

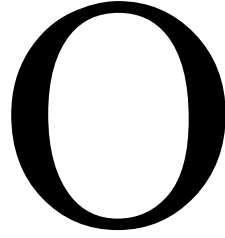
نقابة المحامين بالجيزة
لجنة الفكر

موسوعة

الأحوال الشخصية

المستشار / أشرف مصطفى كمال

مشروع مكتبة المحامي



طبعة خاصة بنقابة المحامين بالجيزة

II

إنه لمن الواضح الجليّ لكل من له صلة بالمنازعات القضائية سواء من القضاة أو أعضاء النيابة العامة والمحامين أو حتى المتقاضين أنفسهم أن هناك أزمة استعصت على كل من حاول الاقتراب منها لحلها وهذه الأزمة تتمثل في التراكم الهائل للقضايا بالمحاكم والتي قد تصل في المستقبل إلى كارثة.

وكان السبب الأساسي والمباشر في هذه الأزمة هو قلة عدد القضاة بمختلف درجاتهم بالنسبة لعدد القضايا والمتقاضين وهذا يرجع إلى العدد الضئيل الذي يتم تعيينه في مجال القضاء والوقوف عند مصادر معينة دون غيرها من الهيئات التي يمكن تعيين أعضائها في هذا المجال.

ونحن في هذا المقام.. ننوه إلى أن المشرع والسلطة التشريعية قد أعياهما التفكير في محاولة التوصل إلى حل لهذه الأزمة في الوقت الذي يبدو فيه الحل واضحاً جلياً في نصوص قانون السلطة القضائية الحالي حيث نصت المادة 39 من القانون رقم 46 لسنة 1972 بشأن السلطة القضائية على أنه:

((يعين قضاة الفئة (ب) بالمحاكم الابتدائية من الهيئات الآتية: **فقرة هـ -** المحامين الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف أربع سنوات متتالية بشرط أن يكونوا مارسوا فعلاً لمدة تسع سنوات المحاماة أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام يصدر من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي))).

كما نصت المادة 41 من القانون نفسه على أنه: ((متى توافرت الشروط الأخرى المبينة في هذا القانون جاز أن يعين ..

أولاً: في وظائف قضاة من الفئة (أ) فقرة ج - المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة تسع سنوات متتالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي مدة أربع عشرة سنة....

ثانياً: في وظائف رؤساء فئة ب بالمحاكم الابتدائية فقرة ج - المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة اثني عشر سنة متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي مدة سبع عشرة سنة.

ثالثاً: في وظائف رؤساء فئة (أ) بالمحاكم الابتدائية فقرة ج – المحامون الذين اشتغلوا أمام محكمه النقض خمس عشرة سنة متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي مدة عشرين سنة.

رابعاً: في وظائف المستشارين بمحكمة الاستئناف فقرة ج المحامون الذين اشتغلوا أمام محكمه النقض خمس سنوات متوالية . وكذلك نصت المادة 43 من ذات القانون على أن يشترط فيمن يعين مستشاراً بمحكمة النقض أن يتوافر فيه أحد الشروط الآتية فقرة ج - أن يكون من المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض مدة ثمان سنوات متتالية.

ومن ثم ... ومن جماع نصوص المواد سالفة الذكر يتضح وبجلاء أن الحل لهذه الأزمة سهلاً ويسيراً ومنصوص عليه فعلاً بالقانون.... إذ أن في تعيين المحامين في منصب للقضاء سيكون له أبلغ الأثر الإيجابي في حل هذه المشكلة حيث أن لديهم من الخبرة العلمية والعملية ما يؤهلهم لتقلد هذه المناصب.

فضلاً عن ذلك.... فإن ما تقدم سوف يمنح القضاة قسطاً من الراحة دونما تأثير على حسن سير العدالة.. مما يستوجب تطبيق النصوص المشار إليها سلفاً لا سيما وأنها كانت مطبقة بالفعل من ذي قبل وكانت توتي ثمارها..

بل على العكس.. فإن في عدم تطبيق هذه المواد المشار إليها سلفاً لمخالفة جسيمة للقانون حيث نصت المادة 47 من قانون السلطة القضائية على أن.. لا يجوز عند التعيين في وظيفة قاض بالمحاكم الابتدائية أن تقل نسبة التعيين من المحامين المشتغلين بمهنة المحاماة عن الربع... ولا يجوز عند التعيين في وظيفة رئيس المحكمة الابتدائية أو مستشار بمحاكم الاستئناف أن تقل نسبة التعيين من المحامين المشتغلين بمهنة المحاماة عن العشر... وتحسب هذه النسبة لكل فئة على أساس الوظائف الخالية خلال سنة مالية كاملة..

لما كان ذلك.. ومن جماع ما تقدم بات واضحاً وبحق أنه يجب الاستعانة بالمحامين للتعيين في القضاء لما في ذلك من ضرورة عملية وقانونية...

حمدي خليفة

نقيب المحامين

بالجيزة

II

أساتذتي.... زملائي وزميلاتي...

لطالما كنا نحلم أن نكون بين أيديكم نسعى إليكم نعلو بكم ومعكم إلى المعالي حتى نحیی رسالتنا العظيمة لتعود إلى شموخها ومجدها.

فالمحاماة رسالة قبل أن تكون مهنة... رسالة الدفاع عن الحق وإظهار العدل. وحتى يتمكن المحامي من ذلك لابد أن يمتلك الأدوات التي تعينه في أداء رسالته.

والمحامون هم شريحة من شرائح المجتمع يعانون مما يعاني منه ويتأثرون بكل ما يحيط به فمع ضعف الموارد – وخاصة الشباب – وارتفاع سعر الكتاب بشكل مبالغ فيه فقد كان الشغل الشاغل للجنة الفكر بالجيزة (والتي أشرف بكوني مقررا لها) مع مجموعة من محامي الجيزة وهبوا وقتهم وجهدهم لخدمة زملائهم يعملون دون أن يعرفهم أحد فهم أصحاب هذا الفضل بعد الله تعالى.

لذا كان شغلنا الشاغل جميعًا أن نبحث عن حل لهذه المعادلة الصعبة وهي توفير الكتاب القانوني الجيد بسعر يتناسب ودخل المحامي فكان توفيق المولى عز وجل أن هذاناً لهذه الفكرة (مشروع مكتبة المحامي) وهي محاولة لإنشاء مكتبة متكاملة على مراحل بأسعار رمزية بدأناها بإصدار سلسلة التشريعات القانونية والتي تصدر شهرياً ثم كانت المرحلة الثانية وهي طباعة أمهات الكتب القانونية

(الموسوعات) والتي تتم بفلسفة جديدة. حيث يتم بسعر رمزي في متناول الجميع حتى يعم الخير وتكتمل الإفادة ولا يسعنا في هذا المقام إلا أن نتوجه بعظيم الشكر والإجلال للسيد المستشار/ أشرف مصطفى كمال على مشاركته الإيجابية معنا وتفضله بمنحنا هذا الشرف كما نتقدم بعظيم الشكر لكل من ساهم في إخراج هذا العمل إلى النور يتقدمهم مجلس نقابة المحامين بالجيزة نقيباً وأعضاء الذين لم يتوانوا جميعاً في تقديم العون للجنة الفكر لاستكمال هذا المشروع العملاق.

وكذلك نتقدم بالشكر للأساتذة موظفي نقابة الجيزة الذين لم يدخروا جهداً في حسن
تسيير هذا العمل....

لكل هؤلاء نقدم الشكر والعرفان. والله نسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه.

والله تعالى من وراء القصد وهو يهدي السبيل

أمين الصندوق بنقابة

المحامين بالجيزة

و مقرر لجنة الفكر

هشام حمدي الكومي

م

الحمد لله الذى يوفق من يشاء إلى صراط مستقيم وصلاة وسلام على سيدنا محمد سيد المصلحين وإمام الأئمة الراشدين الذى بعثه الله بالحق رحمة للعالمين ومحجة للسالكين وأنزل عليه الذكر الحكيم ليبين للناس ما فيه سعادتهم وخيرهم الصميم ، وعلى آله وصحبه الذين نهجوا نهجه وساروا على سنته ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

فقد أصدر نادى القضاء الطبعة الأولى الموجزة من هذا المؤلف ضمن سلسلة كتب مكتبة رجال القضاء فى غضون عام (1990) أى منذ ما يزيد على خمسة عشر عاما مضت، كما تولت فى العام التالى (1991) لجنة المكتبة والفكر القانونى بالنقابة العامة للمحاميين إصداره للسادة المحامين ضمن سلسلة الكتب التى تتولى إصدارها ، وذلك رغم سبق طرح موسوعته بالأسواق بعنوان "المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية" على مدار عدة سنوات سابقة.

ولما كان قد مضى زمن طويل على الإصدار الأول لهذا المؤلف - باعتباره "وجيز" الموسوعة المشار إليها - تضاعفت خلالها مدة اشتغالنا بقضاء الأحوال الشخصية سواء بالقضاء المصرى أو بقضاء دولة الكويت الحبيب من خلال أعارتنا إليها فى سبتمبر 1995 كرئيس بناية الأحوال الشخصية بها وحتى أكتوبر من عام 2001 من الميلاد وبعد بلوغنا غاية السلم القضائى بولايتنا لدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف العالى رأينا إصدار الطبعة الماثلة بين أيدينا اليوم أملين أن تكون عوناً للمشتغلين بقوانين الأحوال الشخصية فى مصر سواء من القضاء الواقف أو القضاء الجالس.

وإذا كانت الأحوال الشخصية هى كما- يجرى بها الاصطلاح الشرعى وفق ما قضت به محكمة النقض فى الطعن رقم 40 لسنة 3 قضائية بجلسة 1934/6/21 "هى مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونياً فى حياته الاجتماعية ككونه إنساناً ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو أبنياً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر فى السن

أو عته أو جنون وكونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية"، وكانت المراسيم بقوانين أرقام 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 والقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 والقانون رقم 100 لسنة 1985 ورقم 4 لسنة 2005 والقانون رقم 2 لسنة 2006 هي ما يحكم القواعد الموضوعية لأنزعة الأحوال الشخصية في مصر والمتعلقة بالولاية على النفس بمعناها الواسع من صداق ونفقات وطاعة وطلاق وحقوق للزوجين والأولاد والمفقودين وغيرها كان هذا المؤلف في تناول نصوص تلك القوانين بالشرح والتعليق مع ما ورد من أحكام موضوعية ضمن نصوص القانون رقم 1 لسنة 2000 الصادر بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والقانونين رقمي 10 ، 11 لسنة 2004 ، مولين الجانب العملي والمشكلات العملية فيها عناية خاصة ، وتحقيقاً لهذا الهدف فقد التزمت خطه مؤداها إيراد النص القانوني بذات صياغته الواردة بالقوانين واجبة التطبيق وبيان ما إذا كان يعد نصاً مستحدثاً أو مطابقاً لما كان منصوصاً عليه في القوانين السابقة عليها أتبعته بالمذكرة الإيضاحية للنص ثم السند الشرعي له ، من نصوص القرآن أو الحديث ثم أتبعنا ذلك بالتعليق على النص والذي حرصنا على أن يتضمن آراء الفقه الشرعي الحديث على وجه الخصوص مع الإشارة إلى الأحكام القضائية الصادرة عن مختلف درجات المحاكم باعتبارها تمثل السوابق القضائية التي تعد بدورها أحد مصادر القانون وذلك سواء كانت أحكاماً جزئية أو كلية أو استثنائية وكذا أحكام المحكمة الدستورية والإدارية العليا وفتاوى مجلس الدولة منذ تاريخ إنشاء تلك المحاكم وحتى الآن ، كما طرحنا في التعليق ما أسفر عنه التطبيق العملي للنص من مشكلات عملية والحلول التي انتهت نيابات ومحاكم الأحوال الشخصية إليها في خصوصها فضلاً عن إيراد ملاحظات وتوجيهات التفتيش القضائي بشأنها ، كما حرصت عند خلو الأمر المطروح من حكم قانوني ينتظمه إيراد القول الراجح في المذهب الحنفي باعتبار أنه يضحى الواجب التطبيق - في هذه الحالة - دون غيره إعمالاً لحكم المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الجديد وحتى أجنب القارئ متاهة الدخول في الاختلافات الفقهية بين المذاهب المختلفة والتي لن يكون في حاجة إلى الاستعانة بها لعدم جواز تطبيقها أو إنزال حكمها على المسألة المطروحة إلا إذا كان مصدر المادة محل التطبيق فقه آخر غيره مما يستلزم إيراد حكمه باعتباره مأخذ النص المعنى ومصدره ،

فإذا ما رغب القارئ - على خلاف ذلك - فى الاستزادة والمعرفة النظرية فعليه الاتجاه إلى المراجع الفقهية العديدة للمذاهب الشرعية المختلفة والتي تقدم بحوث متعمقة فى الفقه الشرعى المقارن والتي تزخر بها المكتبات العامة والخاصة فى كل حذب وصوب .

ويهمنى التنويه إلى اننى قد حرصت على إيراد نصوص بعض الأحكام الصادرة عن مختلف المحاكم بمختلف درجاتها طالما كان الحكم يتميز بدقة الصياغة أو التسبيب أو المضمون حتى يكون عوناً للأخوة الزملاء حديثى العهد بالعمل القانونى فى تلمس طرائق صياغة الأحكام والوقوف على بنائها التركيبى ولاقتباس منها ما يعينهم - فى بدء حياتهم العملية - على صياغة مما يصدر عنهم من كتابات وفيما يُعرض عليهم من أقضيه .

كما يهمنى الإشارة إلى إننى قد حرصت فى هذا المؤلف أيضاً - بوجه عام- على تناول موضوعاته بقدر كبير من التبسيط والتيسير وحتى لا يقتصر خطابه فيه على فئة بعينها من فئات المجتمع أو المتخصصين وإنما يتسع ليشمل القارئ العادى وحتى يمكن أن يساهم فى تكوين ثقافة قانونية لأفراد الأسرة بوجه عام .

ولما كان المشرع قد أصدر القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية متضمناً عدداً من النصوص الموضوعية المرتبطة بالقانونين رقمى 25 لسنة 1920 أو 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 فقد أضحي لزاماً تناولها بالتعليق .

واستكمالاً للفائدة المرجوة فقد أعقبنا التعليق على كل مادة بإيراد المبادئ القانونية التى استخلصها المكتب الفنى لمحكمة النقض للأحكام الصادرة عن تلك المحكمة ومنذ تاريخ إنشائها وحتى تاريخ مثول الكتاب للطبع .

كما أرفقنا بالمؤلف ملحق يتناول مختصر لأهم مناقشات أعضاء مجلس الشعب لنصوص القانون المطروح وتقرير اللجنة المختصة بإعداد مشروعه حتى يتوافر للقارئ تصور كامل لكافة معطيات النص الذى يعنيه ولما للأعمال التحضيرية للقوانين من فائدة علمية لا تنكر ،كما حرصنا على أن يتضمن الملحق قرار وزير العدل رقم 3269 لسنة 1985 فى شأن الإجراءات التنظيمية لإعلان وتسليم إسهادات

الطلاق نفاذاً لحكم المادة الخامسة مكرر من القانون باعتبار أن القرار المذكور وثيق الارتباط بالمادة المذكورة ويندرج في عموم مفهومها ، كما حرصنا على أن يتضمن ملحق الكتاب كافة القرارات الوزارية والمنشورات الصادرة عن مكتب النائب العام وجهات الاختصاص المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، كما حرصنا على إدراج نصوص القانون رقم 11 لسنة 2004 بإنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة ومذكرته الإيضاحية وكافة أعماله التحضيرية وما صدر بشأنه من قرارات وزارية وكتب دورية بحكم أنه ينطوي على القواعد التنفيذية للأحكام الصادرة بالنفقات إعمالاً لنصوص مواد القانونين رقمي 25 لسنة 1920 ، 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985، فضلاً عن إيراد القول الراجح في المذهب الحنفي عن مؤلف "مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان" للمرحوم محمد قدرى باشا حتى نرفع عن القارئ مشقة البحث عنه في أمهات الكتب الشرعية في حالة لزوم الرجوع إليها لوجوب تطبيقها استجابة لنص المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 واجبه الأعمال في هذا الخصوص .

ولما كان أسلوب التعليق على النصوص "الشرح على المتون" يفتقر بطبيعته إلى عنونة ما يتضمنه التعليق من موضوعات فقد حرصنا على تزويد فهرست الكتاب بعدد كبير لما اقتبسناه من عناوين لما ورد بالشروح من أفكار حتى يسهل على القارئ الاستدلال على مواضع البحث التي تهمة وتعيه .

ولا يفوتنا في هذا المقام توجيه الشكر والعرفان إلى كل من قدم لنا يد العون حتى يخرج هذا المؤلف على النحو الذي صدر به ونخص بالشكر الزميلان الفاضلان اللذان كلفهما نادى القضاء بمراجعته وتحقيقه وهما السيد المستشار/ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا الأسبق والسيد المستشار/ عبد الحكيم عطية سبالة المستشار الفنى لرئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس محكمة النقض الأسبق وكذا الزملاء الأجلاء أعضاء المكتب الفنى لمحكمة النقض وكل من ساهم بملاحظاته أو نقده أو مشورته.

وبعد .. فحمداً لله الذى هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله، ولست أزعم أن ما دونته صواب كله ، بل إنما أنا بشر أخطى وأصيب، وحسبى تؤدبى لما اطمأن إليه قلبى ووسعه إجتهادى المتواضع وسبقنى إليه مفكرين أجلاء ، وبعد أن تحريرت

الحق والصواب فيما كتبوا وأكتب مستلهماً قول الإمام الشافعى "رأى صواب يحتمل الخطأ .. ورأى غيرى خطأ يحتمل الصواب" ، والله العصمة ، ومنه التوفيق .

فهذا عمل متواضع ... واجتهاد بقدر الطاقة ، أقدمه تحية إعزاز وتقدير ... إلى كل القائمين على تطبيق القانون وإرساء العدالة ... سواء من القضاء الجالس أو القضاء الواقف .. ولكل المهتمين بهذا الفرع العظيم من فروع القانون لعله يسهم بقدر أو بآخر فى تذليل بعض ما يكتنف هذا المضمار من صعاب .. والله من قبل ومن بعد وراء القصد ...

المؤلف

المستشار

أشرف مصطفى كمال

رئيس محكمة إستئناف شئون الأسرة

تمهيد

• تعد مسألة تحديد الشريعة واجبة التطبيق أو القانون واجب التطبيق فيما يتعلق بمنازعات الأحوال الشخصية من أهم المشكلات العملية التي تواجه رجال القضاء المشتغلين بهذا الفرع من فروع القانون سواء منهم القضاء الواقف (المحامين) أو القضاء الجالس (القضاة وأعضاء النيابة العامة) ويرجع ذلك إلى تعدد وتشعب القوانين التي صدرت بهذا الخصوص الأمر الذي رأينا معه وجوب التمهيد لهذه الدراسة بمحاولة إلقاء الضوء على مجموعة القوانين التي تحكم منازعات الأحوال الشخصية على اختلاف أنواعها المتعددة باعتبار أن تحديد القانون واجب التطبيق موضوعياً كان أو إجرائياً يعد الخطوة الأولى في سلامة التطبيق القانوني ومن ثم - في الحصول على حكم قضائي صحيح يعنون الحقيقة القانونية التي يكون قد أرساها .

• من هذا المنطلق يمكن القول أن ما يحكم قضايا الأحوال الشخصية للولاية على النفس للمصريين المسلمين - فيما يتعلق بالمنازعات بين الزوجين أو بخصوص الأولاد - من الناحية الموضوعية هي نصوص القوانين رقم 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والقانون رقم 4 لسنة 2005 , فإذا ما خلت نصوص تلك القوانين من حكم موضوعي وجب تطبيق أرجح الأقوال من المذهب الحنفي¹ وهي مدونة في مؤلف قام على إعداده المرحوم محمد قدري باشا تحت اسم "مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان" وتحكم تلك المنازعات من الناحية الإجرائية نصوص قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 والقانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال وما لم يرد بشأنه نص من نصوص ذلك القانون يطبق في شأنه نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 ونصوص قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الموضوعية منها والإجرائية إعمالاً للمادة 13 من قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004².

¹ إعمالاً لحكم المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية
² ينتمي المذهب الحنفي إلى أبو حنيفة النعمان بن ثابت المولود بالكوفة بالعراق في العام الثمانين من الهجرة والمتوفى سنة 150 هجرية .

• وتحكم قضايا الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين من الناحية الموضوعية أحكام شريعتهم الخاصة المقننة (اللائحة التي أصدرها المجلس الملي العام للأقباط الأرثوذكس عام 1938 - الإرادة الرسولية للأقباط الكاثوليك - الأحوال الشخصية للأرمن الأرثوذكس - قواعد الأحوال الشخصية للإنجليك - قواعد الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق للروم والسرمان الأرثوذكس وهكذا وذلك في حالة اتحاد طرفي المنازعة في الملة والطائفة كلاهما ، أما في حالة اختلافهما ملة أو طائفة طبقت أحكام القانونين رقما 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 و 4 لسنة 2005 ، وذلك إعمالاً لحكم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 ، أما من الناحية الإجرائية فتطبق نصوص قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 والقانون رقم 1 لسنة 2000 ونصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 لما لم يرد بشأن نص في القانون رقم 1 لسنة 2000 ونصوص قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم 25 لسنة 1968 المعدل بالقانونين رقمي 54 لسنة 1974 و 23 لسنة 1992 عملاً بالمادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 سواء كانت نصوص موضوعية أو إجرائية¹.

أما فيما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية - على اختلاف أنواعها سواء كانت من منازعات الولاية على النفس² أو الولاية على المال - التي يكون أحد طرفيها من غير المصريين وهو ما يطلق عليه (منازعات الأجانب) فيطبق في شأنها من الناحية

¹ إلى ما قبل صدور قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 كان يتعين التفرقة في شأن تطبيق نصوص قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية بوجه عام بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية فيقتصر تطبيق نصوص قانون الإثبات على القواعد الإجرائية فقط لمنازعات الأحوال الشخصية مثل وجوب حضور كاتب = = = بجلسة سماع الشهود وإصدار حكم تمهيدي بإحالة الدعوى إلى التحقيق ... الخ ، أما القواعد الموضوعية للإثبات (كنصاب الشهادة أو أحوال الرجوع عن الإقرار الخ) فتطبق بشأنها أحكام القول الراجح في المذهب الحنفي وحده دون غيرها فيما يتعلق بمنازعات المسلمين أما غير المسلمين فتطبق نصوص قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 المعدل الموضوعية منها والإجرائية عليهم اتحدوا ملة وطائفة أو اختلفوا ، إلا أنه بصدور القانون رقم 10 لسنة 2004 أضحت نصوص قانون الإثبات الموضوعية منها والإجرائية واجبة التطبيق سواء على منازعات المسلمين أو غير المسلمين (راجع المادة 13 من القانون رقم 10 لسنة 2004 والمذكرة الإيضاحية له).

² وفقا للمفهوم الفني الضيق لمصطلحات فقه الأحوال الشخصية فإن منازعات الولاية على النفس تشمل الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام القانون رقم 118 لسنة 1955 بشأن الولاية على النفس كدعاوى سلب الولاية على النفس أو الحد منها وهكذا إلا أن المفهوم القانوني الواسع لاصطلاح منازعات الولاية على النفس وفقا لغرض الشارع يتسع ليشمل الدعاوى التي تدخل في سلطة ولي النفس أو التربية وهي دعاوى التزويج والتعليم والتربية والحضانة من حيث إثباتها وإسقاطها والحفظ والضم والرؤية والانتقال بالصغير وطلب النفقة له وطلب زيادتها أو إنقاصها والاستقلال بمسكن الحضانة واسترداده ودعاوى الطلاق والفسخ والخلع بأنواعها وكذا دعاوى المطالبة بأجور الحضانة أو الرضاع أو المطالبة بالمتعة وهكذا.

الإجرائية نصوص القانون رقم 10 لسنة 2004 ونصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد بشأنه نص في القانون الأخير إعمالاً لحكم المادة الأولى من مواد إصدار القانون المذكور.

• وتحكم تلك القضايا (ذات العنصر الأجنبي) من الناحية الموضوعية نصوص المواد من 10 إلى 28 من القانون المدني المصري وما قد تحيل إليه من قوانين أجنبية وفقاً لقواعد الإسناد وأحكام القانون الدولي الخاص مما لا يجوز معه تطبيق نصوص القانونين رقمي 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 إلا حالة النص على الإحالة عليهما مثال ما هو منصوص عليه في المادة 14 من القانون المدني .

• وتحكم قضايا سلب الولاية على النفس بمفهومها الضيق من الناحية الموضوعية نصوص القانون رقم 118 لسنة 1955 كما تحكم قضايا الولاية على المال من الناحية الموضوعية أيضاً نصوص القانون رقم 119 لسنة 1955 , أما من الناحية الإجرائية فتطبق في شأنها جميعها نصوص القانون رقم 1 لسنة 2000 ونصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية لما لم يرد بشأنه نص في القانون الأول إعمالاً لحكم المادة الأولى من مواد إصداره .

• ويقتصر هذا المؤلف على تناول النصوص الموضوعية للولاية على النفس لمنازعات الأسرة للمصريين المسلمين التي تنتظمها أحكام نصوص القانونين رقمي 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 و 4 لسنة 2005 والقانون رقم 1 و 91 لسنة 2000، ونحيل فيما يتعلق بباقي موضوعات الأحوال الشخصية طبقاً للعرض المتقدم إلى مؤلفاتنا الأخرى في هذا الخصوص .

• إلا أنه يتعين التنبيه - في عجلة مختصرة - إلى أن قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 قد استحدث مجموعة من المواد انطوت على قواعد عامة يتعين مراعاتها قبل الفصل بوجه خاص في دعاوى الولاية على النفس ودعاوى التطلق وهي وجوب عرض الصلح في كافة قضايا الولاية على النفس (مثل الحضانة - الرؤية - الطاعة - الطلاق - المتعة¹) وعلى أن

¹ راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم 760 لسنة 73 ق - جلسة 2005/5/12 حيث ذهب إلى عدم وجوب عرض الصلح في قضايا المتعة لعدم جدواه , وهو قضاء غير سديد حيث يجوز الصلح على مبلغ المتعة وكذا على توافر شرطي استحقاقها .

يكون ذلك لمرتين فى قضايا التطلق للضرر - للغياب - للسجن ... الخ إذا كان للمتخاصمين أبناء (المادة 18) .

• إجازة انتداب أخصائيين اجتماعيين لتقديم تقرير عن الحالات التى تكلفهم بها المحكمة (المادة 4) .

• إجازة تضمين وثيقة عقد الزواج اشتراط الزوجة الحق فى تطلق نفسها (المادة 2/ 21) .

• جواز إصدار النيابة العامة قراراً مسبباً بتسليم الصغير لمن يترجح مصلحته معه (مادة 70) .

• إجازة انعقاد جلسات نظر قضايا الأحوال الشخصية فى غرفة المشورة بما لم يعد معه الأمر وجوباً كما كان عليه الحال قبل صدور القانون 1 لسنة 2000 (مادة 15) .

• إسناد أمر التحري عن يسار المحكوم ضده بالنفقة فى حالة المنازعة الجديدة فى دعاوى الحبس للنيابة العامة وحدها بضوابط واردة بنص المادة 23 من القانون المذكور.

• جواز إضافة طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف ولم تكن مطروحة أمام محكمة أول درجة بالمخالفة لحكم المادة 176 مرافعات ودون أن يعد ذلك تفويتاً لدرجات التقاضي (المادة 58) .

• جواز قيام المحكمة بتبصير الخصوم بما يتطلبه حسن سير الدعوى مع مراعاة إلا يلتبس ذلك مع ماهو محظور على المحكمة من عدم جواز توجيه الخصم إلى مقتضيات دفاعه (المادة 4) .

رموز

- (نقض أحوال الطعن رقم لسنة ق - جلسة / / ص - س .)

أى الحكم الصادر عن محكمة النقض	معناها : نقض
أى فى قضية الأحوال الشخصية	أحوال
أى الصادر فى الطعن بالنقض رقم . . .	الطعن رقم
أى لسنة قضائية	لسنة ق
تدل على رقم الصفحة المنشور فيها الطعن بمجموعة الأحكام	ص
الصادرة عن محكمة النقض فى المواد المدنية والتجارية	
والأحوال الشخصية الصادرة عن المكتب الفنى للمحكمة	
تدل على رقم السنة القضائية الصادر فيها الحكم والمتابعة	س
منذ إنشاء محكمة النقض المصرية	

أولاً : القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل

بالقانون رقم 100 لسنة 1985

مادة (1)¹

تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع .

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج ، أو خرجت دون إذن زوجها .

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية دون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق ، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى².

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ، ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

¹ مستبدله بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .
² قضت المحكمة الدستورية بالطعن 18 لسنة 14 ق "دستورية" بجلسة 1997/5/3 بدستورية الفقرة الخامسة من المادة المطروحة - الجريدة الرسمية - العدد 20 في 1997/5/15

القانون رقم 44 لسنة 1979 (ملغاة)

مادة 2 - تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً ، موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء و الكسوة و المسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

و لا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج .

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - بدون إذن زوجها- فى الأحوال التى يُباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ، ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

القانون رقم 25 لسنة 1920

تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

المذكرة الإيضاحية

كانت تعليمات وزارة الحقانية للقانون رقم 25 لسنة 1920 تتضمن النص على أن المادتان الأولى والثانية من هذا القانون اشتملت على حكمين مخالفين لما كان العمل جارياً عليه قبل صدور هذا القانون وهما:

- (1) أن نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط في اعتبارها ديناً في ذمة الزوج القضاء أو الرضاء بل تعتبر ديناً من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه.
- (2) أن دين النفقة من الديون الصحيحة وهي التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ويترتب على هذين الحكمين ما يأتي :

1- أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ولو كانت أكثر من شهر إذا ادعت أن الزوج تركها من غير نفقة مع وجوب الإنفاق عليها في هذه المدة طالبت أو قصرت ومتى أثبتت ذلك بطريق من طرق الإثبات ولو كان بشهادة الاستكشاف المنصوص عليها في المادة (179) من اللائحة , حكم لها بما طلبت .

2- أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق ولو خلعاً فللمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حاله قيام الزوجية ما لم يكن عوضاً عن الطلاق أو الخلع .

3- أن النشوز الطارئ لا يُسقط متجمد النفقة وإنما يمنع النشوز مطلقاً من وجوبها ما دامت الزوجة أو المعتدة ناشزة .

وظاهر أن هذين الحكمين هما المنصوص عليهما في هاتين المادتين وأما ما عداها من أحكام النفقة فالمرجع فيه إلى الأرجح من مذهب أبي حنيفة طبقاً للفقرة الأولى من المادة 280 وعلى ذلك يكون المرجع فيمن تجب لها النفقة ومن لا تجب هو مذهب أبي حنيفة .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 بخصوص المادتين الأولى والثانية ما يلي :

"قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية بأن تجب نفقة الزوجة على زوجها من مبدأ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً موسرة كانت أو مختلفة معه في

الدين وهذا هو ما قضى به القانون القائم فى المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 ثم جاءت الفقرة الثانية من النص بأنه لا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف".

ولقد جاء هذا النص فى فقرته الأخيرة بما ذهب إليه مذهب الذيدية وتقتضيه نصوص فقه الإمام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة وعدل المشرع بهذا عن مذهب الحنفية فى هذا الموضع .

ومن المقرر لدى جميع الفقهاء أن الزوجة المريضة إذا لم تُزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله فى حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية.

ثم أبان المشرع فى الفقرة الرابعة من هذه المادة أحوال سقوط نفقة الزوجة فى حالة ارتدادها عن الإسلام أو امتناعها مختارة عن تسليم نفسها لزوجها بدون حق أو اضطرارها إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما إذا حُبست ولو بغير حكم أو اعتقلت أو منعها أولياؤها من القرار فى بيت زوجها .

كما أفصح المشرع عن الأحوال التى لا يعتبر فيها خروج الزوجة بدون إذن زوجها سبباً مسقطاً لنفقتها عليه فقال أنها الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمرير أحد أبويها أو تعهده أو زيارته وإلى القاضى لطلب حقها ، كذلك خروجها لقضاء حوائجها التى يقضى بها العرف كما إذا خرجت لزيارة محرم مريض ، أو للقاضى أو ما تقضى به الضرورة كإشراف المنزل على الانهدام أو الحريق أو إذا أعسر بنفقتها ، ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالماً بعملها . وذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة الحق وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وغنى عن البيان أن الفصل عند الخلاف فى كل ذلك للقاضى ، ثم فى الفقرة السادسة نص المشرع على أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً على الزوج من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وهذا هو الحكم القائم وهو مأخوذ من فقه المذهب الشافعى .

النفقة المتجمدة

أخذ الاقتراح بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على إلا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ذلك لأن في إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التي كانت مقررة في المادة 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة المحاكم الشرعية وهي ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم إذ يمكنه من المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضى عليه سنة فأكثر.

وظاهر أن هذا الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق .

ولما كانت المقاصة جائزة بين أرباب الديون وقد تكون الزوجة مدينة لزوجها فإنه حماية لحقها في الحصول على ما يفي بحاجتها وقوام حياتها نص المشرع على إلا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين للزوج عليها إلا فيما يزيد على ما يكفيها ويقيم أود حياتها ، كما أن امتياز دين نفقة الزوجة عند تزامم الديون على الزوج وضيق ماله عن الوفاء بالجميع أمر تقره قواعد فقه المذهب الحنفى وهذا ما قرره الفقرة الأخيرة في هذه المادة .

التعليق

• يستند استحقاق الزوجة للنفقة على الزوج إلى قوله تعالى "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ"¹.

كما يستند إلى قول رسول الله ﷺ "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانات الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ،.. ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

¹ الآية رقم 6 من سورة الطلاق

كما توجبه قواعد القياس الصحيح باعتبار أن القياس يعد المصدر الرابع من مصادر الفقه الإسلامي حيث تجرى القاعدة الشرعية على القول بأن "أن من حبس لحق غيره تلزمه نفقته".

• لفظ النفقة عند الشرعيين معنيان أحدهما خاص والآخر عام ، فأما المعنى الخاص فيراد به الطعام فقط ، وأما المعنى العام فيشمل الطعام والكسوة والسكنى¹ باعتبار أن العام يتناول جميع أفراد مفهومه دفعة واحدة في حدود ما تواضع عليه العرف وحددته العادة وجرى به الاستعمال ، وهو ما كان يجرى به المعنى في ظل أحكام القانون رقم 25 لسنة 1920 ومن ثم فلم يكن لفظ النفقة في ظل ذلك القانون يتناول بدل الفرش والغطاء أو الأجور المستحقة للزوجة إلا أن المعنى العام أصبح يشمل أيضاً – بمقتضى حكم الفقرة الثالثة من المادة الأولى المطروحة مصاريف العلاج – كأجر الطبيب وثمان الأدوية – كما أصبح يشمل أيضاً غير ما ذكر ما يقضى به الشرع كبديل الفرش والغطاء ومصاريف المواصلات وأجر الخادم – دون الأجور – وعلى ذلك فإذا ما طلبت الزوجة الحكم لها بنفقة شاملة وقضى لها بهذا اللفظ امتنع عليها العودة للمطالبة بأي مما يدخل في مشتملات النفقة كبديل الفرش والغطاء أو مصاريف العلاج وغير ذلك إلا ما يكون قد استجد بعد صدور الحكم الأول ، وعلى ذلك أيضاً فإنه مما يتعين على الخصوم مراعاته - وكذا المحكمة - في ظل هذا النظر تفصيل ما يطلب أو يقضى به من عناصر النفقة على النحو السالف تفادياً لتباين تفسير مقصود المدعية من طلباتها وما تقضى به المحاكم في هذا الخصوص .

• كما يكون للزوجة أن تطلب فرض مستقل لكل نوع فيقضى لها به إذا ما ثبت استحقاقها له .

• ويخرج عن معنى النفقة في ظل أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 – وفي إطار المعنى العام لها – الأجور بأنواعها كأجرى الرضاعة والحضانة لأنها أمور وإن كانت تلتبس بالنفقة إلا أنها تخرج عن مدلولها .

• وتجب النفقة على الزوج لاستحقاقه الحبس الثابت له على الزوجة وباعتبارها حكماً من أحكام عقد الزواج الصحيح² فشرط وجوبها ليس مجرد انعقاد عقد الزواج

¹ عبد الرحمن تاج في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - ط 1955 ص 206 وراجع ابن عابدين - ط 1322 - ج 2 .
² محمد بلتاجي في دراسات في الأحوال الشخصية - ط 1980 - ص 320 - ونقض الطعن رقم 48 لسنة 66 ق - جلسة 13 / 3 / 2004 .

مادة (1)

فى ذاته وإنما هو تحقق الاحتباس أو الاستعداد للاحتباس وان لم يتحقق بسبب ليس من قبل الزوجة¹.

• ويتحقق احتباس الزوج للزوجة إعمالاً للقول الراجح وفى المذهب الحنفى وجب التطبيق بمجرد العقد عليها بصرف النظر عن تحقق الدخول بها من عدمه، وعلى ذلك يثبت للزوجة المعقود عليها الحق فى النفقة على الزوج سواء دخل بها أو لم يدخل بكرة كانت أم عقد عليها ثيباً، وسواء اختلى بها أو لم يختلى طالما أنها لم تمنع عنه حقه فى احتباسها².

• فإذا كان تفويت الاحتباس لسبب يرجع إلى الزوجة لم تستحق النفقة على الزوج رغم انعقاد العقد.

• كما يشترط لاستحقاق الزوجة للنفقة أن تسلم نفسها للزوج أو استعدادها لذلك فعلاً أو حكماً بعدم ممانعتها من الانتقال لمسكن الزوجية فإذا امتنعت لسبب يرجع إلى الزوج كعدم إيفائه لعاجل صداقها أو لعدم إعداده مسكناً للزوجية – استحققت النفقة لها رغم امتناعها³ لأن تفويت الاحتباس هنا لسبب يرجع إليه هو أو لسبب ليس من جهتها.

• وتستحق الزوجة الصغيرة النفقة شرعاً طالما يمكن الدخول بها⁴ وبصرف النظر عن كونها دون السن الذى حدده القانون فى المادة 1/17 من القانون

رقم 1 لسنة 2000 لجواز قبول دعوى الزوجية⁵.

• إلا أنه يشترط لاستحقاق الزوجة للنفقة على الزوج أن يكون عقد الزواج صحيحاً وعلى ذلك فإن العقد الفاسد لا ينشأ للزوجة معه الحق فى النفقة⁶، ومن أمثلة العقد الفاسد أن يعقد الرجل على امرأة يتبين أنها أخته فى الرضاعة مثلاً، وحكم النفقة فى ظل العقد الفاسد أن يكون للزوج استرداد ما يكون قد أنفقه على الزوجة بحكم قضائى استصدرته ضده بدعوى تسمى فى العمل "دعوى استرداد ما دفع بغير حق"

1 الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية – زكى الدين شعبان – ط 1964 – ص 289 وما بعدها

2 نقض الطعن رقم 7545 لسنة 63 ق – جلسة 2002 / 3 / 24

3 زكريا البري فى أحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية – ص 152 و 177 .

4 أبو زهرة فى محاضرات فى عقد الزوج وأثاره – ص 298 .

5 تنص المادة المذكورة على أنه لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سن الزوجة تقل عن

ست عشرة سنة ميلادية أو كان سن الزوج يقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى .

6 عبد الرحمن تاج فى أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية – ط 1959 – ص 207 .

أما إذا كان ما أنفق رضاء منه وبغير مخاصمة قضائية من الزوجة فلا حق له في استرداده إذ يعتبر ما أنفقه تبرعاً منه لها¹.

• وامتناع الزوجة عن إتيان الزوج في فراشه لا يعتبر سبباً مسقطاً لنفقتها عليه لأن له استيفاء حقه بحنكته وواسع حيلته كما لو نصحها وزجرها وضربها إعمالاً لقوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن.."2.

• ولا يجوز - في رأينا - إثبات أن تفويت حق الزوج في الاحتباس يرجع إلى الزوجة في ظل أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 إلا بقيام الزوج بتوجيه إنذار للزوجة بالدخول في طاعته على النحو الوارد (بالمادة 11 مكرر ثانياً) وتقديم ما يدل على تخلف الزوجة عن الاعتراض على هذا الإنذار (شهادة من قلم كتاب المحكمة) خلال الموعد القانوني أو رفض اعتراضها أن كان³.

• وتجب نفقة الزوجة على الزوج ولو كانت على درجة من اليسار تزيد على يسار الزوج لأن المعتبر هو يسار الزوج وحده⁴.

• كما تستحق النفقة للزوجة على الزوج المسلم ولو كانت تختلف معه في الدين أما الزوجة الملحدة التي لا دين لها فلا يتصور استحقاقها للنفقة.

• إلا أن الزوجة المسلمة لا تستحق النفقة على الزوج غير المسلم "زواج المسلمة بغير المسلم زواج باطل"⁵.

• وإذا مرضت الزوجة بعد العقد وقبل الدخول ورفضت الانتقال إلى منزل الزوجية فلا نفقة لها ، أما إذا تم الدخول والانتقال إلى منزل الزوجية رغم المرض استحققت النفقة لها على الزوج ولو كان المريض مزمناً⁶ وكذا إذا مرضت في منزل الزوجية وانتقلت بسبب وطأة المرض إلى منزل أهلها وامتنعت عن العودة إلى مسكن الزوجية بسبب المرض ، وكل ذلك إذا لم تكن في الأصل ناشراً ، فإذا كانت ناشراً

¹ الحكم رقم 111 لسنة 1939 - جرجا - جلسة 1940/9/18 وانظر مثال لدعوى استرداد ما دفع بغير حق - الحكم الصادر في الدعوات رقم 1510 لسنة 1983 جزئي شبرا - جلسة 1985/1/22 والحكم الصادر في الدعوى رقم 431 لسنة 1990 جزئي مصر الجديدة.

² نظام النفقات في الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبراهيم - ط 1349 هجرية - ص 11.

³ راجع التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً .
⁴ هناك من المذاهب الفقهية ما يوجب أن يدخل في الاعتبار عند تقدير نفقة الزوجة حالتها المالية ومقدار يسارها . انظر في ذلك مراجع المذهب الحنفي " الخصاف " وصاحب الهداية وانظر كذلك مراجع المذهب المالكي .

⁵ محمد زكريا البرديسي في الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية - ط 1967 - ص 286

⁶ المذكرة الإيضاحية القانون رقم 100 لسنة 1985 .

مادة (1)

ومرضت وهى ناشز سقطت نفقتها بسبب نشوزها بما فيها أجره الطبيب ومصرفات العلاج¹.

• ويلتزم الزوج بمصرفات علاج زوجته عملاً بحكم الفقرة الثالثة من المادة² وتشمل مصرفات العلاج أجره الطبيب أو المستشفى وثمان الأدوية وغير ذلك مما يجرى به العرف وذلك فى حدود يسار الزوج وقدرته المالية وبصرف النظر عما تكون الزوجة قد تكبدته بالفعل من مصرفات للعلاج باعتبار أن مصرفات العلاج هى أحد عناصر نفقة الزوجة والتي تقدر عملاً بالمادة 16 من القانون بحسب حالة الزوج المالية يسراً أو عسراً على أن الأمر وهو

مسألة موضوعية يخضع لتقدير قاضى الموضوع طبقاً لكل حالة على حدة³.

• ولا يمنع عجز الزوج عن الإنفاق أو فقره من وجوب نفقة الزوجة عليه وكذا حبسه أو اعتقاله⁴ ولا أن يكون معدماً فينتقل واجب النفقة إلى من يليه وهو من كانت تجب نفقتها عليه لو لم تكن متزوجة ، أما فى الحالة الأولى وهى عجزه عن الإنفاق فيلزم بالنفقة ويؤمر من يليه بالأداء⁵ بطريق التصريح لها بالاستدانة عليه من الأخير⁶ على تفصيل سيرد فى موضعه .

• ولقد استقر القضاء الشرعى فى هذا المجال على أن زوجة الابن لا حق لها فى مطالبة أبيه بنفقتها بصفقتها زوجة لابنه⁷.

• وأما عن أجر الخادم فإن فرضه يتوقف على ما يثبت أمام المحكمة مما إذا كان المدعى عليه على درجة من اليسار تسمح للقول بقدرته على استحضرار من يخدم زوجته ، وفرضه يرتبط بمنزلة الزوجة بالنظر إلى حسبها وأنها ممن تخدم عادة أما من لم تكن ممن يخدم فلا حق لها فى المطالبة بأجر خادم حتى مع ثبوت يسار الزوج

¹ مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان - قدرى باشا - طبعة 1932 - مادة (163) .

² حكم محكمة شبرا الجرنية - فى الدعوى رقم 263 لسنة 1981 - جلسة 1983/5/30 .

³ انظر الحكم الصادر فى الدعوى رقم 639 لسنة 1989 شرعى مصر الجديدة - جلسة 1982/5/13 وكذلك الحكم الصادر فى الدعوى رقم 525 لسنة 1981 شبرا الجرنية جلسة 1982/5/30 وفيه قضت المحكمة بالزام الزوج بدفع مبلغ 800 مليم و 95 جنيها مصرفات علاج رغم أن الزوجة قدمت المستندات الدالة على صرف مبلغ 798 مليم و 122 جنية .

⁴ بدران أبو العينين فى الزواج والطلاق فى الإسلام - طبعة 1957 - ص 156 .

⁵ صالح حنفى فى المرجع فى قضاء الاحوال الشخصية - ط 1958 - ص 253 .

⁶ مرشد الحيران - قدرى باشا - ص 57 - مادة 177 .

⁷ حكم محكمة مصر الشرعية فى القضية رقم 740 لسنة 1924 - جلسة 1925/7/8 - منشور بمجلة المحاماة الشرعية - العدد 2 - ص 454 .

، ويجوز القضاء بأجر أكثر من خادم واحد إذا ثبت الاحتياج لذلك وإذا اتجهت المحكمة إلى فرض أجر خادم فإنه يتعين أن تكون الزوجة قد أقامت الدليل على تواجد الخادم بالفعل في خدمتها وقت الفرض فلا يكفي القول بأنها سوف تستقدم خادماً بعد صدور الحكم ، وللزوج بعد الحكم بفرض أجر خادم عليه إذا ما علم أن الزوجة قامت بتسريح الخادم بعد الحصول على الفرض المقرر له أو أنه لا يقوم بالخدمة على الوجه المطلوب أن يقيم ضد الزوجة الدعوى بإسقاط أجر الخادم شريطة أن يقيم أمام المحكمة الدليل على قيام الزوجة بتسريحه .

- وأجر الخادم وإن كان لا يعد من عناصر نفقة الزوجة بمعناها الخاص وإنما يأخذ مسمى الأجور إلا أنه لا يستوى في الحكم مع أجر الرضاعة أو أجر الحضانة من حيث عدم جواز القضاء به في حالة استحقاق الزوجة للنفقة على الزوج وإنما للزوجة المطالبة به في حالة توفر شروطه رغم استحقاقها للنفقة باعتباره عنصراً مستقلاً ويدخل في مفهوم ما يقضى به الشرع للزوجة في ضوء التعديل الذي أدخل على النص بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 100 لسنة 1985 .

- ويقدر أجر الخادم بحسب أوان كل زمان ومكان .

- ونحن نرى أنه إذا أقامت الزوجة الدعوى بطلب نفقة زوجية لها ونفقة لأولادها من الزوج وطلبت فرض أجر خادم لها ولأولاد وتوافرت أمام المحكمة أدلة الاستحقاق حكمت بأجر خادم واحد حيث لا يجب فرض أجر خادم للزوجة وآخر للأولاد إلا إذا كان يسار الملتزم بالنفقة يسمح بذلك.

- والحكم للأولاد بأجر خادم لا يسقط حق الحضانة في الحصول على أجر حضانتها للأولاد بدعوى أن الخادم يقوم على خدمتهم عوضاً عن خدمة الحضانة لاختلاف طبيعة كل من الفرضين .

- وأما عن المسكن فإن سكنى الزوجة واجبة على الزوج شرعاً بحيث أنه إذا لم يسكنها معه وجبت لها عليه أجره سكن من أمواله وضمن عناصر نفقتها عليه فإذا كانت الزوجة أو المعتدة تسكن الزوج فلا أجر لمسكن لها عليه وإنما استحققت فقط بقية عناصر النفقة إذا ما امتنع عن القيام بها .

- وفرض أجر مسكن للزوجة لا يختلط بأجر مسكن حضانة الصغار والمطلقة في حالة اختيار الحضانة للبدل النقدي (أجر السكن) المنصوص عليه في المادة 18 مكرر ثالثاً من القانون إذ أن أجر المسكن هنا يعد من عناصر نفقة الزوجية ويستحق

للزوجة فى حالة تخلف الزوج عن إسكان زوجته حال قيام الزوجية ومن أموال الزوج شخصياً أما أجر مسكن الحضانة فيعتبر من عناصر نفقة الصغير على أبيه ويستحق فى أموال الصغير بحسب الأصل أن كانت له أموال ويلتزم به الأب استثناء فى حال فقر الصغير¹.

• ولا يعنى حصول الزوجة على أجر مسكن ضمن عناصر نفقتها على الزوج سقوط التزام الزوج بتهيئة مسكن الزوجية فإذا أعد الزوج مسكن زوجية مستوفى لأركانه الشرعية كان على الزوجة القرار فيه حيث يسقط من ثم أجر المسكن من عناصر نفقتها الأخرى عليه.

• وإذ طُلبت النفقة كعناصر محددة (مأكل وملبس ومسكن) كان على المحكمة أن تقضى بفرض مستقل لكل عنصر وطبقاً للمطلوب ، إلا أنها لا يجوز لها أن تقضى بنفقة شاملة لأن قضائها بذلك إنما يعنى أنها قضت بما لم يطلبه الخصوم وخاصة وأن لفظ النفقة الشاملة أصبح يعنى كما تقدم القول غير مفهوم المأكل والملبس والمسكن فحسب وفى ذلك تقول محكمة شبرا الجزئية للأحوال الشخصية "وحيث أن مصاريف العلاج يلزم بها الزوج طبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم 44 لسنة 1979 وقد انصب دفاع المدعى عليه على أن الحكم فى الدعوى 263 لسنة 1981 أحوال شبرا يشمل مصاريف العلاج وهذا غير صحيح حيث أن هذا الحكم لم يتضمن فرض نفقة علاج ولا تدخل هذه النفقة ضمن ما يحكم به من نفقة مأكل وملبس".

• ويعتبر إقامة الزوجة الدعوى للمطالبة بالنفقة قرينة بسيطة على امتناع الزوج – عموماً – عن الإنفاق ولكن لكونها قرينة بسيطة فيجوز للزوج دحضها بإثبات قيامه بالإنفاق على الزوجة ، كما يثبت تاريخ الامتناع عن الإنفاق – تحديداً – بكافة طرق الإثبات ومنها البينة الشرعية.

• وقد جرت المحاكم على الاكتفاء فى إثبات الحالة المالية للزوج بما يسمى "بيان مفردات المرتب" إذا كان الزوج موظفاً وهو ما يعرف شرعاً "شهادة الاستكشاف" أو بالتحريات الإدارية إذا كان من أرباب المهن الأخرى ، إلا أنه يجوز إثبات الحالة المالية بكافة طرق الإثبات الأخرى ومنها البينة الشرعية خاصة إذا ادعت الزوجة أن للزوج مصادر دخل بخلاف راتبه الثابت .

¹ راجع التعليق على المادة 18 مكرر ثالثاً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

• ويجوز للملتزم بالنفقة إثبات وفائه بها بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود دون تقيد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يجاوز 500 جنيه إلا بالكتابة¹ لما هو مقرر من أن المشرع قد فرق في الإثبات في نطاق الأحوال الشخصية بين الدليل وإجراءات الدليل² مما مؤداه خضوع إثبات الوفاء بالنفقة للقول الراجح بالمذهب الحنفى وهو جواز الإثبات بالبينة أياً ما كانت قيمة التصرف .

• وقد استقر الفقه والقضاء الشرعى منذ زمن بعيد على قاعدة مؤداها أن ثبوت قبض (الزوجة أو المطلقة أو المستحقة) لنفقة شهر قرينه قاطعة على قبض المتجمد عن الشهر السابق عليه³.

• كما يجوز دفع طلب الزوجة للنفقة بقيام الزوج بالإنفاق عليها ويجوز للزوج – كما تقدم - إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ومنها البينة الشرعية وفى هذه الحالة لا يجوز القضاء ضده بإلزامه بالنفقة⁴ .

• وتدخل كافة موارد الزوج المالية فى تقدير يساره – ومن ثم – فى تحديد مقدار النفقة المستحقة عليه ، من ذلك أرصده النقدية بالبنوك ومقدار الربيع المستحق له كعائد ودائع أو سندات بنكية (شهادات الاستثمار والادخار وما شابه)⁵ وقيمة إيجار الأراضي الزراعية وغيرها من العقارات المملوكة .

¹ والمنصوص عليها فى المواد 60 و 61 من قانون الإثبات 25 لسنة 1968 المعدل .

² نقض أحوال جلسة 1988/6/28 – الطعن رقم 23 لسنة 57 ق .

³ راجع فى ذلك أحمد نصر الجندى فى مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية – طبعة نادى القضاء – 1986 – ص 1154 وراجع حكم محكمة السنبلالوين الشرعية فى القضية رقم 513 لسنة 1937 – جلسة 1938/1/19 – منشور بمجلة المحاماة الشرعية – ط 9 – ص 640 .

⁴ مبادئ القضاء الشرعى - نصر الجندى – ط 1986 – ص 123 .

⁵ راجع قانون سرية حسابات البنوك رقم 205 لسنة 1990 المعدل بالقانون رقم 97 لسنة 1992 وقد نص فى المادة الأولى منه على أن تكون جميع حسابات العملاء بالبنوك وودائعهم والمعاملات المتعلقة بها سرية ، وأنه لا يجوز الإطلاع أو إعطاء أية بيانات عنها إلا بإذن كتابى من صاحب الحساب أو الوديعة إلا بناء على حكم قضائى بذلك . وتضمنت الفقرة الثانية من المادة أن الحظر المنصوص عليه فى الفقرة الأولى يسرى على جميع الأشخاص والجهات بما فى ذلك الجهات التى خولها القانون – بحسب الأصل – سلطة الإطلاع أو الحصول على البيانات المحظور إفشاء سريتها ثم انطأ المشرع بجهة أوردها تحديدا فى المادة الثالثة من القانون سلطة إعطاء الإذن بالإطلاع على تلك الحسابات السرية أو إعطاء بيانات بها فنص على أن النائب العام وحده أو لمن يفوضه من المحامين العامين الأول دون غيرهم أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة وحدها الأمر بالإطلاع أو الحصول على بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع المنصوص عليها فى المادة الأولى من القانون وذلك فى حالتين. الأولى : أن يكون الإذن بمناسبة جنائية أو جنحة ارتكبت ويقتضى كشف الحقيقة فيها الإطلاع على تلك الحسابات أو الودائع .. وبشرط أن تتوافر دلائل جديده على وقوع تلك الجنائية أو الجنحة . والحالة الثانية : هو أن يكون الإذن بمناسبة التقرير بما فى الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك . ثم حدد القانون كيفية إصدار الإذن من المحكمة المذكورة فنص على أن تفصل المحكمة فى طلب الإذن منعقدة فى غرفة مشهورة خلال ثلاثة أيام من تقديمه وبعد سماع = رأى النيابة العامة والأمر الواضح أن المشرع حظر على أية جهة قضائية – المحاكم أو النيابة – وهى التى كانت مخولة بحسب الأصل ولها سلطة الإطلاع والحصول = على بيانات عن حسابات الأشخاص لدى البنوك الحصول على معلومات أو

مادة (1)

• ونحن نرى أنه لا يعد امتلاك الزوج لسيارة خاصة دليلاً على اليسار وإنما يعد ، وكذا زواجه من أخرى أعباء مالية تستنزّل من موارده عند تقدير النفقة المستحقة عليه .

• يبين من استعراض نص المادة محل التعليق أن المشرع قنن ما تنفق عليه المذاهب الفقهية المختلفة من وجوب نفقة الزوجة على زوجها باعتبار أن ذلك الوجوب وردت بشأنه نصوص قطعية الثبوت والدلالة من القرآن الكريم .

• وقد اختلف الفقه الشرعي حول سبب استحقاق نفقة الزوجة بين قول بوجوبها بمجرد العقد دون توقف على شئ آخر وقول يشترط لوجوبها توافر الاحتباس أو الاستعداد له وثالث يذهب إلى عدم وجوبها قبل أن تزف الزوجة إلى الزوج .

وقد حسم المشرع ذلك الخلاف واعتمد في الفقرة الأولى من المادة الرأي الذي يشترط لوجوب نفقة الزوجة توافر الاحتباس أو الاستعداد له فكان نص الفقرة الأولى من المادة الأولى وقد صدرها بالقول "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حُكماً".

بيانات عن تلك الحسابات وقصر سلطة إصدار الأمر بذلك على محكمة استئناف القاهرة وحدها بالضوابط والقيود المنصوص عليها في المادة = الثالثة كما حدد الأشخاص الذين يقتصر عليهم الحق في عرض الأمر على تلك المحكمة. وقد جرى العمل بمحاكم الأحوال الشخصية على الإذن للمدعي - بقرار غير مسبب يصدره القاضي - ليست له صفة الحكم القضائي بالتصريح للمدعي بالتحري لدى مختلف البنوك واستصدار شهادات تتضمن ما عسى أن يكون للمدعي عليه من أموال أو ودائع لديها حيث تقوم محاكم الأحوال الشخصية بتقدير النفقة المستحقة على المدعي عليه على ضوء ما يثبت من يسار المدعي عليه ومقدار أمواله وودائعه بالبنوك . وإذا كان النص الوارد بقانون سرية حسابات البنوك - وقد حظّر إعطاء أية بيانات عن أرصدة أو ودائع الأشخاص لدى البنوك إلا بناء على حكم قضائي أو بناء على طلب النائب العام فإن ذلك سيجري عليه في حالة استلزام الأمر التعرف على أرصدة حسابات المدعي عليه أو ودائعه لدى البنوك تعطيل نظر تلك القضايا ذلك أنه بعد أن كان للقاضي الشرعي أن يصدر قرار غير مسبب لا يتطلب سوى تدوينه بمحضر الجلسة ليتحصل المدعي على صورة رسمية منه حتى يتسنى له الحصول على معلومات ومقدار أرصدة المدعي عليه لدى مختلف البنوك فإن الأمر أصبح يستلزم أن يصدر القاضي حكماً قطعياً يكون للمدعي عليه الحق في الطعن عليه بالاستئناف ولا يخفى ما في ذلك - كما قدمنا - من إرهاب للقاضي والمتقاضى وتعطيل للدعوى وإطالة أمد نظرها أمام المحاكم .

والحل في رأينا لا يكون إلا بالأخذ بظاهر النص وتفسير نص المادة الأولى من قانون سرية حسابات البنوك باعتبار ظاهرة القول بأن المشرع لم يتطلب للإطلاع على حسابات الأشخاص لدى البنوك إلا صدور حكم قضائي تمهيدى أو تحضيرى مسبقاً جواز ذلك بقرار يصدر من القاضي بصفته القضائية أو الولائية وأنه لو أراد المشرع أن يكون الحكم القضائي الوارد بالنص نهائياً لنص على ذلك صراحة أعمالاً لقاعدة أنه لا وجه في حالة صراحة النص لتأويله واعتبار الحكم الذي يصدر في مثل تلك الحالات حكماً تمهيدياً لا يجوز للخصوم الطعن عليه إلا مع الطعن على الحكم المنهى للخصومة برمتها وما على المحاكم - في نظرنا - في حالة استلزام الإطلاع على ما لدى البنوك من حسابات للمدعي عليه أو ودائعه سوى إصدار حكم تمهيدى بذلك بعد أن أصبح محظوراً عليها الوصول إلى ذلك بقرار يثبتته القاضي في محضر الجلسة - وانظر أيضاً المادة (23) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

ثم تناول المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة أحوال عدم وجوب النفقة على الزوج وعددها فى ثلاث حالات .

الأولى : إذا ارتدت (أى ارتدت عن الإسلام) .

والثانية: إذا امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كاضطرارها للبقاء بمسكن أسرتها لرعاية أحد مرضاها

والثالثة : إذا خرجت دون إذن زوجها¹ .

ثم تناول فى الفقرة الخامسة بيان حالات عدم سقوط النفقة رغم خروج الزوجة من مسكن الزوجية على خلاف القاعدة المنصوص عليها بعجز الفقرة الرابعة وحصرها فى استثنائين هما الخروج بحكم الشرع والخروج للعمل .

أما الاستثناء الأول: الأحوال التى يباح فيها للزوجة الخروج بوجه عام

تضمنت الفقرة الخامسة من المادة محل التعليق – النص على أنه لا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية – دون إذن زوجها – فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع ، ثم أردفت تبياناً لنطاق اصطلاح "حكم الشرع" بقولها "مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة" الأمر الذى يبين منه مقصود المشرع فى إجازة خروج الزوجة من مسكن الزوجية دون إذن زوجها فى الأحوال التى ورد بإباحتها نص شرعى أو عرف شرعى أو جرت بها ضرورة شرعية².

¹ تناول المشرع فى المادة 11 مكرر ثانيا من القانون تحديد تاريخ وقف نفقة الزوجة فى حالة امتناعها عن طاعة الزوج أى حال توافر أى من الحالات التى أوردتها الفقرة الرابعة من المادة الأولى ، ونظم كيفية تداعى الزوجين فى مثل تلك الحالة فنص على أنه " إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع ، وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن " ثم أضاف فى الفقرة الثالثة النص على أنه " ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد " . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للنص المذكور أنه " لما كانت الشريعة الإسلامية قد جعلت الحقوق الزوجية وواجباتها متقابلة فحين ألزمت الزوج بالإنفاق على زوجته فى حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر الزوجة فى مسكن الزوجية الذى هبأه لها الزوج امتثالاً لقوله تعالى "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن ... " من الآية 6 من سورة الطلاق ، ومن هنا قرر الفقهاء أن الأصل فى الزوجة الطاعة وأنه إذا امتنعت عن طاعة = الزوج فإنها تكون ناشزة وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الامتناع، وتنظيماً لهذا جاءت المادة (11 مكرر ثانياً) حيث قضت بأن امتناع الزوجة عن طاعة الزوج دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع ... " .

² كان النص فى القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 يجرى بجواز خروج الزوجة فى الحالات التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها عرف أو عند الضرورة ، وبذلك استبعد النص الحالى الحالات التى قد يجيز فيها العرف خروج الزوجة على خلاف أحكام الشرع .

وإذا كان مفهوم حكم الشرع فى اصطلاح الأصوليين هو خطاب الشارع (المولى عز وجل) المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً ، وأنه فى اصطلاح الفقهاء الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى الفعل كالوجوب والحرمة والإباحة مما تعد معه سائر الأدلة الشرعية التى دل القرآن على اعتبارها والاحتجاج بها من إجماع أو قياس وغيرهما فى حقيقتها خطاب من الشارع ولكنه غير مباشر وهو ما يعنى أن كل دليل شرعى تعلق بفعل من أفعال المكلفين طلباً أو تخييراً أو وضع هو حكم شرعى¹، فإن مؤدى ذلك أن للزوجة الحق فى الخروج من مسكن الزوجية دون إذن الزوج فى الأحوال التى يقوم عليها دليل من الأدلة الشرعية وسواء كان النص هو حكم من كتاب الله أو سنة نبوية ، وسواء كان مصدر الحكم الشرعى إجماع الأمة أو القياس أو العرف أو المصلحة المتمثلة فى ضرورة تقتضى الفعل أو ترفع عنه الحظر أن كان .

وأما الاستثناء الثانى : خروج الزوجة للعمل وضوابطه

يقول الله تعالى فى محكم التنزيل "وَلَمَّا وَرَدَ مَاءَ مَدْيَنَ وَجَدَ عَلَيْهِ أُمَّةً مِنَ النَّاسِ يَسْفُونَ وَوَجَدَ مِنْ دُونِهِمْ امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ قَالَ مَا خَطْبُكُمَا قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّى يُصْدِرَ الرِّعَاءُ وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ فَسَقَى لَهُمَا ثُمَّ تَوَلَّى إِلَى الظِّلِّ فَقَالَ رَبِّ إِنِّي لِمَا أَنْزَلْتَ إِلَيَّ مِنْ خَيْرٍ فَقِيرٌ"² ويستدل من الآيتين المذكورتين على أن من حق المرأة العمل بل أن من واجبها العمل عند الضرورة³.

ويبين من استعراض نص الفقرة الخامسة من المادة محل التعليق أن المشرع قد أجاز للمرأة الخروج من مسكن الزوجية لغرض العمل باعتبار أنه إذا كان قد اكتفى فيما يتعلق بحق المرأة فى الخروج من مسكن الزوجية بوجه عام اشتراط إجازة الشرع ذلك الخروج وذلك بأن يكون خروجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع إلا أنه فيما يتعلق بإجازته خروجها للاحتراف اشترط توافر شرطان أولهما أن يكون العمل الذى تخرج لأجله مشروعاً وثانيهما أن يأذن لها الزوج فى العمل .

ونتناول كل من الشرطين بشيء من التفصيل .

¹ عبد الوهاب خلاف فى علم أصول الفقه - طبعة 1970 - وما بعدها والشيخ زكريا البرى فى أصول الفقه الإسلامى - طبعة 1982 - ص 265 وما بعدها .

² الآية رقم 23 و 24 من سورة القصص .

³ يراجع فى دلالة الآيتين المذكورتين كتيب للشيخ محمد متولى الشعراوى باسم "المرأة فى القرآن الكريم" ضمن سلسلة مكتبة الشعراوى الإسلامية - إصدار دار أخبار اليوم - طبعة 1990 - ص 99 وما بعدها .

• تناول الجزء الثانى من الفقرة الخامسة من المادة محل التعليق – كما تقدم القول – النص على أن خروج الزوجة للعمل لا يعتبر سبباً مسقطاً لنفقتها على الزوج ، ويبين من استعراض النص المذكور أن المشرع قد اشترط فى العمل الذى تزاوله المرأة أن يكون عملاً مشروعاً .

• وفى مجال تحديد مفهوم المشروعية فى هذا النطاق تعددت الآراء وتباينت فذهب قول إلى اعتماد القانون كضابط لها ، فالعمل المشروع هو العمل المطابق للقانون بينما العمل غير المشروع هو العمل المخالف للقانون¹ بينما يذهب اتجاه آخر إلى القول بأن العمل المشروع هو العمل الجائز شرعاً أى وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية² ونحن نرجح الأخذ بالنظر الأخير ذلك أنه وإن كانت عبارة "المشروع" وإن كان يمكن استخدامها بحكم اشتقاقها كتعبير عن مطابقة القانون وأيضاً مطابقة الشريعة الإسلامية فإنه فى مجال قوانين الأحوال الشخصية وهى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية يكون الراجح هو قصد أحكام الشريعة الإسلامية ، يضاف إلى ذلك أنه إذا كان المشرع قد أجاز خروج الزوجة من منزل الزوجية دون إذن من الزوج فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أى – على ما تقدم القول – فى الأحوال التى يقوم عليها دليل شرعى فإن إيراد مثلاً لتلك الحالات بالنص على خروجها للعمل المشروع كمثال لها وهو ما يستفاد مما ورد بالمذكرة الإيضاحية للنص إنما يوجب القول بخضوع العمل الذى يباح للزوجة الخروج لممارسته لذات الضابط الذى يباح لها الخروج من مسكن الزوجية بوجه عام بغير إذن الزوج وهو حكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة³ وهو ما يستتبع القول بأن العمل يعد مشروعاً طالما أنه لم يرد بتحريمه نص شرعى أو كان يجيزه العرف الصحيح أو تقضى به ضرورة شرعية كمن تعمل لتعول نفسها⁴.

¹ السهورى فى الوسيط فى شرح القانون المدنى – المجلد الثانى – نظرية الالتزام طبعة نادى القضاة – 1981 – ص 1080 و 1081 حيث يذهب إلى القول فى تحديد فكرة الخطأ "فراى شائع بين الفقهاء يقول أن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أى العمل الضار المخالف للقانون".

² عبد الناصر العطار فى مؤلف الأسرة وقانون الأحوال الشخصية – ط 1985 – ص 50 حيث يقول "والنص السالف الذكر أعطى الزوجة حقها فى أن تعمل خارج بيتها عملاً مشروعاً أى عملاً جائزاً شرعاً فى حدود الآداب الإسلامية".

³ تقول المذكرة الإيضاحية للفقرة الخامسة من المادة المطروحة "كما أفصح المشرع عن الأحوال التى لا يعتبر فيها خروج الزوجة بدون إذن زوجها سبباً مسقطاً لنفقتها عليه فقال أنها الأحوال التى يباح ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمرير أحد أبويها أو تعهده أو زيارته و إلى القاضى لطلب حقها وكذلك ومن ذلك الخروج للعمل المشروع".

⁴ ومثالا لها ما ورد عن قصة سيدنا موسى (الآيتين 23، 24 من سورة القصص) .

• أورد النص في الجزء الثالث من الفقرة الخامسة حكم حالة خروج الزوجة للعمل وقيد ذلك بشرطين أوجب توافرها حتى لا يكون ذلك سبباً مسقطاً لنفقتها على الزوج والقيد الأول يتمثل في وجوب أن يكون العمل مشروعاً - وهو ما تناولناه قبلاً - وأما الشرط الثاني فهو موافقة الزوج على العمل حقيقة أو حكماً ودليل ذلك أن المذكرة الإيضاحية للنص قد ضربت الأمثلة للحالات التي يجوز فيها للزوجة الخروج للعمل ويستدل منها على صدور موافقة الزوج الحقيقة أو الحكمية فجرى نصها على أن "..... ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذن الزوج للعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالماً بعملها "...." وجميع الحالات التي جرى بها نص المذكرة الإيضاحية وهي :

أولاً : إذا كانت قد تزوجت غير محترفة ثم أرادت الاحتراف بعد الزواج وأذن لها زوجها صراحة بذلك .

ثانياً : إذا كانت قد تزوجت غير محترفة ثم أرادت الاحتراف بعد الزواج و لم تستأذن الزوج في ذلك واحترفت بالفعل دون أن يصدر عن الزوج ثمة اعتراض وهو ما يعد إذن ضمنى بالعمل .

ثالثاً : أن تكون الزوجة محترفة من قبل الزواج ثم تقترن بالزوج وهو يعلم باحترافها وهو ما يعد إذن مسبق منه بالعمل وشرطاً بالعقد¹.

هذه الحالات تترد إلى صدور موافقة الزوج على عمل الزوجة وإذنه إياها به سواء كان ذلك بإذن مسبق كما في الفرض الثالث أو بإذن صريح كما في الفرض الأول أو بإذن ضمنى كما في الفرض الثاني ، مما يقتضاه أنه ليس لمن تزوجت مخدرة² أن تحترف بعد الزواج إلا بإذن من الزوج وموافقته فإن هي فعلت عدت ناشزة وسقطت نفقتها عليه ، وأن من احترفت بعد الزواج دون اعتراض أو تزوجت وهي محترفة فليس للزوج منعها من العمل إعمالاً لحكم النص محل التعليق لرضائه الضمنى ويؤكد ذلك - أى أن موافقة الزوج شرط لازم لخروج الزوجة للعمل - أن الخروج للعمل وقد اشترط النص أن يكون مشروعاً مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية

¹ ويعتبر فقهاء الحنفية هذا الشرط ما لم تطرأ أسباب جديدة تجعل تنفيذ هذا الشرط متنافياً ومصلحة الأسرة جميعها لأنه في هذه الحالة تكون مصلحة الأسرة مقدمة على مصلحة الزوجة في العمل (راجع في ذلك محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - طبعة 1975 - ص 146 وما بعدها) .
² المخدرة عكس البرزة وهي من تخرج لحرفة ، أما المخدرة فهي من تكون في خدرها أى في منزلها بغير حرفة .

وهذه المطابقة تستوجب توافر كافة الشرائط الشرعية فى خروج الزوجة للعمل وفقاً لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة ومن بين هذه الشرائط – كما تقدم القول – سبق الحصول على إذن الزوج بذلك ، يضاف إلى ذلك أن الجزء الثانى من الفقرة الخامسة قد اشترطت ضمن ما اشترطت فى مجال تحديد حق الزوجة فى العمل إلا يطلب منها زوجها الامتناع عنه – وذلك على التفصيل الذى نوردته فيما يلى – مقتضى ذلك أنه فى حالة إباحة خروج الزوجة للعمل تكون شروط منعها عنه ومن بينها طلب الزوج الامتناع عن الخروج للعمل غير متوافرة بما معناه أن الزوج إما قد رضى بهذا الخروج صراحة أو قد أقره ضمناً .

• بعد أن تناول المشرع فى الجزء الثانى من الفقرة الخامسة تقرير حق الزوجة فى الخروج من مسكن الزوجية للعمل وأبان شرطى استخدامها لذلك الحق وهما وجوب توافر المشروعية فى العمل وموافقة الزوج الحقيقة أو الحكمية على ذلك أى على الخروج وعلى العمل أعطى للزوج الحق فى منع الزوجة من العمل أو من الاستمرار فيه وذلك حالة إذا ما ظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب بإساءة استعمال الحق أو منافع لمصلحة الأسرة وطلب الزوج منها الامتناع عنه .

• وصياغة عبارة الجملة الأخيرة من ذلك الجزء فى الفقرة الخامسة تدل على أن قصد المشرع من عبارة الحق المشروط إنما ينصرف إلى الحق فى العمل وليس إلى الحق فى الخروج من مسكن الزوجية ، يؤكد هذا التفسير ما ورد بالملذكرة الإيضاحية للنص فى قولها ".... وذلك ما لم يظهر أن عملها منافع لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة الحق" فضلاً على أن حق الزوجة فى مطلق الخروج – سبق أن تناوله المشرع فى الجزء الأول من الفقرة محل التعليق .

فإذا ما تعارض عمل الزوجة مع صالح الأسرة أو أساءت استخدامها ذلك الحق كان للزوج منعها منه رغم سبق إذنه بالخروج للعمل ورغم اتفاق ذلك العمل وأحكام الشريعة الإسلامية مراعاة من المشرع لصالح الأسرة وتقديمها له على حق الزوجة فى العمل¹ ولأنه فى الحالة الثانية يتعين منع الزوجة من استخدام ذلك الحق جزاءً لتعسفها فى استخدامها² .

¹ محمد سلام مذكور فى مرجع أحكام الأسرة فى الإسلام – ط 1975 – ص 146 .
² تنص المادة الرابعة من القانون المدنى على أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك الحق من ضرر"
كما تنص المادة الخامسة منه على أن " يكون استعمال الحق المشروع فى الأحوال الآتية (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير =

• يبين من الاستعراض المتقدم أن المشرع الوضعي قد تناول أمر خروج الزوجة من مسكن الزوجية فيما يتعلق بأثر ذلك الخروج على حقها في الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالمادة الثانية من القانون رقم 100 لسنة 1985 وأنه قد أورد القاعدة العامة في ذلك بعجز الفقرة الرابعة بالنص على اعتبار أن خروج الزوجة دون إذن زوجها سبباً لعدم وجوب نفقتها عليه ثم تناول في الفقرة الخامسة حالتين يتحقق فيهما خروج الزوجة دون أن يعد ذلك الخروج سبباً مسقطاً لنفقتها على الزوج أما الحالة الأولى فهي خروجها من مسكن الزوجية بوجه عام لغير العمل وأما الحالة الثانية فهي خروجها بسبب احترافها .

وفي الحالة الأولى فقد قيد المشرع حق الزوجة في الخروج من مسكن الزوجية بغير إذن الزوج بشرط مشروعيته بأن يكون خروجاً تُجيزه وتأذن به أحكام الشريعة الإسلامية بأن يقوم عليه دليل من الأدلة الشرعية سواء من نصوص القرآن والسنة أو أجازة العرف الصحيح للبلاد أو تقضى به ضرورة ترفع الحظر في خصوصه .

وفي الحالة الثانية فقد قيد المشرع خروج الزوجة للعمل بشرطين إستلزم توافرها معاً وإلا سقط حق الزوجة فيه أولهما إشتراط مشروعية العمل في ذاته من حيث وجوب اتفائه وأحكام الشريعة الإسلامية بالألا يكون قد ورد بتحريمه نص شرعي أو يجيزه عرف صحيح للبلاد وهكذا ، وثانيهما وجوب موافقة الزوج الصريحة أو الضمنية على الخروج لمزاولته وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للفقرة الخامسة سواء اتخذت تلك الموافقة صورة اشتراط مسبق مثبت في عقد الزواج أو زواجه منها وهي محترفة بالفعل أو موافقته صراحة على احترافها بعد الزواج دون سبق احترافها أو علمه بعد الزواج باحترافها وسكوته عن منعها عنه ، ومؤدى المفهوم المتقدم أن للزوج أن يمنع زوجته عن العمل المشروع طالما أنه تزوجها وهي لا تعمل ولم يأذن لها بالعمل لتخلف شرط الإذن كما أن إذنه - فرضاً - لها باحتراف عملاً غير مشروع يسقط حقها في النفقة عليه إذا امتنع عن الإنفاق عليها لتخلف شرط المشروعية في العمل .

مشروعة " - يراجع في ذلك أصول القانون للدكتور / عبد المنعم فرج الصده - نظرية التعسف في استعمال الحق - طبعة 1971 - ص 658 وما بعدها وفيه يحدد نظرية التعسف في استعمال الحق بأنه "التزام الشخص للحدود الموضوعية لحقه مع الانحراف في استعماله عن الغرض الاجتماعي للحق" .

وتغليباً من المشرع لصالح الأسرة باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع أعطى المشرع للزوج الحق في منع الزوجة أو معاودة منعها من العمل أو الاستمرار فيه رغم سبق موافقته عليه إذا ما تبين أن خروجها له أصبح يهدد مصلحة الأسرة أو إذا ما تبين أن الزوجة تستخدم حقها فيه على نحو يدل على تعسفها في استخدامه¹.

• لما كان ذلك وكان البين من الاستعراض المتقدم أن أمر خروج الزوجة من مسكن الزوجية على النحو المنصوص عليه في الفقرة الخامسة من المادة الأولى محل التعليق لم يرد فيه حكماً شرعياً قطعي الثبوت والدلالة وهو الأمر الذي أدى بفقهائ المذاهب المختلفة إلى الاجتهاد فيه والاختلاف حول أحكامه لخلو الأمر أمامهم عن حكم قطعي الثبوت والدلالة يحسم الأمر بينهم ويقضى على أسباب الاختلاف حوله .

• وإذا كان الثابت من استقراء الأحكام الشرعية أن المقصد العام من تشريع الأحكام هو تحقيق مصالح المجتمع أى جلب نفع لهم أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم وهو ما تقوم عليه في ذات الوقت السياسة التشريعية في القوانين الوضعية²، وكانت مصالح الناس تختلف باختلاف أحوالهم وأزمانهم وبيئاتهم وهو ما يؤدي إلى اختلاف أعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم لتنشعب ضرورياتهم وتواجه مصالحهم ، وكان من المقرر أن العرف معتبراً إذا عارض نصاً مذهبياً منقولاً عن صاحب المذهب باعتبار أن الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف فيه تضييع حقوق كثيرة دون أن يكون في ذلك مخالفة للمذهب³، وإذا كان العرف الصحيح الذي لا يخالف نصاً قطعياً في الكتاب أو السنة يعد من أصول الفقه الإسلامي إعمالاً لقول رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن" وأن مخالفته تُوقع الناس في الحرج والضيق وهو ما لا يجوز لقوله تعالى "ما جعل عليكم في الدين من حرج" مما مؤداه أن الأخذ بالعرف الصحيح يعد إرتكاًناً إلى أصل من أصول التشريع إعمالاً لقاعدة "أن الثابت بالعرف، ثابت بدليل شرعى وان "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"⁴ ولهذا قال الفقهاء في شرط الاجتهاد ضرورة معرفة عادات الناس إذ تختلف كثير من الأحكام باختلاف الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه لأوقع بالناس المشقة والضرر

¹ وقد ذهبت المحكمة التأديبية للتعليم بالقاهرة في الدعوى رقم 483 لسنة 34 ق إلى أن منع الزوج لزوجته من الخروج للعمل يعد إكراهاً أدبياً لها يفرضه واجبها في طاعته بما لا يعد معه انقطاعها خطأ تأديبياً محل مؤاخذه باعتبار أن واجبها في طاعته مقدم على حقها في العمل .
² عبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه - ط 1971 - ص 198 وما بعدها .
³ تراجع نقض أحوال شخصية جلسة 1973/2/14 - ص 251 - س 24 - الطعن رقم 7 لسنة 39 ق .
⁴ أصول الفقه الإسلامي للدكتور زكريا البرى - ط 1982 - ص 150 وما بعدها وعبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه - ط 1970 - ص 197 .

ولخالف القواعد العامة للشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر ، يؤكد ذلك مخالفة مشايخ المذاهب لما أورده المجتهدون فى مواضع كثيرة بنوها على ما كان فى زمن الأخيرين.

• وإذا كان أمر خروج الزوجة من مسكن الزوجية دون إذن الزوج قد تعددت فيه الاجتهادات لدى المذاهب الفقهية المختلفة على ما سبق الإشارة إليه ومن فقهاء المذاهب من أفتى بأن خروج الزوجة بغير إذن الزوج من مسكن الزوجية لا يسقط نفقتها عليه¹.

• وإذا وجد فى عهود الإسلام الأولى من الفقهاء المجتهدين من أجاز خروج الزوجة بغير إذن الزوج على ما تقدم القول فإن مخالفهم لو وجدوا فى هذه الحقبة من القرن العشرين لعدلوا عن كثير من آرائهم لتغير مصالح الناس وحاجاتهم وأعرافهم عما كانت فى أزمنتهم² يؤكد ذلك أن الإمام الشافعى لما هبط مصر غير بعض الأحكام التى كان أفتى بها فى العراق لتغير العرف وهو ما أدى بأن أصبح له مذهبان مذهب قديم ومذهب حديث، وفضلاً عن ذلك فإن أى من أئمة المذاهب الأربعة لم يفتى بإلزام أحداً بإتباع مذهبه دون غيره من المذاهب لحرصهم على أن يتركوا باب الاجتهاد مفتوحاً للمسلمين فيما جاء فى القرآن والسنة من أصول عامة صالحة للبناء عليها ، واستخلاص أحكامها فى المسائل الظنية فى ثبوتها أو دالالتها أو فيهما معاً (المسائل التطبيقية والتفصيلية) بما يحقق للناس مصالحهم فى كل زمان ومكان ما دام لا يتعارض مع نص قطعى فى الكتاب أو السنة³ وقد روى عن الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان قوله "علمنا هذا الرأى وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن جاء بخير منه قبلناه".

• إذا كان ما تقدم وكان نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قيد خروج الزوجة من مسكن الزوجية بغير إذن الزوج بقيد المشروعية أى فى الأحوال التى يبيح لها فيها الشرع ذلك الخروج على النحو السابق تناوله ، كما قيد خروجها للعمل واحترافها بشرط موافقة الزوج الصريحة أو الضمنية عليه يكون قد شرع ما يراعى مصالح الناس فى هذا الزمان .

¹ المغنى لابن قدامة - فقه حنبلى - ط 1969 - ج 8 - ص 236 - بند 1537 - والمحلى لابن حزم - ظاهرى - ج 11 - ص 321 وما بعدها - ط 1970 .
² زكريا البرى فى المرجع السابق - ص 157 .
³ يراجع فى المصالح المرسلة والعرف مراجع أصول الفقه الإسلامى للشيخ زكريا البرى - طبعة 1976 من ص 137 إلى ص 141 ومن ص 245 إلى ص 355 وعلم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف - طبعة 1970 - من ص 84 إلى ص 89 .

• وإذا كانت المرأة المصرية فى العقد الحالى قد دخلت المدارس والجامعات وشاركت فى الحياة العامة وأسهمت بقدر كبير فى الإنتاج والخدمات وتبوأَت المناصب القيادية والوظائف العالية ووقفت إلى جانب الرجل سواء بسواء وتفوقت عليه فى عدد من المجالات الأمر الذى أضحى معه عرف البلاد يقر حقها فى التنقل والخروج والإياب بل والسفر والترحال فإن ذلك وإن كان لا يسقط عنها واجب استئذان زوجها قبل الخروج من منزل الزوجية جلباً لمرضاة الله ورسوله عليها إلا أن خروجها دون استئذان لعدم التمكن لسبب أو لآخر أو لعنت من الزوج وعسف من جانبه لا يوصفها بالنشوز والخروج على الطاعة طالما كان خروجها فى إطار من حكم الشرع الحنيف سواء ما كان منه موضع نص أو جرى به عرف شرعى أو قضت به ضرورة شرعية .

• وإذا كان عمل المرأة ومشاركتها فى الإنتاج والخدمات قد أضحى من لوازم المجتمع المصرى وضرورياته سيما فى هذا العصر الذى تسعى فيه البلاد إلى بلوغ غايات الرقى والتقدم مما يحتاج إلى جهد مختلف الأفراد رجالاً ونساءً على السواء بما أضحى معه خروج المرأة إلى العمل أمراً ضرورياً لإمكان مساهمة ركب الحياة خاصة وأن الدولة تكفل للمرأة التوفيق بين واجباتها نحو الأسرة وعملها فى المجتمع¹.

• وإذا كان جل شأنه قد خاطبنا فى محكم التنزيل بقوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج" وقوله تعالى "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" كما يخاطبنا نبينا محمد م بقوله "إن الله يحب أن تؤتى رخصه ، كما يحب أن تؤتى عزائمه"، وكان النص فى الفقرة الخامسة من المادة الأولى على أن خروج الزوجة للعمل لا يعد سبباً مسقطاً لنفقتها على الزوج ، لم يترك أمر العمل الذى تحترفه المرأة مطلقاً وإنما اشترط لذلك أن يكون عملاً مشروعاً وأن يكون ذلك بإذن من الزوج صراحة أو ضمناً ولا غرو فى أن تحديد مدى مشروعية العمل إنما ينظر إليه بمنظور يتفق وتقاليد أهل البلاد وأعرافهم الجارية فى هذا الزمان وهو أمر يقدره عند الخلاف قاضى الموضوع فى إطار من أحكام الشرع ، فإذا انتفى عن العمل وصف المشروعية سقط عن الزوجة حق استخدام تلك الرخصة .

• وإذا كان نص الفقرة الخامسة من المادة محل التعليق قد أعطى الزوج فضلاً عن ذلك الحق فى منع زوجته من العمل إذا ما تبين له أن احترافها ينافى صالح الأسرة أو أنها قد أساءت إستخدام ذلك الحق على نحو يوصف معه بالتعسف وهو ما

¹ المادة 11 من الدستور .

يكون معه المشرع الوضعى قد زواج بين مصلحة المجتمع فى الاستفادة من تلك الطاقة البشرية التى تشكل نصف قواه العاملة المتمثلة فى المرأة ومصلحة الأسرة والتى رجح كفتها إذا ما تعارضت مصالحها مع مصلحة المجتمع كمجموع لقناعاته أن الأسرة هى أساس المجتمع وهو ما حرص على النص عليه فى المادة التاسعة من الدستور وفى ذلك قدر من المرونة التى تسعها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية المستجيبة دوماً للتطور توخياً لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة وأعرافهم المتغيرة التى لا تصادم حكماً قطعياً وهى مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بأراء بذاتها لا يريم عنها أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتمدة شرعاً قد جاوزتها، وتلك هى الشريعة فى أصولها ومبادئها، شريعة مرنة غير جامدة يتقيد الاجتهاد فيها بما يقوم عليه من استفراغ الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص عليه بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها ، ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطره ودقته فإن من الصحيح كذلك أن لولى الأمر الاجتهاد فى الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقة التى يقوم برهانها من الأدلة الشرعية .

خلاصة الأمر

أن المشرع الوضعى فى صياغته نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى لم يخرج على القاعدة فى أن الأصل هو قرار الزوجة فى مسكن الزوجية إيفاء لحق الزوج عليها فى احتباسها وأن خروجها منه يعد استثناء على ذلك الأصل مقيد باعتبارات تبرره يقرها شرع الله مما ورد به نص شرعى أو جرى به عرف شرعى أو قضت به ضرورة شرعية أو نفاذاً لشرط فى العقد¹.

¹ راجع تقرير هيئة مفوضى المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم 18 لسنة 14 دستورية إعداد المؤلف خلال فترة عمله كمفوض بهيئة مفوضى المحكمة المذكورة وقد صدر الحكم فى الدعوى بدستورية الفقرة السادسة من المادة وذلك بجلسته 1997/5/3 فى الطعن رقم 18 لسنة 14 قضائية دستورية ونشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ 1997/5/15 – العدد رقم (20) ومما قالت المحكمة فى هذا الخصوص "أن مفاد نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن الأصل هو ألا تخرج المرأة من بيت زوجها إلا إذا أذن لها بذلك صريحاً كان هذا الأذن أم ضمناً، ما لم يكن خروجها مبرراً بحكم الشرع أو كان عذرها فيه عرفاً صحيحاً أو ضرورة ملجئة بما مؤداه جواز خروجها بغير إذن زوجها لتمرير أحد أبويها، أو لطلب حقاً من القاضى، أو لقضاء حوائجها، أو لزيارة محرم مريض، أو لتهديم منزلها، أو إذا عسر زوجها بنفقتها، ولا يكون خروجها للعمل المشروع إلا بإذن زوجها، فإذا أذن لها فلا يجوز أن يمنعها من العمل إلا إذا قام الدليل على أن مضيتها فيه كان انحرافاً منها عن الحدود المنطقية للحق فى العمل أو مجافياً لمصلحة أسرتها، وأن الاحتباس حق للزوج فإذا نزل عنه صراحة أو ضمناً، ظل ملزماً بالإنفاق على زوجته باعتبار أن تفويت الاحتباس كان من جهته، وأنه يشترط فى عمل المرأة خارج بيتها أن يكون مناسباً لطبيعتها موائماً لفطرتها، وألا يخل بمسؤوليتها كراعية لبيتها وزوجها وولدها، وأن يكون استثمارها لوقتها موازناً بين واجباتها قبل أسرتها وبين دورها باعتبارها عنصراً منتجاً ومفيداً فى مجتمعها، وأن المرأة وإن كانت سكناً

• ومن الأحكام التى صدرت فى خصوص عمل الزوجة حكم محكمة شبيرا للأحوال الشخصية فى القضية رقم 571 لسنة 1984 ، بجلسته 1984/6/28 . وفيه قالت المحكمة تسبباً لهذا القضاء "وحيث أنه لما كان المدعى يستند فى طلبه إلى كون خروج زوجته المدعى عليها لتعمل دون موافقته نشوزاً منها – وكان من المقرر قانوناً طبقاً لنص الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 ، المعدلة بالقانون رقم 44 لسنة 1979 ، أنه" ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية بدون إذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجري بها العرف أو عند الضرورة ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة الحق أو منافع لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه"، وقد استقر الفقه والقضاء على أن النشوز شرعاً هو خروج الزوجة من منزل زوجها ومنعها نفسها منه وهو معصية لا تقر عليها الناشز ، كما أنه أمر وجودى يمكن البرهان عليه بأي طريق من طرق الإثبات الشرعية فيمكن إثباته بشهادة الشهود وبالأوراق وبإقرار الزوجة ، أما عن احترام الزوجة فقد نص فى كتب الفقه (ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لها لنقص التسليم قال فى المجتبى وبه عرف جواب واقعة فى زماننا أنه لو تزوج من المحترفات التى تكون بالنهار فى مصالحها والليل عنده فلا نفقة لها .. (رد المحتار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار للعلامة الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ص890، 891 ، 915) ، كما نص على أن (الزوجة المحترفة – التى تكون خارج البيت نهائياً وعند الزوج ليلاً إذا منعها من الخروج وعصيته وخرجت من بيته بلا إذنه بغير وجه حق كما أن (الناشز وهى التى خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا إذنه بغير وجه حق شرعى يسقط حقها فى النفقة مدة نشوزها) إلا أن هذا الحق فى منع الزوجة من العمل لم يعد فى ظل العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1929 ، المعدل على النحو سالف البيان – قائماً على إطلاقه بل صار من حق الزوجة الاحتراف فى أحوال معينة منها (1) إذا اشترطت فى عقد زواجها أن تعمل أو أن تبقى فى عملها الذى تباشره فعلاً وقت انعقاد زواجها . (2) إذا تزوجها عالماً بعملها قبل الزواج . (3) إذا عملت الزوجة بعد الزواج

للرجل إلا أنهما مكلفان معا بأن يضربا فى الأرض وليس عملها مجالاً تتفاضل به على زوجها، ولا استمداداً للغلبة تدعيها ، فلا تزال القوامة لرجلها ياذن لها، ابتداء بالعمل أو يمنعها منه وفق ما يراه ضرورياً لمصلحة أسرته. وأن المشرع قد أجاز للمرأة أن تعمل بإذن زوجها سواء كان هذا الإذن صريحاً أم ضمناً، فإذا أدّنها بالعمل كان ذلك حقاً مكفولاً لها ، لا يمنعها زوجها منه إلا أن يقدم الدلائل بعد مباشرتها لهذا العمل على إساءتها استعمال الحق فيه انحرافاً عن الأغراض التى يبتغيها، أو كان أداؤها لعملها منافياً لمصلحة أسرته، إذ مصلحة الأسرة لها الغلبة ولا يجوز أن يعطل عمل المرأة أمومتها ويباعد بينها وبين واجباتها قبل أسرته ، فما النساء إلا شقائق الرجال ولا تقوم الحياة بينهما على التفاضل ، بل يكون التعاون ملاكها .

وقبل الدخول بها ورضى الزوج بذلك صراحة أو ضمناً .⁽⁴⁾ إذا خرجت الزوجة – مضطرة للعمل بحكم الظروف أو لحاجتها لمورد مالي للنفقة ، وألا يكون خروجها فى الأحوال السالفة البيان فى جملتها مقترنا بالتعسف فى استعمال الحق أو يتعارض مع مصلحة الأسرة ، لما كان ما تقدم وكان الثابت للمحكمة من أوراق الدعوى أن المدعى قد تزوج المدعى عليها وثبت بعد زواجها أنها خالية من العمل وعاشرته معاشرة زوجية مستقرة فى بيت زوجيتها إلى أن صدر لها تصريح عمل لدى هيئة أجنبية بالداخل وخرجت للعمل بعد ذلك على حين أن زوجها المدعى مريض بعلّة فى القلب أجرى على أثرها عمليات جراحية وصفقتها التقارير الطبية الموجودة ضمن المستندات المقدمة فى الدعوى ، ومن ثم فإنه يكون فى أمس الحاجة إلى رعاية زوجته ومع التسليم بمشروعية العمل فى ذاته فإن خروج المدعى عليها للعمل يكون متعارضاً مع مصلحة الزوج المدعى والذي يفوق حقه فرض الكفاية حسبما نص على ذلك الفقه الإسلامى وفقاً لما أسلفنا كما أنها لم تدعى حاجة أو ضرورة لخروجها إلى العمل وأقرت بأنها تعمل فعلاً حسبما ورد بمذكرة دفاعها فى الدعوى ولا تحاج فى ذلك برضى الزوج الضمنى بخروجها للعمل لأن هذا الرضى الضمنى تنفيه أوراق الدعوى بما يدل عليه اعتراضه على مجرد خروجها من منزله إلى مسكن والدتها ثم إلى مدفن والدتها بالمدينة حسبما ورد وجرى عادة النساء فى هذا الزمان ، رغم منافاته للشرع الإسلامى الحنيف كما دل على ذلك المحضر المحرر بقسم شرطة الزيتون وما ثبت به من أقوال ابنة أخ المدعى عليها وتستخلص المحكمة من ذلك أن المدعى لم يقبل خروج زوجته من مسكنها حتى لمجرد القيام بعادة مما استقر لدى نساء هذا الزمان ، وبالتالي فلا يمكن أن يقال بقبوله الدائم لزوجته للعمل ضمناً وإعلانها بصحيفة الدعوى والإنذار المعلن إليها بتاريخ 1984/3/24 ، دليل على طلبه منها الامتناع عن هذا العمل ، وحيث أنه لما كان ما تقدم وكانت المدعية لم تبادر لترك عملها رغم عدم رضى زوجها بالتحاقها بهذا العمل واستمرارها فيه دون إذنه وعملاً بنص الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، المعدلة سالف الذكر ولما رأته المحكمة من إضرار بمصلحة الأسرة لخروج المدعى عليها رغم مرض زوجها المدعى فإن المحكمة تترتب على ذلك قضائها باعتبار الزوجة المدعى عليها ناشراً إعتباراً من اليوم¹ .

¹ يؤخذ على الحكم المذكور قضائه فى الدعوى رغم عدم اختصاصه نوعياً واختصاص المحاكم الابتدائية بها – راجع التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

• كما أنه إذا تبين أن الزوجة قد أساءت استخدام الحق في العمل المشروع كأن تعمدت مضاعفة فترة عملها حتى تستغرق اليوم كله أو أغلبه أو نحو ذلك كان للزوج منعها عنه وإلا سقطت نفقتها عليه كذلك¹.

• إلا أنه إذا أراد الزوج دفع استحقاق الزوجة للنفقة لخروجها للعمل أو لخروجها من منزل الزوجية بغير إذنه فعليه حتى يقبل منه ذلك الدفع أن يوجه للزوجة إنذار طاعة ينبه عليها فيه بالامتناع عن العمل.

• فإذا لم تعترض الزوجة على الإنذار المذكور في الميعاد المنصوص عليه في المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قدم الزوج المدعى عليه في دعوى النفقة إلى المحكمة إنذار الطاعة وشهادة تفيد عدم إقامة الزوجة لدعوى اعتراض فيكون لقاضي النفقة في هذه الحالة استناداً إلى تلك المستندات قبول الدفع المبدى من الزوج بسقوط حق الزوجة في النفقة والقضاء برفض دعوى النفقة وسقوط حق الزوجة في النفقة من تاريخ اليوم التالي لإنذار الطاعة² أما إذا قدمت الزوجة شهادة تفيد اعتراضها على إنذار الطاعة قضت المحكمة لها بالنفقة إذا ثبت لها استحقاقها من ثبوت الزوجية والبقاء في العصمة وعلى الطاعة باعتبارها الأصل³، فإذا ما نجح الزوج في أن يثبت أمام المحكمة المختصة بنظر دعوى اعتراض الطاعة عدم أحقية الزوجة في الخروج على طاعته وقضت المحكمة نهائياً برفض اعتراض الطاعة كان له بعد ذلك أن يرجع على الزوجة بدعوى رد ما تقاضته منه من نفقة بغير حق إعتباراً من تاريخ إنذاره إليها بالطاعة.

ومن الحالات التي اعتبر فيها الفقهاء عدم وجوب نفقة الزوجة على زوجها ما يلي:

- 1- إذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للرجال فلا نفقة لها إلا إذا أسكنها في بيته للاستئناس بها.
- 2- إذا سافرت الزوجة للحج دون إذنه ومصاحبته فلا نفقة لها مدة سفرها.
- 3- إذا حُبست أو اعتقلت، إلا إذا كان هو الذي حبسها في دين له عليها.
- 4- المعقود عليها بعقد فاسد.

¹ الحكم الصادر في الدعوى رقم 883 لسنة 1979 بجلسة 1979/3/5 - محكمة روضة الفرج للأحوال الشخصية.

² راجع التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل.

³ نقض أحوال الطعن رقم 83 لسنة 60 ق - جلسة 1993/5/25.

5- إذا منعت الزوج من دخول مسكن الزوجية وكان مملوكا لها ولم تطلب نقلها إلى مسكنه .

• ويتعين الإشارة إلى الفرق بين لفظي (سقوط النفقة) الوارد بصدر الفقرة الرابعة من هذه المادة ولفظ (وقف النفقة) الوارد بصدر المادة 11 مكرر ثانياً إذ يعنى (سقوط النفقة) زوال الالتزام بها ورفعها عن الزوج أما (وقف النفقة) فهو توقف مؤقت لالتزام الزوج بها ونتيجة نشوز الزوجة مما يعنى عودة هذا الالتزام على الزوج إذا أقلعت عن معصية النشوز وعادت إلى طاعته وهو ما نتناوله في التعليق من المادة 11 مكرر ثانياً¹.

• والتداعى لا يعطى الزوجة الحق فى النفقة ولا يقضى القاضى بها إلا من تاريخ الامتناع إذا قام الدليل على ثبوته بإقرار أو بشهادة الشهود أو بغير ذلك من وسائل الإثبات وإلا فمن تاريخ رفع الدعوى باعتبار أن التداعى قرينة على الامتناع عن الإنفاق .

• والتداعى لا يعطى الزوجة الحق فى النفقة ولا يقضى القاضى بها إلا إذا ثبت مطل الزوج وامتناعه فإذا أثبت الزوج أنه قائم بالإنفاق عن فترة المطالبة –نفقة مثله – رفضت دعوها.

• والنفقة المفروضة بالتراضى كالمفروضة بقضاء القاضى² وتستحق من تاريخ التراضى أو من التاريخ الذى ينص عليه الاتفاق أن كان ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

• وللزوجة المطالبة بمتجمد النفقة من تاريخ الاتفاق بالطريق المعتاد دون أن تكلف بإقامة الدليل على عدم الوفاء فى الفترة السابقة على رفع الدعوى إلا إذا دفع الزوج بسبق الوفاء وأقام عليه الدليل .

• وإذا تبين للزوجة أن النفقة التى تراضيت عليها دون الحد المناسب فلها أن تلجأ إلى القاضى لزيادتها وفى حالة إيجابتها إلى طلبها تكون الزيادة من تاريخ الاتفاق وليس من تاريخ الحكم باعتبار أن تاريخ الاتفاق هو تاريخ الاستحقاق³.

¹ راجع التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً خاصة فيما يتعلق باعتبار الفقهاء الأولين سقوط النفقة بسبب النشوز عن مدته.

² الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية – قدرى باشا – ط 1978 – مادة 199 .

³ راجع التعليق على المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929.

• وإذا تم الصلح على النفقة بعد فرضها بحكم بطل حكم النفقة وامتنع على الزوجة المطالبة بالمقرر به¹.

• وإذا كانت النفقة المفروضة للزوجة - رضاء أو قضاء - للأنواع الثلاثة فقط فإن للزوجة أن تطلب فرض بدل فرش وغطاء وأجرة خادم إذا كانت الزوجة ممن يخدمون وكان الزوج ممن تُخدم نساؤه وذلك ضمن عناصر النفقة الواجبة لها .

• ومتى كان الزوج قائماً بالإنفاق على الزوجة سواء كان الإنفاق تمويناً أو نقوداً يرسلها إليها فليس لها بعد أن تطالب بالفرق بين ما أنفق فعلاً وبين نفقة المثل في المدة السابقة على الخصومة والعلة من ذلك أن الزوج متى أنفق على زوجته بأى شكل وبأى مقدار ارتضته بدون منازعة ولا خصومة يعتبر أنه قام بما وجب عليه وليس لها أن تدعى أن ما أنفقه كان أقل مما يجب ولا أن تطالبه بالفرق عن المدة السابقة على رفع الدعوى .

• والمقرر فقها وقضاء أن النفقة من الفروض التي يطرأ عليها التغيير والتبديل بتغير أحوال وظروف دواعيها فقد يطرأ على أحوال الزوج المالية زيادة أو نقصان كما تتغير الأسعار والقوة الشرائية للنقود وتزيد الحاجات والمطالب ، والنفقة قد تفرض اتفاقاً أو قضاءً ، والقاعدة أن المفروض اتفاقاً كالمفروض قضاءً ، وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن الأحكام الصادرة بالنفقات لا تحوز إلا حجية مؤقتة - إعمالاً للقاعدة المتقدمة - لأنها مما يقبل التغيير والتبديل ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف².

• وقد ثار التساؤل حين ترفع الدعوى بطلب زيادة المفروض كنفقة حول التاريخ الذى يبدأ منه استحقاق طلبها هل من تاريخ رفع الدعوى أم من تاريخ استحقاقها وهو تاريخ توافر دواعيها ؟ أم من تاريخ الحكم الذى يصدر بالزيادة والذى نراه فى ظل أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 والذى نص فى المادة 16 منه على وجوب نفقة الزوجة من تاريخ استحقاقها أن تاريخ فرض الزيادة يكون من تاريخ زيادة اليسار وأن تخفيض المفروض يكون من تاريخ الإعسار³.

¹ راجع محمد كمال عبد العزيز فى تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقعة - ط 1995 - ص 1216 .

² نقض أحوال جلسة 1972/5/24 - ص 1003 - س 23 - الطعن رقم 4 لسنة 40 ق.
³ انظر عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية - ط 1985 - ص 44 وانظر أيضاً نصر الجندى فى الأحوال الشخصية - طبعة 1987 - ص 63 حيث يرى فرض الزيادة من تاريخ رفع الدعوى . وانظر فى أسباب رأينا التعليق على المادة 16 والمذكرة الإيضاحية للمادة المذكورة وانظر كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية - ط 1987 - ص 13 حيث يرى فرض الزيادة من تاريخ الحكم .

مادة (1)

• ونفس الأمر كان يمكن أن يقال في خصوص نفقة الأولاد في ظل أحكام القانون رقم 44 لسنة 1979 إذ حيث كانت هذه النفقة تستحق على الأب من تاريخ الحكم لاندفاع الحاجة قبله فإن الزيادة كانت تستحق أيضاً من هذا التاريخ لذات العلة أما الآن وفي ظل حكم المادة 18 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وحيث أصبح استحقاق النفقة للأولاد من تاريخ امتناع الأب عن الإنفاق فإن الأمر يأخذ حكم نفقة الزوجة مما يتعين معه العودة بتاريخ بدء الزيادة إلى تاريخ تغير الحالة المالية للملتزم بها (الزوج) .

• وتعتبر نفقة الزوجة دين قوى على الزوج لا يسقط إلا بالسداد أو الإبراء ، وهى تعتبر ديناً من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق وليس من وقت القضاء بها¹.

• فإذا حدث أن أصبحت الزوجة ناشراً فإن نشورها لا يُسقط متجمد نفقتها قبل تاريخ النشور .

• ولا يجوز أن يتضمن قضاء الحكم بالنفقة أمر المدعى عليه بأداء ما فرضه الحكم عليه إلا أن يكون ذلك ضمن طلبات المدعية بالنفقة فإن لها أن تقيم الدعوى به استقلالاً² .

• ولا يخضع دين النفقة المستحقة رضاءً أو قضاءً لمدد تقادم الديون المعروفة خاصة بعد إلغاء المادة (375) من اللائحة الشرعية المتعلقة بعدم سماع الدعوى بالقيود الواردة فيها وذلك بإسقاطها من نصوص القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

• ولا تسقط النفقة عن الزوج إلا بوفائه بها، فلا يسقط هذا الدين بتطليق الزوج لزوجته حيث تستحق النفقة عن المدة التى امتنع خلالها عن الإنفاق عليها أبان فترة الزوجية، ولا يعد قيام الزوج بإرسال شيكات مصرفية أو حوالات بريدية إلى الزوجة بمبالغ محددة بصفة دورية دليلاً على أن هذه الحوالات تمثل نفقة الزوجة إذا ما جددت الزوجة حجية هذه الحوالات وذلك إلا إذا أثبت بها أن المبلغ المدون بها يمثل أقساط النفقة.

• ولا تسقط نفقة الزوجة المتجمدة والمستحقة فى تركة الزوج بعد وفاته إلا إذا كانت قد استدانتهما بإذن الزوج أو أمر القاضى حيث يكون للدائن الرجوع بما أداه

¹ زكريا البرى فى المرجع السابق - ص 190 .
² انظر الحكم رقم 383 لسنة 1989 - شرعى الزيتون - جلسة 1990/3/28 .

للزوجة على تركة الزوج¹ أما مجرد الحق فى النفقة فلا يستحق فى تركة الزوج إعتباراً من تاريخ الوفاة لانقطاع علاقة الزوجية بالوفاة حتى لو قام دليل على امتناعه عن الإنفاق قبل وفاته .

• أما إذا ماتت الزوجة فإن لورثتها – اقتضاء متجمد نفقتها من الزوج².

• والإبراء المقصود بالنص الذى يسقط النفقة هو الإبراء عن النفقة الماضية لا النفقة المستقبلية لأن الإبراء لا يكون إلا لدين واجب الوفاء والنفقة المستقبلية لم تجب فلا تكون ديناً فلا تقبل الإبراء ، وأيضاً لو أبرأته عما يستقبل من النفقة لكان إسقاطاً لشيء قبل وجود سببه لأن السبب هو الاحتباس المتجدد ولم يوجد الاحتباس الذى أوجب النفقة المستقبلية إذ أن الاحتباس يتجدد أن بعد أن ، وكما لا يصح الإبراء عن النفقة المستقبلية لا تصح هبتها لأن هبة الدين لمن عليه الدين إبراء³ إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء هو جواز الإبراء عن نفقة مستقبلية فى حدود شهر⁴.

• ولا يدخل فى مفهوم الإبراء عن النفقة المستقبلية إقرار الزوجة باستلامها النفقة المستحقة إلا إذا أقامت الدليل على أن هذا الإقرار كان وليد إكراه أو نحوه.

• وتأخذ نفقة المطلقة خلال فترة العدة ذات الأحكام المقررة لنفقة الزوجة لأن المطلقة خلال فترة العدة زوجة حكماً إلى أن تنقضى عدتها من الطلاق شرعاً فينشأ حقها فى نفقة العدة من هذا التاريخ .

• كما يقتضى القول بأن مقتضى كون دين النفقة من الديون القوية التى لا تسقط إلا بالأداء كان يتعين معه القول أن قيام الزوجة بالمطالبة بالنفقة إعتباراً من تاريخ الدعوى لا يُسقط حقها فى العودة للمطالبة بما كان مستحقاً لها من نفقة عن أى مدة سابقة على رفع دعواها الأولى بدعوى جديدة إلا أن الفقرة السادسة من المادة المطروحة منعت سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية بأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع دعوى المطالبة بها بحيث يشكل تاريخ رفع الدعوى اليوم الأخير من السنة المطالب بالنفقة عنها .

¹ راجع المذكرة الإيضاحية للنص .
² تنظيم الأسرة فى الفقه الإسلامى للدكتور مصطفى الحسنى وأحمد الحصرى – طبعة 1970 – ص 222

³ أبو زهرة فى محاضرات فى عقد الزواج وآثاره – ص 316 .

⁴ راجع التعليق من المادة الثانية من القانون .

مادة (1)

• وأخذاً بقاعدة جواز تخصيص القضاء فقد نص في الفقرة السابعة من المادة على عدم سماع الدعوى بالنفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

• وعلى ذلك فإذا أودعت الزوجة صحيفة دعواها للمطالبة بالنفقة في أول أكتوبر سنة 2000 على سبيل المثال وادعت امتناع الزوج عن الإنفاق عليها إعتباراً من أكتوبر سنة 1995 وأقامت الدليل على ذلك قضت لها المحكمة بنفقة زوجية عن مدة تبدأ من أكتوبر سنة 1999 وعدم سماع الدعوى عن المدة من أكتوبر سنة 1995 حتى سبتمبر سنة 1999.

• والحكم الصادر بعدم سماع الدعوى تكون حجيته قاصرة على المدعى وموقوتة بخلوها من مسوغ السماع¹.

• والدفع بعدم سماع الدعوى من الدفع الموضوعية والمتعلقة بالنظام العام يتعين على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

• والسنة المقصودة هنا هي السنة الهجرية وليست السنة الميلادية لأن هذا النص لا ينصرف إليه حكم المادة 23 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل ولا نص المادة الأولى للقانون رقم 1 لسنة 2000 .

• ولقد ثار الخلاف بخصوص نص الفقرة السادسة من المادة الأولى – من حيث ما إذا كان ينصرف إلى النفقة المفروضة اتفاقاً أو قضاءً أو تلك التي لم تفرض بعد فذهب البعض إلى أن النهى الوارد بالمادة يشمل الحاليتين² بينما ذهب رأى آخر إلى أن النهى ينصب على تلك التي لم تفرض رضاء أو قضاءً حيث أنه إذا كانت النفقة المتفق عليها ثابتة بورقة عرفية جاز المطالبة بها لمدة ماضية أكثر من سنة³.

• ونحن وإن كنا نتفق مع هذا الرأي الأخير فيما يتعلق بالنفقة المفروضة قضاءً مع تسليمنا بالقاعدة القائلة أن المفروض رضاءً كالمفروض قضاءً إلا أننا نختلف معه فيما يتعلق بالنفقة المفروضة رضاءً إذ لا يسوغ تمكين الزوجة من النكاح بالزوج بطريق إهمال المطالبة بالنفقة المتفق عليها رضاءً لعدد قد يطول من السنين ثم مباغتته بالمطالبة بالمتجمد دفعة واحدة إضراراً به وخاصة أن القاعدة الشرعية أن دفع الضرر أولى من جلب المنفعة وهو ما حدا بالمشرع إلى النص في المذكرة الإيضاحية على أن

¹ نقض أحوال جلسة 1959/3/5 – ص 119 – س 10 .

² محمد موسى – في أحكام الأحوال الشخصية – ج 2 – ص 300 .

³ كمال البنا في مرافعات الأحوال الشخصية – ط 1987 – ص 45 .

الحكمة من تقرير مبدأ عدم السماع أن صاحب الحق لن يضار بهذا الحكم خاصة أنه ليس هناك ما يمنعه من المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضي عليه سنة فأكثر ولأن في إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال المطالبة بسنين عديدة وخاصة أن العمل قد أبان استخدام هذه الدعوى كسلاح لإرهاق الأزواج وإلحاق الضرر بهم وهو ما يتكرر حدوثه من تجزئة متجمد النفقة في دعاوى الحبس للحصول على تكراره ، وعلى ذلك فإننا مع الرأي القائل بأنه إذا كانت النفقة المطلوبة متفق عليها بورقة عرفية فلا يجوز المطالبة بالمتفق عليه لمدة تزيد على سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

• ويشترط المشرع أن تكون السنة المطالب بالنفقة عنها سابقة مباشرة على تاريخ رفع الدعوى ، وعلى ذلك فلا يجوز للزوجة المطالبة بالنفقة عن مدة سنة سابقة على رفع الدعوى طالما أنها لم ترفع دعاوها في اليوم الأخير من تلك السنة التي تطالب بالنفقة عنها ومثال ذلك إذا أقامت الزوجة الدعوى في 2000/5/1 تطالب بنفقة زوجية عن المدة من 1995/3/1 حتى 1996/2/29 كانت هذه الدعوى غير مسموعة طالما أنها أقيمت بعد 1996/2/29 وهكذا .

• وللزوج أن يقيم الدعوى بطلب إجراء المقاصة بين ما حكم به عليه كنفقة زوجية وبين دين ثابت له قانوناً على الزوجة ، إلا أن المحكمة في قضائها بالمقاصة يتعين عليها إلا تحكم بما يستغرق مبلغ النفقة المقضى به للزوجة كله أو أغلبه وإنما يكون ذلك في حدود ما يتبقى معه للزوجة من النفقة ما يفي بحاجتها الضرورية مثل المأكل والملبس والسكن ، كما أن للزوج أيضاً أن يطلب بطريق الدفع في دعوى النفقة أو بدعوى جديدة إجراء هذه المقاصة فيما بين ما تكون الزوجة قد حصلت عليه منه من نفقة بمقتضى حكم النفقة المؤقتة - أن كان - وما قضى به عليه كنفقة نهائية إذا كان القضاء الأخير قد جاء بأقل من القضاء الوقتي في المقدار بمراعاة إلا تزيد المقاصة على ما يفي بحاجة الزوجة الضرورية أيضاً طبقاً للنص¹ .

• ويجوز للزوجة اقتراض النفقة المحكوم بها ضد الزوج من الغير ويكون للغير الحق في الرجوع بالدين على الزوج مباشرة طالما كانت المحكمة قد أذنت في الحكم للزوجة باستدانة النفقة، ولا يجوز التصريح بالاستدانة في الحكم إلا إذا طلبته الزوجة صراحة في الدعوى ، ومن فوائد التصريح بالاستدانة أنه إذا توفى الزوج

¹ راجع التعليق على المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل

مادة (1)

أصبحت النفقة ديناً للزوجة في تركة الزوج¹ ويشترط لإجابة طلب التصريح بالاستدانة أن يكون للزوجة مصلحة فيه .

• وكما تكون الاستدانة بقضاء القاضى فإنها تجوز باتفاق الطرفين وتسرى عليها ذات الأحكام .

• والحكم الصادر بنفقة الزوجة يكون مشمولاً بطبيعته بالنفاذ المعجل ولا يترتب على الطعن عليه بطرق الطعن إيقاف التنفيذ (المادة 65 من القانون رقم 1 لسنة 2000) .

• إلا أن المقرر شرعاً أن للمحكوم لها بالنفقة أن تتنازل عن الحكم الصادر لها بها حيث يسقط حقها فيما قضى لها به إعتباراً من تاريخ التنازل إلا أن هذا التنازل لا يحول دون المتنازلة ومعاودة المطالبة بالنفقة عن المدة التالية للتنازل².

• ورغم نفاذ أحكام النفقات نفاذاً فورياً عقب صدورها واستيفاء إجراءات إعلانها أن كانت غيابية , إلا أن ذلك لا يحول دون المحكوم ضده أو المحكوم له بغير جميع طلباته والطعن على الحكم بطرق الطعن المقررة , فللمحكوم ضده أو بغير جميع طلباته الطعن على الحكم الصادر بالنفقة بطريق الاستئناف عملاً بالمادة 56 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وهذا الطريق الأخير هو آخر المطاف بالنسبة لحكم النفقة باعتباره حكماً لا يجوز الطعن عليه – كقاعدة عامة – بطريق النقض.

• ورغم أن القاعدة العامة المعمول بها في نطاق نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية تقتضى وقف تنفيذ الحكم المستشكل في تنفيذه إذا تحققت شروط إعمال المواد المذكورة إلا أن المشرع خرج على تلك القواعد بمقتضى المادة 87 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بالنص على عدم جواز وقف إجراءات التنفيذ رغم الاستشكال في أحكام النفقات خروجاً على القاعدة العامة المقررة في إطار قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد 312 وما بعدها من حيث قدرة الإشكال الأول على وقف التنفيذ وعلى ذلك فإن قيام المحكوم ضده برفع استشكال في حكم صادر بنفقة زوجيه أو أولاد أو والدين أو أقارب ترتب عليه وقف تنفيذه كما هو متبع بالنسبة لأثر الاستشكالات في مجال المنازعات المدنية.

¹ محمد قدرى باشا – الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية – ص 61 .
² حكم محكمة السيدة زينب الشرعية في القضية رقم 206 لسنة 1931 - جلسة 1931/12/27 منشور بمجلة المحاماة الشرعية ج 5 - ص 359 وحكم محكمة بنى سويف الشرعية في القضية رقم 343 لسنة 1936 - جلسة 1937/8/15 - مجلة المحاماة الشرعية العدد 9 - ص 730 .

• وقد أعطى المشرع بمقتضى القانون رقم 91 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية المحكوم له بالنفقة (نفقة زوجة أو عدة أو أقارب (الأجور وما فى حكمها كمصروفات العلاج والتعليم... إلخ) الحق فى أن يقيم الدعوى ضد الصادر ضده الحكم بطلب حبسه (وهو الزوج أو القريب فى هذا المقام) لامتناعه عن الوفاء بما قضى به ضده من نفقة إذ تنص المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والمعدل بالقانون رقم 91 لسنة 2000 على أنه "إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقة والأجور وما فى حكمها جاز للمحكوم له اللجوء إلى المحكمة التى أصدرت الحكم أو التى يجرى التنفيذ بدانئرتها" ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به ولم يمثل حكمة المحكمة بحبسه مدة لا تزيد على 30 يوماً ، فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً يقبله الصادر لمصلحته الحكم فلا تنفذ العقوبة وذلك دون إخلال بحق المحكوم له فى التنفيذ بالطرق العادية¹ ولا يجوز فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة السير فى الإجراءات

¹ وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسته 1974/6/29 فى الطعن رقم 1 لسنة 5 قضائية بدستورية المادة 347 من اللائحة الشرعية والتى أعاد المشرع إصدارها بمقتضى القانون رقم 91 لسنة 2000 مع تعديل يسير فى الصياغة وفيه قالت المحكمة "..... هذا النص مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية التى توجب على المدين الوفاء بديونه من تلقاء نفسه إبراء لذمته فإن امتنع عن ذلك رغم قدرته على الوفاء يكون ظالماً ويجوز زجره وردعه عن التماذى فى ظلمه ، وقد شرعت لذلك وسائل تكفل للدائنين الحفاظ على حقوقهم ولو بطريق الإكراه وذلك بالتضييق على المدين بالحبس أو بالملازمة أو بالحجز لمنعه عن التصرف فى ماله وبيع جبراً عليه لسداد ديونه ، ولا تبرأ ذمة المدين من الدين إلا بالوفاء أو ما يقوم مقامه. وفى خصوص شرعية الحبس كوسيلة = لإجبار المدين على الوفاء بالدين فالرأى المتفق عليه بين أئمة المسلمين هو جواز حبس المدين المؤسر الممتنع من أداء الحق إلى مستحقه حملاً له على أدائه ولهم فى ذلك أدلة من السنة والإجماع إذ جاء فى الحديث الشريف " لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته " واللى المطل والواجد الغنى وإحلال العرض هو إغلاظ القول للمدين وشكايته. وروى عن الخليفة عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وكثير من الصحابة والتابعين وقضاة المسلمين أنهم كانوا يحبسون المدينين المماطلين وقد كانت هذه المبادئ معمولاً بها فى مصر فى الديون كافة قبل سن القوانين الحديثة فنص البند رقم 50 من لائحة 17 يونيو سنة 1880 وهى أول تشريع منظم للمحاكم الشرعية على ما يلى : "حيث أن الأحكام الشرعية تقتضى فى بعض الأحيان سجن بعض أشخاص على حقوق شرعية بحسب ما تقتضيه الأصول المرعية شرعاً فتلزم أنه إذا وجد رئيس المحكمة من يقتضى سجنه بحسب الكيفيات المعلومة شرعاً أن يجرى سجن من ذكر بسجنها المختص بها بموافقة الشرع وإن لم يتيسر ذلك فترسل من يقتضى سجنه إلى محل الإدارة القريب منها ليسجن بالسجن الموجود بشرط أن يكون سجنه وإطلاقه تحت إذن الحاكم الشرعى الموجود بتلك المحكمة إجراء للأحكام الشرعية مجراها وإيصالا للحقوق المستحقة فى أوقاتها " . وقد ظل هذا النص معمولاً به حتى صدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالقانون رقم 31 لسنة 1910 وقصرت الحبس على ديون النفقة وما فى حكمها فنصت فى المادة 343 على أنه " إذا امتنع المحكوم عليه عن =تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجره الحضانة أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدانئرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وامرته ولم يمثل حكمة بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية " وقد رددت المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون رقم 78 لسنة 1931 والتى تقدم ذكرها نص المادة 343 من اللائحة الصادرة بالقانون رقم 31 لسنة 1910 مع تعديل يسير لم يجاوز تخويل

المحكمة التي أصدرت الحكم ذات الاختصاص المخول للمحكمة الجزئية التي يقع بدانرتها محل التنفيذ وهو الحكم بحبس المحكوم عليه الممتنع من تنفيذ الحكم رغم قدرته على ذلك . وحاصل ما تقدم أن المشرع إنما قنن في النص المطعون فيه والنصوص السابقة عليه حكما من الأحكام المتفق عليها في الشريعة الإسلامية كما نص في أكثر مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها القانون العام المنظم لهذه المسائل وقد حرص الدستور على النص في مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع تقريراً للأمر الواقع الذي جرى عليه العمل حتى في عهد الدساتير السابقة التي أغفلت النص على ذلك ، وهكذا جاء النص المطعون فيه متفقاً مع الدستور .

ومن حيث أن المشرع لم يقف في إقرار الإكراه البدني كوسيلة لاستيفاء الديون عند حد ديون النفقة وما في حكمها المبنية في النص المطعون فيه بل تجاوزها إلى غيرها من الديون التي تقتضى طبيعتها وتبرر هذه الوسيلة فخصص المشرع في قانون الإجراءات الجنائية باباً مستقلاً للإكراه البدني (المواد من 511 إلى 523) وقد أجازت المادة 511 تحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة بطريق الإكراه البدني ويكون الإكراه بالحبس البسيط وتشمل هذه المبالغ فضلاً عن الغرامات ما يجب رده والتعويضات والمصروفات كما أجازت المادة 519 لمحكمة الجناح التي يقيم بدانرتها المحكوم عليه بتعويضات لغير الحكومة أن تحكم عليه = بالإكراه البدني إذا امتنع عن تنفيذ الحكم رغم قدرته على ذلك ولا تزيد مدته عن ثلاثة أشهر ولا يخصم شيء من التعويض نظير الإكراه في هذه الحالة وفضلاً عن ذلك فقد استحدث المشرع في قانون العقوبات نصاً في المادة 293 يقضى بأن " كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانه أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين - ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن - وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجدد في ذمته أو قدم = كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة " وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذه المادة عند إضافتها إلى قانون العقوبات، أنها مادة جديدة أضيفت للمعاقبة على جريمة هجر العائلة التي تعاقب عليها القوانين الحديثة ، وظاهر من هذا النص أن المشرع يستهدف حمل المحكوم عليه على الوفاء بما حكم به بحيث إذا قام بذلك أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة .

ومن حيث أن المادة 41 من الدستور تنص على أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد وتفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر يستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لإحكام القانون وهذا النص لا يعنى أن الحرية الشخصية حق مطلق لا ترد عليه القيود ذلك أن الإنسان لم يعرف هذه الحرية المطلقة إلا عندما كان يعيش فرداً في العصور الأولى فلما اقتضت ضرورات الحياة أن ينتظم في سلك الجماعة أصبح كائناً اجتماعياً لا يستطيع العيش فرداً وقد اقتضاه ذلك أن يلتزم في تصرفاته وأفعاله وأقواله الأصول والقواعد التي تتوضع عليها الجماعة ومن شأن هذه القواعد وتلك الأصول أن تحد من حريته فتحول دون اعتدائه على غيره من أعضاء المجتمع حتى يستطيع التمتع بمثل ما يتمتع به . والقانون هو الوسيلة الوحيدة لوضع هذه الحدود ، وقد قامت تشريعات العقاب على هذا الأساس لأنها تؤتم صورا من العدوان على الغير حفظاً لأمن الجماعة ونظام المجتمع ولو أن الحرية أطلقت دون قيد لسادت الفوضى وأختل الأمن والنظام وارتد المجتمع إلى عهود الغابة . يؤيد هذا النظر أن المشرع الدستوري إذ يقرر الضمانات التي يجب مراعاتها عند القبض على الأفراد وحبسهم وإذ يوجب إشراف القضاء والنيابة على إجراءات القبض والحبس وضرورة استصدار أمر القبض والحبس وغيرهما من الإجراءات المقيدة للحرية من القاضي المختص أو النيابة العامة وفقاً لإحكام القانون فإنه يقر تقييد حرية الأفراد إذا اقترفوا ما يقتضى ذلك من الجرائم ومخالفة القانون ، كما يقر بأن الحرية الشخصية التي أحاطها بسياج من القداسة في صدر النص ليست حرية مطلقة تمتنع على القيود والحدود إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض هذه الحدود والقيود .

ومن حيث أن السبب الثاني من أسباب الطعن المبني على أن النص المطعون فيه يخل بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 40 من الدستور مردود بأن المساواة إنما تتحقق بتوافر شرطي العموم والتجريد في التشريعات فهي ليست مساواة حسابية، ذلك لأن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب أعمال المساواة بينهم لتمامها = ظروفهم ومراكزهم القانونية وإذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط في البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم .

ومن حيث أنه أياً كان وجه الرأي فيما ساقه المدعى بشأن وقف تنفيذ أحكام الطاعة بطريق القهر تنفيذاً لقرار صدر من وزير العدل على خلاف ما تقضى به المادة 345 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية

المنصوص عليها في المادة (293) من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفذ

الصادرة بقانون وانحسار تطبيق النص المطعون فيه إذا كان أحد الطرفين المتنازعين أجنبياً وذلك تأييداً لوجهة نظره في إخلال النص المطعون فيه بمبدأ المساواة فإن النعي بذلك على النص المطعون فيه يكون غير سديد لاختلاف المراكز القانونية للمحكوم عليهم بدين النفقة وما في حكمها عنها بالنسبة إلى الزوجات المحكوم عليهن بالطاعة لزوجهن والأزواج الأجانب . ومن حيث أنه بالنسبة إلى السبب الثالث من أسباب الطعن وهو مخالفة النص المطعون فيه للمادة 68 من الدستور فيما تقرره من حق كل مواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي فإنه مردود بأن النص المطعون فيه إذا سنده إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو المحكمة التي بدانرتها محل التنفيذ اختصاص الحكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها إذا امتنع من تنفيذ الحكم رغم قدرته على ذلك فإنه يسنده إلى كليهما تيسيراً على المحكوم له ، ذلك لأن إسناد هذا الاختصاص إلى المحكمة الأولى أعمال لقاعدة عامة تقضي باختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم بالإشراف على تنفيذه وبالفصل فيما ينشأ عنه من مشكلات هي أقدر على الفصل فيها من سواها لإحاطتها بموضوع المنازعة التي فصلت فيها كما أن جمع عناصر الخصومة أمام محكمة واحدة يؤدي إلى قصد في الوقت والإجراءات .

أما المحكمة التي يتبعها محل التنفيذ فمرد اختصاصها إلى تجنب المحكوم له مشقة الانتقال إلى مقر المحكمة التي أصدرت الحكم إذا كان محل التنفيذ خارج دائرتها مما يكفل السرعة في تنفيذ الحكم . ولقد حرص المشرع على التيسير على مدعي النفقة منذ المرحلة الأولى للدعوى فجعل له الخيار في رفع الدعوى إما إلى المحكمة التي يقع بدانرتها موطن المدعى عليه عملاً بالقاعدة العامة أو موطن المدعى وفقاً لما تقتضيه مصلحته (المادة 57) . =

= ومن حيث أن الحكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها ليس عقوبة جنائية بمفهومها الفني الدقيق بل هو وسيلة إرغام وإكراه للمحكوم عليه كي يؤدي ما عليه متى كان قادراً على ذلك وامتنع عنتاً وظلماً وقد أسنده المشرع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالنفقة وما في حكمها والمحكمة التي يقع بدانرتها محل التنفيذ للأسباب الجديدة المتقدم ذكرها فكلتاها قاض طبيعي لدعوى الحبس حملاً للمحكوم عليه بدين النفقة وما في حكمها على الوفاء به .

ومن حيث أنه بالنسبة إلى السبب الرابع من أسباب الطعن المبني على مخالفة النص المطعون فيه لمبدأ التضامن الاجتماعي المقرر في المادة السابعة من الدستور = فضلاً عن إخلاله بتقاليد الأسرة التي كفلتها المادة التاسعة من الدستور فإنه مردود بأن المشرع إذ شرع وسيلة الحبس لحمل المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها على الوفاء بها متى كان قادراً على ذلك وامتنع عنتاً وظلماً بغير حق وهي ديون ممتازة ذات طبع حيوي مقدمة على غيرها بل هي قوام الحياة في كل أسرة يقوم بها أودها غذاء وكساء وسكنها ومن ثم يكون التخلف عن أدائها ضاراً أبلغ الضرر بالأسرة موهناً روابط التضامن والمودة بين أعضائها ويكون إكراه المسنول عن النفقة وما في حكمها على الوفاء بها بوسيلة الحبس وضعاً للأمور في نصابها الصحيح برد المحكوم عليه المتعنت عن ظلمه = وعنته فيجل الوفاء والوفاء بين أعضاء الأسرة محل الشقاق والبغضاء وعلى مقتضى ذلك يكون هدف النص المطعون فيه عكس ما ينهيه عليه المدعى دعم التضامن الاجتماعي وتوثيق القيم والتقاليد الرشيدة وإرساء الأواصر بين أعضاء الأسرة على دعائم وطيدة من المودة والرحمة .

ومن حيث أنه بالنسبة إلى السبب الخامس من أسباب الطعن المبني على قيام ازدواج بين المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة 293 من قانون العقوبات فإن هذا السبب أن صح فإنه يعيب التشريع ولكنه لا يصلح سبباً للطعن بعدم الدستورية ، ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تقوم على مخالفة القانون أو اللائحة للدستور والمناطق في تقرير دستورية التشريع أو عدم دستورية هو باتفاقه أو مخالفته لأحكام الدستور . على أن المشرع لم يغفل هذا الأمر إذ عمل على التنسيق بين النص المطعون فيه والمادة 293 من قانون العقوبات عند التطبيق فأصدر في 11 من أكتوبر سنة 1937 المرسوم بقانون رقم 92 لسنة 1937 الخاص بالإجراءات التي تتخذ وفقاً للمادة 293 من قانون العقوبات ونص في المادة الأولى منه على أنه "لا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة 293 من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له بالنفقة أو بأجر الحضانة أو الرضاعة أو المسكن قد استنفذ الإجراءات المشار إليها في المادة 347 المذكورة . كما نص في المادة الثانية على أنه "إذا نفذ الإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم = المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ثم حكم عليه بسبب الواقعة نفسها بعقوبة الحبس تطبيقاً للمادة 293 من قانون العقوبات استنزلت مدة الإكراه البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم به فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش من كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق نفاذه فيه .

مادة (1)

الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى ، وإذا نفذ بالإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ثم حكم عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة (293) من قانون العقوبات استتزلت مدة الإكراه البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم بها ، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهاً عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق إنفاذه عليه" .

• والسند الشرعي لهذا النص هو قوله (p) "الى الواجد ظلم يحل عرضه وشكايته" أى أن إمساك وشح من بيده المال عن الإنفاق رغم يساره ظلم منه لمستحق النفقة يبيح زجره وعرض أمره على القاضي وشكايته له.

• ولا غرو في أن نطاق تطبيق نص المادة 76 مكرر سالف الذكر من حيث الأشخاص يقتصر على صدور الحكم بالفرض على الملتزم به أى ضده وفي أمواله الخاصة حيث استخدم النص عبارة "إذا امتنع المحكوم عليه" وعلى ذلك فإنه لا يجوز صدور الحكم بالحبس ضد عديم الأهلية فإذا صدر الحكم بفرض نفقة أو ما شابه في أموال القاصر وامتنع ولي المال أو الوصى عليه أو القيم عن أداء ما قضى به الحكم الصادر بالفرض – فإننا نرى - أنه لا يجوز الحكم ضده بالحبس للامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر بالفرض وذلك لكون الحكم المذكور لم يصدر ضد ولي المال شخصياً أى بعبارة النص فإن الحكم لا يعد قد صدر على المحكوم عليه بالفرض وإنما هو فقط صدر في مواجهته باعتباره أمين على أموال القاصر والمشراف عليه والمتولى فقط لإدارته , حيث يكون لمحكمة الأسرة دائرة الولاية على المال إذا ما امتنع عن تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة عقابه بالأساليب المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 كالعزل أو الوقف أو الحد من صلاحياته وهكذا دون جواز حبسه بالتطبيق لحكم المادة 76 مكرر سالف الذكر , وذلك إلا إذا ثبت لمحكمة الحبس أن تحت يد ولي المال أموال للخاضع للولاية يمكن دفع المطلوب منه فوراً في الحال بعد التحرى عن ذلك بكافة الطرق .

• والمحكمة المختصة نوعياً بنظر دعوى الحبس هي محكمة الأسرة¹ إعمالاً لحكم المادة الثالثة من قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 .

• ويشترط للقضاء بالحبس وفق حكم المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 ستة شروط :

¹ راجع المادة 3 من قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 .

(1) أن يكون الفرض قد تقرر بحكم قضائي بالمعنى الاصطلاحي للحكم القضائي، أى أن يكون صادراً فى منازعة حول الفرض تولى القاضى سلطة الفصل فيها بمقتضى وظيفته القضائية وليس بصفته الولائية أو الإدارية ، وعلى ذلك فلا يعد الحكم الصادر بإلحاق ما اتفق عليه الخصوم شفاهة أو كتابةً بمحضر الجلسة واثبات محتواه فيه واعتباره فى قوة السند التنفيذى حكماً قضائياً فى مفهوم المادة 76 مكرر يتوافر به الشرط الأول من شروط الحكم بالحبس¹، كما لا يعد محضر الصلح التى أوجبت المادة الثامنة من قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 إلحاقه بمحضر الجلسة المتضمن ما يتصلح عليه الخصوم به وجعله فى قوة السند التنفيذى مما يتوافر به الشرط الأول من شروط الحكم بالحبس باعتبار أن النصوص الجزائية المقيدة للحريات مما لا يجوز التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها طبقاً للقواعد العامة².

(2) أن يكون الحكم صادر فى مادة من مواد النفقات (نفقة الزوجية أو العدة أو نفقة الصغير أو نفقة أقارب) أو بتقرير أجر حضانة أو رضاعة أو نفقات تعليم أو علاج أو أجر خادم وهكذا ، إلا أنه يخرج عن هذا المفهوم الأحكام الصادرة بالمتعة فلا يجوز حبس الممتنع عن سدادها.

(3) أن يكون الحكم الصادر نهائياً (أى استئنافياً أو انتهت مواعيد استئنافه ، بعد إعلانه إذا كان قد صدر فى غيبة الخصم) أو سبق الطعن عليه بالاستئناف الذى تخلف المستأنف فيه (المدعى عليه فى دعوة الحبس) عن الحضور إذ يعتبر الاستئناف فى هذه الحالة كأن لم يكن بقوه القانون وتزول صحيفة الاستئناف ويضحى الحكم المستأنف الصادر بالفرض نهائياً وذلك كله اعملاً لصريح نص المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 ، ويتعين الإشارة إلى وجوب قيام المدعية بتقديم الصورة التنفيذية للحكم الصادر بالفرض إذ لا يغنى عن ذلك تقديم صورة رسمية طبق الأصل³.

¹ حيث استخدمت المادة 76 مكرر عبارة "المحكوم عليه" وعبارة "الحكم النهائى الصادر فى دعاوى" بما مؤداه وجوب أن يكون الملزم بالفرض محكوماً عليه وليس مجرد متصالحاً أو متفقاً وأن يكون السند فى الحبس هو حكم نهائى صادراً فى دعوى

² راجع فى طبيعته عمل القاضى والتفرقة بين العمل القضائى والولائى والإدارى - أمينة النمر فى قوانين المرافعات - ط 1989 - ج 1 - ص 373 وراجع أيضاً بقض الطعن رقم 1694 لسنة 49 ق - جلسة 1985 / 4 / 28 - ص 668 و الطعن رقم 1233 لسنة 56 ق والطعن رقم 1810 لسنة 50 ق - جلسة 1984/5/9 والطعن رقم 337 لسنة 55 ق - جلسة 1991/2/28 .

³ الصورة التنفيذية للحكم هى التى تزيل بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة 280 مرافعات وراجع أيضاً المادة 68 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وراجع أيضاً المواد 181 و 182 و 183 من قانون المرافعات

مادة (1)

(4) أن يمتنع المحكوم ضده عن تنفيذ الحكم ، ويعد امتناع المحكوم ضده عن سداد المقضى به بعد ثبوت إعلانه بالحكم النهائي طبقاً لقواعد إعلان الأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية¹ قرينه على الامتناع عن التنفيذ .

(5) أن تثبت المدعية أن المدعى عليه (المحكوم ضده) قادراً على سداد ما حكم به عليه ، ولها أن تثبت ذلك بكافة طرق الإثبات ويقبل فى ذلك التحريات الإدارية والبينة الشرعية من رجلين أو رجل وامرأتين .

• كما يتعين الإشارة إلى أنه يجب على المحكمة التى تنظر دعوى الحبس اتخاذ إجراءات مستقلة غير تلك التى اتخذت فى دعوى النفقة لإثبات ونفى قدرة الزوج أو المحكوم ضده على وجه العموم عن الوفاء بالمحكوم به ، وذلك لاستقلال كل من الدعويين عن الأخرى وباعتبار أن يسار المحكوم ضده مما يتغير .

• وقد نصت المادة (23) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أنه "إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديد وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد ، وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق فى هذا الشأن ،... ويجب على النيابة العامة أن تنهى التحقيق وترسله مشفوعاً بذاكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لا يتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها ويتعين الإشارة إلى أن تكليف المحكمة للنيابة العامة بإجراء تحقيق دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة رهن بتوافر شرطين :

الأول : إلا يكون فى الأوراق ما يكفى لتحديد .

وثانيهما : أن يكون ما توافر بالأوراق من أدلة على دخل المطلوب الحكم عليه محل منازعة جدية .

فإذا تخلف أى من الشرطين أو كانت المنازعة غير جدية أرتفع عن المحكمة الالتزام بتكليف النيابة العامة بالتحقيق .

• وقد تضمن نص المادة (23) من القانون رقم 1 لسنة 2000 فى الفقرة الرابعة منها النص على عدم جواز استخدام ما تسفر عنه تحقيقات النيابة بهذا

¹ تجرى قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية فى المادة (213) مرافعات على أن إعلان الحكم يجب أن يتم لشخص المعلن إليه أو فى موطنه (راجع فى ذلك محمد كمال عبد العزيز فى التعليق على قانون المرافعات - ط 1995 - ص 1307 وراجع أيضاً الفقرة التاسعة من المادة (13) مرافعات .

الخصوص فى دعوى أخرى غير التى أجريت التحقيقات بسببها¹. أما إذا توافر الشرطان مجتمعان التزمت المحكمة بتكليف النيابة العامة بتحقيق دخل المطلوب الحكم عليه فإن هى لم تفعل أضحي الحكم باطلاً لصراحة النص بتصدير صيغة الوجوب فيه .

• ويتعين أن تباشر النيابة العامة بنفسها تحقيق دخل المطلوب الحكم عليه فلا يجوز لها تكليف جهة الإدارة (المباحث أو شيخ الحارة) بتحقيق ذلك الدخل إلا أن ذلك لا يحول دون النيابة والاستعانة بالمعلومات المتوافرة لدى جهة الإدارة عن طريق سؤال المعنيين بذلك التحقيق الذى تجريه بهذا الخصوص ، وهذا هو ما يتفق وقصد المشرع من نقل مسئولية التحرى عن دخل المطلوب الحكم عليه من جهة الإدارة إلى النيابة العامة وفق ما كان يجرى عليه الحال إبان تطبيق نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية رقم 78 لسنة 1931 الملغاة بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث لوحظ أن النظام السابق كان ينطوى على ثغرات عديدة دعت المشرع إلى ضرورة تلأفيها بإسناد هذه المهمة إلى النيابة العامة².

• ويجوز أن يتولى تحقيق دخل المطلوب الحكم عليه أى من أعضاء النيابة العامة فلا يشترط درجة وظيفية معينة فيمن يتولى ذلك التحقيق إلا أنه لا يجوز انتداب جاويز الاستيفاء لإجرائه وهو ما يرمز إليه بالحروف "ج.أ" باعتباره ممن يتبعون جهات الإدارة (الشرطة) بصفة مباشرة .

• وقد أوجب نص المادة 23 سالفه الذكر على كافة الجهات الحكومية وغير الحكومية إفادة النيابة العامة التى لها الاستعلام من تلك الجهات – بما تحت يدها من معلومات عن دخل المطلوب الحكم عليه طالما كانت تلك المعلومات منتجة فى تحديد دخل المدعى عليه ، وعلى ذلك فإن لم تكن تلك المعلومات مفيدة أو منتجة فى ذلك التحديد كان للجهات المطلوب منها الامتناع عن إفادة النيابة العامة بها ، إلا أن المرجع فى تحديد ما إذا كانت المعلومات المتوافرة لدى الجهات المعنية منتجة من عدمه هو النيابة العامة ذاتها المنوط بها إجراء التحقيق .

• وقد أوجب نص المادة 23 المطروحة على النيابة العامة أن تنهى تحقيق دخل المطلوب الحكم ضده بالنفقة خلال مدة حددها بما لا يجاوز ثلاثين يوماً تحتسب من

¹ راجع المادة 23 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية

² المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 1 لسنة 2000 .

مادة (1)

تاريخ وصول إخطار المحكمة للنيابة بذلك وليس من تاريخ صدور قرار المحكمة بتكليف النيابة بالتحري عن دخل المدعى عليه ، وغنى عن البيان أن مدة الثلاثين يوماً رغم وجوبها إلا أنها تعد من المواعيد التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها سوى مؤاخذة عضو النيابة المنوط به التحقيق أن كان لذلك وجه.

• وقد حرص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 23 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على النص على مراعاة أحكام نصوص قانون سرية حسابات البنوك رقم 205 لسنة 1990 عند تحقيق دخل المطلوب الحكم ضده فأوجب في حالة الحاجة إلى الوقوف على أرصدة المطلوب الحكم ضده لدى البنوك اتباع أحكام ذلك القانون فلا يجوز للنيابة العامة الاستعلام عن أرصدة المحكوم ضده لدى البنوك ولا تدخل البنوك بالتالي في مفهوم الجهات الحكومية أو الغير حكومية التي أوجب عليها نص المادة 23 إفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات ولا يكون معه من ثم أمام المدعى في الدعوى سوى أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر دعوى الحبس سوى إصدار حكم قضائي بالاستعلام عن أرصدة البنوك على النحو السابق تناوله سلفاً.

(6) أن تأمر المحكمة الزوج أو الملزم بالنفقة بالوفاء ويمتنع إذا كان حاضراً، وعليها إعلانه بالأمر بالسداد أن كان غائب على أن يتضمن الإعلان ثبوت قدرة المدعى عليه على الأداء وضرب أجل له للسداد هو الجلسة التالية وتكون صيغة الأمر بقرار يصدر من المحكمة وليس بحكم منها ويثبت في محضر الجلسة بالصيغة الآتية : "الثبوت قدرة المدعى عليه على دفع مبلغ مليم جنيه ، محل التداعى أمرته المحكمة بسداده والتأجيل لجلسة / / لإعلانه بأمر الدفع" وذلك إذا كان المدعى عليه غائبا ، أما إذا حضر بالجلسة صدر الأمر في مواجهته دون حاجة إلى إعلان.

• ولا يجوز أن يختلط مفهوم أمر الدفع في هذا المقام وأمر الأداء الوارد تنظيمه في المواد من 201 وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتجارية لاختلاف طبيعة كل منهما عن الآخر والأحكام المتعلقة بهما والأثر المترتب على كل منهما .

• ولا يغنى عن الأمر بالأداء أن يكون حكم النفقة مأموراً فيه بالأداء كما لا يغنى عنه أن يكون المدعى عليه قد أقر بالدين .

• ومتى صدر الأمر بالدفع فلا يجوز للمحكمة العدول عنه أو المناقشة فيه.

• ولا يشترط أن يكون أمر الدفع مسبباً .

• فإذا توافرت الشروط والإجراءات السابقة حكمت المحكمة بحبس المحكوم ضده بالنفقة مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً¹ تحتسب من تاريخ إلقاء القبض عليه إلا أن للمحكمة أن تحكم بأقل من تلك المدة وتقضى بالحبس لمدة أقصر².

• ويتعين الإشارة هنا إلى مشكلة عملية تطرح نفسها في العمل كثيراً وهي أن يعرض الملتزم بالنفقة سداد جزء من المستحق ويطلب إمهاله لسداد الباقي فتقبل الزوجة ذلك ويتكرر من الزوج سداد أجزاء من المستحق فإذا تخلف عن سداد أحد الأقساط كان للمحكمة إمهاله ثم القضاء بحبسه نظير امتناعه عن سداد الباقي على أن يستنزل من منطوق الحكم ما تم سداؤه بالفعل من المبلغ المحكوم به , وقد ترفض الزوجة الاستمرار في قبول السداد على أقساط رغم سبق موافقتها وتقاضيتها لبعض الأقساط وتطلب حبس الزوج في باقى المستحق لها ونحن نرى أنه في هذه الحالة يكون للمحكمة رفض دعوى الحبس وذلك لتخلف الشرط الثالث من شروطها حيث لا يكون الزوج قد امتنع عن الوفاء فضلاً عن أن في سداؤه ما يدل على عدم مطلة الأمر الذى لا يحل معه شكايته إلا أن ذلك أيضاً لا يسقط حق المدعية في طلب حبس الزوج إذا ظهر للمحكمة مطله في سداد الباقي .

• كما يتعين الحكم برفض الدعوى أيضاً إذا قدم المدعى عليه إلى قاضى الحبس حكماً نهائياً بإثبات نشوز الزوجة المدعية ووقف نفقتها خلال المدة محل دعوى الحبس أى خلال المدة التى أقيمت دعوى الحبس بسبب امتناع المدعى عليه عن سداد المستحق عليه خلالها كنفقة للمدعية بما استوجب إقامتها للدعوى بطلب حبسه عنها وذلك لدلاله الحكم النهائى الصادر بإثبات النشوز على عدم مديونية المدعى عليه للمدعية بالمبلغ محل دعوى الحبس المطروحة حيث يعتبر الحكم الصادر بإثبات النشوز قد أزال الحجية المؤقتة للحكم الصادر بالنفقة بما تسقط معه موجبات تنفيذه .

• أما إذا دفع المحكوم عليه دعوى الحبس ببراءة ذمته من المبلغ المحكوم به وقدم دليلاً على ذلك , أوراق رسمية أو عرفية كان على المحكمة تحقيق هذا الدفع باعتباره طلباً عارضاً والفصل فيه قبل الحكم فى دعوى الحبس .

¹ الحكم رقم 59 لسنة 1984 الصادر من محكمة شبرا الجزئية للأحوال الشخصية بجلسة 1984/2/2 ، وفيه حكمت المحكمة بحبس المدعى عليه ثلاثون يوماً من تاريخ إلقاء القبض عليه لامتناعه عن دفع مبلغ خمسة عشر جنيهاً للمدعية بحيث إذا دفعه إليها أو أحضر كفيلاً ترضاه أو طلب الإفراج عنه يفرج عنه في الحال

² الحكم الصادر فى القضية رقم 117 لسنة 1974 من محكمة شبرا الجزئية للأحوال الشخصية بجلسة 1974/10/28 . وفيه " حكمت المحكمة بحبس المدعى عليه خمسة عشر يوماً لامتناعه عن أداء مبلغ أربعة جنيهاً للمدعية .

مادة (1)

• والعقوبة فى دعوى الحبس لا تتجزأ فإذا دفع المحكوم عليه بعض المبلغ المستحق فلا يترتب على ذلك إنقاص العقوبة بمقدار ما يقابله من المدة المحكوم بها ، إلا أن ذلك لا يحول دون القاضى والحكم بالحبس لمدة تقل عن مدة الثلاثين يوماً المنصوص عليها باعتبار أن المدة الواردة بالنص تمثل الحد الأقصى للعقوبة دون حدها الأدنى .

• وإذا حضر المدعى عليه كفيلاً بالجلسة التزم بالسداد استكتبت المحكمة تعهداً كتابياً يثبت بمحضر الجلسة بأنه يلتزم مع المحكوم عليه بالتضامن فى تنفيذ الحكم ودفع جميع المبالغ المحكوم بها وتقضى برفض الدعوى أو بانتهائها.

• أما إذا أثبت المحكوم ضده عدم قدرته على سداد المفروض حكمت المحكمة برفض دعوى الحبس¹.

• فإذا صدر الحكم بالحبس كان على المنوط بالتنفيذ عند القبض على المحكوم ضده أن يطلب منه أولاً دفع المبالغ المحكوم بها فإن دفعها أخلى سبيله وتسلم المبالغ إلى الطالب بإيصال يعطى للمحكوم عليه ويؤشر بذلك على الحكم الصادر بالحبس ، وإن قدم كفيلاً واعتمده الطالب أخلى سبيله أيضاً بعد أن يأخذ على الكفيل تعهد كتابى على أن يضمن المحكوم عليه بالتضامن فى الحكم الصادر عليه ودفع جميع المبالغ المحكوم بها ويصدق على الإمضاء بمعرفة المنوط بالتنفيذ ثم يسلم إلى المحكوم له .

• ويجوز الحبس حال الامتناع عن الوفاء بأى عنصر من عناصر النفقة سواء كان نفقة المأكل أو الملبس أو أى من الأجور أو المصروفات وهكذا عدا المتعة فهى تخرج عن هذا النطاق لخلو النص وكخروجها عن مفهوم النفقات أو الأجور.

• ويجوز للمدعية أن تعدل طلباتها بقصر المطالبة على مبلغ يقل عن المطلوب بصحيفة الدعوى فى حالة عجز المدعى عليه عن السداد ويتبع فى هذا الشأن القواعد الواردة بقانون المرافعات المدنية والتجارية فيما يتعلق بإعلان الطلبات المعدلة على أن يعاد أمر المدعى عليه بسداد المبلغ المعدل فى مواجهته أو بإعلانه .

• والحكم الصادر بالحبس وتنفيذه لا تبرأ به ذمة المحكوم ضده المدين فيظل للمحكوم لها بالنفقة الحق فى التنفيذ بالمبلغ المحكوم به بجميع الطرق المعتادة¹.

¹ انظر الحكم الصادر فى القضية رقم 311 لسنة 1972 ، جزئى شبرا . وفيه حكمت المحكمة برفض دعوى الحبس لما تبين للمحكمة من الأوراق عدم قدرة المدعى عليه على أداء المطلوب دفعة واحدة لأنه لا يجوز حبس غير القادر .

• ويتعين نظر دعاوى الحبس على وجه السرعة وأن تكون المسافة الزمنية بين الجلسات قصيرة نظراً للطبيعة الخاصة لتلك القضايا .

• ولما كانت دعاوى الحبس وفقاً لنموذجها المنصوص عليه في المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 – في رأينا – من دعاوى التنفيذ الموضوعية الأمر الذي نرى معه وقد استحدث قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 في المادة (15) منه نظام قاضى التنفيذ الشرعى – اعتبارها من الدعاوى التى يختص بنظرها القاضى المذكور بما يترتب عليه من تقرير جواز الطعن على الحكم الصادر فيها بالاستئناف .

• كما يجوز نظر دعوى الحبس فى سرية " غرفة مشورة" أى فى غير علانية² إعمالاً للقاعدة المتبعة فى نظر دعاوى الأحوال الشخصية³ .

• والحكم الوارد بالمادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 والمضافة بمقتضى القانون رقم 91 لسنة 2000 بخصوص الحبس فى حالة الامتناع عن سداد المقضى به كنفقات أو أجور أو ما فى حكمها يسرى على المسلمين وغير المسلمين المتحدى الطائفة أو الملة أو مختلفيها باعتباره مادة إجرائية تسرى على الكافة .

• ويتم تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة بالنحو والكيفية المنصوص عليها فى المواد من 71 وما بعدها من القانون رقم 1 لسنة 2000 تنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وذلك إما عن طريق بنك ناصر الاجتماعى أو باتخاذ إجراءات التنفيذ المنصوص عليها فى القانون المذكور أو قانون المرافعات المدنية والتجارية .

• وقد أجازت المادة 76 من القانون رقم 1 لسنة 2000 جواز الحجز على الأجور أو المرتبات أو المعاشات وما فى حكمها تنفيذاً للأحكام الصادرة بالنفقات أو الأجور على النسب التالية:

(أ) 25 % للزوجة أو المطلقة وتكون 40 % فى حالة وجود أكثر من واحدة.

¹ ويجب أن يكون منطوق حكم الحبس على النحو التالى "حكمت المحكمة بحبس المدعى عليه... مدة... من تاريخ القبض عليه جزاء امتناعه عن سداد مبلغ قيمة النفقة المقضى بها ضده فى الدعوى رقم... لسنة... شرعى – واستئنافها رقم... لسنة مستأنف بحيث أنه إذا أداه إلى المدعية أو أحضر كفيلاً ترضاه أو طلبت هى الإفراج عنه إفراج عنه فوراً مع إلزام المدعى عليه بالمصروفات و... جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة.

^{2,3} راجع المادة الخامسة من القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث اعتبر أن الأصل هو نظر الدعوى فى علانية إلا إذا رأت المحكمة انعقاد الجلسة فى سرية وذلك على عكس ما كان مقررًا قبل صدور القانون المذكور من وجوب نظر دعاوى الأحوال الشخصية ومنها دعاوى الحبس فى غرفة مشورة أى جلسة سرية .

- (د) 40 % للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .
(هـ) 50 % للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة التى يجوز الحجز عليها على 50 % تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم¹.

• تنص المادة 293 من قانون العقوبات على أنه " كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أقاربه أو أصهاره أو أجر حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن ، كما تنص المادة 293 عقوبات على أنه إذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما متجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة" .

• وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والمضافة بمقتضى القانون رقم 91 لسنة 2000 على أنه " لا يجوز فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة 293 من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفذ الإجراءات المشار إليها فى الفقرة الأولى ، وإذا نفذ الإكراه البدنى على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ثم حكم عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة 293 من قانون العقوبات إستنزلت من الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها ، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه عليه" .

• وعلى ذلك فإنه يجوز للصادر لصالحه الحكم بأحد الفروض المنصوص عليها فى المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 اللجوء إلى القضاء الجنائى للحصول على حكم جنائى ضد المحكوم ضده بالفرض وذلك وفقاً للشروط والضوابط المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة سالفه الذكر والمادة 293 من قانون العقوبات .

¹ تنص المادة 77 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أنه فى حالة التزام بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الأولاد فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ثم الديون الأخرى ، وتنص المادة 87 من ذات القانون على أنه لا يترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها فى المادة السابقة وقف إجراءات التنفيذ .

وعليه فإنه يشترط لجواز إقامة الدعوى الجنائية ضد المحكوم ضده بالفروض المنصوص عليها في المادة 76 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الأتى
أولاً : صدور حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوج (أو أولاد أو أجور أو نفقة أقارب دون غيرها من المصروفات) شريطة أن يكون حكماً منهيّاً للخصومة إعمالاً لحكم المادة (16) من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل أو بزيادة نفقة مفروضة بحكم سابق ، أما المصروفات فلا تخضع للمادة 392 لعدم النص عليها في المادة المذكورة باعتبار أنه نص جنائي لا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره .

ثانياً : أن تقدم شكوى من المحكوم لصالحه إلى النيابة العامة لتتولى تحريك الدعوى الجنائية .

ثالثاً : أن يكون المشكو ضده قد تم تنفيذ الحكم الصادر ضده بالحبس وفقاً لحكم المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

رابعاً : أن يستمر المحكوم ضده في الامتناع عن الوفاء بالمبالغ المحكوم بها عليه أو بالباقي منها مع قدرته على الدفع ، الذي يقع على عاتق الشاكي إثباتها أمام القاضي الجنائي¹ ، كما يجوز للمحكوم ضده نفى قدرته على السداد وفي هذه الحالة تقضى المحكمة بالبراءة .

خامساً : أن يظل المحكوم ضده ممتنعاً عن السداد مدة ثلاثة شهور بعد قيام القاضي الجنائي بالتنبيه عليه بالدفع ، الذي يتعين إجراءه في مواجهته في حالة حضوره أو ثبوت قيام المحكمة بإعلانه به في حالة غيابه .

سادساً: أن يتوافر القصد الجنائي العام القائم على العلم والإرادة المنصرفين إلى ارتكاب الجريمة .

¹ تنص المادة 23 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في منازعات الأحوال الشخصية على أنه " إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما في حكمها محل منازعة جدية ، ولم يكن في أوراق الدعوى ما يكفي لتحديد وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذي يمكنها من بلوغ هذا التحديد ، وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق في هذا الشأن ، ومع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 205 لسنة 1990 في شأن سرية الحسابات بالبنوك ، تلتزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات تكون منتجة في تحديد دخل المطلوب منه النفقة ، ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه = هذه التحقيقات من معلومات في غير المادة التي أجريت بشأنها ، ويجب على النيابة أن تنهى التحقيق وترسله مشفوعاً بمذكرة موجزة بالنتائج التي خلصت إليها في موعد لا يجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها" (ويراجع التعليق على القانون رقم 205 لسنة 1990 بشأن سرية حسابات البنوك هامش التعليق على المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل) .

مادة (1)

• فإذا توافرت هذه الشروط يصدر الحكم من القاضى الجنائى ضده (السابق الحكم عليه بالحبس من المحكمة الشرعية) مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى العقوبتين ، فإذا ما رفعت بعد الحكم الجنائى على المحكوم ضده دعوى ثانية عن هذه الجريمة تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة إعمالاً لحكم المادة 293 عقوبات¹.

• فإذا كان المحكوم ضده بالحبس وفقاً لحكم المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 قد تم تنفيذ الحكم الصادر ضده بالحبس ثم حكم عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة 293 من قانون العقوبات - وجب عند التنفيذ- إستئصال عقوبة الحبس السابق تنفيذها من مدة عقوبة الحبس الجديدة المقضى بها وفقاً للمادة 293 عقوبات ، أما إذا كان الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية بالغرامة وليس بالحبس وجب - عند التنفيذ - بسداد الغرامة أن يخصم منها مبلغ خمسة جنيهات عن كل يوم ثم سجن المحكوم عليه بالفرض وفقاً للمادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 والمضافة بالقانون رقم 91 لسنة 2000 وعلى ذلك فإذا كان قد أمضى مدة الحبس ومقدارها ثلاثين يوماً مثلاً وجب خصم مبلغ 150 جنيه من مقدار الغرامة التى يكون قد صدر بها الحكم الجنائى ضده وفقاً للمادة 293 عقوبات².

• وقد أعطى المشرع للمحكوم ضده جنائياً فرصة التخلص من العقوبة الجنائية حتى بعد أن يصبح الحكم الجنائى الصادر ضده نهائياً حيث نص فى عجز المادة 293

¹ قضت المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 45 لسنة 17 قضائية دستورية بدستورية ازدواج العقوبة ضد المحكوم ضدهم وفق حكم المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 والمادة 293 عقوبات وذلك على سند من القول بأن انطواء النص المطعون فيه على فرض أكثر من عقوبة عن جريمة واحدة مردود أولاً - بما هو مقرر من أن اللجوء لنص المادة 293 من قانون العقوبات يفترض استنفاد التدابير التى حددتها المادة (347) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (والتي حلت محلها المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000) لتحصيل النفقة المحكوم بها، وأن من يستحقونها قد تضرروا من استمرار امتناع المدين بالنفقة عن دفعها مدة ثلاثة أشهر بعد التنبيه = عليه بإيفائها مما حملهم على أن يتقدموا ضده بشكواهم استنفاذاً لنص المادة (239) المطعون عليها التى لا تربطها بالمادة (347) من اللائحة واقعة واحدة يقوم بها جزاء الحبس ، بل يفترض اعمال النص المطعون فيه أن المدين بالنفقة لا زال مماتلاً حتى بعد أن حبس وفقاً لتلك اللائحة، وأن الامتناع عن دفعها لا زال بالتالى ممتداً من حيث الزمان بما مؤداه أن وقائع الامتناع مع تعددها لا تشكل مشروعاً إجرامياً واحداً بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض وإن كان هدفها واحداً ممثلاً فى اتجاه إرادة المدين بالنفقة إلى النكول عن أدائها ، ومردود ثانياً بأن عدم جواز فرض أكثر من عقوبة على فعل واحد يفترض تتابعها واستيفاء كل منها بكامله ولا كذلك النص المطعون فيه ذلك أن مدة الإكراه البدنى التى يتم تنفيذها فى حق المدين وفقاً لنص المادة (347) يجب استئصالها من مدة الحبس المحكوم بها وفقاً للنص المطعون فيه ، فإذا كان قد حكم عليه بغرامة جرى خفضها عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه فيه.

² راجع الكتاب الدورى رقم 4 لسنة 2000 الصادر عن مكتب النائب العام فى 2000/4/30 وكذا الكتاب الدورى رقم 8 لسنة 2000 الصادر عن مكتب النائب العام فى 2000/5/13 أو أيضاً الكتاب الدورى رقم 11 لسنة 2000 الصادر عن مكتب النائب العام فى 2000/6/27 (منشور بملحق الكتاب) .

عقوبات على أنه إذا أدى المحكوم ضده ما تجمد في ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة .

• ويتعين الإشارة إلى أنه يجوز للمحكوم ضده بمقتضى الحكم الجنائي بالحبس الاستشكال في تنفيذه أمام القاضى الجنائى طبقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية .

• ونحن نرى أنه لا يجوز لورثة الزوجة المتوفاة عقب صدور حكم نهائى لها بالنفقة إقامة الدعوى بحبس الزوج فى دين نفقة مورثتهم حيث يقتصر الحق فى الحبس على صاحب الحق ذاته دون خلفه العام وذلك باعتبار أن الحبس لعدم أداء النفقة قد خصه المشرع بأحكام روعي فيها تعلق الأمر بضرورات الحياة ومقوماتها حتى يرغم المكلف بها على سرعة أدائها لمستحقيها فيقيم بذلك أوده وهو ما لا يتوافر فى حق ورثة المستحق كذلك إذا توفى الزوج أصبح متجمد النفقة ديناً فى تركته والتزم الورثة بأدائها فإن لم يكن له تركة امتنع حبس الورثة للامتناع عن التنفيذ .

• ويتعين الإشارة إلى أن الحكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة المستحقة عن مدة معينة لا يكون وسيلة لإجباره على التنفيذ بالنسبة للمبالغ التى تتجدد بعده لعدم وجوبها بحيث أنه كلما تجددت مبالغ أخرى على المحكوم بحبسه جاز حبسه عنها وهكذا كلما وجب فى ذمته شئ من النفقة.

أحكام النقض

• الأصل فى الأحكام الصادرة فى دعوى النفقة أنها ذات حجية مؤقتة مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير الظروف ، وكان الثابت من الأوراق أن الدعوى رقم 36 لسنة 1979 أحوال شخصية نفس الإسكندرية كانت قد رفعتها المطعون ضدها ضد الطاعن بطلب نفقة لها تأسيساً على أنه تركها منذ 15/4/1977 دون نفقة رغم يساره وبتاريخ 31/5/1980 قضى برفضها استناداً إلى أنها هجرت مسكن الزوجية أخذاً بأقوال شاهدهى الطاعن بما يفيد أن الحكم كان بصدد بحث مدى أحقية المطعون ضدها بالنفقة عن المدة إعتباراً من 15/4/1977 وكان النزاع فى الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه إنما ثار حول مدى أحقية المطعون ضدها فى النفقة عن المدة إعتباراً من 19/3/1984 وهل تعد ناشراً فيسقط حقها فى النفقة وقد فصل الحكم المطعون فيه فى هذا النزاع وقضى لها بالنفقة على سند من أنها غير ناشر معتداً بأقوال شاهدهيها وهى عن مدة لاحقة استجدت بعد صدور الحكم رقم 63 لسنة 1979 ومؤدى ذلك اختلاف المدة فى الدعويين وتغيير دواعى وظروف صدورهما بحسبانها غير ناشر خلال المدة الأخيرة ومن ثم فإن الحكم لا يكون قد فصل فى النزاع خلافاً للحكم السابق وإذا كان صادراً من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية فإن الطعن فيه بطريق النقض يكون غير جائز .

(نقض الطعن رقم 20 لسنة 59 ق – جلسة 17/12/1991 – س42)

• لما كان الثابت من الأوراق أن الدعوى رقم 792 لسنة 1986 أحوال شخصية نفس كلى كانت قد رفعتها المطعون ضدها ضد الطاعن بطلب تطليقها من خلال اعتراضها على إعلان دعوتها للعودة لمنزل الزوجية وقد قضى الحكم الصادر فى هذه الدعوى بتاريخ 17/11/1988 بتطليق المطعون ضدها على الطاعن طلاقاً بائناً وأمرت بإسقاط حقوقها المالية كلها ، فيكون هذا الحكم قد حسم فى منطوقه وأسبابه ما تناضل فيه الخصوم وقضى بتطليق المطعون ضدها على الطاعن مع إسقاط حقوقها المالية كلها بما فيها نفقة الزوجية وقد حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضى بتأييده فيما انتهى إليه بالاستئناف رقمى 880، 884 لسنة 105 ق ، ومن ثم يعتبر هذا القضاء حائزاً لقوة الأمر المقضى فى خصوص ما قضى به من إسقاط حقوق المطعون ضدها المالية كلها بما لا وجه معه لإعادة طرح نفقة المطعون ضدها فى أى دعوى تالية له - وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الصادر

فى الدعوى رقم 135 لسنة 86 أحوال شخصية نفس كلى الجيزة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه جزئياً فى هذا الشأن.
(نقض الطعن رقم 93 لسنة 61 ق - جلسة 1991/12/17 - س 42) (الطعن رقم 15 لسنة 56 ق - س 39)

• الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنها ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما تقبل التغيير والتعديل، وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف ، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها.
(نقض جلسة 1988/6/28 - الطعن رقم 15 لسنة 56 ق - س 39)
(نقض جلسة 1972/5/24 - ص 1003 - الطعن رقم 4 لسنة 40 ق)

• الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغير دواعيها. فإذا كان الثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن (الزوج) الإسلام لم يعد لحكم النفقة السابق صدوره قبله من المجلس المالى، وجود فيما جاوز مدة السنة بسبب إيقاع الطلاق وكان الثابت أيضاً أن المطعون عليها (الزوجة) قد استوفت حقها فى هذا الخصوص فإنه لا يكون لها بعد ذلك أن تتحدى بقيام حكم النفقة سالف الذكر كسبب لطلبها التعويض عن طلاقها ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر أن إيقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحه غير مشروعة وهى إسقاط حكم النفقة فإنه يكون قد خالف القانون.
(نقض جلسة 1963/1/30 - ص 189 - س 14)

• نظر دعوى النفقة على وجهه الاستعجال لا يغير من طبيعتها من أنها من الدعاوى الموضوعية وليست من الدعاوى المستعجلة . علة ذلك. الحجية المؤقتة للأحكام الصادرة فيها، لا أثر لها. جواز الإدعاء بتزوير مستند احتج به فى تلك الدعوى.
(الطعن رقم 342 لسنة 63 ق - جلسة 1998/3/30)

• إن مجرد صدور حكم بالنفقة للزوجة على زوجها لا يبرر امتناعها عن الدخول فى طاعته ، إلا إذا كان هذا الامتناع بحق ، لأنها أن كانت قد استوفت شروط وجوب النفقة وقت الحكم بها ، فإن هذه الشروط قد لا تتوافر فى وقت لاحق ، ذلك بأن الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقات – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنها

مادة (1)

ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما يقبل التغيير والتعديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف ، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها .
(الطعن رقم 76 لسنة 65 ق - جلسة 2000/12/25)

• المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قد نظمت أحكام خروج الزوجة من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها وموافقة - للعمل المشروع , وقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدد من الحالات ليس للزوج فيها منع زوجته من الخروج للعمل المشروع تقوم في مجموعها على فكرة ثبوت رضائه الصريح أو الضمني بهذا العمل أو توافر حالة ضرورة ماسة للمال , إلا أنه يشترط لذلك إلا يكون خروج الزوجة مناف لمصلحة الأسرة أو تنشئة الأولاد الصغار ورعايتهم أو تسئ الزوجة استعمال حقها في العمل حيث يعود للزوج في هذه الحالات الحق في منع الزوجة من الخروج للعمل رغم سبق رضائه الصريح أو الضمني, وإذا ما خالفته الزوجة في ذلك تسقط نفقتها . وهي أحكام وإن قننها المشرع بمناسبة تنظيمه لأحكام النفقة الزوجية إلا أنها تعد تطبيقاً هاماً لمفهوم حق الزوج في منع زوجته من العمل المشروع وحدود هذا الحق وضوابطه , بحيث يكون استعمال الزوج لحقه في منع زوجته من العمل استعمالاً مشروعاً إذا ما ادعى أن هذا العمل مناف لمصلحة الأسرة وتربية الأولاد وأثبت ذلك , باعتبار أن الحرص على مصلحة الأسرة بوصفها اللبنة الأولى في المجتمع وتربية الأبناء - ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم على تعاليم الدين وثوابته والخلق القويم وضوابطه وحمايتهم من مخاطر الانحراف والمفاسد والبعد عن جادة الصواب خاصة في السنوات الأولى لحياتهم التي تؤثر في تكوين شخصياتهم ونظرتهم للأمور - مقدم على المصلحة الخاصة للزوجة في العمل داخل البلاد أو خارجها .

(نقض الطعن رقم 1302 لسنة 73 ق - جلسة 2004/2/14)

• المنازعة في مدى استحقاق الطاعنة للنفقة بعد القضاء ببطلان زواجها بالمطعون ضده ثبوت أن هذه المسألة لم تكن مطروحة عند الحكم بالنفقة ولم يعرض لها الحكم القاضى بها في منطوقة أو أسبابه. أثره. عدم اكتساب الحكم ثمة حجية في النزاع المطروح .

(الطعن رقم 215 لسنة 69 ق - جلسة 2000/2/28)

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى النفقة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطلاق للفرقة لاختلاف المناط فى كل منهما، فبينما تقوم الأولى على سند من احتباس الزوج لزوجته وقصرها عليه لحقه ومنفعته بحيث لا يحق لها أن تنشز عن طاعته إلا بحق ، إذ بالثانية تؤسس على إدعاء الإساءة واستحكام النفور والفرقة بين الزوجين، والنشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطلاق والفصل فيها.

(نقض الطعن رقم 21 لسنة 56 ق - جلسة 1987/1/20 - س38)

(نقض جلسة 1986/12/16 - الطعن رقم 50 لسنة 55 ق - س37)

(نقض جلسة 1984/5/15 - الطعن رقم 24 لسنة 52 ق - س35)

• أحكام النفقة. حجيتها مؤقتة. بقاء هذه الحجية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير. مؤداه. الحكم بفرض قدر محدد من النفقة. اعتباره مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التى اقتضت فرضها.

(الطعن رقم 215 لسنة 69 ق - جلسة 2000/2/28)

(الطعن رقم 438 لسنة 65 ق - جلسة 2000/4/17)

(الطعن رقم 26 لسنة 65 ق - جلسة 2000/7/11)

• نفقة الزوجة تعد دينا فى ذمة زوجها . وجوبها من وقت الامتناع عن الإنفاق ولا تقبل الاسترداد ولا يرد عليها الإسقاط . سقوطها بالأداء أو الإبراء . الطلاق أو نشوز الزوجة اللاحق لا يسقطها إلا مدة النشوز فقط . علة ذلك .

(الطعن رقم 307 لسنة 65 ق - جلسة 2001/11/10)

• القضاء نهائياً بإثبات نشوز المطعون ضدها ووقف نفقتها لرفض اعتراضها على إنذار الطاعة الموجة إليها من الطاعن . قضاء الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف بفرض نفقة للمطعون ضدها على الطاعن دون أن يورد بأسبابه امتثال المطعون ضدها للطاعة . مؤداه . مناقضة الحكم المطعون فيه للقضاء السابق الحائز لقوة الأمر المقضى بين نفس الخصوم . أثره . جواز الطعن بالنقض .

(الطعن رقم 23 لسنة 69 ق - جلسة 2000/11/20)

مادة (1)

• إذا كان البين من الأوراق أن الدعوى رقم 198 لسنة 1993 جزئى شرعى الوائلى هى دعوى حبس أقامتھا المطعون ضدها على الطاعن لامتناعه عن أداء ما تجمد لها ولصغيرها من نفقة عن الفترة من 1989/5/1 حتى 1990/2/29 وغايتها إجباره على أداء نفقة استحققت فى ذمته فعلاً بحكم قضائى نهائى ، فهى وسيلة أقرها الشارع إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات وأجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن فى حين أن الدعوى الماثلة أقامها الطاعن للحكم ببطلان المقرر للمطعون ضدها من النفقة بالحكم رقم 509 لسنة 1987 جزئى أحوال شخصية شبرا عن المدة من 1988/7/1 حتى تاريخ رفع الدعوى 1993/11/22 وبراءة ذمته من مبلغ ألفى جنيه أداه إليها فى دعوى الحبس رقم 5034 لسنة 1993 الوائلى . وكانت الدعويان تختلفان – على هذا النحو – موضوعاً وسبباً فإن الحكم المطعون فيه الصادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية إذ قضى برفض دعوى الطاعن لا يكون قد ناقض الحكم السابق صدوره فى دعوى الحبس رقم 198 لسنة 1993 جزئى الوائلى . ومن ثم فإن الطعن فيه بالنقض على سند من نص المادة 249 من قانون المرافعات يكون غير جائز .

(نقض الطعن رقم 66 لسنة 65 – جلسة 2001/2/10)

• إذا كانت النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكنة بقدر حاجة الزوجة وبحسب يسار الزوج بما لازمه أن إعالة الزوجة إنما تجب على الزوج دون وليها وبمجرد العقد سواء دخل بها أو لم يدخل طالما أنها فى طاعته ولم يثبت نشوزها , إذ تصبح النفقة ديناً فى ذمة الزوج من تاريخ امتناعه عن الاتفاق عليها .

(نقض الطعن رقم 7545 لسنة 63 ق – جلسة 2002 / 3 / 24)

• إن النص فى المادة الأولى من القانون 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أنه "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح..." يدل على أن نفقة الزوجة واجبة شرعاً على زوجها بمجرد العقد جزاء احتباسها فقيرة كانت أو غنية مادامت سلمت نفسها إليه حقيقة أو حكماً ولو كانت باقية لدى وليها ولم تنتقل إلى الزوج طالما لم يطلب نقلها إليه فامتنعت سواء دخل بها أو لم يدخل , فمناط وجوب النفقة للزوجة على الزوج هو قيام الزوجية بعقد صحيح واحتباس الزوج إياها لاستيفاء المعقود عليه مادامت فى طاعته ولم يثبت نشوزها ولم يقم الدليل على وجود مانع لديها يترتب عليه فوات القصد من الزواج ودواعيه .

(نقض الطعن رقم 7545 لسنة 63 ق – جلسة 2002 / 3 / 24)
(والطعن رقم 822 لسنة 72 ق – جلسة 2005 / 3 / 21)

مادة (2)

المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق.

- لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

المذكرة الإيضاحية

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة الأولى من القانون.

التعليق

- العدة هى أيام إقراء المرأة وهى أجل ضرب لانقضاء ما بقى من آثار الزواج.

- وحكمتها التيقن من براءة الرحم وإعطاء المطلق فرصة مراجعة مطلقته .

- ونفقة العدة هى تمكين المطلقة أو تملكها ما يقيم أود حياتها من مأكّل وملبس ومسكن وغيره خلال فترة العدة .

- والقاعدة أن العدة تجب على جميع المطلقات عدا المطلقة قبل الدخول أو الخلوة فهى وحدها التى لا يتعين عليها الانتظار لانقضاء المدة الزمنية فيما بين الطلاق والزواج ، وعلى ذلك تجب العدة على المطلقة بعد الدخول الحقيقى سواء كان عقد الزواج صحيح أو فاسد ، كما تجب على المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة ، كما تجب العدة على المتوفى عنها زوجها سواء دخل بها أو لم يدخل اختلى بها أو لم يختلى .

- وعدة المطلقة رجعيّاً أو بانناً ثلاثة قروء لمن تحيض أو ثلاثة أشهر عربية لمن لا ترى الحيض لصغر فى السن أو إياس أما المطلقة الحامل فعدتها حتى تضع حملها ، ولو توفى عنها زوجها وهى خالية ثم تبين بعد الوفاة أنها حامل فإنها تعتد عدة الحامل بوضع الحمل ولا تعتد عدة الوفاة وهى أربعة أشهر وعشرة أيام .

- وتبدأ العدة دائماً من تاريخ الطلاق أي من تاريخ إيقاعه مع مراعاة ضابط المادة الخامسة مكرر ثانياً فيما يتعلق بالآثار المالية للطلاق ومنها نفقة العدة¹.
- ولكل عده نهاية فعدة من لا ترى الحيض تنتهي بنهاية ثلاثة أشهر عربية وعدة الحامل تنتهي بوضع الحمل وعدة المتوفى عنها زوجها تنتهي بنهاية أربعة أشهر وعشرة أيام وعدة التي تحيض تنتهي برويتها الحيض ثلاث مرات فإذا ادعت أنها رأت الحيض مرة أو مرتين ثم انقطع امتدت عدتها إلى أن ترى الحيضة الثانية أو الثالثة حتى تبلغ سن اليأس فتعتبر ممن لا يحضن وتعتد بثلاثة أشهر , فإذا كانت قد نسيت عادتها فتنتهي عدتها بنهاية سبعة أشهر عربية من وقت الطلاق .
- وأما عن نفقة العدة فتستحق المعتدة دائماً نفقة العدة بأنواعها سواء كانت حاملاً أو حائلاً وسواء كان الطلاق رجعيّاً أو بائناً بينونة صغرى أو كبرى وسواء كان الطلاق قد وقع بعد الدخول أو بعد الخلوة ودون دخول إلا إذا كان المطلق قد توفى بعد طلاقه للزوجة مباشرة وحيث تسقط نفقة العدة لوفاة الملتزم بها².
- وعلى ذلك فلا تستحق نفقة العدة المطلقة من عقد فاسد أو وطء بشبهة سواء حدث دخول أو خلوة أو لم يحدث وكذا المتوفى عنها زوجها. كما تقدم القول - أو المطلقة قبل الدخول أو الخلوة لعدم وجوب العدة عليها أصلاً. كما تستحق المطلقة الحامل نفقة العدة حتى تضع حملها .
- ويصدر الحكم بفرض النفقة عموماً ومنها نفقة العدة وفقاً لطبيعة دخل الملتزم بها يومياً إذا كان عامل باليومية أو أسبوعياً أو سنوياً وهكذا , إلا أن الغالب أن تفرض النفقة ومنها نفقة العدة شهرياً بما يتعين معه تضمين أسباب الحكم ومنطوق النص على ذلك , إلا أنه يجوز أن يفرض مبلغ إجمالي عن مدة العدة كلها إذا كانت معلومة , وعليه يعتبر خلو الحكم من تحديد مدة النفقة وأنها عن كل شهر دليلاً على أن المقصود هو أن ما قضى بها إنما يشمل مدة العدة كلها³ .
- وتسقط نفقة العدة بنشوز الزوجة أو ارتدادها عن الإسلام وهي في العدة أو بوفاة المطلق بعد القضاء بها إلا أنها لا تسقط بمضى المدة .

¹ راجع التعليق على المادة 5 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929.

² أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - عبد الرحمن تاج - ط 1955 - ص 383 .

³ كما يجوز أمام غموض الحكم طلب تفسيره وفقاً لمقتضى المادة 192 مرافعات .

• وتستحق المطلقة النفقة لمدة لا تقل عن ستين يوماً وهي أقل مدة للعدة¹ ولا تزيد عن سنة ميلادية وهي أقصى مدة لتنفيذ حكم بنفقة عدة² وتشمل نفقة العدة شأن نفقة الزوجية المأكل والملبس والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع باعتبار أن المطلقة في العدة هي زوجة حكماً فتستحق نفقة العدة بمشتملات نفقة الزوجة .

• ولما كانت المطلقة تعتبر خلال فترة العدة زوجة حكماً فإن لفظ النفقة إنما يشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة³ وعلى ذلك فإذا أقامت الزوجة الدعوى بطلب الحكم لها بنفقة زوجية ثم قدم الزوج أثناء تداول الدعوى أمام المحكمة إشهاد طلاقاً للمدعية طلاقاً رجعيّاً وجب على المحكمة في هذه الحالة - بغير طلب من الزوجة - أن تضمن حكمها القضاء للزوجة بنفقة زوجية حتى تاريخ الطلاق واعتبار المفروض نفقة عدة من هذا التاريخ وحتى انقضاء عدتها شرعاً دون أن يعد ذلك من المحكمة قضاء بما لم يطلبه الخصوم باعتبار أن القضاء بنفقة العدة يعد من مشتملات القضاء بنفقة الزوجية لزوماً وواقعاً. أما إذا كان الطلاق على الإبراء من نفقة العدة تعين على المحكمة فرض نفقة زوجية حتى تاريخ الطلاق والوقوف بالحكم عند هذا الحد دون تجاوزه .

• والمقرر أن المعتدة من الطلاق تستحق النفقة على المطلق طوال مدة العدة إذ تحتبس لحقه خلال تلك الفترة استبراء للرحم⁴ وتطبيقاً لذلك صدر الحكم في القضية رقم 299 بجلسة 1985/4/21 عن محكمة شبرا الجرنية للأحوال الشخصية وفيه تقول المحكمة "وحيث أنه من المقرر أن نفقة المعتدة على مطلقها واجبة عليه وذلك لاحتباسها حكماً على ذمته طالما كانت في العدة ولم تنقضى عدتها شرعاً منه ومن ثم وحيث أنه من المقرر أن نفقة الزوجة واجبه على زوجها شرعاً عملاً بنص المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 44 لسنة 1979 ومن ثم فأنها وباعتبار أن الزوجية قائمة حكماً فإن المحكمة تقضى للمدعية بالنفقة المطالب بها على ضوء ما ورد بالتحري عن قدرة المدعى عليه المادية".

¹ نقض أحوال جلسة 1972/2/31 - ص 1054 - ط رقم 18 لسنة 38 ق .

² مادة 18 و 23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 معدل .

³ نقض أحوال الطعن رقم 33 لسنة 52 ق - جلسة 1984/4/24 - ص 35 .

⁴ عبد الناصر العطار في الأسرة وقانون الأحوال الشخصية - ص 34 .

• والأصل أن عدة المحيض ثلاث حيضات فتستحق النفقة عنها لثلاث مرات وعدة من لا ترى الحيض لصغر في السن أو لبلوغها سن اليأس ثلاث شهور عربية فتستحق عنهم النفقة¹ إلا إذا ادعت المرأة التي تحيض - والقول في ذلك قولها بيمينها- أنها لم ترى الحيض بعد فتستمر نفقة عدتها على المطلق حتى تراه أو لمدة لا تزيد على السنة الميلادية أيهما أقرب .

• ومؤدى ما جرى به الفقه الحنفى على أنه إذا ما دفع الزوج بسقوط حق المطلقة في النفقة لانقضاء ثلاثة قروء على الطلاق , تحليف المطلقة اليمين عن عدد الحيضات التي مرت بها منذ الطلاق وتاريخ آخر حيضة وعلى نحو ما يستظهره قاضى الموضوع يكون الحكم .

• وتحليف المطلقة اليمين إجراءً وجوبياً يترتب على تخلفه بطلان الحكم للخطأ في تطبيق القانون² باعتباره القول الراجح في المذهب الحنفى والقانون واجب التطبيق فإذا لم تحضر المطلقة لحلف اليمين بعد طلب الزوج وإعلانها من المحكمة وكانت المدة التي يطلب المطلق إسقاط نفقة مطلقتها خلالها لا تتجاوز مدة ستين يوماً من تاريخ علم المطلقة بالطلاق حكم بإسقاط النفقة من ذلك التاريخ ، أما إذا كانت المدة تتجاوز أقل مدة للعدة وهي الستين يوماً نرى القضاء أيضاً بإسقاط النفقة للنكول عن حلف اليمين وتخلفها عن الحضور خاصة وأن حقها في الطعن على الحكم يظل باقياً .

• كما يستطيع المطلق توقي سداد نفقة العدة لمدة أطول مما تستحق المطلقة وذلك برفع دعوى مبدأة أمام المحكمة الجزئية إذا كانت المطلقة قد حصلت على حكم بالنفقة بالفعل بطلب كف يدها عن تقاضى النفقة فيما زاد على ثلاثة قروء أو شهور ويعتمد دليلاً في هذه الحالة يمين المرأة أو غير ذلك من وسائل الإثبات وتكون صيغة اليمين على النحو التالى:

(أحلف بالله العظيم إنني لم أرى دم الحيض ثلاث مرات كوامل من المدة من تاريخ طلاقى الحاصل فى / / وحتى اليوم).

¹ الطلاق في الشريعة الإسلامية - احمد الغندور - ص 192
² ويذهب الراجح في الفقه الحنفى إلى أنه إذا أقرت المرأة أنها تشهد الحيض إلا أنها نسيت عادتها فإن عدتها تنقضى بعد مضي سبعة أشهر من وقت التطليق .

• وللزوج أن شاء أن يعاود إقامة الدعوى لأكثر من مرة للوقوف على اكتمال الحيضات الثلاث من عدمه خاصة إذا استطلت المدة للعام ولا يجوز دفع دعواه الثانية أو الثالثة بسبق الفصل فيها إذ أن اليمين الموجه إلى الزوجة تكون عن مدة تالية للعدة التي وجه إليها اليمين عنها في الدعوى السابقة ، كما يكون له توجيه اليمين إليها حال نظر الاستئناف .

• ويلاحظ أن احتساب بدء العدة إنما يكون من التاريخ الفعلي لوقوع الطلاق بصرف النظر عن تاريخ اتصال علم الزوجة به عملاً بالمادة 5 مكرر في فقرتها الأخيرة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل ، أما مبدأ العدة بالنسبة للمطلقة بحكم قضائي فيكون من تاريخ حكم الطلاق ابتدائياً كان أو نهائياً باعتبار أن الطلاق إنما يقع منذ تاريخ الحكم به فإذا صدر الحكم به ابتدائياً اعتدت المرأة منذ ذلك التاريخ الأخير عدة معلقة على شرط صيرورة هذا الحكم نهائياً أما إذا رفضت دعوى الطلاق ابتدائياً وقضى بالطلاق استئنافياً اعتبر واقعاً منذ ذلك التاريخ الأخير واحتسبت العدة منه¹.

• أما إذا كان الحكم هو حكم إثبات طلاق احتسبت العدة من التاريخ الذي تثبته المرأة وليس من تاريخ الحكم بإثبات الطلاق ، أما نفقة العدة فلا يبدأ استحقاقها واحتسابها على المطلق إلا من تاريخ علم المطلقة بالطلاق بحضورها توثيقه أو بإعلانها بالطريق وعلى النحو الذي حددته المادة الخامسة مكرر ، وعلى ذلك فلا تعد نفقة العدة ديناً على المطلق إلا من التاريخ المذكور ، وتلك القاعدة هي ما دعت البعض إلى القول بأن النص المستحدث من المادة الخامسة مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 قد أنشأ للمرأة المطلقة عدتين أحدهما عدة شرعية يبدأ احتسابها من تاريخ الطلاق الفعلي وعدة أخرى هي العدة المالية وهي التي لا يبدأ احتسابها إلا من تاريخ اتصال علم المطلقة بالطلاق ولو تراخى ذلك العلم إلى وقت لاحق وممتد عن تاريخ الطلاق الفعلي².

• ويرى البعض أن للمطلقة أن تطلب احتساب نفقة عدتها من تاريخ إيقاع الطلاق وليس من وقت علمها به واعتبارها ديناً من هذا الوقت ومستند هذا البعض أن ترتب آثار الطلاق المالية من وقت علم المطلقة بالطلاق حكم مقرر لصالحها لها أن

¹ وهذا النظر يتفق مع فتوى الأزهر الشريف في القضية رقم 589 لسنة 1985 مستأنف جنوب القاهرة وفيها اعتبرت المحكمة بدء العدة للمطلقة بحكم قضائي من تاريخ الحكم الابتدائي وليس من تاريخ الحكم النهائي .

² راجع التعليق على المادة (5 مكرر) من القانون رقم 25 لسنة 1929 وواصل علاء الدين في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية- طبعة نادى القضاة - ص 477 - ط 1994.

تعدل عنه إلا أننا نرى عدم جواز ذلك لأن نص المادة الخامسة مكرر قنن حكماً واجب التطبيق لا يجوز الخروج عليه وتطبيق القول الراجح في المذهب الحنفى .

• وإذا كانت الزوجة قد أقامت ضد الزوج الدعوى بطلب نفقة زوجية ثم طلقها الزوج أثناء نظر الدعوى فلها أن تعدل طلباتها إلى طلب الحكم بنفقة عدة وإلى أن تنقضى عدتها شرعاً ، كما أن لها إذا كان الطلاق قد وقع بعد صدور الحكم بنفقة الزوجية أن تطلب أمام المحكمة الاستئنافية اعتبار المقضى به نفقة للطلبات أمام محكمة ثانى درجة¹.

• وقد نصت المادة 17 من القانون على إلا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد عن سنة ميلادية من تاريخ الطلاق وهذا النص يعتبر من قبيل توحيد الحكم بين نفقة الزوجية ونفقة العدة من حيث المدة التى يجوز للزوجة المقاضاة خلالها وذلك لأن المستقر كان على أن النص الوارد بالفقرة السادسة من المادة 99 من اللائحة الشرعية رقم 31 لسنة 1987 الملغاة إنما ينصرف إلى نفقة الزوجية دون غيرها - وقد تعدل هذا الحكم بالمادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 فجاء المشرع بنص المادة 17 لتوحيد الحكم لذات العلة إلا أن النص يجب تفسيره فى ضوء المادة الخامسة مكرر بحيث ينصرف عدم السماع لا إلى تاريخ إيقاع الطلاق وإنما إلى تاريخ علم المطلقة به².

• وقد استقر رأى الفقه الشرعى على عدم جواز الإبراء من نفقة العدة قبل الطلاق أى قبل أن تعد ديناً فى الذمة إذ لا يمكن اعتبار ذلك من قبيل الاستيفاء حيث لا بد من العوض ولا معاوضه هنا مادام الطلاق لم يقترن به ولا يمكن كذلك اعتبار ذلك من قبيل الإبراء لأن الإبراء يكون قاصراً على الحقوق الثابتة فى الذمة فى وقت حصوله ونفقة العدة لا تكون ديناً فى الذمة قبل الطلاق فهو إذن من قبيل الإسقاط المحض الذى لا يجوز أيضاً بالنسبة للشيء قبل وجوده³ إلا إذا كان الإبراء من النفقة مقابلاً للطلاق "الخلع".

• وقد تستمر المطلقة - أو الزوجة المحكوم بنشوزها فى ظل الحكم الوارد بالمادة 11 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل - فى تحصيل ما قضى لها به من نفقة ضد المطلق (أو الزوج أو ما قضى به من نفقة للصغار) وفى هذه الحالة

¹ راجع المادة (58) من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
² تراجع مناقشات أعضاء مجلس الشعب للمادة الخامسة مكرر- مضبطة الجلسة 97- ص 60 وما بعدها،
 وراجع أيضاً التعليق على المادة 17، وحكم النقض المشار إليه به ورأينا فيه .
³ ومن هذا رأى أيضاً احمد الحصرى فى تنظيم الأسرة فى الفقه الإسلامى - ص 222.

يكون للمطلق إقامة الدعوى ضد المطلقة بطلب إبطال أو إسقاط المفروض لها بموجب الحكم الذى تقوم بالتنفيذ ضده بمقتضاه ، وتقضى المحكمة بعد التحقق من توافر سبب إبطال المفروض كنفقة أو إسقاطه.

• ولا غرو فى أنه لا مجال هناك للالتباس بين دعوى إبطال المفروض بموجب حكم قضائى فى هذا المجال والدعوى الأصلية بإبطال الحكم ذاته وبطلانه فى إطار مفهوم قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتبار أن الأخيرة لا تكون إلا حيث يتجرد الحكم القضائى نفسه من مقوماته الأساسية على النحو المعروف فى إطار أحكام القانون المذكور.

• وتقدر نفقة العدة وفقاً لیسار المطلق فى تاريخ الطلاق باعتبار أن الطلاق يعد الواقعة القانونية المنشئة للحق فى النفقة وباعتباره مبدأ لاستحقاقها وفقاً لمفهوم حكم المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 ولو تراخت المطلقة فى المطالبة بها حتى ازداد يسار المطلق فى تاريخ اقامتها للدعوى¹ , أما إذا كانت الطلبات فى الدعوى هى بطلب نفقة زوجية واعتبار المفروض نفقة عدة من تاريخ الطلاق احتسبت النفقة وفقاً لما يثبت عن يسار المطلق فى تاريخ الامتناع عن سداد نفقة الزوجية وليس فى تاريخ الطلاق باعتبار أن الامتناع عن الانفاق خلال قيام الزوجية وليس الطلاق هو الواقعة المنشئة للحق فى المطالبة طالما أن المدعية جمعت فى دعوى واحدة بين الطرفين .

أحكام النقض

• لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لفظ النفقة - فى القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 44 لسنة 1979 ، والمرسوم بقانون 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد جاء عاماً مطلقاً فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على السواء ولأن نفقة العدة هى فى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها وكان الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائى بتطليق المطعون عليها على زوجها الطاعن وعدله بجعل المقضى به نفقة زوجية نفقة عدة لها من تاريخ الحكم بالتطليق لحين انقضاء عدتها شرعاً يكون قد فصل فى طلب كان مطروحاً أمام محكمة أول درجة.

(نقض الطعن رقم 33 لسنة 52 ق - جلسة 1984/4/24 - ص 1077)

¹ راجع التعليق على المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

• النفاس فى عرف الشرع الإسلامى يطلق على الدم الخارج من الرحم عقب الولادة وهو شهادة على حصولها وليس هناك من حد لأقله ، وإن كان أقصى مدة له أربعون يوماً فإذا طلقت المرأة بعد الولادة وأقرت بأنها نفست ثم طهرت فإنها تصدق بقولها وتعتبر صالحة للمعاشرة الزوجية، والقول بعدم إمكان حمل المرأة فى مدة النفاس لم يذهب إليه أحد من علماء الشريعة وفقهائها.

(نقض جلسة 1978/3/1 - ص 658 - س 29)

• الرجعة عند الحنفية هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حددته بانتهاء العدة ، فهى ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد للزوجية القائمة، وتكون بالقول أو بالفعل ، ولا يشترط لصحتها الأشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها ، مما لا يلزم بسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية، وذلك تحقيقاً لأغراض اجتماعية استهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية¹.

(نقض جلسة 1972/5/31 - ص 1053 - ط 18 لسنة 38 ق)

• المستقر عليه شرعاً أنه

• إذا اختلف الزوجان فى صحة الرجعة فأدعى الزوج أنها صحيحة لأنها وقعت فى العدة وأنكرت هى ذلك لأنها وقعت بعد انقضاء العدة ، فالقول للزوجة بيمينها أن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك ، وكانت العدة بالحيض ، لأن الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها وأقل مدة للعدة بالحيض فى الراجح فى مذهب أبى حنيفة ستون يوماً ، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى أن الرجعة وقعت قبل انقضاء العدة ، واستدل على ذلك بما أثبتته الزوج أسفل طلبات الحج الثلاث التى قدمتها الزوجة بعد الطلاق الرجعى من عبارات تتضمن أنها "زوجته" ويوافق على سفرها بهذه الصفة للأقطار الحجازية ، وأن الرجعة قد صادفت محلاً ، لأن الزوجة لم تنكر على الزوج صحتها وصادقت عليها بتقديم الطلبين الأولين للحج بعنوان منزل الزوجية الذى يقيمان فيه مما يفيد قيام المعاشرة الزوجية ، وبتقديمها هذه الطلبات الثلاثة فى فترات متفاوتة إلى الجهات

¹ راجع المادة 22 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الجديد .

المختصة لإتمام الإجراءات المطلوبة بشأنها بعد أن أثبت الزوج عليها العبارات التي تتضمن موافقته على سفرها بصفقتها زوجته ، وأن هذا الإقرار من الزوجة بصحة الرجعة لا يقبل الرجوع فيه ، لأنه تعلق به حق الغير "الزوج" وهو موضوعي استند فيه الحكم إلى أسباب سائغة تكفي لحمله ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1972/5/31 - ص 1053 - س 23 - ط 18 لسنة 38 ق)
(الطعن 530 لسنة 66 ق ورقم 182 لسنة 65 ق - جلسة 2001/5/28)

• المفتى به في مذهب أبي حنيفة أن حد إياس المرأة خمس وخمسون سنة - وقيل الفتوى على خمسين - وشرطه أن ينقطع الدم عنها لمدة طويلة ، وهي ستة أشهر في الأصح ، سواء كان الانقطاع قبل مدة الإياس أو بعد مدته ، فإن هي بلغت الحد واستوفت الشرط حكم بأياسها واعتدت بثلاثة أشهر ، فإن عاودها الدم على جاري عادتها قبل إتمام هذه المدة انقضت عدة الأشهر واستأنفت العدة بالإقراء ، وأن القول في انقضاء عدة المرأة هو قولها بانقضائها في مدة يحتمل الانقضاء في مثلها وهو ما اختارته لجنة الأحكام الشخصية حيث نصت في البند الثالث من الفقرة ج من المادة 165 من مشروع القانون على أن "من بلغت الخمسين فإنها تعتد بثلاث أشهر أن كان الحيض قد انقطع عنها ستة أشهر قبل الخمسين أو بعدها".
(نقض جلسة 1972/1/6 - س 23)

• الجدل في أن المطعون عليها من ذوات الحيض المنتظم هو جدل موضوعي لا يتسع له نطاق الطعن بطريق النقص.
(نقض جلسة 1967/3/29 - ص 692 - الطعن رقم 18 لسنة 35 ق)

• الرأي عند الحنفية أنه إذا ادعى المطلق بمضى عدة مطلقاته وكذبتة قبل قولها بحلفها إذ الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها والقول فيه قولها بيمينها.
(نقض جلسة 1967/3/29 - ص 692 - الطعن رقم 18 لسنة 35 ق)

• المقرر في فقه الأحناف الواجب العمل به طبقاً لنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن انقضاء العدة بالقروء لا يعلم إلا من جهة الزوجة وقد

ائتمنها الشرع على الإخبار به بشرط أن تكون المدة بين الطلاق والوقت الذى تدعى عدم انقضاء العدة فيه يحتمل ذلك.

(نقض الطعن رقم 73 لسنة 56 ق - جلسة 1988/6/18 - ص 1092)

• إذا أقرت المرأة بصحة الرجعة وبأنها كانت ولا زالت فى العدة وقت حصولها ، لزمها هذا الإقرار ، إذ أنه إذا كان الإقرار صادراً من الخصم عن طوعية واختيار بقصد الاعتراف بالحق المدعى به لخصمه فى صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين ، فلا يقبل الرجوع فيه ، لأن الإقرار اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده آثار قانونية أو شرعية ، بحيث تصبح فى غير حاجة إلى الإثبات بدليل آخر وينحسم به النزاع فيما أقر به ، وعلى هذا ، فإنه ولئن كان إقرار المطلقة رجعيّاً بأن عدتها انقضت برويتها الحيض ثلاث مرات كوامل أو بأن عدتها لم تنقض بالحيض ، لا يكون نافذاً فى حق المطلق إلا إذا حلفت اليمين على ذلك ، إلا أن إقرارها على هذا النحو يلزمها هى حتى وإن لم تحلف اليمين ، إذ أنها ليست فى حاجة ليمينها لتصدق نفسها فى إقرارها ، فلا يجوز لها الرجوع فى هذا الإقرار بحجة أنه لم يقترن بيمينها ، لأن مطلقها هو وحده صاحب المصلحة فى التمسك بذلك ، حتى يكون إقرارها فى هذا الصدد حجة عليه .

(الطعن رقم 530 لسنة 66 ق - جلسة 2001/5/28)

مادة (4)¹

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالاً وإن أثبت أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

• هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

• لم تتضمن المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 25 لسنة 1920 ما يتعلق بالطلاق لعدم الإنفاق.

• ويستند النص المذكور ضمن ما يستند إليه لكتاب عمر بن الخطاب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم فيه أن يأخذوهم أو ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى , ومصدر النص تخريج على المذاهب الثلاثة عدا المذهب الحنفى .

التعليق

• المقرر أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعاً ، والزوج إما أن يكون موسراً وإما أن يكون معسراً فإذا أثبتت الزوجة أنه امتنع عن الإنفاق عليها سواء بالبينة أو بحصولها على حكم بالنفقة تعين التفرقة بين حالتين :

الأولى : إذا كان للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة .

نفذت الزوجة حقها فى النفقة منه حاضراً كان أم غائباً وليس لها - من ثم - طلب التفريق لتمكنها من الحصول على حقها فى النفقة² .

واستظهار وجود مال ظاهر للزوج من عدمه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

¹ مادة 3 ألغيت بالقانون رقم 25 لسنة 1929 .

² صالح حنفى فى المرجع السابق - ط 1938 - ص 211 .

والثانية : إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة وهنا يتعين التفرقة بين ثلاث حالات .

1- أن يتصادق الطرفان على إعسار الزوج أو أن يثبت الزوج إعساره وفى هذه الحالة وجب على المحكمة إمهاله مدة شهر قمرى كى تتيح له فرصة الإنفاق على زوجته فإن انفق فيها وعندئذ يقضى برفض الدعوى وإن لم ينفق طلق عليه القاضى¹ .

والإمهال المذكور يكون بمقتضى قرار تصدره المحكمة إذا كانت النفقة سبق تقريرها بحكم قضائى أما إذا لم يكن قد صدر حكم بالنفقة أصدرت المحكمة بالإمهال حكماً قضائياً تحضيرياً تضمن أسبابه تقدير نفقة الزوجة وإمهال الزوج بالسداد.

2- أن يدعى الزوج الإعسار دون أن يثبته طلق عليه القاضى فى الحال.

3- أن يسكت الزوج فلا يدعى يساراً أو إعساراً فإن انفق فيها وإن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال² .

• واستخلاص إصرار الزوج على عدم الإنفاق من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

• كما أن استظهار وجود مال ظاهر للزوج من أمور الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون معقب عليه فى ذلك³ .

• ويعد صدور أحكام قضائية بحبس الزوج قرينة على إصراره على عدم الإنفاق .

• فمناط التفريق وفقاً لهذا النص هو انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة .

• والعبرة فى الطلاق لعدم الإنفاق هى لعدم الإنفاق وليست بمدى يسار أو إعسار الزوج⁴ .

• ولا يجوز التفريق بسبب العجز عن النفقة الماضية لأنها تكون ديناً ككل الديون تستوفىها المدعية بالتنفيذ بالطرق المقررة وإنما الذى يوجب التفريق هو العجز عن أداء النفقة الحاضرة¹ .

¹ انظر الحكم رقم 1385 لسنة 1985 - كلى جنوب القاهرة - جلسة 1986/3/29.

² الحكم رقم 2152 سنة 1985 كلى شمال القاهرة.

³ نقض الطعن رقم 84 لسنة 64 ق - جلسة 1998/3/30 .

⁴ زكريا البرديسى فى الأحوال الشخصية - طبعة أولى - ص 459 .

- وتستحق النفقة على الزوج إذا طلبت الزوجة التطليق للامتناع عنها بمجرد العقد دون اشتراط الدخول².
- ويقصد بأموال الزوج هنا كل ما يمتلكه سواء من عقارات ومنقولات أو أوراق نقد.
- والعبرة بكون المال ظاهراً هو بإمكان التنفيذ عليه لاستيفاء الزوجة لحقها فى النفقة منه³.
- ويتعين الإشارة إلى أنه إذا طلبت الزوجة التطليق لعدم الإنفاق ويقع به طلاق رجعى والتطليق للضرر ويقع به طلاق بائن يتعين إجابتها إلى أقصى طلبها وذلك بجعل الطلاق بائناً.
- وقد استحدث القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية نصاً هو نص المادة (18) منه بمقتضاه اشترط للحكم بالتطليق - أياً كان سببه - ويدخل فيه التطليق لعدم الإنفاق - أن تبذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين أبناء التزمت المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً⁴.
- وصياغة النص بلفظ الوجوب يؤدى إلى التقرير ببطلان الحكم إذا ما أغفلت المحكمة القيام بإجراءات الصلح التى يجوز للقيام بها انتداب أخصائيا اجتماعياً أو أكثر لتقديم تقرير عن الحالة المعروضة على أن يقدم التقرير خلال مدة لا تزيد على أسبوعين وذلك إعمالاً لمقتضى الفقرة الثانية من المادة (4) من القانون السالف⁵.
- ولا غرو فى أن المواعيد المنصوص عليها فى المادة (18) من القانون رقم 1 لسنة 2000 من المواعيد الإجرائية التى لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان⁶.
- والتطليق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم على رأى فى مذهب أبى حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطليق لأى من هذين السببين إنما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز التطليق لعدم الإنفاق أو للغيبة فلا

¹ صالح حنفى فى المرجع السابق - ص 219 .
² عبد الوهاب خلاف فى الأحوال الشخصية - طبعة 1938 - ص 132 .
³ الفقرة بين الزوجين - على حسب الله - طبعة 1968 - ص 140 .
⁴ مادة (2/18) من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
⁵ مادة (4) من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
⁶ راجع أحكام عرض الصلح التعليق على المادتين 6 و 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

يكون من المقبول التحدى فى هذا المجال برأى أبى حنيفة فى إثبات أمر لا يجيزه واشتراط أن يكون نصاب الشهادة هنا رجلان أو رجل وامرأتان¹ وإنما يتعين أن تكون الشهادة عليه من رجلين لا امرأة فيهما إعمالاً بأحكام مذهب الإمام مالك باعتباره أبرز المذاهب التى أستقى الحكم منها².

¹ نقض أحوال جلسة 1960/3/18 - ص 181 - س 11 .
² راجع أيضاً المادة العاشرة من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

أحكام النقض

• طلب المطعون ضدها التطليق بائناً على الطاعن لغيابه لجهة غير معلومة وعدم إنفاقه عليها قضاء الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه بالتطليق بائناً استناداً إلى الهجر وعدم الدخول ووجود منازعات قضائية بين الطرفين تطبيقاً للمادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 . قضاء على غير السبب الذي أسست عليه الدعوى . وما ساقه الحكم بأسبابه من عدم الإنفاق على المطعون ضدها . دعامة لا تكفى وحدها لحمل قضائه . عله ذلك . التطليق لعدم الإنفاق يقع رجعيّاً .
(الطعن رقم 136 لسنة 67 ق - جلسة 1997 / 12 / 22)

• التطليق لعدم الإنفاق . م4 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 منطية . انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة وعدم ادعاء الزوج العسر أو اليسر وإصراره على عدم الإنفاق على زوجته . أثره . تطليق الزوجة . استظهار ذلك من مسائل الواقع من سلطة قاضي الموضوع دون رقابه عليه من محكمة النقض طالما أقام قضائه على أسباب سائغة .
(الطعن رقم 129 لسنة 60 ق - جلسة 1994 / 1 / 18 - س 45)

• النص في المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر , نفذ الحكم عليه بالنفقة من ماله , فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال". يدل على أن مناط التفريق لعدم الإنفاق وفق نص المادة المذكورة هو انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة, فإن كان له مال ظاهر فلا تطلق عليه زوجته إذ رفع الظلم عنها قد تعين سبيله في التنفيذ على هذا المال فإذا لم يوجد هذا المال ولم يدع الزوج العسر أو اليسر وأصر على عدم الإنفاق على زوجته مما يعد ظملاً لها تعين على القاضي رفعه عنها بتطليقها عليه في الحال وكان استظهار وجود المال الظاهر من مسائل الواقع المنوطه بقاضي الموضوع ولا رقابه عليه في ذلك من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة . لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتطليق وفقاً لنص المادة الرابعة سالفه الذكر على سند من إصرار الطاعن على عدم إنفاقه على المطعون ضدها وذلك على ما استخلصه من استصدارها حكماً بنفقتها عليه وحكمين بحبسه لامتناعه عن تنفيذ حكم النفقة طواعية وهو من الحكم

استخلاص موضوعي سائغ له مأخذه من الأوراق وإذ لم يقدم الطاعن أمام محكمة الموضوع الدليل على وجود مال ظاهر له يمكن التنفيذ عليه بالنفقة فإن النعى على الحكم المطعون فيه بما ورد بسبب الطعن لا يعدو أن يكون جديلاً موضوعياً لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم 129 لسنة 60 ق – جلسة 18 / 1 / 1994)

• التفريق لعدم الإنفاق . م4 من م بق 25 لسنة 1920 . مناطه التزام المحكمة بإمهال الزوج لأداء النفقة . شرطه . إدعاء الإعسار وإثباته . عله ذلك . استظهار وجود مال ظاهر للزوج . واقع . استقلال القاضى الموضوع بتقديره .

(الطعن رقم 84 لسنة 64 ق – جلسة 30 / 3 / 1998)

مادة (5)

إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل وكان مفقوداً وتبين أن لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .

• هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

تعليمات وزارة الحقانية للقانون رقم 25 لسنة 1920 .

"تضمنت هذه المادة الأحكام الآتية :

1- إذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ورفعت أمرها للقضاء فإن كان لهذا الزوج مال ظاهر وهو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقة فيه.

2- إذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر ورفعت المرأة أمرها للقضاء طالبة التطليق عليه لعدم الإنفاق ففي هذه الحالة بعد أن يثبت لدى المحكمة غيبته وزوجيتها وتركها بغير نفقة وعدم وجود مال ظاهر له تضرب أجلاً لهذا الغائب بحسب ما تراه وتنص على أنه إذا لم يرسل في تلك المدة لزوجته ما تنفق منه على نفسها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه أو لم يحضر للإنفاق عليها تطلق عليه وتقرر تكليف قلم الكتاب بإعلان الغائب بصورة من هذا القرار فإن مضي الأجل ولم يرسل لزوجته ما تنفق منه ولم يحضر للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلقت بقولها فسخت نكاحك منه أو طلقت منه .

3- إذا غاب الزوج غيبة بعيدة ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه ففي هذه الحالة متى ثبت للمحكمة قيام الزوجية وغيبة الزوج

وعدم وجود مال له تطلق عليه بدون ضرب الأجل والأعذار المبين في الحالة الثانية.

4- إذا غاب الزوج ولم يدرك مكانه ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة الفرقة لعدم الإنفاق ففي هذه الحالة متى أثبتت المدعية الزوجية والغيبة وعدم وجود المال وعدم العلم بالمكان طلقت المحكمة عليه في الحال بالصيغة المارة وبدون ضرب الأجل والأعذار المبينين قبل.

5- إذا كان الزوج مفقوداً ولم يترك نفقة ولم يكن له مال ظاهر ورفعت زوجته الأمر للقضاء طالبة الفرقة لعدم الإنفاق فمتى أثبتت الزوجية والفقد وعدم وجود المال طلقت المحكمة عليه كما في الحالة الثانية.

6- إذا كان الزوج مسجوناً ولم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه ورفعت زوجته الأمر للقضاء طالبة الفرقة لإعساره وأثبتت ذلك طلقت المحكمة عليه بعد ضرب الأجل والأعذار المبينين في الحالة الثانية.

وغير خاف أن المراد من الإثبات في جميع هذه الأحوال هو الإثبات بالحجج الشرعية ولا تكفي شهادة الاستكشاف لأن الحكم الذي تصدره المحكمة حكم بالطلاق , وظاهر أنه لابد قبل السير في الدعوى من الإعلان والأعذار بالطرق المنصوص عليها في اللائحة .

ملحوظة

يعتبر الزوج غائباً غيبة قريبة إذا كان بمكان يسهل وصول قرار المحكمة بضرب الأجل إليه في مدة لا تتجاوز التسعة أيام .
" ويعتبر غائباً غيبة بعيدة من ليس كذلك . "

التعليق

- هذه المادة مرتبطة بالمادتين رقمي 4 و 6 من القانون.

• يتناول المشرع فى هذه المادة حكم القانون بالنسبة لعجز الزوج الغائب عن الإنفاق بعد أن تناول فى المادة الرابعة الحكم بالنسبة لامتناع الزوج الحاضر عن الإنفاق.

• فرق المشرع فى هذه المادة بين حالتين

الحالة الأولى : إذا كانت غيبة الزوج قريبة .

- والغيبة تكون قريبة إذا كان الزوج يمكن وصول الرسائل أو الإعلان إليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام 1 .

- وفى هذه الحالة يفرق المشرع بين فرضين

الأول : إذا كان للزوج مال ظاهر

نفذ الحكم الصادر للزوجة بالنفقة عليه ويرفض القاضى طلب التطلاق لعدم الإنفاق.

الثانى : إذا لم يكن للزوج مال ظاهر

وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة أن تضرب له أجلاً مناسباً تمهله خلاله والنص فى قرارها السابق على الفصل فى الموضوع بأنه إذا لم يرسل خلال الأجل الذى حددته ما تنفق الزوجة منه أو لم يحضر للإنفاق عليها بنفسه ستطلق المحكمة عليه².

• والأجل الذى تضربه المحكمة للزوج الغائب لا يصدر به حكماً قضائياً وإنما يصدر به قرار من المحكمة³.

• ويتعين على المحكمة أن تقوم بتكليف قلم الكتاب بإعلان الغائب بصورة هذا القرار طبقاً للإجراءات المعتادة والواردة بقانون المرافعات بشأن إعلان الأوراق القضائية - وتحدد لنظر طلبات الزوجة جلسة مقبلة، فإذا حضر الزوج قبل انقضاء الأجل المحدد فى الإعلان فيها ، أما إذا انقضى الأجل دون أن يرسل الزوج ما تنفق

1 الفرقة بين الزوجين ، على حسب الله - طبعة 1968 - ص 140 .
2 محمد سالم مذكور فى أحكام الأسرة فى الإسلام - المرجع السابق - ج 2 - ص 155.
3 حكم محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم 81 لسنة 101 قضائية .

الزوجة منه أو لم يحضر هو للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلقت عليه¹ وفي ذلك تقول محكمة جنوب القاهرة " وحيث أنه بجلسة 1981/3/22 قررت المحكمة أعمار المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية نفقة حاضرة قدرها خمسة عشر جنيهاً خلال شهرين من تاريخه وإلا ستطلقها المحكمة عليه وحددت جلسة 1981/5/3 لنظر الدعوى وهذه الجلسة مثلت المدعية وقدمت إعلان المدعى عليه بهذا الأعمار تبين منه أنه أعلن إليه قانوناً في 1981/4/1 وقالت أن المدعى عليه لم يؤدي إليها النفقة الحاضرة ، أما بشأن التفريق لعدم الإنفاق وكان حكم القانون متفقاً مع مذهب الإمام مالك فيكون هو المصدر التاريخي لهذا النص . ويتعين الرجوع إليه في تفصيل مجمله وتقييد مطلقة وكان المقرر أن العجز عن الإنفاق يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وفقاً للراجع في المذهب الحنفي عملاً بالمادة 280 من اللائحة الشرعية وكان تقدير أقوال الشهود مرهون باطمئنان قاض الموضوع وكانت المحكمة تطمئن إلى ما شهد به شاهدي المدعية من أن المدعى عليه تركها بلا نفقة أو منفق وليس له مال ظاهر يمكنها الإنفاق منه وكانت المدعية قد أثبتت بصحيفة دعواها أن المدعى عليه معسر وفقير وليس له مال ظاهر يمكنها الإنفاق منه أى أنها قررت بإعساره وكانت المحكمة بناء على إقرار المدعية بإعسار المدعى عليه أعذرت به بأن يدفع للمدعية نفقة حاضرة قدرها خمسة عشر جنيهاً خلال شهر وأعلن المدعى عليه بهذا الأعمار في 1981/4/1 وقدمت المدعية هذا الأعمار بجلسة 1981/5/3 وقالت أن المدعى عليه لم يؤدي هذه النفقة الحاضرة لها ومن ثم فإن دعوى المدعية تكون قائمة على أساس من الواقع والقانون إذ أن المدعى عليه لم ينفق خلال شهر من أعذاره بالإنفاق بعد أن ثبت إعساره ويتعين إجابة المدعية إلى طلبها بالتطبيق² .

• وجدير بالذكر أن إغفال المحكمة لإصدار القرار بأعمار الزوج وضرب أجل لا يترتب عليه بطلان الحكم³ .

أما الحالة الثانية : إذا كانت غيبة الزوج بعيدة

¹ أنور العمروسي في أصول المرافعات الشرعية - ص 357 وانظر الحكم الصادر في الدعوى رقم 15 لسنة 1981 - جلسة 1981/5/31 ، كلي جنوب القاهرة .

² الحكم رقم 1585 شرعي كلي جنوب القاهرة - جلسة 1981/5/31 .

³ حكم محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 81 لسنة 101 قضائية - بجلسة 1985/5/9 .

- والغيبية تكون بعيدة إذا تواجد الزوج بمكان لا يمكن وصول الرسائل إليه فيه أو مفقود لا تعلم حياته من مماته أو يمكن وصول الرسائل إليه بعد تسعة أيام أو أكثر.

وفى هذه الحالة يفرق المشرع بين فرضين أيضاً

الأول : إذا كان للزوج مال ظاهر

نفذ الحكم الصادر بالنفقة عليه ويرفض القاضى طلب التطلاق لعدم الإنفاق.

الثانى : إذا لم يكن للزوج مال ظاهر

طلق القاضى عليه بغير أعذار¹.

• وقد ألحق المشرع المفقود الذى لا أمل له بالغائب غيبة بعيدة وليس له مال ظاهر وسوى بينهما فى الحكم من حيث تطليق القاضى عليه فى الحال بغير أعذار أو ضرب أجل².

• أما المسجون الممتنع عن الإنفاق فبحكم كونه معلوم الإقامة يمكن وصول الرسائل إليه فإنه يتساوى فى الحكم مع الغائب غيبة قريبة وليس له مال ظاهر من حيث وجوب أعذاره قبل الحكم بالتطلاق عليه³.

• وتطلاق زوجة المسجون لعدم الإنفاق يختلف عن التطلاق لمجرد سجن الزوج والذى تناوله المشرع فى المادة 14 من القانون رقم 25 لسنة 1929 إذ يقع بالأخير طلاقه بانه حين أن الطلاق لعدم الإنفاق يقع به طلاق رجعية كما أن الطلاق للمسجن مجرداً لا أعذار فيه بالإنفاق .

• ويجدر التنويه إلى أن نشوز الزوجة إنما يحول دون القضاء لها بالتطلاق لعدم الإنفاق لتقابل حق الإنفاق والاحتباس وتوقف كلاهما على الآخر⁴.

¹ نصر الجندى فى مجلد الأحوال الشخصية - طبعة 1980 ، ص 38 .
² أنور العمروسى فى أصول المرافعات الشرعية - طبعة 1971 - ص 358 وج 2 ص 38.
³ على حسب الله فى الفرقة بين الزوجين - طبعة 1968 - ص 141 .
⁴ مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً - نصر الجندى - ص 189.

- وإثبات يسار الزوج فى هذه المادة لا تكفى فيه شهادة الاستكشاف إنما يتعين الإثبات بالطرق الشرعية كشهادة الشهود وغيرها.

أحكام النقض

• النعى بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون والخطأ فى تطبيقه لأنه قبل الدعوى بشهادة شاهد واحد مع أنها دعوى تطليق لعدم الإنفاق تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية والرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة تطبيقاً للمادة 6 من القانون رقم 462 لسنة 1955 ومن قبلها المادة 280 من اللائحة الشرعية وأن القول الوحيد فيه فى مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق هو أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان وأنه لا يوجد فى مذهب الأحناف من يقول بكفاية شاهد واحد مردود ذلك أنه لما كان التطليق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلاً على رأى من مذهب أبى حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطليق لأى من هذين السببين إنما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز فى القانون رقم 25 لسنة 1920 التطليق لعدم الإنفاق أو للغيبة فإنه لا يكون من غير المقبول التحدى برأى الإمام أبى حنيفة فى إثبات أمر لا يجيزه ومن ثم يكون هذا النعى فى غير محله متعين الرفض.

(الطعن رقم 20 لسنة 27 ق - جلسة 1960/2/18 - س 12 - ص 181)

• التطليق للزواج بأخرى . شرطه . اختلاف السبب فى هذه الدعوى عن السبب فى دعوى التطليق لعدم الإنفاق . عله ذلك . إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه على أساس المواد 4 ، 5 ، 6 من قانون 25 لسنة 1920 فى حين أن السبب فى الدعوى استند إلى المادة 11 مكرر من قانون 25 لسنة 1929 المضافة بقانون 100 لسنة 1985 خطأ .

(الطعن رقم 112 لسنة 65 ق "أحوال شخصية" - جلسة 1999/5/24)

مادة (6)

تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة.

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

تعليمات وزارة الحقانية للقانون رقم 25 لسنة 1920 .

1- أن الطلاق الذى توقعه المحكمة لعدم الإنفاق طلاق رجعى يجوز للزوج أن يراجع فيه ما دامت الزوجة فى العدة.

2- أن جواز الرجعة مشروط بشرطين :

- (أ) ثبوت يساره بحيث يظن قدرته على إدانة الإنفاق عليها نفقة مثلها .
- (ب) استعداده للإنفاق عليها نفقة مثلها فإذا لم يتوفر الشرطان لم تصح الرجعة .

التعليق

- هذه المادة مرتبطة بالمادتين 4 ، 5 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

• تضمنت المادة النص على أن التطليق الذى كان يوقعه القاضى على الزوج الممتنع عن الإنفاق إنما يقع طلاق رجعية طالما كان بعد الدخول وغير مسبوق بطلقتين الأمر الذى يكون معه للزوج الحق فى مراجعة زوجته من بعده أما لو كان قبل الدخول أو كان قد سبقته طلقتين فإنه يقع بائناً بحكم القانون¹.

• اشترط النص لصحة المراجعة التى تتم من جانب الزوج الذى طلقت عليه زوجته بحكم قضائى لعدم الإنفاق توافر شرطين :

أولهما : أن يثبت للقاضى أنه قد أصبح موسراً .

¹ على حسب الله فى الفرقة بين الزوجين - المرجع السابق - ص 141 .

وثانيهما : أن يثبت استعداده للإنفاق خلال فترة العدة¹ وذلك لا يكون إلا بأن يسدد ما تراكم عليه من دين نفقة الزوجة أو أن يعرض مبلغ النفقة على المطلقة عرضاً حقيقياً وإيداعه إحدى خزائن المحاكم وعلى أن يصرف لها دون قيد أو شرط كما أن المراجعة الفعلية بالمباشرة الجنسية مما تصح به الرجعة أيضاً².

• وتختلف أى من الشرطين السابقين لا تجوز معه الرجعة إذا أجراها الزوج رغم تخلف إحدهما .

• فإذا خرجت الزوجة من العدة بإقرارها لا يستطيع الزوج مراجعتها حتى لو توافر من جانبه الشرطان لأن العبرة بتوافرها خلال فترة العدة التي يجوز فيها للزوج مراجعة زوجته المطلقة منه رجعيّاً خلالها ولا يبقى أمامه سوى مراجعتها بعقد ومهر جديدين وبموافقتها .

• ويجوز أن تتم مراجعة الزوج لزوجته أمام المحكمة التي تقضى بها³.
• ويجدر التنويه إلى أنه إذا اختلف الزوجين في صحة الرجعة فإن القول يكون للزوجة بيمينها فيما يتعلق ببقاء العدة أو انقضائها .

أحكام النقض

• اختلاف الزوجين في صحة الرجعة . القول للزوجة بيمينها . العدة بالحيض حدها الأدنى ستون يوماً .

(الطعن رقم 182 لسنة 65 ق – جلسة 2001/5/28)

• إقرار المرأة بصحة الرجعة وبكونها في العدة وقت حصولها . التزامها بهذا الإقرار ولا يقبل الرجوع فيه وإن لم يقترن بيمينها . علة ذلك. عدم نفاذ هذا الإقرار في حق المطلق إلا إذا حلفت اليمين على ذلك باعتباره صاحب المصلحة في التمسك بهذا .
(الطعن رقم 530 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/28)

¹ أحكام الأحوال الشخصية - محمد يوسف موسى - طبعة 1956 - ص 326 .
² المستشار محمد الدجوى في الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - ص 309.
³ راجع في حق وأحوال مراجعة الزوج لزوجته التعليق على المادة الخامسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

مادة (8)¹

إذا جاء المفقود أو لم يجئ وتبين أنه حي فزوجته له ما لم يتمتع بها الثاني غير عالم بحياة الأول فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول.

• هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .
المذكرة الإيضاحية

لم يرد بشأن النص تعليمات من وزارة الحفانية.

التعليق

• يعتبر هذا النص مرتبطاً بالمادتين 21 ، 22 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 رغم صدورهما قبل صدور القانون الأخير حيث يتناول تنظيم موقف زوجة المفقود في حالة ظهوره حياً بعد فقده والحكم بموته وقيام زوجته بعد الحكم وانقضاء العدة بالزواج من آخر ، وقد تضمنت المادة فرضين لا يخرج عنهما أى حال .

الأول : إذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج بغيره بعد الحكم بموته فهي له في حالة ظهوره من غير حاجة إلى عقد جديد .

الثاني : إذا كانت قد تزوجت بغير المفقود وبعد الحكم بموته وانقضاء عدتها ففي هذه الحالة فروض أربعة :

1- إذا كان الثاني قد تزوجها ولم يدخل بها ، فهي للمفقود ويفرق بينها وبين الزوج الثاني .

2- إذا كان الثاني قد تزوجها ودخل بها فهي له بشرط إلا يكون عالماً أن المفقود حي فإذا ثبت علمه كانت للمفقود وفرق بينها وبين الثاني.

3- إذا كان الثاني عالماً بحياة المفقود ودخل بها أو لم يدخل فهي للزوج الأول دون الثاني.

4- إذا كان عقد الزواج الثاني في عدة وفاة الأول فهي للمفقود¹.

• وجدير بالذكر أن الشهادة على فقد المفقود يكفي فيها أن تكون بالسماع أى بالشهرة العامة أو السماع المستفيض² .

¹ المادة السابعة ألغيت بالمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 .
¹ الفرقة بين الزوجين ، على حسب الله - طبعة 1968 - ص 274 .
² محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - ج 2 - ص 264 .

مادة (9)

للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون أو الجذام أو البرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترضى به ، فإن تزوجته عالمه بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق.

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

الفرقة للعيب في الرجل قسمان قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء وباقى الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق بكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر.

- ويستند حق الزوجة فى طلب التطلق للعيب إلى عموم القاعدة الشرعية القائلة "لا ضرر ولا ضرار" وأن "الضرر يزال" .

التعليق

- أعطى النص الزوجة الحق فى طلب التطلق من الزوج إذا وجدت به عيباً مستحكماً¹ .
- والعيب هو كل نقص بدنى أو عقلى فى أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية² .
- واستحكام العيب هو وصف له يدل على استدامته بالزوج .

¹ راجع الفقرة 4 من المادة 33 من لائحة المأذونين المعدلة بقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 حيث أوجب على الزوجين الإقرار شفويًا أو كتابيًا بخلوهما من الأمراض التى تجيز التفريق ومن أمثلتها العنة والجنون والجذام والبرص والإيدز.

² عبد الرحمن تاج فى أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية - ص 347 .

• وتقدير وجود العيب المستحكم الذي لا يرجى زواله أمر موضوعي يقدره قاضي الموضوع¹.

• وقد وضع المشرع معياراً لاستحكام العيب فالعيب يكون مستحكماً إذا استحال البرء منه أو أمكن ذلك ولكن بعد زمن طويل² وتقدير هذا الزمن يعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع مستعيناً في ذلك بأهل الخبرة والتخصص³.

• والواضح أن المشرع لم يحصر العيوب التي يجوز التفريق من أجلها حيث تضمنت المادة قاعدة عامة وذكرت بعض العيوب على سبيل المثال⁴ وعلى ذلك فهي تتسع لكل العيوب التي تتوافر في أحد الزوجين⁵ عند العقد بحيث ينفر بسببها الزوج الآخر منه ولا يحصل معها مقصود النكاح من الرحمة والمودة⁶.

• ويشترط لطلب التطليق للعيب أربعة شروط هي :

أولاً : أن تجد الزوجة بزوجها عيباً مستحكماً جسماني كمرض الجذام أو خلقي كمرض نفسي مستعصي أو جنسي كالعنه أو الجب أو الخشاء فإذا لم يكن العيب مستحكماً فلا طلاق .

ثانياً : إلا يكون من الممكن البرء من هذا العيب أو يمكن ذلك ولكن بعد مرور زمن طويل ، فإذا كان يمكن البرء منه بعد زمن يسير فلا طلاق .

• ويقدر استحكام العيب أهل الخبرة .

ثالثاً : أن تتضرر الزوجة بالعيب على نحو لا يمكنها المقام مع الزوج مع قيام العيب به ، ويستوي في الضرر أن يكون مادياً أو معنوياً ويقدر توافره قاضي الموضوع مستعيناً في ذلك بأهل الخبرة .

¹ نقض أحوال الطعن رقم 10 لسنة 51 ق - جلسة 1982/5/18 .

² البرديسي في الأحوال الشخصية - ص 477 .

³ الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون - احمد الغندور - ص 131 .

⁴ أنور العمروسي في أصول المرافعات الشرعية - ص 362 .

⁵ من العيوب الجنسية التي تصيب الزوجة الرتيق : وهو انسداد موضع الجماع سواء بعظم أو لحم ، والقرن : وهو ما يشبه قرن الشاه يبرز في هذا الموضع يمنع الاستعمال ، والعفل : وهو لحم يبرز من موضع الجماع يشبه الادرة للرجل ، والافضاء : وهو اختلاط المسلكين بالمرأة ، والبخر : وهو رائحة نتنة تصدر من الفرج .

⁶ على حسب الله في المرجع السابق - ص 122 ونقض أحوال الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - ص 432 - س 27 .

رابعاً : إلا تعلم الزوجة بالسبب قبل العقد أو ترضى به بعده¹ . فإذا كانت تعلم أو رضيت به فلا طلاق² .

• وتختلف أحد هذه الشروط يترتب عليه سقوط حق الزوجة في التطليق لهذا السبب³ كما أن ظهور العيب بعد الزواج يعطيها ذات الحق في طلب التطليق⁴ إلا أن الرضا بالحياة مع الزوج رغم وجود العيب الذي حدث بعد العقد يسقط حق الزوجة في طلب الطلاق للرضا دلالة ومن ذلك ما قضت به محكمة مغاغة الشرعية في القضية رقم 25 لسنة 1933 حيث قالت⁵ . "من حيث أنه تبين من قرار المجلس الحسبي أن زوجها المحجوز عليه قد حدث به عيب هو مرض الجنون المطبق وأن وكيلها إزاء ذلك طلب تعيين المدعية قيماً عليه وحيث أن هذا يدل على أن المدعية وقد حدث عيب الجنون المطبق بزوجها قد علمت ورضيت بذلك العيب رضاء جعلها تطلب بلسان وكيلها تعيينها قيماً عليه بصفتها زوجة له وأيد ذلك الرضي أنها مكثت نحو تسعة سنين لم تطلب التفريق بينها وبين زوجها لحدوث الجنون به وأيدت ذلك المدعية وأقرت به أمام المحكمة حيث أن سبب طلاقها أنها لا ترغب الطلاق لذات نفسه بل لأن المدعي عليه بصفته قيماً على زوجها لم يؤد لها النفقة، الأداء الذي ترتاح إليه نفسها وقدرت أنه لو أرحها في أداء النفقة لا تطلب الطلاق وحيث أن المادة التاسعة من ق 1920/25 نصت على أنه لا يجوز التفريق إذا حدث للزوج عيب كالجنون وعلمت الزوجة ثم رضيت به صراحة أو دلالة بعد العلم به وحيث أن رضاء المدعية بذات العيب فيه العلم وهو ثابت دلالة وصراحة بما تبين من قرار المجلس الحسبي وبما قررته المدعية نفسها أمام هذه المحكمة".

¹ الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية – عمر عبد الله – ط 1958 - ص 423.

² كان تطالبه بالنفقة مثلاً بعد حدوث العيب .

³ بدران أبو العنين في الزواج و الطلاق في الإسلام – ط 1957 - ص 288.

⁴ مجلة المحاماة الشرعية – س1 ص 205 .

⁵ ونحن نرى أن المشرع قد أضاف شرطاً خامساً للحكم بالتطليق للعيب بما نص عليه في المادة 2/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 من وجوب قيام المحكمة بعرض الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالتطليق وبحيث أن كان لهما ولد وجب تكرار عرض الصلح عليهما مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً ، وإجراء عرض الصلح إجراءً وجوبياً يترتب على مخالفته بطلان الحكم إلا أن المواعيد المنصوص عليها من قبيل المواعيد التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان ونحن نرى أيضاً أنه ما كان هناك مجال لمحاولة الصلح بين زوجة تتضرر من عدم وقائعها وزوج عنين أو محبوب اللهم إلا في حالات العنة النفسية وما شابهها مما يتوافر معه احتمال للشفاء أو الإصلاح ، وعلى وجه العموم أجازت الفقرة الثانية من المادة (4) من القانون رقم (1) لسنة 2000 الاستعانة بأخصائيين اجتماعيين في إطار محاولة الصلح بين الزوجين على أن يقدموا تقريرهم خلال خمسة عشر يوماً لا تزيد ، وراجع في أحكام الصلح التعليق على المادتين 6 ، 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

كما قضت محكمة الأقصر الشرعية بجلسة 1933/12/21 بحكم قالت فيه "نصت المادة التاسعة من القانون 1920/25 علي أن يشترط في العيب الذي يجيز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها ألا ترضي به صراحة أو دلالة علي أنه يشترط فيه ألا يمكنها المقام معه إلا بضرر ومن حيث أن العته لا يتحقق فيه ذلك إذ المعتوه شرعاً هو قليل الفهم مختلط الكلام لا يضرب ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تتضرر به الزوجة وقد قرر وكيلها أنها كانت قيمة عليه وهو بهذه الحالة وقبولها لأن تكون قيماً عليه فيه رضا دلالة بهذا العيب فليس لها بعد ذلك طلب التفريق".

• وتعد إصابة الزوج بأحد العيوب الجنسية كالعنة أو الجب أو الخصاء من العيوب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق وفق الشروط المنصوص عليها بالمادة محل التعليق¹.

• والعنين هو من لا يشتهي الجنس الآخر ، والخصي هو من سُلّت خصيتاه أما المحبوب فهو من استؤصل عضوه التناسلي .

• وإتيان الزوج لزوجته ولو لمرة واحدة يسقط حقها في طلب التطلاق للعيب للاستيفاء .

• ومن المشكلات التي تثور في العمل ويتعين التعرض لمناقشتها حق زوجة الرجل العقيم في التطلاق عليه بسبب العقم ، ومن ثم هل يعد عقم الرجل من العيوب المستحكمة في مفهوم المادة محل التعليق والتي تعطى الزوجة الحق في طلب التطلاق ونحن نرى أن العقم يدخل ضمن العيوب التي يجوز بسببها طلب التطلاق للعيب لذات العلة وهي الإضرار بالزوجة الصالحة للإنجاب والقادرة عليه خاصة من حيث تقويت أهم مقاصد النكاح بالنسبة لها وهو التناسل²، إلا أن قضاء حديث لمحكمة النقض ذهب مذهبا آخر مؤداه أن عدم قدرة الزوج على الإنجاب ليس مبرراً للتطلاق إذ لا دخل للإنسان في ذلك³ إلا إذا اقترن ذلك بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر⁴.

¹ لم يكن للزوجة قبل صدور القانون رقم 25 لسنة 1920 طلب التطلاق للعيب إلا لأحد تلك الأسباب .
² وهي فتوى منسوبه لعمر بن الخطاب - رضى الله عنه - مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام - ط 1977 - ص 568 .

³ نقض الطعن رقم 287 لسنة 62 ق - جلسة 1996/9/23 .

⁴ نقض الطعن رقم 357 لسنة 63 ق - جلسة 1997/12/29 .

• وفى خصوص العيوب الجنسية يتعين الإشارة إلى أنه إذا أقامت الزوجة الدعوى بطلب التطلق على الزوج لإصابته بأحد العيوب التى تتعلق بقربانها (العيوب الجنسية) كالعنه أو الخصاء وجب التفريق بين فرضين .

الأول :- إذا كانت المدعية ثيباً عند رفع الدعوى وثبتت ثبوتها قبل الزواج – باتفاق الطرفين أو بطريق الطب الشرعى – أى تزوجها ثيباً ، وادعت الزوجة إصابة الزوج قبل الدخول فالقول فى هذه الحالة قول الزوج بيمينه لأن الظاهر وهو ثبوتها يشهد له ، أما إذا ادعت إصابته بعد الدخول بها وتحققت الشروط الأربعة السالفة طلقت عليه بغير يمين¹ .

الثانى :- إذا ثبت بواسطة أهل الخبرة أو باتفاق الزوجين أن الزوجة بكرة ، وادعت الزوجة أن بالزوج عيباً يتعلق بقربانها فإذا اقر به الزوج أو ثبت العيب بواسطة أهل الخبرة الذى تحيل المحكمة الزوج إليهم وجب على المحكمة إمهال الزوج مدة سنة² فإذا عادت الزوجة بعد انقضاءها بكرة طلقت فى الحال³ و أما إذا عادت بعدها ثيباً رُفضت دعواها إلا إذا ادعت أنه فض بكارتها بغير وقاع , فإن القول فى هذه الحالة يكون قول الزوج بيمينه⁴ .

• فإذا أفاد الطبيب أن الزوج لا يرجى شفاؤه إلا بعد زمن طويل طلقت عليه الزوجة فى الحال ، أما إذا أفاد بإمكان شفاؤه وجب إمهال الزوج مدة السنة بفصولها الأربعة .

• والسنة المقصودة هنا هى السنة الشمسية (الميلادية) وليست السنة الهجرية⁵.

• ويبدأ احتساب السنة المذكورة من تاريخ رفع الدعوى⁶ ويسقط منها فترات مرض الزوج أو الزوجة التى يتعذر معها ممارسة المعاشرة الزوجية¹ .

¹ راجع المذكرة الإيضاحية للنص .

² نقض الطعن رقم 38 لسنة 65 ق - جلسة 1993/3/22.

³ راجع حكم محكمة شمال القاهرة فى القضية رقم 2357 لسنة 1984 - جلسة 1986/6/29 والطعن بالنقض رقم 13 لسنة 44 ق - جلسة 1975/11/19 - ص 1426 .

⁴ راجع حكم محكمة جنوب القاهرة فى القضية رقم 420 لسنة 1957 - جلسة 1957/12/8 .

⁵ قال بالسنة الشمسية أبى الحسن عن أبى حنيفة زيادة فى الاحتياط للزوج بحسبان أن السنة الشمسية 365 يوماً وتزيد عن السنة الهجرية التى عدد أيامها 354 يوماً تقريباً وراجع فى الخلاف حول مقصود السنة حاشية ابن عابدين - ج 2 - ص 611 ومن الفقه الحديث أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى - محمد يوسف موسى - طبعة 1956 - ص 330 - فقرة 441 وزكى الدين شعبان فى الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ط 1964 - ص 438 وعبد الرحمن تاج الدين فى أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ط 1955 - ص 349 وراجع نقض الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - جلسة 1976/2/11 - ص 432 - س 27 والطعن رقم 8 لسنة 43 ق - جلسة 1975/11/19 - ص 1426 - س 26 والطعن رقم 20 لسنة 46 ق - س 28 .

⁶ نقض الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - جلسة 1976/2/11 - ص 432 - س 27 .

• فإذا انقضت السنة فلا يؤجل له مرة أخرى إلا بموافقة الزوجة لأنه بمضى السنة يثبت للزوجة حق التفريق².

وفى شأن تطليق الزوجة لإصابة الزوج بالعجز الجنسي تقول محكمة جنوب القاهرة "وحيث أن المادة 9 من القانون 25 لسنة 1920 تجيز للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر . سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترضى به . وأضافت المادة أنه يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب الفسخ من أجلها والتفريق للعنة محل اتفاق بين الفقهاء ولإثبات العنة والخصاء لابد من تأجيل الزوج فيها سنة يثبت فيها أنه لم يقرب زوجته مما مفاده أنه لا يجوز الحكم بالتفريق لهذا العيب قبل مرور سنة من تاريخ طلب الزوجة للطلاق ومتى كان ذلك وكانت الدعوى الماثلة قد أقيمت فى 1983/6/9 وتأجلت لأكثر من سنة وأحالت المحكمة المدعى للطب الشرعى للكشف الطبى أربع مرات ولم يحضر وكان الثابت أن المدعية قد فض غشاء بكارتها جراحيا بمعرفة طبيب . فإن المحكمة تطمئن إذ تقضى بالتفريق بين المدعية وزوجها للعيب بطلاق بائن طبقاً للمادة 10 من القانون سالف الذكر"³.

كما تقول محكمة جنوب القاهرة فى حكم آخر لها "ومن حيث أن المحكمة أصدرت حكماً قضى غيابياً وقبل الفصل فى الموضوع بنذب مصلحة الطب الشرعى لتوقيع الكشف الطبى على المدعية والمدعى عليه لبيان ما إذا كانت المدعية قد أزيلت بكارتها بعضو التناسل أم لا ، وما إذا كانت لديه قدرة على مباشرة النساء من عدمه الخ وإذ باشرت مصلحة الطب الشرعى المأمورية المبينة بمنطوق حكم المحكمة وقدمت تقريراً انتهت فيه إلى نتيجة مؤداها أنه من الكشف على (.....) تبين أن المنطقة التناسلية عادية وخالية من أية تشوهات خلقية أو إصابية والغشاء البكرى خالى تماماً من أى اثر لتمزقات قديمة أو حديثة وفتحته ضيقة – أى أن المذكورة بكاراً ، ولما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لا يستطيع مباشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لا زالت بكاراً ، أو أنه لم يصل إليها فيؤجله القاضى سنة يتبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم

¹ نقض الطعن رقم 38 لسنة 65 ق - جلسة 1993/3/22 .

² محمد سلام مذكور فى أحكام الأسرة فى الإسلام - ج 2 - ص 204.

³ الحكم رقم 8687 لسنة 1983 - جلسة 1985/2/23 - كلى جنوب القاهرة .

الخصومة، إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض فتبدأ من حين زوال المانع ، ولا يستطيع معه الوقاع ، فإن انقضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مُصرّة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت ، لما كان ذلك وكان الثابت من تقرير الطب الشرعى أن المدعية ما زالت بكرّاً تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتقى معها القول بحدوث معاشرة ، وأن المدعى عليه لم يحضر بالطب الشرعى ، ومن ثم فلم تقف المحكمة على سبب العنة ، وما إذا كانت عضوية دائمة أم أن ما به من عيب ناتجاً من عوامل نفسية ، بما يفيد أنها عنة مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما قد يمهّد لإمكانية استرجاع المدعى عليه القدرة على الجماع ، ومن ثم تقضى المحكمة بإمهال المدعى سنة أربع فصول مختلفة .

• وفى شأن ثبوت إصابة الزوج بداء العنة على وجه الخصوص فإنه يجب التفرقة بين ما إذا كانت العنة التى يعانى منها الزوج هى من نوع العنة العضوية أم النفسية ففى الحالة الأولى وهى ما إذا ثبت إصابة الزوج بالعنة العضوية فإذا أفاد الطبيب بأنه لا يرجى شفاء الزوج منها أبداً أو بعد زمن طويل طلقت عليه الزوجة فى الحال، أما إذا أفاد الطبيب بإمكان شفاء العنة العضوية وجب إمهال الزوج مدة السنة، أما فى حالة ثبوت أن مرض الزوج هو العنة النفسية وجب إمهال الزوج مدة السنة سواء تضمنت إفادة الطبيب إمكانية الشفاء منها من عدمه إذ لا يجوز التطليق على الزوج المصاب بالعنة النفسية دون إمهاله¹ .

• ونحن نرى وجوب تطليق الزوجة دون إمهال فى حالة ثبوت إصابة الزوج بالعنة النفسية² ذلك أن العمل قد كشف عن استحالة شفاء الزوج من العنة النفسية بعد وصول الخلاف بين الزوجين إلى ساحات المحاكم واتهام الزوجة صراحة للزوج فى صحيفة الدعوى وأمام القضاء بعدم القدرة على إتيانها ومعاشرتها وهو ما يستحيل معه على الزوج – من الوجهة العملية – من بعد ذلك استعادة قدرته على معاشرة تلك الزوجة ، خاصة وقد لوحظ أن التقارير الطبية التى ترد للمحاكم منتهية إلى إصابة الزوج بالعنة النفسية تشترط ضرورة تعاون الزوجة الشاكية ومساعدتها للزوج للتغلب على مرضه وهو ما يستحيل عملاً بعد وصول الزوجين إلى ساحات القضاء على ما قدمنا .

¹ نقض الطعن رقم 13 لسنة 44 ق – جلسة 1976/2/11 – ص 432 – س 27 والطعن رقم 8 لسنة 43 ق – جلسة 1975 / 11 / 19 – ص 1426 – س 26 والطعن رقم 20 لسنة 46 ق – س 28 .
² قارن نقض أحوال – ملئ – الطعن رقم 51 لسنة 51 ق – جلسة 1982/12/21 – ص 1226 والطعن رقم 117 لسنة 40 ق – جلسة 1984/3/20 – ص 749 .

- وإذا كانت زوجة العنين بها هي الأخرى عيب يمنع من قربانها لا يفرق القاضى بينهما لوجود المانع من جهتها أيضاً ولا يؤجل للعنين إذ لا معنى له .
- وكما تعرف البكارة والثبوبة بأهل الخبرة تعرف أيضاً بشهادة امرأتين¹ إلا أن العمل جرى على الاستعانة بأهل الخبرة (الطب الشرعى) لبيان العيوب التى تصيب الرجل فإذا باشر الطبيب المنتدب مهمته وانتهى إلى سلامة الزوج عضوياً حكمت المحكمة برفض الدعوى² .
- ومن المباحث ذات الصلة بشكل أو بآخر³ بالعيوب التى تجيز فسخ الزواج التساؤل عن حدود حق الزوج فى طلب فسخ عقد الزواج إذا ما تكشف له بعد انعقاد العقد أن زوجته ثيباً غير عذراء رغم إقرارها فى وثيقة الزواج على خلاف الحقيقة إنها البكر الرشيد وهل هذا الوصف يعد عيباً يجيز للزوج فسخ العقد .
- ونحن نرى أن ثبوبة الزوجة ليست من قبيل العيوب المنصوص عليها فى المادة محل التعليق والتى اعد عقد الزواج لإثباتها و بالتالى فإن إقرار الزوجة بصلب وثيقة الزواج بأنها بكر حال كونها ثيباً لا يعد من قبيل التزوير المعاقب عليه قانوناً⁴.
- والراجح بالفقه الحنفى واجب التطبيق عملاً بالمادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 أنه لا يثبت فى الزواج خيار العيب سواء جعل الخيار للزوج أو للزوجة ، فإذا اشترط الزوج فى العقد شفاهه أو كتابة جمال المرأة أو بكارتها أو سلامتها من العيوب أو اشترطت المرأة سلامته من الأمراض أو العاهات فالعقد صحيح والشرط باطل حتى إذا وجد أحدهما صاحبه بخلاف ما اشترط فليس له الخيار فى فسخ العقد و إنما يكون الخيار بشروطه للمرأة إذا وجدت زوجها عنيماً أو نحوه على نحو ما هو منصوص عليه فى المادة التاسعة محل التعليق⁵ وعلى ذلك فإنه إذا تزوج الرجل من امرأة على أنها بكر ثم تبين له بعد الدخول أنها ثيباً فليس من حقه طلب فسخ الزواج لهذا السبب حيث ينحصر أثر ذلك فى خصوص المهر ، فيلزمه كل المهر لأن المهر

¹ عمر عبد الله فى أحكام الأحوال الشخصية - ص 192 .

² انظر الحكم رقم 1 لسنة 1985 - كلى شمال القاهرة - جلسة 1989/4/27 .

³ تناول الفقه الشرعى هذا المبحث فى معرض تناول الشروط المقترنة بعقد الزواج ونظراً لأن القانون 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 لم يتناولوا موادهما أحكام عقد الزواج إلا أن قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين وقد تناول فى مادته الأولى تعديل المادة (33) من لائحة المأذونين الصادرة عام 1955 على نحو يتناول تقرير حق الزوجين فى أن يشترط فى عقد الزواج شروطاً أورد أمثلة لها هو ما حدا بنا إلى تناول الأمر فى هذا الموضع .

⁴ انظر نقض جنائى الطعن رقم 460 لسنة 29 ق - جلسة 1959/4/28 - ص 94 .

⁵ مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان - قدرى باشا - ط 1978 - ص 13 . وراجع نقض أحوال الطعن 760 لسنة 67 ق - جلسة 2002 / 2 / 9 .

شُرِعَ لمجرد الاستمتاع دون البكارة وحماً لأمرها على الصلاح بأن زالت بكارتها بوثبه أو حيض شديد ، فإن كان قد تزوجها بأزيد من مهر المثل على أنها بكرًا فإذا هي غير بكر لا تجب الزيادة لأنه قابل الزيادة بما هو مرغوب فيه ، وقد فات فلا يجب ما قبول به ، ولا يثبت بتخلف شرط البكارة فسخ العقد¹ .

• وتثبت بكورة المرأة أو ثيوبتها بشهادة أهل الخبرة من الأطباء ، كما تثبت شرعاً بشهادة امرأة ثقة ، والثقتان أحوط وأوثق .

• وعلى ذلك ولما كانت طرق انحلال عقد الزواج أو حل رابطة الزوجية تنفرع إلى طريقتين أولهما هو الطلاق وثانيهما هو الفسخ وكان انحلال الزواج بالطلاق لا يرد إلا على عقد زواج استوفى شروط انعقاده و صحته أي لا يرد إلا على عقد زواج صحيح على حين أن فسخ الزواج إنما يكون أثراً لبطلانه لعيب شاب شروط انعقاده أو صحته ولما كان الفقه الحنفى فى الراجح فيه - على ما تقدم القول - لا يبطل عقد الزواج لثبوت ثيوبه الزوجة على خلاف الثابت بعقد الزواج من بيان متعلق بكونها بكرًا وغاية ما يعتمد في هذا الخصوص هو إنقاص ما يعد زائداً عن مهر مثلها حال ثبوت ذلك دون أن يمتد اثر ثبوت الثيوبه إلى صحة العقد ، ومؤدى ذلك أنه يتعين على الزوج فى هذه الحالة عدم المبادرة إلى تطليق الزوجة بإرادته المنفردة وإنما عليه إقامة الدعوى بطلب إنقاص الصداق بعد ثبوت الثيوبه ذلك أن مبادرته إلى تطليق الزوجة تجعل دعواه بإنقاص الصداق على غير محل إذ ستكون علاقة الزوجية قد انقضت بالطلاق الواقع منه .

• ولما كان قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ 1955/1/4 قد عدل المادة 33 من اللائحة القديمة على نحو أوجب معه على المأذون أن يُبصر الزوجين أو من ينوب عنهما بما يجوز لهما الاتفاق عليه فى عقد الزواج من شروط خاصة أورد أمثله لها² مثل جواز الاتفاق على عدم الاقتران بأخرى إلا بأذن كتابى من الزوجة أو الاتفاق على تفويض الزوجة فى الطلاق³ ثم أوجب على المأذون أن يثبت ما تم الاتفاق عليه فى المكان المعد لذلك بوثيقة الزواج سواء من أمثلة الاتفاقات التى أوردتها المشروع أو أى اتفاق آخر بينهما

¹ حاشية ابن عابدين - ج 2 - ص 346 و ج 4 - ص 48 .
² الزواج المقترن بالشرط هو ما يصدر فيه الإيجاب منفصل عن التعليق على شرط أو التقيد بوقت ولكنه مقترن بشرط ، فالإيجاب يتحقق وقت التلفظ به والشرط المقترن به ليس جزءاً منه بل ذكر ليفيد أمراً زائداً عما تفيد الصيغة .
³ أنظر قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين - ملحق الكتاب .

طالما أنه لا يحل حراماً أو يحرم حلالاً فإن مؤدى ذلك أن المشرع يكون قد فتح الباب أمام الزوجين ليشترط كل منهما على الآخر ما يراه محققاً لمصالحه من الشروط وأن ضابط الاعتداد بالشرط الوارد بالوثيقة في هذه الحالة هو اتفاه مع إكام الشرع على نحو لا يحرم معه الشرط حلالاً أو يحل حراماً .

• وتكليف الشرط وتقدير مدى اتفاه مع الشرع الإسلامي على نحو لا يحرم حلالاً أو يحل حراماً تعد في هذه الحالة مسألة قانونية تضطلع بها عند الخلاف – محكمة الموضوع وتخضع فيها لرقابة محكمة النقض .

• يتعين الإشارة إلى أن استحداث المشرع لهذا التنظيم إنما يستند إلى ما تجتمع عليه المذاهب الإسلامية الأربعة من جواز اقتران عقد الزواج بالشروط إلا أن التساؤل يثور عن المذهب الفقهي الذي يتعين الرجوع إليه في حالة الخلاف حول شرط اشترطه أحد الزوجين وخالفه الزوج الآخر وقد يرد على ذلك بأن المشرع قد أورد الضابط الذي يغنى عن الرجوع إلى مذهب فقهي بعينه لتحديد شرعية الشرط من عدمه وهو ما أورده بنص المادة من إجازة إضافة الزوجين لما يرياه من شروط لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً¹ إلا أن السؤال يعاود الظهور في حالة الخلاف حول تحديد ما إذا كان الشرط يحل حراماً أو يحرم حلالاً ولنضرب لذلك مثالا في اتفاق الزوجين أو اشتراط الزوج على الزوجة إلا تعمل بعد انتهاء دراستها إلا أن الزوجة التحقت بالعمل محتجة بأن عمل المرأة من الأمور المباحة شرعاً وان عملها – من ثم – لا يحل حراماً وفقاً لما ورد بالمادة 33 من لائحة المأذونين الأمر الذي يكون معه اشتراط الزوج بألا تعمل مما يحرم حلالاً بما يعطيها الحق في مخالفته وعدم الالتزام بالشروط .

• ونحن نرى أن مقتضى حكم المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 من حيث الرجوع إلى القول الراجح في المذهب الحنفي في كل حالة يخلو فيها قانون الأحوال الشخصية من نص منظم للمسالة وجوب الرجوع إلى القول الراجح في المذهب المذكور في خصوص الخلاف حول الشروط التي يشترطها الزوجان في وثيقة الزواج مما لم يورده المشرع بالوثيقة من حيث تحديد حليتها أو حرمتها .

• ويتعين الإشارة إلى أن الفقه الحنفي يرى أن الشروط الصحيحة والمعتبرة هي تلك التي يقتضيها العقد على نحو تعد معه جزءاً منه وتكون متفقة مع مقتضاه أو

¹ يروى عن النبي محمد ﷺ قوله "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً" ، وقد روى الترمذي أنه حديث من مرتبة الحسن لأنه روى من عدة طرق وفي بعضها ضعف .

ورد بها الشرع أو جرى بها عرف وعلى نحو تكون صحة الشرط عندهم هي التي تحتاج إلى دليل يثبت الالتزام كاشتراط الزوجة أن تطلق نفسها أو يكون والد الزوج كفيلاً بالمهر والنفقة أما الشرط غير الصحيح عندهم فهو كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكداً لمقتضاه ولم يقدّم دليل من الشارع على وجوب الوفاء به من نص أو أثر أو عرف مشهور كشرط إلا يتزوج عليها أو إلا يخرجها من بلدها¹.

• وحكم مخالفة الشرط الصحيح عندهم هو حمل المخالف على تنفيذه دون أن يثبت للمشتراط لصاحبه حق طلب الفسخ.

• وحكم مخالفة الشرط غير الصحيح عندهم هو إلغاء الشرط مع صحة العقد².

• وعلى ذلك فإن الأصل عند الحنفية هو عدم الالتزام بالشرط حتى يوجد دليل شرعى من نص أو قياس أو عرف يثبت الالتزام أو يكون واضحاً بجلاء أنه يعد جزء من العقد ومن مقتضاه ، فالشرط الذى ليس له دليل خاص يثبت حجته يلغى³ وعلى ذلك فإن مخالفة الزوج لاشتراط الزوجة فى عقد الزواج إلا ينقلها الزوج من بلدها لا يعطى الزوجة الحق فى طلب فسخ العقد لمخالفة الزوج للشرط – وفق المذهب الحنفى – وإنما يكون الحكم فى هذه الحالة هو بطلان الشرط وصحة العقد باعتبار أن إقامة الزوجين فى معيشة مشتركة هى من مقتضيات عقد الزواج وطاعة الزوجة فى المسكن الذى يعده الزوج للسكن لم يرد دليل شرعى على جواز الخروج عليه⁴ بما يجعل ذلك الشرط من الشروط غير الصحيحة .

• وغنى عن البيان أن جواز الاشتراط فى عقد الزواج هو حكم مقرر لصالح كلاً من الزوجين فلا يقتصر على إحداهما دون الآخر وترتيباً على ما تقدم فإن وصف الزوجة فى عقد الزواج بالبكورة أو اشتراط الزوج فى العقد أن تكون بكرًا لا يعطى للزوج حق طلب فسخ العقد إذا ما ثبتت ثبوتة الزوجة على خلاف ما ثبت فى الوثيقة من كونها بكرًا إذ يصح فى هذه الحالة العقد ويبطل الشرط⁵ ولا يزيد حق الزوج فى

¹ أبو زهرة فى محاضرات فى عقد الزواج وآثاره ط 1971 – ص 209 وما بعدها .

² مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام – ط 1977 – ص 153 وما بعدها .

³ المبسوط للسرخسى - ج 5 – ص 4 وما بعدها ، وفتح القدير على الهداية – الكمال بن الهمام – ج 3 – ص 152 وما بعدها .

⁴ عمر عبد الله فى أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية – ط 1961 – ص 76 وما بعدها .

⁵ ونحن نرى أنه يجوز للزوج فى هذه الحالة إقامة الدعوى ضد الزوجة بطلب التعويض إذا تكاملت عناصر المسئولية التقصيرية وفقاً لما هو منصوص عليه بالمادة 163 من القانون المدنى .

هذه الحالة عن المطالبة بإنقاص المهر إذا كانت البكورة محل اعتبار عند تقدير المهر على تفصيل فقهي يخرج عن هذا المقام¹.

• كما يتعين الإشارة إلى أنه إذا وجد الموثق أن الشرط يحلل حراماً أو يحرم حلالاً فعليه الامتناع عن إثباته ويكون للمتضرر من الزوجين رفع الأمر إلى القضاء بدعوى إلزام الموثق بإضافة الشرط والذي يختص ببحث طبيعة الشرط والوقوف على ما إذا كان يتفق مع الضابط الذي اعتمده القول الراجح في المذهب الحنفي وهو أن يكون من الشروط الصحيحة ، كما يكون لمن يرى من الزوجين أن الشرط المتفق عليه يحرم حلالاً أو يحلل حراماً أن يقيم الدعوى مختصماً الطرف الآخر والموثق بطلب الحكم بإبطال الشرط ومحوه من الوثيقة .

¹ انظر في تأثير تخلف شرط البكورة مؤلف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - عبد الرحمن تاج - ط1955 - ص 154 .

أحكام النقص

• مؤدى نص المادتين 9 و10 من القانون رقم 25 لسنة 1920 بأحكام النفقة وبعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الرجل أن ثبت به عيب مستحکم لا يمكن البرء منه أصلاً ، أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة مع زوجها إلا بضرر أما العيوب التي تجيز الفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحکام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، وتقدير ذلك مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع متى كان قضاءها يقوم على أسباب سائغة ولا يعيب الحكم إذا أصاب النتيجة وذكر مادة في القانون غير منطقية . وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قضى بالتطليق بناء على ما أورده بمدونات من تقرير الطب الشرعي من "أن الحالة التي يعاني منها الطاعن وإن كانت لا تعتبر من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أنها تؤدي إلى درجة من القصور الجنسي تتمثل في سرعة القذف بالإضافة إلى أنه يعاني من حالة عنه نفسية وأن شفاء حالته أمر عسير المنال كما أن الاتصال الجنسي غير الكامل أو الاتصال المبتور بين الزوجين يسبب للزوجة توتراً عصبياً شديداً قد يتطور إلى حدوث تغيرات عصابية وجسمانية وقد يعرض صحتها للخطر وأن هذه الحالة تصيب المطعون ضدها بضرر إذا حصل اتصال جنسي بينها وبين الطاعن" واستخلص من وجود عيب بالطاعن لا يرجى زواله ولا تعيش معه المطعون ضدها إلا بضرر شديد ولا يشترط معه الإمهال قبل التفريق وهو من الحكم استخلاص موضوعي سائغ له أصله الثابت في الأوراق ويؤدي إلى ما انتهى إليه ويكفي لحمل قضائه ولا عليه بعد ذلك أن ذكر المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 الغير منطبقة ويكون النعي برمته على غير أساس .

(الطعن رقم 30 لسنة 59 ق - جلسة 1991/11/19)

• مفاد نص المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون رقم 25 لسنة 1920 بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج أن ثبت به عيب مستحکم لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وأنه توسع في العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحکام المرض ومدى الضرر الناجم عن

الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة إلا تكون الزوجة رضيت بالزواج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة ، ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء . وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان تقدير علم الزوجة بعيب الزوج ورضاها به صراحة أو دلالة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع مما لا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض ما دام الحكم يقوم على أسباب مقبولة تكفى لحمله .

(نقض جلسة 1982/5/18 – الطعن رقم 10 لسنة 51 ق – س27)

• حق الزوجة فى طلب التطلاق بسبب العنة . وجوب الأخذ فيه بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . تحقق عيب العنة مسوغ للفرقة عند الحنفية .

(الطعن رقم 13 لسنة 44 ق – ص432 – س27)

• إذا كانت العملية الجراحية التى أجريت للطاعن وإن أصبح معها قادراً على إتيان زوجته بما ينفى عنه العنة إلا أنها أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الوقاع شاذاً لا يتحقق به أحد مقصدي النكاح ويلحق بالزوجة آلاماً عصبية ونفسية فضلاً عن أنه يعرضها للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبير المنتدب وكان من شأن هذا التدخل الجراحى استقرار حالة العيب لدى الطاعن مما يجعله عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه وينتهى بموجبه التأجيل الذى اشترطه الحنفية للحكم بالتطلاق لعيب العنة .

(نقض جلسة 1981/6/23 – الطعن رقم 13 لسنة 50 ق – س32)

• إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحاً إلى ثبوت قيام العيب المستحكم الموجب للتفريق فليس بضائرة بعد ذلك خطأه فى وصف هذا العيب بالعنة .

(نقض جلسة 1981/6/23 – الطعن رقم 13 لسنة 50 ق – س32)

• تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج الذى لا يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل بحيث لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر، ومدى علم الزوجة به ورضاها بالزوج مع وجود العيب به صراحة أو دلالة ، من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة .

(نقض جلسة 1982/5/18 – الطعن رقم 10 لسنة 50 ق – س33 والطعن رقم 8 لسنة 43 ق – ص1426 والطعن رقم 25 لسنة 38 ق – ص972 والطعن رقم 33 لسنة 39 ق – ص1114 والطعن رقم 673 لسنة 67 ق – جلسة 2002/1/7)

• إذا كان القانون رقم 25 لسنة 1920 قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى إتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض أو يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقاً للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، لما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطيع مباشرتها بسبب العيب وثبت أنها لا زالت بكرة وأنه لم يصل إليها فيؤجله القاضى ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض فتبدأ من حين زوال المانع ، ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضه أن كان مرضاً لا يستطيع معه الوقاع ، وإذا مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه تبين من تقرير الطب الشرعى أن المطعون عليها مازالت بكرة تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة ، وأن المطعون وان خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجاً عن عوامل نفسية ، وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زولاها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إهمال ، يكون قد خالف القانون . لا يشفع فى ذلك تقريره عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته واستمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها .

(نقض جلسة 1976/2/11 – ص 432 – الطعن رقم 13 لسنة 44 ق – وجلسة 1975/11/19 – ص 1426 – س 26 – الطعن رقم 8 لسنة 43 ق- والطعن رقم 20 لسنة 46 ق – ص1804 – س28)

• إذ كانت المذكرة الإيضاحية للقانون - رقم 25 لسنة 1920 - قد أوضحت أن التفريق للعيب في الرجل قسماً . قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء وبقى الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر. وكان ما نصت عليه المادة 11 من هذا القانون من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العلة قبل الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقاً للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، لما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطيع مباشرتها بسبب هذا العيب وتبين أنها لا زالت بكرأً وصادقها الزوج على أنه لم يصل إليها فيؤجله القاضى ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام أو المرض فتبدأ من حين زوال المانع ، ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضه أن كان مرضاً لا يستطيع معه الوقاع ، وإذا مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصررة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه ، لما كان ما تقدم ، وكان البين من تقرير الطب الشرعى أن المطعون عليها مازالت بكرأً تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة ، وإن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أنها قد تنتج عن عوامل نفسية مؤقتة ويمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إهمال ، يكون قد خالف القانون . لا يشفع فى ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى لأن مناط تحقيق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج من الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها .

(نقض جلسة 1976/2/11 - ص 432 - الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - وجلسة 1975/11/19 - ص 1426 - س 26 - الطعن رقم 8 لسنة 43 ق - والطعن رقم 20 لسنة 46 ق - ص 1804 - س 28)

• الزواج الصحيح . شرطه . أن تكون المرأة محلاً لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها وأن يحضر زواجها شاهدان – عقد قرانها على آخر أو عدم بكارتها وإن ثبت . لا أثر في محليتها لزواجها ولا يحرمها عليه ولا يبطل عقد زواجهما . علة ذلك . ليس للزوج خيار الفسخ إذا وجد في أمراته عيب لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق .

(الطعن رقم 760 لسنة 67 ق – جلسة 2002/2/9)
و(الطعن رقم 301 لسنة 72 ق – جلسة 2004 / 1 / 5)

• إذ كانت المذكرة الإيضاحية للقانون – رقم 25 لسنة 1920 – قد أوضحت أن التفريق للعييب في الرجل قسمان . قسم كان معمولاً به بمقضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والجب والخصاء وبقاى الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان المقرر فى مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة إلا يكون زوجها قد وصل إليها فى النكاح ، فإن كان وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق ، لأن حقها إنما هو فى أن يباشرها مرة واحدة وقد استوفته ، وما زاد عن ذلك لا يؤمر به قضاء بل ديانة فإن ما قرره الأحناف من أن القول للزوج بيمينه إذا وجدت الزوجة ثيباً أو كانت ثيباً من الأصل قاصر عندهم على العيب الذى يتبين بالزوج قبل الدخول وقبل الوصول إلى زوجته دون العيب الحادث بعد الدخول لأن هذا النوع الأخير لا يثبت به خيار العيب عندهم ، وعلى خلاف هذا المذهب أجازت المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 التطليق للعييب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يميناً على الزوج ، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكرتها وأن الضعف الجنسى طراً بعد الدخول ، فإن تحليفه اليمين يكون فى غير موضعه .

(الطعن رقم 8 لسنة 43 ق – جلسة 1975 / 11 / 19 – ص 1426)

• تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج الذى لا يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة.

(الطعن رقم 8 لسنة 43 ق - جلسة 19 / 11 / 1975 - ص 1426)

(الطعن رقم 564 لسنة 67 ق - جلسة 2001/12/22)

• الإضرار الذى تعنيه المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمده سواء كان ضرراً إيجابياً من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل ، أو ضرراً سلبياً يتمثل فى هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية على أن يكون ذلك باختياره لا قهراً عنه ، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ "الإضرار" لا الضرر ، كما يؤيده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء التى تتمخض كلها فى أن للزوج دخلاً فيها وإرادة محكمة فى اتخاذها . والعنة النفسية لا يمكن عدها بهذه المثابة من قبيل الإضرار فى معنى المادة السادسة سالف الذكر لأن الحيلولة دون ممارسة الحياة الزوجية بسببها لا يد للزوج فيها بل هى تحصل رغماً عنه وبغير إرادة.

(الطعن رقم 8 لسنة 43 ق - جلسة 19 / 11 / 1975 - ص 1426)

• إقامة الطاعنة دعواها بطلب التطلق على المطعون ضده لاعتدائه عليها بالضرب والسب وتبديد منقولاتها وإصابته بمرض مستحكم . إقامة الحكم المطعون فيه قضاؤه برفض الدعوى على سند من أن المطعون ضده غير مصاب بالمرض الذى ادعته الطاعنة دون أن يعرض لما ادعته من صور الأضرار الأخرى وما قدمه من مستندات . قصور .

(الطعن رقم 116 لسنة 59 ق - جلسة 1992/5/19 س 43)

• إن ما تمسكت به الطاعنة من عدم قدرة المطعون ضده على الإنجاب ليس مبرراً للتطلق إذ لا دخل للإنسان فى ذلك .

(الطعن رقم 287 لسنة 62 ق - جلسة 1996/9/23)

• عدم اندراج العقم ضمن العيوب التناسلية التى تجيز طلب التطلق فى المذهب الحنفى . علة ذلك . عدم الرزق بالأولاد لا يعد فى ذاته عيباً . أثره . عدم اتخاذه سبباً للتطلق إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر .

(الطعن رقم 357 لسنة 63 ق - جلسة 2002/12/29)

• حق الزوجة في طلب التفريق للعيب . م 9 ، 11 ق 25 – لسنة 1920 . شرطه . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده . تقدير ذلك من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضائها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم 307 لسنة 68 ق – جلسة 2002/2/9)

• تطليق الزوجة البكر بسبب عنة الزوج – شرطه . وجوب إمهاله سنة تتعاقب عليها الفصول الأربعة تبدأ من يوم الخصومة . وجود مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام أو المرض . أثره . بدء السنة من حين زوال المانع . عدم احتساب أيام غيبة الزوجة أو مرضها أو مرضه أن كان لا يستطيع معه الوقاع . عجز الزوج عن مباشرة زوجته مدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى . لا أثر له .

(الطعن رقم 38 لسنة 65 ق)

• حق الزوجة في طلب التفريق من زوجها للعيب المستحكم . شرطه . المادتان 9، 11 م بق 25 لسنة 1920 . العيوب المبيحة للفرقة . عدم ورودها على سبيل الحصر . تحقق العيب المستحكم وفقاً للمذهب الحنفى . مناطه . تأكد العلم بقيام العيب المستحكم بعد استظهاره بمعرفة أهل الخبرة وعدم رضاء الزوجة به صراحة أو دلالة . إقامة الزوجة مع زوجها زمناً للتجربة لاحتمال زوال العيب . لا يسقط حقها في طلب التفريق ولو تراخت في رفع أمرها للقضاء .

(الطعن رقم 673 لسنة 67 ق – جلسة 2002/1/7)

• إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن للعيب على ما استخلصه سائغا من تقرير الطبيب الشرعى دون انتظار لمدة سنة . كفايته لحمل قضاءه وفيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة . النعى على ذلك . جدل موضوعى . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 307 لسنة 68 ق – جلسة 2002/2/9)

مادة (10)

الفرقة بالعيب طلاق بائن

- لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

التعليق

- نص المشرع على أن الفرقة التي تقع نتيجة ثبوت عيب مستحكم بالزوج على النحو السابق طرحه بالمادة التاسعة هي طلاق بائن لأن إرادة القاضى تحل محل إرادة الزوج فكأن الزوج قد طلقها بنفسه ولأنها فرقة بعد زواج صحيح وأنه لما كان المقصود هو دفع الضرر عن الزوجة تعين أن تكون الطلقة بائنة كى لا يتمكن من مراجعتها بإرادته المنفردة .
- والتفريق للعيب يقع به طلاق بائن سواء كان قبل الدخول أو بعده.

مادة (11)

يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها
هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

- لم يرد بشأن النص تعليمات من وزارة العدل .

التعليق

• أباح النص الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء وغيرهم لتحديد العيوب التي يتطلب فسخ الزواج بسببها ، ومعنى هذا أن يسأل الطبيب عن نوع المرض ومدى الضرر المتوقع منه وإمكان البرء منه من عدمه والمدة التي يستغرقها الشفاء إذ لو كان العيب قريب الزوال فلا تطليق ، إلا أن النص أغفل الإشارة إلى ما يجب على القاضي القيام به بعد تقديم الطبيب تقريره وهل يحكم بالفرقة في الحال أو بعد التأجيل وكان حرياً به أن ينص على أن القاضي يؤجل الحكم سنة إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض في أقل من سنة ويفرق في الحال إذا قرر غير ذلك .

• ولا يعنى النص وجوب أن تقتصر المحكمة على الاستعانة بأهل الخبرة في هذه الحالات دون غيرهم فللمحكمة أن تستند إلى وسائل الإثبات الأخرى إذا انطوت الأوراق على ما يعد دليلاً معتبراً على ذلك .

• وتلجأ المحاكم عادة إلى مصلحة الطب الشرعي بوزارة العدل للقيام عن طريق أطباءها - بتحديد العيب وملابساته وظروفه - والتي تقوم بتقديم تقريراً بذلك إلى المحكمة ، إلا أن للمحكمة وباعتبارها الخبير الأعلى أن تطرح ما تضمنه تقرير الخبير وتحكم على غير مقتضاه طالما كان لقضائها أسباب سائغة طبقاً للقواعد العامة .

• كما أن لذوي الشأن تقديم تقارير طبية استشارية حيث يكون للمحكمة اعتمادها أو عدم التعويل عليها .

أحكام النقض

- حق الزوجة في طلب التفريق للعيب من الرجل . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده.

(الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - ص 432 - س 27)

- مفاد نص المادتين 9 ، 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يدل على أن المشرع توسع في العيوب التي تبيح للزوجة طلب الفرقة فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية وهي عيوب العنة والجب والخصاء وإنما أباح لها طلب التفريق أن ثبت بالزوج إي عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وإن ما ورد ذكره من عيوب في هذا النص كان على سبيل المثال لا الحصر وأنه رأى الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده .

(نقض جلسة 1981/6/23 - الطعن رقم 13 لسنة 50 ق - س 32)

- مؤدى نص المادتين 9 ، 11 من القانون رقم 25 لسنة 1920 بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الرجل أن ثبت به عيب (مستحكم) لا يمكن البرء منه أصلاً أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة مع زوجها المعيب إلا بضرر شديد . وتوسع القانون في العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده كل ذلك على شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة .

(الطعن رقم 8 لسنة 43 ق - جلسة 19 / 11 / 1975 - ص 1426)

• طلب الزوجة التفريق من زوجها للعيب . شرطه . م 9 ، 11 من قانون 25 لسنة 1920 . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عنه . لمحكمة الموضوع تقدير ذلك متى أقامت قضاؤها على أسباب سائغة . النعى عليها في ذلك . جدل موضوعي . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 15 لسنة 64 ق – جلسة 1998/1/5)

مادة (13)¹

على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون , ويسرى العمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

التعليق

- صدر القانون فى 12 / 7 / 1920 .
- نشر القانون فى الوقائع المصرية بتاريخ 15/7/1920 الموافق 28 شوال من عام 1338 هجرية بالعدد رقم 61 لسنة 90 .

¹ مادة 12 ألغيت بالمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 .

ثانياً : القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل¹
بالقانون رقم 100 لسنة 1985

مادة (1)

لا يقع طلاق السكران والمكره

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

المذكرة الإيضاحية

- طلاق السكران لا يقع بناء على قول راجع لأحمد وقول في المذاهب الثلاثة ورأى كثير من التابعين وأنه لا يعرف من الصحابة قول فيه بالوقوع ، وطلاق المكره لا يقع بناء على مذهب الشافعية والمالكية وأحمد وداود وكثير من الصحابة .
- ويستند عدم الأخذ بالطلاق الواقع من السكران أو المكره إلي قوله "p" "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" .

التعليق

- السكران هو من تناول الخمر وما شابهها حتى صار يهذي ويخرف في الكلام .
- ويتعين أن يصل الخمر بالإنسان إلى حالة لا يعي معها بعد إفاقة ما كان منه حال السكر فإذا ثبت عكس ذلك وبأن السكر لم يكن قد وصل به إلى تلك الحالة وقع الطلاق نافذاً².
- وسبب عدم وقوع طلاق السكران كونه لا يعي ما يقول ولا يقصده لزوال عقله ، والعقل شرط الأهلية للتصرف فتكون عبارته ملغاة لا قيمة لها ، والطلاق إنما شرع للحاجة إليه والسكران ليس على وعى يقدر به تلك الحاجة¹.

¹ القانون رقم 25 لسنة 1929 معدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .
² راجع محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - ج 2 - ص 79 .

- ويثبت السكر بشهادة الشهود وتحليل الدم والفحوص الطبية ورأى أهل الخبرة وغيرها من الأدلة الشرعية .
- والإكراه هو فعل يفعله الإنسان لغيره يجعل ذلك الغير مدفوعاً إلى العمل الذي طلب منه .
- والمكره هو من وقع تحت تأثير آخر هدده بإتيان فعل يوقع به الضرر بحيث لو لم يقع هذا التأثير ما فعل².
- والإكراه إما أن يكون كاملاً أو ناقصاً ومن الأول التهديد بالقتل ونحوه ومن الثاني التهديد بشيء أقل من القتل .
- والإكراه بوجه عام يعدم الرضا كما يفسد الاختيار³ ويتحقق بتهديد المكره بخطر جسيم يحدق بنفسه أو بماله⁴.
- ولا يقع طلاق المكره لانعدام إرادته لوقوعه تحت تأثير الإكراه فهو غير راض بما تلفظ به واختيار الطلاق كان أهون الشرين ونتيجة مؤثر خارجي فلا يكون صحيحاً⁵.
- ويتعين على من يدعى وقوعه تحت تأثير الإكراه إثبات ما يدعيه وإلا وقع طلاقه صحيحاً .
- ويلحق بالمكره ، فيما يتعلق بعدم وقوع طلاقه ، الغضب والمدهوش، والأول هو من اشتد به الغضب إلى درجة أغلقت عليه باب القصد فلا يقع طلاقه شريطة أن يصل به غضبه إلى حد التأثير على تفكيره وقصده وذلك عملاً بقوله "لا طلاق في إغلاق" ، والعبرة في تحديد ما إذا كان الغضب قد بلغ بالمطلق حداً أغلق عليه فكره المرجع فيه – في رأينا – إلى المطلق ذاته الذي يجب على القاضي الرجوع

¹ راجع الفرقة بين الزوجين – على حسب الله – طبعة 1968 – ص 68 .
² راجع الطلاق في الشريعة الإسلامية – أحمد الغندور – طبعة 1967 – ص 85 .
³ نقض أحوال جلسة 1981/12/18 – الطعن رقم 31 لسنة 50 ق .
⁴ نقض أحوال الطعن رقم 1430 لسنة 56 ق – جلسة 1992/5/19 – ص 43 .
⁵ عبد الوهاب خلاف في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – ص 135 .

مادة (1)

إليه باستجوابه في هذا الخصوص فضلاً عما يتوافر في الدعوى من قرائن أخرى وكذا المدهوش "المذهول" وهو من تلقى صدمة عصبية أذهلته لدرجة لا يعي معها ما يقول .

أحكام النقض

• الأصل في فقه الشريعة الإسلامية أن طلاق الزوج يقع متى كان عاقلاً بالغاً ، لأن الأهلية تتحقق بالعقل المميز ، إلا أن جمهور الفقهاء استثنوا من ذلك طلاق السكران والمكره فذهبوا إلى أن طلاقهما لا يقع لانتهاء القصد الصحيح أو مظنته في الأول وفساد الاختيار لدى الثاني ، وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحكم ، فنص عليه في المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

(نقض جلسة 1981/12/8 – الطعن رقم 31 لسنة 50 ق – س 32)

• مباشرة المجنون عقد زواجه بنفسه . أثره . عدم انعقاد العقد بعبارة وما يترتب عليه من آثار الزواج – مؤدى ذلك – اعتبار طلاقه للطاعة وارداً على غير محل .

(الطعن رقم 318 لسنة 69 ق – جلسة 2000/11/27)

(الطعن رقم 64 لسنة 54 ق – جلسة 1987/4/28 – س 38)

(الطعن رقم 2511 لسنة 52 ق – جلسة 1986/4/15 – س 37)

• الإكراه المبطل للرضا . تحققه بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم يحدث بنفسه أو بماله . تقدير وسائله ومبلغ جسامتها وتأثيرها موضوعي . تستقل بالفصل فيه محكمة الموضوع .

(الطعن رقم 468 لسنة 65 ق – جلسة 2001/11/24 والطعن رقم 1430 لسنة 56 ق

– جلسة 1992/5/19 – س 43 والطعن رقم 191 لسنة 68 ق – جلسة

(2002/1/12)

• إذا كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد استبعد إكراه الطاعن على الطلاق وأطرح طلبه بإحالة الدعوى إلى التحقيق، وعول على القرائن التي استخلصها من ظروف الحال في الدعوى وما قُدم فيها من مستندات ، وكانت تقارير الحكم في هذا الشأن سائغة ولها سندها الثابت ، وكان إجماع الفقهاء على أن القاضى لا يقف عند ظواهر البينة ولا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق إذا ثبت له من طريق آخر إعتباراً بأن "القضاء فهم" وأن من القرائن التي يستنبطها القاضى من دلائل ما لا يسوغ تعطيل شهادته ، إذ منها ما هو أقوى بكثير من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، فإن تعيب الحكم بعدم إجابته

طلب الإحالة إلى التحقيق لاستناده إلى القرائن دون البينة فى نفى الإكراه المدعى به فضلاً عن النعى على سلامة استدلاله يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1981/6/23 - الطعن رقم 28 لسنة 50 ق - س 32)

• المقرر فى فقه الحنفية الواجب العمل به وفقاً لنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن طلاق الغضبان لا يقع إذا بلغ به الغضب مبلغاً لا يدرى معه ما يقول أو يفعل أو وصل به إلى حالة من الهذيان يغلب عليه فيها الاضطراب فى أقواله أو أفعاله وذلك لافتقاده الإرادة و الإدراك الصحيحين ، ولما كان تقدير توافر الأدلة على قيام حالة الغضب هذه هو مما يدخل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الدليل فى الدعوى فلا تخضع بصدده لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغاً ، وكان لا يوجد معيار طبى أو غير طبى للمدة التى يستغرقها الغضب تبعاً لتفاوت مداه ومدى التأثير به بالنسبة لكل حالة .

(نقض جلسة 1980/2/13 - ص 500 - الطعن رقم 28 لسنة 48 ق)

• لا يكفى لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب بل يشترط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة لإيقاع الطلاق حتى تنتج على أثرها إرادة المطلق (نقض جلسة 1980/2/13 - ص 500 - الطعن رقم 28 لسنة 48 ق)

• العته - ماهيته - طلاق المعتوه باطل - عدم وقوعه إلا من القاضى .
(الطعن رقم 51 لسنة 61 ق - جلسة 1994/11/15)

• عدم وقوع طلاق المجنون أو المعتوه لزوجته ، ولا يملك أحد التطليق عنه .
للقاضى تطليقها إذا طلبت ذلك وتحقق ما يوجب الطلاق شرعاً .
(الطعن رقم 318 لسنة 69 ق - جلسة 2000/11/27)

مادة (2)

لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير .

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

• ينقسم الطلاق إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً وإلى مضاف (كأنت طالق غداً) وإلى يمين نحو (على هذا الطلاق كذا) أو معلق (كأن فعلت كذا فأنت طالق) .

والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى اليمين ، واليمين في الطلاق وما في معناه لاغ أما باقى الأقسام فيقع فيها الطلاق .

وقد أخذ في إلغاء اليمين في الطلاق برأى متقدمى الحنفية وبعض متأخريهم وهذا موافق لرأى الإمام على و شريح وداود وأصحابه وطائفة من الشافعية والمالكية . وأخذ في إلغاء المعلق الذي في معنى اليمين برأى الأمام على وشريح وعطاء والحكم بن عتيبة وداود وأصحابه وأبن حزم وقد وضعت المادة (2) من مشروع القانون متضمنة أحكام هذه الأقسام .

التعليق

- يستند النص المطروح لقوله (ρ) "من حلف على يمين فرأى غيرها خير منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه".
- والطلاق إما أن يكون منجزاً أو غير منجز .

والطلاق المنجز هو ما قصد تحقيق معناه وترتيب آثاره عليه من وقت صدوره عن الزوج سواء كانت صيغة صدوره هى القول كقول الرجل لامرأته أنت طالق أو

كانت هي الكتابة حيث يقع الطلاق لفظاً أو بالكتابة المرسومة المستبينة الصادر عن الزوج أو المرسله إلى المرأة في كتاب منه إليها¹.

أما الطلاق غير المنجز فهو ما لا يقصد به إيقاع الطلاق في الحال ومنه ما كان مضافاً إلى زمن أو معلقاً على شرط والطلاق المضاف إلى زمن هو ما اقترن بظرف زمان جعل مبدأ لوقوع الطلاق وترتيب آثاره ويغلب أن يكون زمناً مستقبلاً كقول الرجل لامرأته أنت طالق غداً وأما الطلاق المعلق على شرط فهو ما جعل الزوج فيه حصول الطلاق معلقاً على حصول شيء آخر مثل قول الزوج لزوجته أن خرجت بغير إذني فأنت طالق ، وهو ما تناولته المادة الثانية من القانون².

• ويشترط لصحة تعليق ووقوع الطلاق به شرطان .

أولهما : أن يكون التعليق على أمر معدوم حين التعليق ويمكن أن يوجد بعده فإن كان على أمر موجود فعلاً حين صدور الصيغة كان تنجيز الطلاق حقيقة وتعليقاً على أمر مستحيل تحقيقه كان لغواً لا يقع الطلاق .
وثانيهما: أن تكون المرأة حين صدور الصيغة وحصول الأمر المعلق عليه محلاً لطلاق بأن تكون في عصمة الزوج أو عدة طلاق سابق رجعي:

• اشترط المشرع لوقوع الطلاق المعلق أن يكون الزوج قد قصد بالفعل وقوعه إذا تحقق المعلق عليه معاملة للمطلق بقصده، أما إذا لم يكن الزوج لا يقصد من تعليق الطلاق سوى التخويف وحمل الزوجة على فعل شيء فقط وهو في الحقيقة يكره وقوع الطلاق ولا وطر له فيه فلا يقع به طلاق ولو تحقق المعلق عليه وسواء كان المعلق عليه من أفعال الزوج أو الزوجة أو الغير إذ يعتبر الطلاق في هذه الحالة في معنى اليمين بالطلاق فلا يقع به شيء لأن اليمين بالطلاق لا يقع به شيء³ .

• وإثبات قصد الزوج أمر يتعلق به ولا يعرف إلا من جهته فإذا لم تكن هناك قرائن على حقيقة قصده وتدل عليه وشجر الخلاف بين الزوجين هي تدعى وقوع الطلاق لتحقق الشرط وهو يقول أنه ما قصد سوى التخويف أو الحمل على الفعل أو المنع كان القول له بيمينه فإن حلف كسب الدعوى وإن نكل أعتبر مقراً بالطلاق .

¹ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - قدرى باشا - ط 1978 - ص 70 - مادة 222
² أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي - محمد يوسف موسى - طبعة 1956 - ص 272 .
³ زكى الدين شعبان - الزواج والطلاق في الإسلام - ص 108

- وأما الطلاق المضاف إلى زمن فالراجح في المذهب الحنفي أنه يقع به الطلاق حال دخول الزمان الذي حدده الزوج¹.
- أما اليمين بالطلاق أو القسم به أو الحلف بالطلاق فقد أبانت المذكرة الإيضاحية للنص أنه لا غ ولا يقع به طلاق استثناء لرأى متقدمى الحنفية ومتأخريهم .

أحكام النقض

- مفاد نص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع – أخذاً برأى بعض المتقدمين من الحنفية – ارتأى أن تعليق الطلاق أن أريد به التخويف أو الحمل على فعل شئ أو تركه ، وقائله يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين ولا يقع به طلاق .
(نقض جلسة 1976/4/28 – ص 1024 – الطعن رقم 30 لسنة 44 ق)

¹ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – عبد الرحمن تاج – ط 1955 – ص 303 وما بعدها .

مادة (3)

الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

شرع الطلاق على أن يوقع على دفعات متعددة "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229) فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا أَنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (230)". سورة البقرة

فالآية الكريمة تكاد تكون صريحة في أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة وجعلت دفعات الطلاق ثلاثاً ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المرأة نفسها أيضاً حتى إذا لم تقد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس في البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

والطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة وهو رأى محمد ابن إسحاق ونقل على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير ونقله عن مشايخ قرطبة ومنهم محمد بن تقى بن مخلد ومحمد بن عبد السلام ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمر بن دينار وقد أفتى به عكرمة وداود . وقال ابن القيم أنه رأى أكثر الصحابة ورأى بعض أصحاب أحمد (مادة 3 من المشروع) .

ويستند النص محل التعليق إلى قوله تعالى " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " ¹ وحديث مسلم "الطلاق ثلاث كان يجعل واحدة على عهد الرسول وأبى بكر وأثنيتين من خلافة عمر".

¹ الآية 229 من سورة البقرة .

التعليق

• الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة هو الطلاق الثلاث بلفظ واحد أما بتكرار الطلاق الواحد ثلاث مرات كما إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق أو باقتران الطلاق بعدد الثلاث ملفوظاً به أو مدلولاً عليه بالإشارة ، كما إذا قال لها أنت طالق ثلاثاً أو قال لها أنت طالق هكذا وإشارة بأصابعه الثلاث مرفوعة¹.

• والأصل الراجح في المذهب الحنفى – واجب التطبيق – أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة يقع صحيحاً كما نطق أو أشار به الزوج².

إلا أنه استثناء على هذا الأصل الراجح أورد المشرع نص المادة الثالثة وبمقتضاه اعتبر هذا الطلاق على أى من الصور التى ورد بها النص لا يقع به إلا طلبة واحدة ، وهذا الاستثناء قصد به التوسعة على الناس بعد أن ضجوا بالشكوى وتحاليوا على الشرعية بالارتكان إلى النية أو زواج التحليل المذموم والتماس الفتوى بفساد العقد من بعض الفقهاء لتحليل البائنة لمطلقها ثلاثاً وإعمالاً لرواية حدثت فى عهد الرسول (ﷺ) حيث طلق أحد الصحابة (ركانه بن عبد يزيد) امرأته ثلاثاً فى مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فلما علم الرسول قال "إنما تلك واحدة فأرجعها أن شئت" ، وفى ذلك المفهوم تقول محكمة جنوب القاهرة . "حيث أنه قد جاء فى المذكرة الإيضاحية لذلك النص أن الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة وهو رأى محمد بن اسحق ونقل عن على وابن مسعود والزبير ونقله المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمر ابن دينار وقال ابن القيم أنه رأى أكثر الصحابة ومؤدى ذلك النص أن الطلاق المقترن بالعدد لفظاً كأن يقول طلقك اثنتين أو ثلاثاً لا يقع إلا واحدة ، وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان الثابت أن المدعى عليه طلق زوجته المدعية بقوله لها طلقك يا زوجتى طلاقاً بالثلاث بائناً لا رجعة فيه ومن ثم بالبناء على ما تقدم لا يقع ذلك الطلاق إلا واحدة ويتعين إجابة المدعية إلى طلبها واعتباره كذلك³.

• وقد ثار خلاف حول تطبيق النص فذهب البعض أن مقصود الطلاق المقترن بعدد هو الطلاق ثلاثاً كقول الرجل لامرأته أنت طالق بالثلاثة أو بالتدليل على ذلك بالإشارة وهذا هو الذى لا يقع إلا بطلقة واحدة أما الطلاق المتتابع أو المتعدد

¹ الأحوال الشخصية – فتحة قره – ص 166 .
² محمد سلام مذكور فى أحكام الأسرة فى الإسلام – ج 2 – ص 53 .
³ انظر الحكم الصادر فى الدعوى رقم 1971 لسنة 1984 كلى شمال القاهرة .

كقول الرجل لامرأته أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق فيقع به الطلاق ثلاثاً وذلك لأنه هو الأصل الراجح في المذهب الحنفى وما نص القانون فى المادة الثالثة إلا استثناء عليه فلا يجب التوسع فى تفسيره والوقوف به عند حد الطلاق المقترن بعدد دون الطلاق المتتابع¹.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن مضمون المادة الثالثة يشمل النوعين من الطلاق المقترن بعدد والمتتابع فلا يقع به إلا طلقة واحدة فى أى من الحالتين وذلك اتساقاً وروح التشريع والغاية التى وضع من أجلها النص مراعاة للصالح العام² بالإضافة إلى أن غرض القانون الواضح من مذكرته التفسيرية هو رغبته فى القضاء على فكرة أن للزوج أن يطلق دفعة واحدة طلقة أو اثنتين أو أن يفصم عرى الزوجية دفعة واحدة فى مجلس واحد وإذا كان ذلك غرض القانون والعلة الباعثة عليه فإنه يكون من العبث أن يجعل الطلاق بلفظ الثلاث طلقة واحدة ويجعل الطلاق المتتابع ثلاث طلاقات لأن المطلق يترك هذه إلى تلك ويفر من حكم القانون بأسهل طريق ، ولفظ القانون وإن كان ظاهرة فى المقترن بالعدد الذى يوصف فيه الطلاق بالعدد فإنه يحتمل شمول الطلاق المتتابع فى مجلس واحد لأنه مقترن بالعدد فى المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد وفى ذلك تقول محكمة استئناف القاهرة "وإن كان البادى من عبارة نص المادة الثالثة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن المقصود هو الطلاق المقترن بالعدد لفظاً وإشارة إلا أن المحكمة ترى انطباق هذا النص على الطلاق المتتابع توخياً لحكمة التشريع وإلا كان من العبث قصر النص على المقرون بالعدد إذ يستطيع المطلق أن يتركه إلى الطلاق المتتابع ولو فى مجلس واحد حتى يتفادى حكم القانون . وظاهر النص وأن كان وارد بشأن الطلاق الذى يوصف بالعدد فإنه يحتمل الطلاق المتتابع فى مجلس واحد لأنه مقترن فى معناه وإن لم يوصف بالعدد فى ألفاظه وعبرت المذكرة التفسيرية للقانون عن الطلاق المقترن بالعدد بعبارة "الطلاق المتعدد" ولا شك فى أن الطلاق المتتابع فى مجلس واحد بعدد متعدد ويوضح ذلك أيضاً المصدر التاريخى لهذه المادة من الفقهاء اللذين قرروا أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع واحدة هم اللذين قرروا أن الطلاق المتتابع فى مجلس واحد لا يقع إلا واحدة ومن المنطق السليم الأخذ برأيهم كله فى الموضوع الواحد³.

¹ الأحكام الشرعية - زكى الدين شعبان - ص 412 .

² أبو زهرة فى محاضرات فى الزواج - ج 1 - ص 310 .

³ انظر حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 179 لسنة 79 ق - جلسة 1963/3/16 .

ونحن نميل إلى تأييد الرأي الأخير لذات الأسباب التي استند إليها فضلاً عن أن الطلاق المتتابع أو المتعدد في المجلس الواحد لا يعدو أن يكون في رأينا سوى تأكيداً للطلاق الأول فلا يقع إلا واحدة .

• ويشترط أن يكون المجلس الذي وقع فيه الطلاق واحداً فإذا اختلف المجلس وقع الطلاق بعدد المجالس التي أوقع فيها ، فإذا ما قال لامرأته في منزل أهلها أنت طالق ثم انتقل بها إلى منزل الزوجية في اليوم الثالث أعاد قوله لها أنت طالق فلما ذهب إلى بيت أهلها لتحكيمهم بمدة أسبوع قال لها للمرة الثالثة أنت طالق فإنه يكون قد طلقها ثلاثاً .

• ولأى من الزوجين أن يقيم الدعوى بتعديل وصف الطلاق الواقع من الزوج سواء كان ذلك الطلاق شفويّاً أو ثابت بأشهاد رسمي – سواء من واحد إلى ثلاث – أى من رجعى إلى بائن والعكس , إلا أنه إذا كان قد صدر حكماً قضائياً نهائياً بإثبات طلاق الزوج لزوجته طليقة واحدة أو طلقان طلاقاً رجعيّاً أو بائناً فإنه لا يجوز إقامة الدعوى بطلب تعديل وصف الطلاق الثابت بالحكم احتراماً لحجيته التي تعلو اعتبارات النظام العام .

أحكام النقض

• الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة والطلاق المتتابع في مجلس واحد لا يقع به إلا طليقة رجعية واحدة . عدم مراجعة الزوج زوجته حتى انقضاء عدتها . أثره صيرورة هذا الطلاق الرجعى بائناً بينونة صغرى .

(الطعن رقم 667 لسنة 67 ق – جلسة 2001/12/22)

(نقض جلسة 23 / 6 / 1960 - ص 471- الطعن رقم 34 لسنة 28 ق)

• نص المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة - يشمل الطلاق المتتابع في مجلس واحد - لأنه مقترن بالعدد في المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد يؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن الطلاق شرع على أن يوقع على دفعات متعددة وأن الآية الكريمة " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " تكاد تكون صريحة في أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة وأن دفعات الطلاق جُعِلَتْ ثلاثاً ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المرأة نفسها أيضاً حتى إذا لم تجد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس في البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

(نقض جلسة 23/6/1960 - ص 471- الطعن رقم 34 لسنة 28 ق)

• إذ كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عبارة الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة بالتطبيق للمادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 يشمل الطلاق المتتابع في مجلس واحد لأنه مقترن بالعدد في المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن إقرار الطاعن بطلاق المطعون عليها كان مجرداً من العدد لفظاً أو إشارة ولم يكن طلاقاً على مال وليس مكماً للثلاث وحصل بعد الدخول فإنه لا يقع به إلا واحدة ويكون طلاقاً رجعيّاً ، ولا عبرة بوصف الطلاق الذي يرد على لسان أحد الزوجين .

(نقض جلسة 25/5/1977- ص 1288- الطعن رقم 29 لسنة 45 ق)

• لما كان الطلاق المتتابع دفعة واحدة لا يقع إلا طلقة واحدة فإن استناد الحكم المطعون فيه إلى شهادة الشهود باستمرار الحياة الزوجية حتى وفاة الزوج، يكون مؤداه أن الحكم اتخذ من هذه الشهادة دليلاً على حصول مراجعة الزوج لزوجته بعد هذا الطلاق الذي يعتبر رجعيّاً ، وليس في ذلك ما يعتبر مخالفاً للقانون

(نقض جلسة 23/6/1960 - ص 471 - الطعن رقم 34 لسنة 28 ق)

• العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هو أهل لإيقاع الطلاق وصادفت محلاً ، يقع بها الطلاق فور صدورهما ويكون طلاقاً

مستقلاً قائماً بذاته ولا يغير من ذلك ما اقترن بها من أنها تأييد لطلاق سابق إذ ليس من شأن هذه الإضافة أن تحول دون تحقيق الأثر الفوري المترتب عليها مباشرة .
(نقض جلسة 7 / 5 / 1960 – ص 751 – س 21)

• إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أن الحكم الصادر في الدعوى الأولى بالرفض – دعوى طلاق بين ذات الخصوم – المؤيد استئنافياً كان بشأن طلاق ادعت الطاعنة أن المطعون عليه أوقعه ثلاث مرات الثالثة منها في أواخر سبتمبر 1962 في حين أن النزاع الحالي يدور حول طلاق مثبت في إقرار منسوب صدوره إلى المطعون عليه بتطليقه للطاعنة ثلاث طلاقات أولاها في آخر يوليو سنة 1962 والثانية في 14/9/1962 والثالثة في 21/9/1962 وإذ اعتبر الحكم الطلقة المكمل للثلاث المحدد وقوعها في الدعوى الأولى بآخر سبتمبر 1962 هي بعينها الطلقة الثالثة المثبتة في الإقرار صدورها بتاريخ 21/9/1962 استناداً إلى أن كلا من الطلقتين صدرت في أواخر ذلك الشهر مع أن هذين التاريخين مختلفان ورتبت الحكم على ذلك عدم جواز نظر الدعوى الحالية لسبق الفصل فيها في الدعوى الأولى فإنه يكون فوق مخالفته للقانون قد شابه فساد الاستدلال .

(نقض جلسة 27/6/1973 – ص 982 – الطعن رقم 20 لسنة 37 ق)

مادة (4)

كنايات الطلاق وهو ما تحتل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

كنايات الطلاق وهى ما تحتل الطلاق وغيره لا يقع الطلاق إلا بالنية دون دلالة الحال كما هو مذهب الشافعى ومالك .

والمراد بالكناية هنا ما كان كناية فى مذهب أبى حنيفة (مادة 4 من المشروع).

- ومستند النص من الفقه الشرعى هو قول رسول الله (p) "إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى".

التعليق

- كنايات الطلاق هى اللفظ الذى لم يوضع بخصوص الطلاق بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق أو لمعنى آخر .

وقد عرفها المشرع فى النص بأنها ما تحتل الطلاق وغيره كقول الزوج لزوجته أهلك أو أمرك بيدك أو نحو ذلك ، فهذه الألفاظ تفيد معنى الطلاق وغيره .

- وحكم كنايات الطلاق إنها لا يقع بها الطلاق إلا إذا كانت نية الزوج قد اتجهت وقت التلفظ بها إلى إيقاع الطلاق أما إذا لم يكن قصد عند تلفظه بها سوى المعنى الآخر الذى تحتله فلا يقع بها طلاق .

• وأمر النية فى المسائل الباطنية المتعلقة بالزوج فالقول عند الخلاف عليها قوله بيمينه فإذا قالت الزوجة أنه قصد الطلاق وأنكر الزوج حق حلف اليمين ، فإن نكل كسبت الزوجة دعواها ووقع الطلاق .

• وكنايات الطلاق لا يقع بها طالما لم تكن النية متجهة إلى عدم إيقاعه وذلك حتى لو كانت القرائن تشهد أن المراد من التلفظ بالكناية هو إيقاع الطلاق فلا عبرة بدلالة الحال ما لم ينوى الزوج إيقاع الطلاق بلفظ الكناية¹.

¹ أحمد الحصرى فى الأحوال الشخصية – ص 421 .

أحكام النقض

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر ممن يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه حالاً بالطلاق البائن أو مآلاً بالطلاق الرجعى إذا لم تعقبه الرجعة أثناء العدة ، على أن يصادف محلاً لوقوعه ، ويقع الطلاق بلفظه الصريح قضاء وديانة ودون حاجة إلى نية الطلاق ، ومن ثم فإن لفظ الطلاق الصريح الصادر من الطاعن بالأشهاد – أمام المأذون – والذي ورد منجزاً غير معلق يقع به الطلاق طبقاً للنصوص الفقهية باعتباره منبى الصلة بما يسوقه الطاعن من أن نيته انصرفت إلى إثبات طلاق معلق على شرط وقر فى ذهنه تحققه .

(نقض جلسة 1976/4/28 – ص 1024 – الطعن رقم 30 لسنة 44 ق)

مادة (5)

كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل لثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم 25 لسنة 1920 .

• هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

أخذ بمذهب الإمام مالك والشافعي في أن كل طلاق يقع رجعيّاً إلا ما استثنى في (المادة الخامسة من المشروع) .

ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العُتّة أو آباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبي حنيفة.

ويستند النص المطروح في مشروعيته إلى قوله تعالى "وبعولتهن أحق في ذلك أن أرادوا إصلاحاً"¹ وقوله (p) لامرأة ثابت بن قيس حين أتته طالبة تطليقها عليه رغم أنها لا تعيبه في دين أو خلق وكان قد أمهرها حديقة" ردّى عليه حديقته" فقبلت فطلقها.

التعليق

- نص المادة على أن أى طلاق يوقعه الزوج إنما يكون طلاقاً رجعيّاً.
- والطلاق الرجعى هو الذى لا يزيل الملك ولا الحل ويملك الزوج فيه مراجعة زوجته أثناء العدة – وفقاً للراجح فى المذهب الحنفى - فى أى وقت يشاء دون توقف على علمها أو موافقتها²، كما أنه لا يمنع التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما فى العدة ولا يحل به مؤجل المهر.
- ولا يشترط حتى يقع الطلاق الصادر من الزوج صحيحاً منتجاً لآثاره أن يتم بحضور شاهدين إلا إنه إذا ادعت الزوجة إيقاع الزوج للطلاق شفويّاً عليها وأنكر

¹ الآية 228 من سورة البقرة .
² راجع المادة 22 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

الأخير ذلك كان عليها إقامة الدليل على ذلك بكافة طرق الإثبات وأهمها البينة الشرعية

وقد استثنى المشرع من وصف الطلاق الرجعى أربعة حالات لا يعتبر الطلاق الواقع فى أى منها طلاقاً رجعياً¹.

الأولى – هى الطلاق المكمل للثلاث

فهذا الطلاق يقع بائناً بينونة كبرى حيث يزيل الملك والحل معاً فلا تحل الزوجة من بعده للزوج إلا بعد أن تتكح غيره ويدخل بها ويطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه , ويحل به مؤخر الصداق ويمنع التوارث بين الزوجين وإن كان يوجب العدة على المطلقة .

الثانية – وهى الطلاق قبل الدخول

ويقع به طلاق بائن بينونة صغرى لا يستطيع من بعده الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين .

ويلحق بالطلاق قبل الدخول الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة الصحيحة فيقع بعدها الطلاق بائناً بينونة صغرى أيضاً .

الثالثة – وهى الطلاق على مال

أى الطلاق على الإبراء ويقع به طلاق بائن بينونة صغرى – ما لم يكن مكماً للثلاث فيكون بائناً بينونة كبرى لأن المال فى هذه الحالة يمثل عوضاً يأخذه الزوج من زوجته قاصداً به أن تملك الزوجة أمرها ويمتنع من مراجعتها بدون رضاها² , ويقع بالطلاق على مال طلاق بائن أياً كان العوض المقدم من الزوجة , فلا يشترط أن يتم الإبراء من كافة الحقوق الشرعية وإنما يكفى الإبراء من أى من تلك الحقوق .

¹ أنور العمروسي فى أصول المرافعات الشرعية – ص 343 وما بعدها .
² نقض الطعن رقم 136 لسنة 62 ق – جلسة 29 / 5 / 2000 وراجع المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتعديل بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

الرابعة – وهى ما نص على وقوعه بائناً فى القانونين رقمى 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 .

- وما نص على كونه بائناً فى القانون رقم 25 لسنة 1920 هو الطلاق للعيب.
- أما ما نص على كونه بائناً فى القانون رقم 25 لسنة 1929 فهو.
 - 1- الطلاق للضرر المتمثل فى الإيذاء والهجر (المادة 6) .
 - 2- الطلاق للضرر للزواج من أخرى (المادة 11 مكرر) .
 - 3- الطلاق للغيب (المادة 12) .
 - 4- الطلاق للحبس (المادة 14) .

وهذه الأنواع إنما يقع بها طلاق بائن لأن الطلاق فى هذه الحالات قُصد به دفع الضرر عن الزوجة وحسم النزاع بين الزوجين ولا يمتنع هذا إلا بالطلاق البائن .

• وحكم الطلاق البائن أنه يزيل الملك بمجرد صدوره فى كل الأحوال فتنتقطع به حقوق الزوج على زوجته بمجرد وقوع الطلاق بائناً ولا يحق له عليها إلا البقاء فى منزل الزوجية فى مدة العدة وحق النفقة فى هذه المدة وليس للمطلق فيه مراجعة مطلقة ولا أن يستأنف معها حياة الزوجية أن كان الحل قائماً إلا بعقد ومهر جديدين ، كما أنه يحل به مؤخر الصداق إذا كان مؤجلاً لأقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة فضلاً عن أنه يُحتسب طلاقاً من الطلاقات التى يملكها الرجل على زوجته إذا لم يكمل الثلاث وإن كان مكماً لها فإنه يزيل الحل أيضاً كما أنه يمنع التوارث بين الزوجين بمجرد الطلاق إلا إذا كان فى مرض الموت وقصد به الفرار من الإرث ، معاملة للزوج بنقيض مقصوده¹.

• وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية للنص الإشارة إلى أن هناك ثلاث حالات للطلاق يبقى الحكم فيها على المذهب الحنفى وهى الطلاق بسبب اللعان والطلاق بسبب العنة والطلاق بسبب إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته ، ونتناول كل من الحالات الثلاث بإشارة موجزة .

1- الطلاق بسبب اللعان

(يراجع التعليق على المادة 15 من القانون رقم 25 لسنة 1929) .

¹ محمد يوسف موسى فى أحكام الأحوال الشخصية – ط 1956 – ص 282 .

2-الطلاق بسبب العُنة

(يراجع التعليق على المادة 9 من القانون رقم 25 لسنة 1929) .

3-الطلاق بسبب إباء الزوج للإسلام

وهذا الطلاق تقع به طليقة بائنة ، وصورته أن تسلم الزوجة فيعرض الإسلام على الزوج فإن أسلم فبها ما لم يكن محرماً عليها وإن أبى الإسلام أو أسلم وهي محرمة عليه فرق القاضي بينهما في الحال هذا إذا كان الزوج أهلاً لعرض الإسلام عليه بأن يكون بالغاً ، عاقلاً أو صبيّاً مميزاً فإن لم يكن أهلاً لأن يعرض الإسلام عليه بأن يكون صبيّاً غير مميز أو معتوهاً أو ما في حكمه أو مجنوناً فإن كان الأول ينتظر تمييزه ليعرض عليه الإسلام إذا صار مميزاً وأما المجنون فلا ينتظر برؤه بل يعرض الإسلام على أبيه (لا بطريق الإلزام) فإن أسلم أحدهما تبعه الولد في الإسلام فيبقى الزواج على حاله وإن أباه كلاهما فيفارق بين المجنون وزوجته بطلقة بائنة¹.

• وإذا كان الطلاق حق أثبته الشارع للزوج كان له أن يتولاه بنفسه أو ينيب غيره فيه سواء كان ذلك الغير هو الزوجة أو شخص آخر ، وهذه الإنابة قد تكون توكيلاً وقد تأخذ صورة التفويض ، والتوكيل بالطلاق لا يكون إلا لأجنبي أما التفويض في الطلاق فيجوز أن يكون للزوجة ولو بلفظ الوكالة كما يجوز أن يكون لغيرها بشرط أن يعلق الزوج تفويضه للغير على مشيئة الغير بقوله طلق امرأتى أن شئت .

ومن هنا يُعرف الحنفية تفويض الطلاق بأنه تمليك الزوج لزوجته حق تطليق نفسها أو تمليك غيرها هذا الحق بلفظ يفيد التمليك كأن يعلقه على مشيئة الغير .

• وصيغة التفويض إما أن تصدر مطلقة عن التقييد أو مقيدة بوقت معين ومن الأولى قوله طلقى نفسك متى شئت ومن الثانية قوله طلقى نفسك فى مدة شهر من الآن .

• وتفويض الزوجة فى إيقاع الطلاق يصح أن يتم قبل العقد أو مقارناً له شفاهة أو كتابة .

¹ الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية - الشيخ أحمد إبراهيم - ج 1 - طبعة 1925 - ص 163 .

• ويتعين لصحة التفويض المقارن للعقد أن يبدأ صدور الإيجاب من المرأة مشروطاً بتفويض الطلاق إليها ثم يعقبه قبول الزوج ، أما إذا بدأ الرجل الإيجاب مشروطاً بتفويض الطلاق إلى المرأة فإن العقد فى هذه الحالة يصح إلا أن التفويض يبطل لأنه يكون بهذه الصورة قد فوض إليها الطلاق قبل أن يتم العقد فيكون قد ملكها طلاقاً لم يملكه بعد ، أما إذا كان التفويض قبل العقد وبدأ الإيجاب من الزوج بقوله أن تزوجتك فأمرتك بيدك ثم تزوجها صح التفويض وكان لها حق تطليق نفسها فى حدود المدة أو العدد الذى أجازته الزوج.

• وتفويض الزوج للزوجة لا يسلب الزوج حقه فى التطليق فله بعد أن يفوض الطلاق إلى غيره أن يطلق زوجته أيضاً¹.

• ولا يقع بالتفويض فى ظل حكم المادة محل التعليق إلا طلاقاً واحدة رجعية إعمالاً للنص على أن كل طلاق يقع رجعياً فلا تملك الزوجة إلا ما يملكه الزوج سواء نوى الزوج واحدة أو أكثر إلا إذا كان قبل الدخول أو فى نظير عوض أو كان مكماً للثلاث ، كما أنه لا يقع بالكناية طلاق إلا مع النية إعمالاً لنص المادة الرابعة من هذا القانون .

• فإذا طلقت الزوجة نفسها طلاقاً رجعية ثبت للزوج حق مراجعتها خلال العدة وفقاً للشروط و الضوابط المنصوص عليها بالمادة 22 من القانون رقم 1 لسنة 2000 إلا أن الزوجة لا تملك هذا الحق².

• وقد تناولت الفقرة (هـ) من المادة 33 من لائحة المأذونين الصادرة فى 1955/1/4 بعد تعديلها بقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 تقرير حق الزوجين فى الاتفاق على تفويض الزوجة فى الطلاق واعتبرته من الشروط الجائز اقتران عقد الزواج بها .

ويتعين الإشارة إلى أن صياغة الفقرة المتعلقة بأمر التفويض إنما تفيد سبق الاتفاق عليه مما مفاده أنه قد تم الاتفاق عليه قبل العقد ولم يقع فى مجلس العقد وإلا وجب مراعاة الصيغة فى الحالة الأخيرة على النحو الذى يتعين معه صدور الإيجاب به من الزوجة والقبول من الزوج³.

¹ الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية - قدرى باشا - ط 1978 - ص 80 وما بعدها .

² مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام - ط 1977 - ص 521 وما بعدها .

³ قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين الصادرة بتاريخ 1955/1/4 - منشور بملحق الكتاب .

• ويثير الميراث بين الزوجين فى حالة الطلاق بعض المشكلات العملية¹ من حيث جواز الإرث وأحقية الزوجين فيه ويتفرع البحث فى هذا المجال إلى فرعين رئيسيين .

الأول : ويتناول الحق فى الميراث فى حالات الطلاق الرجعى والبائن حال الصحة .

والثانى : يتناول الميراث فى حالة الطلاق فى مرض الموت .

والقول المعمول به طبقاً لأحكام قانون المواريث والقول الراجح فى المذهب الحنفى على التفصيل التالى ..

• إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً ثم توفى أى من الزوجين خلال فترة العدة فإن كلاهما يرث الآخر طالما كانت العدة قائمة باعتبار أن الزوجية تظل قائمة حكماً حتى تنقضى فترة العدة .

• أما إذا كان الطلاق قد وقع بائناً فإنه لا توارث بين الزوجين بمجرد وقوع الطلاق حتى لو كانت العدة قائمة حيث يزيل هذا الطلاق الملك إذا كان بائناً بينونة صغرى كما يزيل الملك والحل إذا كان بائناً بينونة كبرى .

• إذا توفى المطلق فإن المطلقة ترثه إذا كانت لا تعلم بالطلاق إلا بعد وفاته وفقاً لما تنص عليه المادة (5 مكرر) من القانون من أن آثار الطلاق المالية من حيث الميراث لا تترتب إلا من وقت علم المطلقة² وبالتالي فهى تعتبر زوجة له وقت وفاته فترث منه سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً وسواء مات مطلقاً أثناء عدتها أم بعد انقضاء العدة .

• وإذا ماتت المطلقة قبل علمها بالطلاق وكان موتها فى عدة طلاق رجعى ورثها مطلقاً باعتبار أنها لازالت زوجته أثناء العدة فى الطلاق الرجعى ، أما إذا كان موتها بعد انقضاء العدة فى طلاق بائن فلا يرثها مطلقاً على أساس أن ترتيب آثار الطلاق من وقت علم المطلقة به حكم قصد به رعاية مصلحة المطلقة التى أخفى عنها الطلاق دون المطلق .

• أما إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت فهناك تفصيل .

¹ راجع المادة 11 وما بعدها من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1947 .
² عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية - ط 1985 - ص 120.

- فإذا كان الطلاق رجعياً ثم توفى الزوج وكانت العدة لازالت قائمة استحققت المطلقة الميراث أما إذا كانت عدتها قد انقضت بعد الوفاة فلا ميراث لها سواء كان الطلاق برضا الزوجة أو بغير رضاها .

أما إذا طلقها قبل الدخول ثم توفى فلا ميراث لها لأنه لا عدة لها .

- وإذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً برضاها (الطلاق على مال وطلاق القاضى أو باتفاقهما) فلا ميراث لها حتى لو كانت العدة قائمة وقت الوفاة لتحقق الرضا بالطلاق من جانبها .

- أما إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقاً بائناً بإرادته المنفردة ثم توفى فإنها ترثه طالما كانت العدة قائمة وقت الطلاق وهو ما يسمى شرعاً (طلاق الفار) معاملة للمطلق بنقيض مقصودة , أما إذا كانت العدة قد انقضت وقت الوفاة فلا ميراث لها¹ وذلك شريطة أن تكون المطلقة من ذوات العدة (بالحيض أو بالأشهر) فإذا كانت آيسة أى دخلت فى سن اليأس الشرعى وهو على المفتى به خمسة وخمسون عاماً فلا عدة لها وبالتالي لا ميراث لها أيضاً .

● ومرض الموت هو المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن معروفاً من الناس أنه من العلل المهلكة فضايط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت ، أما المرض الذى يستمر طويلاً ويلزم صاحبه حتى الموت لا يعتبر مرض موت إلا إذا كان يتزايد ويشدد دائماً على نحو يشعر معه المريض بدنو أجله وينتهى بوفاته .

● والمرض إذا استطال على سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتد فى أخريات أيام المريض وازداد وانتهى بالوفاة².

¹ انظر الحكم الصادر فى الاستئناف رقم 279 لسنة 102 ق - جلسة 1986/2/6 - استئناف القاهرة .
² الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - المستشار محمد الدجوى - ص 193 ونقض أحوال شخصية - جلسة 1955/4/21 - ص 255 - س 6 .

أحكام النقض

• كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل لثلاث أو قبل الدخول أو على مال أو كان بائناً بحكم من القاضى . م 5 ق 25 لسنة 1929 . طلاق الرجل لزوجته يقع رجعيّاً إلا ما استثنى بنص خاص .

(الطعن رقم 132 لسنة 68 ق – جلسة 2002/1/12)

(الطعن رقم 751 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

• الطلاق البائن والطلاق الرجعى ، اختلاف كل منهما من حيث الأثر المترتب على الطلاق . مثال .

(نقض الطعن رقم 24 لسنة 51 ق – جلسة 1983/3/22 – س 34)

• المقرر فى فقه الحنفية أن الطلاق الرجعى لا يغير شيئاً من أحكام الزوجية ، فهو لا يزيل الملك ولا يرفع الحل وليس له من الأثر إلا نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ، ولا تزول حقوق الزوج إلا بانقضاء العدة ، والمطلق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يملك مراجعة زوجته بالقول أو بالفعل ما دامت فى العدة ، ولا يشترط لصحة الرجعة رضا الزوجة ولا علمها .

(نقض جلسة 1978/3/1 - ص 658 – الطعن رقم 30 لسنة 46 ق)

(الطعن رقم 31 لسنة 55 ق – جلسة 1991/12/12 – س 420)

• إذ يبين من الرجوع إلى الأوراق أن الطلاق الذى تم بين والده الطاعن ومورث المطعون عليهم بتاريخ 1944/5/7 كان طلاقاً نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة فيكون الطلاق بائناً طبقاً للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، التى تنص على أن كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال .

(نقض جلسة 1975 / 1 / 29 – ص 297 – الطعن رقم 1 لسنة 41 ق)

• مجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية فى فترة العدة دون اعتراض من زوجها لا يعتبر رجعة – لأن حكم الطلاق الرجعى لا يؤثر على قيام الزوجية ما دامت الزوجة فى العدة فيحق لها البقاء فى البيت الذى تسكن فيه زوجها قبل الطلاق .

(نقض جلسة 1975/11/5 – ص 1376 – الطعن رقم 17 لسنة 43 ق)
(نقض جلسة 1962 / 5 / 23 – ص 662 – الطعن رقم 39 لسنة 29 ق)

• متى كان الثابت في الدعوى أن الطلاق الحاصل سنة 1944 نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة , فيكون الطلاق بائناً طبقاً للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، التي تنص على أن "كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال .." وإذا كان ذلك وكانت دعوى المطعون عليها تقوم على ما تدعيه من حصول زواج جديد بينها وبين الطاعن بعد الطلاق المذكور بعقد ومهر جديدين ولم تقدم وثيقة زواج رسمية أو عرفية تدل على ذلك ، وكانت إقراراتها بمحضر تحقيق النيابة وأمام محكمة أول درجة وإعلانات الدعاوى التي رفعتها على الطاعن تفيد عدم حصول هذا الزواج الجديد ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت نسب الصغير (المولود سنة 1950) إلى الطاعن يكون فضلاً عن قصوره قد خالف القانون إذ تكون المطعون عليها قد أثبت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق .

(نقض الطعن رقم 136 لسنة 62 ق – جلسة 2000/5/29)
(نقض جلسة 1963 / 3 / 30 – ص 331 – الطعن رقم 3 لسنة 32 ق)
(نقض الطعن رقم 796 لسنة 68 ق – جلسة 1999/6/28)

• الطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج ومعاوضه من جانب الزوجة لا يتم إلا بإيجاب وقبول من الجانبين ، وإذا كانت عبارة الإقرار الصادر من الزوجة إنما تتضمن إبرائها لزوجها من مؤخر صداقها ونفقتها وجميع الحقوق الزوجية المترتبة لها بموجب عقد الزواج مقابل حصولها على الطلاق ، فإن هذه العبارة بمجرد أنها لا تعدو أن تكون مجرد إيجاب من الزوجة بعرض العوض على الزوج مقابل حصولها على الطلاق لم يصادفه قبول منه بإيقاع الطلاق فعلاً ، ومن ثم فلا يتحقق فيها وصف الطلاق على مال وشروطه وبالتالي لا يترتب عليها أثره المقرر شرعاً .

(نقض جلسة 1963/11/13 – ص 1045 – الطعن رقم 9 لسنة 31 ق)

• متى كان الحكم قد استند إلى شهادة الشهود باستمرار الحياة الزوجية بعد الطلاق الرجعي – حتى وفاة الزوج فإنه يكون قد اتخذ من الشهادة دليلاً على حصول

مراجعة الزوج لزوجته وليس في ذلك ما يعتبر مخالفة للقانون طالما أن الرجعة تكون إما بالقول أو بالفعل ، ومن ثم يكون الحكم قد استند في إثبات الزوجية إلى دليل مقبول .

(نقض جلسة 1960/6/23 – ص 471- الطعن رقم 34 لسنة 28 ق)

• أن ركن الطلاق على مال (الذى هو عقد على الطلاق بعوض) هو الإيجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقاً على المال المسمى بين الزوجين ولذلك كان مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله في مجلس واحد بدون حصول الإيجاب والقبول على الصورة الشرعية المتقدمة الذكر لا يعتبر طلاقاً مستوجباً لزوم المال على الزوجة فالحكم الذى يعتبر أن الإيجاب والقبول الشرعيين لوقوع الفرقة بين الزوجين واستحقاق الزوج للعوض قد حصل على أساس ما تم بينهما على ما ينبغى أن تبذله الزوجة من المال لزوجها ليطلقها عليه وتنفيذ هذا الاتفاق بإيفائها بعض المال المتفق عليه وتسليمه بياقيه سندات أدنيه ... الخ ، لا على أساس ما دون فى وثيقة الطلاق من أن الخلع قد وقع على الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة هو حكم مخالف للقواعد الشرعية الواجب الأخذ بها فى هذا الموطن ويتعين نقضه .

(نقض جلسة 1937/10/28 – الطعن رقم 81 لسنة 6 ق – ص 119)

• المباراة والخلع أو الطلاق على مال ليس من المعاوزات المالية التى تطبق فى شأنها أحكام القانون المدنى بل هى من التصرفات التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها وحدها لتقرير ما يجب أن يقدم به رضاء الزوجين وكيف يفصح عنه كل منهما فيما يصدر عنه من إيجاب وقبول ، وكيف يكون الإيجاب والقبول معتبرين شرعاً حتى تقع الفرقة ويستحق المال .

(نقض جلسة 1937/10/28 – الطعن رقم 81 لسنة 6 ق – ص 119)

• تعديل وصف الطلاق من طلاق قبل الدخول إلى طلاق بعد الدخول، يتعين أن يقوم عليه دليل – إذا كان البينة فيجب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين .
(نقض جلسة 1986 / 12 / 23 – الطعن رقم 8 لسنة 55 ق – ص 37)

• جواز إثبات حصول الطلاق طبقاً للشريعة الإسلامية بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة .

(الطعن رقم 751 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

(الطعن رقم 93 لسنة 55 ق – جلسة 1988/1/19 – س 39 – ص 114)

• وإن كان المقرر فى فقه الإمام أبى حنيفة أن المراجعة هى استدامة ملك النكاح وليست إنشاء لعقد جديد بل هى امتداد لزوجية قائمة إلا أنه لما كان الطلاق الرجعى يرفع قيد الزواج فى المآل ويترتب عليه نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تجدد هذا الأثر ، وتحديد لرابطة الزوجية بانتهاء العدة ومن ثم رفع قيد النكاح وانفصام عرى الزوجية بالطلاق – هى من الأمور المطروحة فى الدعوى ويثور النزاع بشأنها بين طرفى التدعى وإذ كان ذلك وكان المشرع بما نص عليه فى المادة الثامنة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والملية قد ناط بالمحاكم الابتدائية نظراً دعوى الطلاق والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها مما ينعقد معه الاختصاص بنظر الدعوى للمحكمة الابتدائية المختصة لما يثار فيها من إيقاع الفرقة بين الزوجين .

(الطعن رقم 65 لسنة 60 ق – جلسة 1993/2/28 – س 44)

• الطلاق الرجعى . أثره . انتقاص عدد الطلقات التى يملكها الزوج . عدم زوال حقوق الزوج على الزوجة إلا بانقضاء العدة . الرجعة . ماهيتها . امتداد للزوجية القائمة . عدم اشتراط الأشهاد عليها ولا رضاء الزوجة أو علمها . إعلان الزوج زوجته للدخول فى طاعته وتطبيقه لها ثم مراجعتها قبل انتهاء العدة . عدم امتثالها للإنذار . أثره . اعتبارها ناشزاً دون حاجة لتوجيه إنذار آخر . علة ذلك .

(الطعن رقم 751 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

(الطعن رقم 326 لسنة 63 ق – جلسة 1998/3/30)

• كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل لثلاث أو قبل الدخول أو على مال وما نص عليه كونه بائناً . مفاده . التطليق للضرر . وقوعه بائناً بقوة القانون . م 5 ، 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

(الطعن رقم 542 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

• أشهاد الطلاق من المحررات الرسمية له الحجية فيما تضمنه من وصف الطلاق . عدم استجابة محكمة الاستئناف لطلب الإحالة للتحقيق التزاما بحجية الأَشهاد وعدم سلوك الطاعنين سبيل الطعن بالتزوير عليه . لا عيب .
(الطعن رقم 136 لسنة 62 ق – جلسة 29 / 5 / 2000)

• المحررات الرسمية . حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويدها بالطرق المقررة قانوناً. م 11 إثبات .
(الطعن رقم 275 لسنة 64 ق – جلسة 24 / 5 / 1999)

• أشهاد الطلاق . من المحررات الرسمية . إثبات الموثق به أن طلاق المطعون ضده للطاعنة بائناً لوقوعه على مال – الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة . قضاء الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه بتعديل وصف الطلاق من بائن إلى رجعى رغم عدم لجوء المطعون ضده إلى الطعن بالتزوير. مخالفة للقانون .
(الطعن رقم 796 لسنة 68 ق – جلسة 28 / 6 / 1999)

• اشتراط الزوجة في التفويض الصادر لها أن تطلق نفسها "متى شاءت وكيف شاءت " . مؤداه . لها تطليق نفسها مرة واحدة طلقة رجعية دون تكرار الطلاق . علة ذلك . اشتراط تطليق نفسها " كلما شاءت " . مؤداه . أن لها التطليق مرة بعد أخرى حتى تستكمل الثلاث دون أن تجمع الطلقات الثلاث في مرة واحدة . علة ذلك .
(الطعن رقم 132 لسنة 68 ق – جلسة 12 / 1 / 2002)

• طلاق الرجل لزوجته الأصل وقوعه رجعياً إلا ما استثنى بنص خاص في القانون . مؤدى ذلك . ليس للزوج تفويض زوجته في إيقاع الطلاق على نفسها إلا في هذا النطاق .
(الطعن رقم 132 لسنة 68 ق – جلسة 12 / 1 / 2002)

أحكام محكمة النقض في طلاق المريض مرض الموت

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير الدعوى طالما أقامت حكمها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وتودى

إلى ما خلص إليه وكان الحكم المطعون فيه وقد أقام قضاؤه بثبوت مراجعة المرحوم لزوجته المطعون ضدها الأولى على ما استخلصه سائغا من بينتها الشرعية من استمرار معاشرة الزوج لها وبقائها فى عصمته حتى وفاته . وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ مما له معينه فى الأوراق ويؤدى إلى ما انتهى إليه فإن النعى عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فى تقدير أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارتها أمام محكمة النقض ويكون النعى على غير أساس .

(الطعن رقم 65 لسنة 60 ق - جلسة 1993/12/28 - س 44)

• المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس إنه من العلل المهلكة ، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به .

(نقض جلسة 1976/1/7 - ص 146 - س 27 - الطعن رقم 15 لسنة 40 ق)

• متى كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاؤه بثبوت مرض الموت لدى المورث على ما حصله من البينة الشرعية التى لا مطعن عليها بأنه كان مريضاً بالربو والتهاب الكلى المزمنين ، وأن هذين المرضين وإن كانا قد لازماه زمنياً فقد اشتدت به علتها قبل الوفاة بثلاثة أشهر حتى أعجزته عن القيام بمصالحه خارج بيته وداخله فلزم دار زوجته - الطاعنة الأولى - حتى نقل إلى المستشفى حيث وافاه الأجل ، وساق تأكيد لذلك أن ما جاء بشهادة الوفاة من أن هذين المرضين أديا إلى هبوط القلب فالوفاة ، مطابق لأوراق علاج المتوفى بالمستشفى، فإنه لا يمكن النعى على الحكم بأنه قضى فى المسائل الفنية بعلمه طالما أفصح عن المصدر الذى استقى منه ما بنى عليه قضاؤه . وإذا كان الحكم قد عرف مرض الموت وشروطه على وجهه الصحيح ، وكان حصول مرض الموت متوافرة فيه شروطه واقعاً تستخلصه محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض ، وكان استدلال الحكم سائغاً على ما سبق تفصيله ، فإن النعى يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1976/1/7 - ص 146 - س 27 - الطعن رقم 15 لسنة 40 ق)

• المريض مرض الموت إذا طلق زوجته ثم مات ومطلقته في العدة يعتبر متى توافرت الشروط – بطلانها فاراً من الميراث ، وتقوم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به بمعنى أن الطلاق البائن ينبيئ بذاته من غير دليل آخر على هذا القصد فرد المشرع عليه قصده بذلك دون ما حاجة للبحث عن خبايا نفس المرض واستكناه ما بمرضه .

(نقض جلسة 7 / 1 / 1976 – ص 146 – الطعن رقم 15 لسنة 40 ق)

• مؤدى نص المادة 2/71 من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1947 أن المشرع الوضعي قرر أخذاً بالمذهب الحنفي ، أن من كان مريضاً مرض موت وطلق امرأته بائناً بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال في العدة ، فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره لأنه أهل لإيقاعه إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانته إلى وقت موته رغم أن المطلقة بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه اعتبر احتياطياً فاراً وهارباً فيرد عليه قصده لها ويثبت لها الإرث .

(نقض جلسة 7/1/1976 – ص 146 – الطعن رقم 15 لسنة 40 ق)

• اختلف فقهاء الحنفية في "الإياس" عند الجمهور خمسة وخمسون سنة وعليه الفتوى قيل الفتوى على خمسين – وفي ظاهر الرواية والمماثلة في تركيب البدن والسن والهزال . ونبهوا هل يأخذ بقولها أنها بلغت سن اليأس كما يقبل قولها بالبلوغ بعد الصغر أم لا بد من بيينة وينبغي الأول على رواية التقدير، أما رواية عدمه فالمعتبر اجتهاد الرأي ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بأنه أغفل شروط العدة إذ هي مما تنفرد به الزوجة ولا يعرفه أحد سواها . ومما لا يقع تحت حس الزوج (الطاعن) أو شهوده وهو لا يستطيع أن يطلب يمين الزوجة – المتوفاة أو يمين المطعون عليها (الوارثة لها) لأن انقطاع الدم لم يكن قائماً بها .

(نقض جلسة 23/5/1962 – ص 662 – الطعن رقم 39 لسنة 29 ق)

(نقض جلسة 30/3/1966 – ص 772 – الطعن رقم 16 لسنة 34 ق)

• لما كان الحكم المطعون فيه قضى بانصراف معنى الحقوق الشرعية الواردة بمنطوق الحكم المطلوب تفسيره إلى تلك المترتبة على الطلاق دون تلك المترتبة على

الزواج فإنه يكون قد مس ذاتية الحكم المفسر وكأنه نال من حجته ويكون قد خالف القانون .

(نقض الطعن رقم 273 لسنة 71 ق – جلسة 2003/3/8)

مادة 5 مكرر (مضافة)

على المطلق أن يوثق أشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه . فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر ، وعلى الموثق تسليم نسخة أشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها ، وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة ، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به¹ .

القانون رقم 44 لسنة 1979

مادة 5 مكرر – يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق أشهاد طلاقه لدى الموثق المختص . وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على المطلق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو محل إقامتها الذي يرشد عنه المطلق وعلى الموثق تسليم نسخة من إشهار الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك كله وفق الأوضاع والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

القانون رقم 25 لسنة 1929 لا نظير لها

المذكرة الإيضاحية

التعزير عقوبة مفوضة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى ويختلف باختلاف الجريمة وأجاز الفقهاء التعزير بالحبس ويجوز أن يكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتغريم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الإمام أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية وأجيزت فى مواضع مذهب الإمام أحمد .

¹ يذهب قضاء محكمة النقض إلى أن "مخالفة الحكم نصاً فى القرآن أو السنة أو الإجماع يوجب الحكم بطلانه وإهدار ماله من حجية (نقض جلسة 1982/3/23 – الطعن رقم 46 لسنة 51 ق)

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة . وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلان المطلق بوقوعه ووصول سنده إليها من المصالح العامة فإن تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به في المادة الخامسة مكرر من هذا المشروع يكون أمر ذا سند صحيح شرعاً وكذلك الحال بالنسبة للواجبات المبينة في المادة السادسة مكرر .

كما يعاقب الموثق أيضاً إذا أخل بالتزاماته التي فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة 2/23 مكرر إذ لا يكفي في الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتى ثماره .

التعليق

• أوجبت المادة على المطلق أن يقوم بتوثيق أشهاد طلاقه لزوجته لدى الموثق المختص بذلك خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق¹.

• ويلزم المطلق بالتوثيق إذا كان الطلاق قد صدر منه شخصياً وكذا إذا أوكل المطلق شخصاً غيره في إيقاع الطلاق فأوقع الوكيل الطلاق التزم الزوج بتوثيقه

¹ استحدث قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين الصادرة في 1955/1/4 تنظيمًا للطلاق الذي يقع أمام المأذون وذلك في المادة 40 مكرر من اللائحة المذكورة بمقتضاه أوجب المشرع على المأذون إذا حضر الزوج أو الزوجة المفوضة في الطلاق أو الزوجين معا وقررا أن الطلاق قد وقع أو لم يقع ولكن يصير عليه وجب على المأذون توثيق الطلاق في الحال بعد الإشهاد عليه ، أما إذا حضر الزوجان أو أحدهما وقرر أن الطلاق لم يقع بعد و إنما أبدي رعيته في إيقاعه وجب على المأذون التبصير بمخاطر الطلاق ويكلف الحاضر من الزوجين أو كلاهما في حالة حضورهما سوياً بأن يختار كلا منهما محكم من أهله للتوفيق بينهما خلال أجل يتفقان عليه على أن يثبت ذلك على النموذج الخاص المعد لهذا الغرض والذي يدون فيه اسم الحكمين المختارين والميعاد الذي اتفق عليه الزوجان لإجراء التوفيق مع تكليف الزوجان بإخطار المحكمين بمعرفتهما فإذا كان أحد الزوجين هو المتقدم للمأذون بطلب توثيق الطلاق أوجب النص على المأذون إخطار الزوج الغائب لشخصه وعلى يد محضر بورقة من أوراق المحضرين يتم إعلانها إليه وفق قواعد وأحكام الإعلانات المنصوص عليها بالمواد 10 وما بعدها من قانون المرافعات بعزم الزوج الحاضر على الطلاق على أن يتضمن الإعلان اسم المحكم الذي اختاره الزوج الحاضر كما يتضمن الإعلان دعوة الطرف المعين إليه إلى اختيار محكم من أهله ، كما أوجب النص على المأذون أن يوجه الإعلان على العنوان الثابت بوثيقة الزواج فإذا خلت الوثيقة من عنوان لجأ المأذون إلى الاستعانة برجال الإدارة للتحرى عن العنوان كما أجاز للزوجين أو لطالب إيقاع الطلاق من الزوجين تحديد ميعاد إجراء التوفيق لأجل أو أجل أخرى . =

= حظرت المادة على الموثق توثيق الطلاق في هذه الحالة إلا إذا عجز الحكمان عن التوفيق أو طلب الزوج أو الزوجين توثيق الطلاق في الحال أو أخبر الموثق أنه أوقع الطلاق بالفعل والذي يجب أن يثبت بيان به بإشهاد المطلق . ويتعين الإشارة إلى أن تخلف المأذون عن مراعاة الإجراءات أو الخطوات المتقدمة لا يترتب عليه بطلان الطلاق الذي قام بتوثيقه وإنما هي محض مخالفات لواجباته يوقع عليه بسببها الجزاء الإداري المنصوص عليه قانوناً .

باعتبار أن آثار طلاق الوكيل تنصرف إلى الموكل فيلزم المطلق بتوثيق طلاقه الذى أوقعه وكيله فى حدود وكالته¹.

• وتلزم الزوجة التى احتفظت بالعصمة فى يدها بتوثيق الطلاق إذا أوقعته هى بمقتضى التفويض الممنوح لها ، وذلك باعتبار أن لفظ المطلق الوارد بالنص قد ورد بمعنى مطلق فينصرف إلى الزوج والزوجة وكل من أوقع الطلاق².

• ولا يلزم المطلق بتوثيق الطلاق الذى يوقعه القاضى رغم كون القاضى يحل فى ذلك محل الزوج ويوقع الطلاق نيابة عنه وذلك لأن النص يتحدث عن إيقاع الطلاق وليس عن وقوعه .

• ويلزم المطلق بالتوثيق سواء كان الطلاق الواقع منه رجعياً أم بائناً إلا أن الزوج لا يلزم بتوثيق ما يقع من أسباب الفرقة غير الطلاق ولو صدر منه كاللعان والفسخ .

• ورغم النص على وجوب توثيق الطلاق لدى الموثق المختص إلا أنه لو قام الزوج بتوثيق الطلاق لدى موثق غير مختص فإننا نرى رفع العقاب عنه إذا ما تحققت الغاية من الإجراء بأن تم إعلان الزوجة به واتصال علمها بوقوعه وكذا إذا ما منعه عن ذلك قوة قاهرة أو عذر طارئ.

• والالتزام بالتوثيق يجرى على المصرى المسلم الذى يوقع الطلاق داخل إقليم مصر وكذا على الأجنبى المسلم المتزوج من مصرية وطلقها وهو داخل إقليم مصر إعمالاً لمبادئ سريان القانون المصرى من حيث الأشخاص والمكان، وعلى ذلك إذا أوقع الزوج الطلاق وهو خارج إقليم مصر سواء كانت زوجته فى الخارج أم كانت داخل إقليم مصر ومضت ثلاثون يوماً من إيقاع الطلاق مضافاً إليها ميعاد المسافة المنصوص عليه فى المادتين 16 و 17 مرافعات ، والمطلق بالخارج لا عقاب عليه إذا لم يوثق أشهاد الطلاق خلال الأجل المنصوص عليه³.

• وقد حدد النص وسيلتين لعلم الزوجة بالطلاق الذى يوقعه الزوج عليها .

¹ راجع عكس ذلك عبد الناصر العطار فى الموضع السابق - ص 103 حيث يرى أن الأمر لا ينصرف إلا إلى الزوج المطلق وحده باعتبار أن النص جنائى يفسر تفسيراً ضيقاً .

² راجع المادة 2/21 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

³ أنطت المادة 96 وما بعدها من قانون السلك الدبلوماسى والقنصلى رقم 45 لسنة 1982 بأعضاء السلك المذكورين أبرام عقود الزواج والتصادق واشهادات الطلاق متى كان أحد الزوجين أو كلاهما مصرى الجنسية .

الأولى : هى أن يكون الطلاق قد وقع بحضورها وهنا يتحقق بحضورها علمها الفعلى به .

الثانية : هى قيام الموثق بإعلان الزوجة إيقاع الطلاق ويتحقق به حضورها الحكمى .

• والالتزام بالإعلان هنا يقع على عاتق الموثق وليس على عاتق الزوج كما كان منصوصاً عليه فى القانون رقم 44 لسنة 1979، كما حدد المشرع وسيلة هذا الإعلان وهى أن يتم بإعلان على يد محضر فأسقط بذلك جواز إعلام المطلقة بأي طريق آخر ككتاب بعلم الوصول مثلاً .

• وقد كان نص المادة 5 مكرر من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ينص على أن على المطلق إعلانها (الزوجة) بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو فى محل إقامتها ، الأمر الذى كان يتحقق معه تمام إعلان الزوجة باستلامها للإعلان شخصياً أو بإعلانها فى محل إقامتها بالطرق والكيفية المنصوص عليها فى المواد من 10 إلى 14 من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وقد عمد المشرع عند إصدار القانون رقم 100 لسنة 1985، إلى تعديل النص المذكور بأن حذف العبارة الخاصة بإعلان الزوجة بالطلاق فى محل إقامتها إذا لم يتيسر إعلانها شخصياً به حيث صاغ المادة على النحو التالى ".... على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها (الزوجة) على يد محضر".

• وفى رأينا أن التعديل الذى أدخله المشرع على نص المادة إنما يعنى وجوب قيام المحضر بإعلان المطلقة بإيقاع الطلاق لها شخصياً وفقاً لحكم المادة العاشرة من قانون المرافعات بحيث أنه إذا لم يتيسر للمحضر القائم بالإعلان ذلك سواء لغياب المطلقة أو رفضها الاستلام أو لغير ذلك من الأسباب امتنع عليه القيام بتسليم الإعلان إلى أى ممن عددهم الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون المرافعات مما لا يصح معه تسليم الإعلان إلى من يقرر للمحضر أنه وكيل المطلقة أو يعمل فى خدمتها أو أنه من الساكنين معها¹ فإذا لم يتيسر للمحضر الإعلان لشخص المطلقة تعين عليه إتباع الطريق الذى حددته المادة 12 من قانون المرافعات من وجوب قيام المحضر بتسليم الإعلان فى اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع

¹ راجع عكس ذلك نصر الجندى فى التعليق على نصوص قانون الأحوال الشخصية - طبعة 1987 - ص 184 حيث يرى اتباع مواد قانون المرافعات فى إعلان المطلقة بالطلاق .

موطن المطلقة في دائرته حسب الأحوال على أن يقوم المحضر خلال أربع وعشرين ساعة بتوجيه كتاباً مسجلاً إلى المطلقة في موطنها يخبرها فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة¹ ، أما إذا كانت المطلقة ممن يقمن بالخارج أو من أفراد القوات المسلحة بعد ما انتشر اشتغال المرأة بها أو من السجينات أو ممن عدتهن المادة 13 من قانون المرافعات تعين على الموثق إتباع الطريق الذي حددته المادة المذكورة للإعلان باعتبار أن الإعلان بالطلاق في مثل هذه الحالات يكون قد تم لشخص المطلقة حكماً لتوافر النيابة القانونية فيمن حددهم القانون في المادة المذكورة لتسليم الإعلانات إليهم وهذا الذي نراه هو ما تؤيده مناقشات المادة بمجلس الشعب وما تفصح عنه سنة المشرع حيث نراه عمد إلى استخدام العبارة التي كان قد أوردها في المادة الخامسة مكرر من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ، عند صياغة المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 100 لسنة 1985 ، والخاصة باعتراض الطاعة حين قصد إمكانية إنذار الزوجة بالطاعة لشخصها أو من ينوب عنها وهو ما يؤكد اتجاه المشرع إلى إبراز قصده في وجوب إعلان المطلقة لشخصها دون سواها .

• وقد نصت المادة الثانية من القرار رقم 3269 لسنة 1985 ، والصادر عن وزير العدل بشأن أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم أشهاد الطلاق إلى المطلقة متضمنة في المادة الثانية وجوب قيام الموثق بهذا الإعلان خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق أشهاد الطلاق .

• كما أوجب النص على الموثق القيام بتسليم نسخة أشهاد الطلاق الخاصة بالمطلقة إليها أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل المشار إليه².

• وقد أوجب هذا القرار في مادته الخامسة على الموثق أن يستبقى أشهاد الطلاق لديه مدة ثلاثين يوماً من تاريخ توثيق الطلاق لإتاحة الفرصة للمطلقة أو نائب عنها للتوجه إليه لاستلامه فإن لم يحدث تعين عليه تسليم نسخة الزوجة من الأشهاد إلى المحكمة التابع لها محل إقامتها حيث تقوم المحكمة بإرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل إذا كانت تقيم بمصر أو عن طريق وزارة الخارجية للمقيمة بالخارج ، ويتعين الإشارة إلى أنه خلافاً لحالة إعلان إيقاع الطلاق الذي اشترط النص أن يسلم إلى

¹ راجع الوسيط في قانون القضاء المدني - فتحى والى - طبعة 1980 - ص 428 و 429 وراجع التعليق على المادة 11 مكرر .
² القرار المذكور وارد بملحق الكتاب .

الزوجة دون غيرها فإنه يمكن للموثق تسليم نسخة أشهاد الطلاق الخاصة بالمطلقة إليها شخصياً أو إلى من ينوب عنها إعمالاً لصريح النص وهو ما أوضحت مناقشات المادة بمجلس الشعب .

• وقد رتب النص آثار الطلاق وحدد بدء سريانها في حق الزوجة من تاريخ إيقاعه (سواء من حيث مبدأ سريان مدة العدة أو مبدأ استحقاق نفقة العدة أو الحق في الميراث الخ) إلا إذا تعدد الزوج إخفاء عنها وهو ما تتكفل الزوجة بإثباته أن كان بكافة طرق الإثبات المقررة شرعاً¹، فإذا ما ثبت تعدد الزوج إخفاء الطلاق عن الزوجة فلا تترتب آثار الطلاق المادية كالصداق والنفقة وما يتعلق بالميراث في حق الزوجة إلا من تاريخ علمها به ، وذلك باستثناء العدة حيث تحتسب من تاريخ إيقاع الطلاق سواء علمت الزوجة أو لم تعلم².

• وتعدّد الزوج إخفاء الطلاق لا يكون إلا حيث يوقع الزوج الطلاق شفويّاً على الزوجة دون إخبارها به أو تواطؤه مع المأذون على عدم قيام الأخير بالالتزام الملقى على عاتقه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة بإعلان الزوجة بالطلاق أو نحو ذلك ، كما لا تنثور المشكلة في العمل غالباً إلا حيث تطالب الزوجة بنفقة زوجية فيدفع الزوج الدعوى بعدم السماع للمطالبة بأكثر من سنة فيرد على ذلك بإخفاء الطلاق ، وعلى ذلك فإن اتفاق الزوجين على تاريخ محدد لعلم الزوجة بالطلاق لا يكفي بذاته لترتيب الآثار المالية للطلاق إعتباراً من ذلك التاريخ وإنما يتعين ثبوت إخفاء الزوج للطلاق والدفع بذلك في الدعوى باعتبار أن ترتيب آثار الطلاق المالية من تاريخ العلم يمثل استثناء على الأصل .

• ويجدر التنويه إلى أن الأحكام الواردة بالنص لا تحول دون إثبات إيقاع الطلاق بكافة طرق الإثبات المقررة سواء من جانب الزوج أو الزوجة³، فللزوجة أن تثبت عدم علمها بوقوع الطلاق بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود .

• ويثور التساؤل عن حكم الطلاق الذي يرجعه الزوج إلى سنة سابقة مثلاً هل ينتج أثره في حق الزوجة المطلقة من تاريخ هذا الإسناد أم أن الآثار المالية لهذا الطلاق لا تبدأ في السريان في حق الزوجة إلا من تاريخ علمها الفعلي به ، وما هو أثر

¹ راجع المادة 21 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية

² راجع مناقشات أعضاء مجلس الشعب حول النص – مضبطة الجلسة 97 – ص 51.

³ تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب – ص 8 .

هذا الطلاق بالنسبة للنسب وكذا الميراث إذا مات الزوج قبل علم الزوجة بالطلاق وأثبت ورثته أن هذا الطلاق كان قبل وفاته بمدة تنتهي فيها عدة الزوجة .

والإجابة على ذلك تستقى من صراحة نص الفقرة الأخيرة من المادة وهي ترتيب الطلاق لآثاره المالية من تاريخ إيقاعه الذى أسنده الزوج أو ورثته إليه إلا حالة أن تقيم الزوجة الدليل على تعدد الزوج إخفاءه عليها وارتداده إلى تاريخ مخالف للتاريخ الذى ادعاه الزوج أو ورثته فلا تترتب الآثار المالية للطلاق فى هذه الحالة إلا من التاريخ الذى تثبت الزوجة أنه مبدأ لعلمها به سواء كان ذلك التاريخ هو تاريخ إقامة الدعوى أو غيره .

• والأصل أن مسألة تعدد الزوج إخفاء الطلاق من عدمه مسألة موضوعية يلغى على عاتق الزوجة عبء إثباتها وتخضع لتقدير قاضى الموضوع ولا مجال لإثارتها إلا حيث لا تتسلم المطلقة إعلانها بالطلاق المرسل إليها من المأذون ، أما إذا لم تعلم الزوجة بأمر الطلاق دون عمد من الزوج لثبوت إدلاءه ببيان محل إقامتها الصحيح للمأذون عند توثيق الطلاق فإن آثار الطلاق تسرى بالطبع من تاريخ إيقاعه لا من تاريخ علم الزوجة به .

• وعلى ذلك فإذا لم يقيم المطلق بتوثيق طلاقه على النحو المنصوص عليه بالمادة فإن ذلك لا يسقط حق الطرفين أو ورثتهما فى إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات القانونية .

• وقد استحدث القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية بنص المادة 21 منه تنظيم أمر إثبات الطلاق فى حالة إنكار وقوعه من أى من الزوجين فنصت على أنه (لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالأشهاد والتوثيق وعند طلب الأشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق ، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما ، فإن أصر الزوجان معاً على إيقاع الطلاق فوراً أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع ، أو أقر الزوج أنه أوقع الطلاق وجب توثيق الطلاق بعد الأشهاد عليه ، وتطبق جميع الأحكام السابقة فى حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق فى ذلك فى وثيقة الزواج ، ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات فى تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك ، ولا يعتد فى إثبات

الطلاق فى حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضرا إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه ، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية¹.

• ومؤدى ما تقدم أنه لا يتسنى لأى من الزوجين أو غيرهما (كورتتهما) فى حالة إنكار الزوج الآخر للطلاق إثباته إلا بتوافر شرطين .

أولهما : توافر البيئة الشرعية عليه بالنصاب المقرر فى المذهب الحنفى وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

وثانيهما : أن يكون الطلاق المدعى به ثابت فى وثيقة رسمية .

ويستوى فى هذا الخصوص أن يكون الطلاق من الزوج أو الزوجة فلا يقتصر موجب إعمال النص على حالة إنكار الطلاق من جانب الزوج وحده وادعاء وقوعه من جانب الزوجة ، وعلى ذلك فإذا ادعى الزوج أنه قد طلق زوجته وأنكرت الزوجة إيقاعه لهذا الطلاق فلا يعتد بإقرار الزوج من الوجهة القانونية بتطليقه لزوجته إلا إذا أقام البيئة الشرعية على إيقاعه لذلك الطلاق وقدم الوثيقة الرسمية الدالة على تطليقه لها والتي أوجبت المادة 5 مكرر من القانون عليه إفراغ طلاقه لها فيها ، إلا إننا نرى أن مجرد إقرار الزوج بتطليقه لزوجته تقع به - شرعاً - طلقه منه عليها باعتبار أنه صاحب الحق فى إيقاع الطلاق والذى يملك بحسب الأصل حل عقدة النكاح شرعاً ، إلا فى حالة ثبوت تفويض الزوجة بالطلاق² . وهو مادعا المحكمة الدستورية العليا فى حكم حديث لها إلى القضاء بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة 21 من القانون رقم 1 لسنة 2000³ بما مؤداه جواز إثبات الزوجة للطلاق بكافة طرق الإثبات وإن للزوج إثبات الطلاق بقوله ويمينه طبقاً للقواعد العامة .

• ولا يغنى توافر أيا من الشرطين المتقدمين عن وجوب توافر الآخر، وعلى ذلك فيشترط لثبوت الطلاق المذكور توافر الشرطين المتقدمين مجتمعين .

• وعلى ذلك يتوجب عند توثيق الطلاق لدى الموثق المختص بالأشهاد عليه من رجلين أو امرأتين فإذا لم يتم الأشهاد عليه وجب على الموثق المختص الامتناع عن إصدار وثيقة إثباته "أشهاد الطلاق".

¹ راجع نقض أحوال الطعن رقم 455 لسنة 70 ق - جلسة 8 / 3 / 2003 .
² راجع نقض أحوال الطعن رقم 455 لسنة 70 ق - جلسة 8 / 3 / 2003 .
³ الطعن رقم 113 لسنة 26 ق دستورية - بجلسته 2006/1/15 .

• إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ 2006/1/15 في الطعن رقم 113 لسنة 26 ق دستورية بعدم دستورية المادة 21 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فيما يتعلق بالنص على اشتراط وجود أشهاد طلاق موثق كدليل على إيقاعه عند الإنكار , على نحو أصبح معه لكل من الزوجين إقامة الدليل على وقوع الطلاق بكافة طرق الإثبات دون تقديم الأشهاد الموثق والبينة الشرعية عليه .

• وقد عالج النص حالة قبول الزوجين بشخصيهما أو بوكيلين عنهما أمام الموثق للطلاق وفرق بين حالتين الأولى حالة عدم صدور الطلاق عن الزوج والثانية حالة الإقرار بالطلاق من الزوجين .

ففي الحالة الأولى وهى عدم سبق صدور لفظ الطلاق من الزوج أوجب النص على الموثق تبصير الزوجين بمخاطر الطلاق من تشتت الأسرة وضياع الولد ثم يدعوهما إلى أن يختار كلا منهما محكم من أهله لمحاولة التوفيق بينهما.

• ويتعين أن يتوافر في الحكمين الشروط الواجب توافرها في المحكمين والمنصوص عليها في المادة السابعة من القانون بأن يكون الحكمين عدلين إلا أنه يجب في الفرض المطروح أن يكون الحكمين من أهل الزوجين دون غيرهما مما لا يجوز معه أن يكون الحكمين أو أحدهما من غير أهل الزوجين كما لا يجوز أن يكون الحكمين أو أحدهما امرأة إعمالاً للقاعدة العامة في هذا الخصوص¹.

• كما يتعين أن يثبت الموثق قيامه بهذين الأمرين في أشهاد الطلاق الذى يصدره فإذا أصر الزوجان معاً على إيقاع الطلاق وجب على الموثق توثيق الطلاق بعد الأشهاد عليه من رجلين أو رجل وامرأتين وكذلك إذا أصر الزوج على إيقاع الطلاق (أو الزوجة المفوضة فيه) أو أقر الزوج (أو الزوجة المفوضة في الطلاق) أن الطلاق قد وقع منه بالفعل .

• ويتعين أن يحضر كلاً من الزوجين مجلس إجراءات توثيق الطلاق على النحو المتقدم بنفسه أو من ينوب عنه بوكالة رسمية خاصة ذلك أن الطلاق يتعين أن يصدر عن من يملك الحق في إيقاعه بشخصه فإن لم يكن وجب على من يفوض في إيقاعه أن يكون موكلاً من قبل صاحب الحق فيه وكالة خاصة ، فضلاً عن تجنب إنكار أى من الزوجين لصفة الحاضر عنه حال النظر في أمر سريان آثار الطلاق في حق أى من الزوجين وهو الغرض من النص على ما تفصح عنه الفقرة الأخيرة من

¹ راجع التعليق على المادة السابعة من القانون 25 لسنة 1929 .

المادة ويشترط في هذه الحالة أن يثبت الموثق حضور الوكيل عن الزوج بعد التحقق من شخصيته وإثبات بياناته واستوقاعه على الوثيقة بتلك الصفة.

• ولا يجوز أن يكون الوكيل عن أى من الزوجين شاهداً على الطلاق و إنما يتعين أن يستقل شخص الوكيل عن شخص الشاهد .

• فإذا لم يحضر أى من الزوجين أو أحدهما بشخصه ولا بمن ينوب عنه أو دفع أحدهما بانعدام صفة الحاضر عنه وثبت تخلف تلك الصفة فلا يعتد في إثبات الطلاق من حيث تاريخ وقوعه وبالتالي فيما يتعلق بالآثار المترتبة عليه إلا من تاريخ إعلان الموثق إياه بالطلاق بورقة رسمية على يد محضر إعمالاً لنص المادة الخامسة مكرر محل التعليق¹ ويسرى في شأن إعلانها القواعد المقررة في قانون المرافعات بالنسبة لإعلان أوراق المحضرين .

• وقد حرص المشرع على النص على أن كافة الأحكام السابقة تنطبق أيضاً في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج² .

• ويعد مما له صلة بالبحث المتقدم ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (17) من القانون رقم 1 لسنة 2000 على ألا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس 1931 ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية ، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال – دون غيرها – إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة .

وعلى ذلك فإن الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج (نفقة – حضانة – طلاق ... الخ) تكون مقبولة ولو لم يكن هناك وثيقة رسمية مثبتة للزواج في الوقائع السابقة أو اللاحقة على تاريخ 1931/8/1 طالما لم يكن هناك إنكار للزوجية من أى من طرفي الدعاوى ، أما بالنسبة لعقود الزواج غير الموثقة والمدعى إبرامها قبل 1931/8/1 فإن الدعاوى المترتبة عليها ومنها طلب الطلاق تكون مقبولة ولو عند الإنكار ، أما عقود الزواج المبرمة بعد تاريخ 1931/8/1 فإن الدعاوى الناشئة عنها لا تقبل – عند الإنكار – عدا دعوى الطلاق أو الفسخ دون غيرها فتكون مقبولة في حالة واحدة هي

¹ وهو الواجب الملقى على عاتق الموثق بالنسبة للزوجة حيث عممه المشرع واصبح ينصرف إلى كلا من الزوجين .
² راجع قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 الصادر بلائحة المأذونين (منشور بملحق الكتاب) .

أن يكون الزواج المنكور ثابتاً بأية كتابة يستشف منها إقرار المنكر للزواج كعقد إيجار أو رسالة أو محضر شرطة أو بيانات دفاتر الفنادق وما شابه ، فإذا لم يكن الزواج ثابتاً بأى كتابة فلا تقبل دعوى إثبات الطلاق أو دعاوى التطليق أو الفسخ المترتبة على أدعاء الزوجية العرفية باتخاذ أى طريق آخر لإثبات تلك الزيجة سواء كانت بينه شرعية أو غيرها من طرق الإثبات .

• ويتعين الإشارة إلى أن الفقه والقضاء الشرعى قد استقر منذ أمد بعيد - وعلى نحو أضحى من قواعده - على أن طلب إثبات الطلاق من تاريخ خاص يرجع إلى ما قبل الوفاة يتعين أن تتضمن الدعوى به المطالبة بحق مالى (كمؤخر الصداق أو الميراث) وإلا كانت الدعوى غير مسموعة شرعاً لأن الزوج المتوفى لا يمكن أن يكون خصماً فى مثل هذه الدعوى¹ ذلك أن إثبات الطلاق الصادر عن الميت أو عليه يستدعى حكماً يصدر ضده والحكم على الميت كالحكم على الغائب لا يجوز إلا فى مواجهة خصم حاضر ، وهذا الخصم إما أن يكون خصماً قصدياً وهو الوكيل عن الغائب أو خصماً حكماً وهو من يعتبر حاضراً عن الميت وذلك فى حالة ما يكون المدعى على الميت سبباً لما يدعى على الحاضر لا محالة أو شرطاً له ، وعلى ذلك فلا تقبل دعوى إثبات الطلاق فى حالة ما إذا كان الزوج أو الزوجة متوفياً إلا ضمن دعوى بحق آخر لكون إثبات الطلاق بعد موت الزوج لا يكون مقصوداً لذاته بل لما يترتب عليه من حقوق تكون هى موضوع الخصومة الحقيقى ويثبت الطلاق ضمن إثبات الحق الذى يترتب عليه (كالنفقة أو الصداق)².

• وإذا ما خالف أى من المطلق أو الموثق أحكام المادة (5 مكرر) خضع للعقوبات الواردة بالمادة 23 من القانون سواء بخصوص امتناعه عن توثيق أشهاد الطلاق أو تراخيه عمداً فى توثيق الطلاق خلال المدة المحددة بالنص بثلاثين يوماً خاصة وأنه ليس بلامر أن يتم توثيق الطلاق فى ذات اليوم الذى أوقع فيه على الزوجة .

كما يعاقب الموثق بالعقوبات الواردة بالمادة 23 من القانون إذا أخل بأى من التزاماته الواردة بالنص ، أما إدلاء المطلق ببيانات غير صحيحة للموثق عن محل

¹ حكم محكمة مصر الكلية الشرعية فى القضية رقم 244 لسنة 1939 - جلسة 1940/5/2 - منشور بمجلة المحاماة الشرعية بتاريخ 1963/6/11 ومبادئ القضاء الشرعى فى الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندي - ط 1986 - ص 563
² راجع حكم محكمة النقض رقم 68 لسنة 58 ق - جلسة 1933/2/23 - س 44 .

إقامة مطلقته فلا عقاب عليه لا اعتبارين أولهما أن المشرع استخدم لفظ الزوج ولم يستخدم لفظ المطلق في الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر في تقرير العقاب وثنائهما أن النص من النصوص الجنائية التي يتعين عدم التوسع في تفسيرها أو القياس عليها .

• والنص على عدم ترتيب الآثار المالية المترتبة على الطلاق بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ اتصال علمها به لا ينصرف إلى غيره من الآثار غير المالية وأهمها العدة حيث تحتسب العدة – كما سبق القول - من تاريخ الطلاق الفعلي أى من التاريخ الذى أوقعه فيه الزوج عليها بصرف النظر عن تاريخ إعلانها به أو علمها ، فلو طلق الرجل زوجته فأقامت الزوجة دعوى إثبات الطلاق وقدمت البينة وقضت المحكمة بإثبات الطلاق فإن العدة تبتدئ من الوقت الذى أسند إليه تاريخ الطلاق لا من وقت الحكم.

• أما إذا كان الزوج هو الذى يخبر بوقوع الطلاق وأسنده إلى تاريخ سابق على تاريخ إخباره أو إقراره (وهو فى الغالب تاريخ إقامته أو المطلقة للدعوى بإثبات الطلاق) احتسبت العدة الشرعية للمطلقة فى هذه الحالة من التاريخ الذى يسند إليه الزوج إيقاعه للطلاق فيه سواء صادفته الزوجة على ذلك أم لا وذلك إلا إذا انطوت ماديات الدعوى على ما يدل على وقوع تواطؤ بين المطلق والمطلقة على إسناد الطلاق إلى التاريخ الذى يخبر به الزوج أو قدمت الزوجة بينة شرعية على غير ما يخبر به الزوج ففي هذه الحالة احتسب الطلاق من التاريخ الذى أخبر به الزوج أما مدة العدة الشرعية للمطلقة فإنها تحتسب من التاريخ الذى يقر فيه الزوج بالطلاق (تاريخ إقامة الدعوى أو محضر الجلسة أو الإقرار المقدم منه بذلك) أى إلى تاريخ الإقرار وليس إلى تاريخ الإسناد¹.

• ويذهب البعض إلى القول بأن المادة الخامسة محل التعليق قد تضمنت – والحال كذلك - النص على عدتين أحدهما عدة شرعية تبدأ من تاريخ الطلاق دائماً علمت به الزوجة أو لم تعلم – عدا حالة ثبوت التواطؤ أو تقديم بينة شرعية مخالفة – وأخرى قانونية أو اعتبارية خاصة بالميراث والحقوق المالية الأخرى² لا تبدأ إلا من التاريخ الذى يثبت فيها اتصال علم الزوجة بالطلاق سواء كان عن طريق إخطار المأذون لها به أو أى دليل آخر يقدم فى الدعوى .

¹ نقض الطعن رقم 29 لسنة 45 ق - جلسة 1977/5/25 - ص 1288 .
² أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبراهيم والمستشار واصل علاء الدين - ط 1994 - ص 346 .

ونحن نرى أنه وإن كانت العدة من الآثار المترتبة على الطلاق والنفقة المقررة للمعتدة من الآثار المالية المترتبة على الطلاق إلا أن النص لم يتناول إلا التقرير بتراخي الآثار المالية المترتبة على الطلاق في حالة إخفاء الزوج له حتى مبدأ علم المطلقة به فما تتحصل عليه المطلقة من نفقة عدة مترتبة على الطلاق الذي لم يعلن إليها من ذلك التاريخ ما هو إلا أثر مالي عن مدة عدتها الشرعية والتي تحتسب من تاريخ وقوع الطلاق ، فإذا تبين أن عدتها الشرعية ستة أشهر من تاريخ الطلاق الذي أوقع عليها في 2002/1/1 فهي وإن كانت تتقاضى نفقة عدتها بعد علمها بالطلاق فهي لا تتقاضى سوى النفقة المستحقة عن مدة الستة أشهر الفاتئة بطريق آجل مما يتصور معه أن تتقاضى المطلقة نفقة عدتها من مطلقها وهي مثلاً في عصمة زوج آخر وهكذا .

• ولما كانت مسألة مراجعة المطلق لمطلقاته التي طلقها رجعيًا تعد من أخطر المشكلات العملية التي تجاهلها - ومن ثم - ينطوى عليها قانون الأحوال الشخصية وتتلخص المشكلة في أن يقوم الزوج بتطليق الزوجة طلاقاً رجعيًا أولى أو ثانية ويقوم المأذون نزولاً على حكم المادة 5 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985 بإعلان المطلقة بإيقاع الطلاق .

إلا أنه وعملاً بالقول الراجح من المذهب الحنفى والذي كان يجرى به العمل بالمحاكم والنيابات المختلفة إعمالاً لمقتضى حكم المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة عام 1931 الملغاة¹ فإن من حق المطلق أن يراجع زوجته من ذلك الطلاق الرجعى بغير رضاها أو حتى علمها بذلك ودون أن يشترط لصحة تلك المراجعة أشهاد شهود بل وتصح أيضاً من الزوج الهازل أو السكران أو المكره أو المدهوش أو النائم وأنها تصح بالقول كأن يقول بينه وبين نفسه "لقد راجعت زوجتي" دون أن يسمعه أحداً وتصح أيضاً بكل فعل يفهم منه ذلك كأن يسافر بعد الطلاق معاً في مهمة علمية أو فنية طالما كانت نيته من تلك السفرة مراجعتها ودون أى اعتبار لنيتهما هي أو علمها .

وإذا كان العمل بسماحة المذهب الحنفى في هذا الخصوص تناسب أحوال الناس ونقاء ضمائرهم في تلك الحقبة من حقبات الازدهار إلا أن فساد الزمم وتراجع الوازع الدينى لدى شريحة كبيرة من المجتمع فى العصر الحالى أفرز العديد من

¹ بالقانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

المشكلات الجسام التي تكتوى بنارها نساء فاضلات وتقف المحاكم عاجزة عن حلها لالتزامها بتطبيق نصوص لائحة مضى على صدورها أكثر من نصف قرن من الزمان .

ويعد من أبرز المشكلات الرائجة في هذا الخصوص قيام الزوج بمراجعة الزوجة دون علمها حال قيام الأخيرة بعد انقضاء عدتها بالزواج من آخر بما لازمه من الوجهة القانونية فسخ الزواج الثاني و إعادة الزوجة إلى عصمة الزوج الأول ، أو قيام المطلق بإخبار الزوجة شفويًا بمراجعتها ثم يتنكر لذلك بإشهار الطلاق الموثق بيده منكرًا عليها حقوقها ، ويدخل الزوجان في دوامة من القضايا والمنازعة ، هو يسعى لإقامة الدليل على أنه قد راجعها وأن مراجعتها لها كانت قبل انقضاء عدتها وتجاهد هي في إقامة الدليل على أنه لم يراجعها أو أن كان فإن مراجعتها لها جاءت بعد انقضاء عدتها خاصة وأن الأمر قد يتطور إلى احتمال توجيه اتهام جنائي لها بالجمع بين أكثر من زوج إذا ما كان الزوج على درجة من الحنكة وتوافر لديه قصد الكيد لها والإضرار بها بما قد تضطر معه الزوجة لتتلافى مغبة تلك الأضرار إلى مخالفة شرع الله والادعاء بانقضاء عدتها عند أقصر مدة زمنية قانونية لها .

والحل لتلك المعضلة يتوافر في أحكام شريعتنا ذاتها والتي تقدم الدليل يوماً بعد يوم على أنها برحمتها تصلح لكل زمان ومكان وتصلح الدنيا كما تصلح الدين .

ذلك أنه إذا كان المشرع الوضعي قد اعتمد المذهب الحنفي فيما يتعلق بتلك المسألة خلال حقبة تاريخية معينة تمشيًا مع مفاهيم كانت تحكم تلك الفترة فإنه وقد تغيرت تلك الحقبة واختلف الناس والزمان وتبدلت العادات والقيم فإن المذهب الشافعي وابن حزم الظاهري يقدمان لنا الحل لتلك المشكلة في إطار من أحكام شريعتنا الإسلامية باعتباره أحد المذاهب التي تمثل ركائز التشريع الإسلامي الوضعي والذي أخذ المشرع الوضعي بأحكامه في كثير من المواضع القانونية ضمن نصوص قانون الأحوال الشخصية القائم¹.

فالمذهب الشافعي وابن حزم الظاهري يشترطان لصحة المراجعة وتحققها وجوب إعلام الزوجة بها قبل انقضاء عدتها وهو في هذا يتفق مع الزيدية واستناداً إلى

¹ راجع التعليق على المادة 18 مكرر بحق المطلقة في المتعة حيث تضمنت المذكرة الإيضاحية التقرير بأن مأخذه هو المذهب الشافعي .

ما روى عن عمر بن الخطاب ويلتقى مع ما يجمع عليه جمهور الفقهاء من استحسان ذلك وندبه حتى لا تقع الزوجة فى معصية الزواج من آخر.

ولا يبقى بعد ذلك سوى تقنين ما جاء بذلك المذهب من أحكام فى هذا الخصوص فى نصوص وضعية ووضعها موضع التنفيذ وهو - من بعد - سيكون أقرب إلى النصوص الإجرائية منها إلى النصوص الموضوعية ويمثل- أن طلب القياس - النص الوارد فى المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 100 لسنة 1985 والذى ينظم كيفية دعوة الزوج لزوجته للدخول فى طاعته وكذا نص المادة الخامسة مكرر من ذات القانون الذى يتناول بالتنظيم كيفية إعلان الموثق بالطلاق الذى يوقعه الزوج عليها والمادة 11 مكرر المنظمة لكيفية إخطار الزوجة بزواج زوجها من أخرى وإعمالاً للاعتبارات المتقدمة فقد تقدمنا إلى لجنة التشريعات المنبثقة عن اللجنة القومية للمرأة وكذا لجنة تعديل قوانين الأحوال الشخصية بوزارة العدل والتى شاركنا بعضويتها فى الفترة منذ عام 1992 بموجب قرارى وزير العدل رقم 6087 فى 16/11/1991 ورقم 2971 فى 17/6/1994 باقتراح بإضافة مادة إلى القانون رقم 100 لسنة 1985 أو ضمن نصوص الإجراءات الشرعية المزمع إصداره كان نصها كالتالى .

"على الزوج أن يوثق مراجعته للزوجة لدى الموثق المختص قبل انقضاء ستين يوماً من تاريخ طلاقه لها ، وتعتبر الزوجة عالمة بالمراجعة بحضورها توثيقها فإذا لم تحضره كان على الزوج والموثق إعلانها بصورة رسمية من وثيقة المراجعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التوثيق ، ويغنى ثبوت إعلان أحدهما للزوجة عن إعلان الآخر لها".

"ولا تسمع دعوى المراجعة أو أى حق من الحقوق المترتبة عليها ضد الزوجة أو ورثتها إلا إذا اتخذت الإجراءات المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من هذه المادة".

"ويعاقب كل من الزوج والموثق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو أحدهما إذا خالف أى منهما أحكام هذه المادة أو إذا أدلى الزوج للموثق ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة زوجته ويجوز الحكم بعزل الموثق أو وقفه عن العمل لمدة لا تقل عن ستة أشهر".

إلا أن وزارة العدل عدلت النص إلى الصياغة الآتية التى تضمنتها المادة (22) من القانون رقم 1 لسنة 2000 "مع عدم الإخلال بحق الزوجة فى إثبات مراجعة

مطلقها لها بكافة طرق الإثبات ، لا يقبل عند الإنكار أدعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها وذلك ما لم تكن حاملاً أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة".

• والمراجعة في الفقه الحنفي تكون بالقول (راجعتك أو لازالت زوجتي أو نحو ذلك) أو بالفعل (المعاشرة) ويشترط لصحة مراجعة المطلق لمطلقته أن تكون الرجعة من زواج صحيح بعد الدخول ومن طلاق رجعي (فلا تجوز المراجعة في الطلاق البائن) وأن تتم المراجعة في فترة العدة كما يشترط أن تكون المراجعة بصيغة منجزة إذا كانت بالقول ولا يشترط لصحة المراجعة اشتراط العقل في الزوج أو الشهادة عليها .

• وتجاوز المراجعة بالحدود والضوابط المتقدمة سواء كان الطلاق شفويّاً أو صدر بشأنه أشهاد رسمي فللرجل أن يراجع زوجته شفويّاً حتى لو كان قد طلقها كتابياً بأشهاد رسمي وتكون هذه المراجعة صحيحة شرعاً وقانوناً .

• وتثبت مراجعة الزوج لزوجته بحسب الأصل بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها المصادقة والبيينة الشرعية وقرائن الأحوال فإذا توافق الطرفان على حصول المراجعة فيها ، أما إذا ادعت الزوجة حصول المراجعة إلا أن الزوج أنكر يحق للزوجة في هذه الحالة إثبات حصول مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات¹ شريطة أن تكون المدة التي تدعى الزوجة مراجعة مطلقها لها خلالها تحتل العدة² ، أما إذا أنكرت الزوجة أو أي ذي صفة غير الزوج (مثل ذي الصفة في طلب التفريق بمفهوم الحسبة) فلا يجوز إثبات مراجعة الزوج للزوجة إلا بسلوك الطريق الذي نصت عليه المادة 22 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

• فقد أوجب النص المذكور على المطلق إعلان مطلقته بمراجعتها إياه بورقة رسمية (إعلان على يد محضر) وفقاً لنص المادة السادسة من قانون المرافعات وما

¹ مدة العدة في القول الراجح في الفقه الحنفي ثلاث حيضات لمن تحيض وثلاثة أشهر هجرية لمن لم ترى الحيض لصغر في السن أو آياس وعدة الحامل حتى تضع حملها (راجع في العدة - أحوالها ومدتها وانقضاءها التعليق على المادة الثانية من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985).

² القاعدة المقررة في الفقه الحنفي أن انقضاء عدة المطلقة التي تحيض لا تعلم إلا من جهتها مع يمينها (راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم 18 لسنة 35 ق - جلسة 1967/3/29 - ص 692 والطعن رقم 73 لسنة 56 ق - جلسة 1988/6/18 - ص 1092) .

بعدها ومن ثم فلا تحتاج الزوجة بالإعلان الذى يتم عن غير ذلك الطريق ، فلا تحتاج بإعلامها بالمراجعة عن طريق خطاب بالبريد ، كما لا يجوز للزوج إثبات مراجعته بشهادة الشهود أو غير ذلك من طرق الإثبات حيث قصر المشرع الحق فى إثبات المراجعة بكافة طرق الإثبات على الزوجة وحدها كما تقدم القول .

• ويتحقق تسليم الزوجة إعلان الرجعة بإتباع الخطوات ووفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها فى المواد 10 وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتجارية حيث يتحقق إعلانها بتسليمها إعلان المراجعة لشخصها أو لمن ينوب عنها أو بتسليمه إلى جهة الإدارة أو النيابة العامة وهكذا كما تتبع الأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 فى شأن إعلان أشهاد المراجعة إذا كانت الزوجة من أفراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم (م 5/13) أو من المسجونين (م 6/13) أو كانت تقيم بالخارج ولها موطن معلوم أو غير معلوم (م 9 و 10)¹ كما يتعين مراعاة احتساب مواعيد المسافة المنصوص عليها فى المادة 16 من قانون المرافعات فى حالة تحقق موجبها .

• ولا يشترط اتصال علم المطلقة بالمراجعة قبل انقضاء مدة ستين يوماً لمن تحيض أو تسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر ، ذلك أن المنصوص عليه بالمادة (22) من القانون رقم (1) لسنة 2000 هو وجوب القيام بالإعلان للزوجة قبل انقضاء المدد المنصوص عليها فيها دون اشتراط تمام الإعلان خلالها أى أن التزام الزوج بالإعلان هو التزام بتوجيه الإعلان خلال المدة دون اشتراط تمام الإعلان خلالها .

• وتحتسب مدة الستين يوماً أو التسعين يوماً من تاريخ توثيق الطلاق لدى الموثق المختص وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة 5 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وليس من تاريخ إعلانها بالطلاق خلال المدة المنصوص عليها فى المادة الثانية من قرار وزير العدل رقم 3269 لسنة 1985 المتضمن الإجراءات التنفيذية لنصوص القانون رقم 100 لسنة 1985 (وهى سبعة أيام تالية لتاريخ توثيق الطلاق) وذلك ما لم يكن الزوج قد أورد فى الوثيقة أنه طلقها فى تاريخ سابق على تاريخ التوثيق .

• وواجب إعلان الزوجة بالمراجعة يقع على عاتق الزوج وحده دون الموثق الذى لا يقع عليه سوى واجب إعلان المطلقة بالطلاق على النحو المنصوص عليه فى

¹ راجع أحكام إعلان إنذار الطاعة فى التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً .

المادة 5 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985

- ومدة الستين يوماً والتسعين يوماً الواردة بالنص تعد في هذه الحالة من مدد السقوط التي يتعين أن يتم الإجراء (الإعلان) خلالها وعلى ذلك يكون الإعلان قد تم صحيحاً طالما تم تسليمه إلى مندوب الإعلان (المحضر) في اليوم الأخير منها حتى ولو تراخى في إعلان المطلقة إلى ما بعد انقضاء المدة سواء كانت ستين يوماً أو تسعين يوماً، وعليه فلا يشترط أن يتحقق اتصال علم المطلقة بالمراجعة خلال المدة¹.
- ولما كانت مدة الستين يوماً أو التسعين يوماً تعد - في هذا الخصوص - مدداً للسقوط فإنها تعد في هذه الحالة من المدد والمواعيد الإجرائية فتحتسب بالتقويم الميلادي وليس بالتقويم الهجري إعمالاً لحكم المادة الأولى من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

- ويمتد الميعاد المضروب للزوج للمراجعة في حالة إيقاع الطلاق على الزوجة الحبل إلى تاريخ وضع حملها باعتبار أن عدة الحامل تنقضي بوضع الحمل .
- وقد تضمن عجز المادة محل التعليق معالجة الحالة التي يتحقق فيها إعلان المطلقة بعد انقضاء مدة الستين يوماً أو التسعين يوماً الواردة بالفرض الأول ويدعى الزوج مع ذلك عدم انقضاء عدة مطلقتها حيث اعتد النص بهذا الإعلان إذا أقرت الزوجة بعدم انقضاء عدتها رغم مضي المدة باعتبار أن القول الراجح في الفقه الحنفي يعتبر أن انقضاء عدة المطلقة الحائل (غير الحامل) القول فيه لها وحدها مع يمينها باعتبار أن العدة لا تعلم إلا من جهتها ومثال ذلك حالات من تجرى عاداتها على رؤية الحيض كل شهرين أو ثلاث أو الحالات المعروفة من الفقه الشرعي بعدة المتحيرة².

أحكام النقض

- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط الأشهاد على الطلاق ، فبينما أوجبته البعض ذهب الغالبية إلى أنه ليس شرط لوقوعه لأن الأمر في قوله تعالى "فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم" هو

¹ راجع المادة 11 مكرر ثانياً فيما يتعلق بالمدة المحددة للاعتراض على إنذار الطاعة
² انظر التعليق على المادة الثانية من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985

للندب لا للوجوب ، غير أن أحدا منهم لم يستلزم لوقوع الطلاق أو ثبوته أن يكون موثقاً ، لما كان ذلك ، وكان ما نصت عليه المادة الخامسة مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، المضافة بالقانون رقم 44 لسنة 1979 ، من وجوب مبادرة المطلق إلى توثيق أشهاد طلاقه لدى الموثق المختص لم يهدف – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – إلى وضع قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله تعالى للزوج أو على جواز إثباته قضاء بكافة الطرق ، وإنما هدفت إلى مجرد عدم سريان آثاره بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ علمها به فإنه لا على محكمة الموضوع إذا استمعت إثباتاً للطلاق المدعى به إلى غير الشهود الموقعين على الوثيقة المحررة عنه ، لما كان ما تقدم ، وكان للقاضى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – السلطة التامة فى الترجيح بين البيانات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها والأخذ بما يطمئن إليه منها وإطراح ما عداه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بما شهد به شاهدا المطعون عليها من أن زوجها الطاعن طلقها على الإبراء وأطرح ما ساقه الطاعن من بينة للنفى ورتب على ذلك قضاءه بإثبات هذا الطلاق . فإن ما ينهه الطاعن عليه فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تقدير الدليل مما لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض جلسة 1982/11/23 - الطعن رقم 25 لسنة 51 ق - ص 1024)

• المقرر فى فقه الحنفية أن إسناد الطلاق إلى زمن ماضى يقع من الزوج إذا كان أهلاً لإيقاعه وقت إنشائه متى كانت المرأة محلاً له فى ذلك الوقت الذى أضيف إليه ، ويعتبر إنشاءً للطلاق وليس إخباراً عنه لأن الزوج إذ لا يمكنه إنشاء الطلاق فقد أمكن اعتباره تنجيلاً فى الحال .

(نقض جلسة 1977/5/25 - ص 1288 - الطعن رقم 29 لسنة 45 ق)

• إذا كانت عدة المطلقة من وقت إخبار الزوج أو إقراره بالطلاق لا من وقت الإسناد ، وكان تعديل جعل المدة من وقت الإقرار هو خشية تهمة المواضعة فإنه ينبغى أن يتحرى محلها ويرجع إلى الناس الذين هم مظانها فإن كان واقع الحال يتجافى عن مظنه هذه التهمة أو قامت على صحة تاريخ الطلاق بينه شرعية وليس الإقرار إسناد منه ينبغى الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذ بدءاً – للطلاق ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه على أن بينة شرعية لم تقم على مظنة تهمة

المواضعة ، وكان واقع الحال فى الدعوى لا ينفىها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون .

(نقض جلسة 1977/5/25 – ص 1288 – الطعن رقم 29 لسنة 45 ق)

• الفتوى أن الأصل فى الطلاق المضاف إلى الماضى أن يكون من وقت الإقرار به من الزوج مطلقاً وسواء صدقته الزوجة فيه أو كذبتة إذا ادعت جهلها به نفيًا لتهمة المواضعة مخافة أن يكونا اتفاقاً على الطلاق وانقضاء المدة توصلًا إلى تصحيح إقرار الزوج المريض لها بالدين ، أو ليحل له الزواج بأختها أو أربع سواها ولا تعدو مصادقة الزوجة زوجها المقرر فى إسناد طلاقها إلى تاريخ سابق إلا إسقاط لحقها فى النفقة وما إليها دون أن يعمل بهذه المصادقة فيما هو من حقوق الله تعالى .

(نقض جلسة 1977/5/25 – ص 1288 – الطعن رقم 29 لسنة 45 ق)

• لا يشترط لإيقاع الطلاق حضور الزوجة لأن الشارع جعله حقاً للزوج يستقل بإيقاعه من غير توقف على رضاها .

(نقض جلسة 1976/4/28 – ص 1204 – الطعن رقم 30 لسنة 44 ق)

• المنصوص عليه شرعاً أن الإقرار بالطلاق كذباً يقع قضاءً لا ديانة وأن الرجل إذا سئل عن زوجته فقال أنا طلقته وعديت عنها والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كذباً فإنه لا يصدق قضاء – فى ادعائه أنه أخبر كذباً – ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ولما كان يبين من الإطلاع على الإقرارات الثلاثة المنسوبة للمتوفى والتي كانت تحت نظر محكمة الموضوع وهى الإقرارات المؤرخة 1957/3/28 و 1958/8/9 ، والثابت ورودها بالحكم الصادر بتاريخ 1959/12/29 ، فى دعوى النفقة التى أقامتها الطاعنة وهى الزوجة الأخرى للمتوفى – أن ألفاظ الطلاق الصريح والإقرارات بالطلاق المنسوبة إلى المتوفى ، للمطعون عليها – الزوجة الأولى – بتاريخ 3 من أكتوبر 1934 ، المثبتة بأسفل أشهاد الطلاق المؤرخ 12 من سبتمبر 1934 ، وهذه الألفاظ والإقرارات منبته الصلة بما تضمنه الإقرارات المؤرخان 28 من مارس 1957 و 9 من أغسطس 1958 من عبارات أخرى تشير إلى الإخبار عن الطلاق الرسمى الصادر بتاريخ 13 من سبتمبر 1934 ، فلا محل من بعد لاستناد الحكم إلى أقوال شهود المطعون عليها – فى إثبات قيام الزوجية حتى وفاة المورث – لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن

الإقرارات المذكورة المنسوبة إلى المتوفى لا تعتبر إنشاء لطلاق ، بل هي إخبار عن الطلاق ، الذى أوقعه على المطعون عليها بالأشهاد الشرعى المؤرخ 12 من سبتمبر 1934 ، وأن الإخبار يحتمل التصديق والتكذيب وأن قوله فى الإقرارات الثلاثة بأنه لم يراجعها بعد هذا الطلاق بتاريخ 3 أكتوبر 1934 ، ورتب الحكم على ذلك أن المطعون عليها بقيت زوجة له حتى تاريخ وفاته وترث فى تركته فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض جلسة 1974/3/20 – ص 526 – الطعن رقم 11 لسنة 40 ق)

• إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أن الحكم الصادر فى الدعوى الأولى بالرفض - دعوى طلاق بين ذات الخصوم - المؤيد استئنافياً كان بشأن طلاق ادعت الطاعنة أن المطعون فيه أوقعه عليها ثلاث مرات الثالثة منها فى آخر سبتمبر 1962 فى حين أن النزاع الحالى يدور حول طلاق مثبت فى إقرار منسوب صدوره إلى المطعون عليه بتطبيقه الطاعنة ثلاث طلاقات أولاها فى آخر يوليو 1962 والثانية فى 14 سبتمبر 1962 والثالثة فى 21 سبتمبر 1962 وإذ اعتبر الحكم الطلقة المكمل للثلاث المحدد وقوعها فى الدعوى الأولى بأخر سبتمبر 1962 هى بعينها الطلقة الثالثة المثبت فى الإقرار صدورها بتاريخ 21 سبتمبر مع أن هذين التاريخين مختلفان ورتب الحكم على ذلك عدم جواز نظر الدعوى الحالية لسبق الفصل فيها فى الدعوى الأولى ، فإنه يكون فوق مخالفته للقانون قد شابه فساد فى الاستدلال .

(نقض جلسة 1973/6/27 – ص 982- الطعن رقم 20 لسنة 37 ق)

• لئن كانت دعوى الطلاق من مسائل الأحوال الشخصية إلا أنه يترتب عليه آثار مالية باختلاف الإبقاء على عروة الزوجية أو فصمها بالطلاق ومن المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن العبرة فى قيام المصلحة فى الطعن بطريق النقض هو وجودها وقت صدور الحكم المطعون فيه ولا يعتد بانعدامها بعد ذلك ولما كان لطالب الحل - محل الطاعنة المتوفاة - مصلحة محتملة فى الاستمرار فى الطعن المعروض تتمثل فى كونه أحد ورثة الطاعنة وكانت هذه المصلحة متحققة يوم صدور الحكم المطعون فيه لوجود الطاعنة على قيد الحياة حينذاك فإن وفاتها بعد ذلك لا تأثير لها على تحقيق هذه المصلحة وتوافرها فى هذا الطعن ، لما كان ذلك فإن طلب الحل يكون فى محله .

(نقض جلسة 1973/6/27 – ص 982- الطعن رقم 20 لسنة 37 ق)

• التناقض فى موضوع الخفاء عفو. وإذا كان الطلاق مما يخفى على الزوجة فإن دعواها به تكون مقبولة رغم الإقرار بالزوجية .
(نقض جلسة 1962/5/23 - ص 662 - الطعن رقم 39 لسنة 29 ق)

• تصديق ورثة الزوج على الزوجية ودفع الميراث لها لا يمنع من سماع دعواهم استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه لقيام العذر لهم حيث استصحوا الحال فى الزوجية وخفيت عليهم البينة فى الطلاق .
(نقض جلسة 1962/5/23 - ص 662 - الطعن رقم 39 لسنة 29 ق)

• سريان آثار الطلاق فى حق الزوجة من تاريخ إيقاعه تعدد الزوج إخفاء عنها . أثره . عدم ترتيب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به . العدة . بدؤها من تاريخ الطلاق علمت به الزوجة أو لم تعلم . علة ذلك .

(الطعن رقم 182 لسنة 63 ق – جلسة 1997/6/24)

• اختلاف الزوجين فى صحة الرجعة . القول للزوجة بيمينها . العدة بالحيض حدها الأدنى ستون يوماً .
(الطعن 530 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/28 والطعن رقم 182 لسنة 65 ق – جلسة 2001/5/28)

• إذا أقرت المرأة بصحة الرجعة وبأنها كانت لازالت فى العدة وقت حصولها ، لزمها هذا الإقرار إذ أنه إذا كان الإقرار صادراً من الخصم عن طوعية واختيار بقصد الاعتراف بالحق المدعى به لخصمه فى صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين ، فلا يقبل الرجوع فيه ، لأن الإقرار اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده آثار قانونية أو شرعية ، بحيث تصبح فى غير حاجة إلى الإثبات بدليل آخر وينحسم به النزاع فيما أقر به ، وعلى هذا ، فإنه ولئن كان إقرار المطلقة رجعيّاً بأن عدتها انقضت برؤيتها الحيض ثلاث مرات كوامل أو بأن عدتها لم تنقض بالحيض ، لا يكون نافذاً فى حق المطلق إلا إذا حلفت اليمين على ذلك ، إلا أن إقرارها على هذا النحو يلزمها هى حتى وإن لم تحلف اليمين ، إذ أنها ليست فى حاجة ليمينها لتصدق نفسها فى إقرارها ، فلا يجوز لها الرجوع فى هذا الإقرار بحجة أنه لم يقترن

بيمينها ، لأن مطلقها هو وحده صاحب المصلحة فى التمسك بذلك ، حتى يكون إقرارها فى هذا الصدد حجة عليه .

(الطعن رقم 530 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/28)

• تعديل المشرع بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية بعدم الاعتداد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالأشهاد والتوثيق . م 21 / 1 من ق 1 لسنة 2000 . مؤداه . الإبقاء على ذاتية القاعدة الأمرة التى تضمنتها المادتين 5 , 6 من ق 462 لسنة 1955 و 280 من اللائحة الشرعية. أثره . عدم سريان حكم التعديل على الدعاوى التى رفعت قبل صدوره بما مفاده جواز إثبات حصول الطلاق فى تلك الدعاوى بجميع طرق الإثبات الشرعية بما فى ذلك البينة .

(نقض الطعن رقم 455 لسنة 70 ق – جلسة 2003 / 3 / 8)

(والطعن رقم 655 لسنة 72 ق – جلسة 2005 / 1 / 11)

(والطعن رقم 53 لسنة 74 ق – جلسة 2006 / 1 / 28)

مادة (6)

إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً باتناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11 .

• هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة وليس في أحكام مذهب أبي حنيفة ما يمكن للزوجة التخلص ولا ما يرجع الزوج عن غية فيحتال كلاً على إيذاء الآخر بقصد الانتقام .

وتطالب الزوجة بالنفقة ولا غرض لها إلا إحراج الزوج بتغريمه المال وبطالب الزوج بالطاعة ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها وأن تنالها يده فيوقع بها ما شاء من ضروب العسف والجور . هذا فضلاً عما يتولد عن ذلك من إشكال في تنفيذ حكم الطاعة والتنفيذ بالحبس لحكم النفقة وما يؤدي إليه استمرار الشقاق من ارتكاب الجرائم والآثام . تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جليلة مما تقدم إليها من الشكايات فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين عدا الحالة التي يتبين الحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة الشاكية على فصم عرى الزوجية بلا مبرر (المواد من 6 إلى 11) .

ومستند وجوب النص المطروح قوله (ρ) "لا ضرر ولا ضرار" وإعمال القاعدة الشرعية "الضرر يزال" وقاعدة "ارتكاب أخف الأضرار لاتقاء أشدها".

التعليق

• من الحقوق المشتركة بين الزوجين أن يحسن كل منهما معاشرته الآخر ويحاول جهد طاقته دفع الضرر عنه ، لتهنأ الحياة بينهما لقوله تعالى (ولهن مثل الذين

عليهن بالمعروف) لأن قيام كل واحد منهما بحقوق الآخر قياماً صحيحاً يؤدي إلى الدوام و البقاء ، وقد روى عن النبي (ﷺ) أنه قال في حجة الوداع " أن لكم من نسائكم حقاً ، وإن لنسائكم عليكم حقاً " .

• والمضارة بين الزوجين متعددة النواحي ، كثيرة الأسباب التي تقضى على ما يجب أن يكون بين الزوجين من ألفة ومحبة ولا يقتصر أثارها عليهما بل يتعداهما إلى ما بينهما من ذرية وكل من له علاقة قرابة أو مصاهرة بهما .

• وإذا كان للزوج ولاية تأديب زوجته بالمعروف شرعاً إذا نشزت لقوله تعالى : "واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً أن الله كان علياً كبيراً" إلا أنه لا يجوز للزوج أن يؤذى زوجته ولا أن يظلمها فإذا أساءها وظلمها كان لها أن تلجأ إلى القاضى ليرفع الضرر عنها .

• ولما كان المذهب الحنفى لا يعرف – فى الراجح منه – التطليق بسبب الضرر بحسبان أنه يقرر زجر القاضى للزوج الذى يتعمد إيذاء زوجته فقد نقل المشرع حكم التطليق من مذهب الإمام مالك¹ إلا أنه أحال فى إثباته إلى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى² لخلو التشريع من نص منظم لإثبات ذلك إعمالاً لحكم المادتين الأولى والثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وفيه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات من بينه ويمين وقرائن وغيرها³.

• ولما كان مذهب الإمام مالك يجيز التطليق للضرر فإنه يتعين الرجوع إلى هذا المذهب فى تحديد أنواع الضرر وحالاته .

• وقد توسع مذهب الإمام مالك فى مفهوم الضرر الذى يجيز للزوجة طلب التطليق حيث يعرف الضرر فى مفهوم ذلك المذهب والمادة المطروحة بأنه إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق ولا ترى الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها مثل الضرب والسب والهجر وغيره⁴ بل ومجرد توليه وجهه عنها فى الفراش عمداً بقصد إيذائها .

¹ نقض أحوال الطعن رقم 300 لسنة 63 ق – جلسة 1998/1/20 – س 49 .

² نقض أحوال الطعن رقم 361 لسنة 59 ق – جلسة 1991/6/11 – س 42 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 47 لسنة 51 ق – جلسة 1982/5/18 – ص 534 .

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 83 لسنة 56 ق – جلسة 1992/1/21 – س 43 .

• ومعيار الضرر الذى يجيز طلب التطلق معيار شخصي يختلف من بيئة لأخرى ومن شخص لآخر ، فهذا النوع من الضرر يختلف عن الضرر الذى قد يلحق الزوجة ويجيز لها طلب التفريق في حالات إفسار الزوج بالنفقة أو وجود عيب فيه أو سجنه أو غيابه ، ذلك أنه في تلك الحالات يجوز للزوجة طلب التطلق متى أثبتت الضرر فيها فيكون معياره عاماً وواحداً لجميع الزوجات لا يتغير بتغيير البيئة أو الثقافة أو الوسط الاجتماعي وليس له معيار شخصي فيما أن يثبت الضرر أو لا يثبت فإن ثبت فإنه يعتد به بغير التفات إلى مدي ثقافة الزوجة أو وسطها الاجتماعي ، أما بالنسبة للشقاق بين الزوجين وإيذاء الزوج لزوجته فالمعيار فيه شخصي لا مادي يختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعي الذى يحيط بهما¹.

• وتقدير ما إذا كان أحد الزوجين هو المتسبب في الضرر دون الآخر من مسائل الواقع التى يستقل قاضي الموضوع بتقديرها².

• ويشترط في الضرر الذى يجيز للزوجة أن تطلب التطلق بسببه في هذا المجال أن يصل إلى درجة يستحيل معها دوام العشرة بين الزوج والزوجة أو أمثالها في البيئة والمكانة والثقافة وهكذا³.

• وتقدير الضرر موضوعي أي يقدره قاضي الموضوع من ظروف الأحوال وملاسات الدعوى وحال الزوجين وما إذا كان ما يسببه الزوج لزوجته بأفعاله أو أقواله أو بامتناعه ما يصل إلى درجة يستحيل معه علي الزوجة العيش معها بالنظر إلى أمثالها فيفرق بينهما ، أو إنها مجرد استخدام من الزوج لحقه الشرعي في تأديب الزوجة مثل أمثالها فتفرض دعواها ، ولما كان تقدير الضرر مما يختص به قاضي الموضوع فلا يجوز – من ثم – إثارته أمام محكمة النقض⁴.

• ونحن نرى أنه لا يعيب الحكم – من ثم – أن هو أغفل الإشارة في مدوناته إلى بلوغ الضرر حداً لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجة طالما وقد انتهى في أسبابه إلى ثبوت إيقاع الأذى من الزوج علي الزوجة إلى الحد الذى أضر بها مما

¹ نقض أحوال الطعن رقم 81 لسنة 60 ق- جلسة 1994/1/25- س 45 وأحمد إبراهيم وواصل علاء الدين في أحكام الأحوال الشخصية – ص 424 وحكم الاستئناف رقم 354 لسنة 102 ق- جلسة 1986/2/6- القاهرة والطعن رقم 360 لسنة 64 ق- جلسة 1998/12/28.

² نقض أحوال الطعن رقم 81 لسنة 60 ق- جلسة 1994/1/25 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 45 لسنة 57 ق- جلسة 1991/11/19 – س 42.

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 96 لسنة 56 ق- جلسة 1989/1/24 – س 40.

مؤداه أن بلوغ الضرر حداً لا يستطيع معه دوام العشرة يمكن استخلاصه من ماديّات الدعوى دون اشتراط النص عليه ضمن عبارات الحكم¹.

• ويكفي في مذهب الإمام مالك الذي استمد منه النص أن تثبت الزوجة أن الزوج قد أتى معها ما تتضرر منه ولو مرة واحدة حتى يقضي لها بالطلاق².

• والضرر الموجب للتفريق يجب أن يكون ضرراً خاصاً ناشئاً عن الشقاق بين الزوجين نفسيهما أما الضرر الواقع من الزوج علي أقارب زوجته فلا أثر له³.

• كما يجب أن يكون الضرر لازماً غير قابل للزوال لا تستطيع معه الزوجة مداومة العشرة وأن يكون في قدرة الزوج إنزاله بها أو إزالته عنها إذا شاء ولم يمنع نفسه عن إيقاعه بالزوجة بل استمر دائماً علي إنزاله والإقامة عليه .

• ولا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها في طلب التطلاق للضرر فتُسمع الدعوى من كليهما⁴.

• والضرر الذي يصدر من الزوج إما أن يكون إيجابياً وإما أن يكون سلبياً ، والضرر الإيجابي هو ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل يوجب تأذي الزوجة وتضررها ويحدث الشقاق بين الزوجين كدأبه الاعتداء عليها بالضرب والسب الذي لا تنبيهه الشريعة والذي لا يدخل في نطاق التأديب الشرعي⁵.

• أما الضرر السلبي فيتمثل في هجر الزوج لزوجته ومنها ما تدعوا إليه الناحية الجنسية⁶ أو تراخيه عمداً في الدخول بها⁷ ومعني ذلك أن الزوجة إذا ادعت أن زوجها يضربها أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها لا يستطيع معها دوام العشرة كان ذلك مما يشكل ضرراً إيجابياً يعطي الزوجة الحق في طلب التطلاق ولا يعد ضرراً سلبياً بالمفهوم المتقدم .

• وحق الزوج في تأديب الزوجة يستند إلى قوله تعالى في الآية رقم 34 من سورة النساء : "واللّاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع

¹ راجع مذكرة نيابة النقض المدني في الطعن رقم 445 لسنة 63 قضائية - أحوال شخصية إعداد المؤلف

² نقض أحوال الطعن رقم 44 لسنة 57 ق - جلسة 1988/11/22 - س 39 .

³ الحكم رقم 1182 لسنة 1985 - جلسة 1986/6/28 - جنوب القاهرة .

⁴ نقض أحوال - الطعن رقم 90 لسنة 54 ق - جلسة 1985/4/9 .

⁵ حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 9 لسنة 101 قضائية - جلسة 1985/5/9 .

⁶ حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 86 لسنة 83 ق - جلسة 1965/12/11 .

⁷ نقض أحوال جلسة 1990/12/18 - الطعن رقم 92 لسنة 58 ق .

واضربوهن ،فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .." وقوله (ρ) "اضربوا النساء إذا عصينكم في معروف ضرباً غير مبرح".

• وقد قننت محكمة النقض حق الزوج في تأديب الزوجة وحدوده التي إذا تجاوزها خرج عن نطاق حق التأديب وأضحى ضرراً موجباً للتطليق في قولها "أن حق الزوج في تأديب زوجته يباح له فيه تأديب المرأة تأديباً خفيفاً علي كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر ولا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق ، وحد الضرب الفاحش هو الذي يؤثر في الجسم ويغير لون الجلد¹ فإذا ضرب الزوج زوجته فأحدث لها سحجين في ظاهر الخنصر وسحجاً آخر في الصدر فإن هذا القدر كاف لا اعتبار ما وقع منه خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجبا للعقاب عملاً بالمادة 242 من قانون العقوبات² ، وعلي ذلك فإذا أساء الزوج استعمال حقه فتجاوز حده وعرضت الزوجة الأمر على القاضي وثبت ما تدعيه من تجاوز الزوج حدود التوجيه والتأديب لها أن تطلب الطلاق³.

• ونحن نرى أن قبول الزوجة استمرار معاشة الزوج بعد ثبوت وقائع الإضرار التي تدعيها مما يكون دالاً علي أنه من المستطاع دوام العشرة بين أمثالها يسقط حقها في طلب التطليق للضرر استناداً إلى تلك الوقائع ويكون علي المحكمة في هذه الحالة الحكم برفض الدعوى وذلك لتخلف شرط عدم استطاعة دوام العشرة⁴.

• إلا أن محكمة النقض ذهبت في حكم حديث لها إلى أن عودة الزوجة إلى مسكن الزوجية بعد وقوع الضرر لا يسقط حقها في طلب التطليق⁵.

إلا أنه إذا عاود الزوج الأضرار بالزوجة يكون لها طلب الطلاق مجدداً بشرطين :

الأول : أن تكون وقائع الأضرار التي تستند إليها الزوجة في الدعوى الثانية غير تلك التي كانت تستند إليها في الدعوى الأولى والتي اعتبرتها المحكمة لا تصل إلى حد لا يستطيع معه دوام العشرة¹.

¹ محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - ط 1969 - ج 1 - ص 246 .

² نقض جنائي في 1965/6/7 - س 16 - ص 552 - مجموعة قواعد المكتب الفني .

³ نجيب حسني في شرح قانون العقوبات - ص 179 ، ورمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي - ص 334 ، وراجع مناهج حق التأديب نقض أحوال جلسة 1977/11/9 - ص 1644 - س 28 والطعن رقم 518 لسنة 66 ق - جلسة 2001/4/21 .

⁴ راجع حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 441 لسنة 102 ق - جلسة 1986/3/6 .

⁵ نقض جلسة 1997/1/28 - الطعن رقم 82 لسنة 63 ق .

والثاني : أن تكون وقائع الأضرار الجديدة قد حدثت بعد الحكم برفض الدعوى الأولى وإلا لكانت مما تشملها الدعوى الأولى².

أما إذا تخلف أي من الشرطين السابقين فإنه لا مناص من الحكم بعدم قبول الدعوى الثانية لسابقة الفصل فيها بمقتضى الحكم الصادر في الدعوى الأولى واحتراماً لحجيته³.

• ورغم أن الضرب وغياب الزوج هاجراً لزوجته يعدان من صور الإيذاء الذى يلحق بالزوجة إلا أنه لا يحق للزوجة أن تقيم دعاها بطلب التطلق للضرر المتمثل فى الضرب وفقاً للمادة السادسة أمام محكمة أول درجة ثم تضيف أمام محكمة الاستئناف طلب التطلق للغياب إعمالاً للمادة (12) حيث يعد ذلك منها طلباً جديداً لاختلاف سببه لا يجوز قبوله إعمالاً للمادة 235 من قانون المرافعات⁴ إلا أن قيام الزوجة برفع الدعوى بطلب الطلاق للضرر المتمثل في الضرب أو الشتم مثلاً دون تحديد لنوع هذا الضرر أو سببه ثم قيامها بتحديد نوع الضرر أو سببه أو إضافة صور أخرى له- كأن تطلب أمام محكمة أول درجة التطلق للضرر المتمثل فى الضرب ثم تضيف أمام محكمة الاستئناف صور أخرى كالسب أو الهجر - لا تخرج عن نطاق المادة السادسة أمام محكمة الاستئناف لا يعد منها طلباً جديداً في مفهوم المادة 235 سالفه الذكر⁵.

• وهجر الزوج لزوجته يعد من أشد ضروب الضرر الذى ينال من الزوجة ومشاعرها إذ تشعر حينئذ أنها ليست مع زوج تتمتع بعطفه وحنانه وعشرته⁶ وكذا تراخيه في إتمام الزوجية بسبب يرجع إليه⁷.

• ويعتبر هذا الهجر ضرراً للزوجة حتى لو لم يقصد الزوج بذلك الهجر الإضرار طالما أن الهجر قد تحقق بالفعل وذلك على ما اعتمده بعض فقهاء المالكية الذى استمد منه القانون أحكام الطلاق للضرر استناداً إلى الحديث الشريف (لا ضرر

¹ نقض أحوال جلسة 1974/2/20 - ص 379 - س 25 - الطعن رقم 46 لسنة 40 ق.

² نقض أحوال جلسة 1986/12/16 - الطعن رقم 87 لسنة 55 ق - س 37 .

³ نقض الطعن رقم 17 لسنة 42 ق - جلسة 1975/11/26 - ص 1499 - س 26 .

⁴ نقض الطعن رقم 12 لسنة 53 ق - جلسة 1984/6/26 .

⁵ نقض الطعن رقم 251 لسنة 64 ق - جلسة 2000/2/14 وراجع أيضاً المادة (58) من القانون رقم 1 لسنة 2000.

⁶ الحكم رقم 1021 لسنة 1985 - كلى شمال القاهرة .

⁷ نقض أحوال جلسة 1987/4/28 - الطعن رقم 90 لسنة 55 - س 38 - الحكم رقم 1021 لسنة 1985 - كلى شمال القاهرة .

ولا ضرار) وبأن الوطء يتعلق به حق الزوجة وبهجره لفراشها يكون قد فوت عليها ذلك الحق ولا يكون إمساكاً لها بالمعروف¹.

• ولم ينص في قوانين الأحوال الشخصية على مدة محددة يجوز للزوجة بانقضائها طلب الطلاق للهجر كما لم يرد بذلك قول متفق عليه في المذهب المالكي الذي استمد منه نص المادة السادسة إلا أن الوارد لدى الفقهاء بوجه عام وباعتبار أن الهجر درب من دروب الضرر لدى المالكية جواز طلب التطلق للهجر² وأن أقل مدة للهجر يجوز بعدها للزوجة طلب التطلق لهذا السبب هي ستة أشهر هجرية سابقة على رفع الدعوى استناداً على ما استنته عمر بن الخطاب رضى الله عنه من إرساله للجند إلى ساحة القتال لمثل هذه المدة باعتبار أنها أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليه من غياب زوجها وقد استقى عمر في ذلك السيدة حفصة ، أما أنها أشهر هجرية فذلك باعتبارها التقويم المعتمد في الفقه الشرعي عملاً بمفهوم المخالفة لحكم المادة 23 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985³ وهذا هو ما يجرى به العمل بنيابات ومحاكم الأحوال الشخصية .

• ونحن نرى أنه يتعين لطلب التطلق للهجر باعتباره إحدى صور الإيذاء الذي يلحق بالزوجة أن تكون الزوجة مدخولاً بها إذ أن افتراق الزوج عن زوجته قبل الدخول بها لا يعرضها لخشية الفتنة التي لا تتولد لدى المرأة إلا بالدخول وهو ما اعتبرت معه محكمة النقض أن تراخى الزوج فى الدخول لمدة تسعة أشهر من تاريخ العقد بسبب صعوبة ظروفه المادية لا تعد كافية للقول بأستطاله الهجر إلى الحد الذى تتوافر معه المضارة الموجبة للتطلق⁴ .

ومن أحكام المحاكم في التطلق للهجر ما جاء به حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية إذ جرى قضاءه على القول "وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان الثابت من إطلاع المحكمة على الأوراق أن المدعية أقامت دعاوها بطلب التطلق على زوجها المدعى عليه طلبة بئنة للضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها . فقد ثبت

¹ نقض أحوال جلسة 1979/2/21 - ص 558 - الطعن رقم 19 لسنة 48 ق - ونقض جلسة 1979/3/21 - ص 906 - س 30 - الطعن رقم 14 لسنة 47 ق .

² نقض أحوال - الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 1999/2/15 .

³ راجع في ذلك محمد زكريا البرديسي في الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية - ط 1967 - ص 331 حيث يقصر هذه المدة على أربعة أشهر باعتبارها أقصى مدة حددها العلماء للهجر فى المضجع

وراجع نقض أحوال جلسة 1983/5/17 - الطعن رقم 36 لسنة 52 ق - غير منشور .

⁴ نقض الطعن رقم 777 لسنة 71 ق - جلسة 2003 / 10 / 25 .

هذا الضرر لدى المحكمة من أقوال شاهدي المدعية من أن الزوج لم يدخل بالزوجة منذ مدة تزيد عن الخمس سنوات ، وقد ذهب المالكية وهم من أخذت المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 من مذهبهم أن من أسباب الضرر قطع الزوج كلامه عن زوجته ، أو تولية وجهة عنها في الفراش ، وهجرها لغير تأديب مع إقامته معها في ذات البلد أو إثارة امرأة أخرى عليها . وإذا كان ذلك وكانت المحكمة قد عجزت عن الإصلاح بين الزوجين لعدم حضور الزوج أي مرحلة من مراحل الدعوى رغم إعلانه ولرفض وكالة المدعية المفوضة في الصلح الذي عرضته المحكمة ، الأمر الذي تتوافر معه شروط انطباق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، وتكون دعوى المدعية قد قامت على أساس سليم من الشرع و القانون ، لذلك تقضى المحكمة بتطبيق المدعية على المدعى عليه طلاقاً بائنة للضرر " .

• ويتعين الإشارة إلى قضاء محكمة النقض قد ذهب في هذا الصدد إلى أن سبق صدور حكم برفض دعوى الزوجة بطلب التطلق للهجر لا يحول دون رفع دعوى تطلق أخرى استناداً إلى الهجر الذي استتال إلى ما بعد صدور الحكم الأول¹.

• ولا يعد إسلام الزوج في ذاته سبباً لطلب التطلق للضرر وإنما إذا نتج عن ذلك شقاق بينهما نتيجة هذا الإسلام مما يجعل الحياة بينهما غير هادئة فإن لها أن تطلب التفريق لهذا الشقاق ، كما لها أن تتضرر إذا أثبتت أن زوجها يكرهها على الإسلام إذ لا إكراه في الدين .

• وطلب التطلق بسبب هجر فراش الزوجية لا يتوقف على حالة الزوج من حيث قدرته على المعاشرة الزوجية أو عجزه عنها بسبب كبر السن أو صغرها لأن المهم هو تضرر الزوجة من الهجران ، ولا يعد الهجر ضرراً – كما قدمنا – إلا بعد الدخول لأن غير المدخول بها لا تتضرر من عدم الوقاع ، إلا أن عدم الدخول بالزوجة لمدة طويلة بعد عقد القران بسبب لا يرجع إليها يعد من ضروب الهجر يعطيها الحق في طلب التطلق² أما إذا ثبت أن الهجر كان بسبب يرجع إلى الزوجة كسفرها إلى خارج البلاد فلا يتحقق الهجر في جانب الزوج ويتعين على المحكمة القضاء برفض الدعوى³.

¹ نقض أحوال – الطعن رقم 499 لسنة 64 ق – جلسة 64 ق – جلسة 15/2/1999 .
² نقض أحوال الطعن رقم 92 لسنة 58 ق – جلسة 18/12/1990 ونقض أحوال جلسة 21/3/1979 – ص 906 – س 30 – الطعن رقم 14 لسنة 47 ق .
³ الحكم رقم 864 لسنة 1984 – جلسة 4/5/1986 – كلى جنوب القاهرة .

• ومن صور الضرر التي شهدتها ساحات المحاكم وكانت سبباً للتطليق لهذا السبب ادعاء الزوج أن زوجته على علاقة بغيره أو كانت¹ وتعاطي الزوج المخدرات وارتكاب الفحشاء²، وإفشاء الزوج لسر خاص به وزوجته³ وإتيان الزوجة في غير موضع الحرث⁴ وتحرير المحاضر ضدها ورفع الدعاوى الكيدية وابتزاز أموالها ومصاغها⁵ وتراخيه عمداً في الدخول بها⁶ وقيامه بالتدليس على الزوجة وإيهامها أنه ذا منصب مرموق ثم تبين أنه محتال⁷ وصدور العديد من الأحكام القضائية ضده في جرائم مخلة بالشرف⁸ وكذا طردها من مسكن الزوجية⁹ وتعدد الدعاوى المقامة بينهما¹⁰.

• وإذا كان وقوع الأذى من الزوج على الزوجة لمرة واحدة كاف ليحق لها طلب التطليق للضرر¹¹ إلا أنه يتعين أن يكون الضرر قد وقع فعلاً فتوقع زواله أو محاولة رآبه غير مانع من التطليق¹².

• ولا يحول خروج الزوجة على طاعة الزوج وحصوله على الحكم بنشوزها بينها وبين طلبها التطليق للضرر والحكم لها بذلك لما هو مقرر من اختلاف دعوى النشوز عن دعوى التطليق موضوعاً وسبباً¹³.

• ومجرد تخلف الزوج عن إعداد مسكن الزوجية أو تهيئة مسكناً للطاعة لا يعد وحدة ضرباً من ضروب الضرر الذي يعطى الزوجة الحق في طلب التطليق وكذا حبسه في نفقتها¹⁴.

¹ الحكم رقم 1962 لسنة 1983 - جلسة 1983/12/25 - كلى جنوب القاهرة .
² حكم محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 109 لسنة 102 قضائية - جلسة 1985/6/6 وفسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعد إثره إليها كان يحضر صوابه في منزل الزوجية أو يحرضها على الفسق والفجور .
³ نصر الجندي في مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاماً - ص 201، 202 .
⁴ نقض أحوال - جلسة 1976/11/3 - ص 1516 - الطعن رقم 19 لسنة 45 ق .
⁵ محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 448 لسنة 100 ق - جلسة 1985/4/26 .
⁶ نقض أحوال - الطعن رقم 45 لسنة 54 ق - جلسة 1985/3/12 - ص 36 .
⁷ الحكم رقم 24 لسنة 1985 - جلسة 1986/6/24 - كلى جنوب القاهرة .
⁸ الحكم رقم 871 لسنة 1985 - جلسة 1984/4/27 - ص 35 .
⁹ حكم الاستئناف رقم 244 لسنة 46 ق - استئناف المنصورة - مأمورية الزقازيق جلسة 2004/2/25 .
¹⁰ نقض الطعن رقم 376 لسنة 67 ق - جلسة 11 / 5 / 2004 .
¹¹ نقض أحوال جلسة 1981/3/31 - ص 994 - الطعن رقم 33 لسنة 50 ق .
¹² نقض الطعن رقم 19 لسنة 48 ق - جلسة 1979/2/21 - ص 588 - س 30 .
¹³ نقض أحوال جلسة 1986/12/16 - الطعن رقم 50 لسنة 55 ق - س 37 .
¹⁴ مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاماً - نصر الجندي - ص 208 .

• ولا يشترط لتحقيق الضرر وجوب إقامة الزوجين في معيشة مشتركة وقت الأذى فيتحقق الضرر حتى مع خروج الزوجة على طاعة الزوج وهجرها مسكن الزوجية والإقامة لدى ذويها¹.

• ويفترق هجر الزوج لزوجته (المادة 6) عن غياب عنها المحكوم بالمادة (12) من القانون إذ أنه يشترط في الأخير أن تستطيل مدة انقطاع الزوج عن الزوجة لمدة سنة ميلادية كاملة قبل رفع الدعوى فضلاً عن وجوب ثبوت إقامة الزوجين في بلد واحد حتى تتحقق صورة الهجر طبقاً للمادة السادسة وإلا اعتبر انقطاع الزوج غياباً يخضع لحكم المادة الثانية عشرة إذا ما ثبت أن الزوجين قد افترقا إلى بلدين مختلفين .

• وجدير بالذكر أن مفهوم البلد في هذا النطاق يتحدد بمحل إقامة الزوجين في مدينة واحدة حيث تعتبر القاهرة وبنها بلدين مختلفين وكذا المنصورة والمحلة أو المدينة الواحدة والمركز أو القرى التابعة لها².

• وقد اشترط المشرع أن يبلغ الضرر حداً لا يستطاع معه دوام العشرة حتى يحكم القاضي بالتطليق ونحن نرى أنه يجب النظر إلى هذا المفهوم من خلال منظور أشمل يضم العبارة المشابهة المنصوص عليها في المادة 11 مكرر من القانون والتي جاءت على نحو "ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة " إنما يكشف عن أن المشرع قد قصد التشديد في حل رابطة الزوجية في حالة الطلاق للضرر عنه في حالة الطلاق للزواج من أخرى ، إذ بينما يشترط أن يكون الضرر قد بلغ حداً يستحيل معه دوام العشرة في حالة الطلاق للضرر على ما انتهت إليه محكمة النقض في تفسيرها لتلك العبارة³ طبقاً للمادة السادسة يكتفى أن يكون الزواج من أخرى قد أصاب الزوجة بضرر (يتعذر) معه (فقط) دوام تلك العشرة دون اشتراط أن يصل الضرر في الحالة الأخيرة إلى حد يستحيل معه دوام العشرة ، إلا أنه لا يشترط في ذات الوقت أن تكون الحالة ميؤساً منها⁴ ويعزز ما نذهب إليه أن المشرع قد اشترط في حالة طلب الطلاق للضرر طبقاً للمادة السادسة في حالة تكرار الشكوى اتخاذ إجراءات التحكيم رغم

¹ نقض أحوال جلسة 1974/2/20 - ص 379 - الطعن رقم 46 لسنة 40 ق.

² انظر التعليق على المادة 12 .

³ نقض أحوال جلسة 1983/6/28 - الطعن رقم 50 لسنة 52 ق - ص 1495 .

⁴ نقض أحوال جلسة 1978/5/10 - ص 1217 - الطعن رقم 12 لسنة 46 ق .

تكرار الشكوى حين أنه لم يوجب اتخاذ هذه الإجراءات في حالة طلب الطلاق للزواج من أخرى وهذا النظر هو المستفاد من مناقشات المادة 11 مكرر بمجلس الشعب¹.

• وتقدير مدى الضرر وما إذا كان قد جعل دوام العشرة مستحيلاً من عدمه أمر متروك لقاضي الموضوع يعمل فيه سلطته التقديرية². إلا أن خلو الحكم من النص على أن الضرر قد جعل دوام العشرة مستحيلاً لا يعيبه طالما أنه انتهى إلى ثبوت وقوع الأذى من الزوج ضد الزوجة وتضررها منه .

• والقانون رقم 25 لسنة 1929 قصر طلب الطلاق للضرر على الزوجة دون الزوج باعتبار أن الزوج يملك رفع الضرر الواقع عليه من الزوجة بطلاقه إياها بإرادته المنفردة .

• ويثبت الضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين³ باعتبار أن المشرع بعد أن نقل حكم التطليق للضرر من مذهب الإمام مالك لم يحل في إثباته إلى هذا المذهب كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن مما يتعين معه الرجوع فيما يتعلق بقواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة⁴ عملاً بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 فتكون البينة من رجلين أو من رجلين وامرأتين⁵ كما يثبت بكافة طرق الإثبات الأخرى كالقرائن ونحوها .

• وتجدر الإشارة إلى أن المقرر أنه إذا تساوت البينات في هذا الخصوص تعين ترجيح بينة الإثبات على بينة النفي لأن البينات شرعت للإثبات لا النفي⁶ وباعتبار أن ذلك من سلطة محكمة الموضوع⁷.

¹ مضبطة الجلسة 97 لمناقشات أعضاء مجلس الشعب للقانون رقم 100 لسنة 1985.

² نقض أحوال جلسة 1987/5/19 - الطعن 2 لسنة 55 ق - س 38 .
³ نقض أحوال جلسة 2000/1/17 - الطعن رقم 345 لسنة 65 ق والأمر يختلف لدى الأقباط الأرثوذكس حيث يجوز إثبات الفرقة بشاهد واحد يراجع نقض - جلسة 1990/6/26 - الطعن رقم 90 لسنة 59 - س 41 ، كما يشترط الفقه المالكي الذي استقى منه النص الموضوعي لإثبات الضرر شاهدين ذكورا لا امرأة فيهما .

⁴ يعرف علماء الأصول "القول الراجح" بأنه هو ما قوى دليله وذلك على خلاف "المشهور" فهو ما أكثر قائله وهما على خلاف المفتي به والذي قد يكون راجحاً أو مشهوراً أو كلاهما مجتمعان - راجع في تعريف المصطلحات الشرعية مؤلف البحث الفقهي - طبيعته وخصائصه - إسماعيل سالم عبد العال - ط 1993 - ص 180 وما بعدها .

⁵ نقض الطعن رقم 300 لسنة 63 ق - جلسة 1998/1/20 .

⁶ نقض أحوال جلسة 1986/6/24 - الطعن رقم 116 لسنة 55 ق - س 37 .

⁷ نقض أحوال جلسة 1987/5/19 - الطعن 56 لسنة 54 ق - س 38 .

• والشهادة على وقائع الضرر يتعين إلا تكون سماعية¹ فعلى الشاهد أن يكون قد عاين المشهود عليه بالعين أو السماع بنفسه ذلك أن المقرر أن الشهادة السماعية لا تصلح لثبوت أو نفي الضرر المبيح للتطليق².

• وكما لا يجوز إثبات مضارة الزوج بشهادة سماعية فإنه لا يصح أيضاً نفيها بشهادة سماعية³.

• وقد ذهب البعض إلى اشتراط تكرار الشهادة على وقائع الضرر المتكررة كل على حدة بحيث إذا ادعت الزوجة أن الزوج اعتدى عليها في يوم كذا ثم عاود سبها في يوم آخر ثم أعاد ضربها في يوم ثالث تعين توافر نصاب الشهادة عن كل واقعة من الوقائع الثلاث على حدة⁴ إلا أن محكمة النقض انتهت إلى كفاية اتفاق أقوال الشهود على إضرار الزوج بزوجه على وجه معين دون اشتراط أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من وقائع الإضرار على حدة⁵ وعلى ذلك فإذا أقام الحكم قضاؤه بالتطليق على ما شهد به شاهدي الإثبات من دأب الزوج على سب الزوجة فلا ينال من صحة هذه الشهادة تفاوت أقوال الشاهدان حول بعض التفاصيل التي لا تمس جوهر الوقائع المشهود بها⁶. كما لا ينال من صحة الشهادة في مثل تلك الحالة (الشهادة على السب أو الشتم) اختلاف الشاهدين في الزمان والمكان لكون المشهود به في هذه الحالة قولاً محضاً⁷.

• إلا أنه يشترط في الشهادة أن تكون موافقة للدعوى فلا تقبل الشهادة إذا شهد الشهود بأكثر مما ادعاه المدعى أو بغيره لأنه بذلك يكون قد كذب شهوده⁸.

¹ الشهادة السماعية تختلف عن الشهادة بالتسامع وأقوى منها والأولى تكون حين يشهد الشاهد أن ما يشهد به سمعه من شخص محدد وقد يكون المشهود له أو ضده أما = = = الشهادة بالتسامع تكون حين يشهد الشاهد أن ما يشهد به استقاه من الرأي الشائع الذي تداوله الناس عن الواقعة المراد إثباتها وكلاهما لا تصلح لثبوت الضرر.

² نقض أحوال جلسة 1987/3/24 الطعن رقم 104 لسنة 55 ق ، حين أن الشهادة السماعية جائزة للحكم بالتطليق لدى الأقباط الأرثوذكس - انظر في ذلك نقض الطعن رقم 138 لسنة 57 ق - جلسة 1988/12/20 - س 39 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 4 لسنة 55 ق - جلسة 1986/3/25 والطعن رقم 52 لسنة 52 ق - جلسة 1986/2/25 - س 37 .

⁴ محمد الدجوى في شرح الأحوال الشخصية - ص 268 ، 272 - والحكم رقم 445 لسنة 102 ق - استئناف القاهرة - جلسة 1986/3/6 .

⁵ نقض أحوال الطعن رقم 33 لسنة 50 ق - جلسة 1981/3/31 - ص 994 والطعن رقم 116 لسنة 55 ق - جلسة 1986/6/24 و 1987/17 والطعن رقم 107 لسنة 55 ق - س 38 .

⁶ نقض أحوال جلسة 1987/3/31 - الطعن رقم 82 و 83 لسنة 54 ق - س 38 .

⁷ نقض أحوال الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 1999/2/15 .

⁸ نقض أحوال الطعن رقم 69 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/30 .

- ولا تقبل في هذا المجال شهادة الفروع للأصول أو شهادة الأصول للفروع¹ إلا أن شهادة القرابات لبعضهم البعض تعد مقبولة .
 - ويثور التساؤل حول ما إذا كان الحكم الجنائي الصادر بإدانة الزوج في جنحة ضرب الزوجة يكفي للقضاء بتطليق الزوجة على الزوج للضرر دون حاجة إلى وسائل إثبات أخرى .
 - فقد تستند الزوجة في إثبات وقائع اعتداء الزوج عليها ضرباً وسباً إلى سبق صدور حكم جنائي ضده لثبوت اعتدائه عليها بالضرب فهل يكفي هذا الحكم لحمل القضاء لها بالتطليق على الزوج استناداً إلى هذا الدليل وحده .
- والذي يثير هذا التساؤل أن إثبات وقائع الإضرار المتمثلة في اعتداء الزوج على الزوجة بالضرب إنما يشترط ثبوتها بمشاهدة العين حيث لا يكفي إقامة الدليل عليها ببينة سماعية وأن يشاهد تلك الوقائع رجالان عدلان أو رجل وامرأتان حتى تذكر إحداهما الأخرى ، في حين أن الحكم الجنائي الصادر بالإدانة ضد الزوج لاعتدائه عليها يستند غالباً إلى مجرد ما جاء بأقوال المجنى عليها وما ثبت بالتقرير الطبي المحرر بعد توقيع الكشف الطبي عليها فهل يعد مثل هذا الحكم دالاً على نسبة الإصابات التي وجدت بالزوجة إلى الزوج لمجرد أنها ادعت باعتدائه عليها بالضرب ؟ وهل يمكن للكشف الطبي الموقع عليها في إطار الدعوى الجنائية الجزم بأن الإصابات التي شوهدت بالزوجة لا تكون إلا من فعل الزوج ؟ هذا لا يمكن القول به ومن هنا ظهرت مشكلة تعارض اختصاص الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية بقواعد خاصة وقاعدة حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني ومنه قضاء الأحوال الشخصية بطبيعة الحال، هل يعد مثل الحكم الجنائي الذي صدر بإدانة الزوج لمجرد أقوال الزوجة المجنى عليها وما ورد بالتقرير الطبي حجة دالة على نسبة إحداث إصابات الزوجة إلى الزوج في أمر يشترط لإثباته شرعاً أن يشاهده شاهدان عدلان مشاهدة العين ؟ والإجابة على هذا التساؤل تنحصر في القول بأن الحكم الجنائي البات يقيد القضاء المدني فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم² وأن هذا المبدأ يشمل نطاقه الدعوى المدنية بالمعنى الواسع حيث يمتد إلى جميع الدعاوى المدنية مثل

¹ نقض أحوال جلسة 1991/7/30 – الطعن رقم 63 لسنة 59 ق .
² نقض جنائي في 1972/12/30 ، منشور بمجلة المحاماة – العددان التاسع والعاشر – السنة السادسة والخمسون – ص 61 .

دعوى الطلاق المترتبة على جريمة الزنا¹ وحقيقة الأمر في هذا المجال أن الضرر الواقع على الزوجة لا يقتصر أمر إثباته على البينة وحدها إذ هو يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية الشرعية فهو يثبت بإقرار الزوج به كما يثبت بالأوراق الرسمية والعرفية والقرائن فضلاً عن البينة أما إذا لجأت الزوجة إلى اختيار البينة وسيلتها لإثبات الضرر الموجب للتطليق تعين عليها الالتزام بقيود البينة الشرعية على الضرر وهو شهادة رجلان أو رجل وامرأتان يشهدان برويتهما وقائع اعتداء الزوج على الزوجة مشاهدة العين كما سلف القول² وعلى ذلك فإن الزوجة تستطيع أن تلجأ في إثبات وقائع إضرار الزوج بها إلى غير البينة الشرعية ويدخل ضمن تلك الوسائل الأخرى ما عساه يكون قد صدر ضد الزوج من أحكام جنائية باتة تدينه لثبوت اعتدائه على الزوجة بالضرب مثلاً وذلك شريطة أن يكون الحكم الجنائي ضد الزوج بالإدانة هو لعقابه عن ذات وقائع الاعتداء التي تستند إليها الزوجة في دعواها بالتطليق للضرر، أما إذا اختلفت واقعة اعتداء الزوج والتي صدر ضده الحكم الجنائي بشأنها عن تلك التي تستند إليها الزوجة في دعواها بالتطليق انتفت حجية الحكم الجنائي المذكور لاختلاف المحل في كل منها .

• وعلى ذلك فالحكم الصادر في الدعوى الجنائية – وعمل ما استقر عليه قضاء محكمة النقض – يجب أن تكون له حجية الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية – ومنها محاكم الأحوال الشخصية وليست العلة في ذلك اتحاد الخصوم والموضوع والسبب في الدعويين وإنما هي في الواقع لتوافر الضمانات المختلفة التي قررها المشرع في الدعوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة فيها لارتباطها بالأرواح والحريات بما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة الناس على الإطلاق وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام وهو ما يستلزم حتماً إلا تكون هذه الأحكام معرضة في أى وقت لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه حتى لا يجر ذلك إلى تخطئتها من جانب أياً من جهات القضاء³ ذلك أنه ليس من المقبول في النظام الاجتماعي أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقعت منه ثم تأتي المحكمة المدنية فتقضى بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه⁴ وتأكيداً لهذا الاتجاه ذهبت

¹ الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - أحمد فتحي سرور - طبعة 1980-ص 1140.
² نقض أحوال الطعن رقم 84 لسنة 57 ق - جلسة 1989/3/28 والطعن رقم 126 لسنة 57 ق - جلسة 1989/1/17 - س 40
³ نقض أحوال جلسة 1940/5/9 - الطعن رقم 49 لسنة 1 ق .
⁴ نقض أحوال جلسة 1944/1/13 - الطعن رقم 21 لسنة 5 ق .

محكمة النقض إلى أنه متى كانت الدعامة الأساسية – التى أقام عليها الحكم قضاءه بالتطليق هى ما ثبت للمحكمة من أن الطاعن قام بطرد زوجته – المطعون ضدها – من منزل الزوجية ودأب على سبها وهى تكفى وحدها لحمل الحكم وكان يبين أن أحد الحكمين الجنائيين خاص باعتداء الطاعن على شخص لا صلة له بالدعوى وأن الثانى انتهى إلى تبرئة الطاعن من تهمة الاعتداء بالضرب على المطعون عليها وكان الحكم لم يؤسس قضاءه على هذه الواقعة فإن التذرع بالحجية يكون لا سند له¹.

• وحتى يكون الحكم الجنائى الصادر ضد الزوج من المحكمة الجنائية لاعتدائه على الزوجة له حجيته أمام القضاء الشرعى ، يتعين تكرار الإشارة هنا إلى وجوب أن تكون وقائع الاعتداء التى تستند إليها الزوجة فى طلبها التطليق هى ذاتها التى كانت تشكل موضوع الدعوى الجنائية وهو ما تعبر عنه محكمة النقض بكون الفعل يشكل أساساً مشتركاً بين الدعويين الجنائية والمدنية² عملاً بالمادة 102 من قانون الإثبات ، أما إذا كانت وقائع الاعتداء التى تستند إليها الزوجة فى دعوى الطلاق غير تلك التى حوكم الزوج عنها فى الدعوى الجنائية بمقتضى الحكم الجنائى الذى تستند الزوجة إلى حجيته امتنع القول بالحجية مما يكون معه على الزوجة فى هذه الحالة تقديم دليل آخر على وقائع الاعتداء المدعاة .

• ويعد من نافلة القول بالإشارة إلى أن أعمال مبدأ الحجية على النحو السابق شرحه تتولاه المحكمة من تلقاء نفسها إذا ما انطوت الأوراق على حكم جنائى بات³ حيث يتعين على المحكمة الاستناد إليه والقضاء على أساسه لكفايته وحده فى هذه الحالة لحمل الحكم بالتطليق ، أما إذا لم يصل الحكم الجنائى إلى هذه المرتبة جاز لمحكمة الأحوال الشخصية الاستناد إليه فى إثبات إضرار الزوج بزوجه ولكن كمجرد قرينة ضمن قرائن أخرى يتعين توافرها فى الدعوى .

• وقد أوجب المشرع على المحكمة أن تعرض الصلح على طرفى الدعوى قبل إصدار الحكم فيها فإن هى أغفلت ذلك وقضت فى الدعوى اعتبر حكماً معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون مما ينحدر به إلى مرتبة البطلان – باعتبار أن شرطى الحكم بالتطليق للضرر هما ثبوت الضرر والعجز عن الإصلاح بين الزوجين⁴ .

¹ نقض أحوال جلسة 1976/1/22 س 27 ص 330-الطعن رقم 580 لسنة 41 ق.

² نقض أحوال جلسة 1939/12/14 – الطعن رقم 60 لسنة 8 ق .

³ نقض أحوال الطعن رقم 40 لسنة 55 ق – جلسة 1986/6/24 – س 37 .

⁴ نقض أحوال جلسة 1984/2/21 – الطعن رقم 53 لسنة 52 ق – س 35 .

• إلا أن وجوب عرض الصلح والذى يترتب على عدم القيام به بطلان الحكم لا يشترط إلا فى حالة الحكم بالتطليق ، أما إذا كانت المحكمة قد انتهت فى الدعوى إلى القضاء برفضها فإن ثبوت تخلفها عن عرض الصلح خلال نظرها لا يبطل الحكم الصادر بالرفض ذلك أن هدف المشرع من اتخاذ إجراء عرض الصلح هو الحيلولة دون فسم عرى الزوجية رغم ثبوت ما يدعوا إلى التفريق وهو ما لا يتحقق إذا رفضت الدعوى¹ .

• وقد أوجبت المادة (18) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية فى فقرتها الثانية على المحكمة تكرار عرض الصلح على طرفى التداعى فى حالة ما إذا ثبت أن لهما أبناء مرتين على الأقل ، على أن يفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً .

• وتكرار عرض الصلح فى حالة وجود أبناء للزوجين الهدف منه لا يخرج عن محاولة لإتاحة الفرصة للزوجين لمراجعة النفس قبل المضى فى نظر الدعوى .

• ويجوز للمحكمة أن تكرر عرض الصلح لأكثر من مرتين (ثلاث أو أربع وهكذا) فعرض الصلح مرتين يمثل الحد الأدنى لعدد مرات عرض الصلح إلا أن المدة التى يستغرقها عرض الصلح مهما تعددت يجب ألا تقل عن ثلاثين يوماً بين كل عرض وعلى إلا تتجاوز مدة عرض الصلح عن ستين يوماً مهما تعددت مرات عرضه .

• والمواعيد المنصوص عليها بالمادة 2/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 من المواعيد التنظيمية التى لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان .

• ولا يشترط حضور الزوجين لعرض الصلح عليهما شخصياً إذ يكفى حضور وكيل مفوض فى الصلح عن كل زوج² ويكون رفض الصلح من إحداهما كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين³ .

• وعلى ذلك فإذا ما أقامت الزوجة الدعوى بطلب الطلاق للضرر وجب على المحكمة عرض الصلح على الزوجين فإذا حالفها التوفيق فى الإصلاح بينهما فبها وإذا

¹ نقض الطعن رقم 101 لسنة 64 ق - جلسة 1998/12/28 .
² نقض أحوال جلسة 1980/12/23 - ص 2115 - س 31 - الطعن رقم 45 لسنة 48 ق .
³ نقض أحوال جلسة 1980/3/5 - ص 752 - الطعن رقم 47 لسنة 48 ق وجلسة 1987/3/24 - الطعن رقم 97 لسنة 55 ق - س 38 .

عجزت عن الإصلاح وجب على المحكمة اتخاذ الإجراءات التى تبيح للزوجة إثبات وقائع الإضرار بها وأهمها – على ما يجرى عليه العمل – إصدار حكم تمهيدى بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت الزوجة المدعية بشهادة الشهود عناصر دعواها ويتعين أن يكون الشهود قد شاهدوا وقائع الإضرار بأنفسهم حيث لا يجوز إثبات الضرر بالشهادة السماعية¹ طبقاً للراجح بالمذهب الحنفى².

• وإذا كانت عبارة النص ترجح قيام المحكمة بعرض الصلح على الزوجين بعد إثبات الزوجة لدعواها إلا أننا نرى أنه يكفى ثبوت قيام المحكمة بعرض الصلح على طرفى الدعوى فى أى مرحلة من مراحلها أى سواء قبل إثباتها أو بعد الإثبات .

• وجدير بالذكر أنه يتعين أن تنطوى محاضر الجلسات على ما يدل على قيام المحكمة بعرض الصلح على الطرفين فلا يكفى عرض الصلح على الزوجين شفاهة³ كما لا يكفى مجرد الإثبات بمحضر الجلسة أن المحكمة عرضت الصلح وإنما يتعين على المحكمة إثبات الدور الذى قامت به بمحضر الجلسة وبأسباب الحكم وإلا كان الحكم باطلاً⁴.

• كما لا يشترط وحتى يمكن القول بقيام المحكمة بعرض الصلح على الطرفين أن يثبت قيام المحكمة بذلك بطريق معين و إنما يكفى أن تنطق محاضر الجلسات بذلك⁵ فيكفى للقول باتخاذ هذا الإجراء مجرد قيام المحكمة بتأجيل نظر الدعوى عدة مرات تمكناً للزوجين من إتمام الصلح بينهما⁶ .

• ويجوز عرض الصلح أمام محكمة الاستئناف إذا كان قد فات على محكمة أول درجة عرضه على الطرفين حيث يتحقق بذلك تلافى العيب الذى يكون قد شاب حكم محكمة أول درجة⁷ .

¹ نقض أحوال جلسة 1984/3/13 – الطعن رقم 6 لسنة 53 ق – س 35 .

² نقض أحوال الطعن رقم 1 لسنة 54 ق – جلسة 1985/4/16 – س 36 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 21 لسنة 55 ق – جلسة 1986/4/15 – س 37 .

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 377 لسنة 63 ق – جلسة 1998/5/19 .

⁵ ونحن نرى أن المشرع قد أوجب بمقتضى حكم المادة 2/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تكرار عرض الصلح من المحكمة على الخصوم مرتين على الأقل إذا ما كان لهما ولد على أن تفصل بين المراتين مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً ، وإطلاق القول الوارد بالنص إنما يعنى وجوب انطباقه بالنسبة لكافة دعاوى التطليق أياً كان سببه ، إلا أننا نرى أن المواعيد المنصوص عليها من قبيل المواعيد التنظيمية التى لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان .

⁶ نقض أحوال الطعن رقم 23 لسنة 54 ق – جلسة 1986/3/11 – س 37 .

⁷ راجع نقض أحوال جلسة 1988/6/28 – الطعن رقم 33 لسنة 57 ق .

• ولا موجب لإعادة عرض الصلح أمام محكمة الاستئناف طالما انطوت محاضر جلسات محكمة أول درجة على قيام تلك المحكمة بعرضه وذلك إعمالاً لقاعدة أن الاستئناف ينقل الدعة بالحالة التي كانت عليها أمام محكمة أول درجة والتي تنتظمها المادة 232 مرافعات .

• وقد تناول النص مرحلة لاحقة لرفض دعوى الطلاق طبقاً للعرض المتقدم وهي حالة تكرار الشكوى وذلك بمعاودة الزوجة بعد رفض الدعوى الأولى إقامة دعوى جديدة بطلب التطلاق على الزوج لإضراره بها ضرباً أو سباً أو هجراً فإذا تبين للمحكمة أن الزوجة استندت إلى ذات الوقائع التي جعلتها سنداً لها في دعواها الأولى بالطلاق حكمت المحكمة بعدم جواز نظر الدعوى الثانية لسابقة الفصل فيها بمقتضى الحكم الصادر في الدعوى الأولى وذلك احتراماً لحجية هذا الحكم الأخير وإعمالاً للمادة 101 من قانون الإثبات والقول الراجح بالمذهب الحنفى .

وجدير بالذكر أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من الدفع المتعلقة بالنظام العام التي يتعين على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض¹ .

أما إذا كانت الأسباب التي تستند إليها المدعية في دعواها الثانية بالتطلاق تختلف عن تلك التي كانت قد اتخذت منها سنداً لدعواها الأولى وكانت هذه الوقائع جديدة استجدت بعد صدور الحكم في الدعوى الأولى وإلا اعتبر ، وقد شملتها الدعوى الأولى – كان ذلك من المدعية ما يعد – في مفهوم المادة السادسة – تكرار لشكواها ، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة – طبقاً لما ورد بعجز المادة – أن تتخذ إجراءات إثبات الدعوى وأهمها أيضاً ، وكما أسلفنا القول إصدار حكم تمهيدى يقضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية عناصر دعواها ووقائع الضرر فإذا نجحت المدعية في الإثبات فلا يكون للمحكمة هنا أن تقضى برفض الدعوى بل يتعين عليها أن تتخذ إجراءات التحكيم التي نص عليها في المواد من 7 إلى 11 من القانون² .

ويلاحظ أنه لا يجوز اتخاذ إجراءات التحكيم في هذه الحالة الأخيرة إلا بعد ثبوت فشل المدعية في إثبات الضرر³ ويتعين على المحكمة إثبات ذلك في مدونات

¹ نقض أحوال جلسة 1974/4/29 – ص 752 – الطعن رقم 85 لسنة 39 ق .

² نقض أحوال الطعن رقم 90 لسنة 54 ق – جلسة 1985/4/9 وجلسة 1986/12/16 – الطعن رقم 87 لسنة 55 ق – س 37 .

³ نقض أحوال جلسة 1987/3/31 – الطعن رقم 82 و 83 لسنة 54 ق وجلسة 1988/12/20 الطعن رقم 38 لسنة 56 ق – س 39 .

حكمها باعتبار أنه من مسائل القانون التى تخضع فيها لرقابة محكمة النقض وإلا كان حكمها معيباً بعبء مخالف للقانون والخطأ فى تطبيقه .

• والمقصود بتكرار الشكوى فى هذا المقام وجوب سبق رفض الدعوى بالتطبيق مرتين فأكثر للعجز عن الإثبات وليس لسبب غيره .

• ومفهوم تكرار الشكوى هو سبق إقامة الدعوى بالاستناد إلى المادة السادسة ورفضها ثم معاودة إقامة الدعوى استناداً إلى الضرر المنصوص عليه بذات المادة – إيجاباً أو سلباً – بحيث لا يعد تكرار للشكوى سبق إقامة الدعوى بطلب التطبيق لضرر الغياب أو العيب أو عدم الإنفاق مثلاً والقضاء برفضها ثم معاودة رفع الدعوى بطلب الطلاق لضرر المادة السادسة .

• ولا يحول ظهور تلفيق دعوى التطبيق – عند تكرار الشكوى – دون تعيين الحكيمين فالعبرة بتكرار الشكوى دون غيره .

• فإذا اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم دخلت دعوى الطلاق مرحلة جديدة من أهم ما يميزها ثبوت عدم إضرار الزوج بالزوجة أو إخفاقها – فى القليل – فى إثبات إضراره بها حيث يتم نظر الدعوى هنا من خلال منظور مؤاده محاولة التوفيق بين الزوجين وإزالة الخلافات التى قد تكون مشتركة أو من جانب الزوجة وحدها مما يمكن القول معه بتحول سبب الطلاق فى هذه الحالة إلى (استحالة العشرة) أو (الشقاق بين الزوجين) وليس إلى الضرر بمفهوم المادة السادسة من ضرب أو سب أو هجر .

• واتخاذ إجراءات التحكيم يعد من الإجراءات الوجوبية بالنسبة للمحكمة وللخصوم فليس لأى سلطة تقديرية فى ذلك ، فإذا صدر من أى من الخصوم ما يعد رفضاً لاتخاذ تلك الإجراءات تعين على المحكمة الالتفات عن ذلك والمضى قدماً فيها .

• ويقوم الحكمان – بتعرف أسباب الشقاق بين الزوجين طبقاً للمادة التاسعة فى فقرتها الثانية إلى أن ينتهى الأمر بوضع التقرير النهائى الذى يتضمن ما انتهى إليه من رأى على التفصيل الوارد فى التعليق على المواد من 7 إلى 11 من القانون .

• ولقد كان المفهوم السائد قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية أن ما يتفق عليه الحكمان من رأى

يكون ملزماً للمحكمة¹ ويقتصر دور المحكمة على توثيقه ولا تملك بسط سلطتها التقديرية عليه بإلغائه أو تعديله وذلك لما كان مقرر من أن الحكامين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة بحيث أنهما إذا اتفقا نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه من غير تعقيب ولو خالف مذهبه وإن اختلفا فطلق أحدهم ولم يطلق الآخر سارت المحكمة فى الإثبات.

• وإذا كان مؤدى أن الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة يلتزم القاضى بما ينتهيان إليه إلا أن ذلك كان مشروط بانطباق ما ينتهيان إليه ونصوص الشريعة والقانون وإلا تعين إهمالة مثال ذلك وجوب أن يتضمن تقرير الحكامين إذا ما انتهيا إلى التطلق ما يفيد صدور الأذى من الزوج دون الزوجة حتى يقبل منهما التقرير بعدم إسقاط حقوق الزوجة المالية .

• وجدير بالذكر أن الحكمان إما ينجحا فى التوفيق بين الزوجين وإزالة أسباب الشقاق بينهما أو أن ينتهيا إلى التفريق على أساس أحد البدائل المنصوص عليها فى المادة العاشرة ، فإذا نجحا فى التوفيق اعتمدت المحكمة ما انتهيا إليه ويكون عليها أن تصدر حكمها بإنهاء الدعوى صلحاً ، أما إذا انتهى الحكام إلى التفريق تعين على المحكمة أيضاً التصديق على ما انتهوا إليه والحكم به .

• إلا أن القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية استحدث فى المادة (19) قاعدة جديدة – استجابة لاقتراحنا من خلال اللجنة التى صاغت نصوصه والتى كان لنا فرصة عضويتها – مؤداها عدم وجوب تقيد المحكمة بما يتفق عليه الحكمان فى الدعوى حيث أجاز لها بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أن تأخذ بما ينتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى² .

¹ نقض أحوال الطعن رقم 203 لسنة 60 ق - جلسة 1995/3/28 و نقض أحوال جلسة 1974/2/20 - ص 379 - س 25 - الطعن رقم 46 لسنة 40 ق .

² تنص المادة (19) من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أنه "فى دعاوى التطلق التى يوجب فيها القانون ندب حكيمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين تسمية حكم من أهله قدر الإمكان فى الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكيمين المثل أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معا ، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين ، وللمحكمة أن تأخذ بما ينتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى" .

• ويتعين على المحكمة أن تضمن حكمها الفصل في أمر الحقوق المالية للزوجة من حيث إسقاطها كلياً أو بعضها أو عدم المساس بها وكذا ما تراه من بدل أن وجدت لذلك مقتضى وإلا كان حكمها معيباً بالقصور .

• إلا أنه يشترط للفصل في أمر الحقوق المالية أن تكون محل مطالبة قضائية في الدعوى فإذا اقتصررت المدعية على طلب الحكم بتطبيقها على الزوج واكتفى المدعى عليه رداً على الطلب بطلب رفضه دون أن يبدى طلباً عارضاً بالإزامها في حالة التفريق برد ما قبضته من المهر وسقوط حقوقها المالية فليس للمحكمة تتعرض للفصل في أمر الحقوق المالية تقييداً منها بطلبات الخصوم ، وعلى ذلك فإذا ثار بين ذوى الشأن نزاع حول صحة العقد أو نفاذه أو لزومه شرعاً كان لهم الحق في الالتجاء إلى القضاء قبل توثيقه طبقاً للقانون¹ .

• وإذا كان أحداً من الفقهاء لم يذهب إلى اشتراط توثيق عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية ليكون العقد صحيحاً إذ الكتابة أو التوثيق لا يتوقف صحة العقد عليهما لأنه عقد رضائي يتم وينعقد صحيحاً بمجرد صدور الصيغة مستوفية لشروط الانعقاد والصحة وتحقق الإعلان والإشهار بين أسرتي الزوجين والغير ، ذلك أن طابع العقود في الفقه الإسلامى هو الرضائية وأن تميز عقد الزواج ببعض النواحي الشكلية التى منها اشتراط الأشهاد والإشهار² وعلى ذلك فإن المشرع لم يجعل توثيق عقد الزواج لدى الموثق المختص شرطاً لانعقاده أو صحته فعقد الزواج كما لا يزال حكمه أنه من العقود الرضائية التى تقوم بالتقاء الإيجاب والقبول وباستيفاء بقية شروط الانعقاد والصحة والنفاذ وال لزوم عند من يعتمدون هذا التقسيم³ وغاية ما فى الأمر أن المشرع ، وكما عبرت عن ذلك المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية – وحماً للناس على تجنب ما يكتنف العقد العرفى من مشاكل أظهرها التطبيق العملى وإظهاراً لشرف هذا العقد بأن نصت على إلا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس 1931 – عند الإنكار – ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية وذلك

¹ نقض أحوال جلسة 1998/10/19 – الطعن رقم 194 لسنة 64 ق .

² نقض الطعن رقم 194 لسنة 64 ق – جلسة 1998/10/19 والطعن رقم 463 لسنة 73 ق – جلسة 2005/4/23 .

³ محمد سلام مذكور فى أحكام الأسرة فى الإسلام – ط 1969 – ج 1 – ص 11 .

سواء كانت الدعوى مجردة أو ضمن حق آخر¹ وعلى ذلك فإن المشرع لم يجعل توثيق عقد الزواج شرطاً لصحته وإنما كل الذى استطاع عمله – بمقتضى المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 – هو حرمان من لا يقوم بتوثيق عقد الزواج من المعونة القضائية فيما يترتب على العقد من آثار مع عدم المساس بصحة العقد ذاته وعلى ذلك جاء نص المادة 2/17 المشار إليها فى فقرتها الثانية.

• وقد كان المقصود بعدم القبول هنا – فى ظل المادة 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 - عدم جواز إثبات الزوجية القائمة بعد التاريخ المنصوص عليه إلا إذا كانت واردة بوثيقة رسمية , إلا أن محكمة النقض قصرت عدم الإثبات – فى حكم صحيح لها – على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج غير الموثق (كدعاوى النفقة أو الحضانة... الخ) دون الزواج ذاته التى أجازت إثبات وجوده أو صحته² عند الإنكار بكافة طرق الإثبات , مما مؤداه – فى رأينا – حق المتزوجة عرفياً فى طلب الحقوق المترتبة على عقد الزواج العرفى من نفقة أو حضانة وغير ذلك شريطة أن تتضمن صحيفة الدعوى طلبين أولهما طلب إثبات صحة ونفاذ عقد الزواج العرفى وثانيهما المطالبة بما يترتب على ثبوت ذلك العقد من حقوق تشكل جوهر طلبها الثانى من نفقة أو حضانة أو غير ذلك , وإن كان ذلك يستلزم صيرورة الحكم الصادر فى الطلب الأول بإثبات الزواج العرفى نهائياً حتى لا يحرم المدعى عليه فيه من التقاضى على درجتين باعتباره مما يتعلق بالنظام العام .

• والمنع المنصوص عليه فى المادة ينصرف إلى كل من الزوجين أو ورثة أيهما أو الغير³, والدفع بعدم القبول من الدفوع الموضوعية التى تتعلق بالنظام العام يتعين على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها⁴.

• وقد ذهب قضاء محكمة النقض – أيضاً - إلى أن تقدير إنكار الخصم للزوجية المدعاة من عدمه يعد من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض⁵.

¹ انظر نقض الطعن رقم 136 لسنة 62 ق – جلسة 2000/5/29 والطعن رقم 497 لسنة 64 ق – جلسة 2000/4/10.

² نقض أحوال الطعن رقم 463 لسنة 73 ق – جلسة 2005 / 4 / 23 .

³ أحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية – زكريا البرى – ط 1970 – ج1 – ص 51.

⁴ راجع المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000.

⁵ نقض الطعن رقم 462 لسنة 64 ق – جلسة 2000/2/15 .

• وعلى ذلك فإن المنع يشمل عدم جواز إثبات أى حق من الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها إلا إذا كانت الزوجية ذاتها ثابتة بوثيقة رسمية¹.

• فلا تقبل دعوى النفقة التى ترفعها المتزوجة عرفياً – إذا ما أنكر الزوج قيام الزوجية - لعدم ثبوت الزوجية فى وثيقة رسمية كما لا يعتد بإنذار الطاعة الذى يرسله المتزوج عرفياً إلى زوجته – فى حالة الإنكار - لعدم ثبوت الزوجية فى وثيقة رسمية وهكذا . وعلى ذلك فإن الحقوق التى لا تكون الزوجية سبباً مباشراً لها فيجوز قبول الدعوى بها رغم الإنكار ورغم كون عقد الزواج عرفياً غير ثابت فى وثيقة رسمية مثال ذلك الدعوى التى يقيمها الابن من الزواج العرفى بطلب نفقة له على الأب أو دعوى الحضانة والضم لغلبة حق الصغير فيها واتصالها بالنسب أو دعوى إثبات نسب الأب من الزواج العرفى² أو دعوى الإرث بسبب الأخوة ودعوى صحة المراجعة فلا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون تلك المراجعة ثابتة فى وثيقة رسمية باعتبار أن الرجعة – كما تقول محكمة النقض – لا تنشئ زواجاً جديداً بل هى من قبيل استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة فهى ليست إذن إنشاء لعقد زواج جديد يتعين إفراغه فى وثيقة رسمية لجواز قبول الدعوى به بل امتداد لزوجية قائمة بالفعل³ وكذا دعوى الإرث بسبب البنوة باعتبار أن دعوى النسب – الذى هو سبب الإرث – باقية على حكمها المقرر حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة⁴.

• أما دعوى إثبات الطلاق وصورته أن تقيم الزوجة الدعوى بمقولة أنها تزوجت عرفياً بالمدعى عليه وأنه قد طلقها وترغب فى إثبات هذا الطلاق مع إنكار الزوج لواقعتى الزواج والطلاق كلاهما ، وكذا دعوى الطلاق للضرب أو الهجر أو الغياب وهكذا⁵ فقد حسمت الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فى شطرها الثانى الأمر بالنسبة لها إذ نصت على قبول دعوى التطليق أو الفسخ – عند إنكار الزواج إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة كرسالة خطية من الزوج أو إقرار منه فى محضر للشرطة أو عقد للإيجار أو خلافه⁶ وهذا المبدأ الذى استحدثه القانون

¹ نقض أحوال جلسة 1960/5/5 – ص 383 – س 11 – الطعن رقم 2 لسنة 28 ق.

² نقض أحوال الطعن رقم 114 لسنة 64 ق – جلسة 1998/11/30 .

³ نقض أحوال جلسة 1972/5/31 – ص 1053 – الطعن رقم 18 لسنة 38 ق .

⁴ نقض أحوال جلسة 1960/5/5 – ص 383 – س 11 .

⁵ ويدخل فيها دعاوى فسخ الزواج للعيب أو لاختلاف الدين وهكذا .

⁶ وقد حرص المشرع على النص فى المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أن يقتصر الاستثناء فى حالة إنكار الزواج وعدم ثبوته فى وثيقة رسمية على قبول الدعوى بالتطليق أو الفسخ فقط دون غيرهما من دعاوى المطالبة بالحقوق المترتبة على الطلاق كالمتمتع أو نفقة العدة أو غير ذلك .

رقم 1 لسنة 2000 جاء كاستجابة من المشرع لما سبق أن نادينا به في هذا المؤلف في طبعاته السابقة¹ كما جاءت صياغة هذه المادة وإدراجها بالقانون رقم 1 لسنة 2000 كاقترح تقدمنا به من خلال مشاركتنا في عضوية اللجنة التي شكلها وزير العدل المصري لإعداد القانون المذكور وذلك بمقتضى القرار الوزاري رقم 6087 لسنة 1991 ذلك أن القول بغير ذلك يضع الناس في حرج شديد ويفتح الباب أمام كثير من المفسدات حيث يمكن للمتزوجة بعقد عرفي على سبيل المثال الزواج من آخر بعقد موثق مع إنكار الزواج العرفي طالما أن باب الطلاق شرعاً من تلك الزيجة العرفية كان مغلقاً أمامها ولا يخفى ما في ذلك من شبهة اختلاط الأنساب وغير ذلك من المفسدات الشرعية ، كما أن الحظر من القبول يترك المرأة معلقة لا هي ذات بعل – لإنكار الزوج للزوجة العرفية – ولا هي مطلقة وهو ما يتنافى والأحاديث الشريفة بالألا ضرر ولا ضرار وبأن الضرر مرفوع وخاصة أن الزواج العرفي هو زواج شرعي بغير جدال .

• ويتعين القول أيضاً في هذا المجال أنه إذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجة له مستنداً إلى عقد زواج عرفي ولم تصادقه المرأة على ذلك جاز لها أن تطلب من المحكمة الحكم عليه بمنع تعرضه لها في أمور الزوجية ويتعين القضاء لها بما طلبت²

• ويعد مما له صلة بالبحث المتقدم تناول أمر تعديل أوصاف الطلاق الثابتة بوثائق الطلاق أو الأحكام القضائية الصادرة بإثبات الطلاق ذلك أنه كثيراً ما يثور في العمل إقامة الدعوى بطلب تعديل وصف الطلاق الثابت بأشهاده من طلاق ثالث إلى ثاني أو إلى طلاق أول وهكذا استناداً إلى فتوى شرعية كأن يفتى للزوجين بأن ما صدر عن الزوج من طلاق ثالثة أو ثانية لا يعد طلاقاً ولا تحتسب به طلاق لكونها وقعت في غضب أو معلقة أو ما إلى ذلك مما يلحق بالطلاق فيزيل وصفه فتقام الدعوى بطلب تعديل وصف الطلاق الثابت بأشهاده، وفي هذه الحالة وجب على المحكمة القضاء بتعديل الوصف إذا ما استقام أمامها الدليل الشرعي ، إلا أنه قد يطلب تعديل وصف الطلاق الوارد بحكم قضائي سابق صدوره بإثبات طلاق الزوج لزوجته طلاقاً ثالثة أو ثانية وهكذا ثم تقام الدعوى بطلب تعديل وصف الطلاق الصادر به الحكم

¹ انظر الطبعة الخامسة من هذا المؤلف – ص 189 وما بعدها ونقض الطعن رقم 25 لسنة 51 ق – جلسة 1982/11/23 – ص 1024 .

² انظر رأينا في حق المطلقة بحكم قضائي في المتعة – تعليق على المادة 18 .

الأول بجعل الطلاق الموصوف بذلك الحكم بكونه طلاقاً ثالثاً مثلاً إلى طلاقاً ثانية وفي هذه الحالة يمتنع على المحاكم القضاء بتعديل الوصف الوارد بالحكم المذكور احتراماً لحجية ذلك الحكم طالما أنه قد أضحي نهائياً وحائزاً لقوة الأمر المقضى وذلك حتى ولو ثبت أن ذلك الحكم قد خالف - فيما قضى به - صحيح القانون لما هو مقرر من أن حجية الأمر المقضى تسمو على اعتبارات النظام العام مما يتعين على جميع المحاكم فى أى نزاع يثور بين نفس الخصوم أن تتبع الحكم الأول ولا تقضى على خلافه وذلك طالما لم يثبت أن الحكم المطلوب تعديله قد خالف نصاً فى القرآن أو السنة أو الإجماع¹.

• وإذا كان الأصل فى الطلاق أن يكون بيد الزوج ويتحقق ذلك بأن يطلق بنفسه فإن له أيضاً أن ينيب عنه فى الطلاق غيره .

• وممن يجوز للزوج أن يفوضه فى إيقاع الطلاق هو الزوجة ذاتها وتفويض الزوجة فى الطلاق معناه أن يجعل لها زوجها أن تطلق نفسها متى شاءت أو إلى وقت معين مرة واحدة أو أن توقع الطلاق أكثر من مرة .

والأصل فى مشروعية تفويض الزوجة فى الطلاق قوله تعالى "يا أيها النبى قل لأزواجك أن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحاً جميلاً ، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيماً" وقول السيدة عائشة خيرنا رسول الله (ﷺ) فاخترنا الله ورسوله فلم يعد ذلك علينا شيئاً .

• والتفويض قد يكون مقيد بوقت وقد يكون غير مقيد . ومن الأخيرة قوله لها طلقى نفسك فى أى وقت شئت ومن الأول قوله لها لك أن تطلقى نفسك خلال هذا اليوم .

• وعلى ذلك فإذا اشترطت الزوجة عند العقد أن تكون عصمتها بيدها وقبل الرجل الزواج بها وفوض لها أمر طلاقها بصيغة خلت من التقيد بوقت معين ثبت لها الحق فى أن تطلق نفسها متى شاءت وفى أى وقت ، أما إذا اقترن التفويض بوقت معين التزمت بذلك الوقت فقط ولا يجوز لها تطليق نفسها بعد فواته .

¹ راجع نقض مدنى الطعن رقم 46 لسنة 51 ق - جلسة 1982/3/23 .

• كذلك فإن للزوج أن يفوض الزوجة من الطلاق بعدد معين لمرة أو مرتين أو أن يعطيها الحق بصورة مطلقة كلما شاءت وذلك في حدود نصوص القانون التي تعتبر أن الطلاق المتعدد لا يقع به إلا طلاق واحدة¹.

• وللزوج أن يفوض زوجته في تطليق نفسها سواء عند انعقاد العقد أو أثناء الحياة الزوجية .

فإذا اتفق الزوجان عند إبرام عقد الزواج على أن يكون للزوجة أن تطلق نفسها فيتعين لصحة التفويض – عند الحنفية وهو المذهب المعمول به في مصر – أن يكون الطلب من الزوجة والقبول من الرجل وليس العكس فعلى الزوجة أن تقول للزوج "زوجتك نفسي على صداق قدره كذا على أن تكون عصمتي بيدي أطلق نفسي متى شئت" فيرد الزوج بكلمة "قبلت" وهنا يثبت لها حق تطليق نفسها متى شاءت ، أما لو حدث العكس وقال لها الزوج زوجيني نفسك ولك طلاق نفسك وقتما تشائين . فأجابت بقبولها ذلك انعقد الزواج صحيحاً ولكن مع بطلان التفويض لأنه فوضها في الطلاق قبل أن يملكه هو إذ عقد الزواج لا يتم بمجرد إيجابه وإنما بعد أن يتصل به القبول وحين فوض لها الطلاق لم يكن قد ثبت له بعد .

• وإذا فوض الرجل المرأة في أن تطلق نفسها لا يجوز له الرجوع في ذلك التفويض بأي طريق وهو قول الحنفية المعمول به طبقاً للقانون .

• والطلاق الذي توقعه الزوجة بنفسها يقع دائماً به طلاق رجعية إذا كان التفويض بلفظ تفويض صريح أما إذا كان التفويض بلفظ غير صريح كأن يكون بعبارة "أمرك بيدك أو اختاري نفسك" ففي هذه الحالة يقع به طلاق بائنة والسبب في كون تطليق الزوجة لنفسها يقع به طلاق رجعية هو القيد الذي وضعه المشرع في المادة 5 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل من أن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما نص على أنه بائن في القانون ولم يدرج القانون التفويض بالطلاق أن يقع به طلاق بائنة ضمن الحالات إلى أوردتها ويقع بها طلاق بائن وهو الطلاق للضرر والسجن والعيب والغياب والطلاق على مال .

• إلا أنه إذا كان التفويض بالطلاق بالصيغة الصريحة يقع به – كما تقدم القول – طلاق رجعي إلا أنه إذا أوقعته المرأة قبل الدخول أو كان مكماً للثلاث فيقع به طلاق بائنة طبقاً للقواعد العامة وكذا إذا كان على مال¹.

¹ راجع المادة 5 من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

• ولا جدال في أن الطلاق وإن كان مفوضاً للزوج وحقاً من حقوقه. إلا أنه كغيره من الحقوق ليس مطلقاً يستخدمه الزوج كيفما شاء ويوقعه في أى وقت أراد وإنما هو حق مقيد بوجوب أن يكون لحاجة تدعوا إليه ، وقد اختلف الفقهاء الأوائل في ذلك القيد وفي الآثار التي تترتب عليه حيث يذهب بعضهم إلى أن حق الزوج في الطلاق حق مطلق لا يتقيد بالحاجة².

وقد تترتب على هذا الخلاف الفقهي اختلاف المحاكم في أمر تعويض المطلقة الذى يطلقها زوجها بدون سبب ظاهر يدعو إليه فذهبت بعض الأحكام الابتدائية القديمة إلى تعويض المطلقة عن الأضرار المادية أو الأدبية التي تكون قد لحقت بها إذا أوقع عليها الزوج طلاقاً غير مبرر يدل على إساءة استخدامه للحق في الطلاق³، إلا أن بعض الأحكام الأخرى رفضت الحكم بالتعويض جبراً للضرر الذى قد يلحق المطلقة من الطلاق⁴.

• ونحن نرى أن استحداث المشرع الوضعي لنص المادة 18 مكرر من القانون المتعلقة بالمتعة واعتبارها جبراً لخاطر المطلقة بغير سبب منها أو بدون رضاها إنما يعد تقنياً لحق المطلقة في التعويض عن تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق وإساءته استخدامه إلا أن ذلك يخرج في نفس الوقت عن مفهوم الخطأ التقصيرى المستوجب للتعويض في إطار أحكام المادة 163 من القانون المدنى وباعتبار أن القانون واجب التطبيق في حالة طلاق الزوج لزوجته هو أحكام القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة عملاً بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 وهذا الرأى هو ما يجرى به العمل بالمحاكم .

• ولا يجوز طلب التعويض عن الطلاق سواء كان قد أوقعه الزوج بإرادته المنفردة أو كان بحكم قضائى أو أخذاً برأى المحكمين في الحالات التي يوجب فيها القانون ندبهم .

¹ انظر المادة 2/21 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
² يراجع في هذا الخلاف - فتح القدير - ج 3 - ص 22 وابن عابدين في رد المختار على الدر المختار - ج 2 - ص 427 .
³ حكم محكمة شبين الكوم الكلية في 1930/12/10 وحكم محكمة مصر الأهلية في 1926/1/20 و 1932/2/1 مشار إليهما بمجلة المحاماة الشرعية س 11 - ص 540 رقم 277 وس 28 - ص 107 - رقم 65 و س 13 - ص 1133 رقم 564 .
⁴ حكم محكمة مصر الابتدائية بهيئة استئنافية الصادر في 1931/11/9 مشار إليه بمجلة المحاماة الشرعية - س 15 - ص 256 - رقم 127 .

• ولما كان ولي الأمر (المشرع) جعل النظام القضائي على درجات واعتبر الحكم القضائي لا يصير نافذاً – كقاعدة عامة – إلا بعد صيرورته نهائياً – باستثناء أحكام معينة ليس من بينها أحكام التطلق – مما مؤداه أن حكم التطلق الصادر من محكمة أول درجة تصير به الزوجة مطلقة منذ صدوره – إعمالاً لمبدأ حجية الحكم القضائي أي كانت درجته – إلا أنه لا يعد نافذاً وإنما معلق على شرط صيرورته نهائياً بتأييده من محكمة النقض أو فوات مواعيد الطعن عليه بذلك الطريق دون الطعن عليه ، فإذا أيدت محكمة الاستئناف ثم محكمة النقض حكم محكمة أول درجة بالتطبيق اعتبر السند التنفيذي في هذه الحالة هو حكم محكمة أول درجة – طبقاً للقواعد العامة – وتحسب مدة العدة بدءاً من تاريخ حكم محكمة أول درجة كما تستحق نفقة العدة – بمراعاة ضابط المادة 5 مكرر – منذ ذلك التاريخ وحتى انقضاء عدة المطلقه شرعاً ، إلا أن حكم محكمة أول درجة أو الحكم الإستئنافي المؤيد له لا يصلح بذاته وقبل تأييده من محكمة النقض سنداً للمطلقة للزواج من آخر بعد انقضاء عدتها بحكم كونه لا يعد سنداً تنفيذياً وذلك إعمالاً للمادة المستحدثة برقم 63 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

• أما إذا ألغت محكمة النقض حكم التطلق ظلت الزوجية قائمة وألغيت مدة العدة واستمر حق الزوجة في تقاضي ما عساه يكون قد قضى لها به من نفقة على الزوج أو إذا كانت قد توقفت عن تقاضيها بعد انقضاء عدتها وقبل الفصل في الطعن بالنقض عاد لها الحق في تقاضيها ويكون لها الرجوع على الزوج بما فاتها منها خلال فترة توقفها عن اقتضاها .

• أما إذا صدر حكم أول وثاني درجة برفض طلب التطلق ثم قضت محكمة النقض بالتطبيق اعتبر الحكم الأخير هو السند التنفيذي واحتسبت العدة من تاريخ صدوره وكذا نفقة العدة¹.

• وطبقاً للتعديل الذي استحدثه المشرع بمقتضى المادة 63 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بات محظوراً على الزوجة طالبة الطلاق الزواج من آخر إلا بعد صدور حكم بات بالتطبيق عن محكمة النقض وهو اتجاه محمود من المشرع استجاب بمقتضاه

¹ تنص المادة (63) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية على أن "لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو بالتطبيق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض ، فإذا طعن عليها في الميعاد القانوني استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل في الطعن ، وعلى رئيس المحكمة أو من ينوبه تحديد جلسة الطعن مباشرة أمام المحكمة في موعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه، وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن ، وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل في الموضوع" .

لما طرحناه من حل لمشكلة زواج المطلقة بحكم نهائى قبل الفصل فى النزاع بحكم بات يصدر عن محكمة النقض وهو ما حرصنا على تأكيده من خلال مشاركتنا فى عضوية اللجنة التى تولت صياغة القانون رقم 1 لسنة 2000¹.

أحكام النقض

الضرر .. ماهيته (تعريفه)

• الضرر فى مجال التطبيق . مقصودة . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها فى العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها . لمحكمة الموضوع الاستناد إلى جميع صور سوء المعاملة التى تتلقاها المطعون عليها من الطاعن ولو لم تكن قد عدتها فى صحيفة الدعوى .

(الطعن رقم 369 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

(الطعن رقم 83 لسنة 56 ق – جلسة 1992/1/21 – س 43)

• الضرر الموجب للتفريق وفقاً للمادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929. ماهيته . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها . استقلال محكمة الموضوع بتقديره .

(الطعن رقم 23 لسنة 57 ق – جلسة 1988/6/28 – س 39)

• التطبيق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 مستقى من مذهب المالكية ، ولم يعرف المشرع المقصود بالإضرار المشار إليه فيها ، واقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وإذا كان المقرر أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه وكانت مضاره الزوج وفق هذا المذهب تتمثل فى كل إيذاء للزوجة بالقول أو بالفعل بحيث تعد معاملة الرجل فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا تطبق الصبر عليها ، فهى بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناحي متروك تعددها لقاضى الموضوع ، مناطها أن تبلغ المضارة حدا يحمل المرأة على طلب الفرقة .

(نقض جلسة 1979/2/21 – ص 88 – س 30 – الطعن رقم 19 لسنة 48 ق)

¹ راجع رأينا المذكور فى الطبعة الخامسة من هذا المؤلف الصادرة عام 1995 – ص 195 وما بعدها .

(ونقض الطعن رقم 652 لسنة 66 ق – جلسة 2005/3/26)

• الضرر الموجب للتطبيق . م 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ماهيته . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بما تعتبر معه معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو منها ولا ترى الصبر عليها. عدم تحديد النص وسيلة إضرار الزوج بزوجه .

(الطعن رقم 80 لسنة 66 ق – جلسة 2000/12/9)

(الطعن رقم 337 لسنة 67 ق – جلسة 2001/10/13)

• الضرر الموجب للتفريق . المادة 6 من م 25 لسنة 1929 . ماهيته . عدم تحديد النص وسيلة إضرار الزوج بزوجه . مؤداه . إضافة الزوجة في مرحلة الاستئناف ما لم تطرحه من صور سوء المعاملة أمام محكمة الدرجة الأولى . عدم اعتباره طلباً جديداً يمتنع قبوله طبقاً للمادة 321 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . علة ذلك . "مثال بشأن السب بحسابه من صور الضرر".

(الطعن رقم 542 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

(الطعن رقم 251 لسنة 64 ق – جلسة 2000/2/14)

(الطعن رقم 490 لسنة 67 ق – جلسة 2001/7/14)

• النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقه بائمة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما .." يدل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أن المقصود بالضرر في هذا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة وإذا كانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالتطبيق استناداً إلى أن الطاعن أضر بها مما مفاده أنها اتخذت من حكم المادة المشار إليها أساساً لدعواها وجعلت من الأضرار سبباً لطلب التفريق بينهما ، فيكون لها أن تستند إلى جميع صور سوء المعاملة التي تلقاها من الطاعن ولو لم تكن عدتها في صحيفة الدعوى، ومن ثم فإن شهادة شاهديها المتضمنة أن الطاعن قد اعتدى عليها بالضرب ، والذي لا

مراء فى أنه أبلغ صور الضرر الموجب للتطليق تكون موافقة للدعوى ويكون النعى فى هذا الصدد على غير أساس.

(نقض جلسة 1981/6/16 – الطعن رقم 19 لسنة 50 ق – س 32)

• النص فى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بآئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما..." يدل على أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطليق أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج على زوجته وأن تصبح العشرة بينهما مستحيلة ويقصد بالضرر – فى هذا المجال – إيذاء الزوج زوجته بالقول والفعل إيذاء لا يليق بمثلها . لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتطليق على سند من ثبوت اعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والسب والقذف وهو ما يكفى وحده لحمل قضائه ويكون النعى عليه عدم التحقق من أماكن استمرار الحياة الزوجية بينهما بعد زواجه عليها من أخرى حتى يطبق نص المادة السادسة سالف الذكر قائماً على غير أساس .

(الطعن رقم 131 لسنة 58 ق – جلسة 1991/5/7 – س 42)

• طلب الزوجة التطليق للضرر . شرطه . تعتمد الزوج إيذاء زوجته إيذاء لا يليق بمثلها سواء بالتعدى عليها بالقول أو الفعل أو الهجر . بيان صور سوء المعاملة بصحيفة الدعوى كعناصر للضرر ليس من شأنه أن تتعدد الدعوى بتعددتها . اندراجها فى ركن الضرر الذى هو الأساس فى إقامتها .

(الطعن رقم 323 لسنة 66 ق – جلسة 2001/3/10)

شرط الحكم بالتطليق

• الحكم بالتطليق . م 6 ق 25 لسنة 1929 . شرطه . أن يكون الضرر أو الأذى الواقع من الزوج على زوجته من شأنه أن يجعل العشرة بينهما مستحيلة .

(الطعن رقم 45 لسنة 57 ق – جلسة 1991/11/19 – س 42)

- القضاء بالتطليق للضرر "شرطه" أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج على زوجته وأن تصبح العشرة بينهما مستحيلة . الضرر . مقصودة . م 6 ق 25 لسنة 1929 .
(الطعن رقم 131 لسنة 58 ق – جلسة 1991/5/7 – س 42)

معيار الضرر

- المستقر في قضاء هذه المحكمة – أن معيار الضرر في معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 شخصي لا مادي وتقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً أمر موضوعي متروك لقاضي الموضوع ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعي الذي يحيط بهما .
(الطعن رقم 665 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)
(نقض جلسة 1997/3/17 - الطعن رقم 135 لسنة 63 ق)
(الطعن رقم 21 لسنة 56 ق - جلسة 1991/11/19 – س 42)
(نقض جلسة 1989/1/24 - الطعن رقم 96 لسنة 56 ق – س 20)
(نقض جلسة 1988/11/21 - الطعن رقم 44 لسنة 57 ق – س 39)
(نقض جلسة 1981 /3/31 - الطعن رقم 33 لسنة 50 ق - ص 994)
(الطعن رقم 505 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/19)
- معيار الضرر في معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 . شخصي . تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً . أمر موضوعي متروك لقاضي الموضوع .
(الطعن رقم 81 لسنة 60 ق – جلسة 1994/11/25 – س 45)
(الطعن رقم 33 لسنة 57 ق – جلسة 1988/6/28 – س 39)
(والطعن رقم 1080 لسنة 51 ق – جلسة 1983/5/24 – ص 1292)
(نقض جلسة 1992/12/15 – الطعن رقم 240 لسنة 61 ق – س 43)
(والطعن رقم 10 لسنة 63 ق – جلسة 1996/10/28)
- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين في معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 معيار

شخصى وليس مادياً وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استخلص قيام حالة الشقاق بين الزوجين وأنه لا يرجى زوالها بأسباب مؤدية لها مأخذها . واستقاها من فارق السن بينهما ومن مركزها الاجتماعى دون تحقق الضرر بإيذاء الزوج بالقول بما لا يليق بأمثالها وهو ما تستقل به محكمة الموضوع طالما كان استخلاصها سائغاً ، فإن ما يسوقه الطاعن من استلزام أن تكون الحالة ميؤساً منها لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تقدير الدليل غير مقبول.

(نقض جلسة 1978/5/10 ص 1217-س 29- الطعن رقم 12 لسنة 46ق)

• المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر فى معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، شخصى لا مادى ، وتصويره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً أمر موضوعى متروك لقاضى الموضوع ، ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعى الذى بينهما وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العشرة لا يمكن أن تدوم بين الزوجين المتنازعين بعد أن وصل الأمر إلى حد اتهامها وأهلها بالسرقة وتعددت الخصومات القضائية بينهما ، فليس فيما خلص إليه الحكم ما يعاب .

(نقض جلسة 1978/11/1 ص 1674-س 29- الطعن رقم 2 لسنة 47ق)

(نقض جلسة 1967/3/29 ص 697-س 18- الطعن رقم 19 لسنة 35 ق) (الطعن رقم 360 لسنة 64 ق – جلسة 1998/12/28)

• إيراد الحكم المطعون فيه فى معرض بيانه لمعيار الضرر اختلافه باختلاف الزوجين من حيث الثقافة والوسط الاجتماعى واستخلاصه ثبوت الضرر . النعى عليه بإقامة قضاءه بالتطبيق على سند من أن الطاعن ليس على مستوى المطعون ضدها من حيث الثقافة والوسط الاجتماعى رغم عدم ابتئائه على ذلك . نعى وارد على غير محل وغير مقبول .

(الطعن رقم 10 لسنة 63 ق – جلسة 1996/10/28)

تقدير الضرر

• عناصر الضرر المجيز للحكم بالتطبيق . استقلال محكمة الموضوع بتقديرها . شرطه . إقامة قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت من الأوراق

(الطعن رقم 240 لسنة 66 ق – جلسة 2001/1/21 والطعن رقم 312 لسنة 63 ق – جلسة 1998/1/5 والطعن رقم 149 لسنة 58 ق – جلسة 1991/3/26- س 42 والطعن رقم 233 لسنة 63 ق – جلسة 1997/5/12 والطعن رقم 64 لسنة 60 ق جلسة 1993/4/27- س 44 والطعن رقم 187 لسنة 65 ق – جلسة 1999/6/22)

• تقدير دواعي الفرقة بين الزوجين وبحث دلالتها والموازنة بينها . من سلطة قاضى الموضوع . طالما أقام حكمه على أسباب سائغة تؤدي إلى ما خلص إليه .

(الطعن رقم 733 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/23)

(الطعن رقم 263 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/13)

(الطعن رقم 104 لسنة 61 ق – جلسة 1994/12/27)

(الطعن رقم 22 لسنة 59 ق - جلسة 1990/11/20- س41)

(الطعن رقم 144 لسنة 61 ق – جلسة 1995/2/14)

• الضرر . موضوعي يقدره القاضى . الجدل فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير توافره . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 5 لسنة 59 ق – جلسة 1991/4/2- س42)

• محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير الأدلة وعناصر الضرر الموجب للتطبيق دون رقابة عليها فى ذلك . شرطه . إلا تعتمد على واقعة بغير سند وبيان الحقيقة التى اقتنعت بها وإقامة قضاها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق "أحوال شخصية" جلسة 1999/2/15)

• محكمة الموضوع . استقلالها بتقدير عناصر الضرر الموجب للتطبيق وأقوال الشهود واستخلاص الواقع منها . شرطه . إلا تخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها وإقامة قضاها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم 303 لسنة 63 ق – جلسة 1999/11/29)

(الطعن رقم 480 لسنة 67 ق – جلسة 2002/1/12)

• الضرر الذى يجعل دوام العشرة مستحيلاً بين الزوجين . أمر موضوعي يقدره قاضى الموضوع .

(الطعن رقم 490 لسنة 64 ق – جلسة 1995/11/20 - س 46)
 (الطعن رقم 186 لسنة 59 ق – جلسة 1991/11/19 - س 42)
 (الطعن رقم 144 لسنة 61 ق – جلسة 1995/2/14)

• إذ كان المقرر فى فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو بالفعل لا يكون عادة بين أمثالها ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيذاء الأذى بها بل يكفى لذلك أن يثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو مرة واحدة ، وكان تقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتطليق المطعون عليها من الطاعن قد أقام قضاءه على ثبوت الضرر الحاصل من الإيذاء بالقول الفاحش ، وكانت هذه الدعامة قد استقامت وتكفى لحمل الحكم ، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1981/6/28-الطعن رقم 23 لسنة 57 ق – س32)
 (نقض الطعن رقم 691 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

صور الضرر – وما لا يعد ضرراً

• الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد وإن استعمله لا يمكن أن يرتب مسؤولية طالما صدر معبراً عن الواقع حتى ولو كان الانتقام هو ما حفز إلى التبليغ إلا أن إقامة هذا الحق لا يتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً لاختلاف المجال الذى يدور فى فلكه مجرد إقامة الادعاء أو التبليغ ومدى تأثير أيهما على العلاقة بين الزوجين .

(نقض جلسة 2003/10/25 – طعن رقم 258 لسنة 72 ق)
 (نقض جلسة 1991/11/19 - س 42 – الطعن رقم 2 لسنة 60 ق)
 وبتعدد الدعوى المقامة بين الزوجين يكتشف عنه اختلاف بينهما للحد الذى يستحيل معه دوام العشرة ومؤداه توافر الضرر الواجب للتفريق
 (طعن رقم 376 لسنة 67 ق – جلسة 2004/5/11)

• حق التبليغ . أمر مباح لا يرتب مسئولية طالما استعمل فى الحدود التى رسمها القانون . جواز اعتباره من قبيل الضرر الذى يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلاً .

(الطعن رقم 647 لسنة 72 ق – جلسة 2004/4/24)

(الطعن رقم 447 لسنة 64 ق-جلسة 1999/10/27)

(الطعن رقم 128 لسنة 62 ق – جلسة 1996/5/27)

• إباحة حق التبليغ عن الجرائم . عدم تنافره مع كونه يجعل الزوج غير أمين على زوجته على نحو يجعل دوام العشرة بينهما مستحيلاً . علة ذلك . استعدادها للسلطة ضدها يتجافى مع كونه الحماية والأمن والسكن لها .

(الطعن رقم 10 لسنة 63 ق- جلسة 1996/10/28)

(الطعن رقم 54 لسنة 67 ق- جلسة 2001/7/14)

(الطعن رقم 277 لسنة 65 ق – جلسة 1999/8/4)

• الضرر الموجب للتطليق وفقاً للمادة 6 من ق 25 لسنة 1929 . ماهيته . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل أو الهجر إيذاء لا يليق بمثلها ولا تطبيق الصبر عليه .
(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/28)

• مفاد المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطليق أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلاً بين أمثالهما وإذ يقصد بالضرر فى هذا المجال إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها فإن ما تسوقه الزوجة فى دعاها من صور لسوء المعاملة التى تلقاها من زوجها لا تعدو أن تكون بياناً لعناصر الضرر الموجب للتطليق وفقاً لحكم المادة المشار إليها فلا تتعدد الدعوى بتعدد بل أنها تتدرج فى ركن الأضرار الذى هو الأساس فى إقامتها ولا على محكمة الموضوع أن هى اجتزأت بعض هذه الصور طالما وجدت فيها ما يكفى لتحقيق الضرر الموجب للتطليق ولا يحول ذلك دون وجوب إعادة النظر فى الصور الأخرى إذا طرح النزاع أمام محكمة الاستئناف ذلك أن الاستئناف وفقاً لنص المادة 317 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف .

(الطعن رقم 50 لسنة 52 ق - جلسة 1983/6/28 - ص 1495)

(الطعن رقم 62 لسنة 63 ق - جلسة 1997/2/24)

• الضرر الموجب للتفريق . ماهيته . عدم تحديد النص وسيلة لإضرار الزوج بزوجه . تعدد الخصومات القضائية والتبليغ عن الجرائم دخوله فيه . علة ذلك . للزوجة أن تستند في التدليل على حصول المضارة إلى كل أو بعض صورة المعاملة التي تتلقاها من الزوج .

(الطعن رقم 40 لسنة 68 ق- جلسة 2002/3/18)

(الطعن رقم 683 لسنة 66 ق- جلسة 2001/5/12)

(الطعن رقم 18 لسنة 66 ق- جلسة 2000/12/23)

(الطعن رقم 427 لسنة 71 ق - جلسة 2004/1/5)

• للزوجة أن تطلب التفريق إذا ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء المتعمد . هجر الزوج زوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية . كفايته وحده للحكم بالتطليق .

(الطعن رقم 163 لسنة 59 ق - جلسة 1992/5/19-س43)

• إقامة المطعون ضدها دعوى التطليق تأسيساً على تضررها من اعتداء الطاعن عليها بالضرب والسب وتعدد المنازعات القضائية بينهما . مفاده . أن طلب التطليق وفقاً للمادة 6 من ق 25 لسنة 1929 . قضاء الحكم المطعون فيه بالتطليق ليعيب بالطاعن يمنعه من معاشرتها استناداً لنص المادتين 9 ، 10 من ق 25 لسنة 1929 دون بحث مدى ثبوت الضرر الموجب للتطليق طبقاً للسبب الذى أقامت المطعون ضدها دعواها عليه والوقائع التى ساقتها . خطأ وقصور . علة ذلك .

(الطعن رقم 154 لسنة 66 ق - جلسة 1997/4/21)

• عناصر الضرر المجيز للحكم بالتطليق مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت من الأوراق . لما كان ذلك ، وكان شاهدى المطعون ضدها شهداً أمام محكمة أول درجة أن الطاعن لم يدخل بها مدة استطالت إلى سنتين ، وأنه شهر بها ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتطليق المطعون ضدها على الطاعن قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أوراق الدعوى

ومستنداتها أن الطاعن قد ألحق بها ضرراً وأن الخلاف قد استحكم بينهما ، الأمر الذي يستحيل معه المعيشة بينهما ، وكان هذا الاستخلاص سائعاً وله أصله الثابت في الأوراق ، ويكفى وحده لحمل قضائه ، فإن النعى عليه في هذا الخصوص يكون جديلاً موضوعياً في سلطة محكمة الموضوع في استخلاص الواقع من أوراق الدعوى ومستنداتها لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة .

(الطعن رقم 149 لسنة 58 ق – جلسة 1991/3/26 – س42)

• لمحكمة الموضوع الاستناد إلى جميع صور سوء المعاملة التي تتلقاها الزوجة من زوجها . إقامة الحكم قضاءه برفض الدعوى لعدم ثبوت بعضها دون أن يعرض ما ادعته الزوجة من صور الإضرار الأخرى . قصور .

(الطعن رقم 223 لسنة 68 ق- جلسة 2002/1/26)

(والطعن رقم 652 لسنة 66 ق – جلسة 2005/3/26)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر في معنى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 شخصي لا مادي وتقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً أمر موضوعي متروك لقاضي الموضوع ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن استدامة الحياة الزوجية بين الطاعن والمطعون ضدها غدت مستحيلة بعد أن وصل الأمر إلى حد اتهامها وأهلها وتعددت الخصومات القضائية بينهما فليس فيما خلص إليه الحكم ما يعاب ولا يغير من ذلك أن الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد وأن استعماله لا يمكن أن يرتب مسؤولية طالما صدر معبراً عن الواقع حتى ولو كان الانتقام هو ما حفز إلى التبليغ لأن إباحة هذا الحق لا يتنافى مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً لاختلاف المجال الذي يدور في فلكه مجرد إقامة الادعاء أو التبليغ ومدى تأثيرها على العلاقة بين الزوجين .

(الطعن رقم 106 لسنة 64 ق – جلسة 1998/2/17)

(الطعن رقم 99 لسنة 59 ق – جلسة 1991/2/5- س42)

• يشترط للحكم بالتطليق – وفق المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 – توافر وقوع الضرر من جانب الزوج دون زوجته ، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالهما ، وكان الضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ، ويدخل في ذلك تعدد الخصومات القضائية بينهما ، وكان الثابت أمام محكمة الاستئناف من التحقيقات التي

كانت تحت نظرها ، والتي أشارت إليها فى حكمها المطعون فيه أن المطعون ضده اعتدى على الطاعة وأحدث بها الإصابات الموصوفة بالتقرير الطبى ، واعتدى عليها أمام أولادها وصديقاتها ، وحاول منعها من السفر لعملها الذى تزوجها وهو على علم به وقام باستصدار أمر وقضى بالمنع من السفر ، وقضى بإلغائه فى الاستئناف ، وهو ما توافرت الأدلة على ثبوته من بينة الطاعة التى سمعتها محكمة أول درجة ومن المستندات التى طرحتها على محكمة الاستئناف ، وكان الحكم المطعون فيه إذا أهدر دلالة هذه المستندات ، وبينة الطاعة واعتبرها عاجزة عن الإثبات على سند من القول أن المطعون ضده ناشدها العودة لمنزل الزوجية ، وقام بتسليمها طائعا كل حاجياتها ، يكون قد استدل على انتفاء الضرر بما لم يستلزمه القانون وليس من شأنه أن يؤدى بطريق اللزوم إلى النتيجة التى انتهى إليها ، وهو ما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 667 لسنة 67 ق- جلسة 2001/12/22)

(الطعن رقم 7 لسنة 57 ق – جلسة 1988/5/24 – س 39)

• التطبيق للضرر . شرطه . توافر وقوع الضرر من جانب الزوج دون زوجته وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالها . ماهية هذا الضرر. دخول الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما فى ذلك.

(الطعن رقم 667 لسنة 67 ق- جلسة 2002/12/22)

(الطعن رقم 447 لسنة 64 ق – جلسة 1999/10/27)

(الطعن رقم 22 لسنة 59 ق – جلسة 1990/11/20- س 41)

(الطعن رقم 25 لسنة 52 ق – جلسة 1988/2/23- س 39)

(نقض جلسة 1993/7/27- الطعن رقم 128 لسنة 60 ق – س44)

• زجر القاضى الزوج . شرطه . أن تثبت الزوجة تعديه عليها وأن تختار البقاء معه . م 6 ق 25 لسنة 1929 .

(الطعن رقم 79 لسنة 58ق- جلسة 1990/11/13- س 41)

• تراخى الزوج عمداً فى الدخول بزوجه وقعوده عن معاشرتها بسبب راجع إليه ضرب من الهجر يتحقق به الضرر .

(الطعن رقم 583 لسنة 66 ق- جلسة 2001/5/5)

(الطعن رقم 80 لسنة 66 ق- جلسة 2000/12/9)

(الطعن رقم 487 لسنة 64 ق – جلسة 1996/1/8- س 47)

(نقض الطعن رقم 45 لسنة 54 ق – جلسة 1985/3/12- س 36) (الطعن رقم 92

لسنة 58 ق – جلسة 1990/12/18)

• التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج . درب من دروب الهجر . النعى على الحكم بعدم اتخاذ إجراءات التحكيم أو عدم تطبيق المادتين 12 و 13 من القانون 25 لسنة 1929 في شأن التطلاق لغياب الزوج . لا أساس له . علة ذلك .

(الطعن رقم 233 لسنة 61 ق – جلسة 1995/9/26)

(الطعن رقم 92 لسنة 58 ق – جلسة 1990/12/18- س 41)

• دعوى التطلاق للضرر . سماعها من الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها التفرقة بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها لا محل لها . المناط في التطلاق . وقوع الضرر بالزوجة . م 6 ق 25 لسنة 1929.

(نقض الطعن رقم 90 لسنة 54 ق – جلسة 1985/4/9- س 36)

(نقض الطعن رقم 79 لسنة 58 ق – جلسة 1990/11/13- س 41)

(نقض الطعن رقم 53 لسنة 62 ق – جلسة 1995/11/27)

• إقامة الطاعنة دعوى تطلاق للضرر على سند من اتهام الطاعن لها بارتكاب عدة جرائم . إهدار الحكم المطعون فيه بيينة الإثبات واعتباره بيينة النفي أمر ثانوى وعدم تعويله عليها ورفضه الدعوى بثبوت أن ما استدل به الحكم على انتفاء الضرر لم يستلزمه القانون وليس من شأنه أن يؤدي بطريق اللزوم إلى النتيجة التي انتهى إليها خطأ في تطبيق القانون وفساد في الاستدلال .

(الطعن رقم 25 لسنة 55 ق – جلسة 1988/2/23- س 39)

• لما كان النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها ، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بائنة إذا اثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ... " يدل –

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن المقصود بالضرر في هذا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها . وكان النص لم يحدد وسيلة إضرار الزوج بزوجته والذي يخولها الحق في طلب التظليق فلها أن تستند في التدليل على حصول المضارة إلى كل أو بعض صور سوء المعاملة التي تلقاها منه من قبيل الضرب والسب والهجر وأن تضيف منها في مرحلة الاستئناف ما لم تطرحه أمام محكمة الدرجة الأولى دون أن يعتبر ذلك طلباً جديداً مما يمتنع قبوله عملاً بحكم المادة 321 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لأن الطلب الجديد المعنى بنص هذه المادة هو ما يتغير به موضوع الدعوى ، ولا يتغير طلب التفريق بين الزوجين بسبب الضرر طبقاً للمادة السادسة المشار إليها بتغير ما صدر عن الزوج من فعل أو قول تضررت منه زوجته ، لما كان ذلك وكانت المطعون ضدها قد استندت في طلب تظليقها من الطاعن إلى نص المادة السادسة سالف الذكر وضربت في صحيفة دعواها أمثلة من صور سوء معاملته لها ثم أضافت أمام محكمة الاستئناف دأبه على الاعتداء عليها بالسب فأنه لا على الحكم المطعون فيه أن هو اعتد في قضائه بثبوت الضرر الحاصل من السب .

(الطعن رقم 667 لسنة 67 ق- جلسة 2001/12/20)

(الطعن رقم 40 لسنة 68 ق- جلسة 2002/3/18)

(الطعن رقم 251 لسنة 64 ق – جلسة 2000/2/14)

(نقض الطعن رقم 26 لسنة 55 ق – جلسة 1986/12/23- س 37) (نقض الطعن

رقم 800 لسنة 72 ق – جلسة 2004/7/3)

• يشترط للتظليق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته إياها في العرف معاملة "شاذة" ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بالتظليق على قوله " حيث أنه قد مضى على عقد زواجهما أكثر من خمس سنوات ولم يدخل بها ، بل دب الخلاف بينهما واستحكم عقب العقد مباشرة وامتد الخلاف المتشعب بينهما إلى ساحات المحاكم بدعاوى طاعة ونفقة وغيرها . ترى المحكمة . أن هذه الزيجة لن يكتب لها التوفيق على ما شرع الله الزواج من تواد ورحمة ومودة وأصبحت بذلك الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين وكان

هذا الذى خلص إليه الحكم لا يفيد إضرار الطاعن بزوجه المطعون عليها على النحو السالف البيان لأنه بإقامته دعوى الطاعة إنما يستعمل حقا خولته إياه الشريعة مما لا يعتبر بذاته من دواعى الإضرار .

(نقض جلسة 1983/3/22- الطعن رقم 48 لسنة 48ق- س34- ص714)

(نقض الطعن رقم 50 سنة 52ق- جلسة 1983/6/28- ص1495- س34)

• المعول عليه فى مذهب المالكية باعتباره مصدراً تشريعياً لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية . أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق إذا ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء المتعمد سواء كان إيجابياً كالتعدى بالقول أو بالفعل أو سلبياً بهجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية ، ومن ثم فإن ثبوت واقعة هجر الطاعن لزوجته المطعون ضدها فى الفراش تكفى وحدها للحكم بالتفريق .

(نقض جلسة 1980/4/2- ص1009- س31- الطعن رقم 15 لسنة 47ق)

• إذا كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه - الزوج - قدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريراً من مستشفى فىنا علق عليه بأن الطاعنة - زوجته - كانت حاملاً منه قبل أن يعقد عليها ، وأنه أحبها ووقف منها موقف الرجولة ، لأنه كان فى استطاعته إلا يتزوجها ، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمسا بأن الطاعنة كانت تقيم معه قبل الزواج فى مسكن واحد ، وذلك رداً على ادعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الزواج وقد تمسكت الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الكائن من المطعون عليه فى حقها كان تنفيذاً لوعيده أمام السفير المصرى بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت دعوى بالطلاق ، وأن هذا يكفى لإثبات الضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة . ولما كانت العبارات التى أوردها المطعون عليه على النحو السالف البيان لا يستلزمها الدفاع فى القضية التى رفعتها عليه الطاعنة بطلب تطبيقها منه للضرر وذلك أن مجرد قول الطاعنة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لم تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه ، كما أن رغبته فى التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة ، لم يكن يستلزم أن يتهمها فى خلقها وعفتها مدعياً بأنها كانت على علاقة غير شرعية به ، وحملت منه قبل الزواج ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع فى الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه

. وإذ كان الموضوع صالح للفصل فيه وكان ما نسبته المطعون عليه إلى الطاعة على الوجه المتقدم ينطوى على مضارة لا يمكن مع وجودها استدامة العشرة بينهما ، فإنه يتعين القضاء بتطليق الطاعة من المطعون عليه طلاقاً بئنة للضرر عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 .

(نقض جلسة 1974/6/5 - ص 979 - س 25 - الطعن رقم 16 لسنة 38 ق)

• إذا كان البين من تقارير الحكم المطعون فيه أنه استقى من أقوال شاهدى المطعون عليها ومن أقوال أحد شاهدى الطاعن نفسه ، أنه على الرغم من مرور زهاء أربع سنوات على إبرام الزواج ، إلا أن الطاعن لم يدخل بها ، أو يمكنها من الاستقرار فى حياة زوجية ، بما ترتب عليه ضرر محقق بها ، إذا هو أمر لا دخل لها فيه ، ومن واجبه توفير المسكن الشرعى ، وكان التراخى عمداً فى إتمام الزوجية بسبب من الزوج يعد ضرباً من ضروب الهجر ، لأن استطالته تنال من الزوجية وتصيبها بأبلغ الضرر ، ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة وكان المناط فى التطليق بسبب الضرر هو وقوعه فعلاً ، ولا يمنع من التطليق توقع زواله أو محاولة رأبه طالما قد صادف الضرر محله وحق بالزوجة معقباته ، وكان الثابت من الأوراق أن زواج الطاعن بالمطعون عليها أبرم فى 1972/9/21 وأنها أقامت دعواها فى 1975/1/18 فإنه لا يغنى الطاعن التذرع باستنجاره شقة بتاريخ 1976/6/21 أى فى تاريخ لاحق لتحقيق الإضرار وشكوى الزوجة منه .

(نقض جلسة 1979/3/21 - ص 906 - س 30 - الطعن رقم 14 لسنة 47 ق)

• إذا كان البين من صحيفة الدعوى الابتدائية أن المطعون عليها وإن ساقط فيها بعض صور المعاملة التى تلقاها من الطاعن وضربت على ذلك أمثلة من قبيل الهجر والامتناع عن الإنفاق والإهانة على مسمع من الزملاء إلا أنها فى طلباتها الختامية اقتصرت على الحكم بتطليقها بئناً بالتطبيق لأحكام المادة السادسة أنفة الإشارة مما مفاده أنها جعلت من الإضرار سبباً للتفريق بينهما ، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع أن هى ضربت صفحا عن الأمثلة التى عدتها المطعون عليها طالما وجدت من وقائع الدعوى عناصر تتحقق بها المضارة وفق حكم المادة التى أقيمت الدعوى بالاستناد إليها .

(نقض جلسة 1977/11/9 - ص 1644 - س 28)

• مؤدى نص المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطليق أن يكون الضرر أو الأذى واقعان من الزوج دون الزوجة ، وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالهما ، ويقصد بالضرر فى هذا المجال إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها ، ومعيار الضرر الذى لا يستطيع معه دوام العشرة ، ويجيز التطليق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو معيار شخصى لا مادى يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور فى المجتمع .
(نقض جلسة 1977/11/9 - ص 1644 - س 28)

• الاستئناف . أثره . إعادة الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف . م 317 لائحة شرعية - المنطبقة على الدعوى - إقامة الطاعنة دعوى التطليق للضرر مستندة إلى ثلاث صور من الضرر هى تعدى المطعون ضده عليها بالقول والفعل ، وهجره لها ، وعدم إنفاقه عليها - قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف القاضى بالطلبات ورفض الدعوى لانتفاء الهجر دون بحث باقى صور الضرر التى لم تتحدث عنها الطاعنة صراحة أو ضمناً مع عدم ثبوت تنازل الطاعنة عنها صراحة أو ضمناً . قصور . نقض الحكم مع الإحالة . عدم التزام محكمة الموضوع بالتصدى للموضوع - علة ذلك - عدم قضاء الحكم المطعون فيه بفسخ عقد الزواج أو بطلان الطلاق أو التطليق .
(الطعن رقم 248 لسنة 64 ق - جلسة 2001/12/25)
(الطعن رقم 482 لسنة 65 ق - جلسة 2000/6/26)

• حق التأديب الشرعى المعبر عنه بالضرائب فى الآية الكريمة " واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهم سبيلاً " ولا يلجأ إليه إلا بعد سلوك سبيل الموعظة الحسنة - والهجر فى المضاجع باعتباره الوسيلة والأخيرة للإصلاح ، والرأى فيه أن يقتصر مجاله حالة انحراف البيئة وغلبة الأخلاق الفاسدة ، ولا يباح إلا إذا رأى الرجل أن رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه ، فهو منوط بالضرورة الأشد وأشبه بالحلال المكروه ، وتقديره بهذه المثابة متروك لقاضى الموضوع ، وإذ انتهى الحكم إلى أن اعتداء الطاعن على المطعون عليها بالطريق العام وانفراط عقدها وتلويث ملابسها وتجمهر

المارة حولها فيه تجاوز لحق التأديب الشرعى بمراعاة البيئة التى ينتمى إليها الخصيمان المتداعيان فإنه لا سلطان عليه فى ذلك طالما كان استخلاصه سائغا .

(الطعن رقم 518 لسنة 66 ق- جلسة 2001/4/21)

(نقض جلسة 1977/11/9 - ص 1644 - س 28)

• يشترط للحكم بالتطليق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 توافر وقوع الضرر أو الأذى من جانب الزوج دون الزوجة ، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالهما ، ولما كان الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل ويدخل فى ذلك التشهير بارتكاب إحدى الجرائم وكان البين أن محكمة الموضوع ذهبت إلى أن الطاعن شرع فى التبليغ ضد المطعون عليها بمقارفة جريمة الإجهاض وأنه لم يثبت من التحقيقات التى أجريت أنها كانت حاملا وتخلصت من حملها ، وأن تقرير مفتش الصحة لا يفيد الجزم بحدوث إجهاض لما قرره من أن الظواهر التى أسفر الكشف عنها توجد فى سائر السيدات اللاتى سبق لهن الولادة ، وأنه لم ينتج عن هذا التبليغ أية معنيات واستخلص من ذلك أن الطاعن كان يستهدف الإضرار بالمطعون عليها بحيث لا تدوم العشرة بينهما وكان لهذا القول معينه من الأوراق فإن هذا الاستخلاص يقوم على أسباب سائغة ويكون النعى فى الحكم على غير أساس .

(نقض جلسة 1976/11/24 - ص 1636 - الطعن رقم 4 لسنة 45 ق)

• إتيان الزوج زوجته فى غير موضع الحرث . يشكل ضرراً لا تستقيم به الحياة الزوجية ويوجب التفريق عند ثبوته . فى معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

(نقض جلسة 1976/11/3 - ص 1516 - الطعن رقم 19 لسنة 45 ق)

• متى كان الحكم المطعون فيه - الذى قضى بتطليق المطعون عليها من الطاعن قد أقام قضاءه على ثبوت الضرر الحاصل من الضرب والإيذاء وكانت هذه الدعامة قد استقامت وتكفى وحدها لحمل الحكم فإن النعى على الحكم فيما أورده من أن شك الزوج فى زوجته لعلاقتها بابن عمها يعتبر ضرراً يجيز تطليقها - هذا النعى على فرض صحته يكون غير منتج .

(الطعن رقم 732 لسنة 68 ق- جلسة 2002/3/9 ونقض جلسة 1971/11/17 – ص 917 –س22-الطعن رقم 26 لسنة 38 ق)

• إذا كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليها أقامتها طالبة التطلاق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، وكان البين من مدونات الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه المؤيد له استثنائياً أنهما قد بنيا قضاءهما لهذا السبب على سند مما لحقها من مضارة مردها إلى تعمد الطاعن عدم إيفائها معجل صداقها رغم أنه مثبت بالعقد بقاءه في ذمته ، ورغم الإدلاء بذلك عند استجوابه أمام محكمة أول درجة ثم في صفحة الاستئناف وأنه بذلك قد تركها معلقة رغم أنها شابة يخشى عليها من الفتنة ، وأنه لو كان يريد لها حقاً لبادر بدفع الصداق المستحق لها ، وفاء من هذا الزوج لزوجته وهو ما يعد من أشد ضروب الضرر الذي ينال منها سواء كان ناجماً عن فعل إيجابي منه أو بفعل سلبي بالامتناع عن الوفاء بالتزاماته نحوها ، فيكون واقعاً بسبب منه لا منها ، وكان لا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من إبداء استعداده أمام محكمة الموضوع لدفع معجل صداق جديد رغم ادعائه لسداد حال منه المثبت في وثيقة الزواج خلافاً لما انتهى إليه الحكم لأن المناط في التطلاق بسبب الضرر هو تحقق وقوعه ، ولا يمنع منه زواله أو محاولة محوه طالما قد وقع فعلاً .
(نقض جلسة 1979/2/21- ص588- س30-الطعن رقم 19 لسنة 48 ق)

• عدم تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بأن الضرب الذي وقع منه على زوجته المطعون ضدها مما يدخل في حدود التأديب المباح شرعاً مؤداه . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . علة ذلك . كونه سبب قانوني يخالطه واقع .
(الطعن رقم 139 لسنة 68 ق- جلسة 2002/2/9)
(الطعن رقم 257 لسنة 62 ق – جلسة 1996/7/8)
(الطعن رقم 29 لسنة 59 ق – جلسة 1991/6/11 – س 42)

• الهجر المحقق للضرر الموجب للتفرق . م 6 ق . 25 لسنة 1929 . ماهيته . الغيبة عن بيت الزوجة مع الإقامة في بلد واحد . اختلافه عن التطلاق للغيبة بشرائطها . المادتان 12 و 13 ق 25 لسنة 1929 ، مثال .
(الطعن رقم 50 لسنة 52 ق – جلسة 1983/6/28- س34- ص1495)
(الطعن رقم 103 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/27)

يتعين أن يكون الضرر مقصوداً .. ومن الزوج دون الزوجة

• الإضرار الذى تعنيه المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يشترط فيه أن يكون مقصوداً من الزوج ومتعمداً سواء كان الإضرار إيجابياً أو سلبياً .
(الطعن رقم 640 لسنة 66 ق- جلسة 2001/6/11)
(نقض جلسة 1979/3/21- ص906- س30- الطعن رقم 14 لسنة 47ق)

• الأضرار . م 6 ق 25 لسنة 29 . وجوب أن يكون مقصوداً من الزوج سواء كان إيجابياً أو سلبياً . تقدير الدليل بشأنه من إطلاقات قاضى الموضوع .
(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/28)

• الحكم بالتطليق للضرر . م 6 من ق 25 لسنة 1929 . شرطه . ثبوت إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما وأن يكون الضرر والأذى من الزوج دون زوجته .
(الطعن رقم 733 لسنة 68 ق- جلسة 2002/3/23)
(الطعن رقم 107 لسنة 62 ق – جلسة 1997/1/27)
(الطعن رقم 101 لسنة 64 ق – جلسة 1998/12/28)

• الحكم بالتطليق . م 6 من ق 25 لسنة 1929 . شرطه . أن يكون الضرر والأذى واقعا من الزوج دون الزوجة .
(الطعن رقم 479 لسنة 65 ق – جلسة 1996/5/27)

• مفاد المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أنه كى يحكم القاضى بالتطليق يتعين أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة ، ويتعين للقول بأن استمرار الشقاق مجلبة للضرر تبيح للزوجة طلب التطليق أن تبحث دواعيه ومعرفة المتسبب فيه ، وإذ أطلق الحكم القول واتخذ من استمرار الشقاق ومن إسكان الطاعن زوجته الأولى بمسكن الزوجية بعد مغادرة المطعون عليها له سبباً تحقق به الضرر الموجب للتطليق ، فإنه يكون قاصراً التسبيب .
(نقض جلسة 1979/3/14- ص 798- س30 -الطعن رقم 5 لسنة 47ق)

• الحكم بالتطليق للضرر . م 6 من م بق 25 لسنة 1929 . شرطه . أن يكون الضرر والأذى واقعا من الزوج دون الزوجة . استناد المحكمة إلى تقرير الحكمين في غير الحالات التي يتعين فيها الحكم بمقتضاه رغم خلوه من الدليل على قيام هذا الشرط . خطأ وفساد وقصور .

(الطعن رقم 270 لسنة 62 ق – جلسة 1997/1/13)

• عودة الزوجة إلى مسكن الزوجية بعد وقوع الضرر . لا سقط حقها في طلب التطليق .

(الطعن رقم 459 لسنة 66 ق- جلسة 2001/4/14)

(الطعن رقم 82 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/28)

يكفى ثبوت وقوع الضرر لمرة واحدة

• المقرر في فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أي نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو الفعل الذي لا يكون عادة بين أمثالها ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما ، وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفي لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو لمرة واحدة . وكان تقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن تعديا بالفعل والقول وقع من جانب الطاعن على زوجته المطعون ضدها على مرأى ومسمع من شاهديها على النحو الثابت بأقوالها وأن ذلك مما يتوافر به ركن الضرر المبرر للتطليق بالنظر إلى حالة المطعون ضدها وكونها زوجة عاملة على قدر من التعليم والثقافة وهي أسباب سائغة تكفى لحمله ، فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 247 لسنة 67 ق- جلسة 2001/9/29 ونقض الطعن رقم 581 لسنة 66

ق- جلسة 2001/12/22 ونقض الطعن رقم 401 لسنة 64 ق – جلسة 1998/11/30

ونقض جلسة 1997/1/28- الطعن رقم 82 لسنة 63 ق ونقض جلسة 1988/11/22-

الطعن رقم 44 لسنة 57 ق – ونقض جلسة 1981/3/31-الطعن رقم 37 لسنة 50 ق -

ص(1989)

إثباته

• التطبيق للضرر . وجوب إثباته طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة رغم أنه منقول من مذهب مالك . المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية البينة تكون من رجلين أو رجل وامرأتان .

(الطعن رقم 300 لسنة 63 ق – جلسة 1998/1/20)

(الطعن رقم 36 لسنة 59 ق – جلسة 1991/6/11 – س 42)

(الطعن رقم 62 لسنة 63 ق – جلسة 1997/2/24)

(نقض الطعن رقم 1 لسنة 54 ق – جلسة 1985/4/16 - س 36)

(نقض الطعن رقم 73 لسنة 65 ق – جلسة 1989/1/17)

(نقض الطعن رقم 118 لسنة 56 ق – جلسة 1989/1/17 - س 40) (الطعن رقم

178 لسنة 62 ق – جلسة 1996/7/8)

• محكمة الموضوع لها السلطة فى تقدير دواعى الفرقة وأدلة الدعوى والترجيح بين البينات والأخذ بأقوال شاهد دون الآخر . طالما لم تخرج بتلك الأقوال إلى غير ما يؤدى إليه مدلولها . حسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . النعى عليها فى ذلك . جدل فى سلطتها فى تقدير الأدلة . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 348 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/13)

• تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها . والترجيح بين البينات استظهار واقع الحال ووجه الحق فيها وعناصر الضرر . من سلطة محكمة الموضوع . ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة . المنازعة فى ذلك . جدل فيما لها من سلطة فهم الواقع وتقدير أدلة الدعوى . لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 103 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/27)

• الشهادة بالتسامع . عدم قبولها فى إثبات أو نفى مضاره أحد الزوجين من الآخر . البينة عنها شهادة أصيلة من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول .

(الطعن رقم 415 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

(الطعن رقم 345 لسنة 65 ق – جلسة 2000/1/17)

(الطعن رقم 97 لسنة 58 ق - جلسة 1991/12/17 - س 42)
(الطعن رقم 391 لسنة 64 ق - جلسة 1997/4/14)

• الشهادة بالتسامع . لا تصح في التطبيق للضرر . مخالفة ذلك . خطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 465 لسنة 68 ق - جلسة 2002/3/18)
(الطعن رقم 198 لسنة 64 ق - جلسة 1998/3/16)
(الطعن رقم 345 لسنة 65 ق - جلسة 2000/1/17)
(الطعن رقم 509 لسنة 65 ق - جلسة 2000/6/26)
(الطعن رقم 146 لسنة 60 ق - جلسة 1991/1/22 - س 41)
(الطعن رقم 391 لسنة 64 ق - جلسة 1997/4/14)

• النعى على الشهادة بأنها سماعية . دفاع قانون يخالطه واقع . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم 135 لسنة 63 ق - جلسة 1997/3/17)

• الأصل في الشهادة معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه عيناً أو سماعاً . التطبيق للضرر . لا تصح فيه الشهادة بالتسامع .

(الطعن رقم 542 لسنة 68 ق - جلسة 2002/3/9)
(الطعن رقم 73 لسنة 65 ق - جلسة 1999/6/28)
(الطعن رقم 63 لسنة 59 ق - جلسة 1991/7/30 - س 42)
(الطعن رقم 191 لسنة 63 ق - جلسة 1997/4/7)

• الشهادة على التطبيق للضرر . لا تصح بالتسامع . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه عيناً أو سماعاً . مشاهدة الشاهد آثار الضرب على وجه الطاعة وعدم مشاهدته المطعون ضده بضربها أو سماعه يسببها .. أثره عدم اكتمال نصاب الشهادة .

(الطعن رقم 411 لسنة 65 ق - جلسة 2000/3/27)
(الطعن رقم 36 لسنة 59 ق - جلسة 1991/6/11 - س 42)

• المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الأصل فى الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عيناً أو سماعاً فى غير الأحوال التى تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة فى التطليق . لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن شاهدى المطعون ضدها لم يشاهدا وقائع الضرر التى وردت بأقوالهما ، إذ قررا أنهما علما بها منها ، فتكون شهادتهما سماعية لا تقبل فى دعوى التطليق ، وإذ عول الحكم المطعون فيه عليها فى قضائه ، فإنه يكون معيباً بفساد فى الاستدلال جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون ، بما يوجب نقضه ولما كان الحكم المطعون فيه صادراً بالتطليق ، فيتعين الفصل فى الموضوع عملاً بالفقرة الثالثة من المادة 63 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

(الطعن رقم 509 لسنة 65 ق - جلسة 2000/6/26)

• لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشهادة بالتسامع لا تقبل شرعاً فى إثبات أو نفي وقائع الإضرار المبيحة لتطليق الزوجة على زوجها وأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له وفى موازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما يطمئن إليه منها واستخلاص ما يراه سائغاً مما له أصل ثابت فى الأوراق ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على قوله " إلا أن الشاهد الثانى لم يشهد واقعة اعتداء المستأنف على المستأنف ضدها وقتذاك وإنما جاءت شهادته سماعية نقلاً عنها عندما أوردت له وهى فى طريقها إلى رسم للإعلان اعتداء وقع عليها من المستأنف . ومن ثم فإن الشهادة التى تقدمت من جانب المستأنف ضدها تكون قاصرة لم تبلغ النصاب المقرر شرعاً . ومن ثم فإن المحكمة لا تعول على تلك البيئة الناقصة وتلفت عنها . وتكون المستأنف ضدها عاجزة عن إثبات دعواها بهذا الطريق ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المحكمة لاحظت فى المستندات التى قدمت أمام محكمة أول درجة وثبتت تفصيلياً بأسباب حكمها أن المستأنف قدم صورة ضوئية لإنذار معلن للمستأنف ضدها فى 1980/2/13 يدعوها فيه للدخول فى طاعته بالمسكن المعد لهذا الغرض بناحية وراق الحضر مركز إمبابة . ولا شك أن الفترة من وقت العقد الحاصل فى 1978/11 حتى الإنذار فى 1980/2/13 ليست بعيدة الأمد إنما تتفق وتعذر وجود المسكن وما يعاينه الأفراد من صعوبة فى هذا المضمار فضلاً عن أن المستأنف ضدها لم تعترض على هذا الإنذار " .. وكان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه واجه دفاع الطاعنة فأطرح ما قدمته من

بينه لعدم توافر نصابها الشرعى واستخلص بأسباب سائغة أن عدم دخول المطعون عليه بها فى الفترة التى استغرقها إعداد مسكن الزوجية كان له ما يبرره ورتب على ذلك قضاءه برفض الدعوى لانتفاء الضرر الموجب للتطبيق ، فإن المحكمة متى أقامت بذلك الحقيقة التى استخلصتها على ما يقيمها لا تكون بعد ملزمة بأن تتعقب كل حجة وترد عليها استقلاً لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بالقصور يكون على غير أساس.

(نقض جلسة 1984/3/13- الطعن رقم 47 لسنة 52 ق – س 35)

(والطعن رقم 4 لسنة 55 ق – جلسة 1986/3/25 – س 37)

• وإن كان الراجح فى فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه فى نطاق الدعوى عملاً بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن شهادة التسماع لا تقبل إلا فى بعض الأحوال وليس منها التطبيق للضرر ، ولئن كان البين من الأوراق أن أقوال الشاهدين الثانى والثالث من شهود الإثبات جاءت سماعية فلا تكون مقبولة مما لا يتوافر به نصاب الشهادة المقرر شرعاً فى خصوص الوقائع المشهود عليها إلا أنه لما كانت المطعون عليها قد ساقطت بالإضافة إلى هذه الوقائع واقعة أخرى وهى تشهير الطاعن بها وطعنه فى عرضها واستدلت عليها بما قدمته من مستندات ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد اعتد بهذه الواقعة على توافر الإضرار الموجب للتطبيق وأقام عليها قضاءه بقوله : "... فضلاً عن أن البين من الأوراق أن المدعى عليه (الطاعن) رمى المدعى عليها (المطعون عليها) واتهمها فى سلوكها وعرضها وعفتها بعد أن عين بالذات شخصاً قال أن المدعية على علاقة به .. وكل من الزوجين مستواه الاجتماعى مرتفع وبيتتهما طيبة ويعتبر إساءة بالغة للمدعية بما لا يليق بأمثالها ويكون المدعى عليها قد أضر بالمدعية ضرراً يبيح لها شرعاً أن تطلب التطبيق .. وكان هذا الرأى الذى أورده الحكم له أصله الثابت فى الأوراق ويكفى لحمل قضاءه بالتطبيق فإن تعييه فى الدعامة الأخرى المستمدة من أقوال شهود المطعون عليها يكون غير منتج . وإذ استوفى الحكم بذلك الدليل على أن الإساءة كانت من جانب الطاعن وأقام قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة فيها الرد الضمنى المسقط لما ساقه الطاعن من دفاع وقدمه من مستندات فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1984/3/11 - الطعن رقم 46 لسنة 53 ق ونقض جلسة 1979/4/25 -
ص 196 – ونقض جلسة 1979/3/14 - ص 798)

• شهادة القرايات بعضهم لبعض في المذهب الحنفى . مقبولة . فيما عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه أو أحد الزوجين لصاحبه .

(الطعن رقم 406 لسنة 63 ق – جلسة 1997/12/23)

(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/28)

(الطعن رقم 154 لسنة 61 ق – جلسة 1995/3/28)

• إقامة المدعى البنية على دعواه . طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين المدعى على أنه محق في دعواه . غير مقبول . عله ذلك .

(نقض الطعن رقم 42 لسنة 64 ق – جلسة 2004 / 1 / 24)

• إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته التقديرية قصور بيئة الطاعن عن إثبات دعواه مما يكفى لقضائه فإنه لا حاجة به إلى أن يعرض بعد ذلك لبيئة النفي ويكون تعيب الطاعن لها – وأياً كان الرأى فيه – برمته على غير أساس .

(نقض الطعن رقم 57 لسنة 55 ق – جلسة 1986/6/3 - ص 37)

• "من الأصول المقررة في المذهب الحنفى تحقق عدالة الشاهد , ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك وأن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره , فلا يلزم إبداء أسباب اطمئنانه , وأن الشهادة على ما ثبت حكمة بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة ممن عاينه سمعاً أو مشاهدة متى وافقت الدعوى .

(الطعن رقم 822 لسنة 72 ق – جلسة 2005 / 3 / 21)

• المقرر في المذهب الحنفى أن الشهادة – على ما يثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة ممن عاينه سمعاً أو مشاهدة متى وافقت الدعوى , وإذا كان البين من التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن أقوال شاهدهى المطعون عليها اجتمعت على أن الطاعن ضربها وسبها على مرأى ومسمع منهما مما تكون معه شهادتها إذ

انصبت على وقائع حدثت في حضرتها وعيناها سماعاً ومشاهدة قد استوفت شروط صحتها شرعاً .

(الطعن رقم 46 لسنة 52 ق – جلسة 1986/2/11 - س 37)

(الطعن رقم 11 لسنة 54 ق – جلسة 1986/2/25 - س 37)

• من الأصول المقررة في المذهب الحنفي تحقق عدالة الشاهد , ما لم يقيم الدليل على غير ذلك وأن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضي وشعوره , فلا يلزم إبداء أسباب اطمئنانه , وإن الشهادة على ما ثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة ممن عاينه سماعاً أو مشاهدة متى وافقت الدعوى .

(الطعن رقم 822 لسنة 72 ق – جلسة 2005/3/21)

• من المقرر في الفقه الحنفي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه إذا كان المشهود به قولاً محضاً فإن اختلاف الشاهدين في الزمان والمكان لا يمنع من قبول شهادتهما .

(الطعن رقم 635 لسنة 67 ق – جلسة 2002/1/12)

(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق – جلسة 1999/2/15)

• مناط الحكم بالتطبيق في الدعوى التي ترفع طبقاً للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 هو ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين وكانت البيئة في هذه الدعوى وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة – يجب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين وكانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير عناصر الضرر وتصويره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً ما دامت استندت إلى أدلة مقبولة وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض في أسبابه لأقوال أربعة من شهود الإثبات الذين سمعت أقوالهم في الاستئناف ، قد خلصت مما اتفقت عليه رواية الشاهدين الأولين في محضر التحقيق من كثرة الخلافات بين الزوجين واعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالسب بألفاظ نابية وردت في المحضر والحكم إلى ثبوت الضرر بما يستحيل معه استدامة العشرة ، وهو من الحكم استخلاص سائغ له مأخذه من الأوراق وعلى سند من بيئة موافقة للدعوى واكتمل نصابها الشرعي بما يكفي لحمل قضاءه بالتطبيق .

(نقض الطعن رقم 26 لسنة 55 ق – جلسة 1986/12/23 - س 37)

• ثبوت أن شهادة شاهدي الطاعة قد توافقت على إيقاع المطعون ضده الأذى بالطاعة مما تضرر منه . مؤداه . توافر ركن الضرر المبيح للتطبيق . مخالفة ذلك وانتهاء الحكم المطعون فيه إلى انتفاء مضارة الطاعة على خلاف مدلول بينتها الشرعية الصحيحة . خطأ . يوجب نقضه .
(الطعن رقم 691 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

• يكفى في ثبوت إضرار الزوج بزوجه إضراراً يدل على عدم أمانته على نفسها ومالها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على نحو معين تضرر منه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء إعتباراً أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هي تمثل في مجموعها سلوكاً تضرر منه الزوجة .

(الطعن رقم 423 لسنة 67 ق – جلسة 2001/12/25 والطعن رقم 406 لسنة 63 ق – جلسة 1997/12/23 والطعن رقم 325 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/21 والطعن رقم 24 لسنة 61 ق – جلسة 1995/12/14 والطعن رقم 45 لسنة 57 ق – جلسة 1991/11/19 – س 42 والطعن رقم 116 لسنة 55 ق – جلسة 1986/6/24 – س 37 والطعن رقم 733 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/23)

• الضرر الموجب للتطبيق ، استخلاص ثبوته من شاهدي بيان لا خطأ .
(الطعن رقم 63 لسنة 52 ق – جلسة 1984/5/8 – س 35)

• لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه بعد أن أخذ بأسباب الحكم المستأنف في ثبوت الضرر الموجب للتطبيق على سند من أقوال شاهدي المطعون عليها أضاف إليها قوله " ولا يقدح في ذلك ما قدمه المستأنف في حافظة مستنداته خاصة الصورة الفوتوغرافية لمحضر الجنحة رقم 3155 لسنة 1978 جنح عسكرية الإسكندرية (2003 سنة 78 جنح عسكرية العطارين) والتي قضى فيها ببراءة المستأنف من تهمة التعدي بالضرب على المستأنف عليها بالطريق العام في وقت سابق على الواقعة التي حرر عنها المحضر سالف الذكر مما يتعذر معه دوام العشرة بينهما الأمر الذي يتحقق معه الضرر الذي حاق بالمستأنف عليها ويضحي الحكم المستأنف وقد قام على سند صحيح من الواقع والقانون ويتعين القضاء برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف – وكان هذا الذي أورده الحكم كافياً لحمل قضاءه بتأييد الحكم المستأنف ويتضمن الرد

المسقط لما ساقه الطاعن من حجج أخرى للنفي ، فإنه لا على الحكم المطعون فيه بعد ذلك أن هو لم يتعقب كل حجة منها ويرد عليها استقلالاً ويكون النعي بالقصور . في هذا الخصوص على غير أساس .

(نقض جلسة 1984/3/2- الطعن رقم 20 لسنة 53 ق – س 35)

• قبول الشهادة . شرطه . انتفاء التهمة عن الشاهد . إدانة أحد شاهدي المطعون ضدها وآخر بضرب الطاعن . مفاده . قيام عداوة دنيوية بينهما . أثره افتقار الشهادة لأحد شروط قبولها . قضاء الحكم المطعون فيه بالتطبيق استناداً إليها . خطأ وفساد في الاستدلال .

(الطعن رقم 476 لسنة 65 ق – جلسة 2000/7/3)

• أنه من الأصول المقررة في المذهب الحنفي تحقق عدالة الشاهد , ما لم يقيم الدليل على غير ذلك , وإن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضي وشعوره , فلا يلزم إبداء أسباب اطمئنانه , وإن الشهادة على ما يثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة ممن عاينه سمعاً أو مشاهدة متى وافقت الدعوى .

(الطعن رقم 822 لسنة 72 ق – جلسة 2005 / 3 / 21)

• شروط قبول الشهادة على حقوق العباد في المذهب الحنفي أن تكون موافقة للدعوى . المقصود بالموافقة التامة والموافقة الضمنية . كفاية الموافقة في المعنى سواء اتحدت الألفاظ أو تغيرت .

(الطعن رقم 318 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/21)

(الطعن رقم 24 لسنة 61 ق – 1995/2/14)

(الطعن رقم 691 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

• موافقة الشهادة للشهادة . شرائط ذلك في المذهب الحنفي . كفاية تطابق اللفظين على إفادة المعنى سواء كان ذلك بعين اللفظ أو بمرادف له. مثال في دعوى طلاق .

(الطعن رقم 238 لسنة 61 ق – جلسة 1995/9/26)

• يتعين لصحة الشهادات فيما يشترط فيه التعدد أن تتفق مع بعضها لأنه باختلافهما لا يوجد إلا شطر الشهادة وهو غير كاف فيما يشترط فيه العدد ، وإذ كان نصاب الشهادة على التضرر الموجب للتطبيق وفقاً للراجح في مذهب أبى حنيفة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ، وكان البين من الأوراق أن الشاهد الثاني من شاهدي المطعون عليها وإن شهد بأن الطاعن تهجم على المطعون عليها في حضوره حال وجوده في منزلها إلا أنه لم يفصح عن كيفية حصول التهجم المشهود ، وما إذا كان قد تم بالقول أو الفعل حتى تقف المحكمة على حقيقة ما صدر عن الطاعن تجاه المطعون عليها وتقدر ما فيه من إساءة لها وتضرر أمثالها منه ، فإن شهادته لا يتوافر بها نصاب الشهادة على المضارة التي شرع التفريق بين الزوجين بسببهما . وإذ أيد الحكم المطعون فيه رغم ذلك ما قضى به الحكم المستأنف من تطبيق المطعون ضدها على زوجها الطاعن على سند مما شهد به شاهدها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 542 لسنة 68 ق - جلسة 2002/3/9)

(نقض جلسة 1983/1/18 - الطعن رقم 31 لسنة 51 ق - س 34)

(نقض جلسة 1984/6/26 - الطعن رقم 60 لسنة 52 ق - س 35)

• لأن كان المقرر في قضاء محكمة النقض أن الشارع وإن استمد حكم التطبيق للضرر المنصوص عليه في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 من مذهب الإمام مالك إلا أنه لم يحل إليه بشأن التدليل على قيام الضرر ومن ثم وجب الرجوع في هذا الخصوص إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عملاً بنص المادة 280 من لائحة المحاكم الشرعية ، وهي توجب أن تكون البينة من رجلين أو رجل وامرأتين ، وإذ كان الأساس الذي تقوم عليه دعوى التطبيق للضرر هو إضرار الزوج بزوجته وإساءة معاملتها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها فإنه يكفي لاكتمال نصاب الشهادة فيها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه تضرر منه ولا ترى معه الصبر والإقامة معه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء باعتبار أنها ليست بذلك مقصود الدعوى بل هي تمثل في مجموعها سلوكاً تضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع .

(نقض جلسة 1981/6/16 - الطعن رقم 19 لسنة 50 ق - س 32)

(نقض جلسة 1974/6/5 - ص 979 - س 25)

• من الأصول المقررة فى الإثبات أنه يشترط فى الشهادة أن تكون موافقة للدعوى ، فلا تقبل إذا شهد الشهود بأكثر مما ادعاه المدعى أو بغيره لأنه بذلك يكون قد أكذب شهوده .

(الطعن رقم 586 لسنة 66 ق – جلسة 2001/12/22)

(الطعن رقم 69 لسنة 64 ق – جلسة 1998/11/30)

• المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية وإن استمدت أحكامها فيما يتعلق بدعوى التطليق للضرر من مذهب الإمام مالك إلا أنها إذ لم تتضمن قواعد خاصة بطرق إثبات عناصرها فيتعين الرجوع فى شأنها إلى أرجح القوال من مذهب أبى حنيفة عملاً بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمجالس المالية ومن ثم يتعين لثبوت الضرر الموجب للتطبيق قيام البيئة عليه من رجلين أو رجل وامرأتين .

(نقض جلسة 1980/4/2 – ص 1009 - س 31)

(والطعن رقم 52 لسنة 52 ق – جلسة 1986/2/25 – س 37)

• من المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن من القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهد وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة إعتباراً بأن القضاء "فهم" ومن القرائن القاطعة مالا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البيئة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الكذب والصدق ، إلا أنه لما كانت القرينة القاطعة وهى ما يستخلصه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول وهى إمارة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكاً أو احتمالاً ، فهى بهذه المثابة تغنى عن المشاهدة .

(نقض جلسة 1978/5/10 – ص 1217 - س 29)

(وجلسة 1982/1/18 - الطعن رقم 47 لسنة 51 ق – س 33)

• العرف معتبرا إذا عارض نصاً مذهبياً منقولاً على صاحب المذهب إذ الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف فيه تضييع حقوق كثيرة دون أن يكون فى ذلك مخالفة للمذهب .

(نقض جلسة 1973/2/14 - ص 251 - س 24)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن المشرع إذ نقل حكم التطليق للضرر من مذهب مالك لم يحل في إثباته إلى هذا المذهب كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن ومن ثم فإنه يتعين الرجوع في قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة عملاً بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأن من القرائن ما نص عليه الشارع واستنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة ، إعتباراً بأن القضاء "فهم" ، ومن القرائن القاطعة ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب .

(نقض جلسة 1988/12/20 - الطعن 38 رقم لسنة 56 ق - س 39)

• من القرائن ما نص عليه الشارع واستنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة ، وبالرجوع إلى اللائحة الشرعية قبل إلغاء ما ألغى من نصوصها بالقانون رقم 462 لسنة 1955 يبين أنها كانت تنص في المادة 123 منها على أن " الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة " . والواقع في ذلك أن القضاء " فهم " ومن القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليها الصدق والكذب .

(نقض جلسة 1996/3/23 - ص 666 - س 17)

• النص في المادة 456 من قانون الإجراءات الجنائية والمادة 102 من قانون الإثبات - مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الحكم الجنائي تكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية طالما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية ، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور يمتنع على المحكمة المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تعتد بها وتلتزمها في بحث الحقوق المدنية المتعلقة بها لكي لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجنائي السابق له ،

وكان الثابت من الحكم الصادر فى قضية الجنحة رقم لسنة ، مصر الجديدة أن المطعون ضدها إقامتها ضد الطاعن بطريق الادعاء المباشر ، لاتهامه لها بارتكاب جريمة الزنا وطلبت عقابه بعقوبة البلاغ الكاذب ، وقد حكمت محكمة الجنح ببرائته مما اسند إليه ، فإن مؤدى ذلك أن المحكمة الجنائية لم تفصل فى الأساس المشترك بين الدعوى الجنائية ودعوى التطبيق المطروحة ، لأن قوام الأولى ثبوت كذب الوقائع المبلغ عنها وأن يكون الجانى عالما بكذبها ومنتويا سوء والإضرار بالمجنى عليه، وقوام الثانية طبقاً للمادتين 9 ، 14 من شريعة الروم الأرثوذكس – التى ينتمى إليها طرفى الدعوى – هو التصدع الجسيم فى الحياة الزوجية الذى يستحيل معه استمرارها على طالب الطلاق ، والهجر من جانب أحد الزوجين عن قصد سيئ مدة ثلاث سنوات ، مما لا حجية معه للحكم الجنائى فى هذا الخصوص .

(الطعن رقم 132 لسنة 65 ق و 435 لسنة 66 ق – جلسة 2000/3/21 والطعن رقم 109 لسنة 58 ق – جلسة 1991/1/8)

• حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية شرطه . أن يكون الحكم الجنائى قد فصل فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله . ثبوت أن المحكمة الجنائية لم تفصل فى الأساس المشترك بين الدعويين الجنائيين ودعوى التطبيق . مؤداه . لا حجية للحكم الجنائى فى هذا الخصوص.

(الطعن رقم 87 لسنة 61 ق – جلسة 1994/12/20)

(الطعن رقم 132 لسنة 65 ق و 435 لسنة 66 ق – جلسة 2000/3/21)

• الحكم الجنائى لا تكون له قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم المدنية إلا إذا كان باتا، أما لاستنفاد طرق الطعن الجائزة فيه أو لفوات مواعيدها .

(الطعن رقم 292 لسنة 63 ق – جلسة 1998/7/1 و جلسة 1978/1/14 – ص 176-

والطعن رقم 411 لسنة 64 ق – جلسة 1999/3/22)

• متى كانت المحكمة قد عولت فى قضاءها وقضت بالتطبيق للضرر على ما ثبت لديها من الحكم الجنائى الصادر ضد الزوج وأيدت اقتناعها بالأوراق الرسمية وبما حصلته من البينة الشرعية فذلك منها تقدير للأدلة مما يستقل به قاضى الموضوع .

(نقض جلسة 1963/4/1 – ص 515 – س 14)

• لا تثريب على المحكمة فى تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا فى قضية أخرى أن هى أخذت بهذه القوال كقرينة وكان الإثبات فى الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن .

(نقض جلسة 1984/4/29 - الطعن رقم 50 لسنة 17 ق)

• لما كانت الطاعنة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه طلبة بائلة للضرر عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، وكان ما أضافته الطاعنة أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه امتنع عن الإنفاق عليها بعد تزوجها ، يعد طلباً جديداً – يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول لأن الطلاق بسبب عدم الإنفاق يقع رجعياً ، وله أحكام مختلفة أوردتها المواد 4 ، 5 ، 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 وبالتالى فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف، عملاً بما تقضى به المادة 321 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية وهى من المواد التى أبقي عليها القانون رقم 462 لسنة 1955 لما كان لك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التتليق لعدم الإنفاق يكون غير منتج .

(نقض جلسة 1984/6/26 - الطعن رقم 12 لسنة 53 ق)

(وجلسة 1974/6/5 - ص 1979 – س 35)

• إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بتتليق المطعون ضدها على ما استخلصه من أقوال شاهدها من أن الطاعن يسئ معاملتها ويعتدى عليها بالضرب وأنه اضر بها وهو ما له أصله الثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضاءه اطراحه أقوال شاهده الطاعن والمستندات المقدمة منه . صحيح إذ حسبه أن يقيم قضاءه على ما يصلح من الأدلة لحمله النعى عليه بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب . جدل موضوعى فى تقدير الأدلة لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 41 لسنة 64 ق – جلسة 1994/11/22)

• إقامة الحكم قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على سند مما استخلصه من شهادة شاهدها من تكرار تعدى الطاعن عليها بالسب والضرب المبرح . كفاية هذه الدعامة وحدها لحمل قضاء الحكم . تعييبه فى دعامات أخرى - أيا كان وجه الرأى فيها . غير منتج .

(الطعن رقم 219 لسنة 59 ق - جلسة 1992/6/23 - س 43)

• متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب والإيذاء والهجر فإنه لا يكون قد خالف القانون فى تطبيقه المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 التى تنص على أن الطلاق مع إضرار الزوج بزوجه يكون طلاقاً بائناً .

(نقض جلسة 1963/4/10 - ص 715 - س 14)

(وجلسة 1982/1/18 - الطعن رقم 47 لسنة 51 ق - س 33)

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع أن تستند إلى وقائع سبقت رفع الدعوى أو استجبت بعدها لإثبات التطليق لما تنم عنه من استمرار الخلاف الزوجى واتساع هوته بما لا يستطيع معه الإبقاء على الحياة الزوجية ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من أن الحكم أقام قضاءه على سند من وقائع لاحقة لرفع الدعوى يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1978/11/1 - ص 1674 - س 29)

• قبول الشهادة شرعاً . شرطه . انتفاء التهمة عن الشاهد . إدانة أحد شاهدى المطعون ضدها وآخر بضرب الطاعن . مفاده قيام عداوة دنيوية بينهما . أثره افتقار الشهادة لأحد شروط قبولها . قضاء الحكم المطعون فيه بالتطليق استناداً إليها . خطأ وفساد فى الإسناد .

(الطعن رقم 476 لسنة 65 ق - جلسة 2000/7/3)

• قبول شهادة القربات بعضهم لبعض عدا شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبه . شرطه . إلا تتوافر لها أسباب التهمة من جلب مغنم أو دفع مغرم .

(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 1999/2/15)

(الطعن رقم 159 لسنة 64 ق - جلسة 1999/4/26)

(الطعن رقم 187 لسنة 65 ق - جلسة 1999/6/22)

• الأصل فى المذهب الحنفى . عدالة الشاهد . انطواء الشهادة على النفع أو الدفع . أثره . اتهام الشاهد . العداوة الدنيوية المانعة من قبول الشهادة . المقصود بها . اختلاق الطاعن خصومه بينه وبين الشاهد . لا أثر له على قبول الشهادة . الاطمئنان إلى الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره دون التزام بإبداء الأسباب .
(الطعن رقم 325 لسنة 65 ق - جلسة 1999/12/21)

• متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن استعرض أقوال شهود الطرفين وقطع فى اطمئنانه إلى أقوال شاهدى المطعون عليها دون أقوال شاهدى الطاعن وأبان أن معيار الضرر المنصوص عليه فى المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين معيار شخصى وأن تقدير مداه يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، خلص مما أورده فى مقام التدليل على تحقيق هذا الضرر بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها إلى تحقق الضرر المدعى به وعدم أماكن استمرار المعاشرة الزوجية بين الطرفين ، وكان ما أورده الحكم فى هذا الصدد يكفى لحمل قضاءه فإنه لا يعيبه استطراده تزايداً فى تقريره احتدام الخلف بين الزوجين بعد رفع دعوى الطلاق نتيجة تعدد نواحى الخصومة كما لا يعيبه عدم تعقبه ما أورده الطاعن من حجة مناهضة أخذ بها الحكم الابتدائى لأن قيام الحقيقة التى استخلصها فيه الرد الضمنى لكل حجة تخالفها .

(نقض جلسة 1976/3/24 - ص 770 - س 27)

• اشتراط أعمار القاضى إلى الزوج طبقاً للمادتين 12 و 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 قبل تطليق زوجته عليه يكون فى حالة التطلق - لغيبه الزوج . لا محل لاتخاذ هذه الإجراءات فى حالة التطلق للضرر .
(نقض الطعن رقم 54 ق - جلسة 1985/3/12 - س 36)

• قضاء الحكم برفض دعوى التطلق . استناده إلى مستندات لم يورد مضمونها وإغفاله أخرى مقدمة ودون بحث دلالتها وما انطوت عليه من إثبات إضرار المطعون ضده بالطاعة بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما . خطأ وقصور .

(الطعن رقم 106 لسنة 64 ق – جلسة 1998/2/17)

• إذا كان البين من صحيفة الدعوى الابتدائية أن المطعون عليها وأن ساقطت فيها بعض صور سوء المعاملة التي تلقاها من الطاعن ، وضربت على ذلك أمثلة من قبيل الهجر والامتناع عن الإنفاق والإهانة على مسمع من الزملاء إلا أنها في طلباتها الختامية اقتصرت على الحكم بتطبيقها بائناً بالتطبيق لأحكام المادة السادسة أنفة الإشارة ، مفاده أنها جعلت من الإضرار سبباً للتفريق بينهما ، ومن ثم فلا تنريب على محكمة الموضوع أن هي ضربت صفحا عن الأمثلة التي عدتها المطعون عليها طالما وجدت من وقائع الدعوى عناصر تتحقق بها المضارة وفق حكم المادة التي أقيمت الدعوى بالاستناد إليها .

(نقض جلسة 1977/11/9 - ص 1644 - س 28)

• فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة وعناصر الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين . من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند . ولها الترجيح بين البيّنات دون التزام ببيان أسباب هذا الترجيح ما دامت لم تخرج بأقوال الشهود عما يؤدي إليه مدلولها . حسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأقامت قضاؤها على أسباب سائغة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم والرد عليها استقلالاً . علة ذلك .

(الطعن رقم 301 لسنة 64 ق – جلسة 1998/5/25)

• إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بإلغاء الحكم الابتدائي بتطبيق الطاعنة على المطعون ضده طلبة بائلة ورفض الدعوى على سند من أن أقوال شاهدها جاءت سماعية . استخلاص موضوعي سائغ . كفايته لحمل قضاؤه وفيه الرد المسقط لكل حجة مخالفة . لا عليه أن لم يورد نص أقوال الشهود أو يوقف الدعوى تعليقاً . علة ذلك . خلو الأوراق مما يفيد مضارة المطعون ضده للطاعنة . تعويله على الحكمين الصادرين ضدها في دعوى الطاعة وإبطال المقرر لا ينال من سلامة الحكم . شرطه . انتهائه إلى نتيجة صحيحة .

(الطعن رقم 415 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

• لقاضى الموضوع سلطة تقدير دواعى الفرقة بين الزوجين . وأدلة الدعوى وبحث دلالتها والموازنة بينهما وترجيح ما يطمئن إليه ومنها أقوال الشهود . شرطه . إلا يخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها وإقامة قضاؤه على أسباب سائغة لها سندها من الأوراق .

(الطعن رقم 72 لسنة 63 ق – جلسة 1997/10/20)

(الطعن رقم 24 لسنة 61 ق – جلسة 1995/2/14)

• الإسلام المشروط فى الشهادة . نطاقه . أن يكون المشهود عليه مسلماً . علة ذلك .

(الطعن رقم 300 لسنة 63 ق – جلسة 1998/1/20)

وجوب عرض المحكمة للصلح .. صورته .. حالاته

• إقامة الحكم قضائه بالتطليق على استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة . المنازعة فى ذلك . جدل موضوعى فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الأدلة . لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/28)

• عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من الطرفين أو أحدهما كفايته لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما . دون حاجة لإعادة عرضه فى الاستئناف ما دام لم يستجد جديد أمامها .

(الطعن رقم 665 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

(الطعن رقم 385 لسنة 63 ق – جلسة 1997/11/18)

(الطعن رقم 124 لسنة 60 ق – جلسة 1993/12/28 - س 44)

(الطعن رقم 149 لسنة 58 ق – جلسة 1991/3/26 - س 42)

(الطعن رقم 128 لسنة 62 ق – جلسة 1996/5/27 - س 47)

(الطعن رقم 176 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/20)

• عرض الصلح من محكمة أول درجة . رفضه من وكيل المطعون ضدها وقبوله من وكيل الطاعن. كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح . لا حاجة لإعادة عرضه في الاستئناف طالما لم يستجد ما يدعو إليه .
(الطعن رقم 185 لسنة 64 ق – جلسة 1998/3/16 والطعن رقم 266 لسنة 62 ق – جلسة 1996/7/8- س 47 والطعن رقم 4 و 5 لسنة 59 ق – جلسة 1991/4/2- س 41)

• القضاء بالتطليق . م 6 من م بق 25 لسنة 1929. شرطه . إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما عرض المحكمة الصلح عليهما ورفضه من أحدهما كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .
(الطعن رقم 323 لسنة 66 ق – جلسة 2001/3/10 والطعن رقم 325 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/21 والطعن رقم 676 لسنة 72 ق – جلسة 2004/12/24)

• القضاء بالتطليق . شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . م 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 . محاولة الإصلاح ليس لها طريقاً معيناً . عرض محكمة أول درجة الصلح على المطعون ضدها فى الجلسة التى أعلن لها الطاعن ورفضها ثم طلبها فى جلسة لاحقة حجز الدعوى للحكم دون اعتراض منه . كاف لتحقيق عجز المحكمة عن الإصلاح . لا حاجة لإعادة عرضه فى الاستئناف . طالما لم يستجد ما يدعو إليه .

(الطعن رقم 156 لسنة 58 ق – جلسة 1991/4/2- س 41)

(الطعن رقم 149 لسنة 58 ق – جلسة 1991/3/26- س 41)

• الحكم بالتطليق إعمالاً لأحكام المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929. شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . القانون لم يرسم طريقاً معيناً للإصلاح ولم يستوجب حضور الزوجين معاً أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء . عرض الصلح على أحد الزوجين ورفضه كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

(الطعن رقم 125 لسنة 63 ق – جلسة 2000/2/14)

(الطعن رقم 83 لسنة 53 ق – جلسة 1985/3/2- س 36)

- (الطعن رقم 157 لسنة 61 ق – جلسة 1995/3/28)
- (الطعن رقم 63 لسنة 9 ق – جلسة 1991/7/30 - س 42)
- (الطعن رقم 82 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/28)

• التظليق للضرر . شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح . م 6 من م بق 1929/25 . لم تستوجب ماثول الزوجين معاً عند اتخاذ هذا الإجراء. عرض الصلح من محكمة أول درجة على المطعون ضدها فى غيبة المطعون ضده – كاف لإثبات عجز القاضى عن الإصلاح . النعى عليه بالخطأ على غير أساس .
(الطعن رقم 139 لسنة 61 ق – جلسة 1995/2/14)

• لما كان البين من مدونات الحكم الابتدائى أن المحكمة بجلسة .. عرضت الصلح على الطرفين فقبله الزوج وأبته الزوجة ، وفى هذا ما يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما على ما تشترطه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 .

- (نقض جلسة 1993/6/15 - الطعن رقم 86 لسنة 60 ق – س 44)
- (نقض جلسة 1979/3/21 - ص 906 – س 30)
- (نقض جلسة 1989/1/24 - الطعن رقم 3 لسنة 57 ق – س 40)

• التظليق إعمالاً لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 شرطه عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ، لم يرسم القانون طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح ولم يستوجب حضور الزوجين أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء ، عرض الصلح على أحدهما ورفضه كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

- (الطعن رقم 617 لسنة 68 ق – جلسة 2002/2/9)
- (الطعن رقم 142 لسنة 61 ق – جلسة 1995/2/28)
- (الطعن رقم 84 لسنة 55 ق – جلسة 1988/2/23 - س 39)

• المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التى تشترط للقضاء بالتظليق عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين جاءت خلوا من وجوب ماثول الزوجين بشخصيهما أمام المحكمة عند محاولة الإصلاح بينهما وإذا كان البين من

صورة محضر الجلسة أمام محكمة الاستئناف أن المطعون عليها حضرت بشخصها ورفضت الصلح في حضور وكيل الطاعن ، فإن ذلك كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

(الطعن رقم 23 لسنة 57 ق – جلسة 1988/6/28 - س 39)

(والطعن رقم 11 لسنة 54 ق – جلسة 1986/2/25 - س 37)

• خلو محاضر جلسات محكمة أول وثاني درجة من إثبات بذل محاولات للإصلاح بين الزوجين وأنهما لم يستجيبا لها . إثبات الحكم الابتدائي بمدوناته عرض الصلح ورفض المطعون ضدها له . مخالفة للثابت بالأوراق وخطأ في تطبيق القانون . تأييد محكمة الاستئناف لذلك الحكم رغم ما اعتراه من بطلان دون إثبات عرضها الصلح على الزوجين. أثره . بطلان الحكم الاستئنافي .

(الطعن رقم 109 لسنة 63 ق – جلسة 1997/2/24)

• خلو محاضر جلسات محكمة أول درجة من إثبات أن محاولة للإصلاح بين الزوجين قد بذلت وأنهما أو وكلائهما المصرح لهما بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات مما يتحقق معه شرط عجز القاضى عن الإصلاح اللازم للحكم بالتطليق للضرر . لا يكفى لإثباته قيام المطعون ضدها بإعلان الطاعن وتكليفه بالحضور أمام محكمة أول درجة لتقوم بالتوفيق بينهما وعدم حضوره هذه الجلسة ، تضمين الحكم المطعون فيه رغم ذلك عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما لا سند له من الأوراق قضاؤه بالتطليق رغم تخلف هذا الشرط مخالفة للقانون .

(الطعن رقم 109 لسنة 60 ق – جلسة 1994/1/18 - س 45)

• الحكم بالتطليق . م 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 . شرطه . ثبوت إضرار الزوج بالزوجة بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ، خلو محاضر جلسات محكمة أول وثاني درجة من إثبات أن محاولات للإصلاح بين الزوجين قد بذلت وأنهما أو وكلائهما المصرح لهما بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات تضمين الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه على الرغم من ذلك عرض الصلح فقبله وكيل الطاعن ورفضه وكيل المطعون ضدها دون سند من الأوراق وقضاؤه بالتطليق على الرغم من تخلف هذا الشرط . مخالفة للقانون .

- (الطعن رقم 62 لسنة 63 ق – جلسة 1997/2/24)
- (الطعن رقم 21 لسنة 62 ق – جلسة 1995/12/18)
- (الطعن رقم 101 لسنة 61 ق – جلسة 1994/12/27)

• التظليق للضرر . م 6 من المرسوم بق 25 لسنة 1929 شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . لم يستلزم القانون إتباع طريق معين للإصلاح أو حضور الزوجين معاً أو بشخصيهما أمام المحكمة . عرض الصلح على وكيلى الطرفين ورفضه من وكيل المطعون ضدها كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح .

- (الطعن رقم 274 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)
- (الطعن رقم 258 لسنة 72 ق – جلسة 2003/10/25)

• الحكم بالتظليق طبقاً للمادة السادسة من 25 لسنة 1929 – مناطه – أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين مع توافر شروط الضرر . خلو صفحات جلسات محكمة أول وثانى درجة من إثبات أية محاولة للإصلاح بين الزوجين قد بذلت وأنهما أو وكلاهما المصرح لهما بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات . تضمين الحكم المطعون فيه رغم ذلك عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما لا سند له من الأوراق وقضائه بالتظليق رغم تخلف هذا الشرط مخالفة القانون .

- (الطعن رقم 59 لسنة 57 ق – جلسة 1988/5/24- س 39)

• التظليق إعمالاً لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 . شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . لم يرسم القانون طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح ولم يستوجب حضور الزوجين أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء . عرض الصلح على وكيل المطعون عليها ورفضه كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

- (الطعن رقم 23 لسنة 57 ق – جلسة 1988/6/28- س 39)

• لما كانت المادة السادسة إذ اشترطت للتظليق للضرر عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين لم ترسم طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح بينهما وكان الثابت بالأوراق أن محكمة أول درجة أجلت الدعوى عدة مرات تمكيناً للطاعن من الصلح

مع المطعون عليها التي أصرت في النهاية على طلب التطلق كما طلب الطاعن حجز الدعوى للحكم وكان هذا كاف لتحقيق عجز المحكمة عن الإصلاح بين الطرفين فإن النعى يكون على غير أساس .

(نقض الطعن رقم 33 لسنة 54 ق – جلسة 1986/2/11- س 37)

• المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التي تشترط للقضاء بالتطلق ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز القاضى عن إصلاح بين الزوجين جاءت خلواً من وجوب مثل الزوجين بشخصهما أمام المحكمة ، وإذ كان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة أول أبريل سنة 1970 أمام محكمة أول درجة أن كلا من الطاعن والمطعون عليها قد أناب عنه وكيلاً مفوضاً بالصلح وأن وكيل المطعون عليها رفضه على حين قبله الطاعن ، فإن ذلك يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

(الطعن رقم 52 لسنة 52 ق – جلسة 1986/2/25- س 37)

(نقض جلسة 1975/3/12- ص 378- س 26)

• لما كان النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما يدل على أن الشارع اشترط للحكم بالتطلق في هذه الحالة أن يثبت إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ، مما مقتضاه وجوب تدخل المحكمة بغرض إزالة الشقاق بين الزوجين المتخاصمين فإن هي قضت بالتطلق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلاً باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن محكمة أول درجة حكمت بتطلق المطعون عليها على الطاعن دون تدخل بعرض الصلح عليها رغم مثل الأولى أمامها بشخصها وحضور وكيل عن الطاعن، وهو ما يترتب عليه بطلان حكمها، وكانت محكمة الاستئناف قد أيدت ذلك الحكم رغم ما اعتراه من بطلان. فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أيد حكماً باطلاً بما يبطله هو الآخر ويوجب نقضه .

(نقض جلسة 1984/3/27- الطعن رقم 21 لسنة 53 ق – س 35)

(والطعن رقم 109 لسنة 63 ق – جلسة 1997/2/24)

• مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 يدل على أن الشارع وإن اشترط للحكم بالتفريق في هذه الحالة شرطاً أولهما أن يثبت الضرر المدعى به بما لا يستطيع معه دوام العشرة وثانيهما أن يعجز عن الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين إلا أنه لم يستلزم المبادرة بالقيام بهذا الإصلاح قبل نظر الدعوى وسماع الشهود فيها أو معاودة القيام به في كل مرحلة من مراحل الدعوى لما كان ذلك وكان الإصلاح بين الزوجين يقتضى التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما والظروف والملابسات المحيطة به وذلك حتى يتخير القاضى السبل الناجحة لإنهاء صلحا ، وكان الاستئناف وفقاً لنص المادة 317 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف ، فإنه لا على محكمة أول درجة إن هى أرجأت محاولة الإصلاح بين الزوجين إلى ما بعد سماعها البيّنات المقدمة فى الدعوى ولا على محكمة الاستئناف إذا لم تعاود عرض الصلح على الزوجين بعد أن رأت سلامة ما انتهى إليه الحكم المستأنف من قضاء.

(نقض الطعن رقم 487 لسنة 64 ق – جلسة 1996/1/8)

(نقض جلسة 1983/6/16 – الطعن 23 لسنة 51 ق – س 34)

• إذ كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه لا يشترط لإثبات عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين وفقاً لنص المادة 6 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 مثولهما بشخصيهما أمامه ، وإنما يكفى فيه حضور الوكيلين المفوضين بالصلح عنهما ورفض أحدهما الصلح ، وكان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة 1977/5/7 أمام محكمة أول درجة أن وكيل المطعون عليها حضر بالجلسة ورفض الصلح فإن ما جاء بالحكم من عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين لا تكون فيه مخالفة للثابت بالأوراق ، ويكون النعى بهذا السبب فى غير محله .

(نقض جلسة 1980/12/23 - ص 2115 - س 31 وجلسة 1979/4/25 - ص 196 - س 30 وجلسة 1975/2/12 - ص 378 - س 26)

• التفويض فى الصلح يستتبع التفويض برفضه ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن وكيل المطعون عليها المفوض بالصلح قد رفضه ، فإن ذلك يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .
(نقض جلسة 1985/3/5 - ص 752 - س 36)

• إذا كان المشرع قد اشترط للحكم بالتطبيق طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن تثبت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ، وكان الثابت بمحضر جلسة 1979/6/9 أن محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين فرفضه الحاضر عن المطعون ضدها ووافق عليه الطاعن وهو ما يكفى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين ، دون ضرورة لإعادة عرض الصلح من جديد أمام محكمة الاستئناف ما دام لم يستجد ما يدعو إليه . وكان لا يغير من ذلك رفض محكمة أول درجة القضاء بالتطبيق طالما أن الاستئناف وفق نص المادة 317 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه ، بما لا يكون معه ثمة موجب لإعادة عرض الصلح من جديد أمام المحكمة الاستئنافية ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون يكون على غير أساس .
(الطعن رقم 135 لسنة 63 ق - جلسة 1997/3/17)
(نقض جلسة 1979/3/14 - ص 805 - س 30)

• إذا كان البين من الأوراق أن محكمة أول درجة قد أصدرت حكمها بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن طلبة بائلة - قبل العمل بأحكام القانون 1 لسنة 2000 - بعد أن عرضت الصلح عليهما ورفضته المطعون ضدها وهو ما يكفى لثبوت عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما دون إعادة عرضه من محكمة الاستئناف وفقاً للتطبيق الصحيح للمادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 - الذى يحكم الواقعة فى هذا الخصوص - ومن ثم فلا إلزام على المحكمة فى مرحلة الطعن على هذا الحكم إعادة عرض الصلح مرتين على ما نص عليه القانون 1 لسنة 2000 .
(نقض الطعن رقم 555 لسنة 70 ق - جلسة 2002/10/26)

• النص في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بآئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما .." يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الشارع اشترط للحكم بالتطليق في هذه الحالة ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين ولما كان البين من الحكم المطعون فيه ومن محضر جلسة 1974/2/10 أمام محكمة أول درجة أن الطاعن أستأجل الدعوى للصلح فأجابته المحكمة إلى طلبه وفي الجلسة التالية أنكرت المطعون عليها قوله وأصرت على طلب الطلاق ، ومضى الطاعن في دفاعه طالباً رفض الدعوى ، فإن هذا يكفي في ثبوت عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.

(نقض جلسة 1976/11/3 - ص 1516 - س 27)

• النص في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بآئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما .." يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أوجب على المحكمة محاولة الإصلاح بين الزوجين قبل القضاء بالتطليق للضرر بغرض إزالة أسباب الشقاق بينهما ، فإن هي قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلاً اعتباراً أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام ولم يشترط النص المذكور قيام المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين إلا في حالة القضاء بالتطليق لثبوت الضرر في جانب الزوج ، فلا يكون هذا الإجراء لازماً إذا قضت برفض الدعوى ، إذ أن هدف المشرع من ذلك الحيلولة دون فسم عرى الزوجية رغم ثبوت ما يدعو إلى التفريق ، وهو ما لا يتحقق إذا رفضت الدعوى وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدعوى ، فإنه لا يبطله عدم قيام المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين ، ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 101 لسنة 64 ق جلسة 1998/12/28)

• النص في المادة 18 من القانون 1 لسنة 2000 بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية "وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم

بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة على أنه إذا كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً" مفاده أن ما استحدثته هذه المادة من وجوب عرض الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة في حالة وجود أبناء قبل الحكم إنما ينصرف إلى شروط لصحة الحكم بالطلاق لم تكن مطلوبة من قبل لا صلة لها بذاتية القواعد التي يقوم عليها نظام التطليق , وكان من المقرر أن ما تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك , وإذ لم ينص القانون رقم 1 لسنة 2000 على تطبيقه بأثر رجعي ومن ثم فإن هذه القواعد لا تسرى على الدعاوى التي نظرت وصدرت فيها أحكام قبل نفاذه ولا يمتد أثرها – من بعد – إلى مرحلة الطعن في هذه الأحكام .
(نقض الطعن رقم 555 لسنة 70 ق – جلسة 26 / 10 / 2002)

• الحكمان طريقتهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة . ثبوت فشل محاولتها التوفيق بين الزوجين لاستحكام النفور بينهما وإصرار الزوجة على عدم استمرار الحياة الزوجية . عدم تدخل المحكمة لعرض الصلح لا خطأ علة ذلك .
(الطعن رقم 670 لسنة 67 ق – جلسة 2002/2/9)

• استخلاص محكمة الموضوع استحكام الخلاف بين الطاعن والمطعون ضدها من إصرار الأخيرة على الطلاق وعجز المحكمة عن التوفيق بينهما. سائغ . كفايته لحمل قضاءها بتطليق المطعون ضدها على الطاعن . المجادلة في ذلك ، موضوعية تنحسر عنها رقابة محكمة النقض.
(الطعن رقم 205 ، 207 لسنة 59 ق – جلسة 1991/3/5 - س 42)

التحكيم

• بعث حكيمين . شرطه . تكرار شكوى الزوجة بطلب التطليق وعدم ثبوت الضرر في الدعوى الثانية . إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بالتطليق على ما خلص إليه من هجر الطاعن للمطعون ضدها . النعي عليه بعدم اتخاذ إجراءات التحكيم . لا أساس له .

(الطعن رقم 85 لسنة 58 ق – جلسة 1991/1/15 - س 42)

• التطبيق للضرر . م 6 ق 25 لسنة 1929 . عدم بحث الحكم توافر الضرر الموجب للتطبيق . استناده إلى تقرير الحكّمين فى غير الحالات خطأ وقصور .
(الطعن رقم 107 لسنة 62 ق – جلسة 1997/1/27)

• السبب فى دعوى التطبيق طبقاً للمادة 6 ق 25 لسنة 1929 . اختلافه عن السبب فى طلب الزوجة التطبيق أثناء نظر اعتراضها على دعوة زوجها للعودة إلى منزل الزوجية . م 11 مكرر ثانياً من ذات القانون . مؤدى ذلك القضاء برفض الدعوى الأولى ليس له حجية مانعة من نظر الدعوى الثانية . اللجوء إلى التحكيم فى الأولى لا يحول دون اللجوء إليه فى الثانية متى توافرت شروطه .
(الطعن رقم 205 ، 207 لسنة 59 ق – جلسة 1991/3/5 - س 42)

• اتخاذ إجراءات التحكيم فى الدعوى إذا كررت الزوجة شكاها بطلب التطبيق للضرر . شرطه . إخفاقها فى إثبات الضرر . إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بالتطبيق استناداً إلى ثبوت إضرار زوجها بها . مؤداه عدم التزام الحكم باتخاذ إجراءات التحكيم .
(الطعن رقم 635 لسنة 67 ق – جلسة 2002/2/12)

• النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكّمين على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11 مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن التحكيم فى دعوى التطبيق لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تضرر منه حقيقة أو حكماً .

(الطعن رقم 128 لسنة 62 ق – جلسة 1996/5/27)

(الطعن رقم 143 لسنة 59 ق – جلسة 1992/12/15)

(الطعن رقم 63 لسنة 59 ق – جلسة 1991/7/30 – س 42)

(وجلسة 1989/6/20 - الطعن رقم 117 لسنة 57 ق – س 40)

• مفاد نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أنه إذا كررت الزوجة شكواها طالبة التطلق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها بالتفريق ولم تثبت ما تشكو منه فإنه يتعين أن يبعث القاضي حكيم على النحو المبين بالمواد من 7 إلى 11 من القانون المذكور وهو حكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين ، ولما كان الثابت أن المطعون عليها أقامت دعواها الحالية بنفس الطلبات وقضى برفضها نهائياً بالتطلق ولما كانت محكمة الاستئناف بعد أن ألغت حكم محكمة أول درجة بالتطلق لعدم الاطمئنان إلى أقوال شهود المطعون عليها – قد مضت في نظر الدعوى وقضت ببعث الحكيم تطبيقاً لما يوجبه القانون على النحو سالف البيان فإن النعى على الحكم يكون في غير محله.

(نقض جلسة 1974/2/20 – ص 379 – س 25 – الطعن رقم 46 لسنة 40 ق)

• التزام المحكمة باتخاذ إجراءات التحكيم في دعوى التطلق. حالاته . أن تكرر الزوجة طلب التطلق ولم يثبت ما تشكو منه بعد رفض دعواها الأولى أو إذا طلبت التطلق على زوجها من خلال اعتراضها على دعوته لها للعودة لمنزل الزوجية وثبت أن الخلف مستحكم بين الزوجين. المادتان 6 ، 11 مكرر ثانياً من م بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 .

(الطعن رقم 617 لسنة 68 ق – جلسة 2002/2/9)

(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 1999/2/15)

(الطعن رقم 185 لسنة 64 ق – جلسة 1998/3/16)

• لما كان نص المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 في شأن التطلق للضرر لا يوجب اللجوء إلى التحكيم إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها مع عجزها عن إثبات ما تضرر منه ، وكان الواقع أن المطعون عليها قد أقامت الدعوى وهى الدعوى الأولى بطلب التطلق للضرر استناداً إلى نص تلك المادة فإنه لا يلزم اتخاذ إجراءات التحكيم فى الدعوى .

(نقض الطعن رقم 33 لسنة 54 ق- جلسة 1986/3/11 - س 37)

• التحكيم فى دعوى التطلق للضرر شرطه . رفض دعوى الزوجة بطلب التفريق ثم تكرار شكواها وعدم إثبات ما تشكو منه .

(نقض الطعن رقم 79 لسنة 58 ق - جلسة 1990/11/13 - س 41) (نقض الطعن رقم 90 لسنة 54 ق - جلسة 1985/4/9 - س 36)
(نقض الطعن رقم 94 لسنة 60 ق - جلسة 1993/6/22 - س 44)
(نقض الطعن رقم 331 لسنة 65 ق - جلسة 1999/12/27)

• النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11 مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التحكيم في دعوى التطلاق لا يكون إلا إذا تكرّر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تضررت منه ، ولما كان الثابت من الأوراق أن دعوى المطعون ضدها بتطليقها على الطاعن طبقاً لنص المادة السادسة المشار إليها هي دعواها الأولى قبله فإن تعيب الحكم لعدم اتخاذه الإجراءات الخاصة بالتحكيم بين الزوجين قبل القضاء بالتفريق بينهما يكون على غير أساس .
(نقض جلسة 1988/11/22 - الطعن 44 لسنة 57 ق - س 39)
(الطعن رقم 133 لسنة 64 ق - جلسة 1989/4/13)

• اتخاذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من ق 25 لسنة 1929 . شرطه . أن يتكرر من الزوجة طلب التطلاق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تضررت منه م 6 ق 25 لسنة 1929 . بعث المحكمة حكماً وثبوت أن دعوى المطعون ضدها بتطليقها على الطاعن طبقاً للمادة 6 سالف الذكر هي دعواها الأولى قبله فإن تقارير الحكام لا تقيد المحكمة وإنما تعتبر من أوراق الدعوى التي تخضع لتقديرها . انتهاء الحكم الثالث في تقريره إلى تطليق المطعون ضدها على الطاعن . مخالفة الحكم لهذا التقرير . النعي عليه في غير محله .

(الطعن رقم 185 لسنة 61 ق - جلسة 1995/3/28)

• لما كان البين من الأوراق أن المطعون ضدها كانت قد أقامت الدعوى رقم لسنة 1982 كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة بطلب التطبيق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من القانون آنف الذكر والتي قضى برفضها فى الاستئناف رقم لسنة 101 ق القاهرة ، ثم طلبت فى الدعوى الراهنة التطبيق على الطاعن لذات السبب فى الدعوى السابقة ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لم يبين الوقائع التى استجدت بعد الحكم السابق برفض دعوى المطعون ضدها بالتطبيق على الطاعن ، وما إذا كانت تلك الوقائع هى ذات الوقائع فى الدعوى السابقة أو مغايرة لها ولا حقة عليها وأنها وقعت أثناء الزوجية حقيقة أو حكماً ، وأن المطعون ضدها قد عجزت عن إثباتها بما يسوغ الالتجاء إلى التحكيم مما مؤداه أن الحكم جعل مناط التحكيم يتوقف على مجرد رفع دعوى أخرى بعد رفض دعواها السابقة دون أن يعن ببيان الأسباب الذى أقام عليها قضاءه برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى وبيان اختلاف وقائع الضرر فى الدعويين ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبب بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 143 لسنة 59 ق – جلسة 1992/12/15- س 43 والطعن رقم 46 لسنة 40 ق – جلسة 1974/2/20- ص 379 – س 25)

إعادة رفع الدعوى بسببه

• مفاد المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أنه إذا ادعت الزوجة على الزوج إضراره بها . وأقامت دعوى بتطبيقها منه ورفضت دعواها لعجزها عن إثبات الضرر ، فإن من حقها أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطبيق لذات السبب وهو الضرر على أن تستند فى ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الأولى على أساسها وإذا كان الثابت من الأوراق أن سند المطعون ضدها فى طلب التطبيق فى دعواها الأولى كان قائماً على أساس اعتداء الطاعن عليها بالضرب وعدم إنفاقه عليها وكان سندها فى دعواها الماثلة هو تضررها من عدم دخوله بها منذ أن تزوجها وهى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت بها الدعوى الأولى وامتدت عدة سنوات تالية للحكم فيها ، فإنه لا على الحكم المطعون فيه أن التفت عن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها ويكون النعى بهذا الوجه على غير أساس .

(الطعن رقم 369 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)
(الطعن رقم 331 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/27)

- (الطعن رقم 257 لسنة 62 ق – جلسة 1996/7/8 – س 47)
- (الطعن رقم 143 لسنة 59 ق – جلسة 1992/12/15 – س 43)
- (نقض الطعن رقم 87 لسنة 55 ق – جلسة 1986/12/16 – س 37)
- (الطعن رقم 92 لسنة 57 ق – جلسة 1981/2/28 – س 40)
- (الطعن رقم 583 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/5)

• لما كانت المطعون ضدها قد أقامت الدعوى الماثلة تأسيساً على هجر الطاعن لها وكانت قد طلبت التطلق في الدعوى رقم 1454 لسنة 1986 كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة لزواج الطاعن بأخرى ، واعتدائه عليها بالضرب والسب ، كما أنه وإن اتحد سبب التطلق في الدعوى المطروحة والدعوى رقم 3228 لسنة 1991 كلى أحوال شخصية شمال القاهرة إذ أسست المطعون ضدها كل منهما على الهجر ، إلا أن الثابت من الأوراق أنها استندت في الدعوى الراهنة على الهجر الذى استطال إلى ما بعد صدور الحكم في الدعوى المذكورة ، ومن ثم فإن صدور الحكمين في الدعويين السابقتين لا يحول دون رفع الدعوى المطروحة ، إذ أقيمتا على وقائع مغايرة لتلك التى أسست عليها الدعوى الماثلة ، وإذ انتهى الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى عدم قبول الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، فإنه يكون قد خلص إلى قضاء صحيح ، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق – جلسة 1999/2/15)

• الدفع بعدم جواز نظر دعوى تطلق للهجر لسابقه الفصل فيها بحكم في دعوى تطلق للضرر . التفات المحكمة عنه . لا خطأ . طالما استندت الزوجة في دعواها الثانية إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها .

(الطعن رقم 85 لسنة 58 ق – جلسة 1991/1/15 – س 42)

• النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية يدل على أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطلق لذات السبب وهو الضرر ، على أن تستند فى ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها ، كما يحق لها أن ترفع دعواها بالتطلق عن هذه الواقعة الجديدة لتدفع عن نفسها الضرر الذى ادعت وقوعه أثناء قيام الحياة الزوجية دون أن يلزم لذلك أن تكون مقيمة مع زوجها . لما كان ذلك وكان الحكم

المطعون فيه قد أورد في أسبابه أن المراد بتكرار الشكوى المنصوص عليها في المادة السادسة أن تعود العلاقة الزوجية حقيقة أو حكماً بين الزوجين ويستأنفاً معاً حياتهما من جديد وإذا كان ما تقدم وكانت المستأنف ضدها لم تقدم دليلاً على أنها قد تلاققت مع المستأنف بعد الحكم في قضية الطلاق الأولى بما لا يكونا معه قد تلاقيا حقيقةً أو حكماً ومن ثم لا يجوز بعث حكمين لرفض الدعوى ، لما كان ذلك وكان بعث الحكمين من إجراءات التقاضى المتعلقة بالنظام العام وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم جواز بعث الحكمين في حالة رفع دعوى التطلق الثانية بعد رفض الأولى وحدث وقائع ضرر جديدة إلا إذا قدمت الزوجة دليلاً على تلاققها مع زوجها حقيقةً أو حكماً وهو ما يعيبه بالقصور في التسبيب الذى جره إلى الخطأ في تطبيق القانون.

(نقض الطعن رقم 115 لسنة 70 ق – جلسة 2002/10/26)

(الطعن رقم 116 لسنة 65 ق – جلسة 1999/5/17)

(الطعن رقم 405 لسنة 66 ق – جلسة 2001/4/7)

(الطعن رقم 130 لسنة 56 ق – جلسة 1989/1/24)

• رفض الدفع بعدم جواز نظر دعوى التطلق للضرر لسابقة الفصل فيها . لا خطأ . طالما استندت الزوجة في دعواها الثانية إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها .

(الطعن رقم 162 لسنة 63 ق – جلسة 1997/3/17)

• لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المنع من إعادة النزاع في المسألة المقضى فيها يشترط أن تكون المسألة واحدة في الدعويين ، ولا تتوافر هذه الوحدة إلا أن تكون المسألة المقضى فيها نهائية أساسية لا تتغير وأن يكون الطرفان قد تناقشا فيها في الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقراً جامعاً مانعاً وأن تكون هي بذاتها الأساس فيما يدعى به في الدعوى الثانية ، وينبنى على ذلك أن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم حائز قوة الأمر المقضى .

(الطعن رقم 84 لسنة 59 ق – جلسة 1992/12/29 - س 43)

دعوى الطلاق للضرر .. اختلافها عن دعوى الطاعة أو النشوز

- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطليق للضرر . علة ذلك . الحكم برفض الاعتراض أو إسقاط نفقة الزوجة . لا يكون بذاته حاسماً في نفي ادعاء الزوجة من مضارة في دعوى التطليق للضرر .
(الطعن رقم 116 لسنة 65 ق - جلسة 1999/5/17)

- الحكم برفض دعوى النفقة للنشوز لا يمنع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها ولا يكون بذاته حاسماً في نفي ما تدعيه الزوجة من مضارة موجبة للتفريق .
(نقض جلسة 1988/3/22 - الطعن رقم 99 لسنة 55 ق - س 32)
(نقض الطعن رقم 187 لسنة 65 ق - جلسة 1999/6/22)

- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطليق للضرر . علة ذلك . الحكم بدخول الزوجة في طاعة زوجها ونشوزها . لا ينفي بذاته ادعاء الزوجة المضارة في دعوى التطليق . لا تثريب على محكمة الموضوع إذا لم تعول على دلالة الحكم الصادر في دعوى الطاعة طالما انتهت بأسباب سائغة إلى توافر الضرر الموجب للتطليق .
(الطعن رقم 657 لسنة 66 ق - جلسة 2001/6/11 والطعن رقم 553 لسنة 65 ق - جلسة 2000/11/20 والطعن رقم 537 لسنة 66 ق - جلسة 1997/5/26 والطعن رقم 175 لسنة 64 ق - جلسة 1998/4/21)

- دعوى الطاعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق إذ بينما تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن النشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها ، ومن ثم لا تثريب على محكمة الموضوع إذا هي أبت التعويل على دلالة الحكم الصادر في دعوى الطاعة لاختلاف المناط بين الدعويين .

(الطعن رقم 393 لسنة 63 ق - جلسة 1998/2/12)
(نقض الطعن رقم 87 لسنة 55 ق - جلسة 1986/12/16 - س 37)

(والطعن رقم 299 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/16)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطلاق للضرر إذ تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية بينما تقوم الثانية على ادعاء إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما وأن النشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطلاق والفصل فيها لاختلاف المناط في كل ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتفريق على سند من أن الهجر كان من جانب الطاعن إضراراً بالمطعون عليها بتعمده طردها من منزل الزوجية ، فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع ما دامت قد اقتنعت بهذه الحقيقة وأوردت دليلها عليها إذا هي أطرحت ما قد يكون لحكمى الطاعة والنشوز من دلالة مغايرة ، ويكون النعى على الحكم بالقصور في هذا الخصوص على غير أساس .

(نقض جلسة 1984/5/8 - الطعن رقم 63 لسنة 53 ق – س 35)

(نقض جلسة 1976/1/24 – ص 1636 - س 27)

• المقرر في قضاء المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف عن دعوى التطلاق للضرر إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة في منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، ومن ثم فإن الحكم الصادر في دعوى الطاعة لا يمنع من نظر دعوى التطلاق ، لاختلاف الموضوع في كل منهما، ولا يسوغ القول بأن الحكم بدخول المطعون عليها في طاعة زوجها حاسم في نفي ما تدعيه من مضارة حتى ولو كانت قد ساقطت بعضها في دعوى التطلاق تبعاً لتغاير الموضوع في كل من الدعويين على ما سلف بيانه .

(الطعن رقم 10 لسنة 63 ق – جلسة 1996/10/28 ونقض جلسة 1979/3/14 -

ص 789 - وجلسة 1979/2/21 - ص 588 – س 30)

• دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطلاق للضرر . علة ذلك . الحكم برفض الاعتراض لا يكون بذاته حاسماً في نفي ادعاء الزوجة من مضاره في دعوى التطلاق للضرر .

(الطعن رقم 395 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/30 - س 49)

• إن المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن أحكام الأحوال الشخصية تجيز للزوجة طلب التطلق إذا أضر بها الزوج بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها وإذا كانت غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع إقامتهما في بلد واحد – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون – تعتبر من أوجه الضرر التي تجيز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها بطلقة بئنة وفقاً لنص المادة السادسة سائلة البيان وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين ويجيز التطلق هو معيار شخصي لا مادي يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور في المجتمع والظروف المحيطة به فإنه لا مجال لاستلزام غيبة الزوج إلى أمد معين وإنما يترك تقدير الضرر من جرائها ومدى احتمال الزوجة المقام مع توافر الضرر بها للقاضي وذلك لما له من سلطة الواقع ، ولا يغير من ذلك أن يكون المشرع قد اشترط لإجابة الزوجة إلى طلبها التطلق لغيبة الزوج عنها بلا عذر مقبول وفقاً لنص المادة الثانية عشر من القانون السالف الإشارة أن تمتد الغيبة لمدة سنة على الأقل ذلك أن غياب الزوج في هذه الحالة على ما يبين من المذكرة الإيضاحية هو نتيجة لإقامته في بلد آخر غير بلد الزوجة وهو وضع يختلف عن هجره لمنزل الزوجية رغم إقامته بذات البلد بما يكشف عن رغبته في إيقاع الأذى بزوجه والإساءة إليها فلا أساس للقول باتحاد العلة في كلتي الحالتين وسريان قيد الزمن المقرر في أولهما على الثانية . لما كان ذلك ، وكان رفض الزوجة مساعي الصلح بينها وبين زوجها لا يؤثر على حقها في طلب التطلق طالما ثبت للقاضي إضراره بها ضرراً لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بالتطلق على سند مما شهد به شاهدا المطعون عليها من أن الطاعن هجر منزل الزوجية رغم إقامته بذات البلد وهو ما يتحقق به ركن الضرر وما خلصت إليه المحكمة من عدم قدرة المطعون عليها على احتماله والصبر عليه لأنها شابة يخشى عليها من الفتنة وهو استخلاص موضوعي سائغ له مأخذه من الأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ولا يجوز الجدل فيه أمام محكمة النقض لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون ويكون قد برأ من عيب الفساد في الاستدلال . لما كان ما تقدم وكان الطاعن لم يبين أوجه التناقض التي يدعيها في شهادة المطعون عليها فإن نعيه في هذا الخصوص يكون مجهلاً غير مقبول .

(نقض جلسة 1983/5/17- الطعن رقم 36 لسنة 52 ق – س 34)

• الهجر المحقق للضرر الموجب للتفريق . م 6 ق 25 لسنة 1929 . ماهيته .
الغيبية عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد . اختلافه عن التطبيق للغيبية بشرائطها .
المادتان 12، 13 من ذات القانون .
(الطعن رقم 173 لسنة 65 ق - جلسة 1999/6/21 - س 50)

• غيبة الزوج عن بيت الزوجية . اعتبارها هجراً محققاً للضرر الموجب
للتفريق . م 6 ق 25 لسنة 29 . لا مجال لاستلزام أن تكون إلى أمد معين وفي بلد
معين للقاضي مطلق الحق في تقدير هذا الضرر ومدى احتمال الزوجة له اختلافها عن
التطبيق للغيبية . في حكم المادة 12 من المرسوم بالقانون المشار إليه .
(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق - جلسة 1997/1/28 - س 48)
(الطعن رقم 432 لسنة 64 ق - جلسة 1998/9/29 - س 49)

• دعوى الزوجية . عدم سماعها عند الإنكار إلا بوثيقة رسمية أو إقرار المدعى
عليه بها بمجلس القضاء . م 4/99 من م بق 78 لسنة 1931 . لا عبرة بما إذا كانت
الدعوى مجردة أو ضمن حق آخر . استثناء . دعوى النسب . سريان المنع سواء كانت
الدعوى مرددة بين الزوجين أو ورثتهما أو النيابة العامة قبل أيهما أو ورثته . علة ذلك
إقامة الطاعنة دعواها بإثبات زواجها بالمطعون ضده في ظل المادة سالفة الذكر
المنطبقة على الدعوى المرفوعة قبل سريان القانون رقم 1 لسنة 2000 . قضاء الحكم
المطعون فيه بثبوت الزوجية الواقعة بعد سنة 1931 رغم إنكار المطعون ضده لها
وعدم ثبوتها بورقة رسمية . مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه .
(الطعن رقم 453 لسنة 64 ق - جلسة 2000/1/31 - س 51)
(الطعن رقم 497 لسنة 64 ق - جلسة 2000/4/10 - س 51)
(الطعن رقم 136 لسنة 62 ق - جلسة 2000/5/29 - س 51)

• القيد المنصوص عليه في المادتين 99 من المرسوم بق 78 لسنة 1931 و 17
من القانون 1 لسنة 2000 بشأن تقديم وثيقة زواج رسمية قاصر على الدعاوى الناشئة
عن عقد الزواج فلا يمتد إلى الدعاوى الناشئة عن النزاع في ذات الزواج أو في وجود
الزوجية فيجوز للزوج أو الزوجة إثبات الزوجية عند الإنكار أو وجود نزاع فيها ولو
لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية .

(الطعن رقم 643 لسنة 73 ق - جلسة 2005 / 4 / 23 - س 56)

• عقد الزواج . عقد رضائي قوامه الإيجاب والقبول وملزم للولى . تطلب القانون توثيقه لا ينفى عنه طبيعته الأصلية ولا يمس القواعد الشرعية المقررة . عدم التعارض بين الشروط الموضوعية لصحته والشروط الشكلية لتوثيقه . علة ذلك . بحث الشروط الموضوعية وحسم الخلاف حولها منوط بالقضاء دون جهة التوثيق . (الطعن رقم 194 لسنة 64 ق - جلسة 1998/10/19 - س 59)

• محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود . شرطه . بيان الحقيقة التى اقتنعت بها وإقامة قضائها على أسباب سائغة تكفى لحمله وفيها الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة . عدم ذكر الحكم ألفاظ سباب الطاعن للمطعون ضدها ونص أقوال الشهود التى أورد مضمونها . لا عيب . (الطعن رقم 251 لسنة 64 ق - جلسة 2000/2/14 - س 51)

• دعوى التطلق للضرر . م 6 من ق 25 لسنة 1929 . اختلافها سبباً عن طلب الزوجة التطلق أثناء نظر اعتراضها على دعوة زوجها للعودة إلى منزل الزوجية . م 11 مكرر ثانياً من ذات القانون - علة ذلك . (الطعن رقم 229 لسنة 64 ق - جلسة 1998/5/25 - س 49)

• تقدير إنكار الخصم للزوجية المدعاة من عدمه من مسائل الواقع . استقلال محكمة الموضوع به . مؤداه . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض . (الطعن رقم 462 لسنة 64 ق - جلسة 2000/2/15 - س 51)

• دعوى الطلاق . ماهيتها . جواز رفعها بطلب إيقاع الطلاق أو إثبات وقوعه . عدم سماع الدعوى . م 6/99 لائحة شرعية سريانه فى الحالتين . (الطعن رقم 573 لسنة 65 ق - جلسة 2000/10/30 - س 51)

• النص فى المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية مفاده وجوب عرض المحكمة الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين فى حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق , فإن قضت بالتطلاق دون عرض الصلح على هذا النحو كان قضاؤها مخالفاً للقانون باعتبار أن سعيها للصلح قبل الحكم إجراء لصيق بالنظام العام , لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن للزوجين أولاد وأن محكمة أول درجة حكمت بالتطلاق

دون أن تعرض الصلح وفقاً لنص المادة 18 المشار إليها كما أن محكمة الاستئناف لم تعرضه إلا مرة واحدة فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يوجب نقضه .
(نقض الطعن رقم 518 لسنة 71 ق - جلسة 22 / 2 / 2003 - س 54)

• استشهد الطاعنة بشاهد مسيحي أمام محكمة أول درجة لا يحول بينها وبين تمكينها من إثبات دفاعها على الوجه المتفق مع المنهج الشرعي أمام محكمة الاستئناف . قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدعوى لعدم اكتمال نصاب البينة الشرعية في إثبات الضرر المبيح للتطليق للزواج بأخرى لكون أحد الشاهدين مسيحي والتفات المحكمة عن الطلب الاحتياطي للطاعنة بإحالة الدعوى للتحقيق لإثبات دفاعها على الوجه الشرعي الصحيح لا يواجه دفاع الطاعنة أو طلبها ولا يتضمن ما يسوغ رفضه . أثره . قصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع .

(نقض الطعن رقم 242 لسنة 70 ق - جلسة 26 / 10 / 2002)

مادة (7) معدلة

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما¹.

القانون رقم 44 لسنة 1979 (م 3) مطابقة

القانون رقم 25 لسنة 1929 مغايرة

يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهم .

المذكرة الإيضاحية

الأصل في جواز التطليق للضرر قوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما ...) (من الآية رقم 35 من سورة النساء) .

فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق في الإصلاح أو التفريق وأن على القاضي أن يقضى بما يريانه ومن هؤلاء على بن أبي طالب وعبد الله ابن عباس ولم يعرف لهما مخالف ، وهو يتفق مع المأثور من أحاديث الرسول (ﷺ) إذ قال (لا ضرر ولا ضرار) كما يتفق كذلك مع وصايا القرآن الكريم في مثل قوله تعالى (فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان) (من الآية رقم 229 من سورة البقرة) وإذا فات الإمساك بالمعروف تعين التسريح بالإحسان .

وعلى ذلك فإن النص المطروح يستند إلى قوله تعالى " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا"².

التعليق

• تضمنت المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الصادر بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية تعديلاً جوهرياً على مواد التحكيم 7 و 8 و 9 و 10 و 11 الواردة في القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل

¹ راجع المادة (9) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 12 لسنة 19 ق "دستورية" بجلسة 1999/1/2 بدستورية المادة المطروحة وقد نشر الحكم في العدد رقم 2 من الجريدة الرسمية بتاريخ 1999/1/14 .
² الآية رقم 35 من سورة النساء .

بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ، حيث نصت المادة 19 سالفه الذكر على أنه "فى دعاوى التطلق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - فى الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكمين المثل أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معاً فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين ، وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى" .

• ويمكن تحديد التعديل الذى ادخل على طريق التحكيم بمقتضى المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فى النقاط التالية .

أولاً : يشترط أن يكون الحكمين من أهل الزوجين أن أمكن وإلا عينت المحكمة غيرهما ممن لهما خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما (م7 ق 25 / 1929) .

ثانياً : يجب أن يصدر قرار بندب الحكمين فى الجلسة التالية لإخفاق الزوجة فى إثبات الضرر فى دعواها الثانية بالتطبيق بعد رفض دعواها الأولى به إعمالاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة 6 من القانون ، أو بعد ثبوت استحكام الخلاف بين الزوجين وطلب الزوجة التطلق إعمالاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكرر ثانياً .

ثالثاً : يجب على المحكمة تحليف كل من الحكمين اليمين القانونية - بعد أداء المأمورية - بأنه قد قام بمهمته بعدل وأمانة وصيغة اليمين كالتالى "أحلف بالله العظيم أنني قد أديت مهمة التحكيم بعدل وأمانة"¹ .

رابعاً : لايجوز للمحكمة أن تمنح الحكمين مهلة أخرى وفق ما هو منصوص عليه فى الفقرة ب من المادة 8 - ق 25 / 1929 ، وذلك تحقيقاً لغرض المشرع من التعديل المنصوص عليه فى المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وهو الحيلولة دون إطالة أمد التقاضى فى دعاوى الطلاق .

خامساً : لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره (م 9 / 1 - ق 29 / 1929) .

¹ نقض الطعن رقم 207 لسنة 73 ق - جلسة 16 / 5 / 2005 .

سادساً : على الحكّمين أن يتعرّفا على أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة (م 9/ 2 – ق 29 / 1929) .

سابعاً : إذا اختلف الحكمان أو تخلف أحدهما عن الحضور فلا يجوز انتداب محكم ثالث على ما تنص عليه المادة 11 / ق 29 / 1929 حيث أضحى التحكيم في دعاوى الطلاق يقتصر – بموجب المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على ندب حكّمين اثنين لمرة واحدة .

ثامناً : إذا اختلف الحكّمين حول شخص المتسبب في تصدع الحياة الزوجية أو تخلف أحدهما عن الحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة وجب على المحكمة سماع أقوال الحاضر منهما (كشاهد في الدعوى) بعد تحليفه اليمين القانونية أن يشهد بالحق .

ولما كان المشرع قد عدل بموجب المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 عن اعتبار طريق المحكمين هو الحكم "أى القضاء" على ما هو مشهور بمذهب الإمام مالك¹ إلى اعتباره كشاهد² في الدعوى فإن شهادة المحكم يجوز أن تكفى لحمل الحكم في الدعوى سواء بمفردها ودون حاجة لدليل أو قرينة أخرى تساندها إعمالاً لحكم المادة 13 من قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004³ أو إذا ساندتها قرائن أخرى انطوت عليها الأوراق .

تاسعاً : إذا اتفق الحكمان على استحالة استمرار العشرة بين الزوجين وجب عليهما اقتراح أحد البدائل المنصوص عليها في المادة العاشرة من القانون إلا أنه ليس التزاماً على المحكمة أن تأخذ بما ينتهي إليه الحكمان من رأى ولا عليها أن هي طرحت ما أتعق عليه الحكمان أو أخذت بجزء منه دون غيره أو قضت وفق ما انتهيا إليه من رأى أو قضت بغير هذا أو ذاك مما تستقيه من أوراق الدعوى (الفقرة الأخيرة من المادة 19 / ق 1 لسنة 2000) .

• يتضح مما تقدم أن المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 تكون قد نسخت المادة 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 نسخاً كلياً إعمالاً لعجز المادة الرابعة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 , كما تعد قد نسخت المادة 8 / أ فيما يتعلق بما نص عليه فيها في شأن المدة الواجب على

¹ راجع نقض أحوال الطعن رقم 331 لسنة 65 ق – جلسة 27 / 12 / 1999 .

² راجع نقض أحوال الطعن رقم 142 لسنة 69 ق – جلسة 24 / 4 / 2000 .

³ راجع المذكرة الإيضاحية لقانون محاكم الأسرة حيث نصت على تطبيق قواعد قانون الإثبات رقم 13 لسنة 1968 الموضوعية منها والاجرائية والتي لا تشترط التعدد في الشهادة الصالحة لحمل الحكم .

الحكمين الانتهاء خلالها من أداء المأمورية الموكولة لهما وكذا ما ورد في الفقرة ب من ذات المادة فيما يتعلق بمهلة الثلاثة أشهر المنصوص عليها فيها والأثر المترتب على تقديم الحكمين لتقريرهما خلالها ، كما نسخ حق الحكمين في اقتراح التظليق حال اتفاقهما على تصدع الحياة الزوجية والمنصوص عليه في المادة العاشرة من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

• وقد اشترط نص المادة السابعة من القانون 25 لسنة 1929 – محل التعليق - أن يكون الحكمان أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة لإنهما أدري من غيرهما ببواطن أمور الزوجين وعليهم أن يسعيا في إصلاح ذات بينهما وتأليف قلوبهما على حسن العشرة فإن لم يوجد أحد من أهلها يصلح لهذه المهمة عين القاضي أجنبين ويندب أن يكونا من جيرانهما إلا أنه لا يجوز أن يكون أحد الحكمين من أهل أي من الزوجين والآخر أجنبي عنهما .

• ويشترط في الحكمين أن يكونا رشيدين عدلين ، عالمين بأحكام الشرع في المهمة التي اختيرا من أجلها ، إلا أن المحكمة على وجه العموم لا تندب إلا من تراه كفاً للإصلاح بين الزوجين وتحري المصلحة .

• وقد ثار التساؤل في ظل هذا النص حول مدى جواز أن يكون الحكم امرأة ؟ والذي طرح هذا التساؤل المسلك الذي سلكه المشرع في صياغة المادة السابعة ذلك أن النص في القانون رقم 25 لسنة 1929 كان يتضمن اشتراط أن يكون الحكمين من الرجال حيث جاءت الصياغة على النحو التالي (يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين ..) وقد عمد المشرع عند تعديل النص في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 إلى إعادة ترديد النص بذات العبارات مع إسقاط كلمة رجلين من الصياغة حيث جاء النص بالقرار سالف الذكر على نحو (يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين ..) والذي دعانا إلى القول بأن المشرع قد عمد إلى إسقاط كلمة رجلين من الصياغة الواردة بالنص إنه عند إصدار القانون رقم 100 لسنة 1985 عاد المشرع إلى إعادة ترديد النص بذات الصياغة التي كان منصوص عليها في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 دون إضافة كلمة (رجلين) إليه كما أن مناقشات المادة قبل اعتمادها بمجلس الشعب تكشف بجلاء عن رغبة المشرع في عدم التقيد بأن يكون الحكمين رجلين فقط¹، إلا أن محكمة النقض ذهبت في حكم حديث لها إلى وجوب أن يكون الحكمين من الرجال وعدم جواز أن يكون الحكمين أو أحدهما امرأة² وذلك قولاً منها بأن الحكم قد تم

¹ مناقشات مجلس الشعب للمادة – مضبطة جلسة 1985/7/1 – ص 99 – جلسة 98
² نقض أحوال الطعن رقم 13 لسنة 55 ق – جلسة 1979/3/11 وانظر في هذا الاتجاه أيضا محمد بلتاجي في دراسات في الأحوال الشخصية – ص 38 ونقض جلسة 1993/7/27 – الطعن 8 لسنة 60 ق .

تخريجه على مذهب الأمام مالك مما يوجب الرجوع إلى هذا المذهب الذي استمد منه النص لتفسير ما غمض منه وأنه طالما أن مذهب الأمام مالك لا يجيز أن يكون الحكم امرأة فإنه يتعين اعتماد هذا المنطق والعمل به باعتباره أن الحكمين طريقتهم الحكم وليس الشهادة ، إلا أننا نرى أنه في ظل المستحدث بالفقرة الأخيرة من المادة 19 القانون رقم 1 لسنة 2000 والتي مؤداها اعتبار طريق المحكم الشهادة وليس الحكم جواز أن يكون أحد الحكمين من النساء بشرط التعدد أي جواز أن يكون المحكمون رجل وامرأتان وفقاً لنصاب الشهادة المعتمد بالراجع من المذهب الحنفي خاصة وأن القوائم التي تضم الأخصائيين الاجتماعيين التي استحدثتها نصوص القانون رقم 1 لسنة 2000¹ يمكن أن تضم خبراء من الجنسين .

• ويجب أن تتم تسمية الحكمين في الجلسة التالية للجلسة التي يصدر فيها قرار ندب الحكمين قدر الإمكان وذلك إعمالاً لنص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

• وإذا تقاعس أو امتنع أحد الزوجين عن ترشيح حكماً عنه فإن النص يعطى للمحكمة في هذه الحالة الحق أن تختار حكماً آخر ممن له خبرة بأحوال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما إذ أن النص و إنما يستحسن فقط اختيار الحكمين من غير أهل الزوجين كلما أمكن ذلك – ويدخل تحتها امتناع الطرفين أو إحداهما عن ترشيح حكماً – كان للمحكمة اختيارهما من غير أهل الزوجين ، باعتبار أنه لا يجوز أن يكون أحد الحكمين من أهل الزوجين والآخر أجنبي عنهما وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة بينهما وضماناً للحيدة .

• وكما يتم ترشيح الحكمين أمام محكمة أول درجة فإنه يجوز أن يتم بعثهما لأول مرة أمام محكمة الاستئناف كما إذا قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى فطعن المدعية على الحكم وثبت أمام محكمة الاستئناف تكرار الشكوى².

• ولأى من الخصمين الاعتراض على شخص الحكم الذي يرشحه الطرف الآخر ويكون تقدير جدية الاعتراضات خاضعاً لتقدير المحكمة التي لها أن تكلف الخصم بترشيح حكماً غيره أو تقوم المحكمة بذلك .

• إلا أنه إذا توافرت في حق الحكم أحد أسباب رد الشاهد المنصوص عليها في القول بالراجع من المذهب الحنفي كوجود عداوة دنيوية بينه وبين أحد الزوجين جاز

¹ راجع المادة (4) من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

² نقض أحوال جلسة 1974/4/20 – ص 379 – س 25 .

للخصم أن يقدم إلى المحكمة التي تتولى نظر الدعوى طلباً باستبعاد الحكمين أو أحدهما وذلك كأن يثبت وجود خصومات قضائية بين الخصم ومحكم الخصم الآخر .

• وقد استخدمت نص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قاعدة أوردتها في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة مؤداها اعتبار المحكم في قضايا التطلق من قبيل الشاهد وليس القاضي ، ومقتضى ذلك النص¹ إعمال قاعدة عدم جواز شهادة الأصول للفروع وهو ما يستتبع القول بعدم جواز أن يكون الحكم هو والد الزوج أو الزوجة أو فرعاً لأيهما .

• وقد أثارت بعض قضايا الطلاق التي استلزم الأمر فيها قيام المحكمة باتخاذ طريق التحكيم مشكلة وجود خصومه شخصية أو قضائية بين أحد الحكام وأي من طرفي الدعوى خاصة إذا كان الحكم من أهلية أحد الخصمين والفرص يثور حين تتكشف الخصومة بعد قيام الحكم بأداء المأمورية الموكولة إليه بعد انقضاء الميعاد المقرر لرده وفي هذه الحالة يكون للمحكمة و طبقاً للسلطة المخولة لها بمقتضى المادة السابعة أن تتدب غيره من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما².

أحكام النقض

• لما كانت قواعد التحكيم الواردة في المواد من 7 إلى 11 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 – سواء قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 أو بعد هذا التعديل – قد أخذت من مذهب الإمام مالك فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توافرها في الحكام فيما لم يرد به نص صريح في المواد المشار إليها ، وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكورة في الحكام على اعتبار أن طريقهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط وإن لم يرد به نص صريح في المادة السابعة بعد تعديلها بالقرار بقانون المشار إليه . لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكام في الدعوى بأن كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام فإن الحكم المطعون فيه إذا اتخذ من هذا التقرير سنداً لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلاً .

¹ راجع المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 وراجع أيضاً نقض مدني جلسة 1992/2/25 – الطعن رقم 50 لسنة 59 ق – ونقض مدني جلسة 1987/11/19 – الطعن رقم 1479 لسنة 53 ق .

² راجع فيما كان يجري عليه العمل قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 نقض أحوال جلسة 1980/5/28 – ص 1108 – س 31 – وراجع نقض أحوال الطعن رقم 1479 لسنة 53 ق – جلسة 1987/ 11/19 – س 38 .

(نقض الطعن رقم 13 لسنة 55 ق - جلسة 1986/3/11 - س37)

(نقض جلسة 1993/7/27 - الطعن رقم 98 لسنة 60 ق - س44)

• النعي بأن الحكمين من غير أهل الزوجين أو بأنهما لم يقوما بعملهما على الوجه الصحيح رغم مثول الطاعن أمامهما ولم يعترض على ذلك . دفاع يخالطه واقع . التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض. غير مقبول .

(الطعن رقم 95 لسنة 63 ق - جلسة 1999/11/22 - س 50)

• اختيار الحكمين في دعوى التطلاق للضرر . شرطه . أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين أن أمكن - عدم وجود من يصلح من أقاربهما لهذه المهمة - أثره . للمحكمة أن تعين أجنبيين ممن لهم خبرة بحالتهم وقدرة على الإصلاح .

(الطعن رقم 95 لسنة 63 ق - جلسة 1999/11/22 - س 50)

(الطعن رقم 4 لسنة 58 ق - جلسة 1979/2/21 - س40)

(الطعن رقم 203 لسنة 60 ق - 1995/3/28 - س 46)

• وجوب التجاء القاضى إلى التحكيم في النزاع بين الزوجين . شرطه . تكرار طلب التفريق من الزوجة لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه المواد من 7 إلى 11 مرسوم بقانون 25 لسنة 1929 .

(الطعن رقم 94 لسنة 57 ق - جلسة 1991/6/4 - س42)

• النص في الفقرة الأولى من المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أنه (يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين أن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما) يدل على أنه يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين أن أمكن فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى حكمين أجنبيين ممن لهم خبرة بحالتهم وقدرة على الإصلاح لما كان ذلك وكان المقرر وفقاً لنص المادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية أنه في الأحوال التى لم يرد بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يتعين إتباع الأحكام المقررة في قانون المرافعات . وإذا كانت تلك القواعد لم تتضمن القواعد الخاصة بعدم صلاحية الحكمين فإنه يتعين إعمال القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات في

هذا الشأن وكان نص المادة 503 من قانون المرافعات قد جرى على أن يرد الحكمين لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعد بسببها غير صالح للحكم ، ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى في ميعاد خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم وكان الثابت أن وكيل الطاعن طلب ترشيح الحكمين من مكتب توجيه الأسرة ولم يعترض الطاعن على تعيين حكم المطعون ضدها شاهدها في النزاع موضوع التحكيم بل مثل أمامه وأبدى دفاعه كاملاً دون أن يتخذ الإجراءات التي نص عليها القانون في رد الحكمين فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالبطلان لاتخاذ من تقرير الحكمين الباطل سنداً لقضائه يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 50 لسنة 59 ق - جلسة 1992/2/25 - س43)

(الطعن رقم 203 لسنة 60 ق - جلسة 1995/3/28)

• نص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 يدل على أنه يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين أن أمكن فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضي أجنيبين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلف بينهما - ولما كان من الأصول الفقهية المتواضع عليها أنه إذا أطلق النص في التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه وكان المعول عليه في مذهب المالكية المستمد منه هذا النص أنه إذا لم يكن في الأهل أحد يوصف بما يستحق به التحكيم أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما فيختار من هو من غير هما من المسلمين ، مما مؤداة أنه لا يشترط أن يكون للحكمين المنتدبين من غير دائرة الأقارب اتصال شخصي بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما ويكفى أن يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين - ولما كان ذلك وكان البين من الإطلاع على الأوراق أن محكمة أول درجة عينت في البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما غير أن حكم الزوج تعمد عدم القيام بالمهمة فقصت المحكمة بנדب آخرين أجنيبين ، وكان لم يوجه أي مطعن إلى عدالتهما فإن الحكم لا يكون قد خالف قواعد الشرع .

(نقض جلسة 1975/5/28 - ص1108 - س26)

مادة (8) معدلة

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهم على إلا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك وعليها تحليل كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين¹ .

القانون رقم 1979/44 (م 3) مطابقة

القانون رقم 1929/25

على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن الاتفاق على طريقة معينة قرراها .

المذكرة الإيضاحية

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابعة .

التعليق

• تضمن النص وجوب قيام المحكمة بإصدار قرار ببعث حكمين ، كما نص على وجوب اشتغال القرار الصادر بذلك على تاريخ بدء وانتهاء المأمورية التي ستكلفهما بها المحكمة .

• وطبقاً للنص محل التعليق كان يتعين أن تنص المحكمة في قرارها على إعطاء مهلة للحكمين لمباشرة المأمورية الموكلة إليهما لا تزيد على ستة أشهر وإن كان للمحكمة أن تحدد مهلة أقل من ذلك حيث نص المشرع على الحد الأقصى وترك تحديد الحد الأدنى للمحكمة وطبقاً لتقديرها لكل واقعة على حدة .

• إلا أن المشرع استحدث بمقتضى المادة 19 من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية تنظيمياً بمقتضاه استوجب أن يقدم الحكمين تقريرهما في الجلسة التالية للجلسة التي صدر فيها قرار بعثهما ، وإن كان ذلك لا يمنع

¹ راجع المواعيد والمدد المنصوص عليها في المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث تعد ناسخة للمدد المنصوص عليها .

من أن تكون تلك الجلسة التالية قد حددت لها المحكمة تاريخ انعقاد بعد ستة أشهر وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة الثامنة .

• كما لم يستلزم نص المادة 19 من القانون المشار إليه أن يقدم الحكمين تقريراً مكتوباً وإنما يكفي أن يقررا شفاهة ما توصلا إليه من نتيجة يثبت في محضر الجلسة .

• إلا أن نص المادة 19 يعد - بما نص عليه في الفقرة الثانية منه فيما يتعلق بالمدة التي تمنحها المحكمة للحكمين - قد نسخ ما تنص عليه الفقرة (ب) من المادة 8 محل التعليق من حيث جواز منح الحكمين مهلة أخرى ، إذ أصبح من غير الجائز منح الحكمين سوى مهلة واحدة تنحصر في المدة الواقعة بين تاريخ الجلسة التي تصدر فيها المحكمة قرار بعثتهما والجلسة التالية التي تؤجل إليها المحكمة الدعوى حتى يقدم الحكمين تقريرهما¹.

• ويتعين على قلم كتاب المحكمة إعلان الحكمين والخصوم بقرار المحكمة .

• وتقوم المحكمة بتحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة ، ومسألة حلف اليمين الواردة بالمادة هي تطبيق لعموم الراجح في المذهب الحنفي من وجوب تحليف الشاهد اليمين بأن يشهد بالحق ، ويترتب على تخلف الحكم عن اليمين ما يترتب على تخلف الشاهد عن حلفه في القول الراجح من المذهب الحنفي وهو وجوب بطلان شهادته واستبعادها .

• وقد جرى العمل بالمحاكم على تقدير أتعاب للحكم – إذا كان من غير أهل الزوجين – في صورة أمانة على ذمة مصاريف انتقالاته تشبهاً بما يجرى في حالة الحكم بنذب خبير مختص ، وذلك لمواجهة الرفض المضطرب من الحكمين الأجانب عن الزوجين القيام بمهمة التحكيم ، وتلزم المحكمة الزوجة بسداد أمانة الحكم باعتبار أنها صاحبة الدعوى² .

¹ تنص المادة (19) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه في الدعاوى التي يوجب فيها القانون نذب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله – قدر الإمكان – في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معا فإن تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمين أو بأقوال أيهما ، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى .

² مثال لحكم فرض أمانة للمحكم الحكم الصادر في القضية رقم 3019 أحوال نفس كلى شمال القاهرة بجلسة 1985/1/13 .

• وقد جرى العمل بالمحاكم – في حالة عدم توافر حكمين من أهل الزوجين – ندب حكمين من إدارة الوعظ والإرشاد بالأزهر الشريف للقيام بالمهمة¹ ، إلا أن القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نص في المادة الرابعة منه على إعداد قوائم تضم أسماء الأخصائيين الاجتماعيين الذين يجوز الاستعانة بهم لتقديم تقارير عن الحالات التي تعرض عليهم أو عن أى مسألة فيما يتعلق بدعاوى الأحوال الشخصية وهو ما يتوافر معه أمام المحاكم عدد غير يسير ممن يجوز لها الاستعانة بهم كمحكمين في دعاوى التطلق² .

² مثال لحكم انتدب حكمين من الأزهر الشريف الحكم رقم 146 لسنة 1987 كلى جنوب القاهرة .
² راجع قرار وزير العدل رقم 1089 لسنة 2000 المشار إليه بملحق الكتاب .

أحكام النقض

• النص في المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والواجب تطبيقها – يدل على أن المشرع لم يوجب على المحكمة – كما كان عليه العمل – قبل صدور هذه المادة – تحليف الحكّمين اليمين قبل أدائهما لمأمرينهما بل قصد حلف اليمين فقط بعد انتهائهما أو أحدهما من أداء المأمورية المنوط بهما .

(الطعن رقم 207 لسنة 73 ق – جلسة 16 / 5 / 2005 – س 56)

• النص فى الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أنه "فى دعاوى التطلاق التى يوجب فيها القانون ندب حكّمين , يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله قدر الأمكان – فى الجلسة التالية على الأكثر , فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه , أو تخلف عن حضور هذه الجلسة , عينت المحكمة حكماً عنه" , مفاده أن المشرع رسم طريقاً معيناً لندب الحكّمين فى الدعاوى التى يوجب فيها القانون اتخاذ هذا الأجراء وهو أن تكلف المحكمة كل من الزوجين بتسمية حكم من أهله – أن أمكن – وإلا فمن غيرهم وذلك فى الجلسة التالية على الأكثر , فإن قام أى منهما بتسمية حكمه عينته المحكمة , فإن تقاعس ولم يسم حكمه أو تخلف عن حضور الجلسة المحددة لإبداء رغبته فى ذلك فإنه يعد نزولاً ضمناً منه عن حقه فى التسمية , وعندئذ تعين المحكمة حكماً عنه , باعتبار أن ذلك من قبيل إجراءات الإثبات التنظيمية والتى لم يضع المشرع ثمة جزاء معيناً على مخالفتها وهى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليست متعلقة بالنظام العام مما تجوز مخالفتها صراحة أو ضمناً بعدم الاعتراض عليها .

(الطعن رقم 273 لسنة 73 ق – جلسة 16 / 5 / 2005 – س 56)

مادة (9) معدلة

لا يؤثر في سير عمل الحكّمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره .

وعلى الحكّمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

القانون رقم 44 لسنة 1979 (م 3) مطابقة

القانون رقم 25 لسنة 1929 .

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قرار التفريق بطلقة بائنة .

المذكرة الإيضاحية

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابعة .

التعليق

• أوجب النص إخطار الزوجين بموعد ومكان مجلس التحكيم الذي يتفق عليه ويحدده الحكمان ، ولم يحدد المشرع شكلاً خاصاً يتعين أن يتم به إخطار الزوجين¹ فيجوز أن يتم هذا الإخطار بأي طريق يستطيع الحكم أن يثبت قيامه باتباعه إلا أنه لا يشترط أن يشتمل تقرير الحكّمين على قيامهما بهذا الإجراء ذلك أن الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت .

• ويتعين أن يقوم الحكمان بعمل مجلس تحكيم يضم الزوجين لبسط أوجه الخلاف بين الطرفين ومحاولة الوصول إلى حل لها على أن يثبت كل حكم في تقريره أو يثبت الحكمان في تقريرهما إذا قدما تقريراً موحداً الخطوات التي اتخذت والمحاولات التي بذلت بهدف الإصلاح بين الزوجين وما دار إجمالاً في مجالس التحكيم .

• ويجب أن يشترك الحكّمين في محاولة إصلاح ذات بين الزوجين مما مفاده عدم جواز أن يستقل كل محكم منفرداً بتلك المحاولات لما هو ثابت من حرص المشرع على صياغة النص بلفظ المثني دون لفظ المفرد ويكفي للتدليل على قيام

¹ نقض أحوال الطعن رقم 16 لسنة 65 ق - جلسة 1999/1/25 .

الحكمين بمهمتهما مجتمعان إشارة كلاً منهما في تقريره إلى تقابله مع محكم الزوج الآخر¹.

• فإذا ما ثبت انفراد المحكم بعمله دون اشتراك مع المحكم الثاني ترتب على ذلك بطلان تقارير الحكام وعدم جواز التعويل عليها فيما تنتهي إليه المحكمة من قضاء².

• وتخلف الزوجين عن الحضور أو تخلف أحدهما وحضور الآخر لا يؤثر في سير عملهما فحضور الزوجين معاً مجلس التحكيم ليس شرطاً لصحة عمل الحكمين كما أن حضور أحدهما ليس شرطاً لصحته إعمالاً لمقتضى المادة 19 المستحدثة بالقانون رقم 1 لسنة 2000 وعلى ذلك فإن امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم لا يحول دون الحكمين والقيام بعملهما³ من سماع أقوال الزوجة ومعاينة لمسكن الزوجية وسماع أقوال أهلية الزوجين أن كان ذلك لازماً.

• ويعد في حكم الامتناع عن الحضور لمجلس التحكيم حضور أحد.

• الطرفين وامتناعه رغم حضوره عن التعاون مع الحكمين أو الإدلاء بأقواله⁴.

• وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين منهما أو من أي طريق آخر وأن يبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة يرتضيها الزوجين ويريانها مؤدية لإزالة أسباب الخلاف بينهما.

¹ نقض أحوال الطعن رقم 451 لسنة 65 ق - جلسة 2000/5/29 .
² راجع نقض أحوال الطعن رقم 223 لسنة 65 ق - جلسة 2000/1/31 وراجع التعليق على المادة 11 .
³ راجع نقض أحوال الطعن رقم 16 لسنة 65 ق - جلسة 1999/1/25 وقد صدر هذا القضاء قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 .
⁴ راجع مذكرة نيابة النقض المدني في الطعن رقم 206 لسنة 62 قضائية - أحوال شخصية - إعداد المؤلف .

أحكام النقض

• مؤدى نصوص المواد الثامنة والتاسعة والعاشرية والحادية عشر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها وإذا عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو الزوجين معاً أو جهل الحال ولم يعرف من أى جانب الإساءة قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة وهذه الأحكام مستمدة من فقه المالكية ومن المنصوص عليه فيه أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ولو كان من جهة الزوجة لأن الحكم في اللغة هو الحكم فإن اتفقا الحكمان نفذ حكمها ووجب على الحكم إمضاؤه من غير تعقيب ولو خالف مذهبه وإن اختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر فلا يكون هناك اتفاق لأن لكل واحد منهما ما إلى صاحبه باجتماعهما عليه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الحكمين اختلفا ولم يقررا بجهل الحال وإذا استنتج الحكم جهل الحال من اختلاف الحكمين وقضى بتطبيق المطعون عليها مع أن الشرع ترك للحكمين التقرير بجهل الحال وبالتفريق بين الزوجين تبعا لذلك على أن يحكم القاضي بالتطبيق حسبما قرراه لما كان ما تقدم فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(نقض جلسة 1974/2/20 – ص 379 – الطعن رقم 46 لسنة 40 ق)

• النص في الفقرة الأولى من المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه "لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره" يدل على أن المشرع أوجب على الحكمين إخطار الزوجين بموعد ومكان مجلس التحكيم ، دون أن يحدد شكلاً خاصاً يتعين على الحكمين التزامه في الإخطار ولم يشترط هذا النص لصحة عمل الحكمين حضور الزوجين معاً ، فإذا لم يحضر أحدهما عن عمد أو تراخ فلا يترتب على ذلك بطلان إجراءات التحكيم ، طالما تم إخطاره بالموعد المحدد للتحكيم ، وعندئذ يجب على الحكمين أن يستمرا في المهمة المنوط بهما ، إذ لا يؤثر في سير عملهما غياب أحد الزوجين.

(الطعن رقم 16 لسنة 65 ق – جلسة 1999/1/25 – ص 50)

(الطعن رقم 451 لسنة 65 ق – جلسة 2000/5/29 – س 51)

- إشارة حكم الزوجة في تقريره إلى تقابله مع حكم الزوج وعرض محاولة التوفيق عليه مفاده عدم قيام كلاً من الحكمين بمهام التحكيم منفرداً.
- (الطعن رقم 451 لسنة 65 ق – جلسة 2000/5/29 – س 51)

مادة (10) معدلة¹

- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح .
- 1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.
 - 2- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .
 - 3- وإن كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة .
 - 4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل.

القانون رقم 44 لسنة 1979 (م3) مطابقة

القانون رقم 25 لسنة 1929

إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

المذكرة الإيضاحية

راجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابعة .

التعليق

- يتناول نص المادة الماثلة محل التعليق (المادة العاشرة) التعرض للحالة التي تكون معها نتيجة الحكمين هي اتفاقهم سواء من حيث تحديد شخص المسيء من أي من الزوجين أو من حيث الانتهاء إلى وجوب التفريق بينهما بالطلاق بينما يتناول نص

¹ قضت المحكمة الدستورية في الطعن رقم 121 لسنة 19 ق "دستورية" بجلسة 1998/5/9 بدستورية المادة المطروحة - الجريدة الرسمية - العدد 21 بتاريخ 1998/5/21 .

المادة التالية (الحادية عشر) أحوال اختلاف الحكمين سواء حول تحديد شخص المسمي أو حول إيقاع الطلاق من عدمه¹.

• وعلى ذلك فإنه بالنظر إلى هذا النص في ضوء مفهوم المادة 11 التالية يتعين أنه يفترض أن الحكمان بحثا أسباب الشقاق وتعرفا عليها وحاولا الإصلاح دون جدوى واتفقا على شخص المسمي أو درجة إساءة كل من الزوجين إلى الآخر ومدى مساهمته في استحكام الخلف بينهما وكذا اتفاقهما على التفريق بينهما بالطلاق ، وقد انطوى النص على أربعة فروض تغطي أياً من النتائج التي ينتهي إليها .

1- فإذا اتفق الحكمان على أن الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان عدم إسقاط لأي من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج كالنفقة أو المترتبة على الطلاق كالمتعة ومؤخر الصداق في حالة قضاء المحكمة بالتطليق .

2- أما إذا اتفق الحكمان على أن الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا إلزام الزوجة بتعويض مناسب يقدرانه في تقريرهما إلا أن هذا التقدير لا يلزم المحكمة حيث يكون لها سلطة مراقبته وإعادة تقديره².

3- وإذا اتفق الحكمان على أن كل من الزوجين يشترك بقدر من الإساءة اقترحا عدم إلزام أيهما ببذل أو تعويض يتناسب ونسبة إساءة كل من الزوجين إلى الآخر .

4- أما إذا اتفقا على أنه لا يستطيع دوام العشرة بين الزوجين إلا أنهما لم يتمكنوا من تحديد أي منهما هو المسمي اقترحا عدم إسقاط أي بدل إلا أن اختلاف الحكمين في تحديد شخص المسمي بأن يذهب أحدهما إلى أنه هو الزوج بينما يذهب الآخر إلى أنها الزوجة لا يعد إقرار منهما بجهل الحال إذ يتعين في الحالة الأخيرة ذكر ذلك في التقرير صراحة³.

¹ المادة 11 تعد قد نسخت بالمادة 4 ، 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
² راجع الحكم رقم 165 لسنة 1987 شرعي كلي بنى سوييف المؤيد بالاستئناف رقم 12 لسنة 30 ق استئناف بنى سوييف وفيه قضت المحكمة بتطليق المدعية مع = إسقاط كافة حقوقها المترتبة على الزواج والطلاق وإلزامها مبلغ 2000 جنيه تعويض مالي للزوج .
³ نقض أحوال جلسة 1974/2/20 - ص 279 - س 25 - مجموعة المكتب الفني .

• ونحن نرى أنه إذا كانت القاعدة أن المحكمة مقيدة بطلبات الخصوم في الدعوى فإن اقتصار المدعية على طلب التطلق دون أن تقرنه بطلب احتفاظها بحقوقها المالية وكذا اكتفاء الزوج بالجواب على الدعوى بطلب رفضها دون أن يقرنه بطلب إلزامها برد ما قبضته من مهر أو إسقاط حقوقها المالية أو إلزامها ببديل مناسب فإن لازم ذلك أن تتقيد المحكمة في قضائها بطلب التطلق وحدة التزاماً بقاعدة التقيد بطلبات الخصوم وحتى لا يشوبه عيب القضاء بما لم يطلبه الخصوم إعمالاً لعموم حكم المادة 176 مرافعات¹.

• إلا أن القانون رقم 1 لسنة 2000 أجاز في الفقرة الثانية من المادة 2/58 منه للخصوم إضافة طلب الفصل في الحقوق المالية لأول مرة إمام محكمة الاستئناف باعتباره طلباً جديداً لم يسبق طرحه على محكمة أول درجة باعتبار أنه في هذه الحالة يعد من الطلبات المكملة للطلب الأصلي بالتطبيق أو مترتبة عليه أو متصلة به².

• أما إذا اختلف الحكمان أو تخلفا أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين وذلك إعمالاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

¹ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض أن محكمة الموضوع مقيدة في تكيفها للدعوى بالوقائع والطلبات المطروحة عليها فلا تملك التغيير في مضمون هذه الطلبات أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليها الخصوم (الطعون أرقام 1498 و 1474 و 1521 لسنة 35 ق - جلسة 1985/3/25 - ص 484 - والطعن رقم 2354 لسنة 52 ق - جلسة 1992/4/19) .
² راجع المادة 58 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

أحكام النقض

• التفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية مجال إعماله هو دعوى التطليق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم .
(نقض الطعن رقم 3 لسنة 53 ق - جلسة 1984/5/29 - ص1480)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة وإن اتفقا على أي رأى نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه دون تعقيب

(الطعن رقم 172 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/30)
(الطعن رقم 50 لسنة 59 - جلسة 1992/2/18 ونقض جلسة 1985/5/28 - ص1108 - س36 - والطعن رقم 203 لسنة 60 ق - جلسة 1995/3/28 والطعن رقم 331 لسنة 65 ق - جلسة 1999/12/27)

• النص في الفقرة الرابعة من المادة العاشرة يدل على أن عمل الحكمين هو التوفيق بين الزوجين ما أمكن والسعي لإعادة الحياة بينهما وتحري أسباب الخلاف والوقوف على كل ما يشكو كل من الزوجين من صاحبه فإن جهل الحال وكان هناك ضرر بينهما ولم يعرف الحكمان من المسيء من الزوجين اقترحا تطليقا دون بدل ،لما كان ذلك وكان الثابت من تقرير الحكمين أنهما حاولا التوفيق بين الزوجين وأن الزوجة أصرت علي عدم استمرار الحياة الزوجية بسبب عدم استطاعتها العيش مع الطاعن لاختلافهما في الطبع والعادات وتنازلت له عن جميع حقوقها طرفه فاقترح الحكمين التفريق بين الطرفين مع حرمان المطعون ضدها من جميع حقوق الزوجية يكون قائماً علي سبب جهل الحال بين الزوجين .

(نقض الطعن رقم 4 لسنة 58 ق - جلسة 1989/2/21 - س 40)

• نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 يدل علي أن المشرع رأى أن الزوجة إذا ادعت علي زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ومن هم في طبقتها وطلبت من

القاضي تطليقها منه وثبت الضرر الذي ادعته ولم يفلح القاضي في التوفيق بينهما طلقها منه ، وإن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر رفض مدعاها فإذا جاءت مكررة شكواها طالبة التطليق للإضرار ولم يثبت للمرة الثانية ما تشكو منه كان على القاضي أن يعين الحكيم بمعنى أن مناط اتخاذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من القانون 25 لسنة 1929 أن تكون الدعوى القائمة للتطليق هي دعوى ثانية سبقتها دعوى أولى بطلب التطليق للضرر ولم يثبت للمحكمة في الدعويين هذا الضرر المدعى.

(نقض جلسة 1980/12/24 - ص 2115 - س 31)

(نقض جلسة 1975/5/28 - ص 1108 - س 26)

• قضاء الحكم الابتدائي بتطليق المطعون ضدها علي الطاعن بائناً مع إسقاط حقوقها المالية المترتبة علي الطلاق، استئناف الطاعن هذا الحكم وقضاء الحكم المطعون فيه بالتطليق بائناً مع استحقاق المطلقة نصف حقوقها الشرعية ومتجمد نفقتها . يعد إضراراً للمستأنف باستئنافه استفادت منه المطلقة التي لم تستأنف. استناد الحكم المطعون فيه إلي تقرير الحكيم في غير حالاته . خطأ.

(الطعن رقم 332 لسنة 65 ق - جلسة 1999/12/20 - س 50)

• في حالة الإساءة المشتركة بين الزوجين . ليس بلازم أن يكون التطليق ببطل . الأمر متروك لاقتراح الحكيم .

(الطعن رقم 270 لسنة 62 ق - جلسة 1997/1/13)

• التزام الحكيم باقتراح التطليق دون بدل أو ببطل تلزم به الزوجة . شرطه . عجزهما الإصلاح بين الزوجين وأن تكون الإساءة مشتركة بينهما. عدم التزام الزوج بالبدل ولو كانت الإساءة كلها من جانبه . م 10 ق 25 لسنة 1929.

(الطعن رقم 398 لسنة 63 ق - جلسة 1998/1/27 - س 49)

• جهل الحال علي الحكمين وعدم معرفة المسيء من الزوجين واستحكام الخلاف بينهما . اقتراح الحكمين التتطبيق دون بدل . لا حاجة لتحرير أسباب الخلاف أو المسئول عنه .

(الطعن رقم 172 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/30)

• إلزام المطلقة بتعويض أو بدل وإسقاط حقوقها المالية كلها أو بعضها . شرطه . مساهمتها بفعلاها فى استحكام الخلاف أو استحالة العشرة . م 10 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 .

(الطعن رقم 139 لسنة 66 ق - جلسة 2001/2/26 - س 52)

• عجز الحكمين عن الإصلاح بين الزوجين وتوافر الإساءة كلها من جانب الزوج . أثره . وجوب اقتراحهما التتطبيق دون مساس بحقوق الزوجة المترتبة على الزواج أو الطلاق . م 10 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بقانون 100 لسنة 1985 . ثبوت امتناع الزوج عن توفير مسكن واقتراح الحكمين التتطبيق دون بدل أو إسقاط حقوق الطاعنة . مؤداه . قضاء الحكم بالتتطبيق مع إسقاط حقوقها . خطأ .

(الطعن رقم 399 لسنة 67 ق - جلسة 2001/8/29 - س 52)

• النص فى الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية مؤداة "أنه إذا لم ترى المحكمة الأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما تعين عليها أن تستقى الإساءة بين الزوجين أو إساءة أحدهما إلى الآخر من الأوراق المطروحة عليها وأن تبين المصدر الذى استقت منه تلك الإساءة .

(الطعن رقم 443 لسنة 73 ق - جلسة 2005 / 5 / 16 - س 56)

مادة (11) معدلة¹

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (8) ، وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات ، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب أن كان لكل ذلك مقتض .

القانون رقم 44 لسنة 1979 (م 3) مطابقة

القانون رقم 25 لسنة 1929

على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه.

المذكرة الإيضاحية

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة .

• ومستند النص المطروح من القرآن الكريم قوله تعالى " وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ² " وقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لزوجته ثابت بن قيس حينما أرادت الطلاق على زوجها رغم أنها لا تعيب عليه خلق أو دين ولكن لا تطيقه وتخشى الكفر في الإسلام (ردى عليه الحديقة ويطلقك تطليقة) .

التعليق

• يتناول النص المطروح كما قدمنا في التعليق على المادة العاشرة حالة اختلاف الحكمين سواء في تحديد شخص المسمى من الزوجين أو في إيقاع الطلاق

¹ هذه المادة نسخت بمقتضى المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 والمادة الرابعة من مواد إصداره .
² الآية 229 من سورة البقرة

مادة (11)

• كان النص يلزم الحكمين أن يقدموا تقريرهما إلى المحكمة متضمناً الأسباب التي بني عليها ولا يلزم في ضوء حكم المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 أن يقوم كل محكم بتقديم تقرير واحد باعتبار أن المسألة ليست مما يتعلق بالنظام العام فضلاً عن أن الغاية تتحقق من الإجراء على نحو يصح به .

• وكما يجوز أن يكون تقرير الحكمان كتابياً يجوز أيضاً أن يقرأ ما انتهى إليه شفويّاً على أن يثبت بمحضر الجلسة .

• فإذا قدم الحكمان تقريرهما منتهيان إلى عدم اتفاقهما على تحديد شخص المسمى أو على إيقاع الطلاق وجب على المحكمة سماع أقوالهما بعد تحليفهما يمين الشهادة .

• والجدير بالذكر أن المشرع قد عدل نص المادة محل التعليق بما نص عليه من تنظيم لأمر التحكيم في دعاوى التطليق في المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 ، وآية ذلك عدوله عن أمر انتداب محكم ثالث في هذه الدعاوى أياً ما كانت النتيجة التي ينتهي إليها الحكمان مما مفاده أن المشرع قد اكتفى في هذا الصدد بנדب محكمين اثنين فقط دون ثالث اختصاراً للإجراءات التي تمثل الغاية من إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000¹ .

• وقد أباح نص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 في فقرتها الأخيرة للمحكمة أن تقضي في الدعوى استناداً إلى ما اتفق عليه الحكمان أو بما انتهى إليه أحدهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى وما تتخذه فيها من إجراء للإثبات² .

• والإثبات المقصود لا يتحدد بشكل أو إجراء معين فالمحكمة أن تتخير وسيلة الإثبات التي ترى أنها مؤدية لإظهار الحقيقة ، إلا أن العمل قد جرى على قيام المحكمة بإصدار حكم تمهيدي بإحالة الدعوى إلى التحقيق وسماع شهود الطرفين ، وأياً كانت النتيجة التي يسفر عنها التحقيق من حيث تحديد شخص المسمى وهل هو

¹ تنص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه ” في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله قدير الإمكان - في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقرأ بما خلصا إليه معاً ، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منها بعد حلف اليمين ، وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى .
² راجع فيما كان يجري عليه العمل قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 - نقض جلسة 87/4/28 - طعن رقم 50 لسنة 54ق ونقض جلسة 86/3/11 - الطعن رقم 33 لسنة 54ق

الزوج أو الزوجة فليس هناك ما يلزم المحكمة في ظل نص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 - القيام بمحاولة أخرى للتوفيق بين الزوجين على ما هو وارد بالمادة 11 محل التعليق واكتفاء بما أوجبه نص الفقرة الثالثة من المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 من قيام المحكمة ببذل الجهد لمحاولة الإصلاح بين الزوجين وتكرار ذلك إذا كان لهما ولد وذلك اختصاراً للإجراءات التي هي كما أسلفنا - الهدف والغاية من إصدار القانون 1 لسنة 2000 .

• فإذا انتهت المحكمة إلى القضاء بالتطليق تعين عليها النظر في أمر الحقوق المالية للزوجة إذا كانت محلاً للمطالبة ضمن الطلبات في الدعوى سواء من المدعية أو المدعى عليه فلها أن تحكم بالتطليق مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو دون مساس بحقوق الزوجة أو مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها فإذا ما تبين للمحكمة أن خطأ الزوجة قد بلغ درجة عالية من الفحش ألزمتها المحكمة فوق ذلك أيضاً بتعويض مناسب تدفعه للزوج ، وإذا تساوت البيّنات رجحت بيّنة الإثبات على بيّنة النفي طبقاً للقواعد العامة¹ أما إذا ما ثبت للمحكمة أن الخطأ مشترك بين الزوجين أسقطت المحكمة حقوق الزوجة المالية كلها المترتبة على الزواج والطلاق أو بعض منها كنفقة الزوجية والصدّاق أو المتعة أو نفقة العدة وهكذا .

• والتطليق للشقاق كالتطليق للضرر ، تقع به دائماً طلاقاً بائناً .

• ولما كان مؤدى نصوص المواد من 7 إلى 11 وفقاً للقواعد العامة السابقة على صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 أن الحكّمين طريقتهما الحكم وليس الشهادة أو الوكالة استناداً إلى أحكام فقه الإمام مالك الذي أخذ عنه المشرع قواعد التحكيم المنصوص عليها في المواد المذكورة مما كان مؤداه أنه إذا اتفق الحكّمان في الرأي وجب على المحكمة إمضاؤه والأخذ به دون مناقشة حتى ولو اختلف مع ما يثبت في عقيدة المحكمة من قناعة نتيجة فحص أوراق الدعوى ، فقد ينتهي الحكّمان إلى أن الإساءة من الزوجة وأنها سيئة العشرة ولا هدف لها سوى هدم الأسرة إرضاء لرغبات أو أهداف خاصة لها قد تكون أيضاً غير مشروعة إلا أن نصوص المادتين 10 ، 11 تلزمهما والمحكمة بالتطليق وإجابة طلب الزوجة مع أماكن النظر في إسقاط بعض أو كل الحقوق المالية لها² .

¹ نقض أحوال جلسة 1986/6/24 - الطعن رقم 116 لسنة 55 ق - س 37 .
² وهو ما حدا بالمشرع إلى التدخل بتعديل نصوص تلك المواد بما استحدثته من أحكام مغايرة تضمنتها نصوص المادتين 2/18 ، 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على نحو ما سبق تناوله .

مادة (11)

• وإذا كانت نصوص القانون القائم رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على ذلك النحو تقنن فكرة " الخلع " بطريق غير مباشر إلا أنه في رأينا أن ذلك قد تم على نحو مشوه وممسوخ فقد اقترحنا على اللجنة التشريعية بوزارة العدل والمشكلة بمقتضى قرار وزير العدل المصري رقم 6087 لسنة 1991 والتي قامت بتعديل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 - العدول عن مذهب الإمام مالك في خصوص تقدير القوة الإلزامية لتقارير الحكام في هذا الشأن واعتبار ما ينتهي إليه الحكمان من رأي في مرتبة تقارير الخبراء أو شهادة الشهود - تكون المحكمة معه بالخيار بين الأخذ به أو طرحه وعدم التعويل عليه إعمالاً لقاعدة أنها الخبير الأعلى في الدعوى والتي يستلزم صالح الدعوى وحسن السير فيه إطلاق حريتها في تقدير ما يقدمه إليها المحكمين من نتائج خاصة وأن التجربة العملية لتطبيق نصوص المواد من 7 إلى 11 بالمحاكم على مدى العشر سنوات الماضية أثبتت عدم جدوى عمل المحكمين في ردع الزوجة المشاكسة والحيلولة بينها وهدم الأسرة دون سبب خاصة وبعد زواج يكون قد استدام لسنوات طويلة وأثمر أبناء وحفدة، وقد استجابت اللجنة الموقرة لاقتراحنا وتضمنت المادة 19 من مشروع القانون المشار إليه النص على أنه "في دعاوى التطلق التي يوجب فيها القانون ندب حكّمين يجب على كل زوج تسمية الحكم الذي اختاره في الجلسة التالية لقرار المحكمة بوجوب التحكيم، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكمين المثل أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما لتقديم رأيهما ، ويعتبر تخلف أيهما إخفاً لمهتهما ، وتستمر المحكمة في نظر الدعوى طبقاً للأدلة المقدمة فيها ، وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو أحدهما من رأي أو بغير ذلك مما استتقت من أوراق الدعوى"¹.

• وقد استندنا فيم تبيناه من هذا الرأي إلى أحكام مخرجة على مذهب الإمام أبي حنيفة عود إلى الأصل باعتباره المرجع في الحكم عند عدم وجود نص تشريعي وكذا مذهب الإمام الشافعي وما ذكره الفقيه الظاهري ابن حزم في هذا الخصوص يراجع

¹ وقد صدر القانون رقم 1 لسنة 2000 متضمناً في المادة (19) منه النص على أنه (في دعاوى التطلق التي يوجب القانون فيها ندب حكّمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكمين المثل أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقرر ما خلصا إليه معا ، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين، وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيّه من أوراق الدعوى) .

كتاب "المحلى" - ج 10 - ص 87 وما بعدها - المسألة 1921 بأحكام الصلح بين الزوجين .

• وإذا كانت نصوص المواد من 6 إلى 11 قد تناولت تنظيم أحكام طلب الزوجة للطلاق على الزوج للضرر الواقع منه عليها فإنه يتعين التقرير في هذا المقام بحق أولياء الزوجة في طلب فسخ عقد الزواج إذا ما ثبت وقوع ضرر عليهم بسببه وذلك حال تزوج البالغة العاقلة بدون إذن وليها من غير كفاء أو بكفاء ولكن بأقل من صداق أمثالها ، وقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها إلى تأصيل ذلك الحق وتنظير استخدامه وشرائطه وفي ذلك تقول في الطعن رقم 194 لسنة 64 ق جلسة 1998/10/19 " أن الراجح في المذهب الحنفي وفقاً لرأي أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إذا تزوجت المرأة البالغة بدون إذن وليها فإن العقد يكون صحيحاً سواء كانت بكر أم ثيب ، ويكون نافذاً ولازماً متى تزوجت كفاء على صداق مثلها أو أكثر ، رضي الولي أو لم يرضى ، وإذا تزوجت من غير كفاء بمهر المثل أو من كفاء على مهر أقل من مهر مثلها ، ولم يكن وليها قد رضي بذلك ، فالعقد غير لازم بالنسبة لوليها ، فله حق الاعتراض على الزواج وطلب فسخه أمام القضاء فإذا أثبت أن زوجها غير كفاء لها فيما تعتبر فيه الكفاءة في الزواج من حيث النسب والدين والحرية والمال والحرفة ، أو أثبت الولي أن مهرها ينقص عن مهر مثلها بما لا يتغابن فيه الناس ، فإنه يقضى بفسخ العقد مراعاة لحق الولي العاصب إلا إذا رضي بالزواج لو لم يعترض عليه حتى ظهر الحمل على الزوجة أو ولدت بالفعل ، فعندئذ يسقط حقه في الاعتراض لأجل المحافظة على الولد حتى لا يضيع بالتفريق بين والديه ، ولا يكون له حق الاعتراض إذا أكمل الزوج الكفاء المهر إلى مهر المثل بعد العقد" .

• ومما يتصل بما تتناوله المادة محل التعليق من إسقاط لحقوق الزوجة مقابل تطليقها على الزوج بيان الحكم فيما يعرض على المحاكم من دعاوى تقييمها الزوجة بطلب تطليقها على الزوج في مقابل استعدادها رضاءً في أداء عوض له نظير طلاقه لها ، أو الدعوى التي يقيمها الزوج بإثبات طلاقه لزوجته نظير عوض اتفاقاً عليه معها .

• ولما كان قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 و25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 لم يتناول بالتنظيم أمر تلك الحالات والدعاوى ضمن نصوصه فإن القانون الواجب التطبيق عليها يضحى هو الراجح في المذهب الحنفي إعمالاً لمقتضى المادة 280 من المرسوم بقانون رقم 31 لسنة 1987 الملغاة

بالقانون 1 لسنة 2000 والذي تضمنت المادة (20) منه نصاً مستحدثاً يجيز للزوجة طلب الطلاق خلعا على الزوج .

• ونبتناول في هذا المقام أولاً أحكام القول الراجح في المذهب الحنفي بشأن الطلاق خلعاً ثم نعقب بالتعليق على نص المادة (20) المشار إليها .

• ومقتضى القول الراجح في المذهب الحنفي في هذا الخصوص أن للزوجة أن تطلق على الزوج نظير بدل وأن هذا الحق مقرر لكلاً من الزوجين إلا أنه إذا استخدمت فيه كلمات المخالعة مثل (خالعتك - أبرأتك - افتديت) اعتبر الأمر مخالعة تتم بين الزوجين وذلك كأن تقول الزوجة (خالعتك على حقوقي الشرعية أو أبرأتك من مؤخر صداقي أو افتديت نفسي منك بكامل متعتي منك فيرد عليها الزوج من فوره بقوله "قبلت") أو يقول الزوج (خالعتك على كذا أو افتدي نفسك بكذا فترد الزوجة بقولها "قبلت") أما إذا لم تستخدم ألفاظ الخلع السابقة أو ما في معناها وورد في الاتفاق لفظ الطلاق اعتبر الأمر طلاق على مال طالما استخدمت كلمة الطلاق في الإيجاب أو القبول .

• وسوف يقتصر الحديث على أحكام الطلاق على مال باعتبار أنه هو الحالة الشائعة بالعمل .

• ويقع بالطلاق على مال طلاق بائن ، إلا إذا ثبت بطلان البذل كأن كان المال غير متقوم¹ فيقع حينئذ طلاق رجعي² .

• ولا يجيز القول الراجح في المذهب الحنفي للزوجة إجبار الزوج على تطليقها نظير بدل تقدمه ومن ثم فلا يجوز القضاء بالتطليق بناء على طلب الزوجة جبراً على الزوج لمجرد تقديمها لبذل عن ذلك الطلاق ، وعلى ذلك فلا يقع الطلاق في الفقه الحنفي نظير البذل إلا باتفاق الزوجين وتراضيهما عليه وفي هذه الحالة يكون قضاء المحكمة بإثبات طلاق الزوج للزوجة نظير ما اتفق عليه من بدل .

• ويشترط لصحة الطلاق بالبذل أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن تكون المرأة محلاً له .

• وإذا صدر الإيجاب من المرأة بالبذل ابتداء بأن قالت للزوج افتديت نفسي منك بكذا فإن لها الرجوع عن ذلك الإيجاب طالما لم يصدر عن الزوج قبول له ،

¹ ومن ذلك أن يكون البذل دين قمار أو خمر أو مما يحرم شرعاً .
² أما إذا استخدمت ألفاظ الخلع وقع في حالة بطلان البذل طلاق بائن شأن حال صحته

ويقتصر إيجابها على المجلس الذي صدر فيه فإذا غادرت المجلس قبل قبول الزوج سقط الإيجاب .

• أما إذا أوجب الزوج الافتداء ابتداء مقابل بدل تدفعه المرأة فلا يصح له الرجوع عنه خلال المجلس ، أما إذا انتهى المجلس قبل قبول المرأة أو رفضها سقط إيجابه ، فإذا أوجب الخلع بدون ذكر بدل وقع به طلاق بائن بدون بدل .

• ولا يسقط في الطلاق ببطل إلا ما اتفق عليه الطرفان بجعله مقابلاً للطلاق

دون غيره مما لم يتناوله الاتفاق¹ .

• ويصح أن يكون بدلاً كل ما صلح من المال أن يكون مهراً ، فإذا اقتدت نفسها بكل المهر ورضيت فإن كان مقبوضاً رجع بجميعه عليها وإن لم يكن مقبوضاً سقط عنه سواء كان الاتفاق قبل الدخول أو بعده ، وإذا اتفقا على بعضه فإن كان الكل مقبوضاً والاتفاق بعد الدخول يرجع عليها بذلك البعض ويترك لها الباقي وإن كان قبل الدخول يرجع عليها بنصف البعض الذي وقع عليه الاتفاق وإن لم يكن المهر مقبوضاً سقط عنه مطلقاً.

• ويصح أن يكون بدلاً لنفقة العدة وأجر المسكن ، كما يصح أن يكون بدلاً لأجر إرضاع الولد مدة سنتي الرضاع ، كما يصح أن يكون البدل هو اشتراط إنفاق الزوجة على الصغير بعد الفطام مدة يشترط أن تكون محددة ومعلومة ، فإن تزوجت الأم أو هربت وتركت له الولد أو ماتت هي قبل تمام مدة الرضاع أو قبل تمام مدة إمساكه فله أن يرجع عليها ببقية أجره الرضاع إلى تمام مدته وبنفقته ما بقي من المدة التي قبلت الإنفاق على الولد خلالها ما لم يشترط عدم الرجوع عليها بشيء إذا ماتت هي أو الولد قبل تمام المدة ، وكذلك إذا اتفقا على إرضاع حملها سنتين وظهر أنه لم يكن في بطنها ولد أو أسقطت أو مات الولد قبل المدة فإنه يكون للزوج حق الرجوع عليها بقيمة الرضاع عن المدة كلها أو ما يكون باقياً منها .

• ويصح أن يكون البدل إمساك المرأة ابنتها الأنثى إلى البلوغ دون الذكر فإن تزوجت في أثناء المدة فللزوج أخذ الولد منها ولو اتفقا على تركه عندها وينظر إلى أجره مثل إمساكه في المدة الباقية فيرجع بها عليها ولا يصح أن يكون البدل إمساك

¹ أما إذا استخدمت ألفاظ المخالعة وسقط بالخلع كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزوج الذي وقع فيه الخلع .

مادة (11)

الزوج لولده عنده مدة حضانة النساء له فيبطل في هذه الحالة البذل ويصح الطلاق ويقع به طلاقه بئنة وفي هذه الحالة يكون لامرأة اخذ الولد وإمساكه مدة الحضانة ما لم يسقط حقها بموجب ويلتزم أبيه بأجر حضانته ونفقتة إن كان الولد فقيراً .

• ولا يصح أن يكون البذل دين على الزوج بنفقة ولده من زوجته ، فلا يسقط دين نفقة الولد بدين للمخالع على المرأة ، فإذا أبرأته من نفقة ولدها وطالبته بها وقع الطلاق البائن ويجبر على أداء النفقة وتكون ديناً له في ذمتها يرجع به عليها .

• ويتعين الإشارة إلى جواز تعجيل البذل أو الطلاق كما يصح تأجيل أيهما إلى أجل قريب أو بعيد .

• هذه هي أحكام الخلع في القول الراجح من المذهب الحنفي ، إلا أن قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 تضمن تنظيمياً خاصاً للخلع¹ حيث نصت المادة 20 من القانون المذكور على أن "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه ، ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها حكيمين لموالاتة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (18) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (19) من هذا القانون وبعد أن تقرر الزوجة صراحة إنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وخشيتهما ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم ، ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن ، ويكون الحكم – في جميع الأحوال – غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن² .

• وعلى ذلك أصبح واجباً على المحاكم تطبيق النص السالف على ما يرفع إليها من دعاوى بهذا الخصوص على أن يقتصر تطبيق القول الراجح من المذهب الحنفي

¹ استجابة لاقتراحنا المشار إليه سلفاً راجع محاضر إثبات اجتماعات لجنة تعديل قوانين الأحوال الشخصية بإدارة التشريع بوزارة العدل – فبراير 1994 .
² قضت المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 201 لسنة 23 ق "دستورية" بجلسة 2002/12/15 بدستورية المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وقد نشر الحكم في الجريدة الرسمية بالعدد 52 (تابع) بتاريخ 2002/12/26 .

على النحو السابق بسطه لما لم يتناوله حكم نص المادة 20 السالفة وذلك إعمالاً لحكم المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 .

• والأصل في تشريع الخلع قوله تعالى في الآية 229 من سورة البقرة (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) والخوف من عدم إقامة حدود الله تعالى بتطبيق شرع الله في المعاملة بين الزوجين هو التشريع الخاص بالخلع والذي طبقه رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما كرهت جميلة بنت أبي سلول زوجها ثابت بن قيس وطلبت من رسول الله صلى الله عليه وسلم تطليقها منه لأنها خافت ألا تقيم حدود الله فيه أي لا تطيقه وتقوم بواجباتها الزوجية نحوه رغم أنها لا تعيب عليه بشئ في دينه ولا أخلاقه لكنها تكرهه لدمامته فقال لها الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم متسائلاً هل أمهرك شيئاً ، فقالت نعم أمهرني حديقة فسألها الرسول صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ؟ فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم لزوجها أقبل الحديقة وطلقها تطليقه "أو ردى عليه حديقته ويطلقك تطليقه" أو كما قال .

• ويتعين الإشارة إلى أنه لم يروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد سأل ثابت كما سئل جميلة وقال له هل تطلقها بل قال له أقبل وطلق لأن هذا أكرم له وأحسن لها ، كما لم يروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد راجع الزوجة في طلبها خاصة وهي تتذرع بأسباب تحتمل مراجعات كثيرة حيث تعيب عليه خلفته التي خلقها الله تعالى عليها فضلاً عن أنها كانت قد رآته قبل زواجه بها إذ تزوجته بعد وفاة زوجها السابق حنظلة بن أبي عامر في غزوة أحد وحيث كان يبيح الرسول صلى الله عليه وسلم للخطيبان أن يرى كلا منهما الآخر قبيل الزواج .

• والأصل أن تتم المخالعة بين الزوجين بالتراضى ولا يشترط أن يفرغ ذلك التراضى في عقد مكتوب وإنما يجوز الاتفاق عليه شفاهه وإثبات ما اتفق عليه الطرفان في محضر جلسة القضية التي يكون لأي من الزوجين إقامتها لإثبات اتفاق المخالعة فإذا أقام الزوج الدعوى ولم تصادقه الزوجة على ما ادعاه كان للزوج - في رأينا - إثبات الاتفاق على المخالعة بكافة طرق الإثبات ومنها البينة الشرعية ، وتخضع دعوى الزوج في هذه الحالة لأحكام القول الراجح من المذهب الحنفي متقدمة البيان لخلو نص المادة محل التعليق من تنظيم حكم هذه الحالة حيث اقتصر على

مادة (11)

تنظيم حكم حالتين أولهما حالة التراضي أو الاتفاق على الخلع وثانيهما حالة إقامة الزوجة الدعوى بطلبه .

• وقد أجاز نص المادة 20 محل التعليق للزوجة أن تقيم الدعوى بطلب مخالعة الزوج المدعى عليه والتطليق عليه بطلقة بائنة ولو لم يتراضيا عليه¹.

• ولا يجوز تكليف الزوجة بإقامة الدليل على أنها تبغض الحياة مع زوجها إذ يكفي أن تقرر الزوجة ذلك صراحة بصحيفة الدعوى وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات شئ من ذلك .

• ويجوز أن تتضمن دعوى الزوجة بيان تفصيلي بالمقابل الذي تطلبه في مقابل حصولها على الطلاق خلعاً ، ولها أن تجمل ذلك المقابل في عبارة تفيد التنازل عن جميع الحقوق المالية الشرعية ورد صداقها الذي قبضته ، وعلى ذلك فيجوز أن يكون مقابل الخلع بعض الحقوق المالية الشرعية إذا كان ذلك بموافقة الزوج المدعى عليه وإلا وجب أن تقرر الزوجة بتنازلها عن جميع الحقوق المالية الشرعية ورد الصداق المقبوض.

• كما يجوز للزوجة أن تضيف إلى تنازلها عن كافة حقوقها المالية الشرعية والصداق المدفوع ما ترغب في إضافته بالزيادة على ذلك فليس هناك ما يحول دون إضافة أي مقابل آخر إلي الحقوق الواردة بالنص (جميع الحقوق المالية الشرعية والصداق المقبوض) إذ قد يكون ما أضافته محل اتفاق بين الزوجين إلا أن ذلك مشروط بألا تكون الزيادة مما يتناول ما حظر النص جعله عوضاً عن الطلاق كحضانة الصغار أو نفقتهم أو ما في حكمها كمصروفات الولادة أو التعليم المستحقة أو أي حق من حقوقهم إن وجدوا كالحق في التعليم أو السفر (صحة الحاضنة بضوابطه) وألا تكون الزيادة مما لا يجوز أن يكون مقابلاً للخلع شرعاً وفقاً للقول الراجح بالمذهب الحنفي (كأموال محرمة شرعاً وهكذا)، كما لا يجوز أن يكون مقابل الخلع حقوقاً شرعية للزوجة على زوجها إلا أنها لا تتصف بصفة المال (كالحق في صيانة أسرار الحياة الزوجية وعدم إفشائها) .

• وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 1 لسنة 2000 أن تنازل الزوجة يكون عن جميع حقوقها المالية الشرعية وتشمل مؤخر صداقها ونفقة العدة والمتعة الأمر الذي يفهم معه من ظاهر العبارة أن التنازل لا يشمل ما عساه يكون مستحقاً

¹ الطعن رقم 485 لسنة 69 ق – جلسة 1 / 3 / 2005 .

للزوجة من نفقة زوجية ، ورغم أن هذا التفسير يتعارض مع الراجح في المذهب الحنفى الذى يسقط بالخلع نفقة الزوجية المستحقة حتى تاريخ الحكم بالخلع ويعطى المخالعة – على خلاف ما ورد بالمذكرة الإيضاحية – الحق فى نفقة العدة وأجر المسكن خلال العدة¹ وهو ما يجب الأخذ به إعمالاً لقاعدة أنه "إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذة" وذلك لعموم لفظ (جميع الحقوق المالية الشرعية) الوارد بنص المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وعدم بيان حكم ماعساه يكون مستحقاً للمخالعة من نفقة ماضية مما يوجب الرجوع إلى مأخذ النص وهو المذهب الحنفى للوقوف على حكم تلك النفقة الماضية , وإذا كان هذا المذهب يسقط بالخلع كافة الحقوق الشرعية بما فيها النقطة الماضية ويعطى المخالعة – على خلاف ما ورد بالمذكرة الإيضاحية الحق فى نفقة العدة وأجر المسكن خلال العدة – إلا أنه مع تقرير القاعدة الأصولية أن المذكرات الإيضاحية للنصوص القانونية لايجوز أن تتطوى على ما يعد تعديلاً للنص القانونى الذى وضعت لتفسيره فإننا نرى أن عبارة "جميع الحقوق المالية الشرعية" – الواردة بنص المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 والصادر فى تاريخ لاحق للقانون 25 لسنة 1929 بما يعد معه نص المادة 20 منه ناسخة ومعدلة لما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة الأولى من القانون 25 لسنة 1929 إعمالاً للمادة الرابعة من مواد إصدار القانون 1 لسنة 2000² - لا يتسنى تأويلها على نحو يخرج متجمد نفقة الزوجية عن المدة السابقة من عداد الحقوق الشرعية التى يشملها الخلع وهو ما يتعين معه التقرير بأن صريح نص المادة 20 من القانون 1 لسنة 2000 قد قصد به المشرع الخروج على الراجح بالمذهب الحنفى فى هذا الخصوص بمقتضى النص المذكور شأن خروجه على راجح ذلك المذهب فى مواضع عديدة وعلى نحو ينصرف معه مفهوم عبارة "جميع الحقوق المالية الشرعية" لتشمل نفقة الزوجية المستحقة فى ذمة الزوج³ سواء ماعساه يكون مستحقاً للزوجة عن فترة سابقة على رفع الدعوى بالخلع أو عن مدة تداول الدعوى أمام المحكمة وحتى صدور الحكم فيها⁴ فضلاً عن نفقة العدة وكل حق ثابت للزوجة بالفعل .

¹ مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام – ط 1977 – ص 552 وراجع مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان – مادة (281)

² راجع المذكرة الإيضاحية للمادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

³ التعليمات العامة الصادرة عن النائب العام بشأن تطبيق أحكام تطبيق أحكام قانون إنشاء محاكم الأسرة – ط 2005 – ص 58 .

⁴ الحكم رقم 528 لسنة 57 قضائية – استئناف الإسكندرية – جلسة 2002/5/22

مادة (11)

• كما يشمل التنازل عن جميع الحقوق المالية الشرعية للمختلعة التنازل عن الحق في أجر الحضانة والرضاع عدا أجر مسكن الحضانة باعتباره مما يتعلق به حقوق الصغار إن وجدوا .

• وينصرف مفهوم الصداق الوارد بالنص إلى ما تسلمته الزوجة بهذا المفهوم سواء كان الصداق جميعه أو بعضه وهو مايعرف بعاجل الصداق المدفوع من الزوج أي (مقدم الصداق) حيث أفصح المشرع عن مراده بعبارة (الصداق الذي أعطاه لها) مما يعنى أن ما لم تتسلمه الزوجة من الصداق (أجل الصداق) والذي جرى العرف على عدم استحقاق الزوجة له إلا في حالتى الطلاق أو الوفاة فلا يدخل في مفهوم الصداق الذي يتعين على الزوجة رده وإنما يسقط باعتباره يندرج ضمن الحقوق الشرعية التى تسقط جميعها بالخلع أيضاً .

• ويستوى أن تكون الزوجة قد تسلمت الصداق بنفسها أو عن طريق وسيط أو أحد أهليتها ولا يشترط أن يثبت أنها قد تسلمته بيدها شخصياً .

• فإذا لم يكن الصداق مسمى في العقد وثار الخلاف حول مقداره طبق حكم المادة 19 من القانون¹ والتي تنص على إنه إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهراً يكون لمثلها ففي هذه الحالة اعتبر صداقها صداق المثل وقامت المحكمة بتقديره باعتباره مسألة لازمة للفصل في الدعوى ، فإذا كان مهر المثل أقل مما تقول به الزوجة أو مساوياً لما تدعيه اعتبر وإن كان أكثر مما تدعيه اعتبر ما أدعته لأن الظاهر يؤيدها في ذلك ولا يؤخذ بما قاله الزوج لأنه مستنكر في العرف والعادة².

• وإذا كان عاجل الصداق مسمى في العقد ولكن الزوج ادعى أنه دفع أكثر منه قضت المحكمة برد القدر المسمى في العقد وانفتح الطريق للزوج أن يطالب بما يدعيه بدعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة³, وهو ما نرى معه خطأ الرأى الذى يذهب إلى اتخاذ إجراءات تحقيق دفاع الزوج فى هذا الخصوص قبل الحكم فى الدعوى والذي يترتب عليه تعطيل الفصل فيها .

• وقد أوجب النص على المحكمة إجراء محاولة للصلح بين الزوجين قبل الحكم فى الدعوى .

¹ راجع التعليق على المادة 19 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .
² راجع عبد الوهاب خلاف في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - ط 1938 - ص 98 .
³ المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 1 لسنة 2000 - منشور بمحلق الكتاب .

- ويجب تكرار محاولة الصلح مرتين إذا كان للزوجين ولد على أن تفصل بين المراتين مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً¹.
- ويجب على المحكمة مراعاة ما استقر عليه الفقه والقضاء من قواعد تحكم محاولة الصلح بين الزوجين وفق حكم المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 مثل عدم اشتراط حضور الطرفين لعرض الصلح عليهما والاكتفاء بعرضه على الزوجة ورفضه منها ، ومثل وجوب إثبات المساعي التي قامت بها المحكمة في هذا الخصوص ... وهكذا² كفاية عرض الصلح أمام أى من محكمتى الموضوع (محكمة أول درجة أو محكمة الاستئناف).
- وتختلف المحكمة عن عرض الصلح يترتب عليه بطلان الحكم ، مع جواز تفادى البطلان المترتب على عدم عرض الصلح أمام محكمة أول درجة بعرضه أمام محكمة الاستئناف .
- وبعد استيفاء إجراء عرض الصلح على الطرفين وجب على المحكمة ندب حكيمين لموالاته مساعي الصلح بينهما وذلك وفق أحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000³ فيجب على المحكمة تكليف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله ، ويفرغ إجراء تكليف المحكمة للخصوم بتسمية محكيميها في شكل قرار يصدر من المحكمة دون استلزام إفراغه في حكم قضائي⁴.
- ويستحسن أن يكون محكم كل خصم من أهله قدر الإمكان ، إلا أن النص أجاز أن يكونا من غير أهل الزوجين .
- ولا يشترط أن يكون الحكمين من الرجال فيجوز أن يكون الحكم امرأة بشرط التعدد⁵.
- وقد أوجب النص على الخصمين تسمية محكمة في ذات الجلسة التي يصدر فيها القرار بالتحكيم ، إلا أنه أجاز تأجيل ذلك إلى الجلسة التالية للجلسة التي صدر بها قرار التحكيم ، فإذا تقاعس أياً من الخصمين عن تسمية محكمة في الجلسة التالية أو تخلف عن حضورها قامت المحكمة بتعيين حكماً عنه .

¹ المادة 2/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
² راجع التعليق على المادة السادسة وما بعدها من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .
³ راجع التعليق على المادتين 7 و 8 من القانون رقم 25 لسنة 1929 .
⁴ راجع التعليق على المادتين 7 و 8 من القانون رقم 25 لسنة 1929 .
⁵ راجع في ذلك التعليق على المادة السابعة .

مادة (11)

• ويجوز أن يكون المحكم الذى تعينه المحكمة من الأخصائيين الاجتماعيين المسجلين بالقوائم الصادر بها قرار من وزير العدل بناء على ترشيح وزير التأمينات والشئون الاجتماعية¹ أو غيرهم من رجال الدين .

• ويتعين الإشارة إلى أن الأجل الذى منحه المشرع للمحكمة لتسمية الحكّمين وهو الجلسة التالية للجلسة التى يصدر فيها قرار التحكيم هو من قبيل المواعيد التنظيمية التى لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان فى الحكم ، إلا أن تحقيق الغاية من النص يتعين معه على المحكمة الالتزام بالميعاد المحدد بالنص.

• وقد أوجب نص المادة 19 على الحكّمين المثل بشخصيهما أمام المحكمة بالجلسة التالية للجلسة التى صدر بها قرار تعيينهما .

• كما أنطت الفقرة الثانية من نص المادة 19 بالحكمين إنجاز مهمتهما فى محاولة الصلح بين الطرفين خلال المدة الزمنية الواقعة بين الجلسة التى مثلاً فيها أمام المحكمة والجلسة التالية لها مباشرة والتى تقوم المحكمة بتأجيل نظر الدعوى إليها وحتى يقدم الحكمين تقريرهما .

• ولا يلزم أن يقدم الحكمين إلى المحكمة تقريراً كتابياً بما خلاصاً إليه وإنما يجوز أن يثبت كل منهما ما انتهى إليه بمحضر الجلسة .

• فإذا تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين التى يؤديها الشاهد وهى "أحلف بالله العظيم أن أقول الحق" باعتبار أن الحكمين أصبح طريقهما بصريح نص المادة 19 الشهادة وليس الحكم وفق ما هو عليه تفسير مقتضى نص المادة السابعة من القانون رقم 25 لسنة 1929² وهو ما دعا إلى القول بجواز أن يكون المحكومون من النساء مع التعدد المعتمد فى القول الراجح للمذهب الحنفى .

• ولا أثر لاتفاق الحكمين فيما ينتهيان إليه من نتيجة أو اختلافهما فى أى من الحالتين فقد أعطى نص الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المحكمة سلطة الأخذ بما ينتهى إليه الحكمين من رأى أو الأخذ برأى أحدهما دون الآخر أو بطرح رأيهما والحكم بما تستقيه من أوراق الدعوى وحتى يكون للحكم سند منها .

¹ راجع المادة الرابعة من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
² راجع التعليق على المادة السابعة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل وأحكام محكمة النقض الواردة بعجز ذلك التعليق .

• ويشترط للحكم بإجابة الزوجة طلبها بالتطليق خلعاً أن تقر الزوجة إقراراً صريحاً يثبت بمحضر الجلسة أو بمذكرة مقدمة منها إنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وأنها تخشى إلا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، ومن ثم فلا يجوز استنتاج الإقرار من إقامة الدعوى ، كما لا يجوز الإقرار الضمني بأى صورة من صوره .

• ويستوى أن يصدر الإقرار الصريح بذلك من الزوجة قبل أو بعد إجراء الصلح أو التحكيم بين الزوجين .

• وعلى ذلك يمكن القول أنه يشترط للحكم بالتطليق خلعاً أربعة شروط :

أولهما : أن يصدر إقرار صريح من الزوجة ببغضها الحياة مع الزوج وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وأنها تخشى إلا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض .

وثانيهما : أن تعرض المحكمة الصلح على الزوجين ويرفضه أيهما .

وثالثهما : أن تتخذ المحكمة إجراءات التحكيم بين الزوجين .

ورابعهما : أن يكون مقابل الطلاق تنازل الزوجة عن كافة حقوقها المالية الشرعية وعن عاجل الصداق الذى تسلمته .

• ويقتصر مقابل الطلاق خلعاً على الحقوق المالية الشرعية للزوجة على زوجها شخصياً كالنفقة أو الأجور أو المتعة إذ حظر نص الفقرة الثالثة من المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 أن يكون مقابل الخلع تنازل الزوجة عن أى حق من حقوق الصغار ، وقد أورد النص مثلاً لتلك الحقوق كالحق فى الحضانة أو الحق فى النفقة مما مفاده أن النص على تلك الحقوق قد ورد بالنص على سبيل المثال لا الحصر .

• ومفهوم الصغار إنما ينصرف إلى أولاد الزوجين ممن تملك الزوجة قانوناً المطالبة بحقوقهم التى تتنازل عنها ويملك اقتضاءها من أيهم سواء بسبب الصفة أو السن .

مادة (11)

• وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 20 على أنه إذا ما استوفت الدعوى شروطها قضت المحكمة بتطبيق المدعية على المدعى عليه طلاقاً واحدة بئونة صغرى أو كبرى وفق ما إذا كانت قد سبقتها طلاقات وقعت من الزوج على الزوجة¹.

• وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة على تحصين الحكم الصادر بالطلاق فى هذه الحالة من جواز الطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن مما يعنى أن يصير الحكم عقب صدوره حكماً باتاً غير قابل للطعن عليه سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية كالتماس إعادة النظر أو النقض وذلك إعمالاً لصريح النص عملاً بالقاعدة المقررة بأنه لا اجتهد مع صراحة النص .

• ويثور التساؤل عن حق المتزوجة بعقد عرفى فى مخالعة الزوج وهل يجوز لمثل تلك الزوجة الشرعية إقامة الدعوى فى حالة إنكار الزوج للزواج بطلب مخالعة الزوج رغم كون عقد زواجها لم يستوفى الشكل القانونى لعدم صدوره عن المأذون المختص بذلك ، والذي نراه فى هذا الخصوص أن المتزوجة بمقتضى عقد زواج عرفى شفوى أو كتابى لا يحق لها استخدام مكنه التطلاق خلعاً لعدم ثبوت زواجها إلا أنه إذا كانت الزوجية العرفية ثابتة بأى كتابة على النحو المنصوص عليه بعجز الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية² وأقامت الدليل على سبق قيام الزوجية بينها والمدعى عليه والذي يحق لها إثبات حصوله بكافة طرق الإثبات حيث يفتح أمام الزوجة فى هذه الحالة إمكانية اللجوء إلى طلب التطلاق خلعاً ولا يقدر فى ذلك القول أن المشرع قد حصر حق المتزوجة عرفياً فى المادة 2/17 فى طلب الطلاق دون غيره على سبيل الاستثناء تمكيناً لها من الخروج من ذلك المأزق المتمثل فى تحقق أسباب التطلاق لديها دون قدرة على طلبه قضائياً لعدم ثبوت الزواج فى وثيقة رسمية وذلك بالنظر إلى النتيجة التى تسفر عنها كلا من دعوى الخلع ودعوى التطلاق فى الزواج العرفى باعتبارها واحدة فى الحالتين وهى فصم عرى الزوجية دون حق فى المطالبة أو التداعى بأى حقوق من الحقوق المقررة للزوجة فضلاً عما هو مقرر فى قضاء محكمة النقض من أن القيد الوارد فى المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 ينحصر فى عدم قبول الدعاوى المترتبة على عقد الزواج - عند إنكار الزوجية

¹ وذلك على النحو التالى " حكمت المحكمة بتطبيق المدعية - على زوجها المدعى عليه - طلاقاً أولى أو ثانية أو ثالثة خلعية بئونة صغرى أو كبرى فى مقابل تنازلها له عن جميع حقوقها المالية الشرعية وأجل الصداق المسلم إليها " .
² راجع المادتين 17 و 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وراجع نقض الطعن رقم 463 لسنة 73 ق - جلسة 23 / 4 / 2005 .

– إلا إذا كانت الزوجية ثابتة في وثيقة رسمية ولا يمتد إلى الدعاوى الناشئة عن النزاع في ذات الزواج أو في وجود الزوجية ذاتها حيث يجوز لكل من الزوجين عند الإنكار إثباتها بكافة طرق الإثبات كما أنه إذا كان الهدف من تقرير حق المتزوجة عرفياً في التطلاق على النحو المنصوص عليه في المادة 2/17 من القانون رقم 100 لسنة 1985 هو إخراجها من مأزق عدم إمكانية حل رابطة الزوجية رغم توافر أسبابها بسبب عرفية العقد وهو ما حدا بالمشروع إلى حرمانها من إمكانية المطالبة بما يستحق لها من حقوق مترتبة على ذلك الزواج أو الطلاق فإن مخالعة المتزوجة رسمياً للزوج بما يشترط لقبولها من إسقاط الزوجة لكافة حقوقها الشرعية إنما يتفق في الأثر المترتب على تطلاق المتزوجة عرفياً والثابت زواجها بأى كتابة أو بأى طريق من طرق الإثبات حيث حرّمها المشروع من حق المطالبة بالحقوق الشرعية بما ينطوي على إسقاط لها شأنها شأن المخالعة بعقد رسمي ، كما لا يجوز الارتكان إلى اختلاف طبيعة الحكم الصادر في حالة التطلاق للمتزوجة عرفياً باعتباره حكماً قابلاً للطعن عليه والحكم الصادر في طلب المخالعة باعتباره حكماً انتهائياً لا يجوز الطعن عليه عملاً بحكم الفقرة الأخيرة من المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 باعتبار أنه لا يجوز الاستثناء إلى طبيعة الحكم أو درجته كضابط للفرقة بين الحقوق الموضوعية .

أحكام النقض

• النص في الفقرة الخامسة من المادة 11 مكرر ثانياً وفي الفقرة الأولى من المادة 11 من القانون 25 لسنة 1929 يدل على أنه إذا طلبت الزوجة التطلاق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية تعين على المحكمة – بعد أن يتضح لها عند التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحاً – أن الخلاف محتدم أن تتخذ إجراءات التحكيم ، فإن اتفق الحكمان على التطلاق ورفع تقريرهما إليها قضت بما قرراه دون معارضة أو مناقضة ، لما كان ذلك ، وكان الثابت أن دعوى الطاعة بالتطلاق جاءت من خلال اعتراضها على إنذاري دعوتها للعودة لمنزل الزوجية ، واتخذت المحكمة الاستئنافية – ومن قبلها محكمة أول درجة – إجراءات التحكيم فاتفق الحكمان على استحكام الخلاف واستحالة العشرة بين الزوجين بما لازمة أن تحكم المحكمة بما ارتأياه من التفريق بينهما ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلغاء الحكم المستأنف ورفض التطلاق على سند من أن الطاعة عجزت عن إثبات الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما

مادة (11)

– عملاً بالمادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 – فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون¹.

(نقض الطعن رقم 77 لسنة 56 ق – جلسة 1988/11/29 – س39)

- انتهاء الحكما إلى التفريق بين الطرفين لاستحكام الخلاف بينهما بما يستحيل معه دوام العشرة . مؤداه . نفاذ قرارهما في حق الزوجين وإن لم يرتضياه و التزام القاضي به . علة ذلك . إحالة الدعوى إلى التحقيق من بعد . غير جائز .
(الطعن رقم 178 لسنة 64 ق – جلسة 1999/5/24)
(الطعن رقم 459 لسنة 64 ق – جلسة 1999/5/24)

- طلب الزوجة التطلق من خلال دعاها بالاعتراض على الطاعة . وجوب اتخاذ المحكمة إجراءات التحكيم إذا استبان لها أن الخلاف بين الزوجين مستحكم . اتفاق الحكمين على التطلق . مؤداه . وجوب القضاء بما قرراه . علة ذلك².
(الطعن رقم 25 لسنة 62 ق – جلسة 1996/5/20)
(الطعن رقم 12 لسنة 63 ق – جلسة 1996/10/28)

- إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها . م 11 مرسوم بقانون 25 لسنة 1929 . تقديره . لقاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة .
(الطعن رقم 49 س 61 ق - جلسة 1995/4/18)

- التطلق ببديل في الحالات التى يجب فيها بعث حكمين . شرطه أن تكون الإساءة من جانب الزوجة أو أن تكون الإساءة مشتركة بين الزوجين . م 1 من قانون 25 لسنة 1929 . إلزام الزوج ببديل إذا كانت الإساءة كلها من جانبه . غير جائز . مؤداه . للزوجة المطالبة بحقوقها المترتبة على الزواج أو التطلق بدعوى مستقلة .
(الطعن رقم 1 ، 2 لسنة 65 ق – جلسة 1997/5/26)

¹ الحكم المذكور صدر قبل صدور القانون 1 لسنة 2000 الذى عدل عن القاعدة المذكورة .
² أصبح ما يتفق عليه الحكام محل تقدير للمحكمة التى لها أن تقضى بخلافه عملاً بالمادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

• انطباق القواعد الموضوعية للشرعية الغراء مقتضاه حق الزوجة في الطلاق جبراً على الزوج إذا افتدت نفسها وردت للزوج ما دفعه لها من صداق وتنازلت عن حقوقها الشرعية دون اشتراط التراضي بين الزوجين.
(الطعن رقم 485 لسنة 69 ق - جلسة 2005/1/3 - س 56)

• النص في المادة 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه "على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلي المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بنى عليها ، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (8) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات" مما مفاده أنه إذا لم يتفق الحكمين في حالات التطلق التي يتعين فيها ندب حكمين ، فعلى المحكمة أن تبعث بثالث معهما ممن له خبرة بحال الزوجين والقدرة على التوفيق بينهما ، وعلى الحكام الثلاثة أن يباشروا مهمتهم مجتمعين تحقيقاً للهدف الذي بعثتهم المحكمة من أجله لمحاولة الإصلاح وإزالة أسباب الشقاق بين الزوجين وهو ما لم يتوافر إذا قام الحكم بذلك وحده ، ذلك بأن النص لم يطلق ندب حكم ثالث دون قيد ، بل قرن هذا الندب بأنه (مع) الحكمين السابق بعثتهما ، هذا فضلاً عن أن الحكام طريقهم الحكم لا الشهادة أو الوكالة - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ولا يصح التحكيم إذا لم يلتق الحكم ، فإذا اختلف الحكم الثلاثة ، أو لم يقدموا تقريرهم للمحكمة ، أو قدم كل منهم تقريراً منفرداً ، أو شاب تقريرهم البطلان لخلوه من الأسباب التي بنى عليها ، فعندئذ يجب على المحكمة أن تسير في الإثبات بتحقيق الدعوى وفقاً للمنهج الشرعي . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن الحكم الثالث قدم تقريراً منفرداً وتضمن هذا التقرير أنه لم يلتق بحكم الزوج ، بما مؤداه أن التحكيم لم يتم وفقاً للقانون ، فكان على المحكمة أن تسير في إجراءات الإثبات ، وإذا عول الحكم المطعون فيه قضائه على تقرير الحكم الثالث ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون¹.

(الطعن رقم 223 لسنة 65 ق - جلسة 2000/1/31)

• طلب الزوجة التطلق من خلال اعتراضها على الطاعة وجوب التدخل لإنهاء النزاع صلحاً . استحكام الخلف بين الزوجين . أثره . اتخاذ إجراءات التحكيم . اتفاق الحكمين على التفريق . مؤداه . وجوب القضاء بما قرراه . اختلافهما . وجوب

¹ راجع المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث عدلت القاعدة المذكورة .

بعث حكم ثالث . مخالفة ذلك خطأ . المواد 8، 9، 10، 11، 11 مكرر ثانياً من م بق 25 لسنة 1929 المعدل بق 100 لسنة 1985 .
(الطعن رقم 98 لسنة 66 ق – جلسة 1996/12/30)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نصوص المواد 8، 9، 10، 11، 11 مكرر ثانياً من م بق 25 لسنة 1929 المعدل بق 100 لسنة 1985 . أنه إذا طلبت الزوجة التطليق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها للدخول في طاعته تعين على المحكمة التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحاً ، فإن استبان لها أن الخلاف بينهما مستحکم اتخذت إجراءات التحكيم ، فإذا اتفق الحكمان على التفريق فعلى المحكمة أن تقضى بما قرراه وإن اختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر ، فلا يكون هناك فرق ، بل يتعين على المحكمة أن تبعث معهما بثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح دون أن تحلفه اليمين . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها طلبت التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على إنذار الطاعة فندبت محكمة أول درجة حكّمين لإنهاء الشقاق بين الزوجين فاختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر ، فكان يتعين على المحكمة أن تبعث معهما حكماً ثالثاً ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، بقضائه بتأييد الحكم الابتدائي بالتطليق دون ندب حكم ثالث ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .
(الطعن رقم 395 لسنة 65 ق – جلسة 2000/2/21)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكام طريقهم الحكم لا الشهادة، ولا الوكالة وإن اتفقوا على رأى نفذ حكمهم ، ووجب على القاضي إمضاؤه دون تعقيب ولئن كانت الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد نصت على أنه (و للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى) مما مفاده أن المحكمة لا تلتزم برأى الحكّمين فلها أن تأخذ به أو تطرحه اعتماداً على ما تستخلصه من الأدلة حسبما تطمئن إليه منها بما مؤداه أن رأى الحكّمين لم يعد وجوبياً ، إلا أنه يسرى على الأدلة وقوتها القانون الذي كان معمولاً به في الوقت الذي حصل فيه الدليل أو الوقت الذي كان ينبغي أن يحصل فيه ، إذ تنص المادة التاسعة من القانون المدني على أنه (تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدمة النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده)، ولم يبلغ قانون الإثبات القائم هذا النص ، وكانت الدعوى قد رفعت وحكم

فيها بحكم نهائي من محكمة الاستئناف قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 وسريانه ، فإنه لا ينطبق على الدعوى الماثلة . لما كان ذلك ، وكان الثابت من تقرير الحكام الثلاثة أنهم قد خلصوا إلى تطبيق المطعون ضدها على الطاعن مع تنازلها عن حقها في مؤخر الصداق والنفقة ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف الذي قضى بالتطبيق دون إسقاط حق المطعون ضدها في مؤخر الصداق والنفقة وفقاً لما انتهى إليه الحكام الثلاثة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 142 لسنة 69 ق – جلسة 2000/4/24)

• القواعد المنصوص عليها في المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 هي القواعد الواجبة التطبيق في شأن الخلع دون قواعد قانون المرافعات .

(نقض الطعن رقم 510 لسنة 72 ق – جلسة 2003/11/22)

• الأحكام الصادرة بالخلع لايجوز الطعن عليها بأى طريق من طرق الطعن لا مجال لإعمال حكم المادة 221 مرافعات .

(نقض الطعن رقم 510 لسنة 72 ق – جلسة 2003/11/22)

• إقامة المدعى البينة على دعواه . طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين المدعى على أنه محق في دعواه . غير مقبول . علة ذلك .

(نقض الطعن رقم 42 لسنة 64 ق – جلسة 2004/1/24)

الأحوال الشخصية