

قرار تعطي شخصي عدد46537 صدر بتاريخ 21 جوان 2017 عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة الشوالي وعضوية المستشارتين السيدتين بسمة بودن وكلثوم كنو محضر المدعي العام السيد مصدق ومصدي ومساعدة كاتب الجلسة السيدة نجوى المناعي.

«حيث أن طبيعة الزواج كمؤسسة باعتباره نظاما اجتماعيا شرع لتكوين أسرة على وجه الدوام والاستمرار لا ينزع عنه طابعه العقدي وهو ما يتيح المجال للزوجين من تضمين عقد زواجهما الشروط التي يرتقيانها ويمكن أن تتعلق الشروط بذات المتعاقدين على غرار اشتراط صفات أو تصرفات في الطرف الآخر كما يمكن أن تتعلق الشرط بأموالهما وهو المنحى الذي كرسه المشرع صراحة صلب أحكام الفصل 11 من م ا ش الذي جاء ناصا على ما يلي : "بنت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته أمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء".

وترتبا عليه فإن إخلال احد الطرفين بالشرط الوارد بالعقد الذي قبل به بإقدامه على الزواج وباعتباره شرطا سابقا للزواج يتيح طلب فسخ عقد الزواج بالطلاق وفيما عدا ذلك فإن الضرر المؤسس لطلب الطلاق لابد أن يكون ناتجا عن إخلال بالواجبات الزوجية أي أن يكون ناتجا عن خطأ ينسب للزوج أو للزوجة المذنب لا يكتسبان تلك الصفة إلا بعد إبرام عقد الزواج وهو المنحى الذي نجاه المشرع صلب الفصل 23 من م ا ع الذي جاء مكرسا للواجبات الزوجية ولل فلسفة العامة التي بنت عليها جميع النصوص الخاصة التي لها علاقة بالزوجية والأسرة، وأما فيما يتعلق بالسلوك السابق للزواج فهو لا يمثل أي خرق لواجبات الزوجية التي تنطلق من إبرام عقد الزواج لا قبله وهو ما لا يجيز قانونا الحديث عن إمكانية الطلاق للضرر إلا في صورة توفر سلوك مسخطن طرأ بعد الزواج.

وحيث وترتبا بما سبق فإن عذرية الزوجة لا بدأن تكون موقفة بشرط قبل إتمام الزواج وفقا لأحكام الفصل 11 من م ا ش حتى تشكل في صورة فقدانها ضررا يتيح الطلاق، وفيما عدا ذلك فإنه لا يمكن اعتبارها من قبيل السلوك المخسطن الذي طرأ بعد الزواج والذي قد تحاسب عليه الزوجة لأن العبرة هي بسلوك الطرفين نحو قرينة منذ تاريخ الزواج.

وحيث أن تبرير المحكمة لفقدان المعقبة لعذريتها قبل الزواج على أنه إخلال بواجب المضارحة فهو تبرير لا يمكن أن ينطبق على الوقائع الماثلة لتعلق الأمر بمسألة تختلف باختلاف البيئة والوسط الاجتماعي والاقتصادي والثقافي وهي من الأمور النسبية المتصلة بحيات البشر. إذ أن ما يراه المعقب إخلالا وإخفاء لأمر خطير قد يعتبره الطرف الآخر أمرا غير ذا بال، لذلك يمكن القول انه كلما تعلقت

المصالة بحياة البشر فإنها تكون نسيية وذلك على خلاف إخفاء حقيقة مرض معدي على القرين أو مرض يحول دون الاتصال الجنسي أو عيب من شأنه أن يؤثر على رضا القرين لو علم به والتي تكون المصارحة واجبة بخصوصه.

وحيث وتأسيساً بما سبق فإن اعتبار محكمة الحكم المطعون فيه فقدان العذرية ضرراً يؤسس للحكم بالطلاق على معنى الفقرة 2 من الفصل 31 من م 1 ش يعد مخالفاً للقانون طالما أن ما نسب للطاعنة لم يكن مرده أفعالاً لعقد الزواج الذي لا ينتج آثاره إلا من تاريخ إبرامه وهو ما حاد عنه الحكم المطعون فيه الذي بنى قضاءه على استنتاجات ذاتية لا ترتقي إلى مستوى التعليل القانوني وتعين لذلك نقضه من هذه الناحية.»