حوليات

القرار التعقيبي المدني عدد 68454، مؤرخ في 22 أكتوبر 2019، الحكم الشخصي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 12304، مؤرخ في 09 جويلية 2018، القرار التعقيبي المدني عدد 48312، مؤرخ في 27 سبتمبر2019، القرار التعقيبي المدني عدد 48312 مؤرخ في 27 سبتمبر 2019[1]

تقرير حول مائدة مستديرة بعنوان التوجه الحديث لفقه القضاء التونسي في المادة المدنيّة

وفاء الرفرافي

أستاذة مساعدة في القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بسوسة
جامعة سوسة

انعقدت بكلية الحقوق والعلوم السياسيّة بسوسة يوم الخميس 25 أفريل 2024 دائرة مستديرة حملت عنوان «التوجّه الحديث لفقه القضاء التونسي في المادة المدنيّة». أدارها الأستاذ محمد بوقرة وضمّت المداخلات فيها ثلّة من أساتذة الكلية وهم على التوالي: الأستاذ فتحي الحامدي والأستاذ أنس بوكمشة والأستاذ عماد بوكيل والأستاذة وفاء الرفرافي.

تعلّق النظر في محتوى التوجّه الحديث من خلال مقاربة تقييمية لبعض القرارات والأحكام القضائية، في ظلّ تطورات بات يشهدها الواقع المعيش، والتي تعدّدت مظاهرها في المادة التعاقدية كما في مادة الأحوال الشخصيّة.

(1) يشار إلى أنّ هذه القرارات والأحكام غير منشورة حتّى تاريخ الإصدار.

فتمّت مقاربة المسألة من وجهتها الإشكاليّة تحديدا الحالات التي صمت فيها واضع النص التشريعي عن تنويل الحلول القانونيّة الملائمة لها؛ وذلك من خلال استقصاء مدى قدرة السلطة القضائية على تكملة فراغات النصوص القانونيّة، واستخبار مدى سلامة الحلول القضائية كمدى وجاهة القول بارتقائها لأن تكون فقه قضاء، قد يجود بقدر من الانسجام المنشود على مفردات النظام القانوني واعتبرت المداخلات أنّ الحلول القضائية لا يمكن أن تعدّ كفقه قضاء إلاّ إذا تصوّبت الفهم السليم للقواعد القانونيّة، واحترمت منهجية معينة في عملية تأويل القانون ولقد تمّت إصابة هذا المطلب من منظور مسائل مختلفة في المادة المدنيّة، كتعديل العقد في ظلّ تغيّر الظروف الاقتصاديّة وتوجيه اليمين الحاسمة المنافية لاعتبارات أخلاقية وتغيير الجنس والطلاق للضرر المتبادل.

القرار التعقيبي المدني عدد 68454 والمؤرخ في 22 أكتوبر 2019 حول مدى جواز تدخّل القضاء في العقد

لقد اعتبرت مجمل المداخلات أنّ محكمة التعقيب وفّقت عند إقرارها لحقّ القضاء في التدخّل لتعديل العقد في ظلّ تغيّر الظروف الاقتصاديّة، وبدا موقفها مقبولا، رغم مخالفته لفقه قضائها السابق. إلاّ أنّ الحلّ المعتمد بدا قاصرا عن إرساء منهج الحلّ القضائي في ظلّ تغيّر الظروف الاقتصاديّة للعقد. فمن ناحية، هو بدا حائدا عن مقتضيات السلامة والسداد عند تأصيله للفصل 273 من مجلة الالتزامات والعقود؛ ففي ذلك انحراف عن تبصّر نطاق هذا النصّ القانوني الذي لا يمكن أن يؤسّس للفسخ، لأنّه عقوبة وجزاء لعدم التنفيذ ومن ناحية أخرى، بدا محتشما لاكتفائه بالفصل 243 من نفس المجلة وإنكار وجود النص. إذ أوردت: «وحيث ولئن لم ينص القانون على أنه يمكن للقاضي التدخل لتعديل العقد أو إنهاء العمل به استجابة لرغبة أحد الطرفين دون الآخر في صورة حدوث تقلبات اقتصاديّة غير متوقعة إلا أنه وتفعيلا لمقتضيات الفصل 243 م ا ع [...] يمكن تطبيق الفصل 242 بأكثر مرونة سيما أن المشرع جعل من مبادئ الإنصاف وحسن النية مسلمات ضروريّة من شأنها أن تتوفر عند تنفيذ العقد» وهو ما يعتبر من قبيل التأويل الخاطئ؛ لأنّ هناك عدّة نصوص قانونيّة يمكن أن تؤسّس

لتدخّل القضاء في العقد وهي الفصول 414 و415 من المجلة المذكورة والتي يمكن الاستناد عليها باعتبار تعلّق المسألة بالإقالة والفصلين 529 و531 اللذان يشرّعان للقاضي حقّ إبطال البنود التعاقدية وكذلك الفصل 339 الذي يشير إلى صورة انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ وقد يتأكّد هذا النظر إذا ما تمّت مقاربة المسألة من منظور المعادلة بين مطلب حماية المصالح والقيم. فالمصلحة التي يبحث المشرّع عن حمايتها هي المصلحة الاقتصاديّة في العقد وذلك من خلال السعي نحو الحفاظ على التوازن بين الأطراف المتعاقدة. أمّا القيمة، فهي العدالة التعاقدية التي يجب إصابتها من وجهة الطرفين المتعاقدين في الآن نفسه، على أن يتمّ تقدير اعتباراتها من منظور العدالة التبادلية واستقرّت الآراء على أنّ القول بوجود فقه قضاء قد يرسّخ منهجية معينة يمكن لبقية القرارات اقتفاء أثرها، يبقى مشروطا باعتماد الأسس السليمة لتطوير النظريّة وتكريسها وكلّ تأويل يجانب الصواب لا يمكن أن يرقى ليشكّل فقه قضاء ويبقى محكوما بقاعدة النسبية؛ ولا يهم والحالة تلك سوى أطراف الدعوى.

الحكم الشخصي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 12304 والمؤرخ في 09 جويلية 2018 حول تغيير الجنس

اتّجه الحلّ القضائي في هذا الحكم إلى الانصياع لطلب المدّعي تغيير جنسه ولقد اعتبرت مختلف آراء المتداخلين أنّ مثل هذا الحل يثير إشكالا قانونيا جديا، قد يتّسم بالخطورة؛ فهو يخالف الاعتبارات القانونيّة السليمة بتجاهله قواعد التأويل الصحيح عند حالات السكوت التشريعي. فوجود فراغ تشريعي حول مسألة تغيير الجنس يستوجب اللجوء إلى إعمال قواعد القياس، ومن ثمَّة قواعد القانون العموميّة، احتراما في ذلك لقاعدة الفصل 532 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود. بيد أنَّ المنهجية التي توخّتها المحكمة في هذا الحكم فيمكن القول إنّها بدت حائدة عن الذوق القانوني السليم وذلك بالنظر إلى قواعد التأويل سالفة الذكر؛ إذ لم تستند عليها وخيّرت في المقابل بعض القوانين المقارنة، أباحت تشريعاتها تغيير الجنس اعتبارا للهوية الجنسية. معتبرة ما يلي: «وحيث تجدر الإشارة على أنّ المشرّع التونسي لم يتعرّض لمسالة تغيير الجنس ولم

ينظّمها بنص قانوني أمّا على المستوى الدولي لاقت هذه المسألة أجوبة مختلفة، إذ كرّست الأرجنتين «الهوية الجندرية» [...] وقد عرفت فنلندا نفس هذه الإباحة بتغيير الجنس [...] ومختلف الدول الأوروبية توجّهت في إباحة وجواز تغيير الجنس [...] وحيث اعتمدت المحاكم الفرنسيّة [...] التحوّل الحاصل في جنس الشخص المعني هو نتيجة طبيعية لممارسة حق طبيعي هو حق العلاج من مرض [...] وحيث فضلا على ذلك فإنّ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان برّرت موقفها الحمائي لحق الفرد باحترام حياته الخاصّة [...] وحيث انعكس هذا التكريس الدولي والحمائي لحق الفرد في احترام حياته الخاصة على البلاد التونسية التي ونظرا لالتزاماتها تجاه القانون الدولي قد أعدّت تعديلا دستوريا يعزّز حقوق الإنسان والحريات». موقفها هذا يعني أنّها تنحدر بالاعتبارات القانونيّة الواجب تغليبها إلى منزلة أدنى من بعض الاعتبارات التي تنساق إليها الموجة العالمية، من دفاع عن المثلية والحريات الفرديّة المطلقة. وهي مسألة موسومة بالخطورة، ولا يتعلّق الأمر بالحفاظ على الاعتبارات الدينيّة ولا بالتعدي على مقتضيات السلامة القانونيّة فحسب، بل بتغيير تركيبة المجتمع من خلال استحداث واستنباط أنماط جديدة ودخيلة عليه وهو ما يسوّغ للقول بأنّ هذا الحل لا يرقى إلى أن يكون فقه قضاء، فهو ليس تعبيرا عن الخطاب القانوني. مثل هذه المسألة التي ترتبط بفكرة الحق الشخصي والمصالح المشروعة قانونا، تعكس مقاربة الواقع والقانون؛ وهي تملي على واضع القانون ضرورة التدخّل لتشريع بعض الوضعيات الواقعية التي قد يمسّ تواصل صمته عن تنظيمها، من الأمن القانوني للأفراد. فالسكوت التشريعي يفتح باب الاجتهاد، والتوسّع فيه قد يُردي بمهمّة القضاء إلى خطر الاضطراب؛ وتبعة الأمر تلبيةٌ لقيم غير القيم التي أرساها المشرّع على اعتبار أنّها قيم مشتركة داخل المجتمع.

القرار التعقيبي المدني عدد 48312 والمؤرخ في 27 سبتمبر 2019 حول توجيه اليمين الحاسمة المنافية لاعتبارات أخلاقية

تمثّلت وقائع القرار في قيام زوج بدعوى قضائية مطالبًا إيقاع الطلاق للضرر بينه وبين زوجته، بموجب امتناعها عن واجب المعاشرة الزوجية، ولقد أحجمت

محكمة البداية عن مطلبه لعدم ثبوت الضرر الموجب للطلاق، فاحتمى الزوج المتضرر بمحكمة الدرجة الثّانية متوسلًا بطلب توجيه اليمين الحاسمة تجاه زوجته قصد إثبات واقعة الامتناع عن المعاشرة، لكنّ المحكمة اعتبرت أنّ توجيه اليمين في موضوع كموضوع المعاشرة الزوجية يعد خرقًا لواجب الحياء وقضت بإقرار الحكم الابتدائي معلّلة قرارها باقتضاء حماية الاعتبارات الأخلاقية؛ فتحامى الزوج بمحكمة القانون وأمام أنظار قضاءها تمحور الإشكال القانوني حول قبول توجيه اليمين الحاسمة قانونًا في صورة ما إذا تعلّق موضوعها بأمر يخالف الاعتبارات الأخلاقية ولقد ذهبت المحكمة إلى اعتبار أنّ الضرر الذي يتمسك به الزوج ناجم عن حرمانه من حق اعترف به القانون وأسّس له في قالب واجب قانوني يتمثل في فرض المعاشرة الزوجية وأنَّ إخلال الزوجة بذلك فيه خرق لواجب قانوني وهو واقعة يمكن إثباتها بجميع الوسائل القانونيّة، بما في ذلك اليمين الحاسمة واتّفقت الآراء من المتداخلين على أنّ هذا القرار قد تصوّب التعليل السليم وذلك لأنّ محكمة التعقيب اعتبرت أنَّ توجيه اليمين الحاسمة يكون مقبولا قانونًا فقط إذا توفرت فيه عناصر القبول القانوني ولتحديد هذه العناصر استندت إلى أحكام الفصل 23 من مجلّة الأحوال الشخصيّة وأوردت أنّ «إمساك الزوجة عن تحقيق مآرب القرين ومعاشرته تعني بالضرورة تعديها على حقه وهو حق لا يستحى منه لأنه اقتضاء، وسطره الفصل 23 م.أ.ش». كما اعتبرت أنّ موقف المحكمة التي قضت بجواز أداء اليمين الحاسمة، يبدو سليما كذلك من الناحية القانونيّة وذلك لأنّها أسّست عناصر الحلّ القضائي على اقتضاء التمييز والتفريق بين الأخلاق والأخلاق الحميدة. إذ أوردت أنّ «الحياء ولئن يعد محمودًا نسبيًا كخطة أخلاقية إلا أنه لا يمكن أن ينقلب عائقًا أمام ما أجازه القانون» وأنّ «الأخلاق قد ترتقي في بعض الأحيان إلى المزج بالقواعد القانونيّة، لكنها لا يمكن أن تحول دون الحقوق التي يقرها القانون الوضعي» و« لا شك أنَّ المعاشرة الزوجية باعتبارها لازمًا طبيعيًا لقيام علاقة زوجية لا يمكن أن يشكل الإخلال بها، والقيام على أساسها مساسًا بالنظام العام أو الأخلاق الحميدة». وانتهت المداخلات إلى أنّ الأهميّة القانونيّة للمسألة التي يثيرها هذا القرار،

لا تتوقّف عند الإقرار بجواز توجيه اليمين الحاسمة حتى في صورة مخالفتها للاعتبارات الأخلاقية، بل تبقى مرتبطة بالاختلاف في الرؤى وذلك لأنّها تتعلّق بمفهوم متغيّر كمفهوم الأخلاق الحميدة.

الحكم الابتدائي الشخصي الصادر عن المحكمة الابتدائية بسوسة عدد 80177 والمؤرخ في غرّة جوان 2021 حول الطلاق للضرر المتبادل

إنّ الأهميّة القانونيّة لهذا الحكم تتمثّل في قبوله القضاء بالطلاق للضرر المتبادل بين الزوجين وذلك على الرغم من سكوت المشرّع عن ذكره ضمن أحكام الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصيّة ولقد أجمع كافّة الأساتذة الحاضرون على أنّ المحكمة قد وفقت في اجتهادها نحو إيقاع الطلاق للضرر المتبادل بين الزوجين وذلك من الناحيتين الإجرائية كما الجوهرية. فمن الناحية الإجرائية يكون من اللازم توحيد إجراءات التقاضي متى تعلّق الأمر بنفس الدعوى أمام نفس المحكمة وذات الأطراف فيها ونفس الموضوع المطروح حولها، وهو توحيد يمكّن من تفادي إصدار حكمين (وقد يكونان متضاربين) في نفس المسألة. أمّا من الناحية الجوهرية، فإنّه وفي ظلّ سكوت المشرّع عن تنظيم مثل هذه الحالة من الطلاق فإنّه لا مانع من فتح باب الاجتهاد، وذلك من خلال إمكانيّة استقراء مقتضيات الفصل 31 من مجلّة الأحوال الشخصيّة وتحديدا منها صورة الطلاق للضرر. ويتبقّى أمام قضاة الأصل التأكّد والتثبّت من مسألة أسبقية الضرر، وما لها من تأثير على إمكانيّة ترجيح كفة أحد الطرفين على حساب الآخر من ناحية تقدير الأضرار الحاصلة والتعويضات المستحقة تبعا لذلك. لكنّ المسألة تبقى متعلّقة بالمقاربة الواجب اعتمادها للزواج ومدى اعتباره مجرّد علاقة عقدية بسيطة أو مؤسّسة قانونيّة.

كلمات مفاتيح: تعديل العقد، فسخ، إقالة، قواعد القانون العموميّة، إنصاف، عدالة، أخلاق، سكوت تشريعي، تأويل، مصالح، قيم.

فهرس الملاحق

عدد الملحق	محتوى الملحق	الصفحة
عدد 1	محكمة التّعقيب، قرار مدنيّ عدد 68454، مؤرّخ في 22 أكتوبر 2019، متوفّر على http://www.cassation.tn	257
عدد 2	محكمة التّعقيب، قرار مدنيّ عدد 48312، مؤرّخ في 27 سبتمبر 2017، غير منشور.....	265
عدد 3	المحكمة الابتدائية بسوسة، حكم ابتدائيّ مدنيّ عدد 80177، مؤرّخ في 01 جوان 2021، غير منشور.....	271
عدد 4	المحكمة الابتدائية بسوسة، حكم ابتدائيّ مدنيّ عدد 12304، مؤرّخ في 09 جويلية 2018، غير منشور.....	285

الملحق عدد 1:
محكمة التّعقيب، قرار مدنيّ عدد 68454، مؤرّخ في 22 أكتوبر 2019،

http://www.cassation.tn/

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العــدل

محكمـــة التعقيــب

القـــرار عـ68454ـدد

تـاريخـه :2019/10/22

نص القرار :

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 11-10-2018 تحت عدد 7164 من طرف الأستاذة ن م. المحامية لدى التعقيب نيابة عن :

شركة خ م. في شخص ممثلها القانوني المعينة محل مخابرتها بمكتب محاميتها الأستاذة ن م. الكائن بـ...

ضدّ : م ج. الكائن مقره بـ... ينوبه الأستاذ ر م.

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 26786 الصادر بتاريخ 2017/10/31 عن محكمة الاستئناف بنابل والقاضي نهائيا بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد برفض الدعوى وتغريم المستأنف ضدها لفائدة المستأنف ب (300.000د) لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليها وإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع مالها المؤمن إليه ورفض الاستئناف العرضي موضوعا.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ ل د. حسب محضره عدد20208 بتاريخ 06-11-2018 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة في 09-11-2018 حسب مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة في 16-11-2018 من الأستاذ ر

http://www.cassation.tn/

http://www.cassation.tn/

م. والرامية إلى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا إن استقام شكلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل نقض الحكم المطعون فيه مع الإحالة.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح علنا بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه و صيغه القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الأصل المعقبة الآن لدى المحكمة الابتدائية بنابل عارضة أنها تسوغت من المطلوب جميع الأصل التجاري الكائن بـ... بمقتضى عقد الكراء المسجل في 24-11-2014 وقد قامت المدعية بتغيير النشاط الممارس سابقا ليصبح مطعما لبيع المأكولات الخفيفة ظنا منها أنها سوف تحقق أرباحا تكفيها لتغطية معاليم الكراء وغيرها من المصاريف وباعتبار أن نشاطها مرتبك أساسا وبصفة مباشرة بالقطاع السياحي فقد انعكس ما يعيشه هذا القطاع من تأزم على مردوديتها وما تحققه من أرباح ولم تعد المدعية قادرة على تحقيق الأرباح التي كانت تأمل تحقيقها قبل تدهور الوضع الاقتصادي بالبلاد فأصبحت عاجزة عن دفع معاليم الكراء ولم تعد بإمكانها الاستمرار في كراء الأصل التجاري وقد دعت المطلوب إلى فسخ عقد الكراء وديا بينهما وتصفية ما بينهما من حسابات إلا أنه رفض ذلك طالبة بناء على ذلك الحكم بفسخ عقد كراء الأصل التجاري المسجل في 24-11-2014 وبإلزام المدعى عليه بان يعيد للمدعية عدد 3 صكوك بنكية مسلمة له كضمان.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 29652 بتاريخ 15-11-2016 يقضي ابتدائيا بفسخ عقدي كراء الأصل التجاري الكائن بـ... المؤرخين في 18-11-2014 والمسجلين في 24-11-2014 و02-02-2016 وإلزام المدعى عليه بان يؤدي للمدعية 820،د478 أجرة محاضر المعاينة و265،د77 لقاء أجرة محضر التنبيه و000،د300 لقاء أتعاب التقاضي وأشراف المحاماة وحمل المصاريف القانونية عليه بما في ذلك أجرة رقيم الاستدعاء للجلسة وقدرها 545،د50 ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك وقبول الدعوى المعارضة شكلا ورفضها أصلا.

http://www.cassation.tn/

http://www.cassation.tn/

وحيث استأنف المدعى عليه في الأصل الحكم المذكور طالبا نقضه والقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى.

وحيث أصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطلع استنادا إلى القول بأن طلب المدعية في الأصل فسخ عقد الكراء غير مؤسس واقعا وقانونا طالما أنها قد أخلت بالتزاماتها تجاه المستأنف وماطلت في أداء معينات الكراء وطالما أن طلب الفسخ هو جزاء وحق يخوله المشرع للدائن عند مخالفة المدين لشروط العقد.

فتعقبته المستأنفة وورد بمستندات طعنها بعد استعراض وقائع القضية وإجراءاتها نعيها على القرار المطعون فيه ما يلي :

المطعن الأول المأخوذ من تحريف الوقائع وهضم حقوق الدفاع :

قولا أن المعقبة كانت تمسكت منذ الطور الأول باستحالة مواصلة استغلال الأصل التجاري لتعطل النشاط بسبب العمليات الإرهابية التي طالت البلاد وعصفت بالعديد من الشركات الكبرى التي لها علاقة بالقطاع السياحي وان هذه العمليات تكتسي صفة القوة القاهرة والأمر الطارئ ولم يكن بإمكان المعقبة توقعها أو دفعها ودليل ذلك أنها سوغت الأصل التجاري لمدة 5 سنوات وتعهدت بدفع معينات كراء سنة بحالها في بدايتها وهو ما قامت به فعلا منذ بداية العلاقة الكرائية وتقتضي نظرية الظروف الطارئة تعديل الالتزامات بسبب تغييرات استثنائية في الاقتصاد تخل بتكافئ الالتزامات ويصبح معها تنفيذها مرهقا للمدين كما أدلت المعقبة بمحاضر تفيد وجود اتفاق بينها وبين المعقب ضده على فسخ عقدي الكراء وان يعيد إليها الصكوك البنكية التي بحوزته إلا انه نكل عن تنفيذ ما تعهد به طمعا في ما قد يجنيه من أموال من المعقبة إلا أن محكمة القرار المطعون فيه تجاهلت كل هذه المعطيات واعتبرت المعقبة مماطلة في دفع معينات الكراء.

المطعن الثاني المستمد من وجاهة اعتماد الفصل 273 م ا ع لتأسيس الحكم بفسخ عقد الكراء :

قولا أن محكمة القرار المطعون فيه كانت مطالبة بالحكم في القضية طالما اقتنعت بوجاهة الطلب وثبت لها بما تقدم إليها من أدلة صحة الدعوى حتى في غياب نص قانوني صريح وان القياس هو استنباط حكم لوقائع بالاعتماد على صورة مشابهة وذلك في صورة وجود فراغ تشريعي وعلاوة على ذلك فقد وقفت محكمة البداية على وجود اتفاق بين الطرفين موثق بمحاضر تكتسي صبغة الحجة الرسمية على فسخ عقد الكراء ولكن المعقب ضده ماطل في تنفيذ الاتفاق وعليه طلبت

http://www.cassation.tn/

http://www.cassation.tn/

قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض الحكم المطعون فيه وإرجاع القضية للمحكمة التي أصدرته للنظر فيه بهيئة أخرى.

وحيث جوابا على مستندات التعقيب لاحظ نائب المعقب ضده أنه وعلى خلاف ما تمسكت به الطاعنة فقد ثبت من ملف القضية أن محكمة القرار المطعون فيه لم تهضم قط حق المعقبة في الدفاع ولم تحرف قط الوقائع بل أنها وباعتبارها محكمة درجة ثانية تنتقل إليها الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه بالاستئناف ذلك الطعن الذي ينحل على إثره الحكم الابتدائي متى قبل الاستئناف شكلا وعليه فان المحكمة وانطلاقا من تلك المبادئ أعادت الأمور إلى نصابها خاصة وقد ثبت أن محكمة الدرجة الأولى تجاوزت أحكام الفصل 12 م م م ت وباعتبار أن المعقبة لم تسند قط دعواها إلى أحكام الفصل 273 م ا ع ذلك الفصل الذي ورد في باب عدم الوفاء بالالتزامات وأن تطبيق الفصل 273 م ا ع في غير ما سنه المشرع وما خصصه له يمثل سوء تطبيق للنص القانوني من قبل محكمة الدرجة الأولى ضرورة أنه هناك اتفاق كتابي بين الطرفين لا يمكن نقضه الا باتفاق من نفس الدرجة خاصة ان العقدين المبرمين يقومان مقام القانون وقد تم تحديد مدة الكراء بخمس سنوات كاملة إلا في صورة اعتزام احد الطرفين إنهاءها بشرط أنه يعلم الطرف المقابل بذلك قبل ستة أشهر وانتهى إلى أن مستندات المعقبة لم تأت بما من شانه أن يوهن مستندات الحكم المطعون فيه وعليه طلب رفض التعقيب أصلا إن كان مقبول شكلا.

المحكمة

عن المطعنين لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما :

حيث جاء بتفصيل المطعنين المثارين أن المعقبة الآن كانت أسست دعواها الرامية إلى طلب فسخ عقد التسويغ الرابط بينها وبين معاقدها المعقب ضده على أساس استحالة مواصلة نشاطها التجاري الذي تسوغت الأصل التجاري من أجله بعد تغير الأوضاع الاقتصادية مما اثر سلبا على مداخيل المحل وحرمها من تحقيق أرباح وأن محكمة القرار المطعون فيه لما قضت برفض دعواها تكون قد حرفت الوقائع وهضمت حقها في الدفاع.

وحيث أن الإشكال القانوني مناط قضية الحال يتعلق بمدى إمكانية تدخل القاضي لوضع حد لعقد قبل حلول أجله رغم ثبوت أسبقية تحديد مدته وشروطه بمقتضى اتفاق واضح وصريح بين طرفيه أم أنّ إنهاء العقد لا يمكن أن يصدر إلاّ عن إرادة صريحة من طرف المتعاقدين.

http://www.cassation.tn/

http://www.cassation.tn/

وحيث تبين بالاطلاع على أسانيد الحكم المنتقد أن المحكمة قضت بنقض الحكم الابتدائي القاضي بفسخ عقد التسويغ الرابط بين طرفي النزاع الحالي بناء على طلب صادر عن المتسوغة والقضاء من جديد برفض الدعوى استنادا إلى القول بأن طلب المدعية في الأصل فسخ عقد الكراء كان طلبا غير مؤسس واقعا وقانونا طالما أنها قد أخلت بالتزاماتها تجاه المعقب ضده الآن وماطلت في أداء معينات الكراء وطالما أن طلب الفسخ هو جزاء وحق يخوله المشرع للدائن عند مخالفة المدين لشروط العقد.

وحيث لا جدال في أن المشرع التونسي كرس مبدأ عاما مفاده أن العقد شريعة الطرفين فنص بالفصل 242 م ا ع على أن " ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضائهما أو في الصور المقررة في القانون ".

وحيث ولئن لم ينص القانون على أنه يمكن للقاضي التدخل لتعديل العقد أو إنهاء العمل به استجابة لرغبة احد الطرفين دون الآخر في صورة حدوث تقلبات اقتصادية غير متوقعة إلا أنه وتفعيلا لمقتضيات الفصل 243 م ا ع الذي نص على أنه " يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته " يمكن تطبيق الفصل 242 بأكثر مرونة سيّما أن المشرع جعل من مبادئ الإنصاف وحسن النية مسلّمات ضرورية من شأنها أن تتوفر عند تنفيذ العقد.

وحيث وبقراءة متكاملة للفصلين 242 و243 يتبين أن المشرع التونسي لم يقص تماما إمكانية تدخل القاضي لمراجعة التزام احد طرفي العقد متى ثبت انه كان مرهقا ومجحفا بحقوقه أو انه لم يعد مواكبا ومتماشيا مع الظروف العامة ضرورة أن مبدأ النزاهة وسلامة النّية عند تنفيذ العقد المنصوص عليه بالفصل 243 يفترض إمكانية تدخل المحكمة لإيجاد توازن بين الالتزامات المحمولة على كاهل المتعاقدين حتى تتحقق العدالة التعاقدية.

وحيث اتضح من وقائع القضية أن المتسوغة المعقبة الآن كانت صرحت منذ تقديم عريضة دعواها الافتتاحية بأنها وبعد أن تعاقدت مع المعقب ضده على وجه الوكالة الحرة في خصوص الأصل التجاري الذي على ملكه لاستغلاله كمطعم لبيع المأكولات الخفيفة على امتداد خمس سنوات تعذر عليها تحقيق أرباح اثر تدهور الوضع الاقتصادي والأمني بالبلاد مما اثر على مردودية المحل الذي في تصرفها وجعلها عاجزة عن تسديد معينات الكراء.

http://www.cassation.tn/

http://www.cassation.tn/

وحيث اعتبرت محكمة الموضوع أن المعقبة تعتبر مماطلة في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية لا سيما منها خلاص معينات الكراء مما يحول دون إمكانية مطالبتها فسخ عقد الكراء تأسيسا على أحكام الفصل 273 م ا ع.

وحيث ولئن كان من المسلم به أن الفسخ هو جزاء يتعلق بعدم تنفيذ عقد صحيح إلا انه من الثابت أن وقائع وأسانيد قضية الحال لم تنبن على وجود المماطلة والتقاعس من احد الطرفين بل إنبنت على وجود ظروف طارئة من شانها أن تحول دون تنفيذ العقد.

وحيث طالما انحصر خلاف الطرفين في مدى صيرورة الالتزامات التعاقدية المحمولة على المتسوغة مرهقة نتيجة ظروف طارئة فانه كان من واجب المحكمة الوقوف على هذه المسالة والتحري في مدى وجود ظروف طارئة من شانها التأثير تأثيرا مباشرا على تنفيذ المعقبة لالتزاماتها.

وحيث أغفلت محكمة القرار المطعون فيه الرجوع إلى جملة محاضر المعاينة والتنابيه الصادرة عن المعقبة والموجهة للمعقب ضده منذ أواخر سنة 2015 والتي تضمنت ما يفيد وجود مفاوضات جدية بين الطرفين في خصوص فسخ العلاقة الكرائية القائمة بينهما وبذلك تكون المحكمة قد قصرت في سبر ما اشتملت عليه الدعوى من العناصر واستخلاص النتائج القانونية منها فكان قولها بشان مخالفة قضاء محكمة البداية للفصل 273 م ا ع قولا مجملا وغير دقيق.

وحيث ومن جهة أخرى فإن ما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من كون المعقبة الآن قد أخلت بالتزاماتها تجاه المعقب ضده وماطلت في أداء معينات الكراء هو قول خارج عن مناط قضية الحال باعتبار أن طلب الفسخ لم يتأسس على عدم وفاء المدين بالتزاماته تجاه دائنه وإنما تأسس على تمسك المدين نفسه بعجزه عن الوفاء بالتزاماته ومطالبته بناء على ذلك بالفسخ.

وحيث قصرت محكمة القرار المنتقد في تمحيص الأدلة المعروضة عليها وتقديرها والاجتهاد في فحصها وسبر ما اشتملت عليه من العناصر وهو ما أورث قضاءها ضعفا في التعليل وخرقا للقانون واتجه لذلك قبول المطعنين المثارين من المعقبة.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بنابل لإعادة النظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليها.

http://www.cassation.tn/

http://www.cassation.tn/

صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 22 أكتوبر 2019 عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين المتركبة من رئيستها السيدة لمياء الحمامي وعضوية المستشارتين السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني وبحضور المدعي العام السيد توفيق السبعي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة الحلواني.

وحرر في تاريخه

http://www.cassation.tn/

الملحق عدد 2:
محكمة التّعقيب، قرار مدنيّ عدد 48312، مؤرّخ في 27 سبتمبر 2017،

ش/ف

الجمهوريـة التونسيـة
وزارة العدل
محكمـة التعقيـب

الحمـد لله

*ع48312.2017دد القضيـة
تاريخـه :2017/09/27

أصـدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2017/3/06 من الاستاذ "ف. الو." المحامي لدى التعقيب

نيابة عن : "ع.ر."

ضد : "و. الأ."

محاميها الاستاذ "م.الأ."

طعنـا فـي القـرار الاسـتئنافي الشخصـي عـدد97218 الصادر بتاريخ 2017/02/7 عن محكمة الاستئناف بتونس

والقاضي نهائيا بقبول الإستئنافين الاصل والعرضي شكلا وفي الاصل بإقرار الحكم الابتدائي وتخيطة المستأنف بالمال المؤمن وتغريمه لفائدة المستأنف ضدها بأربعمائة دينارا (400د) لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليه .

وبعـد الاطـلاع علـى مـذكرة مسـتندات التعقيـب المبلغـة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ "ف. الح." حسب محضره عدد 2028 بتاريخ 2017/3/30 .

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 2017/04/04 حسب الفصل 185 من م م م ت

وبعـد الاطـلاع علـى مـذكرة الـرد علـى تلـك المسـتندات المقدمة في 2017/4/21 من الاستاذ محمد الهادي الأخوة نيابة

عن المعقب ضدها والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية طبق احكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل (المعقب) لدى محكمة البداية عارضا انه متزوجا بالمدعى عليها بموجب العقد المحرر في 1972/7/06 وانجبت منه ثلاث أبناء "م." و"أ." وأم." وقد ساءت العلاقة الزوجية بينهما منذ شهر اوت 2007 لرفض الزوجة المعاشرة الزوجية وامتناعها منذ ثلاث سنوات عن القيام بأدنى واجباتها المنزلية مما أضر به واصبحت مواصلة العلاقة الزوجية بينهما مستحيلة .

لهذا طلب الحكم بايقاع الطلاق بينهما للضرر من الزوجة مع الزام المدعى عليها بالتعويض له عن ضرره المعنوي بمبلغ أربعين ألف دينارا .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد33135 بتاريخ 2015/12/23 القاضي ابتدائيا برفض الدعوى الأصلية وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الأصل بالزام المدعي بان يؤدي للمدعى عليها مبلغ مائتين

وخمسون دينارا 250د لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة معدلة وحمل المصاريف القانونية عليه.

فاستأنف نائب المدعي الحكم المذكور وطلب الاذن تحضيريا بالتحرير على الطرفين وعند الاقتضاء توجيه اليمين الحاسمة بخصوص رفض الزوجة وامتناعها عن القيام بواجباتها الزوجية ثم الحكم بنقضه والقضاء من جديد لصالح الدعوى .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة قرارها المشار اليه بطالع هذا وذلك بناءا على ان موضوع اليمين في دعوى الحال لا يتماشى وخصوصية مادة الاحوال الشخصية

فتعقب نائب المستأنف الحكم المذكور ناعيا عيه :

1) مخالفة الفصل 497 من م إ ع : قولا بان عبارات الفصل 497 من م إ ع بالنسبة لصور توجيه اليمين جاءت مطلقة ولم يشترط المشرع عدم مساس موضوع اليمين بالنظام العام والاخلاق الحميدة بما يجعل القرار المنتقد فيما انتهى اليه مخالفا لأحكام هذا الفصل .

2) مخالفة احكام الفصل 500 من م إ ع قولا بأن ما انتهى اليه القرار المنتقد من كون قيام الزوجة بواجب المعاشرة الجنسية موضوعا فيه مساس بالأخلاق لا يجوز توجيه ايلمين الحاسمة في شأنه مخالف لاحكام الفصل 500 م ا ع الذي حدد الحالات التي لا يجوز فيها توجيه تلك اليمين وعليه طلب النقض مع الاحالة .

المحكمـــــة

عن المطعنين المأخوذين من مخالفة احكام الفصلين 497 و500 من م إ ع لاتحادا لقول فيهما :

حيث إنه من المقرر قانونا وحسب احكام الفصلين 427 و497 من م إ ع أن اليمين الحاسمة وسيلة إثبات يجوز توجيهها في كل دعوى مطلقا كلما تعلق الأمر بتأكيد واقعة أمام المحكمة والوقائع التي تؤدي فيها اليمين تشمل الوقائع المادية على مختلف أنواعها ولو لم يكن هنالك مقدمات بينة للاثبات ما لم يدخل

موضوعها تحت طائلة أيّة حالة من الحالات المنصوص عليها حصرا بالفصل 500 من م إ ع .

وحيث لا شك أن الضرر الموجب للطلاق كما يتخذ وجها قانونيا على غرار الضرر الذي لا يثبت الا بموجب حكم جزائي قد يتخذ ايضا وجها واقعيا يمكن الاستناد فيه على جميع وسائل الاثبات بما في ذلك اليمين على غرار إثبات إخلال بإحدى الواجبات المتبادلة بين الطرفين وفقا لما نصّ عليه الفصل 23 من م أ ش ومن بين الواجبات الزوجية التي يقوم عليها عقد الزواج هو واجب المعاشرة الزوجية فإمساك الزوجة عن تحقيق مارب القرين ومعاشرته يعني بالضرورة تعدّيها على حقه وهو حق لا يستحي منه لأنه اقتضاه القانون "وسطّره" الفصل 23 م أ ش .

وحيث إن التبرير الّذي انتهجته محكمة الحكم المطعون فيه لرفض الاستجابة إلى طلب اليمين قولا بأن ذلك يتنافى ونبل وسمو العلاقة الزوجية التي اساسها حفظ الأعراض وصون الشرف وعدم المس بواجب الحياء هو تعليل لا يستقيم من الناحية القانونية كما انه لا يستقيم من الناحية الواقعية وحيث ومن الناحية الواقعية فإنه لا شك أن الحياء ولئن يعدّ محمودا نسبيا كخطة أخلاقية إلاّ انه لا يمكن أن ينقلب عائقا امام ما أجازه القانون واقتضاه العرف والعادة بما يتعلق بعلاقة الرجل بالمرأة وما أقرّه لكل طرف من حق معاشرة الأخر وأمّا من الناحية القانونية فإن الفصل 500 من م إ ع قد منع توجيه اليمين في الدعوى التي يمنع القانون القيام بها نظرا للنظام العام والاخلاق الحميدة ولا شك ان المعاشرة الزوجية باعتبارها لازما طبيعيا لقيام علاقة زوجية لا يمكن ان يشكل الاخلال بها والقيام على أساسها مساسا بالنظام العام أو الاخلاق الحميدة مع إن الأخلاق قد ترتقي في بعض الأحيان الى المزج بالقواعد القانونية لكنها لا يمكن ان تحول دون الحقوق التي يقرها القانون الوضعي .

وحيث إن محكمة الحكم المطعون فيه ومع تسليمها بأن العلاقة الجنسية تعدّ من لوازم الحياة الزوجية إلاّ انها رتبت عليها آثارا تتجافى مع ما اقره القانون الوضعي وما أتاحه من وسائل

إثبات تنظم تلك المسألة الواقعية التي عند إمساك الزوجة عنها فان ذلك يخلف ضررا للزوج يظل إثباته أمرا صعبا وتكون بذلك اليمين الوسيلة القانونية الاكثر نجاعة لإثباته وعليه فإن ما انتهت اليه محكمة الحكم المطعون فيه من أسباب مبررة لقضائها قد انطوى على سوء تطبيق لأحكام الفصلين 497 من م إ ع وسوء فهم لأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 500 من نفس المجلة وتعين لذلك نقضه .

ولهـــذه الأسبـــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الإستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليه .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة المنعقدة يوم 27 سبتمبر 2017 عن الدائرة الثامنة برئاسة السيدة مفيدة شوالي وعضوية المستشارتين السيدتين كلثوم كنو وبسمة بودن بحضور المدعي العام السيدة مليكة باكير ومساعدة كاتب الجلسة السيد توفيق المناصري .

وحـــرر في تاريخـــه

الملحق عدد 3:

المحكمة الابتدائية بسوسة، حكم ابتدائيّ مدنيّ عدد 80177، مؤرّخ في 01 جوان 2021

القضية عدد 80177

الحمد لله وحده

باسم الشعب التونسي

الجمهوريـــة التونسيـــة
وزارة الـــعـــدل
المحكمة الابتدائية بسوسة
القضيـة عـــــ80177ـدد
تاريخ الحكم: 2021/06/01
تلخيص القاضي رؤوف عبد اللاوي

حكـــــــــم إبتدائي شخصي

أصدرت المحكمة الابتدائية بسوسة المنتصبة للقضاء في مادّة الأحوال الشخصية بجلستها العمومية المنعقدة يوم الثلاثاء الموافق لتاريخ 01 جوان 2021 برئاسة وكيل رئيسها السيد معزّ اليوسفي وعضويّة القاضيين السيد **رؤوف عبد اللاوي** والسيدة **حنان العباسي** المعضدين أسفله وبمساعدة كاتب الجلسة السيد **اسكندر ابراهم**

271

الحكـــم الآتـــي بيانـــه بيـــــن

•المدعيان: 1/- ... لطة ببوحسينة سوسة، نائبها الأستاذ كريم مصدّق المحامي بسوسة.

2/- سه... ... محل مخابرته مكتب الأستاذ زياد القصاع المحامي الكائن بشارع الطاهر صفر عمارة بن نياب سوسة، نائبه الأستاذ محمد صدقي خلف الله المحامي بسوسة بوصفه مصفي لمكتب الأستاذ زياد القصاع.

-من جهـة-

•المدعى عليهما: 1/- ... محلّ مخابرته مكتب الأستاذ زياد القصاع المحامي الكائن بشارع الطاهر صفر عمارة بن نياب سوسة، نائبه الأستاذ محمد صدقي خلف الله المحامي بسوسة بوصفه مصفي لمكتب الأستاذ زياد القصاع.

2/- ... لطة ببوحسينة سوسة، نائبها الأستاذ كريم مصدّق المحامي بسوسة.

-من جهة أخرى-

بموجب عريضة الدعوى المبلغة من المدعية الأولى إلى المدعى عليه الأول بتاريخ 2020/01/06 بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ جمال بن الحاج سالم برقيمه عدد 16887 للحضور بجلسة يوم 2020/01/29 وبموجب عريضة الدعوى المبلّغة من المدعي الثاني إلى المدعى عليها الثانية بواسطة الأستاذ عبد السلام عباس عدل التنفيذ حسب رقيمه عدد 15828 المؤرخ في 2020/01/07 والمتضمنة استدعائها للحضور بجلسة يوم 2020/01/29.

القضية عدد 80177

//موضـــوع الدعـــــوى//

تعرض المدعية الأولى بواسطة نائبها أنها تزوجت بالمطلوب الأول بموجب زواج شرعي مؤرخ في 03 أوت 2010 وتمّ البناء بينهما وأنجبا الطفلين يوسف وشهد، إلا أن الحياة الزوجية ساءت بينهما وغاب عنهما الانسجام خاصّة بعد تعمّد المدعى عليه الإساءة إليها، وعدم حسن معاشرتها فضلا عن معاقرته الخمر ممّا أثّر على نفسيّتها ونفسيّة أبنائها منه. هذا إضافة إلى تعنيفها وسبّها وشتمها والمسّ من سمعتها بشتّى الوسائل لذلك طلبت الحكم بإيقاع الطلاق بينهما للمرّة الأولى بعد البناء بسبب ما لحقها من ضرر استنادا على أحكام الفصل 31 من مجلّة الأحوال الشخصية في فقرته الثانية.

في حين عرض المدّعي الثاني بواسطة نائبه وفي إطار القضية عدد 80201 أنه وبعد أن تزوّج بالمدعى عليها الثانية وأنجب الأبناء المذكورين أعلاه، بدت على زوجته تصرّفات غريبة ومريبة حيث أضحت تتحاشى القيام معه بواجبها الشرعي وباتت تتغيّب كثيرا عن محل الزوجية فضلا عن المبيت خارجه متذرّعة بمبررات واهية حتى اكتشف أنها على علاقة غير شرعية بأحد الرجال ويدعى نجم الدين الخذيري، فتقدّم تبعا لذلك ضدّها بشكاية إلى السيد وكيل الجمهورية بالمحكمة الابتدائية بتونس وأفرزت الأبحاث فيها إقرار المشتكى بهما بالعلاقة الغير شرعية وأحيلا على أنظار الدائرة الجناحية السادسة بذات المحكمة من أجل جريمة الزنا والمشاركة في ذلك في القضية عدد 42053 وطلب استنادا لذلك القضاء بإيقاع الطلاق بينه وبين المدعى عليها الثانية بموجب ما لحقه من ضرر تمثّل فيما أحسّ به من إذلال ومهانة بعد إذاعة الخبر بين الناس باعتباره فنان شعبي معروف كتعويضه عن هذه المضرّة المعنوية بما لا يقلّ عن خمسين ألف دينار (50000.000د) وبألف دينار (1000.000د) عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.

//الإجـــــــــراءات//

وبموجب ذلك رسمت القضية بالدفتر المعد لنوعها بالمحكمة تحت عـــ80177ـدد ثم نشرت بالجلسة الصلحية المعينة لها بالاستدعاء في 29 جانفي 2020:

*الطور الصلحي:

حيث حضرت المدعية وصرّحت أنها تطلب إيقاع الطلاق للضرر للمرّة الأولى بعد البناء لأن زوجها قام بالاعتداء عليها بالعنف وطردها من المنزل زيادة أنه يقوم بشرب الخمر وعادة ما يرجع لمحلّ الزوجية في حالة سكر ولاوعي ولا يقوم بواجباته الزوجية نحوها كما يقوم بمعاشرة النساء جنسيا وله صديقة دائم السهر معها مضيفة أنه سبق لها أن تقدّمت ضدّه بقضية من أجل العنف اللفظي لا زالت على بساط النشر كما سبق وأن استصدرت حكما في النفقة وحضر المدعى عليه وتمسّك أيضا بإيقاع الطلاق بموجب الضرر الصادر من الزوجة باعتبار أن هذه الأخيرة على علاقة بشخص آخر يدعى نجم الدين وقد سبق لها أن سافرت معه لتركيا لمدة أسبوع من 2019/09/12 إلى غاية 2019/09/19 وتعهد بالإدلاء بما يفيد ذلك سيما منها الاتصالات الرابطة بين زوجته والمدعو نجم الدين.

ورغم محاولة إصلاح ذات البين بين الطرفين بالوقوف على أسباب الخلاف وإسداء النصح لهما أصرّ الطرفان على موقفهما، وإزاء تعذّر التوفيق بين الطرفين سجّل السيد قاضي الأسرة فشل المحاولة الصلحية وتمّ إتخاذ القرارات الفوريّة التالية:

1-في الحضانة وحقّ الزيارة: إسناد حضانة الطفلين شهد ويوسف للأم مع تمكين الأب من حقّ الزيارة أيام الآحاد والعطل الوطنية واليوم الثاني من الأعياد الدينية والنصف الأول من العطل المدرسية (لمن يزاولون دراستهم من الأبناء) وذلك من الساعة العاشرة صباحا إلى غاية آذان المغرب.

2-في سكنى الحاضنة: إلزام الزوج بأن يؤدي لزوجته بوصفها حاضنة ما قدره ستمائة دينار (600.000د) بداية من تاريخ اتخاذ القرار في 2020/01/29 إلى انتفاء الموجب لقاء منحة السكن.

وحيث تمّ تأخير القضية للجلسة الصلحية المؤرخة في 26 فيفري 2020 وبها حضر الطرفان وتصادقا على إيقاع الطلاق بالتراضي بين الطرفين وحوّرا طلباتهما على نحو ذلك بعد التراكن على الطلاق وجميع فروعه، وبعد إتمام جميع الجلسات الصلحية طبق القانون تمّ استيفاء الطور الصلحي وأحيلت القضية على الطور الحكمي.

*الطور الحكمي:

حيث نشرت القضية بالجلسة الحكمية المعيّنة لها ثم تتالى نشر القضية بعدّة جلسات اقتضاها سيرها العادي من ثم وبعد أن أصبحت جاهزة للفصل صرفت لجلسة يوم 18 ماي 2021 وبها حضر الأستاذ خلف الله وأدلى بتقرير وتمسّك وحضر الأستاذ مصدّق وتمسّك، فقررت المحكمة حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم بجلسة يوم 01 جوان 2021. وبها وبعد المفاوضة طبق القانون صرح علنا وعموما بالحكم الآتي بيانه مندا ونصا:

//المستنـــــــدات//

وحيث أدلى نائب المدعية الأولى تأييدا للدعوى، بمضمون زواج وأربع مضامين ولادة ونسخة من عقد عمل ونسخة من عقد كراء وصور من شهادات طبيّة وصور من قرارات فوريّة وصورة من محضر استدعاء لجلسة.

وحيث أدلى نائب المدعي الثاني في القضية عدد 80201 تأييدا لدعواه بمضمون زواج وأربع مضامين ولادة.

وحيث تمسّك نائب المدعى عليه بمآل الجلسات الصلحية وصادق على تحوير الدعوى وطلب على ضوء ذلك الحكم بإيقاع الطلاق بين الطرفين طلقة أولى بعد البناء والإنجاب بالتراضي والإذن بالتنصيص على ذلك بطرّة رسم ولادتهما والرجوع في القرارات الفورية المتخذة بالجلسات الصلحية وأدلى بشهادة في مضمون حكم جزائي وصورة من حكم جناحي.

وحيث وبجلسة يوم 07 جويلية 2020 طلب نائب المدعية الأولى العدول عن طلب الطلاق بالتراضي وسجّل تحوير دعوى منويته إلى طلب الطلاق بموجب الضرر.

وحيث ردّ نائب المدعى عليه الأوّل مفيدا أن الضرر الذي أسّست عليه المدعية دعواها لا أساس له باعتبار أن الضرر المتمثّل في الخيانة الزوجية هو الضرر الأسبق وهو مناط القضية التي رفعها منويه تحت عدد 80201 لذلك طلب القضاء بعدم سماع الدعوى واحتياطيا برفضها.

وحيث عقّب نائب المدعية متمسّكا بعريضة الدعوى، مفيدا أنه وقع تحوير الدعوى من جديد إلى طلاق للضرر بعد تحويرها في مرة سابقة إلى طلاق بالتراضي قبل رجوع المدعى عليه فيما تعهد به والتزم وأمضى عليه كما هو مضمن بمحضر الجلستين الصلحية الثانية والثالثة وذلك بأن ينفق على ابنيه بحساب ألفي دينار لكل واحد منهما وبأن يدفع مبلغ ستمائة دينار (600.000د) بعنوان منحة سكن وهو رجوع فيه تنويه لسير القضية كل ذلك غايته التقصي من الإنفاق وفق ما التزم وهو تعهد ملزم له ولا يجوز للمحكمة إلا القضاء وفقه تحقيقا لأصل الشيء بعيدا عن ما إذا قد قضي في وقت سابق بحكم نفقة أم لا وقد أقر المدعى عليه بالزيادة في النفقة في هاته القضية علما منه بسبق وجود حكم وقد وافق وتعهد على أن يدفع المبلغ المتفق عليه، مما يجعل تراجعه غير مقبول قانونا خاصة بعد أن ظفر بكتائب إسقاط من لدن منويته بالنظر إلى معدنها كإمرأة محافظة في قضايا جناحية أجرم فيها المدعى عليه والتي تضررت فيها المدعية أيما ضرر من المطلوب كما هو زاخر من خلال المؤيدات المقدمة لينقلب في الأخير عليها وتصريحاته المضمنة بمحاضر الجلسات الصلحية متمسّكا بأن المدعية تضرّرت ضررا واضحا فادحا ومباشرا ثابتا جراء ما اقترفه زوجها في حقها من جرائم قد انتهت بأحكام سجنية باتة وفق ما تؤكده الشهائد في مضمون حكم جزائي والنسخ القانونية ذات العلاقة من محاضر بحث جزائي كلها تجزم بالدليل القاطع والبرهان الساطع الضرر الحاصل والمتأكد لمنويته بما يجعل الضرر الواقع عليها لا ريب فيه مطلقا ويجعل دعواها في طريقها واقعا وقانونا، مضيفا أنه وبعد ما يقارب العشرة سنوات زواج أثمرت ابنين كانا قد تعودا بنمط عيش مرفه جدا تجد منويته نفسها مطرودة من بيتها لتضطر للكراء هي وابنيها وذلك بمعلوم كراء شهري قدره ستمائة دينار (600.000د) رغم أن المطلوب كان قد تعهد بدفع ذلك المبلغ وقد وافق وصادق على دفع ذلك المعلوم حسبما يتضح من خلال محاضر الجلسات الصلحية، وأضاف أن المدعى عليه هو مطرب محترف ضرورة وقد أدلت منويته من خلال عديد المؤيدات التي تفيد نشاطه على كامل مدار السنة من خلال عديد الحفلات داخل أرض الوطن وخارجه سيما منها نسخة قانونية من عقد عمل بإسمه جاء فيه أن المبلغ المتحصل عليه يقدّر بتسعة آلاف وخمسمائة دينار (9500.000د) عن الليلة الواحدة ما يتبين وأن دخله الشهري يتجاوز بالضرورة المائتي ألف دينار (200000.000د)، وحقّق أن مصاريف منويته مكلفة جدا من مأكل ومشرب وملبس وتداوي وسكنى وقد بلغ معلوم ترسيم الابن "يوسف" بمدرسة خاصة ما يقارب الألفين دينار وذلك دون احتساب المصاريف التابعة الأخرى من مقتنيات وأدوات مدرسية باهضة جدا إضافة إلى إشتراكه بأكاديمية "أوريدو" الخاصة لكرة القدم مع ما تطلبه من مقتنيات رياضية بصفة

دورية بالغة جدا وهو نفس الحال بالنسبة لابنته شهد وما تستنزفه من مصاريف للعناية بطفلة في مثل سنها ورعاية صحية خاصة أمام ما اعتادوا عليه من نمط عيش مرفه سابقا خاصة وأن منوبته تعيش اليوم هي وابنتها حالة من الخصاصة والتداين ضرورة أنها عاطلة عن العمل وما لحقها أكثر من ضرر رهيب ثابت واقعا وقانونا. لذلك طلب الحكم بإيقاع الطلاق بينهما طلقة أولى بعد البناء بموجب الضرر اللاحق بالزوجة والتنصيص على ذلك بدفاتر الحالة المدنية لكليهما وبإقرار الوسائل الوقتية المتخذة في خصوص منحة السكن وذلك بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي لمنوبته مبلغ ستمائة دينار (600.000د) تحت ذلك العنوان مشاهرة وبالحلول تدفع للأم بوصفها حاضنة ابتداء من تاريخ الحكم إلى انتفاء الموجب كإلزامه بالإنفاق على ابنيه منها يوسف وشهد بحساب ألف دينار (1000.000د) لكل واحد منهما مشاهرة وبالحلول تدفع للام بوصفها حاضنة وتغريم المدعى عليه لفائدة منوبته بثلاثة آلاف دينار (3000د) بعنوان جراية عمرية تدفع لها مشاهرة وبالحلول من تاريخ انتهاء أمد عدتها إلى انتفاء الموجب لقاء ضررها المادي وبمائة وخمسين ألف دينار (150000.000د) لقاء ضررها المعنوي، وأدلى بصورة من حكم جناحي عدد 1317 صادر عن محكمة ناحية سوسة ونسخة مطابقة للأصل من محضر بحث عدد 235-3-19 محرّر من فرقة الحرس الوطني لمكافحة العنف ضدّ المرأة بسوسة بتاريخ 2019/11/06 مع شهادة في مضمون حكم جزائي ونسخة مطابقة للأصل من محضر البحث عدد 206 المحرّر من طرف فرقة الأمن الوطني لمكافحة العنف ضدّ المرأة بسوسة بتاريخ 2020/02/17 مع عدد 02 مضامين أحكام جزائية.

وحيث تمسّك نائب المدعى عليه بملاحظاته السابقة محقا أن مسألة الترفيع في النفقة ترجع للمحكمة التي أصدرت الحكم مضيفا أن إتخاذ منوبه لقراره في الجلسة الصلحية الثانية يعزى للمغالطة الصادرة من المدعية بعد أن تمّ إيقاف منوبه وبعد أن قامت بمساومته بالإسقاط في القضية الجزائية مقابل خضوعه للاتفاق المبيّن في الجلسة الصلحية الثانية، متمسّكا بأن ضرر منوبه أسبق وأن ما احتجّت به الطالبة من أحكام كانت نتيجة ردّة فعل المدعية عن الضرر الصادر عنها والمشمول بالبحث بشكاية تقدّم بها منوبه لدى وكالة الجمهورية بالمحكمة الابتدائية بسوسة لذلك طلب الحكم وفق طلباته السابقة، وأدلى بنسخة مطابقة للأصل من محضر البحث عدد 2156 المحرّر من طرف أعوان إدارة الشرطة العدلية بتاريخ 2019/10/30 ونسخة مجرّدة من الحكم عدد 47355 الصادر عن المحكمة الابتدائية بسوسة بتاريخ 2019/07/11.

وحيث وبجلسة يوم 23 مارس 2021 تمّ ضمّ ملف القضية عدد 80201 لملف قضية الحال لوحدة السبب والأطراف والموضوع وذلك لأسبقية نشر دعوى الحال.

وحيث أصدرت المحكمة حكما تحضيريا قاضيا بالتحرير على طرفي التداعي وتلقي ما لديهما من بيّنة ومؤيدات.

وحيث وبالموعد المعيّن حضرت المدعية وتمسّكت بطلب إيقاع الطلاق بينها وبين زوجها للمرة الأولى بعد البناء بموجب الضرر الصادر عنه والمتمثل في العنف اللفظي والمادي بالإضافة إلى إدمان زوجها معاقرة

الخمر ممّا يجعل مواصلة الحياة الزوجية مستحيلا لانعدام التفاهم والانسجام، وحضر المدعى عليه وبالتحرير عليه صادق على إيقاع الطلاق بينه وبين زوجته محققا أنه بالفعل تولّى الاعتداء لفظيّا على المدعية وذلك نتيجة سفر زوجته إلى تركيا بدون علمه وبمعيّة شخص آخر وبمزيد التحرير عليه أكّد أن زوجته أقامت علاقة مع شخص آخر وبينهما رسائل عبر الهاتف الجوّال وهو نفس الشخص الذي سافرت معه إلى تركيا.

وحيث علّق نائب المدعي الثاني على التحريرات المكتبية مفيدا أنه وخلافا لما يخيل للمطلوبة فإن الضم اللاحق إلى الأسبق أساسه التوحيد باعتبار وحدة الأطراف والموضوع مع اختلاف السند بمعنى أن البت يكون على أساس النزاعين بالنظر إلى الضررين والترجيح على أساس خطورة الوقع وسابقيته، وعليه فإنه من حيث السبق كان ضرر منوبه سابقا في حصوله بعد أن أقامت المدعى عليها علاقة غرامية مع الشخص المبيّن أعلاه فأثار منوبه شكاية بتاريخ 2019/10/30 إلى وكالة الجمهورية بالمحكمة الابتدائية بتونس وفقا لما هو ثابت من خلال نسختها المقدمة في القضية التي أقامها منوبه والواقع ضمها إلى قضية الحال والتي أقرت رفقة شريكها بمحضر البحث المجرى بواسطة إدارة الشرطة العدلية مصلحة وقاية الأخلاق تحت ع2156دد بوجود علاقة غرامية وأنها على علاقة حب به حسب الضلعين الثاني والثالث منه اذ جاء بالضلع الثاني المتعلق بالشريك <<أفيدكم أن علاقتي بالمسماة هالة مصدق هي علاقة حب من الطرفين غير أنها لم تتعد ذلك إلى الممارسة الجنسية أو العلاقة الحميمية>> وهذا الإقرار تدعم بإقرارها كذلك بالضلع الثالث من المحضر السالف بيانه فضلا عن إقرارهما بالسفر سوية إلى تركيا، وتبعا لذلك أحيلت المطلوبة وشريكها على أنظار الدائرة الجناحية بالمحكمة الابتدائية بتونس من أجل الزنا والمشاركة فيه في القضية عدد 42453 ليقضى في شأنهما بجلسة يوم 2020/01/02 بإيقاف المحاكمة بموجب إسقاط الزوج وفقا للشهادة في مضمون حكم وقع تقديمه في قضية الحال، مضيفا أن الضرر الحاصل بغض النظر عن قيام جريمة الزنا من عدم ذلك أشد وقعا من الضرر المدعى في شأنه من زوجته دنيويا أو دينيا كما أنه الأسبق وقوعا إذ أن منطلقه كان بتاريخ تقديم الشكاية الموافق لـ 2019/10/30 والسابقة لشكاية المدعية سوى الأولى بتاريخ 2019/11/06 أو الثانية بتاريخ 2020/02/17 وأن سند ضرره الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، متمسكا بأن ما أثاره نائب المدعى عليها فيما تعلق بمصادقة منوبه على إيقاع الطلاق في قضية الحال هو مخالف لحقيقته إذ أن مصادقته كانت على أساس طلب الطلاق في القضية الواقع ضمها إلى قضية الحال اثر عدوله عن إيقاع الطلاق بالتراضي وكانت بعد أن خضع للمساومة بالتخلي عن طلبه وتمكينه من كتب إسقاط بعد أن تم جلبه للجلسة الصلحية لقضيتي الحال موقوفا بالسجن المدني بالمسعدين على ذمة القضية التي أثارتها وموضوعها محاولة دخول محل الغير دون إرادة صاحبه والضغط عليه وإرغامه على منحها نفقة والحال سبق حصولها عليها بموجب قضية منفصلة لذلك طلب الحكم بإيقاع الطلاق بين طرفي التداعي في القضية عدد 80201 بموجب الضرر الحاصل للزوج طلقة أولى بعد البناء والإنجاب والإذن بترسيمه برسم ولادتهما كالقضاء بالرجوع في القرار

الفوري المتعلق بالنفقة الممنوحة للزوجة في حق نفسها وفي حق أبنائها القصر لسبق القضاء فيها بموجب القضية الاستئنافية عـ47355ـدد بتاريخ 2019/07/11.

//المحكمـــــة//

حيث جاءت دعوى المدعية الأولى في طلباتها النهائية هادفة للقضاء بإيقاع الطلاق بينها وبين زوجها طلقة أولى بعد البناء بموجب الضرر اللاحق بالزوجة والتنصيص على ذلك بدفاتر الحالة المدنية لكليهما وبإقرار الوسائل الوقتية المتخذة في خصوص منحة السكن وذلك بإلزام المدعى عليه الأول بأن يؤدي لها مبلغ ستمائة دينار (600.000د) تحت ذلك العنوان مشاهرة وبالحلول تدفع للأم بوصفها حاضنة ابتداء من تاريخ الحكم إلى انتفاء الموجب كإلزامه بالإنفاق على ابنيه منها يوسف وشهد بحساب ألف دينار (1000.000د) لكل واحد منهما مشاهرة وبالحلول تدفع أيضا للأم بوصفها حاضنة وتغريم المدعى عليه لفائدتها بثلاثة آلاف دينار (3000.000د) بعنوان جراية عمرية تدفع لها مشاهرة وبالحلول من تاريخ انتهاء أمد عدتها إلى انتفاء الموجب لقاء ضررها المادي وبمائة وخمسين ألف دينار (150000.000د) لقاء ضررها المعنوي.

فيما جاءت دعوى المدعي الثاني هادفة في الطلبات النهائية إلى القضاء بإيقاع الطلاق بين طرفي التداعي بموجب الضرر الحاصل للزوج طلقة أولى بعد البناء والإنجاب والإذن بترسيمه برسم ولادتهما كالقضاء بالرجوع في القرار الفوري المتعلق بالنفقة الممنوحة للزوجة في حق نفسها وفي حق أبنائها القصر لسبق القضاء فيها بموجب القضية الاستئنافية عـ47355ـدد بتاريخ 2019/07/11.

1- **في الطلاق:**

وحيث ثبتت العلاقة الزوجية بين الطرفين المتداعيين من خلال عقد الزواج المظروف بالملف، وقد تحقّق الدخول بينهما بتصادقهما على ذلك ومن خلال إنجاب الأبناء يوسف وشهد.

وحيث اقتضى الفصل 31 من مجلّة الأحوال الشخصية أنه << يحكم بالطلاق... 2-بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر ...>>.

وحيث خوّل المشرّع لمن تضرّر من الزوجين الحقّ في طلب فكّ العصمة الزوجية بموجب المضرّة الصادرة من القرين حسب أحكام الفصل 31 فقرة ثانية المبيّنة أعلاه، وقد استقرّ فقه القضاء على وجوب أن يكون الضرر الموجب للطلاق، محققا، مباشرا، من شأنه أن يجعل الحياة الزوجية أمرا مستحيلا طبق أحكام الفصل 23 من مجلّة الأحوال الشخصية، وأن يكون هذا الضرر ثابتا (قرار تعقيبي مدني عدد 26072 مؤرخ في 2008/12/18).

وحيث من أوكد الواجبات المحمولة على الزوجين واجب المعاملة بالمعروف وحسن المعاشرة وعدم إلحاق الضرر ببعضهما البعض حسبما ينهض من أحكام الفصل 23 من مجلّة الأحوال الشخصية.

أ–في دعوى الزوجة:

وحيث وبالرجوع لوقائع قضية الحال وللمؤيدات المظروفــة فيها، ثبت أن المدعى عليه سمير الشوشان عمد في أكثر من مناسبة للتهجّم على منزل المدعية (بعد أن استقلّت بالسكنى لحصول خلافات بينهما آلت لطلب الطلاق) والاعتداء عليها لفظيّا بعبارات ماسّة من كرامتها ومن سمعتها ومهينة لها، وذلك أمام الملأ وبصفة علنيّة، دون اعتبار منه لحرمة العلاقة الرابطة بينهما وخصوصيّتها، وفي خرق واضح منه لواجب الاحترام المتبادل النابع من إلزاميّة المعاملة بالمعروف وحسن المعاشرة وعدم إلحاق الضرر بالقرين طبق أحكام الفصل 23 من مجلّة الأحوال الشخصيّة وعملا بما سبق تفصيله وشرحه أعلاه، كلّ ذلك بحسب محضر البحث عدد 235–3–19 والمحرّر من طرف أعوان فرقة الحرس الوطني المختصّة في جرائم العنف ضدّ المرأة والطفل بسوسة بتاريخ 2019/11/06، وكذلك محضر البحث عدد 206 المحرّر من طرف أعوان فرقة الأمن الوطني المختصّة في جرائم العنف ضدّ المرأة والطفل بسوسة المدينة والمؤرخ في 17 فيفري 2020 والتي آلت فيها الأبحاث إلى إدانة الزوج المدعى عليه بحكم نهائي تحت عدد 2020/74 بتاريخ 2020/03/13 عن المحكمة الابتدائية بسوسة، وذلك من أجل جريمة إحداث الهرج والتشويش وكذلك من أجل الإساءة للغير عبر شبكات الاتصالات بموجب الحكم الابتدائي عدد 2019/12316 الصادر عن نفس المحكمة في 2020/07/10، فضلا عن اعتراف الزوج في قضية الحال عند التحرير عليه بالاعتداء لفظيّا على زوجته، وهو ما يجعل من الضرر المنسوب إليه ثابتا، مباشرا، محقّقا ومن شأنه أن يعيق تواصل الحياة الزوجية في كنف الاحترام، وتكون الزوجة على نحو ما ذكر محقّة في طلب الطلاق بموجب المضرّة.

ب–في دعوى الزوج:

وحيث ثبت أيضا بحسب المؤيّدات التي قدّمها الزوج أن المدعى عليها ربطت علاقة غرامية بالمدعو نجم الدين الخنيري، قبل فكّ العصمة الزوجية بين الطرفين، إذ أقرّت والمدعو سيف الدين بذلك صلب محضر البحث عدد 2156 المؤرخ في 30 أكتوبر 2019 والمحرّر من طرف أعوان إدارة الشرطة العدلية بتونس، حيث صرّح المدعو نجم الدين في محضر سماعه أن "العلاقة بين الطرفين توطّدت لتصبح علاقة حب بعد أن أعلمته هالة أنها مطلقة واتفقا سوّية على الزواج" فيما صرّحت المدعى عليها في محضر سماعها "أنها أعلمت نجم الدين بكونها مطلقة وأنها ربطت علاقة حب معه لرغبتهما المشتركة في الزواج" وقد برّرت ذلك بتردّي علاقتها بزوجها المدعي بعد أن قام بنشر قضية في الطلاق إنشاء سنة ثمانية عشر وألفين.

وحيث يتحتّم على الزوجين عملا بواجب المعاملة بالمعروف وحسن المعاشرة، الإخلاص لبعضهما البعض احتراما لقداسة العقد الرابط بينهما ومحافظة على الأسرة، بما يعني أنه لا يسوغ لأي منهما ربط علاقة غرامية أخرى طالما لم يقع فكّ عصمة الزواج وذلك بعد أن يقع محاولة إصلاح ذات البين بين الطرفين سوى عن طريق العائلة طبق ما جرى عليه العرف من ثمّ عن طريق المحكمة تطبيقا للقانون وتماشيا مع فلسفة المشرّع في الحفاظ على نواة المجتمع الأولى.

وحيث لم تحترم المدعى عليها قداسة الرابطة الزوجية ولا واجب المعاملة بالمعروف وحسن المعاشرة الذان يحتّمان عليها الإخلاص لزوجها، من خلال عقد علاقة غرامية مع الغير، وتبادل مشاعر الحبّ والغرام معه رغم عدم انقضاء الرابطة الزوجية، وحتى تبريرها بأن العلاقة سادها التوتّر بعد أن استحال العيش بسبب نشر المدعي دعوى طلاق إنشاء سابقا، يبقى تبريرا مردودا من الناحية القانونية ذلك أن القضية المذكورة لم يكن مآلها حالّا لعقد الزواج ومنهيا لآثاره، أولا ولبقاء إمكانية الصلح واستئناف العلاقة الزوجية بصفة طبيعية واردا فإن لم يكن واقعيا فقانونيا عبر وجوب عرض الصلح على الأطراف قبيل النظر في أسباب طلب الطلاق ثانيا.

وحيث أن ما أقدمت عليه المدعى عليها طبق ما سبق ذكره يعدّ ضررا ثابتا، محقّقا ومباشرا ومنتجا لاستحالة تواصل الزيج، وهو ما يخوّل للزوج المدّعي حقّ طلب الطلاق بموجب المضرّة الصادرة عن زوجته.

ج-في موجب الطلاق:

وحيث أوضح الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية أن صور الطلاق ثلاث، إما بالتراضي وإما برغبة خاصّة من أحد الزوجة أو إنشاء من الزوج، وإما بموجب الضرر الصادر من القرين.

وحيث ترى المحكمة استنادا إلى ما سبق بسطه، أنّ كلّ واحد من الزوجين كان قد ساهم من جهته في هدم الحياة الزوجية وتفكّك الأسرة، من خلال تغييب الاحترام المتبادل بينهما وزعزعة أواصر الثقة والرحمة والمودّة بينهما، بما من شأنه أن يحول دون مواصلتها.

وحيث وخلافا لما ذكره نائب الزوج، فإن الضرر الصادر من الزوجة لم يكن أسبق من الضرر الصادر عن مثويه بل كانت كلا المضرّتين متزامنتين.

وحيث يتعين والوضعية ما ذكرت التصريح بإيقاع الطلاق بين الزوجين طلقة أولى بعد البناء بموجب الضرر المتبادل بينهما.

وحيث وجب التنويه في هذا الشأن، أنه ولئن لم ينصّ القانون في الفصل 31 من مجلّة الأحوال الشخصية صراحة على صورة الطلاق بموجب الضرر المتبادل بين الزوجين، فإن الحكم به لا يخرج عن إطار الفصل المذكور، وبالتحديد الصورة الثانية منه، باعتبار أن كلا الطرفين طلب الطلاق بموجب الضرر الصادر من الطرف الآخر وباعتبار أنه ثبت للمحكمة أن كلّ طرف ساهم بخطئه في تفكّك الرابطة الزوجية من خلال

الإضرار بقرينه، كما أن القاعدة الأصولية الواردة بالفصل 533 من مجلّة الالتزامات والعقود القائلة بأن عبارات النصّ إذا ما جاءت مطلقة جرت على إطلاقها، تسنح للمحكمة بتأويل الصورة الثانية من الفصل 31 من مجلّة الأحوال الشخصية وتفعيل إمكانية الإستجابة لطلب كلّ طرف في إيقاع الطلاق بموجب ضرر الطرف الآخر إذا تأكّد أن الضررين ثابتين وهما الذين ساهما في إستحالة مواصلة الحياة الزوجية.

وحيث أن الحكم بالطلاق بموجب الضرر المتبادل ليس حكما مستحدثا، ويتماشى مع أهمّ مصدر مادّي لمجلّة الأحوال الشخصية ألا وهو الفقه الاسلامي الذي أباح الطلاق للضرر بطلب من كلا الزوجين، تسليما بإمكانية تسبب كلّ واحد منهما بمضرّة للآخر، فقد أجاز المذهب المالكي للزوجة إمكانية طلب الطلاق للشقاق وهو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة أو للضرر وهو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه، فيتعين على القاضي في صورة ثبوت الضرر اقتراح التطليق مع بيان مسؤولية كلّ طرف في استحالة دوام العشرة وترتيب الأثر بحسب مدى الإساءة اللاحقة بكلّ طرف، وهو الموقف الذي تبناه القانون المقارن صراحة وبالتحديد المشرعان المصري والسوري، وكذلك القانون الفرنسي الذي خصّص الفصل 245 من المجلّة المدنيّة لصورة الطلاق للضرر المتبادل (divorce aux torts partagés) إذ جاء فيه ما يلي:

« les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent, cependant, enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce. Ces fautes peuvent aussi être invoquées par l'autre époux à l'appui d'une demande reconventionnelle en divorce. Si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés. Même en l'absence de demande reconventionnelle, le divorce peut être prononcé aux torts partagés des deux époux si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre».

وحيث يتّجه تبعا لما سبق شرحه والقضاء به الإذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على حكم الطلاق بطرّة عقد الزواج وبرسمي ولادتهما وبجميع دفاتر حالتهما المدنية عملا بأحكام الفصل 40 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 01 أوت 1957 والمتعلّق بالحالة المدنية.

280

2- <u>في الوسائل الوقتية:</u>

وحيث نصّ الفصل 32 من مجلّة الأحوال الشخصية في فقرته الثامنة أنه «وتقضي المحكمة ابتدائيا في الطلاق بعد فترة تأمل تدوم شهرين قبل طور المرافعة، كما تقضي في جميع ما يتعلق بآثاره وتحدد مبلغ الجراية التي تستحقها المفارقة بعد انقضاء العدة، <u>وتبت في الوسائل المتأكدة موضوع القرارات الفورية الصادرة عن قاضي الأسرة</u>».

وحيث اتخذ القاضي الأسرة في الطور الصلحي القرارات التالية:

<u>1-في الحضانة وحقّ الزيارة:</u> إسناد حضانة الطفلين شهد ويوسف للأم مع تمكين الأب من حقّ الزيارة أيام الآحاد والعطل الوطنية واليوم الثاني من الأعياد الدينية والنصف الأول من العطل المدرسية (لمن يزاولون دراستهم من الأبناء) وذلك من الساعة العاشرة صباحا إلى غاية آذان المغرب.

2-في سكنى الحاضنة: إلزام الزوج بأن يؤدي لزوجته بوصفها حاضنة ما قدره ستمائة دينار (600.000د) بداية من تاريخ اتخاذ القرار في 2020/01/29 إلى انتفاء الموجب لقاء منحة السكن.

وحيث ترى المحكمة أن جملة القرارات المتخذة من قاضي الأسرة كانت في طريقها واقعا وقانونا ومتناسبة مع ظروف كلا الطرفين المادية والاجتماعية، ومتماشية أيضا مع مصلحة الأطفال الفضلى وعليه إنجه المصادقة عليها وإجراء العمل بها.

وحيث جاءت طلبات نائبي الطرفين بخصوص نفقة الزوجة والأبناء من الغرابة بما كان وغير متماشية مع ما تضمّنه الملف من معطيات واتجه ردّها.

وحيث لا يسوغ لهذه المحكمة أن تسند نفقة للزوجة والأبناء أو تعدّل فيها مثلما طلب نائب المدعية، لسبق تعهد المحكمة ذات صاحبة الاختصاص الأصلي ألا وهي محكمة الناحية بالموضوع وسبق صدور حكم منها فيه تحت عدد 47355 بتاريخ 2019/07/11 (المحكمة الابتدائية بسوسة بوصفها محكمة استئناف لأحكام قضاة النواحي)، فتبقى للمحكمة المذكورة الصلاحية الكاملة في تعديل المعيّنات المقضي بها ترفيعا أو تخفيضا ولا يمكن لقاضي الطلاق أن يتعهد بهذا الموضوع إلا بصورة عرضية حماية لحقوق القصّر وتماشيا مع الطابع المعيشي للنفقة في إطار قرار فوري وقتي.

وحيث وأمّا طلب نائب المدعى عليه فقد تعلّق بالرجوع في قرار فوري قاضي بالنفقة لم يصدر عن قاضي الأسرة بتاتا في هذه المحكمة على الأقلّ في أطوار هذه القضية وإنما وقع التعرض إليه ضمن إلتزامات الزوج إن تم الإتفاق على الطلاق بموجب التراضي.

3- في التعويض:

وحيث أن الحكم بالطلاق بموجب الضرر على معنى أحكام الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلّة الأحوال الشخصية يخوّل للطرف المتضرّر الحقّ في التعويض عمّا لحقه من ضرر عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل المتقدّم والتي جاء فيها أنه <<ويقضى لمن تضرّر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه>>.

وحيث طالما قضت المحكمة بإيقاع الطلاق بموجب الضرر المتبادل بين الزوجين فإنّ ذلك يؤخذ بعين الاعتبار في تقدير الأضرار عملا بمبدأ التناسب، واستنادا على أحكام مجلّة الأحوال الشخصية ومصادرها المادية من فقه إسلامي وقانون مقارن، وهذا ما سارت فيه محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها الصادر عن دائرتها المدنية الأولى بتاريخ 11 أفريل 2018 تحت عدد 17-17575، لمّا اعتبرت أن ضرر الزوجة متناسب مع ضرر الزوج إذ وإن ثبت أن الضرر اللاحق بها ناجم عن زنا زوجها، فقد ثبت من أوراق الملف أنها هي بدورها زانية.

أ-في تعويض الزوجة:

وحيث طلبت المدعية عبر نائبها تغريم تغريم المدعى عليه لفائدتها بثلاثة آلاف دينار (3000.000د) بعنوان جراية عمرية تدفع لها مشاهرة وبالحلول من تاريخ انتهاء أمد عدتها إلى انتفاء الموجب لقاء ضررها المادي وبمائة وخمسين ألف دينار (150000.000د) لقاء ضررها المعنوي.

وحيث نصّ الفصل 31 من مجلّة الأحوال الشخصية أنه <<...ويقضى لمن تضرّر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه. وبالنسبة للمرأة يعوّض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظلّ الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعا وانخفاضا بحسب ما يطرأ من متغيرات. وتستمرّ إلى أن تتوفّى المفارقة أو يتغيّر وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية. وهذه الجراية تصبح دينا على التركة في حالة وفاة المفارق وتصفى عندئذ بالتراضي مع الورثة أو على طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة يراعى فيها سنها في ذلك التاريخ، كلّ ذلك ما لم تخير التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة>>.

وحيث يبقى للمحكمة سلطة تقدير قيمة الغرامات بحسب معايير مختلفة حدّدها عموما فقه القضاء ألا وهي الوضعية المادية لكلا الطرفين وما اعتاداه من نمط عيش ومدّة الزيجة إلى غير ذلك من معطيات في الملف قد تساهم وتساعد المحكمة في تحديدها.

وحيث ثبت في ملف قضية الحال أن المدعية لا تعمل وليس لها دخل قار، كما تبيّن أن مدّة الزواج الرابطة بين الطرفين ناهزت العشر سنوات واعتادت الزوجة المدعية على نمط عيش جيّد باعتبار أن زوجها المدعى عليه يعمل كمغنيّ شعبي وهو معروف في ميدانه وله دخل شهري محترم، غير أنه ثبت أيضا من معطيات الملف أن خطأ المدعى عليه والمتمثّل في الإعتداء اللفظي الدائم على الزوجة وعدم إحترامها لم يكن السبب الوحيد في تحقّق الطلاق، وإنما ساهمت المدعية بدورها في ذلك من خلال عدم الإخلاص لزوجها، وهو ما يؤثّر ضرورة على قيمة الغرامات الممنوحة.

وحيث ترى المحكمة على ضوء كلّ ما ذكر القضاء بإلزام المدعى عليه بأن يصرف للزوجة المدعية جراية عمرية قدرها مائتين وخمسين دينارا (250.000د) تدفع لها مشاهرة وبالحلول بداية من نهاية أمد عدتها إلى زوال الموجب، تعويضا عن ضررها المادي، كجراية تتماشى والمعطيات المذكورة وآخذة بعين الاعتبار لمساهمة الزوجة بخطئها في تحقّق الطلاق.

وحيث أضرّ المدعى عليه معنويا بالمدعية من خلال إهانتها وعدم احترامها، لذلك ترى المحكمة تغريمه لفائدتها بتسعة آلاف دينار (9000.000د) تعويضا عن ضررها المعنوي كغرامة ترى أنها كافية ومتناسبة مع المضرّة اللاحقة بها.

ب-في تعويض الزوج:

وحيث طلب نائب الزوج المدعي تغريم المدعى عليها لفائدة مئويه بخمسين ألف دينار (50000.000د) لقاء ضرره المعنوي.

وحيث أخذا بعين الاعتبار لجملة المعطيات المبيّنة أعلاه ولمساهمة المدعي بدوره في حصول الطلاق تغريم الزوجة المطلوبة لفائدته بثمانية آلاف دينار (8000.000د) تعويضا عن الضرر المعنوي اللاحق به جرّاء عدم إخلاص زوجته له كغرامة ترى المحكمة أنها كافية لجبر المضرّة المذكورة.

ج-في المقاصة:

وحيث يبقى للطرفين الحقّ في إجراء مقاصة بينهما بخصوص غرمي الضرر المعنوي طبق أحكام الفصل 369 من مجلّة الإلتزامات والعقود طالما صيّر الطرفان دائنين لبعضهما البعض وطالما كان الدينان متجانسان.

4- في أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة والمصاريف القانونية :

وحيث تكبّد الطرفان أتعاب تقاضي وأجرة محاماة ساهم كلّ واحد منهما في تكبّدها دون موجب بعد أن أخطأ في حقّ قرينه, لذلك ترى المحكمة تغريم كلّ طرف للآخر لقاء ذلك بمائتين وخمسين دينارا (250.000د).

283

وحيث يبقى للطرفين أيضا الحق في إجراء مقاصة بينهما في خصوص هذه الغرامات عملا بما سبق شرحه أعلاه.

وحيث تحمل المصاريف القانونيّة على الطرفين مناصفة عملا بأحكام الفصل 128 من مجلّة المرافعات المدنيّة بما في ذلك أجور محاضر الاستدعاء.

لـــــذا و لهـــــذه الأسبـــــاب

و عملا بما تقدم بسطه:

قضت المحكمة ابتدائيا بإيقاع الطلاق بين الطرفين المتداعيين طلقة أولى بعد البناء بموجب الضرر المتبادل بين الزوجين والإذن بالتنصيص على ذلك بدفاتر حالتهما المدنية وبطرّة رسم الصداق والمصادقة على القرارات الفورية المتخذة بالجلسة الصلحية المؤرخة في 23 جانفي 2020 والمتعلقة بالحضانة ومنحة السكن وإلزام الزوج بأن يصرف للزوجة لقاء ضررها المادي جراية عمرية قدرها مائتين وخمسين دينارا (250د) مشاهرة وبالحلول بداية من نهاية أمد عدّتها إلى زوال الموجب كتغريمه لفائدتها بتسعة آلاف دينار (9000د) لقاء ضررها المعنوي وتغريم الزوجة لفائدة الزوج بثمانية آلاف دينار (8000د) لقاء ضرره المعنوي كتغريم كلّ واحد منهما للثاني بمائتين وخمسين دينارا (250د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة ولهما أن يجريا مقاصة بينهما في خصوص غرم الضرر المعنوي وأجرة المحاماة وحمل المصاريف القانونية عليهما مناصفة ./.

حرر في تاريخه

13

الملحق عدد 4:

المحكمة الابتدائية بسوسة، حكم ابتدائيّ مدنيّ عدد 12304، مؤرّخ في 09 جويلية 2018

الجمهورية التونسية

المحكمة الابتدائية بتونس

عدد القضية : 12304

جلسة يوم : 2018/07/09

تلخيص القاضي دليلة علوي

حكم شخصي

الحمد لله وحده،

أصدرت الدائرة السابعة والعشرون بالمحكمة الابتدائية بتونس حال انتصابها للقضاء في مادة الأحوال الشخصية بجلستها العمومية المنعقدة بقصر العدالة يوم الاثنين 09 جويلية 2018 برئاسة وكيل الرئيس السيدة سمية بوغانم وبعضوية القاضيين السيدين وسيلة العجيمي و دليلة العلوي الممضيين عقبه، وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة هند الفرجاني.

الحكم الآتي بيانه بين :

المدعية :

محل مخابرتها بمكتب محاميها الاستاذ رضا عطية الكائن ب57 مكرر نهج ام كلثوم تونس .

من جهة

و المدعى عليه : وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بتونس بوصفه ممثلا للحق العام الكائن مقره بقصر العدالة تونس.

من جهة أخرى

بمقتضى عريضة الدعوى المقدمة من طرف نائب المدعية إلى كتابة المحكمة والمبلغة للمدعى عليه بتاريخ 2017/10/13 بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ مراد بوفارس حسب رقيمه عدد 1786 والمتضمنة استدعاءه للحضور بالجلسة المنعقدة يوم 2017/11/06 للنظر في الدعوى المرفوعة ضده والآتي بيان موضوعها.

موضوع الدعوى

تعرض المدعية أنها منذ صغرها ظلت تعاني من قلق و عدم ارتياح حول نوع الجنس الذي ولدت به لأنها تمتلك جسم فتاة إلا ان دماغها يخبرها و انها ذكر وهو ما يعرف لدى الاطباء باضطراب الهوية الجنسية و ان هذا الخلل في التكيف بين النفس و الجسد هو بعيد كل البعد عن المثلية الجنسية او انحراف السلوك كما انها لا تعاني من اي مرض نفسي او عقلي و قد خضعت للعلاج النفسي لمدة سنتين و رغم ذلك ظلت تعاني من مرض اضطراب الهوية الجنسية و لم تشفى منه و تواصلت معاناتها الامر الذي دفعها الى الخضوع الى العلاج هرموني و العلاج الجراحي لتصحيح جنسها و ذلك لم يكن شوقا منها بقدر ما كان احساسها انها من جنس الذكور و الانفصام بين مظاهر جسدها و احاسيس نفسها هو الذي جعلها تقدم على اجراء العمليات الجراحية بألمانيا لما اشتد بها مرض اضطراب الهوية الجنسية الذي عانت منه و تبعا لذلك فإنها تطلب الحكم بتغيير جنسها من انثى الى ذكر كتغيير اسمها من لينا الى ريان مع الاذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على ذلك بدفاتر الحالة المدنية الممسوكة لديه و برسم ولادة عدد 3296 لسنة 1983 .

الإجراءات

وبموجب ذلك قيدت القضية بدفتر القضايا المعد لنوعها تحت عدد 12304 ونشرت بالجلسة المبينة بالاستدعاء و بها حضر الاستاذ عطية و طلب التحرير على منوبته فقررت المحكمة تأخير القضية لجلسة يوم 2017/11/13 مع اجراء تحريرات مكتبية يوم 2017/11/07 و تتالى نشر القضية لجلسات اقتضاها سيرها اخرها جلسة يوم 2018/06/11 و بها حضر الاستاذ عطية و ادلى بالاختبار مع تقرير و تمسك .

قررت المحكمة حجز القضية للمفاوضة و التصريح بجلسة يوم 2018/07/02 و بها قررت المحكمة التمديد في اجل المفاوضة لجلسة يوم 2018/07/09.

وبها وبعد المفاوضة طبق القانون صرحت المحكمة بالحكم الآتي بيانه سندا ونصا.

المستندات

حيث تهدف الدعوى إلى الحكم بتغيير جنس المدعية من انثى الى ذكر كتغيير اسمها من لينا الى ريان مع الاذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على ذلك بدفاتر الحالة المدنية الممسوكة لديه و برسم ولادة عدد 3296 لسنة 1983 .

وحيث استندت المدعية لتأييد دعواها إلى :

*-1 / مضمون ولادتها رسم عدد 3296 لسنة 1983 المرسم ببلدية سوسة الجنوبية

*- 2 / نسخة من تقرير اختبار مأذون به قضائيا مجرى بواسطة الحكيم ماجد زمني مؤرخ في 2010/05/15 .

*- 3 / عدد 2 نسخ ضوئية لبطاقة الهوية الشخصية للمدعية مستخرجة من المانيا تحمل اسم ريان و صورته حاليا .

*- 4 / نسخة ضوئية من الشهادة الطبية المسلمة من الحكيم اسكندر البخاري مؤرخة في 2009/04/16 .

*- 5 / نسخة ضوئية من الشهادة الطبية المسلمة من الحكيمة Maria José Picot Riani مؤرخة في 2004/8/10 .

*- 6 / نسخة ضوئية من الشهادة الطبية المسلمة من الحكيم فخر الدين حفاتي مؤرخة في 2009/04/16

*- 7 / نسخة ضوئية من الشهادة الطبية المسلمة من مستشفى سان بوزاف عن الحكيم "كامبمان" .

*- 8 / نسخة حكم اجنبي صادر عن المحكمة الابتدائية كارلشروه الالمانية في القضية عدد 33/09 /// UR بتاريخ 2009/12/22 مع الترجمة للعربية (صادر بتغيير اسم المدعية الى ريان) .

*- 9 / نسخة حكم اجنبي صادر عن المحكمة الابتدائية كارلشروه الالمانية في القضية عدد 33/09 /// UR بتاريخ 2009/12/22 مع الترجمة للعربية (صادر بإقرار انتماء جنس المدعية الى الذكوري) .

*- 10 / اصل شهادة مسلمة من المصحة الحضرية كارلشروه في 2009/08/03 (الترجمة للعربية) تفيد خضوع المدعية لعمليتين جراحيتين .

*- 11 / عدد 5 صفحات لبحث علمي حول الهوية الجنسية .

*- 12 / دراسة لتحويل الجنس في النظام القانوني اللبناني (عدد 21 صفحة).

*- 13 / عدد 5 صفحات تحت عنوان التحول الجنسي بين الطب و الدين لاستشاري الطب النفسي الدكتور محمد المهدي .

*- 14 / عدد 4 صفحات تحت عنوان تغيير الجنس في حكم قضائي مؤرخ في 2016/01/11 من ارشيف المفكرة القانونية عن يمنى مخلوف .

*- 15 / عدد 5 صفحات تحت عنوان نص اول فتوى كويتية تبيح تحويل الجنس للمصابين بمرض الاضطراب الجنسي مؤرخ في 2008/09/16 .

*- 16 / عدد 4 صفحات تحت عنوان قضاة الاساس يجتهدون مؤرخ في 2011/09/26 من ارشيف المفكرة القانونية عن يمنى مخلوف .

*- 17 / عدد 13 صفحة تحت عنوان Nouveaux troubles nouveaux objets en santé mentale

*- 18 / مذكرة باللغة الفرنسية بجامعة باريس 8 تحت عنوان Ethnopsychiatrie Theorie Queer et Transsexualisme (Syndrome de Benjamin)

*- 19 / عدد 3 مجموعات من وثائق باللغة الفرنسية تحت عنوان Divergences autour du Transsexualisme

و حيث اصدرت المحكمة حكما تحضيريا يقضي بإجراء تحريرات مكتبية على القائمة بالدعوى يوم 2017/11/07 و بالموعد المحدد حضرت المدعية و افادت بالتحرير عليها انها ولدت بسوسة في 1983/11/16 و كانت تحمل جنس انثى منذ ولادتها اذ كان لها جسد فتاة و بكامل ما بجسد الانثى من تفاصيل (ثدي و مثانة) مضيفة انها عانت من ما يختمر بدماغها و انها حاورت والدها في سن اثني عشر عاما بما يختمر ذهنها اذ هي مقتنعة و انها عكس ما ظهر عليها بجسدها و انها " ذكر" و انها قد استمرت بحلق شعرها ليبدو قصيرا و لتبدو ذكرا كما افادت و انه حين برز لها ثديين كانت تعمد الى اخفائهما بلباس " بونداج" عليهما و كل ذلك نتيجة اقتناعها بدماغها و انها ذكر و كانت تعيش بتلك الصورة مما ادى الى عيادتها لعديد الاطباء لأنها لم تقتنع بتاتا و انها انثى بل ان اضطراب الهوية الجنسية

الذي عانت منه و التأثيرات الهرمونية بدماغها هي المسؤولة عن تكوين الشعور لديها بالجنس الذي تنتمي اليه و هي ترى نفسها ذكرا و هو ما ينتجه دماغها الى هذه اللحظة و اضافت انها و بعد اجتيازها للبكالوريا سافرت الى المانيا لمتابعة دراستها الجامعية و هناك قد تحصلت على احكام قضائية اولها يتعلق بتغيير جنسها و ثانيها ما يتعلق بهويتها الجديدة ريان و قد اكدت خضوعها قبل استصدار تلك الاحكام منذ نوفمبر 2004 لأمد عامين متتاليين تحت المراقبة و المتابعة النفسية و اثر تلك المدة لم تتغير و ظلت بنمط عيش ذكوري من ثم مرت الى اجراء العمليات الجراحية (الاولى سنة 2006 لإزالة ثدييها) و (الثانية سنة 2009 لإزالة و استئصال الرحم) و بمزيد التحرير عليها لاحظت انها تمارس حياتها الذكورية بصورة عادية خاصة و انها تتلقى علاجا هرمونيا عن طريق وخز لهرمون " تستوستيرون" و لا تزال الى حد الان بصدد استعماله مرة كل 3 اشهر كما لاحظت انها على علاقة بشابة و اقاما مؤخرا خطوبة و اضافت انها تمارس الجنس و تمر بمراحل العلاقة الطبيعية من انتصاب و ايلاج إلا ان القذف لا يتم لديها بسائل منوي نظرا و انها ليست لها خصيتين كي يكون داخلهما السائل و انها لم تجري زرع لخصيتين و تمسكت انها تشعر كونها " ذكر" و تمسكت بدعواها .

و حيث اصدرت المحكمة حكما تحضيريا بجلسة يوم 2017/12/04 يقضي بتكليف كل من السيدات الحكماء حنان بن عامر و اميرة خليفة المباشرين بمستشفى الرازي بغاية فحص المدعية من الناحية النفسية و بيان ان كانت عانت فعليا ام لا من مرض اضطراب الهوية الجنسية منذ صغرها و مدى رفضها للجنس الذي تنتمي اليه فضلا على ذلك التحقق ان كانت لديها ميول ذكورية و انفصام حاد بين النفس و الجسد مما ادى الى التحول الجنسي الذي خضعت له بألمانيا و ان كان بإمكانها تجاوز ذلك المرض دون اجراء تدخل جراحي ام لا ان وجد مع الاعتماد على التقارير الطبية المجراة على المدعية بمستشفى الرابطة سابقا و المجراة بألمانيا ان لزم الامر كبيان مدى استقرارها النفسي حاليا بعد اجراء التحول الجنسي كالإذن ايضا بتكليف الحكيم محمد العلوش المباشر بمستشفى شارل نيكول قصد فحص المدعية و عرضها على الطب الشرعي و ذلك لمعاينة جسدها بالكامل و تحديد جنسها ان كانت من

الاناث ام من الذكور خاصة بعد اجراء التدخل الجراحي التي خضعت له كبيان ماهية جهازها التناسلي بما في ذلك الاعتماد على التقارير الطبية المجراة بألمانيا ان لزم الامر .

و حيث وردت نتائج الاختبارين اولهما المجرى بواسطة الحكيمتين و المؤرخ في 2018/04/24 و ثانيهما المجرى بواسطة الحكيم محمد العلوش و المؤرخ في 2018/05/14 و تمت اضافتها بالملف .

المحكمة

حيث تهدف الدعوى الى الحكم بتغيير جنس المدعية من انثى الى ذكر كتغيير اسمها من لينا الى ريان مع الاذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على ذلك بدفاتر الحالة المدنية الممسوكة لديه و برسم ولادة عدد 3296 لسنة 1983 .

و حيث طلبت النيابة العمومية تطبيق القانون .

و حيث و في اطار الاعمال الاستقرائية للمحكمة تم اصدار حكم تحضيري يقضي بإجراء تحريرات مكتبية على القائمة بالدعوى يوم 2017/11/07 و بالموعد المحدد حضرت المدعية و افادت بالتحرير عليها انها ولدت بسوسة في 1983/11/16 و كانت تحمل جنس انثى منذ ولادتها اذ كان لها جسد فتاة و بكامل ما بجسد الانثى من تفاصيل (ثدي و مثانة) مضيفة انها عانت من ما يختمر بدماغها و انها حاورت والدها في سن الاثني عشر عاما بما يختمر ذهنها اذ هي مقتنعة و انها عكس ما ظهر عليها بجسدها و انها " ذكر" و انها قد استمرت بحلق شعرها ليبدو قصيرا و لتبدو ذكرا كما افادت و انه حين برز لها ثديين كانت تعمد الى اخفائهما بلباس " بونداج" عليهما و كل ذلك نتيجة اقتناعها بدماغها و انها ذكر و كانت تعيش بتلك الصورة مما ادى الى عيادتها لعديد الاطباء لأنها لم تقتنع بتاتا و انها انثى بل ان اضطراب الهوية الجنسية الذي عانت منه و التأثيرات الهرمونية بدماغها هي المسؤولة عن تكوين الشعور لديها بالجنس الذي تنتمي اليه و هي ترى نفسها ذكرا و هو ما يتجه دماغها الى هذه اللحظة و اضافت انها و بعد اجتيازها للبكالوريا سافرت الى المانيا

لمتابعة دراستها الجامعية و هناك قد تحصلت على احكام قضائية اولها يتعلق بتغيير جنسها و ثانيها ما يتعلق بهويتها الجديدة ريان و قد اكدت خضوعها قبل استصدار تلك الاحكام منذ نوفمبر 2004 لأمد عامين متتاليين تحت المراقبة و المتابعة النفسية و اثر تلك المدة لم تتغير و ظلت بنمط عيش ذكوري من ثم مرت الى اجراء العمليات الجراحية (الاولى سنة 2006 لإزالة ثدييها) و (الثانية سنة 2009 لإزالة و استئصال الرحم) و بمزيد التحرير عليها لاحظت انها تمارس حياتها الذكورية بصورة عادية خاصة و انها تتلقى علاجا هرمونيا عن طريق وخز لهرمون " تستوستيرون" و لا تزال الى حد الان بصدد استعماله مرة كل 3 اشهر كما لاحظت انها على علاقة بشابة و اقاما مؤخرا خطوبة و اضافت انها تمارس الجنس و تمر بمراحل العلاقة الطبيعية من انتصاب و ايلاج إلا ان القذف لا يتم لديها بسائل منوي نظرا و انها ليست لها خصيتين كي يكون داخلهما السائل و انها لم تجري زرع لخصيتين و تمسكت انها تشعر كونها " ذكر".

و حيث تبين و ان المسالة القانونية المطروحة راهنا تتمثل في جواز او عدم جواز تغيير الجنس .

و حيث تجدر الاشارة الى ان المشرع التونسي لم يتعرض لمسالة تغيير الجنس و لم ينظمها بنص قانوني اما و على المستوى الدولي لاقت هذه المسالة اجوبة مختلفة , اذ كرست الارجنتين " الهوية الجندرية " التي عرفتها على انها النمط الداخلي و الفردي الذي يتصور الاشخاص من خلاله الجندر و قد ادى هذا الاعتراف بحق الفرد باحترام هويته الجندرية الى تكريس فتح الباب امام تغيير الجنس المسجل للأفراد بناءا على طلب منهم يقدم دون فرض اي شروط و قد عرفت فنلندا نفس هذه الاباحة بتغيير الجنس مع توجب خضوع الفرد لعمليات جراحية اخصائية و الجدير ذكره في هذا الصدد و ان مختلف الدول الاوروبية توجهت في اباحة و جواز تغيير الجنس " اذا تبين و انه و على ضوء الخبرة الطبية و ان المتحول جنسيا استعان بالتدخل الجراحي كعمل طبي ضروري للشفاء من مرض اضطراب الهوية الجنسية " .

و حيث اعتمدت المحاكم الفرنسية ان حق الشخص في تلقي العلاج لما يعانيه من امراض جسدية و نفسية هو حق اساسي و طبيعي و لا يمكن لاحد ان يحرم منه و على ضوء ذلك فان تلك المحاكم اعتبرت و ان التحول الحاصل في جنس الشخص المعني هو نتيجة طبيعية لممارسة حق طبيعي هو حق العلاج من مرض و قد اصدرت محكمة التعقيب الفرنسية قرارا بتاريخ 1992/12/11 اقرت فيه حرية تغيير الجنس و المعيار في ذلك عدم وجود اي امكانية لعودة المتحول الى جنسه السابق .

و حيث فضلا على ذلك فان المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان بررت موقفها الحمائي لحق الفرد باحترام حياته الخاصة و اعتبرت و ان قوام الاعتراف بهذا الحق في احترام حياة الفرد الخاصة يمنع التعرض له عند اتخاذه لقرارات يراها مناسبة في شؤونه الخاصة, و استندت المحكمة الاوروبية الى (المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية و التي مفادها ان " لكل انسان الحق في حماية حياته الخاصة و يمنع التعرض له ") لدى اصدارها لقرارين : اولهما " قرار غودوين " ضد المملكة المتحدة الصادر في 2002/07/11 و ثانيهما "قرار ب " ضد فرنسا الصادر في 1992/03/25.

و حيث علاوة على ذلك رأت المحكمة الاوروبية و ان عدم قبول طلب تصحيح الجنس في سجلات الاحوال الشخصية تبعا لتغيير الجنس للمتحول و عابر الهوية الجنسية يشكل مخالفة لأحكام المادة 8 من الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان التي تكرس حق الشخص باحترام حياته الخاصة.

و حيث انعكس هذا التكريس الدولي و الحمائي لحق الفرد في احترام حياته الخاصة على البلاد التونسية التي و نظرا لالتزاماتها تجاه القانون الدولي (باعتبارها مصادقة على اتفاقيات حقوق الانسان و مصادقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية) قد اعدت تعديلا دستوريا يعزز حقوق الانسان و الحريات .

و حيث ورد بتوطئة الدستور التونسي المختوم في 2014/01/27 ان " ....الدولة تضمن علوية القانون و احترام الحريات و حقوق الانسان ...." كما جاء بالفصل 20 منه و ان " المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي و المصادق عليها اعلى من القوانين و ادنى

من الدستور " و تضمن الفصل 24 منه الوارد تحت الباب الثاني المعنون "الحقوق و الحريات " و انه :" تحمي الدولة الحياة الخاصة ".

و حيث باتت هذه الدسترة لحماية حقوق الانسان و الحريات تفرض على القضاء باعتباره الضامن لإقامة العدل و لعلوية الدستور و لحماية الحقوق و الحريات ان يلزم بتأويل القانون بطريقة تعزز انفاذا للحقوق و الحريات الاساسية و على القاضي عند غياب نص قانوني الاخذ بعين الاعتبار عند التأويل المعاهدات الخاصة بحقوق الانسان و بما تضمنه الدستور .

و حيث و كيفما بسطنا اعلاه بعض القوانين المقارنة و المواثيق الدولية و ما اعتمدته المحكمة الاوروبية و المحاكم الفرنسية في مسالة تغيير الجنس و جوازها يتوجب علينا لغياب نص قانوني واضح لدينا ينظمها الرجوع ايضا الى الفقه الاسلامي باعتباره مصدرا ماديا لقانون الاحوال الشخصية بغاية بيان اراء الفقهاء حول المسالة .

و حيث في مثل هذا الامر نجد موقفا فقهيا يرى و ان تحويل الذكر المكتمل الذكورة ظاهرا او باطنا الى انثى او العكس هو جريمة و تغيير لخلق الله و هو استجابة للشيطان و انه لا يجوز حتى و ان كان المتحول يعاني من حالة مرضية و يعتبر ان الاقدام على تغيير الجنس هو تلبية لإغراء ابليس لهؤلاء المتحولين جنسيا و ان احساس الشخص بنفسه و بانتمائه لجنس معين ليس كل شيء و هو من الكبائر و ليس مجرد محظورات او محرمات .

و اذ تبين لنا موقف فقهي اخر مخالف لما تم بيانه اعلاه يرى و ان الضرورة الشرعية تبيح المحظور وفقا للقاعدة الاصولية القائلة " الضرورات تبيح المحظورات " و قد اجمع الفقهاء و العلماء على هذه القاعدة بما يجعل من تحقق اركان الضرورة اباحة لإتيان محرم او محظور و قد تبنى هذا الموقف من حيث " الضرورة الشرعية " فقهاء و علماء الزيتونة كما تبناه القضاء التونسي و الدلالة على ذلك حين اصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرار استئنافي عدد 10298 بتاريخ 1993/12/22 و قضت حينها بقبول الاستئناف شكلا و رفضه اصلا و عللت حكمها بحيثياته " و ان اركان الضرورة ليست متوفرة في حالة تلك الدعوى " , (هذا و تتلخص وقاع تلك القضية في تولي " سامي " رفع دعوى لدى المحكمة

الابتدائية بتونس طالبا من خلالها تغيير اسمه بعد ان خضع لعملية جراحية غيرت جنسه و قد رفضت محكمة البداية دعواه بمقولة ان تغييره لجنسه كان بصورة اصطناعية) .

و حيث تاسيسا على تبني موقف "الضرورة الشرعية تبيح المحظور " من قبل فقهائنا و هيئاتنا القضائية فانه و عودا للتداعي الراهن يتوجب علينا تشخيص حالة المدعية ثم التحقق من توفر شروط الضرورة من عدم ذلك حسب حالتها .

- في تشخيص حالة المدعية :

حيث تمسكت المدعية و انها عانت منذ طفولتها من مرض اضطراب الهوية الجنسية .

و حيث توجب على المحكمة التحقق من ثبوت معاناتها من ذلك المرض الامر الذي يستوجب بيان ماهية المرض و كيفية التداوي منه على ضوء الخبرة الطبية.

و حيث ان مصطلح " اضطراب الهوية الجنسية " هو مصطلح طبي يعرف ب " Gender Dysphoria" و ذلك حسب ما ورد بالموسوعة الطبية سيبار The CIBA و هذا المصطلح الطبي يستخدم لوصف الاشخاص الذين يعانون من انفصام حاد بين التأثيرات الدماغية و الجسد و هو وصف لحالة مرضية وفقا للأطباء .

و حيث يكون هذا المرض في شكل انعكاس لكره الجسد الذي يتنافر مع الهوية الجنسية و ينتج عنه رفض للجنس الذي ينتمي اليه الجسد و يوضح الاطباء في هذا الخصوص و ان هناك ما يسمى " بالخطوط الجندرية " بالمخ و هذه الاخيرة هي المسؤولة عن شعور المخ بالجنس الذي ينتمي اليه اي هذه الهوية الجندرية و تسمى ايضا الهوية الجنسية هي التي ينالها خلل تبدأ اعراضه منذ الولادة اذ يشعر المصابون ان هويتهم الجنسية " الجندرية" غير متطابقة لأعضاء الجنس الظاهر على اجسادهم بحيث تكون مظاهر الجسد باتجاه جنس معين بينما البنية الدماغية للمصاب باتجاه الجنس المعاكس .

و حيث كان يعتبر تصنيف مرض اضطراب الهوية الجنسية تصنيفا نفسيا ثم ازيل ذلك من قائمة الامراض النفسية باعتبار اقرار الاطباء و ان اسبابه بيولوجية لارتباطه بالبنية

الدماغية و التاثيرات الجندرية بالمخ و ما يتولد عنه من حالة عسر المزاج الناتج عن اضطراب الهوية .

و حيث يختلف سلوك المصاب بهذا المرض فمنهم من يسعى الى العلاج (النفسي و ان تعذر علاجه لشدة المرض يمر الى العلاج الهرموني و الجراحي لتغيير الجنس باتجاه هويته الجنسية الجندرية) و منهم من يشتد به المرض و لا يسعى الى العلاج و يقدم على الانتحار و وضع حد لحياته .

و حيث و بغاية معرفة مدى معاناة المدعية من مرض اضطراب الهوية الجنسية اصدرت المحكمة حكما تحضيريا بجلسة يوم 2017/12/04 يقضي بتكليف كل من السيدات الحكماء حنان بن عامر و اميرة خليفة المباشرين بمستشفى الرازي بغاية فحص المدعية من الناحية النفسية و بيان ان كانت عانت فعليا ام لا من مرض اضطراب الهوية الجنسية منذ صغرها و مدى رفضها للجنس الذي تنتمي اليه فضلا على ذلك التحقق ان كانت لديها ميول ذكورية و انفصام حاد بين النفس و الجسد مما ادى الى التحول الجنسي الذي خضعت له بألمانيا و ان كان بإمكانها تجاوز ذلك المرض دون اجراء تدخل جراحي ام لا ان وجد مع الاعتماد على التقارير الطبية المجراة على المدعية بمستشفى الرابطة سابقا و المجراة بألمانيا ان لزم الامر كبيان مدى استقرارها النفسي حاليا بعد اجراء التحول الجنسي كالإذن ايضا بتكليف الحكيم محمد العلوش المباشر بمستشفى شارل نيكول قصد فحص المدعية و عرضها على الطب الشرعي و ذلك لمعاينة جسدها بالكامل و تحديد جنسها ان كانت من الاناث ام من الذكور خاصة بعد اجراء التدخل الجراحي التي خضعت له كبيان ماهية جهازها التناسلي بما في ذلك الاعتماد على التقارير الطبية المجراة بألمانيا ان لزم الامر .

و حيث وردت نتائج الاختبارين اولهما المجرى بواسطة الحكيمتين حنان بن عامر و اميرة خليفة و المؤرخ في 2018/04/24 و ثانيهما المجرى بواسطة الحكيم محمد العلوش و المؤرخ في 2018/05/14 و تمت اضافتها بالملف .

و حيث جاء بنتيجة الاختبار المجرى بواسطة الحكيمتين ما يلي : L'humeur de Lina est stable et il n' ya pas de troubles du raisonnement ou de iugements

L'entretien révèle une conviction totale d'appartenir au sexe masculin et cela s'est traduit par un désir intense de vivre en tant que personne de sexe masculin et un sentiment persistant d'inadéquation par apport à son sexe féminin

L'histoire de Lina , son parcours ,son vécu , sa psychologie , son comportement, et l'absence de toute pathologie pouvant entraver son jugement est en faveur d'un transsexualisme pur sans aucun trouble psychiatrique invalidant

Actuellement son phénotype sexuel est de type masculin

و حيث حققت الحكيمتين و ان المدعية حالتها مستقرة و لا تعاني من اضطراب نفسي كما ان لها اعتقاد كامل انها تنتمي الى الذكور و ذلك نتيجة رغبة العيش كشخص الذكور و نتيجة الشعور الدائم بعدم كفاية انها كشخص من جنس الاناث و ان حالتها هي حالة transsexualisme اي متحول الهوية الجنسية المحض دون ان تشكل تلك الحالة اضطراب نفسي و انتهتا و ان النمط الظاهر لجنسها من الذكور .

و حيث جاء بنتيجة الاختبار المجرى بواسطة الحكيم محمد العلوش ما يلي :

La transsexualité n'est ni un désir de changement de sexe, ni un choix de vie, ce n'est pas une perversion, ni une maladie mentale, et ce n'est pas non plus un trouble de l'orientation sexuelle (homosexualité) C'est plutôt un trouble de l'identité sexuelle

Le transsexuel est conscient que son sexe psychologique ne correspond pas à son sexe anatomique et il lui est impossible d'expliquer pourquoi et Lina présente un état de transsexualisme pur se traduisant par une conviction totale d'appartenir au sexe masculin

L'examen trouve des caractères sexuels secondaires de types masculin et des organes génitaux externes de type féminin modifiés et Actuellement Lina a une apparence de jeune homme , un comportement et des gestes masculins et une psychologie masculine .

و حيث حقق الحكيم و ان La transsexualité ليس اشتهاء في تغيير الجنس للتشبه بنوع جنس معين و ليس مرض نفسي او عقلي و ليس شذوذ جنسي و انما هو اضطراب الهوية الجنسية كما اضاف و ان اقتناع المدعية بانتمائها لجنس الذكور منذ الطفولة لا يمكن ان يفسر لان الهوية الجنسية لا تفسر و انه على رغم من ان التحليل الجيني المجرى سنة 2010 يفيد وجود نمط جيني من نوع انثوي إلا انه ثبت و انه لديها وجود لخاصيات جنسية ثانوية من النوع الذكوري وفقا لتشخيصه و انتهى الحكيم الى القول و ان المدعية ثبت انتمائها للذكور سلوكا و حركات ذكورية و نفسية ذكورية كما انه حقق و انها لا تعاني مطلقا من انحراف سلوك جنسي كالشذوذ .

و حيث تأسيسا على ما سبق بيانه اعلاه نستنتج و ان شعور و احساس المدعية بانتسابها لجنس الذكور الذي لازمها منذ طفولتها كان كامنا بإدراكها الدماغي و اقتناعها بأنها تنتمي للذكور لم يتغير طيلة سنوات عيشها منذ طفولتها بحيث ان عقلها يخبرها و انها ذكر بينما اعضائها الظاهرة على جسدها باتجاه جنس معاكس و ان تلك المؤشرات الدماغية التي يرسلها اليها عقلها جسدت اقتناع تام بانتمائها لجنس الذكور الامر الذي اضحى قائم بحالتها باعتبار ما توصل اليه الخبراء الانف بيانهم اعلاه و باعتبار ايضا ما ورد بتقرير الحكيم ماجد زمني المؤرخ 2010/05/15 و (ايضا لتشخيص الحكيم علي سعد و الحكيم بشير بن حاج علي) و هو ما باتت معه المدعية تعاني من تنافر بين المؤشرات التي يرسلها اليها دماغها و مظاهر الجنس الظاهر على جسدها و هي تعاني من حالة اضطراب الهوية الجنسية بصورة محضة.

و حيث علاوة على ذلك اكد الخبراء و ان حتى الافتراض و ان المدعية مضطربة نفسيا امر منفي قطعا و ان سلوكها لا يمثل ظاهرة وقتية و ليس حتى قائما و انها تعاني انحرافا جنسيا او شذوذا .

و حيث و لإعادة التكيف بين المؤشرات التي يرسلها اليها دماغها و ما يظهر على جسدها من جنس مغاير لهويتها الجنسية وجب تصحيح المضمون لمطابقة الحقيقة و بما ينتج معه الحفاظ على الحق في الحياة الطبيعية و الحق في العلاج من ذلك المرض .

و حيث لتداوي المدعية من مرض اضطراب الهوية الجنسية جاز اجراء التدخل الجراحي و العلاج الهرموني و هو رأي الاطباء خاصة بعد تعذر وجود العلاج النفسي و يتبين و ان المدعية قد خضعت لعلاج نفسي دام سنتين و رغم ذلك لم تشفي من مرضها بتلك الطريقة النفسية العلاجية باعتبار و ان اضطراب هويتها الجنسية ليس مرضا نفسيا بقدر ما هو مرض بيولوجي و التأثيرات الدماغية هي المسؤولة عنه .

و حيث خضعت المدعية لعمليتين جراحيتين لاستئصال الثديين سنة 2006 و لاستئصال الرحم كيفما يتبين من الشهادة المسلمة من المصحة الحضرية كارلشروه في 2009/08/03 (الترجمة للعربية) و بذلك التدخل الجراحي فقدت معالم الانوثة تماما هذا علاوة على وجود خاصيات جنسية ثانوية من النوع الذكوري وفقا لتشخيص الحكيم محمد العلوش و لما حققته ايضا الحكيمتان حنان بن عامر و اميرة خليفة و ان حالة المدعية هي حالة متحول هوية جنسية محض و النمط الظاهر لجنسها من الذكور و هو ما ينتفي معه و انها من جنس الاناث خاصة لفقدانها الخاصيات الجنسية الانثوية (الثديين و الرحم) و حصلت على تقارب جلي لهيئة جنس الذكور بعد تخلصها من زوائد الانوثة التي كانت بجسدها .

و حيث يتجه تبعا لذلك التحقق من توفر اركان الضرورة حسب حالة المدعية من عدم ذلك .

- <u>في التحقق من توفر اركان او شروط الضرورة :</u>

و حيث ترتبط الضرورة التي تبيح و تجيز المحظور او المحرم اتيانه باركان او شروط ان اجتمعت في حالة المدعية تحققت معها الضرورة اولها ان يبذل المربض جهدا في التكيف مع حالته الجسدية و يعجز عن ذلك و ثانيها ان يكون قد سعى الى المعالجة و التداوي و ثالثها انه و على اثر فشل تلك المعالجة يصبح يحدق بالمربض ضرر جسيم و خطير لا يمكن تفاديه و مؤدي للهلاك .

وحيث بالرجوع الى مظروفات الملف و الى الشهادات الطبية المسلمة منذ سنة 2004 و كل التقارير الطبية المجراة منذ سنة 2010 الى التقارير الراهنة الماذون فيها يتضح و ان المدعية بذلت منذ سن 12 عاما الى حين لحظة خضوعها للعمليات الجراحية امدا لا باس به في محاولة للتكيف مع حالتها الجسدية إلا انها اصيبت بانهيار حينما ظهرت عليها علامات البلوغ و قد عجزت عن العلاج النفسي و اقدمت على الانتحار .

و حيث و لان المحافظة على الحياة تعتبر من الضرورة و الضرر الذي يلحق بالمدعية و المتمثل في اقدامها على الانتحار هو ضرر جسيم و خطير و ان امكن لها تفاديه بازالة زواند الانوثة الظاهرة على جسدها فانه يمكنها بذلك تفادي الهلاك وهو ما يدخل في باب وجوب التداوي نظرا و ان المدعية بخلاف محاولتها التكيف مع حالتها و الجهد الذي بذلته انتهى بعجزها عن ذلك و قد سعت الى المعالجة الطبية الا ان الم اضطراب الهوية الجنسية و لما اشتد بها جعلها تحاول وضع حد لحياتها الامر الذي ثبت من الشهادة الطبية المسلمة من الحكيم فخر الدين حفاني مؤرخة في 2009/04/16 و الشهادة الطبية المسلمة من الحكيمة Maria José Picot Riani مؤرخة في 2004/8/10 .

و حيث اذا كانت زواند الانوثة على جسم المدعية هي المتسببة في الالم و مرض اضطراب الهوية الجنسية يصبح من الجائز نزعها و هو رأي فقهي في تحقق الضرورة .

و حيث و تباعا للتداوي دون التدخل الجراحي الذي لم يجدي نفعا و امام اقدامها على الانتحار و نجاتها منه بدى الهلاك موشك الوقوع و اضحى خضوعها للعمليات الجراحية لإزالة زواند الانوثة من جسدها قصد درء الم مرضها و العلاج منه و من مصاحبة المرض لها للحصول على هويتها الجنسية الحقيقية من باب وجوب التداوي على المريض خاصة و

انه لا يمكن للمدعية باي طريقة العودة الى اعضاء جنسها السابق بما يجعل من الضرورة قد تحققت وفق حالتها .

و حيث يتحصحص مما سبق الالماع اليه اعلاه و انه و بعد تحقق الضرورة في حالة المدعية و تأسيسا على ما تضمنته المواثيق الدولية و الدستور يصبح مباحا طلب المدعية في تغيير الجنس من انثى الى ذكر و ترى المحكمة قبول الطلب و يتحه الحكم بتغيير جنس المدعية المنصص عليه برسم ولادتها عدد 3296 لسنة 1983 و ذلك بالتشطيب عن انثى و تعويضه بالذكر .

و حيث و تباعا لما تقدم طلبت المدعية تغيير اسمها من لينا الى ريان .

و حيث جاء الطلب على هذه الحالة غير مخالف للقانون و باعتبار ان الدعوى تأسست على طلبين تم قبول اولهما فانه يقضى لصالح الطلب الثاني و ذلك بقبول تغيير اسمها من لينا الى ريان نسبة في ذلك الى ان هذا الاسم هو الذي تحمله بألمانيا وفق للأحكام الصادرة لفائدتها و وفقا لبطاقة هويتها الشخصية الالمانية و تتجه الاستجابة الى الطلبات و الحكم بتغيير اسم المدعية من لينا الى ريان .

و حيث يتجه الحكم بتغيير جنس المدعية من انثى و اعتباره ذكر كالتنصيص على اسم ريان عوضا عن لينا و الاذن بالتصيص على ذلك برسم الولادة عدد 3296 لسنة 1983 .

وحيث تحمل المصاريف القانونية على القائم بالدعوى على معنى الفصل 128 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.