

قرار تعقيبي ملني عدد 12678

مؤرخ في 07 جوان 2007

صدر برئاسة السيد بلقاسم كريد

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت  
عدد 12678 والمقدم بتاريخ 2007/2/15 من طرف  
الأستاذ محمد الصالح بن يونس المحامي لدى التعقيب.

في حق : المنجي،

ضد : حياة.

طعنا في الحكم الشخصي عدد 2094 والصادر  
بتاريخ 2007/1/17 عن محكمة الاستئناف بمدنين  
والتقاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بقض  
الحكم الابتدائي والقضاء مجددا برفض الدعوى وإبقاء  
مصاريها محمولة على القائم بها وإعطاء المستأنفة من  
الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها وحمل المصاريف  
القانونية على المستأنف عليه وتغريمه لفائدة المستأنفة بـ  
300 دينار لقاء تعلب لتقاضي وأجرة المحاماة.

وبعد الإطلاع على مذكرة مستندات الطعن.

وبعد الإطلاع على الوثائق التي أوجب الفصل

185 من م.م.م.ت تقديمها.

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية

الكتابية والاستماع إلى شرح ممثلها بالجلسة.

وبعد الإطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة أوراق

القضية طبق القانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه

وصيغه القانونية لذلك فهو حريّ بالقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وثائق القضية كيفما لوردها للحكم المنتقد

والأوراق التي إنبنى عليها قيام المعقب لدى محكمة

الدرجة الأولى عارضا أنه تزوج من المدعى عليها

خلال سنة 1985 وأنجب منها ثلاث بنات وأن الحياة

الزوجية سبته بينهما بسبب مرض الزوجة وطلب إيقاع

المادة : شخصي.

المراجع : لفصلان 3 و31 من مجلة الأحوال الشخصية.

المفاتيح : مرض القرين، عقد زواج، شروط جوهرية،  
طلاق للضرر.

المبدأ :

" لا خلاف حسب كل الفقهاء وأن القدرة الجنسية  
تعدّ من الشروط الجوهرية لعقد الزواج وهي من  
الشروط الفيزيولوجية الجوهرية التي تتأسس عليها  
العلاقة الجنسية باعتبارها أمرا طبيعيا وحتما ولازما  
لقيام العلاقة الزوجية.

" إن المشرع التونسي ولئن لم يعرف الزواج  
ضمن مجلة الأحوال الشخصية إلا أنه يمكن القول  
عامة أن الزواج هو عقد يتعايش بمقتضاه رجل  
وإمرأة تحت سقف واحد ليلتقيا عاطفيا وجنسيا  
للمحافظة على الجنس ويمكن القول أن هذا  
التعريف يتعاضد مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

\* لا خلاف وأن عقد الزواج مبناه المكارمة  
وذاوات الشخص مقصودة فيه بالذات وأنه متى فقدت  
فيه الشروط المطلوبة يتعين فسخ هذا العقد بالطرق  
القانونية ولا التنفيذ على ذات الشخص.

\* طالما أقرت الزوجة بانعدام العلاقة الجنسية  
بينها وبين معاقدها على مر العديد من السنين فإن  
صبر الزوج وتمهله عن طلب الطلاق لا يعدّ منه  
تنازلا عن ضرره ورضاه باستمرار الحياة الزوجية  
على هذا النحو.

\* إن المرض الجنسي الذي تعنيه المرأة يعد  
عائقا عن ممارسة الحياة الجنسية وبالتالي يمثل  
ضررا مباشرا.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

الطلاق بينهما بموجب الإلتحاق ثم حوره إلى إيقاعه بموجب المضرة من الزوجة.

وبعد إستيفاء الإجراءات القانونية قضت المحكمة الابتدائية بموجب حكمها الصادر بتاريخ 2005/6/6 بإيقاع الطلاق بين الزوجين المتداعيين للمرة الأولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوجة والإئن بالتخصيص على ذلك بفقر الحالة المنيبة للطرفين وبطوة رسم ضدقهما وإجراء العمل بالوسائل الوقتية المتخذة بالطور الصلحي وحمل المصيرف القانونية على المحكوم ضدها.

فاستأنفته الزوجة المقضى ضدها في الأصل بناء على الخطأ في تقدير الوقائع وتطبيق القانون.

وبعد إستيفاء الإجراءات القانونية قضت محكمة الحكم المنتد بالحكم السالف بالإماع إليه ألفا سندا ونصا.

فتعنه الطاعن ناسياله :

**المطعن الأول : ضعف التعليل وتعريف الوقائع**

قولا بأنه إستادا إلى أحكام الفصل 123 من م.م.م.ت في فقرته الخامسة فإنه بقراءة الحكم لمطعون فيه يتضح وأن محكمة الحكم المنتد قد حرّكت الوقائع في خصوص ما جاء على لسان المعقب ضدها بالجلسة الصلحية والتي أقرت لها بسبب المرض غير قلرة على جماع زوجها وهو بخلاف ما جاء بتقرير الإختبار الذي إعتمته المحكمة والذي جاء به وأن حالة المعقب ضدها تحسنت وأصبحت قلرة على جماع زوجها بانتظام وبصفة تكريجية وأن هذا بعد مخالفا لما جاء بتصريح المعقب ضدها نفسها بما يكون معه الحكم المنتد قد حرّفت الوقائع وطلب النقض.

**المطعن الثاني : مخالفة القانون**

قولا أنه إستادا إلى أحكام الفصل 23 من م.أ.ش فإن من أوكذ الواجبات الزوجية هو مباشرة المرأة

علاقة جنسية طبيعية مع زوجها باعتبارها غاية من غايات الزواج وأن إستماع الزوجة عن تلبية رغبة زوجها يعدّ نشوزا.

وقد جاء بالتقرير الطبي المجرى من طرف الحكيم محمد رضا جرمود أنه كان يتابع حالة الزوجة منذ سنوات بعد الزواج لصعوبات في العلاقة الزوجية ووجدها لا زالت عنراء وقد أجري عليها عملية جراحية لإقتضاض بكثرتها وأن هناك تشنجا في عضلات لميل أدى إلى إغلاقه واستحالة الإبلاج وأن حالتها تحسنت وحالتها قللة للتحسن مع إنتظام العلاقة الجنسية وتقاربها وأنه من خلال ما ذكر فإن المسؤولية في إعدام العلاقة الزوجية (الجنسية) محمولة على الزوجة لتي تخاف من العملية الجنسية وتنتهي إلى إعتبار الحالة قللة للتحسن مع إنتظام العلاقة الجنسية وتقاربها.

ومن أثبت أيضا من أوراق الملف ومن تصريحات الزوجة أنه لا يوجد إنتظام في العلاقة الجنسية وأن عملية ممارسة الجنس تكاد تكون مستحيلة على المستوى النفسي والفيزيولوجي والعضوي وأن التقرير الطبي هو أكبر دليل على ذلك كما أن تحمل الزوج العديد من السنين حالة زوجته الصحية لا يعني أنه غير متضرر وأن الفقهاء اتفقوا على إعتبار رفض الزوجة وطلبها من زوجها ثم كبير وهو من الأسباب التي تجيز للزوج طلب الطلاق بموجب الضرر بما يكون معه الحكم المنتد أساء تطبيق أحكام الفصل 23 من م.أ.ش وطلب النقض.

**المحكمة**

**عن المطعنين معا لوحدة وجه القول فيهما :**

حيث تمحور النزاع حول وجود الضرر من عنده في جانب الزوج لانعدام وجود لعلاقة الجنسية الطبيعية بينه وبين زوجته باعتراف الزوجة لدى السيد القاضي الصلحي.

وحيث طالما أقرت الزوجة بلغذام العلاقة الجنسية بينها وبين معاندها على مر العديد من السنين فإن صير الزوج وشمله عن طلب الطلاق لا يعدّ منه تنزلاً عن ضرره ورضاه باستمرار الحياة الزوجية على هذا النحو.

وحيث ولئن كان عامة المرض هو مقتر على الإنسان إلا أنه دأب الأمر على اعتبار البعض من الأمراض ومنها خاصة الأمراض الجنسية التي تحول دون المباشرة لعادية بين الزوجين وما لها تأثيرات سلبية على الزواج باعتبار أن هاته المؤسسة ترمي إلى النسل وفي هذا المجال قيل أن الزواج جنة أي عملية من المفاسد واختلاف النسب وطالما أن محكمة الحكم المنتقد لم نزاع هذا الجانب لكون المرض الجنسي الذي تعنيه المرأة يعدّ عائقاً عن ممارسة الحياة الجنسية وبالتالي يمثل ضرراً مباشراً وطالما أن محكمة الحكم المنتقد لم تأخذ هذا الجانب بعين الاعتبار فإن قضاءها يكون مخالفاً للواقع والقانون وتعيّن لذلك نقضه.

#### ولهاته الأسباب

أقرت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلاً وأصلاً ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بمدينين لإعادة النظر فيه مجدداً بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطبة وإرجاع المال المؤمن إليه. وصنر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 7 جوان 2007 برئاسة السيد بلقاسم كريد وعضوية المستشارين السيدتين سهام السويسي ونجبية الشريف وبحضور المدعي العلم السيد محمد لكامل سعلاة وبمساعدة كتيبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

#### وحرر في تاريخه

وحيث لا خلاف حسب كل الفقهاء وأن الفترة الجنسية تعد من الشروط الجوهرية لعقد الزواج وهي من الشروط الفيزيولوجية الجوهرية التي تتأسس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها أمراً طبيعياً وحمياً ولازماً لقيام العلاقة الزوجية.

وحيث أن المشرع فتوى ولئن لم يعرف الزواج ضمن مجلة الأحوال لشخصية إلا أنه يمكن القول عامة أن الزواج هو عقد يتعايش بمقتضاه رجل وامرأة تحت سقف واحد ليتمتياً عاطفياً وجنسياً للمحافظة على الجنس ويمكن القول أن هذا التعريف يتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية حيث قال تعالى في سورة النحل : "والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة".

وحيث يتحصص من مظهرات الملف سواء مما تحرر على طرفي النزاع أو من الشهادة الطبية المظروفة بالملف وأن العلاقة الزوجية بين طرفي النزاع غير عادية وذلك لرفض الزوجة العلاقة الجنسية فضلاً عن العيب الفيزيولوجي الملتصق بالزوجة وأن الزوج رغم وجود هذا العيب فإنه لم يلجأ إلى الطلاق كحل أول بل حاول معالجة زوجته وإعانتها على تحطيم حالتها الصحية إلا أنها رغم ذلك قد أقرت بالجلسة لصلحية الأولى أن العلاقة الجنسية متعنة بينها وبين زوجها فضلاً عن أنها أنجبت بنتها بطريقة غير عادية وأن تمسكها بالحياة الزوجية راجع إلى رغبتها في إبقاء حياة عائلية عادية حفاظاً على بنتها.

وحيث لا خلاف وأن عقد الزواج سبناه المكارمة وذات الشخص مقصودة فيه بالذات وأنه متى فقدت فيه الشروط المطلوبة يتعين فسخ هذا العقد بالطرق القانونية ولا التنفيذ على ذات الشخص.