قرار تعقيبي مدني عدد 31885
مؤرخ في 26 مارس 2009
صدر برئاسة السيدة فاطمة الزهراء بن محمود

المـــادة : شخصي.

المراجع : الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية.

المفاتيح : دخول، المفهوم المادي للدخول، خلوة، إشهار.

المبـــدأ :

- **لم يحدد المشرع مفهوم الدخول بل اقتبسه فقه القضاء من التشريع الإسلامي.**
- **إن المفهوم المادي للدخول هو أول المفاهيم التي استنبطتها محكمة التعقيب منذ سنة 1968 وهو لا يحتاج إلى ركن الإشهار ضرورة أن المشرع اشترط الإشهار عند إبرام الزواج وهو ما أمنه المشرع باشتراط شاهدين لصحة عقد الزواج على معنى الفصل 3 م.أ.ش.**
- **يكفي اعتبار أن الدخول والبناء بالزوجة قد تم بحصول الخلوة بين الزوجين وهو ما كرسته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها.**

أصدرت محكمة التعقيب القرار التالي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع في 21 ير 2008 من الأستاذ منير العلرشي.

:وجـــدي.

: بسمة.

بعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه الصادر عن ة الاستئناف بسوسة بتاريخ 10 أكتوبر 2008 تحت 6879/6880 والقاضي نهائيا بقبول الاستئنافين ين شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي مع تعديل نصه بخصوص غرم الضرر المعنوي وذلك بالترفيع فيه إلى ألفي دينار.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ السيد حسني الفقيه في 05 نوفمبر 2008 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى محضر الإعلام به وعلى بقية الوثائق المقدمة في 06 نوفمبر 2008 .

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية المقدمة في 07 فيفري 2009 والرامية إلى طلب قبول التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه في خصوص الجراية العمرية مع الإحالة والإعفاء.

وبعد الاطلاع على المفاوضة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية طبق الفصل 185 وما بعده من م.م.م.ت مما يتعين معه قبول مطلب التعقيب من هذه الناحية.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما اثبتها القرار المطعون فيه والأوراق المظروفة بالملف قيام المدعي في الأصل (المعقب الآن) ضد المطلوبة في الأصل (المعقب ضدها) لدى المحكمة الابتدائية بالقيروان عارضا أنه تزوج بالمدعى عليها منذ 19 أفريل 2006 ولم يتم البناء بينهما وقد تبيّن أن هناك اختلاف في الطباع لذلك فهو يطلب الحكم بإيقاع الطلاق بينهما للمرة الأولى قبل البناء إنشاء منه

وحيث أجريت جلسة صلحية بتاريخ 04 جانفي 2008 حضر فيها الزوجان وصرحا أنه خلافا بما ورد بالعريضة فإن البناء تم بينهما دون

المدعي صرح أنه يطلب الحكم بإيقاع الطلاق طلقة أولى بعد البناء إنشاء منه وأن السبب يرجع إلى رفض عائلته للزوجة منذ البداية خاصة أنه أبرم الزواج دون علم عائلته.

وحيث أجابت المدعى عليها ملاحظة بالخصوص بأنها تعارض في الطلاق مؤكدة بأنها قامت بواجباتها نحو الزوج كما يجب قانونا وهي تطلب إلزامه بالإنفاق عليها بحساب 500 دينار في الشهر وتتمسك بطلباتها المالية التي ستكلف محاميها لتحريرها.

وحيث اتخذ القاضي الصلحي بعد تعذر الصلح بين الزوجين قرار فوريا يقضي بإلزام الزوج المدعي بأن ينفق على زوجته المطلوبة بحساب 150 دينار في الشهر.

وحيث طلبت نائبة المدعي في تقريرها المؤرخ في 15 جانفي 2008 الحكم بإيقاع الطلاق إنشاء من الزوج للمرة الأولى بعد البناء والنزول بمعين النفقة إلى حدود أربعين دينارا كالنزول بغرمي الضرر المادي والمعنوي.

وبعد استيفاء الإجراءات أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 42137 بتاريخ 31 جانفي 2008 يقضي ابتدائيا بإيقاع الطلاق بين الزوجين للمرة الأولى بعد البناء إنشاء من الزوج وتغريم المدعي لفائدة الزوجة المدعى عليها بثلاثمائة دينار لقاء ضررها المعنوي وبإلزامه بان يؤدي لها جرابة عمرية شهرية قدرها أربعون دينارا بداية من انتهاء أمد عدتها إلى انتهاء الموجب وتعديل القرار الفوري المتخذ بالطور الصلحي وذلك بالنزول بالنفقة إلى خمسون دينارا.

وحيث استأنفه المحكوم ضده طالبا نقضه في فرعه المتعلق بالجراية العمرية نظرا وأن البناء لم يتم كما يجب قانونا ولأن الزوجة لها عمل قار ودخل محترم والنزول بغرم الضرر المعنوي إلى أدناه.

وحيث استأنفته الزوجة المطلوبة في الأصل طالبة الترفيع في غرمي الضرر المادي والمعنوي إلى الحدود المطلوبة ابتدائيا مؤكدة أن البناء تم بينها وبين المدعي في الأصل.

وحيث قضت محكمة الحكم المنتقد بالحكم المشار إليه بالطالع بناء على ان الدخول قد تم بين الزوجين المتداعين بناء على إقرار المدعي في الأصل بالجلسة الصلحية المعزز بما جاء بتقرير محاميته بالطور الحكمي واعتبرت الزوجة محقة في الحصول على جراية عمرية لعدم ثبوت ان لها دخل قار ورفعت في غرم الضرر المعنوي باعتبار ان المبلغ المحكوم به ابتدائيا كان زهيدا.

وحيث تعقبه الطاعن طالبا نقضه مع الإحالة بناء على الأسباب التالية :

المطعن الأول : مخالفة القانون

أ- خرق أحكام الفصل 38 من م.أ.ش :

فولا بأن محكمة الحكم المطعون فيه قد أساءت تطبيق الفصل 38 من م.أ.ش الذي يوجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها مؤكدا بأن البناء لم يتم ضرورة أنه بالرجوع إلى عريضة الدعوى يتضح أنه قام بقضية الحال طالبا إيقاع الطلاق بينه وبين المعقب ضدها للمرة الأولى قبل البناء إنشاء منه نظرا لعدم توفر شروط الدخول من إشهار الزواج وإتمام مراسم الاحتفال به مثلما يقتضيه العرف والعادة فضلا عن عدم حضور أهله مضيفا بان اكتفاء محكمة الحكم المطعون فيه على ما صرح به بالجلسة الصلحية لاستنتاج وقوع الدخول بين الطرفين في غير طريقه واقعا وقانونا لأن ذلك التصريح انبنى على التباس في ذهنه باعتباره لا يتقن اللغة العربية ولا يميز بين المفاهيم

مما جعله يقع في خلط بين المفهوم القانوني للبناء ومجرد حصول الاتصال الجنسي.

ب- خرق أحكام الفصل 31 من م.أ.ش :

قولا بأنه توفر بملف القضية ما يثبت أن المعقب ضدها لها عمل قار حسب الكشف والشهادة الصادرين عن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وبالتالي لا يمكن أن يعوض لها عن ضررها المادي في شكل جراية عمرية ونعى تبعا لذلك على الحكم المطعون فيه خرقه لأحكام الفصل 31 من م.أ.ش.

المطعن الثاني : تحريف الوقائع وضعف التعليل :

قولا بان التفات محكمة الحكم المطعون فيه عن المؤيدات التي أدلى بها لإثبات الدخل القار للمعقب ضدها وعدم استحقاقها لجراية عمرية يورث حكمها تحريفا للوقائع وضعفا في التعليل.

ومن جهة أخرى يعيب على الحكم المطعون فيه الترفيع في غرم الضرر المعنوي المحكوم به لفائدة المعقب ضدها نظرا لقصر فترة الزواج ولصغر سن المعقب ضدها.

المحكمة

عن الفرع الأول من المطعن الأول :

حيث أن المشكل القانوني المطروح في هذا المطعن يتمحور حول أحقية الزوجة المعقب ضدها لنفقتها .

وحيث ينص الفصل 38 من م.أ.ش أن الزوجة لا تستحق نفقة من زوجها إلا إذا تم الدخول.

وحيث لم يحدد المشرع مفهوم الدخول بل اقتبسه فقه القضاء من التشريع الإسلامي.

وحيث بالرجوع إلى معطيات الملف يتضح أن مفهوم الدخول المنطبق على وضعية طرفي النزاع هو الدخول المادي المؤسس على وقوع العلاقات الجنسية بين الطرفين بصورة حقيقية.

وحيث أقر المعقب صراحة وضمنيا على وقوع الاتصال الجنسي بينه وبين زوجته المعقب ضدها.

وحيث أن هذا المفهوم المادي للدخول هو أول المفاهيم التي استنبطتها محكمة التعقيب منذ سنة 1968 وهو لا يحتاج إلى ركن الإشهار ضرورة أن المشرع اشترط الإشهار عند إبرام الزواج وهو ما أمنه المشرع باشتراط شاهدين لصحة عقد الزواج على معنى الفصل 3 م.أ.ش.

وحيث يكفي اعتبار أن الدخول والبناء بالزوجة قد تم بحصول الخلوة بين الزوجين وهو ما كرسته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها.

وحيث طالما أن الدخول هو واقعة قانونية مستقلة عن الزواج باعتباره يأتي بعد الزواج فانه يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات.

وحيث تقريعا عما سلف الالماع إليه فطالما أقر المعقب صراحة بالجلسة الصلحية بحصول الدخول وتعزز ذلك بتقرير نائبته بالطور الحكمي لدى المحكمة الابتدائية بالقيروان لذلك فقد أضحت منازعته للدخول مناورة منه للتقصي من واجب حمله إياه القانون وبالتحديد الفصل 38 من م.أ.ش الأمر الذي يتعين معه رد هذا المطعن وعدم الالتفات إليه.

عن الفرع الثاني من المطعن الثاني :

حيث أن تقدير الغرامة المستحقة للزوجة المعقب ضدها نتيجة ما لحقها من ضرر معنوي من زوجها المعقب نتيجة إنشاءه للطلاق يعود بالنظر إلى مطلق اجتهاد محكمة الموضوع ولا رقابة على ذلك من محكمة التعقيب غير أن ذلك يتوقف على شرط التعليل السائغ المستمد من أوراق القضية والمؤدي إلى النتيجة المنتهى إليها.

وحيث يتبين بالاطلاع على الحكم المطعون فيه أن المحكمة التي أصدرته قد رفعت في غرم الضرر المعنوي المحكوم به لفائدة المعقب ضدها آخذة بعين الاعتبار وقع الطلاق على مشاعرها وما سوف يخلفه لها من لوعة وشعور بالإحباط نتيجة فشل زواجها وهي أسس ركزها المشرع صلب الفصل 31 من م.أ.ش وبات الجدل المثار من قبل الطاعن يشكل جدلا موضوعيا لا يجوز طرحه أمام محكمة التعقيب باعتبارها ليست محكمة موضوع من درجة ثالثة.

مما يتجه معه رد هذا المطعن لعدم قيامه على أساس صحيح من الواقع والقانون .

عن الفرع الثاني من المطعن الأول والفرع الأول من المطعن الثاني:

حيث نازع المعقب في استحقاق المعقب ضدها لجراية عمرية كتعويض لها عن ضررها المادي نتيجة إنشائه للطلاق مؤكدا بأنه قدم كما يفيد أن زوجته تعمل ولها دخل قار يغنيها عن الجراية.

وحيث أن التعويض عن الضرر الناشئ عن إنشاء الطلاق من طرف الزوج هو حق راجع لكل زوجة يتسلط عليها هذا الطلاق مهما كانت حالتها المادية وقد جعل المشرع هذا التعويض في شكل رأس مال أو جراية عمرية حسب الأحوال حرصا منه على تحقيق التعويض العادل جبرا للضرر اللاحق بها وأعطى للزوجة الخيار بحسب ظروفها.

وحيث استقر فقه القضاء على أن الزوجة التي لها دخل قار لا يمكن التعويض لها عن ضررها المادي إلا في قالب رأس مال وبالتالي لا يمكن لها أن تتحصل على جراية عمرية حتى لا تتمتع بمدخولين قارين ضرورة وأن الفصل 31 من م.أ.ش قد أقر إمكانية الرجوع في الجراية العمرية المحكوم بها لفائدة الزوجة إذا ما تحصلت على دخل يجعلها في غنى عنها.

وحيث طالما لم تتمحص محكمة الحكم المطعون فيه الوثائق المظروفة بالملف ولم تناقشها البتة وطالما أغفلت الإجابة عن دفوعات المعقب فإنها تكون قد أساءت تطبيق أحكام الفصل 31 من م.أ.ش مما يجعل قضاءها ضعيفا في التعليل الأمر الذي يبرر نقض الحكم المطعون فيه في خصوص فرع الدعوى المتعلق بالجراية العمرية.

وحيث طالما افلح المعقب في طلبه لذلك يتجه إعفاءه من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه عملا بأحكام الفصل 184 من م.م.م.ت.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض الحكم المطعون فيه جزئيا في خصوص الفرع المتعلق بالجراية العمرية وإرجاع القضية لمحكمة الاستئناف بسوسة لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 26 مارس 2009 عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة فاطمة الزهراء بن محمود وعضوية المستشارين السيدين هشام الباجي ونزيهة منصور وبحضور المدعي العام السيدة كوثر البراملي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد صلاح الجنادي.

وحرر في تاريخه