ن/هـ
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل **الحمـد لله**
محكمــة التعقيــب

***عـ2018. 66098-66099ـدد القضيــة**
تاريخــه :09-01-2019

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب عـ 66098 ـدد المقـدم بتـاريخ 03 جويليـة 2018 مـن طـرف الاستاذ "ع.ب" المحامي لدى التعقيب.

نيابــة عــن : "ا.خ" قــاطن *** ذ
محـل مخابرتـه بمكتـب محاميـه المـذكور الكائن بشارع ****

ضــد: "أ.م" قاطنة بـ *** .

طعنـا فـي القـرار الاسـتئنافي الشخصـي الصـادر عـن محكمـة الاسـتئناف بالمنسـتير بتـاريخ 05 جـوان 2018 تحت عدد 9627 .

والقاضـي نصـه: " نهائيـا بقبـول الاسـتئنافين الاصـلي والعرضـي شـكلا وفـي الاصـل بـنقض الحكـم الابتـدائي والقضـاء مـن جديـد بايقـاع الطـلاق بـين الـزوجين المتـداعيين طلقـة اولـى بعـد البنـاء بموجـب الضـرر الحاصـل مـن الـزوج والاذن بالتنصـيص علـى ذلـك بـدفاتر الحالـة المدنيـة للطـرفين وبطـرة رسـم صـداقهما واجـراء العمـل بالوسـائل الوقتيـة وفـق اخـر تعـديل لهـا وحمـل المصـاريف القانونيـة علـى المسـتانف ضـده وتغريمـه للمسـتانفة باربعمائـة دينـار (400 د) لقـاء اجـرة الاختبـار الطبـي وسـبعمائة دينـار (700 د) لقـاء اتعـاب التقاضـي واجـرة

المحامـــاة عـــن الطـــورين وعـــدم ســـماع الـــدعوى فـــي مـــا زاد علـــى ذلـــك واعفـــاء المســـتانفة مـــن الخطيـــة والاذن بارجـــاع معلومهـــا المـــؤمن اليها."

وبعـــد الاطـــلاع علـــى مســـتندات التعقيـــب المبلغـــة نســـخة منهـــا للمعقـــب ضـــدها بتـــاريخ 27 جويليـــة 2018 بواســـطة عـــدل التنفيـــذ بالمهديـــة "م.ج" حسب رقيمه عـ 20337 ـدد.

وبعـــد الإطـــلاع علـــى ملحوظـــات النيابـــة العموميـــة لـــدى هـــذه المحكمـــة المؤرخـــة فـــي 23 نـــوفمبر 2018 والراميـــة الـــى قبـــول مطلـــب التعقيـــب شـــكلا واصـــلا والـــنقض والاحالـــة مـــع الاعفاء.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى مطلـــب التعقيـــب عـــ 66099ـــدد المقـــدم مـــن الاســـتاذ "ا.م" بتـــاريخ 05 جويلية 2018.

<u>نيابـــة عـــن</u> : "أ.م" قاطنـــة بـــ ****

والتـــي اختـــارت محـــل مخابرتهـــا بمكتبـــه الكـــائن بـ *** شارع .

<u>ضـــد</u>: "ا.خ" قـــاطن **** نهـــج الحبيـــب ثـــامر المهدية.

طعنـــا فـــي ذات الحكـــم الاســـتئنافي الشخصـــي الصـــادر عـــن محكمـــة الاســـتئناف بالمنســـتير بتـــاريخ 05 جـــوان 2018 تحـــت عـــدد 9627 والـــوارد نصـــه بالطالع.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى مســـتندات التعقيـــب المبلغـــة نســـخة منهـــا للمعقـــب ضـــده بتـــاريخ 31-07- 2018 بواســـطة عـــدل التنفيـــذ بالمهديـــة الاستاذ "ش.م" حسب رقيمه عـ 19292 ـدد.

وعلى جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 من م م م ت تقديمها .

وعلى ملحوظات النيابة العمومية المحررة في 23-11-2018 الرامية الى ضم هذه القضية للقضية عـ 66098 ـدد.

وبعد الإطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

<u>من حيث الشكل :</u>

حيث تعلق مطلبا التعقيب بنفس الحكم محل الطعن ويتجه تأسيسا عليه ضم المطلب عـ 66099ـدد للمطلب عـ 66098ـدد لاتحادهما في الموضوع والاطراف وللبت فيهما بقرار واحد.

وحيث استوفى مطلبا التعقيب جميع اوضاعهما وصيغهما القانونية وكانا حريين بالقبول شكلا.

<u>من حيث الاصل :</u>

حيث تفيد الوقائع كما اثبتها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المعقبة "ا.م" لدى المحكمة الابتدائية بالمهدية بتاريخ 03-07-2015 عارضة انها تزوجت بالمطلوب في الاصل (المعقب ايضا راهنا) بعقد مؤرخ في 27-08-2012 وتم الدخول بينهما وانجبا البنت "ر" بتاريخ 02 جويلية 2013 وقد ساءت الحياة الزوجية بينهما نتيجة اخلال المطلوب بكل واجباته الزوجية طبق العرف والعادة تاركا اياها بحالة اهمال وخصاصة ثم طردها من محل الزوجية بعد ان اتهمها بسرقة اموالـه فضلا عن اخلاله بواجب المعاشرة الجنسية وهجرها لما يفوق السنة باعتباره

اصبح غير قادر على المعاشرة الجنسية بصفة طبيعية طالبة لذلك الاذن باجراء المحاولات الصلحية ثم الاذن تحضيريا بعرض المطلوب على الفحص الطبي لبيان مدى قدرته الجنسية توصلا للقضاء بايقاع الطلاق بين الطرفين للمرة الاولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوج وتغريم المطلوب لها بعشرة الاف دينار لقاء ضررها المادي وبمثل ذلك لقاء ضررها المعنوي وبالف دينار عن اتعاب وكلفة الدفاع.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 30408 بتاريخ 07-03-2017 القاضي ابتدائيا برفض الدعوى وابقاء مصاريفها محمولة على القائمة بها وذلك استنادا الى ان الضرر المتمثل في عجز الزوج الجنسي ولئن كان ثابتا الا ان تحققه كان خارجا عن ارادة المطلوب ولا يعتبر ضررا موجبا للطلاق لانه غير مقصود او متعمد منه.

فاستانفته الزوجة المدعية في الاصل طالبة نقضه والقضاء مجددا لصالح دعواها فيما سجل الزوج المستانف ضده استئنافا عرضيا للمطالبة بتعويضه عن كلفة الدفاع فقضت محكمة الدرجة الثانية بنقضه وفقا لما هو مبين بالطالع استنادا الى ثبوت الضرر المتمثل في العجز الجنسي للزوج بعد الزواج والذي لم يكن نتيجة فعل عمدي وبجعل طلب التعويض في غير طريقه .

فتعقبه كلا الزوجين .

وحيث جاء بمستندات التعقيب موضوع المطلب عدد 66098 المقدمة من قبل الاستاذ

"ع.ا" في حق المعقب "ا.خ" تمسكه بنقض الحكم المطعون فيه مع الاحالة ناسبا له المطاعن التالية:

اولا : خرق مقتضيات الفصل 31 فقرة 2 من م أ ش : تعريجا على احكام الفصلين 112 مرافعات والفقرة 1 من الفصل 32 من م أ ش:

قولا بان المشرع صلب الفصل 31 فقرة 2 من م أ ش لم يعرف الضرر ولم يضع مفهوما محددا حصرا واوكل مهمة اثباته الى طرفي التداعي تحت رقابة القضاء والضرر في النزاع الاسري هو غير الضرر الوارد بمجلة الالتزامات والعقود لان الضرر المقصود بمجلة الاحوال الشخصية يستشف من منطوق الفصل 23 من م أ ش القاضي بأنه على كل واحد من الزوجين ان يعامل الاخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب الحاق الضرر به وكان شرط اثبات تحقق الضرر بصورة قاطعة ومسترسلة دون امكانية تفاديه من الامور الواجب توفؤها للنطق بالطلاق ورجوعا الى تقرير الاختبار الطبي نلفى بأن النتيجة التي جاءت به ولئن كان ظاهرها يثبت الضرر الحاصل الا ان باطنها لا يعكس بصورة قاطعة امكانية استمرار ذلك الضرر ما لا نهاية له بل ان الفحوص المجراة على المعقب اثبتت وبصريح ملحوظة الخبير الواردة بالصفحة 11 ان هاته الاضطرابات الجنسية يمكن معالجتها في حالة الوفاق مع المدعية بالمتابعة المستمرة لمرض السكري واتباع استراتجية

نفسية وجنسية وطبية وعلاجية باستعمال ادوية ذات خلفية علمية وقبيل كل مقاربة جنسية وبناء عليه كان من الضروري ان تنزل محكمة القرار المنتقد هذه الملحوظات منزلتها الصحيحة وان ترتب النتيجة على مجمل ما احتواه تقرير الاختبار لا فقط على نتيجته وان تكون تلك النتيجة موافقة مع مجمل الاعمال الفنية والعلمية التي توخاها الخبير وان تتمحص مدى تطابق تلك الملحوظات الفنية مع النتيجة النهائية وهو ما لم تولـه محكمة القرار المنتقد اتم العناية والتفحص والتدقيق استناد الى ما يلي:

-1- ان محكمة القرار المنتقد نظرت الى النتيجة الطبية بصورة سطحية دون التحقق من صيرورة الضرر ثابتا بصورة قطعية ومسترسلة ودائمة بالرغم من ثبوت امكانية تدارك المرض وعلاجه بالكيفية والصورة التي بينها الخبير واغفلت ان المشرع خولها في مادة الطلاق ان اللجوء الى الاصلاح بين الطرفين ما امكن كما سهت من ان الفصل 112 من م م م ت خولها عدم التقيد بنتيجة الاختبار كلما بدى لها عدم تماسكها وجعل تقرير الاختبار وسيلة استقرائية فقط تنير المحكمة لتهتدي الى ما هو اجدى للحق وانفع لمواصلة الرابطة الزوجية .

-2- ان المشرع خول لمحكمة الموضوع بذل قصارى الجهد للصلح بين الزوجين وكان من الوجاهة ان تسعى محكمة القرار المنتقد وقد ثبت لديها بالاختبار امكانية معالجة الزوج من الوعكة الظرفية الى تعيين موعد للتحرير

على الزوجين وان تبين للزوجة امكانية العلاج لو بذلت مجهود لمساعدة الزوج على الخروج من محنته وتلزمه بمتابعة العلاج تحت اشراف الحكيم المنتدب تماشيا مع روح الفصل 23 من م أ ش في فقرتيه الاولى والثانية وهو ما لم تسع اليه محكمة القرار المنتقد خارقة بذلك احكام الفصل 112 من م م م ت و 32 من م أ ش التي اقتضت احكامه بان لا يحكم بالطلاق الا بعد ان يبذل قاضي الاسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز في ذلك.

ثانيا: خرق مقتضيات الفقرتين 1 و 2 من الفصل 23 من م أ ش:

قولا بان الفصل 23 من م أ ش ارسى مبدأ تجنب أي من الزوجين الحاق الضرر بالطرف الاخر أي ان لا يكون أي من الزوجين قاصدا عن سوء نيه الحاق الضرر بالاخر أي ان الضرر الواجب توفره لتخويل طلب الطلاق يكون ناجما عن مقصد دنيء وخبث وسوء نية أي متعمدا ومن باب النقاش القانوني فلئن كان عقد الزواج يرمي بطبيعته الى اشباع رغبة الزوجين الطبيعية فان فتور احدهما او قصيره في ذلك بسبب وعكة صحية مع امكانية العلاج وثبوت تلك الامكانية بواسطة الاختبار لا يعد من قبيل الضرر الناجم عن قصد سيء وخطإ في جانب المعقب سعى الى الحاقه بالمعقب ضدها بقدر ما هو وعكة صحية ظرفية تصاب بها الزوجة ايضا وحسن المعاشرة تقتضي ان تصبر المعقب ضدها على زوجها وتساعده خاصة انه

للزوجة دورا هاما في المسألة الحميمية والجنسية وبالاخص اذا ما اثبت الاختبار ان حالة وفاق الزوجة ضروريا ومحكمة القرار المنتقد احجمت عن ادراك واجب الزوجة الذي يفرض عليها المساهمة والسعي في بذل جهد لعلاج الزوج طالما ان ذلك ممكن ومتوقف في جانب منه على تلك المساعدة وفق ما تحقق اختبارا.

ثالثا ضعف التعليل:

قولا بان تقيد المحكمة بنتيجة الاختبار جاءت نتيجته مخالفة لما تضمنته ملحوظاته من امكانية تدارك المرض بالعلاج الطبي المتوفر وعدم تمحيصها في مجمل ما تضمنه الاختبار للوقوف على صيرورة هذا الضرر بنتيجته ضررا نهائيا ام ضرفيا صير قرارها مؤسسا على مستند واقعي ضعيف ومخالف لسند قانوني صريح بما يجعله متسما بضعف التعليل وقصر التسبيب وعرضه للنقض.

حيث تعقبته المدعية في الاصل كذلك ناعية عليه وفق ما تضمنته مستندات التعقيب المقدمة من محاميها ما يلي:

الخطأ في تطبيق القانون:

قولا بانه رغم تصريح محكمة الحكم المطعون فيه بالطلاق للضرر فانها لم تقض بالتعويضات المناسبة عن الضررين المادي والعنوي كما يقتضيه الفصل 31 من م ا ش وكما استقر فقه القضاء على تطبيقه رغم طلب المعقبة الصريح لذلك والمحكمة لما تغاضت عن طلبها تكون قد خالفت مخالفة صريحة الفصل المذكور اذ اعتبرت العجز الجنسي

سببا يحول دون استمرار العلاقة الزوجية ولم تعتبره ضررا يبيح طلب التعويض واساءت تطبيقه كما جاء بالقرار التعقيبي عدد 16285 المؤرخ في 18-11-1986.

المحكمة :

عن جملة المطاعن موضوع القضية عـ 66098 ـدد:

حيث اقتضت احكام الفقرة 4 من الفصل 31 من م ا ش انه يقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي للطلاق وذلك في صورة الطلاق انشاء وللضرر الا ان المشرع وصلب الفصل المذكور لم يبين الاساس القانوني الذي يمكن ان تستند عليه تلك الغرامات في صورة الطلاق للضرر اذا كان المقصود بذلك الضرر الناشئ عن تصرف قصدي ناتج عن الاخلال باحدى الواجبات الزوجية ام عموم الضرر الذي ترك في شأنه المشرع مجالا واسعا للمحكمة للاجتهاد نظرا لتنوع حالات الضرر وخاصة حالات الضرر المتاتية من العيوب والامراض التي لم يتعرض لها المشرع كسبب صريح يبرر الطلاق للضرر ولا شك ان المرض كمبرر لطلب الطلاق للضرر يجد اساسه في تضرر القرين من حياة زوجية اصبحت مستحيلة ولا تحقق غايات الزواج على غرار ما تطرحه الوقائع الماثلة بخصوص عجز الزوج عن تحقيق مآرب زوجته في حياة جنسية مستقرة تحفظ لها الاستقرار كاحد اهم مقومات الزواج وهو

عجز اذا كان طرأ بعد الزواج فانه لا دخل للزوج فيه باعتباره بمثابة المصيبة ولا يدخل بالتالي فيما يمكن محاسبته عليه لان العبرة هي في السلوك في حين ان المرض هو ابتلاء اذا لم يكن سابقا للزواج لانه في هذه الحالة فان المرض يشكل اخلالا بواجب المصارحة الا ان الامر مختلف اذا طرأ المرض بعد الزواج ولا يدخل فيما عسى ان يحاسب عليه القرين الذي تعرض للمرض لكن في مقابل ذلك يكون الطرف الاخر متضررا من زواج استحال عليه استمراره لذلك جاء الفصل 31 من م ا ش مكرسا لفكرة مجرد حصول الضرر للمطالبة بالطلاق على معنى الفقرة 2 وذلك باطلاق صيغته وعدم اشارته الى الخطأ كمقوم لطلب الطلاق وذلك على خلاف الضرر الواقع تصنيفه بمجلة الالتزامات والعقود بالفصل 107 منها والذي لاوجود لاي صلة بينه وبين الضرر المؤدي للطلاق والذي قد يكون مصدره غير الخطأ على غرار القدرة الجنسية التي تعتبر شرطا جوهريا لعقد ازواج وهي من الشروط الفيزيولوجية التي تتاسس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها امرا حتميا ولازما لقيام العلاقة الزوجية وانعدامها يشكل عائقا امام استمرار الزواج وضررا مباشرا للقررين موجبا للطلاق للضرر باعتباره يعيق استمرار الزواج بصفة طبيعية حسبما يقتضيه الفصل 23 من م ا ش الذي من اهم المبادئ التي جاء بها هو تاكيده على وجوب قيام الزوجين بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة والعلاقة الجنسية تعد في هذا

الصـــدد مـــن الواجبـــات الطبيعيـــة المتعـــارف عليهـــا ومـــن غايـــات الـــزواج فيشـــكل المـــرض الـــذي يحـــول دون ذلـــك ضـــررا للطـــرف الاخـــر يعيـــق الـــزواج ويحـــول دون اســـتمراره ويبقـــى بـــذلك للقـــرين امـــا حـــق طلـــب الطـــلاق للضـــرر علـــى اســـاس اســـتحالة اســـتمرار الـــزواج او الاســـتمرار مكرهـــا علـــى مواصـــلة زواج فـــارغ مـــن محتـــواه او الالتجـــاء الـــى طلـــب الطـــلاق انشـــاءا وتحمـــل تبعاتـــه الماليـــة وهـــو مـــا ســـيؤدي الـــى تحملـــه باثـــار مصـــيبة خارجـــة عـــن ارادة الـــزوج المصـــاب وخارجـــة ايضـــا عـــن ارادة الطـــرف الاخـــر المتضـــرر بـــدوره مـــن المـــرض فيبقـــى بـــذلك للقـــرين حـــق طلـــب الطـــلاق دون تحميـــل الطـــرف المقابـــل بـــالتعويض عـــن ذلـــك وذلـــك تكريســـا لمبـــادئ العـــدل والانصـــاف ومبـــادئ المســـؤولية الشخصـــية التـــي لا تقـــوم الا بتـــوفر الخطـــأ وعـــدم اشـــارة المشـــرع الـــى أي ربـــط بـــين الفصـــل 107 مـــدني والفصـــل 31 مـــن م ا ش الـــذي ورد فـــي اطار خاص .

وحيـــث ومـــن ناحيـــة اخـــرى فـــاذا كانـــت المعاشـــرة الجنســـية تعـــد مـــن غايـــات الـــزواج ولا شـــك ان المـــرض الـــذي يحـــول دون ذلـــك يشـــكل ضـــررا للطـــرف الاخـــر يعيـــق الـــزواج ويحـــول دون اســـتمراره الا ان ذلـــك لا يمكـــن النظـــر اليـــه بمعـــزل عـــن المبـــادئ التـــي يقـــوم عليهـــا الـــزواج ومـــن ابرزهـــا واجـــب المســـاندة والتـــازر والتعـــاون وهـــو مـــا يفضـــي الـــى القـــول بانـــه مـــن اوكـــد واجبـــات القـــرين هـــو مـــؤازرة الطـــرف الاخـــر فـــي مرضـــه اذا كـــان عرضـــيا او مـــن الممكـــن علاجـــه

تاسيسا كذلك على احكام الفصل 23 من م ا ش.

وحيث رجوعا الى الحكم المطعون فيه فقد تبين منه انه استند في قضائه على نتيجة الاختبار الطبي معرضا عما جاء بمضمونه من اشارة الى امكانية معالجة الاظطرابات الجنسية التي يعاني منها الطاعن في حالة الوفاق مع زوجته الا ان المحكمة تجاوزت ذلك ولم تتناوله بالبحث والتمحيص ومدى تاثيره على الضرر المتظلم منه وتعذر استمرار الزواج بالوقوف على مدى توفر الاستعداد لدى الزوج في المعالجة ومدى استعداد الزوجة لمآزرته في ذلك خاصة وقد ثبت ان الزوجة قد انجبت من زوجها بنتا بما يجعل الحكم المطعون فيه الذي اختزل قضاءه في نتيجة الاختبار دون مراعاة طبيعة النزاع والواجبات المحمولة على الطرفين منطويا على خرق لاحكام الفصل 23 من م ا ش وضعيف التعليل ومستوجبا للنقض من هذه الناحية.

عن المطعن الوحيد موضوع القضية عـ 66099 ـدد:

حيث ان طعن المعقبة المسلط على التعويض الذي ولئن انتهت بشأنه محكمة القرار المطعون فيه عن صواب الى اقرار مبدأ عدم التعويض عن الضرر الناجم عن العجز الجنسي اللاحق بالزوج لانتفاء ركن العمد طبقا لما سلف بسطه الا انه وطالما جاءت مسألة التعويض في قضية الحال مرتبطة بما سبقها بخصوص طعن المعقب

ومـــا آل اليـــه رأي هـــذه المحكمـــة بخصـــوص طبيعـــة النـــزاع مـــن ضـــرورة اعمـــال مقتضـــيات الفصـــل 23 مـــن م أ ش كضـــرورة اســـتفراغ الجهـــد حـــول تقصـــي مضـــمون الاختبـــار الطبـــي والبحـــث حـــول مـــدى اســـتعداد الـــزوج للعـــلاج والزوجـــة لمؤازرتـــه فـــي ذلـــك حتـــى يتســـنى البـــت فـــي المســـألة الضـــرر ومـــا اذا كـــان موجبـــا للتعـــويض مـــن عدمـــه فانـــه يكـــون مـــن المتجـــه قبول الطعن لارتباطه بما سبقه.

ولهـــذه الأسبـــاب :

قـــررت المحكمـــة قبـــول مطلبـــي التعقيـــب شـــكلا و اصـــلا و نقـــض الحكـــم المطعـــون فيـــه واحالـــة القضـــية علـــى محكمـــة الاســـتئناف بالمنســـتير لاعـــادة النظـــر فيهـــا مجـــددا بهيئـــة اخـــرى واعفـــاء الطـــاعنين مـــن الخطيـــة وارجـــاع معلوميها المؤمنين اليهما.

وصـــدر هـــذا القـــرار بحجـــرة الشـــورى بالجلســـة المنعقـــدة يـــوم الاربعـــاء **09 جـــانفي 2018** عـــن الـــدائرة المدنيـــة **الثامنـــة** برئاســـة السـيدة وعضـوية المستشـارتين السـيدتين **و**

ـور ممثـــل الادعـــاء العـــام الســـيدة أ

ـي وبمســـاعدة كاتـــب الجلســـة الســـيد

.

وحـــرر في تاريخـــه