الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العــدل

محكمـــة التعقيــب

القـــرار عـ36913ـدد

تــاريخـه : 2012/05/31

المبدأ:

لا شك أن الفصل 75 من م أ ش ولئن يمثل سندا لنفي نسب الطفل اللاّزم للزوج إلاّ أن هذا الفصل يمثل أساسا الصورة التي يمكن فيها دحض قرينة الفراش وهو ما يفترض أوّلا قيام علاقة زوجية بين الأب ووالدة الطفل كما يفترض ثانيا نفي نسب مولود وضعته الزوجة خلال المدة القانونية للحمل وبمناسبة زوجية قائمة حين ابتداء الحمل وعليه يكون الفصل 75 من م أ ش مقتصرا على نفي الزوج نسب الطفل المولود على فراشه بالاعتماد على جميع وسائل الاثبات الشرعية فينكر الزوج إمّا أبوّته للطفل أو الحمل.

نص القرار :

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 725 والمقدم بتاريخ 1 أفريل 2009 من طرف الأستاذ المحامي

في حـــق : رع.

ضـــــد : م.ف

ينوبه الاستاذ م.إ المحامي .

والدخلين ب. وج.

طعنا في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف تحت عدد 5300/5270 بتاريخ 2009/1/26 والقاضي نهائيا بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتغريم

المستأنفة لفائدة المستأنف ضده بمائتي دينار (200.000د) لقاء اتعاب التقاضي وأجور الدفاع عن هذا الطور وحمل المصاريف القانونية عليها.

وبعد الاطلاع على قرار السيد الرئيس الأوّل لمحكمة التعقيب القاضي بإحالة القضية على الدوائر المجتمعة وتعيين جلسة اليوم 31 ماي 2012 للبت فيها .

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن وعلى تقرير الرد المقدمين في ميعادهما القانوني .

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والاستماع إلى شرح ممثلها بالجلسة الذي طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه والقضاء بعدم سماع الدعوى .

وبعد الاطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة أوراق الملف والمداولة طبق القانون صرح علنا بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع صيغه القانونية فهو حري بالقبول شكلا .

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما تضمنها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل (المعقب ضده الآن) لدى المحكمة الابتدائية عارضا انه كان متزوجا بالمطلوبة (المعقبة الان) بمقتضى رسم صداق شرعي وذلك خلال سنة 1988 وتم البناء بينهما وأنجبت طفلا يدعى " " خلال سنة 1989 ثم أنجبت بنتا تدعى "م." وذلك خلال سنة 1997 وقد تم الطلاق بين الطرفين بموجب ا لحكم عدد 25287 الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 2000 ملاحظا أنه من بين الاسباب التي كانت حملته على طلب فك العصمة بالطلاق هي كثرة الاشاعات حول سلوك مطلقته المشبوه وما كان يتنامى الى مسامعه من قبل الأجوار وأقاربها قبل انفصام العلاقة الزوجية من أن الطفلين . ليسا إبنيه مضيفا أيضا انه وبعد صدور حكم الطلاق بينهما ولما كان يزور ابنيه بموجب تمتعه بحق الزيارة والاستصحاب بعد ان أسندت حضانتهما الى طليقته كانت هذه الاخيرة تمنعه من مقابلتهما وتؤكد له بأنهما ليسا ابنيه وذكر العارض انه بعد ان تزوج ثانية من إمرأة أخرى تفطن الى عدم قدرته على الإنجاب لذلك ارتاب في نسب الطفلين منعم وملاك إليه وطلب الاذن باجراء تحليل جيني يشمله ويشمل المعقبة والطفلين ملاك ومنعم لحسم مسألة نسبهما إليه .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الدرجة الاولى حكمها عدد 28166 بتاريخ 1 نوفمبر 2004 والقاضي ابتدائيا بنفي نسب المدعي م.ف عن الطفلة م.ف صاحبة مضمون الولادة المستخرج من الرسم عدد 08 لسنة 1997 المدرج ببلدية وعدم سماع الدعوى فيما زاد على ذلك وحمل المصاريف القانونية على المدعى عليها .

وحيث قضت محكمة الدرجة الاولى بحكمها المشار إليه استنادا الى ما اثبته التحليل الجيني الذي خضعت له الطفلة م. والطفل م. لاثبات الأبوّة البيولوجية والذي ثبت منه نسب الطفل م. لأبيه (المعقب ضده) وانتفاء نسب الطفلة م. إليه وثبوت نسبها للدخيلين م.ف ور.ض اللذين وقع ادخالهما في قضية الحال بطلب من المدعى عليها (المعقبة الآن) بموجب محضر ادخال عرضت فيه ان الطفلة م. هي ابنة الدخيلين تولى المدعي (المعقب ضده)

ترسيمها باسمه كما استندت محكمة البداية في حكمها الى ان نفي الزوج حمل زوجته او الولد اللازم له لا ينتفي عنه الا بحكم الحاكم وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الاثبات الشرعية به ومن ابرزها التحليل الجيني .

وحيث استانفته المدعى عليها في الاصل وتمسكت بواسطة محاميها ان الطفلة هي ابنة الدخيلين وان المدعي في الاصل هو من قام بترسيمها باسمه لانه تعرض الى حادث مرور فاصبح غير قادر على الانجاب وان نفي النسب لا يمكن المطالبة به الا في صورة ولادة طفل ناتج عن علاقة خنائية وان نفي النسب لا يستقيم الا اذا حملت الزوجة وانجبت ابناء خارج العلاقة الزوجية عملا بالفصل 75 من م ا ش فضلا على انتفاء الصفة لدى المدعى عليها المستأنفة (المعقبة الان) في القيام عليها طالما انها لم تنجب مولودا ناتجا عن علاقة خنائية .

وانتهت الى طلب الاذن بسماع بينتها لاثبات ان المستأنف عليه (المعقب ضده) هو من تولى ترسيم البنت باسمه دون علمها المسبق بذلك .

وحيث قضت محكمة الاستئناف بتاريخ 2005/2/28 تحت عدد 4084 بإقرار الحكم الابتدائي استنادا الى احكام الفصل 75 من م أ ش وعلى أن ثبوت إقدام المستانف عليه على ترسيم البنت ملاك بدفاتر الحالة المدنية باسمه وبإسم المستانفة لا يحول دون رفع دعوى نفي النسب على مقتضى الفصل 75 من م أ ش كما ان صفة الطاعنة في القيام عليها متوفرة لعلمها بذلك الترسيم سواء بمناسبة معالجة الطفلة عن طريق الدفتر الصحي أو التصريح بها لدى الصناديق الاجتماعية أو بمناسبة تسجيلها للدراسة وحتى بمناسبة قضية الطلاق التي اسندت بمقتضاها حضانة الطفلة إليها كما عللت المحكمة استنادها على الفصل 75 من م أ ش قولا بأنه لم يقرن حق القيام بدعوى نفي النسب بثبوت زنا الزوجة وانتهت إلى إقرار حكم البداية بناءا على ما اثبته التحليل الجيني .

وحيث تعقبته الطاعنة (المدعى عليها في الاصل) ناعية عليه :

1) خرق احكام الفصل 75 من م أ ش:

بمقولة ان مجلة الاحوال الشخصية ربطت نفي نسب الإبن عن والده بزنا الأمّ.

2) خرق الفصل 19 من م م م ت:

بمقولة ان الطاعنة لم تنجب ابناء بموجب اتصال جنسي خارج إطار علاقة الزواج الشرعية وبالتالي فهي لا تملك صفة العاهر .

3) ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع:

بمقولة ان المعقب ضدّه يريد أن يستفيد من خطإ ارتكبه بنفسه وأن المحكمة رفضت سماع بيّنة الطاعنة التي لم ترتكب أيّ مخالفة حتى يقع القيام عليها واستصدار حكم ضدّها .

وحيث اصدرت محكمة التعقيب قرارها عدد 3094 بتاريخ 2005/11/24 بالنقض والاحالة بمقولة ان نفي النسب على اساس الفصل 75 من م أ ش الذي يتعلق بنفي نسب حمل الزوجة وان الفصل المنطبق في قضية الحال هو الفصل 68 من م أ ش باعتبار ان ما قام به المعقب ضده من ترسيم للبنت م. باسمه يستمد جذوره من مؤسسة الاستلحاق .

وحيث أعيد نشر القضية من جديد أمام محكمة الاستئناف التي أصدرت قرارها عدد 4551 بتاريخ 11 ماي 2006 بإقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به استنادا الى ا نه لا عمل على اقرار المدعي في الاصل بنسب البنت عملا بالفصل 70 من م أ ش واستنادا ايضا ا لى احكام الفصل 75 من م أ ش الذي لا يقتصر على نفي حمل الزوجة عن الأب بما يضفي عليها صفة العاهر بل خوّل ايضا للأب القيام بنفي النسب على أساس أن الولد في حدّ ذاته لا يلزمه وهي الصورة المنطبقة في قضية الحال .

وحيث تعقبته المدعى عليها في الاصل للمرّة الثانية فأصدرت الثانية فأصدرت محكمة التعقيب قرارها عدد 7095 بتاريخ 2007/2/20 بالنقض والاحالة بناءا على أن دعوى نفي النسب ترمي إلى نفي نسب المولود من حمل الزوجة المشكوك في إسناده الى الزوج والذي ضعفت فيه قرينة الفراش وأن المدعي في الاصل عند قيامه بدعوى نفي النسب كان يعلم ان البنت م. ليست من صلبه وأن ترسيمها بإسمه دون اتباع الإجراءات القانونية المستوجبة في مؤسسة "التبني المباشر" من شأنه أن يورث دعواه آثار الرجوع في التبني الّذي لا يجيزه القانون وأن الحكم المطعون فيه كان خارقا لمقتضيات الفصل 75 من م أ ش وضعيف التعليل وهاضما لحق الدفاع .

وحيث أعيد نشر القضية من جديد أمام محكمة الاستئناف التي اصدرت قرارها عدد 5300/52700 بتاريخ 2009/1/26 بإقرار الحكم الابتدائي استنادا الى ان القول بأن الترسيم يعدّ من باب الإقرار الارادي الذي لا يجوز الرجوع فيه في غير طريقه لأن مثل ذلك الاقرار يستمد جذوره من مؤسسه الاستلحاق الغير ممكنة في قضية الحال باعتبار ان البنت م. معروفة النسب كما ان ترسيم المدعي في الاصل للبنت م . بدفاتر الحالة المدنية على انها ابنته وهو عالم بحقيقة أمرها لا يضف عليه صفة المتبني باعتبار ان التبني هي مؤسسة خاصة لا تتم إلاّ باستصدار حكم قضائي وان الفصل 75 من م ا ش لا يقتصر على نفي النسب الناتج عن الحمل بل أورد صورة أخرى وهي صورة "الولد اللاّزم له " أي الولد الذي نشأ في ظل قيام العلاقة الزوجية وأن طلب نفي النسب أضحى مؤسسا بما أثبته التحليل الجيني .

وحيث تعقبته الطاعنة للمرّة الثالثة وتمسكت بنفس الطعون المثارة سابقا وهي :

1) خرق الفصل 75 من م أ ش :

قولا بأن دعوى نفي النسب لا يمكن أن تستقيم الا اذا حملت الزوجة وانجبت أبناء خارج العلاقة الزوجية عملا بالفصل 75 من م ا ش وان الفصل المنطبق في قضية الحال هو الفصل 68 من م أ ش باعتبار ان ما قام به المعقب

ضده من ترسيم البنت بإسمه بدفاتر الحالة المدنية هو اقرار إرادي حرّ يستمد جذوره من مؤسسة الاستلحاق الواردة في الفقه الاسلامي وهو غير قابل للرجوع فيه .

2) خرق الفصل 19 من م م م ت :

بمقولة ان المعقبة لم تنجب مولودا ناتجا عن علاقة خنائية ولم تقم بترسيم البنت باسم المعقب ضده ولم تلحق به أيّ ضرر كما أن البنت ليست من صلبها وهي ليست أمّها البيولوجية ولا يمكن بالتالي القيام عليها . .

3) مخالفة الفصل 547 من م إ ع :

لان المعقب ضده بقيامه بقضية ا لحال يعتبر قد سعى إلى نقض ما تمّ من جهته .

4) ضعف التعليل :

بمقولة أن المحكمة لم ترد على جلّ الدفوعات المتمسك بها وخاصة خرق الفصلين 19 من م م م ت و547 من م إ ع ومخالفة الفصل 75 من م أ ش .

وطلبت بناءا على ما سبق قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ودعوة المحكمة بدوائرها المجتمعة للنظر في القضية ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بالكاف لاعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها .

المحكمـــــــــــة

عن جملة المطاعن لاتحاد القول فيها :

حيث لا شك أن الفصل 75 من م أ ش ولئن يمثل سندا لنفي نسب الطفل اللاّزم للزوج إلاّ أن هذا الفصل يمثل أساسا الصورة التي يمكن فيها دحض قرينة الفراش وهو ما يفترض أوّلا قيام علاقة زوجية بين الأب ووالدة الطفل كما يفترض ثانيا نفي نسب مولود وضعته الزوجة خلال المدة القانونية للحمل وبمناسبة زوجية قائمة حين ابتداء الحمل وعليه يكون الفصل 75 من م أ ش مقتصرا على نفي الزوج نسب الطفل المولود على فراشه بالاعتماد على جميع وسائل الاثبات الشرعية فينكر الزوج إمّا أبوّته للطفل أو الحمل .

وحيث إن الفصل 75 من م أ ش باعتباره سندا لنفي نسب الطفل اللاّزم للزوج يستمد أساسه من قرينة الزواج على أن أن الولد المولود فيه هو ابن شرعي ثابت النسب للأب المرتبط بعلاقة زوجية بأمّه حين ولادته لان عقد الزواج يقتضي أن تكون الزوجة مقصورة على زوجها لذلك يفترض القانون أن نسب الطفل المولود بفراش الزوج يتطابق مع حقيقة بيولوجية مثبتة للنسب وهي حقيقة ترتبط من جهة أخرى بقرينة البراءة التي تتمتع بها الزوجة من جريمة الزنا .

وحيث إن عبارة "الولد الأزم له " الواردة بالفصل 75 من م أ ش تعدّ استثناء لقرينة الفراش التي لا تقوم حتى تكتمل أدنى مدة للحمل فينكر الزوج الولد اللاّزم له المولود خارج أقصى مدة الحمل باعتباره أدرى بلزوم الولد من عدمه لذلك فإن ما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه من تأويل لعبارة "الولد اللاّزم له " قولا بان المقصود بها الولد الذي ينشأ في ظل قيام العلاقة الزوجية إنما ينطوي على سوء فهم لاحكام الفصل 75 من م أ ش لأنّ نشأة الولد في ظل قيام علاقة زوجية لا ينشىء النسب المحصور قانونا وشرعا بأحكام تنظمه وعليه وطالما تبين بالاطلاع على ملف القضية ان المعقب ضده في قضية ا لحال وكذلك الطاعنة كانا على علم بأن البنت "م." لا تنسب لهما بيولوجويا وبالتالي فان ا لطاعنة لم تحمل بها حتى تساور المعقب ضده شكوكا في حملها فإنه لا يتسنى الاحتكام إلى الفصل 75 المتعلق أساسا بنفي نسب حمل الزوجة .

وحيث ومن ناحية أخرى فان ما انتهت إليه محكمة الحكم المنتقد ومن قبلها محكمة القانون من ثبوت علم المدعي في الاصل بان البنت "م." ليست من صلبه وبأنها ليست ابنته ولا ابنة زوجته بيولوجيا وبتوليه ترسيمها باسمه وباسم هذه الاخيرة بدفاتر الحالة المدنية على أساس أنها ابنتهما لا يمكن ان ينضوي تحت إطار مؤسسة الاستلحاق المستمدة من التشريع الاسلامي والتي أقرها المشرع كوسيلة يتمكن بموجبها مجهول النسب (الفصل 70 فقرة 2 والفصل 74 من أش) من اكتساب نسب شرعي وتهدف أساسا إلى الحدّ من وضعية الاشخاص مجهولي النسب وهو الامر الغير متوفر في قضية الحال طالما ان البنت " " هي معروفة الأب وهي إبنة الدخيلين الواقع سماعهما من طرف محكمة الموضوع كما ان ما قام به المعقب ضده من ترسيم ارادي وحرّ للبنت ملاك باسمه لا يمكن ترتيب آثار التبني عليه لأن التبني هو أساسا وسيلة قانونية أعطى المشرع مهمة إسنادها للقضاء لذلك يمكن القول أن شرعيته هي مستمدة أساسا من صبغته الحكمية .

وحيث بالرجوع إلى الاطار الواقعي للنزاع فإن عدم تلاؤمه مع الأساس القانوني المتمثل في الفصل 75 من م أش لا يحول دون ثبوت الصفة في القيام على المعقبة لان القصد من الصفة المنصوص عليها بالفصل 19 من م م م ت هي المصلحة المباشرة التي يجنيها الطالب عند رفع الدعوى ولا شك ان مصلحة المعقب ضده في القيام ضد المعقبة على أنها خصيمة متوفرة بمجرد أن رسم ولادة الطفلة "م." ينص على اسمها الى جانب المعقب ضده كوالدة لها هذا فضلا على ان إصرارها على التصدي للدعوى والابقاء على نسب الطفلة رغم علمها بأنها لم تنجبها كعلمها بان المعقب ضده ليس والدها إضافة إلى ان صدور حكم بالطلاق بينهما وإسناد الحضانة إليها مع ما يقتضيه ذلك من تبعات على غرار الحضانة ومطالبته بالانفاق على البنت من شأنه أن يجعل من شروط الدعوى على معنى الفصل 19 من م م م ت متوفرة أما القول بانتفاء صفة العاهر لدى المعقبة فهو من شانه ان ينأى بالنزاع عن إطاره الواقعي باعتبار أن الامر لا يتعلق بنفي نسب ا بنة فراش .

وحيث ومثلما سلفت الاشارة إليه فان عدم تلاؤم الفص 75 من م ا ش مع الاطار الواقعي للنزاع لا يحول دون الخروج عنه برسم اطاره القانوني من جديد طالما ان مسائل القانون تعدّ من مشمولات المحكمة والتصدي تبعا لذلك للأصل .

وحيث ان ما انتهت اليه محكمة الموضوع في قضية الحال وكذلك محكمة القانون من أن المعقب ضده لما قام بقضية الحال في نفي نسب البنت ملاك على أساس التحليل الجيني كان متيقنا وكذلك المعقبة بأن البنت المذكورة لا تنسب لهما بيولوجيا وأنها ولدت من غيرهما وأنه قام بترسيمها بدفاتر الحالة المدنية على أساس أنّه والدها وزوجته المعقبة والدتها إنما يعدّ من قبل الإقرار الارادي الحرّ .

وحيث ان الاقرار بالنسب هو أحد وسائل النسب الشرعي في مجلة الاحوال الشخصية ولم يضع له المشرع شروطا بتقيّد بها القاضي لذلك فهو مبدئيا تنطبق عليه احكام مجلة الالتزامات والعقود بما في ذلك جميع العيوب المتمثلة في انعدام الرضا أو عيوب في الاقرار نفسه ولما كان النسب من الحقوق الشرعية وهو في القانون التونسي شرعي او لا يكون كما انه من المسائل التي تهم النظام العام وبهذا المعنى فانه لا يمكن ان يكون محل اتفاق بين الاب والأم على نفيه أو اثباته ومن باب أولى فإنه لا يمكن أن يكون محل اقرار مخالف للشرع وكذلك القانون على معنى الفصل 439 من م إ ع ولا ينتج بالتالي أيّ أثر قانوني .

وأمّا فيما يتعلق بالاحكام الخاصة بالنسب والمنطبقة على الإقرار بالنسب وذلك صلب الفصل 70 من م أ ش فإنها تقضي أن يكون المقر له مجهول النسبة وعليه فإذا كان نسب المقر له ثابتا من غير المقر فلا يثبت نسبه من المقر ولا يكون لاقرار هذا الاخير أدنى مفعول إذ ينص الفصل 70 من فقرته الاولى أنه لا عمل على الاقرار اطا ثبت قطعيا ما يخالفه " .

وحيث ان ما سفلت الإشارة اليه يتأكد بقراءة الفصل 74 من م أ ش الذي أقر مبدأ الرجوع في الاقرار بصفة عامة بمعنى أن المشرع لا يستبعد نفي نسب طفل ثابت بالإقرار كما أنه لم يضع له ضوابط صلب الفصل 74 لذلك وجب أن يوضح من يروم الرجوع في إقراره أسبابا جدّية على غرار ما توفر في قضية الحال بوجود الأبوين البيولوجيين للطفلة كما يتأكد أيضا ما سلف بسطه من خلال قراءة الفصل 68 من م أ ش الذي جاء مطلقا لا يوجب على المقر أن يوضح نوع العلاقة الرابطة بينه وبين والدة الطفل أو أنه اشترط الفراش بمعنى انه لم يشترط صراحة ان يكون الاقرار مبنيا على وجود رابطة شرعية وان المقر تبعا لذلك ليس مطالبا بالاعلان عن طبيعة بنوّته .

وحيث ورجوعا بالنسب إلى صبغته الشرعية كمقوم أساسي للاسرة ينتج عنه نسبة الابن الى أبيه الحقيقي وهي صبغة لم ينأى عنها المشرع التونسي عند سنه لمجلة الاحوال الشخصية فتبنى أحكام الشريعة الاسلامية واستنبط منها الحلول ولا يمكن تبعا لذلك المحافظة على نسب مخالف للشريعة والقانون وعليه يكون من الوجيه الاستناد الى مبدإ الرجوع في الاقرار كسند لقضية الحال احتكاما للفصل 70 من م ا ش القاضي بأنه لا عمل على اقرار ثبت قطعيا ما يخالفه وكذلك الفصل 74 الذي أقرّ مبدأ الرجوع في الإقرار بصفة عامّة إلاّ أنه وطالما أنه لا يمكن تغيير ما سجّل رسيما في الوثائق والدفاتر بالتعبير الضمني عن الرجوع في الاقرار فإنه لا بدّا أن يكون الرجوع صريحا ومجسما في دعوى نفي النسب .

وحيث وتبعا لما صدر به القرار من نتيجة ا نتهت إلى نفي نسب المعقب ضده عن ا لطفلة " " فإنه لا حاجة لارجاع القضية واتجه تبعا لذلك التصدي للأصل الذي هو مهيأ للفصل بإقرار النتيجة التي انتهى اليها الحكم المطعون فيه مع تغيير أسباب الحكم وتبعا لذلك برفض المطلب أصلا.

ولهـــــــذه الاسبـــــاب

قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز .

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 31 ماي 2012

برئاسة السيد الرّئيس الأوّل لمحكمة التعقيب

وعضوية رؤساء الدوائر السادة :

والمستشارون السّادة :

وبمحضر السيد وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب

وبمساعدة السيد كاتب الجلسة

وحـــرر في تاريخـــــه