على سلامة صحة الأحكام" [[15]](#footnote-16).

أما اذا جاء التعليل الذي انتهجته محكمة الموضوع غير كاف لتبرير نظرها فيما انتهت اليه في قضاءها دون مراعاة لمصلحة المحضون و لا استنادا الى ارادة المشرع تكون محكمة الموضوع قد أهملت جوانبا قانونية و واقعية مما يؤدي الى حكم خارق للقانون مشوبا بضعف التعليل الذي يعيب الأحكام وفق الفصل 123من م.م.م.ت و يكون لمحكمة التعقيب اجراء رقابتها [[16]](#footnote-17).

ان دور محكمة التعقيب على غاية من الأهمية فمن حقها مراقبة أحكام محاكم الأصل سواء كان ايجابيا أو سلبيا ، و ذلك ليس الا نتيجة لفهمها و تطبيقها للنصوص القانونية المنظمة للقرارات الفورية . فهي في وسعها باعتبارها محكمة قانون و عملا بأن معيار مصلحة المحضون هو مبدأ يتعلق بالنظام العام فلها أن تتجاوز أو تصلح أي خلل يمكن أن يمس بهذا المبدأ.

الا أن مراقبة ضمان تطبيق مصلحة المحضون لا يقتصر على مراقبة القضاء للقرارات فحسب فلكي تصبح هذه الأخيرة ذات جدوى و نجاعة يلتجئ القاضي الى الاستعانة بأهل الاختصاص لإعانته على حسم القرار من خلال الاذن بإجراء بحث اجتماعي.

فقرة2: الاذن بإجراء بحث اجتماعي:

لأجل ضمان مصلحة المحضون يقوم القاضي بتسخير هياكل ادارية تساعده على تقدير من يكون الأصلح من الأبوين على تحمل مسؤولية المحضون ، و يتم هذا غالبا عندما يكون هناك نزاع على مسألة الحضانة . فالقاضي و رغم ما تجمع لديه من عناصر مادية أنبنى عليها قراره في الجلسات الصلحية الا أنه و سعيا الى حسن تطبيق هذه القرارات أو التأكد من نجاعتها ، يستند القاضي الى بحث اجتماعي يأذن به لتكليف مرشد اجتماعي يقوم بالتحري و الحرص على معرفة الأفضل تحقيقا لمصلحة المحضون .

و تطرح مسألة اجراء البحث الاجتماعي اشكالين يتعلق الأول بضرورة اجرائه (أ) في حين يتناول الثاني تحديد قوته الملزمة (ب).

أ-مدى ضرورة اجراء البحث الاجتماعي:

ان الاذن بإجراء بحث اجتماعي يعد من ضمانات مصلحة المحضون و الغاية منه تحديد الأصلح للطفل كتحديد أي من الأطراف المتنازعة على الحضانة. وهو اجراء درج عليه عمل المحاكم للتأكد من توفر جملة الشروط المنصوص عليها بالفصلين 58 و 59 من م.أ.ش فيما يتعلق بالحضانة تأذن بإجرائه المحكمة و ليس قاضي الأسرة أثناء المرحلة الصلحية لأن البحث يتطلب مدة زمنية قد تطول و تقصر للاطلاع على الظروف التي يمكن أن يوفرها كل من المترشحين للحضانة سواء على الصعيد المادي أو المعنوي ، و لكل من الطرفين الاطلاع على تلك الأبحاث. الا أنه ليس هناك أحكام قانونية منظمة لهذه المسألة ، كما أن موقف القضاء اتسم بالتذبذب والتباين بين اتجاه يرى عدم الالتجاء للبحث الاجتماعي هو خرق للقانون و هضم لحقوق الدفاع[[17]](#footnote-18) و اتجاه اخر يرى أن هذا الاجراء اختياري لا يترتب على الامساك عليه اعتلال القرار[[18]](#footnote-19) . و بالتالي المحكمة لن تكون مجبرة على الالتجاء الى مرشدة اجتماعية ، و عليه فلا يمكن الاقرار بأن المحكمة ملزمة أو غير ملزمة بالاستجابة لطلب اجراء بحث اجتماعي لأن ذلك يعود الى معطيات كل قضية بمفردها و الى السلطة التقديرية للمحكمة .

ب-مدى الزامية نتيجة البحث الاجتماعي:

في هذا الصدد نتطرق الى موقف محكمة التعقيب و مدى تقيدها بنتيجة البحث الاجتماعي خاصة و أن موقفها عرف اتجاهين الأول رأت فيه أنه اذا كان النزاع في الحضانة بين الزوجين و حررت مرشدة اجتماعية تقريرا في اسناد الحضانة لأحدهما فان هذا التقرير لا يلزم المحكمة بشرط تعليل مخالفته[[19]](#footnote-20).

أما الاتجاه الثاني فقد ارتأت محكمة التعقيب فيه أن المحكمة مقيدة بنتيجة البحث الاجتماعي فاذا أسندت المحكمة حضانة الأبناء لوالدتهم اعتمادا على تقرير أعدته المرشدة فان اسنادها يعتبر معللا و ليس لمحكمة التعقيب حق الرقابة على هذا الحكم[[20]](#footnote-21)، و لكن رغم أنه لا يمكن وضع قاعدة عامة لحل مسألة تقيد المحكمة بنتيجة البحث الاجتماعي الا أن الالتجاء الى الخبراء له فائدتين فهو من ناحية يكشف حقيقة وضع المحضون و وضع من يريد تسلمه و من ناحية ثانية يعكس تكامل عمل القاضي و عمل الخبراء [[21]](#footnote-22)، فالقاضي يجب أن لا يقتصر دوره على الاكتفاء بما ورد بالتقارير و تبني الآراء المضمنة بها دون دراسة ، كما عليه أن لا يقوم بتركها جانبا و فرض آرائه الخاصة كذلك لا يقتصر دوره على النظر في الأمور القانونية دون اعتبار لما ورد بتقارير الخبراء. ان الاخلال بإحدى هذه القواعد يؤدي حتما الى تقليص الاهتمام بمصلحة المحضون.

و في هذا الصدد، فان فقه القضاء حريص على ضمان تحقيق مصلحة المحضون من خلال مراقبة حسن تطبيق هذا المبدأ اذ يمكن لمحكمة التعقيب نقض الأحكام كلما لاحظت مخالفتها للقانون أو خطا في تطبيقها أو تأويلها تطبيقا لمقتضيات الفصل 175 من م.م.م.ت لأن الغاية الفضلى في هذا الشأن هي تحقيق مصلحة المحضون و السهر على تطبيق القانون ضمانا لحقوقه .

 الخاتمة

تعتبر مصلحة المحضون مبدأ تميز بطابعه المتغير و أهميته التي تعكسها علاقته الوثيقة بالنظام العام ، حرص المشرع على تكريسه في م.أ.ش و حمايته فكان لمصلحة المحضون مكانة بارزة كمعيار يحتكم اليه القاضي للفصل في المسائل المعروضة أمامه خاصة فيما يتعلق بالخلافات المرتبطة بالحضانة وفقا لسلطته التقديرية . و هو مبدأ برز كهدف لإجراءات الطلاق حفاظا على مصالح الأبناء القصر خاصة فيما يخص القرارات الفورية التي يسعى القاضي على أن لا تتعارض و مصلحة المحضون.

لذلك يبقى الفيصل و الدور الأساسي في تطبيق مصلحة المحضون بين يدي القاضي الذي رغم ما عرفه دوره من تدعيم و تنام الا أنه شهد قصورا و عديدا من النقائص قد تحول دون ضمان الحماية لمصلحة المحضون.

لذا كان لا بد من ضمانات تمر عبر مراقبة مدى احترام هذا المبدأ قضائيا من خلال مراجعة القرارات الفورية و الدور الذي تلعبه محكمة التعقيب . و لكن يبقى البحث الاجتماعي أهم وسيلة يمكن أن تقدر مصلحة المحضون و تبحث عن الأصلح له بكشف الظروف و الوقائع المادية و المعنوية المحيطة به.

 الفهرس

المقدمة:............................................................................3

المبحث1: التطبيق القضائي لمصلحة المحضون............................7

فقرة1 :مظاهر التطبيق القضائي لمصلحة المحضون ......................8

أ : السلطة التقديرية للقاضي...................................................9

ب : حدود السلطة التقديرية ..................................................10

فقرة2: اتخاذ القرارات الفورية...............................................10

أ : النظام القانوني للقرارات الفورية........................................11

ب : محتوى القرارات الفورية.................................................12

المبحث 2: ضمانات التطبيق القضائي لمصلحة المحضون..............13

فقرة1: المراقبة القضائية.....................................................14

أ : مراجعة القرارات الفورية...................................................15

ب : دور محكمة التعقيب....................................................16

فقرة2: الاذن بإجراء بحث اجتماعي........................................18

أ : مدى ضرورة اجراء البحث الاجتماعي...................................19

ب : مدى الزامية نتيجة البحث الاجتماعي................................20

الخاتمة:..........................................................................21

قائمة المراجع

المؤلفات:

**ساسي بن حليمة " المحاولة الصلحية على معنى الفصل 32 من م.أ.ش" ق 1976**

**بشير الفرشيشي ،"خواطر حول الحضانة في فقه القضاء التونسي" ،م ق1978**

 **فاطمة الزهراء بن محمود ، "تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة"**

**نجيبة الشريف "طفلنا بين التشريع و القضاء و المجتمع"، الشركة التونسية للنشر و تنمية فنون الرسم 2000 .**

**رشيد الصباغ ، "الحضانة"ق.ت عدد 10 لسنة 1968 ، قرار تعقيبي مدني عدد 69532 مؤرخ في 4 جانفي 1999 ،ن،م،ق 1999، ص331.**

**عبد الفتاح الزراتي"الجلسة الصلحية" دورة درؤاسية أيام 2 و 3 مارس 1992 بالمعهد الأعلى للقضاء حول الخلافات الزوجية ص 43**

**القرارات التعقيبية:**

-قرار تعقيبي مدني عدد 7019 ، مؤرخ في 24 مارس 1970 ،ن.ق.م1970 ،

قرار تعقيبي مدني عدد 7019 مؤرخ في 24 مارس 1970، ن.قم 1970

قرارتعقيبي مدني عدد 1439 مؤرخ في 11 فيفري 1975 ن،ق،م1975

قرار تعقيبي مدني عدد 1588 مؤرخ في 1 أكتوبر 2004 ن.ق.م 2004

قرارتعقيبي مدني عدد 54144 مؤرخ في 28 جانفي 1997 ن.ق.م 1997

 قرار تعقيبي مدني عدد 49352 مؤرخ في 21 ماي 1996 ن.ق.م 1996

 قرار تعقيبي مدني عد 8625 مؤرخ في 5 جويلية 1983 ن.ق م 1983

قرار تعقيبي مدني عدد 67854 مؤرخ في 26 جانفي 1999 ن.ق.م 1999

 قرار تعقيبي مدني عدد 6522 مؤرخ في 12 ديسمبر 1981 ن.ق.م 1981

قرار تعقيبي مدني عدد 24453 مؤرخ في 22 جانفي 1991 ن.ق.م 1981

 قرار تعقيبي مدني عدد 8720 مؤرخ في 19 أفريل 1977 ن.ق.م 1977

 قرار تعقيبي مدني عدد 8346 مؤرخ في 02 جانفي 1972 ن.ق.م 1972

1. **بشير الفرشيشي ،"خواطر حول الحضانة في فقه القضاء التونسي" ،م ق1978 جزء أول، ص9** . [↑](#footnote-ref-2)
2. **2اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 44/25 ، المؤرخ في 20نوفمبر 1989 و دخلت حيز التطبيق**

**في02/09/ 1990 .**  [↑](#footnote-ref-3)
3. **قرار تعقيبي مدني عدد 69532 مؤرخ في 4 جانفي 1999 ،ن،م،ق 1999، ص331.** [↑](#footnote-ref-4)
4. **4- فاطمة الزهراء بن محمود ، "تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة" ،ق.ت جانفي 2002، ص 38.**

**5-نجيبة الشريف "طفلنا بين التشريع و القضاء و المجتمع"، الشركة التونسية للنشر و تنمية فنون الرسم 2000 ، ص 35.** [↑](#footnote-ref-5)
5. [↑](#footnote-ref-6)
6. **-قرار تعقيبي مدني عدد 7019 ، مؤرخ في 24 مارس 1970 ،ن.ق.م1970 ، ص 57 .** [↑](#footnote-ref-7)
7. **رشيد الصباغ ، "الحضانة"ق.ت عدد 10 لسنة 1968 ،ص18**، [↑](#footnote-ref-8)
8. **قرار تعقيبي مدني عدد 7019 مؤرخ في 24 مارس 1970، ن.قم 1970 ص 57** . [↑](#footnote-ref-9)
9. **قرارتعقيبي مدني عدد 1439 مؤرخ في 11 فيفري 1975 ن،ق،م1975،جزء1 ص83** [↑](#footnote-ref-10)
10. **ساسي بن حليمة " المحاولة الصلحية على معنى الفصل 32 من م.أ.ش" ق 1976 ص42-43** . [↑](#footnote-ref-11)
11. **ساسي بن حليمة المرجع السابق ص45 .** [↑](#footnote-ref-12)
12. **قرار تعقيبي مدني عدد 1588 مؤرخ في 1 أكتوبر 2004 ن.ق.م 2004 ص 483** [↑](#footnote-ref-13)
13. **13عبد الفتاح الزراتي"الجلسة الصلحية" دورة درؤاسية أيام 2 و 3 مارس 1992 بالمعهد الأعلى للقضاء حول الخلافات الزوجية ص 43** [↑](#footnote-ref-14)
14. **قرارتعقيبي مدني عدد 54144 مؤرخ في 28 جانفي 1997 ن.ق.م 1997 ص 312** . [↑](#footnote-ref-15)
15. **قرار تعقيبي مدني عدد 49352 مؤرخ في 21 ماي 1996 ن.ق.م 1996 ص 245 .** [↑](#footnote-ref-16)
16. **قرار تعقيبي مدني عد 8625 مؤرخ في 5 جويلية 1983 ن.ق م 1983 جزء 2 ص 181**. [↑](#footnote-ref-17)
17. **قرار تعقيبي مدني عدد 67854 مؤرخ في 26 جانفي 1999 ن.ق.م 1999 ص 335 .** [↑](#footnote-ref-18)
18. **قرار تعقيبي مدني عدد 6522 مؤرخ في 12 ديسمبر 1981 ن.ق.م 1981 جزء 3 .** [↑](#footnote-ref-19)
19. **قرار تعقيبي مدني عدد 24453 مؤرخ في 22 جانفي 1991 ن.ق.م 1981 ص 445** . [↑](#footnote-ref-20)
20. **قرار تعقيبي مدني عدد 8720 مؤرخ في 19 أفريل 1977 ن.ق.م 1977 ص 226** . [↑](#footnote-ref-21)
21. **قرار تعقيبي مدني عدد 8346 مؤرخ في 02 جانفي 1972 ن.ق.م 1972** . [↑](#footnote-ref-22)