

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب عد 66098
عدد المقدم بتاريخ 03 جويلية 2018 من طرف
الاستاذ "ع.ب" المحامي لدى التعقيب.
نيابة عن : "أ.خ" قاطن *** نهج الحبيب
ثامر المهدية محل مخابراته بمكتب محاميه المذكور
الكائن بشارع **** المهدية.
ضد : "أ.م" قاطنة بـ *** الزهراء المهدية.

طعنا في القرار الاستئنافي الشخصي الصادر
عن محكمة الاستئناف بالمنستير بتاريخ 05 جوان
2018 تحت عدد 9627 .

والقاضي نصه: " نهائيا بقبول الاستئنافين
الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض
الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بايقاع
الطلاق بين الزوجين المتداعيين طلقة اولى
بعد البناء بموجب الضرر الحاصل من الزوج
والاذن بالتنصيص على ذلك بدفاتر الحالة
المدنية للطرفين وبطرة رسم صداقهما واجراء
العمل بالوسائل الوقتية وفق اخر تعديل لها
وحمل المصاريف القانونية على المستأنف
ضده وتغريمه للمستأنفة بأربعمائة دينار
(400 د) لقاء اجرة الاختبار الطبي وسبعمائة
دينار (700 د) لقاء اتعاب التقاضي واجرة

المحاماة عن الطورين وعدم سماع الدعوى في ما زاد على ذلك واعفاء المستانفة من الخطيئة والاذن بارجاع معلومها المؤمن اليها."

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة نسخة منها للمعقب ضدها بتاريخ 27 جويلية 2018 بواسطة عدل التنفيذ بالمهدية "م.ج" حسب رقيمه ع 20337 دد.

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة المؤرخة في 23 نوفمبر 2018 والرامية الى قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا والنقض والاحالة مع الاعفاء.

وبعد الاطلاع على مطلب التعقيب ع 66099 دد المقدم من الاستاذ "ا.م" بتاريخ 05 جويلية 2018.

نيابة عن: "أ.م" قاطنة بـ *** الزهراء المهدية والتي اختارت محل مخابراتها بمكتبه الكائن بـ *** شارع البشير صفر المهدية.
ضد: "ا.خ" قاطن *** نهج الحبيب ثامر المهدية.

طعنا في ذات الحكم الاستئنافي الشخصي الصادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير بتاريخ 05 جوان 2018 تحت عدد 9627 والوارد نصه بالطالع.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة نسخة منها للمعقب ضده بتاريخ 31-07-2018 بواسطة عدل التنفيذ بالمهدية الاستاذ "ش.م" حسب رقيمه ع 19292 دد.

وعلى جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 من م م م م ت تقديمها .
وعلى ملحوظات النيابة العمومية المحررة في 23-11-2018 الرامية الى ضم هذه القضية للقضية ع 66098 دد.
وبعد الإطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل :

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

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

من حيث الاصل :

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 البنات "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 امواله فضلا عن اخلاله بواجب المعاشرة الجنسية وهجرها لما يفوق السنة باعتباره

اصبح غير قادر على المعاشرة الجنسية بصفة طبيعية طالبة لذلك الاذن باجراء المحاولات الصالحة ثم الاذن تحضيرا بعرض المطلبوب على الفحص الطبي لبيان مدى قدرته الجنسية توصلا للقضاء بايقاع الطلاق بين الطرفين للمرة الاولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوج وتغريم المطلبوب 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 ابتداءيا 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 المطلبوب ولا يعتبر ضررا موجبا للطلاق لانه غير مقصود او متعمد منه.

فاستأنفته الزوجة المدعية في الاصل طالبة نقضه والقضاء مجددا لصالح دعواها فيما سجل الزوج المستأنف 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 بمسئندات 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 أش : تعريجا على احكام الفصلين 112 مرافعات والفقرة 1 من الفصل 32 من م أش:

قولا بان المشرع صلب الفصل 31 فقرة 2 من م أش لم يعرف الضرر ولم يضع مفهوما محددًا 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 أش 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 نفى 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 استراتيجية

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 توله 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 لتقرير المحكمة لتتهدي الى ما هو اجدى للحق وانفع لمواصلة الرابطة الزوجية .

2- ان المشرع خول لمحكمة الموضوع بذل قصارى الجهد للصلح بين الزوجين وكان من الوجيهة 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 محتته 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 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 نية الحاق الضرر بالاخر أي ان الضرر الواجب توفره لتحويل 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 وخطا 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 وتساعدته خاصة انه

للزوجة دورا هاما في المسألة الحميمة والجنسية وبالاخص اذا ما اثبت الاختبار ان حالة وفاق الزوجة ضروريا ومحكمة القرار المنتقد اجمت 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 تقييد 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 اش 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
ع 66098 دد:

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 واصل 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 المتتالية 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 طراً 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 سابقاً للزواج لانه في هذه الحالة فان المرض يشكل اخلاً بواجب المصارحة الا ان الامر مختلف اذا طراً المرض بعد الزواج ولا يدخل فيما عسى ان يحاسب عليه القرين الذي تعرض للمرض لكن في مقابل ذلك يكون الطرف الاخر متضرراً من زواج استحال عليه استمراره لذلك جاء الفصل 31 من م اش مكرساً 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 لا وجود لاي صلة بينه وبين الضرر المؤدي للطلاق والذي قد يكون مصدره غير الخطأ على غرار القدرة الجنسية التي تعتبر شرطاً جوهرياً لعقد ازواج وهي من الشروط الفيزيولوجية التي تتأسس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها امراً حتمياً ولازم لقيام العلاقة الزوجية وانعدامها يشكل عائقاً امام استمرار الزواج وضرراً مباشراً للقرين موجبا للطلاق للضرر باعتباره يعيق استمرار الزواج بصفة طبيعية حسبما يقتضيه الفصل 23 من م اش الذي من اهم المبادئ التي جاء بها هو تاكيده على وجوب قيام الزوجين بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة والعلاقة الجنسية تعد في هذا

الصدد من الواجبات الطبيعية المتعارف عليها
ومن غايات الزواج فيشكل المرض الذي
يحول دون ذلك ضررا للطرف الاخر يعيق
الزواج ويحول دون استمراره ويبقى بذلك
للقرين اما حق طلب الطلاق للضرر على
اساس استحالة استمرار الزواج او الاستمرار
مكرها على مواصلة زواج فارغ من محتواه
او الالتجاء الى طلب الطلاق انشاء وتحمّل
تبعاته المالية وهو ما سيؤدي الى تحمله باثار
مصيبة خارجية عن ارادة الزوج المصاب
وخارجة ايضا عن ارادة الطرف الاخر
المتضرر بدوره من المرض فيبقى بذلك
للقرين حق طلب الطلاق دون تحميل الطرف
المقابل بالتعويض عن ذلك وذلك تكريسا
لمبادئ العدل والانصاف ومبادئ المسؤولية
الشخصية التي لا تقوم الا بتوفر الخطأ وعدم
اشارة المشرع الى أي ربط بين الفصل 107
مدني والفصل 31 من م اش الذي ورد في
اطار خاص .

وحيث ومن ناحية اخرى فاذا كانت
المعاشرة الجنسية تعد من غايات الزواج ولا
شك ان المرض الذي يحول دون ذلك يشكل
ضررا للطرف الاخر يعيق الزواج ويحول
دون استمراره الا ان ذلك لا يمكن النظر اليه
بمعزل عن المبادئ التي يقوم عليها الزواج
ومن ابرزها واجب المساندة والتآزر والتعاون
وهو ما يفضي الى القول بانه من اوكد
واجبات القرين هو مؤازرة الطرف الاخر في
مرضه اذا كان عرضيا او من الممكن علاجه

تأسيساً كذلك على احكام الفصل 23 من م ا ش.

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

عن المطعون الوحيد موضوع القضية

ع 66099 دد:

حيث ان طعن المعقبة المساط 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 طبقاً لما سلف بسطه الا انه وطالما جاءت مسألة التعويض في قضية الحال مرتبطة بما سبقها بخصوص طعن المعقب

وما آل اليه رأي هذه المحكمة بخصوص طبيعة النزاع من ضرورة اعمال مقتضيات الفصل 23 من م أش كضرورة استنفاغ الجهد حول تقصي مضمون الاختبار الطبي والبحث حول مدى استعداد الزوج للعلاج والزوجة لموازرتة في ذلك حتى يتسنى البت في المسألة الضرر وما اذا كان موجبا للتعويض من عدمه فانه يكون من المتجه قبول الطعن لارتباطه بما سبقه.

ولهذه الأسباب :

قررت المحكمة قبول مطلبى التعقيب شكلا و اصلا و نقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاسئناف بالمنستير لاعادة النظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنين من الخطية وارجاع معلوميتها المؤمنين اليهما.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بالجلسة المنعقدة يوم الاربعاء 09 جانفي 2018 عن الدائرة المدنية الثامنة برئاسة السيدة مفيدة الشوالي وعضوية المستشارتين السيدتين سهام الصمادحي وبسمة بودن وبحضور ممثل الادعاء العام السيدة أمال العباسي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد توفيق المناصري.

وحرر في تاريخه