

لجنة الفكر موسوعة الأحوال الشخصية المستشار / أشرف مصطفى كمال مشروع مكتبة المحامي

طبعة خاصة بنقابة المحامين بالجيزة

الدعوى التي يتوقف الفصل فيها على تقرير الخبير هي من الدعاوى التي يمثل فيها تقرير أهل الخبرة جانباً كبيراً من الأهمية بل قد يكون نتيجة الفصل في الدعوى التي تحال إلى مكتب الخبراء يتوقف الفصل فيها على نتيجة ما ينطوي عليه تقرير الخبير ولذا فإن أطراف الدعوى حينما تحال القضية إلى مكتب الخبراء عليهم متابعة الموقف باهتمام بالغ بمكتب الخبراء إلا أن متابعة القضية بالخبراء قد يكون له العديد من الجوانب السلبية التي قد يضار بسببها أي من أطراف الدعوى وليس أدل على ذلك من الحقائق الآتية:

1- إن الوقت الذي تستغرقه الدعوى بالخبراء حتى يباشر الخبير مأموريته هو وقت يستغرق المراحل الزمنية للدعوى بأكملها ويتوقف الحكم في الدعوى على ورود التقرير إلا أن التقرير قد يطول به الوقت بالخبراء حتى يقرر الخبير أن يقوم بفتح الملف لتحديد جلسة للخصوم وبعد ذلك تكون مرحلة مباشرة الدعوى عن طريقه فتستغرق وقتاً إضافياً ثم تأتي المرحلة الثالثة والتي يقرر فيها الخبير إرسال الدعوى للمحكمة بعد إيداع التقرير.. وهذه المراحل قد تصل إلى سنوات يكون فيها الحق المتنازع عليه قد تلاشت معالمه أو يكون قد توفى أحد أطراف الدعوى ويصبح وجوباً إعادة الدعوى للمحكمة لتصحيح شكل الدعوى ثم إعادتها مرة أخرى.

2- ولعل الطامة الكبرى هي أن تباشر الدعوى دون أن يتسنى لأحد أطرافها الحضور فيها ويفاجأ بأن القضية قد أرسلت للمحكمة بعد مباشرتها من قبل الخبير ودون أن يمثل في المأمورية الأمر الذي لا يمكنه من إبداء دفاعه فيرد تقرير الخبير خلواً من دفاعه وتكون النتيجة سلبية بالنسبة له وفي هذه الحالة إما أن يصدر حكم في الدعوى ضده تأسيساً على نتيجة التقرير وإما أن يطعن عليه ويعاد مباشرة الدعوى من أول السطر... وهذا كثيراً ما يحدث ويكون السبب في ذلك الإجراءات السلبية التي يتخذها مكتب الخبراء في تعامله مع أطراف الدعوى ومنها.

أ- أنه في حالة السؤال عن الدعوى وعما إذا كان قد تحدد لها جلسة من عدمه يكون رد المكتب أنه سوف يقوم بإرسال خطاب.. فينتظر أطراف الدعوى أو أحد طرفيها هذا الخطاب الذي يعتبره يوماً ما في حكم المفقود.. وعندما يعاود السؤال مرة أخرى يتلقى ذات الإجابة إلى أن يفاجأ أن الدعوى ورد بها تقرير الخبير دون أن يكون طرفاً في مناقشته.. وهذا سببه أن مكتب الخبراء يحجب عن الأطراف خط سير الدعوى بالخبراء.. وقد يعتقد أنه بذلك يحقق عدالة حتى لا يتسنى لأطرافها معرفة اسم الخبير الذي سوف يباشر الدعوى.. وعلى الرغم من أن الأطراف في كل الحالات سوف يعرفون الخبير المنوط به المأمورية وذلك عند مباشرته الدعوى إلا أنه يضمن في هذه الحالة أن القضية سوف تباشر في حضوره وليس في غيبة منه؟؟

ب- ولذا فإنه يتعين أن يقف أطراف الدعوى على خط سيرها فور إرسالها إلى مكتب الخبراء لمباشرة إجراءاتها ومعرفة جلساتها وإذا كان مكتب الخبراء يتوهم إنه من المصلحة عدم معرفة اسم الخبير الذي يباشر الدعوى فعليه إيجاد وسيلة أخرى ليتعرف الخصوم على خط سيرها وعلى جلساتها بدلاً من البدعة التي يقررها دائماً من أنه سوف يرسل خطاب ويكون هذا الخطاب في خبر كان.. وبدلاً لذلك فإنه يتسنى له إعداد جدول يبين به خط سير القضية وجلساتها كجدول المحكمة وذن أن يكون مبين به اسم الخبير إذا كان المكتب قد وجد أنه من المصلحة خلافاً للواقع عدم معرفة اسم الخبير.

- كما أنه يجب إعادة النظر في إيجاد ضابط ومعيار للإجراءات التي تتم داخل مكتب الخبراء ومراعاة تحديد جلسات لمباشرة الدعاوى على وجه السرعة وخاصة القضايا التي يستدعي الأمر مباشرتها على وجه السرعة حرصاً على عدم زوال معالم الحق.

- ولذا فإنه يجب على وزارة العدل النظر لهذه الاعتبارات لضمان تحقيق العدالة التي نصبو إليها.

والله ولي التوفيق

حمدي خليفة

نقيب المحامين

مادة (11) مكرر¹

على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية ، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل بعلم الوصول ، ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها ، فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً .

ويسقط حق الزوجة في طلب التطلاق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً ، ويتجدد حقها في طلب التطلاق كلما تزوج بأخرى ، وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطلاق كذلك .

القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979

مادة 6 مكرر – على الزوج أن يقدم للموثق إقرار كتابياً يتضمن حالته الاجتماعية فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن وعلى الموثق إخطارهم بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه ، ويعتبر إضراراً بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها ، ويسقط حق الزوجة في طلب التفريق بمضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً .

¹ قضت المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 35 لسنة 9 ق "دستورية" بجلسة 1994/8/14 بدستورية المادة المطروحة وقد نشر الحكم في الجريدة الرسمية في العدد رقم 35 بتاريخ 1994/9/1 .

المذكورة الإيضاحية

لما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة يتعين علاجها فإن المشرع رأى أن يكون لضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى نوعاً خاصاً من الضرر ينص عليه وهو في نطاق القاعدة العامة – للتطبيق للضرر – فإذا لحق الزوجة الأولى ضرر من الزواج عليها بأخرى كان لها حق طلب التفريق للضرر سواء كان الضرر مادياً أو أدبياً أو نفسياً ومستند هذا الحكم مذهب الإمام مالك وما توجبه القاعدة الشرعية من الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار" والتخريج على مذهب الإمام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة .

- ويستند النص المطروح شرعاً إلى قوله (ع) "من غشنا ليس منا".

التعليق

تضمنت المادة 11 مكرر النص على وجه جديد من أوجه الضرر الذي قد يصيب الزوجة ويكون موجبا للتطبيق ويضاف إلى أنواع الضرر الأخرى التي قد تصيب الزوجة وهو زواج الزوج من أخرى غير الزوجة التي في عصمته ، وهو ضرر له ذاتية خاصة تختلف عن الضرر الوارد بالمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، وإن كان يدور في فلكها وهو ما حرصت لجنة الشئون التشريعية والدينية على تأكيده في التقرير المقدم منها بمناسبة إصدار القانون رقم 100 لسنة 1985 مما دعا المشرع إلى عدم النص عليه في مادة تكون تالية للمادة السادسة إبرازاً لذاتيته وأفرد له المادة 11 مكرر¹.

- وهذا المسلك من المشرع دعت إليه ظاهرة تعدد الزوجات سرا وعلانية وما تطرحه من مشكلات يتعرض لها أفراد أسرة الزوج خاصة بعد وفاته .

• وضماناً لعلم الزوجة بقيام هذا السبب أوجب النص في فقرته الأولى على الرجل عند عقد زواجه أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية ، ويقتصر الالتزام على الرجل هنا في أن يقر شفاهة بحالته الاجتماعية دون الالتزام بتقديم إقرار كتابي بذلك ويكون على المأذون أن يثبت ما يقر به الرجل في وثيقة زواجه فإذا كان الرجل متزوجاً فعليه أن يذكر في إقراره اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته وقت العقد ومحال إقامتهن .

- وقد ألقى المشرع على الموثق عبء إخطار الزوجة الأولى أو الزوجات الأخريات بالزواج الجديد بطريق الخطاب المسجل المقرون بعلم الوصول ، وليس خافياً أن الهدف من هذين الالتزامين (الإقرار والأخطار) هو ضمان علم الزوجة الأولى والمعقود عليها بمقتضى العقد الجديد باقتران زوجها بأخرى حتى تكون على بينة من أمرها .

¹ راجع تقرير لجنة الشئون الدينية والتشريعية "ملحق الكتاب" .

• وقد أفرد المشرع عقوبات جنائية على الرجل في حالة إدلاءه ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية وكذا على الموثق في حالة تخلفه عن القيام بالإخطار المنصوص عليه وذلك في المادة 23 مكرر من هذا القانون والتي نتناولها بالتعليق في موضعها¹.

• والمقصود بمحل إقامة الزوجة هو العنوان الذى سجلته فى وثيقة الزواج كعنوان لتوجيه المكاتبات إليها فيه وفق التعديل الذى أدخله القرار الوزارى رقم 1727 لسنة 2000 على وثائق الزواج الجديدة² أو هو مسكن الزوجية الذى تقيم فيه مع زوجها باعتباره محل إقامتها إن لم تكن قد اختارت عنوان بعينه بصرف النظر عن المكان الذى عقد عليها فيه أو الذى تقيم فيه إذا كانت ناشز فإذا كانت من العاملات بالخارج مثلاً فيكون محل إقامتها في البلد الذى يقع به مكان عملها، غير أنه لا يعاقب الزوج إلا إذا كان يعلم محل إقامتها خارج البلاد لأنه إذا جهل هذا المحل انتفى القصد الجنائي عنه في الإدلاء غير الصحيح.

• كما يجب أن يدلى الزوج بأسماء جميع زوجاته اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن وقت الزواج الجديد فتقوم الجريمة إذا أغفل اسم أو محل إقامة أي واحدة منهن .

• كما يلزم الزوج ببيان اسم ومحل إقامة من طلقها طلاقاً رجعيّاً ولم تنقضي عدتها وقت الزواج الثاني ، أما المطلقة بائنّاً فلا يلزم الزوج بذكر اسمها أو محل إقامتها لانقطاع أحكام الزواج معها بمجرد الطلاق .

• ولا تقوم جريمة إدلاء الزوج ببيان غير صحيح عن أسماء زوجاته أو محال إقامتهن إلا إذا كان ذلك في وثيقة زواج رسمية لأن النص جنائي يفسر تفسيراً ضيقاً ، وعلى ذلك فإذا عقد الزوج زواجاً عرفياً فلا يرتكب هذه الجريمة ولا يعاقبه القانون .

• وقد أعطى المشرع للزوجة التى تزوج عليها زوجها بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الحق في طلب الطلاق منه إذا تضررت من تلك الزيجة³.

• ولا يشترط حتى ينشأ حق الزوجة في طلب الطلاق للزواج من أخرى أن يكون الزوج قد دخل بالزوجة الأخرى بل يكفي مجرد عقد قرانه عليها وإن لم يكن قد دخل بها أو اختلى⁴ إلا أنه لا تكفى مجرد الخطبة لنشوء الحق في طلب التطلق كذلك إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً .

¹ راجع التعليق على المادة 23

² راجع التعليق على المادة 23

³ راجع المادة 33 من لائحة المأذونين المعدلة بقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 – منشور بملحق الكتاب – حيث أجاز الاتفاق على عدم السماح للزوج بالزواج من أخرى إلا بإذن كتابي من الزوجة المتضررة ، والبين من ذلك النص أن المشرع كان يهدف إلى تقرير حق الزوجة في حالة وجود مثل ذلك الاتفاق في طلب فسخ العقد للإخلال بالشرط ودون حاجة لإثبات تضررها من الزواج الثاني .

⁴ انظر في ذلك الحكم رقم 919 لسنة 1985 – كلى جنوب القاهرة – جلسة 1968/6/28

- ويثبت حق الزوجة في طلب الطلاق للزواج من أخرى بمجرد علمها باقتران زوجها بالأخرى دون أن يشترط مضي مدة زمنية معينة – ولو خلال مدة السنة – للقول بإصابتها بضرر مادي أو أدبي من الزيجة الجديدة ، إذ يمكن إثبات وقوع ذلك الضرر خلال المدة من تاريخ علم الزوجة بالزواج الجديد وتاريخ إقامتها للدعوى حتى تاريخ الحكم فيها¹.
- ويقضى للزوجة المتضررة بالتطليق بصرف النظر عما إذا كان غرض الزوج من الزواج الجديد مشروعاً من عدمه كعدم قدرة الزوجة الثانية على الإنجاب مثلاً².

• والضرر الذي يلحق الزوجة من الزواج عليها بأخرى هو نوع خاص من الضرر يشمل الضرر بكافة أنواعه مادياً كان أو أدبياً وله – على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية – ذاتية خاصة ولهذا لم تدرجه اللجنة – كما سبق القول – برقم 6 مكرر بعد المادة السادسة التي تقرر مبدأ عاما في التطليق للضرر وإنما أوردته برقم 11 مكرر عقب نصوص الحكمين إبرازاً لذاتية هذا الحكم.

• ويتعين على الزوجة طالبة الطلاق للضرر للزواج من أخرى أن تقيم الدليل على أنه قد أصابها من هذا الزواج ضرراً مادياً أو معنوياً³ بمعنى أن الضرر هنا لا يفترض كما كان عليه الحال في ظل العمل بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 والذي قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته في الدعوى رقم 28 لسنة 2 قضائية دستورية وذلك باعتبار أنها مدعية للضرر يتعين عليها إثبات دعواها عملاً بقاعدة أن البيئة على من ادعى ، وتستطيع الزوجة المتضررة أن تسلك أياً من طرق الإثبات المقررة قانوناً لإثبات الضرر الذي أصابها من زواج زوجها من أخرى ويتصدر هذه الطريق في مجال منازعات الأحوال الشخصية شهادة الشهود .

• ويكفى أن يلحق بالزوجة أحد صور الضرر المادي أو المعنوي حتى يكون لها الحق في طلب التطليق⁴ فلا يشترط اجتماع الضررين المادي والمعنوي معاً .

• كما يكفي أن تتفق شهادة الشهود على تضرر الزوجة مادياً أو معنوياً دون أن يشترط أن تنصب الشهادة على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الضرر اعتباراً إنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هي تمثل في مجموعها سلوكاً تضرر منه الزوجة .

• وحق الزوجة في طلب الطلاق لزواج الزوج عليها من أخرى لا يقوم على مجرد كراهيتها له أو نفورها منه لزواجه عليها ولا يكون لها أن تطلب فسخ علاقة الزوجية بادعاء أن اقترأنه بغيرها يعتبر في ذاته ضرراً بها وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضرراً منها عن شرعاً قد أصابها بفعل أو امتناع من الزوج وبشرط أن يكون هذا الضرر حقيقياً وليس متوهماً ومستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتباً عليها وأن يكون منافياً لحسن العشرة بين

¹ نقض أحوال جلسة 1992/3/24 – الطعن رقم 114 لسنة 59 ق .

² نقض الطعن رقم 225 لسنة 59 ق – جلسة 1992/11/24 .

³ انظر حكم محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 422 لسنة 102 ق – جلسة 1968/6/12 وفيه حكمت المحكمة برفض الدعوى لعدم ثبوت الضرر .

⁴ نقض الطعن رقم 422 لسنة 64 ق – جلسة 1998/9/29 .

أمثالهما وأدى إلي إساءة اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت تلك الزيجة هي باعثها ، فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطا بها فإن التقريق بينها وبين زوجها يترد إلى القاعدة العامة في التطبيق للضرر المنصوص عليها في المادة 6 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985¹.

● ومعيار الضرر في ضوء هذه المادة يعد – بعد قضاء المحكمة الدستورية السالف – معياراً موضوعياً وليس معياراً ذاتياً – على ما كان يتبناه الفقه قبل صدوره - شأن الضرر في مفهوم المادة السادسة من القانون²، وعلى ذلك فإن مجرد الشعور بالألم النفسي لا يعد ضرراً يبيح التطبيق للسبب المطروح رغم أنه لا يشترط أن تكون الحالة بين الزوجين ميؤوساً منها³.

● وقد حرص المشرع على المغايرة في اللفظ فيما يتعلق بمدى عمق الضرر الذي أصاب المرأة وشدته في خصوص الطلاق للضرر طبقاً للمادة السادسة ونظيره في الطلاق للضرر بسبب الزواج من أخرى طبقاً للمادة 11 مكرر إذ بينما نجد المشرع قد صاغ نص المادة السادسة على نحو "إذا أدعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها...." نجده قد استخدم في وصف نتيجة الضرر في المادة 11 مكرر عبارة "....يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها". فإذا كان الفقه الشرعي وما درجت عليه أحكام محكمة النقض في تفسير عبارة "بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها" تجرى على وجوب أن يكون الضرر قد وصل بالزوجين إلى حالة يستحيل معها دوام العشرة بين أمثالها³ نجد المشرع يكتفي للتطبيق للضرر للزواج من أخرى بأن تكون الأحوال بين الزوجين قد وصلت إلى حالة يتعذر معها فقط دوام العشرة وهو ما يتفق وقصد المشرع من استحداث هذه المادة على نحو ما أسلفناه⁴ ويذهب المشرع في تحقيق مقصده من حيث تيسير السبل على المرأة في الحصول على الطلاق في حالة زواج الزوج من أخرى إلى أبعد من ذلك فيفسر سكوت الزوجة وعدم اشتراطها على الزوج في وثيقة زواجها عدم الزواج عليها بأنه لا يعد من جانبها موافقة على اقتران الزوج بأخرى فلها أن تطلب الطلاق سواء كانت قد اشترطت عليه في عقد الزواج عدم الزواج عليها أم لم تشترط .

● ومن صور الضرر المادي الذي قد يلحق الزوجة من زواج زوجها من أخرى إسكان الزوجة الجديدة في ذات مسكن الزوجة الأولى وكذا تقطير الزوج في الأنفاق عليها بعد زواجه الآخر وبسببه أما إذا كان ذلك سابقاً على الزواج الثاني فلا يعد ضرراً في مفهوم هذه المادة⁵ ومن الضرر المعنوي انقطاع الزوج عنها أيام الأسبوع أو هجره لها .

¹ في هذا المعنى حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 35 لسنة 9 دستورية – جلسة 1994/8/14 .

² أنظر عكس ذلك أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبراهيم والمستشار واصل علاء الدين - ط 1994 حيث يرى أن معيار الضرر هنا معيار شخصي .

³ أنظر أحوال – جلسة 1978/5/10 – ص 1217 – س 29 – الطعن رقم 12 لسنة 46 ق .

⁴ أنظر رأي الشيخ عطية صقر لدى مناقشات المادة .

⁵ أنظر في ذلك مذكرة نيابة النقض المدني في الطعن رقم 238 لسنة 63 قضائية أحوال شخصية – إعداد المؤلف – وانظر أيضاً الحكم رقم 121 لسنة 21 ق – استئناف قنا – مأمورية أسوان – جلسة 2003 / 3 / 18 – إصدار المؤلف .

• وقد أوجب المشرع على المحكمة محاولة إصلاح ذات بين الزوجين وإثناء الزوجة عن طلبها الطلاق وباعتباره أبغض الحلال إلى الله وباعتبار أن الزوج بزواجه من أخرى إنما يمارس حقاً شرعياً أحله الله له قد يكون له مبررات صحيحة شرعاً فنص في الفقرة الثالثة من المادة على وجوب قيام القاضي بعرض الصلح على طرفي الدعوى وهو حكم مشابه لما تضمنته المادة السادسة يترتب على إغفاله بطلان الحكم¹ ، فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما وأصررت الزوجة على الطلاق ، طلقها عليه طلاقاً بائناً باعتبار أن الطلاق هنا للضرر والطلاق للضرر طلاق بائن بطبيعته².

• ولم يترك هذا النص الأمر مطلقاً تستعمله الزوجة المتضررة حسبما تشاء وفي الوقت الذي تريده وإنما غياه بسنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بالبقاء على عصمة الزوج صراحة أو ضمناً .

• والسنة المنصوص عليها بالمادة هي السنة الهجرية باعتبارها التقويم الشرعي المعتمد ما خلال السنوات الواردة بالمواد من 12 إلى 18 من القانون رقم 25 لسنة 1929³ .

• والحكمة التي تغاها المشرع من إعطاء الزوجة مهلة السنة المنصوص عليها هي إعطاؤها الفرصة في مراجعة نفسها في حالة زواج الزوج من أخرى فقد تتأذى من ذلك في بداية الأمر ثم تعتاد عليه خلال تلك المدة أو قد يكون الزواج الثاني قد تم بعلمها ثم يتبين لها تعذر استمرارها في معايشة الزوج مع وجود ضرة لها تتضرر من بقائها بعصمة زوجها فإذا انقضت السنة – على أي من الأوضاع السابقة – سقط حق الزوج في طلب الطلاق استقراراً للمراكز القانونية للخصوم .

• وتحتسب مدة السنة المنصوص عليها من تاريخ اتصال علم الزوجة بالزواج الآخر وليس من تاريخ انعقاده فعلاً ، وهذا العلم يثبت من تاريخ استلام الزوجة للكتاب الذي ألقى المشرع – بمقتضى المادة 11 مكرر على الموثق عبء إرساله إلى الزوجة في حالة زواج الزوج من أخرى .

• وميعاد السنة المنصوص عليها بالمادة من المواعيد الناقصة التي يتعين أن يتم الإجراء خلالها فإذا أقامت الزوجة الدعوى بعد مضي السنة حكمت المحكمة – طبقاً لعبارة النص – بسقوط حق المدعية في طلب التطلاق.

• وتراخى الزوجة في إقامة دعوى التطلاق لا يدل على أنه رضا ضمني متى أقيمت الدعوى خلال السنة⁴.

• ويسقط حق الزوجة في طلب الطلاق للضرر للزوج من أخرى إذا كانت قد رضيت بهذا الزواج صراحة أو ضمناً وسواء كان الرضا سابقاً أو لاحقاً للزواج الثاني ، فمتى ثبت رضا الزوجة بالزواج الثاني سقط حقها في طلب التطلاق حتى لو ثبت أن هناك إضراراً قد أصابتها نتيجة ذلك الزواج وترتبت عليه وحتى لو لم تكن مدة السنة المضروبة لها لازالت باقية – حيث لا مجال للحديث عن الرضا بعد انقضاء مهلة السنة المضروبة للزوجة – وعلى ذلك فليس للزوجة التي سبق إقامة الدليل

¹ راجع المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث أوجب المشرع عرض الصلح مرتين إذا كان للزوجين أبناء .

² نقض أحوال – جلسة 1981/3/31 – الطعن رقم 27 لسنة 50 ق – ص 989 – س 32 وراجع أحكام عرض الصلح على الزوجين في دعاوى الطلاق التعليق على المادة السادسة من القانون وأحكام النقض الملحق بالمادة المذكورة والمادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000

³ ولا مجال لاحتساب مدة السنة في هذا المقام بالتقويم الميلادي على ما هو منصوص عليه في المادة الأولى من القانون رقم 1 لسنة 2000 لخروج المدة المذكورة عن عداد المدد والمواعيد المنصوص عليها في القانون المذكور .

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 36 لسنة 60 ق – جلسة 1993 / 2 / 16 .

وثبت رضائها بالزواج الثاني طلب الطلاق بحجه انها كانت تظن قدرتها على التعايش مع الزواج الجديد إلا انها قد تبين لها عدم قدره على الاستمرار فى ذلك الوضع الجديد .

• ومن صور الرضا الصريح تعهد الزوجة المدعية كتابياً بذلك ومن صور الرضا الضمني حضور الزوجة المتضررة عرس زوجها على الزوجة الأخرى.

• ويقع عبء إثبات رضا الزوجة بالزواج بأخرى على عاتق الزوج المدعى الذي له إقامة الدليل على ذلك بكافة طرق الثبوت الشرعية .

• والدفع بسبق موافقة الزوجة على اقتران زوجها من أخرى يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف¹ .

• وقد أعطى المشرع الزوجة حق طلب التطليق كلما تزوج الزوج من أخرى ويتحقق هذا الفرض في قيام الزوج بالزواج من ثالثة حيث لا يعتبر موافقة الأولى على زواج زوجها من الثانية إسقاطاً لحقها في طلب الطلاق للضرر من الزواج الثالث كما أن رفض دعوى الزوجة الأولى الطلاق للزواج الثاني لا يسعف الزوج في دفع دعوى الزوجة الأولى بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها بصريح النص² .

• كما يثبت حق الزوجة في طلب الطلاق للزواج من أخرى سواء كانت الزيجة الأخرى سابقة أو لاحقة على زواجها ولو كانت الزوجة الأخرى مطلقة من نفس الزوج³ .

• وقد أعطى المشرع الزوجة الجديدة بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة المطروحة الحق في طلب الطلاق للضرر إذا ما تكشف لها بعد الزواج أن الزوج متزوج من سواها شريطة ألا يكون قد توافر لها العلم بزواجه الأول⁴ وغنى عن البيان أن الزوجة الجديدة في طلبها الطلاق تسرى عليها ذات القيود الخاصة بطلب الطلاق من الزوجة الأولى من حيث الفترة الممنوحة لها لإقامة الدعوى وإثبات الزوج علمها المسبق بزواجه الأول والذي يثبت من إقراره بحالته الاجتماعية في وثيقة زواجه بها إعمالاً لحكم المادة 11 مكرر أو رضائها الضمني وذلك كله لتماثل الحالة .

• إلا أنه يلاحظ أن المشرع لم يعالج حالة اضطرار الزوج إلي الزواج من أخرى لحبس الزوجة الأولى مثلاً لمدة طويلة إذ يكون الزوج قد اضطر إلي الزواج من أخرى نظراً لصدور حكم ضد زوجته بالحبس لمدة طويلة مع حبه لها ورغبته في بقائها على عصمتها لرعايتها في القليل خلال مدة العقوبة وحتى يصون نفسه من الزلل فهل يكون للزوجة

¹ أنظر حكم محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم 409 لسنة 101 قضائية - جلسة 1985/4/11 .
² راجع المادة 40 من لائحة المأذونين المعدلة بقرار وزير العدل رقم 727 لسنة 2000 حيث أوجبت على المأذون عند توثيقه لمراجعة المطلق لمطلقاته أن يثبت فى إظهار المراجعة ما إذا كان الزوج قد تزوج بأخرى خلال فترة طلاقه لزوجته من عدمه فإن كان قد تزوج بأخرى وجب عليه إثبات اسمها ومحل إقامتها فى إظهار المراجعة وأن يقوم بإخطارها على يد محضر بمراجعة الزوج لمطلقاته .

³ أنظر حكم محكمة النقض فى الطعن رقم 312 لسنة 63 ق - جلسة 1998/1/5 .

⁴ أنظر فى ذلك الحكم رقم 1164 لسنة 1985 - كلى جنوب القاهرة - جلسة 1986/5/31 .

المحبوسة الحق أيضاً في الطلاق بعد خروجها من السجن لزواج الزوج من أخرى أضطر للزواج بها لتقوم على شئونه ورعاية أولاده .

• ونحن نرى أنه كان يتعين على المشرع أن يقيد حق الزوجة في الطلاق بشرط إلا يكون سبب الزواج من أخرى يرجع إلي الزوجة الأولى أو في القليل النص على إسقاط حقوقها المالية إذا ما طالبت بالطلاق بعد خروجها من السجن وشبه ذلك تناولته مناقشات أعضاء مجلس الشعب¹.

• وجدير بالذكر أن هذا النص كسابقه الوارد بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المحكوم بعد دستورية قد صادف معارضة شديدة من القضاة القائمين على تطبيقه فمنهم من ذهب إلى رفض تطبيق النص أو الحكم بالتطبيق بالاستناد إلى السبب الوارد به مثال الحكم الصادر عن الدائرة الثانية بمحكمة شمال القاهرة الابتدائية في القضية رقم 207 لسنة 1982 بجلسة 1982/4/21 إبان فترة تطبيق القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979. وفيه تقول المحكمة . "وحيث أنه ما كانت المدعية قد أقامت دعواها بطلب الحكم بتطليقها من زوجها المدعي عليه علي سند من المادة السادسة مكرر أولاً من الفقرة الثانية من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمضافة بالقانون رقم 44 لسنة 1979 والتي تنص علي أنه يعتبر إضرار بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها ، وحيث أنه لما كان دستور سنة 1971 قد نص في مادته الثانية علي أن الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

• وحيث أن الحق تبارك وتعالى قال في محكم كتابه "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْلَى ثُلَاثٍ وَرُبَاعٍ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا" (سورة النساء آية 3) وحيث أنه لما نزلت الآية الثانية من السورة وهي قوله تعالى "وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ... " تخرج الناس من ولاية اليتامى وكان فيهم من تحتها العشر الثماني من الزوجات فلا يعدل بينهم فنزلت الآية الثالثة ومعناها وان خفتهم أن تقسطوا أي تعدلوا في اليتامى فتخرجتم من درهم فخافوا أيضاً أن لا تعدلوا بين النساء إذا نكحتموهن فتزوجوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع أي ولا تزيدوا على ذلك فإن خفتهم ألا تعدلوا فيهن بالنفقة والقسم فأنكحوا واحدة (تفسير جلال الدين السيوفي وجمال الدين المحلى تفسير للآية الثالثة من سورة النساء) .

• وإذا كانت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 44 قد ذهبت إلي أن نص المادة 6 مكرر أولاً مأخوذة من مذهب الأمام مالك وأحمد بن حنبل فإن كتاب الشرح الكبير في فقه المالكية – الجزء الثاني ص 245 قد ورد به (للزوجة التطلق على الزوج للضرر والضرر هو فعل ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي أو ضربها أو سبها وليس من الضرر منعها من الحمام أو النزهة وليس من الضرر تزوجه عليها مشاراً إليه في الحكم الصادر في الدعوى رقم 250 لسنة 1982 أحوال شخصية كلى شمال القاهرة – الدائرة 19 كلى شمال بجلسة 1982/12/12 .

¹ أنظر مناقشات مجلس الشعب حول المادة 11 مكرر .

• وحيث أنه لما كان الثابت من القرآن ومن السنة والإجماع عدم جواز طلب الزوجة التطليق على زوجها بأخرى غيرها بدون رضاها ومن ثم كان نص المادة 2/6 مكرر أولاً قد حرم ما أحله الله إذا أنه لو سلمنا بأن اقتران الزوج بغير رضا الزوجة الأولى يعتبر إضراراً وكان الإضرار حرام فإن اقتران الزوج بأخرى بغير رضاها حرام وهذا مخالف للكتاب والسنة واجماع الأئمة لأنه يؤدي إلى القول بأن النبي صلى الله عليه وسلم قد ارتكب الحرام وفعل الإضرار حين تزوج بأخرى بغير رضا الأولى وأن الخلفاء الراشدين والصحابه التابعين ومن بعدهم كذلك فعلوا الحرام والإضرار إذ لم يثبت ولا في حالة واحدة أن الامة قبلت من الأولى طلب الطلاق بسبب الزواج من الثانية .

• كما ذهب بعض الأحكام إلي رفض الأخذ بفكرة الضرر المفترض التي تضمنها نص المادة 6 مكرر أولاً من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 تضييقاً لإمكانية تطبيقه فعمدت إلي تكليف الزوجة المدعية إثبات أن هناك ضرر قد أصابها من جراء زواج زوجها من أخرى بغير رضاها ومن ذلك الحكم الصادر عن الدائرة السادسة عشر في القضية رقم 2237 لسنة 1983 بجلسة 9/12/1984 عن محكمة شمال القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية¹.

• وقد يلجأ الزوج دفعاً للدعوى التي تقيمها الزوجة بطلب التطليق بزواجه من أخرى إلي المبادرة إلي تطليق الزوجة الأخرى اقتناعاً أو تحايلاً ويقرن ذلك بطلب رفض دعوى الزوجة لارتفاع الضرر محل الدعوى وزواله ولقد ذهبت بعض أحكام المحاكم إلي رفض دعوى الزوجة بالطلاق لاقتران الزوج من أخرى إذا ما قدم الزوج للمحكمة الدليل على طلاقه للزوجة الأخرى طلاقاً لا يمكنه معه مراجعتها بإرادته المنفردة².

• إلا أن بعض الأحكام الأخرى ذهبت في ذلك مذهباً مخالفاً بمقتضاه اعتبرت تلك الأحكام واسترشاداً باتجاه محكمة النقض في أحد أحكامها الصادرة في ظل أحكام القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 – ثبوت إصابة الزوجة طالبة التطليق لزواج الزوج من أخرى بالضرر بمجرد تحقق واقعة اقتران الزوج من أخرى حتى ولو قام الزوج بطلاق الزوجة الأخرى تفادياً للحكم ضده بالتطليق عليه للزوجة طالبة التطليق وقد استندت تلك الأحكام إلي فكرة الضرر المفترض التي كان المشرع يتبناها في حكم المادة 6 مكرر من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المحكوم بعدم دستوريته³.

• ونحن نرى سريان ذات الحكم ليس لتحقيق ذات العلة في ظل حكم المادة 11 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985 وإنما إعمالاً للقاعدة المستقرة في هذا الخصوص والقائلة بأن تحقق لا يرفعه كف الزوج عن إنزاله بالزوجة أو أزالته عنها طالما تحقق وقوعه من جانب الزوج عليها⁴ بما يمكن معه القول أن قيام الزوج بتطليق الزوجة الأخرى تفادياً للحكم ضده بتطليق الزوجة المدعية جبراً عليه ولا يحول دون المحكوم ضده بتطليق الزوجة المدعية عليه ولا يسقط من ثم حق الزوجة المدعية في التطليق لهذا السبب وهذا الذي نذهب إليه فوق أنه يتفق واتجاه محكمة النقض فإنه يغلق الباب أيضاً أمام تحايل

¹ أنظر أيضاً الحكم الصادر في الدعوى رقم 918 لسنة 1981 كلى جنوب القاهرة – جلسة 1981/6/28 .

² أنظر الحكم رقم 2322 لسنة 1982 – جلسة 1983/1/25 – محكمة شمال القاهرة.

³ نقض أحوال – جلسة 1983/5/24 – الطعن رقم 30 لسنة 52 ق – ص 1285 .

⁴ نقض أحوال جلسة 1979/2/21 – ص 588 – الطعن رقم 19 لسنة 48 ق وراجع في ذات المعنى نقض حديث الطعن رقم 114 لسنة 59 ق – أحوال – جلسة 1992/3/24 .

الأزواج ويحول دون إعطاء الزوج الفرصة للوصول إلى رفض دعوى الزوجة لمجرد قيامه بتطليق الزوجة الأخرى كلما قامت الزوجة برفع الأمر إلى القضاء بطلب التطليق لهذا السبب فضلاً عن أن القول بغير ذلك يؤدي إلى القول بسقوط حق الزوجة طالبة التطليق لضرر الهجر إذا قام الزوج المدعى عليه بالمثل أمام المحكمة مقررًا عودته إلى الزوجة حتى يصل إلى رفض دعاها ثم معاودة هجرها مرة أخرى وهكذا وهو ما لم يقل به أحد.

وخلاصة الأمر

• أن حق الزوجة في التطليق لزواج الزوج من أخرى إنما يتقرر لها بمجرد قيام الزوج بالزواج من أخرى ونجاح الزوجة في إثبات إصابتها بضرر من هذا الزواج وسواء قام الزوج بطلاق الزوجة الأخرى قبل قيام الزوجة برفع الدعوى بطلب التطليق أو بعد رفع الدعوى به وهو ما يتعين معه على المحكمة الاستمرار في نظر الدعوى والقضاء بالتطليق إذا ما أقامت المدعية الدليل على العناصر الأخرى لها .

• ويجب على المحكمة عرض الصلح على الزوجين مرة أو مرتين قبل الحكم بالتطليق وإلا كان الحكم باطلاً¹.

• وعلى ذلك فإن ما أوجبه المشرع من قيام المحكمة بعرض الصلح على الزوجين قبل القضاء بالتطليق إنما تنحصر جدواه في إمكانية تحلى الزوجة المدعية) عن دعاها إذ أن استجابة الزوج (المدعى عليه) لمحاولة الإصلاح وقيامه بتطليق الزوجة الأخرى لا يحول دون القضاء بالتطليق كما تقدم القول إذا ما رفضت المدعية الصلح وأصررت على الطلاق².

• وقد استحدث المشرع في المادة (18) من القانون رقم 1 لسنة 2000 تنظيماً جديداً لأمر عرض الصلح في دعاوى التطليق فأوجب عرض الصلح على الطرفين عموماً مرتين على الأقل إذا كان لهما ولد على أن تفصل بين المرتين مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً³.

• والحق في طلب الطلاق للضرر من زواج الزوج من أخرى يثبت لكل زوجة بقطع النظر عما إذا كانت في طاعة الزوج من عدمه فليس في النص ما يمنع الزوجة المحكوم بنشوزها من طلب الطلاق من الزوج إذا تزوج بأخرى خاصة وأن قضاء النقض مستقر على اختلاف دعوى الطاعة عن دعوى الطلاق وأن القضاء في إحداها بالرخص لا يمنع من القضاء في الأخرى بالقبول⁴ كما لا يعد نشوز الزوجة من قبيل الرضا الضمني من جانبها بزواج الزوج من أخرى إذ أن ذلك الرضا إنما يعنى موافقة الزوجة المتضررة على الزواج الثاني على أية صورة من الصور ولا يعد النشوز إحدى صور الموافقة خاصة أن المقرر أيضاً أن دعوى النشوز تختلف عن دعوى الطلاق وأن الحكم بنشوز الزوجة لا يحول بينها وبين الحكم بالطلاق⁵.

¹ راجع في أحكام عرض الصلح التعليق على المادتين 11 و 6 مكرر ثانياً والمادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

² راجع نقض الطعن رقم 30 لسنة 52 ق - أحوال - جلسة 1983/5/24 - ص 1285 - والطعن رقم 79 لسنة 54 ق - جلسة 1988/1/26 .

³ ونحن نرى أنه وإن كان عرض الصلح من الأمور الوجوبية التي يترتب على تخلفها بطلان الحكم إلا أن المواعيد المنصوص عليها من المواعيد التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها البطلان .

⁴ نقض أحوال - جلسة 1984/5/8 - الطعن رقم 63 لسنة 53 ق .

⁵ نقض أحوال - جلسة 1984/5/8 - الطعن رقم 63 لسنة 53 ق .

• والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو عن الدليل الذي يمكن أن تعتصم به الزوجة طالبة الطلاق لزواج الزوج من أخرى إثباتاً لهذه الواقعة وما إذا كان يتعين عليها تقديم الوثيقة الرسمية لزواج الزوج من الأخرى كدليل لإثبات هذه الزيجة ، أم أنه يمكن للزوجة المتضررة إقامة الدليل على زواج الزوج من أخرى بكافة طرق الإثبات ؟ وللإجابة على هذا السؤال يتعين المبادرة إلى القول أن المشكلة تكون قد سقطت في حالة اعتراف الزوج بالزواج الجديد ومصادقته على الزوجية الثانية أما في حالة الإنكار **فإننا نرى** أنه لما كان نص الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية يمنع قبول الدعاوى المترتبة على عقد الزواج - عند الإنكار - إلا إذا كانت الزوجية ثابتة في وثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 وكان المنع المقصود في هذا المجال هو المنع من إثبات أي حق من الحقوق التي تكون الزوجية سبباً مباشراً لها¹ وإذا كان السبب المنشئ لحق الزوجة في طلب الطلاق لاقتران زوجها من أخرى ليس هو واقعة زواجه الأخرى ذاتها وإنما هو الضرر الذي يكون قد أصابها من ذلك الزواج الآخر أن كان والذي تكلف بإثباته ، مما مؤداه أن الزواج الثاني ليس هو السبب المباشر لنشوء حق الزوجة الأولى في طلب الطلاق لأن هذا السبب هو كما قلنا الضرر دون غيره فإن سماع طلب إثبات الزواج الثاني لا يشترط فيه والحال كذلك أن تكون تلك الزوجية - وقد أنكرت - ثابتة في وثيقة زواج رسمية تلتزم الزوجة طالبة الطلاق بتقديمها إثباتاً لها وحيث يكون لها - من ثم - إثباتها بكافة طرق الإثبات الشرعية ومنها القرينة المستمدة من الإخطار الذي يكون المأذون قد أرسله إليها يخبرها فيه بواقعة زواج زوجها من الأخرى نزولاً على حكم المادة الخامسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 مدعمة بشهادة الشهود أن كان².

• وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن تقدير إنكار الخصم للزوجية المدعاة من عدمه من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع مما لا يجوز معه إثارته أمام محكمة النقض³.

• إلا أن إثبات إصابة الزوجة بالضرر من جراء زواج زوجها بالأخرى يخضع لنصاب الشهادة المعمول به في القول الراجح بالمذهب الحنفي وهو وجوب شهادة رجلين أو رجل وامرأتين⁴ ، ما خلا وسائل الإثبات الأخرى .

• أما إذا كانت الزوجة طالبة الطلاق هي المتزوجة بعقد عرفي فإن دعاوها بالطلاق - في حالة عدم إنكار العقد العرفي - تكون مسموعة إذا ما أقامت الدليل على زواج زوجها من أخرى⁵ ، كما تكون كذلك ولو أنكر الزوج الزوجية العرفية طالما كانت ثابتة في أي ورقة إعمالاً لحكم المادة 3/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

¹ نقض أحوال جلسة 1960/5/5 - ص 233 - س 11 - الطعن رقم 2 لسنة 28 ق جلسة 1975/6/11 ص 1980 - س 19 - الطعن رقم 39 و 45 لسنة 40 ق .

² راجع نقض أحوال الطعن رقم 363 لسنة 73 ق - جلسة 2005/4/23 وراجع الطعن رقم 422 لسنة 64 ق - جلسة 1998/9/29 ، راجع في عكس هذا الرأي وما كنا نتبناه من رأي في الطبقات السابقة من هذا المؤلف وأصل علاء الدين في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ط 1994 - ص 455 وقرن أيضاً ذات المؤلف - ص 253 وعكس رأينا الحالي أيضاً عزمي البكري في موسوعة الأحوال الشخصية - ط 1994 - ص 385 .

³ نقض الطعن رقم 462 لسنة 64 - جلسة 2000/2/15 .

⁴ نقض أحوال جلسة 1960/5/5 - ص 233 - س 11 - الطعن رقم 2 لسنة 28 ق - ص 1980 - س 19 - الطعن رقم 39 و 45 لسنة 40 ق .

⁵ عزمي البكري في موسوعة الأحوال الشخصية - ص 386 وراجع نقض مدني الطعن رقم 194 لسنة 64 ق - جلسة 1998/10/19 .

• ورغم أن نص المادة 11 مكرر لا يحظر في ظاهره على الرجل المسلم الزواج من أكثر من واحدة إلا أنه في حقيقته قد حرم المسلم – في رأينا – من استخدام هذا الحق الذي منحه الله إياه ووضع في يده أمانة استخدامه بما لا يخرج على حدود الشرع الحنيف ذلك أن المشرع بمقتضى النص المطروح قد نقل الحق في تعدد الزوجات من يد الرجل إلى يد المرأة (زوجته) إن شاءت أباحت له الجمع بينها وأخريات معها وإن شاءت حرمتها من التعدد بأن طلقت عليه لهذا السبب . كما أن بعض الكتاب قد ظن أن إباحة تعدد الزوجات يهدد استقرار الأسرة لكونه إنما يجعل الزوجة مهددة من الزوج بالزواج عليها إلا أن الواقع أن هذا لا يحدث إلا إذا ظهر في أفق الحياة الزوجية سبب لا تتحقق معه الأهداف التي شرع الزواج من أجلها كنشوز الزوجة أو انشغالها عن زوجها ، وفي الحالة التي يتطلع فيها الزوج إلى الزواج من أخرى دون تقصير من الزوجة أو عجز منها فإن الزوجة هنا إنما تكون غير مهددة من الزوج بقدر ما هي مهددة من المرأة التي تقبل الزواج من زوجها ، فالنساء يهددن النساء لا بتعدد الزوجات فحسب بل وبالطلاق وبغير ذلك مما هو معروف¹.

¹ قضت المحكمة الدستورية العليا بدستورية نص المادة 11 مكرر فيما يتعلق بحق الزوجة في الطلاق للزواج من أخرى إذا أثبتت أصابته بالضرر وذلك في الطعن رقم 35 لسنة 9 دستورية – جلسة 1994/8/14 .

أحكام النقض

- الزواج بأخرى فى حد ذاته لا يعد ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة طلب التطلق .
(الطعن رقم 486 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/5)
- الضرر المبيح للتطلق للزواج بأخرى . م 11 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 . ماهيته .
(الطعن رقم 280 لسنة 66 ق – جلسة 2001/2/10)
- السبب فى دعوى التطلق للضرر . م 6 من م بق 25 لسنة 1929 ، اختلافه عن السبب فى دعوى التطلق للزواج بأخرى . م 11 مكرر من ذات القانون . علة ذلك . عدم اكتساب الحكم فى الدعوى الأولى حجية فى الدعوى الثانية .
(الطعن رقم 185 لسنة 64 ق – جلسة 1998/3/16)
(الطعن رقم 553 لسنة 65 ق – جلسة 2000/11/20)
- إلزام القاضي بالتوفيق بين الزوجين قبل القضاء بالتفريق غايته إزالة أسباب الشقاق ، تحقق الضرر نتيجة اقتران الزوج بأخرى ولو انتهت الزيجة الجديدة بالطلاق . علة ذلك .
(الطعن رقم 30 لسنة 52 ق – جلسة 1983/5/24 – ص 1285)
- استخلاص الحكم المطعون فيه من أقوال شاهدي المطعون ضدها أن فى زواج الطاعن بأخرى وإسكانها مع المطعون ضدها فى مسكن الزوجية الخاص بها إمعان فى الكيد لها والإضرار مادياً ومعنوياً بها سائغ .
(نقض الطعن رقم 129 لسنة 59 ق – جلسة 1991/3/5)
- النص فى المادة 11 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه "ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها . فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً" يدل على أن الشارع اشترط للحكم بالتطلق وفق نص هذه المادة أن يثبت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بينهما ولم يستلزم لوجوب تحققه الدخول بالزوجة المتضررة أو استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طال أم قصرت لما كان ذلك وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير دواعي الفرقة بين الزوجين وبحث دلالتها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه منها وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن على ما استخلصه سائغاً من بينه المطعون ضدها الشرعية أنه قد لحقها ضرر من زواج الطاعن عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بينهما وهو من

الحكم استخلاص موضوعي سائغ له مأخذه من الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فإن النعي عليه في هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في سلطة محكمة الموضوع في تقدير أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم 114 لسنة 95 ق - جلسة 1992/3/24)

• النص في المادة 11 مكرر من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه " ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد إلا يتزوج عليها فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً باتناً " مفاده أن المشرع اشترط للحكم بالتطليق وفقاً لحكم هذا النص أن تثبت الزوجة تحقق وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما لما كان ذلك وكانت البيئة في إثبات أو نفي مضارة إحدى الزوجين من الآخر أخذاً بالراجح في مذهب الأمام أبى حنيفة الواجب الرجوع إليه في نطاق الدعوى عملاً بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هي بشهادة أصلية من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعنة لعدم توافر نصاب بينتها الشرعية على إثبات المضارة التى أجاز النص آنف البيان التفريق من أجلها فإنه يكون قد أعمل صحيح القانون ويكون النعي عليه بسببي الطعن على غير أساس .

(الطعن رقم 341 لسنة 63 ق - جلسة 1997/10/27 - س 48)

(الطعن رقم 54 لسنة 63 ق - جلسة 1996/12/16 - س 47)

(الطعن رقم 107 لسنة 59 ق - جلسة 1992/4/21 - س 43)

(الطعن رقم 31 لسنة 66 ق - جلسة 2001/11/25)

• الحكم بالتطبيق . م 11 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 . شرطه إثبات الزوجة وقوع الضرر بها من اقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما . البيئة فى ذلك نصابها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين طبقاً للمذهب الحنفى . م 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . عدم اكتمال نصاب البيئة باستبعاد شهادة المرأة الثانية . أثره .

(الطعن رقم 84 لسنة 67 ق - جلسة 2001/9/29)

• النص في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 11 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أنه " ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها، فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً باتناً ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت به صراحة أو ضمناً " يدل على أن حق الزوجة

في طلب التطلاق لزواج زوجها بأخرى لا يسقط إلا بأحد طريقتين الأول هو مضي سنة من تاريخ علمها به والثاني هو رضائها به صراحة أو ضمناً ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى الطاعنة حال أنه لم يمضي سنة على تاريخ علمها بالزواج بأخرى على سند من رضائها الضمني به الذي استخلصه من علمها بهذا الزواج بتاريخ 1985/4/21 وعدم إقامتها دعوى التطلاق إلا بتاريخ 1985/10/9 وهو مالا ينهض بمجرد دليلاً على ذلك فإنه فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون يكون معيباً بالفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 36 لسنة 60 ق - جلسة 1993/2/16)

● استعداد الزوجة للإقامة في مسكن الطاعة . لا يدل بذاته على أن العشرة ليست مستحيلة ولا ينطوي على إقرار بذلك . علة ذلك . إقامة الحكم قضاءه برفض الدعوى على ما استخلصه من تصالحهما في دعوى الطاعة واعتباره رضاء منها بزواجه بأخرى . استدلال غير سائغ .

(الطعن رقم 599 لسنة 68 ق - جلسة 2002/3/23)

● إغفال الحكم المطعون فيه الإشارة إلى دفع الطاعن بسقوط حق المطعون ضدها في طلب التطلاق لزواجه بأخرى مرور أكثر من سنة على علمها بهذا الزواج وخلو الأسباب من الفصل فيه . قصور .

(الطعن رقم 238 لسنة 63 ق - جلسة 1997/5/26)

● المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادة 11 مكرر (ثانياً) من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985 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 وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان ، وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة فإن بأن لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطلاق اتخذت إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون" يدل على أنه يشترط في تطبيق الأحكام الواردة في هذا النص أن تكون الزوجة قد امتنعت عن طاعة زوجها ودعاها للعودة لمنزل الزوجية على يد محضر ثم اعترضت الزوجة على هذه الدعوى فإذا استوفى الاعتراض شكله القانوني وجب على المحكمة عند نظر موضوع التدخل لإنهاء النزاع صلحاً بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما فإذا بأن لها أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة التطلاق اتخذت إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من ذات القانون وكانت هذه الحالة التي يقتصر الأمر فيها على مجرد ثبوت استحالة الخلاف بين الزوجين دون تعرف لسببه أو تحديد أي من الزوجين يسأل عنه تختلف عن تلك الواردة بنص المادة 11 مكرر من ذات القانون والتي يشترط لتحقيقها ثبوت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بينهما كما يشترط

فيها إقامة الدعوى بطلب التفريق قبل مضي سنة من تاريخ علمها بالزواج الجديد ما لم تكن قد رضيت به صراحة أو ضمناً لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة طلبت التطلق على المطعون ضده – طبقاً لطلباتها المعدلة – من خلال اعتراضها على دعوته لها بالعودة إلى منزل الزوجية لاستحكام الخلاف بينهما فإن طلب التطلق على هذا النحو يخضع لحكم المادة 11 مكرر (ثانياً) سالفه البيان وكان الحكم المطعون فيه لم يفتن إلى سبب الدعوى على نحو ما أسبعه من وصف على أن مبنى طلبها هو التفريق لاقتران الزوج بأخرى ورتب على ذلك قضاءه بسقوط حق الطاعنة في طلب التطلق لانقضاء سنة من تاريخ علمها بزواج المطعون ضده عليها حال أن هذا الطلب له ذاتيته المستقلة عن طلبها إذ تحكمه نص المادة 11 مكرر من ذات القانون فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقصه .

(الطعن رقم 214 لسنة 59 ق – جلسة 1992/5/26 – س43)

• دعوى الطاعة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطلق التي تقيمها الزوجة لاقتران زوجها بأخرى ، إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على أن ضرراً قد لحق بالزوجة من جراء زواج زوجها بأخرى، سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً إذا كان يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ، ومن ثم فإن الحكم برفض دعوى الزوجة بالاعتراض على إنذار الطاعة الموجة لها من زوجها لا يكون بذاته حاسماً في نفي ما تدعيه من ضرر قد يلحق بها من جراء زواجه بأخرى لاختلاف المناط في كل من الدعويين، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض دعوى الطاعنة بالتطلق لزواج المطعون ضده بأخرى ، لمجرد صدور حكم برفض اعتراضها على إنذاره لها بالدخول في طاعته ، فإنه يكون معيباً بالفساد في الاستدلال الذي جره إلى الخطأ في تطبيق القانون ، بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ، على أن يكون مع النقض الإحالة ، إذ لم يقض الحكم بفسخ عقد الزواج أو بطلانه أو الطلاق أو التطلق .

(الطعن رقم 624 لسنة 65 ق – جلسة 2001/2/12)

• إذ لم يقدم الطعن صورة من عقد زواج المطعون ضدهما فيكون جوازيماً لمحكمة الموضوع أن تأخذ بقوله في موضوع هذا المستند وذلك طبقاً لنص المادة 24 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 . وإذ رأت محكمة الاستئناف – في حدود سلطتها التقديرية – الالتفات عما قاله الطاعن في هذا الخصوص ، فإن لا تثريب عليها فيما ارتأته من إحالة الدعوى إلى التحقيق .

(الطعن رقم 93 لسنة 55 ق – جلسة 1988/1/19 – س39)

• التطلق لزواج الزوج بأخرى . م 11 مكرر من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 . شرطه . إثبات الزوجة تحقق وقوع الضرر بها مما يتعذر معه دوام العشرة بينهما سواء كانت الزيجة الأخرى لاحقة أو سابقة على زواج الزوجة المتضررة طالما لم يثبت تحقق علمها بذلك .

(الطعن رقم 126 لسنة 60 ق – جلسة 1994/1/18 – س45)

• التطلاق وفقاً لحكم نص المادة 11 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 مناطه أن يثبت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى مما يتعذر معه العشرة بين الزوجين ولم يستلزم النص للقضاء به عدم مشروعية الغاية من الزيجة الثانية . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استقى من بيينة المطعون ضدها الشرعية تضررها من زواج الطاعن عليها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بينهما ورتب على ذلك قضاءه بالتطلاق فإنه يكون مبرراً من العيب ولا عليه من بعد أن لم يجب الطاعن إلي طلب توقيع الكشف الطبي على المطعون ضدها لما وجد في أوراق الدعوى وأدلتها ما يكفي لتكوين عقيدة المحكمة في موضوعها ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس .
(الطعن رقم 225 لسنة 59 ق – جلسة 1992/11/24)

• التطلاق للزواج بأخرى . م 11 مكرر من م بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985. شرطه. إثباتات الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما وعلى الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهيأ عنه شرعاً مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتباً عليها. مؤداه . أحقية الزوجة فى طلب التفريق طبقاً للقاعدة العامة فى التطلاق للضرر وفقاً للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 .
(الطعن رقم 567 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/15)

• مفاده النص في المادة 11 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية – أن المشرع أعطى الزوجة التى يجمع الزوج بينها وبين أخرى فى عصمته الحق فى طلب التطلاق عليه خلال سنة من تاريخ علمها بذلك الزواج إلا إذا كانت قد رضيت به صراحة أو ضمناً فإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم بأن زوجها مقترن بسواها ثم ظهر أنه متزوج بأخرى فلها أن تطلب التطلاق خلال سنة من تاريخ علمها بذلك الزواج سواء كان الزواج الثاني لاحقاً لتاريخ زواجه بالزوجة طالبة التطلاق أو سابقاً عليه طالما أنها لم تكن تعلم بزواجه بأخرى عند زواجها به وينطبق ذلك على مراجعة الزوج لمطلقاته التى لازالت فى عدته من طلاق رجعى أو زواجه بها بعد انقضاء عدتها أو بغيرها إذ أن المشرع قد أفصح بالمذكرة الإيضاحية للمادة المذكورة أنه هدف إلى علاج مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة فرأى أن يكون تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى نوعاً خاصاً من الضرر فإذا لحق الزوجة ضرر من الزواج عليها بأخرى كان لها حق طلب التطلاق للضرر سواء كان الضرر مادياً أو أدبياً أو نفسياً .
(الطعن رقم 216 لسنة 62 ق – جلسة 1996/5/13)

• التطلاق وفقاً لنص المادة 11 مكرر من م بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 . شرطه . إثباتات الزوجة تحقق ضرر بها لاقتران زوجها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما . القضاء بالتطلاق دون محاولة التوفيق بين الزوجين . أثره . بطلانه .

(الطعن رقم 84 لسنة 65 ق - جلسة 1999/5/24)

• النص في المادة 11 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن ".... يجوز للزوجة التي تزوج زوجها عليها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها طلاقاً بآئنة...." يدل على أن الشارع وإن أجاز للزوجة التي تزوج زوجها أن تطلب الطلاق لذلك إلا أنه اشترط للحكم بالتطليق وفق نص هذه المادة أن يثبت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بينهما . لما كان ذلك وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لقاضي الموضوع السلطة في تقدير دواعي الفرقة بين الزوجين وبحث دلالتها والموازنة بينهما وترجيح ما يطمئن إليه منها مادام يقيم حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي خلص إليها ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على ما استخلصه من أن المطعون ضدها قد لحقها ضرراً من زواج الطاعن عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بينهما وهو من الحكم استخلاص موضوعي سائغ له مأخذه من الأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن النعي عليه في هذا الصدد بتغييره سبب الدعوى يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 225 لسنة 59 ق - جلسة 1992/11/24)

• التطليق للزوج بأخرى . م 2/11 مكرر ق 25 لسنة 29 المضافة بق 100 لسنة 1985 . شرطه . أن يلحق بالزوجة التي تزوج عليها زوجها ضرر مادي أو معنوي - الضرر . ماهيته . اكتمال نصاب الشهادة عليه باتفاق أقوال الشهود على تحققه .

(الطعن رقم 503 لسنة 66 ق - جلسة 2002/1/26 والطعن رقم 422 لسنة 64 ق - جلسة 1998/9/29)

(الطعن رقم 539 لسنة 66 ق - جلسة 2001/4/24)

• التطليق للزوج بأخرى . م 11 مكرر من م بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 . شرطه . عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين دون استلزام طريقاً معيناً للإصلاح أو حضورهما شخصياً عند اتخاذها . عرض محكمة أول درجة الصلح على الزوجين . رفضه من أحدهما . كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما . لا حاجة لإعادة عرضه أمام محكمة الاستئناف طالما لم يستجد ما يدعو إليه .

(الطعن رقم 239 لسنة 64 ق - جلسة 1999/3/22)

• حق الزوجة التي تزوج عليها زوجها في طلب الطلاق سواء كانت الزيجة الأخرى سابقة أو لاحقة على زواجها ولو كانت الزوجة الأخرى مطلقة من نفس الزوج . شرطه . م 11 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 تجدد هذا الحق كلما تزوج الزوج بأخرى ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها إلا يتزوج عليها .

(الطعن رقم 312 لسنة 63 ق – جلسة 1998/1/5)

• البينة الشرعية على من ادعى نصابها. رجلان أو رجل وامرأتان شهادة الشاهد بشي لم يعاينه بنفسه عياناً أو سماعاً . غير جائز . الشهادة بالنكاح دون معاينة . شرطها . عدم جواز أن يكون مصدرها مدعى النكاح أو بناء على أخبار منه أو وليد استشهاده .

(الطعن رقم 59 لسنة 66 ق – جلسة 1996/12/30)

• لا يعد مجرد الزواج بأخرى في حد ذاته ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة طلب التطلاق إذ أن من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى ومثلاث ورباع عملاً بقوله تعالى "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا" . وما شرع الله حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد ، ومن المسلم به أن ما كان ثابتاً بالنص هو المصلحة الحقيقية التي لا تبديل لها وأن العمل على خلافها ليس إلا تعديل لحدود الله ، والمصلحة التي تعارض النصوص القرآنية ليست مصلحة معتبرة ، ولكن إلى أن تكون تشهياً وانحرافاً فلا يجوز تحكيمها ، وقد أذن الله تعالى بتعدد الزوجات لمصلحة قدرها سبحانه وفقاً لأحوال النفوس البشرية فأقره في إطار من الوسطية التي تلتزم بالاعتدال دون جور باعتبار أن الأصل في المؤمن العدل ، فإن لم يستطيع العدل فعلية بواحدة لا يزيد عليها حتى لا يميل إلى غيرها كل الميل ، ومن ثم فإن حق الزوجة التي تعارض الزواج الجديد لا يقوم على مجرد كراهيتها لزوجها أو نفورها منه لتزوجه بأخرى ، فليس لها أن تطلب فسخ علاقتها به لمجرد الإدعاء بأن اقترانه بغيرها يعد في ذاته إضرار بها ، وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضرراً منهياً عنه شرعاً قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها على أن يكون هذا الضرر حقيقياً لا متوهماً واقعاً لا متصوراً ثابتاً وليس مفترضاً مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتباً عليها مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعاً منافعاً لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها ، وتعد إساءة دون حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها ، فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطاً بها فإن من حق الزوجة طلب التفريق طبقاً للقاعدة العامة في التطلاق للضرر وفقاً لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 وإلا كان مجرد الجمع بين امرأتين قرينة قانونية يفترض به الإضرار بالزوجة الأولى ويكون التفريق معلقاً على إرادتها وليس في نص المادة 11 مكرر من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ما يتضمن تعليقاً لآثار الزيجة التالية على إرادة الزوجة التي تعارض بقاءها ، وعلى هذا يكون المشرع قد أستبعد الإضرار التي تعود إلى المشاعر الإنسانية التي تعتمل صدر المرأة تجاه ضررتها التي مرجعها الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد ، وهذا لا يمكن تنقية النفوس البشرية منه ، ولم يقصد النص المذكور إلی إزالته .

(الطعن رقم 465 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/18)

(الطعن رقم 31 لسنة 66 ق – جلسة 2000/11/25)

(الطعن رقم 242 لسنة 64 ق – جلسة 1998/4/21)

(الطعن رقم 233 لسنة 63 ق – جلسة 1997/5/12)

(الطعن رقم 54 لسنة 63 ق – جلسة 1996/12/16)

• إن النص في المادة 11 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه "... ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما . ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد إلا يتزوج عليها ، فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً ... " ، مفاده – على ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة – أن المشرع اشترط للحكم بالتطليق وفقاً لهذا النص أن تثبت الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ، وعلى الزوجة أن تقيم الدليل على أن ضرراً منهيماً عنه شرعاً قد أصابها بفعل امتناع من قبل زوجها ، على أن يكون هذا الضرر مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتباً عليهما ، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعاً ، منافياً لحسن العشرة بينهما ، بما يخل بمقوماتها ، مما يعد إساءة دون حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية ، وكانت هي باعثها ، فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطاً بها ، فإن من حق الزوجة طلب التفريق طبقاً للقاعدة العامة للضرر وفقاً لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، لما كان ذلك ، وكانت الطاعنة قد أثبتت بالبينة الشرعية الصحيحة أن ضرراً قد أصابها من جراء زواج المطعون ضده بأخرى تمثل في هجرها وعدم الإنفاق عليها ، بما يتوافر معه ما يتطلبه نص المادة 11 مكرر من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 للتطليق للزواج بأخرى ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى ، على سند من أن الهجر على النحو المتقدم لا يحكمه هذا النص بل يحكمه نص آخر ، في حين أن شاعدي الطاعنة قد ذكرا أن هذا الهجر قد اقتترن بزواج الطاعن بأخرى ، فكانت هذه الزيجة بهذه المثابة هي المناسبة التي وقع تركه لها مرتبطاً بها ، ومن ثم فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 504 لسنة 65 ق – جلسة 2000/10/30)

• قضاء الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن لزوجها عليها بأخرى وتضررها من هذا الزواج دون بيان حقيقة الضرر وماهيته ومداه . مؤداه. أن الحكم اعتبر مجرد الزواج بأخرى ضرراً مفترضاً تنفصم به الزوجية . أثره . نقض الحكم للخطأ والقصور .

(الطعن رقم 233 لسنة 63 ق – جلسة 1997/5/12)

- الحكم بالتطليق . م 11 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 . شرطه . ثبوت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة . عدم استلزام استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة طالت أم قصرت .
(الطعن رقم 442 لسنة 66 ق – جلسة 2001/4/14)

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 في هذا الإعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها .

و يعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به في الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة فإذا بأن لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التظليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون .

القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979

مادة (6) مكرر ثانياً

إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع ، وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن ، وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية في خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها ، ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم يقدم في الميعاد ، وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة فإذا بأن لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التظليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون .

¹ قضت المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 82 لسنة 17 ق بجلسة 1997/7/5 بدستورية الفقرة الأخيرة من المادة المطروحة وقد نشر الحكم في الجريدة الرسمية بالعدد رقم (29) الصادر بتاريخ 1997/7/19 .

المذكرة الإيضاحية

لما كانت الشريعة الإسلامية قد جعلت حقوق الزوجية وواجباتها متقابلة ، فحين ألزمت الزوج بالأنفاق على زوجته في حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر الزوجة في مسكن الزوجية الذي هيأه لها الزوج امتثالاً لقول الله "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن ... " من الآية 6 من سورة الطلاق ومن هنا قرر الفقهاء أن الأصل في الزوجة الطاعة وأنه إذا امتنعت عن طاعة الزوج فأنها تكون ناشراً 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 وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعلى الزوج أن يبين في هذا الإعلان المسكن .

ثم أتاح النص للزوجة الاعتراض وأوجب عليها أن تبين في صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعة زوجها وإذا خلا الاعتراض من هذه الأوجه كان على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله.

وقرر النص أن النفقة توقف منذ تاريخ إعلان الزوج إلى الزوجة بالعودة إلى المسكن وإذا لم تعترض في الميعاد المقرر بذات النص صار وقف النفقة حتماً من تاريخ انتهاء الميعاد .

ثم إذا استوفى الاعتراض شكله القانوني وجب على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لإنهاء النزاع صلحاً بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ، ومؤدى هذا أن لها أن تبحث شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصّباً على انتقاء شرعيته ولها أن تأمر الزوج بإعداد المسكن المناسب إذا بأن لها أن المسكن الذي حدده الزوج غير مستوف لما يجب توافره شرعاً أو عرفاً فإذا اتضح من المرافعة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون .

وقد أبانت هذه المواد الشروط الواجب توافرها في الحكمين وأن يشمل قرار بعثتهما على تاريخ بدء وانتهاء مأمور يتهما على أن لا تتجاوز المدة ستة أشهر وعلى المحكمة إخطار الحكمين والخصوم بمنطوق قرارها وتحلف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة ويجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر.

والأصل في بعث الحكمين قول الله سبحانه "وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها" فإن هذه الآية قد رسمت طريق تسوية الشقاق بين الزوجين .

ولا يغيب عن البال أن الأحكام المبينة في المواد من 4 إلى 11 من هذا المشروع تطبق في الحالة المبينة في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 وفي المادة 11 مكرر بهذا المشروع ، ذلك أنه اتضح من تطبيق أحكام القانون القائم في التحكيم قصورها عن الوفاء بعناصر الفصل في الأنزعة الخاصة بالطلاق للضرر ، بل أن تلك الأحكام كانت لا تنتهي بالنزاع إلى نتيجة حاسمة وقد تفادى المشروع في المادتين 8 ، 9 كثيراً من مساوئ القانون القائم فنظم عمل الحكمين بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الأرجاء ويمنع عرقلة عمل الحكمين ثم بين في المادة العاشرة ما يتبعه الحكماء عند العجز عن الإصلاح من حيث النفقة والنتائج المالية وتقادياً لإطالة أمد التقاضي وعند اختلاف الحكمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعه المحكمة مع الحكمين وتقضى بما يتفقون عليه أو برأي الأكثرية وعند اختلافهما في الرأي أو عدم تقديم التقرير في الميعاد تسير المحكمة في الإثبات وتقضى وفق التفصيل الموضح في المادة 11 .

و بعث الحكم الثالث لا يخالف أصلاً من أصول الشريعة فإن القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار في هذا الزمان أمراً ضرورياً كوسيلة لإظهار الحق ورفع الضرر على أن من الفقهاء من أجاز حكم واحد (تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج 5 ص 168 وما بعدها) .

وإذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصررت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها أو إلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى .

وهذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما نصاً وإما مخرجة على نصوصه .

التعليق

• المقصود بطاعة الزوجة لزوجها استجابتها لأداء ما يوجبه عليها عقد الزواج من واجبات والتزامات وهو ما يعبر عنه بتمكين الزوجة للزوج من أن يباشر حقه عليها في احتباسها لصالحه شرعاً .

• وواجب الزوجة في طاعة زوجها يتفرع إلى نواحي عديدة فهذه الطاعة تقتضي منها أن تقيم بالمسكن الذي يعده لسكناها وألا تمنع نفسها عن فراشه إلا لعذر شرعي , وكذا احترافها عملاً بغير إذنه وموافقته وعلى وجه العموم إخلالها بأى من الالتزامات التي يرتبها عقد الزواج للزوج متى طلب منها القيام بها .

• وطاعة الزوجة للزوج مقيدة بألا تكون في معصية لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق فلا طاعة له عليها إذا ما طلب منها شرب الخمر مثلاً ، كما أن طاعة الزوج محددة بآثار الزواج فليس للزوج أن يمنع الزوجة من التصرف في أموالها .

• وقد ورد بالقرآن الكريم ما يدل على وجوب طاعة الزوجة لزوجها في قوله تعالى "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً أن الله كان علياً كبيراً".

- ويشترط لوجوب طاعة الزوجة لزوجها ثلاثة شروط :
أولها : أن يكون الزوج قد أوفأها عاجل صداقها .
وثانيهما : أن يكون الزوج قد هياً مسكناً شرعياً .
وثالثهما : أن يكون الزوج أميناً على الزوجة نفساً ومالاً .

• فالمقرر شرعاً أن طاعة الزوجة لزوجها واجبة عليها بمجرد إيفائها عاجل صداقها وتهيئة مسكناً شرعياً لها وأمانته عليها نفساً ومالاً بدون توقف على حكم القاضي عليها بالدخول في طاعته¹ فإذا تخلف شرط من الشروط السابقة كان للزوجة عدم طاعة الزوج دون أن تعد في مثل تلك الحالة ناشراً .

¹ الحكم رقم 2735 لسنة 1957 - كلى شمال القاهرة - جلسة 1957/4/23 .

• وقد استحدث المشرع نص المادة 11 مكرر المطروحة في القانون بقصد تنظيم كيفية إثبات الزوج خروج الزوجة على طاعته وإثبات الزوجة لأسباب ذلك الخروج أن كان

• والمقصود شرعاً بامتناع الزوجة عن طاعة الزوج خروجها من مسكن الزوجية رغماً عنه وهي صورة الخروج عن الطاعة التي عني بها المشرع وأفرد لها نص المادة 11 باعتبار أنها الصورة التي تقوم فيها الزوجة بهجر مسكن الزوجية ورفض العودة إليه وتقويت حق الزوج عليها في احتباسها. أما الصور الأخرى لخروج الزوجة عن طاعة الزوج فلم يعالجها النص رغم كثرتها¹ وإن كان قد أورد بعضاً منها مما نص عليه في الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

• وحالة هجر الزوجة لمسكن الزوجية تختلف عن حالة خروجها منه بغير إذنه أو للعمل المنصوص عليها في الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 وإن كانت كلها صور متعددة للخروج عن الطاعة إذ المقصود بالخروج دون إذن الزوج المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة الأخيرة حالة الخروج المتقطع الذي يعقبه عودة إليه أما الحالة المنصوص عليها في المادة محل التعليق فهي حالة الخروج من مسكن الزوجية بقصد هجر القرار فيه .

• ولا يشترط لجواز طلب الزوجة بالدخول في الطاعة أو لصحة الإنذار الذي يوجهه إليها الزوج بهذا الخصوص أن تكون الزوجة مدخولاً بها أو حدث بينها والزوج خلوة شرعية ، وإنما يكون للزوج طلب الزوجة في الطاعة بمجرد العقد لاستحقاقها للنفقة عليه من ذلك الوقت باعتبار أن النفقة هي مقابل الاحتباس المقرر للزوج بمجرد العقد ودون اشتراط الدخول بالزوجة أو انتقالها إلى مسكن الزوجية².

• فإذا أخلت الزوجة بواجبها في طاعة الزوج في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة الأولى فليس للزوج سوى استخدام الوسائل المنصوص عليها في الآية رقم 34 من سورة النساء في قوله تعالى "واللاتى تخافون نشوذهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا" دون أن يكون له

¹ أمثلة لتلك الحالات - صالح حنفى في قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالا - ط 1968 - ص 170 وما بعدها ، وراجع الفقرة الرابعة للمادة الأولى ومذكرتها الإيضاحية .

² أنظر نقض أحوال الطعن رقم 303 لسنة 63 ق - جلسة 1999/11/29 ونقض أحوال الطعن رقم 83 لسنة 60 ق - جلسة 1993/5/25 .

سلوك سبيل طريق إنذار الطاعة , أما إذا أخذ الخروج عن الطاعة شكل هجر الزوجة ومغادرتها لمسكن الزوجية كان على الزوج أن يوجه لها إنذار على يد محضر يدعوها بمقتضاه للعودة للمسكن والقرار فيه.

• ويتعين أن يستوفى هذا الإنذار من حيث البيانات الواجب إثباتها فيه الشروط اللازمة لدعوى الطاعة ، فيتعين أن يتضمن الإنذار النص على أن الزوجة استوفت عاجل صداقها وأن الزوج أميناً على نفسها ومالها وأنه أعد لها المسكن الشرعى وأنها ممتنعة عن طاعته فيه .

• وقد اشترط النص أن تكون دعوة الزوج للزوجة بالعودة إلى مسكن الزوجية بطريق الإنذار الأمر الذى لا يجوز معه توجيه تلك الدعوة بطريق الكتاب الموصى عليه أو شفاهة أو بأى طريق آخر ، وقد ذهب البعض فى أمر تحقق إنذار الزوجة بإنذار الطاعة وكيفية إتمام ذلك الإعلان إلى القول بوجوب إعلان الزوجة بشخصها أو من ينوب عنها حتى ينتج الإنذار أثره فى حقها ويبدأ احتساب المدة المحددة للاعتراض عليه استناداً إلى أن المادة 11 مكرر ثانياً وهى الواجبة التطبيق فى شأن إنذار الطاعة قد أوجبت تسليم الإنذار لشخص المعلن إليها أو من ينوب عنها الأمر الذى لا يجوز معه للمحضر القائم بالإعلان تسليمه إلى جهة الإدارة فى حالة امتناع المعلن إليها أو من ينوب عنها عن الاستلام أو لعدم وجود أيهما بالعنوان المعلن عليه¹.

• ونحن نرى وجوب اتباع أحكام قانون المرافعات الواردة بالمواد 10 وما بعدها منه فى هذا الخصوص ذلك أنه إذا كانت المادة محل التعليق تتضمن قاعدتين أحدهما موضوعية تتعلق بإيجاب طاعة الزوجة للزوج والأثر المترتب على عدم طاعتها إياه وقاعدة أخرى إجرائية تتضمن تنظيم كيفية دعوة الزوج للزوجة للدخول فى طاعته وكيفية اعتراض الزوجة على تلك الدعوة والمدة الزمنية المحددة لذلك² ، ولما كان نص المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية قد جرى على وجوب اتباع أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما يتعلق بالإجراءات التى لم يتناولها القانون رقم 1 لسنة 2000 بالتنظيم وكان القانون رقم 100 لسنة 1985 قد أورد قاعدة خاصة تناولت بالتنظيم أمر دعوة الزوج لزوجته للدخول فى طاعته تضمنت شخص كل من الداعى والمدعو وهما الزوج والزوجة بما لا يجوز معه أن توجه

¹ راجع الحكم رقم 408 لسنة 106 قضائية - جلسة 1991/3/6 - استئناف القاهرة .

² نقض أحوال الطعن رقم 303 لسنة 63 ق - جلسة 1999/11/29 .

الدعوة إلى غير الزوج مثلاً كوالدة أو الولي عليه أو إلى غير الزوجة كالخطيبة . كما تضمنت وسيلة تلك الدعوة وهي أن تتم بطريق الإنذار على يد محضر مما لا يجوز معه إجرائها بغير ذلك الطريق كالكتاب بعلم الوصول أو بطريق المشافهة . كما نصت أيضاً على وجوب أن يتم إعلان الإنذار بالطاعة إلى شخص الزوجة أو إلى من ينوب عنها ، وهو من - المسائل الإجرائية - إلا أنها لم تتضمن النص على المكان الذى يجرى فيه الإعلان الأمر الذى مؤداه إمكان إعلان الزوجة بالإنذار المذكور - وفقاً لأحكام قانون المرافعات - إلى شخصها فى أى مكان يدخل فى دائرة اختصاص المحضر القائم بالإعلان يتصادف وجودها فيه أو أن يتم الإعلان لمن يعلم المحضر أنه ينوب عن الزوجة نيابة طبيعية أو قانونية فى أى مكان يتصادف له وجود ذلك النائب فيه سواء كان النائب المذكور يتواجد فى موطن الزوجة أو فى غير موطنها وإذا كان نص المادة العاشرة من قانون المرافعات يجرى على تسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو من موطنه إلى من يقرر أنه وكيله أو يعمل فى خدمته أو من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار فإذا لم يجد المحضر أى من هؤلاء أو امتنعوا عن الاستلام قام بالإعلان إلى جهة الإدارة - كما جرى عليه شائع القول - على النحو وبالكيفية المنصوص عليها فى المادة 11 مرافعات الأمر الذى يكون معه نص المادة العاشرة سالفة الذكر وقد تضمن النص على المكان الذى يجب أن يجرى فيه الإعلان ، وإذ خلا نص المادة 11 مكرر ثانيًا من القانون رقم 100 لسنة 1985 من النص على المكان الذى يتعين على الزوج إعلان زوجته فيه بالعودة إلى طاعته فإن مؤدى ذلك وجوب تطبيق حكم المادتين 10 و 11 من قانون المرافعات فيما يتعلق بمكان إعلان إنذار الطاعة إعمالاً لحكم المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000¹ على ما سلف القول وهو ما يتعين معه القول فى هذا الشأن بوجوب قيام المحضر القائم بإعلان إنذار الطاعة بالتوجه إلى محل إقامة الزوجة المبين بالإنذار وتسليمه إليها أو إلى من ينوب عنها ، فإذا امتنعت الزوجة أو من ينوب عنها عن تسلمه أو لم يجد المحضر من يصح تسليم الإنذار إليه أو تبين له غلق السكن اتخذ الخطوات التى نصت عليها المادة 11 من قانون المرافعات وتسليم الإنذار إلى جهة الإدارة على النحو وبالكيفية المنصوص عليها فى المادة المذكورة بما يكون معه الإعلان قد تم وفقاً لما يتطلبه القانون²، فإذا ما ادعت الزوجة أن التوقيع المنسوب لها أو إلى من أثبت المحضر فى الإنذار أنه ينوب عن الزوجة لا يخص أى منهما أو أن العنوان الموجه إليها فيه إنذار بالطاعة لا تقيم فيه أو أن المحضر لم ينتقل إلى محل

¹ وقد أيدت محكمة النقض هذا رأى بعد نشره بموجب الحكم الصادر فى الطعن رقم 95 لسنة 62 ق - جلسة 1996/11/11.

² وقد ذهب قضاء النقض إلى ما يؤيد هذا النظر فى الطعن رقم 326 لسنة 63 ق - جلسة 1998/3/30 .

إقامتها على غير الحقيقة التي أثبتتها في محضره توصلاً إلى الطعن في صحة إعلانها كان لها إثبات ذلك باتباع الطرق والوسائل وفي الحالات التي نظمها القانون¹.

• وما نذهب إليه تعززه المناقشات التي دارت حول النص بمجلس الشعب وحرص المشرع على اتصال علم الزوجة بأمر إنذار الزوج إياها بالدخول إلى طاعته إذ يصح لأي ممن ينوب عنها أن يتسلم الإنذار المذكور نيابة عنها ولو لم يكن من المقيمين معها أو خارج موطنها فإن لم يكن ، تحقق علمها الشخصي بطريق إخطارها من جهة الإدارة بوجود إنذار الطاعة لديها².

• كما يتفق النظر المتقدم والنتيجة المترتبة على قيام إنذار الطاعة والأحكام القضائية من حيث كونها أوراق يجرى بإعلانها ميعاد في حق المعلن إليه هو ميعاد الطعن في الحكم ، ذلك أنه إذا كان المشرع قد نص في الفقرة الأخيرة من المادة 213 من قانون المرافعات على وجوب أن يتم إعلان الحكم إلى شخص المحكوم ضده أو في موطنه فإن قضاء النقض قد استقر في ظل هذا النص على صحة إعلان الحكم إلى جهة الإدارة حالة عدم تمكن المحضر من إعلان شخص المعلن إليه أو في موطنه وهي قاعدة يصح إعمالها فيما يتعلق بإعلان إنذار الطاعة إلى الزوجة باعتبار أنه ورقة يجرى بها ميعاد في حق المعلن إليها وهو ميعاد الاعتراض عليه³.

• وقد ذهب البعض – قبل صدور قانون إنشاء محاكم الأسرة برقم 10 لسنة 2004 - إلى حق الزوج في دعوة الزوجة للدخول في طاعته بوسيلتين متغايرتين أولهما هي حق الزوج في توجيه إنذار إلى الزوجة بالدخول في طاعته إعمالاً لحكم المادة 11 مكرر ثانياً محل التعليق وذلك ما إذا كانت الزوجة مدخولاً بها وتركت مسكن الزوجية بغير رغبة الزوج استناداً إلى أن المشرع قد لازم بين تلك الوسيلة وهجر الزوجة لمسكن الزوجية وثانيهما هو قيام الزوج بإقامة دعوى الطاعة ضد الزوجة إذا ما كانت الزوجة غير مدخول بها والأولى ينعقد الاختصاص بنظرها للمحكمة الابتدائية بينما ينعقد الاختصاص بنظر

¹ في هذا الاتجاه نقض مدني في 1991/9/4 - الطعن رقم 48 لسنة 59 ق - أحوال شخصية وراجع في العلم اليقيني للإعلان والاستثناء المتعلق بإعلان الأوراق التي يجرى بها ميعاد في حق المعلن إليه نقض مدني الطعن رقم 931 لسنة 47 ق - جلسة 1982/1/13 - س 33 - ص 95 وراجع في حالات وكيفية الطعن على إعلان الأوراق التي يقوم المحضر بإعلانها الطعن رقم 1523 و 1529 لسنة 52 ق - جلسة 1988/1/13 والطعن رقم 183 لسنة 43 ق - جلسة 1981/1/28 - ص 38.

² وانظر نصر الجندی في التعليق على نصوص قانون الأحوال الشخصية طبعة نادي القضاة - 1987 - ص 245 حيث يرى أن يكون إعلان الزوجة بالعودة لمنزل الزوجية بالطريق الذي رسمه قانون المرافعات .

³ نقض الطعن رقم 931 لسنة 47 ق - جلسة 1982/1/13 .

الثانية للمحاكم الجزئية على سند من أن الطاعة تعد من المسائل المتعلقة بالزوجية في مفهوم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 الصادر بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية¹ الملغاة².

• **وقد قلنا في الرد على هذا الرأي على مدار إصدارات هذا المؤلف أن المادة 11 مكرر ثانياً قد تضمنت تنظيم دعوة الزوج لزوجته للدخول إلى طاعته تنظيمًا مستحدثًا وموحداً وشاملاً بما تكون معه تلك المادة قد نسخت ما جرى به العمل من قيام الزوج برفع دعوى الطاعة ضد الزوجة أمام المحكمة الجزئية بصورتها التقليدية المستندة إلى الفقرة العاشرة من المادة السادسة من اللائحة الشرعية الملغاة³ ذلك أنه إذا كان نص المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 يجرى على أن تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية المعمول بها ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة فإن تنظيم المشرع الوضعي أمر دعوة الزوجة للدخول في طاعة الزوج بقاعدة خاصة أوردتها في المادة 11 مكرر ثانياً محل التعليق تكون معه هي الواجبة التطبيق دون سواها بما يمتنع معه استخدام طريق دعوى الطاعة أمام المحكمة الجزئية بصورتها التقليدية المعروفة قبل صدور القانون رقم 100 لسنة 1985 استناداً إلى الراجح من المذهب الحنفي في هذا الخصوص والذي يمتنع الارتكان إليه لتوافر نص منظم للمسألة هو نص المادة 11 مكرر محل التعليق ، يضاف إلى ذلك أن المذكرة الإيضاحية للمادة الرابعة من القانون رقم 100 لسنة 1985 أوردت في عبارة صريحة "أن دعاوى الطاعة أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية" فضلاً عما يؤدي إليه القول بازدياد دعاوى الطاعة من اضطراب في العمل وتضارب الاختصاص بين المحاكم خاصة وأن اتخاذ الدخول بالزوجة ضابطاً للتفرقة بين الطريقين أمراً لا سند له سوى ظاهر صياغة النص كما وأن انتقال الزوجة إلى مسكن الزوجية لا يعنى شرعاً الدخول بها ، وهذا الرأي هو ما تبنته محكمة النقض في أحكامها الحديثة بعد**

¹ نصر الجندى المرجع السابق - ص 246 .
² راجع الاختصاص النوعي بدعاوى الطاعة في القانون الجديد لإجراءات التقاضي لمنازعات الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 - مادة 9 - حيث أصبحت دعاوى الطاعة من اختصاص المحاكم الابتدائية ، ثم أل الاختصاص حالياً لمحاكم الأسرة إعمالاً لحكم المادة الثالثة من قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 .

³ وراجع المادة الخامسة من القانون رقم 100 لسنة 1985 إذ تنص على أن " يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القانون " وراجع المذكرة الإيضاحية للمادة الرابعة من القانون .

نشره¹ , كما تبناه المشرع – من بعد – بتوحيد جهة التقاضى فى محكمة الأسرة بمقتضى القانون رقم 10 لسنة 2004.

• وقد ألزم النص محل التعليق الزوج أن يبين فى إنذار الطاعة مسكن الزوجية الذى يدعو الزوجة للإقامة فيه – وذلك إذا كان مظهر خروج الزوجة على الطاعة هجرها لذلك المسكن – إلا أنه لا يشترط وصف تفصيلى له حيث يكفى وصفاً نافياً للجهالة عنه² فإذا جاء الإنذار خالياً من ذكر لمسكن الطاعة – فى تلك الحالة بالجملة – أو ورد ببيان المسكن ناقصاً أو مبهماً أو غير مقروء فقد الإنذار شرطاً موضوعياً من الشروط التى تطلبها المشرع فيه وحكمت المحكمة ببطالان إنذار الطاعة واعتباره كأن لم يكن³ إلا أن تقدير كفاية ذلك البيان من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضائها على أسباب سائغة ، فإذا دعا الزوج زوجته للعودة إلى طاعته بمسكن الزوجية دون أن يذكر عنوان المسكن بالإنذار ثم اثبت بعد ذلك العنوان بمحضر الجلسة انتفى عن إنذار الطاعة وصف التجهيل⁴ طالما أن المسكن معلوم سلفاً لها⁵.

• ومسكن الطاعة هو بحسب الأصل مسكن الزوجية ، أو هو المسكن الذى يعده الزوج للسكن فيه مع زوجته ومن يعقبهم من ذرية ، لذلك فهو يختلف عن مسكن الحضانة الذى يعده المطلق لحضانة أولاده فيه رفق حاضنتهم والذى قد يكون - هو أيضاً - مآلاً.

• وقد اشترط الفقهاء حتى يكون مسكن الزوجة (مسكن الطاعة) شرعياً عدة شروط

هى :

- 1- أن يكون المسكن من حيث بناءه وموقعه يتناسب وحاله الزوج يسراً أو عسراً دون نظر لحالة الزوجة لأنه من عناصر النفقة وهى تقدر بحال الزوج دون سواه .
- 2- أن يكون المسكن مزود بالمرافق والأدوات الشرعية .
- 3- أن يكون المسكن خالياً من سكنى الغير .
- 4- أن يكون بين جيران صالحين مسلمين .

¹ انظر فيما يؤيد رأينا نقض أحوال الطعن رقم 83 لسنة 60 ق – جلسة 1993/5/25 .

² راجع نقض أحوال الطعن رقم 230 لسنة 63 ق – جلسة 1998/3/30 والحكم رقم 500 لسنة 101 ق – استئناف القاهرة – جلسة 1985/5/9 .

³ راجع نقض أحوال الطعن رقم 2 لسنة 58 ق – جلسة 1989/12/26 .

⁴ راجع مذكرة نيابة النقض المدنى فى الطعن رقم 51 لسنة 62 ق إعداد المؤلف فى 1992/10/21

⁵ راجع نقض أحوال الطعن رقم 55 لسنة 59 ق – جلسة 1993/12/28 – س 34 .

5- أن يكون بحيث تأمن فيه الزوجة على نفسها وأموالها بأن يكون له غلق على حدة¹.

• وتثبت شرعية مسكن الطاعة وتوافر الشروط الخمس السابقة فيه بكافة طرق الإثبات ومنها البيئة الشرعية التي يجب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين².

• ويتعين خلو السكن من إحماء الزوجة أو أهلية الزوج ، إلا أن القضاء قد أخذ في التخفف من هذا الشرط مراعاة لظروف أزمة المساكن.

• ويجب أن يكون المسكن مزود ببيت خلاء مستقل إلا أننا نرى أنه يجوز أن يكون بيت الخلاء مشتركاً إذا كان المتداعيان من أوساط الناس رقيقى الحال على ما كثر من بلاد الإسلام فى هذا الزمان .

• ويشترط فى مسكن الطاعة الذى يدعو الزوج زوجته لطاعته فيه أن يكون لائقاً بحالهما به مكان للنوم والمعيشة سواء كان شقة أو فيلا أو حجرة ، وبين جيران صالحين بحيث إذا تخلف هذا الشرط الأخير يفقد المسكن شرعيته³.

• ولا يلزم أن يكون مسكن الطاعة فى مبنى مستقل⁴ ومن ثم يكفى أن يكون شقة فى عقار مملوك لأسرة الزوج ويشغلون باقى وحداته .

• إلا أن وجود أبناء الزوج من أخرى يشاركون الزوجة سكنى مسكن الطاعة لا ينفى عنه صفة الشرعية⁵.

• ومسكن الطاعة ومدى شرعيته يثير عدداً من المشكلات العملية من أهمها ما يلى :

• فإذا نص فى عقد الزواج على عدم جواز قيام الزوج بنقل الزوجة للإقامة فى مسكن آخر فإن هذا الشرط لا يلزم الزوج وأن له نقل زوجته ومطالبتها بالانتقال إلى مسكن آخر له أعده لها للإقامة معه إلا أن هذا الطلب يخضع لتقدير قاضى الموضوع فإذا تبين أن هذا الطلب ينطوى على قصد المضارة بالزوجة وإيذائها رفض الطلب ، وهو القول المفتى

¹ صالح حنفى فى المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية - ط 1958 - ص 196 .

² نقض أحوال الطعن رقم 292 لسنة 63 ق - جلسة 1998/7/1 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 8 لسنة 45 ق - جلسة 1985/1/23 .

⁴ نقض الطعن رقم 569 لسنة 65 - جلسة 1985/1/23 .

⁵ فتح القدير - فقه حنفى - ج 1 - ص 167.

به فى المذهب الحنفى وما جرى عليه العمل بنباية الأحوال الشخصية ومحاكمها¹ باعتبار أن المذهب الحنفى لا يعتد بمثل ذلك الشرط².

• ولا يجوز للزوج طلب زوجته لطاعته فى مسكن يقيم به أبواه حتى ولو كانت قد قبلت ابتداءً الإقامة معهم حيث يكون لها طلب الاستقلال بمسكن إذا تضررت من هذا الوضع باعتبار أن المسكن المستقل هو الأصل³.

• ويتعين أن يكون مسكن الطاعة مملوكاً للزوج أو مؤجراً من قبله أو مستعاراً فليس للزوج طلب الزوجة لطاعته فى مسكن مملوك لها أو مؤجراً من جانبها إذ أن الالتزام بتهيئة المسكن يقع على عاتق الزوج فقط بحسب الأصل دون الزوجة⁴.

• كما يتعين أن يكون المسكن مزود بمنقولات تصلح لاستيفاء الغرض من السكنى وبقدر حال الزوج يسراً أو عسراً وإلا فقد المسكن شروط شرعيته وحق للزوجة الامتناع عن طاعة الزوج فيه⁵.

• ويكون مسكن الزوجية على حسب ما يليق بالرجل فإن كان مثله لا يسكن إلا فى قصر فلا تسكن إلا فيه كيفما أحواله وإن كان مثله يسكن فى حجرة يكون المسكن الشرعى حجرة لها غلق تأمن فيه على متاعها ومزودة بالمرافق الشرعية⁶.

• والعوامة النيلية (وهى مسكن من الأخشاب مستقرة على نهر النيل) تصلح مسكناً للطاعة متى كانت مستوفية مقومات المسكن الشرعى .

• وكذا المسكن المخصص لسكنى الزوج فى الشركة التى يعمل بها فى الصحراء والواقع ضمن مجموعة مساكن الموظفين المعينين فيها هناك.

¹ عبد الناصر العطار فى المرجع السابق - ص 36 - وانظر الحكم رقم 832 لسنة 1985 أحوال شخصية - كلى جنوب القاهرة - جلسة 1986/3/29.

² وقارن نقض مدنى الطعن رقم 951 لسنة 51 ق - جلسة 1988/1/3 - س 39 وكذلك الطعن رقم 638 لسنة 50 ق - جلسة 1980/1/17 - ص 262 ويتناول الطعن الأخير حق الزوج فى إنهاء العلاقة الإيجارية فى أى وقت باعتبار أن الزوجة تستمد حقها فى الإقامة بمسكن الزوجية من علاقة الزوجية ذاتها ، وأنظر فى مدى حجية شروط عقد الزواج التعليق على المادة التاسعة . ق 25 لسنة 1920 .

³ الحكم رقم 454 لسنة 101 ق - استئناف القاهرة - جلسة 1985/4/11 .

⁴ محمد سلام مذكور فى أحكام الأسرة فى الإسلام - ج 1 - ص 235 .

⁵ حكم استئناف القاهرة رقم 47 لسنة 102 ق - جلسة 1986/3/6 .

⁶ أبو زهرة فى الأحوال الشخصية - ط 1957 - ص 238 - بند 200 وحكم استئناف القاهرة رقم 430 لسنة 102 ق - جلسة 1986/3/6 ، وراجع نقض أحوال الطعن رقم 388 لسنة 64 ق - جلسة 1999/11/10 .

• ولا يمنع من القضاء بالطاعة أن يكون الزوج مدين للزوجة بالنفقة¹ أو خضوع منقولات مسكن الزوجية للحجز الموقع من الزوجة أو الغير عليها².

• ومصادقة الزوجة على شرعية مسكن الطاعة لا يحول بينها وبين الطعن على شرعيته بعد ذلك حيث يكون من حقها ورغم صدور حكم نهائي برفض دعوى اعتراضها على إنذار الطاعة أن ترفع دعوى جديدة بعدم تعرض الزوج لها بالطاعة لو زالت هذه الشرعية ذلك أن شرعية المسكن يمكن أن تتغير كما أن الأحكام الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية ذات حجية مؤقتة ، كما يجوز للزوج أيضاً رغم الحكم بعدم الاعتداد بإنذاره للزوجة بالدخول إلى طاعته لنقص في محتويات المسكن أو لعدم شرعيته بسبب ما أن يعاود طلب زوجته من جديد للطاعة إذا غير المسكن أو استكمل أدواته أو أزال سبب عدم الشرعية³.

• وتثبت شرعية المسكن أو تنتفى بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود أو بمحضر رسمي⁴ باعتباره قرينة أو بالتحري عن طريق الإدارة خاصة بالنسبة لمشغوليته بالغير ، أو باليمين الحاسمة ، كما يكون للمحكمة الانتقال إليه لمعاينته أو ندب خبير لذلك .

• ومن الأحكام المختارة للمحاكم الشرعية العتيدة بخصوص مسكن الطاعة والتي تعد من السوابق القضائية التي تعد بدورها مصدر من مصادر القانون .

"أنه لا يلزم في مسكن الطاعة لكي يكون شرعياً أن يستوفى الأدوات جميعاً بل يكفي أن يحوى الأشياء الأساسية في المسكن التي لا يكون بغيرها مقام فيه والتي تكون مناسبة لحال الطرفين المالية والاجتماعية وإن لزم شئ آخر دل عليه في المسكن فإنه يستوفى بعد ذلك دون أن يكون في خلو المسكن منه ابتداء مطعن على المسكن ، والمسكن بقدر حال الزوجين والسكن المعروف يختلف باختلاف الزمان والمكان وعلى القاضي أن ينظر إلى حال أهل زمانه وبلده إذ بدون ذلك لا تحصل المعاشرة بالمعروف وقد قال تعالى "ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن" فالعرف له اعتبار في محتويات مسكن الطاعة والنظر في ذلك لحال الطرفين⁵.

¹ أنور العمروسي في أصول المرافعات الشرعية - ص 469 .

² الحكم رقم 358 لسنة 101 ق - استئناف القاهرة - جلسة 1984/2/7 .

³ انظر في ذلك الحكم رقم 841 - جلسة 1986/5/20 - كلى شمال القاهرة - وصالح حنفى فى المرجع السابق - ص 8 و 198 .

⁴ نقض احوال الطعن رقم 43 لسنة 55 ق - جلسة 1987/4/28 .

⁵ الحكم رقم 86 لسنة 1957 شرعى المنيا - جلسة 1957/12/8 .

"وإنه إذا كانت المرأة تستوحش من المسكن الذى أسكنها فيه زوجها بأن كان كبيراً كالدار الخالية من السكان المرتفعة الجدران وكان الزوج يخرج ليلاً ليبيت عند ضررتها ولم يكن لها ولد أو خادم تستأنس بهما فعليه أن يأتيها بمؤنسة أو ينقلها إلى حيث لا تستوحش عملاً بقوله تعالى "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن"¹.

"وإن أركان الطاعة التى لا تقوم بدونها هى :

أولاً : المسكن الشرعى المستكمل لحاجات معيشة الزوجة والخالى من سكن الغير والذى تأمن فيه على نفسها ومالها والذى يكون بين جيران صالحين .

ثانياً : أمانة الزوج على النفس والمال .

ثالثاً : إيفاء مقدم الصداق فإذا انتفى ركن من هذه الأركان سقطت عن الزوجة واجب الطاعة وبالتالي امتنع الحكم عليها بدخولها فى طاعة زوجها ، أما إذا توافرت هذه الأركان فإنه يتعين على الزوجة أن تطيع زوجها فى ذلك المسكن وأن تقر فيه وهذا هو الأصل الذى تفرع عنه وجوب انتقال الزوجة مع زوجها إلى المكان الذى يحل فيه طالما كان مستوفياً للشرائط الشرعية السالف بيانها واقتضى هذا النقل ضرورة شرعية ومن ثم إذا نقل الزوج إقامته إلى مسكن آخر فى ذات البلد أو بلد آخر سقطت عن الزوجة واجب الطاعة فى ذلك المسكن الأول².

• وإذا كان مسكن الطاعة هو مسكن الزوجية أو المسكن الذى يعده الزوج للمعيشة فيه مع زوجته لذا يكون دائماً وكما تجرى عادة هذا الزمان بالبلد التى يباشر فيها أعماله أو حرفته باعتبار أن على الزوجة أن تتبعه فيها ، وعلى ذلك يمكن أن يكون أو أن يصبح فى بلد غير التى عقد بها العقد أو شهدت سنون الزواج الأولى كما يمكن أن يكون فى دولة أخرى كالدول الإسلامية ومنها الدول العربية طالما توافرت فيه الشروط الشرعية³.

• وعلى ذلك فليس للزوج – من ثم – أن يدعو زوجته للطاعة فى مسكن لا يقيم به أو فى محل عمله نكايه وكيداً .

• فإذا وجه الزوج إلى الزوجة إنذاراً بالدخول فى طاعته ولم تعد الزوجة إلى منزل الزوجية المستوفى لأركانه الشرعية رغم الإنذار تعتبر ممتنعة عن طاعة الزوج .

¹ الحكم رقم 1363 لسنة 1957 شرعى القاهرة – جلسة 1958/2/25.

² راجع الحكم رقم 2735 لسنة 1957- شرعى القاهرة – جلسة 1957/4/23 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 55 لسنة 59 ق – جلسة 1993/12/28 – س 34

- ويتعين الإشارة إلى أنه لا محل لإعادة تنفيذ الحكم بالطاعة على ما هو منصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 66 من القانون رقم 1 لسنة 2000 باعتبار أن المادة 11 مكرر تعد ناسخة لا تدخل في إطار الحالات التي يشملها نص المادة 66 المشار إليها .
- إلا أنه ليس معنى توافر الشروط السابقة جميعها أن يحكم تلقائياً بطاعة الزوجة لزوجها فقد يرى القاضي أن مصلحة عامة تتنافى وإجابة الزوج للطاعة و في هذه الحالة يجب تقديم المصلحة العامة على غيرها من المصالح الخاصة كأن تدفع الزوجة دعوى الطاعة بأن زوجها مريض بمرض خطير معد وأنه قد نقل إليها العدوى وتقدم الدليل على ذلك . ولهذا قضت محكمة الضواحي الجزئية في 1938/3/6 بأنه " لا يحكم على الزوجة بالطاعة متى ثبت أنها وزوجها مصابان بمرض معد لما يترتب عليه من نتائج خطيرة وآثار سيئة في حياتهما وفي النسل وفي المجتمع ولأن الشريعة الإسلامية لا تبيح هذا الضرر ولا تقره إذ أن النكاح لم يشرع إلا ليكون وسيلة للمعاشرة الصالحة".
- وللقاضي أيضاً إذا استشف من ظروف الدعوى أنها للكيد أو المضارة فقط قضى برفضها رغم توافر شروط الطاعة من شرعية المسكن وأمانة الزوج وإيفاء الصداق كما إذا كانت الزوجة مشلولة وفاقة الإرادة أو محجوراً عليها للعتة لأن منع الضرر مقدم على غيره .
- ويثور التساؤل حول حق الزوج في دعوة الزوجة للدخول في طاعته في مسكن يؤجر بنظام المسكن المفروش وذلك في ظل اشتداد أزمة المساكن وانتشار هذا النوع من إيجار الوحدات السكنية ومدى حق الزوجة في الاعتراض على طاعة الزوج في هذا النوع من المسكن ونحن نرى أنه يتعين التفرقة بين ما إذا كانت صفة المفروش مجرد اسم لعقد الإيجار لا يمثل الحقيقة من حيث ملكية منقولات السكن لمالك الوحدة السكنية وهو ما شاع في العمل أخيراً تحايلاً على أحكام تحديد الأجرة الواردة بقوانين إيجار المساكن أو منقولات المسكن مملوكة بالفعل للزوج مستأجر الوحدة المؤجرة وذلك باعتبار أن ملكية منقولات مسكن الزوجية هو الفيصل أو المعيار الذي يحدد في رأينا مدى شرعية أو عدم شرعية المسكن في هذه الحالة ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تعرف بحسب الأصل فكرة الامتداد القانوني لعقود الإيجار باعتبار أن هذه الفكرة مستحدثة في القوانين الوضعية ، ذلك أن طبيعة عقد الإيجار أنه عقد مؤقت أو محدد المدة بحسب الأصل وما الامتداد القانوني سوى فكرة وضعية فرضتها قوانين استثنائية هي قوانين إيجار الأماكن استثناء على الأصل العام ولمدة محددة مرتبطة بأزمة الإسكان ومدى انفراجها وعلى ذلك فطالما هيا الزوج لزوجته مسكناً

مستوفياً المرافق الشرعية – وهو ما يمكن أن يتيح عقد الإيجار المفروش صار المسكن شرعياً بصرف النظر عن الطبيعة القانونية لعقد الإيجار – أو المسمى الذى يستأجر الزوج المسكن به ، وتبقى بعد ذلك مسألة مالك منقولات المسكن ، ذلك أنه إذا كان يشترط فى المسكن حتى يكون شرعياً أن تأمن فيه الزوجة على نفسها فإن مقتضى وجوب أمان الزوجة هو أن يتحقق لها هذا الأمان بمعناه الواسع ولا يمكن القول أن الزوجة تأمن على نفسها حين تكون منقولات مسكن الزوجية مملوكة لغير الزوج وحيث يمكن لمالكها استردادها فى أى وقت شاء بما تجد معه الزوجة نفسها مقيمة بمسكن لا تستطيع الانتفاع به لخلوه من الأدوات الشرعية التى تمثل شرطاً جوهرياً لإضفاء صفة الشرعية على مسكن الطاعة وعلى ذلك يمكن القول أن للزوج أن يطلب زوجته إلى الدخول فى طاعته فى مسكن مؤجر إليه بنظام السكن بالمفروش شريطة أن يقيم الزوج الدليل على توافر الأدوات الشرعية بالمسكن وهى مسألة موضوعية يختص بنظرها وتمحيصها قاضى الموضوع ولا ترتفع فى هذه الحالة صفة الشرعية عن المسكن لمجرد أن الطبيعة القانونية للعقد المبرم بشأنه أنه مسكن مفروش أو أن مدة الإجارة مؤقتة .

- وشرعية مسكن الطاعة – كما تقدم القول - من الأمور المتغيرة فقد يكون المسكن شرعياً وقت الحكم ثم يصير غير شرعى بعد ذلك بأن يقوم الزوج مثلاً بنقل ما به من منقولات أو يسكن ضره للزوجة به لذلك تكثر الاشكالات فى تنفيذ حكم الطاعة .
- كما يجوز للزوجة أن تقيم دعوى مبتدئة بطلب منع التعرض لها بحكم الطاعة لزوال شرعية المسكن¹ ولذلك اعتبرت محكمة النقض أن الدفع بعدم شرعية مسكن الطاعة من الدفوع الموضوعية التى لا يجوز طرحها لأول مرة أمامها².
- إلا أن العبرة فى مدى شرعية مسكن الطاعة هى بوقت توجيه إنذار الزوج للزوجة بالدخول فى طاعته بحيث أنه إذا ما ثبت عدم شرعية المسكن فى هذا الوقت لخلوه من الأدوات الشرعية مثلاً فإن قيام الزوج باستيفاء هذا النقص لا يعيد للمسكن شرعيته فى إطار الدعوى المنظورة³.

¹ فى هذا المعنى معوض عبد التواب فى موسوعة الأحوال الشخصية – ص 706 – وانظر حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 454 لسنة 101 قضائية – جلسة 1985/4/11 .

² نقض أحوال – الطعن رقم 8 لسنة 54 ق – جلسة 1985/1/22 – س 36 .

³ فى هذا المعنى حكم محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم 358 لسنة 101 ق – جلسة 1984/2/7 .

• وقد أعطى المشرع الزوجة السبيل إلى الرد على إنذار الزوج إياها بالدخول في طاعته وإثبات ما إذا كان امتناعها عن الاستجابة لإنذاره بحق فقد تضمنت الفقرة الثالثة من المادة النص على حق الزوجة في الاعتراض على إنذار الزوج إياها بالعودة إلى مسكن الزوجية وذلك بطريق دعوى قضائية وعليه فلا يجوز من ثم للزوجة الاعتراض بطريق الطلب على عريضة أو نحو ذلك .

• كما لا يجوز دفع إنذار الزوج بمحض قيام الزوج به بالعودة إلى مسكن الزوجية كبديل عن إقامتها لدعوى اعتراض الطاعه حيث يعد نطاق هذه الدعوى هو المجال الوحيد لتثبت من خلاله الزوج عدم امتناعها عن الطاعه أو شرعيه خروجها عن الطاعة لأسباب ترجع إلى المسكن أو الزوج , كما يجوز لها أن تقيم الدليل أمام المحكمة التي تنتظر الاعتراض على عودتها إلى مسكن الطاعه عقب استلامها لإنذار الطاعة وقبل إقامتها لدعوى الاعتراض .

• وقد أوجب النص على الزوجة أن تقيم دعواها بالاعتراض على إنذار الطاعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلامها قانوناً لإنذار الزوج إياها بالدخول إلى طاعته مضافاً إليه ميعاد المسافة المنصوص عليه بالمادتين 16 و 17 من قانون المرافعات¹.

• فإذا أودعت الزوجة صحيفة دعوى الاعتراض بعد انقضاء مدة ثلاثين يوماً قضت المحكمة بعدم قبول الاعتراض شكلاً لرفعه بعد الميعاد².

• وميعاد الثلاثين يوماً من مواعيد السقوط إذا بانتهائه يسقط حق الزوجة في الاعتراض ولكون هذا الميعاد من مواعيد السقوط فهو من النظام العام يتعين على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها دون حاجة إلى التمسك به من قبل أي من الخصوم ، وهو أيضاً من المواعيد الناقصة التي يتعين أن يتم الإجراء خلالها وإلا بات الإجراء غير مقبول إذا ما تم بعد انقضائها .

• وتحتسب مدة الثلاثين يوماً اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ إعلان الإنذار وتنتهي بانتهاء آخر يوم من مدة الثلاثين يوماً .

• وإذا صادف آخر يوم لمدة الثلاثين يوماً عطلة رسمية امتد الميعاد إلى أول يوم عمل تطبيقاً للقواعد العامة .

¹ يلاحظ أن ميعاد الاعتراض كان في ظل أحكام القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 عشرة أيام ثم عدل بالزيارة إلى ثلاثين يوماً بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1985.

² نقض أحوال الطعن رقم 488 لسنة 64 ق - جلسة 2000/3/27 .

• وقضاء المحكمة بعدم قبول الاعتراض شكلاً لرفعه بعد الميعاد يمنع على المحكمة (محكمة أول درجة أو محكمة الاستئناف) التطرق لموضوع الدعوى سواء ما تعلق بصحة الإنذار أو بطلانه أو ما تعلق ببحث أوجه اعتراض الزوجة على الإنذار والتي تضمنتها صحيفة دعوى الاعتراض¹.

• وإذا قضت محكمة أول درجة بعدم قبول الاعتراض شكلاً لرفعه بعد الميعاد ثم ألغت محكمة الاستئناف حكم أول درجة للخطأ في احتساب مدة الاعتراض امتنع عليها التعرض للموضوع ووجب عليها إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوع الاعتراض إعمالاً للقواعد العامة في قانون المرافعات .

• وقد تكون الزوجة غير معلوم لها محل إقامة داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها كما قد تكون من المقيمين بالخارج لسبب أو لآخر ، وقد ظهرت في العمل مشكلة عملية تتمثل في كيفية احتساب ميعاد الثلاثين يوماً التي أجاز القانون للزوجة خلالها الاعتراض على إنذار الزوج إياها بالدخول إلى طاعته وذلك لكون إعلان الزوجة غير المعلوم لها محل إقامة أو المقيمة بالخارج إنما ينتج أثره القانونية طبقاً لما استقر عليه قضاء النقض من تاريخ تسليم صورة الإعلان للنيابة العامة فهل تحتسب مدة الثلاثين يوماً – في هاتين الحالتين – من تاريخ تسليم صورة إنذار الطاعة إلى النيابة العامة بصرف النظر عما إذا كان علم الزوجة قد اتصل حقيقياً وعلمت بالفعل بأمر هذا الإنذار وهو الأمر الذي برزت معه المشكلة في العمل متمثلة في كثرة الأحكام بفرض العديد من الاعتراضات شكلاً لقيام الزوجة بإيداع صحيفة الاعتراض بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً ولم يشفع لها بالطبع التمسك باحتساب الميعاد من تاريخ علمها بالفعل بالإنذار بدعوى أنها لم تعلم بأمر الإنذار إلا مصادفة والرأى عندي يتحصل في الآتي :

فبالنسبة للزوجة غير المعلوم لها محل إقامة داخل البلاد أو خارجها

• يتعين التقرير من حيث المبدأ أن قضاء النقض قد استقر على وجوب تطبيق قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما يتعلق – كقاعدة عامة – بكيفية إعلان دعوى الزوج لزوجته للدخول في طاعته² وعلى ذلك فإنه بالنسبة لإعلان إنذار الطاعة للزوجة غير المعلوم لها محل إقامة داخل البلاد وخارجها فإنه يتعين على الزوج القيام بتوجيه إنذار

¹ نقض أحوال الطعن رقم 488 لسنة 64 ق – جلسة 2000/3/27
² نقض أحوال الطعن رقم 326 لسنة 63 ق – جلسة 1998/3/30 .

الطاعة إلى الزوجة بالطريق المنصوص عليه في الفقرة العاشرة من المادة 13 من قانون المرافعات شريطة أن يشتمل الإنذار على آخر موطن معلوم للزوجة داخل البلاد أو خارجها فضلاً عن وجوب أن يشتمل الإنذار أيضاً على ما يفيد قيام الزوج بالتحريات الجدية النزيهة للوصول إلى موطن الزوجة¹ وتسليم الإنذار للنيابة العامة حيث ينتج الإنذار أثره منذ تسليم الصورة للنيابة العامة وبصرف النظر عن العلم الحقيقي للزوجة بأمر الإنذار ، وتحسب مدة الثلاثين يوماً التي يحق للزوجة خلالها الاعتراض على الطاعة منذ ذلك التاريخ وبصرف النظر عن التحقق من علم الزوجة الفعلي بإنذار الطاعة أو تسليمه إليها وهو أمر يبرره التأكد من عدم قدرة الزوج على معرفة محل إقامة الزوجة سواء داخل البلاد أو خارجها وما لا يسوغ تعطيل ممارسة حقه القانوني عليها لمجرد اختفائها وانقطاع أخبارها عنه.

وبالنسبة للزوجة المقيمة بالخارج

تنص الفقرة التاسعة من المادة 13 مرافعات على أن ما يتعلق بالأشخاص الذين لهم موطن معلوم في الخارج تسلم (الإعلانات) للنيابة العامة وعلى النيابة إرسالها لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية ويجوز أيضاً في هذه الحالة وبشرط المعاملة بالمثل تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التي يقع بها موطن المراد إعلانه كي تتولى توصيلها إليه ، وقد استقر الفقه وقضاء النقض على أن إعلان المقيم بالخارج في هذه الحالة ينتج أثره منذ تسليم صورة الإعلان للنيابة العامة اكتفاء من المشرع بالعلم الحكمي للمعلن إليه بالورقة المعلنة ، إلا أن قضاء النقض قد استقر أيضاً على تقرير استثناء خاصاً بفئة من الإعلانات ونظراً لأهميتها وما ترتبه من نتائج بالنسبة للمعلن إليه ومؤدى هذا الاستثناء عدم اعتبار الإعلان الذي يجرى به ميعاد في حق المعلن إليه قد تم إلا بتمام تسليم ذلك الإعلان لشخص المعلن إليه أو في موطنه وذلك حرصاً على وجوب توافر العلم الشخصي بالإعلان وفي القليل العلم الظني به² نظراً لأهمية الورقة المعلنة من حيث أنها يجرى بها ميعاد في حق المعلن إليه وقد ضربت محكمة النقض مثلاً لتلك الإعلانات بإعلان الحكم حيث يجرى به في حق المعلن إليه ميعاد الطعن فيه خلال المدة المقررة ، وقياساً على ذلك ولتوافر ذات العلة في خصوص إنذار الطاعة فإننا نرى أنه يعتبر من الأوراق التي يجرى بها ميعاد من حق المعلن إليه هو ميعاد الاعتراض عليه مما يتعين معه القول أن إنذار الطاعة الذي يقوم الزوج بإرساله إلى الزوجة لا يخرج عن كونه من الأوراق التي يجرى بها ميعاد في حق الزوجة وهو الميعاد الذي يحق للأخيرة خلاله الاعتراض على الإنذار المعلن

¹ محمد كمال عبد العزيز في التعليق على قانون المرافعات - ص 83 .
² نقض مدني جلسة 1982/1/13 - ص 95 - س 33 - الطعن رقم 931 لسنة 47 ق.

إليها من الزوج خلال المدة القانونية وذلك باعتبار أن ميعاد الاعتراض على الطاعة هو من حيث طبيعته القانونية من المواعيد الحتمية والناقصة شأن مواعيد الطعن في الأحكام والتي يجب أن يتم العمل خلالها أو على الأكثر قبل انقضاء اليوم الأخير منها وذلك تطبيقاً للمادة 15 مرفعات¹ وعلى ذلك فإنه يتعين أن يتم تسليم إنذار الطاعة المرسل إلى الزوجة المقيمة بالخارج إليها شخصياً أو تسليمه في موطنها طبقاً لنص المادة العاشرة من قانون المرافعات حيث لا ينتج هذا الإنذار أثره في حق الزوجة إلا منذ ذلك التاريخ وتحتسب مدة الثلاثين يوماً التي يحق للزوجة خلالها الاعتراض منذ تاريخ إعلانها بالإنذار لشخصها أو في موطنها ودون النظر إلى تاريخ تسليم الإنذار إلى النيابة العامة ويضاف إليها ميعاد المسافة القانوني .

• وقد ألزم المشرع الزوجة أن تبين في صحيفة دعوى الاعتراض الأسباب الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعة الزوج بحيث أنه إذا خلت صحيفة الاعتراض من تحديد هذه الأسباب تعين على المحكمة القضاء بعدم قبول الدعوى².

• وللزوجة أن تعترض على الدخول إلى طاعة الزوج لأسباب ترجع إلى مسكن الطاعة ذاته كعدم شرعيته لسبب أو لآخر كانشغاله بسكنى الغير أو عدم استيفاءه للأدوات الشرعية أو لأسباب ترجع إلى الزوج ذاته كعدم أمانته عليها نفساً أو مالياً بكافة أحوال عدم الأمانة كاعتدائه عليها ضرباً أو سباً أو استيلاءه على أموالها³ أو هجره إياها⁴، إلا أن امتناع الزوج عن الأنفاق لا يعد - في رأينا - من أسباب عدم الأمانة على المال إذ يكون للزوجة دفعه بالتقاضى .

• ومن أمثلة عدم أمانة الزوج على نفس الزوجة اعتدائه عليها ضرباً أو سباً أو دفعها لارتكاب المحرمات كمعاقرة الخمر أو مخالطة الرجال أو الظهور على الشواطئ عارية وكذا منعه للطعام عنها أو إتيانها في غير موضع الحرث أو اتهامها بارتكاب الجرائم⁵ أو هجره لها وغيابه عنها أو أى فعل يعتمد إنزاله بها ويضر بها على نحو لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها وفقاً لمفهوم الضرر في المادة 6 من القانون 25 لسنة 1929.

¹ الوسيط في قانون القضاء المدني - فتحى والى - طبعة 1980 - ص 419 وما بعدها.

² انظر المذكرة الإيضاحية للنص .

³ نقض أحوال - الطعن رقم 116 لسنة 55 ق - جلسة 1986/6/24.

⁴ وتشمل - في رأينا - كافة صور الضرر وفقاً لمفهوم المادة السادسة ، وراجع في اعتبار الهجر من قبيل عدم الأمانة حكم محكمة استئناف قنا - إعداد المؤلف - في الاستئناف رقم 69 لسنة 21 ق - جلسة 2002/11/12 .

⁵ نقض أحوال - الطعن رقم 431 لسنة 64 ق - جلسة 1999/12/21 .

- ومن أمثلة عدم أمانته على أموالها تبديده لأعيان جهاز الزوجية¹ أو سرقة أموالها وهكذا .
- ويكفى ثبوت عدم أمانة الزوج على نفس الزوجة فقط لحمل القضاء على عدم الإعتداد بإنذار الطاعة حيث لا يشترط عدم الأمانة على النفس والمال وعدم شرعية المسكن جميعها².
- ويجوز للزوج أن يوجه إلى الزوجة إنذار جديد بالطاعة كلما قضى نهائياً بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة السابق , وللزوجة أن تعترض على كل إنذار يوجه إليها ولا يجوز دفع الاعتراض اللاحق بعدم جواز نظره لسابقة الفصل فيه إلا إذا كانت أسبابه تطابق أسباب الاعتراض السابق .
- ويقع عبء الإثبات في دعوى اعتراض الطاعة على المعترضة إعمالاً لقاعدة أن المدعى هو المكلف بإثبات دعواه واليمين على من أنكر³.
- وتثبت عدم أمانة الزوج على الزوجة بكافة طرق الإثبات والتي من أهمها البنية الشرعية ، إلا أنه في هذه الحالة يتعين أن يتوافر النصاب الشرعي لها من "رجلين أو رجل وامرأتين"⁴.
- وقد تواترت أحكام محكمة النقض على عدم جواز إثبات أو نفى الأوجه الشرعية التي تستند إليها الزوجة في امتناعها عن طاعة زوجها ببينة سماعية وإنما يتعين أن تثبت المضارة ببينة أصلية⁵ بأن يعاين الشاهد بنفسه وقائع الاعتداء ضرباً أو سباً وأن يعاين بنفسه عدم شرعية المسكن أن كان .
- و قد تضمنت الفقرة الأولى من المادة محل التعليق بيان الأثر المترتب على امتناع الزوجة عن طاعة الزوج وذلك بالنص على وقف نفقة الزوجية المستحقة لها من تاريخ ذلك الامتناع .
- كما تضمنت ذات الفقرة تحديد الوقت الذي تعد فيه الزوجة ممتنعة عن الطاعة في حالة كون الامتناع اتخذ شكل هجر مسكن الزوجية فنصت على أن ذلك الوقت هو تاريخ

¹ نقض أحوال – الطعن رقم 101 لسنة 57 ق – جلسة 1988/4/19 .

² نقض أحوال – الطعن رقم 116 لسنة 55 ق – جلسة 1986/6/24 .

³ نقض أحوال – الطعن رقم 55 لسنة 59 ق – جلسة 1993/12/28 .

⁴ نقض أحوال – الطعن رقم 30 لسنة 57 ق – جلسة 1989/3/31 .

⁵ نقض أحوال – الطعن رقم 330 لسنة 64 ق – جلسة 1999/7/13 .

إعلان الزوج لها بالدخول إلى طاعته ، إلا أن الفقرة الثالثة من المادة نصت على تاريخ ثان لوقف نفقة الزوجة في حالة بعينها هي حالة عدم إقامة الزوجة الدعوى بالاعتراض فنصت على أنه إذا لم تتقدم الزوجة بالاعتراض الطاعة في الميعاد القانوني أوقفت نفقتها من تاريخ انتهاء مدة الثلاثين يوماً المحددة للاعتراض بما بات معه الأمر ينطوى على حالتين الأولى إذا رفعت الزوجة دعوى الاعتراض ورفضت دعواها ، أوقفت النفقة من التاريخ الذى وجه فيه الزوج إليها إنذار الطاعة والحالة الثانية هي حالة امتناع الزوجة عن إقامة دعوى اعتراض الطاعة أو إقامتها ولكن بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً المحدد لرفعها صار وقف النفقة من تاريخ انتهاء مدة الثلاثين يوماً المحددة للاعتراض¹.

● إلا أنه ولما كان فقه مذهب الإمام مالك – المصدر الشرعى للمادة محل التعليق – يجمع على أن خروج الزوجة على طاعة زوجها مسقطاً لنفقتها عليه وأن هذا السقوط يزامن وقت النشوز فقد بات لازماً تأويل النص محل التعليق على نحو يتوحد معه ميعاد وقف نفقة الزوجة في حالة امتناعها عن طاعة الزوج سواء كان امتناعها عن الطاعة امتناعاً اعتبارياً بعدم اعتراضها على إنذاره إياها بالدخول إلى طاعته أو فعلياً باعتراضها ورفض دعواها سواء لرفعها بعد الميعاد المضروب لها أو لعدم نجاحها فى إثبات دعواها ومن هذا المنطلق فإننا نرى أنه لما كان امتناع الزوجة عن طاعة الزوج يستلزم إجراءين مرتبطين يعتبران ركيزتين يقوم عليهما اصطلاح الخروج أو مفهومه ، أحدهما من الزوج هو إرساله إنذار إلى الزوجة² وثانيهما من الزوجة هو امتناعها عن الاستجابة لذلك الإنذار – وهذا الامتناع إما أن يتبلور فى موقف سلبي من الزوجة بإهمال إنذار الزوج دون اتخاذ إجراء قانوني تجاهه أو فى موقف إيجابي باستخدام الحق الذى أعطاه المشرع إياها بالاعتراض على ذلك الإنذار بطريق الدعوى المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة فإن هي اتخذت الموقف الأول أوقفت نفقتها على الزوج لثبوت خروجها على الطاعة بتمام الإنذار وعدم الاعتراض ، وإذا كان لا يسوغ القول بثبوت عدم اعتراض الزوجة على إنذار الطاعة باعتباره أحد الركيزتين التى يقوم عليهما اصطلاح الخروج على الطاعة أو مفهومه إلا بعد انقضاء المدة الممنوحة لها للتقدم خلالها باعتراضها وهي مدة الثلاثين يوماً المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة فإن وقف النفقة المستحقة لها على الزوج باعتباره الأثر المباشر لذلك لا يعتد به إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من المدة المذكورة دون أن تودع الزوجة قلم كتاب المحكمة المختصة

¹ راجع المذكرة الإيضاحية للنص وراجع أيضا مبادئ القضاء المدنى – فتحى والى – طبعة 1974 – ص 136.

² والدعوة فى حد ذاتها إجراء موضوعيا لقيام الحكم عليه وهو الامتناع .

صحيفة الدعوى بالاعتراض على إنذار الطاعة ، وعند تحقق ذلك وحده يجوز الحديث عن وقف نفقة الزوجة الذى يرتد إلى التاريخ الذى تم فيه إنذارها بالطاعة وهو ما قررته المذكرة الإيضاحية للنص فى فقرتها الخامسة بقولها "وقرر النص أن النفقة توقف منذ تاريخ إعلان الزوج إلى الزوجة بالعودة إلى المسكن..".

• أما إذا اتخذت الزوجة موقفاً إيجابياً من إنذارها وذلك بأن بادرت باستخدام حقها فى إقامة دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة¹ أمام المحكمة المختصة فإن نفقتها توقف من تاريخ الإعلان لأن النفقة توقف من تاريخ امتناع الزوجة عن طاعة زوجها – ويكشف هذا الامتناع عدم عودتها إلى منزل الزوجية بعد دعوة الزوج لها – وليس من تاريخ انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً المحددة لاعتراضها ، لأنه بانقضاء هذه المدة المحددة للاعتراض تكشف الزوجة عن عدم رغبتها فى طاعة زوجها وأنه ليس لديها مبرر للامتناع عن طاعته وأن مسكن الزوجية مستوف للأوجه الشرعية . أما إذا قضت المحكمة بقبول الاعتراض شكلاً وموضوعاً وبعدم الاعتداد بالإنذار الموجه من الزوج إلى الزوجة ففى هذه الحالة يكون الحكم الصادر قد كشف عن طاعة الزوجة للزوج بما يتأكد به حقها فى استمرار نفقتها عليه .

حاصل الأمر إذن

• إن ظاهر صياغة الفقرتين الأولى والثالثة من المادة محل التعليق وإن كان يوحى بأن المشرع قد اعتمد أكثر من توقيت يبدأ منه وقف نفقة الزوجة على الزوج فى معرض الحديث عن نشوزها وخروجها على طاعته وهو ما قد توحى به عبارات المذكرة الإيضاحية للنص فى هذا الخصوص إلا أن تطبيق قواعد التفسير فى إطار النظرية العامة للأحكام القضائية ينتهى إلى التقرير بأن المشرع الوضعى لم يخرج على ما استقر عليه رأى الراجح لدى متقدمى فقهاء الشريعة الإسلامية ومتأخريهم من أن وقف نفقة الزوجة الناشئة على الزوج باعتباره جزاء على خروجها على طاعته وتقويتها حقه فى احتباسها إنما يجب من تاريخ خروجها على الطاعة والذى يتحقق – مما سبق بسطه – من تاريخ إنذار الزوج للزوجة بالعودة إلى طاعته فى جميع الأحوال وبصرف النظر عن الموقف الذى تتخذه الزوجة من ذلك الإنذار سواء بعدم استخدام حقها فى الطعن عليه بطريق الاعتراض أو باتخاذ ذلك السبيل بعد الميعاد المقرر أو برفض اعتراضها موضوعاً ، وأن ما نصت عليه

¹ تعد دعوى اعتراض الطاعة من الدعاوى التقريرية السلبية التى ترمى إلى التقرير بعدم خروج الزوجة على طاعة الزوج ، يراجع فى تفصيل ذلك مؤلف قانون القضاء المدنى للدكتور فتحى والى – طبعة 1974 – ص 132 وما بعدها ويذهب إلى أن منها دعوى نفى النسب والتى يجوز إقامتها ولو لم توجد رابطة قانونية أو مركز قانونى بل مجرد واقعة طالما وجد نص قانونى تستند إليه .

الفقرة الثالثة من المادة المذكورة من أنه يعتد بوقف النفقة من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به الزوجة في الميعاد وما جاء بالملذكرة الإيضاحية من أنه إذا لم تعترض الزوجة في الميعاد المقرر صار وقف النفقة حتماً من تاريخ انتهاء الميعاد إنما يقصد به أنه عند عدم اعتراض الزوجة يتأكد وقف النفقة من تاريخ الإعلان لأنه في حالة اعتراضها يؤجل إيقاف نفقتها لحين الفصل في دعوى الاعتراض وفي حالة القضاء برفض دعواها فإن النفقة توقف من تاريخ الإعلان وليس من تاريخ الحكم إعمالاً لصريح نص الفقرة الأولى من المادة من أن النفقة توقف من تاريخ الامتناع ودليله عدم عودة الزوجة لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج بذلك الإعلان.

• وعلى ذلك فإن نفقة الزوجة الممتنعة عن طاعة زوجها توقف من اليوم التالي لإعلانها على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها إذا لم تعترض في الميعاد أو قضى برفض دعوى اعتراضها ، أما إذا أثبتت ما إدعته في دعوى اعتراضها فإن امتناعها عن طاعة زوجها يكون بحق ولا توقف نفقتها¹.

• ويتعين الإشارة إلى أن الأصل أن نشوز الزوجة وخروجها على الطاعة يسقط النفقة من وقته وكذا النفقة السابقة عليه²، فإذا عادت الزوجة إلى مسكن الزوجية بعد النشوز يثبت حقها في النفقة ولا تحتاج إلى فرض جديد ، وتحقق عودتها إلى الطاعة بدعوى تقيمها الزوجة تطلب فيها الحكم بثبوت إقلاعها عن معصية النشوز وتقديم الدليل بالشهود على عودتها للمسكن واستئناف الحياة الزوجية ورفض الزوج قبول عودتها , إلا أنه طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة فإن وقف النفقة يبدأ من تاريخ الامتناع مما مفاده عدم سقوط النفقة المستحقة عن فترة ما قبل النشوز وأن وقفها قاصر على فترة النشوز فقط دون النفقة المستحقة عما قبلها .

• وإذا أفلعت الزوجة عن معصية النشوز فلا يجوز لها المطالبة بما أنفقته على نفسها إلا إذا كانت قد استدانته بأمر الزوج أو القاضى .

• ويتعين الإشارة إلى أنه إذا تنازل الزوج عن إنذار الطاعة فإن مؤدى ذلك هو زوال خصومة دعوى الاعتراض عليه إلا أنه إذا كان هناك طلباً بالتطبيق مطروح على المحكمة

¹ راجع تقرير هيئة مفوضى المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 18 لسنة 14 دستورية - إعداد المؤلف - مايو 1994 .

² بدران أبو العينين في الزواج والطلاق في الإسلام - ص 156 وما بعدها - طبعة 1957 وعبد الرحمن تاج في الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - طبعة 1955 - ص 215 .

سواء ضمن صحيفة دعوى الاعتراض أو أبدته الزوجة شفاهه بالجلسات ظل هذا الطلب مطروحاً على المحكمة متعيناً الفصل فيه¹.

• والأصل أن للزوج شرعاً أن يقوم بتغيير مسكن الزوجية كلما رأى ذلك وطبقاً لمقتضيات حياته المعيشية والأصل أيضاً أن تتبعه الزوجة في ذلك ما لم يكن الأمر مشوباً بالتعسف من جانبه².

• وقد يقوم الزوج بالنظر أمام المحكمة أثناء نظر دعوى الاعتراض - شفاهه أو بمذكرة - بأنه قد هياً للزوجة مسكناً للطاعة غير ذلك الذى أوردته بإنذار الطاعة المعلن منه إليها والذي قامت بالاعتراض عليه وذلك بقصد هدم المطاعن التى تنعى بها الزوجة على المسكن الذى أنذرهما الزوج بطاعته فيه ، والرأى عندنا أن للزوجة فى هذه الحالة تعديل أسباب اعتراضها إلى المسكن الجديد إذا كان لها ثمة اعتراض عليه ، فضلاً عن حقها فى الاعتراض على شخص الزوج فيما يتعلق بعدم أمانته على نفسها وأموالها خاصة وأن إنذار الطاعة قد جاء مستوفياً شروطه القانونية عند إرساله للزوجة باشتماله على بيان مسكن الزوجية وما قيام الزوج بتعديل مسكن الطاعة سوى من قبيل تعديل الطلبات فى الدعوى - إلا أن بعض الأحكام القيمة ذهبت إلى أن على المحكمة فى هذه الحالة القضاء بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة المعلن من الزوج إلى الزوجة لخلوه من بيان مسكن الطاعة الذى يدعو الزوج زوجته لطاعته فيه على سند من أن قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 نص على طريقاً محدداً لدعوة الزوج لزوجته للدخول فى طاعته وذلك بمقتضى إنذار يرسله إليها طبقاً للشروط والضوابط الواردة بالمادة 11 مكرر ثانياً منه كما استلزم أن يتضمن هذا الإنذار بيان مسكن الطاعة باعتباره بياناً جوهرياً حتى تتمكن الزوجة من توجيه اعتراضاتها عليه أن شاءت بمقتضى دعوى الاعتراض وأن قيام الزوج بالتنازل عن المسكن المبين بالإنذار وتمسكه بالمسكن الجديد الوارد بطلبه الشفهى أو بمذكرة دفاعه إنما يعنى فقدان إنذار الطاعة لأحد شروط صحته والاعتداد به وهو خلوه من بيان مسكن الطاعة كما استلزم نص المادة 11 مكرر ثانياً .

¹ نقض الطعن رقم 426 لسنة 65 ق - جلسة 2000/4/24 .
² عمر عبد الله فى أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية - طبعة 1968 - ص 367 ، وأنظر المادة (144) مرافعات وهي واجبة التطبيق فى رأينا فى حالة تنازل الزوج عن إنذار الطاعة كلية ، وراجع الحكم رقم 1422 لسنة 1988 شرعى كلى الإسكندرية - جلسة 1991/6/30 .

• وقيام الزوج بالتنازل عن المسكن الوارد بإنذار الطاعة وتقريره أثناء نظر الدعوى تهيئة مسكناً آخر غيره لا يعد طلباً عارضاً طبقاً لمفهوم الطلبات العارضة المنصوص عليها بالمادة 125 مرافعات وإنما لا يعدو أن يكون دفعاً موضوعياً لا تلتزم المحكمة بالرد عليه في حكمها وإذا كان المشرع قد حدد طريقاً معيناً لدعوة الزوجة للدخول في الطاعة وهو قيام الزوج بتوجيه إنذار إليها متضمناً بيان مسكن الطاعة فأنه يتعين على الزوج أن يقوم بتوجيه إنذار جديد إلى الزوجة يضمنه بيان مسكن الطاعة الجديد حتى يكون للزوجة فرصة الاعتراض عليه بدعوى جديدة ، وعلى ذلك يكون الزوج بتبديله مسكن الطاعة بطلب شفهي أو بمذكرة بدفاعة قد سلك في دعوة الزوجة لطاعته غير الطريق الذي رسمه القانون مما يتعين معه الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة المطروح.

• وقد أعطى نص المادة 11 مكرر ثانياً للزوجة الحق في طلب التطلق بمناسبة إقامتها دعوى الاعتراض على إنذاره إياها بالدخول إلى طاعته إذ تضمن عجز المادة المذكورة النص على أنه "إذا تبين للمحكمة أن الخلاف بين الزوجين مستحکم وطلبت الزوجة التطلق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من القانون".

• وطلب الزوجة التطلق على الزوج بمناسبة دعواها المرفوعة بالاعتراض على إنذاره إياها بالطاعة قد تضمنه المدعية صحيفة دعوى اعتراض الطاعة بحيث تنطوي الصحيفة على طلبين أولهما عدم الاعتداد بإنذار الطاعة وثانيهما التطلق¹، وقد تبديه الزوجة ليس ضمن صحيفة دعوى الاعتراض وإنما أمام المحكمة شفاهة بإثباته بمحضر الجلسة خلال تداول دعوى اعتراض الطاعة أمامها .

• ففي الحالة الأولى وهي حالة تضمين صحيفة دعوى اعتراض الطاعة طلبى عدم الاعتداد بإنذار الطاعة والتطلق يجب على المحكمة أن تنتظر لكل من الطلبين نظرة مستقلة² بمعنى أنه إذا كانت دعوى الاعتراض قد رفعت بعد الميعاد المقرر لها وهو ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان المعارضة بإنذار الطاعة مضافاً إليه ميعاد المسافة المنصوص عليه في المادتين 16 و 17 من قانون المرافعات – على ما تقدم القول – وجب الحكم برفض طلب اعتراض الطاعة لرفعه بعد الميعاد القانونى ثم المضى فى نظر طلب التطلق وفقاً للسبب

¹ يجرى قضاء النقض على أن تضمين الدعوى طلبين يختلف أحدهما عن الآخر يعتبر معه كل منهما دعوى مستقلة (راجع نقض مدني جلسة 1983/3/28 – الطعن رقم 542 لسنة 48 ق).

² نقض أحوال الطعن رقم 131 لسنة 57 ق – جلسة 1989/6/20 .

الذى تستند المعارضة إليه أى سواء كان تطبيق للضرر وفقاً للمادة السادسة من القانون أو للغياب وفقاً للمادة 12 منه أو للسجن أو للعيب وهكذا وتقضى فيها طبقاً لأدلة الإثبات المقدمة.

• إلا أنه إذا كان طلب التطبيق يستند إلى الضرر المنصوص عليه في المادة السادسة من القانون فيتعين القضاء في الدعوى وفق إجراءات الإثبات المعتادة دون اتخاذ إجراءات التحكيم باعتبار أن طلب التطبيق يستند إلى غير الشقاق وإن كان يستند إلى المادة السادسة فهو لا يمثل تكراراً للشكوى فإذا اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من القانون - خطأ منها - كان التقرير الذى يقدمه المحكمون إلى المحكمة ورقة من أوراق الدعوى أى عنصراً من عناصر الإثبات يخضع لتقدير المحكمة بحيث أنه إذا أرتكبت المحكمة عليه فى قضائها فإننا نرى وجوب أن يسانده قرائن أخرى فى الدعوى .

• وإذا كان طلب التطبيق الوارد بصحيفة دعوى اعتراض الطاعة يستند إلى المادة السادسة ويمثل تكراراً للشكوى على النحو المنصوص عليه فى المادة المذكورة أى سبقتة دعوى تطبيق مرفوضة وعجزت المدعية (المعارضة) عن إثبات طلبها وجب على المحكمة اتخاذ إجراءات التحكم فى الطلب والقضاء فيها وفق ما تسفر عنه إجراءات الإثبات¹.

• وإذا ضمنت المعارضة صحيفة دعوى اعتراض الطاعة طلب تطبيق وأفصحت فى عبارة صريحة أنه تطبيق للشقاق استناداً إلى المادة 11 مكرر ثانياً وجب على المحكمة الفصل فى طلب الاعتراض "عدم الاعتداد بإنذار الطاعة" ورفض طلب التطبيق ذلك أن طلب التطبيق لا يستند فى هذه الحالة لأحد الأسباب المبيحة للتطبيق والمنصوص عليها فى القانون كما وأن المشرع وقد رسم طريقاً محدداً لطلب التطبيق للشقاق هو طلبه من خلال دعوى اعتراض الطاعة وشريطة ثبوت استحكام الخلاف بين الزوجين فلا يقبل طرح هذا الطلب على المحكمة - فى رأينا - إلا من خلال الطريق الذى رسمه القانون خاصة وأن طلب التطبيق للشقاق فى هذه الحالة وقد تضمنته صحيفة دعوى الاعتراض بما يعد معه طلباً مستقلاً لا يدخل - كما سلف القول - ضمن الحالات التى يجوز فيها طلب التطبيق والمنصوص عليها فى القانون على سبيل الحصر وليس من بينها التطبيق للشقاق ، فضلاً

¹ راجع المادة 3/19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وراجع نقض أحوال الطعن رقم 445 لسنة 64 ق - جلسة 2000/1/25

عن أن طلب التطلق للشقاق قد لا يستند إلى سبب محدد يرجع إلى الزوج المعترض ضده بل قد يكون بلا سبب بالمرّة أو لسبب يرجع إلى المعترضة ذاتها¹.

أما في الحالة الثانية : وهي حالة طلب المعترضة للتطلق أثناء نظر دعوى اعتراض الطاعة ومن خلالها وجب على المحكمة الفصل في الطلبين المطروحين عليها وهما طلب عدم الاعتداد بإنذار الطاعة وطلب التطلق للشقاق سواء كانت دعوى الاعتراض مقبولة شكلاً لرفعها خلال الميعاد أو غير مقبولة وسواء ظل طلب الاعتراض على إنذار الطاعة قائماً أو تنازلت المعترضة عنه.

فإذا كان طلب الاعتراض مقدم خلال الميعاد المقرر (الثلاثين يوماً) وطلبت الزوجة التطلق للشقاق أثناء نظر دعوى الاعتراض وجب على المحكمة عرض الصلح على الطرفين² فإذا قبلته المعترضة قضت المحكمة برفض الاعتراض دون أن يشمل هذا القضاء طلب التطلق، أما إذا رفضته المعترضة وجب على المحكمة اتخاذ إجراءات التحكيم³ ودون الالتزام بالحكم طبق ما ينتهي إليه المحكمون من رأى في التقرير الذى يقدمونه إلى المحكمة⁴، فإذا اختلف المحكمون على النحو المنصوص عليه في المواد من 7 إلى 11 من القانون أو لم يقدموا التقرير اتخذت المحكمة إجراءات الإثبات في الدعوى للوقوف على مدى أحقية المعترضة في طلباتها .

● أما إذا كانت المدعية قد أقامت دعوى بطلب التطلق للضرر استناداً إلى المادة السادسة وطلبت التطلق من خلال دعوى أخرى أقامتها بالاعتراض على طلب الزوج لها في الطاعة بموجب إنذار بالطاعة وجهه إليها كان للمحكمة ضم الدعويان دون أن يفقد كلاً منهما استقلالها لاختلاف السبب في كلا منها إذ هو في الأولى الضرر بينما في الثانية الشقاق فإن أقامت المدعية في الدعوى الأولى الدليل على الضرر قضت المحكمة بالتطلق ورفض الطلب المقدم في الاعتراض بالتطلق للشقاق لاستيفاء المدعية في الدعويين غرضها أما إذا رفضت المحكمة دعوى الطلاق للضرر وجب عليها المضى في نظر طلب الطلاق

¹ وقد ذهبت محكمة النقض في هذا الشأن مذهباً مغايراً حيث اعتبرت أن طلب التطلق يعد مطروحاً في الدعوى يتعين الفصل فيه سواء ورد الطلب به ضمن صحيفة دعوى الاعتراض أو تم إبداءه خلال نظر الدعوى وسواء ظل طلب الطاعة قائماً أو تم التنازل عنه أو رفضه شكلاً أو موضوعاً (أنظر الطعن رقم 611 لسنة 65 ق - جلسة 2000/12/19 - الطعن رقم 732 لسنة 68 ق - جلسة 2002/3/9) .

² راجع أحكام وقواعد الصلح - التعليق على المادة السادسة والمادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
³ ويجب أن يصدر قبول الصلح أو رفضه من الزوجين شخصياً أو من وكيل مفوض في الصلح بموجب سند وكالة يبيح له الصلح .

⁴ راجع المادة 3/19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية .

للتشاق واتخاذ إجراءات التحكيم إعمالاً لقاعدة أن ضم الدعويين المختلفان في السبب لا يفقد أى منهما استقلالها¹.

• وإذا تبين سبق إقامة المعارضة لدعويان بالتطبيق للضرر وفقاً لمفهوم المادة السادسة من القانون واتخذت في ثانيهما إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من القانون وانتهى الأمر إلى رفضها لا يحول دون المعارضة وطلب التطبيق للتشاق عملاً بالمادة 11 مكرر ثانياً من خلال اعتراض الطاعة واتخاذ إجراءات التحكيم فيها بدعوى عدم جواز نظر الطلب لسبق الفصل فيه في الدعوى الثانية بالتطبيق للضرر و السابق اتخاذ إجراءات التحكيم فيها وذلك لاختلاف السبب في كل من الدعويين².

• أما إذا طلبت المعارضة من خلال دعوى اعتراض الطاعة التطبيق على المعارض ضده لسبب آخر غير الشقاق أى استناداً إلى غير المادة 11 مكرر ثانياً من القانون وجب على المحكمة الفصل في الطلبين على ما تقدم القول³ لتوافر الارتباط على ما يذهب قضاء محكمة النقض بينهما في حالة تصريح المحكمة للمدعية بتقديمه إعمالاً للفقرة الرابعة من المادة 124 مرافعات⁴ إلا أن ذلك لا يخل بما هو مقرر من اختلاف دعوى الطاعة عن دعوى التطبيق سبباً وموضوعاً⁵.

• ويجوز للمعارضة تعديل طلباتها في دعوى الاعتراض إلى طلب التطبيق على الزوج للضرر بدلاً من طلب التطبيق للتشاق السابق لها إبداءه خلال نظر دعوى الاعتراض وفي هذه الحالة تعتبر المعارضة متنازلة عن اعتراض الطاعة ووجب على المحكمة نظر الطلب الجديد وفقاً للقواعد العامة باعتباره قد أضحى الطلب الوحيد المطروح على المحكمة⁶.

¹ نقض الطعن رقم 298 لسنة 62 ق - جلسة 1996/12/16 .

² نقض الطعن رقم 459 لسنة 64 ق - جلسة 1999/5/24 .

³ بجرى قضاء النقض على اختلاف دعوى الطاعة عن دعوى التطبيق موضوعاً وسبباً لاختلاف المناط في كل إذ بينما تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب إقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية تقوم الثانية على إدعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما - راجع نقض أحوال شخصية الطعن رقم 86 لسنة 60 ق - جلسة 1993/6/15 .

⁴ راجع نقض أحوال الطعن رقم 41 لسنة 64 ق - جلسة 1994/11/22 حيث ذهب إلى قبول مثل ذلك الطلب وتحقيقه والحكم فيه دون تحكيم واستناداً للبنية الشرعية .

⁵ راجع نقض أحوال الطعن رقم 106 لسنة 57 ق - جلسة 1994/12/27 .

⁶ نقض الطعن رقم 459 لسنة 64 ق - جلسة 1999/5/24 .

• فإذا أصدرت المحكمة حكمها فى الاعتراض غير المقترن بطلب التطلاق لصالح الزوجة يتعين أن يتناول مضمونه قبول الاعتراض شكلاً وفى الموضوع عدم الاعتداد بإنذار الطاعة المعلن من الزوج أو رفضه حيث يلزم أن تفصل المحكمة فى أمره .

• أما إذا ثبت للمحكمة أن أسباب امتناع الزوجة عن طاعة الزوج واهية حكمت برفض الاعتراض وتوقف نفقتها على الزوج من تاريخ اليوم التالى لتوجيه إنذار الطاعة إليها واستلامها إياه قانوناً إذ أنه بالحكم برفض الاعتراض يكون قد تكشف نشوز الزوجة وهذا النشوز يرتد إلى تاريخ الإنذار وما الميعاد الممتد لثلاثين يوماً سوى مهلة أعطيت للزوجة لتتخذ خلالها الإجراءات القانونية للاعتراض أن شاءت ، ويكون للزوج فى هذه الحالة مطالبة الزوجة بأن ترد إليه ما عساها تكون قد تقاضته منه من نفقة خلال الفترة السابقة على الحكم ضدها نهائياً برفض الاعتراض وذلك بدعوى استرداد ما دفع بغير حق اعتباراً من تاريخ اليوم التالى لتوجيه إنذار الطاعة إليها .

• ويتعين الإشارة إلى إحدى المشكلات العملية التى تطرح نفسها فى العمل بمناسبة تطبيق نص المادة 11 مكرر ثانياً من القانون وتثور تلك المشكلة حين تقوم الزوجة برفع دعوى تطليق للضرر استناداً إلى المادة السادسة مثلاً لأول مرة تتبعها بدعوى الاعتراض على إنذار الطاعة الذى يكون الزوج قد وجهه إليه ، ولا تثار المشكلة إذا ما ضمنت الزوجة صحيفة دعوى الاعتراض بالإضافة إلى طلب الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة طلب الحكم بالتطبيق حيث لا على المحكمة فى هذه الحالة إذا ما سارت فى الإثبات دون اللجوء إلى طريق التحكيم¹ الأمر الذى يكون للمحكمة فى هذا الفرض ضم الدعويان كل منهما إلى الأخرى والسير فى إجراءات الإثبات ، كما أن المشكلة لا تثار أيضاً إذا ما كانت دعوى التطليق للضرر قد رفعت للمرة الثانية بعد سبق رفض دعوى أولى للزوجة وعلى نحو تمثل الدعوى الثانية تكراراً للشكوى وفقاً لمفهوم المادة السادسة من القانون وقيام الزوجة بإضافة طلب التطليق أثناء نظر دعوى اعتراض الطاعة دون أن يكون الطلب الأخير مدرجاً بصحيفة دعوى الاعتراض إذ فى هذه الحالة وجب على المحكمة اتخاذ إجراءات التحكيم فى الدعويان الأمر الذى يكون معه للمحكمة الأمر بضم الدعويان كل منهما للأخرى ، وبعث حكماً فىهما على النحو الوارد بالمواد من 7 إلى 11 من القانون ، إلا أن الأمر يدق حيث تقيم الزوجة الدعوى بطلب التطليق للضرر لأول مرة ثم تقيم دعوى اعتراض على إنذار الطاعة وتضيف طلب التطليق أثناء تداول الدعوى الأخيرة أمام المحكمة دون أن يكون

¹ نقض أحوال - الطعن رقم 131 لسنة 57 ق - جلسة 1989/6/20 .

الطلب بالتطليق مثبتاً في صحيفة دعواها إذ في هذه الحالة تختلف إجراءات إثبات كل دعوى عن الأخرى ذلك أنه في دعوى الطلاق للضرر لا يجوز إثباتها بطريق التحكيم حيث أن سلوك هذا الطريق يعد أمراً وجوبياً في الدعوى الثانية والرأى عندى أن على المحكمة في مثل تلك الحالة عدم ضم الدعويان كل منهما إلى الأخرى ، والفصل في كل منها على حدة فإذا قضى في دعوى الطلاق للضرر بالتطليق بحكم نهائى تعين القضاء في الدعوى الأخرى بانتهائها لانقضاء الزوجية ، أما إذا قضى برفض دعوى الطلاق للضرر بحكم نهائى تعين الاستمرار في نظر دعوى الطلاق من خلال دعوى الاعتراض باعتبار أن الزوجية مازالت قائمة ولا يمكن القول في هذه الحالة بأن ما سينتهى إليه الحكم من تطليق للطرفين إذا اعتمدته المحكمة سيؤدى إلى صدور حكمين متعارضين ، وذلك لاختلاف السبب الذى يبنى عليه كل من الحكمين إذ في الأول يكون السبب هو الأذى بمعناه المادى من ضرب أو سب أو هجر أو نحوه ، بينما هو في الثانى مجرد لشقاق دون اشتراط توافر أى من الأسباب التى يستند إليها الحكم الأول .

• ودعوى اعتراض الزوجية على زوجها بالدخول في طاعته هي من دعاوى الزوجية حال قيامها لما هو مقرر من أنه لا يجوز توجيه إنذار للمرأة بالدخول في الطاعة إلا من الزوج وفي زوجية قائمة كما أنه لا وجه لاعتراض المنذر إليها على إنذار الطاعة إلا إذا كانت زوجة وفي زوجية قائمة حيث تنتظم المادة المطروحة أمر التداعى بشأن الطاعة فيما بين الأزواج , وعلى ذلك فإذا انقضت عرى الزوجية بين الطرفين رضاء أو قضاء انتفى موجب أعمال حكم المادة 11 مكرر ثانياً لانقضاء رابطة الزوجية .

إلا أن قاعدة اعتبار دعوى اعتراض الطاعة من دعاوى الزوجية حال قيامها قد تثير بعض المشكلات العملية تتمثل في الفروض التالية.

الأول : أن تطلق الزوجة المعترضة على إنذار الزوج لها بالدخول في طاعته بإرادة الزوج المنفردة طلاقاً رجعياً , وتقدم الزوجة المعترضة للمحكمة ما يدل على تطليقها على الزوج ، رجعياً وتقر بعدم انقضاء عدتها وهو مايعنى أن الزوجية لازالت قائمة حكماً حيث يكون للزوج المعترض ضده أن يراجعها إلى عصمته وفي هذه الحالة وجب الاستمرار في نظر دعوى اعتراض الطاعة والحكم فيها طبقاً لما تسفر عنه إجراءات الإثبات المقدمة .

الثانى : أن تقر المعترضة أن عدتها قد أنقضت من الطلاق الرجعى بما يعنى انقضاء الزوجية بزوال الملك والحل كلاهما حيث يتعين – في هذه الحالة - الحكم بعدم

الاعتداد بإنذار الطاعة حيث لا إنذار ولا اعتراض بين غير زوجين إعمالاً لقاعدة أنه لاطاعة لمطلقة لمن طلقت عليه¹.

الثالث : أن تقدم المعارضة مايدل على صدور حكم قضائي غير نهائي بتطليقها على المعارض ضده , وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة تأجيل دعوى الاعتراض إلى حين إنتهاء ميعاد الطعن على الحكم الصادر بالتطليق, ثم القضاء بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة إلا إذا تم إلغاء الحكم الصادر بالتطليق حيث تستمر المحكمة فى نظر دعوى الاعتراض لاستمرار الزوجية .

الرابع : أن تقدم المعارضة إلى المحكمة حكماً قضائياً نهائياً بتطليقها على المعارض ضده حيث يتعين على المحكمة فى هذه الحالة الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة إعمالاً لذات القاعدة القائلة بأنه لاطاعة لمطلقة لمن طلقت عليه .

الخامس : أن يكون طلب الطلاق مطروحاً على محكمة الاعتراض فإن هى قضت بالطلاق فإن هذا القضاء يقيدها باعتبار إنها المحكمة التى أصدرته ولو لم يكن قد أضحى نهائياً بعد² ووجب عليها أن تقضى بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة إعمالاً لقاعدة أنه لا طاعة لمطلقة لمن طلقت عليه.

• وقد استقر قضاء محكمة النقض على أنه إذا تنازل الزوج عن إنذار الطاعة يترتب عليه زوال خصومة طلب الاعتراض إلا أنه إذا كانت الزوجة قد طلبت التطليق فإن الطلب الأخير يظل مطروحاً على المحكمة التى يتعين عليها الفصل فيه³.

• وقد أوجب النص على المحكمة عند نظر الاعتراض سواء تضمن طلباً بالتطليق أو اقتصر على طلب الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة أن تعرض الصلح على طرفى الدعوى وهو إجراء وجوبياً يترتب على إغفاله بطلان الحكم⁴ فإذا ثبت للمحكمة أن للخصمأن أبناء واقترن الاعتراض بطلب التطليق وجب عرض الصلح مرتين على الأقل على أن يفصل بين المرة والأخرى مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً⁵

¹ نقض أحوال - الطعن رقم 72 لسنة 60 ق - جلسة 1993/12/28 .

² نقض الطعن رقم 500 لسنة 71 ق - جلسة 2003/10/20 .

³ نقض الطعن رقم 732 لسنة 68 ق - جلسة 2002/3/9 .

⁴ راجع التعليق على المادتين 6 و 11 مكرر ونقض أحوال شخصية الطعن رقم 53 لسنة 52 ق - جلسة 1984 / 2 / 21 وجلسة 1987 / 4 / 28 - الطعن رقم 43 لسنة 55 ق .

⁵ راجع المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

وذلك إعمالاً لحكم الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 ، إلا أن المدة الزمنية المذكورة لا تمثل سوى موعداً إجرائياً لا يترتب ثمة بطلان على مخالفته .

• ويتعين على المحكمة أن تضمن محاضر جلساتها ما يدل على قيامها بالسعي للصلح بين الزوجين وبيان الدور الذي قامت به المحكمة في هذا الخصوص فلا يكفي إثبات أن المحكمة عرضت الصلح وإنما يتعين كما تقدم أن يتضمن الحكم قيام المحكمة بالسعي للصلح وبيان ما اتخذته في هذا السبيل¹ إلا أنه يتعين الإشارة أيضاً إلى وجوب إعمال القاعدة القائلة بأن الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت وأن على من يدعى عدم مراعاتها إثبات ما يدعيه .

• وشرط عرض الصلح على أطراف الدعوى من الإجراءات الوجوبية التي يتعين على المحكمة القيام بها وإثبات حصولها بمحضر الجلسة وإلا كان الحكم باطلاً² ، إلا أنه إذا اقترن طلب الاعتراض بطلب تطليق فلا موجب لاتخاذ إجراء عرض الصلح إلا حال الانتهاء إلى الحكم بالتطليق أما إذا قضت المحكمة برفض طلب التطليق فلا يبطل الحكم ثبوت تخلف المحكمة عن عرض الصلح باعتبار أن هدف المشرع من ذلك الإجراء هو الحيلولة دون فسخ عرى الزوجية³ .

• وقد أوجبت المادة 2/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية – كما سبق القول - تكرار عرض الصلح مرتين في حالة طلب التطليق إذا كان للزوجين ولد على أن تفصل بين العرضين مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً ، كما سبق القول أن الميعاد المنصوص عليه في المادة المذكورة من المواعيد التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها البطلان .

• ويكفي عرض الصلح أمام أيٍّ من درجتى التقاضى بحيث يغنى عرضه في إحداهما عن عرضه في المرحلة الأخرى⁴ .

¹ راجع نقض أحوال الطعن رقم 377 لسنة 63 ق - جلسة 19 / 5 / 1998 وقارن نقض الطعن رقم 210 لسنة 60 ق - جلسة 31 / 5 / 1994 حيث يذهب إلى كفاية ثبوت عرض المحكمة للصلح على الطرفين دون اشتراط بيان ماهية مساعي المحكمة للصلح .

² راجع نقض أحوال الطعن رقم 101 لسنة 64 ق - جلسة 1998/12/28

³ راجع نقض أحوال الطعن رقم 101 لسنة 64 ق - جلسة 1998/12/28 .

⁴ راجع التعليق على المادة السادسة - ص 229 .

• فإذا كانت الزوجة قد طلبت التطلاق وتبين أن الخلاف بينهما مستحکم وجب على المحكمة أن تتخذ إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من القانون ، أما إذا لم تطلب الزوجة التطلاق فلا مجال لاتخاذ تلك الإجراءات¹.

• وجدير بالذكر أن مدى استحکام الخلاف بين الزوجين من عدمه مرجعه تقدير المحكمة ويمكن استنتاجه من كثرة الشكايات بين الزوجين مما يقدمه الزوجان عادة من أوراق في الدعوى أو استصدار الأحكام القضائية ضد كل منهما على الآخر أو من سبق إقامة الزوجة الدعوى بطلب الطلاق إلا أنه يتعين على المحكمة أن تبين الأسباب التي تستند إليها في استخلاص استحکام الخلاف، وإلا كان حكمها معيباً .

• وغنى عن البيان أن اتخاذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها بعجز هذه المادة هي إجراءات وجوبية يتعين على المحكمة اتخاذها وإلا اعتبر حكمها باطلاً².

• وقد أوجبت المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله فإن تقاعس أحدهما أو كلاهما عن تسمية الحكم أو تخلف عن حضور الجلسة التالية لجلسة التكليف بتسمية المحكم عينت المحكمة حكماً عنه مما مؤداه عدم جواز قيام المحكمة بتعيين المحكمين من غير أهل الزوجين مباشرة دون سبق إتاحة الفرصة للزوجين لترشيح محكم عنه وذلك لتصدير النص بلفظ الوجوب .

• وقد جرى العمل على قيام المحكمة بنسب الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحاكم بمقتضى المادة الرابعة من القانون رقم 1 لسنة 2000 للقيام بمهام التحكيم إلا أن ذلك يجب عدم السير فيه إلا في حالة تخلف الزوجين عن تسمية حكم من أهله أو تخلفه عن الحضور بالجلسة التالية لتكليفه .

• وعلى المحكمة إذا ما اتخذت إجراءات التحكيم أن تفصل في حكمها في أمر حقوق الزوجة المالية ، وهي إما أن تقضى بالتطلاق دون بدل تلزم به الزوجة أو ببذل مناسب أو مع إسقاطها حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها طبقاً للحالات المبينة بالمادتين 10 ، 11³ ومن الأحكام التي قضت بالتطلاق دون بدل الحكم رقم 2541 لسنة 1981 كلى جنوب

¹ راجع المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

² نقض أحوال - الطعن رقم 15 لسنة 51 ق - جلسة 1982/6/15 - س 33 .

³ راجع التعليق على المواد 7 و 8 و 9 و 10 و 11 .

القاهرة – بجلسة 1984/12/30 وفيه تقول المحكمة "حيث أنه وقد شهد شاهدي المعارضة باعتداء المعارض ضده عليها بالسب والضرب وقد اتفق الحكمين المبعوثين عن طرفي الدعوى على استحالة العشرة بينهما وأنه من المصلحة لهما التفريق بينهما إذ أصبحت كارهة للعودة لمنزل الزوجية بعد أن فشلا في الصلح بل والجمع بينهما توصلاً للصلح وتمسك المعارضة عن رفض مقابله واقتراحا التفريق مع حرمان المعارضة من حقوقها الشرعية فإن المحكمة وقد اطمأنت إلى ما انتهى إليه الحكمين خاصة وأنهما من أهل الخبرة في هذا المجال فمن ثم تقضى وفق اقتراحهما بالتفريق دون بدل".

ومن الأحكام التي قضت بالتطليق مع إسقاط كافة حقوق الزوجة المالية الحكم رقم 2219 لسنة 1981 كلى شمال القاهرة – جلسة 1985/1/1 وفيه تقول المحكمة "وحيث أنه استناداً على ما تقدم من نصوص شرعية ولما للشقاق بين الزوجين من آثار ضارة لا يقتصر مداها وينحصر خطرهما عليهما فحسب بل يتعداهما إلى المجتمع نفسه فيصيبه الخل ويهدمه الانحلال لذلك قرر المشرع الوضعى فى المواد من (6 مكرر ثانياً) إلى (18) من القانون رقم 25 لسنة 1929 الصادر بتقرير بعض أحكام الأحوال الشخصية أنه إذا طلبت الزوجة – حال نظر اعتراضها على دعوة زوجها لها الدخول فى طاعته – الطلاق وأحالت المحكمة الدعوى إلى حكمين لإصلاح ذات بينهما أو بيان المسيء منهما وماهية الإساءة واقتراحاتهما وتقديم تقرير بذلك فإن لم يتفقا بعثت إليهما بثالث فإن اختلفوا أو تقاعسوا عن إيداع تقريرهم فى الأجل الذى تضربه لهم سارت فى الإثبات فإذا استبان لها استحالة العشرة بين الطرفين ولم يتم على يدها إصلاح ذات بينهما وأصررت المدعية على طلب التطليق طلقتهما على زوجها طلاقاً بائناً مع إسقاط حقوقها المالية كلها أو بعض منها مع إلزامها بتعويض المطلق عليه متى كان لذلك مقتضى، وحيث أنه بإنزال ما تقدم على الدعوى الماثلة يبين أنه قد طلبت المدعية – فى صحيفة اعتراضها على إنذار المدعى عليه لها بالدخول فى طاعته – التطليق عليه فاتخذت المحكمة إجراءات التحكيم واختلف الحكمون فأحالت الدعوى للتحقيق واستمعت لشهادة الشهود الذين انعقد القول بينهم على استحالة العشرة بين طرفي الدعوى فإنه لما كان ذلك وكانت المدعية قد أصررت على طلب التطليق مع خلو أوراق دعواها مما يثبت الضرر الموجب له – وكان الشرع الحكيم قد أجاز للمرأة أن تفتدى نفسها من زوجها بمال تدفعه له تسقطه عنه عند وجود كره أو بغض يخشى معه إلا يقيما حدود الله ويضحى بقاء العلاقة الزوجية واستمرارها مصدراً للشقاق بين طرفيها ولم يتم على يد المحكمة إصلاح ذات بينهما ومن ثم فإن المحكمة تجيب المدعية إلى طلبها وتقضى

بتطبيقها على زوجها طليقة بئنة مع إسقاط كافة حقوقها المالية قبله عملاً بنص المادة (11) من القانون رقم 25 لسنة 1929 سالف الذكر".

• والسؤال الذى يطرح نفسه فى هذا المجال هو عما إذا كان نص المادة 11 مكرر ثانياً من القانون ينطبق على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة من عدمه وذلك باعتبار أنه لا خلاف حول إنطباق هذا النص على غير المسلمين المختلفين طائفة أو ملة إعمالاً لمفهوم المخالفة لحكم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية¹.

• وجدير بالذكر أن هذا السؤال تبرز أهميته فى تحديد هوية المادة 11 مكرر ثانياً من حيث كونها مادة موضوعية أم إجرائية وقد ذهبت محكمة شمال القاهرة للأحوال الشخصية إلى عدم انطباق هذا النص بالنسبة لغير المسلمين المتحدى الطائفة أو الملة وذلك فى الحكم الصادر فى القضية رقم 1975 بجلسة 1985/1/27².

• إلا أن محكمة النقض ذهبت فى آخر أحكامها إلى ما يخالف هذا النظر واعتبرت أن مفاد الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955³، بإلغاء المحاكم الشرعية والملية أن الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق ، ولكن ما ورد فى المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 100 لسنة 1985 ، فى خصوص ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هى من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات فإنها تسرى على جميع منازعات الطاعة أياً كانت ديانة أطرافها⁴.

• وقد ذهبت بعض المحاكم إلى إجازة قيام الزوج برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة بنظر الاعتراض بطلب الحكم له بإثبات امتناع زوجته عن العودة لمسكن الزوجية دون حق عملاً بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 11 مكرر ثانياً حيث أجابته تلك المحاكم إلى

¹ تنص المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 على أن "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى 31 ديسمبر سنة 1955 طبقاً لشريعتهم".

² وقد أيدت محكمة استئناف القاهرة هذا الاتجاه وذلك بالحكم رقم 1 لسنة 103 ق - جلسة 1986/6/12 .

³ القانون رقم 462 لسنة 1955 تم إلغائه بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000 .

⁴ نقض أحوال - الطعن رقم 76 لسنة 54 ق - جلسة 1986/5/27 - س 37 .

طلبه في حالة إثباته لذلك سواء بتقديم ما يفيد عدم قيام الزوجة بالاعتراض خلال الميعاد أو قيامها بذلك ورفض اعتراضها موضوعاً .

• وتختص المحاكم الشرعية أيضاً بنظر الدعوى التي يقيمها الزوج بكف يد الزوجة عن الاستمرار في صرف النفقة التي يكون قد حكم لها بها في حالة عدم قبول الاعتراض المقدم منها أو رفضه موضوعاً إعمالاً لذات النظر المتقدم .

• وعلى ذلك يكون المشرع بمقتضى المادة 11 مكرر ثانياً قد ألغى دعوى الطاعة التي كان الزوج يقيمها ضد الزوجة بصورتها التقليدية واستبدل بها طريقى الإنذار والاعتراض المنصوص عليهما بالمادة محل التعليق¹.

• وجدير بالذكر القول أن دعوى الطاعة تستقل عن دعوى الطلاق لاختلافهما موضوعاً وسبباً الأمر الذى مؤداه إلا يحول صدور الحكم برفض دعوى اعتراض الزوجة على الدخول في طاعة الزوج أو الحكم بنشوزها دون نظر دعوى التطليق².

• ويتعين على الزوج إذا ما استصدر ضد الزوجة حكماً برفض اعتراضها على الدخول في طاعته وصيرورة هذا الحكم نهائياً أو إذا لم تعترض الزوجة على إنذار الطاعة خلال المدة القانونية أن يقوم – فى رأينا - برفع دعوى إثبات النشوز ضدها للحصول على حكم بتقرير نشوزها ووقف نفقتها وحتى تقلع عن تلك المعصية³.

• فإذا لم يطلب الزوج سوى إثبات النشوز دون أن يقرن ذلك بطلب وقف النفقة قضت المحكمة بإثبات النشوز ووقف النفقة رغم عدم الطلب باعتبار أن وقف النفقة في هذه الحالة أثر يترتب لزوماً على الحكم بالنشوز ومما يستلزم الفصل في طلب إثبات النشوز لزوماً وواقعاً .

¹ نقض أحوال الطعن رقم 76 لسنة 54 ق - جلسة 1986/5/27 - س 37 .
² نقض أحوال - الطعن رقم 63 لسنة 53 ق - جلسة 1984/5/8 والحكم الصادر في الطعن رقم 14 لسنة 52 ق - جلسة 1984/5/15 ، وأيضاً الطعن رقم 65 لسنة 52 ق - جلسة 1984/5/26 والطعن رقم 87 لسنة 55 ق - جلسة 1986/12/16 وجلسة 1987/5/26 - الطعن رقم 90 لسنة 55 ق والطعن رقم 193 لسنة 74 ق - جلسة 2005/3/12 .
³ انظر الحكم الصادر في القضية رقم 78 لسنة 1985 - شرعى جزئى شبرا جلسة 1985/3/18 وجدير بالذكر أن دعوى إثبات النشوز المذكورة لا تستند إلى مقتضى قانونى إذا اعتبر المشرع بمقتضى المادة 11 مكرر ثانياً أن الزوجة تكون ناشراً من الناحية القانونية بانتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به في الميعاد مما لم يكن معه ثمة حاجة إلى رفع دعوى إثبات النشوز إلا أن الحاجة تدعو إلى سلوك سبيل دعوى اثبات النشوز حتى يكون بيد الزوج مستند قانونى يتسنى له تقديمه إلى الجهة القائمة على استقطاع ماعساه يكون قد حكم به ضده من نفقه للزوجة لو وقف صرف أقساط النفقة إليها وذلك لخلو الحكم الصادر برفض اعتراض الطاعة أو الشهادة بعدم حصول اعتراض من قضاء بوقف نفقه الزوجة وتحديد تاريخ ذلك الوقف أن كان .

• ويمكن للزوج إثبات طلب نشوز الزوجة بطريق الدفع فى دعوى النفقة (كطلب عارض من الزوج المدعى عليه) وأن يقدم إلى القاضى فى دعوى الزوج بطلب النفقة أو فى دعواه بإثبات النشوز أصل إنذار الطاعة المعلن إليها وشهادة من جدول المحكمة تفيد عدم اعتراضها على إنذار الطاعة خلال الميعاد القانونى أو صورة رسمية من الحكم النهائى الصادر برفض دعوى اعتراضها على الطاعة أن كانت قد أقامتها وقضى برفضها وشهادة من جدول محكمة الاستئناف تفيد عدم الطعن على ذلك الحكم أن كان ابتدائياً .

• كما أنه لا يجوز للزوج – فى ظل أحكام القانون رقم 10 لسنة 2004 - الاستناد فى إثبات نشوز الزوجة إلى تقديمها لاعتراض الطاعة بعد الميعاد لأن المحكمة المختصة بالفصل فى هذه المسألة أضحت هى ذاتها المحكمة المختصة بنظر الاعتراض .

• ولما كانت دعوى إثبات النشوز التى تقام من الزوج إنما تطرح دائماً بعد القضاء برفض دعوى اعتراض الطاعة أو عدم قبولها فإن التساؤل يثور فى حالة قيام الزوج بتطبيق الزوجة أثناء نظر دعوى إثبات النشوز وهنا نرى أنه يتعين التفرقة بين فروض فإذا كان الطلاق رجعياً ولم تنقضى العدة جاز للمحكمة أن تحكم بإثبات النشوز لأن المطلقة رجعياً زوجة حكماً أما إذا كان الطلاق بائناً – بحكم المحكمة أو بعد انقضاء العدة أو الطلقة الثالثة - جاز للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى لإنقضاء الصفة التى يجب أن تستمر طوال نظر الدعوى بسبب إنقضاء الزوجية بالطلاق البائن إعمالاً لمقتضى المادة 3 من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

• إلا أن ذلك لا يسقط حق الزوج فى الدفع بعدم استحقاق الزوجة للنفقة عن الفترة من تاريخ إنذار الطاعة وحتى تاريخ الطلاق فى أى دعوى ترفعها المطلقة بالنفقة عن المدة السابقة على الطلاق , كما يجوز للمطلق إقامة الدعوى بإثبات النشوز ولو بعد صيرورة الطلاق بائناً باعتبار أنه تتوافر له الصفة فى الحق فى الحصول على ذلك الحكم لتقرير سقوط حق المطلقة فى النفقة عن مدة النشوز السابقة على الطلاق .

• وأنه لمن نافلة القول أن هذا الحكم الأخير بالنشوز إنما يكون بطبيعته حكماً مؤقتاً مرهون بإقلاع الزوجة عن معصية النشوز والعودة إلى طاعة الزوج¹ وهذه العودة يمكن أن

¹ انظر الحكم الصادر فى القضية رقم 660 لسنة 1982 شرعى كلى جنوب القاهرة - جلسة 1982/12/21 وفيه قضت المحكمة بعدم قبول دعوى النشوز استناداً إلى أن==النشوز مقرر بقوة القانون ولا مصلحة للمدعى فى إقامة دعوى بإثباته - انظر أيضاً عبد الوهاب خلاف فى أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية - ط 1938 - ص 119 .

تتم بطريقة أو بأخرى كثر منها فى العمل قيام الزوجة بتوجيه إنذار إلى الزوج على يد محضر ومصاحبة المحضر إلى منزل الزوجية عارضة نفسها عليه بحيث أنه إذا امتنع عن قبولها فى مسكن الزوجية أثبت المحضر ذلك فى إجابته على الإنذار الموجه إلى الزوج ، وكذا قيام الزوجة بعمل محضر إدارى بقسم الشرطة الواقع فى دائرته مسكن الزوجية برغبتها فى الإقلاع عن معصية النشوز والعودة إلى مسكن الزوجية حيث يتم سؤال الزوج فى ذلك وإثبات موقفه فى المحضر الذى يحرر لهذا الشأن .

• **إلا أننا نرى أنه يتعين على الزوجة التى أقلعت عن معصية النشوز أن تقيم ضد الزوج الدعوى بطلب الحكم بإثبات إقلاعها عن النشوز وعودتها إلى طاعة الزوج والتى لها إثباتها بالبنية الشرعية وكافه طرق الإثبات ، كما يجوز لها ذلك بطلب عارض تقدمه فى دعوى إعتراض الطاعة التى تقيمها رداً على إنذار الزوج إياها بالدخول إلى طاعته أو فى دعوى إثبات النشوز التى يكون قد أقامها الزوج ضدها .**

• **وجدير بالذكر أن الحكم الصادر برفض دعوى الاعتراض على الطاعة لا يعطى الزوج الحق فى إجبار الزوجة على الدخول إلى طاعته جبراً¹ أو أن يقوم بتنفيذه بالقوة الجبرية .**

• **وتجدر الإشارة فى الخاتمة إلى أن ساحات المحاكم الشرعية قد شهدت الكثير من أحابيل الزوجات بهدف إطالة أمد التقاضى فى دعاوى اعتراض الطاعة للاستفادة من تحصيل النفقة التى تكون جارية فى استقطاعها من أموال الزوج بناء على حكم النفقة الذى**

¹ منشور وزارة العدل فى 1967/2/13 بشأن تنفيذ أحكام الطاعة بطريق الإعلان وليس بطريق الشرطة وقد تضمن الآتى :

"عمت الشكوى مما جرى عليه العمل من تنفيذ الأحكام الصادرة بطاعة الزوجة بحملها إلى منزل الزوجية قهراً عنها دون أن يراعى فى كيفية إجراء هذا التنفيذ تلقى التعليمات بشأنه من رئيس المحكمة أو القاضى المختص عملاً بما توجبه المادة رقم 345 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعمول بها بمقتضى القانون رقم 462 لسنة 1955 .

ولما كان تنفيذ أحكام الطاعة على الوجه المتقدم لا يقوم على سند من الشريعة الغراء كما لا تقره الشرائع السماوية الأخرى ، بالإضافة إلى ما ينطوى عليه من امتهان لكرامة المرأة وقيام الأسرة على أساس من التصدع والكرهية . ينعكس أثره ولا شك على الأولاد جيل المستقبل ، فضلاً عما دلت عليه التجربة من عدم جدوى التنفيذ بذلك الطريق فى رد الزوجة عن نشوزها بغنى عن اتباع هذا الطريق إعلان الزوجة بما يترتب على عدم =تنفيذها حكم الطاعة من آثار شرعية . وإزاء ذلك ونظراً لتوزيع التنفيذ بين جهات الشرطة والمحضرين وحرصاً على المصلحة العامة - نرجو التأشير من رئيس المحكمة أو القاضى المختص بحسب الأحوال على جميع الأحكام الصادرة بطاعة الزوجة قبل تسليمها إلى ذوى الشأن بأن يكون تنفيذها بطريق إعلان الزوجة وبأن عدم امتثالها لتنفيذ الحكم مسقط لحقها فى النفقة وقد أخطرت وزارة الداخلية بعدم قبول الأحكام المذكورة للتنفيذ بواسطة رجال الشرطة ونحن نرى أن المنشور يجد سنده هنا فى أن إلزام الزوجة بالدخول فى طاعة الزوج لا يعدو أن يكون التزام شخصى بعمل الأمر الذى لا يجوز معه إجبار الزوجة على تنفيذه عينا)".

تكون قد استحصلت عليه على وجه السرعة طبقاً للقانون حيث دأبت الزوجات على ترك دعاوى الاعتراض للشطب أكثر من مرة وتجديدها فى الهزع الأخير من الميعاد والتخلف عن تقديم صحيفة الدعوى أو سند الوكالة ، وقد قصر القانون عن وضع العقوبات المناسبة لهذه الأساليب مع قصور المواد الواردة بقانون المرافعات عن مجابتهها وهو ما يتعين معه على المحاكم التصدى له لقطع الطريق على الزوجة المشاكسة عن الإثراء على حساب الزوج بلا سبب خاصة إذا ثبت نشوزها وخروجها على طاعته وهو ما لجأت بعض المحاكم إلى مواجهته بإصدار أحكاما بزوال الخصومة بالاستناد إلى المادة 1/63 من قانون المرافعات¹.

• وإذا كان مؤدى نص المادة السابعة من القانون رقم 100 لسنة 1985 سريان هذا القانون الأخير بأثر رجعى يرتد إلى تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 بتاريخ 1985/5/16 مما مفاده سريان أحكام القانون رقم 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 والراجح من المذهب الحنفى لما لم يرد بشأنه نص فى القانونين المذكورين على الدعاوى التى رفعت حتى بلوغ ذلك التاريخ حيث يبدأ تطبيق أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 على تلك الدعاوى طالما لم يكن قد فصل فيها بعد بحكم نهائى وكذا على الدعاوى التى ترفع فى ظل القانون الأخير واعتبارا من تاريخ العمل بأحكامه².

• ومن جهة أخرى فإن المشرع فى المادة السادسة مكرر ثانياً من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 كان يعطى للزوجة بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة المذكورة الحق فى الاعتراض على إنذار الزوج إياها بالدخول إلى طاعته خلال أجل غياه بعشرة أيام من تاريخ إعلان الزوج إياها بالإنداز المذكور ، إلا أن المشرع ادخل على هذه المادة بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1985 – تعديلا ورد بالمادة 11 مكرر ثانياً (محل التعليق) منه فيما يتعلق بالمهلة الممنوحة للزوجة للاعتراض خلالها على إنذار الطاعة حيث امتد هذا الميعاد إلى ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار بدلا من عشرة أيام .

• والمشكلة العملية التى يطرحها هذا النص بمقتضى ذلك التعديل هو كيفية احتساب ميعاد الاعتراض فى ظل القانونين المتعاقبين فى حالة ما إذا أقامت الزوجة اعتراضها بعد الميعاد المنصوص عليه فى المادة السادسة مكرر ثانياً من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 وفى ظل نصوص هذا القرار بقانون ثم دخلت الدعوى إلى دائرة تطبيق القانون رقم

¹ انظر الحكم رقم 1487 لسنة 1984 – جلسة 1986/3/25 – أحوال كلى جنوب القاهرة والحكم رقم 2938 جلسة 1985/11/5 – أحوال كلى شمال القاهرة .

² انظر التعليق على المادة السابعة من القانون رقم 100 لسنة 1985 .

100 لسنة 1985 والذي مدد الميعاد إلى ثلاثين يوماً بدلاً من عشرة . هذه المشكلة يتعين حلها في إطار نظرية الأثر الفوري للقانون الجديد¹ وفي إطار حكم المادتين 3/1 ، 2 من قانون المرافعات حيث يسرى القانون الجديد رقم 100 لسنة 1985 على ميعاد اعتراض الطاعة المرفوع قبل 1985/5/16 باعتبار أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 11 مكرر ثانيًا يعد ميعاداً جديداً في مفهوم الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون المرافعات ، وعلى ذلك فإذا قام الزوج بإصدار الزوجة بالدخول في طاعته وليكن بتاريخ 1985/5/3 فقدمت الزوجة اعتراضها على إنذار الزوج بأن أودعت صحيفة الاعتراض قلم كتاب المحكمة المختصة في 1985/5/14 وكان هذا الميعاد يصادف اليوم الثاني عشر على استلامها إنذار الطاعة فإنه طبقاً لحكم المادة السادسة مكرر ثانيًا من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المعمول بها في هذا الوقت فإن الاعتراض يكون قد قدم بعد الميعاد الذي حدده ذلك القانون مما كان يتعين معه فيما لو استمر العمل بأحكام القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 القضاء بعدم قبول الاعتراض شكلاً لرفعه بعد الميعاد الذي نص عليه القانون إلا أن الدعوى وحيث لم يفصل فيها وظلت متداولة بالجلسات إلى ما بعد 1985/5/16 تاريخ نفاذ أحكام القانون الجديد رقم 100 لسنة 1985 باعتبار أنها لم يفصل فيها بحكم نهائي قبل نفاذ نصوصه وهذا القانون قد جعل المدة التي يحق للزوجة الاعتراض خلالها على إنذار الزوج إياها بالدخول إلى طاعته تمتد إلى ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار ففي هذه الحالة يتعين سريان أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 واعتبار الاعتراض قد قدم في الميعاد القانوني إلا في الحالة التي يكون فيها الاعتراض قد قدم بعد أكثر من ثلاثين يوماً حيث يتعين في هذه الحالة الحكم بعدم قبوله شكلاً بالتطبيق لأحكام القانون الجديد أيضاً ، وعلى ذلك فإن الأمر لا يخلو من فرضين الأول : أن تقوم الزوجة بتقديم اعتراض جديد على إنذار الزوج إياها بالدخول إلى طاعته إذا لم يكن قد انقضى على المدة من تاريخ الإنذار وحتى تاريخ تقديم الاعتراض الجديد ثلاثين يوماً طبقاً للقانون رقم 100 لسنة 1985 حتى تتجنب الزوجة القضاء بعدم قبول اعتراضها شكلاً . الثاني : إلا تقوم الزوجة بتقديم اعتراض جديد فيتعين بذلك الحكم بعدم قبول اعتراضها شكلاً لرفعه وإن كان بعد الميعاد المنصوص عليها في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1970 والذي أقيم الاعتراض في ظله إلا أنه خلال الميعاد المنصوص عليه في القانون رقم 100 لسنة 1985 واجب التطبيق .

وختاماً الأمر

• أنه إذا رفع الاعتراض في ظل القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 بعد انقضاء مدة العشر أيام المنصوص عليها فيه وظلت الدعوى متداولة بالجلسات إلى وقت نفاذ القانون رقم 100 لسنة 1985 فإن نصوص هذا القانون الأخير تكون هي الواجبة التطبيق على هذا

¹ راجع في ذلك أصول القانون لفرج الصدة - ص 240 - ط 1971 .

الاعتراض فيما يتعلق بالمدة الجديدة المنصوص عليها فيها ويتعين على المحكمة القضاء بقبول الاعتراض شكلاً لرفعه خلال الميعاد المنصوص عليه في القانون رقم 100 لسنة 1985 واجب التطبيق¹.

أحكام النقض

إعلان إنذار الطاعة

• المقرر من فقهاء الشريعة الإسلامية – وطبقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – أن الموطن الأصلي هو موطن الإنسان في بلده أو في بلدة أخرى اتخذها داراً توطن فيه مع أهله وولده وليس في قصده الارتحال عنها . وهذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقص بموطن السكن وفقاً لنص المادة عشرين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أن "محل الإقامة هو البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه عادة" . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أورد في مدوناته أن الثابت من وثيقة زواج المستأنفة بالمستأنف ضده أن محل إقامتها هو عزبة هاشم إمام التابعة لكفر على غالي وأن إنذار الطاعة – المعارض عليه – قد أعلن على هذا العنوان ، فإنه يكون قد تم وفقاً لما أوجبه المادة 11 مكرر ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 29 ، وكان هذا الذي أورده الحكم المطعون فيه له أصله الثابت بالأوراق ، ويكفي لحمل قضائه فيما انتهى إليه من أن إنذار الطاعة قد أعلن للطاعة في موطنها ، فيكون النعي بهذا الوجه على غير أساس .

(الطعن رقم 86 لسنة 58 ق – جلسة 1991/2/26 – س 42)

• الأصل في إعلان أوراق المحضرين تسليم صورة الإعلان لذات المعلن إليه أو نائبه . م 10 مرافعات والمادة 11 مكرر ثانياً من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 . الاكتفاء بالعلم الافتراضي عند تعذر ذلك . النص في المادة الأخيرة على تسليم الإعلان للزوجة بدعوتها للدخول في طاعة زوجها لشخصها أو من ينوب عنها . لا ينفى إعمال القواعد العامة في قانون المرافعات م 5 ق 462 لسنة 1955 .

(الطعن رقم 488 لسنة 64 ق – جلسة 2000/3/27)

(الطعن رقم 326 لسنة 63 ق – جلسة 1998/3/30)

(الطعن رقم 95 لسنة 62 ق – جلسة 1996/11/11)

¹ راجع التعليق على المادة السابعة من القانون رقم 100 لسنة 1985 .

• لما كان مفاد المادتين 10 و 11 من قانون المرافعات أن الأصل في إعلان أوراق المحضرين أن يصل الإعلان إلى علم المعلن إليه بتسليم الصورة إلى ذات الشخص المعلن إليه أو إعلانها في موطنه ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 11 مكرر ثانيًا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 من أن تكون دعوة الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، فإذا قام المطعون ضده وأعلن الطاعة بإنذار الطاعة في غير موطنها ورتب الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قضاءه بعدم قبول الاعتراض شكلاً على ما أورده بمدوناته من صحة هذا الإعلان قانوناً فإنه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه .
(الطعن رقم 48 لسنة 59 ق - جلسة 1991/6/4 - س 42)

وصف مسكن الطاعة

• النص في الفقرة الثالثة من المادة 11 مكرر " ثانيًا " من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قد أوجب على الزوج أن يبين في الإعلان الموجه منه لزوجته المسكن الذي يدعوها للعودة إليه مما مفاده أن يكون هذا البيان الذي يشتمل عليه الإعلان كافيًا بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلاماً يمكنها من معرفته والاهتداء إليه وحتى تبين - عند اعتراضها عليه أوجه الاعتراض التي تستند إليها في امتناعها عن طاعة زوجها فيه فإذا كان هذا الإعلان ناقص البيان أو جاء مبهماً لا يمكن الزوجة التعرف على المسكن المبين فيه فإنه يفقد صلاحيته للغرض الذي أعد له ويعتبر في شأنه كان لم يكن إذ ينبغي أن يستكمل إنذار الطاعة بذاته شرائط صحته فلا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية التي يتطلبها القانون من مصادر أخرى غير مستمدة منه . لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن إنذار الطاعة قد خلا من بيان المسكن الذي يدعو المطعون ضده الطاعة للدخول في طاعته فيه ، وكان من شأن ذلك التجهيل به وعدم اهتدائها إليه ومن ثم عدم تمكنها من بيان الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعة زوجها فيه بما يفقد معه هذا الإنذار صلاحيته للغرض الذي أعد من أجله ولا يغني عن ذلك بيان المطعون ضده للمسكن من بعد في محضر التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر على سند من أن مسكن الطاعة استوفى شروطه الشرعية فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 340 لسنة 63 ق - جلسة 1998/3/30 والطعن رقم 51 لسنة 62 ق - جلسة 1995/12/11)

• الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها . شرطه . اتحاد الموضوع والخصوم والسبب . الحكم فى اعتراض بعدم الاعتداد بإعلان الطاعة لخلوه من بيان مسكن الزوجية لا يمنع من نظر الاعتراض الثانى المبني على أن المسكن غير مستوفى شرائطه وعدم أمانة المطعون ضده . علة ذلك .

(الطعن رقم 116 لسنة 58 ق - جلسة 1991/1/15 - س 42)

• الفقرة الثانية من المادة السادسة مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 إذ أوجبت على الزوج أن يبين فى الإعلان الموجه منه لزوجته المسكن الذى يدعوها للعودة إليه فقد أفادت أن يكون هذا البيان - الوارد فى الإعلان - كافياً بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلاماً يمكنها من معرفته والاهتداء إليه ، وحتى تبين - عند اعتراضها عليه أو وجه الاعتراض التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها فيه ، فإذا كان هذا الإعلان ناقص البيان أو جاء مبهماً غير مقروء لا يمكن الزوجة من التعرف على المسكن المبين فيه ، فإنه يفقد صلاحيته للغرض الذى أعد له، ويعتبر فى شأنه كأن لم يكن . لما كان ذلك ، وكان تقدير كفاية البيان الوارد فى الإعلان أو عدم كفايته من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب تكفى لحمله ، وكان الثابت من ورقة الإعلان المعلنة للمطعون ضدها بتاريخ 1984/10/17 بناء على طلب الطاعن أنه لم يرد به بيان المسكن الذى يدعوها للعودة إليه بياناً واضحاً يمكن الشخص العادى من قراءته وتحديده والتعرف عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بعدم الاعتداد به على سند مما قرره من أن الإعلان لا يكفى للتدليل على مسكن الزوجية بما يفقده صلاحيته ، وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها ، وإذ يدور النعى حول تعيب هذا الاستخلاص، فإنه لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تقدير أدلة الدعوى مما لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة .

(الطعن رقم 2 لسنة 58 ق - جلسة 1989/12/26 - س 40)

• وإن كان للزوج على زوجته حق الطاعة إلا أنه يجب عليه أن يهيئ لها مسكناً شرعياً لائقاً بحاله ، لقوله تعالى "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"، وإذا كان هذا النص

القرآني قد ورد في خصوص المطلقات فهو في شأن الزوجات أوجب ، ولقوله تعالى "لا يكلف الله نفسا إلا وسعها" بحيث تعتبر الزوجة ناشزا بامتناعها عن طاعة زوجها في المسكن الذي أعده لها ، إذا كان هذا المسكن مناسباً لحال الزوج المالية والاجتماعية ، بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها ، وخالياً من سكنى الغير ولو كان هذا الغير من أهله إذا تضررت الزوجة من وجودهم كالضرة وأولاد الزوج من غيرها عدا ولده الصغير غير المميز ، ولا يشترط في مسكن الطاعة أن يكون مبنى مستقلاً فقد يكون كذلك أو وحده سكنية في مبنى أو غرفة حسبما يسكن أقران الزوج ممن هم في مستواه المادي والاجتماعي ، ويلزم أن يكون لهذا المسكن غلق ، وأن يشتمل على جميع المرافق المنزلية والأدوات الشرعية وفقاً لحال أمثال الزوج وحسبما يجري به العرف ، حتى يعتبر مستقلاً وقائماً بذاته ، ولما كان ذلك وكانت الطاعة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن المسكن الذي أعده لها المطعون ضده غير شرعي لانشغاله بسكنى الغير ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم الابتدائي المستأنف الذي قضى برفض اعتراض الطاعة على إنذار الطاعة الموجه لها من المطعون ضده، وتناول دفاع الطاعة الذي ساقته على النحو المتقدم بالإحالة إلى ما أورده الحكم الابتدائي في أسبابه من أن الثابت من أقوال الشهود أن مسكن الطاعة عبارة عن حجرة لها غلق خاص ، وأضاف الحكم المطعون فيه إلى ذلك أن الطاعة لم تقم الدليل على أن حالة المطعون ضده المالية والاجتماعية تسمح بأن يعد لها مسكناً مستقلاً دون أن يبين حالته المالية وما إذا كانت الغرفة التي أعدها تتفق ومستواه المادي والاجتماعي ، وما إذا كانت مشتملة على مرافقها الشرعية حتى تتمكن محكمة النقض من أعمال رقابتها بشأن ما خلص إليه الحكم فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبب بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 479 لسنة 66 ق – جلسة 2001/4/30 والطعن رقم 388 لسنة 64 ق – جلسة 1999/11/10 والطعن رقم 239 لسنة 62 ق – جلسة 1996/5/27 – والطعن رقم 569 لسنة 65 ق – جلسة 2003/12/15)

بيان المسكن بالإنذار

• من المقرر في قضاء محكمة النقض أن المدعى هو المكلف قانوناً بإثبات دعواه وتقدم الدليل على ما يدعيه – فإذا ما ادعت الزوجة في دعوى اعتراضها على إنذارها بالدخول في طاعة زوجها عدم شرعية المسكن فإنها تتحمل عبء الإثبات . لما كان ذلك وكان الثابت في إنذار الطاعة الموجه من الطاعن لزوجته المطعون ضدها أن مسكن الطاعة هو ذات الشقة التي كانا يقيمان بها وابنتهما من قبل بدولة الكويت – خيطان – بناية محمد

الدخيل الحميدان - بالدور الثالث شقة رقم 21 وقدم الطاعن عقد إيجار ذلك المسكن وشهادات تثبت التحاق ابنتهما " سها " بإحدى مدارس الكويت - وإذ كان ذلك وكان ما أورده الطاعن وقدمه كافياً لتحديد مسكن الطاعة وتعريفه للمطعون ضدها تعريفاً نافياً للجهالة وكانت المطعون ضدها قد اعترضت على إنذار الطاعن لها بالدخول في طاعته في ذلك المسكن مدعية عدم شرعيته فأنه يتعين عليها وعلى ما سلف بيانه إقامة الدليل على ما تدعيه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى للمطعون ضدها بإلغاء الحكم المستأنف وعدم الاعتداد بإنذار الطاعة على سند من القول بعجز الطاعن عن إثبات شرعية مسكن الطاعة فأنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه - بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم 55 لسنة 59 ق - جلسة 1993/12/28 - س 44)

مناط الطاعة

• للزوج على زوجته حق الطاعة . شرطه . أن يهيئ لها مسكناً شريعياً لائقاً بحاله .
المسكن الشرعى . ماهيته . امتناع الزوجة عن طاعة زوجها فى هذا المسكن . أثره .
اعتبارها ناشراً , تقدير شرعية المسكن واقع يستقل بتقديره محكمة الموضوع.

(الطعن رقم 408 لسنة 65 ق - جلسة 2001/12/22)

(الطعن رقم 1 لسنة 66 ق - جلسة 2004/3/1)

(الطعن رقم 388 لسنة 64 ق - جلسة 1999/11/16)

(والطعن رقم 48 لسنة 66 ق - جلسة 2004/3/13)

• الإجماع على أن أداء المهر واجب شرعاً للزوجة على زوجها إبانة لشرف المحل وإن صح النكاح بدونه بحيث يجوز لها أن تمتنع عن أن تزف إلى زوجها والدخول فى طاعته حتى تستوفى الحال من صداقها الذى اتفقا على تعجيله ، ولا تعد بهذا الامتناع ناشراً عن طاعته .

(نقض جلسة 1979/2/21 - ص 588 - س 30)

• تمسك الطاعنة بطلب تطليقها على المطعون ضده لتضررها من زواجه بأخرى والذى أضافته إلى دعوها بعدم الاعتداد بإعلان دعوته لها للدخول فى طاعته . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوها دون أن يعرض لما ادعته من أضرار المطعون ضده لها من جراء زواجه بأخرى بالبحث والتمحيص استناداً إلى أنها باعتراضها على دعوى المطعون

ضده لها للدخول في طاعته تتعمد استحكام الخلاف بينهما حسبما يبين مما أثارته بصحيفة استئنافها من زواجه بأخرى رغم أن ذلك لا يواجه طلب التطليق الذي يختلف موضوعاً وسبباً عن الاعتراض على إنذار الطاعة . فساد وقصور .
(الطعن رقم 35 لسنة 63 ق - جلسة 1996/12/30)

• الطاعة . حق الزوج على زوجته . شرطه . أن يكون أميناً عليها نفساً ومالاً . اتهام الزوجة بارتكاب الجرائم . اعتباره من قبيل تعمد مضرتها . أثره . عدم التزامها بالطاعة .
علة ذلك .

(الطعن رقم 448 لسنة 65 ق - جلسة 2001/11/24)

(الطعن رقم 36 - لسنة 66 ق - جلسة 2004/1/10)

• الطاعة حق للزوج على زوجته . شرطها أن يكون أميناً عليها نفساً ومالاً . لا طاعة للزوج أن تعمد مضارة زوجته . ثبوت إضرار الزوج بزوجته إضراراً يدل على عدم أمانته على نفسها ومالها . يكفي فيه اتفاق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على نحو معين تتضرر منه دون اشتراط أن تنصب الشهادة على واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء . علة ذلك .

(الطعن رقم 389 لسنة 63 ق - جلسة 1998/4/21)

(الطعن رقم 9 لسنة 60 ق - جلسة 1992/12/15 - س 43)

(الطعن رقم 137 لسنة 60 ق - جلسة 1994/2/22 - س 45)

(الطعن رقم 4 لسنة 59 ق - جلسة 1991/4/25 - س 42)

• أن النص في المادة 11 مكرر ثانيًا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 في هذا الإعلان المسكن . وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به في الميعاد" يدل على أن الحكم الذي أورده هذا النص في خصوص ما يتبع في دعوة الزوج زوجته للدخول في طاعته

واعترضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هو من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات ، ويسرى على جميع منازعات الطاعة حال قيام الزوج دخل بالزوجة أم لا بما لا مساغ معه للقول بوجوب قصر نطاق سريان حكم هذا النص على الإعلان لدعوة الزوجة المدخول بها للطاعة دون غيرها ذلك أنه لما كان النص عاماً صريحاً في دلالاته على مراد الشارع منه فلا محل لتقييده أو تأويله فضلاً عن أنه لا تلازم شرعاً بين ما يولده عقد النكاح الصحيح من حق الزوج على زوجته في الطاعة عند عدم قيام المانع وبين الدخول في الزوجية الصحيحة استيفاء لحق مقصود بالنكاح ولا يؤثر في صحته عدم حصوله في منزل الزوجية ، ثم أن المقرر في الفقه الحنفى أن خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذن منه أو امتناعها عن تسليم نفسها إليه بعد طلبها وعدم انتقالها إلى بيت الزوجية دون مبرر شرعى سواء أكانت قد جاءت إليه من قبل أو لم تجئ إليه بداءة عد ذلك منها نشوزاً مسقطاً لنفقتها وهو ذات الحكم الذى أورده نص الفقرة الأولى من المادة 11 مكرر ثانياً المشار إليها ، هذا وإذا اختص المشرع الزوجة المدخول بها بالمتعة دون غيرها فقد نص على ذلك صراحة على ما أورده نص المادة 18 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

(الطعن رقم 83 لسنة 60 ق - جلسة 1993/5/25)

(الطعن رقم 201 لسنة 59 ق - جلسة 1993/2/16)

• تمسك الطاعنة بملكيتهامسكن الزوجية وما به من منقولات . قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه برفض دعاوها بالاعتراض على دعوتها بالدخول فى طاعة زوجها فى المسكن المملوك لها تأسيساً على أنها كانت تقيم به . خطأ وفساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم 22 لسنة 63 ق - جلسة 1997/4/7)

• لما كانت الطاعنة قد تمسكت أمام المحكمة بدرجةتيها بأن المطعون ضده لم يهيئ لها مسكناً شرعياً مناسباً ، وأن المسكن المذكور بإنذار الطاعة ليس خاصاً به ولكنه مؤجر لها بموجب العقد المؤرخ 1981/6/1 ، وكان الحكم المطعون فيه لم يتناول هذا الدفاع بالرد ، رغم أنه جوهري ومن الممكن أن يتغير به - أن صح - وجه الرأى فى الدعوى ، ومن ثم يكون مشوباً بالقصور .

(الطعن رقم 479 لسنة 66 ق - جلسة 2000/4/30)

• المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا أقام الحكم قضاءه على ما ليس له أصل ثابت فى الأوراق فإنه يكون معيباً بالفساد فى الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى شرعية مسكن الطاعة رغم إقامة أخوة المطعون ضده فيه استناداً إلى أن شأهى الطاعنة لم يشهدا بأن المسكن ليس له غلق وأن حالة المطعون ضده تقتضى بعرف أمثاله أن يتخذ مسكن الزوجية من شقة لها غلق حين أن الثابت من التحقيق الذى أجرى فى الدعوى أن الشاهدين لم يتعرضا لوصف المسكن ولم يسألا عن مدى شرعيته ومدى توافقه وحال الزوج إنما انصبت أقوالهما على وجود أخوة المطعون ضده معهما فى ذات السكن ومن ثم فإن الحكم يكون قد أسس قضاءه على ما ليس له أصل ثابت فى الأوراق الأمر الذى يعيبه بالفساد فى للاستدلال .
(الطنع رقم 106 لسنة 65 ق – جلسة 2001/2/20)

• تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بإنشغال مسكن الزوجية بالغير. قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى الاعتراض رغم شهادة شاهديها بإنشغاله بسكنى والده وشقيقة المطعون ضده . يعيب الحكم.
(الطنع رقم 408 لسنة 65 ق – جلسة 2001/12/22)

• إعداد الزوجة مسكن الزوجية وإقامة الزوج معها فيه يكون على سبيل التسامح ولا يعطيه حق طلب طاعتها فيه . امتناع الزوجة عن طاعة زوجها فى هذا المسكن عدم اعتباره نشوزاً .
(الطنع رقم 266 لسنة 65 ق – جلسة 2004/1/19)

• محكمة الموضوع لها السلطة التامة فى استخلاص شرعية مسكن الطاعة . شرطه أن يكون استخلاصها سائغاً ومؤدياً إلى النتيجة التى إنتهى إليها .
(الطنع رقم 622 لسنة 65 ق – جلسة 2004/1/19)

دعوى الاعتراض

• • مفاد الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية أن الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة أو الملة الذين لهم جهات قضائية مالية منظمة وقت صدور هذا القانون هى أحكام شريعتهم الخاصة وكان ما

تنص عليه المادة 6 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المشار إليها في خصوص ما يتبع في دعوة الزوج زوجته للدخول في طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هي من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات فإنها تسرى على جميع منازعات الطاعة أياً كانت ديانة أطرافها . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر بأن طبق ما ورد في مجموعة الأقباط الأرثوذكس شريعة طرفي الطعن من أحكام موضوعية عن الطاعة واعتد بإجراءات دعوة المطعون عليه للطاعة بالدخول في طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية وفقاً لما ورد في النص المشار إليه فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 377 لسنة 63 ق – جلسة 1998/5/19)

(الطعن رقم 76 لسنة 54 ق – جلسة 1986/5/27 – س 37)

• مسائل الإجراءات في الطاعة . م 11 مكرر ثانياً م بق 25 لسنة 1929. سريانها على جميع المنازعات أياً كانت ديانة أطرافها . خلو لائحة الأقباط الأرثوذكس مما يوجب عرض الصلح في مسائل الطاعة . أثره . عدم التزام الحكم المطعون فيه بعرضه على الطرفين قبل الفصل في الموضوع . علة ذلك . عرض الصلح من المسائل الموضوعية .

(الطعن رقم 508 لسنة 65 ق – جلسة 2002/3/9)

• اقتصار قضاء الحكم المطعون فيه على تأييد الحكم المستأنف بعدم قبول الاعتراض لرفعه بعد الميعاد دون التطرق للموضوع . النعي ببطلان إنذار الطاعة لعدم ترك الطاعنة مسكن الزوجية . نعي لا يصادف محلاً من الحكم المطعون فيه . غير مقبول .

(الطعن رقم 488 لسنة 64 ق – جلسة 2000/3/27)

• دعوة الزوجة للعودة لمنزل الزوجية واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية . من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات . خضوعها للمادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 دون لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . سريان حكمها على جميع منازعات الطاعة حال قيام الزوجية سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أم لا علة ذلك . مخالفة ذلك . خطأ .

(الطعن رقم 318 لسنة 63 ق – جلسة 1998/1/5)

(الطعن رقم 303 لسنة 63 ق – جلسة 1999/11/29)

• دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها بالدخول في طاعته من دعاوى الزوجية حال قيامها . تطليق الزوجة بحكم نهائي سواء من خلال دعوى الاعتراض أو بدعوى مستقلة . أثره . عدم الاعتداد بإعلانها بالدخول في الطاعة واعتباره كأن لم يكن لأنه لا طاعة لمطلقة لمن طلقت عليه .

(الطعن رقم 600 لسنة 65 ق – جلسة 2001/11/10)

(الطعن رقم 56 لسنة 64 ق – جلسة 2000/1/31)

(الطعن رقم 303 لسنة 63 ق – جلسة 1999/11/29)

(الطعن رقم 571 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

(الطعن رقم 73 لسنة 60 ق – جلسة 1993/12/28 – س 44)

(الطعن رقم 42 لسنة 58 ق – جلسة 1990/4/24 – س 41)

(الطعن رقم 92 لسنة 54 ق – جلسة 1987/3/31)

(الطعن رقم 60 لسنة 62 ق – جلسة 1995/11/13)

• النص في الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكرر ثانيًا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه "وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين ، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بأن لها أن الخلاف مستحکم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون". مؤداه أن من حق الزوجة أن تطلب التطليق من خلال دعاها بالاعتراض على دعوى زوجها لها بالدخول في طاعته وأنه ولئن كان يترتب على تنازل الزوجة عن دعوى الاعتراض على إنذار الزوج لها بالدخول في طاعته أن يكون الإنذار غير قائم وتزول خصومة دعوى الاعتراض عليه إلا أنه طالما كانت الزوجة المعترضة على هذا الإنذار قد طلبت التطليق للضرر فإن هذا الطلب يكون مطروحاً على المحكمة ويتعين عليها الفصل فيه لاستقلاله عن طلبها المتعلق بالاعتراض على إنذار الطاعة لاختلاف المناط بين الطلبين من حيث الموضوع والسبب إذ يدور الطلب الخاص بالاعتراض على إنذار الطاعة حول مدى التزام الزوجة بواجب القرار في مسكن الزوجية وما إذا كان لديها مبرر شرعي يدعوها إلى عدم العودة إليه بينما يقوم الطلب الثاني على إدعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما وتنازل الزوج عن إنذار الطاعة أو تنازل الزوجة – بفرض حصوله – عن الاعتراض على الإنذار الموجه إليها لا يؤثر في حقها في طلب التطليق مادام قد أبدى

بالطريق الذى رسمه القانون فى المادة 11 مكرر ثانياً المشار إليها . لما كان ذلك ، وكان المشرع قد أطلق نص هذه المادة فى شأن طلب التطلق من خلال دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة فجاء النص عاماً صريحاً فى بيان دلالاته على مراد المشرع منه فلا محل لتقييده أو تأويله . وكانت الطاعة قد طلبت التطلق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوى المطعون ضده لها بالدخول فى طاعته وفقاً لحكم القانون فلا محل لتقييد طلب التطلق بإجراءات يستلزمها المشرع وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً .
(الطعن رقم 12 لسنة 63 ق - جلسة 1996/10/28 والطعن رقم 732 لسنة 68 ق - جلسة 2002/3/9 والطعن رقم 611 لسنة 65 ق - جلسة 2000)

اختلاف دعوى الطاعة عن دعوى التطلق

• لما كان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى الطاعة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطلق ، إذ تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على إدعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، وكان ضم دعويين تختلفان سبباً وموضوعاً تسهيلاً للإجراءات لا يترتب عليه إدماج إحدهما فى الأخرى بحيث تفقد كل منهما استقلالها ، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدها قررت بجلسة .. / .. / ... التى نظرت فيها دعوى اعتراضها على إنذار الطاعن لها بالدخول فى طاعته بتنازلها فى تلك الدعوى عن طلب التطلق فإن طلبها هذا ينحسر نطاقه عن الدعوى المرفوعة على استقلال من المطعون ضدها بطلب تطليقها على الطاعن والتى تم طرحها على المحكمة بمناسبة ضمها إلى دعوى الاعتراض ، ومن ثم فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس .
(الطعن رقم 8 لسنة 60 ق - جلسة 1992/12/15)
(الطعانان رقما 205 و 207 لسنة 59 ق - جلسة 1991/3/5)
(الطعن رقم 63 لسنة 52 ق - جلسة 1984/5/8 - ص 1224)

• دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطلق للضرر . الحكم فى الأولى لا يمنع نظر الثانية . علة ذلك .
(الطعن رقم 257 لسنة 62 قضائية - جلسة 1996/7/8)
(الطعن رقم 184 لسنة 62 قضائية - جلسة 1996/3/25)

(الطعن رقم 266 لسنة 62 قضائية – جلسة 1996/7/8)

• دعوى التطلق للضرر . م 6 من ق 25 لسنة 1929 . اختلافها سبباً عن طلب الزوجة التطلق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية . م 11 مكرر ثانياً من ذات القانون . علة ذلك . مؤداه . القضاء نهائياً برفض دعوى التطلق للضرر . لا يمنع من نظر طلب التطلق المبدى من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة . (الطعن رقم 459 لسنة 64 ق - جلسة 1999/5/24)

• دعوى الطاعة اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطلق للضرر . النشوز – برفض حصوله – لا يمنع من نظر دعوى التطلق والفصل فيها لاختلاف المناط في كل منهما . النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يعول على دلالة الحكم في دعوى الطاعة على غير أساس .

(الطعن رقم 486 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/5)

(الطعن رقم 12 لسنة 63 ق – جلسة 1996/10/28)

(الطعن رقم 176 لسنة 60 ق – جلسة 1994/5/31)

(الطعن رقم 163 لسنة 59 ق – جلسة 1992 / 5 / 19)

(الطعن رقم 135 لسنة 63 ق – جلسة 1997 / 3 / 17)

• دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطلق للضرر مؤداه . لا على المحكمة أن تنتظر كل منهما مستقلة عن الأخرى . (الطعن رقم 63 لسنة 59 ق – جلسة 1991/7/30 – س 42)

• دعوى الطاعة اختلافها عن دعوى التطلق للضرر لاختلاف المناط في كل . ضم إحداها للأخرى من المسائل التقديرية لمحكمة الموضوع . (الطعن رقم 462 لسنة 66 ق – جلسة 2001/4/23 والطعن رقم 8 لسنة 60 ق – جلسة 1992/12/15 والطعن رقم 7 لسنة 53 ق – جلسة 1989/3/28 – والطعن رقم 87 لسنة 55 ق – جلسة 1986/12/16)

• التزام الزوجة بواجبها الشرعى بطاقة زوجها . لا يدل بذاته على إثبات أو نفي إمكان دوام العشرة بينهما . مؤداه . عدم جواز القول بأن طاعتها له تنفى ما تدعيه من إضراره بها .

(الطعن رقم 462 لسنة 66 ق – جلسة 2001/4/23)

• تنازل الزوج عن حقه فى إلزام زوجته بطاعته . لا يؤثر فى حقها فى طلب التطلاق . علة ذلك . النشوز بفرض حصوله لا يمنع من نظر دعوى التطلاق والفصل فيها .

(الطعن رقم 732 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

• دعوى الطاعة – تختلف موضوعاً وسبباً عن دعوى التطلاق للضرر إذ تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية بينما تقوم الثانية على إدعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما ومن ثم فإن الحكم بدخول الزوجة فى طاعة زوجها ونشوزها لا يكون بذاته حاسماً فى نفي ما تدعيه من مضررتها لها فى دعوى التطلاق للضرر تبعا لتغاير الموضوع فى الدعويين.

(الطعن رقم 539 لسنة 68 ق – جلسة 2002/2/9)

(الطعن رقم 320 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/21)

(الطعن رقم 104 لسنة 61 ق – جلسة 1994/12/27)

(الطعن رقم 657 لسنة 66 ق – جلسة 2001/6/11)

(الطعن رقم 29 لسنة 59 ق – جلسة 1991/6/11)

(نقض جلسة 1984/5/8 – ص 1224 – س 35)

(الطعن رقم 553 لسنة 65 ق – جلسة 2000/11/20)

• طلب الطاعة التطلاق من خلال اعتراضها على دعوة المطعون ضده لها بالدخول فى طاعته واتخاذ المحكمة إجراءات التحكيم بعد ثبوت استحكام الخلاف بينهما . قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم الابتدائى ورفض طلب التطلاق على سند من أن الطاعة لم تثبت الضرر المدعى به طبقاً للمادة 6 من القانون 25 لسنة 1929 دون أن يشير إلى رأى الحكامين وعلى الرغم من أن القضاء بالتطلاق وفقاً لنص المادة 11 مكرر ثانياً من القانون المذكور يكفى فيه استحكام الخلاف بين الزوجين . لا يغير من ذلك إقامة الطاعة دعوى أخرى مستقلة بطلب التطلاق للضرر لاختلاف سبب التفريق فى كل من الدعويين .

(الطعن رقم 298 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/16)

• إن كانت الطاعة حقًا للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أميناً على نفس الزوجة ومالها فلا طاعة له عليها أن تعتمد مضرتها بالقول أو بالفعل ويندرج في ذلك اتهامها بارتكاب الجرائم ولا يتنافى ذلك مع كون التبليغ عن الجرائم من الحقوق المباحة للأفراد وأن استعماله في الحدود التي رسمها القانون لا يترتب مسؤولية ، إلا أن الزوج بالنسبة للزوجة يمثل الحماية والأمن والسكن وهو ما يتجافى مع استعداداته للسلطة ضدها بما يجعله غير أمين عليها لما كان ذلك ، وكانت الطاعة قد قدمت صورة رسمية من المحضر الإداري رقم 750 لسنة 1993 اشمون الذي يتهمها فيه المطعون ضده بسرقة مصاغ دلت تحريات الشرطة على أنه خاص بها ، وإذ أهدر الحكم دلالة هذا المستند واعتبر الطاعة عاجزة عن إثبات دعواها بمقولة أن المطعون ضده هو الذي اشترى لها هذا المصاغ فيحق له الإبلاغ عن سرقة ، دون أن يعنى ببحث أثر هذا الاتهام على مدى أمانته عليها وذلك على خلاف مقتضى الإبلاغ بالسرقة على نحو ما سلف فإنه يكون مشوباً بالفساد في الاستدلال .

(الطعن رقم 338 لسنة 64 ق – جلسة 1999/6/28)

(الطعن رقم 431 لسنة 64 ق – جلسة 1999/12/17 وجلسة 1999/12/21)

• تناول الحكم المطعون فيه بأسبابه طلب التظليق للضرر وإعراضه عن بحث طلب التظليق الذي أبدى من خلال دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة رغم انتهائه لرفض دعوى التظليق للضرر اعتقاداً باندماج كل من الطرفين في الآخرة خطأ وقصور .

(الطعن رقم 298 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/16)

• قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض اعتراض الطاعة استناداً إلى شرعية مسكن الطاعة دون بحث ما أثارته من عدم أمانة المطعون ضده عليها نفساً ومالاً . قصور في التسبيب .

(الطعن رقم 389 لسنة 63 ق – جلسة 1998/4/21)

إثبات الاعتراض

• إذ كانت المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تقضى بأن تصدر الأحكام فى مسائل الأحوال الشخصية طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة فيما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقاً لها ، وكان المشرع بعد أن نقل أحكام المادة 11 مكرر ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 29 المضافة بالمادة 100 لسنة 1985 فيما يتعلق بدعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك من مذهب الإمام مالك لم يحل فى إثبات عناصرها إلى هذا المذهب كما لم ينص على قواعد خاصة فى هذا الشأن ، ومن ثم يتعين الرجوع فى ذلك إلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة عملاً بنص المادة 280 سالف الذكر ، فتكون البينة من رجلين أو رجل وامرأتين فى خصوص إثبات الأوجه الشرعية التى تستند إليها الزوجة فى امتناعها عن طاعة زوجها .

(الطعن رقم 292 لسنة 63 ق - جلسة 1998/7/1)

• حق الطاعة للزوج على زوجته . شرطه . أن يكون أميناً على نفس الزوجة ومالها . لمحكمة الموضوع أن تأخذ فى معرض إثبات أمانة الزوج بالقرائن وشهادة الشهود . شرطه . أن تكون القرائن التى عولت عليها تؤدى إلى ما انتهت إليه ولا تخرج بأقوال الشهود إلى ما يؤدى إليه مدلولها .

(الطعن رقم 30 لسنة 57 ق - جلسة 1989/3/31)

• الأصل فى الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه . الشهادة بالتسامع فى إثبات أو نفى الأوجه الشرعية التى تستند إليها الزوجة فى امتناعها عن طاعة زوجها . غير جائز . نصابها . شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول . اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة بالتسامع فى إثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضدها . خطأ وفساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم 330 لسنة 64 - جلسة 1999/7/13)

(الطعن رقم 48 لسنة 66 ق - جلسة 2004/3/13)

• المقرر - فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لصحة الشهادات فيما يشترط فيه العدد أن تتفق مع بعضها . لأن باختلافها لا يوجد إلا شطر الشهادة ، وهو غير كاف فيما يشترط

فيه العدد ونصاب الشهادة على شرعية المسكن وفقاً للرأى الراجح فى فقه الأحناف رجلين عدلين أو رجلاً وامرأتين عدولا .

(الطعن رقم 292 لسنة 63 ق - جلسة 1998/7/1

(جلسة 1990/1/16 - ص 152 - س 41)

• المناط فى دعوى الطاعة هجر الزوجة وإخلالها بواجب الإقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية ، وسبب وجوب نفقة الزوجة ما يترتب على الزوجية الصحيحة من حق الزوج فى احتباس الزوجة لأجله ودخولها طاعته ، فإذا فوتته المرأة على الرجل بغير حق فلا نفقة لها وتعد ناشزاً ، لما كان ذلك وكان يشترط لصحة الإقرار شرعاً وجوب أن يفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل اليقين والجزم ، فلو شابهته مظنة أو إعتوره شك فى بواعث صدوره فلا يؤخذ به صاحبه ، ولا يعتبر من قبيل الإقرار بمعناه ، لما كان ما تقدم وكان ما صرح به المطعون عليها فى دعوى الطاعة المرددة بينها وبين الطاعن من إبداء استعدادها للإقامة مع زوجها فى المسكن الشرعى الذى يعده ، قد يحمل على استهدافها أن تدرك عن نفسها وصف النشوز وبالتالي الحرمان من النفقة ، وهو بهذه المثابة ليس إلا وسيلة دفاع تفرضها طبيعة الدعوى التى صدر فيها ، ولا يدل بذاته على أن العشرة بينها وبين زوجها ليست مستحيلة ، ولا ينطوى على إقرار بذلك تؤخذ باصرتة ، فلا على الحكم أن هو التفت عما يتمسك به الطاعن فى هذا الخصوص .

(نقض جلسة 1978/5/10 - ص 1217 - س 39)

• أن كانت الطاعة حقاً للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أميناً على نفس الزوجة ومالها ، فلا طاعة له عليها أن هو تعمد مضارته بأن أساء إليها بالقول أو بالفعل أو استولى على مال لها بدون وجه حق ويجب فى مجال إثبات هذه المضارة الرجوع إلى أرجح الآراء فى مذهب أبى حنيفة عملاً بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهى أن كانت توجب أن تكون البينة من رجلين أو رجل وامرأتين إلا أنه يجب فى ثبوت إضرار الزوج بزوجته إضراراً يدل على عدم أمانته على نفسها أو مالها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على نحو معين تتضرر منه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء باعتبار أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هى تمثل فى مجموعها سلوكاً تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع .

(نقض الطعن رقم 9 لسنة 60 ق - جلسة 1992/12/15 - س 43)
(والطعن رقم 4 لسنة 59 ق - جلسة 1991/4/2 - س 42)

• لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه بعدم الاعتداد بإعلان الطاعة الموجه في 1986/9/21 من الطاعن إلى المطعون ضدها على سند مما استخلصه من أوراق الدعوى أن مسكن الطاعة مشغول بسكنى شقيقته وعدم أمانته عليها نفسا ومالا استخلاصا منه من الحكم الجنائي الصادر في الجنبنة رقم 4854 س شرق سنة 1987 . وهو من الحكم استخلاص موضوعي سائق له أصله الثابت بالأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ويكفي لحمل قضاؤه فإن النعى عليه بأسباب الطعن إذ يدور حول تعييب هذا الاستخلاص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير أدلة الدعوى لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم 92 لسنة 59 ق - جلسة 1991/12/24 - س 24)

• الشهادة بالتسامع . عدم قبولها وفقاً للراجح في فقه الأحناف في إثبات أو نفى شرعية مسكن الزوجية . وجوب معاينة الشاهد فيها المشهود عليه بنفسه لا بغيره .
(الطعن رقم 430 لسنة 65 ق - جلسة 2002/1/7)

• يشترط لصحة الإقرار شرعاً وجوب أن يفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين . فلو شابة مظنة أو اعتوره إثارة من شك في بواعث صدوره فلا يؤخذ به صاحبه ولا يعتبر من قبيل الإقرار بمعناه ، لما كان ذلك وكان ما صرحت به المطعون عليها في الشكوى الإداري - بفرض صحة صدوره عنها - من رغبتها في العودة للإقامة مع زوجها الطاعن قد قرنته بأنه كان منها اتقاء وصفها بالنشوز وبالتالي الحرمان من النفقة فهو بهذه المثابة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس إلا وسيلة دفاع فرضتها عليها الظروف التي تكتنفها ولا يدل بذاته على رغبتها الحقيقية في استمرار العشرة الزوجية ولا ينطوي على إقرار تؤاخذ باصرته ولا على الحكم أن هو التفت عما تمسك به الطاعن في هذا الخصوص .
(نقض جلسة 1978/11/1 ص 1674 - س 29)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه عينا أو سماعا في غير الأحوال التي تصح

فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها إثبات أو نفى مضاره أحد الزوجين من الآخر إذ تكون البينة فيه شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول أخذاً بالراجح في فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه في نطاق الدعوى إعمالاً لنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ولما كان الثابت من التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة وأقام عليه الحكم المطعون فيه قضاءه بثبوت إضرار الطاعن بالمطعون عليها وعدم أمانته بما يوجب عدم الاعتداد بدعوته لها بالدخول في طاعته أن الشاهد الأول من شهود الإثبات لم يرى بنفسه اعتداء الطاعن بالسب والضرب على المطعون عليها وأن ما شهد به في هذا الخصوص جاء نقلاً عنها وعن والدها فإن شهادته تكون والحال كذلك سماعية وغير مقبولة فلا يبقى من البينة إلا شطرها الآخر الذي لا يكتمل به نصابها الشرعي .

(نقض الطعن رقم 4 لسنة 55 ق – جلسة 1986/3/25 – س 37)

(والطعن رقم 52 لسنة 52 ق – جلسة 1986/2/25 – س 37)

الطاعة والنفقة

• صدور حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي بنشوز المطعون ضدها. مقتضاه . سقوط حقها في النفقة بما فيها حق السكنى إلى أن تعود لطاعته. قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم الابتدائي المستأنف ورفض دعوى الطاعن على سند من قيام علاقة الزوجية بين الطرفين خطأ.

(الطعن رقم 34 لسنة 63 ق – جلسة 1996/11/25)

• إقامة الزوج دعواه بإعتبار زوجته ناشزة ووقف نفقتها حتى دخولها في طاعته . عدم إعتباره مانعاً لها من إقامة دعواها بالتطليق للضرر أو للعيب . إختلاف المناط في الدعويين سبباً وموضوعاً . قضاء الحكم المطعون فيه بإعتبار الطاعنه ناشزة لإمتناعها عن الطاعة صحيح . صدور حكم نهائي لصالحها بتطليقها عليه . لا أثر له . علة ذلك .

(الطعن رقم 193 لسنة 74 ق – جلسة 2005 / 3 / 12)

• إن النص في المادة 11 مكرر ثانيًا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 ..." مما مفاده – على ما ورد بالذاكرة الإيضاحية

والراجح في مذهب أبي حنيفة - أن نفقة الزوجة على زوجها جزاء احتباسه لها تحقيقاً لمقاصد الزواج بأن تسلمه نفسها حقيقة أو حكماً بأن تكون مستعدة للدخول في طاعته وغير ممتنعة عن الانتقال إليه ، فكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره فنفقته عليه ، ولأن النفقة حقها وانتقالها إليه حقه ما دام قد أوفاهما عاجل صداقها وأعد لها مسكناً شرعياً وكان أمينا عليها ، فإن طالبها بالنفقة إليه فامتنعت ، فإن كان امتناعها بحق ، كأن امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة ، وإن امتنعت بغير حق فلا نفقة لها لأنها تستوجب النفقة بتسليم نفسها لزوجها ، فلم يتحقق شرط وجوب النفقة فلا تجب ، ولذا لا تستحق الناشئة النفقة .

(الطعن رقم 48 لسنة 66 ق - جلسة 13 / 3 / 2004)

(الطعن رقم 76 لسنة 65 ق - جلسة 25 / 12 / 2000)

• الحكم النهائي برفض دعوى الاعتراض على الدخول في الطاعة تأسيساً على أن المطعون عليها ممتنعة دون حق عن الطاعة وكون هذه الواقعة بعينها هي المسألة الأساسية في الدعوى بطلب نفقة الزوجة بدءاً من ذات الفترة. مؤدى ذلك . الامتناع عن إعادة النظر فيها في أية دعوى تالية طالما لم يحصل تغيير مادي أو قانوني في مركز الطرفين. علة ذلك.

(الطعن رقم 87 لسنة 56 ق - جلسة 29 / 3 / 1988 - س 38)

• إلزام الطاعن بنفقة المطعون عليها عن فترة امتناعها عن طاعته دون حق خطأ في تطبيق القانون . م 11 مكرر ثانياً من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

(الطعن رقم 87 لسنة 56 ق - جلسة 29 / 3 / 1988 - س 39)

• صدور حكم بنفقة للزوجة على زوجها فحسب لا يبرر إمتناعها عن الدخول في طاعته . علة ذلك . استيفاء شروط النفقة وقت الحكم بها لا يمنع من عدم توافرها في وقت لاحق للحجية المؤقتة الصادرة بالنفقات)

(الطعن رقم 87 لسنة 56 ق - جلسة 29 / 3 / 1988 - س 39)

عرض الصلح

• لما كان النص في الفقرة الأخيرة من المادة 6 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 44 لسنة 1979 على أنه "وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض

أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ... " يدل على أن المشرع قد أوجب على المحكمة عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بطاعته في المسكن المعد للزوجية التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا تحقيقاً لمصلحة استهدفها المشرع وأفصحت عنها المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 44 لسنة 1979 وهى أن "المقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى هذا أن لها (للمحكمة) أن تبحث شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصبا على انتفاء شرعيته ولها أن تأمر الزوج بإعداد المسكن المناسب إذا بأن لها أن المسكن الذى حدده الزوج فى الإعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعاً أو عرفاً ... " الأمر الذى يكون معه عرض الصلح على الزوجين على نحو ما استهدفه المشرع منه إجراء جوهرياً يترتب على إغفاله بطلان الحكم .

(الطعن رقم 53 لسنة 52 ق - جلسة 1984/2/21 - ص 524)

• النص فى الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكرر ثانيًا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه "وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ... " يدل على أن المشرع وإن أوجب على المحكمة - عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بطاعته فى المسكن المعد للزوجية - أن تتدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا تحقيقاً لمصلحة عامة استهدفها وأفصحت عنها المذكرة الإيضاحية وهى أن المقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف إلا أنه لم يرسم طريقاً معيناً للتدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا ، وكان الثابت فى الأوراق أن محكمة أول درجة عرضت الصلح على الطرفين وقبله الطاعن ورفضته المطعون ضدها ، وكان هذا كافياً لإثبات أن المحكمة تدخلت لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا دون حاجة لإعادة طرحه عليهما مرة أخرى فى الاستئناف ما دام لم يستجد ما يدعو إليه .

(الطعن رقم 210 لسنة 60 ق - جلسة 1994/5/31 - ص 45)

(الطعن رقم 9 لسنة 60 ق - جلسة 1992/12/15 - ص 43)

(الطعن رقم 43 لسنة 55 ق - جلسة 1987/4/28 - ص 38)

• دعوى اعتراض الزوجة على إعلان زوجها لها بالدخول فى طاعته فى المسكن المعد للزوجية ، وجوب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بينهما صلحا . الفقرة الأخيرة من المادة

11 مكرر ثانياً من المرسوم بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 . عدم تدخل المحكمة بدرجتها لإنهاء النزاع صلحا . أثره . بطلان الحكم .
(الطعن رقم 235 لسنة 59 ق – جلسة 1995/9/26)
(الطعن رقم 209 لسنة 63 ق – جلسة 1997/10/13)

• دعوى اعتراض الزوجة على إعلان زوجها لها بالدخول فى طاعته . وجوب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحا بينهما . عدم كفاية مجرد الصلح دون السعى له . التزام المحكمة بإثبات الدور الذى قامت به فى محضر الجلسة وأسباب الحكم . مخالفة ذلك . أثره . بطلان الحكم .

(الطعن رقم 377 لسنة 63 ق – جلسة 1998/5/19)
(الطعن رقم 388 لسنة 64 ق – جلسة 1999/11/16)
(الطعن رقم 461 لسنة 64 ق – جلسة 2000/2/22)

• عرض الصلح من محكمة أول درجة ، ورفضه من الحاضر عن المطعون ضدها . كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .
(الطعن رقم 225 لسنة 62 قضائية – جلسة 1996/5/20)

• عرض محكمة أول درجة الصلح على الزوجين . رفضه من أحدهما . كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما . لا حاجة لإعادة عرضه أمام محكمة الاستئناف ما دام لم يستجد ما يدعو إليه .
(الطعن رقم 184 لسنة 62 ق – جلسة 1996/3/25)

• رفض وكيل المطعون ضدها الصلح ، بتوكيل يبيح الصلح . كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .
(الطعن رقم 266 لسنة 62 ق – جلسة 1996/7/8)

• إبداء الزوجة طلب التطليق للضرر عند نظر دعاها بالاعتراض على طاعة زوجها وبعد ثبوت استحكام الخلاف بينهما . م 11 مكرر ثانياً من المرسوم بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 . وجوب اتخاذ إجراءات التحكيم فيه . إبداء هذا الطلب ضمن صحيفة دعوى الاعتراض . اعتباره طلباً قائماً بذاته مؤداه عدم اتخاذ تلك الإجراءات .

أثره. اعتبار تقرير الحكمين ورقة من أوراق الدعوى . لا تنقيد به المحكمة ويخضع لتقديرها في مجال الإثبات .
(الطعن رقم 445 لسنة 64 ق – جلسة 2000/1/25)

• لما كان البين من الأوراق أن المطعون ضدها قد انتهت في طلباتها الختامية المعدلة من خلال اعتراضها على إنذار الطاعة في حضور الطاعن بجلسة 1992/11/25 إلى طلب الحكم بتطليقها عليه بائنًا للضرر¹ مما مفاده تنازلها عن اعتراضها على إنذار الطاعة وزوال خصومة دعوى الاعتراض وينبى على ذلك أنه لا يكون مطروحا على المحكمة إلا طلب التطلاق الذى يتعين عليها الفصل فيه لاستقلاله عن الاعتراض لاختلاف المناط بين الطلبين من حيث الموضوع والسبب إذ يدور الطلب الخاص بالاعتراض على إنذار الطاعة حول مدى التزام الزوجة بواجب القرار فى منزل الزوجية وما إذا كان لديها مبرر شرعى يدعوها إلى عدم العودة إليه، بينما يقوم طلب التطلاق فى الدعوى الماثلة على استحكام الخلف بين الزوجين ، كما أن النشوز بفرض حصوله لا يمنع من نظر دعوى التطلاق، لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد قضى بتطلاق المطعون ضدها على الطاعن – وفقاً لطلباتها المعدلة – دون التعرض للاعتراض فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .
(الطعن رقم 459 لسنة 64 ق – جلسة 1999/5/24)

• دعوى التطلاق للضرر . م 6 من ق 25 لسنة 1929. اختلافها سبباً عن طلب الزوجة التطلاق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها للعودة إلى منزل الزوجية. م 11 مكرر ثانياً من ذات القانون. علة ذلك . مؤداه . القضاء نهائياً برفض دعوى التطلاق للضرر . لا يمنع من نظر طلب التطلاق المبدى من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة .
(الطعن رقم 459 لسنة 64 ق – جلسة 1999/5/24 والطعن رقم 298 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/16)

¹ مع إغفال طلب الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة .

طلب الاعتراض والتطبيق

• أحقية الزوجة في طلب التطبيق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوة زوجها لها بالعودة لمنزل الزوجية . م 11 مكرر ثانياً من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بقانون 100 لسنة 1985 .

(الطعن رقم 544 لسنة 65 ق – جلسة 2000/10/30)

(الطعن رقم 141 لسنة 65 ق – جلسة 2001/3/24)

• إذا كان الثابت من الحكم الصادر في الدعوى رقم ... لسنة ... أحوال كلى ... – المنضمة – أن موضوعها اعتراض المطعون ضدها على إعلان الطاعن لها بالعودة لمنزل الزوجية ، وأنها طلبت التطبيق عليه من خلال هذا الاعتراض عملاً بالمادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وإذ كان سبب التطبيق من خلال دعوى الاعتراض إنما يقوم على استحكام الخلاف بين الزوجين، فإنه يختلف في السبب عن دعوى التطبيق للضرر الذي تحكمه المادة السادسة من القانون المذكور ، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه على غير أساس .

(الطعن رقم 146 لسنة 60 ق – جلسة 1991/11/22 – س 42)

• النص في الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكرر ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 29 – المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 85 – على أنه "أو بناء على طلب أحد الزوجين ، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بأن لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطبيق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون" - مؤداه - أن سلوك المحكمة إجراءات التحكيم في دعوى الاعتراض شرطه استحكام الخلاف بين الزوجين ، وأن تطلب الزوجة التطبيق من خلال دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة . لما كان ذلك ، وكانت المطعون ضدها قد جمعت في صحيفة افتتاح دعواها بين طلب الاعتراض على إعلان الطاعن لها بالعودة إلى منزل الزوجية ، وبين طلب تطبيقها عليه للضرر ، وكان التطبيق على هذا النحو لا يخضع لحكم المادة الحادية عشر مكرر ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 29 وإنما تحكمه المادة السادسة منه ، وكان مفاد هذه المادة الأخيرة – وعمل ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه كي يحكم القاضى بالتطبيق يتعين أن يكون الضرر والأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة ، وكان الحكم الابتدائي لم يعن ببحث توافر هذا الشرط للحكم بالتطبيق واستند إلى تقرير

الحكمين في غير الحالات التي يتعين الحكم فيها بمقتضاه وهو منه خطأ في تطبيق القانون وقصور في التسبيب .

(الطعن رقم 114 لسنة 60 ق – جلسة 1994/1/25 – س 45)

(الطعن رقم 55 لسنة 60 ق – جلسة 1993/6/15 – س 44)

(الطعن رقم 99 لسنة 60 ق – جلسة 1991/6/11 – س 42)

• طلب الزوجة التطلق من خلال دعواها بالاعتراض على الطاعة. وجوب اتخاذ المحكمة إجراءات التحكيم إذا استبان لها أن الخلاف مستحكم بين الزوجين . اتفاق الحكمين على التطلق . مؤداه . وجوب القضاء بما قرراه دون تحرر لسببه أو أى من الزوجين يسأل عنه . اختلاف التطلق في هذه الحالة عن التطلق للضرر . م 6 من م بق 25 لسنة 1929 . علة ذلك¹.

(الطعن رقم 56 لسنة 64 ق – جلسة 2000/1/31)

(الطعن رقم 426 لسنة 65 ق – جلسة 2000/4/24)

(الطعن رقم 95 لسنة 63 ق – جلسة 1999/11/22)

• إقامة المطعون ضدها دعوى التطلق للضرر من خلال اعتراضها على الإنذار بدعوتها للدخول في الطاعة . قضاء الحكم المطعون فيه بتطبيقها على سند مما استخلصه من أقوال شاهديها من ثبوت إضرار الطاعن بها استناداً إلى نص المادة رقم 6 من ق 25 لسنة 1929 – بعد اتخاذ المحكمة إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من ذات القانون – صحيح ، النعى عليه بمخالفة القانون . لعدم أخذه بتقرير الحكام – على غير أساس .

(الطعن رقم 41 لسنة 64 ق – جلسة 1994/11/22)

• طلب الزوجة التطلق من خلال اعتراضها على الطاعة . وجوب التدخل لإنهاء النزاع صلحاً . استحكام الخلاف بين الزوجين . أثره . اتخاذ إجراءات التحكيم اتفاق الحكمين على التفريق . مؤداه . وجوب القضاء بما قرراه . اختلافهما . وجوب بعث حكم ثالث معهما . مخالفة ذلك خطأ. المواد 8 ، 9 ، 10 ، 11 مكرر ثانيًا من م بق 25 لسنة 1929 المعدل بق 100 لسنة 1985 .

¹ راجع المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

(الطعن رقم 670 لسنة 67 ق – جلسة 2002/2/9)

(الطعن رقم 395 لسنة 65 ق – جلسة 2000/2/22)

• اتخاذ إجراءات التحكيم فى دعوى التطلق . حالاته . أن يتكرر من الزوجة طلب التطلق لإضرار الزوج بها بعد رفض دعواها الأولى مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه . أو طلبها بالتطلق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها العودة لمنزل الزوجية وثبت أن الخلف مستحكم بينهما م 6 ، 11 مكرر ثانياً من ق 25 لسنة 1929 . المضافة بق 100 لسنة 1985 .

(الطعن رقم 107 لسنة 62 ق – جلسة 1997/1/27)

(الطعن رقم 184 لسنة 62 ق – جلسة 1996/3/25)

• التزام المحكمة باتخاذ إجراءات التحكيم . شرطه . أن تطلب الزوجة التطلق على زوجها من خلال اعتراضها على دعوته لها العودة لمنزل الزوجية وثبت أن الخلف مستحكم بين الزوجين . م 11 مكرر ثانياً من م بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 .

(الطعن رقم 459 لسنة 64 ق – جلسة 1999/5/24)

• التزام إجراءات التحكيم . شرطه . أن تطلب الزوجة التطلق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوة زوجها لها بالعودة إلى منزل الزوجية، أو إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار زوجها بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه .

(الطعن رقم 299 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/16)

(الطعن رقم 270 لسنة 62 ق – جلسة 1997/1/13)

• قضاء الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم الابتدائى لأسبابه التى اعتمد فيها تقرير الحكمين دون بحث توافر الضرر الموجب للتطلق طبقاً للمادة السادسة من م بق 25 لسنة 1929 رغم أن طلب التطلق لم يبد من خلال دعوى الاعتراض على دعوة الزوج للعودة لمنزل الزوجية مع عدم ثبوت تكرار طلب التطلق . خطأ وقصور .

(الطعن رقم 299 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/16)

• جمع المطعون ضدها في صحيفة دعواها بين طلبى الاعتراض على إنذار الطاعة لها بالعودة إلى منزل الزوجية والتطليق للضرر . طلب التطليق خضوعه لنص م 6 من ق 25 لسنة 1929 القضاء بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة وتطليق المطعون ضدها على الطاعن بعد اتخاذ إجراءات التحكيم تطبيقاً لنص المادة 11 من ذات القانون دون إثبات المضارة الموجبة للتطليق إعمالاً لحكم المادة 6 سالف الذكر . خطأ . وجوب تحقيق طلب التطليق الوارد بصحيفة الاعتراض مستقلاً . تقرير الحكمين يعتبر ورقة من أوراق الدعوى لا يقيد المحكمة .

(الطعن رقم 455 لسنة 64 ق – جلسة 2000/1/25)

(الطعن رقم 146 لسنة 60 ق – جلسة 1992/12/27)

التحكيم

• وقف نفقة الزوجة في حالة امتناعها دون حق عن طاعة زوجها. مادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 44 لسنة 1979 . على المحكمة اتخاذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 – 11 من ذات القانون في حالة استحكام الخلاف بين الزوجين وطلب الزوجة التطليق . اختلاف ذلك عن الحالة الواردة بنص المادة 6 من ذات القانون .

(نقض الطعن رقم 104 لسنة 58 ق – جلسة 1990/12/18 – س 41)

(نقض الطعن رقم 15 لسنة 51 ق – جلسة 1982/6/15 – س 33)

• لا يجب على المحكمة أن تتخذ إجراءات التحكيم في طلب التطليق طبقاً للمادة 11 مكرر ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 والمضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 إلا إذا أبدت الزوجة هذا الطلب عند نظر المحكمة دعواها بالاعتراض على دعوة زوجها لها للدخول في طاعته وبعد أن يكون قد بأن للمحكمة استحكام الخلاف بين الطرفين ، أما إذا اعترضت الزوجة على دعوتها لطاعة زوجها وضمنت صحيفة دعواها بالاعتراض طلب التطليق عليه للضرر ، فإن هذا الطلب يعتبر من طلبات الدعوى القائمة بذاتها ولا على المحكمة أن هي لم تتخذ فيه إجراءات التحكيم ، وإن هي فعلت فإن تقرير الحكمين لا يقيد المحكمة في الحكم بمقتضاه وإنما يعتبر من أوراق الدعوى التى تخضع لتقدير المحكمة في مجال الإثبات . لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها طلبت التطليق على الطاعن للضرر في صحيفة افتتاح الدعوى التى اعترضت فيها كذلك على دعوته لها للدخول في

طاعته ، وكان طلب التطلاق على هذا النحو وعلى ما سلف البيان لا يخضع لحكم المادة 11 مكرر ثانياً المشار إليها وإنما تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 وكان مفاد هذه المادة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه كى يحكم القاضى بالتطلاق يتعين أن يكون الضرر والأذى واقعا من الزوج دون الزوجة وكان الحكم المطعون فيه لم يعن ببحث توافر هذا الشرط للحكم بالتطلاق واستند إلى تقرير الحكمين فى غير الحالات التى يتعين الحكم فيها بمقتضاه وبالرغم من خلوه من الدليل على قيام الشرط المذكور ، فإنه يكون فى قضاءه بتطلاق المطعون ضدها قد عابه الخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال والقصور فى التسيب بما يستوجب نقضه.

(الطعن رقم 618 ورقم 231 لسنة 67 ق – جلسة 2001/12/8)

(الطعن رقم 234 لسنة 59 ق – جلسة 1992/7/21 – س 43)

(الطعن رقم 72 لسنة 63 ق – جلسة 1997/10/20)

(الطعن رقم 131 لسنة 57 ق – جلسة 1989/6/20 – س 40)

(الطعن رقم 78 لسنة 61 ق – جلسة 1994/12/27)

• سير المحكمة فى إجراءات التحكيم . حالاته . تكرار الزوجة شكواها بطلب التفريق للضرر مع عجزها عن إثبات ما تشكو منه بعد رفض دعواها الأولى أو طلبها التطلاق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة لمنزل الزوجية وتبين استحكام الخلف بين الزوجين . م 11، 6 مكرر ثانياً من م بق 25 لسنة 1929. اتخاذ إجراءات التحكيم فى غير حالاته . أثره . اعتبار تقرير الحكمين ورقة من أوراق الدعوى . عدم تقيد المحكمة به وخضوعه لتقديرها فى مجال الإثبات. مخالفة ذلك. خطأ .

(الطعن رقم 374 لسنة 63 ق – جلسة 1998/2/23)

(الطعن رقم 645 لسنة 69 ق – جلسة 2003/11/13)

• طلب الطاعة التطلاق من خلال دعوى اعتراضها على إعلان المطعون ضده لها بالعودة لمنزل الزوجية . عرض المحكمة الصلح على الطرفين ورفض الطاعة له . كاف لاثبات عجزها عن الإصلاح بين الزوجين ويتحقق به استحكام الخلاف بينهما . انتهاء الحكمين إلى التطلاق. مؤداه . وجوب التزام المحكمة برأيهما . مخالفة ذلك وقضاء الحكم

المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى لعدم تحقق استحكام الخلاف بين الطرفين وعجز الطاعنة عن إثبات إضرار المطعون ضده بها خطأ¹.
(الطعن رقم 431 لسنة 66 ق – جلسة 2001/2/12)

• طلب الزوجة التطلاق من خلال دعوى اعتراضها على إعلان زوجها بدعوتها لطاعته . م 11 مكرر ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 . وجوب اتخاذ إجراءات التحكيم إذا تبين أن الخلاف مستحكم بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين . ثبوت استحكام الخلاف بين الزوجين . كاف للتطلاق دون تحرر سببه أو تحديد أى من الزوجين يسأل عنه . التزام المحكمة بالقضاء وفقاً لما إرتأه الحكمين . عدم الالتزام برأى الحكمين طبقاً للمادة 19 من ق1 لسنة 2000 . عدم سريانه على الدعوى التى رفعت وقضى فيها نهائياً قبل صدوره . علة ذلك . الأدلة يسرى عليها القانون المعمول به فى الوقت الذى حصل فيه الدليل م9 مدنى . اختلاف ذلك عن التطلاق للضرر . م6 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 . علة ذلك .
(الطعن رقم 544 لسنة 65 ق – جلسة 2000/10/30)
(الطعن رقم 341 لسنة 66 ق – جلسة 2001/2/12)

• طلب الزوجة التطلاق من خلال اعتراضها على إعلان زوجها بدعوتها لطاعته . م 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وجوب اتخاذ إجراءات التحكيم إذا تبين أن الخلاف مستحكم بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين . ثبوت استحكام الخلاف بين الزوجين . كفايته للحكم بالتطلاق دون تحرر لسببه أو تحديد أى من الزوجين التطلاق للضرر . م 6 من ذات القانون . علة ذلك².
(الطعن رقم 544 لسنة 65 ق – جلسة 2000/10/30)
(الطعن رقم 50 لسنة 63 ق – جلسة 1997/3/10)
(الطعن رقم 637 لسنة 66 ق – جلسة 2001/6/11)

• قاضى الموضوع . له السلطة فى تقدير دواعى الفرقة بين الزوجين وأدلة الدعوى ومنها أقوال الشهود وبحث دلالتها والموازنة بينهما وترجيح ما يطمئن إليه منها دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض . شرطه . إقامة قضاءه على أسباب سائغة لها

¹راجع المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
²راجع المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

أصلها الثابت بالأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها . النعى عليه في ذلك . جدل في سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع وتقدير الأدلة . عدم جواز إثارتها أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 346 لسنة 65 ق – جلسة 2000/1/24)

• طلب الزوجة التطليق من خلال اعتراضها على دعوى زوجها للدخول في طاعته . وجوب اتخاذ المحكمة إجراءات التحكيم إذا استبان لها أن الخلاف بينهما مستحكم . اختلاف الحكيم . وجوب بعث حكم ثالث . اختلاف الثلاثة أو عدم تقديم تقريرهم في الميعاد . مؤداه . سير المحكمة في الإثبات . مجرد ثبوت استحكام الخلاف . كاف للتطليق في هذه الحالة دون تحرر لسببه أو أى من الزوجين يسأل عنه . إلزام المطلقة بتعويض أو بدل أو إسقاط حقوقها المالية كلها أو بعضها . شرطة أن تساهم بفعلها في استحكام الخلاف أو استحالة العشرة .

(الطعن رقم 650 لسنة 66 ق – جلسة 2001/6/11)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطلب في الدعوى هو القرار الذي يطلبه المدعى من القاضي حماية للحق أو المركز القانوني الذي يستهدفه بدعواه وأن سبب الدعوى هو الواقعة أو الوقائع التي يستمد منها المدعى الحق في الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية – كما أن الطلب العارض الذي يقبل من المدعى بغير إذن من المحكمة هو الطلب الذي يتناول بالتغيير أو الزيادة - أو الإضافة ذات النزاع من جهة موضوعه مع بقاء السبب على حاله أو تغيير السبب مع بقاء الموضوع كما هو أما إذا اختلف الطلب عن الطلب الأصلي في موضوعه وسببه معاً فإنه لا يقبل إيدأؤه من المدعى في صورة طلب عارض ولا يستثنى من ذلك إلا ما تأذن المحكمة بتقديمه من الطلبات مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي – وكان النص في المادة 124 من قانون المرافعات قد أورد في فقراته الأربع الأولى الحالات التي يجوز فيها للمدعى أن يتقدم بطلبات عارضة دون إذن من المحكمة ثم أورد في الفقرة الخامسة ما نصه "ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي" أي أنه يشترط في هذه الحالة الأخيرة لقبول الطلب العارض أن يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي وأن تأذن المحكمة بتقديمه – أيًا كان مآل الطلب الأصلي قبل تعديل الطلبات – وكان البين من الأوراق أن الطلب الأصلي في هذه الدعوى هو الاعتراض على إنذار الطاعن للمطعون ضدها للدخول في طاعته ، وأن الطلب العارض هو طلب للمطعون

ضدها تطبيقها على الطاعن للضرر وإذ كان الارتباط قائماً بين الطرفين الأصلي والعارض وكان قبول المحكمة للطلب العارض الذى عدلت المطعون ضدها طلباتها إليه مؤداه أنها أذنت بتقديمه . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى قبول الطلب العارض المرتبط بالطلب الأصلي فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .
(الطعن رقم 106 لسنة 57 ق – جلسة 1994/12/27)

• أن النص فى المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985 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 وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة فإن بأن لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطلق اتخذت إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون" يدل على أنه يشترط فى تطبيق الأحكام الواردة فى هذا النص أن تكون الزوجة قد امتنعت عن طاعة زوجها ودعاها للعودة لمنزل الزوجية على يد محضر ثم اعترضت الزوجة على هذه الدعوة فإذا استوفى الاعتراض شكله القانونى وجب على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لإنهاء النزاع صلحاً بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما فإذا بأن لها أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة التطلق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المواد من 7 إلى 11 من ذات القانون وإذا كانت هذه الصورة التى يقتصر الأمر فيها على مجرد ثبوت استحكام الخلاف بين الزوجين دون تحرر لسببه أو تحديد أى من الزوجين يسأل عنه تختلف عن تلك الواردة بنص المادة السادسة من ذات القانون التى يشترط لتحقيقها ثبوت تعمد الزوج إيذاء زوجته بالقول أو الفعل على نحو لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وكان الثابت أن المطعون عليها قد طلبت التطلق على سند من توافر حالة الإضرار هذه وقدمت البيئة على مدعاها ، وقد أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بإجابتها إلى طلبها على ما تحقق للمحكمة من ثبوت إضرار الطاعن بها على نحو يوجب اعمال نص المادة السادسة سالف الإشارة . وكان هذا النص لم يستلزم اتخاذ إجراءات التحكيم إلا إذا رفض طلب الزوجة ثم تكررت الشكوى منها واخفقت فى إثبات أوجه الإضرار التى تدعيها ، لما كان ذلك وكان الحكم

المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطبيق المطعون ضدها على ما استخلصه من أقوال شاهدها من ثبوت إضرار الطاعن بها على نحو يوجب أعمال نص المادة السادسة سالفه الذكر فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه بمخالفة القانون لعدم أخذه بما انتهى إليه الحكام على غير أساس .

(الطعن رقم 41 لسنة 64 ق - جلسة 1994/11/22)

الحكم فى الاعتراض

• إقامة الحكم قضاءه بعدم الاعتداد بإعلان الطاعة استناداً إلى أساسين. عدم أمانة الطاعن على زوجته المطعون ضدها وعدم إعداده المسكن الشرعى المناسب لها. كفاية الأساس الأول لحمل الحكم. أثره. النعى على الحكم بشأن المسكن الشرعى - أيا كان وجه الرأى فيه - غير منتج.

(الطعن رقم 137 لسنة 60 ق - جلسة 1994/2/22)

• إذ كانت عدم أمانة الطاعن على نفس المطعون ضدها لثبوت مضارته لها تعد دعامة كافية لحمل قضاء الحكم فإن تعييبه فيما أورده بشأن عدم أمانته على مالها يكون - أيا كان وجه الرأى فيه - غير منتج.

(الطعن رقم 116 لسنة 55 ق - جلسة 1986/6/24 - س 37)

• الحكم بتطبيق المطعون ضدها . أثره . عدم الاعتداد بإعلانها للدخول فى طاعة الزوج . علة ذلك . النعى على ما أورده الحكم المطعون فيه بمدونات فى شأن دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة - أيا كان وجه الرأى فيه - غير منتج.

(الطعن رقم 301 لسنة 64 ق - جلسة 1998/5/25)

(الطعن رقم 73 لسنة 60 ق - جلسة 1993/12/28)

• استئناف دعوى الطلاق ودعوى عدم الاعتداد بإنذار الطاعة . ضم محكمة الاستئناف لهما باعتبار أن الطلب فى أولهما الوجه الآخر للاستئناف الثانى ويعتبر دفاعا فيه . تضمين صحيفة الطعن طعنا على الحكمين . تحصيل المحكمة رسما واحدا وكفالة واحدة عن الطعن بالنقض. لا عيب .

(الطعن رقم 85 لسنة 66 ق - جلسة 2001/2/10)

• إقامة المطعون ضدها دعوى التطليق للضرر من خلال اعتراضها على الإنذار بدعوتها للدخول في الطاعة . قضاء الحكم المطعون فيه بتطليقها على سند مما استخلصه من أقوال شاهدها من ثبوت إضرار الطاعن بها استناداً إلى نص المادة رقم 6 من ق 25 لسنة 1929 – بعد اتخاذ المحكمة إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من ذات القانون – صحيح – النعى عليه بمخالفة القانون لعدم أخذه بتقرير الحكام على غير أساس .

(الطعن رقم 41 لسنة 64 ق – جلسة 1994/11/22)

• استخلاص الحكم المطعون فيه – مما له أصله الثابت بالأوراق – أن الطاعن هو المتسبب في تصدع الحياة الزوجية والفرقة بتقصيره في إعداد مسكن مستقل لسكنى المطعون ضدها لا يشاركها فيه أحد من أهله . سائغ . النعى عليه . جدل موضوعي في سلطة محكمة الموضوع . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 3 لسنة 59 ق – جلسة 1991/5/7 – س 42)

• الدفاع المنتج في الدعوى . ماهيته . إقامة الحكم قضاءه بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة على سند من تطليق المطعون ضدها على الطاعن والنعى عليه بالإخلال بحق الدفاع لالتفاته عن طلب عرض الطاعن على الطب الشرعي . غير منتج .

(الطعن رقم 210 لسنة 60 ق – جلسة 1994/5/31)

• تمسك الطاعنة بعدم شرعية مسكن الطاعة لوجود جار غير مسلم عدم تقديمها الدليل على ذلك . أثره . عدم قبول الطعن .

(نقض الطعن رقم 8 لسنة 54 ق – جلسة 1985/1/22 – س 36)

• وجوب أن تبين الزوجة بصحيفة اعتراضها على دعوة زوجها لها بالدخول في طاعته الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته . خلوها منها . أثره عدم قبول اعتراضها . م 11 مكرر ثانياً / 3 من م بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 . خلو صحيفة اعتراض الطاعنة من اعتراضها على مسكن الطاعة استناداً لخلوه من الأدوات اللازمة للمعيشة . عدم اعتداد الحكم المطعون فيه بما أثارته الطاعنة بمذكرة دفاعها في هذا الشأن . صحيح .

(الطعن رقم 430 لسنة 65 ق – جلسة 2002/1/7)

• لما كان تقدير مدى شرعية مسكن الطاعة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع بمالها من سلطة فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة إذ أنها لا تقضى إلا على أساس ما تظمن إليه وتتق به ، ولا رقيب عليها فى ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند ، وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، ولا عليها من بعد أن تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم وترد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه مادام قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات .

(الطعن رقم 156 لسنة 62 ق – جلسة 1996/1/29)

(الطعن رقم 94 لسنة 66 ق – جلسة 2004 / 4 / 18)

• انتهاء محكمة الموضوع باستدلال سائغ إلى شرعية مسكن الطاعة من سلطتها فى تقدير الدليل عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض الطعن رقم 8 لسنة 54 ق – جلسة 1985/1/22 - 36)

• قضاء الحكم المطعون فيه بتطبيق المطعون ضدها وبعدم الاعتداد بإنذار الطاعة على سند من أقوال الشهود دون تقرير الحكام . النعى على تقرير الحكمين الموقع من حكم واحد-أيا كان وجه الرأى فيه – غير منتج.

(الطعن رقم 73 لسنة 60 ق – جلسة 1993/12/28)

• اعتراض الطاعنة على إنذار الطاعة لعدم شرعية مسكن الطاعة وعدم أمانة المطعون ضده عليها . إجابة الحكم الابتدائى طلبها استناداً إلى السبب الثانى دون التعرض للأول . قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم الابتدائى ورفض الدعوى على قالة أن شهادة شاهدى الطاعنة جاءت سماعية فى خصوص عدم أمانة المطعون ضده عليها دون التعرض لما أثارته بشأن عدم شرعية مسكن الطاعة رغم أنه يتضمن دفاعاً جوهرياً .

قصور .

(الطعن رقم 30 لسنة 65 ق – جلسة 2000/12/25)

• الاستئناف . أثره . إعادة الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف . م 317 لائحة شرعية. مؤداة . اعتراض الطاعنة على إعلان المطعون ضده لها بدعوته للدخول فى طاعته استناداً إلى سببين (عدم شرعية

مسكن الطاعة وشغله بسكنى الغير وعدم أمانته عليها نفسا ومالا) قضاء الحكم المطعون عليه بإلغاء الحكم الابتدائي ورفض اعتراضها دون بحث دفاعها الجوهرى بخصوص عدم أمانته عليها نفسا ومالا . قصور فى التسبيب.

(الطعن رقم 157 لسنة 60 ق – جلسة 1994/2/22 – س 45)

(الطعن رقم 46 لسنة 60 ق – جلسة 1993/2/23 – س 44)

(الطعن رقم 101 لسنة 57 ق – جلسة 1988/4/19 – س 39)

• إقامة الطاعة اعتراضها على عدم شرعية مسكن الطاعة وعدم أمانة المطعون ضده عليها نفسا ومالا . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعواها لشرعية مسكن الطاعة دون بحث دفاعها الجوهرى المؤيد بالمستندات والذى لم تتنازل عنه بشأن عدم أمانة المطعون ضده عليها نفسا ومالا . قصور واخلال بحق الدفاع . أثره . نقض الحكم مع الإحالة . علة ذلك . عدم توافر أى من حالات الفقرة الثالثة من المادة 63 من ق 1 لسنة 2000 .

(الطعن رقم 486 لسنة 60 ق – جلسة 2002/3/18)

• 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 الإشهاد عليها ولا رضاء الزوجة أو علمها. إعلان الزوج زوجته للدخول فى طاعته وتطبيقه لها ثم مراجعتها قبل انتهاء العدة . عدم امتثالها للإنذار . أثره . اعتبارها ناشزا دون حاجة لتوجيه إنذار آخر . علة ذلك .

(الطعن رقم 326 لسنة 63 ق – جلسة 1998/3/30)

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المادة 11 مكرر ثانيًا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 – تقضى بأنه إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها دون حق توقف نفقتها من تاريخ الامتناع .

(الطعن رقم 471 لسنة 73 ق – جلسة 2005 / 4 / 23)

• قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعن بأداء نفقة زوجية عن فترة امتناع زوجته عن طاعته رغم صدور حكم نهائى برفض اعتراضها على دعوته لها بالدخول فى طاعته . خطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم 471 لسنة 73 ق - جلسة 2005 / 4 / 23)

إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بانناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

المذكرة الإيضاحية

قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول كطلب العلم أو التجارة أو لانقطاع المواصلات ثم هو لا يحمل زوجته إليه ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجاً غيره ومقام الزوجة على هذا الحال زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب وأن ترك لها الزوج ما تستطيع الإنفاق منه .

وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب اجتماعي محتم . ومذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها إذا طالت غيبته سنة فأكثر وتضررت الزوجة من بعده عنها بعد أن يضرب له ويعذر إليه بأنه أما أن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها عليه القاضى هذا إذا أمكن وصول الرسائل إليه وإلا فيطلق القاضى عليه بلا ضرب أجل ولا إعذار .

وواضح أن المراد بغيبة الزوج هنا غيبته عنها بالإقامة فى بلد آخر غير بلد الزوجة أما الغيبة عن بيت الزوجة مع الإقامة فى بلد واحد فهى من الأحوال التى يتناولها التطليق للضرر .

• ويستند النص المطروح شرعاً إلى قوله تعالى "وما جعل عليكم فى الدين من حرج"¹ وقوله (p) "لا ضرر ولا ضرار".

التعليق

• الأصل فى الزواج أن يكون كل من الزوجين أنسا لصاحبه وسكناً يطمئن إليه فى نعماء الحياة وبؤسها والإنسان بوجه عام والمرأة على الخصوص تستوحش الوحدة وتتضرر منها ومن هنا أعطى القانون للزوجة الحق فى طلب التطليق على الزوج إذا غاب عنها ولو كان له من الأموال ما تستطيع أن تنفق منها .

¹ الآية 78 من سورة الحج .

• ومصدر النص المطروح هو مذهب الإمام مالك .

• ونحن نرى أنه يتعين أن تكون الزوجة مدخولا بها حتى يكون لها طلب التطلق للغياب المحكوم بالمادتين 12 و 13 فلا يكفي مجرد العقد دون الدخول لاعطاء الزوجة الحق فى طلب التطلق للغياب إذ يمثل الأمر فى تلك الحالة الأخيرة إحدى صور الإيذاء التى تلحق بالزوجة من تركها معلقة بغير دخول والتى تدخل ضمن صور الضرر التى تحكمها المادة السادسة من القانون .

• والتطبيق لغياب الزوج كما أورده النص يتعين أن تتوافر له أربعة شروط هى :

1. أن يغيب الزوج عن زوجته فى بلد آخر غير الذى تقيم فيه

• والمقصود بالغبية هنا هو ترك الزوج لزوجته والسفر إلى بلد آخر غير الذى تقيم فيه لأنه إذا ترك بيت الزوجية وظل مقيما فى ذات البلد التى تقيم الزوجة بها دون أن يعايشها اعتبر ذلك هجرا منه وليس غيابا تحكمه المادة السادسة لا المادة الثانية عشر¹، وتقوم المحكمة بإضفاء التكيف الصحيح على الدعوى و تحديد ما إذا كانت تستند فى طلب التطلاق للهجر أم للغياب².

• ومفهوم البلد الواحد فى هذا المقام لا يقصد به الدول أى لا يشترط أن يغادر الزوج الدولة التى تقيم بها الزوجة إلى دولة غيرها وإنما يتحدد المفهوم فى ضوء تعريف الموطن كما جاء بالمواد 40 و 42 و 43 من القانون المدنى إعمالاً للمادة 15 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وهو ما يعنى وجوب قيام الزوج بترك محل إقامة الزوجة إلى بلد آخر ليس لها فيه محلاً للإقامة ومن أمثلة ذلك أن يكون محل إقامة الزوجة فى أحد المراكز التابعة لإحدى المحافظات فيتركها وينتقل للإقامة فى قريته التابعة لذلك المركز وهكذا .

• ولا يغير من اعتبار الزوج غائبا قصر المسافة فيما بين البلد التى تقيم فيها الزوجة والبلد التى سافر إليها الزوج³.

• ويتعين أن تقيم الزوجة الدليل على إقامة الزوج فى غير البلد التى تقيم فيها ويكون ذلك أما بالتحريات التى يجريها المحضر المختص عن محل إقامة الزوج عند إعلانه

¹ نقض أحوال – جلسة 1983/3/15 – الطعن رقم 11 لسنة 52 ق – والطعن رقم 432 لسنة 64 ق – جلسة 1998/9/29 .

² نقض أحوال الطعن رقم 11 لسنة 52 ق – جلسة 1981/2/5 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 139 لسنة 67 ق – جلسة 1997/12/22 .

بصحيفة الدعوى أو بتقديم شهادة الجهات الرسمية المختصة إذا ما كان الزوج قد غادر البلاد إلى الخارج أو بشهادة الشهود .

4. أن يمتد غياب الزوج سنة فأكثر

• وقد اشترط النص مضي مدة عام كامل أو أكثر على غياب الزوج لإنهاء المدة التي تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلاً لأن الفرقة بسبب ذلك الضرر الواقع لا التضرر المتوقع فقط¹.

• و السنة التي يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق بعد أن تمضي من وقت الغيبة هي السنة الشمسية التي عدد أيامها 365 يوماً كما جاء بالمادة 23 من القانون وليست السنة الهجرية .

• ويتعين اكتمال مدة السنة قبل يوم من رفع الدعوى وليس قبل النطق بالحكم فإذا رفعت الدعوى قبل اكتمال مدة سنة على الغياب حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان .

• وكثيراً ما لوحظ تداخل طلبات المدعية حيث تدعى إصابة الزوج بالعنة مثلاً وأن هذه الحالة أدت به إلى اعتدائه عليها ضرباً وسباً حيث انتهى به المطاف إلى أن غاب عنها إلى جهة غير معلومة وتنتهي المدعية إلى طلب التطلاق للضرر ولقد جرى العمل لدى المحاكم على إضفاء التكليف الصحيح على طلبات المدعية وحيث تكون في هذه الحالة بطلب التطلاق للغياب² باعتبارها الطلبات الختامية في الدعوى وما العنة أو الضرب سوى أسباب للغياب ، كما قد يهجر الزوج زوجته لعدة سنوات مع إقامته في ذات البلد (المادة 6) ثم بعد ذلك يسافر إلى بلد آخر ويمكث بها لاكثر من عام (المادة 12) وفي هذه الحالة يكون الحكم في الدعوى وفقاً لطلبات المدعية وفي ضوء توافر شروط انطباق أيا من المادتين .

4. أن تكون غيبة الزوج بلا عذر مقبول

• ويشترط في غياب الزوج عن زوجته أن يكون قد تعمد في غيابه عنها الإضرار بها وإلا فلا طلاق³ .

¹ محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - ج2 - ص183 .

² يذهب قضاء النقض في هذا الخصوص إلى أن العبرة ليس بما يرد في صحيفة الدعوى من طلبات وإنما بالطلبات الختامية في الدعوى الواردة في التكليف بالحضور مثال ذلك نقض جلسة 1993/2/16 - الطعن رقم 24 لسنة 60 ق .

³ نقض أحوال جلسة 1986/11/25 - الطعن رقم 78 لسنة 53 ق - س37 .

• ومدى مقبولية العذر ينصرف هنا إلى المحكمة وليس إلى الزوجة أو الزوج ويكون تقدير توافر الغيبة المتعمدة خاضعا لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائعا له أصله الثابت بالأوراق¹ فإذا ارتأت المحكمة أن غياب الزوج كان بغير عذر أو أن العذر الذي دفع به الدعوى لم يصل إلى الحد الذى اضطر معه الزوج إلى ترك زوجته تعاني الوحدة طلق عليه القاضى .

• أما إذا كانت غيبة الزوج بعذر فإنه لا يكون قد قصد الإضرار بالزوجة مما لا يجدر معه إجابتها إلى طلبها بالطلاق .

• ومن أمثلة الإعذار المقبولة خروج الزوج للدراسة أو التجارة أو بسبب انقطاع المواصلات مهما طالت غيبته².

• وهذا الشرط يختلف عن التطليق لضرر الإيذاء والهجر حيث لا يفرق فى الأخير بين ما إذا كان الهجر بعذر أو بدون عذر وحيث العبرة فيه يتحقق وقوع الضرر فعلا³.

وعلى ذلك يتعين التنبيه إلى تفرقة جوهريّة بين الطلاق لضرر الهجر الذى تحكمه المادة السادسة والطلاق لضرر الغياب الذى تحكمه المادة الثانية عشر فى كلتا الحالتين يشترط أن يكون الهجر أو الغياب مقصودا ومتعمدا من جانب الزوج إلا أنه فى حالة التطليق للهجر (م 6) لا يشترط أن يكون الهجر بغير عذر حيث يكون للزوجة الحق فى الطلاق سواء كان هجر الزوج لها بعذر شرعى أو بغير عذر عكس الحال فى التطليق للغياب الذى تحكمه المادة محل التعليق حيث لا يكون للمحكمة الحكم بالتطليق إذا أثبت الزوج أن غيبته عن الزوجة كانت لعذر شرعى⁴.

4. أن تتضرر الزوجة من غياب الزوج عنها

• والضرر هنا لا يعرف إلا من جهة الزوجة فتصدق فى قولها به ولا تكلف إثباتا عليه ودائما يعد قيامها برفع الدعوى قرينة على تضررها⁵.

¹ نقض الطعن رقم 18 لسنة 55 ق - جلسة 1986/4/15 - س 37 .

² نقض أحوال - جلسة 1979/6/13 - ص 630 - س 30 .

³ نقض أحوال - جلسة 1979/2/21 - ص 906 - س 30 .

⁴ نقض أحوال - جلسة 1979/3/21 - ص 906 - س 30 .

⁵ ونحن نرى أن المادة 2/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية قد أضافت للشروط الأربعة المذكورة شرطا خامسا هو وجوب عرض المحكمة للصلح على الزوجين وبذل الجهد فى هذا السبيل وثبوت عجزها عن ذلك ، فإذا كان للزوجين ولد وجب تكرار عرض

- فإذا توافرت الشروط الأربعة السالفة طلقت الزوجة على الزوج حتى ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها وأولادها.
- ويجب على المحكمة قبل الحكم بالتطليق عرض الصلح على الطرفين كما يجب عليها تكرار عرض الصلح مرتين إذا كان للزوجين ولد وذلك إعمالاً للنص المستحدث بالمادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية¹.
- والتطليق للغياب يوقع به طليقة بئنة كما هو مذهب الإمام مالك المأخوذ عنه الحكم

- ولما كان مصدر النص المطروح هو مذهب الإمام مالك – وفق ما جاء بالمشكرة الإيضاحية فإن نصاب الشهادة عليه وفق هذا المذهب هو رجلان لا امرأه فيهما².
- وتثور في العمل مشكلة اختلاف طلبات المدعية في الدعوى مع عناصر الإثبات الواقعية فيها وآية ذلك أن تطلب المدعية التطليق على الزوج للضرر إعمالاً لمقتضى المادة السادسة محل التعليق إلا أن شاهديها يشهدا بأن الزوج قد هجرها لمدة تزيد على سنة بسبب سفره إلى خارج البلاد بغير عذر وهو ما يثير شبهة توافر شروط التطليق للغياب – ومن ثم – انطباق المادة 12 من القانون وهو ما يتعارض مع طلبات المدعية في الدعوى .
- ونحن نرى أنه لما كان المقرر أن السبب في الدعوى بطلب الطلاق هو الأساس القانوني الذي تبني عليه الدعوى وهو إما أن يكون السجن أو المرض أو الاعتداء أو الغياب أو الزواج من أخرى وهكذا³ باعتبار أن ذلك السبب يعد الواقعة التي يستمد منها المدعى

الصلح مرتين على الأقل على أن يفصل بين المرتين مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً تؤجل لها الدعوى ، ويترتب على عدم عرض الصلح بطلان الحكم ، مع مراعاة أعمال قاعدة أن الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت وإن من يدعى عدم قيام المحكمة بالإجراء يقع عليه عب إثبات ما يدعيه فضلاً عن التقرير بأن الميعاد الوارد بالنص من المواعيد التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها البطلان .

¹ راجع نقض أحوال جلسة 1986/11/25 – الطعن رقم 78 لسنة 53 ق – س 37 حيث لم يكن يوجب عرض الصلح في دعاوى التطليق للغياب .

² الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت – ط 1992 – ج 26 – ص 226 و 227 .

³ يذهب قضاء النقض إلى أن إعطاء الدعوى وصفها الحق وأسباب التكيف القانوني عليها أمر وجوبي على محكمة الموضوع ، إلا أنه يشترط فيه أن تتقيد المحكمة في ذلك بالوقائع والطلبات المطروحة عليها (الطعن رقم 231 لسنة 66 ق – جلسة 2001/3/21) = كما قضت بأن التزام المحكمة بطلبات الخصوم في الدعوى وخروجها على هذا النطاق . اثره . اعتبار الحكم وارد على غير محل . بطلانه بطلاناً متعلقاً بالنظام العام (نقض الطعن رقم 2472 لسنة 65 ق – جلسة 1997 / 5 / 19) كما يذهب قضاء محكمة النقض إلى أن قاضي الدعوى ملزم في كل حال إعطاء الدعوى وصفها الحق وأسباب

الحق في الطلب (الذي هو الطلاق) وان هذا السبب لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يستند اليها الخصوم في دفاعهم¹ باعتبار أنه ولئن كان يجوز تكييف الطلبات إلا أنه لايجوز تعديل السبب من قبل المحكمة , وعلى ذلك فإنه في مثل تلك الحالة من اختلاف اسباب طلب الطلاق الوارد بصحيفه الدعوى عن أدلة الأثبات الواقعية فيها وجب على المحكمة تبصير الخصوم بوجوب تعديل الطلبات في الدعوى بما يتفق والسبب المستفاد من الأدلة المقدمة في الدعوى عملاً بالمادة الرابعة من القانون رقم 1 السنة 2000 والا وجب الحكم برفض الدعوى لاختلاف الطلب فيها (الطلاق) عن السبب الذي تستند إليه المدعية بهدف رفع الضرر الواقع عليها باعتباره يمثل موضوع الدعوى المطروحة على المحكمة .

التكييف القانوني الصحيح عليها دون تقييد بتكييف الخصوم لها في حدود سبب الدعوى . والعبرة في التكييف هي بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها لا بالالفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات (نقض مدنى جلسة 15 / 12 / 1976 - ص 1748 - س 27 وجلسة 9 / 2 / 1977 - ص 413 - س 28) .
¹ نقض جلسة 11 / 12 / 1980 - ص 2020 .

أحكام النقض

• التطبيق للغيبة . م 12 من قانون 25 لسنة 1929 لا محل لعرض الصلح على الطرفين¹.

(الطعن رقم 198 لسنة 64 ق – جلسة 1998/3/16)

(الطعن رقم 186 لسنة 62 قضائية – جلسة 1996/3/25)

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود بغيبة الزوج عن زوجته فى حكم المادة 12 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أن تكون الغيبة لإقامة الزوج فى بلد غير الذى تقيم فيه زوجته أما الغيبة كسبب من أسباب الضرر الذى يبيح التطبيق طبقاً لنص المادة السادسة من هذا القانون فهى – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون لإقامة الزوج فى بلد غير الذى تقيم فيه أما الغيبة – غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع إقامته فى البلد الذى تقيم فيه زوجته ، ويكون الضرر فى هذه الحالة هجراً قصد به الأذى فيفترق بينهما لأجله إذا كان ذلك ، وكان حكم محكمة أول درجة المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن على سند من أنه أعرض عنها وهجرها رغم إقامتهما فى بلد واحد بما لا يمكنها البقاء على هذا الحال دون ضرر ، وهو ما يشكل حالة من حالات الإضرار التى تبيح التفريق بينهما وفقاً لنص المادة السادسة سالفه البيان فإن الحكم إذ قضى بالتفريق بطلقة بائنة طبقاً لهذه المادة ولم يعمل الإجراءات المنصوص عليها فى المادتين 12 و 13 من المرسوم بقانون المشار إليه اللتين يقتصر الحكم فيهما على حالات التطبيق للغيبة ، لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ويكون النعى عليه فى هذا الخصوص على غير أساس .

(نقض الطعن رقم 432 لسنة 64 ق – جلسة 1998/9/29)

(نقض جلسة 1984/4/17 – الطعن رقم 34 لسنة 52 ق – س 35)

• وحيث أن مما نعه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال وفى بيان ذلك يقول أن الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن منزل الزوجية

¹ راجع المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

هو محل إقامة الزوجة بالسعودية وذلك على خلاف ما هو ثابت بأوراق الدعوى وأقوال شهود الطرفين من أن منزل الزوجة كائن بالقاهرة ، كما أن انتقاله هو للإقامة معها والتبعية لها يخالف مقتضى قواعد الشريعة ، كما لم يعتد الحكم بما أبداه من عذر لعدم الإقامة معها والمتمثل فى قعوده عن العمل لحرمانه منه باعتباره محرماً لها وما يمثله ذلك من إضرار به وعدم امتثالها للعودة معه إلى موطنها وبما لا تتوافر معه شروط التطبيق للغيبة وهو ما يعيب الحكم ويستوجب نقضه .

وحيث أن هذا النعى سديد ذلك بأنه لما كانت المادة 12 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد نصت على أنه “إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطبيقها عليه بانئذا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه مفاده أن الغيبة التى تبيح للزوجة طلب التطبيق هى التى تكون من الزوج بأن يترك المسكن الذى اتخذته الطرفان عشا للزوجية ويتوافر فيه عنصر الاستقرار ، ونية الاستيطان ، ولو لم تكن الإقامة به مستقرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة ، سواء أكانت الغيبة إلى جهة معلومة أو غير معلومة ، وأن تستطيل مدتها سنة فأكثر ، وأن تكون بدون عذر مقبول ، إذ يجب شرعاً على الزوجة أن تكون مطيعة لزوجها فيما يأمرها به من حقوق الزوجية المشروعة ، ومنها مرافقته فى المسكن المناسب الذى أعده لها وأن يدعوها إلى طاعته فيه طالما كان مستوفياً الشروط الشرعية ، وليس على الزوج أن يتبع زوجته فى المكان الذى تحدده هى وفق رغبتها . لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق ومستندات الدعوى أن الطاعن يقطن بالمسكن الكائن 4 شارع المنتزه الرئيسى قسم شبرا بمدينة القاهرة وهو الذى اتخذته الطرفان مسكناً للزوجية، وأقاما به إلى أن سافرت المطعون ضدها إلى السعودية للعمل وسافر الطاعن معها كمحرم لها ، ثم عاد إلى وطنه واستقر بمنزل الزوجية، إلا أنها رفضت العودة والإقامة معه وبما لا تتوافر معه شروط الغيبة المنصوص عليها فى المادة سالفه الذكر . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بإلغاء الحكم المستأنف وبتطبيق المطعون ضدها على الطاعن استناداً إلى توافر الغيبة المنصوص عليها فى المادتين 12، 13 من المرسوم

بقانون سالف الذكر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

(الطعن رقم 86 لسنة 68 ق – جلسة 2002/2/9)

• لما كان إعمال نص المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية يختلف فى مجاله عن نطاق أعمال المادة 12 منه ذلك أن هجر الزوج لزوجته المعتبر من صور الإضرار الموجب للتفريق وفقاً لنص المادة السادسة – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – هو الذى يتمثل فى غيبته عن بيت الزوجية مع الإقامة فى بلد واحد أما أن غاب عنها بإقامته فى بلد آخر غير بلدها فإن لها أن تطلب التطلاق إذا استمرت الغيبة مدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول وذلك وفقاً لنص المادة الثانية عشر ويسرى فى شأنه عندئذ حكم المادة التالية رقم 13 والتي توجب على القاضى أن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب أن يضرب له أجلاً مع الإعذار إليه بتطبيق زوجته عليه أن هو لم يحضر للإقامة معها أو بنقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطبيقه بئنة وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار أو ضرب أجل .

(الطعن رقم 539 لسنة 68 ق – جلسة 2002/2/9 ونقض الطعن رقم 26 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/13 ونقض جلسة 1983/2/15 – الطعن رقم 11 لسنة 52 ق – ص 478 ونقض الطعن رقم 86 لسنة 67 ق – جلسة 2001/7/7)

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت غيبة الزوج عن زوجته المدة الموجبة للتطبيق فى بلد آخر غير الذى تقيم فيه فإن دعواها تكون تطبيقاً للغيبة خاضعة لنص المادتين 12 ، 13 من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، أما أن كانا يقطنان بلداً واحداً فإن دعواها تكون تطبيقاً للهجر وتخضع لنص المادة السادسة من القانون المذكور ، إلا أنه لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن يقيم فى بلد غير الذى تقيم بها المطعون ضدها فإن التطبيق يكون للغيبة – كما ذهب الحكم المطعون فيه – ولا يغير من ذلك قصر المسافة بين البلدين لأنه مهما قصرت بينهما لا تعتبران بلداً واحداً .

(الطعن رقم 139 لسنة 67 ق – جلسة 1997/12/22)

(الطعن رقم 186 لسنة 62 ق – جلسة 1996/3/25)

• مؤدى نصوص المواد 12 و 13 و 23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، أن المشرع أجاز للزوجة إذا غاب عنها زوجها سنة عدتها 365 يوماً فاكثرت وتضررت فعلاً من بعده عنها هذه المدة الطويلة ، أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، والطلقة هنا بائنة لأن سببها الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج ، وشرط لذلك توافر أمرين : أولهما – أن تكون غيبة الزوج المدة المشار إليها في بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة ، أما إذا كانا يقطنان بلداً واحداً وترك الزوج زوجته فيعتبر ذلك منه هجراً لها يجيز التطلاق وفق المادة السادسة من القانون ، والثانى أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول ، وتقدير العذر أمر متروك لقاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغاً ، وخول المشرع القاضى التطلاق لهذا السبب من غير إعدار أو ضرب أجل أن كان الزوج الغائب غير معلوم محل إقامته أو معلوماً ولا سبيل إلى مراسلته أما أن أمكن وصول الرسائل إليه فيحدد القاضى له أجلاً يحضر فيه للإقامة معها أو بنقلها إليه أو يطلقها ، وأنه وإن ضربت المذكرة الإيضاحية للقانون الأمثال على العذر المقبول بأنه طلب العلم أو التجارة أو انقطاع المواصلات ، إلا أن المناط فى اعتباره كذلك هو إلا يقصد الزوج به الأذى ، بحيث يتعين ثبوت أن الزوج لا يستطيع نظراً لظروفه نقل زوجته إلى حيث يطلب العلم أو يمارس التجارة، وتقدير توافر الغيبة والهجر المتعمد يخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً له أصله الثابت من الأوراق .

(نقض الطعن رقم 84 لسنة 56 ق – جلسة 1988/12/27)

(الطعن رقم 18 لسنة 55 ق – جلسة 1986/4/15)

(نقض جلسة 1979/6/13 – ص 30 – س 30)

• ميعاد المسافة لمن يكون موطنه بالخارج ستون يوماً . م 17 من قانون المرافعات . عدم مراعاة هذا الميعاد بالنسبة للإنذار الموجه للطاعن من المحكمة بأن يعود للإقامة مع المطعون ضدها أو ينقلها إليه أو يطلقها وإلا طلقها المحكمة عليه لا يترتب عليه البطلان .

(الطعن 120 س 61 ق – جلسة 1995/1/31)

• يدل نص المادة 12 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن المشرع أجاز للزوجة إذا ادعت على زوجها غيابه عنها سنة فاكثر ، وتضررت فعلاً من بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر والطلقة هنا بائمة لأن سببها الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج ، وشرط لذلك أمرين : أولهما أن تكون غيبة الزوج المدة المشار إليها وفي بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة . والثانى أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول – وتقدير العذر أمر متروك لقاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغاً .

(نقض الطعن رقم 97 لسنة 54 ق – جلسة 1988/1/26)

(الطعن رقم 78 لسنة 53 ق – جلسة 1986/11/25)

(الطعن رقم 504 لسنة 67 ق – جلسة 2002/1/12)

• إذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر برفض دعوى الطاعنة بطلب التطبيق للغيبة طبقاً للمادة 12 من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، وكانت هذه المادة لم تشترط عرض الصلح على الطرفين فإن التحدى فى سبب النعى بما أوجبه المادة السادسة من القانون المذكور من عرض الصلح يكون فى غير محله¹.

(نقض الطعن رقم 78 لسنة 53 ق – جلسة 1986/11/25 – س 37)

• إقامة الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قضاءه بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن طليقة بائمة على ما استخلصه سائغاً من بينتها الشرعية من غيابه عنها مدة تزيد عن سنة دون عذر مقبول مما أصابها بضرر يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما كفايته لحمل قضائه . التفات الحكم عن مستندات غير مؤثرة لا عيب . النعى على ذلك . جدل موضعى. عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 504 لسنة 67 ق – جلسة 2002/1/12)

¹ راجع المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000

- الغيبة التى تبيح للزوجة طلب التطلاق . ماهيتها . غيبة الزوج عن مسكن الزوجية الذى يتوافر فيه عنصر الاستقرار ونية الاستيطان ولو تخللت فيه فترات الإقامة غيبه إلى جهة معلومة أو غير معلومة . شرطه . أن تستطيل لمدة سنة فأكثر دون عذر مقبول . علة ذلك . التزام الزوجة بطاعة زوجها ومرافقته فى المسكن المناسب . عوده الزوج للإقامة بمسكن الزوجية بعد مرافقة زوجته للعمل فى الخارج . رفض الزوجة العودة . والإقامة معه . مؤداه . عدم توافر شروط الغيبة .
- (الطعن رقم 86 لسنة 68 ق – جلسة 2002/2/9)

إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه أن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضى بينهما بطلقة بائنة .

وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا عذر أو ضرب أجل .

- لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

المذكرة الإيضاحية

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة 12 .

التعليق

- هذه المادة مكملة للمادة 12 .

• يتعين النظر أولا فى دعاوى الطلاق للغيب إلى ما إذا كان الزوج الغائب يمكن وصول الرسائل إليه ، واستخدام المشرع لهذا التعبير إنما هو للدلالة على ما إذا كان الزوج معلوم الإقامة أو مجهول المكان حيث أن الزوج المعلوم الإقامة هو من يمكن مراسلته ، وقد جرى العمل بالمحاكم ونيابة الأحوال الشخصية على أن ذلك يتحدد من واقع إعلان صحيفة افتتاح الدعوى وأوراقها القضائية حيث يمكن التأكد مما إذا كان الزوج معلوم الإقامة من عدمه .

• إلا أن العبرة هنا ليست بالعلم أو عدم العلم بمحل إقامة الزوج وإنما هى بإمكان وصول الرسائل إليه إذ قد يستحيل وصول الرسائل إليه رغم كونه معلوم الإقامة بسبب انقطاع المواصلات فيتم النظر فيما إذا كانت غيبته بعذر أو بغير عذر لهذا السبب ، ومثال ذلك أن يكون الزوج مقيما فى دولة ما إلا أنه لا يعلم عنوانه بها فلا يمكن وصول الرسائل

إليه فيعد غير معلوما له محل للإقامة ، وعلى ذلك فلا يخلو الأمر هنا من فرضين فأما أن يكون الزوج مجهول الإقامة فلا يمكن من ثم وصول الرسائل إليه أو معلوم الإقامة وهنا قد يمكن وصول الرسائل إليه إذا كان معلوما له عنوان أو لا يمكن وصول الرسائل إليه إذا لم يكن معلوما له عنوان فيستوى ومجهول الإقامة .

ومن خلال ما تقدم فإنه يتعين التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : أن يكون الزوج معلوم الإقامة أى يمكن وصول الرسائل إليه تعين على المحكمة بعد أن تكون قد اكتملت أمامها أدلة الإثبات وبقرار تصدره أن تؤجل نظر الدعوى لأجل محدد وتكلف قلم كتاب المحكمة أن يوجه إلى الزوج المدعى عليه إعلانا يتعين أن يتضمن عرض ثلاث بدائل على الزوج وهى أن يحضر للإقامة مع الزوجة أو أن ينقلها للإقامة معه حيث يوجد أو أن يطلقها وإلا طلقها عليه المحكمة ، ويتعين أن يتضمن هذا الإعلان الأجل الذى منحه المحكمة للزوج لتنفيذ أى من تلك البدائل ويتحدد هذا الأجل زمنيا بما تقدره المحكمة لقرب أو بعد المكان الذى يقيم به الزوج عن محل إقامة الزوجة ، فإذا حل ميعاد نظر الدعوى الذى يكون هو ميعاد انقضاء المهلة الممنوحة للزوج ولم ينفذ الزوج أى من البدائل التى طرحتها عليه المحكمة أو يقدم عذرا مقبولا إلى المحكمة يبين منه عدم قدرته على الحضور للإقامة مع الزوجة أو نقلها إلى حيث يطلب العلم أو يمارس التجارة مثلاً أى يجعل غيابه بمقتضى وفقاً للمادة 12 حكم القاضى بتطليق الزوجة على الزوج طلاقاً بائناً¹، أما إذا حضر الزوج وقام بتنفيذ قرار المحكمة حكمت برفض الدعوى².

• لا يشترط أن يتم إعلان الزوج بطريقة معينة أو على نحو معين إذ يمكن أن يكون بإعلان قضائى أو بكتاب بعلم الوصول أو بغير ذلك³.

• ومدة الإمهال التى تحددها المحكمة ليست من مواعيد المرافعات التى يتعين على الزوج تنفيذ أى من البدائل خلالها فيكون للزوج تنفيذ أى من البدائل ولو بعد انقضاء المهلة

¹ الحكم الصادر فى القضية رقم 314 لسنة 1981 - كلى جنوب القاهرة - جلسة 1983/12/26 .

² نقض الطعن رقم 504 لسنة 67 ق - جلسة 2002/1/12 .

³ نقض أحوال جلسة 1981/1/20 - الطعن رقم 13 لسنة 48 ق .

أو فى أية حالة كانت عليها الدعوى فإن هو فعل امتنع الحكم بالتطليق¹، كما أنه لا يشترط أن يتم الإعذار بالفعل فحضور الزوج بالجلسة المحددة لنظر الدعوى بعد انقضاء فترة الإمهال يحقق الغاية من الإجراء².

والفرض الثانى : أن يكون الزوج ممن لا يمكن – بالتعبير الشرعى – وصول الرسائل إليه وهو ما تتبينه المحكمة من إعلانات أوراق الدعوى وما تقدمه الزوجة من دليل على ذلك – كما قدمنا – وبعد استيفاء أدلة الثبوت يصدر القاضى فى هذه الحالة حكمه بتطليق الزوجة دون إعذار أو ضرب أجل وذلك طالما لم يثبت علم الزوجة بمحل إقامة الزوج³.

• وغنى عن البيان أن إثبات كون الزوج مجهول الإقامة يستعان لإثباته بتحرى جهة الإدارة كما تقدم القول .

• وجدير بالذكر أن الطلقة هنا تكون بئنة سببها الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج⁴.

أحكام النقض

• للزوجة طلب التطليق بئناً لغياب زوجها عنها م 12 من ق 25 لسنة 1929 شرطه أن تكون غيبة الزوج سنة فأكثر فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة بغير عذر مقبول . عدم ثبوت علم الزوجة بمحل إقامة الزوج . مؤداه . عدم الحاجة للإعذار أو ضرب الأجل المنصوص عليهما بالمادة 13 من القانون الأخير .
(الطعن رقم 807 لسنة 68 ق – جلسة 2000/5/15)

¹ نقض أحوال جلسة 1981/1/20 – الطعن رقم 13 لسنة 48 ق .

² نقض أحوال جلسة 1981/1/20 – الطعن رقم 13 لسنة 48 ق .

³ نقض الطعن رقم 807 لسنة 68 ق – جلسة 2000/5/15 .

⁴ نقض أحوال – جلسة 1979/6/12 – ص 630 – س 30 .

• مفاد المادة 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع جعل المناط في وجوب إمهال الزوج الغائب فترة من الزمن مع إعداره هو إمكانية وصول الرسائل إليه إلا أنه لم يحدد وسيلة إعلانه بما يقرره القاضي في هذا الشأن ، وإذا كانت مدة الإمهال المنصوص عليها في هذه المادة ليست من قبيل مواعيد المرافعات التي يتعين مراعاتها عند القيام بالإجراء المطلوب وإنما هي مجرد مهلة يقصد بها حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه بجهة إقامته بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو في أي مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجب التطبيق ، فإنه يكفي لتحقيق شرط الإمهال والإعذار في حق الزوج الغائب أن يصل إلى علمه ما يقرره القاضي في هذا الشأن ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن الطاعن مثل بوكيل عنه بالجلسة المحددة بقرار الإمهال والإعذار المعلن إليه بما يقطع بعلمه به فإنه لا محل لما ينعى به على إجراءات إعلانه بهذا القرار ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس .

(نقض جلسة 1981/1/20 – الطعن رقم 13 لسنة 48 ق – س 32)

• اشتراط إعذار القاضي إلى الزوج الغائب قبل تطبيق زوجته عليه. م 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 . علقته طلب التطبيق لغيبه الزوج في بلد آخر طبقاً للمادة 12 من نفس المرسوم . طلب المطعون عليها تطبيقها على الطاعن لتضررها من هجره لها على سند من نص المادة 6 من ذلك المرسوم . عدم ادعاء الطاعن أمام محكمة الموضوع بأن مرد هذا الهجر غيبته في بلد آخر . مؤداه . ما يثيره عن ذلك بسبب النعى. دفاع قائم على واقع لا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 99 لسنة 55 ق – جلسة 1988/3/22 – س 39)

• وجوب قيام القاضي بضرب أجل للزوج الغائب إذا أمكن وصول الرسائل إليه يعذره بأن يطلق زوجته أن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها باختياره . أحد هذه الخيارات . أثره . انتفاء موجب التطبيق. م 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929

(الطعن رقم 504 لسنة 67 ق – جلسة 2002/1/12)

• التتطبيق للتغيبه .وجوب قيام القاضى بضرب أجل للزوج الغائب إذا أمكن وصول الرسائل إليه يعذره بأن يطلق زوجته عليه أن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها . م 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 . مقصوده . حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه . اختيار الزوج أحد الخيارات . أثره . انتفاء موجب التتطبيق . (الطعن رقم 334 لسنة 68 ق – جلسة 2002/2/9)

لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلاق عليه بانناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

- لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

الزوج الذى حكم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طالبت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير فى ذلك فيجوز لزوجته طلب التطلاق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهراً عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطلاق إذا تضررت من بعد زوجها عنها (المواد من 12 إلى 14) .

- ويستند وجوب النص المطروح شرعاً إلى قوله تعالى "وما جعل عليكم فى الدين من حرج"¹ وقوله (ρ) "لا ضرر ولا ضرار".

التعليق

- التطلاق لسجن الزوج هو أحد حالات التطلاق للضرر ذلك أن سجن الزوج إنما يترتب عليه ابتعاده عن الزوجة وراء أسوار السجن وهذا الغياب يشكل ولا شك ضرر بالزوجة طالما أنه قد استقر أن الزوجة تتضرر بعدم وقاعها لأكثر من ستة اشهر على ما هو من حديث عمر بن الخطاب فى هذا الشأن² فإذا زادت مدة الابتعاد عن ذلك فالضرر واقع لا محالة ويستوى بعد ذلك أن تكون الفرقة برضى الزوج أو قهراً عنه .
- ولكون الفرقة هنا لسبب لا دخل لإرادة الزوج فيه وهو حبسه وبحكم أن ذلك يسبب ضرراً للزوجة لذلك أفرد المشرع لهذا النوع من الضرر نص خاص هو نص المادة 14 .
- وقد اشترط النص لى يحق للزوجة طلب التطلاق للحبس توافر أربع شروط هى :

¹ الآية 78 من سورة الحج
² راجع التعليق على المادة السادسة .

1- أن يكون الزوج قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية (الحبس أو السجن أو نحوه) وعلى ذلك فالحكم بالغرامة أو تنفيذها بطريق الإكراه البدنى لا يوفر الشرط إلا أنه يستوى أن تكون العقوبة صادرة فى جنائية أو جنحة¹ كما يستوى أن يكون الحكم وطنياً أو صادر عن محاكم غير مصرية إذ العبرة بتحقيق الضرر المترتب على غياب الزوج بقطع النظر عن مصدره .

2- أن يكون الحكم الصادر بالعقوبة نهائياً وأن يكون الزوج قد بدأ تنفيذه بالفعل ، فإذا لم يكن الزوج قد بدأ فى تنفيذ العقوبة لهروبه أو لاستشكاله فى التنفيذ أو لغير ذلك من الأسباب امتنع تطبيق النص . وعلى ذلك فلا يشترط فى الحكم أن يكون باتاً أى استنفذ طريق الطعن بالنقض أو انقضت مواعيده².

3- أن تكون العقوبة ثلاث سنوات فأكثر ، والسنوات هنا ميلادية عملاً بالمادة 23 من القانون .

4- أن ترفع الزوجة الدعوى بعد مضى سنة ميلادية كاملة تحتسب من تاريخ بدء تنفيذ العقوبة على الزوج وليس من تاريخ النطق بالحكم ، فإذا أقيمت الدعوى قبل مضى السنة قضت المحكمة بعدم قبولها لرفعها قبل الأوان وفى ذلك تقول محكمة جنوب القاهرة الابتدائية "وحيث أن الثابت من الشهادة المقدمة أن المدعى عليه قد حكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة بجلسة 1981/6/17 وأن تاريخ مبدأ حبسه 1981/1/17 وكانت المدعية قد أقامت دعواها الماثلة بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ 1981/6/16 كما أنه بالنسبة لخطاب مصلحة السجون المؤرخ 1982/3/11 تبين منه أنه قد حكم على المدعى عليه فى الجنائية رقم 80/1412 ج روض الفرج بالأشغال الشاقة لمدة عشر سنوات من محكمة جنايات القاهرة فى 1990/3/19 أى أن الحكمين الصادرين على المدعى عليه قد صدر الأول فى 1980/2/19 والثانى فى 1981/6/12 وأن مبدأ حبسه 1981/6/17 والمدعية أقامت الدعوى بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ 1981/6/16 أى قبل مرور سنة كاملة من تاريخ بدء تنفيذ الحبس مما تعد معه الدعوى غير قائمة على أساس سليم من القانون وتكون المدعية قد أقامتها قبل الأوان مما يتعين معه القضاء بعد قبولها³.

¹ نقض الطعن رقم 480 لسنة 64 ق - جلسة 1998/12/28 .

² نقض الطعن رقم 480 لسنة 64 ق - جلسة 1998/12/28 .

³ الحكم رقم 490 لسنة 1982 كلى جنوب القاهرة - جلسة 1982/12/28 .

• ولا يحول دون قيام الزوجة بطلب التطليق للسجن وجود مال للزوج يمكنها التنفيذ عليه واقتضاء حقها من النفقة إذ أن التطليق فى هذه الحالة للضرر وليس للامتناع عن الإنفاق¹.

• ونحن نرى أن الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية قد أضافت شرطاً خامساً لهذه الدعوى مما نصت عليه من وجوب قيام المحكمة بمحاولة الصلح بين الزوجين وثبوت عجزها عن تحقيقه ، فإذا كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد عن ستين يوماً ، والمواعيد المنصوص عليها فى المادة هى من قبيل المواعيد التنظيمية لا يترتب بطلان على مخالفتها ، إلا أن التخلف عن القيام بإجراءات الصلح يترتب عليه بطلان الحكم حيث ورد النص بطبيعة الوجوب والإلزام² ويجوز للمحكمة إثباتاً لبذلها الجهد للإصلاح بين الزوجين إعمالاً لحكم المادة 18 السالفة الذكر أن تنتدب أخصائياً اجتماعياً أو أكثر لتقديم تقرير عن الحال المعروض عليها أو عن مسألة فيها على أن تحدد أجلاً لتقديم التقرير لا يزيد على أسبوعين وذلك إعمالاً لحكم الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون المذكور³.

• وقد ثار الخلاف بالنسبة للإفراج عن الزوج المسجون أثناء نظر الدعوى أى بعد انقضاء السنة الواجب انتهائها لجواز رفع الدعوى وقبل انقضاء السنوات الثلاث المحكوم بها ضد الزوج فذهب البعض إلى أن الضرر يكون فى هذه الحالة قد ارتفع مما يتعين معه الحكم برفض الدعوى خاصة وقد تخلف شرط كون العقوبة ثلاث سنوات⁴ ذلك أن تحقق الضرر رهين بقاء الزوج لثلاث سنوات سجيناً فإذا انقضى هذا الشرط ارتفع الضرر ووجب الحكم برفض الدعوى .

بينما ذهب البعض الآخر إلى أن حق الزوجة فى الطلاق تأكد باستيفاء الشروط وأن الضرر قد وقع بها فعلاً يجبه الإفراج وإطلاق سراح الزوج قبل استيفاء مدة الثلاث سنوات المحكوم بها ضده⁵ خاصة وأن المشرع قد افترض تحقق الضرر من حبس الزوج مدة

¹ انظر الحكم رقم 63 لسنة 1985 كلى شمال القاهرة – جلسة 1985/5/7
² راجع المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية

³ راجع المادة 4 من القانون رقم 1 لسنة 2000
⁴ انظر الحكم الصادر فى الاستئناف رقم 116 لسنة 80 قضائية – استئناف القاهرة .

⁵ فى هذا المعنى نصر الجندى فى قانون الأحوال الشخصية – ص 190 .

أقصاها ثلاث سنوات فالمرجع اعتبر الحبس قرينة على الضرر مما يتعين معه الاستمرار في نظر الدعوى والحكم فيها طبقاً لما تقدمه المدعية من أسانيد للإثبات .

ونحن نميل إلى تأييد الرأي الثانى وخاصة أن المقرر أن الفرقة فى الحبس هى بسبب الضرر الواقع بالفعل وليس للضرر المتوقع وأن قياسها على التطليق لضرر الهجر تتأتى معه نفس النتيجة إذ لو عاد الزوج الغائب بعد رفع الدعوى بالتطليق فإن ذلك لا يسقط حق الزوجة فى التطليق جبراً لما أصابها من ضرر تحقق بالهجر¹ فضلاً عن أن المشرع لو أخذنا بالرأى الأول لما ظهرت الحاجة لنص المادة 14 برمته .

• وغنى عن البيان تقرير حق المدعية فى أن تعدل طلباتها من الطلاق بسبب السجن إلى الطلاق بسبب الضرر أو الغياب وهكذا إعمالاً لقاعدة جواز تغيير سبب الطلب دون محله².

• كما ثار التساؤل حول انطباق النص بالنسبة للمعتقل الذى يقبض عليه ويحبس لمدة غير محددة بغير حكم قضائى ، وهل يقاس على الحبس المحكوم به قضت بعض المحاكم بتطليق زوجة المعتقل الذى زادت مدة اعتقاله على ثلاث سنوات استناداً إلى توافر العلة التى دعت الشارع إلى طلاق زوجة الغائب أو زوجة المحبوس ، وهى رفع الضرر عن الزوجة التى ابتعد عنها زوجها مدة طويلة تزيد على سنة أيا كان السبب الذى أدى إلى بعده وجعل من هذا البعد قرينة على تحقق الضرر ووقوعه على الزوجة وهى قرينة غير قابلة لإثبات العكس .

إلا أن البعض ينتقد الرأي السابق ، إذ أقيم على دعامتين ، هما غيبة الزوج المنصوص عليها فى المادة 12 من القانون 1929/25 ، وحبسه المنصوص عليه فى المادة 14 من القانون المذكور ، وهما دعامتين غير سليمتين إذ أن الزوج المعتقل لم يغيب عن زوجته ، وإنما ابعد عنها ، ولا حيلة له فى هذا الابعاد ، لأنه أمر خارج عن إرادته ولا دخل له فيه ، فإن غيابه كان إذن بعذر مقبول ، والاعتقال ليس غياباً فى المادة 12 بدليل ما ورد فى المادة 13 من نفس القانون ، من أنه أن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلاً واعذر إليه ، بأن يطلقها أن لم يحضر للإقامة مع زوجته . كما لم يكن فى مكنه أن ينقلها معه وهو معتقل ، وهذا مع إمكان ورود الرسائل إليه و المادتان متلازمتان يفيدان عدم اعتبار المعتقل غائباً³.

¹ نقض أحوال - جلسة 1979/2/21 - ص 1988 .
² راجع فى ذلك فتحي والى فى وسيط القضاء المدنى - ط 1980 - ص 514 .
³ معوض عبد التواب فى المرجع السابق - ص 131 .

• ونحن نرى أن المادة 14 من القانون 1929/25، جاءت مقيدة بقيود يجب مراعاتها ، ولا يجوز القياس عليها سيما إذا روعى أن مذهب الحنفية ليس به نص على طلاق زوجة الغائب وقد اخذ حكم المادة 14 من مذهب المالكية ، ولكن ليس معنى هذا أن يباح تطبيق مذهب مالك بكل ما فيه وإنما يقتصر على ما جاء به الحكم الموضوعى ، والمعتقل لم يحكم عليه بحكم نهائى بالحبس مدة ثلاث سنين فأكثر ، كما أن أمر الاعتقال لا يحدد فيه مدة ما فيكون من الممكن الإفراج عن الزوج فى أى وقت والمشرع أعطى لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر الحق فى أن تطلب التطلاق عليه لأنه يكون فى موضع تقديرها أن زوجها لن يعود إليها قبل مضى ثلاث سنين وأعطاهما الحق فى طلب التطلاق بعد مضى سنة على غيبته ، حتى يتحقق الانسجام بين المادتين 12 و14 من القانون ولهذا كله لا يمكن أن تنطوى حالة اعتقال الزوج بأمر السلطات الإدارية تحت حكم المادة 14 من القانون 25 لسنة 1929، والقول بأن الحكمة التى أجاز التطلاق من أجلها فى المادتين 12 و14 من القانون 25 لسنة 1929، متحققة فى حالة زوجة المعتقل خاصة وأن من القواعد الأصولية أن لا اجتهد مع النص سيما إذا كان النص واضحاً لأن المناط هو الضرر ، وقد تحقق الضرر، وهذا القول اجتهد فى مقابلة نص، ومن القواعد الأصولية أن لا اجتهد مع النص خاصة إذا كان النص صريحاً لا يحتمل التأويل أو التفسير .

والخلاصة

أن رأى قد استقر على عدم انطباق نص المادة 14 بالنسبة للمعتقل لتخلف شروط تطبيقها بالنسبة لحالته إذ لم يصدر ضده حكماً لمدة ثلاث سنوات إلا أننا نرى أنه يجوز لزوجة المعتقل طلب التطلاق عليه للهجر استناداً إلى تحقق ابتعاد الزوج عنها مما أصابها بالضرر خاصة وأنه يستوى فى تحقق الابتعاد وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية أن يكون بإرادة الزوج أو رغما عنه وذات النظر ينصرف إلى الأسير لعموم القاعدة حيث يجوز لزوجة الأسير طلب التطلاق عليه إذا تضررت من بعد الزوج عنها بسبب أسره¹.

• ويجدر التنويه إلى أن على الزوجة أن تقدم تأييداً لدعواها بطلب الطلاق للحبس بالمادة 14 المستندات التالية :

- 1- الوثيقة الرسمية الدالة على قيام الزوجية .
- 2- الحكم الجنائى الصادر بحبس الزوج .
- 3- شهادة بنهائية الحكم المذكور .

¹ راجع المذكرة الإيضاحية للنص .

4- شهادة من السجن ببدء تنفيذ الزوج للعقوبة وتاريخ ذلك .

• والطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب الحبس يقع به طلاقاً بائناً باعتباره طلاق للضرر¹.

• وإذا صدر ضد الزوج حكماً بإعدامه فإن مقتضى ذلك الحكم أن ابتعاد الزوج عن الزوجة يمتد لأكثر من الثلاث سنوات المنصوص عليها فى المادة باعتبارها المدة التى افترض المشرع أن ابتعاد الزوج عن الزوجة خلالها وراء أسوار السجن يلحق بها الضرر المنهى عنه شرعاً وذلك إعمالاً لروح النص والحكمة من إصداره² إلا أننا نرى وجوب انتظار الزوجة مدة السنة التالية لصدور الحكم بالإعدام حتى يكون لها إقامة الدعوى بطلب التطلق خاصة وإن إجراءات تنفيذ الحكم قد تستغرق مدة تتجاوز الثلاث سنوات المنصوص عليها بصدر المادة .

أحكام النقض

• النص فى المادة 14 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه : " " يدل - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - على أن الزوج الذى حكم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر يتساوى مع الغائب الذى طالبت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته فيجوز لها طلب التطلق عليه بعد مضى سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة ، ويشترط لقبول الدعوى مضى سنة من تاريخ البدء فى تنفيذ الزوج للعقوبة المقيدة للحرية سواء كانت هذه العقوبة صادرة فى جنائية أو جنحة إذ أن اختلاف الوصف القانونى للجريمة التى اقترفها لا يترتب عليه اختلاف الضرر الناجم عن تقييد حريته وحرمان الزوجة من حقوقها الشرعية وتضررها من بعده عنها، ولم يتطلب النص المذكور أن يكون الحكم الجنائى باتاً باستنفاد طرق الطعن غير العادية أو بفوات مواعيدها ، مكتفياً بصيرورته نهائياً لا يقبل الطعن بالطرق العادية ، إذ أن الأصل فى الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية أنها واجبة التنفيذ متى صارت نهائية عملاً بالمادة 460 من قانون الإجراءات الجنائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، فينفذ الحكم

¹ نقض أحوال جلسة 1979/6/13 - ص 650 - س 30 .
² راجع المذكرة الإيضاحية للنص .

الجنائي متى صار نهائياً بألا يكون قابلاً للمعارضة أو الاستئناف ولو كان قابلاً للطعن بالنقض أو طعن فيه بالنقض بالفعل .
(الطعن رقم 480 لسنة 64 ق – جلسة 1998/12/28)

لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة تثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

• لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة فى أى وقت أتت به مهما تباعد الزوجان فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربى عقد الزواج بينهما مع إقامة كل فى جهته دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعا تصح معه الخلوة وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلا.

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بانناً إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة.

ويثبت ولد المطلقة رجعيّاً فى أى وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقر بانقضاء العدة . والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد فى الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجراة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وتقدمت بذلك شكاوى عديدة .

ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنيّاً على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ولم يبنى أغلبهم رأيهم ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيهم فى ذلك على أثر ورد من السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة . فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكنها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل 365 يوماً يشمل جميع الأحوال النادرة .

وبما أنه يجوز شرعاً لولى الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتيال ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاقى مع زوجته فى وقت ما ظاهر فيه الاحتيال والتزوير لذلك وضعت المادة 15 من مشروع القانون .

- ويستند النص المطروح في الشرع الحنيف إلى قوله تعالى "أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله"¹ وقوله (ρ) "الولد للفراش وللعاهر الحجر" وقوله (ρ) "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالحنة عليه حرام".

التعليق

- "المقصد الأول من الزواج هو التناسل ، وكل من الرجل والمرأة يميل بفطرته إليه ، والإسلام باعتباره دين الفطرة يقوم الفطرة المعوجة ويجارى الفطرة المستقيمة ولهذا استخدم عاطفة الأبوة في حفز الهمة لتربية الولد والعناية بأمره حرصاً على بقاء النوع الإنساني ، من أجل هذا عني الإسلام بإثباته نسب الولد إلى أبيه وحرّم على الآباء أن ينكروا أبنائهم أو يدعوا أبوه غيرهم كما حرّم على الأولاد أن ينسبوا إلى غير آبائهم .
- والقاعدة الأصولية أن النسب يخاطر في إثباته أو يحتال لإثباته ما أمكن وذلك طبقاً للقاعدة الشرعية القائلة بحمل حال المرأة على الصلاح واحياء للولد وحفظاً له من الضياع² إلا أن ذلك لا يعنى أن للمشرع الإسلامي في إثبات النسب حرص خاص فكل ما يعنيه هو إقرار الحق فيه شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق ولم ينص الفقهاء على التسامح في إثبات النسب والاحتياط فيه كقاعدة عامة فكل ما للفقهاء في ذلك هو مسائل متفرقة منها ما روعى فيه الاحتياط ومنها ما لم يراعى ذلك ، وهم في جميع الأحوال يتكلمون عن النسب حيث يكون الفراش ثابتاً لا نزاع فيه ولم يقل أحد بأنه يحتال أو يحتاط لإثبات الفراش فيحتال على إثبات النسب³ .
- ولثبوت النسب سبب ووسائل ، أما السبب فهو الزواج أو كما يسميه الشرعيون (الفراش) ويقصد بالفراش علاقة الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة وسواء كانت تلك الزوجية صحيحة أم فاسدة وسواء كان الزواج مكتوباً أو شفويّاً.

¹ الآية 5 من سورة الأحزاب .

² صالح حنفى في المرجع السابق - ص 244 .

³ نقض الطعن رقم 25 لسنة 61 ق - جلسة 1992/9/15 - س 43 .

• وأساس الأخذ بقاعدة الفراش قوله "p" "الولد للفراش" أى ولادة الزوجة أو المطلقة له وثبوت إمكان العلوق به من الزوج فى زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج ولا يزيد على سنة من تاريخ الطلاق¹.

• ويشترط لثبوت النسب سواء بالنسبة للرجل أو المرأة الاستناد إلى ثبوت وجود فراش قائم عند ولادة الصغير فإذا انتفى قيام الفراش فلا يثبت النسب حتى لولد تم الإقرار به أو قامت بنية شرعية عليه لأن سبب النسب فى مثل هذه الحالة يكون علاقة بين رجل وامرأة لا يتحقق بها فراش أى علاقة زنا ، والزنى كما هو مقرر شرعاً لا يثبت نسباً ، وعلى ذلك فإنه إذا كانت القاعدة أن النسب يحتال لإثباته فإن القاعدة أيضاً أن الفراش يحتاط فى إثباته أى لا بد من قيام الدليل الشرعى المعتبر عليه .

• وعلى ذلك فإن إثبات النسب يختلف عن إنشاءه ، فالنسب لا ينشأ إلا بالزواج (الفراش) بصرف النظر عن طبيعته أو وصفه (موثق أو عرفى وصحيح أو فاسد ... الخ) أما إثبات النسب أى إثبات أن الصغير هو ابن لأبيه فيتحقق بإثبات الزواج أو بالإقرار الذى لا يتضمن نفى الزواج أو بشهادة الشهود على قيام الزوجية والرزق بالصغير أو على سبق الإقرار بالنسب غير منكور فيه الزواج .

• وعلى ذلك فإن وسائل ثبوت النسب أى طرائق إثباته والتدليل عليه (أى التدليل على سبق تحقق الفراش) فهى ثلاثة أولها ثبوت الزوجية بكافة الطرق وثانيهما بالإقرار وثالثهما بالبنية الشرعية ، ونبين أسباب ثبوت النسب ثم وسائله .

• ويثبت النسب بثبوت قيام الفراش سواء كان الزواج صحيحاً أو فاسداً² أو تم الاتصال بالمرأة بناء على شبهة³ .

• ويعتبر الزواج صحيحاً طالما انعقد العقد مع مجرد إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق المعاشرة الجنسية أو عدم تحققها (أى تحقق حدوث معاشرة جنسية من عدمه)⁴.

• ويشترط حتى يكون الزواج الصحيح سبباً لثبوت النسب أن تتوافر له ثلاث شروط هى :

¹ الحكم رقم 219 لسنة 1947 مستأنف كلى مصر - جلسة 1953/4/1 منشور بمجلة المحاماة الشرعية - ج 3 - ص 855 .

² كمن يتزوج بغير شهود أو بمن هي محرمه عليه دون علمه .

³ كمن يتزوج امرأة معينه ثم يثبت أنه قد تم زواجه بأخرى دون علمه .

⁴ قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً - المستشار صالح حنفى - ط 1968 - ص 277 ، نقض أحوال الطعن رقم 22 لسنة 35 ق - جلسة 1985/3/15 .

(أ) أن يأتي الولد بعد مضي مدة لا تقل عن ستة أشهر من وقت الزواج، والأشهر هنا هي الأشهر الميلادية وليست الهجرية طبقاً لمفهوم المادة 23 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985¹ فلا يثبت النسب إذا أتت الأم بالولد حال قيام الزوجية لأقل من ستة أشهر إلا إذا اعترف الزوج به² وتوافرت شروط إثبات النسب بالإقرار ولم يقل أنه من الزنا، وعلى ذلك فيشترط أن يثبت كون الولد قد أتت به الأم أي ولدته فإذا ثبت استحالة ولادة الأم للولد لثبوت أنها عاقر انتفى شرط ثبوت ولادة الولد من الأم وبالتالي لا يثبت النسب فراشا .

• وتثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة مسلمة سواء كانت هي القابلة أو غيرها كما يكفي لإثباتها شهادة الطبيب الذي تولاهم بالرعاية خلال الحمل أو قام بتوليدها ، بشرط معاينة واقعة الولادة فإذا ثبت عدم إمكان ولادة المرأة لعقمها أو بالفحوص المخبرية المتقدمة لوجود غشاء بكارتها سليماً لا تعد المرأة قد ولدت المولود أو لا تعد قد أتت بالولد في هذا المفهوم .

(ب) أن يكون الزوج ممن يتصور أن يكون الحمل منه عادة بأن يكون قد بلغ الأثنى عشر سنة ، أى بالغاً أو فى القليل مراهقاً ، فلا يثبت النسب إذا لم يبلغ الزوج من العمر اثنتى عشر عاماً هجرية أو لم يكن مراهقاً ، كما لا يثبت النسب إذا كان الزوج لا يتصور أن يكون الحمل منه لثبوت عقمه أو أنه مجبوب أو خصى مما يثبت بطريق أهل العلم والاختصاص³.
(ج) أن يكون من المتصور التلاقى بين الزوجين فعلاً دون اشتراط الدخول أو الخلوة⁴ ودون اشتراط تحقق التلاقى بالفعل أو ثبوته .

• والمراد بالتلاقى هو مجرد الاجتماع أو المقابلة بصرف النظر عن الدخول والخلوة⁵.

• وقيام الزوج بإثبات عدم تلاقيه بالزوجة من حين العقد يترتب عليه إلا تسمع الدعوى بثبوت النسب عملاً بالفقرة الأولى من المادة⁶.

¹ نقض أحوال الطعن رقم 754 لسنة 79 ق - جلسة 14 / 5 / 2005 .

² نقض أحوال الطعن رقم 36 لسنة 54 قضائية - جلسة 1985/3/12 .

³ راجع فى تعريف الخصى والمجبوب التعليق على المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920

⁴ حكم محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم 509 لسنة 101 قضائية جلسة 1985/6/6 .

⁵ انظر نقض الطعن رقم 4 لسنة 36 ق - جلسة 1970/2/11 - ص 293 .

⁶ المذكرة الإيضاحية للنص .

• وتختلف أى شرط من الشروط السابقة لا يثبت نسب الولد من أبيه إلا إذا أقر به الأب وتوافرت شروط ثبوت النسب بالإقرار ولم يصرح أنه من الزنا¹.

• فالزوجة التى عاشرها زوجها ثم غاب عنها فإنها لو ولدت بعد مضى أكثر من سنة ميلادية من تاريخ غيبته فإن اعترف بالولد أى أقر به ثبت نسبه منه وإن أنكر ورفعت الأمر إلى القضاء فإن اثبت غيابه أكثر من سنة قضى بعدم سماع الدعوى إعمالاً لحكم الفقرة الثانية من المادة باعتبار أن أقصى مدة للحمل اعتمدها القانون هى سنة وفق ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للنص .

• وغنى عن البيان أن المستقر قانوناً أن أقل مدة للحمل هى ستة اشهر وأن أقصاها سنة ميلادية ، وعلى ذلك فإذا ولدت الزوجة قبل أقل من ستة اشهر من تاريخ الزواج فلا يجوز إثبات النسب استناداً إلى الفراش إذ تكون أحد شروط إثبات النسب بالفراش قد تخلفت وهو شرط وجوب الولادة بعد ستة أشهر من تاريخ الزواج ، إلا أنه يجوز فى هذه الحالة إثبات النسب إذا أقر به الزوج وتوافرت الشروط الأربعة اللازمة له دون اشتراط ثبوت قيام الفراش بشروطه الأربعة إذ يكفى فى هذه الحالة توافر شروط الإقرار حيث يفترض توافر الفراش الصحيح قبل تاريخ العقد باعتبار أن الإنسان ادرى بسر حياته وطالما لم يصرح المقرر أن الولد من الزنا .

• ولا يكفى لإنكار الفراش قيام الزوج بإبداء مجرد الدفع بالإنكار المحض حتى يقضى بعدم سماع الدعوى وإنما يتعين أن يدفع الزوج الدعوى بالإنكار لأحد الأسباب الثلاثة الواردة بالمادة ثم يقوم بإثبات السبب سواء كان عدم التلاقى أو الغياب أو الطلاق باعتبار أنها جميعاً من مسائل الواقع التى تثبت بكافة طرق الإثبات .

• ولم يشترط المشرع لإثبات النسب وجود وثيقة زواج رسمية لأن المنع الخاص بعدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها والمنصوص عليها فى المادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية لا يمتد إلى دعوى النسب لأنها باقية إلى حكمها المقرر شرعاً و هو الولد للفراش فيثبت النسب بالزواج ولو لم يكن ثابتاً فى أية ورقة بأن كان شرعياً محضاً² .

• ولا يشترط فى إثبات عقد الزواج العرفى تقديم هذا العقد بل يكفى أن يثبت بالبينة حصوله وحصول المعاشرة الزوجية فى ظله باعتبار البيئة الشرعية هى إحدى طرق إثبات

¹ راجع شروط ثبوت النسب بالإقرار.

² حكم محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم 356 لسنة 100 قضائية - جلسة 1985/5/9 .

النسب كما أنه ليس بلازم أن يشهد الشهود بحضور مجلس ذلك العقد العرفي بل يكفي أن يشهدوا بعلمهم بحصوله لأن الشهادة بالتسامع جائزة هنا بشرط أن لا يصرح الشاهد في شهادته بلفظ أسمع أو سمعت¹.

• وعلى وجه العموم فإن تقدير إنكار الخصم للزوجية المدعاة من عدمه يعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وبالتالي فهو مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض².

• فإذا ثبت نسب الولد بالزواج الصحيح لاستيفاء شروطه الثلاثة السالفة انغلقت أمام الزوج وسائل نفيه إلا باتخاذ طرق الملائعة المسبوق بنفي الولد في وقت معاصر للولادة ومستند ذلك قوله تعالى في سورة النور "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ"³.

• ولا مجال لاتخاذ طريق الملائعة لنفي النسب إذا لم يكن سند ثبوته هو قيام علاقة الزوجية بين المتلاعنين فلا ملائعة إذا كان سبب النسب المدعى به هو البينة أو الإقرار , كما يشترط أن يكون الزواج صحيحاً , فلا يجوز اللعان في الزواج الفاسد (كالزواج بغير شهود أو زواج مسلمة من مسيحي دون علمها) أو في الوطء بشبهه (كمن يتزوج امرأة وتزف إليه أخرى).

• كما أنه لا مجال للملائعة إذا كان للزوج بينه شرعية على زنا الزوجة باعتبار أن الملائعة هو وسيلة أعطيت للزوج الذي تعوزه بينة الزنا وهي أربعة شهود عدول .

• ويشترط لصحة اللعان عدة شروط هي :

¹ حكم محكمة استئناف طنطا في الاستئناف رقم 13 لسنة 17 ق - جلسة 1968/6/3.

² الطعن رقم 462 لسنة 64 ق - جلسة 2000/2/15.

³ الآية الخامسة إلى الثامنة من سورة النور، واللعان في اصطلاح فقهاء الحنفية هي شهادات تجرى بين الزوجين مؤكدة بالإيمان ومقرونة باللعن من جانب الزوج وبالعنف من جانب الزوجة ، ويكون اللعان إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه ولم تكن له بينة على دعواه ولم تصدقه الزوجة وصيغته أن يقول أمام القاضي "أشهد أني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه" - ويشير إليها أن كانت حاضرة - من الزنا أو نفي الولد على حسب ما رماها به ويكرر ذلك أربع مرات ثم يقول في الخامسة أن لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد فإذا انتهى الزوج من ذلك أمر القاضي الزوجة بملائعته بأن تقول "أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا أو نفي الولد وتكرر هذا أربع مرات ثم تقول في الخامسة " أن غضب الله عليها أن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد" .

(1) أن يكون النكاح صحيحاً والزوجية قائمة ولو فى عده الطلاق الرجعى, فلا لعان إذا كان الزواج فاسداً .

(2) أن يكون للزوج بينة على دعواه فلو قدم بينة فلا لعان , والمقصود هنا بينة الزنا وهى أربعة شهود عدول .

(3) أن يكون الزوج قد نفى الولد عند ولادته أو فى وقت معاصر لها كأيام التهنئة بها أو شراء أدواتها حيث يعد ذلك إقرار منه بالنسب , كما يعد سكوته عند تهنئته بالولادة إقراراً بالنسب استثناء من قاعدة "لا ينسب لساكت قول" .

(4) إلا يكون الزوج قد أقر بالولد صراحة أو دلالة¹.

(5) أن يكون كل من الزوجين أهلاً للعان أى مسلماً بالغاً وعاقلاً وغير محدود فى قذف وأن تكون المرأة زيادة على ذلك عفيفة عن الزنا وأن تنكر دعوى الزوج .

(6) أن يكون الولد حياً عند الحكم بنفى النسب وليس عند ولادته فإذا مات الولد فى الفترة بين ولادته والحكم لا ينتفى عنه النسب بصرف النظر عن حصول ملاعنة بين الزوجين من عدمه².

• فإذا تم اللعان تعين على المحكمة الحكم بنفى نسب الولد عن الزوج وإحقاقه بأمه والتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة ، فيضحى الولد أجنبياً عن الزوج فيما يتعلق بالحقوق المالية وأهمها الإرث والنفقة .

• وعلى ذلك فلا ينتفى النسب فى الحالات التالية وإن تلاعن الزوجان وفرق القاضى بينهما .

1- إذا نفاه الرجل بعد مضى المدة المشار إليها (وقت الولادة أو معاصرتها) .

2- إذا نفاه بعد الإقرار به صراحة أو دلالة .

3- إذا نزل الولد ميتاً أو نفاه ثم مات قبل اللعان أو بعده وقبل تفريق الحاكم.

4- إذا أنجبت المرأة بعد التفريق وقطع نسب الولد ابناً آخر من بطن واحد وفى هذه الصورة يلزم الولدان ويبطل الحكم الأول .

¹ راجع الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية - قدرى باشا - ط 1978 - ص 102 وما بعدها .
² راجع حاشية ابن عابدين - ج 2 - ص 966 .

- 5- إذا نفاه بعد الحكم نهائياً بثبوت نسبه شرعاً .
- 6- إذا مات الزوج أو المرأة بعد نفى الولد قبل اللعان أو بعده وقبل التفريق.
- فإذا انتفى النسب بحكم قضائي نهائي امتنع التوارث بين الأب وولده وسقطت نفقة الابن على أبيه ولا يجوز إثبات نسب الولد للغير .
- ويقع باللعان طلاق بائن ويجب على الحكم التفريق بين المتلاعنين.
- ولا تسمع دعوى إثبات نسب ولد من المطلقة إذا أنكره الزوج طالما أقام الدليل على أن ولادته تمت بعد مضي سنة ميلادية على تاريخ الطلاق أو غيابه عن الزوجة .
- كما لا تسمع أيضاً الدعوى إذا توفى الزوج وثبتت ولادة الولد بعد مضي أكثر من سنة ميلادية من تاريخ الوفاة عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة .
- ولا يثبت النسب من زواج مسلمة من كتابي¹.
- والدفع بعدم السماع الوارد بالمادة 15 من الدفوع المتعلقة بالنظام العام يتعين على المحكمة التصدي له من تلقاء نفسها دون توقف على طرحه عليها من أى من الخصام².
- وفى شأن ثبوت النسب فى الزواج الفاسد قدر من التفصيل .
- ومن أمثلة الزواج الفاسد أن يتزوج الرجل من أخته فى الرضاعة أو كمن تزوجت بغير شهود أو كمن تزوجت من مسيحي دون أن تعلم أو نحو ذلك.
- ويشترط لثبوت النسب فى الزواج الفاسد التحقق من حصول معاشرة جنسية بين الزوج والزوجة فإذا لم يدخل بها حقيقة وأنت بولد لمدة ولو أكثر من ستة أشهر لا يثبت نسبه منه رغم ذلك ، وعلى ذلك فيجب لثبوت النسب فى الزواج الفاسد أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه رغم فساده سواء كان الإثبات بالفراش أو الإقرار أو البيئة³، وأن تتحقق العلاقة الجنسية بين الزوجين .
- وأما الوطاء بشبهة فيكون كما فى حالة المطلقة ثلاثة ويصلها المطلق خلال العدة معتقداً أنها تحل له .

¹ نقض أحوال جلسة 1967/3/8 - ص 585 - س 28 .
² راجع مؤلفنا "القواعد الإجرائية لمنازعات الأحوال الشخصية" - طبعة 199 - ص 48 .
³ نقض أحوال - الطعن رقم 100 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27 - س 37 .

• ويشترط لثبوت النسب في هذه الحالة أن تلد المرأة خلال أقل من سنة وأكثر من ستة أشهر من تاريخ الاتصال فإذا تخطت هذا الأجل لا يثبت النسب إلى الزوج إلا بإقراره وفي هذه الحالة لا يكون سبب ثبوت النسب هو الوطء بشبهة وإنما الإقرار الصادر عن الزوج¹.

• ويثبت النسب بأحد ثلاثة طرق كما قدمنا وهي ثبوت قيام الفراش أو الإقرار أو البينة .

• ويعتبر الزواج الصحيح و ما يلحق به (الزواج الفاسد بشروطه والوطء بشبهة) من أسباب النسب ومن طرائق ثبوته في الواقع فمتى ثبت الزواج صحيحاً كان أم فاسداً ثبت نسب كل من تأتي به المرأة من أولاد إذا توافرت الشروط المعتمدة لثبوت النسب .

• ومن المقرر أن النسب يثبت بالزواج العرفي مكتوباً أو غير مكتوب كما يثبت بالزواج الرسمي وفق ما سلف بيانه .

• ونظراً لكون دعاوى النسب لازالت على أحكامها المقررة في الشريعة فإنه لو تزوج رجلاً من امرأة زواجاً عرفياً صحيحاً أو شفويّاً ثم أنت المرأة بولد أنكر الزوج نسبه له فلتلك الزوجة – على ما سلف بيانه – أن ترفع الأمر إلى القضاء للحكم بثبوت نسب الولد إلى زوجها ولها أن تقيم الدليل على ذلك بكافة طرق الإثبات المقررة لإثبات النسب دون حاجة إلى وثيقة الزواج الرسمية أو العرفية .

• ويكفي دليلاً على الفراش معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد أيهما² ويقبل في إثبات واقعة الولادة شهادة الطبيب المولد أو القابلة أو امرأة واحدة على ما سبق القول .

• أما الإقرار فإنه يعد سبباً منشأً للنسب إذا اصدر مجرداً كأن يقر الأب أو الابن بالنسب دون أن يصرح أنه من زنا ودون أن يقرنه ببيان سببه كما أنه يعد أيضاً طريقاً لإثباته وظهوره إذا ما اقترن بالكشف عن سببه كأن يقر بالنسب من امرأة يحددها .

• ويجوز الإقرار بالنسب في مجلس القضاء كما يجوز في غيره وفي هذه الحالة الأخيرة يجوز للمدعى اثبات صدور الإقرار غير القضائي بالبينة الشرعية حيث يكون المقر فيها كأنه أقر به أمام القاضي¹ .

¹ على حسب الله في الفرقة بين الزوجين – ص 233 .
² نقض أحوال – الطعن رقم 74 لسنة 53 ق – جلسة 1985/2/12 – س 36 .

• ويكفى الإقرار لإثبات النسب دون أن يقرن به ما يبين سببه لأنه أن بين سببه كان ذلك السبب هو سبب النسب دون الإقرار المجرد وعلى ذلك فلا يشترط لاعتماد الإقرار سبباً لثبوت النسب إثبات قيام الفراش بين الرجل والمرأة بشروطه إذ يفترض صدور الإقرار من المقر سبق قيام فراش بين الأبوين دون اشتراط وجوب توافر شروط الفراش وعلى ذلك فإنه إذا ثبت مثلاً أن المرأة ولدت بعد انعقاد الزواج بمدة نقل عن مدة الستة أشهر باعتبارها أقل مدة للحمل أى ولدت مثلاً بعد شهرين من انعقاد الزواج وأقر الأب بالنسب وجب ثبوت النسب فى هذه الحالة استناد إلى صدور الإقرار به من الأب وافترض توافر الفراش بين الأبوين من قبل انعقاد عقد الزواج طالما وأن المقر لم يصرح أن الولد نتيجة علاقة زنا إذ أنه الأدرى بسر حياته وبواطن أموره .

• والإقرار كوسيلة من وسائل إثبات النسب نوعان إقرار بنسب أصلى وإقرار بنسب فرعى².

• والإقرار بالنسب الأصلي أو أصل النسب هو الإقرار بالبنوة والأبوة ولا يكون فيه حملاً للنسب على الغير .

• ويتعين الإشارة إلى أنه إذا كان المقر بالنسب قد توفى فلا تقبل – عند الإنكار – دعوى الإقرار بالنسب – وفقاً لحكم المادة السابعة من القانون رقم 1 لسنة 2000 – دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمه تدل على صحة هذا الإدعاء³.

• ويشترط لثبوت النسب الأصلي بالإقرار أربعة شروط هى :

(أ) أن يكون المقر ببنوته ممن يولد مثله لمثل المقر وذلك حتى لا يكون إقراره يكذبه الواقع ، فلو كانا لا يولد أحدهما للآخر لم يصلح الإقرار لأن الواقع يكذبه ، كذلك إذا ثبت استحالة الإنجاب لعقم المقر أو لخصاه منذ مولده وهكذا .

¹ نقض أحوال – الطعن رقم 707 لسنة 71 ق – جلسة 28 / 5 / 2005 .

² راجع الإقرار بالنسب للشيخ أحمد إبراهيم فى طرق الإثبات الشرعية – طبعة 1985 من ص 344 إلى 360 .

³ راجع المادة السابعة من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

(ب) أن يصدق المقر له المقر إذا كان مميزاً فإذا لم يكن مميزاً ثبت النسب دون حاجة لتصديق .

(ج) أن يكون المقر ببنوته مجهول النسب ، ومجهول النسب – طبقاً للقول الراجح في المذهب الحنفى – هو الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى يوجد فيه¹ .

(د) أن يكون المقر له بالنسب حياً وقت الإقرار إلا إذا كان للابن المتوفى المقر له بالنسب أولاد صادقوا على النسب².

(هـ) إلا يصرح المقر أن المقر له ابنه من الزنا³.

• ويثبت النسب بالإقرار إذا توافرت للإقرار الشروط السابقة إلا أنه يشترط لصحة ذلك الإقرار إلا يكون محالاً عقلاً أو شرعاً⁴ وذلك كان يثبت رغم صدور الإقرار أن المقر محبوب (مقطوع عضوه التناسلى خلقياً) وهكذا .

• والإقرار بنسب ابن الزنا لا يثبت به نسب ليس لأن الإقرار لا يثبت به نسب ولكن لكون الزنا لا يثبت به نسب بالنسبة للرجل⁵.

وعلى ذلك فمن أقر لمجهول النسب أنه ولده ولم يصرح فى إقراره بأنه ابنه من الزنا فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقة وأنه خلق من مائه – من فراش صحيح حكماً – سواء أكان صادقاً فى الواقع أم كاذباً فيثبت لهذا الولد شرعاً جميع أحكام البنوة⁶.

• ويعد فى معنى الإقرار ويأخذ حكمه قيام الرجل بالإبلاغ عن واقعة الولادة ونسبه المولود إليه وقيده بالقيد العائلى بالسجل المدنى ، وعلى ذلك فإنه وإن ذهبت محكمة النقض فى أحكامها إلى أن شهادة الميلاد لا تعد دليلاً على النسب وإنما قرينة عليه باعتبار أنها لم يقصد منها ثبوته وإنما جاء ذكره فيها تبعاً لما قصد منها ووضعته له لأن القيد فى الدفاتر لا

¹ حاشية ابن عابدين – ج 4 – ص 485 وقرة عيون الأخبار لتكملة رد المختار – ج 2 – ص 127 ونحن نرى مع بعض الفقهاء الحنفى أن مجهول النسب هو الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه أو يوجد فيه نظراً لسهولة طرق الاتصال فى العصر الحديث .

² زكى الدين شعبان فى الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية – ص 594 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 60 لسنة 55 ق – جلسة 1986/5/27

⁴ نقض جلسة 1975/6/25 – ص 1302 – س 26 ومن ذلك أيضاً إجراء التحليلات العلمية الحديثة المعروفة باسم (البصمة الوراثية) أو تحليل الجينات الوراثية والتي تنتهى إلى انتفاء النسب حيث بعد الإقرار فى هذه الحالة محال عقلاً أو علماً وذلك شريطة أن يقوم على مثل هذه = الاختبارات الحديثة علماء مسلمين عدول لا يقتلون عن ثلاثة وأن يذكروا أن النتائج قطعية وليست ظنية .

إلا أنه يتعين اعتبار مثل تلك الاختبارات العلمية لا تخرج عن كونها تقارير فنية تخضع لتقدير قاضى الموضوع الذى له الاعتداد بها أو طرحها باعتباره الخبير الأعلى فى الدعوى .

⁵ حكم محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم 256 لسنة 100 قضائية – جلسة 1985/5/9 .

⁶ نقض أحوال الطعن رقم 60 لسنة 55 ق – جلسة 1986 / 5 / 27 .

يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب¹ إلا أننا نرى أنه إذا ثبت بشهادة الميلاد أن الأب هو الذى أبلغ شخصيا عن واقعة الولادة فإن ذلك يعد إقراراً منه بالنسب ويكفى لإثباته إلا إذا أثبت تزويره .

• والإقرار بالنسب فى غير دعوى النسب ذاتها حجة على المقر إلا أن هذه الحجية متروكة لتقديرها لقاضى الموضوع فله أن يأخذ بالإقرار أو يطرحه بخلاف الإقرار الذى يصدر فى ذات دعوى النسب فهو حجة على المقر لا تملك المحكمة طرحه².

• ومتى أقر المنسوب إليه بالنسب امتنع عنه معاودة إنكاره إعمالاً لمبدأ عدم جواز الإنكار بعد الإقرار ، فإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد سبق الإقرار من الأب فلا يلتفت إلى إنكارهم لأن النسب يكون قد ثبت باعتراف الأب المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو أدرى من غيره بالنسب فيرجح قوله على قول غيره³.

• ويتعين أن يصدر الإقرار من الأب شخصيا فلا يجوز الإقرار من وكيله إلا بوكالة خاصة ، إلا أن إقرار الوكيل وكالة لا تنطوى على حق الإقرار بالنسب فى حضور الأب يعد إقراراً صحيحاً يحتاج به الأب طالما لم يجحده⁴.

• وكما يكون الإقرار من الأب يجوز أن يكون أيضاً من الابن بأن يقر أنه من فلان ابن فلان وفى كل هذه الحالات لا يثبت نسبه إلا بتوافر الشروط الخمسة السالفة .

• وقد نصت المادة السابعة من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات أنتقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على إلا تقبل عند الإنكار دعوى ثبوت سبق الإقرار بالنسب من الأب أو دعوى الإقرار بالنسب من الابن أو دعوى الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو أوراق غير رسمية ولكنها مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء⁵.

¹ انظر نقض جلسة 1976/2/4 - ص 390 - س 27 .

² نقض أحوال الطعن رقم 60 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27 - س 37 .

³ أنظر فى هذا المعنى حكم محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم 44 لسنة 100 قضائية - جلسة 1985/2/7 ، وانظر وأصل علاء الدين فى الأحوال الشخصية ص 577 - ط 2003 حيث يقيد القاعدة بعدم صدور حكم بثبوت النسب فيجوز للمقر بالنسب الرجوع فى إقراره طالما لم يصدر حكم بثبوت النسب أما بعد الحكم فلا يجوز الرجوع .

⁴ نقض أحوال - الطعن رقم 60 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27 - س 37 .

⁵ ونحن نرى أن المقصود بعبارة "الأدلة القطعية الجازمة" والوارده بعجز المادة المذكورة هو مايعرف حالياً بتحليل الحامض النووى المعروف اصطلاحاً D.N.A أى تحليل الجينات الوراثية حيث جعله المشرع فى قوة الأدلة الأخرى على النسب الثابت بالإقرار كالبينة الشرعية سواء بسواء .

• ويجوز أن يكون الإقرار من الأم فيثبت به نسب الذي تقر الأم بأمومتها له بذات الشروط الخمسة السابقة إلا أن إقرار الأم بالنسب له فرضان :

الأول : إذا لم تكن المرأة ذات زوج أو لم تكن فى عدة زواج ، فإن النسب يثبت بإقرارها لأن النسب إلى الأم يثبت حتى لولد الزنى¹ - بخلاف الأب – طالما لم تكن له أم معروفة وتوافرت الشروط الخمسة للإقرار .

الثانى : إذا كانت المرأة متزوجة أو فى عدة من زواج – لا يكفى لثبوت النسب هنا مجرد إقرارها كما فى الحالة الأولى بل يتعين أن يصادقها زوجها أو مطلقها حتى ينسب الولد إليه أيضاً ، وذلك بالطبع رهين توافر الشروط الخمسة.

• وخلاصة الأمر فى ثبوت النسب للأم أن نسب الولد وإن صح ثبوته من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة وكان ممن يولد مثله لمثلها وصادقها المقر له على إقرارها أن كان فى سن التمييز دون توقف على شئ آخر ودون حاجة إلى إثبات ، سواء أكانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من وطء بشبهة أو من غير زواج شرعى كالفاح إذ ولد الزنى يثبت نسبه للأم الزانية بخلاف ثبوت النسب من الأب إلا أن ذلك مشروط بأن تكون المرأة ذات زوج أو معتدة لأن إقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعدها إلى الغير ، أما إذا كانت وقت الإقرار متزوجة أو معتدة أو أقرت بالولد ونسبته إلى من كان زوجها لها فإن النسب لا يثبت بإقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ويتعين لثبوته أن يصادقها الزوج وإلا وجب عليها إقامة الحجة كاملة على مدعاها لأن الإقرار متى حمل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة ، والدعوى المجردة لا تكفى للقضاء بموجبها².

¹ إلا أن ولد الزنى لا يثبت نسبه إلى الأب لأن القاعدة أن الزنا لا يثبت به نسب (انظر فى هذا المعنى أيضاً الحكم الصادر فى القضية رقم 560 و 1470 لسنة 1985 أحوال- =نفس كلى جنوب القاهرة) ويراعى أن يكون الزنا قد ثبت شرعاً بشهادة أربع شهود عدول أو بحكم قضائى جنائى بات أو باللعان

² نقض أحوال الطعن رقم 30 لسنة 53 ق – جلسة 1986/1/28 . وراجع تفصيل الموضوع الشيخ أحمد إبراهيم فى طرق الإثبات الشرعية – المرجع السابق – ص 173 – الشهادة على مالا يطلع عليه الرجال عادة من شئون النساء و ص 350 (إقرار المرأة بالنسب) .

• أما النسب الفرعى فهو الذى يكون فيه حملاً للنسب على غير المقر ويكون ذلك كما إذا قال الرجل بأن فلانا أخوة فإن معناه أن يجعله ابناً لأبيه وأخاً له نفسه ، أو الإقرار بأن فلانا عمه فإنه لا يثبت أنه عمه إلا بعد ثبوت نسب المقر له من الجد .

• وهذا الإقرار لا يصلح وحده سبباً لثبوت النسب فهو لا يجعل المقر له بالأخوة ابناً لأبى المقر لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر¹، ويتعين لصحة هذا الإقرار إما أن يصدق من حمل النسب عليه أو أن يثبت المقر هذا النسب بالبينة وقد استخدمت البينة فى هذا الصدد (إثبات الأخوة والعمومة .. أى إثبات ما ينطوى على تحميل على الغير) فلا يشترط إثبات أن سبب هذا النسب زواج صحيح طالما كان المقصود من الدعوى إثبات الأخوة باعتبارها سبب للإرث² فإن لم يكن (تصديق من حمل عليه النسب أو البينة) لا يثبت النسب ولكن يعامل المقر بإقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التى ترجع إليه نفسه³ مثل وجوب نفقته عليه إذا كان فقيراً وكان المقر موسراً ، وبناء على ذلك فإذا اقر إنسان بأخ له فإن صدق من حمل النسب عليه أو ثبت هذا النسب بالبينة شارك الأخ المقر له بالنسب جميع الورثة فى الميراث أما إذا لم يصدقه من حمل النسب عليه أو لم يثبت بالبينة فإن حكمه أن يشاركه وحده فى نصيبه من ميراث أبيه دون أن يزاحم الورثة الآخرون.

• فإذا مات المقر بأخ ونحوه دون أن يصدقه من حمل النسب عليه ولم يثبت بالبينة فيتحقق هنا فرضان :

الأول : إذا لم يكن للمقر ورثة غير المقر له بالأخوة استأثر المقر له بالميراث وذلك لأن إقرار المقر تصرف منه يلزمه .

الثانى : إذا كان للمقر ورثة آخرين استأثروا بالميراث دون المقر له لأنهم ورثة بيقين فيكون حقهم فى الميراث ثابتاً بيقين كذلك فلا يجوز التعدى عليهم بتوريث غيرهم معهم ميراث مشكوك فيه لعدم ثبوت نسبه⁴.

• ومن الأمور التى يتطرق إليها البحث دوماً بمناسبة الحديث عن ثبوت النسب حكم اللقيط وهو المولود الذى نبذه أهله فراراً من تهمة الزنا أو خوفاً من الفقر أو غير ذلك .

¹ نقض جلسة 1975/6/25 - ص 1302 - س 26 .

² نقض أحوال الطعن رقم 114 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/20 .

³ نقض جلسة 1975/1/15 - ص 167 - س 26 .

⁴ أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى - ص 279 .

• ولقد عنى الفقه الإسلامي بتحديد مركز اللقيط وبيان أحكامه ، وما يجرى عليه العمل الآن فى مصر هو أن الملتقط يسلم اللقيط إلى جهة الإدارة فتقوم بعمل التحريات عن ظروف نبذه من أهله والتقاطه من صاحبه ثم تسلمه إلى جهة من الجهات التى ترعى أمثاله ، ومن أراد أن يضمه إليه ليتولى تربيته ورعايته أوجب إلى طلبه إذا كان قادراً على تربيته دون أن يترتب على ذلك وجود علاقة من العلاقات الثابتة بين الأقارب¹.

• وعلى ذلك فإذا ادعاه واحد من الناس ثبت نسبه منه بمجرد الدعوة (أى الإقرار بنسبه)² لأن ذلك فى مصلحته وهذا ليس معناه ثبوت النسب لكل من يدعى واحد من هؤلاء اللقطاء بل لا بد من توافر الشروط التى تقدم ذكرها ، فإذا ادعاه اثنان وسبقت دعوى أحدهما على الآخر فهو ابن السابق عند عدم البرهان ، وإن ادعياه معاً ووصف أحدهما علامة فيه ووافقت الصحة يقضى له به ما لم يبرهن الآخر ، وإن دعاه مسلم وذمى كان للمسلم فإذا ادعته امرأة متزوجة وصدقها زوجها أو أقامت البينة على أنه ولدها صحت دعواها وثبت نسبه منها ومن زوجها وإلا فلا ، وإن لم تكن ذات زوج فلا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

• وثبوت النسب بالإقرار إذا توافرت شروطه أمر آخر غير أتبنى المعروف فى البلاد الغربية ويختلف عن أتبنى الذى يدعو إليه البعض تفريجاً لازمة اللقطاء ذلك أن النسب الذى يثبت بالإقرار فى مصر هو نسب صحيح حقيقى كما أسلفنا أما التبنى الذى يقره القانون الفرنسى مثلاً فهو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة لأبوه وبنوه مفترضة ، ولذلك فهو قد يكون لمن له أبوان معروفان .

وهذا أتبنى لا يعترف به الإسلام ولا يثبت أبوة ولا بنوة ولا أية علاقة شرعية أخرى بين الرجل المتبنى والولد المتبنى ، وعلى ذلك فإذا أقر الزوجين بتبنى الصغير المطلوب نسبه إليهما تعين رفض الدعوى استناداً إلى أنه لا تبنى فى الإسلام³.

¹ الأحوال الشخصية للمستشار محمد الدجوى .
² نقض أحوال الطعن رقم 707 لسنة 71 ق - جلسة 28 / 5 / 2005 .
³ انظر مثلاً لذلك الحكم رقم 2215 - كلى شمال - جلسة 1986/3/31 .

البينة الشرعية

- البينة الشرعية أو شهادة الشهود تعد من طرق اثبات النسب , وهى حجة متعديّة حيث لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه بل يثبت فى حقه وحق غيره بخلاف الإقرار الذى يعد حجة قاصرة على المقر وحدة لا يتعداه إلى غيره.
 - إلا أن البينة الشرعية لا تصلح لاثبات النسب مجرداً¹ , وإنما هى وسيلة لاثبات سبق قيام الزوجية أو سبق إقرار الأب بالنسب وإنجاب الابن من مائه وبغير اشتراط معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد أن كان² .
 - أما إثبات واقعة الولادة أو تعيين شخص المولود تحديداً – تمهيداً لثبوت النسب – فيجوز إثباتها بالبينة الشرعية وتقبل فيها شهادة المرأة واحدة (كالقابلة أو الطبيب المولد) , وذلك كما لو ادعت الزوجة الولادة أنكرها الزوج أو لا ينكرها وإنما ينكر شخص المولود .
 - إلا أنه يشترط لقبول البينة فى حالتى الولادة وتحديد شخص المولود – فى ذاتها – معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد³ .
 - ومتى ثبت النسب فلا حاجة لبحث ما إذا كان المطلوب إثبات نسبه من زواج صحيح إذ يكفى ثبوت النسب بأحد الطرق المقررة شرعاً⁴ .
 - كما يتعين الإشارة إلى ما استقر عليه الفقه الشرعى وقضاء محكمة النقض فى مجال تقدير البينة الشرعية فى خصوص النسب من القواعد الشرعية الفائلة بأن "التناقض فى الشهادة على النسب عفو مغتفر"⁵ وبأنه "إذا تعارض ظاهر أن فى النسب قدم المثبت له"⁶
- ¹ إلا فى حالات خاصة كأدعاء معتد الوفاة أو معتد الطلاق البائن الولادة لأقل من سنتين من وقت الفرقه ولم يكن بها حمل ظاهر ويجدها المطلق أو الورثة فلا يثبت النسب إلا ببينه كامله من رجلين أو رجل وأمرأتين على سبق قيام الزوجية والولادة وشخص المولود , ولا يشترط اجتماع المرأتين فى مجلس الشهادة إلا إذا جائت شهادتهما غير متطابقة (نقض أحوال الطعن رقم 5 لسنة 55 ق – جلسة 1986/3/11) .
- ² نقض أحوال الطعن رقم 74 لسنة 53 ق – ص 162 – قاعدة 138 (قواعد الخمس سنوات للمكتب الفنى من 1980 – 1985) .
- ³ نقض أحوال – الطعن رقم 117 لسنة 55 ق – جلسة 19 / 5 / 1987 .
- ⁴ نقض الطعن رقم 114 لسنة 64 ق – جلسة 1998/11/20 .
- ⁵ أنظر نقض أحوال الطعن رقم 5 لسنة 55 ق – جلسة 1986/2/11 .
- ⁶ الطعن رقم 31 لسنة 59 ق – جلسة 1991/6/11 – س 44 – ص 1356 .

, وأنه "إذا احتملت العبارة إثبات النسب وعدمه صرفت للإثبات", وأنه "اجيزت فى النسب الشهادة بالشهرة والتسامح".

• إلا أنه يكفى على العموم فى الشهادة على النسب السماع استثناء¹ عدا إثبات واقعة الولادة وتحديد المولود .

• وإثبات النسب بالشهادة أقوى من إثباته بالإقرار ولو تعارضاً رجح الإثبات بالشهادة فلو أقر الرجل بأبوته لولد قام غيره بإثبات أبوته له بشهادة الشهود رجح قول الثانى عن الأول وكان أحق بنسبه من الأول لأنه أثبت دعواه بالبينة وهى أقوى من الإقرار².

• ويتعين التفرقة فى قبول دعاوى النسب بوجه عام بين حالتين :

الأولى : إذا كانت الدعوى بأصل النسب (الأبوة أو البنوة) .

ويتعين فيها التفرقة فى قبول دعاوى النسب بوجه عام بين حالتين :

الأول : إذا كانت فى حياة الأب أو الابن سمعت الدعوى إذا كانت قد رفعت لمجرد إثبات النسب ودون طلب حق آخر أو كانت ضمن دعوى حق آخر كنفقة أو ميراث .

الثانى : إذا أقيمت الدعوى بعد وفاة الأب أو الابن فإن الدعوى بالنسب لا تسمع إلا إذا كانت ضمن دعوى بحق آخر كالميراث لأن المدعى عليه إذا كان ميتاً كان فى حكم الغائب مما لا يجوز معه القضاء عليه قصداً وإنما يصح القضاء عليه تبعاً³.

الثانية : إذا كانت الدعوى بما يتفرع عن النسب أى تنطوى على تحميل النسب على الغير .

فإن هذه الدعوى لا تسمع سواء حال حياة من يدعى ثبوت النسب منه أو بعد وفاته ، إلا إذا ثبت أولاً من غيره ومن ثم لا يكون المقصود أولاً بالذات من الدعوى هو النسب وإنما ما يترتب عليه من الحقوق كالميراث أو النفقة .

• فإذا ادعى النسب مجرداً من أى حق آخر كانت دعوى بحق غير مقصود فلا تقبل ، وإن ادعى النسب فى دعوى ضمن حق آخر وكان هذا الحق لا يثبت إلا إذا ثبت النسب ،

¹ طرق الإثبات الشرعية - احمد إبراهيم - ط 1985 - ص 122 .
² انظر الحكم رقم 4255 لسنة 1984 - جلسة 1985/1/22 - كلى شمال .
³ الطعن رقم 68 لسنة 85 ق - جلسة 1993/2/23 - س 44 .

كانت دعوى بحق مقصود للمدعى فتقبل ، فإذا أقام المدعى البينة قضى له بالحق الذى يدعيه ويثبت النسب ضمناً وتبعاً .

• وقد أجازت المادة 58 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية إضافة طلب ثبوت النسب بالإقرار أو البينة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف دون سبق طرحه على محكمة أول درجة ودون أن يعد ذلك طلباً جديداً أو سبباً جديداً فى مفهوم المادة 176 من قانون المرافعات واستثناء على القاعدة المقررة بالمادة الأخيرة¹.

أحكام النقض

الفراش

- النسب. ثبوته من جانب الرجل بالفراش والبينة والإقرار .
(الطعن رقم 301 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/16)
(الطعن رقم 340 لسنة 65 ق – جلسة 2002/1/22)
- النسب . جواز بناءه على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه . استناده . إلى زواج صحيح أو فاسد . ثبوته . شرطه . أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية .
(الطعن رقم 31 لسنة 56 ق – جلسة 1991/6/11 – س42)
- ثبوت النسب المستند إلى الزواج الصحيح أو الفاسد . وجوب أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات باللفظ الصريح أو يستفاد من دلالة التعبير أو السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقراً بالحق بسكوته.
(الطعن رقم 59 لسنة 66 ق – جلسة 1996/12/30)
(الطعن رقم 73 لسنة 57 ق – جلسة 1989/5/23 – س40)
(الطعن رقم 69 لسنة 63 ق – جلسة 1997/6/23)

¹ راجع المادة 2/58 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

• المقرر فى الفقه الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقى والقاعدة فى إثبات النسب أنه إذا أستند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالنية الشرعية وهى على من ادعى .
(نقض الطعن رقم 73 لسنة 57 ق – جلسة 1989/5/23 – س 40)
(نقض جلسة 1978/5/31 – ص 1979 – س 29)
(الطعن رقم 59 لسنة 66 ق – جلسة 1996/12/20 – س 47)

• المسلمة لا تتزوج إلا مسلماً . وزواج مسلمة بغير المسلم حرام باتفاق لا ينعقد أصلاً ولا يثبت منه النسب .
(نقض جلسة 1988/3/29 – الطعن رقم 61 لسنة 56 ق – س 39)
(نقض جلسة 1967/8/8 – ص 585 – س 28)

• الزنا لا يثبت به النسب .
(الطعن رقم 59 لسنة 66 ق – جلسة 1996/12/30)

• حساب مدة الحمل فى الزواج الصحيح من حيث أقصى مدته أو أدناها يكون بالتقويم الميلادى .
(الطعن رقم 754 لسنة 79 ق – جلسة 2005/5/15)

• زواج المطعون عليها المسلمة بالطاعن المسيحى وهى تجهل ذلك الزواج زواج فاسد . مؤدى ذلك جواز ثبوت النسب¹.
(نقض جلسة 1988/3/29 – الطعن رقم 61 لسنة 56 ق – س 39)

• لما كان الدخول مع العقد على من هى فى عصمة آخر مع العلم بذلك لا يثبت به نسب الولد من أبيه لأنه لقاء جنسى محرم شرعاً بغير شبهة حل ، وكان تقدير توافر هذا العلم من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما

¹ فإن كانت الزوجة المسلمة تعلم بديانة الزوج المسيحى فلا ينعقد الزواج ويعتبر كأن لم يكن وتعد العلاقة من قبيل الزنا الذى لا يثبت به النسب .

يطمئن إليه منها واستخلاص ما يقتنع به ما دام يقيم حكمة على أسباب شائعة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي ينتهي إليها .

(نقض الطعن رقم 20 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27 - س37)

• من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النسب يثبت " بالفراش الصحيح " وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة كما أن المقرر في الفقه الحنفي أن الزواج الذي لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقي ولما كانت القاعدة في إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بإقرار أو بالبينة الشرعية وهي على من ادعى بل أن البينة في هذا المجال أقوى من مجرد الدعوة أو الإقرار ولا يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد وإنما يكفي أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعي .

(نقض الطعن رقم 100 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27 - س 37)

(نقض الطعن رقم 29 لسنة 61 ق - جلسة 1992/9/15 - س 43)

• استناد المطعون ضدها في ثبوت النسب إلى مجرد المعاشرة وإقرارها بصحيفة الدعوى بحملها سفاحاً من الطاعن دون ثبوت قيام زواج صحيح أو فاسد بينهما . قضاء الحكم المطعون فيه بإثبات النسب . خطأ .

(الطعن رقم 59 لسنة 66 ق - جلسة 1996/12/30)

• من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن " الولد للفراش " وقد فرع الفقهاء على هذا الأصل أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة ، كما فرعوا عليه أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبني على ثبوت السبب ، ورتبوا على ذلك أن الزنا لا يثبت نسباً واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشاً على ثلاثة أقوال : أحدهما أنه نفس العقد وإن لم يجتمع بها ولو طلقها عقبية في المجلس ، والثاني أنه العقد مع إمكان الوطء ، والثالث أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه .

(الطعن رقم 10 لسنة 29 ق - جلسة 1962/1/17 - ص 72)

• الفراش . ماهيته . ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية الصحيحة . شرطه . نفى الزوج نسب الولد . شرطه . أن يكون نفيه وقت الولادة وأن يلاعن امرأته . تماما اللعان مستوفياً شروطه . أثره . التفريق بينهما ونفى الولد عن أبيه وإلحاقه بأمه . الاحتياط في ثبوت النسب . مؤداه . ثبوته مع الشك وأبناؤه على الاحتمالات النادرة علة ذلك .

(الطعن رقم 336 لسنة 63 ق – جلسة 1998/3/16)

(الطعن رقم 17 لسنة 63 ق – جلسة 1999/6/21)

(الطعن رقم 510 لسنة 64 ق – جلسة 2000/4/18)

(الطعن رقم 468 لسنة 65 ق – جلسة 2001/11/24)

• ثبوت النسب بالفراش في الفقه الحنفي . يكتفى فيه بالعقد الصحيح مع تصور الدخول وامكانه .

(نقض الطعن رقم 36 لسنة 54 ق – جلسة 1985/3/12 – س 36)

(الطعن رقم 468 لسنة 65 ق – جلسة 2001/11/24)

• النسب . ثبوته في جانب الرجل بالفراش أو الإقرار أو بالبينة . معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد . كفاية دلالتها على الزوجية والفراش بمعناه الشرعي .

(نقض الطعن رقم 74 لسنة 53 ق – جلسة 1985/2/12 – س 36)

• من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهه وان الوعد والاستبعاد لا ينعقد بهما زواج باعتبار أن الزواج لا يصح تعليقه بالشرط ولا أضافته للمستقبل.

(نقض الطعن رقم 10 لسنة 29 ق – جلسة 1962/1/17 – ص 72)

(نقض جلسة 1978/5/31 – ص 1379 – س 29)

(الطعن رقم 194 لسنة 63 ق – جلسة 1997/6/24)

• العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعياً على قيام الزوجية والفراش وانما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح ولو لم يعانیه متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوعي الشهادة الشرعية الحقيقية أو الحكمية فمتى شهد أن رجلاً وامرأة يسكنان في موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته حل له

أن يشهد بالنكاح وأن لم يحضر وقت العقد ، وهذا عند الصاحبين أما عند أبي حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهى ما تكون بالتواتر .

(نقض جلسة 1977/10/26 - ص 1583 - س 28 وجلسة 1968/3/27 - ص 614 - س 29)

● الفراش ماهيته . النسب يثبت بالفراش . الزنا لا يثبت نسبا . وجوب أن تكون ولادة الزوجة أو المطلقة لمدة لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج . علة ذلك . زواج الزانى بمزينته الحبلى منه . لا يثبت الولد منه إذا أتت به لاقل من ستة أشهر لأنه لم يكن وليد مدة حمل تام .

(الطعن رقم 69 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/23)

● الزنا لا يثبت به نسب . مؤداه . عدم ثبوت نسب من جاءت به الزوجة لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج . علة ذلك . زواج الزانى بمزينته الحبلى منه لا يثبت نسب الوليد إليه إذا أتت به الزوجة لاقل من ستة أشهر من تاريخ العقد عليها ما لم يدع هو النسب ولم يقل أنه من زنا .

(الطعن رقم 94 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/24)

(والطعن رقم 754 لسنة 79 ق - جلسة 14 / 5 / 2005)

● النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالإقرار وبالبينة ، غير أن الفراش فيه ليس طريقاً من طرق إثباته فحسب بل يعتبر سبباً منشئاً له، أما البينة والإقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتاً من وقت الحمل بسبب الفراش الصحيح أو شبهته .

(نقض جلسة 1976/2/4 - ص 398 - س 27 وجلسة 1976/1/21 - ص 271 - س 27)

● النص أن الولد للفراش إنما يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على سند من أن الطاعنة أتت بالبنات المدعى نسبها للمطعون عليه لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد فلا يثبت نسبها به لتحقق قيام الوطء فى غير عصمه وتيقن العلوق قبل

قيام الفراش، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى عليه في هذا الخصوص غير سديد .

(نقض جلسة 1976/11/3 – ص 1509 – س 27)
(نقض جلسة 1993/5/18 – الطعن رقم 71 لسنة 60 ق – س 44)
(والطعن رقم 69 لسنة 63 ق – جلسة 1997/6/23)

• من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة ، ورتب الفقهاء على ذلك أن الزنا لا يثبت نسبا ، وأساس الأخذ بهذه القاعدة هو ولادة الزوجة أو المطلقة في زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج ، لما هو مجمع عليه من أنها أقل مدة للحمل أخذا بقوله تعالى " وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " وقوله تعالى " وفصاله في عامين " فبإسقاط مدة الفصال الواردة في الآية الأخيرة من مدة الحمل والفصال الواردة في الآية الأولى يتبقى للحمل ستة أشهر ، وفرع الفقهاء على ذلك أنه إذا تزوج رجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من زواجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه ، ومن الراجح في مذهب الحنفية سريان هذه القاعدة ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة الزنا ، فيحق للزاني أن ينكح مزنيته الحبلى منه ويحل له أن يطأها في هذا النكاح ولكن لا يثبت الولد منه إذا أتت به لأقل من ستة أشهر لأنه لم يكن وليد مدة حمل تام .

(الطعن رقم 139 لسنة 61 ق – جلسة 1995/12/14)
(نقض جلسة 1976/11/3 – ص 1509 – س 27)
(نقض جلسة 1992/3/31 – الطعن رقم 89 لسنة 59 ق)
(الطعن رقم 169 لسنة 62 ق – جلسة 1996/4/22)

• من الأصول المقررة – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن التناقض مانع من سماع الدعوى ومن صحتها فيما لا يخفى سببه ما دام يوجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحكم أو بقول المتناقض تركت الكلام الأول ، مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر وهو يتحقق متى كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد وكان أحد الكلامين في مجلس القاضى والآخر خارجه ولكن ثبت أمام القاضى حصوله ، إذ يعتبر الكلامان في مجلس القاضى ، لما كان ذلك وكان

يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة أفصحت في صحيفة الدعوى أنه لم يكن لها آية علاقة مشروعة بالمطعون عليه قبل العقد الرسمي الموثق بعد تقديمها شكواها ، وأكدت ذلك في مراحل تحقيق الشكوى بالشرطة وأمام النيابة ، كما أقرت في محضر جلسة محكمة أول درجة بأنه لم يكن بينها وبين المطعون عليه عقد زواج عرفي قبل عقد زواجها الرسمي فإن ذلك يتناقض مع ما أوردته في صحيفة الاستئناف من أنه تزوجها زواجاً عرفياً أمام شهود على وعد منه بإتمام العقد الرسمي وهو تناقض يتعذر معه التوفيق بين الكلامين ، لا يغير من ذلك ما هو مقرر من أن التناقض فيما هو محل خفاء ومنه النسب عفو مغتفر لأن التناقض هنا في دعوى العلاقة المنتجة للنسب وهى الزوجية والفراش الصحيح وهو ليس محل خفاء .

(نقض جلسة 1976/11/3 - ص 1509 - س 27)

(نقض الطعن رقم 10 لسنة 29 ق - جلسة 1962/1/7 - ص 72)

• المعاشرة . عدم اعتبارها وحدها دليلاً شرعياً على قيام الزوجية والفراش الذى يثبت به النسب . عقد الزواج اللاحق على المعاشرة لا يدل على قيام زوجية صحيحة قبل العقد ولا يفيد ثبوت نسب ولد كان نتيجة علاقة سابقة على تاريخ العقد . مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر . خطأ وفساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم 69 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/23)

• من المقرر فى فقه الشريعة الإسلامية أن التناقض مانع من سماع الدعوى ومن صحتها فيما لا يخفى سببه مادام باقياً لم يرتفع ولم يوجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم أو بقول المتناقض تركت الكلام الأول مع إمكانية التوفيق بحمل أحد الكلامين على الآخر ، وهو يتحقق كلما كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد وكان إحداهما فى مجلس القاضى والآخر خارجه ولكن ثبت أمام القاضى حصوله إذ يعتبر الكلامان وكأنهما فى مجلس القاضى يستوى فى ذلك أن يكون التناقض من المدعى أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه، وإذ كان ذلك وكانت دعوى المطعون عليها على الطاعن أنه عقد عليها عقداً صحيحاً شرعاً وعاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه على فراش الزوجية ببنت ، تتناقض مع أقوالها فى تحقيقاً شكوى سابقة وما قررت فيها من أنها لم تكن زوجة للطاعن لا بعقد صحيح ولا فاسد خلال المدة التى كانت ظرفاً لحمل البنت . كما أن أقوالها قد تناقضت مع أقوال شهودها من أن الطاعن قد عقد عليها عقداً صحيحاً

بإيجاب وقبول شرعيين بحضورهم فى منزل والددة المطعون عليها وهو تناقض يتعذر معه التوفيق على النحو الذى قال به الحكم المطعون فيه فإن دعوى نسب البنات من الطاعن بسبب الزوجية تكون غير صحيحة شرعاً . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه على واقعة الدعوى .

(الطعن رقم 10 لسنة 29 ق - جلسة 1962/1/17 - ص 72)

• إذ كان التناقض فى ادعاء الزوجية والفراش الصحيح لا يغتفر إذ هو ليس محل خفاء ، فإنه لا محل لاستناد الطاعنة إلى هو مقرر من أن التناقض فى النسب عفو مغتفر وتجوز فيه الشهادة بالسماع ، لأن التناقض هنا واقع فى دعوى الفراش الصحيح الذى يراد به إثبات النسب .

(نقض جلسة 1976/2/4 - ص 498 س 27)

(والطعن رقم 5 لسنة 55 ق - جلسة 1986/2/11 - ص 37)

(والطعن رقم 10 لسنة 29 ق - جلسة 1962/1/17 - ص 72)

• من المقرر شرعاً أنه فى حالة قيام الزوجية الصحيحة ، إذا أتى الولد لسنة أشهر على الأقل من وقت عقد الزواج ، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقاً أو بالغاً نسب الولد إلى الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينه وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين (أولهما) أن يكون نفيه وقت الولادة ، (وثانيهما) أن يلاعن امرأته ، فإذا تم اللعان بينهما مستوفياً شروطه فرق القاضى بينهما ونفى نسب الولد عن أبيه وأحقه بأمه .

(نقض جلسة 1975/2/5 - ص 348 - س 26)

• من الأصول المقررة فى الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الولد للفراش ، وفرع الفقهاء على هذا الأصل أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو بالدعوة فى وطء بشبهة .

(نقض جلسة 1973/4/25 - ص 677 - س 24)

• التناقض لا يمنع سماع الدعوى إذا وجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم أو بقول المتناقض تركت الكلام الأول مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر . وإذ يبين من الأوراق أن دعوى الطاعنة

على المطعون عليه بثبوت نسب ابنتها منه – أنه تزوجها بعقد صحيح عرفي وعاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه على فراش الزوجية بابنتها وكان ما أثبتته الطاعنة في الشهادة الإدارية التي قدمتها مع طلب الحج من أنها لم تتزوج بعد طلاقها من زوجها الأول هذا القول لا ينفي لزوما أنها زوجة المطعون عليه بعقد عرفي وإنما ينصرف إلى نفى زواجها بوثيقة رسمية وذلك لما هو متواضع عليه في مصر من إطلاق الزواج على الزواج الموثق فقط لما كان ذلك فلا يكون هناك تناقض بين الكلامين يمنع من سماع الدعوى .

(نقض جلسة 1973/4/25 – ص 677 – س 24)

• من الأصول المقرر عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن (الولد للفراش) واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة أقوال إحداها أنه نفس العقد وإن لم يجتمع بها بل ولو طلقها عقبه في المجلس ، والثاني أنه العقد مع إمكان الوطء والثالث أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه ، وقد اختار الشارع بالمرسوم القانوني رقم 25 لسنة 1929 الرأي الثاني على ما يؤدي إليه نص المادة 15 منه . وهذا يدل على أن المناط فيما تصير به الزوجة فراشا إنما هو العقد مع مجرد إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه .

(الطعن رقم 176 لسنة 63 ق – جلسة 1997/7/7)

(نقض جلسة 1970/2/11 – ص 290 وجلسة 1967/3/15 – ص 655

وجلسة 1962/11/21 – ص 146)

(الطعن رقم 46 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/30)

• من شروط صحة الزواج محلية المرأة وآلا يقوم بها سبب من أسباب التحريم ومنها الجمع بين الأختين ، والمحققون من الحنفية على أنه إذا تزوج إحداها بعد الأخرى جاز زواج الأولى وفسد زواج الثانية وعليه أن يفارقها أو يفرق القاضى بينهما ، فإن فارقها قبل الدخول فلا مهر ولا عدة ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان ، وإن فارقهما بعد الدخول فلها المهر وعليها العدة ويثبت النسب ويعتزل من امرأته حتى تنتقضى عدة أختها ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى في قضائه على اعتبار عقد زواج الثانية باطلاً ولا يثبت به نسب فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(نقض جلسة 1965/4/27 – ص 515 – س 16)

• قضاء الحكم المطعون فيه بالنسب على ثبوت الدخول والخلو والتلاقى بين الزوجين ووضع الصغيرة لأقل من سنة من تاريخ الطلاق . استخلاص سائغ له سنده من الشريعة والقانون والأوراق . لا عليه إطراره إقرار المطعون ضدها ووالدها بإشهاد الطلاق بعدم ثبوت الدخول والخلو أثناء قيام الزواج .
(الطعن رقم 46 لسنة 62 ق – جلسة 1996/120/30)

• إذا كان ما أستظهره الحكم لا ينبئ عن قيام زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة بين الطاعنة والمطعون عليه مما يعتبر فراشا صحيحاً يثبت معه نسب الصغير إليه ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون فيما قرره من أن الولد المطلوب إثبات نسبه ابن المطعون عليه من الزنا يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1964/6/10 – ص 787 وجلسة 1962/1/17 – ص 72 – س 13)

• متى كان الثابت فى الدعوى أن الطلاق الحاصل سنة 1944 نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة فإنه يكون طلاقاً بائناً طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 التى 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 التى 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 أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق .

(نقض جلسة 1963/3/20 – ص 331 – س 14)

• أن الحمل مما يخفى على المرأة ويغتفر التناقض فيه .

(نقض جلسة 1963/1/2 – ص 21 – س 14)

• متى كان الحكم الابتدائى قد أقام قضاءه بإثبات نسب الصغير إلى الطاعن على أساس أنه راجع زوجته المطعون عليها وهى فى عدة الطلاق الرجعى وعاشرها معاشرة الأزواج وأنها رزقت منه على فراش الزوجية بالصغير ، فى حين نفى الحكم المطعون فيه

حصول هذه الرجعة على الوجه المقرر شرعاً وانتهى إلى أن المراجعة إنما حصلت بعد انتهاء عدة الطلاق الرجعي واعتبر الواقعة وطناً بشبهة الحمل مما يثبت به النسب شرعاً ، ومع ذلك عاد الحكم المطعون فيه وأحال على أسباب الحكم الابتدائي واتخذها أسباباً لقضائه بالإضافة إلى ما قرره هو من أسباب – مما يشيع التناقض في أسباب الحكم المطعون فيه ويجعله قائماً على دعامتين متناقضتين لا يعرف على أيهما أقيم ويستوجب نقضه.
(نقض جلسة 1962/10/24 – ص 931 – س 13)

• تحقق الوطء بشبهة الفعل . شرطة . ظن الفاعل حل الفعل . وطء الرجل مبانته ثلاثاً وهي في العدة . مؤداه سقوط الحد عنه أن ظن حلها له ووجوب الحد عليه إذا علم بالحرمة . أثره . عدم ثبوت نسب الولد منه وإن ادعاه . عله ذلك . الزنا لا يثبت به نسب .
(الطعن رقم 128 لسنة 63 ق – جلسة 1997/6/24)

• دعوى الزوجية عدم سماعها عند الإنكار إلا بوثيقة رسمية . أو إقرار المدعى عليه بها بمجلس القضاء . م4/99 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 سالفه 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 462 لسنة 64 ق – جلسة 2000/2/15 ورقم 453 لسنة 64 ق جلسة 2000/2/31 والطعن رقم 497 لسنة 64 ق – جلسة 2000/4/10 والطعن رقم 136 لسنة 62 ق – جلسة 2000/5/29)

• عدم إنكار الزوج قيام الزوجية الصحيحة ونفى نسب الولد إليه أو ملاعنته امرأته . رفض الحكم الابتدائي الدعوى تأسيساً على ذلك صحيح. النعى عليه . على غير أساس .
(الطعن رقم 322 لسنة 65 ق – جلسة 2001/12/8)

• 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)

• خلو الأوراق من ثمة دليل على أن خطراً جسيماً كان يهدد الطاعن وقت المصادقة على الزواج . التفات المحكمة عن هذا الدفاع وعدم استجابتها لطلبه ندب طبيب لفحصه والصغير لنفى نسبه . لا عيب . شرطه . (الطعن رقم 468 لسنة 65 ق – جلسة 2001/11/24)

البيئة

• النسب . جواز إثبات دعواه بالبيئة . تجوز فيه الشهادة بالشهرة والتسامع واغتفر التناقض فيها . إذا احتملت عباراتها الإثبات وعدمه صرف إلى الإثبات وإذا تعارض ظاهر أن قدم المثبت له . (الطعن رقم 31 لسنة 59 – جلسة 1991/6/11 – س 42)

• لما كان يجوز إثبات الأخوة لأب وهى سبب الإرث فى النزاع الراهن بالبيئة، فلا على الحكم المطعون فيه أن لم يعرض لغير ما هو مقصود أو مطلوب بالدعوى ، إذ أنه متى ثبت النسب بالبيئة فلا حاجة لبحث ما إذا كان المطلوب إثبات نسبه من زواج صحيح ، إذ يكفى ثبوت النسب بأحد الطرق المقررة شرعاً ، وهى البيئة والإقرار والزواج الصحيح والفساد والوطء بشبهة . (الطعن رقم 114 لسنة 64 ق – جلسة 1998/11/30)

• البيئة في دعوى النسب هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين . (الطعن رقم 47 لسنة 55 ق – جلسة 1988/1/26 – س 39)
(الطعن رقم 176 لسنة 63 ق – جلسة 1997/7/7)

• القاعدة في إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبيئة الشرعية وهى على من أدعى بل أن البيئة في هذا المجال أقوى من مجرد الدعوة أو الإقرار ولا

يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد وانما يكفي أن تدل على توافر الزواج أو الفراش بمعناه الشرعي .
(نقض الطعن رقم 100 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27 - س37)

• نسب الولد يثبت من المرأة التي تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة وكان ممن يولد مثله لمثلها وصادقها المقر على إقرارها أن كان في سن التميز دون توقف على شئ آخر ودون حاجة إلى إثبات سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من زواج غير شرعي كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة إذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة ، لأن إقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعدها إلى الغير ، أما إذا كانت وقت الإقرار متزوجة أو معتدة أو أقرت بالولد ونسبته إلى من كان زوجها لها ، وكان النسب لا يثبت بإقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ويتعين لثبوته أن يصادقها زوجها أو أن تقيم الحجة الكاملة على مدعاها لأن الإقرار متى حمل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة . والدعوى المجردة لا يكفي القضاء بموجبها كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجل لا تقبل ، لما كان ذلك ، وكان الواقع في - الدعوى - على ما تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه - أن المطعون عليها الأولى تستند في ثبوت بنوتها للمتوفاة إلى إقرارها بأنها ابنتها من زوجها الذي تزوجته بعقد عرفي ودون أن تدعى مصادقة الزوج المذكور على نسبتها إليه أو على الزوجية المدعاة ، فإن هذا الإقرار لا يكفي لإثبات البنوة لما فيها من تحميل النسب على الغير وانما وجبت إقامة الحجة عليها وعلى الفراش المدعى باعتبار أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبني على ثبوت النسب . لما كان ما تقدم ، وكانت المطعون عليها الأولى قدمت للإثبات شاهدين شهد أحدهما بالزوجية والبنوة المدعى بها ولم يشهد بهما الآخر وانما انصبت شهادته على صدور إقرار البنوة عن المتوفاة ومن ثم لا يتوافر بهما بقيه الشهادة الواجبة شرعاً وهو رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول ولا تقوم بشهادته بينة شرعية كاملة على النسب المدعى وسببه .

(نقض الطعن رقم 30 لسنة 53 ق - جلسة 1986/1/28 - س 37
ونقض جلسة 1986/3/28 - ص963 - س 37 ونقض جلسة 1978/2/22 - ص 568
س 29)

• إقامة الحكم قضاءه بثبوت النسب على البينة بما يكفى لحمله . نعى الطاعنون على ما أورده من مستندات فى مقام تعزيز الدليل غير مجدى .
(الطعن رقم 116 لسنة 60 ق – جلسة 1993/7/13)

• النسب كما يثبت بالفراش أو الإقرار ، يثبت بالبينة بل أن البينة فى هذا المجال أقوى من مجرد الدعوة أو الإقرار ، ولا يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد أن كان ، وانما يكفى أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعى .
(نقض جلسة 1980/3/5 – ص 747 – س 31)
(والطعن رقم 22 لسنة 61 ق – جلسة 1994/9/27)

• المقرر فى هذه المحكمة أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة طلب الخصم يندب خبير فى الدعوى متى وجدت فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها .لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت نسب الصغير من الطاعن على ما استخلصه من البينة الشرعية وما حصله من أوراق الدعوى وكان لهذا التحصيل مأخذه ، وكانت الأسباب كافية لحمل قضاءه فلا تثريب على المحكمة أن هى التقتت عن إجابة طلب تحليل دمه ودم الصغيرة للمقارنة بينهما إذ أن الاستجابة له متروك لتقديرها .
(نقض جلسة 1987/3/1 – ص 658 – س 29)

• الشهادة بالتسامع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – جائزة عند الحنفية فى مواضع منها النسب وشروطها أن يكون ما يشهد به الشاهد أمرا متواترا مشتهرا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستقيض وتتواتر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقها ، أو أن يخبره به رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول .
(نقض جلسة 1975/4/30 – ص 860 – س 26)
(الطعن رقم 340 لسنة 65 ق – جلسة 2002/1/22)

• الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه بالعين أو بالسمع بنفسه واستثنى فقهاء الحنفية من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب ومنها ما هو على الصحيح أو أرجح الأقوال أو على أحد قولين صحيحين أو على قول مرجح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع من الناس استحسانا وإن لم يعاينها بنفسه وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد به أمرا متواترا سمعة من جماعة لا يتصور تواطؤهم

على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت الأخبار عنه ووقع فى قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء أو يخبر به وبدون استشهاد – رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيصبح له نوع عن العلم الميسر فى حق المشهد به .
(نقض جلسة 1967/11/15 – ص 1688 – س 28)

• اشترط فقهاء الحنفية لقبول الشهادة فى النسب وفى غيره شروطاً منها أن يكون الشاهد عدولاً وأن يتدارك ما وقع فى شهادته من خطأ قبل أن يبرح مجلس القاضى فإن هو غادر المجلس ثم عاد إليه وقال (أوهمت بعض شهادتى) أى أخطأت بنسيان ما كان على ذكره أو بزيادة باطلة لا تقبل شهادته لتمكن تهمة استغوائه من المدعى عليه .
(نقض جلسة 1967/11/15 – ص 1688 – س 28)

• تقدير أقوال الشهود أمر تستقل به محكمة الموضوع . فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يأخذ فى إثبات النسب بأقوال الشهود وحدها وإنما أخذ بإقرار المتوفى بالزوجية ونسبة الحمل المستكن إليه فى محضر تحقيق وبقيده فى دفاتر الصحة وباعتباره أبناً له . فإن النعى على الحكم بالقصور فى التسبب يكون على غير أساس .
(نقض جلسة 1963/6/19 – ص 845 – س 14)

• للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالتحقيق فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة الحقيقة – فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء بإحالة الدعوى على التحقيق على ما أورده فى أسبابه من أن المطعون عليها ذهبت فى دفاعها أمام محكمة الاستئناف إلى أنها رزقت بالصغير من الطاعن ثمره زواج عرفى سابق لعقد الزواج الرسمى وما هذا العقد الأخير إلا إظهار للعقد العرفى بدليل ما ورد فى وثيقة الزواج الرسمى من أنها بكر حكماً وهذا القول منها محل نظر وانتهت المحكمة من سياق دفاع الطرفين إلى أنها ترى من ظروف الدعوى وملابساتها إحالة الدعوى إلى التحقيق لاستظهار وجه الحق فى هذا الدفاع الذى يتصل بواقعة الدعوى ومن شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فيها .
(نقض جلسة 192/11/21 – ص 1046 – س 13)

• يثبت النسب بالفراش والإقرار كما يثبت بالبينة فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بثبوت النسب على دعائم عدة من بينها شهادة الشهود الذين شهدوا بإسلام الطاعن ، واستخلص منها ما يتفق والثابت في محضر التحقيق وكان الدليل المستمد من شهادة الشهود يكفي لحمله ، وكان استخلاص الواقع منها أمراً يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل ، فإن النعى عليه يكون غير منتج ، ولا يغير من ذلك ما أورده الحكم بشأن ثبوت النسب مع اختلاف الدين فهو افتراض جدلى لم يقم عليه قضاءه .
(نقض جلسة 1987/5/19 – الطعن رقم 117 لسنة 55 ق ونقض جلسة 1962/12/19 – ص 1146)

الإقرار

• الإقرار القضائى . ماهيته . يشترط فيه ما يشترط فى الأعمال القانونية من وجوب الإرادة . ما يرد على لسان الشخص تأييداً لادعائه من أقوال لم يقصد أن يتخذها خصمه دليلاً عليه . لا تعد إقراراً.
(الطعن رقم 340 لسنة 65 ق – جلسة 2002/1/22)

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت فى جانب الرجل بالفراش أو البينة أو الإقرار وهو بعد الإقرار لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال وكان الراجح فى المذهب الحنفى ثبوت النسب بهذا الطريق دون أن يقرن به ما يبين وجهه حتى لو كانت الظواهر تكذبه لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المطعون ضده الأول مثل أمام محكمة أول درجة بجلسة 1985/11/26 وأقر بنسب الصغيرة إليه وهو ما يكفى لثبوت نسبها منه ومن ثم لا يملك بعد ذلك نفيه أو العدول عن إقراره.
(الطعن رقم 113 لسنة 58 ق – جلسة 1991/1/15 – س 42)

• النسب شرعاً يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالإقرار أو البينة . جواز ثبوت النسب بالفراش والإقرار المؤيد له . علة ذلك .
(الطعن رقم 25 لسنة 62 قضائية – جلسة 1995/11/27)

• الإقرار . يصح أن يكون فى غير مجلس القضاء . جواز إثباته بالبينة ويكون المقرر فيها كأنه أقر به أمام القاضى . استخلاص الحكم المطعون فيه إقرار المورث بالنسب من

استخراجه شهادة ميلاد للصغيرة وبطاقته العائلية منسوبة فيهما إليه ومن طلب إلحاقها بالمدرسة الذى قال فيه أنها نجلته. صحيح.

(الطعن رقم 99 لسنة 58 ق - جلسة 1991/6/11 - س 42)

(الطعن رقم 434 لسنة 65 ق - جلسة 2002/1/26)

• إقامة الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قضاءه بثبوت نسب الصغير على ما استخلصه من إقرار الطاعن أمام الشهود ومما استقاه من تقرير الطب الشرعى . استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت من الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها . كفايته لحمل قضائه . التفات محكمة الموضوع عن طلب إعادة الدعوى للطب الشرعى . لا عيب . شرطه . النعى على ذلك . جدول موضوعى . عدم جواز طرحه على محكمة النقض . أثره . عدم قبول النعى.

(الطعن رقم 434 لسنة 65 ق - جلسة 2002/1/26)

• الإقرار بالنسب . ماهيته . أخبار عن صلة ثابتة ومستقرة فى الواقع وليس إنشاء له . إقرار الأب بالبنوة قبل وفاته . سريانه فى حقه وحق غيره سواء مثل هذا الغير فى الدعوى أو لم يمثل .

(الطعن رقم 99 لسنة 58 ق - جلسة 1991/6/11 - س 42)

• قضاء الحكم الجنائى ببراءة المطعون ضدها و آخرين من التزوير فى وثيقة زواجها بالطاعن على سند من أن طلاقها من زوجها السابق وقع قبل الدخول والخلوة الصحيحة فيكون بائناً لا تعتد منه المطلقة لعدم قيام شبهة الوطء وانتهاءه إلى صحة عقد الزواج . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعن ببطلان زواجه بالمطعون ضدها على سند من أن الحكم الجنائى المذكور قد قطع فى أسبابه المؤدية للمنطوق بصحة هذا العقد بما يمتنع عليه معاودة البحث فى مدى صحته لما للحكم الجنائى من حتمية . لا خطأ .

(الطعن رقم 301 لسنة 62 ق - جلسة 1996/12/16)

• الإقرار بالنسب صدوره مستوفياً شرائطه . أثره . لا يحتل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً فى الواقع أم كاذباً . إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب . لا أثر له . علة ذلك .

(الطعن رقم 116 لسنة 60 ق – جلسة 1993/7/13 – س 43 والطعن رقم 136 لسنة 60 ق – جلسة 1993/12/28 والطعن رقم 80 لسنة 63 ق – جلسة 1994/2/15)

• استخلاص محكمة الموضوع سائغا أقوال الشهود فى تحقيقات الجنائية . إقرار الطاعن بثبوت نسب الصغير له وذلك من ظهور حمل المطعون ضدها ومخالطته لها قبل الوضع وبعده وسكوته على ذلك مدة تمكنه من رفع دعوى نفى النسب . إغفالها الرد على دفعه بعدم سماع الدعوى أو عدم الرد على ما تمسك به من دلالة ما ورد بالمحضر الإدارى . لا خطأ ولا قصور .

(الطعن رقم 301 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/16)

• ثبوت النسب قبل الولادة . شرطه . أن يكون الحمل ظاهراً ويصدر الاعتراف به من الزوج . النفى الذى يكون معتبراً ويترتب عليه قطع نسب الولد . شرطه . عدم صحة النفى الذى يسبقه إقرار بالنسب صراحة أو دلالة . علة ذلك .

(الطعن رقم 336 لسنة 63 ق – جلسة 1998/3/16)

(والطعن رقم 17 لسنة 63 ق – جلسة 1999/6/21)

(الطعن رقم 124 لسنة 56 ق – جلسة 1989/3/28 – س 40)

(الطعن رقم 301 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/16)

• الإقرار إذا صدر أمام القضاء فى دعوى متعلقة بالواقعة التى حصل عنها الإقرار هو إقرار قضائى حجة على المقر ويتعين على القاضى أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه ، أما الإقرار الذى صدر فى دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار فلا يعتبر إقراراً قضائياً ويخضع لتقدير القاضى الذى يجوز له تجزئته . كما أن له مع تقدير الظروف التى صدر فيها أن يعتبره دليلاً كاملاً أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلاً .

(نقض الطعن رقم 60 لسنة 55 ق – جلسة 1986/5/27 – س 37)

• الإقرار بالنسب . مؤداه . اعتراف المقر ببنة الولد وأنه تخلق من مائه . شرطه . أن يكون الولد مجهول النسب وامكانية ولادته لمثل المقر أن كان مميزاً . أثره . عدم احتمال النفى ولا ينفك بحال ، سواء كان المقر صادقاً فى الواقع أم كاذباً ، بمجلس القضاء أو غيره لأن النفى يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع .

(الطعن رقم 25 لسنة 62 قضائية – جلسة 1995/11/27)

• الإقرار وإن كان لا يجوز للمحامى مباشرته إلا إذا كان مفوضاً فيه غير أنه إذا كان الخصم حاضراً بشخصه وبأشهر محاميه الإقرار دون اعتراض منه اعتبر الإقرار صادر من الموكل حتى ولو كان عقد وكالة المحامى لا يبيح له ذلك إذ أن حضور الموكل بالجلسة وعدم اعتراضه على الإقرار الذى يسند إليه الوكيل فى حضوره يعتبر إقراراً من الموكل بهذا التصرف وذلك طبقاً لصريح نص المادة 79 من قانون المرافعات .
(نقض الطعن رقم 60 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27 - س 37)

• من المقرر شرعاً أن من أقر لمجهول النسب أنه ولده فهو معترف ببنة هذا الولد بنة حقيقية أو أنه خلق من مائة سواء أكان صادقاً فى الواقع أم كاذباً فيثبت لهذا الولد شرعاً جميع أحكام البنة غير أنه إذا كان كاذباً فى الواقع كان عليه أثم ذلك الادعاء . لما كان ذلك فلا محل للتحدى بصورية حكم النسب الصادر فى دعوى سابقة بناء على الإقرار به - ويكون النعى على الحكم المطعون فيه على غير أساس .
(نقض الطعن رقم 60 لسنة 55 ق - جلسة 1986/5/27 - س 37)
(نقض جلس 1973/12/5 - ص 1232 - س 24)

• المقرر فى فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراش والبيئة فإنه يثبت بالإقرار وأنه متى صدر الإقرار مستوفياً شرائطه فإنه لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً فى الواقع أم كاذباً .
(نقض جلسة 1982/5/18 - الطعن رقم 20 لسنة 51 ق - س 33)
(الطعن رقم 47 لسنة 65 ق - جلسة 2000/11/11)

• المقرر فى فقه الحنفية أن النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراش والبيئة فإنه يثبت بالإقرار ويشترط لصحة الإقرار بالبنة أن يكون الولد مجهول النسب وإن يكون ممكناً ولادته لمثل المقر وإن يصدق الولد المقر فى إقراره إن كان مميزاً وأنه متى صدر الإقرار مستوفياً هذه الشروط فإنه لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً فى الواقع أم كاذباً لأن النفى يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع وإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار فلا يلتفت إليهم لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو أدرى من غيره بالنسبة لما أقر به فيرجح قوله على قول غيره .
(نقض جلسة 1981/12/29 - الطعن رقم 9 لسنة 51 ق - س 32)

● المقرر فى فقه الأحناف أنه يشترط لصحة الإقرار بالأبوة أن يكون الولد المقرر له مجهول النسب فإن كان معروفاً نسبه من غير المقرر لا يثبت نسبه منه بمجرد الإقرار لأنه لا يمكن ثبوت نسبه من رجلين بل لابد أن ينتفى أحدهما ، ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بأن المطعون ضده معلوم النسب لأبيه ... إذا ألحق به فى سجلات قيد المواليد وتزوج وجند باسمه منتسباً له ، وشهد بصحة هذا النسب كل من زوجة هذا الأب وابنه عند سؤالهما فى التحقيقات الإدارية المقدم صورها فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قبل الاستئناف شكلاً بما ينطوى عليه هذا القضاء من رفض للدفع بنهائية الحكم المستأنف ثم تعرض للموضوع فأيد الحكم المستأنف فيما قضى به من ثبوت نسب المطعون ضده الآخر – مورث الطاعنين – على سند من مجرد إقراره بأبوته له ، وذلك دون أن يقيم المطعون ضده البينة على عدم صحة نسبه لمن هو منسوب إليه حتى يتحقق لدى المحكمة أنه مجهول النسب ويصح إقرار الغير بأبوته له يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض جلسة 1980/5/21 - ص 456 - س 31)

(نقض جلسة 1976/3/10 - ص 592 - س 23)

● يشترط لصحة الإقرار بالأبوة أن يكون الولد المقرر له مجهول النسب فإن كان معروفاً نسبه من غير المقرر لا يثبت نسبه منه إذ لا يتصور ثبوت نسبه من اثنين فى وقت واحد ولا يصح القول بانتفاء النسب من الأول وثبوته من الثانى لأن النسب متى ثبت لا يقبل النقض . ولئن اختلفت الأقوال فى مذهب الحنفية حول متى يعتبر الشخص مجهول النسب فذهب البعض إلى أنه من لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه إلا أن القول الراجح أن يراعى فى الحكم بجهالة النسب عدم معرفة الأب فى البلدين معاً دفعا للحرص وتحوطاً فى إثبات الأنساب. ولما كان ما أثبت بمحضر الإطلاع على دفاتر جمعية الطفولة السعيدة من قيد الطفل باسم عبد الحليم الجريس لا يفيد أنه لشخص حقيقى يحمل هذا الاسم وأنه معلوم النسب لما هو مقرر من إطلاق أسماء على اللقطاء تمييزاً لهم وتعريفاً لشخصيتهم وكان من المقرر فى فقه الحنفية أن النسب كما يثبت من جانب الرجل بالفراس والبينة فإنه يثبت بالإقرار ويشترط لصحة الإقرار بالبنة أن يكون الولد مجهول النسب ، وأن يكون ممكناً ولادته لمثل المقرر وأن يصدق الولد المقرر فى إقراره – أن كان مميزاً – وأنه متى صدر الإقرار مستوفياً هذه الشرائط فإنه لا يحتمل إنكاراً بعد الإقرار فإنه لا يسمع وإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار فلا يلتفت إليهم لأن النسب وقد ثبت باعتراف المقرر وفيه تحميل النسب على نفسه

وهو أدري من غيره بالنسبة لما أقر به فيرجح قوله على قول غيره . وكان المتفق عليه بين فقهاء الحنفية أن الإقرار كما يكون بمجلس القضاء يصح أن يكون في غيره وفي هذه الحالة يجوز للمدعي إثباته بالبينة ويكون المقر فيها كأنه أقر أمام القضاء .
(الطعن رقم 187 و 188 لسنة 60 ق – جلسة 1994/4/26)
(الطعن رقم 355 لسنة 63 ق – جلسة 1998/5/11)

● ثبوت نسب المطعون ضدها الأولى لوالدها المطعون ضده الثاني بحكم قضائي استناداً إلى إقراره . أثره . تقرير مركز قانوني لها يتحدد به وضعها في المجتمع وحالتها فيه . مقتضى ذلك . للحكم حجية مطلقة قبل الكافة .
(الطعن رقم 119 لسنة 60 ق – جلسة 1994/5/31)

● النسب كما يثبت من جانب الرجل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بالفراش والبينة يثبت بالإقرار ، ويشترط لصحة الإقرار بالبينة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب ، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال كما أن الإقرار يتعلق به حق المقر له في أن يثبت نسبه من المقر له وينتفى به كونه من الزنا . لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه استند ضمن ما استند عليه في قضائه بثبوت نسب المورث من والده ... إلى إقرار الأخير ببنته في دعوى قيده بدفاتر المواليد ، وكان هذا الإقرار بالبينة قد تعلق به حق المورث في أن يثبت نسبه من والده المشار إليه ولا يبطله أن يكون تاريخ وثيقة زواج والديه لاحقاً على تاريخ ميلاده التقديري ، أو أن يسبق التاريخ الأخير إقرار والدته بانقضاء عدتها من طلاقها رجعيّاً من زوج سابق طالما لم يدع المذكور بنوته . لا يقدح في ذلك ، أن مقتضى إقرار المرأة بانقضاء العدة أنها ليست بحامل ، وأن عدة الحامل لا تنقضي إلا بوضع الحمل ، وأن الولد الذي تأتي به بعد ذلك لا يلزم أن ينسب إلى حمل حادث بعد الإقرار ، لأن مفاد ما خلص إليه الحكم أنه طالما تصادق الزوجان على نسب المورث لهما بقيده في دفتر المواليد فإن إقرار والدته المورث بانقضاء عدتها من مطلقها يسند إلى ما قبل الولادة ورتب على ذلك أن المورث ولد على فراش زوجية صحيحة بالزوج الثاني ، ونسبه موصول بهذا الأخير ، وهو استخلاص موضوعي سائغ لدلاله الإقرار يستقل به قاضي الموضوع.

(نقض جلسة 1979/3/7 - ص 755 - س 30)

(نقض جلسة 1974/1/9 - ص 123 - س 25)

• المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن الإقرار بما يتفرع من أصل النسب وهو الإقرار بغير الأبوة والبنوة – كالإقرار بالخوالة ، موضوع الدعوى الماثلة – وأن لا يثبت به النسب إلا بتصديق من حمل عليه أو البرهنة عليه بالبينة لأن فيه تحميلاً على الغير ، إلا أن المقرر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وسائر الحقوق التي ترجع إليه كما لو كان النسب ثابتاً من المورث حقيقة ، وكان الواقع في الدعوى على ما تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن الأول وقع وثيقة زواج المطعون عليها بوصف أنه خالها ووكيلها في عقد قرانها وأنه وقع مع الطاعنة الثانية على محضر احتفظ به تضمن أن المورثة توفيت عنها وعن ابنتها المطعون عليها ، كما أن الطاعنة الثانية تقدمت بطلب لاستصدار إشهاد شرعى في المادة لسنة 1969 وراثات الجيزة أقرت فيه بينوة المطعون عليها من أمها المتوفاة على سند من إقرار من حمل عليه النسب وهي المتوفاة طبقاً لما سلف بيانه بما ينطوى عليه من تصديق للإقرار المنسوب للطاعنين والذي تأيد بالبينة التي تقدمت بها المطعون عليها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون .

(نقض جلسة 1978/2/12 - ص 568 - س 29)

(نقض جلسة 1978/2/22 - الطعن رقم 17 لسنة 46 ق - ص 713)

• إذا كان مجرد ادعاء الطاعنة بعدم قابلية المطعون عليها الأولى للحمل وتكذيبها واقعة الولادة وطلبها إحالتها للكشف الطبى لا يفيد صراحة أو ضمناً إنكارها صدور الإقرار المؤرخ 1971/1/31 من زوج المطعون عليها أو طعنها عليه بأى وجه من أوجه البطلان ، وكان الإقرار المشار إليه قد تضمن إبداء الزوج رغبته في تسمية الجنين عند ولادته باسم معين يستقيم قرينة على أن الزوجة كانت حاملاً في المولود وقت صدور الإقرار ويصلح التدليل به في نطاق الدعوى فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالإخلال بحق الدفاع ومخالفته الثابت بالأوراق والفساد في الاستدلال يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1978/1/11 - 171 - س 29)

• الإقرار كما يكون باللفظ الصريح – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – فإنه يستفاد من دلالة التعبير ، أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر الساكت فيها مقراً بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكِت قول ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته ، فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة إقراراً منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك ، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه في مقام التدليل على ثبوت نسب المطعون

عليها من ابنتها المتوفاة وصحيح القواعد الشرعية المعمول بها فى فقه الحنفية ذلك أنه حصل فى ظروف قيد ميلادها باعتبارها ابنة المتوفاة ، وتقديم الأخيرة طلبها لاستخراج صورة من هذا القيد فى اليوم التالى لإجرائه وتسلمها المستخرج موضحاً به أنها والدة البنت المقيدة وعدم اعتراضها على ذلك ، إقرار من المتوفاة بأمومتها للمطعون عليها ، وهو تحصيل صحيح شرعاً لجواز الاستدلال على ثبوت البنوة بالسكوت المفصح عن الإقرار به .

(نقض جلسة 1978/2/22 - ص 568 - س 29)

(الطعن رقم 301 لسنة 62 ق - جلسة 1996/12/16)

(والطعن رقم 707 لسنة 71 ق - جلسة 2005/12/16)

• نسب الولد يثبت من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة ، وأن يكون ممن يولد مثله لمثلها وأن يصادقها المقر على إقرارها أن كان فى سن التمييز دون توقف على شئ آخر ودون حاجة إلى إثبات سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد ، أو من غير زواج شرعى كالسفاح والدخول بالمرأة بشبهة ، إذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة ، ويجب لثبوت نسبه من زوجها أو مطلقها أن يصادقها على إقرارها أو أن تثبت أن هذا الولد جاء على فراش الزوجية ، وحينئذ يثبت نسبه منها . فإذا تحققت هذه الشروط فى إقرار الأم نفذ عليها وثبت النسب به وتعين معاملة المقر بإقراره والمصادق بمصادقته ، ولا يجوز الرجوع عن هذا الإقرار بعد صحته ، ويترتب عليه جميع الحقوق والأحكام الثابتة بين الأبناء والأبء .

(الطعن رقم 17 لسنة 46 ق - جلسة 1978/2/22 - ص 712)

• لأن كان ثبوت النسب حقاً أصلياً للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا أو لأنها تعير بولد ليس له أب معروف ، فهو فى نفس الوقت حق أصلى للولد لأنه يترتب له حقوقاً بينها المشرع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاعة والحضانة والإرث ويتعلق به أيضاً حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمانات أوجب الله رعايتها فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى ومن ثم فلا يعيب الحكم وقد ثبت لديه إقرار الطاعن بالفراش أن يطرح مدلول ما جاء بالإقرار المقدم من الطاعن والمنسوب صدره إلى المطعون عليها من أنه لم يعاشرها معاشرة الأزواج طالما أن فيه إسقاط لحقوق الصغيرة لا تملكه .

(نقض جلسة 1976/5/12 - ص 1093 وجلسة 1973/5/23 - ص 816 - س 24 ونقض
جلسة 1967/11/18 - ص 1639 - س 28 والطعن رقم 104 لسنة 59 ق - جلسة
1991/2/5 - س 42)

• إذا كان النسب يثبت بالفراش وكان البين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه قام بثبوت نسب الصغيرة إلى الطاعن على سند من إقراره بالتحقيقات الإدارية المقدمة صورتها الرسمية بقبوله الزواج من المطعون عليها عرفياً ودفعه مهراً لها ثم دفعه مؤخر صداقها عن شهرين سابقين على تقديم الشكوى وهو إقرار صريح يفيد قيام الزوجية بينه وبين المطعون عليها بعقد صحيح شرعاً في التاريخ الذي حددته وإلى عدم ثبوت قيام المانع من الدخول وبثبوت تمام الوضع لأكثر من ستة أشهر من عقد الزواج ، وكانت هذه الأسباب تكفي لحمل هذا القضاء فإن النعى على الحكم المطعون فيه بصدد ما ساقه من قرينة مساندة استخلصها من الإقرار - الصادر من المطعون عليها - يكون غير منتج .

(نقض جلسة 1976/5/12 - ص 1903 - س 27)

• لأن كان المعول عليه في مذهب الحنفية أن الإقرار بالنسب على غير المقر ، وهو إقرار بقربة يكون فيها واسطة بين المقر له - كالإقرار بالأخوة - لا يثبت به النسب إلا بتصديق من حمل عليه النسب أو البرهنة عليه بالبينة ، إذ الإقرار بالأخوة يقتضى أولاً أن المقر له ابن لأبى المقر ويستتبع ذلك أنه أخ للمقر ، إلا أن المقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التي ترجع إليه ، وتنقسم التركة في هذه الحالة على أساس الاعتداد بالإقرار تجاه المقر دون غيره من الورثة الذين لم يوافقوه على إقراره باعتبار الإقرار حجة قاصرة . وإذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الإقرار الموقع عليه من الطاعنة وبقية الورثة تضمن اعترافهم بأحقية المطعون عليها في نصيبها من تركة المتوفى ، وكان دفاع المطعون عليه يقوم أساساً على حقها في مشاركة الطاعنة وباقي الورثة في التركة المخلفة من المتوفى استناداً إلى الإقرار الصادر منهم ، فإن الدعوى المعروضة بالإرث بهذه المثابة تكون متعلقة بالمال .

(نقض جلسة 1976/1/21 - الطعن رقم 4 لسنة 44 ق - ص 264 - س 27)

• من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أن النسب بالدعوة وهى الإقرار المجرد بالنسب بما ينطوى على اعتراف بينوة الولد بنوة حقيقية وأنه تخلق من مائه وهو بعد الإقرار

به لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال . والراجح في مذهب الأحناف ثبوت النسب بهذا الطريق دون أن يقرن به ما يبين وجهه حتى لو كانت الظواهر تكذبه ، ولا يحول دون ذلك ورود الإقرار لاحقاً على التبنى لما ينم عنه من رغبة المقر في تصحيح الأوضاع، طالما لم يبين وقت إقراره سبب هذه البنوة .

(نقض جلسة 1976/3/10 - ص 592 - س 27)

● القول بالمعتبر في الفقه الحنفي المعمول به أن النسب يثبت بالدعوة من غير أن يبين المقر وجه النسب سواء أكان المقر صادقاً في الواقع أم كاذباً فيكون عليه إثم ادعائه .
(نقض جلسة 1975/1/15 - ص 167 - س 26)

● النسب كما يثبت في جانب الرجل بالفراش وبالبينة يثبت بالإقرار . ويشترط لصحة الإقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب وأن يكون ممكناً ولادة هذا الولد لمثل المقر وأن يصدق الولد المقر في إقراره أن كان مميزاً ، وصدور الإقرار صحيحاً مستوفياً شرائطه ينطوي على اعتراف ببنوة الولد بنوة حقيقية ، وهو الإقرار به ولا يحتمل النفي ولا ينفك بحال .

(نقض جلسة 1975/1/15 - ص 167 - س 26 والطعن رقم 136 لسنة 60 ق - جلسة 1993/12/28 - س 44)

● إذا كانت الأقوال التي أدلى بها الطاعن الأول في تحقيقات نيابة الأحوال الشخصية تعد إقراراً فيه تحميل النسب على الغير ابتداءً ، ثم يتعدى إلى المقر نفسه ، وإن كان لا يصلح في الأصل سبباً لثبوت النسب ، إلا أن المقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التي ترجع إليه لأن للمقر ولاية التصرف في مال نفسه .
(نقض جلسة 1975/1/15 - ص 167 - س 26)

● يشترط لصحة الإقرار - بالنسب - بوجه عام إلا يكذب ظاهر الحال المعنى في إقراره وأن لا يكون المقر به محالاً عقلاً أو شرعاً والقول المعمول عليه أن الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب وهو الإقرار بغير الأبوة والبنوة لا يثبت به نسب أصلاً ولا بد من تصديق من حمل عليه النسب أو إثباته بالبينة لأن الإقرار في هذه الحالة يقتضي تحميل النسب على غير المقر والإقرار بذاته حجة قاصرة .

(نقض جلسة 1975/6/25 - ص 1302 - س 26)

• الإقرار يصح أن يكون فى غير مجلس القاء . جوز إثبات الإقرار بالبينه ويكون المقر فيها كأنه أقر به أمام القاضى .

(الطعن رقم 137 لسنة 66 ق - جلسة 2003/11/22)

(والطعن رقم 707 لسنة 71 ق - جلسة 2005/5/28)

• النسب - فى الفقه الحنفى - يثبت بالفراش والإقرار . صدور الإقرار بالنسب مستوفياً شرائطه . أثره - لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال - سواء كان المقر صادقاً أم كاذباً . إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب به . لا اثر له . علة ذلك . الإقرار بالنسب فى مجلس القضاء أو فى غيره . صحيح .

(الطعن رقم 197 س 61 ق - جلسة 1995/5/23)

(الطعن رقم 301 لسنة 62 ق - جلسة 1996/12/16)

• النفى الذى يكون معتبراً ويترتب عليه قطع نسب الولد . شرطه . عدم صحة النفى الذى يسبقه إقرار بالنسب نصاً أو دلالة . علة ذلك .

(الطعن رقم 301 لسنة 106 ق - جلسة 1999/12/16)

• إقرار المتوفى ببنوة المطعون عليها الأولى ، حجة ملزمة بتثبيت نسبها منه وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى لأن النفى يكون إنكاراً بعد الإقرار ولا يسمع ويثبت هذا النسب بمجرد إقرار الأب وإن أنكرت الزوجة - إذ هو ألزم له دون غيره فلا يتوقف نفاذه على تصديقها ولا يبطله إقرارها بالبكارة بعد ميلاد البنت ولا كون التصادق على الزواج مستنداً إلى تاريخ لاحق لميلادها كما أن إقرار الزوجة بالبكارة لا يفضى إلى إبطال حق المقر بها لأنها لا تملك إبطاله .

(نقض جلسة 1972/6/14 - ص 1132 - س 23)

• الأصل فى دعوى النسب أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت باعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة فإنها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقاً أو لم يدع ، ويغتر فيه التناقض للخفاء الحاصل فيه ولو كان مما لا يصح إقرار المدعى عليه به ولا يثبت باعترافه وفيه

تحميل النسب على الغير كالأخوة والعمومة لا تسمع إلا أن يدعى حقاً من إرث أو نفقة ويكون هو المقصود الأول فيها ولا يغتفر فيها التناقض لأنه تناقض فى دعوى مال لا فى دعوى نسب ودعوى المال يضرها التناقض مادام باقيا ولم يرفع ولم يوجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم أو بقول المتناقض "تركنت الكلام الأول" مع إمكان التوفيق بين الكلامين وإن كان أحد الكلامين فى مجلس القاضى والآخر خارجه ولكن يثبت أمام القاضى حصوله إذ يعتبر الكلامان وكأنهما فى مجلس القاضى .

(نقض جلسة 1966/6/29 – ص 1480 وجلسة 1966/3/30 – ص 772 – س 17)

نفى النسب

• إذا كان الحكم المطعون فيه عول فى قضائه بثبوت نسب الصغيرة إلى الطاعن رغم إنكار ولادتها على ما تضمنه تقرير الطبيب المنتدب من أن المطعون عليها ليست عقيماً وأنه سبق لها الحمل والولادة وما أورده طبيب الوحدة الصحية فى تقريره من أن المذكورة كانت حاملاً وظلت تتردد على الوحدة للعلاج حتى تاريخ الوضع وما جاء بالشهادة الإدارية الموقع عليها من بعض رجال الإدارة تأييداً لما تضمنه تقرير طبيب الوحدة الصحية ، وهى مجرد قرائن أن صلحت لإثبات حمل المطعون عليها إلا أنها لا تقوم بها الحجة الشرعية على ولادتها للصغير المدعى نسبها فإن الحكم المطعون فيه إذا اكتفى بهذه القرائن لإثبات الولادة المتنازع فيها دون أن تتوافر عليها البيئة الشرعية يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض جلسة 1982/11/31 – الطعن رقم 25 و 50 لسنة 51 ق – س 33)

• ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية الصحيحة . شرطه . عدم لزوم صدور إقرار أو بينة . نفى الزوج نسب الولد . شرطه . أن يكون نفيه وقت الولادة . وأن يلاعن امرأته . علة ذلك . تمام اللعان مستوفياً شروطه . أثره . التفريق بينهما ونفى الولد عن أبيه وإحاقه بأمه . مخالفة ذلك . خطأ .

(الطعن رقم 47 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/27)

• إقرار المرأة بأمومتها للولد . أثره . ثبوت نسبه منها سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من غير زواج شرعى كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة . شرطه . كون

المرأة متزوجة أو معتدة . ثبوت النسب من زوجها . شرطه . مصادقته على إقرارها أو ثبوت أن الولد جاء على فراش الزوجية فيثبت النسب منها .
(الطعن رقم 27 لسنة 63 ق – جلسة 1997/3/17)
(الطعن رقم 59 لسنة 66 ق – جلسة 1996/12/30)

• إقرار المرأة المتزوجة بالأُمومة من زوجها لا يثبت به النسب إلا إذا صدقها الزوج لأن إقرارها بالولد في هذه الحالة فيه تحميل نسبه على الزوج ، فلا يلزم بقولها إلا عند مصادقته . فيثبت حينذاك نسب الولد منهما .
(نقض جلسة 1976/3/10 - ص 592 – س 27)

• قيد طفلة ، وردت إلى ملجأ الرضع باسم لا يفيد أنها ابنة لشخص حقيقى يحمل هذا الاسم وأنها معلومة النسب ، لما هو مقرر من إطلاق اسم على اللقطاء تمييزاً لهم وتعريفاً بشخصيتهم عملاً بالمادة 10 من القانون رقم 23 لسنة 1912 بشأن المواليد والوفيات والتي أوجبت إطلاق اسم ولقب على حديثى الولادة .
(نقض جلسة 1976/3/10 - ص 592 – س 27)

• النسب حق للولد فلا يصدق الزوجان في إبطاله ولو تعاونوا على أنه لم يحصل وطء ومن ثم فإن لإقرارهما أو أحدهما بعدم الدخول والخلو لا يتعدى إليه ولا يبطل حاله .
(نقض جلسة 1967/3/15 - ص 655 – س 27 والطعن رقم 46 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/30)

• الأصل الفقهي . إلا ينسب لساكت قول . الاستثناء . اعتبار السكوت بمثابة الإقرار . سكوت الزوج عن نسبة الحمل الحاصل قبل الزواج لأقل من ستة أشهر لا يعد إقراراً .
(الطعن رقم 194 لسنة 63 ق – جلسة 1997/6/24)
(الطعن رقم 169 لسنة 62 ق – جلسة 1996/4/22)
(والطعن رقم 754 لسنة 79 ق – جلسة 2005/5/14)

• استثنى فقهاء الأحناف من الأصل الفقهي بالألا ينسب لساكت قول بعض مسائل جعلوا السكوت فيها بمثابة الإقرار ، ليس من بينها السكوت عند نسب الحمل الحاصل قبل الزواج وولادته لأدنى فترة الحمل .

(نقض جلسة 1976/11/3 - ص 159 - س 27)

• من المقرر وفقاً لحكم المادة 15 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 إلا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد ولد في سنة 1950 أى بعد ست سنوات من الطلاق ، وأنكره مورث المطعون عليهم حال حياته كما أنكر قيام أية علاقة زوجية جديدة بينه وبين والد الطاعن بعد الطلاق وكان الحكم قد دلل على عدم قيام الزوجية بعد الطلاق على أسباب سائغة ، فإن النعى على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس .
(نقض جلسة 1975/1/29 - ص 297 - س 26)

• إذا ثبت نسب المطعون عليها الأولى من المتوفى بالفراش ، فإنه لا يغض من ذلك ما ادعاه من أن المورث كان عقيماً ، ففضلاً عن عدم ثبوته أمام محكمة الموضوع ، فإن الفقه الحنفى – المعمول به بوصفه أصلاً ما لم ينص القانون على خلافه – يكتفى في ثبوت النسب بالفراش ، بالعقد وحده إذا كان صحيحاً مع وضوح الدخول وإمكانه .
(نقض جلسة 1975/2/5 - ص 248 - س 26)

• متى كان الواقع في الدعوى أن المطعون عليه الأول أقامها منكرًا نسب ابنة الطاعنة إليها فدفعته هذه الأخيرة بأنها رزقت بها منه على فراش الزوجية حرر بها عقد عرفي فقد منها ولما كان الدفع في اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد بها دفع الخصومة أو إبطال دعوى المدعى، بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ويعود المدعى الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع ، فإن ما جرى عليه الحكم المطعون فيه من التحقق في ثبوت الزوجية بالفراش ومن تكليف الطاعنة إثباته توصلًا لثبوت النسب من المطعون عليه الأول، يتفق مع المنهج الشرعي السليم.

(نقض جلسة 1975/2/25 - ص 483 - س 26)

• من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن النسب لا يثبت بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبني على ثبوت السبب وأنه – كما

يثبت بالفراش حال تحقق شروطه فإنه يثبت بالإقرار به ويثبت عند الإنكار بإقامة البينة عليه

(نقض جلسة 1975/2/25 - ص 483 - س 26)

• المقرر في فقه الأحناف أنه إذا كان الحمل ظاهراً وصدر الاعتراف به من الزوج فإن النسب يثبت قبل الولادة لما في البطن وكان نفى نسب الولد - وعلى ما جرى به فقه الأحناف - لا يكون معتبراً ، ولا يقطع النسب إلا بشروط منها أن يكون النفي عند الولادة وعند التهنئة ، ومنها إلا يسبق النفي إقراراً بالنسب لا نصاً ولا دلالة ، فإن سبق لا يصح النفي ، فإذا قال الولد منى أو سكت عند التهنئة بولادته ثم نفاه بعد ذلك لا يقبل منه لأن النسب بعد الثبوت صار حقاً للولد فلا يمكن الرجوع فيه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ما اطمأنت إليه المحكمة من شهادة الإثبات من أن الطاعن أقر على وجه القطع واليقين بأبوته للصغيرة " صفاء " وكان تقدير أقوال الشهود والقرائن مما يستقل به قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض متى كان ذلك مقاماً على أسباب سائغة وكان ما استخلصه الحكم المطعون فيه من أقوال الشهود وما استنبطه من القرائن من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ويبرر قضاءه فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير التي اخذ بها الحكم بعد أن اطمأن إليها بما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض الطعن رقم 124 لسنة 56 ق - جلسة 1989/3/28)

• المقرر في الفقه الحنفي أن النسب يتقرر بالموت وهو بعد أن يتقرر لا يحتمل النفي والانقطاع ، وكانت الدعوى المطروحة بحسب المقصود منها ليست بنفي أصل نسب المطعون ضده من الطاعن بإنكار أبوته أو بنوته ، وإنما أقيمت بنفي ما تفرع على أصل نسب المطعون ضده من الطاعن بإنكار هذه الصفة الأخيرة ، فإن النسب في هذه الحالة لا ينتفى عن المطعون ضده إلا إذا انتفى أولاً من غيره وهو أبوه أحمد مصطفى عامر وكان البين من الأوراق وفاه جد المطعون ضده لأبيه - مصطفى عامر - غير منكر لنسب المذكور ، وأنه بوفاة هذا الأخير - أحمد مصطفى عامر - قد تقرر نسب المطعون ضده له ولا ينتفى نسبه بعد ذلك ، ومن ثم فإن هذا النسب لا ينتفى سواء رفعت به الدعوى مجردة أو ضمن حق آخر.

(نقض الطعن رقم 162 لسنة 61 ق - جلسة 1992/11/24)

• متى كان الطاعن لم يقدم ما يدل على أنه تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بكذب الإقرار استناداً إلى أن المقر عقيم وان المطعون عليها الأولى (زوجته) بلغت سن اليأس وكانت الأسباب التي استند إليها الحكم المطعون فيه في ثبوت النسب فيها الرد الكافي والضمنى على ما تمسك به الطاعن من قرائن وأدلة على نفيه لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب يكون في غير محله.
(نقض جلسة 1973/12/5 - ص 1232 - س 24)

• النسب يثبت بالفراش وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بأن نسب الصغير من الطاعن ثبت بالفراش واستند في ذلك إلى أقوال شهود المطعون عليها وأضاف إلى هذه البيئة الشرعية سكوت الطاعن عن نفى النسب من تاريخ ولادة البنت في يولييه سنة 1962 حتى سبتمبر سنة 1967 وإقدامه على الزواج الرسمي من المطعون عليها في سنة 1964 بعد ولادتها للصغيرة و كان ما استند إليه الحكم يكفي لحمله فإن النعى عليه بالقصور يكون على غير أساس .
(نقض جلسة 1973/5/22 - ص 816 - س 24)

• النسب يثبت بالإقرار وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع ، فإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار فلا يلتفت إليهم لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه، وهو أدري من غيره بالنسبة لما أقر به ، فيرجح قوله على قول غيره .
(نقض جلسة 1973/12/5 - ص 1232 وجلسة 1966/3/3 - ص 272)
(ونقض جلسة 2005/5/28 - الطعن رقم 707 لسنة 71 ق)

دعوى النسب

• المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس سنة 1931 إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية. م 99/4 مرسوم بقانون 78 لسنة 1931. اقتصاره على دعوى الزوجية. خروج دعوى النسب عنه ولو كان من هذه الزوجية غير الثابتة.
(الطعن رقم 61 لسنة 58 ق - جلسة 1991/6/11 - ص 42)

• عدم سماع دعوى النسب عند الإنكار. شرطه. أن تأتى بالولد زوجة لم تلتق بزوجها من حين العقد أو أنتت به بعد سنة من غيبته عنها أو من انقضاء فراش الزوجية بالطلاق أو الوفاة. م15 مرسوم بق 25 لسنة 1929. علة ذلك .
(الطعن رقم 152 لسنة 65 ق – جلسة 2001/5/14)

• دعوى النسب لولد المطلقة ، لا تسمع عند الإنكار إذا أنتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق طالما أن الزواج السابق سبباً لثبوت النسب . م 15 ق 25 لسنة 1929 ، عدم سريان النص على دعوى نسب الولد الذى أتى بعد الطلاق من فراش صحيح يثبت به النسب كالزواج وملك اليمين والمخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة .
(نقض الطعن رقم 65 لسنة 45 ق جلسة 1985/3/26 – س 36)
(والطعن رقم 182 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/24)

• دعوى إثبات النسب وحجيتها . يكفى لسماعها فى المذهب الحنفى وجود عقد زواج استوفى أركانه وسائر شروط صحته شرعاً سواء وثق رسمياً أو أثبت بمحرر عرفى أو كان غير مكتوب .
(نقض جلسة 1982/3/16 – الطعن 44 لسنة 51 - س 33)

• سماع دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث المنسوب له الإقرار فى الحوادث الواقعة من سنة 1911 م . شرطه. وجود أوراق رسمية أو مكتوبة بخط المتوفى وعليها إمضاءه . م 98 لائحة شرعية . مفاده . دعوى النسب التى لا تعتمد على الإقرار . خروجها عن ذلك القيد وخضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية . ثبوت النسب فيها بالفراش أو البينة .
(الطعن رقم 171 لسنة 63 ق - جلسة 1997/7/7)

• مفاد نص المادة الخامسة عشرة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، أن المشرع الوضعى منع سماع دعوى النسب لأى معتدة من طلاق أن جاءت بولد لأكثر من سنة شمسية من وقت الطلاق آخذاً بأن الطب الشرعى – وعلى ما أورده المذكرة الإيضاحية – يعتبر أقصى مدة للحمل 365 يوماً حتى تشمل جميع الأحوال النادرة ، لما كان ما تقدم وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على أن المطعون عليها أقرت بما يفيد أنها طهرت من الوضع وأنها أصبحت حرثاً لزوجها

وصالحة لمعاشرته ، وأنها إذ طلقت طلقة رجعية فى 1970/12/8 دون أن تقر بانقضاء عدتها منه ، وكانت ولادتها للصغيرة ثابتة الوقوع فى 1971/8/12 أى لأقل من سنة من وقت الطلاق الرجعى ، ورتب على ذلك أن نسبة الصغيرة للطاعن تكون ثابتة ، فإن هذا الذى خلص إليه الحكم لا ينطوى على مخالفة للقانون لاحتمال أن بدء الحمل كان قبل الطلاق والمطعون عليها على عصمته أو أنه كان بعده وهى فى عدتها .
(نقض جلسة 1978/3/1 - ص 658 - س 29)

• دعوى الإرث بسبب البنوة . تميزها عن دعوى إثبات الزوجية أو أى حق من الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها . أثره . عدم خضوع إثبات البنوة باعتبارها سبباً للإرث سواء كان النسب مقصوداً لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال لقيد عدم السماع الوارد بالمادة 99 لائحة شرعية. علة ذلك. "مثال".
(الطعن رقم 453 لسنة 64 ق - جلسة 2000/1/31)

• إذا كانت دعوى المطعون عليها دعوى إرث بسبب البنوة وهى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية ، وكان موضوع النسب مطروحا فيها باعتباره سبب استحقاق الإرث وكان المشرع لم يشترط لإثبات النسب وجود وثيقة زواج رسمية لأن المنع الخاص بعدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس 1931 لا تأثير له شرعاً على دعاوى النسب بل هى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية رغم التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فإنه لا تثريب على الحكم أن هو أطرح ما قدمه الطاعنون من أوراق بعد قيام الدليل - البينة - على ثبوت النسب المتنازع عليه لأن قيام الحقيقة التى أقتنع بها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفه .
(نقض جلسة 1976/1/21 - ص 271 - س 27)

• من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التناقض مانع من سماع الدعوى بالنسب ما لم يكن فى موضع خفاء فيكون عفواً وهو لا ينتفى إذا كان فيه تحميل للنسب على الغير كالأخوة والعمومة باعتباره غير مقصود لذاته بل يستهدف حقاً لا يتوصل له إلا بإثبات النسب فيكون تناقضاً فى دعوى مال لا فى دعوى نسب .
(نقض جلسة 1975/6/25 - ص 1302 وجلسة 1962/1/17 - ص 72)

• أحكام النسب – وفقاً للراجح فى المذهب الحنفى – حجة على الكافة . علة ذلك .
اعتباره من النظام العام . أثره . عدم نقضه بالجحود أو ارتداده بالرد أو إنفساخه بعد ثبوته .
(الطعن رقم 27 لسنة 63 ق – جلسة 1997/3/17)

• النسب . اعتباره سبب الالتزام فى دعوى نفقه الصغير . مؤداه . أن يكون قائماً فيها
وملازماً لها وتتبعه وجوداً وعدمها . علة ذلك . بحث الحكم الصادر بنفقة الابن موضوع نسبه
لأبيه . أثره . اكتسابه حجية فيما يثار حول النسب فى دعوى لاحقاً .
(الطعن رقم 173 لسنة 63 ق – جلسة 1997/5/26)

• لئن كان الأصل فى الدعوى بطلب نفقة الصغير أن يكون موضوع النسب قائماً
فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائماً فيها وملازماً
لها وتتبعه وجوداً وعدمها – أخذاً بأن سبب وجوب نفقة الأولاد هى الجزئية النابعة من كون
الفرع من صلب الأصل – إلا أنه يتعين للقول بحجية حكم النفقة فى موضوع النسب أن
يعرض لهذه المسألة الأساسية ويمحصها باعتباره سبب الإلزام بها ، لما كان ذلك وكان البين
من الإطلاع على حكم النفقة أنه صدر فى غيبة المدعى عليه – المطعون عليه الأول – وبنى
قضائه بنفقة الصغير على أساس القدرة المالية للمدعى عليه فيها مبيناً القاعدة العامة
وشرائطها فى نفقة الفروع على الأصول وفقاً للقانون الواجب التطبيق دون أن يبحث انعقاد
الزوجية التى تدعيها الطاعنة ومدى ثبوت نسب الصغير بالفراش وكان لا حجية لحكم قضى
بالنفقة دون أن يناقش فعلاً وواقعاً – وليس ضمناً أو قانوناً – قرابة المحكوم عليه للمحكوم له
فى صدد القرابة أو النسب ، فإن الدفع بسبق الفصل فى صورة الدعوى المعروضة – دعوى
إنكار النسب يكون على غير محل .
(نقض جلسة 1975/2/25 - ص483 وجلسة 1965/1/20 - ص68)

• الأصل حجية حكم النفقة فى دعوى النسب . علة ذلك . شرطه . بحث النسب
وتمحيصه باعتباره سبب الالتزام بالنفقة . بحث الحكم الصادر بالنفقة انعقاد الزوجية التى
ادعتها المطعون ضدها وثبوت نسب الصغير للطاعن وتقنين دفاعه بشأن إنكار النسب
وصيرورة هذا الحكم نهائياً وباتاً . أثره . اكتسابه حجية الأمر المقضى فى دعوى إنكار
النسب .

(الطعن رقم 412 لسنة 65 ق – جلسة 2002/2/4)

• النص فى المادة 906 من قانون المرافعات على أنه " يتبع فى قبول دعوى إنكار النسب وإثباتها والمواعيد التى ترفع فيها والآثار التى تترتب عليها القواعد والأحكام التى يقرها قانون البلد الواجب التطبيق وتوجيه الدعوى إلى الأب أو الأم على حسب الأحوال وإلى الولد الذى أنكر نسبه فإذا كان قاصراً تعين أن يقام وصى خصومة يدل على أن المشرع رأى أن ثبوت النسب كما هو حق أصلى للابن لأنه يرتب له حقوقاً بينتها القوانين والشرائع كحق النفقة والحضانة والإرث فإنه حق أصلى أيضاً للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا ، ولئلا تعير بولد ليس له أب معروف ، والحقان فى هذا المجال متساويان ومتكاملان لا يجزئ أحدهما عن الآخر ، فلا تملك إسقاط حقوق ولدها كما لا يؤثر موقف ذلك الأخير على ما تدعيه الأم .

(نقض جلسة 1975/2/26 - ص 483 - س 26)

• الأصل فى دعوى النسب ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه ، فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت باعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة فإنها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقاً أو لم يدع ، وينتفى فيها التناقض لأن مقصودها الأصلى هو النسب والنسب مما يغتفر فيه التناقض للخفاء الحاصل فيه أما لو كان مما لا يصح إقرار المدعى عليه به ولا يثبت باعترافه وفيه تحميل النسب على الغير كالأخوة والعمومة فلا تسمع إلا ممن يدعى حقاً من إرث أو نفقة ويكون هو المقصود الأول فيها، ولا يغتفر فيها التناقض لأنه تناقض فى دعوى مال لا فى دعوى نسب ودعوى المال يضرها التناقض ما دام باقياً لم يرفع ولم يوجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم ، أو بقول المتناقض تركت الكلام الأول مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل إحداهما على الآخر . لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون عليهما الأولين بالاشتراك مع سائر المطعون عليهم أقاموا الدعوى الماثلة – بإثبات الوراثة - استناداً إلى أنهما من ورثة المتوفى بوصفيهما ابنا عم لأب فإن التناقض بين القولين يرتفع بين ما جاء بمحضر التحرى فى مادة الوراثة الخاصة بالمتوفى وبين الدعوى الحالية لأنهما لم ينفيا فى محضر التحرى القرابة التى تربطهما بالمتوفى ، وإنما غم عليهما فى البداية أن هذه الوراثة من شأنها أن تورثهما لبعده الصلة ، فقررا أنهما من أقاربه غير الوارثين ولدى وقوفهما على الحكم الشرعى الصحيح من واقع ما أفادت به لجنة الفتوى بجامعة الزهر قراراً فى الدعوى الحالية أنهما من ورثته وبيننا جهة الإرث وإذ انتهى الحكم المطعون فيه لهذه النتيجة السليمة فإنه لا يعيبه ما

أورده من تقارير خاطئة باطلاق القول بأن التناقض فى النسب عفو مغتفر ويكون النعى عليه فى غير محله .

(نقض جلسة 1974/4/17 - ص189 وجلسة 1975/1/15 - ص 16)

● التناقض المانع من سماع الدعوى ومن صحتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الذى يقوله فى دعواه ، فيما لا يخفى سببه مادام باقيا لن يرتفع ، ولم يوجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر ، أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم أو قول المتناقض تركت الكلام الأول مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل إحدهما على الآخر ، وذلك لاستحالة ثبوت الشئ وضده ، ويتحقق التناقض متى كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد أمام القاضى أو كان أحد الكلامين فى مجلس القاضى والآخر خارجه ، ولكن ثبت أمام القاضى حصوله إذ يعتبر الكلامان وكأنهما فى مجلس القاضى ، ويستوى فى ذلك أن يكون التناقض من المدعى أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن كلام المطعون ضدها فى مجلس القضاء وخارجه يدور حول إيهام الطاعن لها بأنه يكفى لانعقاد الزواج قراءة الفاتحة ، وعلى هذا الأساس سلمته نفسها فعاشرها معاشرة الأزواج قبل انعقاد زواجهما صحيحاً فى 1981/4/13 مما ينفى قيام التناقض المانع من سماع دفاعها فى دعوى الطاعن بنفى نسب الصغير له ويكون النعى على غير أساس .

(الطعن رقم 124 لسنة 56 ق - جلسة 1989/3/28)

● الأصل فى دعوى النسب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به وثبت باعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوية والبنوة فإنها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقاً أو لم يدع ويغتفر فيها التناقض لأن مقصودها الأصل هو النسب والنسب يغتفر فيه التناقض للخفاء الحاصل فيه أما لو كان مما لا يصح إقرار المدعى عليه به ولا يثبت باعترافه وفيه تحميل النسب على الغير كالأخوة والعموم فلا تسمع إلا أن يدعى حقاً من ارث أو نفقة ويكون هو المقصود الأول فيها ولا يغتفر فيها التناقض لأنه تناقض فى دعوى نسب ودعوى المال يضرها التناقض مادام باقيا لم يرتفع ولم يوجد ما يرفعه بإمكان حمل الكلامين على الآخر أو بتصديق الخصم أو تكذيب الحاكم أو بقول المتناقض تركت الكلام الأول مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر والتناقض يتحقق متى كان الكلامان قد

صدرا من شخص واحد وكان أحد الكلامين فى مجلس القاضى والآخر خارجه ولكن يثبت أمام القاضى حصوله إذ يعتبر الكلامان وكأنهما فى مجلس القاضى وإذا كان البين من الإطلاع على محاضر جلسات الدعوى رقم 1383 لسنة 1959 مدنى بندر طنطا أن مورث المطعون عليهم الخمسة الأولين – المدعى فى دعوى النسب – دعى للإدلاء بشهادته فيها بجلسة أول ديسمبر 1960 وأقر بأنه لا تربطه بالمتوفاة صلة قرابة وكان هذا القول منه يتناقض مع الأساس الذى أقام عليه دعواه الماثلة فى سنة 1966 من أنه ابن عمها ويرث نصف تركتها تعصيبا وكان الحكم المطعون فيه قد أطلق القول وذهب إلى أن التناقض فى النسب عفو يعتذر مع أن النزاع يتعلق بدعوى العمومة والمقصود الأول فيها هو المال ولا يتعلق بدعوى أبوة أو بنوة فإن الحكم يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون وإذ حجب الحكم نفسه بهذا التقرير القانونى الخاطئ عن بحث إمكان رفع هذا التناقض بين الكلامين فإنه يتعين أن يكون واجب النقض والإحالة .

(نقض جلسة 1973/7/11 - ص 1004 - س 24)

• الوصية والإقرار بالنسب ، كل منهما تصرف مستقل ، أحدهما بالإيصاء وثنائهما بالإقرار بالنسب ، وبطلان أحدهما لا يستتبع حتما بطلان الآخر .
(نقض جلسة 1968/3/6 - ص 522 - س 29)

• طبقاً للمادة الثامنة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية أصبحت دعاوى النسب فى غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها من اختصاص المحاكم الابتدائية بعد أن كانت وفقاً للمادة السادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من اختصاص المحاكم الجزئية .
(نقض جلسة 1966/3/30 - ص 782 - س 17)

• إذ كانت دعوى المطعون ضدهم من الخامس إلى الثامنة هى دعوى إرث بسبب الأخوة ، وهى متميزة عن دعوى إثبات أى حق من الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها ، فإن إثبات الأخوة الذى هو سبب الإرث لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إذ لا تأثير لهذا المنع من سماع دعوى النسب سواء كان النسب مقصوداً لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال ، فإن هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب الحنفى حتى وإن كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة .

(الطعن رقم 114 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/30)

• الردة سبب من أسباب الفرقة . أثرها . ليس لمرتد أن يتزوج أصلاً . زواج المسلمة بغير المسلم حرام ولا ينعقد أصلاً . زواج المرتدة لا ينعقد أصلاً ولا يثبت نسباً يتولد عنه أى حق فى الميراث .

(الطعن رقم 162 لسنة 62 ق - جلسة 1995/5/16)

• المقرر فى فقه الشريعة الإسلامية أن أولاد المرتدين أن ولدوا قبل الردة فهم مسلمون تبعاً لأبائهم ، ولا يتبعونهم فى الردة ، أما من ولد بعد الردة فلا يكون مسلماً إذ لم يولد بين أبوين مسلمين ، وتنقطع تبعية الولد لأبيه فى الدين بعد بلوغه عاقلاً إما بإمارات البلوغ المعهودة أو بتجاوز خمس عشرة سنة هجرية ، ذلك أن رسول الله م قال "كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه ، فإذا أعرب عنه لسانه فأما شاكراً وإما كفوراً" فإذا أفصح ولد المرتد عن الدين الذى يختاره بعد بلوغه الحق بالملة التى يختارها ، وقد كفل الإسلام لغير المسلمين حرية الاعتقاد لقوله تعالى "لا إكراه فى الدين" أى لا تكرهوا أحد على الدخول فى دين الإسلام.

(الطعن رقم 255 لسنة 68 ق - جلسة 1998/12/28)

• الأصل فى دعوى النسب أنها تسمع ولو كانت مجردة وليست ضمن حق آخر متى كان المدعى عليه بالنسب حياً وليس فيها تحميل النسب على الغير .
(نقض جلسة 1966/6/20 - ص 772 - س 17)

• دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالاً وبالنسب وحده بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه ، مما ينبى عليه اختصاص القضاء الشرعى بالنظر فى دعوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين ويستتبع حتما اختصاصه بدعوى النسب عملاً بقاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ولا مجال للقول بفصل دعوى النسب عن دعوى الميراث وجعل الأولى من اختصاص القاضى والثانية من اختصاص المجالس الملّية فإن دعوى الميراث لا تكون إلا مجرد تقسيم للتركة لا يقتضى الالتجاء إلى القضاء . ولا جدوى من الاستناد إلى القانون 462 لسنة 1955 فى هذا الصدد إذ أن هذا القانون إنما نقل الاختصاص من المحاكم الشرعية والمجالس الملّية إلى القضاء العادى دون تغيير لقواعد الاختصاص السابقة فيما بين القضاء الشرعى والمجالس الملّية .

(نقض جلسة 1993/2/23 – الطعن رقم 68 لسنة 58 ق)
(وجلسة 1985/6/4 – الطعن رقم 53 لسنة 54 ق – س 36)
(الطعن رقم 176 لسنة 63 ق – جلسة 1997/7/7)

• إذا كانت دعوى المطعون عليه هي دعوى إرث بسبب البنوة – وهي بذلك متميزة عن دعوى إثبات الزوجية أو إثبات البنوة الذي هو سبب الإرث لا تخضع لما أورده المشرع في المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها حيث نهى في الفقرة الرابعة من تلك المادة عن سماع تلك الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 – إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع – على دعوى النسب سواء كان النسب مقصوداً لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال – فإن هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر حتى ولو كان السبب مبناه الزوجية الصحيحة ولما كان إثبات البنوة وهي سبب الإرث في النزاع الراهن – بالبينة – جائزاً قانوناً فلم يكن على الحكم المطعون فيه أن يعرض لغير ما هو مقصود أو مطلوب بالدعوى ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ في القانون وقصور التسبيب لإجازته للإثبات بالبينة وإغفاله ذكر السبب الذي يرد إليه النسب في غير محله .
(نقض جلسة 1960/5/5 – ص 380 – س 11)

• إقامة الحكم قضاءه بثبوت نسب المطعون ضدهم إلى والدهم واستحقاقهم الإرث في تركة أخيه لأب مطبقاً للشرعية . تطبيق الحكم للشرعية الإسلامية على دعوى النسب التي أقيمت تبعاً لدعوى الإرث ابتغاء تعيين الورثة وتحديد انصباهم في التركة . عدم بحثه مسألة حظر تعدد الزوجات في الشرعية المسيحية . لا عيب . دعوى الإرث متميزة عن دعوى الزوجية .
(الطعن رقم 114 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/20)

التبني

• يقصد بالتبني استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأنه يتخذه ولداً مع أنه ليس بولد حقيقي ، ولئن كان يعد حراماً وباطلاً في الشريعة الإسلامية ولا يترتب عليه أى حكم من الأحكام الشرعية الثابتة ، إلا أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالدعوة وهي الإقرار المجرد بالنسب بما ينطوى عليه من اعتراف ببنوة الولد وأنه

يخلق من مثله سواء كان صادقاً أم كاذباً فيثبت لهذا الولد عند ذلك شرعاً جميع أحكام البنوة اعتباراً بأنه إن كان كافياً وقع عليه إثم الإدعاء ، ويصح النسب بهذا الطريق طالما لم يقرن به وجهه حتى ولو كانت الظواهر تكذبه .
(نقض جلسة 1978/2/22 - ص 578 - س 29)

• التبني وهو استلحاق شخص معلوم النسب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه ولداً وليس بولد حقيقي حرام وباطل في الشريعة الإسلامية ولا يترتب عليه أثر أو حكم من الأحكام الشرعية ، اكتفاء بأن الإسلام قد أورد تنظيمها كاملاً محكماً لأحوال اللقطاء وبما يكفل الحياة الشريفة لهم .
(نقض جلسة 1976/3/10 - ص 592 - س 27)

• التبني وهو استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه ولداً وليس بولد حقيقي فلا يثبت أبوة ولا بنوة ولا يترتب عليه أى حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء.
(نقض جلسة 1973/12/5 - ص 1232 - س 24 والطعن رقم 589 لسنة 66 ق – جلسة 2001/12/22)

• نسب اللقيط يثبت بمجرد الدعوة وهي الإقرار بنسبه .
(الطعن رقم 707 لسنة 71 ق – جلسة 2005/5/28)

• التبني . مقصوده . اعتباره حراماً وباطلاً ولا يثبت أبوة ولا بنوة . عدم ترتيبه أى من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء ما لم تتوافر شروط الدعوة المثبتة للنسب ومنها إلا يكون الولد ثابت النسب من غير المقر .
(الطعن رقم 364 لسنة 63 ق – جلسة 1998/5/25)

• الدعوة المثبتة للنسب . ماهيتها . أثرها . ثبوت النسب بها وإن كذبتها الظواهر . جواز ورودها لاحقة على التبني طالما لم يبين المقر وقت إقراره سبب البنوة .
(الطعن رقم 27 لسنة 63 ق – جلسة 1997/3/17)

- التبنى . ماهيته . الإقرار باستمارات استخراج البطاقة العائلية ببنوة الصغيرة . بنوة ثابتة ومستقرة . لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال .
(الطعن رقم 80 لسنة 63 ق – جلسة 1994/2/15)

• لما كان المقصود بالتبنى استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأنه يتخذه ولداً مع أنه ليس ولد حقيقى له وهو ما يعد حراماً وباطلاً فى الشريعة الإسلامية و لا يترتب عليه أى حكم من أحكام الشريعة الثابتة وكان من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن النسب يثبت بالدعوة وهى الإقرار المجرد بالنسب لما ينطوى عليه من اعتراف ببنوة الولد وأنه تخلق من مائه سواء كان صادقاً فى الواقع أم كاذباً فيثبت لهذا الولد عند ذلك شرعاً جميع أحكام البنوة ويصح النسب بهذا الطريق حتى ولو كانت الظواهر تكذبه ولا يحول دون ذلك ورود الإقرار الصريح أو الضمنى لاحقاً على التبنى المدعى به لما ينم عنه من رغبة المقر فى تصحيح الأوضاع مادام لم يبين وقت إقراره سبب هذه البنوة فلا يشكل التبنى تناقضاً مع الإقرار بالبنوة لأنه من الميسور التوفيق بين الكلامين طالما لم يثبت نسبه لآخر وأن قيد الطفلة فى مركز رعاية الطفل وتسميتها باسم معين لا يفيد أنها أبنوة لشخص حقيقى يحمل هذا الاسم وأنها معلومة النسب إذ من المقرر فى مثل هذه المراكز هو إطلاق أسماء على اللقطاء تمييزاً لهم وتعريفاً بشخصيتهم .

(الطعن رقم 187 و 188 لسنة 60 ق – جلسة 1994/4/26)

(الطعن رقم 119 لسنة 60 ق – جلسة 1994/5/31)

• ما أثبت بمحضر الإطلاع على سجلات جمعية الطفولة السعيدة من قيد الصغير لديها باسم محمد عبد الحليم الجريسي لا يفيد أن الصغير أحمد أبنا لشخص حقيقى يحمل هذا الاسم وأنه معلوم النسب لما هو مقرر وعلى ما سلف بيانه – من أن المادة 10 من القانون 34 لسنة 1912 بشأن المواليد والوفيات توجب إطلاق اسم ولقب على الأطفال مجهولى النسب حديثى الولادة .

(الطعن رقم 187 و 188 لسنة 60 ق – جلسة 1994/4/26)

• متى ثبت نسب المطعون عليها الأولى من المتوفى بالفراش ، مما أجراه المتوفى من قيد المطعون عليها الأولى المنسوبة إليه فى دفتر المواليد وما جاء على لسان وكيله فى دعوى النفقة التى رفعتها ضده المطعون عليها الأولى تطالبه بالإنفاق عليها بوصفه أباً

وملزما بنفقتها من مصادقته عليها- ليس إلا إقراراً مؤيداً لثبوت النسب بالفراش ، وإقرار الأب بنسبه الولد إليه يكون منه باللفظ صريحاً أو دلالة ، وبالإشارة حتى مع القدرة على العبارة والكتابة الخالية من مظنة التزوير ، وبالسكوت عند تهنئة الناس له بالمولود ، ومادام النسب ليس محالاً عقلاً بأن كان المقر له يولد مثله لمثل المقر أو باطلاً شرعاً كنسب ولد الزنا ، دون اشتراطه حصول الإقرار فى مجلس القضاء على أن يكون الولد مجهول النسب وأن يصادق على ذلك أن كان مميزاً ، ولا يغير من ذلك ما جاء فى كتاب مستشفى الأطفال الجامعى من أنه ثابت فى سجلاتها الخاص بورود الأطفال اللقطاء من أن الطفلة سلمت للمورث واستخرجت لها شهادة ميلاد من مكتب صحة السيدة زينب طالما أن النسب قد ثبت بالفراش المؤيد بالإقرار .

(نقض جلسة 1975/2/5 - ص 348 - س 26)

• متى كان الحكم المطعون فيه قد رد على ما ادعاه الطاعن من أن الطفل الذى أقر بينوته هو اللقيط الذى تسلمه من المستشفى فإنه مع التسليم بهذا الإدعاء فإن المورث أقر بأن هذا الطفل هو ابنه ولم يقل أنه يتبناه ، وهو قول من الحكم لا مخالفة فيه للقانون لأن نسب اللقيط يثبت بمجرد الدعوة وهى الإقرار بنسبه.

(نقض جلسة 1973/12/5 - ص 1232 - س 24)

قرينة شهادة الميلاد والبطاقة الشخصية

• بيانات شهادة الميلاد اعتبارها قرينة على النسب وليست حجة فى إثباته. نسبة الطفل فيها إلى أب معين - عدم اعتبارها حجة عليه مالم يقر بصحة البيانات المدونة فيها . (الطعن رقم 155 لسنة 58 ق - جلسة 1989/5/30 - س 40)

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن شهادة الميلاد بمجرد أنها ليست حجة فى إثبات النسب ، وإن كانت تعد قرينة عليه ، إذ لم يقصد بها ثبوته، وإنما جاء ذكره فيها تبعاً لما قصد منها ووضعته له ، لأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله ، بل يصح بالإملاء من القابلة أو الأم فلا يعد نسبه الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها وإذا كان الحكم المطعون فيه قد رد على القرينة المستفادة من شهادة الميلاد بأن المطعون عليه ادعى تزويرها فور تقديم الطاعنة لها ، فذلك حسبه فى إهدار القرينة المستفادة منها ، ويكون النعى عليه بالقصور غير وارد .

(نقض جلسة 1976/2/4 - ص 390 - س 27)

• البيانات الواردة بشهادة الميلاد وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة باعتبارها من إملاء صاحب القيد لا تصلح بمجرد ثبوت النسب وإن كانت تعد قرينة لا يمنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها .

(نقض جلسة 1967/1/4 - ص 54 - س 28)

(نقض جلسة 1975/12/24 - ص 1692 - س 26)

• للمحكمة أن تعتبر شهادة الميلاد قرينة على ثبوت النسب بالإضافة إلى أدلة وقرائن أخرى .

(نقض جلسة 1975/6/25 - ص 1302)

• البطاقة العائلية لا تقوم مقام وثيقة الزواج الرسمية في إثبات الزواج.

(نقض جلسة 1967/5/31 - ص 1193 - س 28)

تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية.

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية .

القانون رقم 44 لسنة 1979 (م 3) مطابقة

القانون رقم 25 لسنة 1929

• تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حال الزوجة .

• ويستند النص المطروح إلى قوله تعالى "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله"¹ وقوله (ρ) لهند زوجة أبى سفيان حينما اشتهت إليه شح زوجها "خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف".

المذكرة الإيضاحية

جاءت المادة 16 من المشروع بهذه القواعد فنصت على أن تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل في حالة العسر عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية .

ومن هذا يظهر أن المناط أصلاً فى تقدير النفقة هو حال الزوج المالية فى اليسر والعسر وهذا أمر نسبى غاية الأمر أن النفقة إذا كانت عن مدة ماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حاله وقت الاستحقاق لا وقت القضاء .

¹ الآية رقم 7 من سورة الطلاق .

هذا إذا كان قد حدث تغير فى الحالة المالية . والقدر الذى يفى بحاجتها الضرورية هو ما يعبر عنه فى العرف القضائى بنفقة الفقراء ، لا أن يكون فوق طاقته لأن المعيار هو قول الله تعالى "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله" من الآية السابعة من سورة الطلاق .

ثم قرر المشروع ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفير شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

والملاحظ فى هذا هو إلا تترك الزوجة مدة يطول فيها التقاضى دون أن يكون لها مورد تعيش منه فكان من واجبات القاضى أن يبادر إلى تقرير النفقة المؤقتة بالمقدار الذى يفى بحاجتها الضرورية فى ضوء ما استشفه من الأوراق والمرافعة مادامت قد توافرت أمامه سبب استحقاق الزوجة للنفقة وتحققت الشروط .

وهذا الحكم المؤقت نافذاً فوراً إلى حين صدور الحكم من محكمة أول درجة فى الدعوى وعندئذ يكون النفاذ لهذا الحكم الأخير دون المؤقت على نحو ما هو وارد فى نصوص لائحة ترتيب المحاكم فى هذا الموضع ثم رخص المشروع للزوج فى حالة سدادته نفقة لزوجته بمقتضى الحكم المؤقت أن يجرى المقاصة بين ما أداه فعلاً وبين المحكوم عليه نهائياً على ألا يقل ما يبقى للزوجة وتقضه فعلاً عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

التعليق

• الأصل أن الزوج يلتزم بالقيام بالإنفاق على الزوجة بنفسه فيقدم لها المأكل والملبس والسكن الذى يليق بهما وهو ما يسمى قيام الزوج بتمكين الزوجة من استيفاء أسباب المعيشة فإن لم يكن كان عليه أن يعطى الزوجة أو يملكها المال الكافى لاستيفاء تلك الأسباب ، ووجوب نفقة الزوجة على الزوج على هذا النحو هو ما يصطلح الفقه الشرعى على تسميته وجوب التمكين وجوب التملك بالمفهوم السالف .

• ولقد أخذ القانون المصرى أساساً لتقدير نفقة الزوجة درجة يسار الزوج أو إعساره دون أن يدخل فى الاعتبار يسار الزوجة أو حقيقة أحوالها المالية كما هو مطبق لدى

الطوائف المسيحية¹ بما يمكن معه القول أن نفقة الزوجية خمس أنواع نفقة اليسار على الزوج الموسر ، ونفقة المتوسط وهى على الزوج متوسط الحال ، ونفقة الكفاية وهى ما يكفى لمعيشة الزوجة ، ونفقة الضرورة وهى مالا يدخل فيها عناصر الترف كالخادم ، ونفقة الفقراء وهى الحد الأدنى لنفقة الفقير المعسر .

• ولقد جرى العمل على أن تفرض النفقة للزوجة شهرياً وهى أما أن تفرض بمبلغ إجمالى أو أن يخصص الحكم مبلغاً منفرد لكل عنصر منها.

• وتقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج المالية يسراً أو عسراً وقت استحقاقها وليس وقت صدور الحكم بها².

فإذا كانت النفقة عن مدة ماضية على تاريخ رفع الدعوى أو الحكم فيها وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حالة وقت الاستحقاق وليس وقت القضاء إذا كان قد حدث تغير فى الحالة المالية³، فإذا ثبت أمام القاضى عند رفع الدعوى أن دخل الزوج كان فى تاريخ الامتناع عن الإنفاق يبلغ مائة جنيه شهرياً مثلاً ثم حدث أن تداولت الدعوى بالجلسات وبالجلسة السابقة على حجز الدعوى للحكم قدمت الزوجة الدليل على أن دخل الزوج قد ارتفع إلى ضعف هذا المبلغ كان على المحكمة أن تصدر حكمها استناداً إلى أن درجة يسار الزوج قد تحددت بمائة جنيه شهرياً ، وعلى الزوجة أن شاءت أن تقيم دعوى مستقلة بزيادة النفقة استناداً إلى ازدياد يسار الزوج عن وقت الاستحقاق الأول⁴.

• ويتعين أن يتوافر فى الدعوى ما تستنبط منه المحكمة حالة الزوج المالية على نحو محدد وهو ما استلزم معه التفتيش القضائى وجوب أن يتضمن الحكم بيان مقدار دخل الزوج من النفود شهرياً وإلا اعتبر الحكم قاصراً .

• ويعتبر الحكم الصادر بالنفقة مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التى اقتضت فرضها⁵ .

¹ انظر المادة 142 من لائحة 1938 للأقباط الأرثوذكس .
² وكانت المادة فى القانون 25 لسنة 1929 خالية من لفظ " وقت استحقاقها " وقد أضيفت هذه العبارة بمقتضى التعديل الذى أدخل على المادة بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1978 ، ثم بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

³ انظر القانون رقم 205 لسنة 1990 المعدل بالقانون رقم 97 لسنة 1992 بشأن سرية حسابات الأشخاص لدى البنوك حيث نص فى المادة الأولى منه على عدم جواز إعطاء =أبيه بيانات عن حسابات الأشخاص لدى البنوك إلا بناء على حكم قضائى يصدر من المحكمة الأمر الذى أصبح معه محظوراً على المحاكم التصريح باستخراج بيانات عن حسابات المدعى عليهم بقرار قضائى حيث أصبح من المنعين إصدار حكم تمهيدى بذلك ، وراجع أيضاً المادة 23 / 2 من القانون 100 / 1985 .

⁴ المذكرة الإيضاحية للمادة 16 .
⁵ نقض الطعن رقم 215 لسنة 69 ق - جلسة 2000/2/28 .

• ولقد تضمن النص وجوب إلا تقل نفقة الزوجة فى حالة إعسار الزوج عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية وهو ما يعبر عنه فى العرف القضائى بنفقة الفقراء وهو ما يدخل ضمن النوع الخامس من التقسيم السالف¹.

• فإذا ادعت الزوجة أن الزوج معسراً وطلبت أن يفرض لها القاضى نفقة المعسرين قضى لها القاضى بنفقة الفقراء باعتبار عرف الزمان والمكان دون أن تكلف إثباتاً لحالته المالية ودرجة إعساره .

• فإذا فرض القاضى نفقة الفقراء ولم يستطع الزوج رغم ذلك الأداء صارت النفقة ديناً فى ذمته².

• ويكون للزوجة أن تستدين المقدار المقضى به من تلقاء نفسها أو أن تحصل على أمر بذلك من القاضى وهو الأصلح لها إذ أن الاستدانة بأمر القاضى يجعلها بالنيابة عن الزوج حكماً ، فيكون الزوج هو المستدين حكماً ، وإذا لم تجد من تستدين منه كان على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن ذات زوج أن ينفق عليها وكان ما ينفقه ديناً على زوجها له ، وإذا امتنع الأب أو من تجب عليه نفقتها أن لم تكن متزوجة أمره القاضى فإن امتنع بعد ذلك مع قدرته على الأنفاق حبسه حتى يؤدي³.

• ولكل من الزوجين أن يرفع دعوى بطلب زيادة النفقة أو تخفيضها أمام القاضى الجزئى أو القاضى المستعجل⁴ إذا تغيرت الظروف بالنسبة لأى منهما بالنظر إلى الفرض الأول وذلك عملاً بالمبدأ المستقر لدى قضاء النقض بكون الأحكام الصادرة بالنفقات لا تحوز إلا حجية مؤقتة بطبيعتها لكون النفقات مما تقبل التغير والتبديل بحسب الأصل⁵ وتستحق الزيادة فى رأينا من تاريخ ثبوت تغير الحالة المالية تمشياً مع التعديل الذى أدخل على النص بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ، إلا أن بعض الفقه يذهب إلى استحقاق الزيادة من تاريخ المطالبة⁶ وهو ما يجرى به عمل المحاكم كما يذهب البعض الآخر إلى استحقاقها من تاريخ الحكم⁷.

¹ قضى بأن المقيم مع والده الموسر ويشاركه أعماله وتجارته تكون العبرة فى تقدير نفقة زوجته يسار الأب ولو ثبت أن الزوج لا يمتلك شيئاً باسمه .

² وإذا حدث أن أصبحت الزوجة ناشزاً فإن نشوزها لا يسقط متجمد نفقتها قبل تاريخ نشوزها . راجع عبد الوهاب خلاف فى الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية - ط 1938 - ص 118 وما بعدها .

³ رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين - ج 2 - ص 886 وما بعدها .

⁴ القضاء المستعجل للدناصورى وعكاز - ط 1986 - ص 25 .

⁵ نقض أحوال - جلسة 1972/5/24 - ص 1003 - س 23 .

⁶ نصر الجندي فى الأحوال الشخصية - طبعة 1987 - ص 63 .

⁷ كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية - ط 1978 - ص 13 .

• ونحن نرى أنه يعد من أوجه إفسار الزوج التي توجب تعديل المفروض ليتناسب وحالته المالية والعائلية زواج الرجل من أخرى¹ كما يعد من أسباب طلب الزوجة للزيادة تغير القوة الشرائية للنقود وزيادة الأسعار .

• وقد أوجب النص على المحكمة في حالة قيام الزوجية وعدم النشوز والبقاء في العصمة - أن تفرض للزوجة والأولاد - إذا كانت الدعوى بطلب نفقة زوجية وصغار أو أيهما - في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحاجتها الضرورية .

• وغنى عن البيان أن فرض نفقة مؤقتة للصغار لا يكون إلا من خلال دعوى مستقلة أو إذا كانت الزوجة قد أقامت الدعوى بالمطالبة بنفقة زوجية وصغار ، إلا أن فرض النفقة المؤقتة لا يتوقف على طلب المدعية وإنما للقاضي أن يقضى بها دون طلب منها بشرط توافر أسباب استحقاق الزوجة أو الصغار للنفقة على الزوج وهي الاحتباس وعلاقة البنوة .

• وقد أضيفت نفقة الصغار إلى النص بالقانون رقم 100 لسنة 1985، فاصبح لهم الحق في الحصول على حكم بالنفقة بمقتضى هذا القانون .

• كما أن للزوجة أو الأولاد أيضاً حق طلب الحصول على نفقة مؤقتة أو أجر حضانة من القاضي المستعجل بدعوى تقام أمامه بشرط توافر شرطي اختصاصه وهما ركني الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، ويتوافر الاستعجال كلما كان البادى من ظاهر الأوراق أن حاجة طالب النفقة ملحة وأنه لا يستطيع الانتظار دون إنفاق فإذا استبان من ظاهر الأوراق أن الزوجة موسرة فإن الدعوى تكون قد فقدت ركن الاستعجال ، كما يشترط أيضاً ألا يكون الحكم ماساً بأصل الحق كأن يثور نزاع جدى حول عدم استحقاق طالب النفقة لها بأن كانت الزوجة ناشزاً (أو كان للولد مال ينفق منه) فإذا كان الطلب ماساً بأصل الحق حكم القاضي المستعجل بعدم اختصاصه ، إلا أنه يتعين الإشارة إلى أن النص في القانون رقم 100 لسنة 1985 ، على حق القاضي الشرعى في فرض النفقة المؤقتة لا يعنى إمكانية ولوج طالب النفقة للطريقين (القضاء الموضوعى الشرعى والقضاء المستعجل) ، وعلى ذلك فلا يجوز له الجمع بين الطريقين ، وعليه فإذا حكم القاضي الجزئى بنفقة مؤقتة إعمالاً

¹ صالح حنفى فى المرجع السابق - ص 742 .

للنص فإنه يمتنع عليه أن يلجأ للقاضي المستعجل إذ يكون غير مختص في هذه الحالة لزوال ركن الاستعجال بزوال الخطر .

• وقد أوجب المشرع إصدار الحكم بالنفقة المؤقتة خلال أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى وليس من تاريخ نظرها مما يتعين معه على قلم كتاب المحكمة تحديد أول جلسة لنظر الدعوى في مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم كتاب المحكمة على الأكثر حتى يتسنى للقاضي الحكم بالنفقة المؤقتة في أول جلسة لنظر الدعوى وهو أمر كشف التطبيق العملي عن استحالة تنفيذه لكثرة عدد القضايا المطروحة على المحاكم ، كما يصعب على المحكمة ذاتها - بفرض تحديد جلسة لنظر الدعوى قبل أقل من أسبوعين - الحكم بالنفقة المؤقتة خلال هذه المدة - لأسباب قد ترجع إلى المدعية ذاتها وأبرزها تخلفها عن تقديم المستندات وأهمها وثيقة الزواج باعتبارها دليل الزوجية أو شهادة ميلاد الأولاد المستحقين للنفقة وهو ما يدعو إلى القول بأن الميعاد المنصوص عليه بالمادة لا يعدو أن يكون ميعادا تنظيميا لا يلزم قلم كتاب المحكمة أو القاضي، وبالتالي فلا يترتب على مخالفته البطلان .

• وللمدعية أن تطلب فرض النفقة المؤقتة سواء بطلب تضمنه صحيفة الدعوى أو تبديه شفاهه بالجلسة ويثبت في محضرها وفي أي من الحالتين يعتبر الفرض من تاريخ الحكم به على أن ينص على ذلك في الحكم في الحالتين .

• والنفقة المؤقتة التي يفرضها القاضي في هذه الحالة يجب ألا تتجاوز نفقة الزوج المعسر أى نفقة الفقراء بصرف النظر عما يكشف عنه ظاهر الأوراق من درجة يسار الزوج إذ أن ذلك يكون محل الاعتبار في التقدير النهائي للنفقة وليس لنفقة الضرورة¹.

• ولا يجوز للقاضي أن يفرض نفقة مؤقتة إلا إذا قام دليل من الأوراق على توافر حاجة ملحة للمدعية تستلزم فرض النفقة المؤقتة ، والحاجة الضرورية هي ما يلزم للقيام بأود الإنسان فإذا لم تتوافر فلا يحكم بها كأن يثبت أن الزوجة موظفة مثلاً ، كما لا يجوز فرض النفقة المؤقتة إذا ما ثبت من وثيقة الزواج أن الزوج بلا عمل .

• وقد أطلق المشرع على النفقة المذكورة مسمى (النفقة المؤقتة) باعتبار إمكان تغييرها بالزيادة أو النقصان بمقتضى الحكم الذى يتضمن الفرض النهائي وعلى ذلك فإن مفهوم التوقيت ينصرف إلى النفقة وليس إلى الحكم الصادر بها .

¹ المذكرة الإيضاحية للمادة 16 من القانون .

• وقد أوجب المشرع - بصريح النص - أن يصدر بهذه النفقة حكماً قضائياً بالمفهوم القانوني لهذا المعنى ، لذا فإن قيام المحكمة بتقدير النفقة المؤقتة بموجب قرار يصدر بها من المحكمة ينطوي على خطأ في القانون، وقد أعفى المشرع المحكمة من تسبیب الحكم الصادر بفرض النفقة المؤقتة بقصد التخفيف عن كاهل القضاة وخاصة أنه قد ألزمهم بإصدار تلك الأحكام خلال أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى.

• ولقد جرى العمل على أن يفرض القاضي النفقة المؤقتة دون طلب من صاحب الشأن¹ لصياغة النص بتصدير الوجوب .

• وقد حدد المشرع مدة سريان ونفاذ الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة وذلك بالنص على نفاذه إلى حين صدور الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ أى أن المشرع قد نص على زوال هذا الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة بصدور الحكم بالنفقة الدائمة إلا أنه لا يلزم أن ينص في الحكم الصادر بالنفقة في نهاية الدعوى على إلغاء حكم النفقة المؤقتة وإن كنا نرى أنه يستحسن ذلك حتى يكون ذلك الحكم سنداً للمدعى في طلب كف يد المدعية عن الاستمرار في تقاضى ما قضى لها به منها .

• وكما يجوز صدور الحكم بالنفقة المؤقتة من محكمة أول درجة فإنه يجوز أن يصدر الحكم بها من محكمة الاستئناف إعمالاً لحكم المادة (59) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية² .

• ونحن نرى أن الحكم الذى يصدر بفرض النفقة المؤقتة هو بلا خلاف حكماً قطعياً ذو طبيعة خاصة باعتباره يحسم النزاع في شق من الدعوى³ إلا أنه لا ينهى النزاع فيها برمتها فلا يمكن اعتباره حكماً تمهيدياً أو تحضيرياً بالمفهوم السائد فقها لهذا النوع من الأحكام⁴ وهو أيضاً حكماً من أحكام الإلزام لكونه يصدر بالإلزام الزوج بأداء ما يفرض عليه كنفقة للزوجة أو للأولاد أداء نافذاً جبراً بقوة القانون استناداً إلى طبيعة الحكم ، وهو بذلك تثبت له حجية الأمر المقضى .

¹ راجع القضاء المستعجل للديناصوري وعكاز - طبعة 1986 - ص 24 .

² راجع أيضاً المادة 10 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
³ وفي تعريف الحكم القطعي تقول محكمة النقض أن الحكم القطعي هو الذى يضع حداً للنزاع في حملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بقضاء حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته (نفق جلسه 1980/5/27 - ص 1514 - س 31 والطعن رقم 1550 لسنة 48 ق - جلسه 1983/2/1)

⁴ أنظر في التفرقة بين الحكم التحضيرى والتمهيدى وحجيتيه الدكتور السهنورى فى الوسيط - ط 1982 - ج 2 - ص 854 وما بعدها .

- وقد أوجب النص نفاذ هذا الحكم فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ¹.
- مؤدى الفقرة الثانية من المادة أن على القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة "بحاجتها الضرورية" بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .
- والحكمة من إيراد هذا النص - كما جاء بالمذكرة الإيضاحية - هو إلا تترك الزوجة مدة يطول فيها التقاضى دون أن يكون لها مورد تتعيش منه فكان من واجب القاضى أن يبادر إلى تقرير النفقة المؤقتة بالمقدار الذى يفى بحاجتها فى ضوء ما يستشفه من الأوراق والمرافعات مادامت قد توافرت أمامه أسباب استحقاق الزوجة للنفقة وتحققت الشروط .
- وعلى ذلك يتعين على القاضى أن يراعى فى تحديده لمقدار ما يقضى به كنفقة مؤقتة هو أن يكون المبلغ المقضى به لا يكفى إلا لسد الحاجات الضرورية فقط للزوجة أى أن تكون النفقة مما يجرى العمل على تسميته بنفقة الفقراء ، ويستعين القاضى فى التقدير بما يظهر فى الأوراق دالا على درجة يسار الزوج مثل البيانات المثبتة بوثيقة الزواج عن طبيعة عمله ومهنته وما عسى أن تقدمه الزوجة من مستندات مقبولة قانوناً دليلاً على ذلك مادامت قد توافرت للمحكمة أسباب استحقاق الزوجة للنفقة وتحققت من توافر شروط هذا الاستحقاق من زوجية ثابتة بالوثيقة الرسمية التى تقدمها الزوجة وباعتبار أن البقاء فى العصمة وعلى الطاعة يشكلان الأصل ويكون التقاضى قرينة الامتناع عن الإنفاق .

¹ ويتعين الإشارة فى هذا المجال إلى الكتاب الدورى رقم 5 لسنة 1978 الصادر عن مكتب النائب العام وهو يسرى بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 16 من القانون رقم 100 لسنة 1985 لتماثل الطرفين فى الحالتين وتطابق شروطهما وقد ورد به ما نصه "استفسرت بعض النيابة عن الإجراءات الواجبة الإلتباع بشأن الحصول على أمر بتقدير نفقة مؤقتة إعمالاً لما تنص عليه المادة = الأولى من القانون رقم 62 لسنة 1976 بشأن تعديل أحكام بعض النفقات وننبه إلى أنه فى شأن استصدار أمر بتقدير نفقة وقتية لطالب النفقة ما يلى :

- 1- إذا أبدى الطالب شفاهاً أثناء الجلسة اثبت فى محضرها . أما إذا قدم به طلب فيعرض على السيد القاضى للنظر فيه بالقبول أو بالرفض ويعلى الطلب على الملف ويودع به . ولا يستحق رسم على الطلب فى الحالتين كما لا تستحق أية نفقات .
- 2- إذا أجيب الطلب وفرضت النفقة الوقتية يسوى الرسم على أساس ما فرض ويخصم ما تم تحصيله من رسوم عند تقديم صحيفة دعوى النفقة .
- 3- يعطى الطالب صورة تنفيذية من الأمر الصادر بتقدير النفقة الوقتية بدون تقديم طلب ولا يستحق على الصورة رسوم .
- 4- بصدور الحكم النهائى فى الدعوى يوقف اثر الأمر بتقدير النفقة المؤقتة وينفذ الحكم فى الدعوى على أن يخصم ما يكون قد حصل من نفقة نفاذاً للأمر الوقتى. فندعو النيابة إلى إلتباع الإجراءات المتقدمة والعمل بمقتضاها" .

- وقد حدد المشرع شكل الحكم الصادر بفرض النفقة المؤقتة بأنه لا يشترط أن يكون مسبباً إلا أن ذلك لا يمنع بالطبع صدوره طبقاً للأصل وهو تسببيه بما يحمل قضاءه .
- كما نص المشرع على أن هذا الحكم رغم كونه صادراً قبل الفصل في الدعوى يكون واجب النفاذ فوراً أى مشمولاً بالنفاذ المعجل شأن كل حكم صادر بالنفقة عملاً بالمادة 65 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .
- والحكم الصادر بالنفقة المؤقتة لا يجوز الطعن عليه استقلالا وقبل الفصل فى موضوع الدعوى بالقبول أو بالرفض والطعن على الحكم الصادر فيها حيث يشمل الطعن على الحكم الصادر بالفرض الأصلى وذلك إعمالاً لصريح نص الفقرة الخامسة من المادة العاشرة من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .
- ونرى أن المشرع قد خافه التوفيق فى صياغة الفقرة الأخيرة من المادة محل التعليق بتكرار وصف الحكم الصادر بالنفقة المؤقتة بكونه واجب النفاذ فى حين أن أى من الحكمين المؤقت والختامى وهما صادران بالنفقة يفترض فيهما النفاذ الفورى بقوة القانون إعمالاً للمادة 65 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .
- وقد أعطى المشرع للزوج بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة محل التعليق الحق فى طلب إجراء المقاصة بين ما عساه يكون الزوج قد سدده إلى الزوجة أو الأولاد من النفقة المؤقتة وبين ما يحكم به نهائياً ضده كنفقة.
- ولا يجوز طلب إجراء المقاصة بين الحكم المنهى للخصومة فى أمر النفقة والحكم الصادر بالنفقة المؤقتة لأن هذا الحكم وإن كان نافذاً فوراً إلا أنه لم يستقر بما قضى به من فرض إذ قد يتعرض للتعديل إذا ما طعن عليه بأى من طرق الطعن وهو مالا يمكن معه تقدير ما يعد كافياً لسد حاجة طالب النفقة الضرورية كما أنه إذا طلب أمام محكمة أول درجة وقبل صدور الحكم بالنفقة كان من قبيل الطلبات المقدمة قبل الأوان .
- ويكون طلب إجراء المقاصة إما بطريق الدفع بها أمام المحكمة الاستئنافية كطلب عارض أو بطريق الدعوى المبتدأة .
- إلا أن المشرع قيد المحكمة فى الحكم بالمقاصة بمراعاة تقدير أن ما تقوم الزوجة باستلامه بعد إجراء المقاصة يجب أن يكون كافياً للوفاء بالحاجة الضرورية لمستحقة النفقة

وذلك فى ضوء أن مفهوم الحاجة الضرورية هو كما أسلفنا ما يسمى نفقة الفقراء أى وجوب أن يتبقى لمستحق النفقة ما يعد نفقة فقراء بعد إجراء المقاصة .

• و السؤال الذى يطرح نفسه فى العمل – هو حول مدى جواز مطالبة الزوجة بالإكراه البدنى (الحبس) بالنفقة المؤقتة حال قيام الزوج بالامتناع عن سداد ما قضى ضده بها منها وقد اتجهت الآراء فى ذلك إلى اتجاهين الأول يرى عدم جواز قيام الزوجة بالمطالبة بالإكراه البدنى (الحبس) فى حالة قيام المحكوم ضده بالامتناع عن سداد النفقة المؤقتة ومستند هذا الاتجاه أن الحبس لا يقضى به إلا إذا صدر حكم بالنفقة فى أصل الدعوى وكان هذا الحكم نهائياً – وهو مالا يتوافر للحكم الصادر بالنفقة المؤقتة¹ بينما يذهب اتجاه آخر إلى جواز الحبس فى النفقة المؤقتة².

• ونحن نرى أن الاتجاه الأول هو الأجدر بالتأييد للأسباب التى بنى عليها . كما أن غالب العمل بالمحاكم يجرى وفق ذلك الرأى .

• يلجأ كثير من الأزواج الصادر ضدهم أحكام بالنفقة أو غير ذلك من ديون الزوجة كالأجور أو المتعة أو غير ذلك – وخاصة رجال الأعمال منهم – إلى السفر إلى خارج البلاد بقصد التهرب من التنفيذ عليه بالحكم وكان العمل قد جرى على حق الزوجة فى التقدم بطلب على عريضة إلى القاضى المختص والحصول على أمر منه بمنع الزوج من السفر (وأنظر مثالا لما كان يجرى عليه العمل من قبل الأمر الوقتى رقم 1085 لسنة 1985 جنوب القاهرة – وفيه قرر القاضى المختص منع سفر الزوج المعروض ضده إلى حين الوفاء بمبلغ النفقة المحكوم به للزوجة الطالبة أو تقديمه كفيلا ترضاه الزوجة) إلا أن محكمة النقض ذهبت فى حكم حديث لها فى الطعن رقم 3261 لسنة 55 بجلسة 11/15/ 1988 إلى عدم جواز تقييد حرية الشخص فى السفر بطريق الأمر على عريضة.

• وقد قنن المشرع بمقتضى المادة الأولى / 2 من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية القاعدة المتقدمة فنص فى المادة (3 , 4) من القانون رقم 10 لسنة 2004 على بإنشاء محاكم الأسرة على اختصاص رئيس محكمة الأسرة بصفته قاضياً للأمور الوقتية دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى المنازعات حول السفر إلى الخارج .

¹ كمال البنا فى التعليق على قانون الأحوال الشخصية – ط 1972 – ص 46 .
² انظر الحكم الصادر فى القضية رقم 345 لسنة 1985 حبس أحوال شخصية الزيتون وفيه حكمت المحكمة بحبس المحكوم ضده بالنفقة المؤقتة فى القضية رقم 674 لسنة 1980 أحوال نفس جزئى الزيتون بعد صيرورة الحكم بالنفقة نهائياً – ثلاثين يوماً لامتناعه عن تنفيذه .

• ويثبت يسار المدعى عليه فى دعاوى النفقة بوجه عام (نفقة الزوجية أو العدة أو الأقارب) بكافة طرق الإثبات كالأوراق الرسمية والعرفية والبيئة الشرعية والإقرار واليمين¹.

• ونصاب الشهادة على حقوق العباد ومنها النفقات رجالان أو رجل وامرأتان².

• ويكفى فى هذا المجال الإثبات بما يسمى شهادة الاستكشاف وهى الأخبار بواقعة لمجرد الاستعلام واستطلاع رأى كأخبار أهل الخبرة والمترجم ، والمثل العلمى لها ما اصطلح على تسميته "بالتحرى" من جهة العمل أو جهة الإدارة عن حقيقة الحالة المالية للملتزم بالنفقة ، ويجرى العمل بالمحاكم على اعتباره كقرينة على اليسار تكفى للوقوف عليه .

• وتعتبر إقامة الدعوى بطلب النفقة قرينة على الامتناع عن الإنفاق منذ تاريخ إقامتها لا يكلف المدعى إثباتا عليها .

• وقد ذهب قضاء محكمة النقض إلى عدم كفاية التحريات التى تجريها جهات الإدارة وحدها دليلاً على يسار الزوج³ وإنما يتعين أن تضاف إليها قرائن أخرى ، ولذلك فقد حرص المشرع على النص فى المادة 23 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على إسناد أمر التحرى عن يسار المدعى عليه فى دعاوى النفقات وما فى حكمها للنيابة العامة ذاتها والتى أعطاهها المشرع بمقتضى المادة المذكورة سلطة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ تحديد يسار المدعى عليه⁴ وعملاً على سرعة إنجاز ذلك الإجراء أوجبت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة على النيابة العامة الانتهاء من ذلك التحقيق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تكليفها بذلك .

• ألا أنه يشترط لتكليف النيابة العامة بإجراء ذلك التحقيق توافر ثلاثة شروط أولها أن يكون دخل المطلوب الحكم عليه محل منازعة، فإن لم تكن هناك منازعة فلا محل للتحقيق المذكور ، وثانيهما أن تكون تلك المنازعة على قدر من الجدية يبرر إجراء التحقيق ولا غرو فى أن تقدير الجدية يعد من إطلاقات محكمة الموضوع التى لا تخضع فى تقديرها بشأنه لرقابه محكمة النقض وثالثها أن تخلو أوراق الدعوة من دليل يكفى لتحديد دخل الملتزم بالنفقة .

¹ راجع هامش التعليق على المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل فيما يتعلق بقانون

سرية حسابات البنوك رقم 205 لسنة 1990 المعدل .

² نقض أحوال جلسة 1989/1/17 – الطعن رقم 118 لسنة 56 ق .

³ نقض أحوال جلسة 1968/3/18 – ص 334 – س 19 .

⁴ راجع نص المادة (23) من القانون رقم 1 لسنة 2000 التعليق على المادة .

- وقد أوجب النص على المحكمة إذا ما توافرت الشروط المتقدمة إحالة الدعوى إلى النيابة العامة لتحقيق يسار الملتزم بالنفقة فإن هى لم تفعل أضحي الحكم الصادر منها باطلاً .
- كما أوجب النص على النيابة العامة مباشرة تحقيق يسار الملتزم بالنفقة عن طريق أحد أعضاء النيابة العامة , وقد حظر الكتاب الدورى الصادر عن النائب العام برقم 8 لسنة 2000 ندب أحد مأمورى الضبطية القضائية لاجراء هذا التحقيق والذى يجوز لها فى سبيل انجازه الاستعلام من أى جهة تراها واتخاذ كافة الإجراءات الموصلة إلى تحقيق هدفها ومنها سماع الشهود وطلب التحريات من الجهات الإدارية أو البنوك وهكذا.
- وقد أوجب عجز المادة 23 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على النيابة العامة أن تنتهى من إجراء التحقيق عن يسار الملتزم بالنفقة فى موعد 30 يوماً من تاريخ وصول طلب المحكمة وليس من تاريخ صدور قرارها بتكليف النيابة بالتحرى , إلا أننا نرى أن الموعد المذكور من المواعيد التنظيمية التى لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان .

أحكام النقض

- الأحكام الصادرة فى دعاوى النفقة. الأصل أن حجيتها مؤقتة. علة ذلك .
(الطعن رقم 215 لسنة 69 ق – جلسة 2000/2/28)
- 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 325 لسنة 63 ق - جلسة 1998/12/28)
(الطعن رقم 26 لسنة 65 ق - جلسة 2000/7/11)
(الطعن رقم 345 لسنة 64 ق – جلسة 1999/6/28)

لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

- لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن بمقتضى القانون رقم 25 لسنة 1920 تستطيع المطلقة أن تأخذ نفقة عدة طويلة بدون حق فإنها إذا كانت مرضعة قد تدعى أن الحيض لم يأتها طول مدة الرضاعة وهى سنتان ثم تدعى بعد ذلك أنه لا يأتيتها إلا مرة واحدة كل سنة وقولها مقبول فى ذلك وتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة خمس سنين وإذا كانت غير مرضع قد تدعى أن الحيض يأتيتها مرة واحدة فى كل سنة فتتوصل إلى أن تأخذ نفقة عدة ثلاث سنين .

ولما كان هذا الإدعاء خلاف العادة الشائعة فى النساء كثرت شكاوى الأزواج من تلاعب المطلقات واحتياليهن لأخذ نفقة عدة بدون حق .

فرأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى تعديل هذا الحكم بناء على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعى وهو أن أقصى مدة الحمل سنة وعلى أن لولى الأمر حق منع القضاء من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والاحتتيال فوضعت الفقرة الأولى من المادة (17) من مشروع القانون .

وقد لاحظت الوزارة أن وضع المادة (5) من المشروع قد يغرى بعض نساء المطلقات على الدعاوى الباطلة بعد وفاة أزواجهن فيدعين كذبا أن عدتهن لم تنقضى من حين الطلاق أو وقت الوفاة وأنهن وارثات . وليس هناك من الأحكام الجارى عليها العمل الآن ما يمنع من هذه الدعوى مادام كل طلاق يقع رجعى لأن الطلاق الرجعى لا يمنع من الميراث إذا مات زوجها فى العدة ومن السهل على فاسدات الذمم أن يدعين كذبا أنهن من ذوات الحيض وأنهن لم يحضن ثلاث مرات ولو كانت المدة بين الطلاق والوفاة عدة سنين وعسير على الورثة أن يثبتوا انقضاء عدتها لأن الحيض لا يعلم إلا من جهتها . ودعوى إقرارها بانقضاء العدة لا تسمع إلا طبق القيود المدونة بالمادة (129) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (القانون رقم 31 لسنة 1910) وهيئات أن تتحقق هذه القيود . لهذا رأى منع سماع دعوى الوراثة بسبب عدم انقضاء العدة إذا كانت المدة بين الطلاق والوفاة أكثر من سنة

سواء أكانت الدعوى من الزوجة أم ورثتها من بعدها . وذلك بناء على ما لولى الأمر من منع قضائه من سماع بعض الدعاوى الظاهر فيها التزوير وبناء على ما سبق بيانه من رأى الطبيب الشرعى قد وضعت الفقرة الثانية من المادة (17) من المشروع وإنما قيد عدم سماع الدعوى هنا بحالة الإنكار لأنه لا مانع شرعاً من إقرار الورثة بمن يشاركهم فى الميراث .

التعليق

• المقرر قانوناً وجوب نفقة العدة بأنواعها من مأكّل وملبس ومسكن للمطلقة رجعيّاً والمبانة حاملاً كانت أو حائلاً سواء كانت الفرقة بسبب من قبل الزوج أيا كان السبب أو كانت الفرقة من قبل الزوجة .

• والمعتدة لا تستحق النفقة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق باعتبار أن السنة هي أقصى مدة للمطالبة بنفقة عدة فإذا مضت سنة على تاريخ الطلاق كان للمطلق رفع الدعوى بكف يد مطلقته أو إبطال المفرض لها كنفقة عدة أو منع التعرض له بذلك فيما جاوز تلك السنة¹.

• ولا تجب نفقة العدة للمطلقة فى ثلاث حالات :

الأولى : إذا كان الطلاق بعد دخول فى عقد فاسد أو وطء بشبهة لأن النفقة غير واجبة فى هذا العقد فلا تجب فى آثاره .

الثانية : إذا كانت العدة من وفاة فلا تجب النفقة للمعتدة لأن النفقة تجب على الزوج وقد مات فليس ثمة من تجب عليه تلك النفقة إذ الوارث لا خلافة له فى ذلك .

الثالثة : إذا كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعصية الزوجة².

• ومنعا لتحاييل المطلقات اللاتى يستحقن نفقة العدة جرى نص المادة 17 على عدم سماع الدعوى للمطالبة بنفقة عدة لمدة أكثر من سنة تحتسب من تاريخ الطلاق بما مفاده عدم جواز المطالبة بنفقة عدة عن مدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق حتى ولو لم تكن عدة المطلقة قد انتهت شرعاً بعدم رؤيتها لدم الحيض لثلاث مرات كوامل من تاريخ الطلاق أو كانت المطلقة من المتحيرات مثلاً.

¹ ويجب أن يختصم فى هذه الدعوى جهة العمل القائمة على استقطاع النفقة من راتبه راجع فى ذلك نقض أحوال جلسة 1978/3/1 - ص 639 - س 29 .

² البرديسى فى المرجع السابق - ص 112 .

• والسنة المقصودة هنا هي السنة الميلادية التي عدد أيامها 365 يوماً عملاً بالمادة 23 من القانون .

• وقد ثار الخلاف بالعمل حول مدى انطباق نص الفقرة السادسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بالنسبة لنفقة العدة ، ذلك أن نص الفقرة المذكورة يجرى على عدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى ونحن نرى أن النص المذكور ينطبق على دعاوى المطالبة بنفقة الزوجية حال قيامها ولا يسرى على المطالبة بنفقة العدة وذلك على سند من أنه إذا كانت القاعدة الأصولية أن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً ، وأن العلة التي وردت بالذاكرة الإيضاحية للقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل كسبب لقصر سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى أنه في إجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال المطالبة بسنين عديدة وأن النص في المذكرة الإيضاحية على أن هذا الحكم (عدم جواز المطالبة بأكثر من سنة سابقة على رفع الدعوى) خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق وأنه طالما أن المشرع قد حدد في المادة 17 من القانون المدة التي يحق للمطلقة المطالبة بنفقة عدة عنها بسنة تحتسب من تاريخ الطلاق الأمر الذي يكون معه المطلق في مأمن من إمكان المطالبة بأكثر من هذه المدة وهو ما ينتفى معه مقتضى أعمال حكم الفقرة السادسة من المادة الأولى فيما يتعلق بدعاوى المطالبة بنفقة العدة بحيث يقتصر تطبيقها على الدعاوى المتعلقة بنفقة الزوجية حال قيامها فعلاً دون غيرها¹.

• أما عن مدى وجوب أن تكون المطالبة بنفقة العدة في أعقاب مدة السنة المتخذة حداً أقصى لنفقة العدة مباشرة فقد أجابت على ذلك محكمة النقض في حكم الحديث لها حيث ذهبت إلى القول بأن نص المادة 17 – محل التعليق - وإن كان لم يشترط صراحة أن تقام الدعوى للمطالبة بنفقة العدة في أعقاب انتهاء السنة المنصوص عليها كما هو الشأن في المطالبة بنفقة الزوجية الواردة بالفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ، إلا أن هذا القيد ينطبق أيضاً بالنسبة للمطالبة بنفقة العدة باعتبار أن نفقة العدة ما هي في حقيقتها إلا نفقة زوجية ، وعلى ذلك يشترط لسماع تلك الدعوى إلا يكون قد مضى على السنة التالية لتاريخ الطلاق سنة أخرى نهايتها

¹ أنظر فيما يدعم رأينا مراجع الفقه الحنفى - ابن عابدين - ج 3 - ص 339 وحكم تبني رأينا بعد نشره هو الحكم رقم 201 لسنة 1984 - جزئى الوابلى - جلسة 1985/1/10 وقد تأيد = هذا الحكم استئنافياً في الدعوى رقم 141 لسنة 1985 - كلى مستأنف شمال القاهرة - جلسة 1986/3/26 .

تاريخ رفع الدعوى وذلك حتى تكون الدعوى بها مسموعة عملاً بحكم الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل أيضاً¹.

• ونحن نختلف مع قضاء النقض السالف استناداً إلى ما أفصح عنه المشرع في المذكرة الإيضاحية للمادة إلا ولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بأن ذلك الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق كالحق - فى رأينا - فى نفقة العدة .

• ومدة السنة المنصوص عليها لا تعد شرعاً تحديداً لمدة العدة وإلا كانت نسخاً لنص قرآنى و لذلك أشار المشرع إلى أن قصده من النص هو منع المطلقات من الاستيلاء على نفقة العدة لأكثر من سنة ولم يقل أن السنة هى مدة العدة وعلى ذلك فإذا لم يكن الأمر متعلقاً بنفقة عدة كان للمرأة القول بأنها لم تخرج من العدة ولو بعد مضي أكثر من سنة على تاريخ الطلاق .

• والحكم الصادر بعدم سماع الدعوى تكون له حجبه إلا أن هذه الحجية تكون قاصرة على المدعى وموقوتة بخلوها من مسوغ السماع².

• والعبرة فى الحكم بانقضاء عدة المرأة هو قولها بيمينها ، ومن ثم فلا يجوز القضاء بخروج المطلقة من العدة أو بانقضاء عدتها إلا بعد أن تسألها المحكمة فى ذلك على أن تقترن إجابتها بالحلف باليمين الذى يجب على المحكمة أن توجهه إليها بصيغة " أحلف بالله العظيم أننى لم أرى دم الحيض ثلاث مرات كوامل منذ تاريخ طلاقى الحاصل فى.../.../19 وحتى ... (التاريخ الذى يدعيه المدعى) مما مؤداه أن الحكم الذى يصدر دون توجيه ذلك اليمين يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون المتمثل فى القول الراجح من المذهب الحنفى الذى يوجب ذلك اليمين المقصود .

• وفى ضوء حكم المادة (5 مكرر) من القانون فإن التاريخ المذكور بنص المادة (17) إنما ينصرف إلى تاريخ اتصال علم المطلقة بالطلاق وليس إلى التاريخ الفعلى لوقوع الطلاق وذلك باعتبار أن المشرع قد نص على ترتيب الآثار المالية للطلاق ومنها النفقة من تاريخ علم المطلقة به شريطة أن تقيم الدليل على أن المطلق قد نكح إخفاء وقوع الطلاق عنها وإلا ترتبت تلك الآثار من تاريخ وقوع الطلاق ذاته .

¹ نقض أحوال - جلسة 1974/5/22 - ص 927 - س 25 .

² نقض أحوال - جلسة 1959/2/5 - ص 119 - س 10 .

- ويلاحظ أنه إذا تزوجت المطلقة قبل مضي سنة على طلاقها سقط حقها فى النفقة على مطلقها من تاريخ زواجها بغيره وكان هذا الزواج أية انقضاء عدتها بسبب شرعى .
- ولما كان قد لوحظ أن بعض النساء المطلقات قد دأبت على إقامة الدعاوى الباطلة بعد وفاة أزواجهن فيدعين كذباً أن عدتهن لم تنقض من حين الطلاق أو من وقت الوفاة وأنهن وارثات . ولم يكن هناك من الأحكام ما يمنعهن من هذه الدعاوى مادام كل طلاق يقع رجعيّاً لأن الطلاق الرجعى لا يمنع الزوجة من الميراث إذا مات زوجها فى العدة ومن السهل على فاسدات الذمم أن يدعين كذباً أنهن من ذوات الحيض وأنهن لم يحضن ثلاث مرات ولو كانت المدة بين الطلاق والوفاة عدة سنين . وعسير على الورثة أن يثبتوا انقضاء عدتها لأن الحيض لا يعلم إلا من جهتها ، ولهذا رأى منع سماع دعوى الورثة بسبب عدم انقضاء العدة إذا كان بين الطلاق والوفاة أكثر من سنة وذلك بناء على ما لولى الأمر من منع قضائه من سماع بعض الدعاوى الظاهر فيها التزوير وبناء على ما سبق بيانه من رأى الطبيب الشرعى ، وقد قيد عدم سماع الدعوى بحالة الإنكار لأنه لا مانع شرعاً من إقرار الورثة بمن يشاركهم فى الميراث .

- ويلاحظ أن الحظر من السماع ينصرف فقط إلى الدعوى التى تقام من الزوجة أو الزوجات دون غيرهم وورثتهن .

- كما يلاحظ أن القيد الذى أورده المشرع بالفقرة الثانية من النص وقد غياه بسنة ما هو فى حقيقته سوى أقصى مدة للمطالبة بنفقة عدة طبقاً للنص المطروح والذى تعد الزوجة طالبة الميراث أجنبية عن المورث المتوفى بانقضائها .

- كما يلاحظ أيضاً أن الحكم الوارد بالنص لا يخل بما ورد فى قوانين المواريث والمعتمد فى المذهب الحنفى فيما يتعلق بالطلاق الذى يوقعه المريض مرض الموت والأحكام الجارية فى شأنه من حيث الميراث المستحق للمطلقة¹، والحظر لا يتناول ما تقيمه المطلقة من دعاوى أخرى تستند إلى غير الميراث للمطالبة بحق لها فى التركة كالوصية أو غيرها من وسائل الاستحقاق الشرعية.

أحكام النقض

- المقرر فى 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

¹ راجع التعليق على المادة الخامسة .

على الأخبار به والقول فيه قولها بيمينها متى كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى انقضاء العدة فيه يحتمل ذلك ، ولما كان النص فى الفقرة الثانية من المادة 17 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه "لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى عنها زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق" يدل على أن المشرع قد جعل من مدة السنة التالية للطلاق حدا تصدق فيه المطلقة التى توفى عنها زوجها فيما تدعيه من عدم انقضاء عدتها ، وكان الثابت أن المطعون ضدها طلقت رجعيًا من زوجها قبل وفاته بأقل من سنة وأنكرت رؤيتها ثلاث حيضات كوامل حتى وفاته وحلفت اليمين على ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقيتها للميراث يكون قد أصاب صحيح القانون .

(نقض جلسة 1985/4/9 – ص 1047 – س 36)

(الطعن رقم 73 لسنة 56 ق – جلسة 1988/6/28 – ص 1092)

● المطلقة فى ظل الأحكام التى كان معمولاً بها بمقتضى القانون رقم 25 لسنة 1920 كانت تستطيع أن تحصل على نفقة عدة بغير حق لمدة طويلة مما أثار الشكوى من تلاعب المطلقات واحتيالهن ، ودعا المشرع إلى إصدار القانون رقم 25 لسنة 1929 مقررًا فى الفقرة الأولى من المادة 17 منه أنه " لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ونظرًا لأن أحكام النفقة تصدر من غير تحديد مدة فقد روى من اللازم استكمالًا للنص المشار إليه ومسايرة لحكمه أن يوضع حد للمدة التى يسمح للزوجة المحكوم لها بنفقة زوجية أن تحصل خلالها على نفقة إذا ما طلقها زوجها المحكوم عليه بعد صدور الحكم المشار إليه فنص المشرع فى الفقرة الأولى من المادة 18 على أنه " لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق "ومع أن المشرع قد استهل النص بعبارة لا يجوز مما قد يبعث على الاعتقاد بأن الخطاب فيه موجه إلى القائمين على التنفيذ ، إلا أن المشرع قد قصد منه تحديد حق الزوجة فى اقتضاء نفقة زوجية بموجب حكم صادر لها إبان قيام الزوجية – إذا ما طلقها زوجها بعد صدور الحكم – بمدة سنة من تاريخ الطلاق فإذا تجاوزت المطلقة هذا الحق كان لمطلقها أن يحتج قبلها بحكم المادة المشار إليها وسبيله فى ذلك هو الدفع به فيما ترفعه ضده من دعاوى أو الاستشكال فى التنفيذ بحكم النفقة أو إبطال المقرر لها ، ويكون الحكم الصادر بذلك سنداً له فى منع التنفيذ بحكم النفقة كما يكون أيضاً – بعد إعلانه لجهة الإدارة – القائمة على تنفيذ حكم النفقة إذا لم يكن قد صدر فى مواجهتها – سنداً لتلك الجهة فى الامتناع عن اقتطاع النفقة

للمطلقة ، وبغير ذلك لا يتأتى للمحكوم عليه بالنفقة أن يجبر جهة الإدارة المنوط بها تنفيذ الحكم على وقف تنفيذه لما فى ذلك من إهدار للحجية الواجبة للأحكام القضائية وتعليق مصيرها على مشيئة القائم على استقطاع النفقة من مرتب الزوج وتقديره توافر شروط أعمال هذا النص أو تخلفها ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فأقام قضاءه على أن مفاد نص المادة 18 من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن حكم النفقة يفقد قوته كسند تنفيذى بانقضاء سنة من تاريخ الطلاق دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك وأن خطاب المشرع فيه إلى الكافة بما فيهم المحكوم لها والقائمون على التنفيذ والمحجوز تحت يدهم ورتب على استمرار الطاعن الثانى فى تنفيذ حكم النفقة بعد انقضاء سنة من تاريخ الطلاق تحقق الخطأ الذى يدخل فى عداد الفعل غير المشروع فى جانبه ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله .

(نقض جلسة 1978/3/1 - ص 639 - س 29)

• يشترط لسماع الدعوى بنفقة العدة إلا تزيد المدة المطالب بهذه النفقة عنها عن سنة من تاريخ الطلاق وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 17 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 من أنه "لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق" . ويشترط لسماع تلك الدعوى فوق ذلك إلا يكون قد مضى على هذه السنة ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى وذلك عملاً بحكم الفقرة السابعة من المرسوم بقانون 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على أنه "لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى" ولا محل للقول بأن هذا النص مقصور على نفقة الزوجة دون نفقة العدة ، ذلك لأن لفظ النفقة جاء عاماً مطلقاً فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على سواء ، ولأن نفقة العدة هى فى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها¹.

(نقض جلسة 1974/5/22 - ص 927 - س 25)

• الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغيير دواعيها . فإذا كان الثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن (الزوج) الإسلام لم يعد لحكم النفقة السابق صدوره قبله من المجلس الملى ، وجود فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاعه 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

¹ وقد تم تخفيض المدة المنصوص عليها إلى مدة سنة واحدة بدلاً من ثلاث سنوات وذلك بمقتضى الفقرة السادسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل .

لمطلبها بالتعويض عن طلاقها . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر أن إيقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة وهى إسقاط حكم النفقة فإنه يكون قد خالف القانون.

(نقض جلسة 1963/1/30 – ص 189 – س 14)

• الطلاق والرجعة مما يستقل به الزوج أن شاء راجع وإن شاء فارق، أما العدة فمن أنواعها و أحوال الخروج منها وانتقالها ما تنفرد به الزوجة وانتمنها الشرع عليه .

(نقض جلسة 1962/5/21 – ص 662 – س 13)

• الحكم الصادر فى النزاع القائم على النفقة هو بطبيعته حكم مؤقت يزول أثره متى زالت دواعيه ، ذلك أن النفقة تقدر بحسب الحاجة ولها مقوماتها القانونية فإذا زالت هذه المقومات سقط الحق فيها ، وإذن فمتى صدر الحكم بالنفقة على أساس قيام الزوجية بين طرفى النزاع فإنه يصح القضاء بعدئذ بالكف عن المطالبة بها متى انحلت عقدتها بالطلاق وانقضت سنة من تاريخ هذا الطلاق .

(نقض جلسة 1956/2/25 – ص 30 – س 7)

• مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 17 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن المشرع جعل من مدة السنة التالية للطلاق حدا تصدق فيه المطلقة التى توفى زوجها فيما تدعيه من انقضاء عدتها .

(الطعن رقم 73 لسنة 56 ق – جلسة 1988/6/28 – ص 1092)

لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ولا يجوز تنفيذ حكم صدر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق .

- لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

لما كانت أحكام النفقة تقدر من غير تحديد مدة رضى من اللازم وضع الفقرة الأولى من المادة (18) مكملية لحكم المادة (17) لمنع تنفيذ أحكام النفقات بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق .

غير أن هناك من هذه الأحكام ما صدر طبقاً للتشريع الحالى فهل تنفذ هذه الأحكام لمدة ثلاث سنوات أو خمس سنوات طبقاً للتشريع الذى صدرت الأحكام بمقتضاه مع سقوط ذلك التشريع من يوم العمل بالقانون الجديد أو يسرى حكم القانون الجديد على تلك الأحكام بناء على أنه هو القانون الوحيد الذى يجب العمل به لأنه حل محل القانون القديم رأت الوزارة فى هذا الموضوع أن تجعل مدة السنة تبتدى من تاريخ الطلاق فوضعت الفقرة الثانية من المادة (18) من المشروع . ولكن إذا كان وقت العمل بهذا القانون قد مضى على تاريخ الطلاق أكثر من سنة فلا تنفذ المطلقة إلا بما يكون مستحقاً لها من النفقة إلى حين العمل بهذا القانون لأنه أصبح حقاً مكتسباً والحقوق المكتسبة لا تمس .

التعليق

- الحكم الذى تضمنته الفقرة الأولى من المادة يقتصر تطبيقه على نفقة الزوجية ونفقة العدة دون بقية النفقات (نفقة الأقارب) أو ما يلتبس بها (كالأجور) وهو ما يستشف من تحديد المشرع للسنة المنصوص عليها بأنها تحتسب من تاريخ الطلاق .
- وإذ كان المشرع قد استهل النص بعبارة "لا يجوز تنفيذ" مما قد يبعث على الاعتقاد أن الخطاب فيه موجه إلى القائمين على التنفيذ إلا أن حقيقة الأمر أن المشرع إنما قصد منه تحديد حق الزوجة فى اقتضاء نفقة زوجية بموجب حكم صادر لها إبان قيام

الزوجية – إذا ما طلقها زوجها بعد صدور الحكم – بمدة سنة من تاريخ الطلاق ، فإذا تجاوزت المطلقة هذا الحق كان لمطلقها أن يحتج بحكم المادة المشار إليها .

• وسبيل الزوج في الاحتجاج بالمادة 18 إما أن يكون بطريق الدفع فيما ترفعه ضده الزوجة من دعاوى أو بطريق الاستشكال في التنفيذ أمام قاضى التنفيذ المختص أو بطريق الدعوى المبتدأة التي يرفعها بطلب كف يد مطلقة عن التنفيذ بحكم النفقة أو إبطال المقرر لها .

• وللقاضى بناء على طلب المدعى شمول الحكم الصادر بكف يد المدعى عليها بإنفاذ المعجل .

• ويكون الحكم الصادر للزوج بذلك سنداً له فى منع التنفيذ بحكم النفقة كما يكون أيضاً – بعد إعلانه لجهة الإدارة القائمة على تنفيذ حكم النفقة إذا لم يكن قد صدر فى مواجهتها – سنداً لتلك الجهة فى الامتناع عن اقتطاع النفقة للمطلقة إذ بغير ذلك لا يتأتى للمحكوم عليه بالنفقة أن يجبر جهة الإدارة المنوط بها تنفيذ الحكم على وقف تنفيذه لما فى ذلك من إهدار للحجية الواجبة للحكم الصادر بالنفقة .

• ومفهوم المادة لا يعنى أن يفقد الحكم الصادر بالنفقة قوته كسند تنفيذى بانقضاء سنة من تاريخ الطلاق وإنما يتعين استخدام المكنتات السالفة لوقف أثره واحتراما لحجيته .

• وعلى ذلك فإن السبيل إلى وقف تنفيذ حكم النفقة المنفذ به تحت يد الجهة الإدارية هو استصدار حكم نهائى بكف يد المدعية عن التنفيذ بالحكم المذكور تختصم فيه المطلقة والجهة التى تقوم بسداد النفقة لها¹. أو الاستشكال فى تنفيذه ويكون الحكم الصادر بذلك سنداً فى منع التنفيذ بحكم النفقة كما يكون أيضاً- بعد إعلانه لجهة الإدارة القائمة على تنفيذ حكم النفقة إذا لم يكن قد صدر فى مواجهتها – سنداً لتلك الجهة فى الامتناع عن اقتطاع النفقة للمطلقة وبغير ذلك لا يتأتى للمحكوم عليه بالنفقة أن يجبر جهة الإدارة المنوط بها تنفيذ الحكم على وقف تنفيذه لما فى ذلك من إهدار للحجية الواجبة للأحكام القضائية².

• والمقصود بعبارة "بعد العمل بهذا القانون" هو القانون رقم 25 لسنة 1929 دون غيره .

¹ راجع نقض مدنى جلسة 1978/3/1 – ص 639 – س 29 .
² راجع نقض أحوال – الطعان رقما 106 و 129 لسنة 14 ق – جلسة 1945/4/11 .

• والهدف الذى ابتغاه المشرع من وضع النص على النحو الذى جاء به وضع تحديدا زمنيا لتنفيذ الحكم الصادر بالنفقة وخاصة أن الغالب الأعم فى أحكام النفقات صدورها متضمنة فرض النفقة دون تحديد التاريخ الذى ينتهى عنده تنفيذ الحكم وقد اعتادت المحاكم صياغة الحكم وبعد تحديد مقدار المفروض وتاريخ بدء الفرض تذييل المنطوق بعبارة "...وإلى أن تنقضى عدتها منه شرعا" وذلك يرجع إلى أن العدة لا تعرف إلا بقول المرأة ومن جهتها وحدها .

• وللزوج أيضاً أن يقيم الدعوى ضد الزوجة – إذا ما استمرت فى صرف المحكوم به لها كنفقة بعد انقضاء المدة المنصوص عليها – بطلب استرداد ما تسلمته بغير وجه حق ، وهى دعوى لا تدخل ضمن الدعاوى التى تدرج تحت وصف الأحوال الشخصية فلا تلتزم النيابة العامة بإبداء الرأى القانونى فيها¹.

• وقد تضمن نص الفقرة الثانية معالجة الحالات التى تكون فيها المحكوم لها قائمة بتنفيذ الحكم الصادر لها بالنفقة بالفعل قبل بدء العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1929 فمنع تنفيذ ذلك الحكم لمدة بعد صدوره إلا بقدر ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق اتساقاً للأحكام².

• والسنة المقصودة بالنص هى السنة الميلادية التى عدد أيامها 365 يوماً عملاً بالمادة 23 من القانون .

• وتعيين الإشارة إلى أن الحجز الذى يوقع على مرتب المحكوم ضده تحت يد جهة العمل لا يسقط بمضى المدة حيث لا يسرى فى شأنه حكم المادة 360 من قانون المرافعات³.

• يتم تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة (نفقة الزوجية أو العدة أو الصغير أو الأقارب وما فى حكمها وفقاً لأحكام تنفيذ الأحكام والقرارات الواردة بالباب الخامس من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية فى المواد 65 , 68 , 69 , 71 , 72 , 73 , 74 , 75 , 76 , 77 , 78 , 79 منه مع مراعاة نصوص قرار وزير العدل رقم 2722 لسنة 2004 بشأن قواعد وإجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة بالنفقات والأجور وما فى حكمها ونصوص القانون رقم 11 لسنة 2004 بإنشاء صندوق

¹ راجع تنفيذ أحكام الأحوال الشخصية وبوجه خاص تنفيذ أحكام النفقات فى التعليق على المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 وجدير بالذكر أن العبرة فى عدم الاستحقاق هى بالنظر إليه من زاوية المتسلم لا الدافع ، فإذا كان الشئ غير مستحق تسلمه فلا أهمية أن يكون عدم الاستحقاق راجعاً إلى الأمر الواقع أو اعتبار قانونى، ولا يتطلب الالتزام بالرد اشتراط غلط الواقع إذ العبرة بأحقيه المستلم فيما أخذه أو عدمها .

² نقض أحوال - جلسة 1978/3/1 - ص 637 - س 29 .

³ نقض أحوال - جلسة 1978/3/1 - ص 637 - س 29

نظام تأمين الأسرة والذي أوجب فى المادة الثالثة منه على بنك ناصر الاجتماعى أداءها إعمالاً لحكم المادتين 71 و72 من القانون رقم 1 لسنة 2000 سالف الذكر .

أحكام النقض

• نصت المادة 12 من القانون 462 لسنة 1955 على أن "تنفيذ الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية وفقاً لما هو مقرر فى لائحة الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة فى 14 أبريل سنة 1907" . وقد جاء بمذكرته الإيضاحية أن الطريق الإدارى الذى تجيز اللائحة تنفيذ الأحكام به أيسر للمتقاضين ويكفل سرعة التنفيذ مما يتلاءم مع طبيعة الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية . وقد نظمت اللائحة المشار إليها فى المادة 19 منها الإجراءات التى تتبع فى تنفيذ الأحكام الشرعية إذا كان المحكوم عليه مستخدماً فى الحكومة فنصت على أنه " إذا كان المدين المحكوم عليه مستخدماً فى الحكومة أو من أرباب المعاشات يجوز توقيع الحجز على الجزء الجائز حجزه من ماهيته أو معاشه فى الأحوال المنصوص عليها فى القانون ويجب على الدائن فى هذه الحالة أن يقدم للمصلحة التابع لها المستخدم طلباً على الاستمارة الخاصة بذلك ويشتمل الطلب على اسم ولقب

وصناعة ومحل إقامة كل من الطالب والمدين وكذلك مقدار المبالغ المستحقة بالضبط إلى تاريخ الطلب ويرفق بالطلب نسخة الحكم المقتضى التنفيذ بموجبها وصورة منه (إذا كان لم يسبق إعلانه) ويعلن الحكم للمستخدم بإفادة من المصلحة يبين فيها فى الوقت نفسه الحجز الذى وقع والمبلغ الذى انبنى عليه الحجز وكذلك مقدار المبلغ المحجوز عليه وتدفع المبالغ المحجوزة عند حلول مواعيد استحقاقها للدائن بموجب إيصال يحرر على ظهر السند ، وتختلف إجراءات هذا الحجز عن إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير المنصوص عليها فى المواد من 325 من قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي تقابلها المواد من 543 إلى 576 من قانون المرافعات السابق الذى تم الإجراء فى ظله ، والتي يحصل الحجز وفقاً لها بموجب ورقة من وراق المحضرين تعلن إلى المحجوزة لديه ويتم الوفاء بالإيداع فى خزانة المحكمة . وإذا كانت المادة 574 من قانون المرافعات السابق – التى وردت بين المواد المنظمة لإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير – قد جعلت مبدأ الثلاث سنوات المقررة لسقوط الحجز الواقع تحت يد إحدى المصالح الحكومية هو تاريخ إعلان الحجز لها أو تاريخ إيداع المبالغ المحجوز عليها خزانة المحكمة . وكان أى من هذين الإجراءين لا وجود له فى إجراءات الحجز المنصوص عليها فى المادة 19 من اللائحة ، كما أن هذا الحجز بحسب الدين الذى يوقع عليه وطبيعته الدورية المتجددة – باعتباره مرتباً شهرياً – وما يقتضيه نظام الوفاء فيه من أن يتقدم الدائن الحاجز شهرياً للجهة الحكومية المحجوز لديها لقبض النفقة المحجوز من أجلها وهو ما تتحقق معه الغاية التى توخاها المشرع فى المادة 574 من اشتراطه تجديد الحجز أو إعلان المحجوز لديه باستيفاء الحجز كتعبير عن رغبته فى التمسك باستمراره ، فإنه يتجافى بحسب طبيعته وإجراءاته وما توخاه الشارع فيه من التيسير على المتقاضين مع تطبيق حكم المادة 574 من قانون المرافعات السابق والتي تقابلها المادة 360 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المعمول به .

(نقض جلسة 1978/3/1 – ص 637 – س 29)

الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط .

القانون رقم 44 لسنة 1979 مطابقة

القانون رقم 25 لسنة 1929 لا نظير لها

المذكرة الإيضاحية

لما كان من المستقر عليه شرعاً أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة للمطلقة بعد الدخول وحبسها أنها استحققت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها .

وإذ تراخت المروءة فى هذا الزمن وأنعدمت لاسيما بين الأزواج إذا انقطع حبلى المودة بينهما وأصبحت المطلقة فى حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفى المتعة ما يحقق المعونة ، وفى الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع فى الطلاق .

ولما كان الأصل فى تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التى تطلبتها الشريعة وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى "ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره" من الآية 236 من سورة البقرة وكان لإيجاب المتعة هو مذهب الشافعى الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول أن لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيميه كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضاً (المهذب للشيرازى فقه شافعى - ج2 - ص 7-8 والمحلى لابن حزم - ج1 - ص 245 - 249) .

وعلى هذا وضع نص المادة 18 مكرر بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة وللقاضى أن ينظر فى تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى إساءة استعمال هذا الحق

¹ قضت المحكمة الدستورية العليا فى الطعن رقم 7 لسنة 8 ق "دستورية" بجلسة 1993/5/15 بدستورية النص المطروح - الجريدة الرسمية - العدد 22 - بتاريخ 1993/6/5 .

ووضعه فى موضعه ولا تقل فى تقديرها عن نفقة سنتين وتخفيفا على المطلق فى الأداء أجاز النص الترخيص له فى سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط .

ويستند النص المطروح إلى عموم قوله تعالى " لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعِّقِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"¹ وقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"².

التعليق

• نص الفقهاء على أن الرجل إذ طلق زوجته فى مرض موته اعتبر بذلك فاراً من إرثها فيه وقالوا أنه يعامل بنقيض مقصوده فأفتوا باستحقاقها لنصيبها فى تركته، أما إذا ماتت هى قبله فإنه يعامل بإقراره ولا يرث فيها ، ومن هذا نستطيع أن نتبين أن الفقهاء عاقبوا المتعسف فى استعمال حق الطلاق وأنهم بهذا يكونوا قد فوتوا عليه قصد المضارة وأعطوا المطلقة الحق الذى كان يقصد إضاعته ، وهذا يشير إلى أن الطلاق لا يلجأ إليه إلا عند وجود الحاجة التى تقتضيه ، والناس قديما كانوا أكثر تمسكا بالدين وفهما لمقاصده وأخذاً بأحكامه فكان لهم من هذا وازع على رعاية الله فى هذا الحق وعدم إساءة استعماله وكان ذلك كفيلا ألا يطلق أحدهم إلا إذا وجد ما يقتضى الطلاق ولذا فإنهم لم يكونوا فى حاجة إلى تدخل الحاكم لمراقبة استعمال هذا الحق ومجازاة المسيء على إساءته بالحكم عليه بما يعوز وقع الإساءة على نفس الآخر، على غير ما صارت إليه أخلاق الناس وظروف المجتمع فى الوقت الحاضر .

وتعويض المطلقة نص عليه الفقهاء ومنهم من أوجبه وعممه فى كل صور الطلاق كالظاهرية ومنهم من أوجبه فى كل طلاق بعد الدخول كالشافعية .

ومن هذا يبين أن المتعة فى حقيقتها ما هى إلا تعويض للمطلقة على ما أصابها بسبب الطلاق من غضاضة وليرفع عنها وصف الإساءة ولتكون المتعة بمنزلة الشهادة بأن الطلاق ليس لعة فيها وإنما لعذر يخص المطلق.

¹ الآية 236 من سورة البقرة .

² الآية 49 من سورة الأحزاب .

• وعلى ذلك فالمتعة - فى ضوء المفهوم المتقدم - هى مبلغ من المال أو ما يقوم مقامه يلزم به المطلق الذى أساء استعمال حقه فى الطلاق¹.

وهى بهذا المعنى صور خاصة لجبر الضرر المعنوى والألم النفسى الذى يصيب المرأة من جراء الطلاق الواقع ، عليها فهى ليست تعويضاً بالمعنى المتداول للتعويض وإلا لتعيين القول بإمكان إلزام المطلقة به إذا ثبت الخطأ فى جانبها وحيث لا يكون التعويض عن طلاق طبقاً لما اتجهت إليه أحكام محكمة النقض².

فالغاية منها - كما قدمنا - هى جبر خاطر يعطى للمطلقة لتخفيف ماعساه يصيبها من ألم ومعاناة ناتجة عن طلاق لا دخل لها فيه ولا يرجع سببه إليها .

• وعلى ذلك يمكن القول بأن الحكمة من تشريع المتعة هى جبر خاطر المطلقة ومواساتها ومعونتها على مواجهة تبعات الطلاق³ ولا يعد على ما شاع به القول جزاء على إساءة استعمال الزوج لحقه فى الطلاق.

• والمتعة - بالمعنى السابق - هى أحد الحقوق المالية الثلاثة التى تجب للمرأة على زوجها وأولها المهر الذى يجب لها مقابل استيفاء الزوج ما يقتضيه عقد الزواج من منافع الزوجية ، وثانيهما النفقة التى تجب لها نظير احتباسها لمصلحة الزوج وثالثها المتعة والتى تجب لها جبراً وترفيها وتخفيفاً لما يصيبها من أسف وحسرة ووحشة بسبب استعمال الرجل حقه الذى منحه الله إياه وحرمها منه .

• وقد اشترط النص لاستحقاق المتعة أربعة شروط⁴:

¹ أنظر فى هذا الخلاف الطلاق لأحمد الغندور - ص 78 و 79 والسنهورى فى الوسيط - ج 1 - ص 448 وعبد الوهاب خلاف فى أحكام الأحوال الشخصية ص 4 وعلى حسب الله فى الفرقة بين الزوجين - ص 108 ومحمد سلام مذكور فى أحكام الأسرة فى الإسلام - ج 2 - ص 204 وحكم محكمة النقض الصادر بجلسته 1963/1/30 - ص 189 ومناقشات المادة فى مجلس الشعب - جلسته 1985/7/1 المضبطة 87

² نقض أحوال جلسته 1963/1/30 ص 189 - س 24 .

³ حكم محكمة النقض فى الطعن رقم 6 لسنة 63 ق - جلسته 1997/3/10 .

⁴ قضت المحكمة الدستورية العليا فى الطعن رقم 9 لسنة 11 دستورية - جلسته 1993/6/19 و 18 لسنة 10 دستورية - جلسته 1992/5/15 والطعن رقم 7 لسنة 8 دستورية جلسته 1993/5/15 بدستورية المادة 18 مكرر وقالت المحكمة فى الطعن الأول رقم 9 لسنة 11 دستورية .

"وحيث أن البين من استقراء أقوال الفقهاء فى شأن دلالة النصوص القرآنية الواردة فى شأن "المتعة" أنهم مختلفون فى نطاق تطبيقها من ناحية ، وفى وجوبها واستحبابها من ناحية أخرى وما ذلك إلا أن هذه النصوص ظنية فى دلالتها غير مقطوع بمراد الله تعالى منها ، وجاز لولى الأمر بالتالى الاجتهاد فيها تنظيمها لأحكامها بنص تشريعى يقرر أصل الحق فيها ، ويفصل شروط استحقاقها بما يوحد تطبيقها ويقيم بنائها على كلمة سواء ترفع نواحي الخلاف فيها ولا تعارض الشريعة فى أصولها الثابتة أو مبادئها الكلية".

الشرط الأول : أن تكون الزوجة مدخولاً بها¹ فى زواج صحيح²، فلا تجب المتعة للمخطوبة كما لا تجب لمن كان زواجها فاسداً أو باطلاً ثم طلقت كمن تزوجت معتوها أو أحد محارمها ، ويجب أن تكون الزوجة مدخولاً بها حقيقة أو مختلى بها دون دخول قياساً لأن النص القرآنى أوجبها أصلاً للمطلقة دون مسيس أى قبل الدخول³.

• واشتراط النص لاستحقاق المتعة الدخول الحقيقى إنما هو شرط لجواز التقاضى بها أما احتساب مقدار مبلغ المتعة فإنه يكون عن مدة الزوجية كلها بصرف النظر عن تاريخ الدخول ، وعلى ذلك فإذا تم العقد وتراخى الدخول إلى وقت لاحق احتسب مبلغ المتعة من يوم العقد وليس من يوم الدخول ، أى أن الدخول ما هو إلا شرط للمطالبة القضائية والاستحقاق وليس عنصراً من عناصر التقدير .

والشرط الثانى: أن يقع الطلاق بين الزوجين أياً كان نوعه رجعياً أو بائناً⁴ فتستحق المطلقة المتعة أياً كان نوع الطلاق باعتبار أن العبرة فى استحقاقها هى بالطلاق ذاته باعتباره الواقعة القانونية المنشئة لالتزام الزوج بها⁵ وعلى ذلك فليس يلزم ثبوت انقضاء فترة العدة قبل رفع الدعوى بالمتعة فللمطلقة رجعياً إقامة الدعوى بها فور إيقاع الطلاق ، وتستحق المتعة حق ولو أعادها المطلق إلى عصمته ، أما من تم التفريق بينها وبين زوجها بغير طلاق كحالات فسخ الزواج أو القضاء ببطلانه فلا حق لها فى المتعة⁶ كما أن انتهاء الزوجية بالوفاة يسقط حق الزوجة فى المتعة أيضاً.

والشرط الثالث : أن يكون الطلاق قد وقع بغير رضا صريح أو ضمنى من الزوجة⁷، واستخلاص توافر رضا الزوجة من عدمه مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع .

• ومن الرضا الصريح اتفاق الزوجة مع الزوج على إيقاع الطلاق ومن الرضا الضمنى تطبيق الزوجة نفسها حال كون العصمة بيدها .

¹ نقض أحوال الطعن رقم 529 لسنة 64 ق - جلسة 2000/6/20 .
² فإذا لم يكن الزواج صحيحاً كالزواج بغير شهود أو كالزواج بمحرم دون معرفة سبب التحريم أو الزواج بصيغة مؤقتة فلا تستحق المطلقة المتعة - راجع فى أحكام الزواج الصحيح عبد الرحمن تاج فى أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية - ط 1955 - ص 65 وما بعدها .
³ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص 129 والحكم الصادر فى الاستئناف رقم 170 لسنة 102 ق استئناف القاهرة - جلسة 1986/2/6 .
⁴ نقض الطعن رقم 438 لسنة 65 ق - جلسة 2000/4/17 .
⁵ نقض أحوال جلسة 1985/1/29 - الطعن رقم 26 لسنة 54 ق .
⁶ كمال البنا فى التعليق - ص 20 - المرجع السابق .
⁷ نقض الطعن رقم 529 لسنة 64 ق - جلسة 2000/6/20 .

- ويعد قرينة على الرضا بالطلاق إبراء الزوج في الطلاق على مال وحضور الزوجة مجلس الطلاق وموافقتها عليه إلا أنها قرائن قابلة لإثبات العكس .
- كما يعد طلاق الزوجة غيابياً قرينة على أن الطلاق لم يكن برضاها وهي قرينة قابلة لإثبات العكس أيضاً¹ .

• ويتعين الإشارة إلى أن إقرار الزوجة - شفويًا أو كتابيًا - بأن الطلاق قد تم برضاها وأنها تتنازل عن حقوقها الشرعية ، يترتب عليه إسقاط حق الزوجة في المتعة² رغم أنه تنازل سابق على الطلاق وعلى نشوء حق الزوجة في المتعة - وبالمخالفة لقاعدة عدم جواز التنازل عن الحق قبل نشوء الحق فيه - وذلك لاقتترانه بالإقرار بأن الزوجة هي التي طلبت الطلاق وأنه قد وقع برضاها وبما يؤدي إليه ذلك الإقرار من الدلالة على تخلف شرط عدم الرضا بالطلاق كأحد شرطى استحقاق المتعة وبما يسقط معه حق الزوجة في المتعة لإقرارها بتخلف شرط عدم الرضا ورغم أن التنازل عن المتعة سابقا على وقوع الطلاق باعتباره الواقعة المنشئة للحق فيها .

والشرط الرابع : ألا يكون الطلاق قد وقع بسبب يرجع إلى الزوجة أى ألا تكون الزوجة هي المتسببة في الطلاق³.

- ويعد طلاق الزوجة غيابياً قرينه أيضاً على أن الطلاق قد وقع بغير سبب منها وذلك إلى أن يقيم المطلق الدليل على عكس ذلك⁴ .

ومن الحالات التي تعد فيها الزوجة متسببة في الطلاق القضاء بتطليقها للضرر إعمالاً لحكم المادة السادسة أو الحادية عشر مكرر ثانياً من القانون مع إسقاط بعض حقوقها المالية إذ تعتبر في هذه الحالة مشاركة في سبب الطلاق وكذا إذا كان التطليق ببطلان به الزوجة .

¹ نقض الطعن رقم 89 لسنة 85 ق - جلسة 1991/1/15 .
² راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم 275 لسنة 64 ق - جلسة 1991/5/25 وفيه ذهبت المحكمة إلى أن " طلاق الطاعن للمطعون ضدها مقابل إبراءها له من حقوقها الشرعية مؤداه إسقاط حقها في المتعة التي تندرج في تلك الحقوق " .
³ أنظر حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 229 لسنة 99 قضائية - جلسة 1986/5/8 وفيه رفضت المحكمة الحكم بالمتعة لكون الطلاق قد وقع بسبب اعتداء الزوجة وأهلها على الزوج وأنظر كذلك حكم محكمة شمال القاهرة رقم 221 لسنة 1982 - جلسة 1986/3/29 وفيه رفضت المحكمة الحكم للمدعية المتعة لثبوت أن الطلاق وقع بسبب إهمال الزوجة للزوج لاحترافها بغير إذنه.
⁴ نقض الطعن رقم 89 لسنة 58 ق - جلسة 1959/1/15 .

• تقدم أنه يتعين توافر شرطى عدم الرضا وانعدام السبب فى حق المطلقة حتى تستحق تعويض المتعة وعلى ذلك فالطلاق على مال أو الطلاق مع الإبراء لا تجب به متعة لأن مناط وجوبها طلاق يستبد به الزوج فتغتم به المرأة وتتأذى المرأة فى الطلاق على مال ترغب فيه كما يرغب الرجل وتدفع بدلاً لتحقيق هذه الرغبة فكيف تكون معطية وأخذة فهو طلاق يتم برضا من الزوجة فلا تستحق به متعة لتخلف أحد شرطى وجوبها وهو انعدام الرضا ، إلا أن ذلك لا يسقط حق المطلقة على الإبراء فى إقامة الدعوى بطلب المتعة رغم سبق الإبراء إذا ما كان القصد هو إثبات عكس القرينة المستفادة منه ذلك أن الراجح فى المذهب الحنفى أن للزوجة أن تفتدى نفسها بعوض تطلب معه من الزوج تطليقها عليه ، والراجح أيضاً أنه إذا ثبت فساد ذلك العوض لمخالفته للنظام العام أو الآداب أو لكونه قد جاء وليد إكراه أو نحوه وقع الطلاق عليه رجعيًا¹.

• وعلى ذلك فإذا ما طلبت المطلقة على الإبراء المتعة تعين على المدعية إثبات توافر شرطى الاستحقاق وأولها أن الطلاق قد وقع بغير رضاها والذى لن يتأتى إثباته إلا بإثبات أن إبراءها للزوج من الحقوق الشرعية أو المتعة لم يكن برضا منها أو كان وليد إكراه معدم للرضا فإذا ما تيسر للمدعية إثبات ذلك وأن الطلاق كان بسبب يرجع إلى الزوج تعين القضاء بالمتعة ولا عبرة بتحول الطلاق فى هذه الحالة إلى طلاق رجعى باعتبار أن المتعة حق للمطلقة سواء كان طلاقها رجعيًا أو بائنًا².

• ويتعين الإشارة إلى أن قضاء محكمة النقض على أن التطليق دون بدل لا يدل بذاته على أن التطليق برضاء الزوجة أو بسبب من قبلها³.

• وخلاصة الأمر أنه إذا قيل بأن الإبراء من المتعة أو من كافة الحقوق الشرعية يعنى الرضا بالطلاق إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون قرينة تقبل إثبات العكس مما يتعين معه على المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات شرطى عدم الرضا وانعدام السبب فى جانب المطلقة فإذا نجحت المدعية فى إثبات ذلك اعتبر إبرائها قد صدر مشوباً بغيب فى الرضا مما يبطل الإبراء ويتحول معه الطلاق الواقع عليها إلى طلاق رجعى وتستحق معه المتعة ،

¹ أجازت الفقرة د من المادة 33 من لائحة المأذونين المعدلة بقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 الاتفاق فى وثيقة الزواج على استحقاق المطلقة بغير رضاها مبلغ مقطوع أو راتب دورى وهو ما يعنى جواز ذلك الاتفاق حتى ولو كان الطلاق قد وقع بسبب يرجع إليها - راجع قرار وزير العدل منشور بملحق الكتاب .

² نقض أحوال الطعن رقم 226 لسنة 65 ق - جلسة 1997/5/26 وراجع نقض أحوال الطعن رقم 26 لسنة 54 ق - جلسة 1985/1/29 - س 36

³ راجع نقض الطعن رقم 226 لسنة 65 ق - جلسة 1997/5/26 .

وعلى ذلك يمكن القول أنه لا يكون للمطلقة الحق في المطالبة بالمتعة في الطلاق على مال إلا بإدعاء الإكراه لنفي الرضا بالطلاق .

• وقد ثار الخلاف حول مدى استحقاق المطلقة بحكم من المحكمة للمتعة المفروضة بالمادة 18 مكرر وانصب ذلك الخلاف على ما إذا كان طلب الزوجة للتطبيق يعد من جانبها دليلاً على الرضى المسبق بوقوع الطلاق مما يفقدها أحد شرطى استحقاقها للمتعة أم أن طلب الطلاق لا يعد في ذاته بمثابة رضا من جانب الزوجة لكونها قد تكون أكرهت على سلوك هذا السبيل دفعا لإساءة الزوج لها ورفعاً للضرر الواقع عليها .

وقد جرت بعض الأحكام على أن قيام الزوجة بطلب التطبيق لأحد الأسباب الواردة بالقانون لا يسقط حقها في طلب المتعة المقررة للمطلقة قانوناً إذا استوفت الزوجة بقية شروط استحقاقها .

• ونحن نرى أن المطلقة عن طريق المحكمة لا تستحق المتعة المقررة قانوناً بالمادة 18 مكرر ذلك أن الراجح الذي نراه من صياغة نص المادة 18 مكرر سالف الذكر يؤدى إلى ذلك القول لأسباب عديدة هي:

أولاً : أن النص قد اشترط لوجوب المتعة للزوجة أن يطلقها زوجها في قوله "إذا طلقها زوجها" وقد يقال في الرد على ذلك أن حكم القاضى بالتطبيق يقوم مقام الطلاق الحاصل من الزوج ، وهذا صحيح من ناحية انتهاء الزوجية بينهما إلا أن الجدير بالذكر أن الطلاق حق للزوج يوقعه بإرادته المنفردة ولا يعقل القول أن القاضى عند الحكم بالتطبيق كان نائباً عن الزوج في إيقاع الطلاق لأن الخصومة القضائية رفعت إليه وانعقدت أمامه وهو لا يمكن أن يكون خصماً وحكماً في أن واحد لأن القاضى يعمل لإرادة القانون ولا يعمل لإرادة الزوج فدوره لا يتعدى الفصل في الخصومة بين الزوجين .

ثانياً : أن نص المادة 18 مكرر تقرر في تقدير المتعة مراعاة حال المطلق لأن لفظ المطلق الوارد في النص هو اسم فاعل ، أى الذى صدر منه الطلاق وأن يسراً وعسراً وهذه العبارة أيضاً تدل على وقوع الطلاق من الزوج دون غيره والنظر في تقدير المتعة يجرى على حاله يسراً وعسراً ، ولا يتفق ذلك مع حكم القاضى بالتطبيق ، لأنه لا يقع بإرادة القاضى وإنما هو تفريق للزوجين وفسخ لعقد الزواج بينهما فى معناه الصحيح وبياناً لإرادة القانون فى حالة توافرت فيها شروط أعمال النص القانونى .

ثالثاً : أنه لم يكن خافياً على المشرع ولم يغيب عن ذهنه وقت صياغة نص المادة 18 مكرر سאלفة الذكر أن بعض حالات الطلاق والفرقة بين الزوجين تكون بأحكام قضائية ، ولو كان المشرع يريد أن يجعل حكم هذه المادة شاملاً لهذه الحالات وما أكثرها لكان أن صاغ لفظ الطلاق الوارد فى النص بالبناء على المجهول فتكون الصياغة على النحو التالى "للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقت بدون رضاها ولا بسبب من قبلها" ونرى أن عطف لفظ الزوج على لفظ الطلاق يعنى أنه خصص هذا الحكم لحالة وقوع الطلاق من الزوج فقط وقد عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم 44 لسنة 1979 بقولها أن تقرير المتعة المطلقة إلى جانب ما يحقق لها من العون المادى فى الوقت نفسه يمنع الكثيرين من التسرع فى الطلاق ، والتسرع لا يتصور إلا من قبل الزوج وغير متصور من قبل القاضى .

رابعاً : أن ذهاب الزوجة إلى القاضى طالبة منه تطبيقها من زوجها فيه الدليل على رضائها مسبقاً بالطلاق لأن إقامتها الدعوى به عمل إرادى لا يتفق مع العلة من تقرير المتعة وهى جبر خاطر المطلقة ومواساتها عما أصابها من ألم وجزع من طلاقها الذى لم يكن لها يد فيه ، أما وقد لجأت إلى القضاء طالبة تطبيقها فلا يحق لها المتعة لأنها شاركت بفعلها فى وقوع الطلاق .

خامساً : أن اشتراط النص استحقاق الزوجة التى طلقها زوجها للمتعة أن لا يكون الطلاق راجعاً إلى سبب من قبلها معناه وجوب المتعة عند تحقق الفرض العكسى ، بل هو شرط سلبى فى حق الزوجة معناه أن لا تتسبب من جانبها فى حصول الطلاق ، فإن كانت هى المتسببة فى الطلاق لم تستحق المتعة ، فكأن القانون علق التزام الزوج الذى طلق زوجته على شرط فاسخ هو أن لا يكون الطلاق راجعاً إلى سبب من قبل الزوجة .

سادساً : أن قول أحمد من المذهب الشافعى و الذى يستند إلى تشريع المتعة وضعياً إليه أوجبها بشرطين هما عدم الرضا والسبب¹ رغم كون المذهب إنما يوجبها باطلاً بصرف النظر عن الرضا أو السبب وهو ما يعنى وجوب توافر الشرطين فى المطلقة وتكليفها – بإثبات توافرهما . كما أنه إذا كان مناط استحقاق المتعة هو الطلاق المستبد به فإن إيقاع من القاضى فى حالات الطلاق بناء على طلب الزوجة إلا يتصف الطلاق بهذه الصفة الموجبة لاستحقاق المتعة حيث لا يتصور أن يستبد القاضى بالطلاق الذى

¹ المذكرة الإيضاحية للمادة 18 مكرر .

يوقعه على الزوجة في دعوى الطلاق التي ترفعها إليه فضلاً عن أنه إذا كانت المتعة هي المبلغ الذي تحصل عليه الزوجة جبراً لخاطرهما عن التعسف في استخدام حق الطلاق فلا يتصور تعسفه في إيقاع الطلاق على الزوجة وخاصة أنه إنما يقضى به بناء على طلبها ذلك أنه إذا كان من المتصور أن يسيئ الزوج استخدام إرادته في إيقاع الطلاق فكيف يتصور أن يقع القاضي في ذلك عند القائلين بحلول إرادة القاضي محل إرادة الزوج في إيقاع الطلاق جبراً عنه في دعاوى الطلاق بناء على طلب الزوجة¹.

أما القائلين بأن لجوء الزوجة إلى طلب الطلاق لا يعبر عن رضا من جانبها بوقوعه الأمر الذي لا يسقط حقها في المتعة لكون لجوئها إلى القضاء بطلب الطلاق إنما كان نتيجة إساءة الزوج إليها وإضراره بها مما يعد معه إكراهاً دافعاً لها إلى اللجوء إلى المحكمة بطلب الطلاق نافياً لشرط الرضا في هذه الحالة وهذا القول مردود بأن إساءة الزوج يمكن للزوجة دفعها بشكايته لولى الأمر (القاضي) جنائياً لتعديره – كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون – إذا ما اتخذت الإساءة صورة الاعتداء وإنزال العقاب ضده على فعلته ، أما طلب الطلاق فإنه دال بذاته على اتجاه إرادة الزوجة ورضاها المسبق به .

وكانت محكمة استئناف القاهرة قد ذهبت إلى أحقية المطلقة بحكم من المحكمة في الحصول على تعويض المتعة².

وقد تبنت محكمة النقض الرأي الأول وقضت في أحكامها الحديثة بحق المطلقة بحكم قضائي في المتعة شأنها شأن المطلقة بإرادة الزوج³.

• ويعد الحكم الصادر بالطلاق دليلاً على أن الطلاق قد تم بغير رضا الزوجة أو بسبب يرجع إليها وهو ما يكفي بذاته لحمل الحكم بالقضاء المتعة لها⁴.

¹ أنظر أحكام تبنت رأينا بعد نشرة الحكم رقم 2549 لسنة 1984 – جلسة 1985/10/29 – محكمة شمال القاهرة الابتدائية وكذا الحكم رقم 620 لسنة 1986 – كلى جنوب القاهرة – جلسة 1986/10/27 والحكم رقم 343 لسنة 1984 كلى نفس اليوم

² أنظر الحكم رقم 380 لسنة 101 قضائية – جلسة 1985/4/11 – استئناف القاهرة.

³ على سبيل المثال نقض أحوال الطعن رقم 40 لسنة 54 ق – جلسة 1987/5/26 والطعن رقم 118 لسنة 60 ق – جلسة 1993/12/28 وراجع الطعن رقم 438 لسنة 65 ق – جلسة 2000/4/17 وفيه اعتبرت المحكمة المطلقة للضرر مستحقة للمتعة

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 117 لسنة 59 ق – جلسة 1992/3/24 .

• وإذا أسلمت الزوجة قبل الطلاق وأبى الزوج الإسلام فسخ القاضى العقد بينهما واستحققت المطلقة المتعة¹ كما تستحق المتعة الذمية المطلقة التى أسلم زوجها وأوقع عليها الطلاق واستصدر حكماً بإثبات هذا الطلاق إذا ما توافرت شروط الاستحقاق باعتبار أن الطلاق قد تم بإرادة الزوج المنفردة .

• وتستحق المتعة باستيفاء شروطها سواء كانت الزوجة قد سمى لها صداق أو لم يسمى لها وحيث تسمية المهر لا تشترط للمطالبة بالمتعة .

• ولا يسقط حق المطلقة فى المتعة – فى رأينا - بتكرار الطلاق فكلما طلقت المرأة استحققت المتعة ، فلو عاد المطلق وأعادها إلى عصمته بأن عقد عليها ثم طلقها ثانية استحققت المتعة عليه وهكذا إلا أن البعض يذهب إلى سقوط حق المطلقة فى المطالبة بالمتعة إذا أعاد المطلق مطلقته إلى عصمته على سند أن إعادة المطلق مطلقته إلى عصمته ينطوى على جبر لخطرها ومواساة لها يرفع عنها ضرر الطلاق بما يسقط استحقاقها للمتعة ، إلا أن هذا النظر لا يفرق بين ما إذا كانت إعادة المطلق مطلقته إلى عصمته من طلاق رجعى أم بعد طلاق بائن ومعاودة العقد على المطلقة بعقد ومهر جديدين ، إذ لو جاز اعتبار قيام المطلق رجعيًا برد المطلقة إلى عصمته جبراً لخطرها فهل يمكن اعتماد ذات النظر فى الطلاق البائن ومعاودة الزواج من المطلقة بعقد جديد بعد مدة تطول أو تقصر؟² كما أن زواج المرأة من أكثر من رجل وطلاقها منهم يوجب لها المتعة على كل منهم استقلاً³.

• إلا أنه إذا طلق الزوج زوجته على الإبراء ثم أعادها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين ثم طلقها ثانية فلا يجوز احتساب مدة الزواج الأول ضمن مدة الزوجية فى تقدير المتعة حيث لا يجوز سوى احتساب المدة الثانية وحدها لعدم استحقاقها للمتعة عن الطلاق الأول لوقوعه على الإبراء بما ينتفى معه شرط عدم الرضى باعتباره أحد سببى استحقاق المتعة⁴.

• وتستحق المتعة للمطلقة مهما قصرت مدة الزواج ولو لم يستمر سوى شهر أو بضع شهر⁵ كما تستحقها الزوجة العاقر باعتبار أن عدم الإنجاب لا يعد سبباً من جانبها

¹ أبو زهرة فى عقد الزواج وآثاره – المرجع السابق – ص 113 .
² أنظر الحكم رقم 20 لسنة 30 ق استئناف المنصورة (مأمورية الزقازيق) وكذا عبد الناصر العطار فى

المرجع السابق .
³ عبد الناصر العطار فى المرجع السابق – ص 134 .

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 760 لسنة 73 ق – جلسة 12 / 2 / 2005 .

⁵ الحكم رقم 110 لسنة 20 ق استئناف القاهرة – جلسة 1985/5/9 .

قياساً على عدم اعتباره يجيز التطليق وفقاً لحكم المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل¹.

• ويقع عبء إثبات توافر شروط الحق في المطالبة بالمتعة – بحسب الأصل – على عاتق المطلقة إعمالاً للقاعدة الشرعية " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"² ، فيتعين على المدعية إقامة الدليل على سبق الزواج والطلاق وهما واقعتان تثبتان بالوثائق الرسمية كما يكون عليها أن تقيم الدليل على أن الطلاق لم يكن برضا منها أو بسبب يرجع إليها .

• للمطلقة إثبات كافة شروط استحقاق المتعة بكافة طرق الإثبات الشرعية وأهمها البينة الشرعية والقرائن³ والإقرار واليمين وغيرها⁴ ، فإذا كانت وسيلة الإثبات هو البينة الشرعية وجب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين⁵ .

• وإذا دفع المدعى عليه استحقاق المدعية للمتعة بأن الطلاق وقع برضاها وبسبب يرجع إليها اعتبر مدعياً فيما يتعلق بدفاعه وانتقل عبء إثبات الرضا والسبب في الطلاق إليه الذي له إثباته بكافة طرق الإثبات أيضاً .

• ويعد طلاق الزوجة غيبياً قرينة على أن الطلاق قد وقع بغير رضاها ولا بسبب يرجع إليها يخول للمحكمة القضاء بالمتعة دون استلزام إثبات آخر⁶.

• ومؤدى ذلك أنه في حالة الطلاق الغيابي فإن المطلقة المدعية لا تكلف بإثبات توافر شرطي استحقاق المتعة باعتبار انهما يعدان متوافران في جانبها افتراضاً إعمالاً للقرينة المذكورة وفي هذه الحالة يقع على المطلق – عبء إثبات أن الطلاق وقع برضا المدعية أو لأسباب ترجع عليها .

• وعلى ذلك يجرى العمل بالمحاكم على إحالة الدعوى إلى التحقيق لأثبات ونفي عناصرها وإعطاء الزوج فرصة نفي توافر شرطي الاستحقاق فإذا لم تقدم المدعية شهودها وكان الطلاق غيبياً اعتبر الشرطان متوافران إلى جانبها فرضاً فإذا قدم الزوج

¹ نقض أحوال الطعن رقم 287 لسنة 62 ق – جلسة 1996/9/23 .

² نقض أحوال الطعن رقم 58 لسنة 55 ق – جلسة 1986/12/23 والطعن رقم 704 لسنة 67 ق – جلسة 1998/12/28 .

³ راجع نقض أحوال جلسة 1966/3/23 – ص 666 – س 17 .

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 79 لسنة 55 ق – جلسة 1986/6/24 .

⁵ نقض أحوال الطعن رقم 704 لسنة 67 ق – جلسة 1998/12/28 .

⁶ نقض أحوال الطعن رقم 89 لسنة 58 ق – جلسة 1991/1/15 .

شهوده قدرت المحكمة شهادتهما في نفى توافر شرطى الاستحقاق أما إذا لم يقدم شهودا اعتبر مصادقاً على طلبات المدعية كما أن حضور الزوجة مجلس الطلاق يعد قرينة على أن الطلاق قد وقع برضاها أيضاً إلا إذا أقامت الزوجة الدليل على أن حضورها مجلس الطلاق لم يكن برضا منها به .

• ويتعين إقامة الدليل على توافر كافة شروط استحقاق المتعة فإذا تمسك المطلق أمام محكمة الموضوع بأن طلاقه للمدعية كان بسبب يرجع إليها وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك فإذا لم تحقق المحكمة هذا الدفاع وأقامت قضاءها باستحقاق المدعية للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابياً فإن حكمها يكون قاصراً¹.

• وإذا تركت الزوجة مسكن الزوجية هاجرة إياه وقضى بنشوزها فطلقها الزوج و طالبته بالمتعة فدفع دعواها بأن السبب في الطلاق يرجع إليها و ساق دليلاً على ذلك الحكم الصادر بنشوزها فإن الحكم الصادر بالنشوز لا يشكل سوى قرينة تساند إدعاء المدعى عليه يجوز للمطلقة المدعية إثبات ما يدحضها بأن تقيم الدليل على أن الطلاق لم يكن برضا منها أو بسبب يرجع إليها بل أن محكمة النقض ذهبت في هذا الخصوص إلى أبعد من ذلك واعتبرت أن الحكم الصادر بعدم قبول اعتراض الطاعة لا يحتاج به في دعوى المتعة²، كما اعتبرت أن ترك الزوجة لمنزل الزوجية ومعها كافة منقولاتها باتفاق مع الزوج أفرغ في محضر رسمي لا يدل بذاته على أن الطلاق الذى أوقعه الزوج عليها بعد ذلك كان برضاها³، وعلى ذلك فإن قيام الزوجة بهجر مسكن الزوجية يعد دليلاً على أن الطلاق الذى أوقعه الزوج عليها كان بسبب يرجع إليها (هجرها لمسكن الزوجية) مما يسقط حقها في استحقاق المتعة وذلك إلا إذا كان ذلك الترك هو السبب المباشر الذى أدى إلى فصم عرى الزوجية ففي هذه الحالة يعتبر الترك مسقطاً لحق الزوجة في المتعة ، وتقدير ما إذا كان هجر الزوجة لمسكن الزوجية هو السبب المباشر للطلاق من عدمه من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع⁴.

• كما ذهبت أحكام محكمة النقض أيضاً إلى أن الحكم الصادر بعدم قبول الاعتراض على إنذار الطاعة لا يحتاج به في دعوى المتعة⁵.

¹ نقض الطعن رقم 51 لسنة 58 ق - جلسة 1990/4/17 .

² نقض الطعن رقم 438 لسنة 65 ق - جلسة 2000/4/17 .

³ راجع نقض أحوال الطعن رقم 51 لسنة 57 ق - جلسة 1989/2/21 .

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 354 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/23 وراجع أيضا الطعن رقم 354 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/23 والطعن رقم 438 لسنة 65 ق - جلسة 2000/4/11 .

⁵ نقض أحوال الطعن رقم 438 لسنة 65 ق - جلسة 2000/4/17 .

• وتاريخ تقدير قيمة أو مقدار المتعة هو تاريخ وقوع الطلاق وليس تاريخ المطالبة أو التداعى بها وذلك باعتبار أن إيقاع الطلاق هو الواقعة المنشئة للحق فى المتعة ، وعلى ذلك فإذا ما تراخت المطلقة فى المطالبة بتعويض المتعة – اطمئنانا منها بعدم تقادم المطالبة فى الحق بها ولم يكن هناك حكم بالنفقة قد سبق صدوره ضد المطلق وجب النظر والاعتداد بيسار المطلق فى تاريخ وقوع الطلاق وبصرف النظر عما يكون قد طرأ على حالته المالية من زيادة فى تاريخ المطالبة بها خاصة وأن النص على تقدير المتعة بنفقة سنتين يفيد الالتزام فى تقديرها بوقت استحقاق تلك النفقة وهو ما لا يتجاوز وقت وقوع الطلاق فضلاً عن أن إطلاق إجازة تقدير المتعة طبقاً لحالة المطلق المالية وقت المطالبة بها يفتح الباب أمام الزوجة المشاكسة بتعمد التراخى فى المطالبة بالمتعة لعدة سنين حتى يزداد يسار المطلق وهو ما يؤدى من جهة ثالثة إلى التفرقة بين المطلقة التى بادرت إلى المطالبة بالمتعة فور إيقاع الطلاق وتلك التى تتراخى فى المطالبة رغم اتحاد مركزيهما القانونى وهو ما لم يقل به أحد ، وقد ذهب قضاء محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى ما يؤيد هذا التأصيل وفيه قالت المحكمة أنه يعتد فى تقدير المتعة بظروف الطلاق ومدة الزوجية ويراعى فى فرضها حال المطلق يسراً أو عسراً وقت الطلاق وهو الوقت الذى تستحق فيه باعتبارها أثراً مترتباً عليه جبر خاطر المطلقة ولتستعين به على مواجهة ما ينجم عنه من نتائج وأعباء مادية ، ولا عبرة فى تقدير المتعة بتغير حال المطلق إلى العسر أو اليسر بعد الطلاق أو بحالة وقت الحكم بفرضها إذ لا ينفك سبب الالتزام عن الآثار المترتبة عليه .

(الطعن رقم 56 لسنة 62 ق – جلسة 1995/12/25)

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

• وإذا طلق الزوج زوجته ثم توفيت الزوجة فلا يجوز لورثتها إقامة الدعوى ضد الزوج لمطالبته بالمتعة المستحقة لمورثتهم لكون المتعة من الحقوق الشخصية للمرأة المطلقة المترتبة على الطلاق التى لا تنتقل إلى الخلف العام ، وكذا إذا توفى الزوج بعد الطلاق فلا يجوز لمطلقاته إقامة الدعوى ضد ورثته للمطالبة بالمتعة ، أما إذا توفى بعد صدور الحكم لها بالمتعة استحققت المتعة فى تركته وحق للمطلقة مطالبة ورثته بما قضى لها به منها إعمالاً لقاعدة إلا تركة إلا بعد سداد الديون .

• ويثور التساؤل حول حق المرأة التى يطلقها زوجها بسبب عقمها فى استحقاق المتعة وهل يعد عقم المرأة سبباً من جانبها يتخلف معه أحد شرطى استحقاقها للمتعة ؟ .

• ونحن نرى أن عقم الزوجة وعدم قدرتها على الإنجاب لا يعد سبباً فى جانبها يسقط حقها فى استحقاق المتعة إذا طلقها زوجها لهذا السبب ، ذلك أنه يشترط فى السبب الذى يتحقق فى جانب الزوجة ويسقط بتوافره حقها فى المتعة أن يكون سبب غير مشروع كثبوت اعتداء الزوجة على الزوج أو إثباتها من التصرفات ما يشكل جريمة ضده ، وعلى ذلك فإن عقم الزوجة لا يسوغ اعتباره سبباً يسقط حق الزوجة فى المتعة لكونه مما يخرج عن إرادتها باعتباره أمراً لا يد لها فيه¹.

• وتقدر المتعة بنفقة سنتين على الأقل ، والمقصود بالسنة فى هذا المقام السنة الميلادية وليست الهجرية إعمالاً لحكم المادة 23 من القانون .

• ويجب إلا يقل المبلغ المحكوم به كمتعة عن نفقة سنين كحد أدنى² إلا أن للمحكمة أن تحكم بما يجاوز هذه المدة بالنظر إلى حالة المطلق المالية الاجتماعية وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، كما يجوز أن تفرض المتعة لمدى حياة المطلقة وخاصة أن مفهوم نص المادة يتسع لذلك³.

• ويتعين الإشارة فى هذا المقام أنه إذا استأنف المطلق أو المطلقة الحكم الصادر بفرض المتعة وتضمن الاستئناف النعى على شروط الاستحقاق دون النعى على مقدار المفروض فلا يجوز لمحكمة الطعن التعرض بالزيادة أو النقصان أو التعديل لمقدار المفروض إعمالاً للقاعدة الأصولية المنصوص عليها فى المادة 232 مرافعات والتي مؤداها أن الاستئناف ينقل الدعوى إلى محكمة الاستئناف فى حدود ما رفع عنه الاستئناف فقط وحتى لا تقضى محكمة الطعن بما لم يطلبه الخصوم .

• والمقصود بعبارة ظروف الطلاق الواردة بالنص وجوب أن تدخل المحكمة فى تقديرها عند الحكم فى دعوى المتعة الأسباب الشخصية التى دفعت الزوج إلى إيقاع الطلاق ومدى تعسف الزوج فى استخدام هذا الحق بحيث يتعين على المحكمة زيادة المبلغ المحكوم به كمتعة كلما تكشف لها من بحث ظروف الطلاق تعسف الزوج فى استخدام هذا الحق .

¹ راجع التعليق على المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 وراجع إضافة للتأصيل السابق حكم محكمة النقض فى الطعن رقم 287 لسنة 62 ق – جلسة 1996/9/23 حيث اعتبرت المحكمة أن عقم الزوج لا يعطى الزوجة الحق فى التطليق للغيب وفقاً لحكم المادة 9 من القانون 25 لسنة 1929 – راجع التعليق على المادة (9).

² نقض أحوال الطعن رقم 28 لسنة 69 ق – جلسة 2000/1/17 .
³ أنظر فى ذلك الحكم الصادر فى القضية رقم 1809 لسنة 19081 أحوال نفس كلى جنوب القاهرة وفيه حكمت المحكمة بفرض متعة للمدعية مدى حياتها وتأييد هذا الحكم استئنافياً برقم 197 لسنة 5 قضائية وانظر أيضاً الحكم الصادر فى الاستئناف رقم 26 لسنة 102 قضائية – جلسة 1986/5/8.

• كما يتعين على المحكمة عند تقدير المتعة المحكوم بها مراعاة المدة التي استغرقتها الزوجية ، إلا أنه يجدر التنويه إلى أنه وكما يمكن أن يعد قصر مدة الزوجية سبباً داعياً لضالة المبلغ المحكوم به على سبيل المتعة فإنه يمكن أن يعد أيضاً وفي نفس الوقت سبباً لزيادة هذا المبلغ – بمراعاة ظروف الطلاق ، كما أن الزواج الذي لم يستمر سوى بضع أسابيع أدعى إلى زيادة المبلغ المحكوم به كمتعة لعمق الألم النفسى الذى سيخلفه الطلاق السريع فى نفسية المطلقة ووضعها بين أهليها .

• وتقدر المتعة طبقاً لحالة المطلق المالية فى تاريخ الطلاق وليس فى تاريخ إقامة الدعوى أو الحكم فيها كما تقدم القول¹.

• وقد أجاز النص إمكان قيام المحكمة بالترخيص للمطلق فى سداد المتعة المحكوم بها على أقساط² إلا أن ذلك يجب أن يكون بناء على طلب المدعى عليه بما يتمتع معه على المحكمة الحكم بالتقسيط من تلقاء نفسها³ حتى لا يعيب حكمها عيب القضاء بما لم يطلبه الخصوم كما يجوز طلب التقسيط عند التنفيذ⁴ بنا على قرار يصدر من قاضى التنفيذ المختص .

• وكما يجوز طلب التقسيط أمام محكمة أول درجة فإن ذلك يجوز أمام محكمة الاستئناف دون أن يعد ذلك طلباً جديداً وفقاً لحكم المادة 58 من القانون رقم (1) لسنة 2000 .

• وقد أثارت صياغة المادة 18 مكرر خلافاً فى العمل حول مدى حجية الحكم الصادر بالنفقة بالنسبة لدعوى المتعة ومدى وجوب أو جواز الاستناد أو التمسك بما ورد بحكم النفقة واتخاذ أساساً لتقدير المتعة المستحقة على المطلق وذلك باعتبار أن النص المذكور وقد وردت صياغته متضمنة عبارة (... متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل ...) وقد تفرعت أحكام المحاكم فى تفسير هذا النص إلى ثلاث اتجاهات اعتبر إحداها أنه يستوى للقضاء بالمتعة صدور أو عدم صدور الحكم للمطلقة بالنفقة وذهب إلى تقدير يسار المطلق

¹ نقض أحوال الطعن رقم 56 لسنة 62 ق - جلسة 1995/12/25
² أنظر الحكم رقم 841 لسنة 1985 - كلى شمال القاهرة - جلسة 1986/6/29 وفيه رفضت المحكمة طلب التقسيط لثبوت يسار المدعى عليه .

³ وقد ذهب التفتيش القضائى إلى تأييد هذا التفسير على أعمال رئيس نيابة الأحوال الشخصية عن أعماله فى العام 1985 .

⁴ نصر الجندي فى المرجع السابق - ص 173 .

لتحديد مقدار المتعة المستحقة باتخاذ إجراءات الإثبات المعتادة¹ مع الاسترشاد بحكم النفقة أن وجد لا فرق بين ما إذا كان ابتدائياً أو نهائياً ، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار أن صدور حكم قضائي بتحديد نفقة المطلقة يعد مسألة أولية يتعين الفصل فيها لزوم الفصل في دعوى المتعة إعمالاً لحكم المادة 129 مرافعات ، وقد ذهبت تلك الأحكام في سبيل تطبيق هذا النظر إلى وقف دعوى المتعة إلى حين الفصل في دعوى النفقة بحكم نهائي إذا ما تبين أن هذه الدعوى الأخيرة مطروحة على القضاء بين الخصمين² .

بينما ذهب اتجاه ثالث إلى القول بعدم قبول دعوى المتعة لرفعها قبل الأوان إذا ما تبين عدم قيام المدعية بالمتعة بسبق رفع الدعوى بالنفقة³.

ونحن نرى أن هذه المشكلة يتعين النظر إليها من خلال "نظرية قوة الأمر المقضى للأحكام القضائية" ذلك أنه من المقرر أن الحكم إذا ما صار نهائياً غير قابل للطعن عليه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية اكتسب ما اصطلح على تسميته بقوة الأمر المقضى باعتبار أنه قد أضحى في مرتبة يعد معها عنواناً للحقيقة القانونية⁴ إلى أن يطرأ عليه ثمة تعديل فيما يتعلق بالأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها ذات حجية مؤقتة ، وإذا كان من المقرر أن كل حكم حائز قوة الأمر المقضى يكون بطبيعته حائزاً لحجية الأمر المقضى⁵ فإن مقتضى ذلك أن الحكم الصادر بالنفقة يكون واجب الاحترام من الكافة ولا يجوز القضاء على خلافه في أي نزاع يكون هذا الحكم مستنداً لأي من الخصوم فيه⁶ إلا أنه لما كان من المقرر في ذات الوقت أن الحجية التي تثبت للأحكام الصادرة بالنفقات هي بطبيعتها حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير مما يعتبر معه الحكم الذي ينكر هذه الحجية مخالفاً للقانون يجوز الطعن فيه بطريق النقض عملاً بالمادة 426 مرافعات⁷ وعلى ذلك يمكن القول أنه يتعين عند نظر دعوى المتعة التفرقة بين حالتين :

- 1 أنظر الحكم رقم 20 لسنة 1986 – جلسة 1986/6/24 – كلى شمال .
- 2 أنظر الحكم رقم 208 لسنة 1984 كلى شمال القاهرة – جلسة 1986/1/7 .
- 3 أنظر الحكم رقم 1553 – جلسة 1986/6/28 – كلى جنوب القاهرة .
- 4 السنهاورى فى الوسيط – المجلد الأول – الجزء الثانى – ط 1982 – ص 816 .
- 5 نقض أحوال – جلسة 1960/10/27 – ص 540 – س 21 .
- 6 السنهاورى فى المرجع السابق – ص 824 .
- 7 نقض أحوال جلسة 1960/10/27 – ص 540 – س 21 .

الحالة الأولى : أن يكون هناك حكماً صادراً للمدعية بالنفقة فيتعين في هذه الحالة اتخاذه أساساً لتقدير المتعة وهنا يفرق بين حالتين الأولى ، أن لا يكون هذا الحكم قد اكتسب قوة الأمر المقضى أى لم يصبح نهائياً فيتعين على محكمة المتعة تأجيل نظر الدعوى إلى حين صيرورة الحكم الصادر بالنفقة نهائياً منعا لتناقض الأحكام , والثانية أن يكون حكم النفقة قد اكتسبت قوة الأمر المقضى بأن أصبح نهائياً فيتعين على محكمة المتعة في هذه الحالة القضاء بما قضى به الحكم المذكور من نفقة واتخاذه أساساً لتحديد مقدار المتعة المقضى بها¹ مع الاستعانة بعناصر التقدير الأخرى الواردة بالنص وذلك إلا إذا ادعى أيضاً أحد طرفي الدعوى تغير الحالة المالية للمطلق² حيث يتعين الوقوف على ما آل إليه حال المطلق بعد صدور حكم النفقة يسراً أو عسراً³ للقضاء بالمتعة على ضوء الحالة المالية الثابتة للمدعى عليه في تاريخ استحقاق المتعة⁴ , وهو ما يكلف المدعى بتغيير الحالة المالية بإثباته.

الحالة الثانية : وفيها لا يكون هناك حكماً بالنفقة للمطلقة أما لعدم حصولها على حكم بالنفقة أو لغير ذلك من الأسباب ، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة المختصة بدعوى المتعة اتخاذ إجراءات إثبات درجة يسار المطلق توصلًا إلى تحديد مقدار ما كانت تستحقه المطلقة من نفقة لتتخذ المحكمة فقط أساساً لتقدير المتعة المستحقة⁵ دون أن يكون لهذا القضاء حجية في خصوص استحقاق المطلقة للنفقة على المطلق⁶ .

لذلك نحن نرى أن الأحكام التي تذهب إلى الحكم بعدم قبول دعوى المتعة لرفعها قبل الحصول على حكم بالنفقة تنطوي على قضاء معيب حيث جعلت حصول المطلقة على حكم بالنفقة من أسباب استحقاق المتعة وليس من وسائل تقديرها باعتبار أن هذه الأحكام تذهب إلى رفض دعوى المتعة إلى حين الحصول على حكم بالنفقة بحجة رفعها قبل الأوان الذي تراه تلك الأحكام أن يكون تالياً لرفع دعوى النفقة أو الحصول على حكم نهائى بها ، نقول أن هذا الاتجاه معيب لأنه إنما يعنى سقوط حق تلك التي لم ترغب لسبب أو لآخر في رفع دعوى بالنفقة في الحصول على تعويض المتعة وهو نظر لا يقول به منصف ، وما يؤكد

¹ راجع نقض الطعن رقم 204 لسنة 62 ق - جلسة 1996/3/25 .

² راجع نقض الطعن رقم 6 لسنة 63 ق - جلسة 1997/3/10 .

³ وفي ذلك قالت محكمة النقض في الطعن رقم 345 لسنة 64 ق - جلسة 1999/6/28 "إن تعديل محكمة الاستئناف لمقدار المتعة المحكوم بها ابتدائياً على قالة عدم تقبده = بحكم النفقة الصادر لصالح المطلقة دون بيان ما إذا كانت ظروف المطلق المالية تغيرت بعد هذا الحكم خطأ وقصور" .

⁴ راجع نقض الطعن رقم 28 لسنة 69 ق - جلسة 2000/1/17 .

⁵ الحكم رقم 1045 لسنة 1985 - كلي جنوب القاهرة - جلسة 1896/5/26 .

⁶ راجع نقض أحوال جلسة 1954/12/16 - ص 315 - س 15 .

ذلك أن المشرع تمشياً مع ما نذهب إليه قد أورد - تحسباً لهذه الاحتمالات - فى معرض تناوله لكيفية تقدير المتعة عدداً من الركائز الأخرى - أضافها بواو العطف لتأكيد ضرورة مراعاتها - يتعين إدخالها فى الاعتبار عند تقدير المتعة بجانب - أو بديل عن - حجم النفقة وهى حالة المطلق يسراً أو عسراً وكذا ظروف الطلاق ومدة الزوجية طولاً أو قصراً¹ وهو الأمر الذى تؤكد من ناحية أخرى صياغة المادة 18 مكرر من القانون وحيث جرى النص على استحقاق المتعة بما يقدر بنفقة سنتين وليس بما يماثل نفقة سنتين أو بما يطابق سنتين وهو ما يؤكد قصد المشرع من النص على لفظ نفقة العدة إنما هو كضابط للتقدير ليس إلا .

وخلص الأمر

- أنه فى حالة صدور حكم نهائى بالنفقة تعين على محكمة المتعة اتخاذه أساساً لتقدير المتعة المستحقة للمطلقة مع عدم إغفال عناصر التقدير الأخرى .

- وفى حالة وجود دعوى نفقة مطروحة على القضاء تعين على محكمة المتعة تأجيل دعوى المتعة إلى حين الفصل نهائياً فى دعوى النفقة وذلك تحسباً لعدم تناقض الأحكام ليس إلا واحتراماً لقوة الأمر المقضى لحكم النفقة .

- وفى حالة عدم وجود دعوى أو حكم بالنفقة تعين على محكمة المتعة اتخاذ إجراءات إثبات يسار المطلق والقضاء بالمتعة استناداً إلى ذلك.

● استقر أن الطلاق أياً كان نوعه يعد الواقعة القانونية المنشئة لالتزام الزوج بالمتعة ، وعلى ذلك فإن حق المطلقة فى المتعة إنما يثبت لها من تاريخ وقوع الطلاق إذا ما توافرت الشروط القانونية لاستحقاقها ، وإذا كانت الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط للحق مهما طال الزمن² فإن البحث فى تقادم دين المتعة يكون على غير محل أو سند خاصة وبعد أن صدر القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية خلوا من نص مماثل لنص المادة 375 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1391 الصادر باللائحة الشرعية والذى كان يحظر على المحاكم سماع الدعاوى إذا ما انقضت مدة خمسة عشرة سنة من تاريخ ثبوت الحق فيها أى من تاريخ الطلاق³ دون رفع

¹ أنظر الحكم رقم 260 و 263 لسنة 102 ق - جلسة 1986/3/6 - استئناف القاهرة.

² نقض أحوال - جلسة 1984/11/27 - الطعن رقم 36 لسنة 53 ق .

³ نقض أحوال - الطعن رقم 16 لسنة 54 ق - جلسة 1985/11/25 .

الدعوى بها مع تمكن المطلقة من رفعها وعدم العذر الشرعى مع الإنكار للحق فى تلك المدة

• والمتعة لا تعتبر من النفقات¹ ذلك أن النفقة تعد الحق المالى الثانى الذى يجب للمرأة على زوجها حين أن المتعة تشكل الحق الثالث من هذه الحقوق فالنفقة إنما تكون مقابل الاحتباس الثابت للزوج على الزوجة حين أن المتعة هى فضلاً عن أن المروع لم يدخل المتعة – ضمن الأنواع المنصوص عليها فيه والتي وردت به على سبيل الحصر وعلى ذلك يمكن القول بعدم جواز الحبس فى متجمد المتعة².

• وينعقد الاختصاص النوعى بنظر دعوى المتعة لمحكمة الأسرة إعمالاً لحكم المادة الثالثة من القانون رقم 10 لسنة 2004.

• كما أن المحكمة المختصة محلياً بنظر تلك الدعوى هى محكمة موطن المدعى عليه وحده دون محكمة موطن المدعية والتي أقيمت أمامها أول دعوى بين الزوجين إعمالاً لمقتضى المادة الخامسة عشر من القانون رقم 1 لسنة 2000 قد حددت فى متنها الحالات والشروط التى يتعين توافرها لإمكان إقامة الدعوى أمام محكمة موطن أى من المدعى أو المدعى عليه باعتبارها استثناء على الأصل العام وإذا كان نص المادة الأخيرة قد أورد أنواع الدعاوى التى يمكن إقامتها أمام محكمة موطن أى من المدعى أو المدعى عليه على سبيل الحصر فإن دعوى المتعة لم يرد النص بها ضمن تلك الدعاوى حتى يمكن القول بجواز إقامة الدعوى بها أمام محكمة موطن أى من المدعى أو المدعى عليه³ خاصة وأنه لا يمكن القول بأن دعوى المطالبة بالمتعة تدخل ضمن مفهوم النفقات والأجور لاختلاف طبيعة كل منهما عن المتعة كما لا تدخل المتعة ضمن نص الفقرة د من المادة المذكورة" وهى "التطليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين" لما هو مستقر فقها وقضاء من أن مفهوم تلك الفقرة لا ينصرف إلا للطلاق ذاته إثباتاً أو نفياً أو طلباً ولا يمتد ليشمل الآثار المترتبة

¹ نقض أحوال جلسة 1987/5/26 – الطعن رقم 40 لسنة 45 ق .
² أنظر فى هذا الاتجاه الحكم رقم 157 لسنة 1988 جزئى منية القمح وأيضاً رقم 237 لسنة 1982 – كلى جنوب القاهرة – جلسة 1982/12/20 ، وعكس ذلك قضى بالحبس فى متجمد المتعة رقم 59 لسنة 1983 وهو معيب للأسباب المذكورة بالمتن .
³ قارن نقض أحوال الطعن رقم 40 لسنة 54 ق جلسة 1987/5/26 ، وقد اقترحنا على لجنة تعديل القوانين الإجرائية لمنازعات الأحوال الشخصية والتي شاركنا فى عضويتها فى غضون عام 1993 إجازة إمكان إقامة الدعوى للمطالبة بالمتعة أمام محكمة موطن أى من المدعية أو المدعى عليه وقد وافقت اللجنة على اقتراحنا وأدرج بمشروع القانون المذكور إلا أن القانون رقم 1 لسنة 2000 قد صدر خلوا من النص صراحة على المتعة بالمادة 15 منه والتي تتناول تحديد الاختصاص المحلى لدعاوى الأحوال الشخصية

عليه خاصة وأن المشرع لو أراد اعتبار المتعة من المسائل التي تختص بها محكمة موطن أى من المدعية أو المدعى عليه لأضاف إلى عبارة "الطلاق والخلع والمبارأة عبارة والآثار المترتبة عليهم" ، يضاف إلى ما تقدم أن نص المادة الخامسة عشر وقد اشترط لينعقد الاختصاص المحلى بنظر الدعاوى المنصوص عليها فيها لمحكمة موطن أى من المدعى أو المدعى عليه أن تكون المدعية أم أو زوجة أو حاضنة رفقا بها وشفقة عليها وتلك الصفات لا تتوافر للمطلقة فى دعوى المطالبة بالمتعة بما يخرج تلك الدعوى من الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه عملاً بالقاعدة العامة فى شأن الاختصاص المحلى والتي تصدرت نص المادة (15) سالفه الذكر .

• ويتعين الإشارة من الخاتمة إلى ما سبق تقريره من أن الحق فى المطالبة بالمتعة لا ينتقل إلى ورثة المطلقة المتوفاة فلا يجوز للورثة إقامة الدعوى ضد المطلق بعد وفاة مطلقته والمطالبة بالمتعة وإثبات أن الطلاق الذى سبق وفاتها قد وقع بدون رضاها وبغير سبب من جانبها وذلك باعتبار أن المتعة من الحقوق الشخصية المقررة للمطلقة إذا ما توافرت لها شروط استحقاقها . ولما كانت الدعوى لا تقام إلا بين الأحياء وكانت المدعية فى دعوى المطالبة بالمتعة قد توفيت فإن الحق فى تلك المطالبة لا ينتقل لورثتها إذ لا حق شخصى لهم فى المتعة , إلا أننا نرى أنه إذا كانت المطلقة قد سبق لها قبل وفاتها الحصول على حكم قضائى نهائى بتقرير حقها فى المتعة بمبلغ معين فإن هذا الحق يحكم اعتباره ديناً أضحي مستقراً فى ذمة المطلق لصالح المدعية فإنه ينتقل إلى ورثتها كأحد عناصر التركة التي يجوز لهم مطالبة المطلق بإدائه باعتباره خلفاً عاماً لمورثهم.

• أما إذا توفيت المطلقة أو المطلق خلال تداول الدعوى بالمتعة أمام المحكمة فإن أى من ورثتهم لا يحق لهم تلافى انقطاع سير الخصومة بالحلول فى الدعوى محل المتوفى لذات العلة وهى أن المتعة حق لصيق بشخصية المطلقة ولا يستحق إلا للمطلقة كالتزام المطلق بما لا يجوز معه أن يحل الخلف العام لأيهام محله فى حالة وفاته .

أحكام النقض

- المتعة . شروط استحقاقها . أن يكون الطلاق بعد الدخول بغير رضا الزوجة ولا بسبب من قبلها .

(الطعن رقم 335 لسنة 64 ق – جلسة 1999/7/13)

(الطعن رقم 91 لسنة 63 ق – جلسة 1994/12/27)

(الطعن رقم 232 لسنة 61 ق – جلسة 1995/9/26)

(الطعن رقم 529 لسنة 64 ق – جلسة 2000/6/20)

- المتعة . استحقاق الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح لها.تقديرها. بنفقة سنتين على الأقل وفقاً لمال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية . م 18 مكرر من م بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 .
(الطعن رقم 437 لسنة 65 – جلسة 2002/1/12)

- المتعة . استقلال محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة محكمة النقض . شرطه .
إلا ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية .

(الطعن رقم 325 لسنة 63 ق – جلسة 1998/12/28)

(الطعن رقم 335 لسنة 64 ق – جلسة 1999/7/13)

(الطعن رقم 28 لسنة 69 ق – جلسة 2000/1/17)

(الطعن رقم 24 أو 26 لسنة 65 ق – جلسة 2001/3/24)

- قضاء الحكم المطعون فيه بتعديل مقدار المتعة المحكوم بها ابتدائياً على قالة عدم تقيده بحكم النفقة الصادر لصالح الطاعنة دون بيان ما إذا كانت ظروف المطعون ضده المالية تغيرت بعد هذا الحكم . خطأ وقصور.

(الطعن رقم 345 لسنة 64 ق – جلسة 1999/6/28)

• ترك الزوجة مسكن الزوجية . لا أثر له فى استحقاق المتعة . علة ذلك . لا يفيد رضائها بالطلاق أو أنه كان بسبب من جانبها . الاستثناء . أن يكون الترك هو السبب المباشر فى فسخ عرى الزوجية . المنازعة فى ذلك . جدل موضوعى فى تقدير المحكمة لأدلة الدعوى ، عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم 438 لسنة 65 ق – جلسة 2000/4/17)
(الطعن رقم 322 لسنة 64 ق – جلسة 1999/6/22)

• استحقاق المطلقة بعد الدخول للمتعة لا عبرة فيه ببقاء الملك وعدم زوال الحل خلال العدة من الطلاق الرجعى لأن ذلك إنما تتعلق به حقوق وأحكام خاصة وليس منها متعة الزوجة وإنما العبرة فى استحقاقها هى بالطلاق ذاته أيا كان نوعه باعتباره الواقعة القانونية المنشئة لالتزام الزوج بها .
(الطعن رقم 26 لسنة 54 ق – جلسة 1985/1/29)
(الطعن رقم 287 لسنة 63 ق – جلسة 1997/12/23)

• الطلاق الرجعى . أثره . إنقاص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته عدم زوال حقوق الزوج إلا بانقضاء العدة . فرض المتعة . أساسه الطلاق البائن الذى يزيل الملك ويرفع الحل .
(الطعن رقم 124 ، 126 لسنة 65 ق – جلسة 2001/3/24)

• قضاء الحكم المستأنف بإلزام المطعون عليه بمتعة للمطعون ضدها ورفع استئنافا عن هذا الحكم قصره على تقرير مبلغ المتعة المحكوم به طالبا تخفيضه وعدم إبدائه أية منازعة فى أصل الاستحقاق . مؤدى ذلك ، صيرورة وجوب المتعة للمطعون ضدها نهائياً حائزا لقوة الأمر المقضى ، أثر ذلك . تحديد نطاق الاستئناف بما أثاره المطعون عليه عن تقرير مبلغ المتعة وعدم جواز التعرض للفصل فيما لم يطرح عليها قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى بطلب المتعة .. مخالفة للقانون . علة ذلك .
(الطعن رقم 13 لسنة 57 ق – جلسة 1988/4/19)

• المقرر أن ترك الزوجة منزل الزوجية غير مؤثر فى طلب المتعة كما أن المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم إذ لم يعن بالرد على دفاع الطاعن والمستند المقدم منه

حالة أنه دفاع جوهرى من شأنه أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من مجرد ترك الطاعة لمنزل الزوجية على أن الطلاق كان بسبب يرجع إليها وغفل عن دلالة الحكم الصادر فى الجنحة رقم 2570 لسنة 1976 السيدة زينب والذى قضى بمعاقبة المطعون ضده بالحبس لتعديه بالضرب على الطاعة مع ما يكون لهذا الحكم من أثر على رأى المحكمة فى الدعوى فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 141 لسنة 59 ق – جلسة 1992/6/23)

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة وإن كان استنباط القرائن من إطلاقات محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروطاً بأن يكون استنباطها سائغاً وأن يكون استدلال الحكم له سنده من الأوراق ومؤدياً إلى النتيجة التى بنى عليها قضاءه ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على رضا الطاعة بطلاق المطعون ضده لها بقوله "أن المستأنف ضدها قد تركت منزل الزوجية فى ... أى قبل الطلاق ومعها كافة منقولاتها ، وكان ذلك باتفاق مع المستأنف الأمر الثابت من الصورة الرسمية من مذكرة الأحوال رقم ... الأمر الذى تستظهر منه المحكمة أن طلاق المستأنف للمستأنف ضدها بعد ذلك فى إنما يعبر عن رضا المستأنف ضدها ، وكانت واقعة الاتفاق على ترك منزل الزوجية رغم عدم ثبوتها – بالمستند المشار إليه – بمجرد لا تعبر عن الرضا بالطلاق ، ولا تؤدي إلى ما استنبطه الحكم منها سنداً لقضائه فإنه يكون مشوباً بالفساد فى استدلال بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 51 لسنة 57 ق – جلسة 1989/2/21)

• طلب المتعة . شروطه . م 18 ق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 ، أعراض الحكم عن تمسك الطاعة أن طلاقها كان بغير رضاها ولا بسبب من قبلها . وثبوت ذلك من أقوال شاهديها . قصور فى التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق وفساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم 42 لسنة 61 ق – جلسة 1994/12/27)

• صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعى. عدم جواز تطبيقه إعتباراً من اليوم التالى لنشر الحكم فى الجريدة الرسمية. المادتان 178 من الدستور و 3/49 من قانون المحكمة الدستورية العليا . الحكم بعدم دستورية القرار بقانون رقم 44

لسنة 1979 ونشره بعد صدور الحكم المطعون فيه وحيازته قوة الأمر المقضى . أثره عدم مساسه بحق المطعون ضدها فى المتعة المقضى بها بالحكم المطعون فيه .

(نقض جلسة 1987/4/28 – الطعن رقم 66 لسنة 55 ق)

(نقض جلسة 1987/3/17 – الطعن رقم 94 لسنة 55 ق)

(نقض جلسة 1988/1/26 – الطعن رقم 69 لسنة 55 ق)

• النص فى المادة الأولى من القانون 25 لسنة 1929 على عدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى. عدم جواز إعماله فى شأن المتعة .

(نقض جلسة 1987/5/26 – الطعن رقم 40 لسنة 54 ق)

• مفاد النص فى المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 أن تقدير المتعة وتقسيط سداد ما هو محكوم به يدخل فى سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى فى تقديرها بنفقة سنتين على الأقل.

(الطعن رقم 75 لسنة 56 ق – جلسة 1988/12/20)

(الطعن رقم 188 لسنة 62 ق – جلسة 1996/3/25)

• من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان لا تثريب على محكمة الموضوع أن تأخذ فى معرض الإثبات بالقرائن إلا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التى عولت عليها تؤدى إلى ما انتهت إليه ، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، وإذ لم تحقق محكمة الاستئناف هذا الدفاع وأقامت قضاءها باستحقاق المطعون ضدها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيبياً وهو لا يكفى وحده لحمل قضائها مما يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 51 لسنة 58 ق – جلسة 1990/4/17)

(الطعن رقم 135 لسنة 57 ق – جلسة 1991/12/17)

• خلو المادة 18 مكرر ثانياً من اشتراط عرض المحكمة للصالح على الطرفين . لا على الحكم المطعون فيه أن هو لم يعرضه عليهما .
(الطعن رقم 760 لسنة 73 ق – جلسة 12 / 2 / 2005)

• الحكم الصادر بإسقاط النفقة للنشوز لا يحتاج به فى دعوى المتعة . علة ذلك .
(الطعن رقم 354 لسنة 63 ق – جلسة 1997/6/23)

• لا يحتاج بالحكم الصادر بعدم قبول اعتراض المطعون ضدها على إنذار الطاعة فى استحقاقها للمتعة ، إذ أن مفاد هذا الحكم إخلالها بواجب الإقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية ، بينما سبب الحق فى المتعة هو الطلاق باعتباره الواقعة المنشئة لالتزام المطلق بها ، والأصل فى تشريعها جبر خاطر المطلقة وفيها ما يحقق المعونة المادية لها على نتائج الطلاق .
(الطعن رقم 438 لسنة 65 ق – جلسة 2000/4/17)

• أن المشرع الإسلامى جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل بإيقاعه فإذا تدخل القاضى فى الأحوال التى يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها فإن فعله هذا – وعلى ما ذهب الحنفية – يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوى معه فى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه لا يغير من ذلك ما ورد فى نص المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 باستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة "إذا طلقها زوجها" لأن هذه العبارة مقررة للموضع الشرعى من أن الطلاق ملك الزوج وحده دون سواء سواء استعمل حقه هذا بنفسه أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى لما كان ذلك وكان لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر واستخلص سائعا من الحكم بتطليق المطعون ضدها على الطاعن أن طلاقها وقع دون رضاها وليس بسبب من قبلها فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض الطعن رقم 978 لسنة 50 ق – جلسة 1985/11/28 – ص 1057 ونقض الطعن رقم 117 لسنة 56 ق – جلسة 1987/12/13 والطعن رقم 17 لسنة 55 ق – جلسة

1986/11/15 والطعن رقم 196 لسنة 62 ق – جلسة 1996/5/13 ونقض الطعن رقم 118 لسنة 60 ق – جلسة 1993/12/28 والطعن رقم 39 لسنة 62 ق – جلسة 1995/11/27 والطعن رقم 287 لسنة 63 ق – جلسة 1997/12/23 والطعن رقم 226 لسنة 65 ق – جلسة 1997/5/26)

• تقرير المتعة المطلقة . أساسه . جبر خاطر المطلقة ومواساتها و معونتها ، وليس جزاء لإساءة الزوج استعمال حقه فى التطلق .
(الطعن رقم 6 لسنة 63 ق – جلسة 1997/3/10)
(الطعان رقم 124 ، 126 لسنة 65 ق – جلسة 2001/3/24)

• تقدير الحكم المطعون فيه للمتعة على ما أورده بأسبابه ليسار الطاعن بأسباب سائغة لها سندها من الأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم وفى قيام الحقيقة التى استخلصها وأورد دليلها الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة . النهى عليه فى ذلك . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم 78 لسنة 61 ق – جلسة 1994/12/27)
(الطعن رقم 6 لسنة 63 ق – جلسة 1997/3/10)
(الطعن رقم 188 لسنة 62 ق – أحوال شخصية - جلسة 1996/3/25) (الطعن رقم 271 لسنة 63 ق – جلسة 1997/6/30)

• العبرة فى تحديد طلبات الخصم هى بما يطلب الحكم له به . طلب المطعون ضدها الحكم بفرض متعة لها طبقاً للقانون دون تحديدها بمبلغ معين أو مدة معينة والقضاء لها بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات صحيح . لا ينال من ذلك إثارتها بصحيفة افتتاح الدعوى مطالبتها وديا للطاعن بمتعة مقدارها نفقة سنتين قبل رفع دعواها .
(نقض جلسة 1993/2/16 – الطعن رقم 24 و 34 لسنة 60 ق)

• قضاء الحكم المطعون فيه باستحقاق المطعون ضدها للمتعة تأسيساً على القضاء بتطليقها للضرر . اعتباره أن التطلق ليس برضاها ولا بسبب من جانبها . صحيح تحمله أسباب سائغة .
(الطعن رقم 438 لسنة 65 ق – جلسة 2000/4/17)

(الطعن رقم 118 لسنة 60 ق – جلسة 1993/12/28)

• 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 . لما كان ذلك وكان استنباط القرائن من إطلاقات محكمة الموضوع متى كان استنباطها سائغا وله أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى بنى عليها قضاءها وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفرض متعة للمطعون ضدها على ما استخلصه من أن إيقاع الطاعن طلاقه عليها غيابياً قرينة على أن هذا الطلاق قد وقع بدون رضاها ولا بسبب من قبلها وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، لما كان ذلك وكان الطاعن لم يقدم – أمام محكمة الموضوع – الدليل على خلاف ما استخلصه الحكم فن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 89 لسنة 58 ق – جلسة 1991/1/15)

(الطعن رقم 120 لسنة 68 ق – جلسة 2003/12/13)

• مفاد نص المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 أن المشرع اشترط للحكم بالمتعة المطلقة أن تثبت أن الطلاق وقع دون رضاها وبغير سبب من قبلها ، وعملاً بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة فإن إثبات ذلك بالبينة الشرعية يتحقق بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

(الطعن رقم 121 لسنة 64 ق – جلسة 1998/12/15)

(الطعن رقم 704 لسنة 67 ق – جلسة 1998/12/28)

(الطعن رقم 120 لسنة 65 ق – جلسة 2001/2/26)

• لما كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تقتنع به مادامت تقيم حكمها على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها . وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض للمستندات التى قدمها الطرفان وأقوال شهودهما قد أقام قضاءه بفرض متعة للمطعون عليها على ما

استخلصه من أقوال شاهدها من أن طلاقها تم بدون رضاها ولا بسبب من قبلها وهو استخلاص موضوعي سائغ مما له أصله الثابت في الأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليه ، فإنه لا يعيبه بعد ذلك أن هو أطرح ما قد يكون لمستندات الطاعن من دلالة مخالفة ما دام أن في قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمني المسقط لها . ويكون النعي جدلا موضوعيا في تقدير المحكمة لأدلة الدعوى مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم 322 لسنة 64 ق - جلسة 1999/6/22 والطعن رقم 58 لسنة 55 ق - جلسة 1986/12/23)

• أحكام النفقة حجتها مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير بسبب الظروف الحكم بفرض قدر محدد من النفقة اعتباره مصاحبا لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل ظروف فرضها . عدم التزام الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه في تقدير المتعة للمطعون ضدها بحكم النفقة النهائي دون بيان ما إذا كانت ظروف الطاعن المالية قد تغيرت بعد الحكم ووقوف المحكمة على الحالة التي آل مصيره إليها . خطأ .
(الطعن رقم 204 لسنة 62 ق - جلسة 1996/3/25)
(الطعن رقم 28 لسنة 96 ق - جلسة 2000/1/17)
(الطعان رقم 124 ، 126 لسنة 65 ق - جلسة 2001/3/24)

• الحكم بفرض قدر محدد من النفقة . اعتباره مصاحبا لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل ظروف فرضها قضاء الحكم الطعون فيه بتمتع قدرها بنفقة سنتين بمراعاة ظروف الطلاق ومدة الزوجية ويسار الطاعن استناداً لحكم النفقة النهائي . النعي عليه في ذلك دون إدعاء تغير الظروف المصاحبة للحكم المذكور . جدل موضوعي . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم 6 لسنة 63 ق - جلسة 1997/3/10)

• التطلق دون بدل . لا يدل بذاته على أن التطلق برضاء الزوجة أو بسبب من قبلها . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى المتعة على قالة أن القضاء بتطليقها دون بدل يعد رضاء منها بالتطلق بما تنتفى معه شروط استحقاقها للمتعة . خطأ وفساد في الاستدلال .
(الطعن رقم 226 لسنة 65 ق - جلسة 1997/5/26)

• أن المدعى ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه سواء أكان مدعى عليه أصلاً في الدعوى أو مدعياً فيها ، ولما كان الطاعن مدعى عليه في الدعوى، إلا أنه يعتبر في منزلة المدعى بالنسبة للدفع المبدى منه بعدم استحقاق المطعون ضدها المتعة – لأنها هي التي طلبت منه طلاقها للزواج من آخر ، ويكون مكلفاً قانوناً بإثبات دفعه . ولما كان الطاعن لم يطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يدعيه ، وكان الحق المخول للمحكمة في المادة 70 من قانون لإثبات من أن لها أن تأمر بإحالتها إلى التحقيق لإثباتها بشهادة الشهود متروك لمطلق رأيها وتقديرها لا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، وكان توجيه اليمين إلى المطعون ضدها بالصيغة التي طلبها الطاعن غير جائز قانوناً لأنها غير منتجة في الدعوى إذ لا تنصب على حصول الطلاق برضا من المطعون ضدها وإنما على واقعة زواجها من آخر بعد انقضاء عدتها وهي بذاتها لا تقطع في أن طلاق الطاعن لها كان برضاها فلا ينحسم النزاع بثبوتها ، فإنه لا على المحكمة إذا ما التفتت عن توجيه تلك اليمين ولم تأمر بإحالة الدعوى إلى التحقيق إثبات تلك الواقعة .

(الطعن رقم 79 لسنة 55 ق – جلسة 1986/6/24)

• النص في المادة 18 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 مفاده أن الطلاق هو الواقعة المنشئة لالتزام المطلق بأداء المتعة لمطلقته يعتد في تقدير المتعة بظروف الطلاق ومدة الزوجية ويراعى في فرضها حال المطلق يسراً أو عسراً وقت الطلاق وهو الوقت الذي تستحق فيه باعتبارها أثراً مترتباً عليه جبراً لخطر المطلقة ولتستعين به على مواجهة ما ينجم عنه من نتائج وأعباء مادية ، ولا عبرة في تقدير المتعة بتغير حال المطلق إلى العسر أو اليسر بعد الطلاق أو بحالة وقت الحكم بفرضها . إذ لا ينفك سبب الالتزام عن الآثار المترتبة عليه وإلا أدى المطل إلى الانتقاض من الحق إذا تذرع المدين بإعساره ، وقد عالج المشرع حالة إعسار المطلق بعد استحقاق المتعة واستقرارها في ذمته فأجاز للقاضي أن يرخص له في سدادها لمطلقته على أقساط إذا رأى من ظروف الدعوى وملاساتها أنه لا يستطيع أداءها جملة واحدة ولما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه قد اعتد في تقدير المتعة المقضى بها بتغير حالة المطعون ضده المالية وكانت المتعة تقدر وفقاً ليسار المطلق وقت

الطلاق وإن تغيرت حالته المالية بعد ذلك وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون قد خالف القانون .

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

(الطعن رقم 438 لسنة 65 ق – جلسة 2000/4/11)

(الطعن رقم 56 لسنة 62 ق – جلسة 1995/12/25)

• لما كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هي المرجع في قواعد الاختصاص النوعي بمسائل الأحوال الشخصية طبقاً لنص المادة 8 من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية وكان النص في المادة 6/ 10 من اللائحة على اختصاص المحاكم الجزئية بالمنازعات في " المواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق " إنما يقصد به المواد التي تكون الزوجية فيها هي سبب الحق المدعى به ، وكان سبب الحق في المتعة هو الطلاق المنصوص عليه في المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمضافة بالقانون رقم 44 لسنة 1979 ، فإن المتعة بذلك تخرج من عداد المواد المتعلقة بالزوجية الواردة في نص اللائحة المذكورة – لما كان ذلك وكانت المادة 1/8 من اللائحة تعقد الاختصاص للمحاكم الابتدائية بالمنازعات التي ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين 5 ، 6 منها ، وكانت المتعة ليست من المسائل المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن الاختصاص بالدعوى بها يكون معقوداً للمحكمة الابتدائية .

(الطعن رقم 316 لسنة 64 ق – جلسة 1999/6/15 والطعن رقم 40 لسنة 54 ق – جلسة

1987/5/26 والطعن رقم 58 لسنة 55 ق – جلسة 1986/12/23 والطعن رقم 287 لسنة

63 ق – جلسة 1997/12/23)

• لما كان البين من إشهاد الطلاق المؤرخ 1993/2/3 أن الطاعن طلق المطعون ضدها مقابل إبراءها له من مؤخر الصداق ونفقة العدة وجميع حقوقها الشرعية التي تندرج فيها المتعة بما يدل على أنها أسقطت حقها فيها، لاسيما وأنها لم تطعن على ما جاء بإشهاد الطلاق على هذا النحو بالتزوير ، وهو من المحررات الرسمية التي لا تقبل الطعن على ما أثبتته الموثق بها من بيانات من ذوى الشأن أمامه إلا بطريق التزوير ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بمتعة للمطعون ضدها فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع في الدعوى مما أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 275 لسنة 64 ق – جلسة 1999/5/24)

• إذ نص المشرع فى المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم اجراءات التقاضى فى مسائل الاحوال الشخصية على اعفاء دعاوى النفقات ومافى حكمها من كافة الرسوم القضائية وكانت دعوى المتعة لاتدخل ضمن هذا الاعفاء لانها شرعت لجبر خاطر المطلقة ومن ثم فهى تخرج من عداد النفقات.

(نقض الطعن رقم 375 لسنة 70 ق – جلسة 2003 / 9 / 27)

• طلاق المطعون ضدها من الطاعن على الإبراء واعادتها لعصمته بعقد ومهر جديدين . وجوب عدم احتساب مدة الزواج السابق كعنصر من العناصر الموضوعية فى تقدير المتعة . قضاء الحكم المطعون فيه باحتساب تلك المدة فى تقديره لقيمة المتعة . خطأ .

(الطعن رقم 760 لسنة 73 ق – جلسة 2005 / 2 / 12)

إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه .

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشره من عمره قادرا على الكسب المناسب ، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده ، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه .

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

القانون رقم 44 لسنة 1979

مطابقة ما عدا الفقرة الأخيرة حيث أضيفت بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

القانون رقم 25 لسنة 1929 ليس لها نظير .

المذكرة الإيضاحية

فى فقه المذهب الحنفى المعمول به الآن فى نفقة الولد على أبيه أقوال وتفصيل فى استحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال طلبه وتبعاً لذلك اختلفت اتجاهات المحاكم .

ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص وإعداده للحياة سواء أكان دينياً أو دنيوياً وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء ، كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته وقد يكون الملزم بالنفقة أحد الأبوين أو غيرهم من الأقارب وتعليم الولد أياً كان ذكره كان أو أنثى يراعى فيه وسع أبيه وما يليق بمثله ولا يلزم الإنسان بتعليم ابن أخيه مثلاً إلى المستوى الواجب لأبنه .

من أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير أن الاشتغال بالتعليم يعتبر عجزاً حكماً موجباً للنفقة إذا كان تعليماً لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وبشرط أن يكون الطالب

رشيدا فى التعليم وفى قدره من وجبت عليه النفقة الإنفاق عليه فى التعليم .. ونفقة الأنثى على أبيها حتى تتزوج أو تكسب ما يفي بنفقتها لأن الأنوثة فى ذاتها عجز حكى .
ولا مرأ فى أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون بقدر يساره وبما يكفل لهم العيش اللائق بأمثاله وتشمل النفقة توفير المسكن لهم .

• ويستند النص المطروح إلى قوله تعالى "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹ وقوله (ρ) "كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول".

التعليق

• تجب النفقة للفرع على أصله ، ومقصود الفرع فى هذا المجال أولاد الشخص ذكورا وإناثا وأولاد أولادهم وإن نزلوا².

• والأصل أن نفقة الابن تجب فى ماله ، فإذا كان ذا مال فلا يلتزم الأب بنفقاته فإذا أنفق رغم ذلك اعتبر متبرعا ليس له الرجوع بما أنفق على أموال الابن إلا إذا لم يكن له مال أو إذا أثبت الأب عدم توافر نية التبرع لديه ، وهذا الالتزام سببه الجزئية لأن الولد جزء من أبيه وهو يختلف عن سبب استحقاق نفقة الزوجة الذى هو الاحتباس . فإذا ما قدم إلى المحكمة الدليل على وجود مال للصغير خاص به قضت المحكمة برفض الدعوى ، ويكون للأب بصفته وليا طبيعيا على الابن الصغير أن يتقدم بطلب تحديد نفقة للصغير فى أموال الأخير يتسلمها الأب للإنفاق منها على الابن طبقاً للضوابط والقواعد المعمول بها فى القانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال .

• والأصل الشرعى أن نفقة الصغير حين تطلق فإنها تشمل المأكل والملبس دون المسكن وذلك لأن الصغير أما أنه يقيم صحبه أبويه أو صحبه حاضنته أو صحبه أبيه فهو لا يكون فى حاجة إلى تقرير أجر لسكناءه إلا فى حالة أن يكون مستقلاً فى الإقامة عن أمه أو أبيه بعد بلوغه سن زوال الولاية عن نفسه ويطالب الملتزم بالإنفاق عليه بفرض النفقة له

¹ الآية 233 من سورة البقرة .
² الدعوى بطلب نفقة للصغير يكون موضوع النسب قائما باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائما فيها وملازما لها وتتبعه وجودا وعدما . راجع نقض أحوال جلسته 1965/1/20 - س 16 - ص 68 .

, إلا أن نفقة الصغير أصبحت وفي ظل القانون رقم 100 لسنة 1985 المأكل والملبس والمسكن¹ أما الأجور وبديل الفرش والغطاء فلا تعد من النفقة أو ملحقاتها وإن كانت تلتبس بها².

• ولفظ نفقة الصغير يختلف في مضمونه عن لفظ نفقة الزوجة فلفظ نفقة الصغير لا يشمل عند إطلاقه – كما تقدم – سوى المأكل والملبس فقط ولذلك حرص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة على إضافة مسكن الصغير بواو العطف والنص على التزام الأب بتوفيره للصغير ضمن نفقته عليه فنص على أن "ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم" وعلى ذلك فلا يعد طلب المدعية فرض نفقة للصغير دون بيان عناصرها طلبا للمأكل والملبس والمسكن وإنما يتعين حتى يقضى لها بأجر المسكن أن تطلبه صراحة في الدعوى .

• والواضح أن إسكان الصغير أصبح بمقتضى النص المطروح أحد حقوق الابن على أبيه والتي تجب عليه وجوب تمكين بما يلتزم معه الأب بالتخلي عن مسكن الزوجية – في حالة الطلاق - إعمالاً لحكم المادة 18 مكرر ثالثاً في هذا الخصوص أو وجوب تمليك بدفع أجر المسكن وفي حالة عدم وجود أموال خاصة للصغير بما أصبحت معه التفرقة التي كان يعتمد عليها الأحناف من حيث ما إذا كان الصغير يسكن بالتبع لأمه في ملكها من عدمه وقد أصبح لا محل لأعمالها في ظل النص المستحدث.

• وعلى ذلك يمكن القول أنه إذا طلبت المدعية في الدعوى القضاء للصغير بنفقة بنوعيتها انصرف المعنى إلى المأكل والملبس دون سواهما أما إذا كان الطلب فرض نفقة شاملة شمل المعنى المأكل والملبس والمسكن وكذا إذا ما كان الطلب فرض نفقة بأنواعها شمل المعنى أيضاً المأكل والملبس والمسكن .

• ويقصد ببديل الفرش والغطاء ما يلتزم الأب بأن يؤديه لأولاده ثمناً لفرش مرقدهم وما يلتحفون به عند النوم .

• وهذا الفرش والغطاء لا يدخل في مفهوم نفقة الصغير وعلى ذلك فيتعين للحكم به طلبه صراحة في الدعوى ، ويفرض البديل في حدود يسار الأب³.

¹ راجع الفقرة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية .
² أحكام أحوال الشخصية – محمد يوسف موسى – ط 1956 – ص 465 ونصر الجندي في مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية – ط 1986 – ص 164 .
³ أنظر الحكم رقم 1016 لسنة 1932 شرعى بنى مزار - جلسة 1993/10/17 – منشور بمجلة المحاماة الشرعية - ج 5 - ص 938 .

• ويدخل فى عموم نفقة الصغير بمعناها الواسع للمصروفات المستحقة لولادته كأجر الطبيب والعلاج وكذا أجر الخادم أن كان الأب ممن يخدم أولاده ولو كان قد فرض أيضاً كما يذهب الفقه أجر خادم للزوجة أو الحاضنة¹.

• ويشترط لوجوب نفقة الفرع على الأصل ثلاثة شروط يتعين توافرها وهى :

1- أن يكون الابن فقيراً لا مال له فإذا كانت له بعض الأموال إلا أنها لا تكفى نفقته يلتزم بها الأب بتكملة الباقي منها . وقد قضى بأن وجود مال للصغير فى صندوق التوفير لا يمنع من فرض نفقته على أبيه لأن هذا المال لا يملك التصرف فيه سوى الأب² والعبرة فيما عند الصغير بقيمته وليس بريعه ، كما يشترط فى هذا المال إلا يكون محل منازعة فى شأن ملكية الصغير إياه وإلا خرج من الحكم بالوصف المطلوب .

2- أن يكون الابن عاجزاً عن الكسب لصغر أو أنوثة أو عاهة³ حيث يعد صغر سن الابن وكذا أنوثة الفتاة ذاتها أو إصابة أيهما بعاهة عجزاً حكيماً عن الكسب⁴ وكذا انخراط الابن فى التعليم .

3 - أن يكون الأب غنياً أو قادراً على الكسب⁵ ويحق للأب أن يؤجر ابنه الذكر أو الأنثى والإنفاق عليه من أجرته فيعد الأب قادراً على الكسب بابنه .

ولقد اشترط المشرع - كما تقدم - لاستحقاق الابن النفقة على أبيه أن يكون الابن فقيراً لا مال له وأن يكون عاجزاً عن الكسب و أن يكون الأب غنياً أو قادراً على الكسب أيهما⁶ .

¹ عبد العزيز عامر - ص 440 وراجع رأينا فى التعليق على المادة الأولى حول عدم وجوب ازدواج أجر الخادم على الزوج
² حكم بأنه لا يمنع امتلاك الصغير حصة فى منزل تفيض عن سكنه بما لا يكفى لنفقته وكسوته من فرض تكملة نفقته على قريبة الموصى : (حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية فى 1934/12/20 - المحاماة الشرعية - س 6 - ص 726) وكمال ألبنا فى الصيغ القانونية لدعاوى الأحوال الشخصية - ط 1961 - ص 33 . وراجع أيضاً عبد الوهاب خلاف فى أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية - ط 1938 - ص 218 . وعكس ذلك واصل علاء الدين - ص 305 .
³ ولقد حكم أن أجره الطبيب المولد الذى استحضرتة الوالدة لتوليدها تجب شرعاً على أبيه (أنظر حكم محكمة الجيزة الكلية فى القضية رقم 424 لسنة 1951 - بجلسة 1951/2/1)
⁴ نصر الجندى فى مبادئ الأحوال الشخصية - ط 1986 - ص 1964 وأحكام الأحوال الشخصية لمحمد يوسف موسى - ط 6 - ص 465 .
⁵ أنظر الحكم رقم 1604 لسنة 1985 شبرا الجزيية - جلسة 1985/4/18 .
⁶ وهو ما يختلف عن نفقة الأقارب الأخرى حيث يشترط أن يكون قريب غنياً قادراً على الكسب كلاهما وليس أيهما .

• و تجب نفقة الابن على أبيه ولو اختلفا في الدين فتجب نفقة الابن المسلم على أبيه الذمي والعكس¹.

• والأصل أن الابن حاله الفقر وليس بذى مال وعلى الأب إذا ادعى خلاف هذا الأصل أى أن للابن أموال خاصة أن يثبت ما يدعيه ويمكنه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها شهادة الشهود .

• كما أن المشرع بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1985 ، اعتبر صغر السن والأنوثة والعاهة والانخراط في التعليم عجزا حكما عن الكسب ولذلك فلا يتطلب من الصغير الذى لم يبلغ بعد حد الكسب وهو خمسة عشر عاما هجرية طبقاً للفقرة الثانية من المادة أن يقيم الدليل عليه فعدم القدرة على الكسب يكون مفترضا في الصغير طالما لم يبلغ الخامسة عشرة هجرية ولا يكلف عليه إثباتا فإذا ادعى الأب قدرة الصغير على الكسب سواء بعد بلوغ الصغير حد الكسب – الخامسة عشرة من عمره أو قبلها – وجب إثبات ذلك باتخاذ أي من طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود.

• فإذا بلغ الصغير الخامسة عشرة هجرية من عمره كان عليه أن يثبت توافر الشرط الثانى من شروط استحقاقه للنفقة على أبيه أى يتعين عليه أن يقيم الدليل على عدم قدرته على التكسب لأى سبب من الأسباب كإصابته بمرض أو عجز وذلك لأنه ببلوغ الصغير حد التكسب اعتبر أنه يتكسب وأصبحت له أموالا خاصة من كسبه هذا فتكون نفقته في أمواله تلك إلا إذا أقام الصغير الدليل على عدم قدرته على التكسب ومن ثم عدم وجود أموال لديه حتى تستمر أو تستحق نفقته على أبيه .

• كما اعتبر المشرع أيضاً في القانون رقم 100 لسنة 1985 ، أن من قبيل العجز الحكيم عن التكسب انخراط الابن في التعليم – شريطة أن يكون مجدا فيه² – وعلى ذلك فإن انخراط الابن في التعليم يجعله مستحقاً للنفقة على أبيه ولو تجاوز الخامسة عشرة من عمره ولا يكلف الابن سوى إقامة الدليل على انخراطه في التعليم الملائم لأمثاله ولاستعداداته فإذا فعل اعتبر عاجزا عن الكسب حتى لو ادعى الأب أن الابن يتكسب بالفعل من عمل يقوم به بجانب انخراطه في التعليم فإن ذلك لا ينفى الشرط وإنما يمكن أن يعد دليلاً على توافر أموال للابن فتنتقل نفقته إلى أمواله هذه وترتفع عن الأب .

¹ عبد الرحمن تاج في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – ط 1955 – ص 451 .
² زكى الدين شعبان في الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية – ط 1963 – ص 652.

• ويشترط لالتزام الأب بنفقات التعليم عدة شروط أولها أن يكون في قدرة الأب الأنفاق على التعليم وهو ما يجب معه النظر إلى كل مرحلة تعليمه على حدة فقد يسمح يسار الأب بالأنفاق على التعليم في مرحلة دون أخرى أعلى منها، كما قد يتيسر للأب الأنفاق على التعليم خلال فترة زمنية ثم يعسر الأب فيرتفع عنه الالتزام كما يشترط ثانياً أن يكون التعليم مما ترعاه الدولة وهو ما ينصرف إلى دور العلم التابعة للدولة أو التي تخضع لأشرافها¹ كما يشترط ثالثاً ألا يكون التعليم الذي ترعاه الدولة مما ينافي الدين وعلى ذلك فلا يلتزم الأب بنفقات تعليم الأب في قسم الرقص التابع لمعاهد ومدارس الفنون كما يشترط رابعاً أن يكون الولد رشيداً في تعليمه لا يتكرر رسوبه أو يثبت عدم انتظامه في تحصيل العلم بما يدل على النوع من التعليم الذي يتلقاه لا يتلاءم مع مقدرات الصغير أو لاستعداده الذهني.

• كما اعتبر المشرع أيضاً من قبيل العجز الحكمي عن التكسب الأنوثة في حد ذاتها فتعتبر الابنة بكرة كانت أو ثيباً عاجزة عن التكسب حكماً لمجرد أنوثتها وبصرف النظر عن سنّها ولا تكلف إثباتاً لذلك ، وتظل الأنثى عاجزة عن التكسب حكماً حتى تتزوج فتنتقل نفقتها إلى زوجها أو إلى أن تتكسب رزقها بالفعل فحينئذ يرتفع عن الأب التزامه بالنفقة عليها ، إلا أنه يشترط لذلك أن يقيم الأب الدليل على قيام ابنته بالتكسب فعلاً فلا يكفي إثباته مجرد قدرتها على التكسب .

فإذا كانت تتكسب مالا لا يكفي لنفقتها كان لها مطالبة الأب بتكملة نفقتها إلى ما يكفيها².

• ولا يشترط أن يقوم الولد بتكسب عيشه بالفعل حتى يرتفع عن الأب الالتزام بالأنفاق عليه بل يكفي أن يثبت الأب أن لدى الابن مجرد القدرة على التكسب حتى ولو لم يكن يتكسب بالفعل³ ، إلا أن المشرع غاير في الحكم بين الولد والبنت في هذا الخصوص فبينما يكتفي في الولد أن يتوافر لديه مجرد القدرة على الكسب حتى يرتفع عن الأب الالتزام بالأنفاق عليه يشترط أن تكون البنت قائمة بالفعل على تكسب ما يكفي لنفقتها أي أنه إذا كانت البنت لديها القدرة على التكسب إلا أنها لم تحترف عملاً للتكسب منه فيستمر التزام الأب

¹ راجع في مفهوم العلم الذي ترعاه الدولة مناقشات مجلس الشعب للمادة 18 مكرر ثانياً – ملحق الكتاب

² سلام مذكور في المرجع السابق – ص 531.

³ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للعلامة ابن عابدين – ج 2 – ص 923 .

بالأنفاق طالما لم تتزوج إلى أن تبدأ في التكسب بالفعل وذلك مراعاة من المشرع لعدم دفع الأنثى إلى قبول عمل تتكسب عن طريقه بصرف النظر عن طبيعته أو ملاءمته لأنوثتها .

• وتستمر نفقة الأولاد على الأب إلى أن تتزوج البنت أو تتكسب ما يكفي نفقتها على النحو المتقدم وإلى أن يتم الابن الخامسة عشر هجرية من عمره قادرا على الكسب المناسب، وعلى ذلك فإن التزام الأب بالأنفاق على الولد يرتفع ببلوغ الصغير الخامسة عشر هجرية من عمره شريطة أن يكون قادرا على الكسب المناسب فإذا أراد الصغير البالغ من العمر الخامسة عشر هجرية من عمره فرض نفقه له على أبيه تعيين عليه إثبات أنه وإن بلغ تلك السن إلا أنه عاجز عن الكسب كلية فيستحق النفقة كامله أو يتكسب إلا أن كسبه غير مناسباً، وعلى ذلك فإن الأصل في هذا النص أن الصغير متى بلغ الخامسة عشرة هجرية اعتبر قادرا على الكسب المناسب وإن على من يدعى خلاف هذا الأصل أن يقيم الدليل على ما يدعيه .

• وقد اعتبر النص أيضاً من قبيل العجز الحكمي عن الكسب بجانب صغر السن والأنوثة والانخراط في التعليم إصابة الابن بعاهة عقلية أو آفة بدنية وكذا عدم تيسر الكسب للابن لانتشار البطالة مثلاً .

• ويجوز للأب أن يدفع دعوى ابنه ضده بالنفقة بالاتفاق تمويهاً على الولد ، ويكون له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ومنها البينة الشرعية فإذا ثبت دفاعه سقط عنه الالتزام بأداء النفقة نقداً¹.

• وإذا كان الأب فقيراً أي معسراً فيفرق بين فرضين :

الأول – أن يكون الأب معسراً إلا أنه قادرا على الكسب مالا فلا تسقط عنه النفقة ويجبر على الأنفاق ويؤمر من تجب نفقة الولد عليه من الأقارب وهي أمه أن كان مال أو الجد لأب إذا لم يكن لها أموال بالأنفاق نيابة عن الأب فإن لم يكن استحققت نفقته على من يكون له مال من أقربائه الأقرب فالأقرب ثم يرجع بما انفق على الأب .

الثاني – أن يكون الأب معسراً وغير قادر أو عاجز عن الكسب أبداً فيلحق بالميت وتسقط عنه النفقة وتجب نفقة الابن في هذه الحالة على من تجب عليه نفقته في حالة عدم

¹ حكم محكمة المحلة الشرعية في القضية رقم 7142 لسنة 1930 – جلسة 1931/10/29 منشور بمجلة المحاماة الشرعية – ج 3 – ص 554 .

الأب وهي آلام فالجد لأب إذا كانت آلام معسرة ثم من له مال من أقاربه المحارم الأقرب فالأقرب .

- وإذا غاب الأب وكان له مال قضى بالأنفاق من ماله بعد التأكد من نسب الابن حتى لو كان المال دين على الغير ، أما إذا يكن له مال تؤمر الأم بالاستدانة على الأب .
- ولا تجب على الأب نفقة زوجة ابنه الصغير الفقير إلا إذا ضمنها الأب في عقد الزواج وإنما يؤمر بالأنفاق عليها ويكون له دينا يرجع به على ابنه إذا أيسر.
- والمحكوم عليه بالسجن المؤبد يعتبر عاجزا عن الكسب بما لا يرجى زواله فتجب نفقة أولاده على من يليه¹.

• وتقدر نفقة الفرع – وما فى حكمها من مصاريف ولادة أو علاج أو تعليم - على أصله بقدر يسار الأب ويدخل فيها توفير المسكن للابن بصرف النظر عن قيام علاقة الزوجية بين أم الصغير وأبيه وهو ما جعله المشرع واقعا مفروضا في حالة طلاق الأب للام وذلك بإجبار الأب على ترك مسكنه لولده ليقيمون فيه صحبه حاضنتهم وذلك بمقتضى المادة 18 مكرر ثالثا من القانون رقم 100 لسنة 1985 .

- فإذا صدر الحكم بالنفقة وامتنع الأب عن تنفيذه جاز للمحكوم لصالحه بالنفقة إقامة الدعوى لطلب حبس الأب بالأعمال الحكم المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 المضافه بالقانون رقم 91 لسنة 2000² وكذا تحريك الدعوى الجنائية ضد المحكوم ضده إعمالاً لحكم المادتين 292 و 293 من قانون العقوبات على نحو ما سيلي تناوله لاحقا³.

¹ راجع التعليق على المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 .
² حكم محكمة قويسنا الابتدائية الشرعية – جلسة 1949/12/11 – المحاماة الشرعية – س 21 – ص 200 وارجع أيضا كمال فى الينا فى صيغ الدعاوى الشرعية – ص 39.
³ قضت محكمة الجيزة الشرعية فى القضية رقم 1412 لسنة 1925 بأن سكوت الأم عن المطالبة بنفقة الصغير طوال المدة السابقة إلى ما قبل رفع الدعوى منضمما لسكوتها هذا الإيصالات المقدمة من المدعى عليه اللتين يظهر منهما أن الأخير كان يؤدي نفقه الصغيرة إلى المدعية أن هذا كله يعتبر قرينه قاطعه على عدم أحقيتها فى مطالبه المدعى عليه بنفقة للمدة السابقة – مجلة المحاماة الشرعية – العدد 7 – ص 2877 كما قضت محكمة السنبلاوين الشرعية فى القضية رقم 513 لسنة 1937 بجلسته 1938/4/19 بأن "الاعتراف بقبض النفقة عن شهر معين قرينه قاطعه على قبض المتجمد عن الأشهر السابقة عليه" – مجلة المحاماة الشرعية – العدد 9 – ص 640.

• ولا تسقط نفقة الصغير على أبيه بدين له على الأم ولو كان هذا الدين بدل خلعتها من الأب ، وعلى هذا فإذا ما طلب الأب المقاصة بين دين نفقة الولد ودين له على الأم لا تسمع منه الدعوى شرعاً .

• كما لا تسقط نفقة الصغير المقضي بها بمضي المدة شأنها في ذلك شأن نفقته الزوجية سواء كان القضاء بها أصالة أم تقرير لاتفاق تم عليها¹.

• كما لا يشترط أن تتصل مدة المطالبة بتاريخ رفع الدعوى بأن تمثل نهاية المدة تاريخ رفع الدعوى للمطالبة بالنفقة على ما هو مطبق بالنسبة لنفقة الزوجية وفقاً لحكم الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل ، وعلى ذلك تجوز المطالبة بنفقة الصغير عن أى مدة امتناع سابقة ومنفصلة عن تاريخ رفع الدعوى طالما أقام المدعى الدليل على عدم السداد عنها.

• وتعتمد المطالبة بنفقة الصغير استمرار اليد عليه شرعاً – وليس عرضاً – وبصرف النظر عن صاحب الحق في الحضانة ، فطالما لم يبلغ الصغير سن المخاصمة القضائية (الخامسة عشر عاماً) كان لصاحب اليد عليه المطالبة بنفقته – طالما لم يكن الملتزم بها يتولى الأنفاق عليه بنفسه، حتى ولو لم يكن صاحب تلك اليد له صفة الحاضنة طالما ثبتت اليد شرعاً² بسند صحيح (فلا يعد خطف الأبين سنداً شرعياً صحيحاً للمطالبة) أو كان حضناً والصغير بيده ولم ينقد الحكم الصادر بضمه إلى أبيه مثلاً³.

• فلا يحول الحكم بسقوط حق الحاضنة في الحضانة أو تجاوز الصغير أقصى سن حضانة النساء أو الحكم بضمه إلى حاضن من الرجال (الأب أو غيره) دون صاحب اليد عليه في المطالبة بنفقته طالما كانت له تلك اليد على الصغير (لعدم تنفيذ حكم الضم مثلاً) إعمالاً لقاعدة أن المطالبة بنفقته الصغير تعتمد اليد الممسكة له ، إذ لا يعد الصغير قد استوفى حقه في النفقة عليه إلا بثبوت قيام الملتزم بها بالأنفاق بنفسه أو تسليم الصغير (إذا تجاوز الخامسة عشرة من عمره) أو صاحب اليد عليه ما ينفق منه عليه⁴ ومثال ذلك الحكم

¹ حكم محكمة دشنا الشرعية في القضية رقم 346 لسنة 1933 جلسة 1934/1/20.

² حكم محكمة العياط الشرعية في القضية رقم 749 لسنة 1934 – جلسة 1935/1/26.

³ حكم محكمة مصر الشرعية في القضية رقم 479 لسنة 1934 – جلسة 1935/4/8.

⁴ ولهذا حرص المشرع على النص في المادة 345 من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 – الملغاة – على وجوب تنفيذ أحكام الحضانة جبراً.

بتسليم الصغير لأمين عليه لعدم وجود من تصلح للحضانة فلا يحول ذلك دون صاحب اليد على الصغير ومطالبة الملتزم بالأنفاق عليه بنفقته¹.

• وقد حكم بأن الحاضنة الصغير حق المطالبة بنفقته مادام في يدها ولو كانت متزوجة بأجنبي عنه وكان النزاع على بقاء يدها عليه قائماً².

• كما قضى بأن الحكم يضم الصغير إلى أبيه لا يحول دون الحاضنة والمطالبة بنفقته مادام في يدها³ كما قضى بأن بقاء الصغير المحكوم بضمه إلى أبيه في يد أمه لا يسقط نفقته على أبيه وحق ذات اليد على الصغير في المطالبة بها لأن النفقة لا تجب جزاء الإمساك والاحتباس بالضم ونحوه وإنما تجب لإحياء النفس وهذا الأحياء يظل واجباً ولو بعد الحكم يضم الصغير لأبيه لأي سبب بما يتعين معه رفض طلب سقوط نفقة الصغير أو كف اليد عنها⁴.

• وعلى ذلك فإن تهرب البنات من تنفيذ حكم ضمها إلى أبيها غير مانع من استمرار نفقتها عليه⁵.

• وتثبت اليد على الصغير عند التنازع في ذلك بأن تأمر المحكمة من يدعى اليد عليه بإحضاره بالجلسة وتثبت مشاهدتها للصغير بيد المدعى وهو ما يجري به العمل بالمحاكم، إلا أنه يجوز إثبات اليد بطرق الإثبات الأخرى⁶.

• أما إذا كان الصغير قد بلغ سن المخاصمة القضائية (الخامسة عشرة) فلا يجوز لصاحب اليد عليه المطالبة بنفقته إذ يقتصر الحق في ذلك على الصغير ذاته¹. فإذا أقيمت الدعوى من ذي اليد في هذه الحالة قضى بعدم قبولها لرفعها من غير ذي صفه.

¹ تنص المادة 61 من قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1955 على أن (للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط).

² حكم محكمة العياط الشرعية في القضية رقم 749 لسنة 1934 تأيد استئنافاً ومنشور بمجلة المحاماة الشرعية السابقة ص 234.

³ حكم محكمة العياط الشرعية في القضية رقم 749 لسنة 1934 مستأنف كلى شرعى - جلسة 1935/4/8 - منشور بمجلة المحاماة الشرعية - السنة 7 - ص 469.

⁴ الحكم رقم 1689 لسنة 1933 مستأنف شرعى الجمالية جلسة 1934/4/17 - مجلة المحاماة الشرعية - السنة 6 - ص 779.

⁵ الحكم رقم 1689 لسنة 1933 مستأنف شرعى الجمالية - جلسة 1934/4/17 - مجلة المحاماة الشرعية - السنة 6 - ص 779.

⁶ المقرر في القول الراجح بالمذهب الحنفى أن هروب الصغير من حضنة الأب وعودته إلى أمه لا يحول دون الأم ومعاودة المطالبة بنفقة الصغير لعودته إليها.

• ونفقة الأولاد على الأب قابلة للزيادة والنقصان تبعاً لتغيير يسار الأب ومتطلبات الصغير بحث يجوز كلى زاد يسار الأب طلب زيادة نفقه الصغير باعتبار أن يسار الأب هو حجر الزاوية في هذا الخصوص فضلاً عن حالته الأب المالية والاجتماعية باعتباره الملتزم بالنفقة وتغير القوة الشرائية للنقود والأسعار وعلى ذلك يكون للولد أن يطلب بدعوى جديدة زيادة المفروض له كنفقة لتغير الأسعار كما يكون للأب أن يقيم الدعوى أيضاً لتخفيض المفروض عليه كنفقة إذا تدهورت أحواله وقل كسبه². وقد أجاز نص المادة 59 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية أن تصدر محكمة الاستئناف التي تنتظر الطعن على حكم النفقة أو زيادته أو إنقاصها حكماً مؤقتاً واجب النفاذ بتعديل النفقة المقضى بها زيادة أو نقصاناً إلى حين الفصل في الاستئناف بحكم نهائي.

• ويحكم بالزيادة أو النقصان – في رأينا – من تاريخ ثبوت اليسار أو الإعسار حيث لا تبدأ الزيادة من يوم الحكم على ما كان يجري به الرأي الراجح في المذهب الحنفي باعتبار أن الحكم في هذه الحالة من الأحكام الكاشفة وليس من الأحكام المنشئة³ كما لا يقضى بها من تاريخ التداوى وخاصة بعد أن ساوى المشرع في القانون الجديد بين نفقة الزوجة والأولاد فيما يتعلق بتاريخ الاستحقاق، واعتباره تاريخ الامتناع عن الأداء وذلك إلا إذا طلبت المدعية الزيادة من تاريخ رفع الدعوى أو من تاريخ الحكم فيقضى لها وفق طلبها، فإن تخلف المدعى عن إثبات الامتناع عن الأداء من تاريخ زيادة اليسار كان القضاء بالزيادة من تاريخ إقامة الدعوى.

• ووجه رأينا في احتساب الزيادة المطلوبة للنفقة أو إنقاصها من تاريخ ثبوت اليسار أو الإعسار أن طلب الحكم بزيادة النفقة أو إنقاصها يمثل دعوى جديدة بالطلب المذكور لعدم جواز تعديل أو المساس بالحكم القائم الصادر بأصل النفقة احتراماً لمبدأ حجية الأحكام

¹ راجع (البدائع) – فقه حنفي – ج 4 – ص 35 وأنظر نصر الجندي في النفقات في الشرع والقانون – ط 1995 – ص 96 و 116 و 124 و راجع أيضاً نقض أحوال الطعن رقم 535 لسنة 42 ق – ص 1753 – س 26
² نقض أحوال – جلسة 1972/5/24 – ص 1103 وأنظر في تخفيض نفقة الصغير والأجور المفروضة على الأب مذكرة نيابة القاهرة للأحوال الشخصية في الاستئناف رقم 1351 لسنة 1985.
³ أنظر التعليق على المادة 16 من القانون وأنظر عكس ذلك نصر الجندي في مجلد الأحوال الشخصية – ص 31 – حيث يرى فرض الزيادة من تاريخ رفع الدعوى وهو ما يجري عليه العمل بالمحاكم وأنظر كمال البنا في مرافعات الأحوال الشخصية – ط 1987 – ص 13 ويرى فرض الزيادة من تاريخ الحكم وفقاً لما يجري به القول الراجح في المذهب الحنفي والذي كان واجب التطبيق قبل تعديل المواد (1) من القانون رقم 25 لسنة 1920 و 16 و 18 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

وباعتباره عنواناً لحقيقة الحالة المالية للصادر ضده الحكم بالفرض الأصلي بالنفقة , وفى هذه الدعوى الجديدة وهى دعوى نفقة جديدة تطلب فيها المدعية فرض نفقة جديدة لها تناسبها والحالة المالية ودرجة يسار المدعى عليه فى المدة التالية للحكم الأول الصادر بالفرض الأصلي , وعلى المدعية إذا كانت المطالبة بنفقة زوجية إقامة الدليل على مقدار يسار الزوج فى تاريخ إقامة الدعوى إذا كانت تطلب الزيادة من ذلك التاريخ أو خلال المدة السابقة على إقامة الدعوى شريطة إلا تزيد على سنة سابقة على رفع الدعوى إعمالاً لمقتضى الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 فإن هى فعلت قضت لها المحكمة بنفقة جديدة يحدد مقدارها وفق ما تثبته المدعية من درجة يسار للمدعى عليه فى الدعوى , ويضحي الحكم الجديد الصادر بالنفقة الجديدة هو السند التنفيذي الجديد والذي يحل محل الحكم الصادر بالفرض الأصلي وهو ما يستوجب النص فى الحكم على إسقاط المفروض بالحكم الأول أو تعديله والتي يصطلح على تسميتها فى العمل بدعوى تعديل المفروض , أما إذا كانت دعوى الزيادة أو النقصان مما يتعلق بنفقة الصغير وكان نص المادة 18 مكرر ثانياً قد خلا من تحديد قيد زمني للمطالبة بها وحيث لم يعد يقتصر القضاء بها على تاريخ الحكم وفق ما كان يجرى به القول الراجح من المذهب الحنفى فقد أضحي طلب الحكم بزيادتها أو إنقاصها إنما يتعين القضاء به من تاريخ ثبوت اليسار أو الإعسار شأنها فى ذلك شأن الطلب بزيادة نفقه الزوجية أو إنقاصها وعلى أن ينص فى الحكم الجديد¹ بإسقاط المفروض بالحكم الأول الصادر بأصل الفرض أو تعديله , مع ملاحظة وجوب النص فى المنطوق على تاريخ بدء الفرض الجديد².

• وإذا كان الحكم الصادر بالفرض الجديد يكون تالياً دائماً للحكم السابق الصادر بالفرض الأول فسوف يضحى هو الواجب التنفيذ عند تقديمه من الصادر لصالحه للتنفيذ باعتبار أنه يتضمن النص فى منطوق على تاريخ بدء سريانه وفى أسبابه على تغيير المفروض بالحكم السابق الصادر بالفرض الأول.

¹ راجع فى ذلك مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام - ط 1977 - ص 433.
² حيث تكون صياغة المنطوق على النحو التالى "حكمت المحكمة بالزام المدعى عليه أن يؤدى للمدعية مبلغ اعتباراً من / / مع الزامه بالمصروفات"

• أما إذا لم تطلب الزيادة أو النقصان من تاريخ ثبوت اليسار أو الإعسار فيكون الحكم بأيهما من تاريخ صدوره أو من تاريخ رفع الدعوى باعتباره قرينة على الامتناع عن الأنفاق .

• ويشترط للقضاء بزيادة أو نقصان المفروض به كنفقة صغار (وهو ما يسرى أيضاً في شأن نفقة الزوجة) خمسة شروط :

1- أن يكون اليسار أو الإعسار قد استجد بعد تاريخ صدور الحكم في الدعوى بالفرض الأصلي وصيرورته نهائياً إذ لو طرأ اليسار أو الإعسار قبل صيرورة الحكم نهائياً لكان في مكنة المدعى عليه دفع الدعوى بذلك .

2- إلا يكون الإعسار سببه استقطاع جزء من دخل المدعى بمناسبة تنفيذ حكم النفقة الأصلي ضده .

3- أن تكون قد انقضت مدة معقولة – نرى ألا تقل عن سنة - بعد تاريخ صدور الحكم بالفرض الأصلي وتاريخ المطالبة بالزيادة ذات فيها الأسعار وهذه تخضع لتقدير قاضي الموضوع باعتبارها مسألة واقع .

4- إلا يكون الإعسار مقصوداً أو متعمداً أو بفعل المدعى عليه بأن يلجأ إلى التخلص من أمواله أو مصادر رزقه نكاية بالمدعى .

5- إلا يكون اليسار الذي طرأ بعد الحكم بالفرض الأصلي مؤقتاً دالاً بطبيعته على زواله بعد مدة وجيزة كحصول الملتزم بالنفقة على جائزة مالية أو مكافأة تقدير غير مستمرة¹.

• و يجوز طلب زيادة أو إنقاص المفروض كنفقة للصغير (و يسرى ذات الحكم نفقة الزوجية) إمام محكمة الاستئناف حيث أعطى المشرع هذه المحكمة الأخيرة الحق في إصدار حكم مؤقت واجب النفاذ بلك وحتى صدور حكم نهائي في الاستئناف² .

• وعند نظر دعوى النفقة إذا وجد القاضي أن كسب الأب لا يكفي عياله أو لم يتيسر له الكسب فالنفقة واجبة عليه أصالة ويأمر القاضي الأم بأدائها عنه فإذا كانت معسرة أمر

¹ أنظر الحكم الصادر في القضية رقم 1589 – جلسة 1984/2/25 محكمة شبرا الجزيئية.
² المادة 59 القانون رقم 1 لسنة 2000 .

الجد أو من تجب عليه النفقة بعده أن يؤديها وما يؤديه إليهم يكون ديناً على الأب يرجع به عليه إذا أيسر .

• ويجوز الصلح على نفقة الصغير أو التنازل عنها بين الطالب والملتزم إلا أن لكل من الطرفين طلب زيادة ما تم الصلح عليه أو إنقاصه¹ ويقضى بالزيادة أو النقصان من تاريخ رفع الدعوى على ما يجرى عليه العمل بالمحاكم.

• فإذا ما تم تصالح الطرفان على نفقة للصغير وأفرغا ما اتفقا عليه في ورقة عرفية ثم امتنع الملتزم عن أداء ما تم الاتفاق عليه فإن للمستحق للنفقة أن يقيم ضده الدعوى بطلب إلزامه بأداء ما قرره على نفسه اتفاقاً ، كما أن له أن يضيف طلب زيادة ما تم الاتفاق عليه إذا كان يسار المدعى عليه قد طرأت عليه زيادة خلال الفترة من تاريخ الاتفاق وحتى تاريخ رفع الدعوى وتقضى المحكمة بإلزام المدعى عليه أن يؤدي للمدعية ما فرضه على نفسه بالاتفاق المشار إليه وزيادته – أن كان – اعتباراً من تاريخ رفع الدعوى – باعتبار أن التداعي قرينة على الامتناع – ليصير المفروض أصلاً وزيادة ما تقدره المحكمة إلا إذا أقام الصغير ومن بيده الدليل على أن الامتناع سابق على تاريخ التداعي فيقضى بالالتزام من ذلك التاريخ والزيادة من تاريخ رفع الدعوى .

• وبعد أن يصير الحكم المذكور نهائياً بفوات مواعيد الطعن عليه أو استنفادها يكون للمدعية رفع دعوى بحبس المحكوم ضده إذا لم يسدد ما قضى به حكم الإلزام .

• وإذا مات الابن لا يسقط المستحق من النفقة على الأب بهذه الوفاة باعتبار أن نفقة الصغير إنما هي دين لمن قامت بالإنفاق عليه لها أن تحصل عليه من الأب.

• أما إذا مات الأب أو كان فقيراً عاجزاً عن الكسب أبداً ويلحق بالميت – كانت نفقة الولد على من يوجد من أصوله ذكراً كان أو أنثى فإذا كانوا أكثر من واحد فيفرق بين ثلاث حالات :

الأولى : إذا كانوا جميعاً وارثين كانت النفقة بقدر ميراثهم .

¹ صالح حنفي في المرجع السابق – ص 272 وسلام مذكور في المرجع السابق – ص 548 .

الثانية : إذا كانوا جميعا غير وارثين أي من ذوى الأرحام فإذا اتحدت درجاتهم كانت النفقة عليهم جميعا كل بقدر يساره أما إذا اختلفت درجاتهم استحققت النفقة على الأقرب منهم للصغير .

الثالثة : إذا كان بعضهم وارثا والبعض غير وارث ، فإذا اتحدت درجاتهم كانت النفقة على الوارث منهم ، أما إذا اختلفت درجاتهم لزمّت النفقة الأقرب وارثا كان وغير وارث¹.

• وإذا مات الأب قبل أم الصغير فإن النفقة المستحقة للصغير عن مدة انقضت يكون للصغير أو للأم أن يرجع بها في تركته شأن نفقة الزوجية .

• ويفرق الفقه الحنفي واجب التطبيق – في حالة سجن الأب - بين فرضين الأول إذا كان السجن مؤقتا يعتبر الأب غير متيسر الكسب مع القدرة عليه وفي هذه الحالة تجب نفقة أولاده عليه ويؤمر من يليه (الجد لأب) بأدائها على أن تكون ديناً في ذمته والفرض الثاني أن يكون السجن مؤبداً وفي هذه الحالة يعتبر الأب عاجزاً عن الكسب وتستحق نفقة الأولاد على من تجب عليه نفقتهم لو لم يكن الأب موجوداً إلا أن الفرضين يجمعهما عنصر مشترك هو وجوب أن يكون الأب المسجون فقيراً ذلك أنه لو كان غنياً وجبت عليه النفقة في أمواله .

• وتعتبر المصروفات المدرسية شأن عناصر نفقة الصغير على أبيه أو – كما عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية للنص – بمنزله الطعام والكساء².

• وينصرف مفهوم مصروفات التعليم على ما لا يمكن تحصيل العلم بدونه، فكل ما يمكن تحصيل العلم بدونه لا يقع على الأب التزام بأدائه مثال ذلك الدروس الخصوصية أو الكتب والمراجع (الخارجية) حيث يمكن تحصيل العلم بدونها فلا يلتزم الأب بإدراء مستحقاتها ، وعلى ذلك فإذا كان لا يتسنى الطالب العلم الوصول إلى مدرسته أو جامعته إلا باستخدام مواصلات خاصة التزم الأب بسداد إرثها من جود يساره ومقدرته الماليه كما إذا كان الولد يدرس بجامعة إقليمية حاول كون محل إقامته بالقاهرة مما يضطره إلى استخدام وسيلة القطار أو الحافلات بين الأقاليم للوصول إليها ، إلا أن ذلك لا يشمل إلزام الأب بسداد ما اصطلح على تسميته بأتوبيس المدرسة كالما كان يتيسر الوصول إلى المدرسة أو المعهد بوسائل أقل تكلفة كالمواصلات العامة أو بالسير على الأقدام .

¹ عبد الوهاب خلاف في المرجع السابق – ص 221 .
² راجع المذكرة الإيضاحية للنص .

• وتستحق كلما قام الصغير أو صاحب اليد عليه بسدادها من ماله الخاص . وتقتصر تلك المصروفات على المبالغ المستحقة لتعليم الصغير فلا يدخل فيها ثمن الملابس المدرسية لكون الأخيرة تدخل ضمن نفقة ملابس الصغير كما لا يدخل فيها أجره السيارة المدرسية لأن انتقالات الصغير.

• ويتعين الملاحظة في هذا المقام – بوجه عام – أن والد الصغير لا يلتزم بمصروفات تعليمه إلا إذا توافرت في التعليم الذي تلقاه الصغير الشروط المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة محل التعليق إلا أن تلك الشروط تعد متوافرة بحسب الأصل وعلى من يدعى تخلف شرط منها إثبات مدعاة¹.

• وعن الأجور المستحقة لحاضنة الصغير يمكن القول أن تعريف الأجر لا يختلف في هذا المقام عن مفهوم الأجر في نطاق قوانين العمل بل يمكن القول أن تلك القوانين استمدت تعريف الأجر من المفاهيم الشرعية ، وعلى ذلك يمكن تعريف الأجور في هذا النطاق بأنها العوض النقدي الذي يحصل عليه القائم بالعمل في مقابل عمله أي هو المقابل النقدي الذي يدفعه الملتزم بالنفقة للحاضنة لقاء قيامها بعمل هو خدمة المحضون أو للمرضعة لقاء قيامها بإرضاع المحضون وهكذا².

• وتدخل الأجور ضمن نفقة الصغير بمعناها السالف بحسبان أن الملتزم بها والد الصغير وهي (أجور الحضانة والرضاع) . والأصل أن الأجور تستحق في مال الصغير أن كان له مال وإلا استحققت على أبيه والأصل أيضاً إلا تعد الأجور من عناصر نفقة الصغير على أبيه بهذا المعنى الدقيق إلا أنها تشتبه بها وتختلط معها فهي لها شبه بالأجرة وشبه بالنفقة فالأجور تعد من نفقة الصغير بحسبان أنها تستحق في أمواله بحسب الأصل وهي لا تعد من النفقة بحسبان أنها تستحق للقائمة بالعمل شخصياً نظير ما تقوم به من عمل .

وعلى ذلك فإذا كان للصغير أموالاً خاصة استحققت الأجور في أمواله فإذا انتقل الفرض إلى أبيه التزم الأب بها وكذا من ينتقل إليه هذا الالتزام في حالة عدم وجود الأب لوفاته أو لإعساره .

¹ راجع الحكم رقم 1201 و 1212 لسنة 1987 مستأنف شمال القاهرة .
² راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – ج 5 – ص 107 .

• وتتفق أحكام أجرتي الحضانة والرضاع في الغالب منها عدا بعض الأحوال التي نشير إليها في موضعها .

• وسند وجوب الأجور على الأب قوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفسا إلا وسعها " وقوله تعالى " فإن أَرْضَعْن لَكُمْ فَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوْا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتَرْضَعْن لَهُ أُخْرَى"¹.

• ويفرق في استحقاق الأجور بين ما إذا كانت المستحقة لها غير أم الصغير أو كانت هي أمه فإذا كانت غير أم للصغير استحققت الأجور ولو كانت تستحق النفقة على والد الصغير – كنفقة الأقارب مثلاً – لاختلاف سبب الاستحقاق وطبيعة المستحق ، كما تستحق من تاريخ الاتفاق عليها أو قضاء القاضى بها ، ومن ثم فلا يجوز المطالبة بها عن مدة سابقة عليها ، أما إذا كانت المستحقة هي أم الصغير ارتبط مدى استحقاقها للأجور باستحقاقها للنفقة على والد الصغير من عدمه وذلك بصرف النظر عن استمرار الزوجية أو انقضائها وسواء كان سبب الانقضاء طلاق رجعى أم بائن ، والقاعدة العامة في هذا الخصوص هي أنه لا يجوز للأمم أن تجمع بين النفقة والأجور فطالما كانت ألام تستحق النفقة على والد الصغير سقط حقها في استحقاق الأجور وذلك سواء كانت النفقة المستحقة لها نفقة زوجية أو نفقة عدة فإذا لم تكن تستحق النفقة لأي سبب من أسباب عدم الاستحقاق (الاستيفاء أو الإبراء أو الخلع)² استحققت الأجور المقررة ، وعلى ذلك لا تستحق أم الصغير المطلقة رجعيًا أجر الحضانة والرضاع حين تستحقه الأم المطلقة على الإبراء³.

• ولا ينصرف مفهوم النفقة في هذا المجال إلى ما قد تكون الأم قد استحقته أو تستوفيه من متعة قضى لها بها على المطلق لاختلاف مفهوم المتعة عن مفهوم النفقة كما سلف القول .

• وإذا كانت الزوجية عرفية وحيث الزوجة ممنوعة بحكم القانون من الحصول على النفقة عن طريق التداعي لكون دعواها غير مسموعة قانوناً أعمال لمقتضى مفهوم المادة 17

¹ الآية رقم 6 من سورة الطلاق .
² قدرى باشا (فقه حنفي) مرجع (مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان) طبعة 1978 – ص 117 – مادة 389 .
³ أنظر الحكم رقم 406 لسنة 1984 – جزئي شبرا – جلسة 1985/12/10 .

من القانون رقم 1 لسنة 2000 فنحن نرى أنه لا يجوز للمطلقة من هذه الزوجية – من ثم – المطالبة بثمة أجور سواء كانت أجر حضانة أو رضاع أو غيرها .

• وللحاضنة إبراء والد الصغير من الأجور المستحقة (الرضاع والحضانة) عليه نظير الطلاق حتى ولو كانت حاملاً لم يفصل الحمل عنها وقت التنازل ، إلا أن التنازل في غير مقابل الطلاق وقبل نشوء حق المستحقة في الأجور لا يلزم لعدم جواز التنازل عن حق لم يتقرر بعد ولكون الأجور ليست من حقوق الزوجية الشرعية¹.

• والقاعدة في تقدير اجر الحضانة والرضاع أن اجر الحضانة يقدر طبقاً لحالة الملتزم به المالية يسراً وعسراً أما اجر الرضاع فيقدر طبقاً لأجر المثل وهو الأجر الذي تقبل امرأة أخرى أن ترضع به².

• ويتحدد مقدار الأجور المستحقة طبقاً لحالة الملتزم بها يسراً أو عسراً في تاريخ نشأة الالتزام أي طبقاً ليساره في تاريخ بدء استحقاق الأجر أي في تاريخ الطلاق باعتباره الواقعة القانونية المنشئة للحق في الأجر وبصرف النظر عما تكون قد آلت إليه حالته المالية من يسار أو إعسار في تاريخ المطالبة ، أو خلال فترة الحضانه على امتدادها³ .

• وأجر الحضانة هو المقابل الذي تستحقه الحاضنة للمحضون نظير قيامها بحضانتها وخدمته ورعايته خلال مدة حضانتها له .

• وينشأ حق الحاضنة في أجر الحضانة من تاريخ بدأ الحضانة إذا كانت الحاضنة هي أم للمحضون ومن تاريخ انقضاء عدتها على الأب إذا كانت مستحقة لنفقة عدة عليه ويظل استحقاق الحاضنة لأجر الحضانة قائماً طالما كان الصغير بيدها سواء كان حقها في الحضانة قائماً أو كان قد سقط عنها إعمالاً للقاعدة الشرعية القائلة بأن الأجور تعتمد اليد ، إلا أن هذه القاعدة تخضع للقيد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل والذي مقتضاه إلا يستمر فرض هذا الأجر بعد بلوغ الصغير سن الحضانة المنصوص عليه بالمادة وهو عشر سنوات للولد واثنيتي عشر عاما للأنثى حيث تكون يد الحاضنة على الأولاد بعد هذه السن يد حفظ ليست لها صفة الحضانة مما

¹ صالح حنفي في المرجع السابق – ص 257 .

² مصطفى شكري في أحكام الأسرة في الإسلام – ط 1977 – ص 729 .

³ راجع المذكرة الإيضاحية للمادة 16 – ق 25 / 1929 .

ينتفى معه موجب استحقاقها لأجر الحضانة بعد بلوغ الصغير تلك السن ، أما إذا كانت الحاضنة غير أم الصغير فإن استحقاقها لأجر الحضانة لا يبدأ إلا من تاريخ الاتفاق عليها بين الحاضنة والملتزم به أو من تاريخ الحكم به قضائياً.

• وللمدعية المطالبة بما تجمد لها من أجر الحضانة من تاريخ استحقاقه غير مقيد بمدة محددة من حيث سماع الدعوى بها كما هو الحال في النفقة شريطة أن تقيم الدليل على امتناع المدعى عليه عن سداد الأجر المذكور¹ ويقبل دليلاً على ذلك البيئة الشرعية وذلك باعتبار أن أجر الحضانة والرضاع من الأجور القوية التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء²، ويعد أجر الحضانة ديناً قوياً سواء كانت الحاضنة هي أم الصغير أو غيرها ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ولا يتأثر بمضي المدة ولا بموت الصغير أو من وجب عليه ولا بموت الحاضنة نفسها فيكون لورثتها المطالبة به في تركة من يجب عليه ذلك الأجر³.

• وتستحق الحاضنة أجر الحضانة حتى لو فقدت صلاحيتها لها طالما ظل الصغير بيدها طوال تلك الفترة وحتى ينزع من يدها⁴.

• وأما عن أجر الرضاع فيعرف بأنه المقابل النقدي الذي تستحقه القائمة بإرضاع الصغير سواء كانت هي أم الصغير أو غير أمه .

• ويستحق أجر الرضاع على الأب لمدة حولين كاملين أي سنتين هجريتين كاملتين من تاريخ بدء الرضاع الذي يكون غالباً تاريخ الولادة وانفصال الحمل حياً عن الأم عملاً بقوله تعالى "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين" إلا أنه يسقط من هذه المدة الفترة التي تكون الأم فيها تستحق النفقة على والد الصغير ويكمل لها ما يتمم الحولين .

• ولأب أن يدفع استحقاق المرضعة لأجر الرضاع بعدم قيامها به أو ببذنه في تاريخ يحدده فإذا أقام الدليل على صدق مدعاة فرض عليه أجر الرضاع من تاريخ الادعاء .

¹ قضت محكمة السنبلوين الشرعية بجلسة 1938/4/19 في القضية رقم 513 لسنة 1937 بان "الاعتراف يقبض النفقة (أو الأجر) عن شهر معين قرينة قاطعة على قبض المتجمد عن الأشهر السابقة عليه" - الحكم منشور بمجلة المحاماة الشرعية - العدد 9 - ص 640
² الحكم رقم 3589 كلى مستأنف مصر - جلسة 1932/4/21 مشار إليه في مجلة المحاماة الشرعية العدد الرابع - ص 632 وأنظر أيضاً في ذات المعنى الحكم رقم 1596 مستأنف كلى مصر - جلسة 1938/5/9 - مجلة المحاماة الشرعية - العدد العاشر - ص 747 .
³ مصطفى شلبي في أحكام الأسرة في الإسلام - ط 1977 - ص 748 .
⁴ مجموعة رسائل ابن عابدين - ج 1 - ص 274 والحكم رقم 973 لسنة 1948 - شرعي الزقازيق - جلسة 1948/5/18 .

- واستمرار استحقاق أجر الرضاع على الأب رهين باستمرار الرضاعة للمدة المنصوص عليها فإذا أقام الأب الدليل على توقف الرضاع قبل انقضاء تلك المدة سقط عنه الأجر المذكور عن باقيها ، كما أن استمرار الأم في الإرضاع أكثر من مدة الحولين يكون على سبيل التبرع لا تستحق عنه أجرا .
- أما إذا كانت المرضعة غير أم الصغير فلا تستحق أجر الإرضاع إلا من تاريخ التراضي عليه أو قضاء القاضي به .
- ويذهب بعض الفقه إلى القول بعدم وجوب نفقة الطعام مع أجر الرضاعة لأن الرضاعة هي الطعام¹ إلا أننا نرى عكس ذلك حيث أن أجر الرضاعة يدخل فيه أجر الأم عن عملية الإرضاع .
- وكما يحق للأم المرضعة المطالبة بأجر الرضاع فإن من حق مرضعة الصغير غير أمه طلب الحكم لها بأجر إرضاع حيث يتعين القضاء لها به إذا أقامت الدليل على قيامها به ومن تاريخ بدأه .
- وأجر الرضاع يستقر ديناً قوياً في ذمة من يجب عليه لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ولا يتأثر بالتقادم ويستحق في تركة الملتزم سواء كان مال الصغير أو وليه ويكون لورثه المرضعة المطالبة به كما يكون للمرضعة ذاتها ذلك في تركة من يجب عليه الأجر .
- ولا يجوز للحاضنة المطالبة بزيادة أجر الحضانة مثلما هو الحال في النفقات ذلك أن مناط جواز المطالبة بزيادة النفقات تقدم الصغير في العمر وازدياد حاجته إلى الطعام كما ونوعاً وكذا زيادة الأسعار وهو الأمر الذي يتخلف في أجر الحضانة باعتباره أجر تنقاضه الحاضنة مقابل عمل تقوم به هو القيام على خدمة المحضون وهذا العمل ثقل مشقته كلما تقدم الصغير في العمر إذ بعد أن كان يستلزم قيام الحاضنة بمساعدته في قضاء حاجته يضحى مع تقدمه في العمر في غير حاجة لتلك الخدمة ، كما يضحى قادراً على ارتداء ملابسه واستحمامه دون مساعدة ولا يحتاج في هذا المجال بزيادة أجور العاملين كلما مرت السنون إذ أن أجر العامل إنما يزداد مع مرور السنين نتيجة ارتقائه في السلم الوظيفي وزيادة خبرته

¹ مذكور في المرجع السابق - ص 546 .

والذى يستتبع ازدياد أعباءه فى العمل وتضاعف مسئولياته على عكس الحاضنة التى تقل أعباء قيامها بأعمال الحضانة كلما مرت السنين¹.

• كما لا يجوز المطالبة بزيادة أجر الرضاع شأنه فى ذلك شأن القاعدة المتقدمة فى شأن أجر الحضانة².

• إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه أن لوالد الصغير دائماً أن يقيم الدعوى بطلب تخفيض المفروض عليه على سبيل الأجور إذا تدهورت أحواله المالية عن وقت الفرض .

• ويعد أجر السكن أو المسكن من عناصر نفقة الصغير على أبيه شرعاً فهو لا يدخل ضمن الأجور التى تستحق للحاضنة نظير قيامها بعمل محدد .

• ولا يستحق الصغير أجر مسكن إذا ما كان يقيم صحبة أبويه بمسكن الأب فإذا أقامت الأم فى هذه الحالة الدعوى بطلب نفقة شاملة للصغير حكم لها بنفقة مأكّل وملبس فقط دون أجر المسكن .

• ويستحق الصغير أجر المسكن سواء كان يقيم لدى الحاضنة بملكها الخاص أو بأجر لأن أجره مسكن الصغير على أبيه شرعاً عملاً بعموم الفقرة الثالثة من المادة 18 مكرر ثانيًا .

• ولقد أصبح الصغير يستحق أجر المسكن فى ظل أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 من تاريخ الحاجة إليه – تاريخ الامتناع – باعتبار أن نفقة الصغير تستحق على الأب من ذلك التاريخ وباعتبار أن أجر مسكن الصغير من عناصر نفقته على أبيه .

• وفى حالة طلب الأم أجر مسكن لها وللصغير – حالة قيام الزوجية - وجب الحكم بأجر مسكن واحد لهما ، أما فى حالة الطلاق البائن فلا يقضى إلا بأجر مسكن حضانة للصغير بشرط توافر شروط استحقاقه حيث لا تستحق المطلقة بائناً أجره سكن على مطلقها .

• وفى حالة طلب الأم أجر مسكن وجب التفريق بين حالتين الأولى حالة قيام الزوجية أو فى خلال فترة العدة من الطلاق الرجعى وجب القضاء بأجر مسكن مستقل لكل من الأم والصغير لقيام الزوجية خلال فترة العدة حكماً وثبوت التزام الأب بإسكان الزوجة أو المطلقة

^{2,1} راجع مصطفى شلبى فى أحكام الاسرة فى الاسلام – ط 1973 – ص 829 .

رجعياً وصغيره منها ، أما الحالة الثانية فهي حالة الطلاق البائن وجب الحكم بأجر مسكن حضانة للصغير في حالة تحقق شروطه ورفض القضاء بأجر مسكن للمطلقة بائناً لارتفاع التزام المطلق بإسكان المطلقة بائناً لانقطاع أحكام الزواج .

• وتعدد المحضونين لا يقتضي تعدد أجر المسكن فلا يحكم بأجر مسكن حضانة لكل صغير على حدة ، كما أن ببلوغ أحد الصغار أقصى الحضانة وخروجه منها لا يقتضي تخفيض المفروض كأجر مسكن .

• ويظل استحقاق الصغير لأجر السكن قائماً وحتى بلوغه غاية استحقاقه للنفقة على أبيه شرعاً أي ببلوغه خمسة عشر عاماً قادراً على الكسب المناسب والى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها عملاً بعموم المادة 18 مكرر ثانياً ، وعلى ذلك فإذا كان أجر المسكن واستقلال الصغير مع حاضنته بمسكن الحضانة وجهان لعملة واحدة هي التزام الأب بإسكان الصغير فإن تخطى الحاضنة عن مسكن الحضانة لوالد الصغير لسقوط حقها في الحضانة سواء لبلوغ الصغير أقصى سن حضانة النساء أو لغير ذلك من الأسباب لا يسقط حق الصغير في أجر المسكن على أبيه شرعاً ويظل لصاحب اليد عليه أو للصغير شخصياً إذا بلغ سن المخاصمة القضائية حق مطالبة أبيه بأجر مسكنه¹ .

• وتستحق الأجور عموماً اعتباراً من تاريخ بدء العمل أي من تاريخ بدء الحضانة ومن تاريخ بدء الرضاعة على تفصيل سيأتي ، ذلك أن الأجور – كما سبق القول – ما هي إلا مقابل عمل تقوم به المستأجرة لإنجازه.

• وهذه الأجور تثبت – كما قدمنا - دينا صحيحاً في ذمة من تجب عليه لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وتستحق في تركة من تجب عليه .

• ولا يخضع الحق في المطالبة بالأجور لقيد عدم السماع عن مدة ماضية محددة لانعدام النص² كما لا يسرى على الحق في المطالبة بها مدد التقادم الواردة بالمادة 378/ب من القانون المدني وذلك لكون الشريعة الإسلامية لا تعرف تقادم الحقوق³ ولعدم سريان نص المادة المذكورة – رغم ارتباطه بأجور العمل والإجراء على الأجور الشرعية لكون النص

¹ راجع نقض جلسة 1989/3/28 – الطعن رقم 86 لسنة 56 ق .

² أصول المرافعات الشرعية – أنور العمرسي – ص 360 .

³ نقض احوال الطعن رقم 36 لسنة 53 ق – جلسة 1984/11/27

الواجب التطبيق بالنسبة لهذه الأخيرة هو القول الراجح في المذهب الحنفي عملاً بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

• وقد استحدث المشرع بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 18 مكرر ثانيًا حكماً لم تكن تتضمنه قوانين الأحوال الشخصية السابقة بمقتضاه اعتبر المشرع تاريخ استحقاق الصغير لنفقه على أبيه يرجع إلى تاريخ امتناع الأب عن الأنفاق .
وقد كان العمل جارياً قبل استحداث ذلك الحكم على فرض نفقة الصغير قضاءً من تاريخ الحكم في الدعوى التى تقام ضد الأب بهذا الخصوص استناداً إلى أنها تقوم على الحاجة وهذه تكون قد اندفعت قبل الحكم بالنفقة .

• والسؤال الذي يطرح نفسه ف بهذا المجال هو مدى خضوع المطالبة بنفقة الصغير في ظل الحكم المستحدث بالفقرة الأخيرة من المادة 18 مكرر ثانيًا لقيود عدم السماع المنصوص عليه فى الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون القائم 100 لسنة 1985 .

وقد أجابت على هذا السؤال المذكر الإيضاحية للقرار بقانون المذكور بأن هذا الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق¹ وهو ما يعنى عدم انصراف النص المتعلق بعدم السماع إلى دعاوى نفقة الأولاد الأمر الذي يكون معه للصغير أن يسند المطالبة القضائية بنفقه على أبيه إلى تاريخ الامتناع دون تقييد بمدة السنة السابقة على تاريخ رفع الدعوى ومهما استطلت هذه المدة كما لا يكون للأب أن يدفع الدعوى المقامة ضده للمطالبة بنفقة الأولاد بعدم السماع فيما يجاوز السنة السابقة على تاريخ رفع الدعوى شأن نفقة الزوجة .

• وتأخذ نفقة الصغير حكم نفقة الزوجة من حيث وجوبها على الأب فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ويكون للأولاد التنفيذ بها على ممتلكات الأب كما يحبس الأب بسببها إعمالاً لنص المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 المضافة بالقانون رقم 91 لسنة 2000 كما يجوز للولد الاستدانة بمقدارها².

¹ راجع التعليق على المادة الأولى .
² أنظر الحكم رقم 338 لسنة 1977 - جزني روض الفرج - جلسة 1977/11/15.

• ونحن نرى أنه وإن كان عموم نص المادة الواردة بالقانون رقم 91 لسنة 2000 يجيز حبس الأب في نفقة ابنه بعد ما أضحى نفقة الابن ديناً مستحقاً على الأب بموجب التعديل الذي نص عليه في المادة المطروحة في الفقرة الأخيرة منه إلا أن ذلك يتعين أن ينحصر ويقتصر على الحالة التي يكون فيها المدعى بطلب النفقة هي الحاضنة أو صاحب اليد على الصغير بحيث أنه إذا كان المدعى بطلب النفقة هو الابن شخصياً بعد بلوغه سن المخاصمة القضائية امتنع تطبيق النص وذلك للتوفيق بين اعتبار وجوب أعمال صريح نص المادة السالفة والحديث الشريف "لا تضار والد يولدها ولا مولود له بولده" وحتى لا يكون الابن مصدر أضرار بأبيه .

• ويؤخذ من الأحكام السابقة وجوب الحكم بالحبس بصرف النظر عن قيمة المبلغ المحكوم به ، و كذا جواز الحبس فيما قضى به كنفقة أو أجور حيث تأخذ الأخيرة حكم النفقة في هذا الخصوص وكذا فيما يحكم به كزيادة في النفقة.

• وكأصل عام تقوم الأم أو من بيدها الصغير برفع الدعوى ضد الأب للمطالبة بنفقته وذلك إلى أن يبلغ الصغير الخامسة عشر من عمره فإن أتمها تعين أن تقام الدعوى بالنفقة من الابن شخصياً لبلوغه بهذا العمر سن المخاصمة القضائية¹ .

• ويجوز للأم أن تجمع في دعوى واحدة بين طلب نفقة الزوجية أو العدة لها ونفقة الصغير إلا أنه لا يجوز لها – كما تقدم القول – أن تجمع بين المطالبة بنفقة لها وأجور الصغير لعدم جواز الجمع بينهما أصلاً .

• إلا أنه وإعمالاً للمادة 58 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية يجوز طلب إلزام الأب أمام المحكمة الاستئنافية بنفقات جديدة غير النفقات المطلوبة أمام محكمة أول درجة شريطة أن تكون مكتملة للنفقات المطلوبة أمام محكمة أول درجة أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئة ، ومثال ذلك إبداء طلب فرض أجر مسكن للصغير رغم أن الطلبات أمام محكمة أول درجة اقتصر على طلب فرض نفقة مأكلاً وملبساً فقط باعتبار أن اصطلاح نفقة الصغير أصبح يشتمل مقابل المأكلاً والملبس والسكن وكذا المطالبة بالمصروفات المدرسية أو العلاج وهكذا ، إلا أنه لا يجوز إضافة طلب الأجور مثلاً أمام المحكمة الاستئنافية لأول مرة حال كون الطلبات أمام محكمة أول

¹ أنظر التعليق على المادة 20 .

درجة تقتصر على طلب فرض نفقة الصغير لما ينطوي عليه ذلك من تفويت لدرج من درجات التقاضي .

• وقد كان حق الابن في النفقة على أبيه حتى صدور القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المحكوم بعدم دستوريته يحكمه القول الراجح في مذهب الأمام أبي حنيفة والذي مؤداه وجوب تلك النفقة من تاريخ القضاء بها لاندفاع الحاجة قبله .

وقد تضمنت نصوص القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 سالف الذكر النص في المادة 18 مكرر ثانيًا منه لأول مرة تقنين حق الصغير في النفقة على أبيه في نص قانوني ، ثم عاود المشرع ترديد ذات عبارات النص المذكور في المادة محل التعليق من القانون رقم 100 لسنة 1985 مع إضافة فقرة أخيرة لها جرى نصها على القول "وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الأنفاق عليهم".

وقد خلت المذكرة الإيضاحية للمادة المطروحة وكذا تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الدينية والاجتماعية والأوقاف من توضيح أو بيان للحكمة من إضافة الفقرة الأخيرة رغم استحداثها .

والذي نلاحظه أن المشرع قد خرج في خصوص المطالبة بنفقة الصغير على أبيه على سنته فيما يتعلق بحق المطالبة بالنفقات بوضع قيودا لسماع الدعوى بها إذا ما تجاوزت المطالبة بها فترة زمنية تدل على العسف والجور من المدعى بها ذلك أن المشرع قد حرص ومنذ صدور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية سنة 1931 - الملغاه - على تضمينه المادة 99 منها النص في الفقرة الخامسة على عدم سماع الدعوى بالنفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، ثم حرص عند إصدار القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ثم القانون رقم 100 لسنة 1985 على النص في الفقرة السابعة من المادة الأولى منه على قصر سماع الدعوى بها على مدة سنة سابقة على رفع الدعوى بها مما اعتبر تعديلا للمدة التي كان منصوصا عليها في الفقرة الخامسة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ثم القانون رقم 100 لسنة 1985 في عبارة واضحة أن قصر السماع المنصوص عليه هو "قيد خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق" وان المحكمة من النص عليه هو حق ولى الأمر في تخصيص القضاء وما لوحظ 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 وهى ثلاث سنوات غدت كثيرة ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم إذ يمكنه المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضى عليه سنة فأكثر خاصة وان الكيد في دعاوى المطالبة بالنفقة متعدد المناحي وأهمها إهمال المطالبة بها لمدة تطول ثم رفع الدعوى بها دفعة واحدة إرهاباً للملتزم بسداد ما يستحق منها عن عدد من السنين قد يطول فضلاً عن المطالبة بحبسه .

ونحن نرى أن المشرع قد خانة التوفيق في عدم النص على قيد زمن لسماع دعاوى نفقات الأولاد شأن ما هو منصوص عليه في الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون في خصوص نفقة الزوجة ذلك أنه إذا كان من القواعد المستقرة في فقه قوانين الأحوال الشخصية أن نفقة الزوجة على زوجها من الديون القوية التي لا تسقط إلا بالإبراء أو الأداء وأنها أيضاً من الديون الممتازة التي تتقدم على غيرها من الديون وأنها أصل أصيل لها على الزوج على عكس نفقة الصغير على أبيه والتي تمثل استثناء لا تجب معه عليه إلا حال كون الابن غير ذي أموال باعتبار أن نفقة الصغير هي بحسب الأصل تستحق في أمواله فضلاً عن أن إجازة مطالبة الابن لأبيه بالنفقة عن عدد خلا من السنين أياً كان عددها يفتح باب الكيد للأب بإرهابه بالمطالبة بالنفقة عن سنين ماضية خاصة وان المطلب بها يكون غالباً من مطلقة الأب حاضنة الصغير وهو ما يخالف الآية الكريمة بالا يضار مولود له بولده إذ سيكون الابن في هذه الحالة مصدر أضرار لأبيه وهو مالا يجوز شرعاً .

● وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1994/3/26 بدستورية نص المادة 18 مكرر ثانياً فيما يتعلق بإجازته التداعي بنفقة الصغير عن مدة ماضية¹ دون أن تعرض لامر تقييد المطالبة بها بقيد زمني لخلو الدعوى أمامها مما يتعلق به أو يتناوله .

¹ الطعن رقم 29 لسنة 11 دستورية - جلسة 1994/3/26 .. منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1994/4/14 - العدد 15 - وفيه تقول المحكمة :
"القاعدة الثابتة أنه لا ضرر ولا ضرار ، وهى قاعدة لازمها ألا يفيد الوالد من خطئه وأن يرد عليه قصده ، ونصها يفيد دفع الضرر قبل وقوعه ، ورده بعد حدوثه ، واختيار أهون الشرين دفعا لأعظمهما . وحمل الوالد على أيفاء النفقة التي حجبها - عناداً = وإهمالاً - عن أولاده ، وهو إلزام بما هو لازم بعد أن منعهم منهما دون حق ، وأهدار أصل وجوبها لأولاده المحتاجين إليها . وإذا كان الأصل في الضرر أن يزال وكان من المقرر كذلك أن الضرر لا يكون قديماً فلا يتقدم ، فإن لولى الأمر أن يفرض على الوالد نفقة أولاده - عن المدة السابقة التي ماثل خلالها في الوفاء بها - استصحاباً لأصل استحقاق الديون بمجرد نشوئها ديناً في الذمة ، ودفعاً لضرر ينال من أولاده وقد يكون جسيماً في مداه . ولا يجوز بالتالي أن يكون فوات الزمن حائلاً دون استحقاق النفقة الواجبة ولا أن يتخذ الوالد من قديمها ذريعة لإسقاطها بعد ثبوتها . ومقابلة ظلم الوالد بالعدل ليس آلا حقاً تقتضيه المصلحة وواجبا

• وجدير بالذكر أن وجوب نفقة الفرع على الأصل من تاريخ الامتناع حكم يقتصر تطبيقه على الأب فقط فلا يسرى على غير الأب ممن تجب عليهم نفقة الأولاد بصريح النص حيث تستحق النفقة في هذه الحالة من تاريخ الحكم .

• وقد نصت المادة 65 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال على شمول الحكم الصادر بنفقة الصغير والأجور والمصروفات وما في حكمها بالنفاد الفوري حتى مع الطعن عليه بالاستئناف .

• وقد أوجبت المادة 72 من القانون 1 لسنة 2000 على بنك ناصر الاجتماعي أداء النفقات والأجور وما في حكمها مما بحكم به وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير العدل وهو ما صدرت بشأنه القرار رقم 2721 و3965 و2722 لسنة 2004 فضلاً عن صدور القانون رقم 11 لسنة 2004 بإنشاء صندوق تأمين الأسرة إعمالاً لحكم المادة 71 من القانون رقم 1 لسنة 2000¹.

تفرضه الضرورة وإذا كان الحنفية ومن تبعهم يقولون أن النفقة تكون واجبة شينا فشينا وفق مرور الزمان تأصيلاً من جانبهم لسقوطها بمضي المدة غير القصيرة بمقولة أن فواتها دليل انقطاع احتياج الولد إلى نفقته ، إلا أن قيد الزمان في ذاته - ومجرد من أي اعتبار آخر - لا يجوز أن يكون مفوتاً للحق في النفقة نافية استحقاق ما يكون قد تجرد منها ، ولأن الحقوق لا تسقط عن أصحابها إلا بإرادة النزول عنها ، وهي إرادة لا تفترض ، بل يجب أن يقوم الدليل عليها قاطعاً ، وبوجه خاص في الأحوال التي ترشح فيها حالة "النزول عن الحق لضياح نفس أو تعريضها لمخاطر داهمة" وحيث أن ما قرره المدعي - مؤيداً في ذلك بأقوال نفر من الفقهاء - من أن نفقة الولد على أبيه لا تجب إلا من تاريخ الحكم بها ، ربما كان ملائماً بمقاييس زمانهم حين كانا الوازع الديني قويا وكان أمراً ميسرات كذلك اللجوء إلى قاضي يوفر حلاً عاجلاً بعد فترة وجيزة من عرض النزاع عليه . وقد دل الزمان على تراخي الهمم وخور العزائم وفساد الضمان ، ولم يعد بعض الأبناء رفقاء بابنائهم أحمياء بهم ، وتعين بالتالي أن يكون الحكم الشرعي دائراً مع تغير الزمان والمكان والأحوال والأشخاص ولأن الأصل بعد معرفة في مجال النفقة ، يكون عائد إلى كل جهة = بالنظر إلى ما يكون غالباً بين أهلها . وما نراه اليوم هو أن الخصومة التي يقيمها الولد على أبيه للحصول منه على نفقته التي تكفيه ، قد تكون من قبيل أبيه لولدا ، وقد تتعلق إجراءاتها وتتراخي الفصل فيها فلا يصدر الحكم بها إلا بعد زمن يطول أو يقصر ، وهو ما يعني سقوطها - وفق أقوال هؤلاء الفقهاء - عن المدة السابقة على تقريرها وليس ذلك تحصيلاً للنفقة التي يستحقها الولد وطلبها وأقام الدليل عليها ، بل هو إهدار لأصل وجوبها لسبب لا يرجع إليه . هذا إلى أن الأصل في نفقة الولد المحتاج إليها هو الجزئية التي لا تنقسم عراها بين الولد وأبيه بمضي الزمان . كذلك فإن الحكم بالنفقة - وقد قام سببها من قبله - لا يعدو وإن يكون مظهرها للحق فيها كاشفاً عنه ، وليس منشئاً لوجوده من عدم أو خالفاً ، ذلك أن ثبوت نفقة الولد ديناً في ذمة أبيه يعتبر أثراً مترتباً على اكتمال وجوبها ولو كان تدخل القاضي لازماً لتحديد مقدارها عند النزاع فيه ولقد قال المالكية بما يفيد جواز تحصيل النفقة عن مدة ماضية ، إذ يبين من بعض أقوالهم أنه إذا رفع الولد مستحق النفقة دعواه عما يكون متجعداً منها في الماضي إلى حاكم لا يرى = السقوط بمضي الزمن ، فإن قضاءه بلزومها لا يعني أنه فرضها عما يأتي مستقبلاً من الزمان ، الوازع الديني قويا وكان أمراً ميسراً كذلك اللجوء إلى قاضي يوفر حلاً عاجلاً بعد فترة إذ لا يجوز للحاكم أن يفرض شينا على الدوام قبل وقته".

¹ راجع في تفصيل ذلك ملحق الكتاب .

- كما نظمت المواد 73 و74 و75 و76 من القانون المذكور كيفية اقتضاء ما يسدده بنك ناصر من مبالغ النفقات المحكوم بها من المحكوم ضده سواء كان من ذوى المرتبات او من غيرهم كما حددت النسب الجائز الحجز عليها من المرتبات والأجور وما في حكمها (كالمعاشات) حيث تصل تلك النسب إلى نحو 50% من دخل المحكوم ضده – راجع المواد من 73 إلى 76 من القانون رقم 1 لسنة 2000.
 - كما نصت المادة 77 من القانون سالف الذكر على أنه في حالة التزام بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ثم نفقة الأولاد ثم الوالدين ثم الأقارب .
 - كما نصت المادة 78 من القانون السالف على أن الاستشكال في تنفيذ أحكام النفقات للزوجة أو الأولاد أو الأقارب لا يترتب عليه وقف التنفيذ .
 - وامتناع المحكوم ضده عن أداء ما قضى به من النفقة يجيز للمحكوم له إقامة الدعوى بطلب وحبس الأب إعمالاً لمقتضى المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 المضافة بالقانون رقم 91 لسنة 2000 . فضلاً عما تقدم فإن للمحكوم له بالنفقة وعملاً بالمرسوم بقانون رقم 92 لسنة 1937 أن يقيم الدعوى الجنائية ضد الملتزم بالنفقة وذلك عن طريق النيابة العامة أو بطريق الادعاء المباشر عملاً بالمادتين 292 و293 عقوبات إلا أن ذلك مرهون بتوافر عدة شروط هي :
 - 1- أن تقدم شكوى من المحكوم لصالحه بالنفقة إلى النيابة العامة أو أن ترفع الجنحة المباشرة .
 - 2- أن يكون الملتزم بالنفقة قد تم تنفيذ حكم الحبس الصادر من المحكمة الشرعية ضده فى دعوى الحبس .
 - 3- أن يستمر المحكوم ضده فى الامتناع عن الوفاء بالنفقة مع قدرته على الدفع ، ويتعين على صاحب الحق اثبات قدرة المحكوم ضده على السداد أمام القاضى الجنائى .
 - 4- وأن يظل المحكوم ضده ممتنعاً عن السداد مدة ثلاثة شهور بعد قيام القاضى الجنائى بالتنبيه عليه بالدفع .
- فإذا ما توافرت هذه الشروط يصدر القاضى الجنائى ضد الملتزم بالنفقة حكماً بالحبس مدة لاتزيد على سنة وغرامة لاتتجاوز مائة جنيه مصرى أو احدى هاتين العقوبتين .

- وقد نصت المادة 293 عقوبات على أنه إذا رفعت بعد الحكم الجنائي على المحكوم ضده دعوى ثانية عن هذه الجريمة تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد عن سنة .
- إلا أن المشرع فتح للمحكوم عليه باب الخلاص من العقوبة الجنائية حتى بعد أن يصبح الحكم الصادر بها نهائياً فنص في عجز المادة 293 عقوبات على أنه إذا أدى المحكوم ضده ما تجمد في ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة .
- وتسلم نفقة الصغير لمن هو في يده بأعتبار أنه المدعى المحكوم لصالحه في الدعوى كما يحق للصغير قانوناً – إذا كانت الدعوى بالنفقة مقامة منه لبلورة سن المخاصمة القضائية – تسلم النفقة المحكوم بها لصالحه في يده إعمالاً للمادة 61 من قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 والتي تعطى للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه من مال لإغراض نفقته¹ .
- وعلى وجه العموم إذا لم يوجد أحد من قرابة الصغير للأنفاق عليه وجبت نفقته في بيت مال المسلمين وهي وزارة المالية الممثلة في بنك ناصر على النحو المنظم بنصوص المواد من 72 وما بعدها من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والقانون رقم 11 لسنة 2004 وقرارات وزير العدل رقم 2721 و2722 و3965 لسنة 2004.
- وقد أعطى نص المادة 12 من قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 للمحكمة إعمالاً تقتضى الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من القانون رقم 1 لسنة 2000 لمحكمة الأسرة رخصة إصدار أحكاماً مؤقتة واجبة النفاذ فوراً بأمرين أولهما بتقرير نفقة مؤقتة أو زيادة المقضى به منها أو إنقاصه , وثانيهما الحكم بالرؤية أو تعديل زمان أو مكان الرؤية , وحظر بمقتضى الفقرة الخامسة من المادة الأخيرة الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التي تصدر أثناء سير الدعوى إلا بصدر الحكم النهائي فيها .
- ويرتبط الحديث عن نفقة الفروع على الأصول (الابن على أبيه) ويمتد إلى النفقة المستحقة لبقية أقارب الشخص غير أصوله أو فروع .

¹ تنص المادة 61 من قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 على أن "للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لإغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط" .

- وإذا كانت المادة المطروحة قد اقتضت على تنظيم أمر نفقة الفروع على الأصول فإن استكمال الفائدة يستلزم التعرض – ولو في عجلة – إلى النفقة السمتحة للأصول على الفروع – وفي إيجاز – إلى أحكام نفقة بقية أقارب الشخص عليه .
- والقرابة أنواع ثلاثة

أولها : قرابة أصول : وهي قرابة الأب والأم والأجداد والجدة ولو من جهة الأم .
وثانها : قرابة فروع : وهي قرابة الولد وأولاده وأولاد أولاده وإن نزلوا .
وثالثها : قرابة الحواشي : وهي قرابة الأخوة وأولادهم والأعمام والعمات والأخوال والخالات .

- وأصول الشخص هم والداه وأجداده لأبيه أو لأمه وإن علوا تجب نفقتهم عليه على تفصيل .

- ويستند وجوب نفقة الأصل على فرعه إلى قوله تعالى "وقضى ربك إلا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً" وقوله صلى الله عليه وسلم "أنت ومالك لأبيك"¹.

- وسبب استحقاقها هو الجزئية فكما أن الفرع جزء لأصله فإن الأصل جزء لفروعه .
- وتخضع قواعد أحكام نفقة الأصل على فرعه إلى القول الراجح في المذهب الحنفي إعمالاً لحكم المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

- والراجح في المذهب الحنفي وجوب نفقة الأصل على فرعه سواء كان الأصل هو والد الشخص أو أحد أجداده لأبيه أو لأمه .

- وتجب النفقة سواء كان الفرع ذكراً أو أنثى فإذا تعددت الفروع وجبت عليهم النفقة جميعاً بالتساوي وبصرف النظر عن كون الأكثر قدرة فرعاً ذكراً أو أنثى إلا أننا نرى أنه إذا كان هناك تفاوت فاحش في يسار الفروع وجب توزيع النفقة عليهم بقدر يسار كل منهم .
- وتجب نفقة الأصل في أموال الفرع ولو كان الأخير صغيراً .

¹ رد المحتار على الدر المختار – المرجع السابق – ص 631 .

- كما تجب النفقة للأصل ولو اختلف في الديانة مع الفرع .
- وإذا اختلفت درجات قرابة الفروع كانت النفقة على الأقرب دون الأبعد فمن له بنت وابن ابن كانت نفقته على البنت دون ابن الابن .
- ويشترط لاستحقاق الأصل للنفقة على فرعه شرطان :
الأول : أن يكون الأصل معسراً حتى لو كان قادراً على الكسب ، فلا يشترط عجزه عن الكسب حتى يستحق النفقة على فرعه ، فإذا كان كسوباً إلا أن كسبه لا يفي بحاجته قضى له بما يكمل تلك الحاجة .
الثاني : أن يكون الفرع كسوباً وأن يفيض من كسبه ما يفي بحاجة أصله ، فيكفي أن يكون الفرع كسوباً حتى يعتبر بكسبه موسراً والذي يتحقق سواء بكسبه أو بأمواله ، فإذا لم يكن كسوباً أو يفيض من كسبه ما يفي لفرض نفقة لأصله عليه قضى بضم أبيه إليه للتعيش معه بما يكسب إلا إذا كان الأصل قادراً على الكسب فلا يؤمر الفرع بضمه إليه وإنما ترفض الدعوى .
- ويكون إثبات توافر شرطي الاستحقاق بكافة طرق الإثبات ومنها البينة الشرعية ، كما يكفي في إثباتها شهادة الاستكشاف عملاً بأحكام المذهب الحنفي في هذا الخصوص¹.
- وتشمل النفقة المأكل والملبس والمسكن وبد الفرش والغطاء ، كما تشمل أجر الخادم أو نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضاً مرضاً يحوجه إلى زوجة أو خادم يراعاه أما إذا كان الأب صحيح البدن سقطت نفقة زوجته على فرعه فإذا كان الأب متزوج من أكثر من واحدة التزم الفرع بنفقة واحدة فقط بالشروط المتقدمة .
- والمرأة المعسرة المتزوجة من غير أبي الولد تستحق نفقتها على زوجها وليس على ولدها إلا إذا كان الزوج معسراً وغائب وكان الولد موسراً قضى بإلزامه بالأنفاق عليها ويكون ما أنفق ديناً له يرجع به على زوجها (زوج أمه) إذا أيسر أو حضر .
- وتقدر نفقة الأصول بقدر ما يدفع حاجة الأصل وفي حدود يسار الفرع فهي وإن كانت تدور مع الحالة المالية للملتزم بها إلا أنها تقف عند حد دفع حاجة الأصل دون زيادة

¹ راجع في تعريف شهادة الاستكشاف بمؤلفنا "القواعد الإجرائية لمنازعات الأحوال الشخصية" - ط 1991 - ص 142 وما بعدها .

، فإذا كان يفيض من كسب الابن مائة جنيه مثلاً واستبان للقاضي أن حاجة الأب تدفع بثلاثين قضى بها فقط دون زيادة .

• وتستحق النفقة قضاء من تاريخ الحكم بها لاندفاع الحاجة قبلها، فلا يجوز المطالبة بها عن مدة ماضية ، وهى في ذلك تختلف عن استحقاق نفقة الفروع على الأصول والتي تخضع لحكم الفقرة الأخيرة من المادة المطروحة والتي نصت صراحة على استحقاقها من تاريخ امتناع الأصل عن الأنفاق . وعلى ذلك فلا يجوز المطالبة بنفقة أصول عن مدة ماضية سابقة على رفع الدعوى طالبت أم قصرت .

• وإذا كان الابن فقيراً مثل والده سقط حق الأب في النفقة عليه .

• ويجوز لكل من الأصل والفرع المطالبة بزيادة النفقة أو تخفيضها طبقاً للقاعدة العامة في هذا الشأن .

• وتكون الأولوية في القضاء للأصل الأقرب ، فإذا طلب كل من الأب والأم النفقة على الفرع وكان فاضل كسب الفرع لا يكفى إلا أحدهما قدمت الأم على الأب كما يقدم الأب على الجد وهكذا .

• ويكون الحكم الصادر بنفقة الأصل نافذ فور صدوره عملاً بالمادة 65 من القانون رقم 1 لسنة 1968 حيث يكون الحكم نافذاً فوراً حتى مع الطعن عليه بطرق الطعن المقررة .

• ونفقة الأصول تسقط بمضي شهر فأكثر فلا تعد ديناً على الفرع إلا إذا كان الحكم قد صرح للأصل باستدانتها عليه وقام الأصل باستدانتها بالفعل إذ تستقر – في تلك الحالة – ديناً في ذمة الفرع ، وعلى ذلك فإذا لم تكن النفقة مستدانة سقط عن الفرع المبلغ المستحق عن الشهر السابق على التنفيذ بها فإذا توفى الفرع سقطت عنه بالجملة .

• فإذا وافق الحكم للأصل على الاستدانة وصرح له بها وقام الأصل باستدانتها وامتنع الفرع عن السداد كان للأصل طلب حبس الفرع فيما تجمد له منها وفق شروط القانون رقم 91 لسنة 2000 بإضافة مادة جديدة للقانون رقم 1 لسنة 2000 ، كما أن مؤدى استقرارها ديناً في الذمة – في تلك الحالة الأخيرة – أنه إذا توفى الملتزم بها استحققت في تركته .

• وعليه فإنه لكي يتمكن الأصل من حبس أبيه في نفقته عليه تعيين عليه أن يضمن صحيفة دعوى النفقة طلب الإذن له بالاستدانة فإذا قضى له بذلك قام بالتنفيذ بالحكم ضد الفرع فإذا فشل في اقتضاء حقه قام بالاستدانة بمقدارها قبل رفع الأمر آلي القضاء بطلب الحبس على أن يقدم إلى قاضي الحبس ما يدل على قيامه بالاستدانة بالفعل¹.

• ويخضع تنفيذ أحكام نفقات الأصول على الفروع لذات القواعد التي تحكم تنفيذ نفقات الفروع على الأصول عن طريق بنك ناصر الاجتماعي وعلى النحو المنصوص عليه في المواد 72 إلى 87 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

• أما الحواشي فهم محارم الشخص من غير أصوله أو فروعه كالأخ والأخت وأولادهم والعم والخال والعمة والخالة أما أولاد العم أو الخال فلا نفقة لهم لأن قرابتهم لا تحرم الزواج .

• وتجب للحواشي أو عليهم النفقة في حالة انعدام وجود الأصول أو الفروع أو وجودهم مع عدم توافر شروط إيجاب النفقة عليه .

• ويشترط لوجوب النفقة للحواشي وعليهم ثلاثة شروط هي
1- اتحاد الدين .

2- أن يكون طالب النفقة موسرا .

3- أن يكون طالب النفقة غير قادر على الكسب .

4- أن يكون المطلوب منه النفقة موسرا بفيض من كسبه بعد نفقته ونفقة عياله ما يفي بنفقة قريبة المدعى ، ولا يعتبر القادر على الكسب موسرا إلا إذا كان بفيض من كسبه ما يفي بنفقة قريبة المدعى فلا يكفي أن يكون قادرا على الكسب .

• ومناط استحقاق نفقة الأقارب هو الإرث فتجب النفقة على من هو أهل للإرث بالنسبة للمدعى وأن لم يكن وارثا بالفعل ، وعليه فإذا كان للمدعى خال وابن عم وجبت النفقة على الخال لأنه أقرب في الدرجة وأهل للإرث وإن لم يكن وارثا بالفعل لكونه من ذوى

¹ راجع فيما تقدم الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة ص 121 وما بعدها والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابو نجيم المصري - ج 2 - ص 33 .

الأرحام وهم أهل للإرث ولم يمنع استحقاقه إلا وجود ابن العم العاصب الذي يتقدمه في الإرث .

• وإذا تعدد الوارثون وتساواوا في الدرجة وجبت النفقة عليهم بمقدار حصصهم في الإرث ، فإذا كان كل منهم أهل للإرث واختلفت درجة قرابتهم كانت النفقة على الأقرب درجة ما دام أصل أهلية الإرث متحققة فيه كما في المثال المتقدم .

• وإذا تعدد المستحقون للنفقة ولم يفي بحاجتهم ما يفيض من كسب من تجب عليه النفقة بعد نفقته وزوجته وأولاد استحققت النفقة للأقرب فالأقرب¹.

• وتشمل النفقة المأكل والملبس والمسكن وغيرها من العناصر المعروفة كأجر العلاج والخدام إذا كان المطالب بها في حاجة للخدمة لكبر في السن أو لمرض وكان فاضل كسب الملتزم بها يسمح بذلك .

• ويرد على النفقة الزيادة والنقصان .

• وتقدر النفقة بقدر الكفاية فلا تزيد عن فاضل كسب الملتزم بها.

• وتسقط نفقة الأقارب عموماً بموت المحكوم له أو المحكوم عليه وما لم يكن قد تم استدانتها بأذن الملتزم بها أو حكم القاضي فتستوفى في هذه الحالة من تركة المتوفى .

• وإذا تم التراضي على النفقة ثم امتنع الملتزم بها عن سداد ما تم الاتفاق عليه ورفع الأمر إلى القضاء وجب القضاء بها – في ظل النص المستحدث بالقانون رقم 100 لسنة 1985 – من تاريخ رفع الدعوى .

• وإذا لم يكن للفقير العاجز عن الكسب ذوى رحم محرم ينفق عليه استحققت نفقته في بيت المال .

أحكام النقض

• المقرر شرعاً وحتى قبل صدور القانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية – أن نفقة الابن واجبة على والده شرعاً بأنواعها وتشمل أجر

¹ محمد سلام مذكور في المرجع السابق – ص 528 وما بعدها .

الحضانة ومسكن الحضانة ومن ثم فليس هناك ما يمنع من أن يوفر الوالد مسكناً لأبنه ومن يقوم على حضنته ولو لم يلزمه قانون بهذا الأمر .
(الطعن رقم 2770 لسنة 55 ق - جلسة 1991/1/31 - ص 362)

• علة وجوب النفقة بالقرابة هو سد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمة ، والسبب فيها هو قرابة الرحم المحرمية مع الأهلية للميراث ومن ثم فإن موضوع النسب يكون قائماً في الدعوى بطلب نفقة القريب باعتباره سبب الالتزام بها وتتبعه وجوداً عدماً .
(نقض الطعن رقم 29 لسنة 49 ق - جلسة 1979/3/7 - ص 753)

• الأصل في الأحكام الصادرة بالنفقات أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتعديل وترد عليه الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغير دواعيها . وهذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير. فالحكم الذي ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن فيه بالنقض عملاً بالمادة 436 من قانون المرافعات .
(نقض جلسة 1972/5/24 - ص 1003 - س 23 ونقض جلسة 1963/1/30 - ص 189 - س 14 ونقض جلسة 1960/10/27 - ص 540)

• من القرار شرعاً أن نفقة الصغير قضاء تكون من تاريخ الحكم في الدعوى التي تقام على الأب استناداً إلى أنها شرعت لدفع الحاجة وهذه تكون قد اندفعت قبل الحكم في الدعوى إلا أنه إذا كانت قد اندفعت حاجة الصغير عن طريق أنفاق الأب فإنه لا يكون له استردادها بعد ذلك .
(الطعن رقم 207 لسنة 58 ق - جلسة 1992/12/29)

• الحكم بالنفقة . اعتباره مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التي اقتضت فرضها .
(الطعن رقم 325 لسنة 63 ق جلسة 1998/12/28)
(الطعن رقم 345 لسنة 64 ق جلسة 1999/6/28)

على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة .

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة .

ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها .

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً .

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها .

القانون رقم 44 لسنة 1979

مادة 4 – للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع الصغير بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهيئ المطلق مسكناً آخر مناسباً ، فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً ، وتختص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما في الفقرة السابقة ويجوز للنائب العام أو المحامي العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائياً في النزاع.

القانون رقم 25 لسنة 1929 لا نظير له

المذكرة الإيضاحية

إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه متعاقد . وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا: أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن فإن على الأب سكنهما جميعا (الدر المختار للحصكفي فقه حنفي في كتاب الحضانة) .

وإذا كان ذلك فإن للمطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يعد لها المطلق مسكنا آخر مناسبا حتى إذا ما انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمحضون أن يعود ليستقل دونها بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً .

ونص الاقتراح على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من الاقتراح . وأجازت الفقرة الأخيرة من هذه المادة للنائب العام أو المحامي العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائياً في النزاع .

- ويسند النص المطروح إلى قوله تعالى "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"¹

التعليق

- الأصل أن نفقة الصغير تكون في أمواله فإذا لم يكن له أموال استحققت نفقته في أموال أبيه .

- والمقرر أن نفقة الصغير على أبيه – في ظل أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 – تشمل المأكل والملبس والمسكن ، فإذا كان للصغير أموال فلا يلتزم الأب بإسكانه باعتبار أن السكنى أصبحت أحد عناصر النفقة في ظل القانون المذكور .

وعلى ذلك إذا أثبت الأب أن لأولاده أموالا خاصة استحققت نفقة سكنهم في أموالهم وارتفع عن الأب عن الالتزام بإسكانهم .

¹ الآية رقم 6 من سورة الطلاق .

• وحاصل آراء الفقه الحنفي الراجح في خصوص إسكان الأب لأولاده أن يلتزم بأجر سكناهم وحاضنتهم إذا لم يكن لها (الحاضنة) مسكناً خاصاً فإذا كان لها ذلك ارتفع عن الأب الالتزام بأجر المسكن¹، إلا أن حاصل آراء الفقه الشرعي بوجه عام هو التزام الأب أو من تلزمه نفقة الصغير بأجر مسكن الحضانة الذي يحضن فيه الولد .

• ذهبت نصوص القانون الوضعي سواء نصوص القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 أو القانون رقم 100 لسنة 1985 في هذا السبيل إلى مدى بعيد جعل التزام الأب بسكنى أولاده ينصب على مسكن الزوجية ذاته.

• والمقصود بمسكن الزوجية في هذا المقام أنه المكان المشغول فعلاً بالسكن أي المكان الذي كان يقيم فيه الزوجان وأولادهما إقامة معتادة وقت الطلاق سواء كان شقة كاملة أو حجرة في شقة² .

• وقد استحدث القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 النص على حق المطلقة الحاضنة في الاستقلال بمسكن الزوجية المؤجر طالما لم يهيئ المطلق مسكناً آخر مناسباً يصلح لقيام آلام الحاضنة بحضانة أولادها من المطلق فيه ، وقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القرار بقانون سالف الذكر النص على شروط استخدام هذه الرخصة بأن نصت على أن "للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهيئ المطلق مسكناً آخر مناسباً ، فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقة بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً" بحيث أنه لو كانت الحضانة لغير آلام لسبب أو لآخر سقط حق الاستقلال بالمسكن دون من كان يمكن أن يشاركها بالإقامة فيه ابتداء من أهلية المطلق كأمه أو أبيه أو أخواته .

• وقد عاود القانون رقم 100 لسنة 1985 النص على الحق في مسكن الزوجية كمكان للحضانة وذلك في المادة 18 مكرر ثالثاً منه – محل التعليق – مع إدخال تعديلات على الصياغة التي كانت واردة في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 – والذي حكم بعدم

¹ أنظر مراجع الفقه الحنفي ومنها البدائع – ج 3 – ص 211 .
² نقض مدني الطعن رقم 2874 لسنة 57 ق – جلسة 1992/12/22 .

دستوريته بالحكم رقم 28 لسنة 2 دستورية – بمقتضاها فرق المشرع فيها بين حالتين
غاير في الحكم بينهما يتعلقان بطبيعة حق المطلقة على مسكن الزوجية¹.

أولهما : إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً

• فإذا كان مسكن الزوجية مؤجراً (سواء كان الزوج هو المستأجر له مباشرة أو امتد
إليه عقد الإيجار امتداداً قانوناً)² تعين على المطلق خلال فترة العدة أن يهيئ لصغاره
وحاضنتهم مسكناً مستقلاً مناسباً ، والملاحظ أن فترة العدة التي يلتزم المطلق بتهيئة المسكن
خلالها قد تنحصر في ستين يوماً أو سنة والمدة الأولى قد يستحيل على المطلق – عملاً –
خلالها أن يلتزم بتهيئة المسكن المذكور بمواصفاته في ظل أزمة الإسكان القائمة ، وغنى
عن البيان أن انقضاء العدة لا مرجع فيه إلا لقول الزوجة بيمينها .

• وقد اشترط النص أن يكون المسكن الذي يلتزم الزوج بتهيئته لصغاره والحاضنة
مستقلاً لا يشاركهم في سكناه أحد من أهليته أو الغير وإلا فقد المسكن صلاحيته ، كما يشترط
أن يكون المسكن المهيئ من جانب المطلق مناسباً للحاضنة وللصغار من حيث الوسط
الاجتماعي الذي يقع به ومدى بعده أو قربه من عمل الحاضنة وغير ذلك من المواصفات ،
وعلى ذلك فإذا كان الزوجان يعيشان في حجرة في شقة حال قيام الزوجية فإن المسكن الذي
يهيئه المطلق يكفي أن يكون على ذلك كما أنه إذا كان من حيث موقعه في منطقة راقية تعين
أن يكون المسكن البديل في حي مشابه وهي مسائل موضوعية بقدرها قاضى الدعوى .

• وقد تضمن النص أن تخلف الزوج عن تهيئة ذلك المسكن المستقل المناسب خلال
فترة العدة إنما يترتب عليه استمرار الصغار والمطلقة في شغل مسكن الزوجية دون المطلق
، وهو ما يعنى أن الأصل هو بقاء الصغار بصحبة المطلقة في مسكن الزوجية وعدم
إخلائهم منه خلال مدة العدة إلى أن يقوم المطلق بتهيئة المسكن المناسب فإذا فعل خلال فترة
العدة انتقل الصغار وحاضنتهم إليه وإلا استمروا في شغل مسكن الزوجية وإخلاء الزوج منه
مدة الحضانة³ .

¹ راجع المادة 33 من لائحة المأذونين المعدلة بقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 منشور بملحق
الكتاب حيث أجازت الاتفاق على صاحب الحق في الانتفاع وحدة بمسكن الزوجية في حالتي الطلاق أو
الوفاة

² راجع نقض مدني جلسة 1989/1/29 – الطعن رقم 855 لسنة 54 ق
³ راجع تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 7 لسنة 8 قضائية حيث انتهى
إلى القول " أن الاستقراء الصحيح لكافة الأحكام الشرعية يأبى القول بطرد المطلق من مسكنه دون

• إلا أن المشرع قيد هذا الإجراء بوجوب أن يقوم الزوج بتهيئة المسكن البديل خلال مدة العدة فإذا انقضت هذه المدة دون أن يكون الزوج قد نجح في العثور على المسكن البديل استمر الأولاد والحاضنة في شغل مسكن الزوجية إلى أن تنتهي الحضانة حتى ولو نجح المطلق في تهيئة المسكن البديل في أي وقت بعد هذا لأجل ولو بيوم واحد¹.

• إلا أنه يتعين ملاحظة أن مقتضى حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم 5 لسنة 8 قضائية - المشار إليه آنفاً - أنه قد رفع عن كاهل المطلق واجب الالتزام بتهيئة مسكن بديل للحضانة في حالة استحقاق الحاضنة للمسكن خلال فترة العدة حيث يتوحد بمقتضى الحكم المذكور الأمر بشأن تهيئة مسكن الحضانة البديل - في حالة رغبة المطلق في الاحتفاظ بمسكنه فيما بين المسكن المملوك والمسكن المؤجر حيث يجوز للمطلق تهيئة المسكن البديل في أي وقت دون تقييد بمدة العدة .

• والأصل أنه يتعين على المطلقة الانتظار إلى أن تنتهي عدتها من الطلاق شرعاً قبل أن تقيم الدعوى بطلب الاستقلال بمسكن الزوجية - إذا كانت خارجة - وإلا حكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان باعتبار أن النص قد جعل الأصل هو قيام الزوج بتهيئة مسكن بديل وإلا حكم باستقلال المطلقة بمسكن الزوجية ، فإذا أقامت المطلقة الدعوى صحيحة تعين عليها إثبات واقعة الطلاق بالوثيقة الرسمية الدالة عليه والإقرار بالخروج من العدة وإقامة الدليل على أن المطلق لم يهيئ مسكناً آخر مناسباً - ويمكنها إثبات ذلك بشهادة الشهود - فإن هي فعلت حكمت المحكمة باستقلال المطلقة والصغار بمسكن الزوجية².

• أما إذا كانت الزوجة لم تغادر المسكن بعد الطلاق فإنه يجوز للزوجة أن تقيم الدعوى وتضمنها الطلبين معاً بتطبيقها على الزوج لأي سبب من الأسباب الواردة بالقانون وتمكينها من مسكن الزوجية إذا ما توافر في جانبها شروطها ، ولا يجوز دفع الطلب الثاني

سبب إلا استعماله لحقه المشروع في الطلاق حيث يلحق الضرر الجسيم للوالد بولده وهو ما يدل على أن نص المادة 18 مكرر قد خرج في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية ويخالف المادة الثانية من الدستور القائم" وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 5 لسنة 8 قضائية بجلسته 1996/1/6 بعدم دستورية نص المادة 18 مكرر ثالثاً - محل التعليق - فيما تضمنته من إلزامها المطلق بهنية مسكن مناسب لصغاره وحاضتهم ولو كان لهم مال أو كان لحاضنته مسكن تقيم فيه مؤجر أو غير مؤجر وفيما نصت عليه من وجوب إعداد المطلق لمسكن للحضانة خلال مدة العدة إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً .

¹ راجع مناقشات مجلس الشعب حول المادة - مضبطة الجلسة 98 - بتاريخ 1985/7/1 - ص 83 .

² راجع في ذلك حكم محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 260 لسنة 100 قضائية - جلسة 1985/4/11 .

(الاستقلال بالمسكن) بعدم القبول لرفعه قبل الأوان لأن مقتضى الفصل في الطلب الأول في ذات الحكم بالطلاق ومع توافر شروط استقلال المطلقة بالمسكن ينشأ حق المطلقة فيه باعتبار أن الطلاق الواقع من القاضي يكون بانئاً عدا حالة الطلاق لعدم الأنفاق الذي يتعين على المحكمة إذا ما استندت إليه المدعية رفض طلب الاستقلال لرفعه قبل الأوان¹.

• وإذا ما كان الزوج متزوج من زوجتين في مسكن واحد كان للمطلقة منهما وأولادها منه أن تستقل بالجزء من المسكن الذي كانت تستخدمه حال قيام الزوجية قبل الطلاق².

• وعلى ذلك أيضاً فإن مفهوم القول باستمرار الصغار وحاضنتهم في شغل مسكن الزوجية دون المطلق إنما يعنى أن تكون إقامة الصغار ثابتة بمسكن الزوجية قبل الطلاق وكذا الحاضنة أو أيهما وهو مؤدى لفظ "استمرارهم في شغل مسكن الزوجية" الواردة بالنص.

• ومسألة تحديد ما يعد مسكن زوجية وكذا تقدير استمرار الإقامة قبل الطلاق فيه من عدمه من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ، وعلى ذلك فإذا كانت إقامة الصغار أو الحاضنة قد انقطعت عن مسكن الزوجية قبل الطلاق – حقيقة أو حكماً - على نحو يحول دون إمكان استمرار الصغار وحاضنتهم في شغل مسكن الزوجية دون المطلق – كما لو كان المطلق قد تنازل عن عقد الإيجار للمالك قبل إيقاعه للطلاق ولو بقصد الإضرار بالمطلقة سقط حق المطلقة في البقاء بالمسكن ولا يجوز لها المطالبة بالاستقلال به³.

• أما إذا ثبت للمطلقة الحق في البقاء بمسكن الزوجية وجب أن يقتصر إخلاء الغير من مسكن الزوجية على المطلق وحده دون من يكونوا قد ثبتت لهم إقامة بالمسكن غيره كأم المطلق أو أبيه أو أخوته.

• وعلى ذلك فإذا ما ثبت أن الزوجان كانا يعيشان معيشة مشتركة في مسكن الزوجية مع كل من أم الزوج وأبيه وأخوته مثلاً فإن هؤلاء الساكنين لا يجوز إخراجهم من المسكن في حالة الطلاق بل يظلوا شاغلين له مع الحاضنة والصغار.

¹ في هذا المعنى حكم محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 541 لسنة 100 ق – جلسة 1985/2/7

² راجع مناقشات مجلس الشعب – مضبطة الجلسة 98 – ص 86 جلسة 1985/7/1.

³ راجع نقض الطعن رقم 1591 لسنة 51 ق – جلسة 1988/1/3 – س 39.

• وهذا الأصل يسرى بالنسبة لأولاد المطلق من زوجة أخرى، فلو أن زوجاً ماتت زوجته عن صغار فلا يلزم بتهيئة مسكن لحضانتهم، فإذا تزوج بأخرى فى ذات المسكن ثم طلقها إلترم بتهيئة مسكن مستقل لحضانة أولاده من مطلقته دون أولاده الأيتام وإلا استمر الجميع شاغلين لمسكن الزوجية دون المطلق .

• وما يسرى بالنسبة لأم المطلق أو أبيه وأخوته أو أولاده من زوجة أخرى الذين كانوا يشاركونه الإقامة بمسكن الزوجية يسرى أيضاً بالنسبة لأولاده من مطلقته والذين يكونوا قد تجاوزوا سن حضانة النساء وقت وقوع الطلاق فهؤلاء أيضاً يكون لهم حق الإقامة بمسكن الزوجية شأن الأجداد والأعمام أو العمات بصفتهم من المقيمين بالمسكن ابتداء.

• ولا يسقط حق المطلقة الحاضنة فى المطالبة بالاستقلال بمسكن الزوجية كمسكن للحضانة بمغادرته حيث يجوز لها أقامه الدعوى بطلب الاستقلال به والعودة إليه بحكم أن الشريعة الإسلامية لا تعرف فكرة تقادم الحقوق , إلا أنه لو كان المطلق قد تزوج من أخرى بعد مغادرة مطلقته مسكن الزوجية وأقامت الزوجة الدعوى بطلب استمرار حيازتها له بحم كونها زوجة أو تدخلت فى الدعوى التى أقامتھا المطلقة هجوماً بطلب رفضها والحكم لها بحماية حيازتها وإقامتها بمسكن الزوجية فإننا نرى إجابة المطلقة إلى طلبها بالتمكين إعمالاً لحقها المقرر بمقتضى المادة المطروحة ورفض طلب الزوجة باستمرار حيازتها وإقامتها بمسكن الزوجية لعدم جواز جمعها بين دعوى الحق ودعوى الحيازة وإعمالاً لمقتضى المادة 44 مرافعات خاصة وأن الزوجة المدعية لم تكن من المقيمين ابتداء بمسكن الزوجية قبل إيقاع الطلاق على المدعية.

وثانيهما : إذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر¹.

• حرص المشرع على انتقاء لفظ غير المؤجر قاصداً من ذلك أن يدخل ضمن المعنى المسكن المملوك للمطلق أو غير المملوك ولكنه غير مؤجر كالمسكن الذى يكون له

¹ راجع تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا فى الطعن رقم 7 لسنة 8 دستورية وفيه ذهبت الهيئة إلى اعتبار النص على استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المملوك للزوج يخالف المادة 34 من الدستور القائم بما يدل على عدم دستورية ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة 1993/5/15 بعدم قبول الطعن بعدم دستورية المادة محل التعليق لتخلف شرط المصلحة فى الدعوى المذكورة لبلوغ الصغار فى الدعوى الموضوعية أقصى سن حضانه النساء .

عليه حق انتفاع أو يقيم به على سبيل التسامح كأن يكون المسكن مملوكاً لأبويه أو أحدهما وغير ذلك من صور الملكية أو ما يقوم مقامها .

وفي هذه الحالة يكون للزوج مشاركة مطلقته والصغار مسكن الزوجية خلال فترة العدة ثم عليه أن يترك مسكن الزوجية بالمفهوم السابق شرحة إلى أن يهيئ مسكناً مستقلاً مناسباً لينقل إليه أولاده وحاضنتهم ليعود هو إلى الاستقلال بمسكن الزوجية¹ أن شاء .

• فإذا كان مسكن المطلق يشغله بسبب العمل كالمساكن التي تعطيها الحكومة لبعض العاملين فيها فترة عملهم فإننا نرى أن عموم النص يشملهم مما يتعين على المطلق التخلي لأولاده وحاضنتهم عن سكناه إذا لم يهيئ لهم مسكناً مستقلاً مناسباً وفقاً للمفهوم المتقدم².

• إلا أن المشرع أعطى المطلق في حالة المسكن غير المؤجر – ونظراً لهذه الاعتبار – الحق في العودة إلى الاستئثار بمسكن الزوجية إذا ما هبأ المسكن المستقل المناسب في أي وقت دون تقيد بفترة العدة حتى ولو بعد مضي سنوات وسنوات , وهو ما أصبح ينطبق على مسكن الزوجية المؤجر إعمالاً لحكم المحكمة الدستورية رقم 5 لسنة 8 دستورية.

• لكن إذا انتهى حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى – وهو غير حق المستأجر – أو انتهت الإعارة وطلب المالك استرداد مسكنه وجب رد المسكن لمالكه سواء كان هذا المالك والد المطلق أو غيره لأن القانون المدني لا يعطي المطلق أو مطلقته بعدئذ الحق في شغل هذا المسكن ولأن قانون الأحوال الشخصية يعطيهم الحق في شغل ما كان يشغله

¹ راجع المادة 33 من لائحة المأذونين المعدلة بقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 منشور بملحق الكتاب

² عكس ذلك عبد الناصر العطار في الاسرة وقانون الأحوال الشخصية – ص 167 حيث يرى استمرار المطلق في شغل مسكن الزوجية لكونه اعطى له لإعتبارات تتعلق بعمله ، وكذا فتوى مجلس الدولة في ظل أحكام القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 في الفتوى رقم 102/7/4 بتاريخ 1984/9/18 والمقدمة من رئيس مصلحة محطة كهرباء التبين وفيها قال مجلس الدولة .

"بأن مقتضى المادة الرابعة من القانون رقم 44 لسنة 1979 أن المطلقة الحاضرة تستقل بمسكن الزوجية المؤجر إلى أن تنتهي الحضانه او تتزوج . وبذلك فقد قصر المشرع منزل الزوجية الذي تستقل به المطلقة الحاضرة على المسكن المؤجر فقط ولم يشأ أن يعطيها هذا الحق على أي مسكن تحت أي صورة أخرى سوى صورة الإيجار ، ولقد اورد المشرع هذا النص في وضوح يغني عن الاجتهاد في التفسير .

ومن حيث أن منح العامل لمسكن داخل محطة توليد الكهرباء دون أجر هي ضمان تواجهه داخل محطة الكهرباء بصفة دائمة للاستعانة به في حالة الطوارئ لصالح العمل. فإنه من شأن استقلال المطلقة الحاضرة بهذا السكن دون مطلقها انتفاء هذه المحكمة التي منح المسكن لأجلها . وبذلك فإن المطلقة الحاضرة في الحالة المعروضة لا يجوز لها الاستقلال بمسكن الهيئة الحكومي الغير مؤجر".

المطلق بسند من القانون ومن غير المعقول أن يعطيهم الحق في اغتصاب ملك الغير ، وعندئذ لا يكون للمطلق الخيار ويتعين عليه أن يهيئ لصغاره وحاضنتهم مسكناً مستقلاً مناسباً . فإن لم يفعل كان للمطلقة الحق في أن تطلب من القاضي باسمها والمحضونين الترخيص لها في استئجار مسكن مناسب على نفقة المطلق ، كما أن لها في حالة الاستعجال أن تستأجر هذا المسكن على نفقة المطلق دون ترخيص من القضاء (المادة 209 مدني) .

• والنص لا يلزم غير المطلق ممكن يكون له أولاد في حاجة إلى الحضانة بالتخلي لهم عن مسكنه أو تهيئة مسكن آخر لهم كمن انتهى زواجه بغير طلاق ، كما لو انتهى بفسخ أو بطلان أو نحو ذلك وينطبق ذات الحكم فيما لو انتهى الزواج بموت الزوجة .

• ويتعين انطباق النص سواء وقع الطلاق من الزوج شخصياً أو بوكيل عنه أو من القاضي أو من الزوجة في حالة كون العصمة بيدها أو كان الطلاق خلعاً¹.

• أما إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً للزوجة ووقع الطلاق كان على الزوج أن يخرج من هذا المسكن بعد انقضاء العدة دون أن يلتزم بأن يهيئ لصغاره من مطلقاته ولحاضنتهم مسكناً آخر ، لتوافر مسكناً لسكنائها وفق ما قضت به المحكمة الدستورية في الطعن رقم 5 لسنة 8 دستورية .

• وإذا كان المسكن مملوكاً للمطلقة كان على المطلق أن يخرج منه بعد انقضاء العدة دون أن يكون له الحق في الاستقلال بهذا المسكن أو أن يعد لصغاره وحاضنتهم المسكن المستقل المناسب لذات السبب المتقدم .

• وإذا تزوجت المطلقة الحاضنة سقط حقها في الحضانة وتعين انتقال المحضونين إلى مسكن الحاضنة التي تليها – طالما كان مسكن الزوجية مملوكاً للزوجة أو مؤجراً باسمها – ولا يكلف من ثم الأب أن يهيئ لصغاره في هذه الحالة مسكناً آخر مناسباً وذلك لأن القانون لم يتعرض لهذه الحالة واقتصر فقط على تناول ما إذا كان مسكن المطلق خاصاً به وحده مؤجراً أو غير مؤجر مما يتعين معه الرجوع في هذه الحالة إلى الراجح في المذهب الحنفي وهو ما استقرت به الفتوى على نحو ما تقدم .

¹ انظر القانون رقم 1 لسنة 2000 وقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 .

- أما إذا كان مسكن الزوجية خاصاً بالزوجين معاً (ملكا أو إيجار) كان حكمه حكم المسكن الخاص بالزوجة وفقاً للنظر المتقدم وذلك لثبوت حق كل منهما فيه¹.
- وحق الحاضنة في المطالبة بالاستقلال بمسكن الحضانة لا يسقط بمضى المدة أخذاً بالقاعدة العامة القائلة بأن الشريعة الإسلامية لا تعرف فكرة تقادم الحقوق.
- وتخلي المطلق إرادياً عن مسكن الزوجية المملوك له لا يحول بينه والعودة إليه إذا هياً لها مسكناً مناسباً (راجع حكم محكمة استئناف الإسكندرية في القضية رقم 780 لسنة 1981 مساكن) إذ يعد تركه له نزولاً على حكم قانون الأحوال الشخصية .
- إلا أن امتناع المطلق عن سداد إيجار مسكن الحضانة وعوده عن المطالبة باسترداده رغم بلوغ الصغار أقصى سن حضانة النساء بقصد التخلي عنه يعد من جانبه تركاً للمسكن يسقط حقه في المطالبة باسترداده².
- ولا خلاف في الفقه أو القضاء على سقوط حق الزوجة في البقاء بمسكن الزوجية المؤجر إلى الزوج (ومن باب أولى المملوك له) بمجرد طلاقه إياها طالما لم يعقبا صغار محضونين لها – ما خلا فترة العدة الشرعية.
- فإذا كانت المطلقة حاضنة كان لها حق الاستقلال مع محضونيهـا بمسكن الزوجية طوال فترة الحضانة³.
- و يذهب الفقه إلى أن شغل الحاضنة لمسكن الزوجية المؤجر في هذه الحالة إنما يستند إلى نص قانوني هو نص المادة محل التعليق فتتسأ علاقة إيجارية مباشرة بينهما وبين المؤجر خلال فترة شغلها للمسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون أيضاً للمطلق المستأجر الأصلي بانتهاء فترة الحضانة وشغل الحاضنة للمسكن , وهو ما يترتب عليه التزام الحاضنة بسداد الأجرة من نفقة المحضونين التي تتقاضها من المطلق والتي يدخل ضمنها أجر المسكن كما تلتزم بكل الالتزامات التي يلزم بها المستأجر⁴, ومن ثم فلا يجوز للحاضنة التنازل عن مسكن الحضانة للغير حيث يعد هذا التنازل أن حدث باطلاً , كما أن

¹ العطار في المرجع السابق – ص 161 و 173
² راجع مذكرة نيابة النقض المدني – إعداد المؤلف – في الطعن رقم 183 لسنة 63 ق – أحوال شخصية مقدمة لجلسة 1993/4/26 .
³ راجع نقض مدني الطعن رقم 240 لسنة 47 ق – جلسة 1982/11/28 .
⁴ يستند الفقه في ذلك إلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 بهذا الخصوص – راجع عزمي البكري في موسوعة الأحوال الشخصية – ص 436 .

تنازل المطلق – بعد الطلاق- عن حق الإيجار للمالك أو للغير أو بتأجيريه من الباطن لا يسقط حق المحضونين والحاضنة فيه لكون حقهم إنما يستمدونه من القانون مباشرة, ولا يجوز – من ثم – للمؤجر طلب إخلاء الحاضنة والمحضونين منه إلا بعد بلوغ الصغار أقصى سن حضانة النساء ولسبق فسخ عقد الإيجار بتنازل المطلق عن العقد.

• ونحن أن كنا نتفق مع اتجاه الفقه فيما يتعلق بعدم جواز تنازل الحاضنة أو المستأجر الأصلي (الأب) عن مسكن الحضانة طوال مدة الحضانة إلا أننا نرى أن حق الحاضنة في الاستقلال بمسكن الحضانة وإن كانت تستمد من نص المادة محل التعليق أى من القانون مباشرة إلا أن ذلك لا يعنى قيام علاقة إيجارية مباشرة بينهما وبين المؤجر خلال فترة الحضانة وإنما تظل العلاقة الإيجارية المباشرة قائمة فيما بين الأب (المستأجر الأصلي) والمؤجر باعتبار أن الأب أو الزوج هو الطرف الأصيل في عقد الإيجار وأن الحاضنة ما هي إلا منتفعة بالتبعية لانتفاع المحضونين بالمسكن تستند في انتفاعها إلى النص محل التعليق فلا يكسبها انتفاعها حقاً شخصياً على مسكن الزوجية كما لا ينشئ لها علاقة مباشرة مع المؤجر وإن كانت في انتفاعها لا تستند إلى موافقة المستأجر الأصلي كما في حالة المنتفعين بالإقامة بالعين المؤجرة من الأقارب أو المقيمين مع المستأجر الأصلي في إطار أحكام قوانين إيجار الأماكن و إنما تستند إلى نص قانوني هو المادة محل التعليق .

• ومن خلال هذا النظر فإن المستأجر الأصلي (المطلق) يظل هو الملتزم بسداد الأجرة المستحقة وذلك بأن يقوم بسدادها مباشرة إلى المؤجر ، أو تقوم الحاضنة بسدادها من النفقة المستحقة للمحضونين على الأب والتي تتضمن اجر المسكن .

• فإذا امتنعت الحاضنة عن سداد الأجرة المستحقة مما تتقاضاه كنفقة للمحضونين وجب على المستأجر (الأب) القيام بالسداد وإقامة الدعوى بطلب إسقاط عنصر أجر المسكن من النفقة المقضى بها للمحضونين عليه .

• أما إذا امتنع الأب المستأجر الأصلي عن سداد الأجرة المستحقة بعد الطلاق سواء لتنازله عن العقد أو نكايه في الحاضنة فأقام المؤجر ضده الدعوى بالإخلاء أو بسداد الأجرة كان للحاضنة التدخل في الدعوى بطلب إلزام الأب بسداد الأجرة كما يكون لها سدادها من مالها الخاص والرجوع على الأب بما قامت بسداده وإقامة الدعوى ضده لفرض أجر مسكن للمحضونين عليه يوازى مقدار القيمة إيجارية المتفق عليها باعتبارها محل رضاء المستأجر

منذ بدأ التعاقد حيث لا يجوز له التزرع فى هذه الحالة بمجاوزة القيمة الايجارية لدرجة يساره باعتبار أنها ضابط ما يقضى به ضده من نفقة .

• وقد اشترط نص المادة 18 مكرر ثالثاً فى المسكن الذى يتعين على الزوج تهيئة للحاضنة والمحضونين لتقوم الأولى بمباشرة الحضانة فيه أن يكون مسكناً مناسباً وقد أظهرت مناقشات المادة بمجلس الشعب أن كلمة "مناسباً" إنما قصد بها أن يكون المسكن مناسباً للمحضونين وللحاضنة أيضاً كلاهما وفى حدود يسار الأب ووضع الاجتماعى وآلا يكون فى اختياره قصد الإضرار بالحاضنة .

• والمسكن لا يكون مناسباً فى العرف الجارى إلا إذا تم تزويده بمتطلبات المعيشة من منقولات وخلافه استيفاء للغرض المرصود له ، والأصل الأصل فى الأحكام الشرعية أن الالتزام بتزويد مسكن الزوجية بمنقولات الزواج إنما يقع على عاتق الزوج بحيث أن المسكن لا يعد صالحاً للسكن أو طاعة الزوجة لزوجها فيه إلا إذا قام الأخير بتزويده بالأدوات الشرعية التى تعين على استيفاء الغرض الذى رصد له ، وعلى ذلك فإن الفرض أن المنقولات المتواجدة بمسكن الزوجية المستخدم كمسكن حضانة إنما هى بحسب الأصل ملكاً للأب مما يتعين معه عليه واستناداً إلى ذات العلة أن يقوم بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات المناسبة للحضانة والمحضونين إذا ما رغب فى الاحتفاظ بمسكن الزوجية لسكناء الشخصية ذلك أن القول بغير ذلك إنما يعنى إمكانية مطالبة أى ممن تنتقل إليها الحضانة بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات المناسبة من مالها الخاص وهو ما لم يقل به أحد .

• وتجدر الإشارة إلى أن للحاضنة فى حالة رفض الأب القيام بهذا الالتزام القيام بتزويد المسكن بالمنقولات اللازمة للمعيشة واستيفاء الثمن من الأب استناداً إلى القواعد العامة أو إقامة الدعوى ضده بطلب إلزامه بتنفيذ التزامه عينا .

• وقد تضمنت الفقرة الثالثة من النص وجوب قيام القاضى بتخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية أو أن يفرض لها أجر مسكن مناسب ضمن نفقة الصغير .

• وقد ذهب قضاء النقض إلى أن إقامة الحاضنة دعوى الاستقلال بمسكن الزوجية يفيد رفضها للبدل النقدي مما يعفى محكمة الموضوع من وجوب تخييرها (الطعن رقم 175 لسنة 62 ق – جلسة 1997/5/26) كما أن إقامه الحاضنة لدعوى المطالبة بأجر مسكن حضانه رغم إقامتها بمسكن الزوجية يعد تخلياً منها عنه واختياراً منها للبدل النقدي بما

يوجب اخلائها منه (راجع في ذلك الحكم رقم 3022 لسنة 45 ق – استئناف عالي الزقازيق – جلسة 28 / 4 / 2004) .

• وبعد أجر المسكن من نفقة الصغير و ليس من الأجور المستحقة على الملتزم بنفقته كأجري الحضانة والرضاع ومن هنا كان وجوبه على من تجب عليه نفقة الصغير¹ وعلى ذلك فإذا كان الصغير ذا مال استحق أجر المسكن في أمواله وامتنع على المحكمة إلزام الأب به² وباعتباره من نفقة الصغير فإنه يجب اعتباره من تاريخ امتناع الأب عن الأنفاق وليس من تاريخ انقضاء عدة المطلقة وذلك عملاً بحكم الفقرة المستحدثة بالمادة 18 مكرر .

• ويقدر أجر المسكن في هذه الحالة طبقاً لحالة الأب ودرجة يساره يسراً أو عسراً وبصرف النظر عن القيمة الفعلية السائدة للإيجارات ، وأخيراً فإنه طالما أن أجر المسكن من عناصر نفقة الصغير فهو يسقط عن الأب ب وفاة الصغير أو بضمه إليه .

• ويتعين التنبيه إلي أن صياغة المادة 18 مكرر ثالثاً إنما تعطى الحق في الاستقلال بمسكن الزوجية كمسكن حضانة لمن يثبت له الحق في حضانة الصغير من النساء فقط حيث عمد المشروع إلى استخدام لفظ المؤنث للحاضنة دون لفظ المذكر فإذا ما انتقلت الحضانة إلي حاضن من الرجال طبقاً للترتيب الوارد في المادة 20 من القانون لم يكن له الحق إلا في أجر مسكن حضانة يحكم له به ضمن عناصر نفقة الصغير دون الحق في الاستقلال بمسكن الزوجية أو الحق في اختيار البديل النقدي .

• ونحن نرى أن مقتضى ورود الفقرة الثالثة المشار إليها على النحو الذي جاءت به جواز الاتفاق بين الأب والحاضنة على أن تحصل منه على أجر مسكن مقابل تخليها له عن مسكن الزوجية حيث أن المفروض اتفاقاً كالمفروض قضاء وقد أوضحت مناقشات المادة بمجلس الشعب أن مقصود الشارع في الفقرة الثالثة قد اتجه إلي ذلك تماماً³ .

• ونحن نرى أن حصول الحاضنة على حكم نهائي بنفقة للمحزونين شاملة أجر مسكن إنما يُعدّ اختياراً منها لأجر المسكن بديلاً عن الاستقلال بمسكن الحضانة فإذا هي أقامت من بعد دعوى استقلال بمسكن الزوجية تعين الحكم برفض الدعوى لسابقة الحكم في

¹ راجع الفقرة الأخير من المادة 18 مكرر ثانياً والمذكورة الإيضاحية للمادة المذكورة .
² صالح حنفي في المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين – ط 1958 – ص 366
³ وقد تبنت محكمة النقض هذا الاستخلاص في الطعن رقم 1430 لسنة 56 ق – جلسة 1992/5/19 وأنظر مناقشات المادة بمجلس الشعب – ملحق الكتاب .

دعوى النفقة بأجر المسكن بحكم نهائي وإعمالاً لحجية الحكم الصادر بأجر المسكن ولا يجوز للحاضنة معاودة المطالبة بالمسكن بعد طلب أجر المسكن تحقيقاً لاستقرار المراكز القانونية.

• والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا كان من حق الحاضنة الاتفاق على اختيار البديل النقدي كأجر مسكن بدلاً من الاستقلال بالمسكن ذاته قبل وقوع الطلاق؟ والذي يدعوا إلي طرح هذا السؤال ما هو مقرر شرعاً من عدم جواز التنازل عن الحق قبل نشوءه وهو ما يضرب الفقه الشرعي مثالا له بتنازل الزوجة عن حقها في نفقة العدة أو المتعة في غير الخلع حال قيام الزوجية وعدم إجازة هذا التنازل المسبق استناداً إلي أن الزوجة عند قيامها بالتعامل في تلك الحقوق بالتنازل لم تكن تلك الحقوق قد نشأت بعد ولم تكن مقرره للزوجة وقت التنازل عنها ولا حق لها فيها لكونها لا تستحق إلا للمطلقة والمعتدة¹.

وعلى ذلك فهل يعد قيام الحاضنة قبل وقوع الطلاق بالاتفاق على اختيار الحصول على بدل نقدي كأجر مسكن حضانة – في حالة وقوع الطلاق – بدلاً من الاستقلال بمسكن الزوجية تنازلاً منها عن الحق في المطالبة بالاستقلال بمسكن الزوجية بعد وقوع الطلاق أم يكون لها بعد وقوع الطلاق التحلل من هذا الاتفاق إذا كان قد تم حال قيام الزوجية وأنه حق خاص بالمطلقة دون الزوجة وهي الصفة التي كانت ثابتة لها وقت الاتفاق .

وفي رأينا أن نص المادة 18 مكرر ثانياً على النحو الذي جاء به إنما يقرر أن للصغار الحق وللحاضنة الاختيار – فللصغار الحق في مسكن الحضانة أما اختيار المسكن أو أجرة فهو مقرر للحاضنة وحدها بحكم النص وعلى ذلك فإن الاختيار ينحصر فيها دون سواها ، وحضانة الصغار حق ثابت للزوجة سواء حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق فهم في حضانتها في الحالتين وحقها في المسكن ثابت لها حال قيام الزوجية استناداً إلى قيام الزوجية ذاتها وبعد الطلاق استناداً إلى كونها حاضنة – إذا كانت كذلك – وعلى ذلك فحق الزوجة في المسكن حق ثابت – في حالة وجود صغار في سن الحضانة – ومستمر لها وأن اختلف سببه أثناء قيام الزوجية عنه بعد وقوع الطلاق مما يكون لها معه التعامل بشأنه والتنازل عنه سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد وقوع الطلاق ، ومن هذا المنطلق يمكن القول أن قيام الزوجة

¹ تنظيم الأسرة في الفقه الإسلامي – أحمد موسى وأحمد الحصري الشاذلي – ط 1969 – ص 222 والزواج والطلاق في الإسلام – دراسة تحليلية مقارنة – بدران أبو العنين – ط 1957 – ص 164 والحكم رقم 52 لسنة 1958 محكمة الجمر ك الجزئية .

بالاتفاق مسبقاً أثناء قيام الزوجية وقبل إيقاع الطلاق على اختيارها بدلاً نقدياً كأجر سكن – في حال وقوع الطلاق – بدلاً من الاستقلال بمسكن الزوجية لاستخدامه كمسكن حضانة يكون اتفاقاً ملزماً لها لا يمكنها التحليل منه بعد إيقاع الطلاق¹.

• إلا أنه يتعين التنبيه إلى أن مفهوم الفقرة الثانية من المادة 18 مكرر ثانياً يجيز للحاضنة أن ترفع الأمر إلى القضاء لزيادة المتفق عليه رضاء كأجر مسكن إذا ما كان الأجر المتفق عليه ينطوي على غبن فاحش في المقدار فيكون لقاضي الموضوع بسط سلطته في مراقبة مدى مناسبة المتفق عليه كأجر مسكن لظروف الإسكان وأجره المساكن وقت الاتفاق وهو ما يتفق والقواعد العامة في نظرية العقد .

• إذا اختارت المطلقة الحاضنة رضاء أو قضاء الحصول على أجر مسكن حضانة ضمن عناصر نفقة المحضون على أبيه بدلاً من الاستقلال بمسكن الزوجية كمسكن حضانة هل يلزم هذا الاختيار غيرها من أصحاب الحق في حضانة الصغير إذا ما سقطت أو زالت حضانة المطلقة للصغير لأي سبب من أسباب سقوط الحضانة .

• الرد على ذلك يتعين معه القول أن حق الحاضنة في الاستقلال بمسكن الزوجية أو ما يهيئه المطلق من مسكن آخر مناسب بوجه عام إنما يستمد مصدره من القانون مباشرة الذي منح الحاضنة هذا الحق ولا يرجع في مصدره إلى اتفاق تعاقدي يتم بين المطلق والحاضنة شأنه شأن الحق في النفقة أو المتعة أو غير ذلك من الحقوق المقررة بمقتضى الشريعة ونصوص قانونية صريحة – وما يؤكد ذلك أن اختيار الحاضنة الاستقلال بالمسكن أو البديل النقدي إنما يتم في الأصل بواسطة القاضي وفي مجلس القضاء وبإرادة واحدة هي إرادة الحاضنة دون أن يشترط المشرع النقاء تلك الإرادة وإرادة المطلق أو توافر عنصر الرضا عليه ، وعلى ذلك فلا يسوغ القول بالنظر إلى اختيار الحاضنة لمسكن الحضانة أو البديل النقدي رضاء أو قضاء باعتباره عقد بين طرفين هما الحاضنة والمطلق ، وإذا كان المقرر أن أجرة مسكن الحضانة لا يصح نقلها من حاضنة إلى أخرى وإذا كانت الحاضنة التالية لا تعد في مركز الخلف العام أو الخاص للحاضنة الأولى طبقاً لمفهوم المادة 145 من القانون المدني بما يترتب على هذا النظر من سريان اختيار الحاضنة الأولى في حق الحاضنة الثانية ، وعلى ذلك يمكن القول أن اختيار البديل النقدي بدلاً من الاستقلال بمسكن

¹ نقض أحوال الطعن رقم 1430 لسنة 56 ق – جلسة 1992/5/19 .

الحضانة إنما هو من الأمور التي تخص الحاضنة الأولى شخصياً ولا شأن للحاضنة التالية بها مما يعطى الحاضنة التالية الحق في اختيار مستقل ورفض ما اختارته الحاضنة السابقة سواء كان الحصول على المسكن أو على أجر المسكن واعمال إرادتها هي في هذا الشأن ، وعلى ذلك فإذا ما كانت الحاضنة الأولى قد اختارت البديل النقدي بديلاً عن مسكن الحاضنة وتسلمته دفعة واحدة من المطلق ثم حدث أن انتقلت الحضانة إلى غيرها فاختارت الأخيرة الاستقلال بالمسكن فلا سبيل أمام المطلق في هذه الحالة سوى إقامة الدعوى ضد الحاضنة الأولى لاسترداد ما تكون قد تقاضيته كأجر مسكن عما يزيد عن المدة التي استمرت خلالها حضانتها للمحضون ، هذا ما يمكن طرحه في خصوص هذه المشكلة ، من وجهة التحليل القانوني البحث إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذا النظر لكونه مما يتعارض مع ما قصده المشرع من تحقيق الاستقرار الأسري بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ولذلك فأنا نرى واستلهاماً لقصد المشرع في هذا الخصوص أن الاتفاق أو الإقرار الذي تختار بمقتضاه الحاضنة الحصول على أجر المسكن بدلاً من المسكن إنما يصدر من جهتها بحكم صفتها وليس باعتبارها الشخصي فهي تختار بصفة الحاضنة وهو ما يتعين معه القول بوجوب أن يلزم اختيارها غيرها من الحاضنات اللاتي يثبت لهن الحق في حضانة الصغير في حالة سقوط الحضانة أو زوالها عن الحاضنة التي اختارت البديل النقدي بحيث لا يكون للحاضنة التالية الحق في طلب تخييرها بين الحصول على أجر المسكن أو المسكن ذاته ومعاودة الاختيار مرة تلو الأخرى كلما انتقلت الحضانة من إحداهن إلى غيرها وذلك تحقيقاً لاستقرار المراكز القانونية للخصوم ومنهم الصغير المحضون محل رعاية المشرع واهتمامه .

• وحق المطلق في استرداد مسكن الزوجية رهين بانتهاء مدة الحضانة ذاتها أي ببلوغ المحضون الخامسة عشرة من عمره ذكراً كان أو أنثى كما يحق للمطلق استرداد المسكن خلال مدة حضانة مدة حضانة النساء أي قبل أن يبلغ المحضون الخامسة عشرة وذلك إذا أسقطت الحضانة عن الحاضنة لأي سبب من أسباب السقوط دون أن يتوافر حاضنة بديلة وفقاً للترتيب المنصوص عليه بصدر المادة محل التعليق بما يستوجب ضم المحضون إلى أبيه .

• وحق الحاضنة في استمرار الاستقلال بمسكن الحضانة مرهون بعدم بلوغ الصغير السن المنصوص عليه بالمادة 20 من القانون (العاشرة للذكر واثنى عشر عاماً للأنثى) فإذا بلغ الصغير السن المذكورة كان للأب استرداد المسكن حتى ولو استخدم القاضي سلطته

التقديرية الممنوحة له بمقتضى المادة 20 وقضى ببقاء الصغير أو الصغيرة في يد الحاضنة¹ إلى "الخامسة عشر للذكر وحتى تتزوج الأنثى" لكون المقرر أن يد الحاضنة بعد سن العاشرة للولد والثانية عشر للأنثى لا تعد يد حضانة وإنما يد حفظ.

• إلا أن استرداد المطلق لمسكن الزوجية رهين بثبوت حقه في الاحتفاظ به قانوناً ، فإذا كان المطلق قد تنازل عن حقه في المسكن بأي وجه كتسليمه إلى مالك العقار الذي قام بتحرير عقد عنه باسم الحاضنة أو اتخاذ أي موقف يدل على تخليه عن المسكن وتركه إياه² أو كقيام المؤجر باستصدار حكم نهائي بإخلاء مسكن الزوجية وهكذا سقط حق المطلق في استرداد المسكن لكون حقه في الاحتفاظ به قانوناً قد زال .

• وخلاصة الأمر أنه يتعين التفرقة بين حالتين :

الأولى : إنهاء الزوج حال قيام الزوجية وقبل الطلاق – للعلاقة الإجارية وانتهاء حقة فى الانتفاع أو التسامح التى بمقتضاها اتخذ من العين مسكناً للزوجية ثم قيامه بعد ذلك بتطليق زوجته الحاضنة فلا حق للمطلقة الحاضنة فى هذه الحالة فى الإقامة بمسكن الزوجية لانتهاء حقها فى الإقامة بإنهاء الزوج لحقه الشخصى فيه والذى تستمد الزوجة – قبل طلاقها – حقها فى الإقامة من خلاله³ وذلك إلا إذا أقامت المطلقة الدليل على صورية ما قام به الزوج فى هذا الشأن قبل الطلاق وأنه قد تم كيداً لها ولالتوائه الطلاق وحرمانها من الإقامة بمسكن الزوجية واتخاذ مسكناً للحضانة .

ونحن نرى أن إثبات الصورية فى هذه الحالة تقصر تحقيقات النيابة العامة عن إمكانية إثباته ويستلزم إقامة الدعوى به امام المحكمة المختصة وصدر حكم نهائى بإثبات الصورية وتمكين الحاضنة من المسكن .

¹ نقض أحوال جلسة 1989/3/28 – الطعن رقم 86 لسنة 56 ق – س 40 .
² راجع مذكرة نيابة النقض المدنى فى الطعن رقم 183 لسنة 63 ق – جلسة 1994/4/26 – إعداد المؤلف – وفيها اعتبر ترك الزوج لمسكن الزوجية قبل طلاقه للحاضنة لفترة زمنية طويلة وزواجه من أخرى واستقلاله معها بمسكن آخر وامتناعه عن سداد أقساط ثمن مسكن الحضانة للجهة الإدارية المؤجرة يعد تعبيراً ضمناً عن إرادته فى التخلي عن العين المؤجرة باعتبار أن ما صدر عن الزوج المستأجر يعد موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على انصراف إرادته إلى أحداث ذلك الأثر.
³ نقض الطعن رقم 1591 لسنة 51 ق – جلسة 1988 / 1 / 3 – س 39 والطعن رقم 3584 لسنة 58 ق – جلسة 1989 / 11 / 13 .

الثانية : إنهاء الزوج – بعد الطلاق – للعلاقة الايجارية أو إنهاء حقه فى الانتفاع أو التسامح والتى بمقتضاها اتخذ من العين مسكناً للزوجية فإن هذا الإنهاء لا يسرى فى حق المطلقة الحاضنة ويستمر حقها قائماً فى الاستقلال بمسكن الحضانة هى ومحضونها باعتبار أن حقها فى الإقامة بالمسكن لا تستمده من خلال حق المطلق المستأجر وإنما من نص المادة 18 مكرر ثالثاً من قانون الأحوال الشخصية مباشرة والذى يخضع له المؤجر والمستأجر والكافة .

• وحق الحاضنة فى الاستقلال بمسكن الزوجية مقرر لها سواء كان المطلق مستأجراً أصلياً أو آل إليه المسكن كمستفيد من مزية الامتداد القانوني¹ .

• كما أن حق الحاضنة فى الاستقلال بالمسكن مع المحضونين لا يسقط فى حالة قيام المطلق – بعد الطلاق - بالتنازل عنه للمؤجر أو لغيره أو قيامه بتأجيريه من الباطن لآخر – بعد ثبوت حقها كحاضنة فيه – لأن حق الحاضنة والمحضونين فى هذا المسكن إنما يستمدونه من القانون مباشرة ويتقدم – من ثم – على حق المطلق والمؤجر فيه شريطة أن يكون للحاضنة إقامة ثابتة فيه سابقة عن الطلاق كما تقدم القول , إلا أنه لو قام المستأجر بفسخ عقد الإيجار فيما بينه والمؤجر أو بالتنازل عنه للمؤجر أو للغير – قبل إيقاع الطلاق – ثم أوقع الطلاق على الزوجة الحاضنة سقط حق المطلقة الحاضنة فى الاستقلال بالشقة إلا إذا أقامت الدليل على تحايل المطلق وتعمره إنهاء العلاقة الايجارية قبل إيقاعه الطلاق كيداً للمطلقة ولحرمانها من الاستئثار بالشقة وذلك لأن حقها فى الإقامة بالعين أثناء الزواج إنما تستمده من خلال حق الزوج المتعاقد الأصيل – ومن ثم – ينتهى هذا الحق بانتهاء حق الزوج بتنزله عن العقد خلال الزوجية وقبل أن ينشأ للزوجة حق فى الإقامة بها مستمد من قانون الأحوال الشخصية فى حالة طلاق الزوج لها مع وجود محضونين بيدها وخلاصة الأمر أنه .

• إلا أنه لو قامت الحاضنة باستعمال المسكن أو سمحت باستعماله على نحو مقلق للراحة أو ضار بسلامة المبنى أو فى أغراض منافية للأداب كان للمؤجر طلب إخلاء المكان لأنها وإن لم تكن مستأجرة إلا أنها فى حكمه ليس بمقتضى نصوص قانون أيجار الأماكن وإنما إعمالاً لحكم هذه المادة² ويمكن لوالد المحضونين التدخل فى هذه الدعوى باعتباره

¹ نقض مدني جلسة 1989/1/29 – الطعن رقم 855 لسنة 54 ق .
² نقض مدني جلسة 1983/6/9 – الطعن رقم 1074 لسنة 48 ق – س 34 .

المستأجر وطلب وقفها إلي حين الفصل في دعواه بضم الصغار إليه وسقوط حق الحاضنة مع طرد هذه الحاضنة من المسكن لشغله منها بعد ذلك بغير سند¹.

• وترتبط على ما تقدم يمكن القول أن هناك ستة حالات يتسنى للمطلق إذا توافر أي منها استرداد مسكن الزوجية وإخلاء الحاضنة منه وهذه الحالات هي :

1- بلوغ الصغير أقصى سن الحضانة طبقاً للمنصوص عليه في المادة 20 من القانون وهو عشر سنوات بالنسبة للذكر واثنى عشر سنة بالنسبة للإناث وقت رفع دعوى الاسترداد ومحتسبة بالتقويم الهجري . ويقوم قاضي الدعوى باحتساب السن ودون حاجة إلى سبق صدور حكم قضائي بضم الصغار إلى والدهم².

2- سقوط حق الحاضنة في الحضانة لأي من أسباب إسقاط الحضانة شرعاً أو قانوناً دون وجود حاضنة أخرى ينتقل لها الحق في الحضانة ، ولا يعود للحاضنة الحق في استرداد مسكن الحضانة بعد سقوط حقها فيه وتسليمه للمطلق ، فإذا تزوجت الحاضنة وسقط – من ثم – حقها في الاحتفاظ بمسكن الحضانة يكون للمطلق استرداده طالما لم يكن هناك حاضنة أخرى للصغار ، فإذا طلقت الحاضنة من الزوج الثاني لا يعود لها الحق في الاستقلال مرة أخرى بالمسكن واستلامه³ بزوال سبب عدم صلاحيتها .

3- اختيار الحاضنة للبدل النقدي (أجر السكن) عوضاً عن استمرار الإقامة بمسكن الزوجية سواء قبل الطلاق أو بعده أو بعد اختيارها الاستقلال بالمسكن .

4- قيام المطلق بتهيئة مسكن بديل مناسب في أي وقت وسواء كان المسكن مؤجر أو مملوكاً⁴ وطالما لم يكن للحاضنة مسكن مملوك أو مؤجر لها يتسنى لها حضانة المحضونين فيه .

5- ثبوت وجود أموال خاصة مملوكة للمحضون تمكنه من استئجار أو تملك مسكن مستقل .

¹ الأعمال التحضيرية – مناقشات مجلس الشعب للمادة 18 مكرر ثالثاً – مضبطة الجلسة 98 – ص 87

² راجع نقض أحوال الطعن رقم 86 لسنة 6 ق – جلسة 1989/3/28 – س4.

³ نقض مدني الطعن رقم 1440 لسنة 55 ق – جلسة 1990/12/13 .

⁴ حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 5 لسنة 8 قضائية .

6- ثبوت وجود مسكن للحاضنة تقيم فيه مؤجراً أو غير مؤجر (مملوك أو موهوب أو معار لها) ويمكنها حضانة أولادها فيه .

وفى مفهوم السكن قالت محكمة الإسكندرية الابتدائية "وحيث أنه يبين للمحكمة من الاطلاع على أوراق الدعوى المطروحة أن المدعى المطلق قد هياً للمدعى عليها المطلقة مسكناً آخر ليكون محلاً للحضانة انتقلت المحكمة لمعاينته على الطبيعة ، لا لمطابقته على مسكن الزوجية مطابقة الصورة على الأصل ، وإنما لكي تتحقق في أنه مسكن مناسب للحضانة على النحو الذي جرى به النص من أن على الزوج أن يهيئ مسكناً آخر مناسباً وطبقاً لتعريف الشرعيين لمسكن الزوجية من أنه المسكن اللائق بحال الزوجين المستقبل الخالي من سكن الغير ، المستوفى للمرافق ، بين جيران صالحين ، تأمن فيه الزوجة على النفس والمال".

وحيث أنه يبين للمحكمة من المعاينة التى قامت بأجرائها أن مسكن الحضانة الجديدة إنما هو مسكن مناسب ، ولا يقل عن مسكن الزوجة القديم، بل يمتاز عنه من عدة وجوه ، فهو أقرب في المواصلات حيث يقع فى قلب المدينة ، وهو أقل في الأجرة حيث تبلغ حوالي ربع أجرة المسكن القديم . أما بالنسبة لخشية المدعى عليها من الإقامة بين أهل المدعى ، فمردود ذلك أن المقرر شرعاً أنه إذا أسكن الزوج زوجته في مسكن من هو مثل حاله ، وفى الشقة الأخرى ضررتها أو بعض من أهله فيعتبر المسكن شرعياً ، لأن الشقة مستوفية كل المرافق الشرعية ، فتعتبر كأنها منزل بذاته ، بل أكثر من ذلك أن الغرفة التى لها غلق (أي باب) تعتبر سكناً شرعياً ، ولو كان بجوارها غرفة ضررتها أو حماتها ، فأولى أن تكون الشقة كذلك .

و حيث يبين للمحكمة تأسيساً على كل ما تقدم ، أن حق المدعى عليها الحاضنة في الإقامة في مسكن الزوجية القديم أصبح بلا سند قانوني، بعد أن أقر المدعى بأنه أبقاها فيه باعتبارها حاضنة طبقاً لقانون الأحوال الشخصية دون أن يتركه نهائياً ، وبعد أن هياً لها مسكناً آخر مناسباً ، الأمر الذي يتعين معه القضاء بإخلائها منه ، وانتقال حقها في الإقامة إلي مسكن الحضانة الجديد ، ومن ثم تكون الدعوى قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون، وتقضى المحكمة للمدعى بطلباته.

- استأنفت المطلقة الحاضنة المحكوم ضدها الحكم السالف للأسباب

الآتية :

أولاً : أن حق المستأنف عليه على العين قد سقط بتخليه عن حيازته قبل الطلاق الحاصل في 1980/5/13 ، فيكون عقد الإيجار قد ظل ممتدا لصالح المستأنفة طبقاً للمادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 ، وذلك بتركه العين .

ثانياً : جاء حكم محكمة أول درجة متناقضاً مع نفسه كل التناقض إذ بعد أن أقرت المحكمة بأن حق المطلقة الحاضنة في الإقامة في مسكن الزوجية طوال فترة الحضانة أصبح حقاً أصلياً ثابتاً بنص قانوني صحيح قضى على كل اجتهاد أو افتراض قانوني ، عادت وقالت بأنه لا يحد من هذا الأصل سوى أن يهيئ لها المطلق مسكناً آخر مناسباً ، ثم تعود وتقرر أنه باطلاًع المحكمة على أوراق الدعوى يبين أن المستأنف عليه قد هيا مسكناً آخر للمستأنفة ليكون محلاً للحضانة ، وإن المحكمة انتقلت لمعاينته لكي تتحقق من أنه مسكن مناسب للحضانة على نحو ما جرى به النص ، وطبقاً لتعريف الشرعيين لمسكن الزوجية من أنه المسكن اللائق بحال الزوجيين ، المستقل الخالي من سكن الغير المستوفى للمرافق ، بين جيران صالحين ، تأمين فيه الزوجة على النفس والمال ، ثم تعود المحكمة وتقرر - أن مسكن الحاضنة الجديد هو مسكن مناسب وأن خشية المستأنف من الإقامة بين أهل المستأنف عليه مردوده ، بأن المقرر شرعاً أنه إذا أسكن الزوج زوجته في مسكن من هو في مثل حاله ، وفي الشقة الأخرى ضررتها أو بعض أهله . يعتبر المسكن شرعياً لأن الشقة مستوفية كل المرافق الشرعية ، فتعتبر كأنها منزل قائم بذاته . وقد قدمت المستأنفة للمحكمة العديد من المحاضر ضد المستأنف عليه وأشقائه للتدليل على الاعتداء عليها وعلى منقولاتها وتبديدها ، الأمر الذي لا يوفر إقامة المستأنفة بين جيران صالحين تأمين على نفسها ومالها وأولادها .

ثالثاً : أن نتيجة المعاينة الثابتة بحكم محكمة أول درجة قد جاءت مخالفة لحقيقة الواقع ، حيث أن المحكمة تغاضت عن الوصف الدقيق لكل ما هو سيئ بالشقة المعدة في حالة سيئة ، وأبوابها غير مدهونة ، وزجاج دورة المياه غير موجود ، ودورة المياه في

حالة سيئة ، ولا توجد بها مياه . وقد جاء بالمعاينة أن بها نور ومياه رغم ما جاء بالمحضر من أن منسوب المياه يخف لا سيما وقت الظهيرة".

• وإذا بلغ الصغير أقصى سن حضانة النساء (10 سنوات للذكر و 12 سنة للإناث) واسترد المطلق مسكن الحضانة وظل الصغير في يد من كانت تحضنه (إلى 15 سنة للذكر وإلى تتزوج الأنثى) فإن ذلك لا يسقط حق الصغير في مطالبة والده بأجر مسكن الحضانة والذي يقدره القاضي طبقاً لحالة الأب المالية يسراً أو عسراً إعمالاً لحكم الفقرة الثالثة من المادة 18 مكرر ثانياً¹ .

• ويلتزم المطلق كقاعدة عامة أن يهيئ المسكن المستقل المناسب في مكان الحضانة ، ويقصد بمكان الحضانة المكان الذي تقيم فيه الحاضنة وهذا المكان قد يكون بلد الزوجة الذي سبق أن عقد زواجه عليها فيه أو البلد الذي تعمل به إذا كانت من ذوات الحرفة ، مع مراعاة أن يكون قريباً من مكان إقامة الأب بحيث يمكنه التوجه إليه دون مشقة لمطالعة ولده والرجوع إلى منزله قبل الليل².

• وتثور مشكلة تحديد شخص الملتمزم بسداد إيجار مسكن الحضانة فيما يطرح في العمل من فروض مغايرة في هذا الخصوص ذلك أنه قد تطالب المطلقة الحاضنة بأجر مسكن الحضانة بدعوى مستقلة أو ضمن طلباتها في دعوى بنفقة للصغير بأنواعها دون أن تكون واضحة يدها على مسكن الزوجية باعتباره مسكناً للحضانة ، كما قد تطالب بسداد أجرة ذلك المسكن إذا ما كانت تحتله والصغار احتلالاً مادياً بوضع يدها عليه .

والقاعدة العامة أن أجرة مسكن الحضانة تجب على من تجب عليه نفقة الصغير سواء كانت الحاضنة قد تمكنت من تلايب مسكن الزوجية كمسكن للحضانة أو أنها تطالب بذلك الأجر كبديل نقدي ، ذلك أن أجر مسكن الحضانة هو أحد عناصر نفقة الصغير على من تجب عليه نفقته شأن بقية عناصر النفقة الأخرى يلتزم بسداده حتى تتمكن الحاضنة من إسكان الصغير واستيفاء هذا العنصر من عناصر النفقة ، كما يلتزم الأب بسداده إليها أيضاً حتى يمكنها الانتفاع من المسكن في حالة تخليه لها عن مسكن الزوجية لاستخدامه كمسكن للحضانة .

¹ راجع المذكرة الإيضاحية للنص .

² عبد الناصر توفيق العطار في المرجع السابق - ص 176 .

• وعلى ذلك فإذا كان الأب يقوم بسداد أجرة المسكن مباشرة إلي المالك سقط حق الصغير فيها وامتنع على الحاضنة المطالبة بها ويكون للأب إثبات ذلك أمام المحكمة إذا ما أقامت الحاضنة الدعوى ضده للمطالبة بأجرة المسكن¹.

• وقد ثار التساؤل عن معيار تحديد أجر مسكن الحضانة وما كان ضابطة هو القيمة الايجارية الفعلية له والمثبتة بعقد الإيجار أو بقرار لجنة تحديد الأجرة.

ونحن نرى أن أجر مسكن الحضانة باعتباره أحد عناصر نفقة الصغير يخضع في تقديره لذات الضابط الذي يخضع له تقدير نفقة الصغير بوجه عام والمنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 18 مكرر ثانياً وهو الحالة المالية للملتزم بها ودرجة يساره ، وعلى ذلك يمكن القول أن الأصل أن تعتبر القيمة الايجارية الفعلية لمسكن الحضانة تتناسب وحالة الأب المالية ودرجة يساره باعتبار أنه كان يقوم بسدادها قبل الطلاق وذلك إلا إذا أقام الأب الدليل على أن حالته المالية قد طرأ عليها التغيير إلى الأسوأ وان يساره قد انخفض لزواجه مثلاً من أخرى وإنجابها منها بما يسمح له – بوجه عام – بالمطالبة بتخفيض نفقة صغاره المحضونين والمستحقة عليه ، ففي هذه الحالة لا يلتزم الأب بسداد قيمة أجرة مسكن الحضانة الثابتة بعقد الإيجار وإنما يتعين على المحكمة إلزامه بأجر مسكن يتناسب وما آلت إليه أحواله المالية وما طرأ على يساره من انخفاض دون التزام بالقيمة الايجارية الثابتة لمسكن الحضانة بالعقد .

• والأصل المقرر شرعاً في تنفيذ الالتزام بالنفقات هو تقديم وجوب التمكين أي قيام الأب بالإطعام والكسوة والسكنى على أن ينتقل هذا الفرض إلى وجوب التملك في حالة امتناع الأب أو تعذر التمكين ، مما يعنى أن قيام الحاضنة برفع الدعوى بطلب تمكينها من مسكن الزوجية ما هو في حقيقته إلا طلب بإلزام الأب بتنفيذ التزامه بسكنى أولاده عينا باعتبار أن سكنى الصغير يمثل أحد الالتزامات المفروضة على الأب ضمن بقية التزاماته بالوفاء بأحد عناصر نفقة الصغير عليه عينا .

¹ ويجوز اعتبار امتناع الأب عن سداد أجرة مسكن الحضانة إذا كان هو مسكن الزوجية من قبيل الترك الذي يسقط عنه – في إطار قانون إيجار الأماكن – حق العودة بعد بلوغ الصغار سن حضانة النساء (أنظر مذكرة نيابة النقض في الطعن رقم 83 لسنة 63 ق – أحوال شخصية مقدمه لجلسة 1993/4/26 – إعداد المؤلف).

• وعلى ذلك يمكن القول أنه فى حالة طلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية وجب على المحكمة تخييرها بين الاستقلال به أو الحصول على أجر مسكن ، فإذا اختارت الحاضنة الاستقلال بالمسكن قضى لها بطلباتها وكذا إذا اختارت الحصول على أجر مسكن باعتبار أن طلب أجر المسكن يعد مرتبطاً بالطلب الأسمى (الاستقلال بالمسكن) عملاً بالمواد 46 وما بعدها من قانون المرافعات واجبة التطبيق إعمالاً لمقتضى المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 .

• وتختص محكمة الأسرة بنظر الدعوى التى تقيمها الحاضنة بطلب الاستقلال بمسكن الحاضنة والفصل فيها دون أن تلتزم الحاضنة بتقديم حكم قضائى بحضانتها للصغير طالما كان الصغير لا يزال فى سن حضانة النساء حيث تقوم المحكمة ببحث هذه المسألة (سن الصغير) توصلًا للحكم فى الدعوى ، أما إذا كانت الحضانة قد انتقلت من حاضنة إلى أخرى وجب تقديم حكم قضائى نهائى بانتقال الحضانة قبل الفصل فى طلب الاستقلال .

• والسؤال الذى يطرح نفسه هو هل يجوز للحاضنة الالتجاء إلى القضاء المستعجل طالبة تمكينها والصغير من مسكن الزوجية المؤجر ؟ وكذلك هل يجوز للمطلق بعد انتهاء الحضانة أو اذا هيا مسكنا مناسباً ورغب فى استرداد مسكنة الالتجاء إلى القضاء المستعجل بدعوى استرداد حيازة المسكن .

• ذهب اتجاه فى الفقه إلى أن صريح نص المادة الرابعة من القانون رقم 100 لسنة 1985 وقواعد اختصاص القضاء المستعجل لا يعطى القضاء المستعجل مكنه تمكين الحاضنة أو المطلق من ذلك ، اذ أنه وفقاً لنص المادة 45 من قانون المرافعات فإن قاضى الأمور المستعجلة يختص بالفصل فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت وذلك بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق ، وعلى ذلك فهو غير مختص بالفصل فى أصل الحق المتنازع عليه بشكل قطعى إذ ذلك شأن قاضى الموضوع وفى التمكين من مسكن الزوجية فصل فى أصلاً لحق لا يملكه القضاء المستعجل . ولا يقال بأن حكم القضاء المستعجل مجرد إجراء وقتى لا يقيد محكمة الموضوع فلها أن تقضى بخلافه ذلك أن مجال القضاء المستعجل لا يتسع لبحث مسألة توفر شروط الحضانة اللازمة والنزاع حول مسكن الزوجية المؤجر أو المسكن الآخر المهييء ومدى تناسبه من عدمه . وأيضاً فى دعوى رد الحيازة للمطلق يتعين بحث الشروط اللازمة لعودته ، وهذه وتلك مسائل موضوعية ناطق المشرع الاختصاص بها للمحكمة الابتدائية.

ويضاف إلى ذلك أن الحماية المؤقتة والقرار المؤقت يكون عن طريق النيابة العامة عملاً بنص الفقرة الأخيرة من المادة 18 مكرر ثالثاً من القانون رقم 100 لسنة 1985 – والتي تنص على أنه "وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها".

ومن ثم يكون المشرع قد أعطى الاختصاص الموضوعي للمحكمة المختصة بالأحوال الشخصية نفس والحماية المؤقتة للنيابة العامة إلى أن يقول القضاء الموضوعي كلمته ، الأمر الذي تخرج معه المنازعة برمتها عن اختصاص القضاء المستعجل والذي يتعين عليه القضاء بعدم اختصاصه نوعياً بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة المختصة حتى ولو لم يدفع بذلك أمامه – باعتبار أن الاختصاص النوعي متعلقاً بالنظام العام – مع تحديد جلسة للخصوم يحضرون فيها أمام المحكمة وذلك عملاً بنص المواد 109 ، 110 ، 113 من قانون المرافعات¹ .

• بينما يذهب فقه القضاء المستعجل إلى حق الحاضنة في اللجوء إلى القاضي المستعجل بطلب تمكينها من مسكن الحضانة وان ذلك لا يسلب القاضي الجزئي الموضوعي هذا الحق أيضاً باعتبار أنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون للشخص طريقاً من طرق التقاضي لحماية حقه وله أن يختار أيهما غير أنه لا يجوز له الجمع بينهما فضلاً عن أن القاعدة هي اختصاص القضاء المستعجل بأى حالة يتوافر فيها شرط اختصاصه من استعجال وعدم المساس بأصل الحق الأمر الذي ينعقد معه الاختصاص للقضاء المستعجل بنظر طلب الحاضنة بالاستقلال بمسكن الزوجية وكذا طلب المطلق باسترداد المسكن إذا توافر في الطلب شرطاً اختصاص القضاء المستعجل به² .

ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير استناداً إلى ذات الأسباب التي ساقها لتطابقها وفهم صحيح القانون³ .

¹ معوض عبد التواب في موسوعة الأحوال الشخصية – ص 513 .

² القضاء المستعجل للدناصري وعكاز – طبعة 1986 – ص 24 .

³ راجع نقض أحوال جلسة 1989/3/28 في الطعن رقم 86 لسنة 56 قضائية وفيه قضت المحكمة بأن الحضانة التي تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنه دون الزوج المطلق طبقاً للمادة 18 مكرر ثالثاً من القانون رقم 100 لسنة 1985 والمادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 هي حضانة الصغير حتى بلوغه السن المنصوص عليها في المادة عشرين سالفه الذكر وهي بلوغ الصغير اثنتي عشرة سنة دون الفترة التي أعطى المشرع القاضي أن يمد حضانة الصغير حتى الخامسة عشر الولد وللبنت حتى تتزوج . وقد أضحت تلك المدة خمسة عشر عاماً للذكر والآن بمقتضى التعديل الذي أدخل على المادة 20 بالقانون رقم 4 لسنة 2005 .

• وقد نصت المادة 834 من التعليمات العامة للنيابة – الكتاب الأول سنة 1980 على بعض القواعد الموضوعية التي تتبع عند حصول نزاع على حيازة مسكن الزوجية ، فنصت على أنه "إذا ثار نزاع بين الزوجين على حيازة مسكن الزوجية ، يبادر أعضاء النيابة إلى فحصه وتحقيق عناصره ، ومتى أصبح صالحاً للتصرف يبعثون بأوراقه إلى النيابة الكلية مشفوعة باقتراحهم القرار الذي يرون إصداره والسند في ذلك ، وذلك على ضوء ما يلي :

- 1- في حالة ما إذا شجر نزاع بين الزوجين مع قيام رابطة الزوجية يكون الاقتراح بتمكين كل من الطرفين من استمرار حيازته .
- 2- إذا وقع طلاق رجعي ، يقترح تمكين كل من الزوجين طوال فترة العدة من استمرار حيازته للمسكن .
- 3- في حالة الطلاق البائن إذا لم يكن للزوجين أولاد يقيمون بمسكن الزوجية يقترح تمكين المالك أو المستأجر منهما للمسكن ومنع تعرض الآخر له فيه .
- 4- إذا كان الطلاق بائناً ، وللمطلقة صغير في حضانتها يقترح تمكين المطلقة الحاضنة من استمرار أقامتها بمسكن الزوجية المؤجر دون الزوج المطلق حتى يفصل نهائياً في أمر النزاع الخ .

• وهذه التعليمات لازالت هي الواجبة التطبيق بعد التعديل الذي أدخل على قانون المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى القانون رقم 23 لسنة 1992 والذي أضاف إليه مادة جديدة برقم 44 مكرر بتنظيم تدخل النيابة في منازعات الحيازة¹ كما تظل واجبة في ظل أحكام القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

• والقرار الصادر في شأن الحيازة في هذه الحالات لا يجوز صدوره إلا من المحامي العام².

• والحق المخول للنيابة العامة في إصدار قرار فيما يثور من منازعة بشأن حيازة مسكن الزوجية ينصرف فقط إلى المنازعات التي لا تشكل جريمة باعتبار أن منازعات الحيازة التي تشكل جريمة تتدخل فيها النيابة العامة بإصدار قرارات مؤقتة بشأن الحيازة طبقاً للتنظيم الوارد بقانون الإجراءات الجنائية في المواد من 101 إلى 109 منه .

²1 الكتاب الدوري الصادر عن مكتب النائب العام المساعد برقم 10 بتاريخ 1994/7/14.

• ولا شك أن القرار الصادر من النيابة بشأن النزاع على حيازة مسكن الزوجية هو قرار صادر في منازعة مدنية بحتة ليس فيها شبهة اتهام جنائي³، وهو أيضاً – ومن ثم – قرار إداري وليس قضائياً⁴.

• ويجوز التظلم من القرارات الصادرة من النيابة بشأن النزاع حول مسكن الحضانة بطريقتين :

الأولى : التظلم الإداري

وفيها يكون التظلم إلى النائب العام باعتبار أن القرار يكون صادراً من المحامي العام¹ ولا يتقيد التظلم الإداري بمواعيد أو إجراءات محددة.

الثانية : التظلم القضائي

ونحن نرى أن يكون التظلم بطريق الدعوى التي ترفع أمام القاضي الجزئي للامور المستعجلة إعمالاً لحكم المادة 44 مكرر المضافة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى القانون رقم 23 لسنة 1992 وذلك باعتبار أن القرار الصادر من النيابة في خصوص حيازة مسكن الحضانة ما هو الإقرار صادر في منازعة حيازة مدنية وإعمالاً للاعتبارات التي بموجبها استحدث المشرع التعديل المذكور بما أصبح لا يجوز معه رفع التظلم إلى القضاء الإداري كما كان العمل يجرى به قبلاً².

• ويتم التظلم من قرار النيابة في المنازعة على الحيازة إلى قاضي الأمور المستعجلة المختص وذلك بطريق الدعوى التي ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى

³ كان الكتاب الدوري رقم 6 لسنة 1981 الصادر عن النائب العام ينص على أنه " لما كان المقرر أن النيابة العامة تتدخل في منازعات الحيازة في حالتين أولاً : إذا انطوت المنازعة على جريمة، ثانياً : إذا كانت منازعة الحيازة مدنية ولكن تدخل النيابة العامة فيها يكون أما بنص صريح في القانون كمنازعة حيازة مسكن الحضانة.....".

⁴ يكون قرار النيابة في منازعات الحيازة قضائياً إذا صدر في ظل أعمال أحكام المواد 101 الى 109 من قانون الإجراءات الجنائية وراجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 87 لسنة 23 ق – جلسته 1978/1/10.

¹ الكتاب الدوري رقم 10 لسنة 1994 للنائب العام المساعد .

² راجع المذكر الايضاحية للمادة 44 مكرر المضافة الى قانون المرافعات بالقانون رقم 23 لسنة 1992 .

وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اتصال علم صاحب الشأن بالقرار ويترتب على رفع التظلم بعد الميعاد المذكور وجوب القضاء بعدم قبول التظلم .

• ويجوز للمتظلم أن يضمن صحيفة الدعوى طلباً مستعجلاً بوقف قرار النيابة إلى حين الفصل في التظلم وذلك بشرط أن يكون من شأن تنفيذ القرار الحاق ضرر جسيم بالمتظلم والا تكون الدعوى مهياًة للفصل فيها . فإذا قضت المحكمة بوقف التنفيذ كان هذا الحكم قابلاً للطعن عليه استقلالاً.

• ويكون الحكم الصادر من القاضى المستعجل فى التظلم أما بتأييد قرار النيابة أو تعديله أو الغاءه .

• ولا يترتب على الاستشكال من الحكم المذكور إيقاف التنفيذ¹ .

• والحكم الصادر من القاضى المستعجل حكم مؤقت لا يمس أصل الحق ولا يعتد به أمام محكمة الموضوع التى لها أن تلغيه أو تعدله إلا أن ذلك لا يعنى احترام حجينة طالما اضحى نهائياً بفوات ميعاد استئنائه وكذا طالما لم تصدر محكمة الموضوع حكماً على خلافه .

• ويجوز الطعن على الحكم الصادر من القاضى المستعجل بالاستئناف .

• وإذا عرض النزاع على محكمة الموضوع وكانت سابقة فى قضائها على حكم القاضى المستعجل فى التظلم من قرار النيابة كان على القاضى المستعجل أن يقضى بانتهاء الدعوى المستعجلة (التظلم) بصدر حكم فى موضوعها من محكمة الموضوع .

• ولا يجوز رفع التظلم من قرار النيابة أمام المحكمة الابتدائية بإيدائه بطريق التبع للطلب الموضوعى المطروح عليها بشأن الحيابة .

• والحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية طعنا على الحكم المستعجل الصادر فى التظلم من قرار النيابة لا يجوز الطعن عليه بالنقض إلا بالشروط المنصوص عليها فى المادة 249 مرافعات².

¹ الكتاب الدورى رقم 6 بتاريخ 1992/11/2 الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم .
² الدناصورى وعكاز فى شرح القانون رقم 23 لسنة 1992 - ص 28 وما بعدها والمذكرة الايضاحية للمادة 44 مكرر المضافة الى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

• وقد أصدر النائب العام كتاباً دورياً برقم 10 بتاريخ 1994/7/14 بمناسبة صدور القانون رقم 23 لسنة 1992 تضمن النص على أن يعمل بما تضمنه الكتاب الدورى رقم 12 لسنة 1982 فيما يثور من منازعات الحيازة بشأن مسكن الزوجية وقد أحال الكتاب الدورى المذكور فى هذا الشأن إلى نص المادة 834 من التعليمات العامة للنيابات .

• وقد نظمت المادة 834 من التعليمات العامة للنيابات عمل النيابة وما تصدره من قرارات فى خصوص المنازعة حول مسكن الزوجة على وجه الخصوص من خلال منظور خاص بحيازته يرتبط بعلاقة الزوجية وأحكام العدة من الطلاق الأمر الذى تكون معه المنازعات التى تثار حول مسكن الزوجية وصاحب اليد عليه وحائزة وقد خرجت من دائرة تطبيق المادة 373 من قانون العقوبات باعتبار أن الجريمة المنصوص عليها فى تلك المادة لا تتكامل أركانها فى حق أي من الزوجين فيما يتعلق بدخول أيهما مسكن الزوجية أو محاولته منع الطرف الآخر من حيازته ، فإذا كان ذلك فإنه لا يكون هناك من محل للخروج على نصوص التعليمات العامة للنيابات فى هذا الخصوص وذلك إلا حيث تنتهي علاقة الزوجية بطلاق بائن ويحاول غير صاحب الحق من الزوجين بعد ذلك انتزاع حيازة صاحب الحق فى الحيازة لمسكن الزوجية بما يدخل بفعله فى عداد جرائم انتهاك حرمة ملك الغير المنصوص عليها فى المواد من 369 وما بعدها من قانون العقوبات .

وخلاصة الأمر تتحصل فى الآتي

• إذا طلقت الزوجة وكانت الحضانة ثابتة لها ونازعها المطلق فى حيازة المسكن فيكون لها أن تلجأ إلى النيابة العامة (النيابة الجزئية الواقع مسكن الزوجية بدائرة عملها) وتطلب تمكينها من المسكن حيث يتعين على النيابة فى هذه الحالة أن تصدر قراراً بالتمكين طبقاً لإحدى الحالات الواردة بالمادة 834 من التعليمات العامة للنيابات .

• أما إذا كانت الزوجة قد طلقت وهى حاضنة وحازت مسكن الزوجية نتيجة تخلى المطلق لها عنه إرادياً أو استناداً إلى قرار صادر من النيابة طبقاً للفرض الأول وانتهت علاقة الزوجية بينها والمطلق بشكل نهائي وذلك لبينونتها من الطلاق بينونة صغرى أو كبرى (أي بحيث لا يكون للمطلق أن يعيدها إلى عصمته إلا بموافقتها وبمهر جديدين) وحاول المطلق منازعة المطلقة فى حيازتها لمسكن الحضانة بأن ارتكب فى سبيل ذلك

جريمة دخول مسكن مسكون لمنع حيازته بالقوة المنصوص عليها في المادة 273 عقوبات تعين على النيابة العامة في هذه الحالة التصدي للجريمة وإصدار قرارها بتمكين الحاضنة باعتبار أن كل من الحاضنة والمطلق أضحوا من الغير بالنسبة لكل منهما إلى الآخر بما تعد معه منازعة المطلق صادرة عن أحد المعتدين على الحيازة الثابتة للحاضنة بسند صحيح هو قرار النيابة العامة بالتمكين ودون نظر إلى الصفة السابقة للمعتدى من حيث كونه مطلقاً .

• وينبغي أن تلاحظ النيابة العامة وكذلك القضاة في منازعات الحيازة على مسكن الحضانة أن هذا المسكن هو مسكن المطلق أو مسكن أولاده المحضونين وأن الحاضنة لم تأتى إليه إلا للحضانة فهو ليس مسكن الحاضنة وإنما هو مسكن الحضانة أو مسكن المطلق وأولاده وهذا يعطى شبهة شك في تحريم دخول المطلق فيه يفسر لصالح المتهم خصوصاً بعد أن جعل القانون رقم 100 لسنة 1985 هذا المسكن للحضانة لا مسكناً للمطلقة ، وبالتالي يكون دور النيابة هو الحيلولة دون ارتكاب جرائم غير جريمة انتهاك حرمة ملك الغير .

• وجدير بالذكر أنه إذا أثار نزاع حول تحديد طبيعة المسكن محل النزاع من حيث ما إذا كان يعد مسكناً للزوجية من عدمه أو حول طبيعة وجود الأب بالمسكن قبل الطلاق فإن هذه المشكلات تكون محل البحث عند رفع الأمر إلى القضاء بمقتضى الدعوى التى تقيمها الحاضنة للاستقلال بمسكن الزوجية وكذا بالنسبة للنسبة للنيابة العامة فى حالة الدفع بأى من الدفع السابفة أمامها حال تصديها لنزاع على الحيازة حيث يتعين عليها بحث الأمر قبل إصدار قرارها بخصوص الحيازة مع مراعاة أن المقصود بمسكن الزوجية دائماً أنه المكان الذى كان مشغولاً فعلاً بسكن الصغير وحاضنة¹ .

• واحتجاز المطلق لمسكن الحاضنة ومسكنه الخاص لا يدخل ضمن الحظر المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم 49 لسنة 1977 المعدل بالقانون رقم 136 لسنة 1981 والخاص بعدم جواز احتجاز الشخص لأكثر من مسكن فى البلد الواحد دون مقتضى حيث أن البين أن احتجاز المطلق للمسكنين فى هذه الحالة (مسكن الزوجية لحضانة أولاده فيه والمسكن الذى يسكنه بصفته الشخصية) يسانده مقتضى هو طلاقه لزوجته وكون أحد المسكنين مسكن حضانة على النحو السالف وهو مقتضى ثابت له بحكم القانون بالمادة 18 مكرر ثالثاً .

¹ نقض مدني الطعن رقم 2874 لسنة 57 ق - جلسة 1992/12/22 .

• ولا يحول دون حق المطلق في استرداد مسكن الحضانة ببلوغ أولاده سن حضانة النساء تركه للمطلقة تقيم به صحبه أولاده على سبيل التسامح منه إذ يكون من حقه دائماً استرداد مسكنه طالما انتهت العلة من حكم النص¹.

• ورغم ثبوت ترك المطلق (المستأجر) لمسكن الزوجية لا يملك المؤجر المطالبة بفسخ عقد الإيجار المبرم بينه والمطلق استناداً إلى ثبوت الترك ذلك أنه وأن كان المطلق المستأجر هو صاحب الحق الأصلي في العين بحكم العقد دون حاجة للتحدي بكونه انما يستأجر لنفسه ونياية عن أولاده² إلا أن بقاء أولاد المستأجر الأصلي فيه إنما يستند إلى أن الترك لم يكن بقصد التخلي نهائياً عن العين المؤجر فلا يسرى على تخلي المطلق المؤجر عن مسكن الزوجية مفهوم الترك الموجب للإخلاء ، فضلاً عن أن الترك هنا بفرض صحته إنما قد تم للأولاد باعتبارهم أقارب الدرجة الأولى عملاً بالمادة 29 من القانون إيجار الأماكن رقم 49 لسنة 1977 المعدل بالقانون رقم 136 لسنة 1981³ بالإضافة إلى أن المطلق المستأجر الأصلي قد أجبر عليه بحكم القانون رقم 100 لسنة 1985⁴.

• إلا أنه يتعين الإشارة إلى أنه إذا طلق الزوج المستأجر أو المالك لمسكن الزوجية زوجته وهي حبلى فإنه ولئن كان لها حق الاستمرار في الأمانة بمسكن الزوجية خلال مدة العدة إعمالاً لمقتضى أحكام الشرع والقانون وتصدر النيابة العامة قراراً لها بذلك إعمالاً لمقتضى تعليمات النائب العام إلا أن ذلك لا يحول دون المطلق وإنهاء العلاقة الايجارية لمسكن الزوجية أو التصرف فيه إذا كان مملوكاً له بكافة الأشكال الجائزة قانوناً ومنها البيع وذلك باعتباره صاحب الصفة الوحيد في العلاقة الايجارية القائمة بينه ومؤجر مسكن الزوجية له⁵ ومن ثم إخلاء المطلقة من العين المؤجرة ودون جواز أن يحتج في هذه الحالة بقيام حق للمطلقة الحبلى في الحضانة مآلاً بولادتها لحملها وامتداد مدة عدة الحمل حتى تضع حملها باعتبار أن الحضانة لا تبدأ إلا بوضع الحمل حياً وتحقق وجوده والمطلقة الحبلى خلال العدة لا تعتبر حاضنة تستظل بالمادة محل التعليق مما يجوز للمطلق التخلي

¹ راجع نقض مدني جلسة 1982/1/28 - ص 223 - س 33 .

² راجع نقض مدني الطعن رقم 1074 لسنة 48 ق - جلسة 1983/6/9 .

³ شرح قانون إيجار الأماكن - سليمان مرقص - ط 1977 - ص 723 وما بعدها - ج 1 .

⁴ نقض مدني جلسة 1981/3/14 - ص 813 - س 32 .

⁵ نقض مدني الطعن رقم 486 لسنة 54 ق - جلسة 1988/3/20 .

عن مسكن الزوجية حيث ينتفى عن المطلقة أي حق شخص بمسكن الزوجية المؤجر من قبل الزوج أو المملوك له .

• ونص المادة 18 مكرر ثالثاً يسرى على المسلمين وغير المسلمين سواء متحدى الملة والطائفة أو مختلفيها باعتباره أقرب إلى النصوص الاجرائية خاصة وأن الشرائع الطائفية لم تورد نصوص منظمة للمسألة .

• ويتعين الإشارة إلى أن نص المادة 18 مكرر ثالثاً من النصوص المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على عدم أحقية الحاضنة في الاستقلال بمسكن الزوجية ، إلا أن ذلك لا يمس حق الحاضنة في اختيار البديل النقدي (أجر المسكن).

• ويتعين ملاحظة أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت في الطعن رقم 5 لسنة 8 قضائية بعدم دستورية المادة محل التعليق فيما أوجبه على المطلق من تهيئة مسكن حضانة إذا ما ثبت أن للمطلقة مسكن تقيم فيه مؤجر أو غير مؤجر مما مفاده أن التزام المطلق بتهيئة مسكن الحضانة إنما يسقط عنه إذا ما أقام الدليل على وجود مسكن للحاضنة تقيم به ويتسنى بالتالي أن تحضن أولادها من المطلق فيه وذلك بصرف النظر عما إذا كان ذلك المسكن تستأجره المطلقة أو في حيازتها بأى صورة إذ العبرة أن تثبت إقامتها به وعلى ذلك فإذا انتفى وجود ذلك المسكن عاد التزام المطلق بتهيئة مسكن للحضانة كما أنه يتعين - فى رأينا - أن تثبت أن ذلك المسكن يمكن للمطلقة أن تحضن أولادها فيه ، فإذا أثبتت المطلقة استحالة ذلك وأنه لا يمكنها الانتفاع بالمسكن إلا بمفردها زالت الرخصة والتزم المطلق بتهيئة مسكن للحضانة وهى أمور موضوعية تخضع لتقدير قاضى الموضوع .

ونحن نرى أن نص المادة 18 مكرر ثالثاً من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 والقانون رقم 100 لسنة 1985 من النصوص العملية التى فرضتها ظروف العصر والتى تقتقر إلى السند الشرعى بل وتتعارض مع نصوص وردت فى القرآن الكريم ذلك أن الثابت أن أى من فقهاء المذهب الحنفى المعمول به فى مصر والذى استمد النص من أحكامه لم يقل بإجبار الأب على أن يتخلى عن مسكنه ومأواه لسكنى أولاده وحاضنتهم ، وحاصل آراء فقهاء المذهب الحنفى فى هذا الخصوص التفريق بين ما إذا لم يكن للحاضنة مسكناً مملوكاً لها أو كان ذلك فى الحالة الأولى وجب لها أجر مسكن حضانة سواء من مال الصغير أو من مال أبيه إذا كان الأول لا مال له أما إذا كان لها مسكناً يمكنها أن تحضن فيه الصغير فلا

تستحق حتى أجرة مسكن الحضانة، يضاف إلى ذلك أن النص المذكور يتعارض معارضة صريحة مع قول الحق تبارك وتعالى "لا تكلف نفساً إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده"¹ ولا شك أن في إجبار الأب على ترك مسكنه لحضانة ولده فيه قسراً عنه إنما يلحق به وفي ظروف أزمة الإسكان الراهنة ضرراً لا يعاظمه ضرر مما يجعل الولد مصدر ضرر لوالده وهو ما يتعارض مع نص قرآني قطعي الثبوت والدلالة ، يضاف إلى ما تقدم أن مجتمعنا الشرقي الإسلامي إنما يأبى أن تستقل مطلقة شابة يخشى عليها من الفتنة في مسكن تقيم فيه بمفردها مع صغير أو صغيرة لا تعي من أمر نفسها شيئاً مما يجعلها مضغة الأفواه ومطمعا لضعاف النفوس فضلاً عما يؤدي معه توافر مسكن تستقل المطلقة بالإقامة فيه إلى فتح المجال أمام بعض المطلقات إلى الانحراف أو الخروج على جادة السبيل .

• ويتعين الإشارة في الخاتمة إلى أن وزارة العدل قد أصدرت القرار الوزاري رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين والمؤقتين المنتدبين الصادرة عام 1955 تضمن في المادة (23) منه تنظيماً جديداً لتوثيق عقد الزواج بموجبة ضمن وثيقة الزواج بعض الشروط التي أجاز للزوجين الاتفاق عليها ومنها جواز الاتفاق على من يكون له حق الانتفاع وحده بمسكن الزوجية في حالتي الطلاق والوفاة وذلك فيما يزيد على الحقوق المقررة شرعاً وقانوناً² .

ومؤدى الرخصة المشار إليها هو جواز اتفاق الزوجين على استقلال الزوجة بمسكن الزوجية في حالة الطلاق ولو لم تكن حاضنة إلا أن العكس غير صحيح حيث لا يجوز الاتفاق على تخلي الزوجة عن مسكن الزوجية في حالة الطلاق ولو كانت حاضنة بحكم كون الاتفاق في هذه الحالة الأخيرة يتعارض ويقل عن الحقوق المقررة للمطلقة قانوناً بمقتضى النص محل التعليق والذي يعطى الحاضنة حق الاستقلال بمسكن الزوجية بشروطه .

¹ الآية رقم 233 من سورة البقرة .

² القرار الوزاري رقم 1727 لسنة 2000 منشور بملحق الكتابة .

أحكام النقض

• لئن كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ مكن المطعون ضدها من شقة النزاع تغليباً لحقها كحاضنة على حق الطاعن كمستأجر مع أن قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها وقت صدور الحكم المطعون فيه لا تلزم المطلق بالتخلي عن مسكن الزوجية لمطلقاته الحاضنة ، إلا أنه لما كان القانون 44 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية قد نص على أن للمطلة الحاضنة بعد طلاقها استقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهيئ لها المطلق مسكناً آخر مناسباً وكان هذا النص – والغاية منه رعاية جانب الصغار حماية للأسرة – متعلقاً بالنظام العام ، فينطبق على واقعة الدعوى بأثر فوري، ولما كان الطاعن لم يتحد بأنه هياً للحاضنة المطعون ضدها مسكناً ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتسليم شقة النزاع إليها يكون قد اتفق مع نص المادة المذكورة مما يضحى معه الطعن غير منتج .

(نقض جلسة 1982/11/28 - الطعن رقم 240 لسنة 47 ق - س 33)

(نقض جلسة 1982/2/28 - الطعن رقم 223 - س 33)

(نقض جلسة 1982/10/4 - الطعن رقم 150 لسنة 46 ق - س 33) (الطعن رقم 86 لسنة 56 ق - جلسة 1989/3/28)

• المادة الرابعة من القانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية تنص في فقرتها الأولى على أن للمطلة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ، ما لم يهيئ المطلق لها مسكناً آخر مناسباً فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً ، وكانت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون قد أوردت في هذا الخصوص أنه إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تنشور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه المتعاقد - وإذا كان ذلك فإن للمطلة الحاضنة بعد الطلاق

الاستقلال بمحضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يعد لها المطلق مسكناً آخر مناسباً حتى إذا ما انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يعود ليستقل دونها بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً مما مفاده أن مسكن الحضانة بحسب الأصل هو ذلك المسكن المناسب الذى يعده المطلق لإقامة مطلقته فيه فترة حضانتها لأولاده منها ، فإذا لم يقدّم المطلق بإعداد هذا المسكن المناسب ، فإن مسكن الزوجية الذى استأجره الزوج للإقامة فيه مع زوجته قبل حصول الطلاق بينهما هو مسكن الحضانة . ويحق للمطلقة الحاضنة أن تستقل بالإقامة فيه مع صغيرها من مطلقها فترة الحضانة سواء كان الزوج هو المستأجر ابتداءً لهذا المسكن أو كان قد صار المستأجر له بامتداد عقد الإيجار إليه فى الحالات التى يقرها القانون ما دام أن الزوجين كانا يقيمان فيه قبل حصول الطلاق بينهما ولم يكن الزوج قد تخلى عنه وفقاً لأحكام القانون قبل هذا الطلاق .

(نقض الطعن رقم 855 لسنة 54 ق – جلسة 1989/1/29)

• المشرع نص فى المادة 18 مكرر ثالثاً من القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية . المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب "فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق – مدة الحضانة ، وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هياً لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة" والمقصود بمسكن الزوجية فى هذا الخصوص هو المكان الذى كان مشغولاً فعلاً بسكنى الزوجين ، فذا ثار خلاف بين الحاضنة ووالد الصغار حول مسكن الحضانة ، انصرفت كلمة المسكن إلى المكان المشغول فعلاً بسكنى الصغير وحاضنته ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن عين النزاع لم تكن مسكناً للزوجية بالمعنى المتقدم ، إذ أنه تزوج بالمطعون ضدها وأقام معها بمسكن أسرتها حتى وقع الطلاق ولم تكن لها إقامة مع الصغير بشقة التداعى . وقدم مستندات منها شهادة ميلاد ابنه الصغير تفيد أنه ولد بمسكن جدته ، وعقود إيجار تفيد أن الشقة كانت تؤجر مفروشة للغير ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتمكين المطعون ضدها من مسكن النزاع على قوله "....." وإذا لم يعرض الحكم – على النحو المتقدم – لدفاع الطاعن سالف البيان ، وما قدمه من مستندات دلت بها على

صحة دفاعه ، على نحو يدل على أن المحكمة قد فطنت إلى حقيقة هذا الدفاع ، أو أطلعت على مستنداته وأخضعتها لتقديرها ، رغم أنه دفاع جوهرى قد يتغير به – أن صح – وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب .

(نقض الطعن رقم 2874 لسنة 57 ق – جلسة 1992/12/22)

(نقض الطعن رقم 3023 لسنة 56 ق – جلسة 1987/10/28)

● مفاد الفقرتين الأولى والرابعة من المادة 18 مكرر ثالثاً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 أن الحضانة التى تخول الحاضنة ومن تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوماً خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم، وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التى عناها الشارع بنص الفقرة الأولى والرابعة من المادة 18 مكرر ثالثاً المشار إليها والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية هى المدة المقررة لحضانة النساء ، وإذ تنتهى هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 20 فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكره كان أو أنثى ولا يغير من ذلك ما أجازته نص الفقرة الأولى من المادة 20 – بعد انتهاء مدة حضانة النساء – للقاضى فى أن يأذن بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تنزوج فى يد من كانت تحضنها دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك لأن هذه المدة لم ترد فى النص حداً لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتداد لها وإنما هى مدة استبقاء بعد أن يصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء وهى بالنسبة للبنات التى تنزوج قد تطول إلى ما بعد أن تكون قد بلغت سن الرشد كاملة الأهلية وتملكت وحدها القرار فى شئونها ويخضع الإذن بهذه المدة لتقدير القاضى من حيث دواعيها والعائد منها ، فإذا ما رخص بها لمن اختارت لنفسها أن تشارك الأب مهامه الأصلية فى مرحلة حفظ وتربية أولاده متبرعة بخدماتها لهم فلا التزام على الأب نحوها لا بأجر حضانة لها ولا بسكناها ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها المسكن المناسب مقابل أجر المسكن ومن مالهم أن كان لهم مال أو ممن يجب عليه نفقتهم ، وفى القول على خلاف ذلك تحميل النصوص

المعنية بما لا تتسع له وتكاثر للمنازعات بسبب حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعي وهو ما يتبناه الشرع والشارع .
(الطعن رقم 6289 لسنة 62 ق – جلسة 1996/12/30)
(الطعن رقم 296 لسنة 64 ق – جلسة 1995/11/13)
(نقض الطعن رقم 86 لسنة 56 ق – جلسة 1989/3/28)
(الطعن رقم 232 لسنة 62 ق – جلسة 1996/5/27)

• ما جرى به نص المادة 18 مكرر ثالثاً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 – المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 – مؤداه بالضرورة وبطريق اللزوم أن مدة الحضانة المشار إليها في هذا النص والتي تستمر خلالها المطلقة الحاضنة في شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق هي تلك التي تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن الثانية عشرة ولا تنصرف إلى مدة استبقائهما في يد الحاضنة إذ يسترد الأب حينئذ حقه في الانتفاع بذلك المسكن طالما كان له من قبل أن يحتفظ به قانوناً وإلا لما ساغ النص على إلزامه بأجر مسكن مناسب للحاضنة إذا لم تختار الاستقلال بمسكن الزوجية وهي المحرومة – مدة الاستبقاء – من أجر الحضانة ، والقول بغير ذلك يجافى ما هو مقرر شرعاً من إلّا يضار والد بولده ، ويؤدى إلى استحكام النزاع بين الوالدين بما يكون سبباً في تعريض مصالح الصغار للضياع ، ذلك أنه إذا ساغ القول بأن حرمان الزوج المطلق من الانتفاع بمسكن الزوجية ، المملوك أو المؤجر سوف يجد حداً له ببلوغ الصغير سن الخامسة عشرة إلا أن الصغيرة قد لا تتزوج إلى ما بعد بلوغها سن الرشد كاملة الأهلية حيث تملك وحدها القرار في شئونها فتعتبر في يد نفسها لا في يد أمها ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن على سند من أن لمطلقة المطعون ضدها أن تستمر في شغل مسكن الزوجية لاستصدارها حكماً نهائياً في الدعوى 131 لسنة 1979 أحوال شخصية اللبان باستبقاء بناتها منه في يدها بعد تجاوزهن الحد الشرعى لسن حضانة النساء فإنه يكون قد خالف القانون – وأخطأ في تطبيقه .

(نقض الطعن رقم 736 لسنة 55 ق – جلسة 1990/1/11)
(ونقض الطعن رقم 2287 لسنة 55 ق – جلسة 1990/5/10)

- إذا كانت المطعون ضدها الأولى قد أقامت الدعوى رقم لسنة 1982 مدنى الزقازيق بطلب استرداد حيازتها لعين النزاع استناداً للمواد من 958 إلى 960 من القانون المدنى باعتبارها حائزة لها وسلبت حيازتها بقرار من النيابة العامة صدر لصالح المطعون ضده ، فإن لازم ذلك أن تنقيد المحكمة بهذا الطلب وما ارتكز عليه من سبب قانونى باعتبار أن الدعوى من دعاوى الحيازة طالما لم يتناولها تغيير أو تبديل من المطعون ضدها الأولى أثناء نظر النزاع ، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه برد الحيازة لها على أنها مطلقة حاضنة لم يعد مطلقها لها ولصغيرها مسكناً مناسباً فيحق لها أن تستأثر بمسكن الزوجية استناداً لقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 وهو أساس مغاير للسبب الذى أقيمت عليه الدعوى ، فإن الحكم يكون قد خرج بالدعوى عن نطاقها المطروح فيها . وخالف قاعدة أساسية من قواعد المرافعات توجب التقيد بسبب الدعوى وعدم الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه عملاً بالمادة 44 / 3 من قانون المرافعات .
(نقض الطعن رقم 740 لسنة 47 ق – جلسة 1982/1/28- ص 1397)
(نقض الطعن رقم 486 لسنة 54 ق – جلسة 1988/3/20)
(نقض الطعن رقم 86 لسنة 56 ق – جلسة 1989/3/28)

- إن عقد إيجار عين للسكنى إنما يخضع للأصل العام المقرر قانوناً وهو نسبية اثر العقد فى شأن موضوعه وبالنسبة لعاقديه ، وأنه ولئن كانت القوانين المتعاقبة المنظمة لإيجار الأماكن قد تضمنت نصوصاً أمره بالنسبة لمدتها واعتبرت العقود التى محلها عين خالية غير محدده المدة لصالح المتعاقد الأصلي وممتدة قانوناً لصالح أقاربه الذين عدتهم المادة 21 من القانون رقم 52 لسنة 1969 الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك إعتباراً من المشرع بأن من يستأجر عينا للسكنى ليس لنفسه فحسب ، بل له ولأسرته وكانت الزوجة من بين الفئات الذين أوردتهم المادة سالفة الذكر ، إلا أن شرط أفادتها من عقد السكن الذى أبرمه الزوج مقرون بعلته وهى استمرار رابطة الزوجية ، فإذا ما انفصمت عراها ولم يعد الزوج يسكن إلى زوجة فإن العلة تكون قد انقضت ولا يتبقى لها من سبيل على العين ومما يؤكد هذا النظر ما نصت عليه المادة الرابعة من القرار بقانون 44 لسنة 1979 بتعديل قوانين الأحوال الشخصية من أنه للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهيئ المطلق مسكناً آخر مناسباً فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء

الاحتفاظ به وكان الثابت من واقع الدعوى أنه قد قضى فى الدعوى بضم الولدين إلى والدهما الطاعن لتجاوزهما سن الحضانة وقد نفذ هذا الحكم وتم تسليم الولدين إلى الطاعن فى ولم يثبت أنه أذن للمطعون ضدها باستمرار حضانتها لهما هذا إلى أنها تزوجت من آخر ، ولما كانت شقة النزاع مؤجرة إلى الطاعن بموجب عقد إيجار مؤرخ 1960/11/1 وكانت إقامة المطعون ضدها بها ابتداء لأنها كانت زوجة للطاعن وانقضت تلك العلاقة بالطلاق ثم بقيت بها بموافقة الطاعن بسبب حضانتها لولديها وكانت الأحكام تدور مع علتها وقد زال حق المطعون ضدها فى الحضانة فإنها تضحى والحالة هذه فاقدة لسند حيازتها ويكون للطاعن – المطلق – أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن الذى من حقه أن يستمر فى إقامته فيه وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض طلب الطاعن تمكنه من عين النزاع على سند من استمرار الحضانة واقعا فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض جلسة 1981/3/14 – ص 813 وجلسة 1982/1/28 – ص 223)

(نقض الطعن رقم 335 لسنة 57 ق – جلسة 1988/3/21)

• لما كانت المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد نصت على "أن تختص المحاكم الابتدائية الشرعية بالحكم الابتدائى فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة" وإذ كانت المادتان الخامسة والسادسة سالفتي الذكر – قد حددتا اختصاص المحاكم الجزئية على سبيل الحصر – وليس من بينها طلب المطلقة الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية إعمالاً لأحكام المادة 18 مكرر ثالثاً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 – مما مفاده اختصاص المحاكم الابتدائية دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بطلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية ويكون النعى على غير أساس .

(نقض الطعن رقم 10 لسنة 59 ق – جلسة 1991/4/23 – ص 42)

• العقد إنما يقتصر على طرفيه والخلف العام . ولئن كان لعقد إيجار المساكن طابع عائلى يتعاقد فيه رب الأسرة ليقوم فيه مع باقى أفراد أسرته إلا أن رب الأسرة المتعاقد يبقى دون أفراد أسرته المقيمين معه هو الطرف الأصيل فى العقد ، والنص فى المادة 21 من القانون 52 لسنة 1969 المقابلة للمادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 على أنه " مع عدم الإخلال بحكم المادة الخامسة من هذا القانون لا ينتهى عقد إيجار المسكن بوفاة

المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها زوجة أو أولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك ويلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار ممن لهم حق فى الاستمرار فى شغل العين يدل على أن المشرع لم يعتبر المستأجر نائباً عن الأشخاص الذين أوردتهم النص فى استئجار العين ، ولذلك نص على استمرار عقد الإيجار لمصلحة من يكون مقيماً منهم مع المستأجر عند وفاته أو تركه العين ، وما كان فى حاجة لا يراد هذا الحكم إذا كان يعتبر المستأجر قد تعاقد عن نفسه ونياية عن أفراد أسرته لما كان ذلك فإن الطاعة ولئن كانت إبان التعاقد زوجة للمستأجر المطعون عليه فإن وجودها معه بالعين المؤجرة منذ بدء الإيجار لا يجعل منها مستأجرة لها ، لما كان ما تقدم ، فليس للطاعة وقد ثبت طلاقها من المطعون عليه المستأجر ، سند للبقاء فى العين التى يستأجرها ، ويكون الحكم بإخلائها متفق وصحيح القانون .

(نقض الطعن رقم 396 لسنة 46 ق - جلسة 1980/3/26 - ص 913)

• الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ اعتبر المطعون ضدها مستأجره أصلية لعين النزاع إلى أحكام النيابة الضمنية والاشتراط لمصلحة الغير ، ذلك أن الزوجة لا تعد طرفاً فى عقد الإيجار المبرم لمصلحة الزوج التزاماً بنسبية أثره ، وأن حقها فى الإقامة مستمد من حقه مقروناً بعلمته وهى استمرار العلاقة الزوجية بحيث إذا انفصمت ، انتفت العلة فلا يبقى لها من سبيل على العين .

(نقض الطعن رقم 740 لسنة 47 ق - جلسة 1982/1/28 - ص 223)

(نقض الطعن رقم 510 لسنة 46 ق - جلسة 1982/1/4)

(نقض الطعن رقم 486 لسنة 54 ق - جلسة 1988/3/20)

• المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن أثر العقد يقتصر على طرفيه والخلف العام ولئن كان لعقد إيجار المساكن طابع عائلى يتعاقد فيه رب الأسرة ليقوم مع باقى أفراد أسرته إلا أن رب الأسرة المتعاقد يبقى دون أفراد أسرته المقيمين معه هو الطرف الأصل فى العقد . والنص فى المادة 21 من القانون رقم 52 لسنة 1969 والمقابلة للمادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 يدل على أن المشرع لم يعتبر المستأجر نائباً عن الأشخاص الذين أوردتهم النص فى استئجار العين ولذلك نص على استمرار عقد الإيجار لمصلحة من يكون مقيماً منهم مع المستأجر عند وفاته أو تركه العين وما كان فى حاجة لا يراد هذا الحكم إذا كان

يعتبر أن المستأجر قد تعاقد عن نفسه ونيابة عن أفراد أسرته . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاؤه بتمكين المطعون ضده الأول من الشقة محل النزاع وطرده الطاعنة منها على أن الأخيرة كانت زوجة للأول إبان استئجاره لهذه الشقة بتاريخ 1961/9/1 وأن إقامتها معه بها منذ بدء الإجارة لا تجعل منها مستأجرة أصلية ويظل زوجها المطعون ضده الأول هو الطرف الأصيل في العقد طالما ظل على قيد الحياة ولم يتخل عنها لأحد ممن نصت عليهم المادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 وإذا كان تطبيق الطاعن للطاعنة بتاريخ 1977/3/1 وزواجه بأخرى وإقامته معها بشقة أخرى لا يخول الطاعنة حق البقاء في الشقة محل النزاع ولا يغير من ذلك إصدار المطعون ضده الثاني عقد إيجار لها عن العين بتاريخ 1977/12/18 لبطلان هذا العقد طبقاً لنص المادة 24 من القانون رقم 49 لسنة 1977 وكان ما أقام عليه الحكم قضاءه له أصله الثابت بالأوراق ويتفق والتطبيق الصحيح للقانون فإنه لا يعيبه عدم بحثه لأسباب تحرير المطعون ضده الثاني عقد إيجار للطاعنة عن ذات الشقة محل النزاع طالما أنه قد انتهى سليماً إلى بطلان هذا العقد لصدوره لاحقاً لعقد الإيجار الصادر للمطعون ضده الأول الذي مازال سارياً .

(نقض الطعن رقم 1867 لسنة 51 ق – جلسة 1989/5/25)

• المقرر أن عقد إيجار المسكن يستمر لمصلحة أقارب المستأجر الذين عدتهم المادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 – وكانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك باعتبار أن من يستأجر عينا للسكنى لا يستأجرها لنفسه فحسب بل له ولأسرته وكانت الزوجة من بين الفئات الذين أوردتهم المادة سالفه الذكر إلا أن شرط إفادتها من عقد إيجار المسكن الذي أبرمه الزوج مقرون بعلته وهي استمرار رابطة الزوجية فإذا ما انفصمت عراها ولم يعد الزوج يسكن إلى زوجته ولم يثبت استمرار عقد الإيجار لصالحها قبل انفصام الزوجية – بسبب ترك الزوج نهائياً للعين المؤجرة التي كانت تقيم معه بها فإن العلة تكون قد انتفتت ولا يتبقى لها على العين من سبيل ، لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه قد أورد بمدوناته أن الطاعنة طلقت من زوجها بتاريخ 1980/12/11 طلاقاً بائناً وأقرت في إشهاد الطلاق بأن طلاقها حصل قبل الدخول والخلوة الصحيحة الشرعية ثم أورد أيضاً أن الزوج قد سافر إلى الخارج ولم يقيم بالشقة محل النزاع ثم طلق زوجته الطاعنة وترك لها الشقة بعد الطلاق دون أن تشاركه الإقامة فيها كزوجة له ورتب الحكم على ذلك قضاءه

بالإخلاء فإنه يكون - بهذه الأسباب قد أقام قضاءه على ثبوت عدم إقامة الطاعنة مع زوجها بالعين المؤجرة محل النزاع منذ عقد قرانه عليها وسفره للخارج حتى طلاقه لها بعد السفر .
(نقض الطعن رقم 1920 لسنة 53 ق - جلسة 1989/6/22)

• ولئن كان لعقد إيجار المسكن طابع عائلي يتعاقد فيه رب الأسرة ليقيم مع باقي أفراد أسرته ، إلا أن رب الأسرة المتعاقد يبقى دون أفراد أسرته المقيمين معه هو الطرف الأصيل في العقد ، وكان مفاد نص المادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 المقابلة لمادة 21 من القانون رقم 52 لسنة 1969 أن المشرع لم يعتبر المستأجر نائباً عن الأشخاص - الذين أوردتهم النص - في استئجار العين ، ولذلك نص على استمرار عقد الإيجار لمصلحة من يكون مقيماً معهم مع المستأجر عند وفاته أو تركه العين ، وما كان في حاجة لا يراد هذا الحكم إذا كان يعتبر أن المستأجر قد تعاقد عن نفسه ونياية عن أفراد أسرته . لما كان ذلك فإن الطاعنة ولئن كانت زوجة للمستأجر الأصيل إبان التعاقد فإن وجودها معه بالعين منذ بدء إيجار لا تجعل منها مستأجرة لها ، وكان الواقع في الدعوى أن زوج الطاعنة قد اتفق مع المطعون عليها (المؤجرة) على إنهاء العقد ، وأعقب ذلك طلاقها لها . فإن هذا الإنهاء وقد صدر عنه بصفته الطرف الأصيل في العقد ، يسرى في حق الطاعنة وليس لها من سند للبقاء في العين .

(نقض الطعن رقم 638 لسنة 50 ق - جلسة 1980/1/17 - ص 262)

• النص في المادة 21 من القانون رقم 52 لسنة 1969 المقابلة للمادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 على أنه "... لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقي فيها زوجة أو أولاده الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك .." يدل على أن الترك الذي يجيز لهؤلاء المقيمين في البقاء في العين المؤجرة والإفادة من الامتداد القانوني للعقد في مفهوم هذه المادة ، هو الترك الفعلي من جانب المستأجر مع بقاء من كانوا يقيمون معه وقت حصول الترك بشرط استمرار عقد إيجاره مع المؤجر قائماً ، لما كان ذلك وكان مؤدى اتفاق المطعون ضده الأول - زوج المطعون ضدها الثانية - بصفته الأصيل في الإيجار مع الطاعنة في عقد الصلح المقدم على إنهاء العقد وإخلاء عين النزاع في موعد غايته آخر سبتمبر سنة 1977 وسريان هذا الإنهاء في حق المطعون ضدها الثانية ، لأن وجودها مع زوجها بالعين إبان التقاعد منذ بدء الإجارة ، لا يجعل منها مستأجرة لها ، إذ لم

يعتبر القانون المستأجر الأصلي نائباً عن الأشخاص الذين أوردتهم نص المادة سائلة البيان في إستئجار العين ، ولذلك نص على استمرار الإيجار لمصلحة من يكون مقيماً منهم مع المستأجر عند وفاته أو تركه العين ، وما كان في حاجة لا يراد هذا الحكم إذا كان يعتبر أن المستأجر قد تعاقد عن نفسه ونياية عن أسرته وغاية ذلك كله أنه لا يجوز للمطعون ضدها الثانية التمسك بحكم المادة 21 من القانون رقم 52 لسنة 1969 بعد أن أنهى زوجها المطعون ضده الأول ، عقد إيجاره لعين النزاع ولم يعد لأى منهما سند فى شغلها وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون فضلاً عن خطئه فى تطبيق القانون – معيباً بالفساد فى الاستدلال.

(نقض الطعن رقم 748 لسنة 49 ق – جلسة 1984/4/19 – ص 1050)

• المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن عقد إيجار المسكن يتصف بطابع عائلى وإجتماعى لا يقف المستأجر عند حد إتخاذ مسكناً لنفسه بل ليعيش فيه أفراد أسرته إلا أن ذلك لا ينفى نسبية أثر عقد الإيجار ما بين أطرافه فيظل قائماً على حاله طالما بقى المستأجر على قيد الحياة فلا يصح القول بأن المقيمين مع المستأجر الأصلي مستأجرين أصليين مثله وإذا كانت إقامة الطاعنة مع زوجها المطعون ضده بعين النزاع إنما هى ناشئة عن زواجها منه فيستمر حقها فى الإقامة بعين النزاع ما بقى هذا الزواج ومن ثم فإن إقامتها فيه بعد طلاقها منه تكون بغير سند.

(نقض الطعن رقم 1641 لسنة 48 ق – جلسة 1984/1/25 – ص 302)

• ولئن كان لعقد إيجار المسكن طابع عائلى يتعاقد فيه رب الأسرة ليقوم فيه مع باقى أفراد أسرته إلا أن رب الأسرة المتعاقد يبقى دون أفراد أسرته المقيمين معه هو الطرف الأصيل فى العقد ولا محل لأعمال أحكام النيابة الضمنية أو الإشتراط لمصلحة الغير ومن ثم فلا تعتبر زوجة الطاعن المقيمة معه فى عين النزاع مستأجرة أصلية يتعين اختصاصها فى دعوى إخلاء هذه العين .

(نقض الطعن رقم 912 لسنة 51 ق – جلسة 1988/5/9 – ص 39)

• أن عقد إيجار عين للسكنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إنما يخضع للأصل العام المقرر قانوناً وهو نسبية أثر العقد فى شأن موضوعه وبالنسبة لعاقديه – وكان

شرط إفادة الزوجة من عقد إيجار المسكن الذى أبرمه الزوج مقرونا بعقلته وهى استمرار رابطة الزوجية فإذا انفصمت عراها فإن العلة تكون قد انقضت ولا يبقى لها من سبيل على العين- وكانت الزوجة تعتبر بعد الطلاق شخصاً من الغير يجوز للمؤجر أن يطلب إخلائها من العين المؤجرة لأى سبب من الأسباب المنصوص عليها فى المادة 18 من القانون رقم 136 لسنة 1981 المنطبق على واقعة الدعوى ومنها التنازل لها عن المكان المؤجر بغير إذن كتابى صريح من المالك .

(نقض الطعن رقم 3584 لسنة 58 ق - جلسة 1989/11/13)

(نقض الطعن رقم 918 لسنة 50 ق - جلسة 1986/3/19)

• النص فى المادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 على أنه ... يدل على أن المشرع لم يعتبر المستأجر نائباً عن الأشخاص الذين أوردتهم النص فى استئجار العين ولذلك نص على استمرار عقد الإيجار لمصلحة من يكون مقيماً معهم مع المستأجر عند وفاته أو تركه للعين ، وما كان فى حاجة إلى إيراد هذا الحكم إذا كان يعتبر أن المستأجر قد تعاقد عن نفسه ونياية عن أفراد أسرته . وكان المقصود بالترك الذى يجيز لهؤلاء المقيمين مع المستأجر البقاء فى العين المؤجرة وبالإمتداد القانونى للعقد فى مفهوم المادة 29 سالفه البيان هو الترك الفعلى للعين من جانب المستأجر مع بقاء من كانوا يقيمون معه وقت حصول الترك بشرط استمرار عقد إيجار المؤجر قائماً - لما كان ذلك فإن الطاعنة ولئن كانت زوجة المطعون ضده الثانى المستأجر الأصلى إبان التعاقد فإن وجودها معه بالعين منذ بدء الإيجار لا يجعل منها مستأجرة لها ، وكان الواقع فى الدعوى أن زوج الطاعنة قد أخطر المطعون ضده الأول كتابة بإنهاء العقد وأعقب ذلك بتركه العين فإن هذا الإنهاء وقد صدر منه بصفته الطرف الأصيل فى العقد يسرى فى حق الطاعنة وتضحى وليس من سند لها للبقاء فى العين .

(نقض الطعن رقم 1591 لسنة 51 ق - جلسة 1988/1/3 - س 39)

• إذ كان حق الطاعنة فى الإقامة بعين النزاع مستمد من حق زوجها المطعون ضده الثانى بوصفه المستأجر لهذه العين بما لازمه أن إقامتها رهن باستمرار العلاقة الإيجارية بين زوجها وبين المؤجر المطعون ضده الأول وكانت هذه العلاقة لا صلة لها فيما يربط بين الطاعنة وزوجها من التزامات قانونية وواجبات أدبية مصدرها رابطة الزوجية

التي تجمع بينهما ، وكان دفاع الطاعنة بشأن صدور إقرار التنازل عن الإيجار من زوجها إضراراً بها لا أثر له على إنهاء علاقة الإيجار بين طرفيها بحصول هذا التنازل ممن يملكه قانوناً فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه التفاته عن هذا الدفاع أو إعراضه عن نتيجة التحقيق الذي أجراه بشأنه .

(نقض الطعن رقم 1591 لسنة 51 ق - جلسة 1988/1/3 - س 39)

• النص في المادة 21 من القانون 52 لسنة 1969 - الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى - على أنه "مع عدم الإخلال بحكم المادة الخامسة من هذا القانون لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها زوجة وأولاده أو والديه الذين كانوا يقيمون معه وقت الوفاة أو الترك ، وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل ويلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لهم وفي جميع الأحوال يلزم شاغلوا المسكن بطريق التضامن بكافة أحكام العقد ، يدل على أن القانون قد احل المستفيدين من مزية الامتداد القانوني واستمرار العقد بالنسبة لهم والمشار إليهم في النص محل المستأجر الأصلي في عقد الإيجار اثر وفاته أو تركه المسكن أى أنهم قد أضحوا دونه طرفا في العقد الذي انقضى بالنسبة له ، آية ذلك ما أوجبه القانون من إلزام المؤجر بتحرير عقد إيجار لهم والتزامهم دون المستأجر الأصلي متضامنين بكافة أحكام العقد وهو ما يتنافى مع استمرار العقد قائماً بالنسبة للمستأجر الأصلي ، لما كان ذلك وكان المقصود بالترك في مفهوم هذه المادة هو تخلى المستأجر عن العين المؤجرة ، وهو كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا بأن يتخذ المستأجر موقفا لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على انصراف قصده إلى أحداث هذا الأثر القانوني ، واستخلاص ترك المستأجر للعين المؤجرة بتخليه عنها في مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بشرط أن تبين في حكمها بأسباب سائغة سبيلها إلى ما خلصت إليه ودليلها عليه ، لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد أثارَت بصحيفة افتتاح الدعوى واقعة ترك زوجها المطعون ضده الثاني شقة النزاع في تاريخ سابق على تنازله عن عقد الإيجار وتطبيقه لها، وكانت لم تتنازل عما تمسكت به في هذا الصدد في الاستئناف المرفوع ضدها فيعد مطروحا على محكمة الاستئناف ، وكان من شأن هذا الدفاع لو صح أن يكون تنازل المستأجر - المطعون ضده الثاني عن عقد الإيجار

وقد تم فى تاريخ لاحق للترك ، عديم الأثر ولا يصادف محلاً باعتبار أنه ومنذ تركه المسكن لم يعد طرفاً فى عقد الإيجار الذى انتقلت حقوقه والتزاماته فيه إلى المقيمين معه وقت الترك وهما الطاعنة وولداها منه وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى إيراداً ورداً مكتفياً بما أورده فى مدوناته من أن تنازل المستأجر عن عقد الإيجار حدث إبان قيام الزوجية واتصل بعلم الطاعنة ، وأن المطعون ضده الثانى راجع زوجته الطاعنة وعاد للإقامة معها بشقة النزاع ، وكان هذا الذى استند إليه الحكم المطعون فيه فى قضائه ليس الفیصل فى حسم هذا النزاع باعتبار أنه لو ثبت تحقق الترك فى تاريخ سابق على التنازل عن عقد الإيجار وتطليقه لها فقد أضحى التنازل هابط الأثر كما سلف البيان وباعتبار أن مراجعة المستأجر لزوجته وعودته للإقامة بذات المسكن الذى تخلى عنه بالترك لا تعيده طرفاً فى عقد الإيجار وتكون إقامته فى هذه الحالة مستمدة ممن انتقل إليهم العقد ، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب .

(نقض الطعن رقم 1163 لسنة 49ق – جلسة 1985/2/20 - س 36)

• إذا كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه لم يتخل عن إجاره عين النزاع وأن إقامته بمسكن مستقل إنما كان بسبب زواجه من أخرى ولكون المطعون ضدها حاضنة لولديها وقدم إيصالات سداذه الأجرة حتى شهر ديسمبر سنة 1987 وكان الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بتحرير عقد إيجار للمطعون ضدها استناداً إلى ثبوت ترك الطاعن هذه الشقة لها حال قيام الزوجية سنة 1979 وإقامتها فيها إلى ما بعد طلاقها فى سنة 1982 دون أن يواجه دفاع الطاعن سالف الذكر بالرد عليه وهو دفاع من شأنه – لو صح – أن يغير وجه الرأى فى الدعوى ودون أن يعنى بالرد على مستنداته المشار إليها رغم ما لها من دلالة مؤثرة فى الدعوى فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب .

(الطعن رقم 953 لسنة 58 ق – جلسة 1989/4/26)

• إقرار الحكم المطعون فيه قضاءه برفض دعوى الطاعنة بتمكينها من شقة النزاع تأسيساً على تركها لها بإرادتها ودون أن يرد على دفاعها الجوهرى المتمثل فى إقامتها فيها مع زوجها المستأجر الأصل الذى قام بطردها منها بسبب نزاع بينها وطلاقها حال قيام علاقة الزوجية حكماً لوفاته قبل انقضاء عدتها شرعاً وأن انقطاعها عن الإقامة بها منذ طرده

لها وحتى وفاته يعد انقطاعا عارضا لا يحول دون امتداد عقد الإيجار لصالحها . خطأ وقصور .

(نقض الطعن رقم 31 لسنة 55 ق – جلسة 1991/12/12 - س42)

• إذ كان الثابت من مدونات حكم محكمة الدرجة الأولى أن إقامة الطاعن – المستأجر – في شقة أخرى إنما كان لزوجته بزوجة ثانية ، وأنه لم يتخل للمطعون عليها الأولى – زوجته الأولى – عن شقة النزاع بصفة نهائية ، فإن ما أقام عليه الحكم المطعون فيه قضاءه من اعتبار أن إقامة الطاعن – المستأجر – في مسكن آخر يعتبر تخليا عن شقة النزاع إلى المطعون عليها الأولى – زوجته الأولى – ينطوي على فساد الاستدلال إذ ليس في ذلك ما يصح اتخاذه دليلاً على اتجاه إرادة الطاعن – المستأجر – للتخلي عن الشقة التي يستأجرها الأمر الذي ترتب عليه خطأ الحكم في تطبيق القانون بما انتهى إليه من القضاء بإلزام المطعون عليها الثانية – وارثة المؤجرة – بتحرير عقد إيجار للمطعون عليها الأولى .

(نقض الطعن رقم 1046 لسنة 48 ق – جلسة 1979/12/15 – ص284)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة – من أن الدفاع الذي تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه هو الدفاع الجوهرى الذى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، والذى يكون مدعيه قد اقام الدليل عليه امام المحكمة أو طلب إليها وفقاً للأوضاع المقررة فى القانون تمكينه من إثباته، أما مادون ذلك من أوجه الدفاع فإنه لا يعدو أن يكون من قبيل المرسل من القول لا إلزام على محكمة الموضوع بالالتفات إليه ولا يعيب حكمها ما تكون قد ردت به عليه أياً ما كان وجه الرأى فى ردها . لما كان ذلك وكان الطاعن لم يضع تحت نظر محكمة الموضوع ثمة مستندات تفيد القضاء للمطعون ضدها بنفقة شاملة أجر المسكن فى الدعوى رقم 1286 لسنة 1984 أحوال شخصية جزئى الزيتون ، فلا عليها أن التفتت عن ذلك الدفاع ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس .

(نقض الطعن رقم 10 لسنة 59 ق – جلسة 1991/4/23 - س42)

• النص فى المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أن: "للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك "

ولما صدر القانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية نص في الفقرة الأولى من المادة (20) على أن: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذ تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك "مفاده سواء فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أو القانون رقم 100 لسنة 1985 سالفى الذكر أن المشرع وأن راعى إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغ السن المحددة فى هذه المادة إلا أنه لم يجعل من هذا البلوغ حداً انتهى به حضانة النساء حتماً وإنما استهدف فى المقام الأول مصلحة الصغير لا مصلحة الحاضنة من النساء ، فإذا تبين أن مصلحة الصغير إبقاء الحضانة حتى سن الخامسة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج يكون ذلك بإذن القاضى لا برغبة الحاضنة أو بإرادتها ، يؤكد هذا أن المذكرة الإيضاحية للقانون أوردت " وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهذا نفوسهم فلا ينزعون من الحضانات ومن أجل هذا ارتأى المشرع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه العاشرة وحضانتهم للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشر ، ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير فى يد الحضانة حتى سن الخامسة عشر وللصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب الإمام مالك فى هذا الموضوع على أنه فى حال إبقائهما فى يد الحضانة لهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة حق فى اقتضاء أجرة حضانة... "لما كان ذلك فإن الأصل أن حضانة الطاعنة الأولى لابنتها الطاعنة الثانية بعد بلوغها سن الثانية عشرة حتى تتزوج لا يتقرر إلا إذا أجاز القاضى ذلك ، وإذا خلت أوراق الدعوى مما يفيد حصول الطاعنة الأولى على حكم بحضانتها لابنتها حتى تتزوج وكان لا يكفى فى هذا الصدد قولها أنها استمرت حاضنة لها إذ أنه مخالف للأصل بانتهاج حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة السن المقررة قانوناً – حسبما سلف بيانه – ولا تبقى الصغيرة فى حضانة النساء حتى تتزوج إلا بإجازة القاضى وبما له من سلطة تقديرية ، وتغليباً لمصلحة الصغيرة لا بالنظر إلى قول الحضانة من النساء ، لما كان ما تقدم وكان واقع الدعوى الذى سجله الحكم المطعون فيه أن طلاق الطاعنة الأولى وقع بتاريخ 1982/7/28 ، وقد انتهت عدتها، وأصبحت غير حاضنة لولديها (الطاعنين الثانية والثالثة) وكانت الأحكام تدور مع علتها وقد زال حق الطاعنة الأولى فى الحضانة فلا يحق لها البقاء بمسكن الحضانة إعمالاً لنص المادة 18 مكرر ثالثاً المضافة إلى القانون رقم 25

لسنة 1929 بالتعديل الحاصل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المشار إليه ومن ثم تضحى والحالة هذه فاقدة لسند حيازتها عين النزاع .
(الطعن رقم 335 لسنة 57 ق – جلسة 1988/3/21 – ص 436)

• المقرر وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة لا يختلف عقد الإيجار عن غيره من العقود فى الخضوع لقاعدة نسبية آثار العقد فيظل المستأجر هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر ، ولا يسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذاً بأحكام النيابة الضمنية أو انحرافاً عن القاعدة العامة فى نسبة آثار العقد ، فهؤلاء ليسوا أطرافاً فى عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقات تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم فى بدء الإيجار أو بعده ، وإنما تأتى إقامتهم بالعين المؤجرة قياماً من المستأجر بالتزامات وواجبات ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتبديل ومتعلقة به هو ولا شأن للمؤجر بها ، والنص فى المادة 21 من القانون 52 لسنة 1969 المقابلة للمادة 29 من القانون 49 سنة 1977 على أنه ".... لا ينتهى عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها زوجة أو أولاده أو والداه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك – ويلزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لهم ... " يدل على أن المشرع لم يعتبر المستأجر نائباً عن الأشخاص الذين أوردتهم النص فى استئجار العين ولذلك نص على استمرار عقد الإيجار لمصلحة من يكون مقيماً منهم مع المستأجر عند وفاته أو تركه العين ، وما كان فى حاجة لا يراد هذا الحكم إذا كان يعتبر أن المستأجر قد تعاقد عن نفسه ونياية عن أسرته . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد عول فى قضائه على ما قاله من أن الطاعن عندما استأجر إنما تعاقد عن نفسه ونياية عن زوجته وأولاده فتعتبر زوجته فى حكم المستأجرة الأصلية ويكون لها حق التصرف فى شقة النزاع ، معتقفاً فى ذلك مذهب حكم محكمة أول درجة بأن المستأجر عندما يتعاقد على تأجير مسكن فإنه يعتبر نائباً فى عقد الإيجار عن أفراد أسرته فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض الطعن رقم 510 لسنة 46 ق – جلسة 1982/1/4 - ص 33)

• بديل استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر – أن يهيب المطلق مسكناً آخر مناسباً . الخيار للمطلقة الحاضنة فى الاستقلال بمسكن الزوجية أو أن يقرر القاضى

أجر مسكن مناسب . لا يمنع ذلك من الاتفاق بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء .

(الطعن رقم 1430 لسنة 56 ق – جلسة 1992/5/19 - س 43)

• إقامة الطاعنة الدعوى بطلب الاستقلال بمسكن الزوجية . مفاده . أنها اختارت ذلك . عدم تخيير الحكم المطعون فيه لها بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتقدير أجر مسكن للحضانة . لا عيب .

(الطعن رقم 175 لسنة 63 ق – جلسة 1997/5/26)

• حق المطلقة الحاضنة في الاستقلال بمسكن الزوجية يزول بزواجها من آخر ، لا يغير من ذلك طلاقها منه بعد ذلك واستردادها لصفقتها كحاضنة، حيث لا يعود لها الحق في الاستقلال بمسكن الزوجية أو استرداده لمواصلة الحضانة فيه .

(نقض مدنى - الطعن رقم 1440 لسنة 55 ق – جلسة 1990/12/13)