الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل

محكمــة التعقيــب

***عـ27875.2015ـدد القضيــة**

تاريخــه :20-01-2016

أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المرفوع في 19 جوان 2015 من الأستاذ "خ. ع".

نيابة عن : "و. ب" المعين محل مخابرته بمكتب محاميه الأستاذ "خ. ع".

ضــد : "ع. ب. م. ع. ز" ينوبها الأستاذ "ع. ب. د" المحامي لدى التعقيب

بعد الإطلاع على الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف تحت عدد 52144/52145 بتاريخ 20 ماي 2015 والقاضي بقبول الاستئنافين الأصليين شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الإبتدائي مع إتمام نصه وذلك بإلزام المستأنف بأن يؤدي للمستأنفة مبلغ خمسين دينارا (50.000د) بعنوان نفقة تدفع لها مشاهرة وبالحلول بداية من صدور الحكم الإبتدائي إلى إنتهاء أمد عدتها وإعفاء المستأنفة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها وتخطية المستأنف بالمال المؤمن وتغريمه لفائدة المستأنفة بثلاثمائة دينار (300.000د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة محاماة عن هذا الطور وحمل المصاريف القانونية عليه .

وبعد الإطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ بتونس الأستاذ "ح.ز" حسب رقيمه عدد 42303 المؤرخ في 2015/07/14 .

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق المقدمة في 2015/07/16.

وبعد الإطلاع على الرد على مستندات التعقيب المقدم من الأستاذ "ع. ب. د" في حق المعقب ضدها "ع. ز" في 2015/08/11 والرامي إلى الرفض أصلا.

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية المحررة في 2015/12/2 الرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الإحالة والإعفاء .

وبعد المفاوضة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث 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 حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الأصل المعقب ضدها راهنا بتاريخ 2012/09/21 لدى المحكمة الإبتدائية عارضة أنها تزوجت بالمطلوب في الأصل المعقب راهنا بمقتضى صداق شرعي مؤرخ في 2010/07/10 وتم الدخول بينهما ولم يحصل حمل واكتشفت المدعية بعد الزواج أن الزوج عاجز جنسيا عجزا تاما غير قادر على القيام بواجباته الجنسية وفق ما يقتضيه العرف والعادة والقانون ولم تتحسن حالته رغم مرور عامين فتبخرت أحلامها التي كانت تطمح لتكوين أسرة وإنجاب أطفال وشعرت بالغبن لأنه أخفى عنها حالته تلك وعملا بالفقرة الثانية للفصل 31 من م ا ش فهي تطلب الحكم بإيقاع الطلاق بينهما للمرة الأولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوج وتغريمه لها بخمسة آلاف دينار لقاء الضرر المادي وبمثلها لقاء الضرر المادي وبمثلها لقاء الضرر المعنوي.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عـ87376ـدد بتاريخ 2013/01/28 القاضي ابتدائيا بإيقاع الطلاق بين الزوجين "ع. ب. م. ع. ز" و "و. ب. م. ب. ص. ب" لأول مرة بعد البناء بموجب الضرر من الزوج والإذن بالتنصيص على ذلك بطرة عقد الزواج وبرسمي ولادتهما وإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية أربعة ألاف دينار (4.000.000د) لقاء الضرر المعنوي وثلاثة ألاف دينار (3.000.000د) لقاء الضرر المادي كتغريمه لفائدتها بمائتي وخمسون دينارا (250.000د) لقاء أجرة محاماة وأتعاب تقاضي وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه.

فاستأنفه كلا الزوجان وتمسك الزوج بطلب نقض الحكم الإبتدائي والقضاء مجددا برفض الدعوى فيما تمسكت الزوجة بطلب الترفيع في غرامتي الضرر المادي والمعنوي إلى حدود طلباتها كإلزام زوجها بالإنفاق وعليها بحساب أربعمائة دينار شهريا .

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها عدد 52144 بتاريخ 20 ماي 2015 القاضي بتأييد حكم البداية مع إتمام نصه بتمكين الزوجة من نفقتها وفقا لما هو مضمن بالطالع .

فتعقبه الطاعن طالبا النقض والإحالة ناسبا له ما يلي:

1-المطعن الأول :

قولا بأن ضم مطلبي الاستئناف الأصليين لا يعفي المحكمة المتعهدة من الرد على الدفوعات الجوهرية التي تضمنها كل مطلب استئناف على حدة وتناولها بالبحث ومن الثابت أن المطعن الرئيسي الذي تأسس عليه مطلب استئنافه تمثل في الدفع ببطلان عريضة الدعوى الإبتدائية لعدم تبليغها للمقر الأصلي للطاعن وهو محل الزوجية الكائن بـ ..... رغما عن علم المعقب ضدها بذلك المقر أين كانت تساكن زوجها ورغما عن إجراء معاينة بذلك المحل بموجب المحضر المؤرخ في 2012/07/27 وخاصة رغما عن محضر التنبيه

بالإلتحاق بمحل الزوجية المبلغ للمعقب ضدها في 2012/09/20 تحت عدد 52400 والذي ينص صراحة على عنوانه بمقر الزوجية الكائن بـ..... وترتب عن عدم تبليغه الاستدعاء بمقره الأصلي المتمثل في محل الزوجية عدم تمكنه من الحضور لدى الطور الإبتدائي وحرمانه من تقديم ما لديه من وسائل الدفاع وخاصة حرمانه من طور من أطوار التقاضي والمحكمة لما لم تتناول هذا الدفع بالنقاش أورثت حكمها ضعفا في التعليل .

المطعن الثاني :

المحكمة أقرت القرار المطعون فيه في الغرامات على أساس أن مدة الزواج دامت 10 سنوات وأنجبت خلالها المستأنفة إبنين من زوجها وفي ذلك تحريف صارخ للوقائع الثابتة بالملف إذ عقد الزواج قد أبرم في 2010/07/10 ولم تثمر العلاقة عن أبناء ومحكمة القرار المنتقد حرفت العناصر الثابتة بالملف تحريفا صارخا وأورثت تعليل حكمها تضاربا من خلال اعتبارها وجود أبناء والحال أن النزاع يتعلق بطلب طلاق للضرر مؤسس على العجز الجنسي.

المطعن الثالث:

قولا بأن القرار المطعون فيه استند في شأن إثبات الضرر إلى الاختبار المجرى بواسطة الحكيم "ع. م" والحال أنه من الثابت أن نص المأمورية تضمن عرض الطرفين على الفحص الطبي لكن المعقب ضدها لم تتول عرض نفسها على الحكيم المذكور وبالتالي جاءت أعمال الاختبار منقوصة ومبتورة ولا يمكن أن تؤسس صورة حقيقية للضرر المزعوم خاصة والمحكمة لم تبين موقفها من مسألة عدم عرضها على الفحص الطبي بواسطة الحكيم المنتدب استئنافيا كما إن الاختبار اثبت سلامة المعقب من الناحية العضوية أما مسألة العجز النفسي فلا تتعلق به بل أشار إليها الحكيم في إطار فقرة مستقلة تنص على " أن العجز الجنسي لأسباب نفسية يبقى ممكنا ويكتنفه الغموض طالما الزوجة لم تعرض نفسها على الفحص .." . وبالتالي يبقى الأمر غامضا كما إن

الحكيم المنتدب استئنافيا هو مختص في أمراض النساء والتوليد وليس مختصا في الأمراض النفسية وما أورده في هذا الشأن علاوة على تجاوزه نص المأمورية هو من باب التزيد الذي لا يمكن أن يقيد المحكمة خاصة وأنه لم يرد في صبغة الجزم وإن محكمة القرار المطعون فيه رغما عن ثبوت سلامة الطاعن من الناحية العضوية البحتة استندت إلى موقف غير جازم من قبل حكيم غير مختص في الجوانب النفسية وذلك من خلال تحليل مبنى على مجرد التخمين لتحمل الطاعن بالضرر المزعوم وفي ذلك ضعف للتعليل وتضارب واضح موجب للنقض.

المحكمة

عن المطاعن الأول :

حيث ينعى الطاعن على محكمة القرار المنتقد عدم ردها على دفعه المتعلق ببطلان عريضة الاستدعاء الإبتدائية لعدم تبليغها بمقره بمحل الزوجية الكائن بـ .... .

وحيث وعلى خلاف ما تمسك به الطاعن فإن عدم جواب محكمة القرار المطعون فيه عن مثل ذلك الدفع رغم استعراضها له لا يعيب حكمها ضرورة أنه تم استدعاء الطاعن بالطور الإبتدائي بمقره المضمن بعقد الزواج والكائن بـ ... وبلغ الاستدعاء إليه وفقا للفصل 8 من م م م ت بواسطة والده المميز المساكن له الذي قبله وأمضى .

وحيث وفضلا عن ذلك فإن محضر المعاينة عـ2680ـدد المؤرخ في 27 جويلية 2012 والمجرى بطلب من الطاعن نفسه والذي استدل به هذا الأخير على عنوان محل الزوجية تضمن أنه قاطن بـ ... أين بلغ له الاستدعاء.

وحيث يتجه التجاوز عن هذا المأخذ طالما أن التبليغ كان سليما وتعين لذلك رد هذا المطعن .

عن المطعن الثالث :

حيث ولئن لم يعرف المشرع الضرر الموجب للطلاق على معنى الفقرة الثانية من الفصل 31 من م ا ش إلا أن فقه القضاء اشترط أن يكون الضرر المعتبر مباشرا ومحققا وثابتا ومن شأنه أن يجعل مواصلة الحياة الزوجية أمرا مستحيلا وعليه يبقى التحقيق في مدى وجود الضرر من عدمه مسألة واقعية خاضعة لمطلق اجتهاد محاكم الأصل بحسب الواقع المبسوط عليها ولا معقب على تقديرها كلما كان حكمها معللا بما له أصل ثابت بالأوراق.

وحيث تبين بالرجوع إلى أسانيد الحكم المعقب أنه أيد حكم البداية القاضي لصالح الدعوى بناء على ثبوت الضرر المدعى به لبقاء الزوجة عذراء رغم سلامتها الجسدية والعضوية وعدم الاتصال بها جنسيا منذ ما يقارب سنتين عن الدخول بها وبناء على أن الزوج هو المسؤول الوحيد عن إتمام العلاقة الجنسية وذلك استنادا إلى الاختبار الطبي الذي أكد به الحكيم المنتدب عذرية الزوجة وسلامة الزوج دون أن يستبعد وجود أسباب نفسية.

وحيث إن الاستنتاج الذي انتهت إليه محكمة القرار المنتقد هو استنتاج قانوني سليم إذ لا جدال في أن بقاء الزوجة المدخول بها عذراء طيلة عامين يلحق بها ضررا محققا صادر عن الزوج إذ يعد مخلا بأهم الواجبات الزوجية المحمولة عليه بحسب العرف والعادة وبحسب مقتضيات الفصل 23 من م ا ش وهو واجب المعاشرة الجنسية الذي هو الغرض الأصلي والأساسي المقصود من عقد الزواج الذي يهدف إلى تكوين أسرة وإنجاب أبناء وإن امتناع الزوج عن مباشرة زوجية جنسيا يبرر طلب الطلاق للضرر سيما والاختبار الطبي أكد سلامة الزوجين جسديا وعذرية الزوجة .

وحيث إن ما ينسبه الطاعن من مآخذ لتقرير الاختبار المعتمد يتجه الالتفات عنها لإثارتها لأول مرة أمام محكمة التعقيب فضلا عن كون الاختبار وخلافا لما تمسك الطاعن لم يكن منقوصا لوقوع عرض زوجة على الفحص الطبي لدى الطور الاستئنافي ولكون احتمال الحكيم المنتدب وجود سبب نفسي يفسر عجز

الزوج رغم أنه غير مختص في الأمراض النفسية لا تأثير له طالما تأكد بصورة قاطعة بقاء الزوجة عذراء ما يشكل في حد ذاته ضررا موجبا للطلاق بقطع النظر عن سبب ذلك خاصة وأنه لم يثبت أن الزوجة قد تسبب في بقائها على تلك الحالة .

وحيث أضحى هذا المطعن يرمي إلى القدح في نتيجة الاختبار الطبي دون سند قانوني لذلك وإلى مناقشة محكمة الأصل في مدى اقتناعها بتوفر الضرر وهو جدل موضوعي لا يجوز طرحه أمام محكمة القانون خاصة ومحكمة القرار المنتقد قد عللت حكمها تعليلا قانونيا سليما مستفيضا ومبنيا على ما له أصل بالأوراق واتجه لذلك رد هذا المطعن لعدم وجاهته.

عن المطعن الثاني :

حيث ولئن كان تقدير جبر الضرر الناجم عن الطلاق يرجع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من طرف محكمة التعقيب إلا أن ذلك مشروط بالتعليل السليم واقعا وقانونا .

وحيث تبين بالإطلاع على القرار المطعون فيه أن المحكمة التي أصدرته انتهت إلى تقرير حكم البداية فيما قضى به من غرامات لقاء الضررين المادي والمعنوي الناجمين عن الطلاق استنادا على عناصر التقدير المتمثلة خاصة "في مدة الزواج دامت عشرة سنوات وإنجاب الزوجة لإبنين".

وحيث إن مثل ذلك التعليل ينطوي على تحريف صارخ للوقائع لكون مدة الزواج من تاريخ عقد القران في 2010/07/10 إلى تاريخ رفع الدعوى في 2012/09/21 لم تتجاوز العامين وثلاثة أشهر ولكون المعقب ضدها لم تنجب أبناء.

وحيث إن محكمة القرار المنتقد حين بنت تقديرها لغرم الضرر على عناصر غير ثابتة بأوراق الملف تكون قد أورثت حكمها تحريفا للوقائع وجعلته لذلك مستوجبا للنقض من هذه الناحية .

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف لإعادة للنظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء المعقبة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها.

وصدر هذا القرار بحجرة بالجلسة المنعقدة يوم الإربعاء 20 جانفي 2016 عن الدائرة المدنية الثامنة برئاسة السيدة وعضوية المستشارتين السيدتين وبحضور المدعي العام السيد

ومساعدة كاتب الجلسة السيد

وحـــرر في تاريخـــــه