

موضوع رقم (2)

إنذار الطاعة والاعتراض عليه والفصل فى الاعتراض

29- النصوص القانونية :

(أ) - المادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 (بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية).

«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 (محكمة الأسرة الآن) خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد.

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا بان لها أن الخلاف مستحکم وطلبت الزوجة التطلاق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون⁽¹⁾.

(1) وكان يقابل هذه المادة فى القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 (المادة 6 مكررا ثانيا) المضافة إلى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ونصها الآتي: 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 على يد محضر وعليه أن يبين فى هذا الاعتراض المسكن.

- المواد من 7 إلى 11 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929
المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 (بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال
الشخصية):

مادة (7):

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن
غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

مادة (8):

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا
تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليل
كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة.
(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على
ثلاثة أشهر فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة (9):

لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس
التحكيم متى تم إخطاره.
وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في
الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

= 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 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 بان لها أن الخلاف
مستحكم وطلبت الزوجة التطلق اتخذت إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7
إلى 11 من هذا القانون.

مادة (10) :**إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:**

- 1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطلق بطلبه دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.
- 2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطلق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.
- 3- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطلق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.
- 4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسمى منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

مادة (11) :

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنى عليها، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (8).

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصررت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطلاق بينهما بطلبه بطلبه مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى⁽¹⁾.

(1) النصوص المذكورة سبق استبدالها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ونصها الآتي:

مادة (7) :

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

مادة (8) :

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على أن لا تتجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

= (ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة شهور فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة (9):

لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره.

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة (10):

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطلاق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطلاق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

3- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطلاق دون بدل أو ببذل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسئئ منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

مادة (11):

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنى عليها، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (8).

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطلاق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

وكانت هذه المواد كما وردت بالمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 قبل تعديله كالآتي:

مادة (7):

يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم فمن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

= مادة (8):

على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن الاتفاق على طريقة معينة قرراها.

مادة (9):

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة.

مادة (10):

إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما.

مادة (11):

على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقرانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه. وبصدد عدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 الذى تضمن المادة (6) مكررا ثانيا) المقابلة للمادة (11 مكررا ثانياً) المضافة بالقانون 100 لسنة 1985 قضت محكمة النقض بتاريخ 1987/4/28 فى الطعن رقم 108 لسنة 55 قى أحوال شخصية بأن:

«وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن النص فى المادة 187 من الدستور على أنه «لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع فى تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب، مفاده أنه ولئن كان الأصل فى القانون أنه لا يسرى إلا على الوقائع والمراكز القانونية التى تنشأ وتتم فى الفترة من تاريخ العمل به إلى حين إلغائه إلا أنه يجوز للسلطة التشريعية فى غير المواد الجنائية ولا اعتبارات من العدالة والمصلحة العامة أن تستقل بتقدير مبرراتها ودوافعها أن تخرج على مبدأ عدم رجعية التشريع وتنص فيه صراحة على سريانه على الماضى. لما كان ذلك وكان النص فى المادة السابعة من القانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أن «ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 وذلك عدا حكم المادة (23 مكررا) فيسرى حكمها من اليوم التالى لتاريخ نشره» يدل - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية لهذا القانون - على أن المشرع قد استهدف بتقرير الرجعية لأحكامه التى جاءت متفقة مع القواعد المقررة بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته لعيب لحق بإجراءات إصداره وإسناد =

(ب) - مادة (19) من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:

«في دعاوى التطلق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - في الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه.

= سريانها إلى تاريخ نشر الحكم القاضي بعدم دستوريته أن تسرى هذه الأحكام على المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بالقانون القديم ولم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى وذلك تحقيقا للعدالة والتسوية بين أصحاب الحقوق الشرعية التي قننت بالقرار بقانون المشار إليه سواء من تمكن منهم من استصدار حكم بات بها قبل صدور الحكم بعدم دستوريته ومن لم يتمكن من ذلك وهو ما يؤيده أن المشرع لم يحدد لرجعية القانون الجديد رغم تضمنه في الجملة ذات القواعد المقررة بالقانون القديم اليوم التالي لنشر الحكم بعدم دستورية الأخير باعتباره اليوم الذي ينتهي فيه العمل به وإنما حدد لها يوم نشره أي في وقت كانت أحكام القانون القديم فيه سارية مما يكشف عن رغبته في توفير الاستمرارية لهذه الأحكام بعد تلافي العيب الذي شاب إجراءات إصداره وإخضاع الوقائع الناشئة في ظله للقواعد المماثلة المقررة بالقانون الجديد إذا لم يكن قد صدر بشأنها حكم حائز لقوة الأمر المقضى، لما كان ذلك، وكانت المادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الذي يحكم واقعة الدعوى - تجيز للزوجة الاعتراض على دعوة الزوج إياها للعودة لمنزل الزوجية وأن ترفع هذا الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان وأوجب عليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعة زوجها وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها وهي في جملتها ذات القواعد التي كانت مقررة في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المحكوم بعدم دستوريته وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائي ورفض دعوى الاعتراض على الطاعة قد اكتفى بالقول بأنها أصبحت غير ذات موضوع لامتناع تطبيق القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المحكوم بعدم دستوريته عليها وتحجب بذلك عن الفصل في موضوع الاعتراض على الطاعة وعن أعمال حكم القانون الواجب تطبيقه عليها فإنه يكون قد شاب القصور في التسبب الذي أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذين السببين دون حاجة لبحث السبب الأول للطعن».

وعلى الحكمين المثل أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معا، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين. وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى.

(ج) - إلغاء المواد (7، 8، 9، 10، 11) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بالمادة (19) من القانون رقم (1) لسنة 2000:

نظمت المادة 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000 - كما رأينا - إجراءات التحكيم تنظيما جديدا روعى فيه التبسيط والاختصار يختلف عن التنظيم الوارد بالمواد (7، 8، 9، 10، 11) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، ومن ثم فإنها تكون قد ألغت ضمنا المواد الأخيرة ويجرى التحكيم منذ العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 على النحو الوارد بالمادة 19⁽¹⁾.

فضلا عن أن المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 نصت فى عجزها على أن: «يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق».

30- دستورية المواد 7، 10، 11 والفقرة الثانية من المادة 11 مكررا
ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985:

قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1997/7/5 فى القضية رقم 82 لسنة 17 قضائية «دستورية» برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (11) من المرسوم بقانون سالف الذكر (الجريدة الرسمية فى 19/7/1997 العدد 29) وقضت بتاريخ 1998/5/9 فى القضية رقم 121 لسنة 19 قضائية «دستورية» برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (10) (الجريدة الرسمية فى 21/5/1998 العدد 21)، وقضت بتاريخ 1999/1/2 فى القضية رقم 12 لسنة 19 قضائية «دستورية» برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (7) (الجريدة الرسمية فى

(1) راجع الجدول الملحق بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

14 يناير 1999 (العدد 2) وقضت بتاريخ 1999/4/3 فى القضية رقم 197 لسنة 19 قضائية «دستورية» برفض الدعوى بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 11 مكررا ثانيا (الجريدة الرسمية فى 1999/4/15 العدد 15)⁽¹⁾

(1) وننشر الأحكام الأربعة بأسبابها كاملة على التوالى فيما يلى:

الحكم الأول

الصادر برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (11)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 5 يوليو سنة 1997م (الموافق 30 صفر 1418هـ).

برئاسة السيد المستشار الدكتور/ عوض محمد عوض المر..... رئيس المحكمة
وعضوية السادة المستشارين: فاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير والدكتور عبد
المجيد فياض ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله.
وحضور السيد المستشار الدكتور/ حنفى على جبالى..... رئيس هيئة المفوضين
وحضور السيد/ حمدى أنور صابر..... أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 82 لسنة 17 قضائية «دستورية».

المقامة من

السيد / محمد عبد التواب محمد

ضد

- 1- السيد/ رئيس الجمهورية.
- 2- السيد/ رئيس الوزراء.
- 3- السيد/ وزير العدل.
- 4- السيدة/ هبة محمد حسنين.

الإجراءات

بتاريخ الحادى عشر من ديسمبر سنة 1995، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم
كتاب المحكمة، طالبا الحكم بعدم دستورية نصى المادتين السادسة والحادية عشرة من

المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، فيما تضمنه = من إعطاء القاضى حق تطليق الزوجة من زوجها دون رضائه رغم عدم ثبوت الضرر قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم برفض الدعوى وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها. ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة حيث إن الوقائع -على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعى كان قد وجه إلى زوجته -المدعى عليها الرابعة- بتاريخ 1994/9/21 إنذاراً بالدخول فى طاعته؛ فردت عليه بالاعتراض المقيد بجدول محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية «نفس» رقم 1965 لسنة 1994، وأثناء نظر الاعتراض أضافت طلب التفريق عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة (11 مكرراً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وبجلسة 1995/11/7 دفع المدعى بعدم دستورية المادتين (6 و 11) من هذا القانون، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه؛ وصرحت له برفع دعواه الدستورية، فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن المدعى ينعى على النصين المطعون فيهما مخالفتهما لمبادئ الشريعة الإسلامية، ولأحكام المادتين (9 و 10) من الدستور، وذلك من أوجه أربعة: (أولها): أن الله بوسع حكمته، اختص الأزواج بالطلاق، وأسند إليه باعتبار أن عقد الزواج عهد وميثاق ميزه الإسلام عن سائر العقود، فلا يجرى على نسقها، ولا يقاس عليها، ومؤدى أحكامه أن الزوج وحده هو الذى يملك حل عقده. ولو كان الله سبحانه وتعالى يجيز تطليق الزوجة من زوجها رغم مما نعته، لفتح باباً لذلك فى كتابه العزيز؛ وإذ لم يفعل، فإن الاجتهاد لا يجوز أن ينزلق إلى تغيير حكم الله تعالى.

(ثانيها): أنه حتى الخلع - وعند قيام مقتضاه - وإن كان جائزاً شرعاً بتراض من الزوجين؛ ويحق للقاضى إلزام الزوج به؛ إلا أنه لا يملك أن يحل محل الزوج فى إيقاع الطلاق.

(ثالثها): أن قيام القاضى بتطليق الزوجة من زوجها رغماً عنه واستجابة لطلبها رغم عدم ثبوت الضرر، يعنى انتقال حق الطلاق إليها بما يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية؛ ويهدم روابط الأسرة وهى أساس المجتمع؛ ويناقض التزام الدولة بحماية الأمومة والطفولة.

(رابعها): أن النصين المطعون عليهما خالفاً مبدأً مقررًا في تشريعات الأحوال الشخصية

نصت عليه المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومؤداه أن تصدر الأحكام =

= حال غياب نص في المسائل التي تتعلق بها - طبقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة؛

وهذا المذهب - ومعه المذهب الشافعي والظاهرية وغيرهم - على أن الزوجة ليس لها

طلب التفريق من زوجها عند وقوع شقاق بينهما، وهو ما يتفق مع أحكام الشريعة

الإسلامية ولا يجاوزها؛ فيما يرى المالكية وحدهم - وبمذهبهم أخذ القانون المطعون

فيه - أن للزوجة في حالة الشقاق، أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها، وبذا

يكون القانون قد ترك الرأي الأرجح في الفقه إلى الرأي الأضعف.

وحيث إن المادتين المطعون عليهما من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص

ببعض أحكام الأحوال الشخصية، تجريان على النحو الآتي:-

مادة (6): «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين

أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت

الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت

الضرر، بعث القاضي حكمين، وقضى على الوجه المبين بالمواد (7، 8، 9، 10، 11).

مادة (11): «وعلى الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي

بنى عليها، فإن لم يتفقا، بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح، وحلفته

اليمين المبيّنة في المادة (8). وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد،

سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها

استحالة العشرة بينهما وأصررت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما

بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب

إن كان لذلك كله مقتضى».

وحيث إن المادة (11 مكرراً) (ثانياً) من هذا المرسوم بقانون، تنص على ما يأتي: «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.

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

وحيث إن النزاع الموضوعي يدور حول طلب الزوجة التطلق أثناء نظر اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة إلى مسكن الزوجية طبقاً للمادة (11 مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية؛ وكان طلبها التطلق على هذا النحو، يؤسس على أن النزاع بينها وبين زوجها قد صار عميقاً وخلافهما مستحكماً، وأن صدعها لازل غائراً حتى بعد التدخل لإنهاء شقاقهما صلحاً، ودعوتها إلى معاشرة تستقيم بها حياتهما، فإن سبب دعواها هذه يكون مختلفاً عن طلب التطلق إعمالاً لحكم المادة (6) من هذا القانون التي ينحصر مجال تطبيقها فيما هو إيداء من الزوج لزوجته بقول أو بفعل بما لا يليق بأمثالهما، وكانت المادة الحادية عشرة - بما لها من صلة بالنزاع الموضوعي بحكم الإحالة إليها في عجز المادة (11 مكرراً ثانياً) - هي وحدها التي تتصل بها الدعوى الدستورية الراهنة؛ فإن نطاق هذه الدعوى ينحصر فيها.

وحيث إن الفقرة الأخيرة من المادة (11 مكرراً ثانياً) - المشار إليها - توجب على المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين؛ التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة؛ فإذا بان لها أن خلافهما صار مستحكماً وشقاقهما عميقاً، وطلبت الزوجة التطلق، اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد (من 7 إلى 11) من هذا القانون. وقد تناولت المادة السابعة الشروط الواجب توافرها في الحكمين؛ وحددت المادة الثامنة البيانات التي يشتمل عليها القرار الصادر ببعثتهما؛ وأوضحت المادة التاسعة طريقة عملهما؛ وبينت المادة العاشرة ما يجب عليهما أن يقترحاه إذا عجزا عن الإصلاح؛ ثم فصلت المادة الحادية عشرة -المطعون عليها- الإجراءات التي يتعين على المحكمة اتباعها قبل أن تقضى بتطلاق الزوجة من زوجها

وحيث إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن حكم المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها في 22 من مايو سنة 1980- يدل على أن الدستور أوردتها ليفرض بمقتضاها - واعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل- قيда على السلطة التشريعية يلزمها فيما تقرره من النصوص القانونية؛ بالألا تناقض أحكامها مبادئ الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة -مصدراً وتأويلاً- بعد أن اعتبرها الدستور مرجعاً ترد إليه هذه النصوص فلا

تعارضها؛ باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً؛ إذ هي عvisة على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها. وتتصب = ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها؛ وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها.

ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالالتها، أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها؛ وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان؛ لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيمًا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعترية شرعاً؛ ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة؛ على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها؛ ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحرراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن الطلاق وإن شرع رحمة من الله بعباده، وجعل أمره بيد الرجل باعتباره أقدر على تحكيم العقل وتبصر العاقبة؛ وكان الطلاق من فرق النكاح التي ينحل الزواج الصحيح بها بلفظ مخصوص صريحاً كان أم كنائياً؛ وكان غالباً ما يقع إذا ما غفا وازع الدين والخلق، وصار بنين الأسرة متهادماً، وصرحها متداعياً، ورباطها متأكلاً يكاد أن يندثر؛ وكان وقوع شقاق استفحل أمره بين الزوجين انحرافاً من أحدهما أو كليهما عن مقاصد الزواج، يقيم بينهما جفوة في المعاملة لا يكون العدل والإحسان قوامها، بل يذكيها التناحر، فلا تكون حياتهما إلا سعيّاً يمتد أواره إلى الأسرة جميعها، فلا يؤول أمرها إلا هشيماً، ولا يكون إلفها ووفاقها إلا حسيراً؛ وكان خلافهما وإن صار عميقاً، ونزاعهما مستحكماً، لا يحول دون جهد يبذل من جانبهما، أو من قبل رجلين عدلين من أهلها إن أمكن، يسعيان بينهما معروفاً، وينظران في أمرهما ليقوما بينهما حدود الله تعالى، فإن تعذر أن يصلحا ما اختل من شئونهما، أغنى الله - إن تفرقا - كلا من سعته. بيد أن الفقهاء مختلفون فيمن يستبد حينئذ بالتفريق بينهما، ولكل وجهة هو موليها.

وحيث إن أصل التحكيم عند وقوع شقاق بين الزوجين مرده إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ

خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا

إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ۝﴾، وكان الفصل فيما إذا كان

الحكمان لا يكلفان إلا بأن يصلحا بين زوجين استفحل عنادهما وجفاؤهما، أم أنهما

مطالبان عند إخفاقهما في ذلك بأن يفرقا بينهما بمال أو بغير مال، رضيا أم أيباء، لا يندرج تحت المسائل التي حسمتها الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية المقطوع بثبوتها = ودلالاتها، فإن حدود مهمتهما تعد من المسائل الاجتهادية التي يتصور أن تتباين الأنظار في شأنها، فمن نظر من الفقهاء - كأبي حنيفة وأصحابه والظاهرية والشيعة الإمامية والشافعية في أحد قوليه - إلا أن عمل الحكيم لا يجاوز سعيهما إلى التوفيق بين زوجين استحكم خلافهما، سلبهما حق التفريق إلا بتفويض من الزوج، استصحابا للأصل في الطلاق، وهو معقود بيده إلا أن يوكل غيره فيه، ولأن الحياة الزوجية - في رأيهم - لا تصفو من شقاق يخالطها عادة، فلا يجوز أن يكون خلافهما أيا كان مداه، سببا لحل عقدتها وفصم رابطتها ومن نحا من الفقهاء إلى جعلهما حاكمين، كالمالكية وأحمد بن حنبل في إحدى روايتين عنه، يخولانها أن يقررا في شأن الزوجين ما ينتهيان إليه بعد بحثهما لأحوالهما، سواء كان قرارهما بجمعهما أم بالتفريق بينهما، على أن يتولى القاضي إمضاء حكمهما وتنفيذه وهم يؤسسون اجتهادهم على أن الله تعالى اعتبر المبعوثين حكامين لاوكيلين، ولو أرادهما وكيلين ما قصرهما على أهله وأهلها. وبعثهما إلى الزوجين غير معلق على قبول زوجها، ولا يتصور بالتالي أن يكون قد أنابهما عنه في مهمتهما محددا إطارها كذلك فإن اتصال الشقاق بين زوجين واطراد نزاعهما يشي بأن جذوة حياتهما تكاد أن ترتد عن مواقعها، وأن مضارا يتعذر احتمالها أو القبول بها، صار أمرها باديا وأثرها ملحوظا، فإذا لم يتدخل زوجها لرفعها، قام الحكمان بدفعها.

وحيث إن النص المطعون فيه - وفي حدود السلطة التي يملكها ولي الأمر لاستتباب الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية - نظر إلى الحكيم - لا باعتبارهما مخولين حق التفريق بين الزوجين، وإنما بكون بعثهما ليحيطا بمظاهر النزاع بينهما، على أن يققا كذلك على أسبابها، ثم يحددا بعدئذ من يكون منهما مسيئا إلى الآخر، وما ينبغي أن يرفع به النزاع من فرقة دون بدل أو ببذل يكون متناسبا وقدّر الإساءة أو نسبتهما. ولا يناقض هذا الاجتهاد من ولي الأمر حكما قطعيا، بل يقع في دائرة المسائل الخلافية التي تتفرق الآراء من حولها، والتي لا تنتقيد الحلول التشريعية المتعلقة بها بغير ما يكفل للعباد مصالحهم المعبرة شرعا، فلا تكلفهم مالا يطيقون، أو تقطعهم مما يأملون وفق مقاصد شريعتهم، وبمراعاة أصولها.

وحيث إن ما ينعه المدعى من أن النص المطعون فيه يناقض ما استقر عليه العمل من الرجوع في المسائل التي تخلو من نص يحكمها، إلى أرجح الأقوال في المذهب الحنفي - وهو لا يقر تفريق المرأة من زوجها عند وقوع شقاق بينهما - مردود أولا: بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن أية قاعدة قانونية ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا،

لا تحمل في ذاتها ما يعصمها عن العدول عنها، وإيدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيا ورودا ودلالة، وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي يجوز أن تشرع الأحكام لتحقيقها بما يلائمها، فذلك وحده طريق الحق والعدل؛ وهو خير من فساد عريض ومن ثم ساع الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها، ذلك إن إعمال حكم العقل فيما لا نص فيه، توصلنا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية، إذ هي غير منغلقة على نفسها، ولا تضيء قدسية على أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإيدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم عليها دليل شرعي فالآراء الاجتهادية لا تجاوز حجيتها قدر اقتناع أصحابها بها، ولا يسوغ بالتالي اعتبارها شرعا ثابتا متقدرا لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد. ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء، ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره؛ وربما كان أضعف الآراء سندا، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفا لأقوال استقر عليها العمل زمانا.

ومردود ثانيا: بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس، عن طريق الأدلة الشرعية - النقلية منها والعقلية - وإن كان حقا لأهل الاجتهاد؛ فأولى أن يكون هذا الحق مقدرا لولى الأمر، ينظر في كل مسألة بخصوصها، بما يناسبها إخمادا للثائرة وإنهاء للتنازع والتناحر وإبطالا للخصومة؛ مستعينا في ذلك كله بمن يفقهون دينهم، ولا يكون عملهم إلا فهم أعمق لقواعده، وهو في ذلك لا يتقيد بالضرورة بآراء الآخرين، بل يجوز أن يشرع على خلافها، وأن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله؛ مستلهما في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة، متلاقية معها؛ وهي بعد مصالح لا تنتهي جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها؛ ولكنها تتحدد تبعا لما يطرأ عليها من تغيير وتطور. ومن ثم كان حقا عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثما؛ وكان واجبا كذلك ألا يشرع ولى الأمر حكما يضيق على الناس؛ أو يرهقهم من أمرهم عسرا؛ وإلا كان مصادما لقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ

مِّنْ حَرَجٍ ۖ وَلَازِمَ ذَلِكَ، أن الاجتهاد حق لولى الأمر في الدائرة التي شرع فيها، ليكون كافلا وحدة الشريعة ميسرا لقواعدها؛ بإمدادها دوما بما يعين على اكمال نمائها.

وحيث إن ما نص عليه الدستور في المادة (9) وأحكامه متكاملة لا تتأفر فيها- من أن الأسرة قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وأن صون طابعها الأصيل وإرساء قيمها = وتقاليدها ضرورة لا يجوز لأحد أن ينحيا، مؤداه أن الأسرة لا يصلحها شقاق استقل مداه ومزق تماسكها ووحدتها، ودهمها بالتالي تباعض يشقيها، بما يصد عنها تراحمها وتتأصفها، فلا يرسيها على الدين والخلق القويم؛ وكان النص المطعون فيه - وقد أجاز التفريق بين زوجين غشيهما وأمضهما نزع مستحكم- قد هيا لهما مخرجا يرد عنهما كل حرج، ويزيل عسرهما، فلا تكون حياتهما وزرا وهضما، ولا عوجا وأمتا، فإنه بذلك لا يكون مخالفا للدستور.

وحيث إن ما ينعه المدعى من أن النص المطعون فيه -في مجال تطبيقه على طلب التطلق العارض المبدى أثناء نظر اعتراض الزوجة على إعلان الطاعة- لا يخول المحكمة أن تفرق بين الزوجين حتى بعد تدخلها لإنهاء نزاعهما صلحا، ودعوتها إلى حسن العشرة، بل جعل الحكم بالتطبيق متوقفا على طلبها، وعاندا بالتالي إلى إرادتها، ولو ثبت أن خلافها مع زوجها أظما حياتهما وأظلمها، مردود أولا: بأن المشرع قدر أن إنهاء الشقاق بين زوجين، يقتضى من المحكمة أن تتدخل أولا بنفسها لإصلاح أمرهما، وأن تدعوها إلى حسن المعاشرة. فإذا بان لها أن جهدها قد قصر عن بلوغ الأغراض التي توخاها، وأن خلافها قد أحاط بهما، وأنهما أسرفا على نفسيهما، كان عليها أن تحيل أمرهما إلى حكمين - أو ثلاثة - ينظران في أحوالهما بيد أن المشرع شرط للجئها إلى التحكيم، أن تفصح الزوجة بنفسها عن اتجاه إرادتها إلى التطلق من زوجها، تقديرا بأنها قد ترجح مصلحة أسرتها حتى بعد شقاقها مع شريكها، فلا تتخلى عنها، بل تقبل صابرة على مجاهدة نفسها لتقويم عوارضها - ولو تحيفها زوجها حقا مقررا لها شرعا- فلا يرتفع قيد النكاح وتلك مصلحة مشروعة لا يجوز إسقاطها، أو التهوين منها.

ومردود ثانيا : بأن العقيدة الإسلامية قوامها خلقا متكاملا وسلوكا متساميا، وأعمق فضائلها أن يكون المؤمن منصفا خيرا فطنا، معاونا لغيره، رؤوفا بالأقربين، فلا يمد يده لأحد بسوء، ولا يلحق بالآخرين ضررا غير مبرر، بل يكون للحق عضدا، وللمروءة نصيرا، ولإباء النفس وشممها ظهيرا. وما الزواج إلا علاقة نفسية واجتماعية يرتهن بقاؤها بمودتها ورحمتها، باعتدالها ويقظتها، بعديلها وإحسانها وتمزيق أوصالها بالشحناء، إيهان لها؛ ومروق عن حقيقتها. وكلما استبد الرجل بزوجته وأرهقها صعوبا بما يجاوز حد احتمالها، فإن طلبها التفريق منه يكون جزاءً وفاقا. وإذا كان عتو خلافهما، قد أحال مسراه ضلالا، أفلا تستجير من بأسائها بطلبها التفريق من زوجها، ثم الإصرار عليه ومردود ثالثا: بأن تعليق الحكم بالتطبيق على إصرارها على طلب الخلاص من زوجها،

يتمحض قيذا على سلطة المحكمة فى التفريق بينهما، وهو ما تتحقق به مصلحته فى النزاع الموضوعى.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

الحكم الثانى

الصادر برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (10)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 9 مايو سنة 1998م (الموافق 13 المحرم سنة 1419 هـ).

برئاسة السيد المستشار الدكتور عوض محمد عوض المر رئيس المحكمة
وعضوية السادة المستشارين: الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين ومحمد ولى الدين جلال
ونهاد عبد الحميد خلاف وفاروق عبد الرحيم غنيم وحمدى محمد على ومحمد على سيف
الدين.

وحضور السيد المستشار الدكتور/ حنفى على جبالى رئيس هيئة المفوضين
وحضور السيد/ حمدى أنور صابر أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيمة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 121 لسنة 19 قضائية
«دستورية».

المقامة من

السيد / فتحى محمد حسن محمد حسين

ضد

1- السيدة / آمال محمد حسن محمد مرسى

2- السيد / رئيس مجلس الوزراء

الإجراءات

فى السابع عشر من يونيو سنة 1997، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب
المحكمة، طلبا للحكم بعدم دستورية نص المادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم 25

لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية. =
 قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم بعدم قبول الدعوى أو برفضها. وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها. ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.
 حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الأولى كانت قد أقامت الدعويين رقمى 1083 لسنة 1987، 54 لسنة 1988 أحوال شخصية كلى الإسكندرية ضد المدعى ابتغاء القضاء بعدم الاعتداد بإنذارى الطاعة الموجهين منه إليها فى 1987/8/31، 1987/12/28، وتطبيقاً عليه طلبة بائلة للضرر قولاً منها بأن المدعى غير أمين عليها، وأنه وجه إليها الإنذارين محل اعتراضها بعد امتناعه عن الإنفاق عليها، وإقامتها دعوى نفقة ضده؛ قاصداً وقف نفقتها وولديه منه. وبعد أن قررت المحكمة ضم الدعويين؛ بعثت حكمتين للتوفيق بين الطرفين، ثم قضت فى 1990/4/9 - وعلى ضوء التقرير الذى رفعاه إليها - بتطبيق المدعى عليها الأولى على المدعى طلبة بائلة، وبعدم الاعتداد بإنذارى الطاعة أنفى البيان. فأستأنف المدعى هذا الحكم بالاستئناف رقم 118 لسنة 90 قضائية شرعى الإسكندرية. وبتاريخ 1992/6/8 قضت المحكمة الاستئنافية بتأييد الحكم المستأنف. طعن المدعى فى ذلك الحكم بطريق النقض، حيث قيد طعنه برقم 206 لسنة 62 قضائية أحوال شخصية. وبتاريخ 1996/4/22 قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه والإحالة. وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة استئناف الإسكندرية - بعد الإحالة - دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية. وبعد تقديرها جدية دفعه، أذنت محكمة الموضوع للمدعى برفع دعواه الدستورية؛ فأقلمها.

وحيث إن النزاع الموضوعى يدور حول طلب المدعى عليها الأولى التطبيق على المدعى أثناء نظر اعتراضها على دعوته إياها إلى مسكن الزوجية طبقاً للمادة (11) مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

وحيث إن الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكررا ثانيا- المشار إليها- توجب على المحكمة عند نظر الاعتراض؛ أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة. فإذا بان لها أن خلافهما صار مستحكما = وشقاقهما عميقا، وطلبت الزوجة التطلق، اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون، والتي جرت نصوصها على النحو التالي:

مادة (7) :

«يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما».

مادة (8) :

أ- يشمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر، وتخطر الحكمين والخصوم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

ب- يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة (9):

لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره. وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبدلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة 10 (المطعون عليها)

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطلق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة، اقترحا التطلق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

3- إذا كانت الإساءة مشتركة، اقترحا التطلق دون بدل أو ببذل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسمى منهما، اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

مادة (11):

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنى عليها. فإن لم يتفقا، بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح، وحلفته اليمين المبينة في المادة. (8) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد، سارت المحكمة في الإثبات.

وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين، وتبين استحالة العشرة بينهما؛ وأصررت الزوجة على الطلاق، قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة، مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها، وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض. =

وحيث إن المدعى ينعى على نص المادة العاشرة المطعون عليها، مخالفته الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية المقطوع بثبوتها ودلالاتها التي لا تخول الزوجة أن تدعى إضرار زوجها بها، ولا أن يوافقها الحكمان على ادعائها ويقترحان تطليقها من زوجها ونظير بدل في بعض الأحيان.

وحيث إن دستورية المادة 11 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، كان أمرها معروضا على هذه المحكمة فى الدعوى المقيمة بجدولها برقم 82 لسنة 17 قضائية "دستورية"، والتي قضت برفضها بحكمها الصادر فى 1997/7/5، والمنشور بالجريدة الرسمية فى 1997/7/19، محمولا فى ذلك على دعائم حاصلها:

1- اطرذ قضاء هذه المحكمة، على أن حكم المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها فى 22 من مايو سنة 1980 - يقيد السلطة التشريعية اعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل، وأن مؤداه ألا تناقض تشريعاتها مسائل الشريعة الإسلامية التى لا يجوز الاجتهاد فيها، والتى تمثلها ثوابتها - مصدرا وتأويلا - إذ هى عصبية على التأويل فلا يجوز تحريفها، بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل فى تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور.

ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها، أو بهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها؛ وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان؛ لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيميا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتمدة شرعا؛ ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة؛ على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها؛ ملتزما ضوابطها الثابتة، متحررا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

2- الأصل أن يكون المؤمن منصفاً، رؤوفا بالأقربين، فلا يمد يده لأحد بسوء، ولا يلحق بالآخرين ضررا غير مبرر، وما الزواج إلا علاقة نفسية واجتماعية يرتبها بقاؤها بمودتها ورحمتها، باعتدالها ويقظتها، بعدلها وإحسانها. ولا يدعو طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها إذا أرهقها صعودا بما يجاوز حد احتمالها، أن يكون جزاء وفاقا بعد أن صار خلافهما عاتيا، ومسراه ضلالا.

3- أن أصل التحكيم عند وقوع شقاق بين الزوجين مرده إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ

خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا

إِصْلَاحًا يُوفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾؛ وإذا كان الفصل فيما إذا =

كان الحكما لا يكلفان إلا بأن يصلحا بين زوجين استفحل عندهما وجفاؤهما؛ أم أنهما مطالبان عند إخفاقهما في ذلك بأن يفرقا بينهما بمال أو بغير مال، رضيا أم أبياء؛ لا يندرج تحت المسائل التي حسمتها الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية المقطوع بثبوتها ودلالاتها، فإن حدود مهمتهما تعد من المسائل الاجتهادية التي يتصور أن تتباين الأنظار في شأنها.

فمن نظر من الفقهاء - كأبي حنيفة وأصحابه والظاهرية والشيعة الإمامية والشافعية في أحد قوليهم - إلى أن عمل الحكامين لا يجاوز سعيهما إلى التوفيق بين زوجين استحكم خلافهما، سلباهما حق التفريق إلا بتفويض من الزوج، استصحابا للأصل في الطلاق، وهو معقود بيده إلا أن يوكل غيره فيه؛ ولأن الحياة الزوجية - في رأيهم - لا تصفو من شقاق يخالطها عادة، فلا يجوز أن يكون خلافهما أيا كان مداه، سببا لحل عقدتها وقسم رابطتها.

ومن نحا من الفقهاء إلى جعلهما حاكمين، كالمالكية وأحمد بن حنبل في إحدى روايتين عنه، يخولانها أن يقررا في شأن الزوجين ما ينتهيان إليه بعد بحثهما لأحوالهما، سواء كان قرارهما بجمعهما أم بالتفريق بينهما، على أن يتولى القاضى إمضاء حكمهما وتنفيذه. وهم يؤسسون اجتهادهم على أن الله تعالى اعتبر المبعوثين حكامين لا وكيلين، ولو أرادهما وكيلين ما قصرهما على أهله وأهلها. وبعثهما إلى الزوجين غير معلق على قبول زوجها. ولا يتصور بالتالى أن يكون قد أنابهما عنه في مهمتهما محددا إطارها. كذلك فإن اتصال الشقاق بين زوجين واطراد نزاعهما يشى بأن جذوة حياتهما تكاد أن ترتد عن مواقعها، وأن مضارا يتعذر احتمالها أو القبول بها، صار أمرها باديا وأثرها ملحوظا، فإذا لم يتدخل زوجها لرفعها، قام الحكما بدفعها.

4- أنه في دائرة المسائل الخلافية التي تتفرق الآراء من حولها، والتي لا تتقيد حلولها بغير ما يكفل للعباد مصالحهم المعتمدة شرعا، وبما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله والرسول، قدر المشرع - وعلى ضوء السلطة التي يملكها في مجال استتباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية - أن إنهاء الشقاق بين زوجين، يقتضى من المحكمة أن تتدخل أولا بنفسها لإصلاح أمرهما، وأن تدعوها إلى حسن المعاشرة. فإذا بان لها أن جهدها قد قصر عن بلوغ الأغراض التي توخاها، وأن خلافهما قد أحاط بهما، وأنهما

أسرفا على نفسيهما، كان عليها أن تحيل أمرهما إلى حكمين ينظران فى أحوالهما، ويتقصيان مظاهر النزاع بينهما وأسبابه، لا لياشرا سلطة التفريق بينهما- وإنما ليكشفَا عن يكون منهما مسيئا إلى الآخر، وما ينبغى أن يرفع به النزاع من تطليق دون بدل أو ببدل.

= 5- إن ما نص عليه الدستور فى المادة (9) - وأحكامه متكاملة لا تتنافر فيها- من أن الأسرة قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وأن صون طابعها الأصل وإرساء قيمها وتقاليدها ضرورة لا يجوز لأحد أن ينحيا، مؤداه أن الأسرة لا يصلحها شقاق استنقل مداه ومزق تماسكها ووحدتها، ودهمها بالتالى تباغض يشقيها، بما يصد عنها تراحمها وتتاصفها، فلا يرسياها على الدين والخلق القويم. وإذ كان نص المادة الحادية عشرة من قانون الأحوال الشخصية، يحيز التفريق بين زوجين غشيهما وأمضهما نزع مستحكم- ليهيئ لهما مخرجا يرد عنهما كل حرج، ويزيل عسرهما، فإنه بذلك لا يكون مخالفا للدستور.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة مؤداه أن أصل التحكيم عند وقوع شقاق بين الزوجين، مقرر بالنصوص القرآنية ذاتها، وأن الفصل فيما إذا كان الحكمان لا يملكان إلا أن يصلحا بين زوجين استنقل جفاؤهما؛ أم أنهما مطالبان عند إخفاقهما فى ذلك، بأن يفرقا بينهما بمال أو بغير مال، من المسائل الخلافية فى الشريعة الإسلامية التى يسوغ الاجتهاد فيها بما يكفل كمالها ومرونتها، فلا تتغلغل على نفسها، أو ترددها أقوال أحد الفقهاء عن النظر فى شئونها، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد، وأن آراء الفقهاء جميعها ينبغى أن تقابل ببعضها، وأن يكون تقييمها محددا على ضوء المصلحة التى يقوم عليها دليل شرعى.

وحيث إن المادة العاشرة المطعون عليها، لا تخول الحكمين بعد بعثهما إلى الزوجين، إلا أن يقترحا تطليق الزوجة إذا صار خلافها مع زوجها مستعصيا على الإصلاح، وأن ينظرا فيمن أساء منهما إلى الآخر.

فإذا تعذر عليهما أن يعرفاه، اقترحا التطليق بغير مال؛ فإن كانت الإساءة كلها من جهة زوجها اقترح الحكمان تطليقها دون انتقاص شئ من حقوقها المترتبة على الزواج والطلاق. ولا كذلك أن تكون الإساءة كلها من جهتها هى، إذ يجوز للحكمين أن يُحمّلانها بما يُعوّضه عنها. فإن كانا شريكين فى الإساءة، اقترحا تطليقها بدون عوض، أو بقدر منه يكون متناسبا مع دورها فيها.

وما ذلك إلا إعمالا لحكم العقل فيما لا نص فيه، واقعا فى إطار المسائل المختلف عليها فى الشريعة الإسلامية، وبما لا يناقض أصولها ومقاصدها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى بالمصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماه.

رئيس المحكمة**أمين السر****الحكم الثالث****الصادر برفض الدعوى بعدم دستورية المادة (7)****باسم الشعب****المحكمة الدستورية العليا**

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 2 يناير سنة 1999م (الموافق 14 رمضان سنة 1419هـ).

برئاسة السيد المستشار/ محمد ولى الدين جلال..... **رئيس المحكمة**
و عضوية السادة المستشارين: حمدى محمد على و الدكتور عبد المجيد فياض وماهر
البحيرى ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله.
وحضور السيد المستشار/ عبد الوهاب عبد الرازق..... **رئيس هيئة المفوضين**
وحضور السيد/ حمدى أنور صابر..... **أمين السر**

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجنول المحكمة الدستورية العليا برقم 12 لسنة 19 قضائية «دستورية».

المقامة من

السيد / محمد عمر طوسون عبد الواحد

ضد

- 1- السيد/ رئيس الجمهورية - بصفته.
- 2- السيد/ رئيس مجلس الشعب - بصفته.
- 3- السيد/ رئيس مجلس الوزراء - بصفته.
- 4- السيد/ وزير العدل - بصفته.
- 5- السيدة/ نجوى محمد على مفتاح معبد.

الإجراءات

فى السادس عشر من يناير سنة 1997، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبا الحكم بعدم دستورية المواد (6 و 7 و 10 و 11 و 11 مكررا و 11 مكررا ثانيا و 18 مكررا ثانيا و 20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض

أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية والمادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمادة (251) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت في ختامها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى واحتياطيا برفضها.

= وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها. ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - نتحصل في أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم 612 لسنة 1993 شرعى كلى الفيوم بطلب الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة الموجه إليها من المدعى بتاريخ 13/10/1993. وأثناء نظر الدعوى أضافت المدعى عليها إلى طلبها الأصلي طلباً جديداً بتطبيقها من المدعى طلبة بئنة للضرر والشقاق، فدفع المدعى بعدم دستورية المواد أرقام (7 و 8 و 9 و 10 و 11) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فقد أقام دعواه الماثلة.

وحيث إن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن نطاق الدعوى الدستورية التي أتاح المشرع للخصوم إقامتها يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذى أبدى أمام محكمة الموضوع، وفى الحدود التى تقدر فيها تلك المحكمة جديته وذلك عملاً بالبند (ب) من المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979. إذ كان ذلك وكان التصريح بإقامة الدعوى الدستورية قد اقتصر على المواد (7 و 8 و 9 و 10 و 11) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المشار إليه، إلا أن الطلبات الختامية فى صحيفة الدعوى الدستورية قد تضمنت طعناً بعدم دستورية مواد أخرى لم يشملها ذلك التصريح، كما خلت من الطعن على المادتين (8 و 9) من المرسوم بقانون المشار إليه؛ ومن ثم فإن النطاق الذى تتحدد به الدعوى الماثلة إنما يقتصر على المواد التى رخصت محكمة الموضوع للمدعى فى إقامة الدعوى بالنسبة لها وأوردها فى صحيفة دعواه وذلك طبقاً لحكم المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا، وهى المواد (7 و 10 و 11) من المرسوم بقانون المشار إليه دون غيرها؛ بما

مؤداه انتفاء اتصال الدعوى- فى شقها الخاص بالطعن على النصوص الأخرى- بهذه المحكمة اتصالا مطابقا للأوضاع التى رسمها قانونها والتى لا يجوز الخروج عليها بوصفها ضوابط جوهرية فرضها المشرع لمصلحة عامة حتى ينتظم التقاضى فى المسائل الدستورية وفقا للقواعد التى حددها، الأمر الذى يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها.

= وحيث إن هذه المحكمة سبق أن باشرت رقابتها القضائية على دستورية المادتين العاشرة والحادية عشر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 فأصدرت بجلسة 1997/7/5 حكمها فى القضية رقم 82 لسنة 17 قضائية دستورية برفض الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة الحادية عشرة، وقد نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ 19/7/1997، ثم أصدرت بتاريخ 9/5/1998 حكمها فى القضية رقم 121 لسنة 19 قضائية دستورية برفض الدعوى بعدم دستورية المادة العاشرة؛ وقد نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ 21/5/1998 إذ كان ذلك وكانت أحكام المحكمة الدستورية العليا قولا فصلا لا يقبل تعقيا ولا تأويلا من أى جهة كانت، فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لهاتين المادتين- وهى عينية بطبيعتها- تكون قد انحسرت فلا رجعة إليها.

وحيث إن المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المشار إليه تنص على ما يأتى: «يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما»؛ وينعى المدعى على هذه المادة مخالفتها للنص القرآنى الذى أوجب أن يكون الحكمان من أهل الزوجين.

وحيث إن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن حكم المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها فى 22 من مايو سنة 1980- يقيد السلطة التشريعية اعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل وأن مؤداه ألا تناقض تشريعاتها مبادئ الشريعة الإسلامية التى لا يجوز الاجتهاد فيها، والتى تمثل ثوابتها- مصدرا وتأييلا- إذ هى عصية على التأويل فلا يجوز تحريفها، بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل فى تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها، أو بهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها؛ إذ هى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان؛ لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيمًا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا؛ ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها ملتزما ضوابطها الثابتة، متحررا منهاج الاستدلال على الأحكام العملية

والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن الأصل في بعث الحكمين عند وقوع شقاق بين الزوجين هو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ

خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا

يُوفِّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾. ولئن كان اللفظ القرآنى الكريم صريحا =

في دلالاته على أن يكون الحكمان من أهل الزوجين أى من ذوى قرابتهما تقديرا من الشارع الحكيم أن ما ينشأ من خلاف منذر بالفرقة بين الزوجين يكون عادة معلوما لدى أهلها ، فضلا عن أن الحكمين - بحكم الوشائج الحميمة المترتبة على تلك القرابة - يكونان أدنى إلى نفس الزوجين فلا يستحيان من الإفضاء لهما بما تتطوى عليه سرائرها من مكنونات يؤثران - صونا لكرامتهما - عدم البوح بها لأجانب عنهما؛ بيد أنه وقد سكت العليم الخبير - لحكمة قدرها - عن بيان الحكم إذا لم يكن من بين الأهل من يحوز أهلية التحكيم - وأخصها الرشد والعدالة - أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما؛ فكان حتما مقضيا - حتى لا يشق الأمر على القاضى - أن يتدخل ولى الأمر لبيان من يجوز اختياره للتحكيم من غير أهل الزوجين فى هذه الحالة ؛ وهو ما نحا إليه النص المطعون فيه - تخريجا على مذهب المالكية الذى استمد منه - حين أجاز للقاضى تعيين أجنيين ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلاف بينهما إن لم يوجد من يصلح من أهلها لمهمة التحكيم. وليس ذلك إلا إعمالا للعقل بقدر ما تقتضيه الضرورة بما لا ينافى مقاصد الشريعة الإسلامية؛ وبمراعاة أصولها، وبالتالي فإن النعى على هذا النص بمخالفته للمادة الثانية من الدستور يكون حريا بالرفض.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى. ومصادرة الكفالة وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

صدر هذا الحكم من الهيئة المبينة بصدوره أما السيد المستشار/ محمد على سيف الدين الذى سمع المرافعة وحضر المداولة ووقع مسودة هذا الحكم، فقد جلس بدله عند تلاوته السيد المستشار/ فاروق عبد الرحيم غنيم.

الحكم الرابع

الصادر برفض الدعوى بعدم دستورية الفقرة الثانية

من المادة (11 مكرراً ثانياً)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 3 ابريل سنة 1999م (الموافق 17 ذو الحجة سنة 1419هـ).

برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال **رئيس المحكمة** =
= وعضوية السادة المستشارين: ماهر البحيرى ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله وعلى عوض محمد صالح وأنور العاصى.

وحضور السيد المستشار/ عبد الوهاب عبد الرازق **رئيس هيئة المفوضين**
وحضور السيد/ حمدى أنور صابر **أمين السر**

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيمة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 197 لسنة 19 قضائية «دستورية».

المقامة من

السيد / أحمد فؤاد محمد عبد الجواد

ضد

- 1- السيد / رئيس الجمهورية - بصفته.
- 2- السيد / رئيس مجلس الوزراء - بصفته.
- 3- السيد/ رئيس مجلس الشعب - بصفته.
- 4- السيد / وزير العدل - بصفته.
- 5- السيدة / سحر عزت زهران نور الدين.

الإجراءات

بتاريخ الرابع من نوفمبر سنة 1997، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طلبا للحكم بعدم دستورية المواد 7 و10 والفقرة الأخيرة من المادة 11 مكرراً (ثانياً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى، واحتياطيا برفضها.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم 3609 لسنة 1994 = أحوال شخصية شمال القاهرة طالبة الحكم بعدم الاعتراف بإنذار الطاعة الموجه إليها من المدعى بتاريخ 1994/10/18. وأثناء نظر الدعوى أضافت المدعى عليها طلبا جديدا بتطبيقها من المدعى طلبة براءة لاستحكام الخلاف واستحالة العشرة بينهما. وبعد أن قدم الحكمان المبعوثان تقريرهما؛ قضت المحكمة بجلسة 1997/6/24 للمدعى عليها بكامل طلباتها. وإذ لم يرتض المدعى ذلك الحكم فقد أقام الاستئناف رقم 726 لسنة 1 قضائية «شمال القاهرة» أمام محكمة استئناف القاهرة. وأثناء نظره دفع بعدم دستورية المواد 7، 10، 11 مكررا (ثانيا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985. وبعد تقديرها لجدية دفعه صرحت له محكمة الموضوع بإقامة دعواه الدستورية، فأقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن هذه المحكمة سبق أن باشرت رقابتها القضائية على دستورية المادتين السابعة والعاشرة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، المشار إليه، فأصدرت بجلسة 1998/5/9 حكمها فى القضية رقم 121 لسنة 19 قضائية دستورية قاضيا برفض الدعوى بعدم دستورية المادة العاشرة ونشر ذلك الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ 1998/5/21. ثم أصدرت بتاريخ 1999/1/2 حكمها فى القضية رقم 12 لسنة 19 قضائية دستورية الذى قضى برفض الدعوى بعدم دستورية المادة السابعة، ونشر بالجريدة الرسمية فى 1999/1/14. إذ كان ذلك، وكانت أحكام هذه المحكمة فى المسائل الدستورية قولا فصلا لا يقبل تأويلا ولا تعقيبا من أية جهة - كانت؛ فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لهاتين المادتين - وهى عينية بطبيعتها - تكون قد انحسرت فلا رجعة إليها.

وحيث إن المادة 11 مكررا (ثانيا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - التى أصبح الطعن منحصرا فى فقرتها «الأخيرة» - تنص 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 يوما 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 النفقة 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، فإن بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطلق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون.

وحيث إن المدعى ينعى على النص المطعون فيه مخالفته الشريعة الإسلامية؛ تأسيسا على أن استعمال الزوج حقه في دعوة زوجته للدخول في طاعته لا يعتبر من دواعي الإضرار أو دليلا على استحكام الخلاف، وإلا أصبح طلب التطلق قيدا على هذا الحق يغرى الزوجة المشاكسة بإبدائه أثناء نظر الاعتراض توصلا لفصم عرى الزوجية؛ إذ لو كانت جادة في طلبها هذا لابتدته في صحيفة الاعتراض. ومن جهة أخرى؛ فإن مآل إجراءات الاعتراض إما إنهاء النزاع بين الزوجين صلحا؛ أو تطلق الزوجة بناءً على طلبها؛ وهو ما يشجع الزوجة على النشوز، ويفضى إلى هدم الأسر؛ ويغرى الشباب بإيثار العزوبة على الزواج؛ وكلها أمور تنافى مقاصد الشريعة.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد اطردها على؛ أن حكم المادة الثانية من الدستور، بعد تعديلها في 22 من مايو سنة 1980، يقيد السلطة التشريعية اعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل؛ وأن مؤداه ألا تتناقض تشريعاتها مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا يجوز الاجتهاد فيها، والتي تمثل ثوابتها- مصدرا وتأييلا- إذ هي عصية على التأويل فلا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل في تقرير انقائها أو مخالفتها للدستور. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها؛ أو بهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها؛ إذ هي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها؛ ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيمًا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعبرة شرعا، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزما ضوابطها الثابتة؛ متحريرا منهاج

الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها؛ كإفلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن حقوق الزوجين وواجباتهما تتقابل فيما بينها، وأن مناط نفقة الزوجة احتباسها لحق زوجها، وكان من مقتضى ذلك أن تقر في بيته الذي أعده لها، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ

حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾. وقطعا للخلاف =

حول ادعاء الزوج بامتناع الزوجة عن طاعته بخروجها دون مبرر مشروع من بيت الزوجية؛ مع ما يترتب هذا الامتناع - إن صح - من إسقاط لنفقتها؛ فقد استحدث المشرع - بالمادة 11 مكررا ثانيا المشار إليها - دعوى الاعتراض على إعلان الطاعة، فأجاز للزوج، حال مغادرة الزوجة بيت الزوجية دون مبرر، أن يدعوها إلى العودة إلى هذا البيت بإعلان على يد محضر يعين فيه المسكن تعيينا نافيا للجهالة. وأجاز للزوجة الاعتراض - خلال ثلاثين يوما - على هذه الدعوة؛ أمام المحكمة الابتدائية؛ بصحيفة تبين فيها الأوجه الشرعية التي تستند إليها في الامتناع عن طاعة زوجها.

وحيث إن الفقرة المطعون فيها، أوجبت على المحكمة عند نظر الاعتراض، وقبل الفصل في موضوعه، التدخل أولا لإنهاء النزاع صلحا بين الزوجين، من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحدهما. وللمحكمة - في سبيل ذلك - أن تدعو الزوجين إلى حسن المعاشرة. فإذا قصر جهدها عن بلوغ غايته، وبأن لها أن النزاع بين الزوجين مازال عميقا؛ وخلافهما ما برح مستحكما؛ وأن صدع حياتهما لازال غائرا حتى بعد تدخلها لإنهاء شقاقهما صلحا؛ ودعوتهما إلى معاشرة تستقيم بها حياتهما؛ وطلبت الزوجة التطليق؛ اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم على النحو المبين تفصيلا في أحكام المواد من السابعة إلى الحادية عشرة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المشار إليه. وإذا كان لا يتصور افتراض وقوع شقاق بين الزوجين يستوجب لجوء المحكمة إلى التحكيم، إلا بعد تعثر مسعاها للصلح بين الزوجين، فإن قاله وجوب إيداء الزوجة طلب التطليق في صحيفة افتتاح دعوى الاعتراض؛ يكون لغوا.

وحيث إن نص المادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون المشار إليه قد توخى بالإجراءات التي أنشأها - على تتابع حلقاتها وأحكامها - أن تنزوي الزوجة في طلب التطليق حفاظا على عرى الزوجية من أن تتفصم؛ وسدا لذريعة أن تهتبل الزوجة دعوة الزوج لها بالعودة إلى بيت الزوجية فتبادر إلى إيداء طلب التطليق بمجرد إعلانها بتلك الدعوة، كما تغيا تمهل المحكمة قبل التفريق بين الزوجين، فألزمها ببذل الجهد في

30 مكرر - متى يسلك الزوج ريق دعوة الزوجة إلى الدخول في باعته بإعلان على يد محضر؟

إذا كانت الزوجة لم تزف إلى زوجها وأوفاها الزوج عاجل صداقها، وامتنعت عن الانتقال إلى مسكن الزوجية، فقد ذكرنا سلفاً أننا نرى أن وسيلة إلزامها بالدخول في طاعة زوجها بالانتقال إلى مسكن الزوجية هي دعوى الطاعة التي ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز للزوج سلوك

الإصلاح بينهما، إعمالاً لقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ - أى خير من الفراق -

وأوجب عليها أن تسعى بينهما معروفًا ناظرة في أحوالهما مستوضحة خفاياها وأن تلتزم لذلك كل الوسائل توجيهها وتبصيرها وتوفيقاً؛ فإذا استبان لها أن جهدها قصر عن بلوغ الأغراض التي توخاها وأن خلافهما قد أضحك بينهما، كان عليها أن تحيل أمرهما إلى حكّمين أو ثلاثة - لمعاودة السعى إلى الإصلاح بينهما - ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدرة على التوفيق وإزالة الخلاف بينهما، كيما يتعرفوا حالهما؛ ويستظهروا =

خَفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا

إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿ فَإِذَا ثَبَتَ بَعْدَ اسْتِنْفَادِ السَّبِيلِ

مقدمة الذكر أن الأسرة لا يصلحها خصام استفحل مداه فمزق تماسكها ووحدتها، ودهمها بالتالي تباغض مستفحل بما يصد عنها التراحم والتتاصف والمودة والرحمة؛ وكان النص الطعين إذ أجاز - في نهاية المطاف - التفريق بين زوجين أمضاهما نزاع متأصل، قد هيا لهما مخرجاً يرد عنهما الحرج ويرفع الضرر ويزيل العسر فلا تكون حياتهما وزراً وهضماً ولا عوجاً وأمتاً، وكان ذلك كله، واقعا في إطار الشريعة الغراء، بما لا ينافي مقاصدها؛ وبمراعاة أصولها؛ فإن النعى بمخالفة النص المطعون فيه للمادة الثانية من الدستور؛ يكون فاقد الأساس، حرياً بالرفض.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة؛ وألزمت المدعى بالمصروفات، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

طريق دعوة الزوجة إلى الدخول في طاعته بإعلان على يد محضر .
أما إذا كانت الزوجة مدخولا بها وخرجت من مسكن الزوجية دون حق،
فللزوجة وسيلتان .

الأولى: دعوى الطاعة التي ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى .
الثانية: دعوى الزوج إياها للعودة إلى مسكن الزوجية بإعلان على يد
محضر، وللزوج الخيار بين الوسيلتين .

إلا أننا ذكرنا أن محكمة النقض خالفت الرأي السابق بالنسبة للزوجة غير
المدخول بها، وذهبت في الطعون رقم 201 لسنة 59 ق بتاريخ 1993/2/26،
83 لسنة 60 ق بتاريخ 1993/5/25 ، 318 لسنة 63 ق بتاريخ 1998/1/5 إلى
أنه يجوز للزوج دعوتها إلى الدخول في طاعته بطريق الإعلان على يد
محضر، شأنها في ذلك شأن الزوجة المدخول بها التي خرجت من منزل
الزوجية على حد سواء .

وإذا انفصلت علاقة الزوجية بين الزوجين بالطلاق البائن فلا يجوز للزوج
دعوة الزوجة إلى العودة لمسكن الزوجية لأنه لا طاعة على مطلقة بائنا لمن
طلقت عليه، إذ أن الطلاق البائن يزيل الملك .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- «وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه لما كان النص في المادة 6
مكررا ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أن تعتبر الزوجة ممتعة عن
طاعة الزوج دون حق «إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة
على يد محضر... وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية...
وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض... التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا...
فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة
إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون» مفاده أن
دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها بالدخول في طاعته إنما هي من
دعوى الزوجية حال قيامها، فإذا طلبت هذه الزوجة التطليق سواء من خلال
دعوى الاعتراض أو بدعوى أخرى مستقلة وقضى لها به فإن علاقة الزوجية

بين الطرفين تكون قد انفصمت ويتعين في هذه الحالة الحكم بعدم الاعتداد بإعلانها بالدخول في الطاعة واعتباره كأن لم يكن لأنه لا طاعة على مطلقة لمن طلقت، وكان الثابت أن الطاعنة قدمت أمام محكمة الموضوع صورة رسمية من الحكم الصادر في الدعوى رقم 836 لسنة 1983 كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة بتطليقها على المطعون ضده طليقة بائنة وهو ما لم ينقض دلالته على انقسام العلاقة الزوجية بينهما فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى رغم ذلك بتأييد الحكم الابتدائي برفض اعتراض الطاعنة على الدخول في طاعة المطعون ضده يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 92 لسنة 54 ق الأحوال الشخصية - لم ينشر - جلسة 1987/3/31 ذات المبدأ طعن رقم 67 لسنة 54 ق الأحوال الشخصية جلسة 1985/3/19 - لم ينشر)

2- «دعوى اعتراض الزوجة على دعوى زوجها لها للعودة لمنزل الزوجية إنما هي من دعاوى الزوجية حال قيامها فإذا طلبت الزوجة التطليق سواء من خلال دعوى الاعتراض أو بدعوى أخرى مستقلة وقضى لها بطلبها بحكم نهائي، فإن علاقة الزوجية بين الطرفين تكون قد انفصمت ويتعين في هذه الحالة الحكم بعدم الاعتداد بإعلانها للعودة لمنزل الزوجية واعتباره كأن لم يكن إذ لا طاعة لمطلقة لمن طلقت عليه».

(طعن رقم 43 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/4/23)

3- «دعوى اعتراض الزوجة على دعوى زوجها لها بالدخول في طاعته من دعاوى الزوجية حال قيامها. القضاء للزوجة بالتطليق. أثره عدم الاعتداد بإعلانها بالدخول في طاعته علة ذلك».

(طعن رقم 8 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/12/15)⁽¹⁾

(1) وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

«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 لانتقائه عن طلب عرض الطاعن على الطب الشرعى غير منتج».

4- «إجراءات دعوى الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية م 11 مكرر ثانيا من م بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985. سريانه على جميع منازعات الطاعة حال قيام الزوجية سواء دخل بالزوجة أم لا. علة ذلك».

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

5- «دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها للعودة لمنزل الزوجية. ماهيتها. من دعاوى الزوجية حال قيامها. الحكم نهائيا بتطليق الزوجة. أثره. عدم الاعتداد بإعلانها للدخول فى طاعته على ذلك».

(طعن رقم 182 لسنة 65 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/6/9)

وإذا وجه الزوج إلى زوجته إعلانا (إنذارا) يدعوها فيه لطاعته ثم طلقها وراجعها من بعد قبل انتهاء العدة فإنها إذا لم تمتثل لهذا الإعلان (الإنذار) بالعودة إلى منزل الزوجية تعتبر ناشزا دون حاجة إلى توجيه إنذار آخر.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكم حديث لها ذهب فيه على أن:

«المقرر فى فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الطلاق الرجعى لا يغير شيئا من أحكام الزوجية القائمة، فلا يزيل الحل ولا الملك، وليس له من أثر سوى الانتقاص من عدد الطلاقات التى يملكها الزوج ولا تزول حقوق الزوج على زوجته إلا بانقضاء العدة، فالرجعة هى استدامة ملك النكاح متى تمت قبل انتهاء العدة، وهى ليست إنشاء لعقد زواج جديد فلا يلزم لها عقد ومهر جديدان بل هى امتداد للزوجية القائمة وتكون بالقول أو بالفعل ولا يشترط الإشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها، بما مفاده أنه إذا وجه الزوج لزوجته إعلانا يدعوها فيه لطاعته ثم طلقها وراجعها من بعد قبل انتهاء العدة فإنها إذا لم تمتثل بعد المرافعة لهذا الإنذار بالعودة لمنزل الزوجية تعتبر ناشزا دون حاجة لتوجيه إنذار آخر لأن أثر الإنذار الذى وجه من قبل يظل باقيا ببقاء الزوجية إذ أن المطلقة من طلاق رجعى تعتبر زوجة حكما أثناء العدة».

(طعن رقم 326 لسنة 63 ق - أحوال شخصية - جلسة 1998/3/30)

31- مضمون إنذار الطاعة :

استحدث النص طريقاً جديداً لدعوة الزوجة المدخول بها التي خرجت من منزل الزوجية دون حق، إلى العودة إلى منزل الزوجية أى الدخول فى طاعة زوجها طبقاً لرأينا الذى فصلناه سابقاً - وبالنسبة للزوجة المدخول بها وغير المدخول بها كما ذهبى محكمة النقض - هو دعوتها إلى العودة إلى منزل الزوجية بإعلان على يد محضر وهو ما أطلق عليه فى العمل (إنذار الطاعة) وهى التسمية التى سنستعملها فى الشرح.

وهذا الإنذار يقتضى أن يذكر الزوج فيه أن المعلن إليها زوجة له بصحيح العقد الشرعى، وقد خرجت عن طاعته بأن تركت منزل الزوجية دون حق أو أنها امتنعت دون حق عن الدخول فى طاعته إن كانت غير مدخول بها طبقاً لقضاء النقض، وأنه يدعوها إلى منزل الزوجية وإلا سقطت نفقتها.

وقد أوجب النص على الزوج أن يبين فى الإنذار المسكن أى مسكن الطاعة الذى يدعوها إلى طاعته فيه. ومقتضى ذلك أن يذكر فيه وصف المسكن سواء كان فيلاً أو شقة أو حجرة واسم الناحية والشارع الكائن به ورقمه وأسماء جيرانه من الجهات الأربع الشمالية (البحرية) والجنوبية (القبليّة) والشرقية والغربية.

وإيجاب الشارع ذكر مسكن الطاعة، دون ذكر توافر الشروط الأخرى التى أوجبتها الشريعة لإلزام الزوجة بطاعة زوجها، يعنى أن عدم ذكر توافر هذه الشروط فى الإنذار ليس واجباً، فلا يلزم مثلاً أن يذكر فى إنذار الطاعة أنه أوفأها عاجل صداقها أو أنه أمين عليها وعلى مالها.

وقد أوجب الشارع بيان مسكن الطاعة بالذات بالإنذار لتكون الزوجة على بينة منه ويتسنى لها الوقوف على مدى شرعيته، فتحدد موقفها من الاعتراض على إنذار الطاعة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- «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 كافيا بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلاما يمكنها من معرفته والاهتداء إليه، وحتى تتبين - عند اعتراضها عليه - أوجه الاعتراض التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها فيه، فإذا كان هذا الإعلان ناقص البيان أو جاء مبهما أو 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.... بناء على طلب الطاعن أنه لم يرد بيان المسكن الذى يدعوها إليه بيانا واضحا يمكن الشخص العادى من قراءته وتحديدته والتعرف عليه، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام عدم الاعتداد به على سند مما قدره من أن الإعلان لا يكفى للتدليل على مسكن الزوجية بما يفقده صلاحيته وهو من الحكم استخلاص سائغ له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها، وإذ يدور النعى حول تعيب هذا الاستخلاص فإنه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارته أمام المحكمة».

(طعن رقم 2 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/12/26)

2- «إعلان الزوج زوجته بالدخول فى طاعته. وجوب اشتماله بذاته على بيان كاف للمسكن التى يدعوها للعودة إليه. م 11 مكررا ثانيا من م بق 25 لسنة 1929. علة ذلك. ورود البيان ناقصا أو مبهماً. أثره. اعتبار الإعلان كأن لم يكن».

(طعن رقم 340 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1998/3/30)

3- إعلان الزوج زوجته بالدخول فى طاعته. وجوب اشتماله على بيان كاف للمسكن الذى يدعوها للعودة إليه. م 11 مكرر/ ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. علة ذلك. تمكينها من معرفته والاهتداء إليه لبيان أوجه اعتراضها. ورود الإعلان ناقص البيان أو

مبهما لا يمكنها من التعرف على المسكن. مؤداه. فقدانه صلاحية لما أعد له».

(طعن رقم 48 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/3/13)

4- «المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن نص المادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قد أوجب على الزوج أن يبين فى الإعلان الموجه منه إلى زوجته المسكن الذى يدعوها فيه للدخول فى طاعته مما مفاده أن يكون هذا البيان الذى يشتمل عليه الإعلان كافيا بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلاما يمكنها من معرفته والاهتداء إليه، وحتى تبين عند اعتراضها عليه أوجه الاعتراض التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها فيه، فإذا كان هذا الإعلان ناقص البيان أو جاء مبهما لا يمكن للزوجة التعرف على المسكن المبين فيه فإنه يفقد صلاحيته للغرض الذى أعد له، ويعتبر فى شأنه كأن لم يكن إذ ينبغى أن يستكمل إنذار الطاعة بذاته شرائط صحته فلا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية التى يتطلبها القانون من مصادر أخرى غير مستمدة منه».

(طعن رقم 459 لسنة 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/6/23)

5- المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن نص المادة 11 مكرر ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985 قد أوجب على الزوج أن يبين فى الإعلان الموجه منه إلى زوجته المسكن الذى يدعوها بالدخول فى طاعته فيه مما مفاده أن يكون هذا البيان الذى يشتمل عليه الإعلان كافيا بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلاما يمكنها من معرفته والاهتداء إليه وحتى تبين عند اعتراضها عليه أوجه الاعتراض التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها فيه، فإذا كان هذا الإعلان ناقص البيان أو جاء مبهما لا يمكن للزوجة التعرف على المسكن المبين فيه فإنه يفقد صلاحيته للغرض الذى أعد له ويعتبر فى شأنه كأن لم يكن إذ ينبغى أن يستكمل إنذار الطاعة شرائط صحته فلا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية التى يتطلبها القانون من مصادر أخرى غير مستمدة منه. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتد بمسكن الطاعة البديل الذى يتمسك به المطعون ضده بمذكرته

المقدمة أمام محكمة ثانی درجة وكان إنذاره لزوجته بالدخول فی طاعته قد خلا من بیان هذا المسکن فإن ذلك الإنذار یقع باطلا ولا یعتقد به وإذ خالف الحكم المطعون فیله هذا النظر فإنه یكون قد أخطأ فی تطبیق القانون».

(طعن رقم 230 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2010/2/9)

- وإنذار الطاعة ورقة من أوراق المحضرين، وعلى ذلك يجب أن يتضمن البيانات المنصوص عليها فی المادة 9 من قانون المرافعات وهي:
- 1- تاریخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان.
 - 2- اسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من یمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وكذلك إن كان یعمل لغيره.
 - 3- اسم المحضر والمحكمة التي یعمل بها.
 - 4- اسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فإن لم یکن موطنه معلوما وقت الإعلان فأخر موطن كان له.
 - 5- اسم وصفة من سلمت إليه صورة الورقة وتوقيعه على الأصل بالاستلام.
 - 6- توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة⁽¹⁾.

(1) قارن الدكتور عبد الناصر العطار ص75 إذ یرى أن إنذار الطاعة بديل عن دعوى الطاعة فیجب أن يتضمن كصحيفة دعوى الطاعة - ما یدل على أن الزوج على حق فی ادعائه بأن یذكر فی هذا الإنذار أنه تزوج بالمعلن إليها زواجا شرعيا صحیحا وأوفاهما عاجل صداقها وأنه أمين عليها وقد هیأ لها مسکنا شرعيا مستکملا المرافق والأدوات الشرعية ویبین عنوان هذا المسکن وأسماء جيرانه.

وشریف کامل ص25 إذ یذهب إلى أن اشتراط المادة أن یبین الزوج فی الإعلان مسکن الزوجية یوحى بأن سبب امتناع الزوجة عن طاعة زوجها - فی نظر المشرع - كان بسبب مسکن الزوجية، وهو أمر لا یصدق فی كل الأحوال إذ قد یكون سبب امتناع الزوجة سببا آخر مثل مطالبة الزوجة بعاجل صداقها وعدم الوفاء به، وأیا كان الحال، فیجب على الزوج فی جمیع الأحوال أن یبین مسکن الزوجية فی الإعلان حسبما استلزمت المادة ذلك. كما یجب علیه أن یوضح فی الإعلان موقفه بالنسبة للسبب الحقیقی الذي امتنعت الزوجة من أجله عن طاعته.

ولا يلزم توقيع محام على إنذار الطاعة عملاً بالمادة 58 من القانون رقم 17 لسنة 1983 (المعدل) بإصدار قانون المحاماة لأن إنذار الطاعة ليس بصحيفة دعوى. ويترتب على عدم بيان مسكن الطاعة في الإنذار بطلان الإنذار. وهو ما عبرت عنه محكمة النقض باعتباره كأن لم يكن. (راجع نقض 1989/12/26 سالف الذكر).

كما يترتب على عدم ذكر البيانات المنصوص عليها في المادة التاسعة مرافعات سلفة الذكر بطلان الإنذار عملاً بالمادة 19 مرافعات التي تجرى على أن: «يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المواد 6، 7، 9، 10، 11، 13» - ويراعى في تقرير البطلان ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة 20 مرافعات من أنه: «ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء».

والشكل ليس هو الإجراء، فالإجراء أو العمل الإجرائي هو عمل قانوني يجب أن تتوفر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذي يحدده القانون، والبيان ليس سوى شكل من أشكال العمل، فلا يكفي لعدم الحكم بالبطلان مجرد إثبات تحقق الغاية من الإجراء بل يجب تحقق الغاية من الشكل (البيان)، وتطبيق هذه القاعدة بالنسبة للبيانات المنصوص عليها بالمادة 9 مرافعات بصدد إنذار الطاعة يؤدي إلى ما يأتي:

1- إذا لم يشتمل الإنذار على البيان الأول فيما يتعلق بتاريخ اليوم والشهر والسنة التي حصل فيها الإعلان، فإن الإنذار يكون رغم إعلانه باطلا لعدم تحقق الغاية من بيان التاريخ لأن التاريخ يؤدي إلى وظيفة معينة في الإنذار، إذ يبدأ من اليوم التالي له ميعاد الاعتراض على الإنذار كما سنرى.

أما إذا لم يشتمل على ساعة الإعلان، فلا يترتب على ذلك البطلان، ما لم تدع المعلن إليها حصوله في ساعة يمنع القانون إتمامه فيها.

2- إذا لم يشتمل الإنذار على البيان الثاني (اسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته.... إلخ) فإن ذلك لا يترتب عليه البطلان ما دامت بقية البيانات لا تترك مجالاً للشك في معرفة شخصية الطالب، لأن القصد من هذا البيان تحديد شخصية المعلن تحديداً نافياً للجهالة.

3- إذا لم يشتمل الإنذار على البيان الثالث (اسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها) فلا يترتب على ذلك البطلان إذا كان المحضر قد وقع على الإنذار بشرط أن يبدو من الإنذار ما يفيد تحديد المحكمة التابع لها. لأن الغرض من بيان اسم المحضر هو التثبت من أن الإعلان قد تم على يد موظف مختص بإجرائه ويغنى عنه إمضاء المحضر⁽¹⁾.

فإذا لم تشتمل الورقة لا على اسم المحضر ولا على إمضائه أو كان لا يمكن الوقوف من الإنذار على المحكمة التابع لها كان الإنذار باطلاً.

ولا يبطل الإنذار أن يكون اسم المحضر غير واضح وضوحاً كافياً أو غير مقروء مادام لم تدع المعلن إليها أن من قام بالإعلان من غير المحضرين⁽²⁾.

4- إذا لم يشتمل الإنذار على البيان الرابع (اسم المعلن إليه ولقبه ومهنته...الخ) فإنه يسرى فى شأنه ما أوردناه بالنسبة للبيان الثانى.

5- إذا لم يشتمل الإنذار على البيان الخامس (اسم وصفة من سلمت إليه صورة الإعلان وتوقيعه على الأصل بالاستلام) فإنه يترتب على ذلك بطلان الإنذار، لأن الغرض من هذا البيان التحقق من أن الإنذار سلمت صورته لشخص يجوز تسليم الصورة إليه.

6- إذا لم يشتمل الإنذار على البيان السادس (توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة)، فإن الإنذار يبطل لأن توقيع الموظف شرط لازم لصحة الورقة الرسمية وبغيره لا يكون للورقة هذه الصفة⁽³⁾.

ولا يبطل الإنذار أن يكون توقيع المحضر بخط غير واضح وضوحاً كافياً أو غير مقروء، مادام لم يدع بأن من قام بإجراء الإعلان من غير

(1) أحمد أبو الوفا نظرية الدفع فى قانون المرافعات - الطبعة الرابعة 1967 - ص355.

(2) نقض طعن رقم 8 لسنة 28 ق «أحوال شخصية» جلسة 1961/6/1 - طعن رقم 22 لسنة 28 ق جلسة 1963/5/30 - طعن 112 لسنة 35 ق جلسة 1969/12/25 - طعن 532 لسنة 35 ق جلسة 1970/5/5.

(3) أحمد أبو الوفا فى نظرية الدفع ص352 وما بعدها - نقض طعن رقم 584 لسنة 44 ق جلسة 1977/12/7.

المحضرين⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

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

(طعن رقم 116 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/1/15)

32- إعلان إنذار الطاعة إلى شخص الزوجة أو من ينوب عنها:

نصت الفقرة الثانية من المادة على أن إعلان إنذار الطاعة يكون لشخص الزوجة أو من ينوب عنها.

وكان نص الفقرة الوارد بالاقترح بمشروع القانون وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب لا يشترط أن يكون الإعلان لشخص الزوجة أو من ينوب عنها. فعدلت الفقرة حال مناقشة القانون بمجلس الشعب على هذا النحو⁽²⁾.

(1) نقض طعن رقم 8 لسنة 28 ق «أحوال شخصية» جلسة 1961/6/1 - طعن رقم 22 لسنة 28 ق جلسة 1963/5/30 - طعن رقم 112 لسنة 35 ق جلسة 1969/12/25 - طعن رقم 532 لسنة 35 ق جلسة 1970/5/5.

(2) كان نص الفقرة كالآتي:-

«تعتبر ممتعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن».

وقد عدلت الفقرة بناء على اقتراح من السيد العضو السيد إسماعيل السمنودي حيث قال:

«إن المادة تتضمن أن الزوجة تعتبر ممتعة إذا لم تعد إلى منزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها على يد محضر، وقد سبق لنا أن ذكرنا أن هناك خطورة بالنسبة للإعلان على يد محضر، وقد لا يصل الإعلان للزوجة في خلال مدة العشرة الأيام، وهذا أمر خطير جداً.

ولذلك فإنني أقترح أن يكون الإعلان لشخصها أو من ينوب عنها لأنه إذا لم يصلها

والمقصود بمن ينوب عن الزوجة، هو من ينوب عنها اتفاقاً أى الوكيل أو شرعاً كالولى على النفس كما لو كانت الزوجة مجنونة أو معتوهة⁽¹⁾.

ويصح الإعلان لوكيل الزوجة ولو كان الإنذار يتجاوز نطاق الوكالة⁽²⁾. ولا يشترط أن يكون الوكيل ساكناً مع الزوجة.

والإعلان لشخص الزوجة أو من ينوب عنها جائز فى أى مكان يوجد فيه وقت الإعلان سواء وجد فى موطن الزوجة أو فى مكان آخر، غير أنه إذا تم الإعلان لشخص الزوجة أو من ينوب عنها خارج موطنهما تعين على المحضر التحقق من شخصيتهما⁽³⁾.

وبالترتيب على ما تقدم، إذا توجه المحضر إلى موطن الزوجة لإعلانها بالإنذار فلم يجدها، فلا يجوز له تسليم الإعلان إلى من يقرر أنه يعمل فى خدمتها أو أنه من الساكنين معها من الأقارب والأصهار طبقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة العاشرة مرافعات وإلا كان الإعلان باطلاً، ذلك أن حكم الفقرة الثانية من المادة (11 مكرراً ثانياً) جاء استثناء من الحكم العام الوارد

الإعلان خلال مدة العشرة الأيام واتخذت الإجراءات اللازمة فى تظلمها من الطاعة فإن ذلك سيترتب عليه سقوط حقها فى النفقة وقد لا تصل القضية إلى القاضى كى يوفق بينهما صلحاً».

(مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة 98 بتاريخ أول يوليو سنة 1985)

(1) تعليق مقرر اللجنة المشتركة حال مناقشة المادة (5 مكرراً) بالمجلس إذ قرر: = «مع احترامى لرأى السيد الدكتور السيد على السيد فإن إضافة عبارة أو وكيلها تكون فى حالة ما إذا افترضنا أن لكل زوجة وكيلًا، ولكن ما الحكم لو أن زوجة لم توكل عنها أحداً هنا نستطيع أن نأتى بعبارة شاملة هى «أو وليها» أى الولى بصفة عامة لأن الولاية أشمل وربما يكون ليس بقاصر فالنص فى تقديرى بهذا الشكل أوقع ويؤدى الغرض الذى نريده».

(مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985)

(2) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد.

(3) الدكتور رمزى سيف - الوسيط فى شرح قانون المرافعات الطبعة الثامنة 1968/1969 ص445.

بالفقرة الثانية من المادة العاشرة مرافعات.

وإذا لم يجد المحضر الزوجة أو من ينوب عنها فى موطنها، أو وجد أحدهما وامتنع عن التوقيع على أصل الإنذار بالاستلام أو عن استلام الصورة، تعين اتباع حكم المادة 11 من قانون المرافعات التى توجب على المحضر فى هذه الحالة تسليم صورة الإنذار فى اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن المعلن إليه فى دائرته حسب الأحوال. وعليه خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه فى موطنه الأصلي كتابا مسجلا يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة⁽¹⁾.

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله فى حينه فى أصل الإعلان وصورته ويعتبر منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً. وقد قصد من إيجاب حصول الإعلان لشخص الزوجة أو من ينوب عنها

(1) وقد أفصحت عن ذلك المناقشات التى دارت بمجلس الشعب حول نص المادة (5 مكرراً).
فقد قرر السيد رئيس المجلس أنه:

«... لذلك يجب أن ينطوى إعلان الطلاق لشخصها فإذا لم تكن موجودة أو كانت موجودة وامتنعت عن استلام الإعلان فى هذه الحالة تتبع القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية والتى تلزم المحضر فى هذه الحالة بالذهاب إلى القسم ويثبت هذا ثم يرسل خطاباً مسجلاً إلى المعلن إليه خلال أربع وعشرين ساعة».

كما قرر السيد العضو مختار هاني:

«.... فإذا لم تكن المطلقة موجودة وقت الإعلان لتتسلمه بشخصها فإن الحل فى هذه الحالة يكون بإعمال قواعد قانون المرافعات فى مثل هذه الجزئية ونقل لشخصها وفقاً للإجراءات المبينة بقانون المرافعات المدنية والتجارية...».

وقرر السيد العضو ممتاز نصار:

«... لأن المطلقة أحياناً يكون لها وكيل وأحياناً أخرى لا يكون لها وكيل وهنا نكون قد عطلنا النص فى مواضع كثيرة وهذا لا يجوز فالإعلان يكون لشخصها، طبقاً للقواعد المقررة....».

(مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو

سنة 1985 ص 7 ، 10)

ضمان وصول الإعلان إليها في المدة التي حددها النص للاعتراض على إنذار الطاعة حتى لا يفوت عليها فرصة الاعتراض عليه إذا تراءى لها ذلك، فقد يتسلم أحد الساكنين معها من الأقارب أو الأصهار أو أحد ممن يعمل في خدمتها الإنذار ولكنه يتراخى لسبب أو لآخر في تسليمه إليها⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «دعوة الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية، بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها. ثبوت أن الطاعنة تشارك المطعون ضده الإقامة في مسكن الزوجية. إعلانها في غير موطنها والحكم بعدم قبول اعتراضها شكلاً تأسيساً على صحة هذا الإعلان خطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم 29 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 11/6/1991)

وقد ذهبت محكمة النقض في أحكام غير منشورة لها إلى أن الحكم الوارد بالمادة (11 مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 لا يحول دون اتباع القواعد العامة في قانون المرافعات إذا تعذر الإعلان للزوجة أو من ينوب عنها.

إذ قضت بأن:

1- «وحيث إن النعى غير سديد، ذلك بأن الأصل في إعلان أوراق المحضرين أن يتصل علم المعلن إليه يقيناً بتسليم صورة الإعلان إلى ذات المعلن إليه أو نائبه وهذا ما نصت عليه المادة 11 مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والمادة العاشرة من قانون المرافعات، إلا أن المشرع اكتفى بالعلم الافتراضي إذا تعذر الإعلان لشخص المراد إعلانه أو نائبه إذا سلمت صورة الإعلان لصاحب صفة في تسلمها غير المراد إعلانه كجهة الإدارة، ومن ذلك حالة توجه المحضر لمسكن المعلن إليه فوجده مغلقاً وكان التخصيص بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه، فإن

(1) في هذا المعنى اقتراح السيد العضو السيد إسماعيل السمنودي حال مناقشة المادة بمجلس الشعب (مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة رقم 98 بتاريخ أول يوليو سنة

نص المادة 11 مكررا ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 على تسليم الإعلان للزوجة بدعوتها للدخول في طاعة زوجها لشخصها أو من ينوب عنها، لا ينفي إعمال القواعد العامة في قانون المرافعات، وذلك إعمالا للمادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 التي أوجبت اتباع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف عند عدم وجود نص في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها، مما مقتضاه أنه إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم صورة الإعلان إليه كأن وجد مسكنه مغلقا فعليه عملا بالمادة 11 من قانون المرافعات تسليم صورة الإعلان إلى جهة الإدارة مع توجيه كتاب مسجل للزوجة يتضمن أن صورة الإعلان سلمت لهذه الجهة والعبارة في تحديد تاريخ الإعلان عندئذ - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بتاريخ تسليم الصورة المعلنه إلى جهة الإدارة لا بيوم وصول الكتاب المسجل إلى المعلن إليه، ولا يجوز المجادلة في إرسال الكتاب المسجل متى أثبت المحضر ذلك إلا بطريق الطعن بالتزوير، لما كان ذلك، وإذ أثبت المحضر بأصل ورقة الإعلان أنه توجه إلى مسكن الطاعنة فوجده مغلقا فقام بتسليم صورة الإعلان لقسم الزيتون في ذات اليوم ثم أخطر الطاعنة بذلك بمقتضى كتاب مسجل، ومن ثم فإن الإعلان يكون قد تم صحيحاً، وما أثارته الطاعنة من أن الإعلان قد وصل إليها في تاريخ لاحق وأنها لم تتسلم الكتاب المسجل لا يؤبه له إذ أن العبارة في تمام الإعلان بتاريخ تسلم جهة الإدارة لصورة الإعلان، لا سيما أن الطاعنة لم تطعن بالتزوير على ما أثبتته المحضر بورقة الإعلان فإن الإعلان يكون قد تم صحيحاً وفقاً لما يتطلبه القانون، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى يكون على غير أساس.

وحيث إن الطاعنة تتعى بالسببين الثاني والثالث على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب وفي بيان ذلك نقول أنها تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتها بأن المحضر لم يبين بورقة الإعلان كيف تحقق من غلق مسكنها وما إذا كان لم يجد من يصح تسليم الإعلان إليه كما تمسكت بعدم وصول الكتاب المسجل إليها، واستندت في ذلك إلى شهادة من هيئة البريد إلا أن الحكم لم

يتناول هذا الدفاع بالرد والتمحيص وهو ما يعيبه ويستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعى غير صحيح ذلك لأنه طالما تم الإعلان صحيحاً على نحو ما سلف فإن ما أثارته الطاعنة لا ينطوي على دفاع جوهري صحيح إذ لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى، لاسيما أن الشهادة المقدمة من الطاعنة لم تتضمن أن الكتاب المسجل لم يصل إليها، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الطعن».

(طعن رقم 95 لسنة 62 ق جلسة 1996/1/11)

2- «وجوب تطبيق قانون المرافعات في كيفية إعلان دعوة الزوج لزوجته للدخول في طاعته. علة ذلك. التزام المحضر بتسليم ورقة الإعلان لجهة الإدارة. شرطه. المادتان 2/10 ، 11 مرافعات».

(طعن رقم 326 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» 1998/3/30)

3- «الأصل في إعلان أوراق المحضرين تسليم صورة الإعلان لذات المعلن إليه أو نائبه. المادتان 10 مرافعات و 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 ينفي إعمال القواعد العامة في قانون المرافعات».

(طعن رقم 488 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/3/27)

33- أثر إنذار الطاعة على نفقة الزوجة :

إذا أعلنت الزوجة بإنذار الطاعة، وامتنعت لما جاء بالإنذار وعادت إلى طاعة زوجها فإن الإنذار يكون قد حقق غرضه، وتستحق الزوجة بالتالي نفقتها. أما إذا أعلنت الزوجة بالإنذار وانقضى ميعاد الاعتراض عليه وهو - كما سنرى - ثلاثون يوماً، دون أن تعترض عليه، فإن نفقتها توقف من اليوم التالي لانتهاء ميعاد الاعتراض، ذلك أن المشرع اعتبر عدم اعتراض الزوجة على إنذار الطاعة في الميعاد المذكور قرينة لا تقبل إثبات العكس على امتناعها عن العودة إلى طاعة زوجها دون حق. ومعنى ذلك أنه لا يترتب على مجرد إعلانها

بالإنذار وعدم عودتها إلى منزل الزوجية وقف نفقتها وإنما يجب أن تمضى مدة الاعتراض دون تقديمه⁽¹⁾.

إلا أن محكمة النقض ذهبت في حكم حديث لها إلى أن النفقة توقف من تاريخ إعلانها للدخول في طاعة الزوج.

إذ قضت بجلسة 1998/3/30 في الطعن رقم 326 لسنة 63 ق - أحوال شخصية - بأن:

«انتهاء ميعاد اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بالدخول في طاعته. يسقط حقها في الاعتراض. أثره. اعتبارها ناشزا من تاريخ الإعلان وتوقف نفقتها»⁽²⁾.

(1) وصياغة المادة في هذا الشأن جاءت غير دقيقة وتؤدي إلى اللبس، ذلك أن ظاهرها يوحي بأنها حددت ميعادين لوقف النفقة، لأنها نصت في فقرتها الأولى على وقف نفقة الزوجة من تاريخ امتناعها عن طاعة زوجها دون حق، واعتبرت في فقرتها الثانية الزوجة ممتنعة عن الدخول في طاعة زوجها دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر، وكان مقتضى ذلك أن توقف نفقتها من تاريخ = هذا الإعلان، ولكنها أردفت في الفقرة الثالثة، أنه يعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض، إذا لم تتقدم به في الميعاد فكأنها نصت على تاريخ آخر لوقف النفقة يناقض التاريخ الأول.

(2) كما قضت محكمة النقض بأن:

«من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادة 11 مكررا ثانيا من القانون 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» مفاده على ما ورد بالملزمة الإيضاحية والراجح في مذهب أبي حنيفة أن نفقة الزوجة على زوجها جزاء احتباسه لها تحقيقا لمقاصد الزواج بأن تسلمه نفسها حقيقة أو حكما بأن تكون مستعدة للدخول في طاعته وغير ممتنعة عن الانتقال إليه، فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره فنفقت عليه، ولأن النفقة حقها وانتقالها إليه حقه مادام قد أوفاهما عاجل صداقها وأعد لها مسكنا شرعيا وكان أمينا عليها، فإن طالبها بالنفقة إليه فامتنعت فإن كان امتناعها بحق، كأن امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة، وإن امتنعت بغير

أما إذا اعترضت الزوجة على إنذار الطاعة فإن نفقتها لا توقف وتستمر الزوجة في تقاضى نفقتها حال نظر الاعتراض أمام محكمة الأسرة وأمام محكمة الاستئناف إذا طعنت الزوجة في الحكم الصادر من محكمة الأسرة، ولا يعتد بوقف الزوج للنفقة.

فإذا حكم نهائياً في الاعتراض على إنذار الطاعة برفض الاعتراض والاعتداد بإنذار الطاعة أو بعدم قبوله لسبب شكلي فإن نفقة الزوجة توقف ابتداء من اليوم التالي للحكم النهائي.

والفقرة الأولى من المادة وإن نصت على أن «توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع» مما يفيد أن النفقة توقف بحكم القانون، وحكم القاضى كاشف له فقط، إلا أنه يجب على الزوج أن يدفع بنشوز الزوجة أمام المحكمة التى تنتظر دعوى النفقة وأن يقدم الدليل على نشوزها⁽¹⁾.

ويمكن للزوج إثبات نشوز الزوجة بما يأتي :-

حق فلا نفقة لها لأنها تستوجب النفقة بتسليم نفسها لزوجها، فلم يتحقق شرط وجوب النفقة فلا تجب ولذا لا تستحق الناشز النفقة».

(طعن رقم 634 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/2/24)

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - «القضاء نهائياً بإثبات نشوز المطعون ضدها ووقف نفقتها لرفض اعتراضها على إنذار الطاعة الموجه إليها من الطاعن. قضاء الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف بفرض نفقة للمطعون ضدها على الطاعن دون أن يورد بأسبابه امتثال الأمر المقضى بين نفس الخصوم. أثره. جواز الطعن بالنقض».

(طعن رقم 23 لسنة 69ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/11/20)

(ب) - «لما ذلك وكان الحكم الابتدائي - المؤيد بالحكم المطعون فيه - بعد تعديله قد قضى بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضدها نفقة زوجية عن فترة امتناعها عن طاعته دون حق في حين أنه صدر لصالحه حكم نهائى برفض اعتراضها على دعوته لها بالدخول فى طاعته بما يعنى وقف نفقتها من تاريخ امتناعها عن طاعته فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون».

(طعن رقم 471 لسنة 73ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/4/23)

1- تقديم أصل إنذار الطاعة المعلن لشخص الزوجة أو من ينوب عنها، وشهادة من جدول المحكمة المختصة تفيد عدم اعتراضها على الإنذار خلال الميعاد القانوني.

2- صورة رسمية من الحكم الصادر في الاعتراض المرفوع من الزوجة على إنذار الطاعة القاضي برفض الاعتراض والاعتداد بإنذار الطاعة، وشهادة تفيد الطعن عليه وتأييد الحكم المستأنف، أو صورة رسمية من الحكم الصادر من محكمة الاستئناف.

إنما لا يجوز للزوج الاستناد في إثبات نشوز الزوجة إلى تقديمها الاعتراض على إنذار الطاعة بعد الميعاد، لأن المحكمة التي تنتظر الاعتراض هي المختصة بالفصل في هذه المسألة.

وتطبيقاً لما تقدم قضى بأن:

1- «امتناع الزوجة عن طاعة زوجها دون حق. أثره. وقف نفقتها من تاريخ ذلك الامتناع. م 11 مكرراً «ثانياً» من م بق رقم 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية. قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعن بأداء نفقة زوجية عن فترة امتناع زوجته عن طاعته رغم صدور حكم نهائي برفض اعتراضها على دعوته لها بالدخول في طاعته. خطأ في تطبيق القانون. علة ذلك».

(نقض طعن رقم 187 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» -

جلسة 2010/6/8)

2- «..... من المقرر أنه إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقتها من تاريخ الامتناع 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 الإنذار أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض أوجه الاعتراض الشرعية وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها. ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به في الميعاد وذلك عملاً بالمادة 11 مكرراً

ثانيا من القانون 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985. وحيث إنه إعمالا لما سلف ولما كان المدعى قد أُنذر زوجته المدعى عليها وأعلنها بهذا الإنذار فى 1986/9/9 ولم تعترض على هذا الإنذار فى الميعاد القانونى ومن ثم فإنها تكون خارجة عن طاعة زوجها وتقضى المحكمة بنشوزها من تاريخ 1987/10/9 - فوات المهلة القانونية».

(بندر شبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية - جلسة 1987/10/27 -

الدعوى رقم 62 لسنة 1987)

3- «وحيث إنه من المقرر قانونا أن الأصل فى الزوجة الطاعة لزوجها فإذا امتنعت عن طاعته بدون حق تكون ناشزة تسقط نفقتها من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها بإعلانها على يد محضر ولها حق الاعتراض على هذا الإنذار خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان ورفع الاعتراض بصحيفة تبين فيها الزوجة أوجه اعتراضها أمام المحكمة الابتدائية المختصة عملا بالمادة 11 مكررا ثانيا من القانون رقم 1985/100 للأحوال الشخصية فإذا قضت المحكمة برفض الاعتراض وأصبح هذا الحكم نهائيا أصبحت الزوجة ناشزة ولا يجوز لها المطالبة بنفقة شرعية ولما كان ذلك وكانت المدعى عليها طعنّت على الحكم الصادر برفض الاعتراض بالاستئناف رقم 51 لسنة 19 ق نفس على شبين الكوم ولم يتم الفصل فيه بعد ومن ثم فإن الدعوى تكون قد أقيمت على سند غير قانونى وتقضى المحكمة برفضها»⁽¹⁾.

(بندر شبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية - جلسة 1988/1/19 الدعوى

رقم 110 لسنة 1987)

4- «وحيث إنه من المقرر شرعا أن نفقة الزوجة على زوجها نظير الاحتباس ونفقتها تعتبر دينا قويا فى ذمته من تاريخ الترك لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء وتشمل الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى

(1) والدعوى كانت مقامة من الزوج بطلب وقف تنفيذ الحكم رقم 1986/401 شرعى مستأنف القاضى برفض نفقة لها.

به الشرع وتقدر حسب حالة الزوج يسرا أو عسرا مهما كانت حالتها على ألا تقل في حالة العسر عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية (مادة 1م) ق 25 لسنة 1920 المستبدلة بموجب نص المادة 100 لسنة 1985».

إلا أن المشرع قد نظم إثبات امتناع الزوجة عن طاعة زوجها والاعتداد بوقف نفقتها تبعاً لذلك فقضى في المادة 11 مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالمادة الأولى من القانون 100 لسنة 1985 على أن إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها دون وجه حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون وجه 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.

ويحتسب هذا الميعاد اعتباراً من اليوم التالى للإعلان وينتهى بانتهاء الثلاثين يوماً ما لم يكن آخر يوم منها عطلة رسمية فيمتد إلى اليوم التالى، واعتبرت المادة أن انتهاء ميعاد الثلاثين يوماً دون أن ترفع الزوجة دعوى الاعتراض يعد قرينة لا تقبل إثبات العكس على أن امتناع الزوجة عن الدخول في طاعة زوجها والعودة لمسكن الزوجية كان امتناعاً بدون حق ومن ثم يعتد بوقف نفقتها منذ انتهاء هذا الميعاد فلا يكون من حقها شرعاً نفقة الزوجية إذا انتهى هذا الميعاد دون أن ترفع الزوجة في خلاله دعوى الاعتراض.

وحيث إنه بإنزال ما تقدم على واقعة الدعوى وإذا كانت المحكمة تطمئن إلى شهادة شاهدى المدعية التي لم يدحضها المدعى عليه وترى أن المدعية كانت زوجة للمدعى عليه وعلى عصمته وفى طاعته إلا أنه قد امتنع عن الإنفاق عليها اعتباراً من أول يناير سنة 1986 وترى مناسبة الفرض الآتى بالمنطوق على ضوء تعرف حالة المدعى عليه من الأوراق وذلك حتى 1986/9/30

تاريخ انتهاء الاعتراض على إنذار الطاعة المعلن إلى شخصها من المدعى عليه بتاريخ 1986/8/31 دون اعتراض منها حسبما قررت بمحضر جلسة ختام المرافعة وبالتالي توقف نفقتها اعتباراً من اليوم التالي أى اعتباراً من 1986/10/1 ويضحي بالتالي طلب المدعية لنفقتها اعتباراً من هذا التاريخ غير قائم على سند سديد من الواقع والقانون خليقاً بالرفض».

(بركة السبع الجزئية للأحوال الشخصية - جلسة 1988/5/3 الدعوى رقم 135 لسنة 1986).

الاعتراض على إنذار الطاعة :

34- بيانات صحيفة الاعتراض :

أجازت المادة للزوجة الاعتراض على دعوة الزوج لها بالعودة إلى منزل الزوجية.

ويكون الاعتراض بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة طبقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

ولذلك يجب أن تتضمن صحيفة الاعتراض البيانات التى يجب أن تشتمل عليها أوراق المحضرين والمنصوص عليها بالمادة التاسعة من قانون المرافعات (راجع بند 31)، وكذلك البيانات المنصوص عليها بالمادة 63 مرافعات.

وقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة على الزوجة أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها.

ويجب أن تكون هذه الأوجه واضحة بحيث يستبين المقصود منها. والأوجه الشرعية التى تستند إليها الزوجة فى الاعتراض على إنذار الطاعة تنحصر فى تخلف الشروط التى أوجبتها الشرعية لإلزام الزوجة بالدخول فى طاعة زوجها كلها أو بعضها وهذه الشروط هي:

- 1- أن يكون الزوج قد أوفأها عاجل صداقها.
 - 2- أن يعد الزوج لها مسكناً شرعياً.
 - 3- أن يكون الزوج أميناً على زوجته وعلى مالها إن كان له مال.
- (راجع فى التفصيل بنود 2 وما بعده).

إلا أنه لا يجوز للزوجة الاستناد في الاعتراض إلى عدم أنفاق زوجها عليها. وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وعدم الاعتداد بإنذار الطاعة واعتباره كأن لم يكن على ما أورده بأسبابه من أن البين من أقوال شاهدي المطعون ضدها وتقرير الإخصائين الاجتماعيين أن مسكن الطاعة غير شرعى لا تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها فقد تعرضت للضرب أثناء إقامتها فيه، وأن الطاعن غير أمين عليها لعدم إنفاقه عليها وحصولها على حكم نفقة عليه. في حين أن أقوال شاهديها قد خلت مما ينبئ عما استدل عليه الحكم فالشاهد الأول قرر أن واقعة التعدى حدثت في شهر سنة أى بعد إقامة دعوى الاعتراض ونفى الشاهد الثانى علمه بالواقعة وأن الثابت من تقرير الإخصائين الاجتماعيين أن مسكن الطاعة خالٍ من سكن الغير وملائم للحياة الزوجية، وكان عدم الإنفاق لا يعتبر من الأوجه المقبولة للاعتراض على إنذار الطاعة، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خرج بأقوال الشهود عما يؤدى إليه مدلولها وخالف الثابت بالأوراق وشابه الفساد فى الاستدلال».

(طعن رقم 455 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2011/3/8)

ولما كان النص قد أوجب بيان أوجه الاعتراض فى صحيفة الاعتراض، فإنه لا يجوز للزوجة أن تضيف أوجها جديدة لاعتراضها بدفاعها الشفهى أو المكتوب.

ويجب توقيع صحيفة الاعتراض من أحد المحامين المقررين أمام المحكمة الابتدائية على الأقل عملا بالمادة 3/58 من القانون رقم 17 لسنة 1983 (المعدل) بإصدار قانون المحاماة.

35- جزاء تخلف بيانات صحيفة الاعتراض:

1- يترتب على تخلف البيانات التى يوجب القانون أن تشتمل عليها أوراق المحضرين والمنصوص عليها فى المادة التاسعة من قانون المرافعات الجزاء الذى أورده عند تناول مضمون إنذار الطاعة.

(راجع بند 31)

2- يرجع إلى قانون المرافعات فى الجزاء المترتب على تخلف البيانات المنصوص عليها فى المادة 63 مرافعات.

3- إذا لم تبين الزوجة أوجه الاعتراض فى صحيفة الاعتراض، فإنه يجب على المحكمة أن تقضى بعدم قبول الاعتراض وتقضى المحكمة بذلك ولو لم يدفع أمامها من الخصم لتعلق ذلك بالنظام العام.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«وجوب أن تبين الزوجة بصحيفة الاعتراض على دعوة الزوج لها بالدخول فى طاعته الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى الامتناع عن طاعته خلوها منه. أثره. عدم قبول الاعتراض. م 11 مكررا ثانيا من م بق رقم 25 لسنة 1929 المضافة بق رقم 100 لسنة 1985».

(طعن رقم 69 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 1998/11/30)

4- إذا أضافت الزوجة بدفاعها الشفهى أو المكتوب وجهها أو أوجه جديدة للاعتراض لم ترد بالصحيفة فإن المحكمة تقضى بعدم قبول هذه الأوجه الجديدة من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام.

5- إذا لم توقع صحيفة الاعتراض من أحد المحامين المقررين أمام المحكمة الابتدائية، وجب على المحكمة القضاء ببطلان صحيفة الاعتراض أو بعدم قبول الاعتراض لبطلان صحيفته. وتقضى المحكمة بذلك من تلقاء نفسها دون دفع من الخصم لتعلق هذا البطلان بالنظام العام.

وإذا قضت المحكمة بهذا البطلان فإنها تقف عند حد تقرير البطلان ولا تمضى فى نظر موضوع الاعتراض.

ويترتب على القضاء بعدم قبول الاعتراض أو بطلان صحيفته اعتبار الزوجة ناشزا وسقوط نفقتها من تاريخ صيرورة هذا الحكم نهائياً.

وقد قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ 1986/11/29 فى الدعوى

رقم 501 لسنة 1985 كلى بأن:

«وحيث إن المادة 11 مكررا ثانيا من القانون 100 لسنة 1985 تجرى على

أن: «إذا امتنعت الزوجة عن.....الخ».

ويمكن استخلاص المبادئ الآتية مما نصت عليه المادة سألقة الذكر.

أولاً: أن الإنذار الموجه من الزوج لزوجته لابد أن يتضمن بياناً وافياً لمسكن

الطاعة».

ثانياً: أن الزوجة إذا استعملت حقها في الاعتراض عليها أن تبين الأوجه

الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته.

ثالثاً: أن هذه الأوجه وعلى ما جرى به الفقه والقضاء منها ما يتعلق بالسكن

وعدم شرعيته ومنها ما يتعلق بالزوج لكونه غير أمين عليها.

رابعاً: أن إغفال الزوجة هذه الأوجه سواء منها ما يتعلق بالسكن أو بالزوج أو

كليهما يترتب عليها القضاء بعدم قبول الاعتراض.

خامساً: أنه يجب على المحكمة التدخل من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد

الزوجين لإنهاء النزاع صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة...الخ».

36- ميعاد الاعتراض:

ميعاد الاعتراض على إنذار الطاعة ثلاثون يوماً. وكان هذا الميعاد في القرار

بقانون رقم 44 لسنة 1979 - المقضى بعدم دستوريته - عشرة أيام، وقد ورد

الميعاد الأخير أيضاً في مشروع المادة والذي أقرته اللجنة المشتركة بمجلس

الشعب، إلا أنه عدل عند مناقشة المادة بالمجلس⁽¹⁾.

(1) وقد تم هذا التعديل بناء على اقتراح السيد العضو توفيق زغلول حيث قال:

«إن هذه المادة تحتاج منا إلى وقفة لأنها مهمة جداً وقد تؤدي إلى إسقاط حق الزوجة في

النفقة، فهي تتضمن أنه إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق فإن نفقتها توقف

من تاريخ الامتناع، وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج

إياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين في الإعلان المسكن، وللزوجة الاعتراض

على هذا أمام المحكمة الابتدائية في خلال عشرة أيام، وهناك بعض الزوجات لا تكفيهن

هذه المدة للاعتراض على الطاعة لأنهن قد يستشن الأهل والأقارب ويبحثن عن محام.

لذلك فإنني أقترح أن يكون اعتراض الزوجة خلال مدة ثلاثين يوماً بدلاً من عشرة أيام،

حتى لا تسقط نفقة الزوجات لأننا نعلم أن هناك زوجات أسقطت نفقاتهن لانتهاء مدة

وقد قصد من التعديل إفساح المهلة المحددة للاعتراض أمام الزوجة.
ويبدأ هذا الميعاد من اليوم التالي لإعلان الزوجة بإنذار الطاعة (م1/15 مرافعات).

ويزاد على هذا الميعاد ميعاد المسافة (مادتان 16، 17 مرافعات).
وينتهي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه، إلا إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية فإنه يمتد إلى أول يوم عمل بعدها (م18 مرافعات).
ويترتب على تقديم الاعتراض بعد الميعاد القضاء بعدم قبوله شكلاً، وتقضى المحكمة بذلك من تلقاء نفسها ولو لم يدفع بذلك أمامها لتعلق ميعاد الاعتراض بالنظام العام.

وبالترتيب على ما تقدم قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ
1986/11/29 فى الدعوى رقم 430 لسنة 1986 بأن:

«وحيث إنه من المقرر قانوناً عملاً بنص المادة 11 مكرراً ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها ومؤدى هذا النص أن المشرع اشترط أن تتقدم الزوجة بالاعتراض على إنذار

الاعتراض بيوم واحد ويجب إفساح الوقت أمام الزوجات، وشكراً».
وقد أيدته فى هذا الاقتراح كل من الأعضاء: ممتاز نصار والدكتور عبد العزيز محمد عزيز ومختار هانى.

(مضبطة المجلس الطبعة المؤقتة الجلسة 98 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص3 وما بعدها).

الطاعة المرسل إليها من الزوج خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها ولما كان ذلك وكان الثابت أن المعارضة أعلنت بالإنذار المرسل إليها من المعارض ضده بتاريخ 1986/6/3 ولم تعترض عليه إلا بتاريخ 1986/7/5 أى بعد فوات الميعاد المقرر قانوناً مما يتعين معه القضاء بعدم قبول الاعتراض شكلاً لتقديمه بعد الميعاد».

ولما صدر القانون رقم 10 لسنة 2004 بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة، أوجب - كما سنرى - قبل اللجوء إلى محكمة الأسرة المختصة، التقدم بطلب لتسوية النزاع أمام مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص في كافة الدعاوى - عدا ما استثنى - وهنا قد تتور صعوبة في كيفية تطبيق ميعاد الاعتراض وهو ثلاثون يوماً.

والرأى عندنا أنه يجب التقدم بالطلب إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية خلال هذا الميعاد، فإذا قدم الطلب فإن الميعاد يقف حتى تاريخ تحرير مكتب التسوية محضراً يثبت فيه فشل محاولة التسوية (2/8).

ومن اليوم التالى لتحرير هذا المحضر يستأنف الميعاد سيره، وتحسب مدة الثلاثين يوماً بضم المدة السابقة على الوقف إلى المدة التالية له، باعتبار أن إيجاب التقدم بالطلب إلى المكتب واستمرار نظره أمامه يمثل مانعاً قانونياً من رفع الاعتراض إلى محكمة الأسرة.

37- مدى سريان ميعاد الثلاثين يوماً على الاعتراضات المرفوعة فى ظل القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 :

كانت المادة السادسة مكرراً ثانياً من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته تنص على أن ميعاد الاعتراض على إنذار الطاعة عشرة أيام ومن ثم فإنه يثور البحث فى مدى سريان ميعاد الثلاثين يوماً الذى حددته المادة (11 مكرراً ثانياً) من القانون رقم 100 لسنة 1985 للاعتراض على إنذار الطاعة، على الاعتراضات التى رفعت فى ظل القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

وفي هذا الشأن يتعين الرجوع إلى نص المادة السابعة من القانون رقم 100 لسنة 1985 فقد جرت على أن:

«ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979، وذلك عدا حكم المادة (23 مكرراً) فيسرى حكمها من اليوم التالي لتاريخ نشره»، فالمستقر عليه أن مفاد هذه المادة سريان أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 اعتباراً من نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية المشار إليه بتاريخ 1985/5/16 على المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى (أنظر في التفصيل الجزء الثالث)

وعلى ذلك فإن ميعاد الثلاثين يوماً الذي حددته المادة (11 مكرراً ثانياً) من القانون رقم 100 لسنة 1985 للاعتراض على إنذار الطاعة يسرى على الاعتراضات التي رفعت في ظل القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ولم يفصل فيها بحكم نهائي قبل العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتاريخ 1985/5/16.

وعلى سبيل المثال لو أن زوجة اعترضت على إنذار الطاعة وحكم بتاريخ 1985/2/1 بعدم قبول الاعتراض شكلاً لرفعه بعد الميعاد وهو عشرة أيام طبقاً للقرار بقانون 44 لسنة 1979، فطعنت الزوجة على هذا الحكم بالاستئناف وظل الاستئناف منظوراً حتى 1985/5/30 (أي بعد العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1985) فإنه يجب على المحكمة إعمال الميعاد المنصوص عليه في المادة (11 مكرراً ثانياً) من القانون الأخير التي تقضى بأن ميعاد الاعتراض ثلاثون يوماً، فإذا فرضنا أن الاعتراض كان مرفوعاً في اليوم العشرين من تاريخ إعلان الإنذار كان عليها أن تقضى بإلغاء الحكم المستأنف وبقبول الاعتراض شكلاً.

وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - في حكم حديث لها صادر بتاريخ 1988/6/14 في الطعن رقم 59 لسنة 56 ق - غير منشور - جاء به:

«وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم 998 لسنة 1983 كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة ضد المطعون ضده للحكم باعتبار إعلانه لها بتاريخ 1983/6/6 بدعوتها إلى طاعته كأن لم يكن. وقالت بيانا لدعواها أنها زوجة المطعون ضده بصحيح العقد الشرعى ووجه إليها فى 1983/6/6 إعلانا يدعوها فيه للدخول فى طاعته فى المنزل المبين به وكان هذا الإعلان لم تعلم به إلا مصادفة إذ تسلمته شقيقتها باتفاق بينها وبين المطعون ضده الذى دأب على التعدى عليها هذا إلى أن المسكن المبين به يشغله شقيقه فقد أقامت الدعوى وفى 1985/3/25 حكمت المحكمة بعدم قبول الاعتراض شكلا لتقديمه بعد الميعاد. استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم 266 لسنة 102 ق القاهرة وفى 1986/2/6 حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف. طعنت الطاعنة على هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن. عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأياها.

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون. وفى بيان ذلك نقول أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على سند من حكم المادة السادسة مكررا ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقرار بالقانون رقم 44 لسنة 1979 وإذ كان هذا القرار بقانون قد حكم بعدم دستوريته ونشر الحكم فى 1985/5/16 مما يمتنع معه تطبيقه من اليوم التالى لنشره عملا بالمادتين 48، 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا وهو ما كان يستتبع الحكم باعتبار إنذار الطاعة كأن لم يكن إلا أن الحكم المطعون فيه وقد طبق أحكام القرار بقانون المقضى بعدم دستوريته فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن مفاد المادة السابعة من القانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تسرى أحكام هذا القانون على المراكز

القانونية التي تكونت في ظل القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى لما كان ذلك، وكانت المادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 - الذي يحكم واقعة الدعوى - خولت الزوجة التي يوجه إليها زوجها إعلانا بدعوتها إلى طاعته الاعتراض عليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان وكان المطعون ضده في 1983/6/6 قد وجه إعلانا إلى الطاعنة يدعوها بموجبه إلى طاعته في المنزل المبين به. وكانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالاعتراض عليه في 1983/7/20 بعد انقضاء الثلاثين يوما والتي حددتها المادة المتقدمة ميعادا لذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم المستأنف في قضائه بعدم قبول هذا الاعتراض شكلا لتقديمه بعد الميعاد يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة في القانون ولا يعيبه إن لم يعرض في قضائه لأحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 وسريانه على واقعة الدعوى دون القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المحكوم بعدم دستوريته طالما أن ذلك القصور في الأسباب القانونية ليس من شأنه أن يغير وجه الرأي في الدعوى إذ أن لمحكمة النقض أن ترد الحكم إلى الأساس الصحيح في القانون ومن ثم يكون الطعن غير منتج».

38- المحكمة المختصة نوعيا بنظر الاعتراض:

(أ) قبل العمل بالقانون رقم 10 لسنة 2004 بإصدار قانون إنشاء محاكم

الأسرة:

نصت الفقرة الثالثة من المادة (11 مكررا ثانياً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن «للزوجة الاعتراض على هذا «إنذار الطاعة» أمام المحكمة الابتدائية وواضح من النص أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة. ورغم أن الطاعة بحسب الأصل من المواد المتعلقة بالزوجة التي كانت تختص بنظرها المحكمة الجزئية - عند صدور القانون 100 لسنة 1985 عملا بالمادة السادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) - إلا أن المشرع راعى في جعل الاختصاص بنظر الاعتراض على إنذار الطاعن للمحكمة

الابتدائية أن الفصل في هذا الاعتراض قد يؤدي إلى التطليق والتطليق من اختصاص المحكمة الابتدائية.

ولذلك رفض مجلس الشعب اقتراحا بجعل الاختصاص للمحكمة الجزئية⁽¹⁾.

(1) وقد قدم الاقتراح من العضوين ممتاز نصار وعبد المنعم فرج.

فقد قرر السيد العضو ممتاز نصار أنه:

«إن ما ذكره السيد العضو توفيق زغلول في محله، وأريد عليه وأقول إن النص هنا يتطلب من الزوجة الالتجاء إلى المحكمة الابتدائية للاعتراض على الطاعة بينما =

= الاختصاص فيها للمحكمة الجزئية ويجب أن يكون الاعتراض أمام المحكمة الجزئية بدلا من المحكمة الابتدائية كما تتطلب هذه المادة لأنه قد يكون هناك زوجات يقمن في القرى وبعض المراكز أو بعض المدن وقد لا توجد محكمة ابتدائية في هذه الأماكن، وهذا فيه إرهاق لهن بالنسبة لمسألة من اختصاص المحاكم الجزئية».

وقرر السيد العضو عبد المنعم فرج أنه:

«في الطعن الجنائي عندما يصدر الحكم من المحكمة الابتدائية فإن الطعن في الحكم يكون أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، ويجب علينا تسهيلات للزوجة أن نجعلها تقوم بالطعن أمام المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها محل إقامتها ثم تنظر الدعوى بعد ذلك أمام المحكمة الابتدائية».

وقد عقب على هذا الاقتراح كل من العضوين حلمي عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة) ومختار هاني.

فقرر السيد العضو حلمي عبد الآخر:

«... ولكنني اعترض بالنسبة لما قيل عن الاختصاص، فالمحكمة الجزئية لا تختص بالنسبة لما ذكر لأن مآل الدعوى الطلاق، والطلاق طبقا للائحة ترتيب المحاكم الشرعية من اختصاص المحكمة الكلية، المحكمة الكلية مكونة: من ثلاثة قضاة، وإجراءات التحكيم للمحكمة الابتدائية.

ولذلك فإنني أرجو أن يظل الاختصاص في الطاعة للمحكمة الابتدائية ولا ضير في هذا لأن الزوجة حينما تطلب الطلاق أو عندما تنشور منازعة في هذا الشأن، فإن المحكمة الابتدائية هي التي تنظرها، وإذا فشل القاضى في الإصلاح فله أن يحكم بالطلاق».

وقرر السيد العضو مختار هاني:

«إنني اتفق مع السيد الزميل العضو حلمي عبد الآخر فيما قاله بالنسبة للاختصاص، لأن

وقد أصبح اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الاعتراض، متسقا مع المادتين 9 ، 10 من القانون رقم (1) لسنة 2000، إذ جعل القانون الاختصاص بمنازعات الطاعة عامة للمحكمة الابتدائية، إذا لم ترد هذه المنازعات ضمن المنازعات المنصوص عليها بالمادة التاسعة التي عدت الدعاوى التي تختص بها المحكمة الجزئية، ومن ثم يحكمها نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة التي تقضى بأن: «تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية.... الخ».

(ب) بعد العمل بالقانون رقم 10 لسنة 2004 بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة:

بعد العمل بالقانون رقم 10 لسنة 2004 بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة، أصبح الاختصاص بنظر الاعتراض على إنذار الطاعة لمحكمة الأسرة، عملا بالمادة الثالثة من القانون المذكور التي تقضى بأن «تختص محاكم الأسرة دون غيرها، بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000.... الخ».

والاعتراض على إنذار الطاعة، من الدعاوى التي يجب قبل رفعها إلى محكمة الأسرة التقدم بطلب بشأنها لتسوية النزاع إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص.

(م/6 من القانون).

38 مكررا - المحكمة المختصة محليا بنظر الاعتراض:

المحكمة المختصة محليا بنظر الاعتراض هى التى يقع فى دائرتها موطن المعارض ضده عملا بالفقرة الثانية من المادة 15 من القانون رقم (1) لسنة

الاختصاص يجب أن يظل للمحكمة الابتدائية لأنها هى التى ستعين الحكامين، كما أنها هى التى قد تنتهى فى هذا إلى التطبيق....».

(مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة 98 بتاريخ أول يوليو

سنة 1985 ص3)

2000 التي تجرى على أن: «وبمراعاة أحكام المادتين 10، 11 من هذا القانون ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي».

وكان الاختصاص بنظر الدعاوى الخاصة بالمسائل المتعلقة بالزوجية في ظل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) عدا ما ورد بشأنه نص خاص للمحكمة التي بدائلتها محل إقامة الزوجة أو الزوج عملا بالمادة 24 منها التي كانت تجرى على أن: «ترفع الدعوى أمام المحكمة التي بدائلتها محل إقامة المدعى أو المدعى عليه إذا كانت من الزوجة أو الأم أو الحاضنة في المواد الآتية... الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق ومن ثم كانت هذه المحكمة هي المختصة بنظر الاعتراض على إنذار الطاعة».

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1996/5/20 في الطعن رقم 225 لسنة 62ق - أحوال شخصية - بأن:

«مفاد النص في المادة 24 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن للمدعية إذا كانت زوجة أو أما أو حاضنة أن ترفع دعاوها أمام المحكمة التي يقع بدائلتها محل إقامتها أو محل إقامة المدعى عليه وذلك في المواد التي أوردها النص المذكور، ومن بينها المواد المتعلقة بالزوجية وهي الدعاوى التي تتضمن منازعة في مسألة متعلقة بالآثار التي يربتها عقد الزواج ومنها دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة، ذلك أنه يترتب على عقد الزواج طاعة الزوجة لزوجها والقرار في مسكن الزوجية ولا تعد الزوجة ناشزة ممتعة عن طاعة زوجها إذا لم يهئ لها مسكنا تتوافر له شروطه الشرعية أو كان غير أمين عليها، ومنازعتها في ذلك بالاعتراض على إنذار الطاعة الموجه منه إليها تعتبر من المسائل المتعلقة بالزوجية، وقد رأى المشرع أنه إذا كانت الدعوى مقامه من الزوجة أو الأم أو الحاضنة في مواد معينة - منها المسائل المتعلقة بالزوجية - الخروج على الأصل المقرر في المادة 21 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي عقدت الاختصاص محليا بنظر الدعوى للمحكمة التي يقع بدائلتها محل إقامة المدعى عليه، وذلك بقصد التيسير على هؤلاء مراعاة لظروفهن ودفعاً

للمشقة عنهن، فلهن الخيار فى إقامة الدعوى أمام المحكمة التى يقمن بدائرتها أو المحكمة التى يقيم بدائرتها الزوج أو الإبن أو ولى المحضون».

39- تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً:

فى حالة استيفاء الاعتراض شكله القانونى، أوجب النص على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما. ومعنى ذلك أنه إذا لم يطلب أحد الزوجين من المحكمة التدخل لإنهاء النزاع صلحاً، كان عليها التدخل لإنهاء النزاع صلحاً من تلقاء نفسها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1984/2/21 فى الطعن رقم 53 لسنة 52 ق بأن:

«مفاد الفقرة الأخيرة من المادة 6 مكرراً ثانياً من القانون رقم 44 لسنة 1979، أن المشرع قد أوجب على المحكمة عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بطاعته فى المسكن المعد للزوجية لتدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً».

والمقصود بالصلح - بصريح النص - استمرار الزوجية والمعاشرة بالمعروف. والنص لم يرسم للمحكمة طريقاً معيناً للإصلاح بين الزوجين. ولذلك فهى تتدخل للإصلاح بينهما بالطريقة التى سنراها مناسبة، والإصلاح بين الزوجين يقتضى لتعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما والظروف والملابسات المحيطة به حتى يتخير القاضى السبل الناجحة لإنهائه صلحاً⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك جاء بالمذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 عن المادة (6 مكرراً ثانياً) المقابلة للنص الحالى أنه:

«ثم إذا ما استوفى الاعتراض شكله القانونى 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

(1) نقض طعن رقم 23 لسنة 51 «أحوال شخصية» - جلسة 1982/3/16 (صادر بصدده المادة 6 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929).

لها أن تبحث شرعية المسكن إذا كان اعترض الزوجة منصبا على انتفاء شرعيته ولها أن تأمر الزوج بإعداد المسكن المناسب إذا بان لها أن المسكن الذى حدده الزوج فى الإعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعا أو عرفا .. الخ».

وقد ذهبت محكمة النقض فى عدة أحكام لها إلى أنه يكفى لأداء المحكمة واجبها فى التدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا، أن تعرض الصلح على الطرفين.

إدققت بأن:

1- «دعوى اعتراض الزوجة على إعلان زوجها لها بطاعته فى المسكن المعد للزوجية. وجوب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بينهما صلحا. المشرع لم يرسم طريقا معيناً للإصلاح بين الزوجين. عرض المحكمة الصلح على الطرفين. قبول أحدهما له وإيداء الآخر طلباته فى الدعوى وسكوته عن تحديد موقفه من الصلح كاف لإثبات تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحا بين الزوجين دون حاجة لإعادة طرحه عليهما مرة أخرى فى الاستئناف».

(طعن رقم 43 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 1987/4/28 -

غير منشور).

2- «..... 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 تحقيقا لمصلحة عامة استهدفها وأفصحت عنها المذكرة الإيضاحية وهى أن المقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف، إلا أنه لم يرسم طريقا 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 كافيا لإثبات أن المحكمة تدخلت لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا دون حاجة لإعادة طرحه عليهما مرة أخرى فى الاستئناف مادام لم يستجد ما يدعو إليه فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس».

(طعن رقم 9 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/12/15 -

غير منشور).

3- «وجوب تدخل المحكمة - عند نظر اعتراض الزوجة على إنذار

الزوج لها للدخول في طاعته - لإنهاء النزاع بينهما صلحاً. م 11 مكرراً ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. لم يرسم المشرع طريقاً معيناً يتحتم اتباعه عند محاولة إجراء الصلح بين الزوجين. عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من المطعون ضدها. كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح».

(طعن رقم 210 لسنة 60 ق «أحوال شخصية»

جلسة 1994/5/31)⁽¹⁾.

إلا أن المحكمة عدلت في أحكام حديثة لها عن قضائها السابق وذهبت إلى أنه لا يكفي لتدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً طبقاً لنص المادة 11 مكرراً ثانياً سالف الذكر مجرد عرض الصلح على الطرفين دون السعي له إذ قضت بأن:

1- «النص في الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 يدل على أن المشرع قد أوجب على المحكمة عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها بالدخول في طاعته وقبل أن تفصل في موضوع الاعتراض أن تتدخل سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الزوجين لإنهاء النزاع صلحاً باستمرار الحياة الزوجية وحسن المعاشرة وذلك بأية صورة ممكنة تراها المحكمة على ضوء أسباب الاعتراض ومن خلال هذا الحق المقرر قانوناً للمحكمة والواجب عليها يكون لها أن تناقش

(1) وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في أحكام عديدة بصدد المادة السادسة من المرسوم = بقانون رقم 25 لسنة 1929 التي تشترط للتطبيق للضرر عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين فقد جرت أحكامها على أن المشرع لم يرسم طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح وأنه يكفي عرض الصلح على الزوجين (طعن رقم 48 لسنة 52 ق أحوال شخصية 1983/11/22 - طعن رقم 82 لسنة 53 ق أحوال شخصية جلسة 1985/3/12 - طعن رقم 11 لسنة 54 ق أحوال شخصية جلسة 1986/2/25 - طعن رقم 52 لسنة 52 ق أحوال شخصية - جلسة 1986/2/25 - طعن رقم 33 لسنة 54 ق أحوال شخصية - جلسة 1986/3/11 - طعن رقم 84 لسنة 55 ق أحوال شخصية - جلسة 1988/2/23).

أوجه الاعتراض وتعمل على إصلاح ما فسد منها ويمكن إصلاحه أمامها وأن تأمر المخل بحسن العشرة بإصلاح ما اعوج منه وكف أذاه عن شريكه في الحياة الزوجية، ولا يكفي لذلك مجرد عرض الصلح على الطرفين دون السعى له، ويجب على المحكمة إثبات الدور الذي قامت به في محضر الجلسة وفي أسباب الحكم الذي يصدر في الاعتراض باعتبار أن هذا الإجراء - أى التدخل لإنهاء النزاع صلحا - إجراء جوهريا أوجبه القانون ويرتبط بالنظام العام وأن مخالفة ذلك يترتب عليه بطلان الحكم».

(طعن رقم 377 لسنة 63ق «أحوال شخصية» جلسة 19/5/1998)

2- «دعوى اعتراض الزوجة على إعلان زوجها لها بالدخول في طاعته. وجوب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحا بينهما. عدم كفاية مجرد عرض الصلح دون السعى له. التزام المحكمة بإثبات الدور الذي قامت به في محضر الجلسة وأسباب الحكم. علة ذلك. مخالفته. أثره. بطلان الحكم».

(طعن رقم 111 لسنة 64ق «أحوال شخصية» جلسة 27/10/1998)

(طعن رقم 325 لسنة 64ق «أحوال شخصية» جلسة 13/7/1999)

3- «دعوى اعتراض الزوجة على إعلان زوجها لها بالدخول في طاعته. وجوب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحا بينهما. عدم كفاية مجرد عرض الصلح دون السعى له. التزام المحكمة بإثبات الدور الذي قامت به في محضر الجلسة وأسباب الحكم. مخالفة ذلك. أثره بطلان الحكم».

(طعن رقم 388 لسنة 64ق «أحوال شخصية» جلسة 16/11/1999)

(طعن رقم 452 لسنة 64ق «أحوال شخصية» جلسة 25/1/2000)

(طعن رقم 461 لسنة 64ق «أحوال شخصية» جلسة 22/2/200)

إلا أن الاتجاه الأول لمحكمة النقض الذي يكتفى بمجرد عرض الصلح أصبح متفقاً مع نص الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 - وهو لاحق للمادة (11) مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985، إذ تجرى الفقرة المذكورة على أن: «تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على

الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بها - رافضاً له». وبذلك أصبح من الجائز مجرد عرض الصلح دون تدخل المحكمة بدور إيجابى فيه.

كما أن الفقرة الثانية من المادة (18) من القانون رقم (1) لسنة 2000 سألقة الذكر تقضى بأنه: «فى دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بها إلا بعد أن تبذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا نقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً». ومن ثم فإنه يجب على المحكمة إذا طلبت الزوجة التطليق أثناء نظر اعتراضها على إنذار الطاعة أن تعرض عليها الصلح مرتين على النحو المبين بالفقرة المذكورة إذا كان للزوجين ولد (ذكر أو أنثى).

ونعرض فيما يلى لبعض المسائل التى تنثور بصدد واجب المحكمة فى التدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً.

40- هل يلزم تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً فى مرحلة معينة؟

جرى نص المادة على أنه: «وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين، التدخل لإنهاء النزاع بينهما....الخ». فقد تطلب النص من المحكمة التدخل لإنهاء النزاع صلحاً عند نظر الدعوى، ولم يتطلب منها المبادرة بالتدخل بالصلح قبل نظر الدعوى أو سماع الشهود فيها. ومن ثم فإنه يجوز للمحكمة التدخل بالصلح ولو بعد اتخاذ إجراءات الإثبات فيها.

غير أنه يجب أن يتم تدخلها بالصلح قبل اتخاذها إجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المادة 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000 لأن اتخاذ هذه الإجراءات مشروط بأمرين، الأول: أن يبين للمحكمة استحكام الخلاف بين الطرفين. والثاني: أن تطلب الزوجة التطليق. واستحكام الخلاف بين الزوجين لا ينكشف إلا بعد رفضها أو رفض أحدهما الصلح.

وفى هذا قضت محكمة النقض - بصدد المادة 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - بأن:

«مؤدى نص المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 يدل على أن الشارع وإن اشترط للحكم بالتفريق فى هذه الحالة شرطان أولهما أن يثبت الضرر المدعى به بما لا يستطاع معه دوام العشرة وثانيهما أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين إلا أنه لم يستلزم المبادرة بالقيام بهذا الإصلاح قبل نظر الدعوى وسماع الشهود فيها أو معاودة القيام به فى كل مرحلة من مراحل الدعوى.... الخ».

(طعن رقم 23 لسنة 51 قى «أحوال شخصية» جلسة 1982/3/16)

41- عدم اشتراط حضور الزوجين معا عند تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بينهما صلحاً:

لم يشترط النص حضور الزوجين معا أمام المحكمة عند تدخلها لإنهاء النزاع بينهما صلحاً، فإذا قامت المحكمة بعرض الصلح على أحد الزوجين فرفضه لم يعد ثمة مبرر لعرضه على الزوج الآخر.

وفى هذا قضت محكمة النقض - بصدد المادة 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - بأن:

1- «لما كانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 إذ اشترطت للقضاء بالتطليق للضرر عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين لم ترسم طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح ولم تستوجب حضور الزوجين معا أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء وكان الثابت بالأوراق أن محكمة أول درجة عرضت الصلح على المطعون عليها فرفضته وكان ذلك يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين مما لا حاجة معه لعرض الصلح بعد ذلك على الطاعن أو معاودة القيام بهذه المحاولة أمام محكمة الاستئناف فإن النعى بضرورة عرض الصلح عليهما معا يكون على غير أساس».

(طعن رقم 48 لسنة 52 قى «أحوال شخصية» جلسة 1983/11/22)

2- «لما كانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 إذ اشترطت للقضاء بالتطليق عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين لم ترسم طريقا معيناً لمحاولة الإصلاح كما لم تستوجب حضور الزوجين معا أمام المحكمة».

(طعن رقم 82 لسنة 53 قى «أحوال شخصية» جلسة 1985/3/13)

(طعن رقم 11 لسنة 54 قى «أحوال شخصية» جلسة 1986/2/25)

(طعن رقم 52 لسنة 52 قى «أحوال شخصية» جلسة 1986/2/25)

(طعن رقم 33 لسنة 54 قى «أحوال شخصية» جلسة 1986/3/11)

(طعن رقم 84 لسنة 55 قى «أحوال شخصية» جلسة 1988/2/23)

(طعن 225 لسنة 62 قى «أحوال شخصية» جلسة 1996/5/20)

42- عدم اشتراط مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة عند تدخلها لإنهاء النزاع بينهما صلحاً :

لم يشترط النص مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة عند تدخلها لإنهاء النزاع بينهما صلحاً، ولذلك يكفي مثول وكيل كل من الزوجين المفوض بالصلح عند حصول هذا التدخل.

وفي هذا قضت محكمة النقض - بصدد المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 - بأن:

1- «لما كان ما تقدم وكانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التي تشترط للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين جاءت خلوا من وجوب إثبات مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة، وكان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة أول أبريل 1970 أمام محكمة أول درجة أن كلا من الطاعنين والمطعون عليها، قد أناب عنه وكيلاً مفوضاً بالصلح، وأن وكيل المطعون عليها رفضه على حين قبله وكيل الطاعن، فإن ذلك يكفي لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين ويكون النعى فى هذا الخصوص على غير أساس».

(طعن رقم 18 لسنة 41ق «أحوال شخصية» جلسة 13/3/1975).

2- «وحيث إن النعى مردود، ذلك أنه لما كانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التي تشترط للقضاء بالتطليق عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين، جاءت خلوا من وجوب مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة عند محاولة الإصلاح بينهما، وكان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة 19/12/1976 أمام محكمة الاستئناف أن المطعون عليها حضرت بشخصها ورفضت الصلح وحضر وكيل الطاعن، فإن ذلك كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين، ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 16 لسنة 47ق «أحوال شخصية» جلسة 14/3/1979)

3- «وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك أن الثابت من مدونات الحكم الابتدائي، أن محكمة أول درجة عرضت الصلح على الطرفين فرفضه وكيل المطعون ضدها وقبله وكيل الطاعن، وهو ما يكفي لإثبات عجز المحكمة عن إنهاء النزاع صلحا بين الطاعن والمطعون ضدها دون ما حاجة لإعادة عرضه مرة أخرى في الاستئناف مادام لم يستجد ما يدعو إليه، ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس».

(طعن رقم 4 لسنة 9ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/4/2)
(ذات المبدأ طعن رقم 149 لسنة 58ق «أحوال شخصية»
جلسة 1991/3/26)

4- «عرض الصلح على وكلي الطرفين ورفضه من وكيل المطعون ضدها. كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح».

(طعن رقم 258 لسنة 72ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/10/25)

5- «التزام المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم. تخلف الخصم عن حضور جلسة الصلح مع علمه بها بغير عذر مقبول. اعتباره رافضا له. المادة 1/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 عرض الصلح من المحكمة مرتين وقبوله من المستأنف ضده وتخلف المستأنفة عن حضور جلستي الصلح رغم علمها بهما بغير عذر مقبول. مفاده. رفضها له. أثره. عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما».

(طعن رقم 497 لسنة 72ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/4/26)

وتجدر الإشارة إلى أن التفويض في الصلح يستتبع التفويض برفضه.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

«وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن التفويض في الصلح يستتبع التفويض برفضه، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن وكيل المطعون عليها المفوض بالصلح قد رفضه، فإن ذلك يكفي لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس».

(طعن رقم 47 لسنة 48ق «أحوال شخصية» جلسة 1980/3/5)

43- إيجاب إثبات تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا بمحاضر جلسات دعوى الاعتراض:

يجب أن يثبت تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا بمحاضر جلسات دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة، فإذا خلت محاضر الجلسات من إثبات هذا التدخل، ثم قضت المحكمة في موضوع الاعتراض كان قضاؤها مخالفا للقانون، لأنه لا يجوز للمحكمة الاستناد في حصول هذا الإجراء على ما يخالف أو يجاوز ما دون محاضر جلساتهما.

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض في حكم لها صادر بتاريخ 1988/5/24 في الطعن رقم 59 لسنة 57 ق «أحوال شخصية»⁽¹⁾ ذهبت فيه إلى ما يأتي:

«وحيث إن النعى في محله ذلك أن النص في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقه بئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما...» يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع اشترط للحكم بالتفريق في هذه الحالة أن يثبت إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، لما كان ذلك وكان النص في المادة 25 من قانون المرافعات على أنه «يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفي جميع إجراءات الإثبات كاتب يحرر المحضر ويوقعه مع القاضي وإلا كان العمل باطلا» وفي المادة 159 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 على أنه «وعلى كتاب المحاكم والنيابات الذين يحضرون الجلسات أن يحرروا محاضر بكل ما يدور فيها وأن يوقعوها» يدل على أن يتعين لاحتجاج الخصوم أو محاجتهم بما اتخذ في الدعوى من إجراءات للإثبات وما أدلوا به لوكلاتهم من إقرارات أو أبدوه من دفع أو أوجه دفاع شفاها

(1) صادر بصدد المادة 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929.

بالجلسات أن تكون واردة في محاضر مدونة بواسطة الكاتب فلا يجوز للمحكمة أن تستند في قضائها على ما يخالف أو يجاوز ما دون فيها بخصوص هذه الإجراءات وتلك التقارير، وكان الثابت من محاضر جلسات محكمتي أول وثاني درجة أنها خلت من إثبات أن محاولات للإصلاح بين الزوجين قد بذلت وأنهما ووكلاؤهما المصرح لهم بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات مما يتحقق به شرط عجز القاضى عن الإصلاح اللازم للحكم بالتطليق للضرر وكان لا يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الطرفين قيام المطعون عليها بإعلان الطاعن للحضور أمام المحكمة لتقوم بالتوفيق بينهما طالما لم يثبت من محاضر الجلسات أن المحكمة حاولت الإصلاح بين الطرفين أثناء مثولهما أمامها بالجلسة التي تلت هذا الإعلان فإن ما تضمنه الحكم الابتدائي الذي تأيد بالحكم المطعون فيه من أن محاولة الإصلاح بين الطرفين باءت بالفشل لا يكون له سند بالأوراق ويكون الحكم بالتطليق رغم تخلف هذا الشرط قد خالف القانون وإذ أيده الحكم المطعون فيه على سند من القول بأنه لا يتحتم على محكمة أول درجة اتخاذ هذا الإجراء فإنه يكون بدوره معيبا بمخالفة القانون مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة».

(راجع أيضا طعن رقم 377 لسنة 63 ق جلسة 1998/5/19 - منشور ببند 39)

44- عدم وجوب تكرار التدخل لإنهاء النزاع صلحا أمام محكمة

الاستئناف:

لم يشترط النص تكرار التدخل لإنهاء النزاع صلحا أمام محكمة الاستئناف إذا أخفقت محاولة الصلح أمام محكمة أول درجة. ومن ثم فإنه لا يعيب الحكم الاستئنافي عدم تدخل محكمة ثاني درجة لإنهاء النزاع صلحا من جديد عند عرض الاستئناف عليها.

وفي هذا قضت محكمة النقض - بصدد المادة السادسة من القانون رقم

25 لسنة 1929 - بأن:

1- «إذا كان الشارع قد اشترط للحكم بالتطليق طبقا للمادة السادسة من

القانون رقم 25 لسنة 1929 أن تثبت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع

معه دوام العشرة، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما وكان الثابت بمحضر جلسة 1979/6/9 أن محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين فرفضه الحاضر عن المطعون ضدها ووافق عليه الطاعن وهو ما يكفى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين، دون حاجة لإعادة عرض الصلح من جديد أمام محكمة الاستئناف مادام لم يستجد ما يدعو إليه. وكان لا يغير من ذلك رفض محكمة أول درجة القضاء بالتطبيق طالما أن الاستئناف وفقا لنص المادة 317 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه، بما لا يكون معه ثمة موجب لإعادة عرض الصلح من جديد أمام المحكمة الاستئنافية، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون يكون على غير أساس».

(طعن رقم 27 لسنة 50 ق «أحوال شخصية» جلسة 1981/3/31).

2- «إنه وإن كانت المادة 6 من القانون 25 لسنة 1929 توجب على المحكمة الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين قبل الحكم بالتطبيق إلا أنها لم تستلزم القيام بهذه المحاولة فى كل مرحلة من مراحل الدعوى، وإذ كان الثابت أن محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الزوجين المتخاصمين فقبل الطاعن الصلح بينهما أبت المطعون عليها ذلك، وعندما قضت المحكمة برفض الدعوى استأنفت المطعون عليها الحكم مصممة على طلب التطبيق وهو ما يكفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لتحقيق شرط العجز عن الإصلاح بين الزوجين، وكان لا يغير من هذا النظر رفض محكمة أول درجة الحكم بالتطبيق طالما أن الاستئناف وفقا لنص المادة 317 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه بما لا يكون معه ثمة موجب على محكمة الاستئناف أن تعيد عرض الصلح من جديد على الزوجين».

(طعن رقم 29 لسنة 51 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1982/2/16)

3- «وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أن الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بق 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وإن كانت توجب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا فى دعوى اعتراض الزوجة على إعلان زوجها لها بالدخول فى طاعته فى المسكن المعد للزوجية إلا أنها لم تستلزم القيام بهذه المحاولة فى كل مرحلة من مراحل الدعوى، لما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين بجلسة 1989/2/8 فوافقت المطعون ضدها عليه شريطة أن يعد لها مسكنا شرعيا فإن ذلك كاف لإثبات تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحا بين الزوجين دون موجب على محكمة الاستئناف لإعادة طرحه عليهما مرة أخرى عند نظر الاستئناف مادام لم يستجد ما يدعو إليه ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 137 لسنة 6ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/2/22)

4- «القضاء بالتطليق م 6 بق 25 لسنة 1929 شرطه. عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين. عدم رسم طريقا معينا لمحاولة الإصلاح. مؤداه عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من أحدهما كاف لإثبات عجز المحكمة - عن الإصلاح دون حاجة لإعادة عرضه أمام محكمة الاستئناف».

(طعن رقم 385 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/11/18)

5- «القضاء بالتطليق م 6 بق 5 لسنة 1929 شرطه. عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين. عدم رسم طريقا معينا لمحاولة الإصلاح. مؤداه عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من أحدهما كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح دون حاجة لإعادة عرضها أمام محكمة الاستئناف».

(طعن رقم 185 لسنة 64ق - أحوال شخصية - جلسة 1998/3/16)

(راجع أيضا نقض جلسة 1987/4/28 المنشور ببند 39)

45- جزاء عدم تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا :

أوضحنا سلفا أن النص أوجب على المحكمة عند نظر الاعتراض التدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا، فالتدخل لإنهاء النزاع صلحا إجراء أوجبه

القانون قبل أن تقضى المحكمة في موضوع الاعتراض، وهو إجراء لصيق بالنظام العام، ومن ثم فإذا قضت المحكمة في موضوع الاعتراض قبل التدخل لإنهاء النزاع صلحاً، كان قضاؤها باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

وترتيباً على ما تقدم قضى بأن:

1- «مفاد المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أن الشارع اشترط للحكم بالتطليق أن يثبت إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، مما يقتضاه وجوب تدخل المحكمة بغرض إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين المتخاصمين فإن هي قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلاً باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام».

(طعن رقم 21 لسنة 53 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1984/3/27)

2- «دعوى اعتراض الزوجة على إعلان الزوج لها للدخول في طاعته في المسكن المعد للزوجية. وجوب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بينهما صلحاً. علة ذلك إغفال عرض الصلح أثره. بطلان الحكم».

(طعن رقم 209 لسنة 63 ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/10/13)

(راجع أيضاً طعن رقم 377 لسنة 63 ق جلسة 1998/5/19 - منشور)

ببند (39)

3- «... ولكن لما كانت أوراق الدعوى المستأنفة قد خلت مما يفيد عرض محكمة أول درجة الصلح على الطرفين عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة 6 مكرراً ثانياً من القرار بقانون 44 لسنة 1979 ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، إلا أنه لما كان هذا البطلان والبطالان المقرر في الوجه سالف الذكر متعلقين بعيب شاب إجراء من إجراءات الخصومة ولم يمتد إلى صحيفة افتتاح الدعوى فإنه يتعين على هذه المحكمة بوصفها محكمة استئنافية ألا تقف عند حد تقرير البطلان والقضاء به بل يجب عليها أن تمضي في نظر الدعوى بحكم جديد تراعى فيه الإجراءات الصحيحة الواجبة الإلتباع،

وإذ غفل على المحكمة أن تعرض الصلح على الطرفين مما يتعين معه إعادة الدعوى للمرافعة فيه لاتخاذ هذا الإجراء....الخ».

(محكمة استئناف بنى سويف - مأمورية المنيا فى الدعوى رقم 28 لسنة

22 ق نفس - جلسة 1987/3/23)

46- إيجاب إثبات تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا بأسباب الحكم:

لما كان تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا عند نظر دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة إجراء أوجبه القانون قبل قضاء المحكمة فى موضوع الاعتراض ويترتب على إغفاله بطلان الحكم - على نحو ما سلف بيانه - فإنه يتعين على المحكمة إثبات قيامها بهذا التدخل فى أسباب حكمها، وإلا كان الحكم مشوبا بالقصور فى التسبيب بما يبطله.

47- (ملفي).

48- (ملفي).

49- إثبات أوجه الاعتراض على إنذار الطاعة ببقا للمذهب الحنفى:

يسرى على إثبات أوجه الاعتراض على إنذار الطاعة الأحكام المنصوص عليها فى المذهب الحنفى، فيكون نصاب الشهادة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين رغم أن المشرع نقل أحكام المادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 29 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985 فيما يتعلق بدعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك من مذهب الإمام مالك إلا أنه لم يحل فى إثباتها إلى هذا المذهب وذلك عملا بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة ومن بعدها الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية التى تقضى بأن: «تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة⁽¹⁾.

(1) وكانت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000=

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «إذ كانت المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تقضى بأن تصدر الأحكام في مسائل الأحوال الشخصية طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة فيما عدا الأحوال التي 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 بالقانون 100 لسنة 1985 فيما يتعلق بدعوة الزوج زوجته للدخول في طاعته واعتراضها على ذلك من مذهب الإمام مالك لم يحل في إثبات عناصرها إلى هذا المذهب، كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن، ومن ثم يتعين الرجوع في ذلك إلى أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة عملاً بنص المادة 280 سالف الذكر، فتكون البينة من رجلين أو رجل وامرأتين في خصوص إثبات الأوجه الشرعية التي تستند إليها الزوجة في امتناعها عن طاعة زوجها».

(طعن رقم 292 لسنة 63 ق - أحوال شخصية -

جلسة 1998/7/1)

2- «وحيث إن هذا النعي في محله ذلك بأن المقرر في المذهب الحنفي - وعلى ما جرى فيه قضاء هذه المحكمة - أن الأصل في الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عينا أو سماعاً في غير الأحوال التي تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها إثبات الضرر الموجب لعدم الاعتداد بإنذار الطاعة. لما كان ذلك، وكان الثابت من أقوال

= بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية - كما وردت بمشروع الحكومة تنص على أن: «تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيها لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، وذلك عدا قواعد الإثبات فيعمل في شأنها بأرجح الأقوال في المذاهب الفقهية الأربعة»، إلا أن مجلس الشورى حذف عبارة «وذلك عدا قواعد الإثبات فيعمل في شأنها بأرجح الأقوال في المذاهب الفقهية الأربعة» ووافقه اللجنة المشتركة بمجلس الشعب على هذا الحذف وصدر النص بصورته الراهنة.

شاهدى المطعون ضدها بالتحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن الشاهد الثانى منهما لم يشاهد واقعة اعتداء الطاعن بالضرب والسب على المطعون ضدها ولم يعلم بعدم إنفاقه عليها من عدمه فإن شهادته تكون سماعية ولا يكتمل بها نصاب الشهادة على الضرر وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة على سند من الاطمئنان إلى أقوال شاهدى المطعون ضدها لا اعتدائه عليها بالسب والضرب وامتناعه عن الإنفاق عليها فإنه يكون مشوباً بالفساد فى الاستدلال جره ذلك إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن.

وحيث إنه يتعين القضاء فى الموضوع عملاً بحكم الفقرة الأخيرة من المادة 63 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وإذ كانت المطعون ضدها قد عجزت عن إثبات دعواها على نحو ما سلف فإنه يتعين القضاء فى موضوع الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى.»

(طعن رقم 569 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2008/1/8)

3- «وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الأصل فى الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عينا أو سماعاً فى غير الأحوال التى تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها إثبات أو نفى أمانة الزوج. لما كان ذلك، وكان البين من محضر التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن شاهدى المطعون ضدها لم يشهدا بأنهما رأيا بنفسهما أى من وقائع الضرب أو السب أو تبديد المنقولات وأن شهادتهما فى هذا الخصوص نقلاً عنها فضلاً عن أنهما شهدا أن مسكن الزوجية شقة مستقلة فإن شهادتهما بهذه المثابة سماعية لا يتوافر بها نصاب الشهادة على نفى أمانة الزوج على زوجته وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة الموجه من الطاعن إلى المطعون ضدها من أن الطاعن غير أمين عليها نفساً ومالاً وأنه دائم التعدى عليها بالضرب على الرغم من أن شهادتهما جاءت سماعية فإنه يكون فضلاً عن

مخالفته الثابت بالأوراق معيبا بالفساد في الاستدلال جره إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه».

(الطعن رقم 236 لسنة 69 ق جلسة 2008/1/22)⁽¹⁾

50- قضاء المحكمة في حالة إنهاؤها النزاع صلاحاً:

إذا توصلت المحكمة إلى الإصلاح بين الزوجين واستمرار العشرة بينهما بالمعروف، فإنها تقضى برفض الاعتراض على إنذار الطاعة.

51- الوضع في حالة استحكام الخلاف بين الزوجين:

قد تحقق المحكمة في الإصلاح بين الزوجين، فقد يبين لها أن الخلاف مستحكم بينهما، كأن يكون أساس اعتراض الزوجة عدم شرعية المسكن، وأصر الزوج على عدم إعداد مسكن شرعى لها. واستحكام الخلاف بين الزوجين من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضى الموضوع على ضوء ما يتبينه من أوراق الدعوى ومستنداتها وظروف الحال.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

«إذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم المستأنف الذى حكم بإثبات نشوز الطاعنة/.....، ووقف نفقتها من تاريخ 1998/5/6 استناداً إلى سبق صدور حكم نهائى برفض الدعوى رقم أحوال كلى جنوب القاهرة والتي أقامت الطاعنة اعتراضاً على إنذار الطاعة الموجه من زوجها المطعون ضده والمعلن إليها فى 1998/5/5 وتأييد هذا الحكم بالاستئناف رقم القاهرة المرفوع منها طعناً على الحكم المستأنف والصادر بتاريخ 2000/7/10 ولم يطعن عليه بالنقض ومن ثم أصبح باتاً وكانت حجية هذا الحكم قد حازت قوة الأمر المقضى فى هذا الخصوص بما لا يجدى الطاعنة أن تتمسك فى دعوى إثبات النشوز إلى أن هناك دعوى تطليق مرفوعة منها أو حتى صدور حكم بات بتطليقها منه وفق حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ 2005/7/4 فى الطعن رقم 532 لسنة 73 ق إذ ما كان لمحكمة الموضوع أن تعرض له بعد حيازة حكم رفض الاعتراض على دخول الطاعنة فى طاعة المطعون ضده سالف البيان نهائياً وباتاً».

(طعن رقم 495 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» - جلسة 2012/1/10)

ويجوز للمحكمة استخلاص استحكام الخلاف بين الزوجين من إصرار الزوجة على الطلاق وعجزها عن التوفيق بينهما. وتكون المجادلة في ذلك من المسائل الموضوعية التي تتحسر عنها رقابة محكمة النقض.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «وحيث إن ها النعى مردود بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أنه إذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه سائغا وله أصله الثابت في الأوراق ويكفي لحمل قضائه فإن المجادلة في ذلك لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره وتتحسر عنه رقابة محكمة النقض. لما كان ذلك وكان البين من حكم محكمة أول درجة - المؤيد بالحكم المطعون فيه - أنه استخلص استحكام الخلاف بين الطاعن والمطعون ضدها من إصرار الأخيرة على الطلاق، وعجز الحكمين عن التوفيق بينهما، وهو استخلاص موضوعي سائغ مما له أصله الثابت في الأوراق ويكفي لحمل قضائه بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن، وكان النعى بهذا السبب إذ يورد في هذا الشأن حول تعيب هذا الاستخلاص فإنه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا تتحسر عنه رقابة هذه المحكمة».

(طعن رقم 205 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/3/5).

2- «مفاد نص الفقرة الخامسة من المادة 11 مكررا (ثانياً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والفقرة الأولى من المادة 11 من ذات القانون أنه إذا طلبت الزوجة التطلق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوة الزوج لها للعودة لمنزل الزوجية يتعين على المحكمة إذا استبان لها - عند التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحا - أن الخلاف بينهما مستحکم أن تتخذ إجراءات التحكيم فإذا اتفق الحكمان على التطلاق فعلى المحكمة أن تقضى بما قرراه إذ أن الحكمين طريقتهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة لأن الحكم في اللغة هو الحاكم فإذا اتفق الحكمان فإن قرارهما ينفذ في حق الزوجين وإن لم يرتضياه ويلتزم به القاضي».

(طعن رقم 12 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1996/10/28)

ولتحديد موقف المحكمة في حالة استحكام الخلاف بين الزوجين يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: ألا تطلب الزوجة التطليق.

الفرض الثاني: أن تطلب الزوجة التطليق.

ونعرض لهذين الفرضين بالتفصيل على النحو التالي:

52- أولاً: عدم لب الزوجة التطليق:

إذا لم تطلب الزوجة من المحكمة التطليق، فإنه يجب على المحكمة أن تفصل في موضوع الاعتراض، أما بالقبول أو الرفض، وذلك على ضوء ما يستبين لها من أوراق الدعوى ومستنداتها وما تجربة من تحقيق.

فإذا ثبت لها أن الاعتراض على إنذار الطاعة يقوم على أساس سليم، كأن يكون مبناه عدم أمانة الزوج عليها، وتحقق للمحكمة عدم أمانته، قضت بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة، واعتباره كأن لم يكن. وإذا ثبت لها أن الاعتراض لا يقوم على أساس سليم قضت برفضه والاعتداد بإنذار الطاعة.

والزوجة باعتبارها مدعية في الاعتراض يقع عليها عبء إثبات أوجه اعتراضها بكافة طرق الإثبات الشرعية.

ومعنى ذلك أن لجوء الزوج إلى طريق إنذار الطاعة يلقي عبء إثبات عدم توافر شروط الطاعة على الزوجة، بينما لو سلك الزوج طريق دعوى الطاعة بالإجراءات المعتادة، فإنه يكون المدعى والمكلف بإثبات توافر شروط الطاعة⁽¹⁾.

(1) وقد قضى بأن:

1- «انتهاء المطعون ضدها في طلباتها الختامية من خلال اعتراضها على إنذار الطاعة إلى طلب الحكم بتطليقها على الطاعن باننا للضرر. مفاده. تنازلها عن الاعتراض على إنذار الطاعة وزوال خصومة دعوى الاعتراض. أثره. التزام المحكمة في طلب التطليق فقط. علة ذلك. قضاء الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه بالتطليق دون التعرض للاعتراض. لا عيب».

(نقض طعن 459 لسنة 64ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/5/24)

53- ثانياً: لب الزوجة للتطبيق:

إذا طلبت الزوجة التطلق وجب على المحكمة بصريح النص اتخاذ إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من (7 إلى 11) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والتي ألغيت وحلت محلها المادة 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

ويشترط في طلب التطلق الذي يوجب على المحكمة اتخاذ إجراءات التحكيم المشار إليها ما يأتي:

1- أن تبدى الزوجة طلب التطلق أمام محكمة أول درجة، فلا يجوز طلبه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لأنه يعد عندئذ طلباً جديداً.

وهذا الطلب يعتبر طلباً عارضاً افترض القانون مقدماً وجود ارتباط بينه وبين الطلب الأصلي، وهو عدم الاعتراف بإعلان الزوج زوجه للعودة لمنزل الزوجية، فلا يكون للقاضي أية سلطة في تقدير وجود هذا الارتباط من عدمه، وعلى المحكمة التصدى لهذا الطلب.

والطلب المذكور قد يبدي شفاهة بالجلسة في مواجهة المعارض ضده، أو بمذكرة يثبت إطلاعه عليها أو إعلانها إليه، أو بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

2- أن تبدى الزوجة طلب التطلق بعد أن يبين للمحكمة استحكام الخلاف بينها وبين زوجها أى بعد فشلها في إنهاء النزاع بينهما صلحاً، وهذا واضح من صياغة المادة، فقد نصت على أن «.... فإذا بان لها أن الخلاف مستحکم وطلبت الزوجة التطلق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم..... الخ». وعلى ذلك إذا أبدى طلب التطلق في صحيفة الاعتراض أو أبدى بطلب عارض قبل ذلك فإنه يكون قبل أوانه، ولا يعد مطروحاً على المحكمة بعد أن يستبين لها استحكام الخلاف بين الزوجين، إلا إذا تمسكت به الزوجة⁽¹⁾.

(1) المستشار أحمد نصر الجندى في الأحوال الشخصية ص 255 وقارن كمال البنا في مرافعات الأحوال الشخصية ص 205 فيرى أنه يكفي للسير في إجراءات التحكيم أن تضيف الزوجة في صحيفة الاعتراض طلب الطلاق.

وإذا طلبت الزوجة في صحيفة الاعتراض تطليقها على زوجها للضرر، فإن هذا الطلب تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التي توجب أن يكون الضرر واقعا من الزوج، ويكون مطروحا على المحكمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أن النص في المادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون 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 فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد 7-11 من هذا القانون - مؤداه - أن سلوك المحكمة إجراءات التحكيم في دعوى الاعتراض شرطه استحكام الخلاف بين الزوجين وأن تطلب الزوجة التطليق 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 للعودة إلى منزل الزوجية وبين طلب تطليقها عليه للضرر وكان التطليق على هذا النحو لا يخضع لحكم المادة الحادية عشر مكررا ثانيا من المرسوم بقانون 25 لسنة 1925 وإنما تحكمه المادة السادسة منه - لما كان ذلك، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أعمل في شأن الواقعة المطروحة المادة الحادية عشرة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 حيث كان يتعين إعمال حكم المادة السادسة من هذا القانون فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بما يستوجب نقضه».

(طعن رقم 234 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/7/21)

(ذات المبدأ طعن رقم 99 لسنة 60 ق «أحوال شخصية»

جلسة 1991/6/11)

2- «وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك بأنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن التزام المحكمة باتخاذ إجراءات التحكيم في دعوى التطليق يكون في حالتين هما تكرار شكوى الزوجة في طلب التطليق وعدم ثبوت ما تشكو منه

بعد الحكم برفض دعواها الأولى، أو طلبها التظليق على زوجها من خلال اعتراضها على دعوته لها للعودة لمنزل الزوجية وثبت أن الخلف مستحكم بين الزوجين. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدها طلبت التظليق من خلال اعتراضها على دعوة الطاعن لها بالدخول في طاعته، وإذ اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم فإنها تكون قد التزمت صحيح القانون ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس».

(طعن رقم 345 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/3/8)

وقد قضت أيضا بأن:

1- «طلب الزوجة التظليق من خلال اعتراضها على إعلان الطاعة بسبب استحكام الخلاف بين الزوجين. مكرر ثانيا م بق 25 لسنة 1929 المعدل بق 100 لسنة 1985 اختلافه في السبب عن دعوى التظليق للضرر. م 6 من ذات القانون».

(طعن رقم 146 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/1/22)

(ذات المبدأ طعن رقم 104 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة

1990/12/18)

2- «حيث إن هذا النعى في الوجه الأول مردود بأن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن السبب في دعوى التظليق طبقا للمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 29 يخالف السبب في طلب الزوجة التظليق أثناء نظر اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية الذي تحكمه المادة 11 مكررا ثانيا من ذات القانون، إذ تقوم الدعوى الأولى على ضرر يقع من الزوج على زوجته بحيث لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، بينما تقوم الثانية على الخلاف المستحكم بينهما. لما كان ذلك، فإن القضاء برفض الدعوى الأولى لا يمنع من نظر الدعوى الثانية، وكان يشترط للحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يتحد الموضوع والخصوم والسبب في الدعويين، بحيث إذا تخلف أحد هذه الشروط امتنع تطبيق قاعدة قوة الأمر المقضى، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها طلبت التظليق في الدعوى رقم 1019 لسنة 85 كلى أحوال

شخصية الجيزة للضرر الذى تحكمه المادة السادسة، ثم طلبت بعد ذلك التطلق فى الدعوى رقم 792 لسنة 86 كلى أحوال شخصية الجيزة من خلال اعتراضها على إعلان الطاعن لها للعودة إلى منزل الزوجية الذى تحكمه المادة 11 مكررا ثانيا بما يكون معه السبب فى كل من الدعويين مغايرا للسبب فى الدعوى الأخرى، ولا يكون الحكم الصادر برفض الدعوى الأولى حجية مانعة من نظر الثانية».

(طعن رقم 205 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/3/5).

3- «سلوك المحكمة إجراءات التحكيم فى دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة. شرطه. جمع المطعون ضدها بين الاعتراض على إنذار الطاعة وطلب التطلق للضرر. خضوع التطلق على هذا النحو للمادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929. إعمال الحكم المطعون فيه فى شأن الواقعة المطروحة المادة 11 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 حيث كان يتعين إعمال حكم المادة 6 منه. مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 234 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/7/21)

4- «التحكيم فى دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة شرطه. استحكام الخلاف بين الزوجين وطلب الزوجة التطلق من خلال دعوى الاعتراض. الجمع فى صحيفة الدعوى بين الاعتراض وطلب التطلق للضرر. أثره. وجوب أن يكون الضرر واقعا من الزوج دون الزوجة للحكم بالتطلق. استناد الحكم على تقرير الحكيمين دون بحث توافر هذا الشرط. خطأ فى القانون».

(طعن رقم 150 لسنة 60ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/1/25)

5- «إبداء طلب التطلق للضرر ضمن صحيفة دعوى الاعتراض. مؤداه عدم التزام المحكمة باتخاذ إجراءات التحكيم. اتخاذ تلك الإجراءات. أثره اعتبار تقرير الحكيمين ورقة من أوراق الدعوى. عدم تقيد المحكمة به وخضوعه لتقديرها فى مجال الإثبات».

(طعن رقم 270 لسنة 62ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/1/13)

6- «تضمين الزوجة صحيفة دعواها بالاعتراض على دعوتها لطاعة

زوجها طلب التطلاق عليه للضرر. اعتباره من طلبات الدعوى القائمة بذاتها. مؤداه. عدم اتخاذ إجراءات التحكيم فيه. اتخاذها. أثره. اعتبار تقرير الحكمين ورقة من أوراق الدعوى».

(طعن رقم 107 لسنة 62ق «أحوال شخصية» جلسة 1997/1/27)

7- «إبداء الزوجة طلب التطلاق للضرر عند نظر دعواها بالاعتراض على طاعة زوجها وبعد ثبوت الخلاف بينهما. م 11 مكرر ثانيا من المرسوم بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 وجوب اتخاذ إجراءات التحكيم فيه. إبداء هذا الطلب ضمن صحيفة دعوى الاعتراض. اعتباره طلبا قائما بذاته مؤداه عدم اتخاذ تلك الإجراءات. أثره. اعتبار تقرير الحكمين ورقة من أوراق الدعوى. لا تنقيد به المحكمة ويخضع لتقديرها في مجال الإثبات».

(طعن رقم 445 لسنة 64ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/1/25)

ويلحظ أن الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 نصت عل أنه في دعاوى الطلاق والتطلاق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما.

وعلى ذلك إذا كانت المحكمة قد بذلت جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وعجزت قبل إبداء طلب التطلاق فإنه لا مبرر لإعادة هذه المحاولة بعد طلب التطلاق، إلا إذا كان للزوجة ولد وبذلت المحكمة جهدا في محاولة الصلح مرة واحدة، إذ يجب بذل هذه المحاولة مرتين على الأقل بالتفصيل السابق.

وإذ قضت المحكمة بالتطلاق، فإنه يترتب على ذلك انقضاء علاقة الزوجية، ومن ثم لا يعتد بإعلان الزوج لها بالدخول في طاعته واعتباره كأن لم يكن، لأنه لا طاعة لمن طلقت على زوجها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها للعودة لمنزل الزوجية. م 11 مكرر ثانيا ق 25 لسنة 1929 المعدل بق 100 لسنة 1985. من دعاوى

الزوجية حال قيامها. طلبها التطلق من خلال دعوى الاعتراض أو بدعوى أخرى مستقلة والقضاء لها به. مؤداه. انقضاء علاقة الزوجية. أثره. عدم الاعتداد بإعلانها بالدخول في طاعته واعتباره كأن لم يكن. علة ذلك. لا طاعة لمن طلقت عليه».

(طعن رقم 500 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 20/10/2003)

2- «دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها بالعودة إلى منزل الزوجية. ماهيتها. من دعاوى الزوجية حال قيامها. القضاء بتطبيق الزوجة من خلال دعوى الاعتراض أو بدعوى مستقلة. أثره. وجوب القضاء بعدم الاعتداد بإعلانها بالدخول في طاعته واعتباره كأن لم يكن. علة ذلك».

3- «دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها بالدخول في طاعته من دعاوى الزوجية حال قيامها. القضاء للزوجة بالتطبيق. أثره. الحكم بعدم الاعتداد بإعلانها للدخول في الطاعة. علة ذلك».

(طعن رقم 95 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 8/11/2003)

54- تنازل الزوج عن إنذار الطاعة لا يؤثر على نظر لب التطبيق؛

إذا تنازل الزوج عن إنذاره للزوجة بدخولها في طاعته، فإن هذا الإنذار يضحى غير قائم لأنه لم يعد يتمسك بما ورد فيه، غير أنه إذا كانت الزوجة قد أبدت طلب التطلق فإن هذا الطلب يظل مطروحا على المحكمة ويتعين عليها الفصل فيه لاستقلاله عن طلبها المتعلق بالاعتراض على إنذار الطاعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «حق الزوجة في أن تطلب التطلق من خلال دعاوها بالاعتراض على دعوة زوجها لها بالعودة لمنزل الزوجية وذلك عملا بنص المادة 11 مكررا (ثانياً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985، ولئن كان يترتب على تنازل الزوج عن إنذاره لها للدخول في طاعته وأن هذا الإنذار يكون غير قائم لأنه لم يعد يتمسك بما ورد فيه، وينبنى على ذلك زوال خصومة دعوى الاعتراض عليه، إلا أنه طالما كانت الزوجة المعترضة على هذا الإنذار قد طلبت التطلق للضرر فإن هذا الطلب يظل

مطروحا على المحكمة ويتعين 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 الثانى على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما».

2- «تنازل الزوج عن حقه في إلزام زوجته بطاعته على النحو الوارد بالإذار الموجه منه إليها لا يؤثر في حقها في طلب التطلق مادام قد أبدى بالطريق الذى رسمه القانون لأن النشوز بفرض حصوله لا يمنع من نظر دعوى التطلق والفصل فيها وتنازل الخصم عن حق أو إجراء اتخذه لا يسقط حق الخصم الآخر في طلباته طالما كانت هذه الطلبات لا تتعلق بذات الحق المتنازل عنه من حيث الموضوع والسبب وإلا كان هذا التنازل سبيلا لمنع الفصل في طلبات الخصوم الآخرين رغم مغايرة الحقوق التى يتمسك بها كل خصم بما ينطوى على مصادرة بعض الخصوم للطلبات المبداءة من غيرهم إذا تحقق الخصم من ضعف موقفه في الدعوى وأن المصير فيها إلى الحكم لصالح خصومة».

(طعن رقم 12 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 28/10/1996)

3- «تنازل الطاعن عن إنذاره بدعوة المطعون ضدها للدخول في طاعته. أثره. زوال خصومة دعوى الاعتراض عليه. بقاء طلب التطلق المبدى من خلال هذا الاعتراض مطروحا على المحكمة متعينا الفصل فيه طالما أبدى بالطريق الذى رسمه القانون».

(طعن رقم 426 لسنة 65 ق «أحوال شخصية» جلسة 24/4/2000)

4- «للزوجة طلب التطلق من خلال دعوها بالاعتراض على إنذار الطاعة. م 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. تنازلها عن دعوى الاعتراض أثره. اعتبار الإنذار غير قائم وزوال خصومة الاعتراض عليه. طلب الزوجة المعترضة التطلق للضرر

مفاده. بقاء هذا الطلب مطروحا على المحكمة متعينا عليها الفصل فيه. علة ذلك. تنازلها عن الاعتراض، لا يؤثر في حقها في طلب التطلق للضرر مادام قد أبدى بالطريق القانوني، تقييد أو تأويل النص الصريح المطلق الوارد بالمادة سالفة الذكر بشأن طلب التطلق من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة لا محل له. مخالفة ذلك بتقييد طلب التطلق بإجراءات لم يستلزمها المشرع. خطأ».

(طعن رقم 611 لسنة 65 ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/12/19)

ومن باب أولى لا يتعين على المحكمة اتخاذ إجراءات التحكيم إذا أبدت الزوجة طلب التطلق في دعوى أخرى ولو كانت ترتبط بدعوى الاعتراض على إنذار الطاعة ومنظورة بذات الجلسة المنظورة فيها.

وقد قصد المشرع بهذا الترتيب الإجرائي أن تتمهل الزوجة في طلب التطلق حتى لا تنفصم عرى الزوجة لمجرد طلب زوجها لها العودة إلى مسكن الزوجية. كما قصد أيضا أن تتمهل المحكمة في الحكم بالتطلق لمجرد أن يثبت أمامها استحكام الخلاف بين الزوجين وأشرك المشرع مع المحكمة آخرين يتعرفون حالهما وينظرون في أمرهما، ويستظهرون بواطن الأمور، ويستوضحون ما خفى بينهما حول طلب عودة الزوجة لمسكن الزوجية⁽¹⁾.



(1) المستشار أحمد نصر الجندى التطلق من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة بحث منشور بمجلة القضاة السنة 25 - العدد الأول يناير - يونيو 1992 ص 79.

إجراءات التحكيم والقضاء فى لب التطلاق

أولاً: بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.
55- النص القانونى:

المادة (19) من القانون رقم (1) لسنة 2000:

«فى دعاوى التطلاق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - فى الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه.

وعلى الحكمين المثل أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معاً، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين. وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى».

56- الأصل الشرعى للتحكيم:

الأصل فى التحكيم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽¹⁾ وقد جاء هذا عقب قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالْصَّالِحَاتُ قَنِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ۚ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ ۚ فَإِنْ

(1) الآية 35 من سورة النساء.

أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا^١ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا^(١) فقد

تضمنت الآيتان في مجموعهما معالجة حالات النشوز من الزوجة، فإذا وقع الشقاق بين الزوجين واستحكم التجأ ولى الأمر إلى التحكيم لأن جمهور الفقهاء على أن المخاطب بقوله ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ﴾ هم الحكام والأمراء^(٢) وإجراءات التحكيم المبينة في المادة 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية تسرى أيضا عند طلب الزوجة التظليق للضرر إذا رفعت الدعوى ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر (م6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929)⁽³⁾.

57- شروط الحكمين:

لم تتضمن المادة 19 شروطا تفصيلية يجب توافرها في الحكمين، واكتفت بأن يكون الحكم من أهل كل من الزوجين قدر الإمكان.

وعلى ذلك فالأصل أن يكون الحكم الذى يختاره الزوج من أهله وأن يكون الحكم الذى تختاره الزوجة من أهلها فإذا تعذر ذلك فإنه يجوز أن يكون الحكم أجنبيا أى ليس من أهل الزوج أو أهل الزوجة، وهو ما عبرت عنه المادة بأن: «.... تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله قدر الإمكان»

والحكمة من اختيار الحكمين من أهل الزوجين إن أمكن، أن ما ينشأ من خلاف بين الزوجين ينذر بالفرقة يكون معلوما لدى أهل الزوجين، فلا يستطيع الزوجان التمويه على الحكمين إذا كانا من أهلها فى وقائع النزاع وأسبابه، كما أنهما بهذه الصفة يكونان أقرب إلى نفسيهما وأدعى إلى إفضائهما لهما بما فى

(1) الآية 34 من سورة النساء.

(2) الدكتور محمد بلتاى دراسات فى الأحوال الشخصية ص136 وما بعدها.

(3) وتنص هذه المادة على أنه: «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقه بئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد (7، 8، 9، 10، 11) - وقد رأينا أن المادة 19 من القانون (1) لسنة 2000 حلت محل المواد الأخيرة.

ضماثرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أو الصحبة وستر لهما على ما ينسبه كل منها للآخر من وقائع أدت إلى الخلاف تمس الزوجين وقد تمتد إلى سمعة الأولاد مما يجب حجب عنه الأجانب.

وعبارة أهل الزوجين جاءت عامة بالنص، ومن ثم لا يشترط أن يكون الحكمان من العصابات.

وإذا لم يكن للزوجين أهل، أو كان لهما أهل ليس من بينهم من يصلح للتحكيم، اختارا الحكمين من غير أهلهم. ويحسن أن يكون الحكمان الأجنيبان ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما.

وكانت المادة 7 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 تنص على ذلك صراحة.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1975/5/28 فى الطعن رقم 13 لسنة 42ق - أحوال شخصية - بأن:

« وحيث إن النعى مردود فى وجهه الأول بأن النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن «يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما» يدل على أنه يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين إن أمكن، فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى حكمين أجنيبين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلف بينهما، ولما كان من الأصول الفقهية المتواضع عليها أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه، وكان المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه هذا النص أنه إذا لم يكن فى الأهل أحد يوصف بما يستحق به التحكيم أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما فيختار من هو عدل من غيرهما من المسلمين، مما مؤداه أنه لا يشترط أن يكون للحكمين المنتدبين من دائرة الأقارب اتصال شخصى بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما ويكفى أن يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين، لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على الأوراق أن محكمة أول درجة عينت

فى البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما، غير أن حكم الزوج تعتمد عدم القيام بالمهمة، فقضت المحكمة بنذب آخرين أجنيين، وكان لم يوجه أى مطعن إلى عدالتهما، فإن الحكم لا يكون قد خالف قواعد الشرع الإسلامى». ولا ينبغي الرجوع إلى مذهب الإمام مالك فى بيان شروط الحكمين - كما كان الحال قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000، لأن القانون الأخير لم يستمد قواعد التحكيم من هذا المذهب المذكور كما سنرى. ومن ثم تعين الرجوع فى هذه الشروط إلى الراجح فى المذهب الحنفى عملاً بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 التى تقضى بأن 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. والأحناف يشترطون فى الحكم - كالشاهد والقاضى - العدالة. فلا يكون الفاسق حكماً، أو الصبى والمجنون (والعبد) والسفيه⁽¹⁾ وكانت المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (الملغاة) تنص على هذا الشرط صراحة.

وقد قضت محكمة النقض فى ظل هذا النص بأن:

«وحيث إن النعى مردود فى وجهه الأول بأن النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه: «يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما» يدل على أنه يشترط فى الحكمين أن يكون عدلين رشيدين الخ».

(طعن رقم 13 لسنة 42ق - أحوال شخصية - جلسة 1975/5/28)

58- هل يجوز أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء؟

سنرى أن المادة 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000 لم تستمد من المذهب المالكي وحده، كما كان الحال فى مواد التحكيم المنصوص عليها فى المرسوم

(1) شرح فتح القدير ج7 ص316.

بقانون رقم 25 لسنة 1929 والمستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. ومن ثم فإنه لا يجوز الرجوع إلى هذا المذهب في جواز تعيين الحكّمين أو أحدهما من النساء، وإنما يرجع في هذا الشأن إلى الراجح من المذهب الحنفي عملاً بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000. والمقرر في المذهب الحنفي أنه يشترط في الحكم صلاحيته للقضاء، والمرأة عندهم تصلح للقضاء في كل شيء إلا في الحدود والقصاص، اعتباراً بشهادتها، فشهادتها جائزة في غير الحدود والقصاص، ولذلك أجازوا أن تكون المرأة حكماً.

وعلى ذلك يجوز أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء.

وقد جاء في كتاب آداب القاضي ببداية الصنائع ج7 سنة 1982 ص3:

«وأما بيان من يصلح للقضاء فنقول الصلاحية للقضاء لها شرائط منها وأما الذكورة فليست من شرائط التقليد في الجملة لأن المرأة من أهل الشهادات في الجملة إلا أنها لا تقضى بالحدود والقصاص لأنها لا شهادة لها في ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة ثم ما ذكرنا أنه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم»⁽¹⁾.

59- كيفية اختيار الحكّمين :

إذا استبان للمحكمة التي تنظر الاعتراض على إنذار الطاعة أن الخلاف مستحكم بين الطرفين، وطلبت الزوجة التطليق وجب على المحكمة في الجلسة التالية على الأكثر لتبينها ذلك تكليف كل من الزوجين باختيار حكم من أهله، أو من غير أهله أي أجنبي إذا تعذر ذلك وعلى الطرفين تسمية هذا الحكم، وعلى المحكمة إثبات اسمه بمحضر الجلسة. ولا يشترط اختيار الزوج أو الزوجة الحكم بنفسيهما، وإنما يجوز الاختيار من وكيليهما بشرط وجود وكالة خاصة (م76 مرافعات).

(1) راجع أيضاً حاشية ابن عابدين ج15 طبعة 1966 ص428- شرح فتح القدير ج7 طبعة 1970 ص257.

فإذا مثل الزوجان بالجلسة المذكورة وامتنعا أو امتنع أحدهما عن تسمية حكم من أهله أو تخلفا أو تخلف أحدهما عن حضور هذه الجلسة قامت المحكمة بتعيين حكم عنه، وفي الغالب يتعذر على المحكمة تعيين حكم من أهل الزوج أو الزوجة دون إطالة المدة لما يتطلبه ذلك من الرجوع إلى رجال الإدارة المحليين أو غيرهم في ذلك، فتعين حكما أجنبيا، ومن أمثلة الحكم الأجنبي الذي تعينه المحكمة أخصائي اجتماعي بمكتب التوجيه الأسرى أو إمام المسجد أو ناظر المدرسة.

ولا يوجد ما يمنع المحكمة من منح الزوجين أو أحدهما مهلة أخرى لتسمية حكم، إذا لم يقدّم بذلك بالجلسة الأولى. لأن الحكم الوارد بالمادة تنظيمي ولا يترتب على مخالفته ثمة جزاء.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

«النص في الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه: «في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين، يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله. قدر الإمكان - في الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه، أو تخلف عن حضور هذه الجلسة، عينت المحكمة حكما عنه»، مفاده. أن المشرع رسم طريقا معيناً لندب الحكمين في الدعاوى التي يوجب فيها القانون اتخاذ هذا الإجراء وهو أن تكلف المحكمة كل من الزوجين بتسمية حكم من أهله - إن أمكن - وإلا فمن غيرهم، وذلك في الجلسة التالية على الأكثر، فإن قام أي منهما بتسمية حكمه، عينته المحكمة، فإن تقاعس ولم يسم حكمه، أو تخلف عن حضور الجلسة المحددة لإبداء رغبته في ذلك، فإنه يعد نزولا ضمنا منه عن حقه في التسمية، وعندئذ تعين المحكمة حكما عنه، باعتبار أن ذلك من قبيل إجراءات الإثبات التنظيمية، والتي لم يضع المشرع ثمة جزاء معيناً على مخالفتها، وهي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليست متعلقة بالنظام العام، مما تجوز مخالفتها صراحة، أو ضمنا بعدم الاعتراض عليها».

(طعن رقم 372 لسنة 3 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/5/16)

60- تعيين المحكمة للحكمين وبعثها لأداء مأموريتهما :

بعد الانتهاء من تسمية الحكمين على النحو المبين بالبند السابق، يجب على المحكمة تعيين الحكمين وبعثهما لمباشرة مأموريتهما، وذلك بقرار يثبت بمحضر الجلسة تبين فيه هذه المأمورية، وهى الالتقاء بالزوجين للتعرف على أسباب الشقاق بينهما، وما إذا كان الزوج أو الزوجة هو المتسبب فيه، أم أن سببه يرجع إليهما معا، ومدى إسهام كل منهما فيه، وأن يبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أى طريقة ممكنة كما تحدد المحكمة الجلسة التالية لتعيينهما للمثول أمام المحكمة، وعلى المحكمة تكليف قلم الكتاب بإعلان الحكمين بالقرار الصادر منها على الوجه المبين بقانون المرافعات، ما لم يكن الحكما قد حضرا أمام المحكمة وعلما بالقرار.

وإجراءات بعث المحكمة حكمين للإصلاح بين الزوجين تعتبر من قبيل إجراءات الإثبات التنظيمية والتي لم يضع الشارع جزاء معيناً على مخالفتها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«المقرر أن إجراءات بعث المحكمة حكمين للإصلاح بين الزوجين تعتبر من قبيل إجراءات الإثبات التنظيمية والتي لم يضع المشرع ثمة جزاء معيناً على مخالفتها باعتبارها ليست من النظام العام».

(طعن رقم 578 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/6/18)

61- مباشرة الحكمين للمأمورية :

على الحكمين مباشرة المأمورية التى بعثا من أجلها على الوجه الذى حدده القرار الصادر بتعيينهما.

والملاحظ أن النص لم يقيد الحكمين بثمة إجراءات يتخذانها قبل مباشرة المأمورية أو أثناء مباشرتها، ويبدو أن المشرع قصد من ذلك تمكينهما من إنجاز مأموريتهما بأسرع وقت ممكن.

ومن ثم فإنه يكون للحكمين إخطار الزوجين ببدء مباشرة مأموريتهما بأى وجه. كما يجب عليهما الالتقاء بهما ما لم يمتنعان أو يمتنع أحدهما عن ذلك - حتى يمكن أداء مأموريتهما بالدقة الواجبة.

ولم يتطلب النص من الحكمين إثبات الإجراءات التي قاما بها في محضر، أو تقديم تقرير كتابي بما خلاصا إليه من أداء مأموريتهما.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«النص في الفقرة الأولى من المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه «لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره» يدل على أن المشرع أوجب على الحكمين إخطار الزوجين بموعد ومكان مجلس التحكيم، دون أن يحدد شكلا خاصا يتعين على الحكمين التزامه في الإخطار ولم يشترط هذا النص لصحة عمل الحكمين حضور الزوجين معا، فإذا لم يحضر أحدهما عن عمد أو تراخ فلا يترتب على ذلك بطلان إجراءات التحكيم، طالما تم إخطاره بالموعد المحدد للتحكيم، وعندئذ يجب على الحكمين أن يستمرا في المهمة المنوطة بهما إذ لا يؤثر في سير عملهما غياب أحد الزوجين».

(طعن رقم 884 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» جلسة 2006/1/24)

62-مثول الحكمين أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما :

أوجبت الفقرة الثانية من المادة على الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما، فإذا مثل الحكمان وكانا متفقين في رأيهما قررا أمام المحكمة ما خلاصا إليه معا، وثبتت المحكمة ذلك بمحضر الجلسة.

فإن اختلف الحكمان في الرأي أو تخلف أيهما عن الحضور بالجلسة تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وصياغة الفقرة الثانية من المادة جاءت معيبة، فهي تنص على أنه إذا كان الحكمان متفقين في الرأي فإنهما يقرران أمام المحكمة ما خلاصا إليه معا، دون أن توجب تحليفهما اليمين.

والصواب أن يسأل كل منهما على انفراد وبعد حلفه اليمين. فليس هناك مبرر للترقية في حلف اليمين بين حالة اتفاقهما وحاله اختلافهما، التي أوجبت

فيها الفقرة المذكورة تحليفهما اليمين. وكان من الأوفق أيضا تحليفهما اليمين قبل مباشرتهما للمأمورية التي بعثا من أجلها، كما كان الحال في ظل القانون رقم 100 لسنة 1985 ذلك أن حلفهما اليمين يؤدي إلى إخلاصهما في أداء مأموريتهما فينتج التحكيم آثاره في الإصلاح بين الزوجين، كما أنه ضروري لأطمئنان المحكمة إلى ما يقررانه أمام المحكمة فيما خلاصا إليه في مأموريتهما.

63- رأى الحكّمين استشارى للمحكمة :

رأى الحكّمين غير ملزم للمحكمة بل هو استشارى لها، فلها أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان معا إذا اتفقا أو بأقوال أيهما إذا اختلفا، ولها ألا تأخذ برأى الحكّمين معا أو برأى أحدهما، وأن تكون عقيدتهما في طلب التطلاق بما تطمئن إليه من أوراق الدعوى ومستنداتها. وقد تغيا المشرع من العبارة الأخيرة الاستغناء عن مرحلة التحقيق التي تستغرق مدة طويلة من الزمن⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«النص في الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية مؤداه على أن «أنه إذا لم تر المحكمة الأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما تعين عليها أن تستقى الإساءة بين الزوجين أو إساءة أحدهما إلى الآخر من الأوراق المطروحة عليها وأن تبين المصدر الذى استقت منه تلك الإساءة».

(طعن رقم 443 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/5/16)

ويختلف الحال في المادة (19) عما كان مقررا في ظل المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 من التزام المحكمة برأى الحكّمين أو برأى الحكام الثلاثة عند اختلاف الحكّمين وبعث حكم ثالث، سواء كان رأيهما الإصلاح بين الزوجين أو التطلاق.

ذلك أن قواعد التحكيم في ظل ذلك المرسوم بقانون كانت مستمدة من مذهب الإمام مالك - والمقرر في هذا المذهب أنه إذا اتفق الحكمان على رأى

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

نفذ حكمهما ووجب على القاضى إمضاؤه دون تعقيب ولو كان مخالفا لمذهبه لأن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة أو الوكالة⁽¹⁾.

64-رد الحكمين :

لم يتضمن القانون رقم (1) لسنة 2000 ثمة قواعد خاصة لرد الحكمين. ولذلك يسرى فى شأن ردهما القواعد الخاصة فى شأن رد الحكمين المنصوص عليها فى القانون رقم 27 لسنة 1994 (المعدل) بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«النص فى الفقرة الأولى من المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أنه «يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما» يدل على أنه يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين رشدين من أهل الزوجين إن أمكن فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى حكمين أجنيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح. لما كان ذلك وكان المقرر وفقا لنص المادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والملية فى الأحوال التى لم يرد بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يتعين اتباع الأحكام المقررة فى قانون المرافعات. وإذا كانت تلك القواعد لم تتضمن القواعد الخاصة بعدم صلاحية المحكمين فإنه يتعين إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات فى هذا الشأن وكان نص المادة 503 من قانون المرافعات قد جرى على أن «يرد المحكمين لذات الأسباب التى يرد بها القاضى أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم، يرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى فى ميعاد خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم» وكان الثابت أن وكيل الطاعن طلب ترشيح الحكمين

(1) أنظر التفصيل بند (82).

من مكتب توجيه الأسرة ولم يعترض الطاعن على تعيين حكم المطعون ضدهما -
شاهدها فى النزاع موضوع التحكيم - بل مثل أمامه وأبدى دفاعه كاملا دون أن
يتخذ الإجراءات التى نص عليها القانون فى رد المحكمين فإن النعى على الحكم
المطعون فيه بالبطلان لاتخاذ من تقرير الحكمين الباطل سنداً لقضائه يكون على
غير أساس».

(طعن رقم 50 لسنة 59 ق - أحوال شخصية - جلسة 1992/2/25)

وقد أورد القانون رقم 27 لسنة 1994 (المعدل) أحكام رد المحكمين فى
المادتين 18، 19 منه.

وتقضى المادة 18 بأنه لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير
شكوكا جدية حول حدية حول حيديته أو استقلاله.
ولا يجوز لأى من طرفى التحكيم رد المحكم الذى عينه أو اشترك فى
تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين.

وتقضى المادة 19 (معدلة بالقانون رقم 8 لسنة 2000) بأن :

1- يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم (هنا يقدم إلى المحكمة التى تنتظر
النزاع) مبينا فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد
بتشكيل هذه الهيئة (هنا من تاريخ تعيين الحكمين) أو بالظروف المبررة للرد للفصل
فيه، فإذا لم ينتج المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم
الطلب، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها فى المادة (9) من هذا القانون
للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن (المحكمة المشار إليها فى المادة التاسعة هى
المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع) أى تفصل المحكمة التى تنتظر النزاع فى
طلب الرد.

2- ولا يقبل الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه فى ذات
التحكيم.

3- لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم، وإذا حكم برد
المحكم ، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما فى
ذلك حكم المحكمين، كأن لم يكن.

65- بذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين :

تنص المادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 على أن:

«تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بها - بغير عذر مقبول رافضا له.

وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك ، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما»⁽¹⁾.

وواضح إن المشرع قد ألزم المحكمة في الفقرة الأولى من المادة بعرض الصلح على الخصوم في كافة دعاوى الولاية على النفس . إلا أنه خص دعاوى الطلاق والتطليق بوجوب بذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز المحكمة عن ذلك. فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما. والمقصود من إيجاب بذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين، أن يكون للمحكمة دور إيجابي في التدخل بالصلح، دون أن يقتصر دورها على عرض الصلح على الزوجين. فيجب عليها السعي للتعرف على أسباب الشقاق بينهما ومحاولة رأب الصدع الذي أصاب العلاقة الزوجية.

والهدف من تحديد الفترة بين المرتين (على الأقل) التي تعرض فيهما المحكمة الصلح إذا كان للزوجين ولد، هو إتاحة الفرصة أمام الزوجين للتروى والتفكير في استمرار العشرة الزوجية بينهما حرصا على مصلحة الولد. ويؤخذ على صياغة الفقرة الثانية من المادة أنها بالرغم من نصها على أن «تبذل المحكمة جهدا في محاوله الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، ولم تكتف

(1) وكانت هذه المادة كما جاء بمشروع القانون المقدم من الحكومة وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب لا تزيد على ستين يوما إلا أنها عدلت أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب على النحو الراهن.

بمجرد عرض الصلح، إذ بها تردف أنه «فإذا كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل.... الخ».

ولم توجب على المحكمة أن تبذل جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين مرتين على الأقل. ومع هذا نرى أن روح التشريع يوجب على القاضى فى الصورة السابقة أن يبذل جهدا فى محاولة الصلح، دون أن يكتفى بعرضه.

والحكم الذى أنتت به المادة - على ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون - يمثل أحد الأبعاد الاجتماعية التى تبناها القانون للحفاظ على كيان الأسرة.

ومفاد ما تقدم أنه يجب على المحكمة وهى تنتظر طلب التتطبيق - رغم تدخلها لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا باستمرار الزوجية وحسن العشرة، وذلك عند نظر الاعتراض على إنذار الطاعة وقبل إبداء طلب التتطبيق، عملا بالمادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل) والفقرة الأولى من المادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 - على نحو ما أوضحناه سلفا - فإنه يجب على المحكمة عملا بالفقرة الثانية من المادة 18 سائلة الذكر قبل أن تقضى بالتتطبيق أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين فلا تقضى بالتتطبيق إلا إذا أخفقت فى محاولة الصلح الذى بذلت جهدا فى السعى إليه. فإذا كان للزوجين ولد التزمت المحكمة أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين مرتين على الأقل تفصل بينهما المدة سائلة الذكر.

إلا أن محكمة النقض قضت فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 2007/6/18

فى الطعن رقم 578 لسنة 75 قى « أحوال شخصية » إلى أن القانون لم يرسم طريقا معيناً لبذل الجهد فى محاولة الصلح، وأن فى عرض المحكمة الصلح على الطرفين وما يبيده كل منهما من قبوله أو رفضه ما يتضمن فى طياته بذلا لجهدا للحيلولة دون فصم عرى الزوجية. إذ ذهبت إلى أن «المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن المشرع قد أوجب فى المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على المحكمة فى دعاوى الطلاق أو التتطبيق، أن تبذل جهدا فى

محاولة الصلح بين الزوجين، فإذا كان لهما ولد تلتزم بعرضه مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما إلا أنه لم يرسم طريقا معينا لبذل الجهد في محاولة الصلح، وكان في عرض المحكمة الصلح على الطرفين وما يبيده كل منهما من قبوله أو رفضه ما يتضمن في طبيعته بذلا لجهدا للحيلولة دون فسخ عرى الزوجية».

(طعن رقم 578 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/6/18)

ويعتبر هذا الحكم متعلقا بالنظام العام. وفي هذا قضت محكمة النقض بأن: «التزام المحكمة بعرض الصلح مرتين في حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطلق م 18 ق 1 لسنة 2000. مخالفة ذلك. مؤداه. مخالفة القانون علة ذلك. السعي للإصلاح إجراء جوهرى لصيق بالنظام العام، أثره لمحكمة النقض أن تعرض له من تلقاء نفسها ما دامت عناصره تحت نظر محكمة الموضوع. قضاء المحكمة الاستئنافية بالتطبيق دون التدخل بعرض الصلح على الزوجين رغم وجود أبناء. خطأ».

(طعن رقم 497 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/1/24)

ويجب على المحكمة أن تثبت بمحضر الجلسة ما بذلته من جهد في محاولة الصلح بين الزوجين وعدد مراته إن كان للزوجين ولد. وإذا قضت المحكمة بالتطبيق دون أن تبذل جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك أو دون أن تبذله مرتين على الأقل خلال المدة السابقة إذا كان للزوجين ولد - وهو إجراء لصيق بالنظام العام - كان قضاؤها باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام.

(راجع الحكمين المنشورين ببند 45).

وإذا لم تثبت المحكمة بمحضر الجلسة بذل هذا الجهد ثم قضت بالتطبيق كان قضاؤها مخالفا للقانون، لأنه لا يجوز للمحكمة الاستناد في حصول هذا الإجراء على ما يخاف أو يجاوز ما دون بمحاضر جلساتها.

(راجع نقض 1988/5/24 طعن 59 لسنة 57 ق - أحوال شخصية -

منشور ببند 43)

كما يجب إثبات بذل هذا الجهد في أسباب حكمها، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور في التسبب مما يبطله.

(راجع في التفصيل بند 46).

66- قضاء المحكمة في باب التطليق :

إذا اتفق الحكما على الإصلاح بين الزوجين، فإنه لا يضحى ثمة محل للسير في طلب التطليق وتقضى المحكمة بانتهاء الدعوى بالنسبة له.

أما إذا لم يتم الصلح بين الزوجين، ورأت المحكمة - بالتفصيل السابق سرده - أن طلب التطليق قائم على أساس من الواقع والقانون قضت بإجابة الزوجة إلى طلبها التطليق، أما إذا استبان لها عكس ذلك قضت برفضه.

غير إنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتطليق ببطل تلزم به الزوجة كما كان الحال في ظل المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بعد تعديله بالقانون رقم 100 لسنة 1985⁽¹⁾.

ثانياً: قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية:

67- النص القانونى :

المواد (7، 8، 9، 10، 11) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية).

مادة (7): يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من آل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

مادة (8): أ- يشتمل القرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهم على ألا تجاوز مدة ستة أشهر، وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

(1) أنظر في التفصيل بند (80).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«سلوك محكمة أول درجة إجراءات التحكيم في غير حالاته. أثره. اعتبار تقرير الحكمين ورقة من أوراق الدعوى. خضوعه لتقدير المحكمة في مجال الإثبات».

(طعن رقم 645 لسنة 69 بق «أحوال شخصية» جلسة 2003/11/13)

ب- يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة (9): لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره.

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة (10): إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطلق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق.

2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطلق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.

3- إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطلق دون بدل أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسمى منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

مادة (11): على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنى عليها، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (8)، وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطلاق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى.

68- شروط الحكمين :

أوردت المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل) شرطين يجب توافرها في الحكمين هما:

1- أن يكونا عدلين.

2- أن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

ونعرض لهذين الشرطين تفصيلاً على النحو الآتي:

69- الشرط الأول: أن يكون الحكمان عدلين؛

والحكم غير العدل هو الفاسق والصبي والمجنون (والعبد) والسفيه. والسفيه هو المبذر في الشهوات ولو كانت مباحة. وهو إن كان مولى عليه كان غير عدل لأن شرط العدل ألا يكون مولى عليه، وكذلك لا يكون عدلاً المهمل غير العدل⁽¹⁾.

(راجع نقض طعن رقم 13 لسنة 42 ق «أحوال شخصية» جلسة 1975/5/28 - منشور بيند 57)

وهناك شرط ورد في المذهب المالكي يجب الأخذ به لأن هذا المذهب - كما سنرى - هو المصدر التشريعي لقواعد التحكيم الواردة بالمرسوم بقانون سالف الذكر، ولا يوجد في نصوص التحكيم الواردة في القانون ما يفصح عن عزوف الشارع عنه.

وهذا الشرط هو الفقه، بمعنى أن يكون الحكم عالماً بأمر الشارع في المهمة التي اختير من أجلها، إذ لا يصح حكم جاهل بما ولى، غير أن الفقيه يصح حكمه إذا شاور العلماء بما حكم به فإن حكم بما أشاروا عليه به كان حكمه نافذاً⁽²⁾.

هل يجوز أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء؟

70- (أ) رأينا الخاص:

كانت المادة السابعة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريتها - تشترط بصريح عبارتها أن يكون الحكمان رجلين فجرت على أن: «يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين ... الخ» وعلى ذلك كان لا يجوز في ظلها أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء.

وقد صدر القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 واستبدل نصاً جديداً بنص المادة المذكورة حذف منه لفظ (رجلين) الوارد قبل لفظ (عدلين).

(1) حاشية الدسوقي ج2 للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ص344.

(2) حاشية الدسوقي ج2 ص344.

ولما صدر القانون رقم 100 لسنة 1985 - بعد القضاء بعدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 - استبدل أيضا نصا جديدا بنص المادة سالفة الذكر جاء مطابقا حرفيا لنص المادة المستبدلة بالقرار بقانون المذكور، أي لم يتضمن لفظ (رجلين) قبل لفظ (عدلين).

وإزاء ما تقدم، فإن المشرع وقد حذف من النص المستبدل بالقانون 100 لسنة 1985 ومن قبله النص المستبدل بالقرار بقانون 44 لسنة 1979 كلمة (رجلين) التي كانت موجودة قبل كلمة (عدلين) بالنص الوارد بالمرسوم بقانون 25 لسنة 1929 فإن هذا الحذف يعنى إلغاء وصف الذكورة في الحكمين، وهو ما يبنى عليه جواز أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء.

ويؤكد هذا النظر أن تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 أفصح صراحة عن إلغاء شرط الذكورة في الحكمين فقد جاء به:

«ولمعالجة ما أصبح ظاهرا من آثار خطيرة ومدمرة للأسرة والمجتمع نتيجة الشقاق بين الزوجين ولما اعتور نصوص المرسوم بقانون المذكور - رغم سلامة وسمو ما استهدفه من أغراض إصلاحية - من نقص أو ثغرات جعلت من عملية التحكيم والإصلاح بين الزوجين عملية غير منتجة لآثارها الاجتماعية والشرعية المرجوة فقد عدل القرار بقانون محل الدراسة المواد (7 - 11) من المرسوم بقانون آنفة الذكر المنظمة للتحكيم على أساس مذهب مالك إما نصا أو تخريجا على ما تضمنته نصوص هذا المذهب بالنسبة لشروط الحكمين فقد أبقت المادة (7) على الشروط القائمة حاليا فيما عدا اشتراط الذكورة في الحكمين».

كما أنه عند مناقشة مشروع المادة السابعة من القانون 100 لسنة 1985 بمجلس الشعب طالب أحد الأعضاء بأن تتضمن المادة «اشتراط الذكورة في الحكمين»، وبعد مناقشات دارت حول هذا الطلب قرر رئيس المجلس بأن المرأة قد تكون في هذه الحالة «أقرب إلى الحقيقة من الرجل فالحياء مرفوع بينهما». وفي النهاية وافق المجلس على المادة كما وردت بالاقتراح بمشروع القانون وأقرتها اللجنة المشتركة بالمجلس⁽¹⁾.

= السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

بسم الله الرحمن الرحيم

أرجو أن يتضمن نص هذه المادة اشتراط الذكورة فى الحكمين وأود أن أوضح لحضراتكم أن الغرض من هذا الشرط، هو أن الحكمين بعد أداء مهمتهما يتحولان إلى شاهدين.

رئيس المجلس:

لا، فليس من الضروري أن يتحول الحكمان إلى شاهدين.

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

كيف ذلك، فمن الممكن أن يشهد الحكمان على ما قاما بتحقيقه وما حدث، والشهادة تشترط أن يكون الشاهدان رجلين وامرأتين ممن ترضون من الشهداء.

رئيس المجلس:

هل هذا القيد على الشهود مطلقاً أم فى حالات خاصة؟ الزواج مثلاً يشترط فى الشاهدين أن يكونا رجلين أو رجلاً وامرأتين. فهل هذا حكم عام أم أن ذلك فى حالات خاصة؟.

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

ما دام الحكم قد تحول إلى شاهد - فيشترط توفر الشروط التى قالها الله سبحانه وتعالى فى الشاهدين.

رئيس المجلس:

أود أن استطلع رأى السيد العضو الشيخ عطية صقر فى هذا الشأن.

السيد العضو الشيخ عطية صقر:

فى بعض المذاهب يجوز أن يكون الحكمان امرأتين.

رئيس المجلس:

قد تكون المرأة فى هذه الحالة أقرب إلى معرفة الحقيقة من الرجل فالحياء مرفوع بينهما.

والآن، هل هناك ملاحظات أخرى على هذه المادة؟

(لم تبد ملاحظات).

إذن، فالموافق على هذه المادة يتفضل برفع يده.

(موافقة).

«مضبطة مجلس الشعب الطبعة المؤقتة الجلسة 98 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص26 وما بعدها».

وجاء بالشرح الكبير:

«وحكم امرأة وغير فقيه بذلك أى بأحكام النشوز فشرطهما الذكورة والرشد والعدالة والفقهاء بما حكما فيه» «حاشية الدسوقي جـ2 ص344».

وجاء بحاشية الدسوقي جـ4 ص129 فى باب القضاء: «قوله لا أنثى ولا خنثى أى فلا يصح توليتهما للقضاء ولا ينفذ حكمهما».

ولئن كانت قواعد التحكيم - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون 44 لسنة 1979 والقانون 100 لسنة 1985- مستمدة من مذهب الإمام مالك إما نصاً أو تخريجاً على نصوصه، وقد اشترط هذا المذهب الذكورة في الحكمين، فلا يصح أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء لأن مهمة الحكمين نوع من القضاء، والمرأة ليس لها ولاية القضاء لنقصان عقلها عن الرجل، وهو ما كان معمولاً به في عهد الصحابة والتابعين ومن بعدهم⁽¹⁾ إلا أنه لا يجوز الرجوع إلى هذا المذهب بشأن شرط الذكورة، لأن مناط الرجوع إليه باعتباره المصدر التشريعي لقواعد التحكيم هو عدم وجود النص أو إطلاقه أو غموضه، وقد استبان فيما تقدم وضوح نص القانون في عدم اشتراط الذكورة في الحكمين. وقد سبق الإشارة إلى أن المذهب الحنفى لا يشترط الذكورة في الحكمين.

71- (ب) قضاء محكمة النقض:

خالفت محكمة النقض رأينا السابق، وذهبت إلى أن الذكورة شرط في الحكمين رجوعاً إلى مذهب الإمام مالك المصدر التشريعي لقواعد التحكيم.

إذ قضت بأن:

1- «لما كانت قواعد التحكيم الواردة في المواد من 7 إلى 11 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - سواء قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 أو بعد هذا التعديل قد أخذت من مذهب الإمام مالك فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توافرها في الحكام فيما لم يرد به نص صريح في المواد المشار إليها. وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكورة في الحكام على اعتبار أن طريقهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط، وإن لم يرد به نص صريح في المادة السابعة بعد تعديلها بالقرار بقانون المشار إليه. لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن

(1) فقد جاء بالمدونة الكبرى جـ 5 ص 49: «ليست المرأة من الحكام والصبي والعبد ومن على غير دين الإسلام أحق أن لا يجوز تحكيمهم لا برضا من الزوج والمرأة ولا بالبعثة من السلطان».

كما جاء بصحيفة 51: «وقد قال ربيعة لا يبعث الحكمين إلا السلطان فكيف يجاز تحكيم المرأة والعبد والصبي والنصراني والمسحوط».

بعثتهم حكما في الدعوى بأن كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام فإن الحكم المطعون فيه إذ اتخذ من هذا التقرير سندا لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلا».

(طعن رقم 13 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 11/3/1986)

2- «ذكورة الحكم. شرط لولايتهم. علة ذلك بعث المحكمة حكما من بينهم امرأة. أثره بطلان التقرير المقدم منهم. وامتداد البطلان إلى الحكم المستند إليه».

(طعن رقم 13 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 11/3/1986)

3- «إذ كانت قواعد التحكيم الواردة في المواد من 7 إلى 11 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 سواء قبل تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 أو بعد هذا التعديل - بالقانون رقم 1 لسنة 2000 - قد أخذت من مذهب الإمام مالك، فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توافرها في الحكم فيما لم يرد به نص صريح في المواد المشار إليها وإذ كان هذا المذهب يشترط الذكورة في الحكم على اعتبار أن طريقهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط وإن لم يرد به نص صريح في المادة السابعة بعد تعديلها بالقانونين سالفى الذكر. لما كان ذلك، وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكما في الدعوى بأن كان من بينهم امرأتان مما يبطل التقرير المقدم منهم، وإذ عول الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه على هذا التقرير واتخذ منه سندا لقضائه بالتفريق فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه».

(طعن رقم 838 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 24/3/2007)

وفي رأينا السابق التعقيب الكافي على هذين الحكمين (راجع البند السابق).

72- الشرط الثاني: أن يكون الحكمان من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم:

اشتراط النص أن يكون الحكمان من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم. والحكمة من اختيار الحكمين من أهل الزوجين إن أمكن، أن ما ينشأ من خلاف بين الزوجين ينذر بالفرقة يكون معلوما لدى أهل الزوجين، فلا يستطيع الزوجان التمويه على الحكمين إذا كان من أهلها في وقائع النزاع وأسبابه، كما أنهما بهذه الصفة يكونان أقرب إلى نفسيهما وأدعى إلى إفضائهما لهما بما في ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أو الصلحة وسترا لهما على ما ينسبه

كل منهما للآخر من وقائع أدت إلى الخلاف تمس الزوجين وقد تمتد إلى سمعة الأولاد مما يجب حجبهِ عن الأجانب.

وعبارة أهل الزوجين جاءت عامة بالنص، ومن ثم لا يشترط أن يكون الحكمان من العصابات⁽¹⁾.

وإذا لم يكن للزوجين أهل، أو كان لهما أهل ليس من بينهم من يصلح للتحكيم، اختير الحكمان من غير أهلها.

وقد جرى النص على أن يكون الحكمان من غير أهل الزوجين «ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما»، وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن ما جاء بالنص لا يؤدي إلى اشتراط أن يكون الحكمان الأجنيان لهما اتصال شخصي بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما إنما يكفي أن يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين.

(راجع نقض طعن رقم 13 لسنة 42 ق «أحوال شخصية» - جلسة

1975/5/28 منشور ببند 57)

ومع ذلك فإن في المذهب المالكي يندب أن يكون الحكمان الأجنيان من الجيران، ومرد ذلك أن الجيران يعلمون حال بعضهم.

وإذا بعث القاضي حكمين أجنيين مع إمكان بعث حكمين من أهل الزوجين فقد ذهب رأى في المذهب المالكي إلى عدم نقض حكمهما بالطلاق مجاناً أو على مال، بينما ذهب الرأي الراجح إلى نقضه⁽²⁾.

وإذا كان أحد الحكمين من أهل الزوجة والآخر أجنياً، فقد ذهب رأى في المذهب (اللخمي) إلى أن الأجني يضم للحكم الذي من أهل أحد الزوجين، وذهب رأى آخر (ابن الحاجب) إلى أنه يجب أن يكون الحكمان أجنيين وترك الحكم القريب لأحدهما لئلا يميل القريب لقريبه والرأى الأول هو الراجح⁽³⁾.

(1) وقد جاء بالمدونة الكبرى جـ5 ص50 «قال فإذا كان في الأهل موضع كانوا هم أولى لعلمهم بالأمر وتعنيهم به وأنهم لم تزدتهم قرابتهم منها إذا كان فيهم من الحال التي وصفت لك من النظر والعدالة إلا قوة على ذلك وعلماً به».

(2) حاشية الدسوقي جـ2 ص344.

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ2 ص344 - وفي المذهب إذا اجتمع الزوجان على اختيار حكم واحد جاز، ويكون بمنزلة الحكمين «المدونة الكبرى» جـ5 ص50.

وإذا كان الزوجان محجورين فإنه يجوز تعيين الوليين حكمين أو تعيين واحد منهما والآخر أجنبيا.

73- كيفية اختيار الحكمين:

يكون اختيار الحكمين للزوجين، فيختار كل من الزوجين حكما من أهله فإن لم يوجد له أهل أو كان ليس من بينهم من تتوافر فيه شروط الحكم اختار حكما أجنبيا أى عدلا من المسلمين.

وإذا لم يقر الزوجان باختيار الحكمين عينهما القاضي، وكذا لو اختار أحد الزوجين حكما عنه ولم يختار الثاني قام القاضي بتعيين حكم له. ويتم الاختيار أمام المحكمة ويثبت فى محضر الجلسة أو بمذكرة تقدم إليها. وليس للزوجين الرجوع عن اختيار الحكمين والعدول عن التحكيم طالما أنهما موجهان من القاضي، ولو لم يستوعبا الكشف عن حالهما ويعزما على الحكم⁽¹⁾.

74- قرار المحكمة ببعث الحكمين:

نصت المادة 8 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 (المستبدلة بالقانون 100 لسنة 1985) على أن:

(1) فقد جاء بالشرح الكبير «ولهما أى للزوجين إن أقامهما أى أقاما الحكمين بدون رفع للحاكم الإقلاع أى الرجوع عن تحكيمهما مالم يستوعبا الكشف عن حالهما وإلا فلا رجوع لهما ولا لأحدهما وظاهره ولو رضيا عند العزم على الطلاق بالبقاء وقال ابن يونس وينبغى إذا رضيا معه بالبقاء أن لا يفرق بينهما وبمفهومه أنهما لو كانا موجهين من الحاكم فليس لهما الإقلاع ولو لم يستوعبا» (حاشية الدسوقي جـ 2 ص 346).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«خلو لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من القواعد الخاصة بعدم صلاحية الحكمين. مؤداه. وجوب إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات. عدم اعتراض الطاعن على تعيين محكم المطعون ضدها - شاهدها فى النزاع موضوع التحكيم - ومثوله أمامه دون اتخاذ إجراءات الرد المنصوص عليها فى المادة 503 مرافعات. النعى على الحكم المطعون فيه بالبطلان لاتخاذ من تقرير الحكمين الباطل سنداً لقضائه. على غير أساس».

(طعن رقم 50 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/2/25)

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليل كل من الحكمين اليمين بأن يقوموا بمهمته بعذل وأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتتهما غير متفقين.

فبعد انتهاء اختيار الحكمين على النحو الذى أوردناه سلفاً، تصدر المحكمة قراراً - قبل الفصل فى الموضوع - ببعث الحكمين، وتحديد مأموريتهما، وهى تعرف أسباب الشقاق بين الزوجين وبذل جهدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة (م2/9 من القانون)، وتحديد تاريخ بدء وانتهاء الحكمين من مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر، والجلسة التى يقدم فيها الحكما تقريرهما. وعلى المحكمة إخطار الحكمين والخصم بذلك القرار.

ومدة ستة الأشهر التى حددها النص لانتهاء الحكمين من مأموريتهما هى الحد الأقصى للمدة التى ينتهى فيها الحكما من مأموريتهما، ومن ثم يجوز للمحكمة أن تحدد للحكمين فى قرارها مدة أقل كشهر أو شهرين كما أن لها بعد ذلك أن تزيد هذه المهلة حتى ستة أشهر حسبما يترأى لها من ظروف النزاع.

وقد أجازت الفقرة (ب) من المادة للمحكمة أيضاً أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتتهما غير متفقين. وفى هذه الحالة يسرى نص المادة (11) من المرسوم بقانون (انظر فى التفصيل بند 83). وإعطاء هذه المهلة للحكمين أمر جوازى للمحكمة ويخضع لتقديرها، ولها أن تقرر هذه المهلة من تلقاء نفسها إذا لم ينته الحكما من مهمتهما خلال مدة ستة الأشهر، أو بناء على طلب الحكمين، ولها رفض طلبهما إذا استبان لها عدم جديته.

والميعاد المنصوص عليه بالمادة لأداء الحكمين مأموريتهما ميعاد تنظيمى لا يترتب على مخالفته ثمة بطلان.

فإذا باشر الحكما عملهما بعد انتهاء هذه المدة بناء على قرار من المحكمة وقدموا تقريرهما فإن المحكمة تقضى بموجبه.

ولم تكن المادة (8) من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 - المقابلة للنص الحالى - قبل تعديلها توجب تحديد موعد لإنهاء الحكمين لمهمتهما وهو مما أدى

إلى إطالة الحكمين في بعض الأحوال مدة عملهما، وهو أمر ليس في صالح الزوجين أو الأسرة عموماً.

ولم يحدد النص طريقة إخطار المحكمة للحكمين والزوجين بقرار بعث الحكمين، ومن ثم فإنه يكون قد ترك للمحكمة تحديد طريقة الإخطار بما يكفل علم الحكمين والزوجين بالقرار ومن ثم يجوز أن يكون الإخطار بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل بعلم الوصول، أو بخطاب مسجل.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا النظر في حكم حديث لها صادر بتاريخ 1999/1/25 في الطعن رقم 16 لسنة 65 ق «أحوال شخصية» ذهبت فيه إلى أن:

«النص في الفقرة الأولى من المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه «لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره» يدل على أن المشرع أوجب على الحكمين إخطار الزوجين بموعد ومكان مجلس التحكيم، دون أن يحدد شكلاً خاصاً يتعين على الحكمين التزامه في الإخطار ولم يشترط هذا النص صحة عمل الحكمين بحضور الزوجين معاً، فإذا لم يحضر أحدهما عن عمد أو تراخي فلا يترتب على ذلك بطلان إجراءات التحكيم، طالما تم إخطاره بالموعد المحدد للتحكيم، وعندئذ يجب على الحكمين أن يستمرا في المهمة المنوطة بهما، إذ لا يؤثر في سير عملهما غياب أحد الزوجين».

كما قضت بأن:

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك أنه لما كانت المادة الثامنة/2 من القانون 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون 100 لسنة 1985 نصت على أن يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تتجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة للحكمين والخصم بذلك... كما نصت المادة التاسعة من ذات القانون على أنه لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره، وكان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن التزام الحكمين بإخطار الزوجين بموعد ومكان مجلس التحكيم وفقاً لنص المادة 1/9 من القانون 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون 100 لسنة 1985 لا يستلزم شكلاً خاصاً في الإخطار وأن حضور الزوجين معاً أو

غياب أحدهما لا يرتب بطلان إجراءات التحكيم، وأن الأصل في الإجراءات أنها روعيت وعلى من يدعى مخالفتها إقامة الدليل على ذلك، وكان الثابت من تقرير حكم المطعون ضدها أنه أخطر طرفي النزاع في 5/17، 1999/5/26 للحضور إلى منزله يوم 1999/5/27 لمباشرة المأمورية وذلك بموجب خطابات مسجلة بعلم الوصول وأن الطاعن قد حضر إليه أكثر من مرة وقام بمناقشته ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس».

(طعن رقم 345 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/3/8)

ومحل إيجاب إخطار الزوجين بقرار بعث الحكمين ألا يكون القرار قد صدر في حضورهما، كما لو اختارا الحكمين بالجلسة التي أصدرت فيها المحكمة قرارها لأنهما في هذه الحالة يكونان قد علما بالقرار⁽¹⁾.

75- حلف الحكمين اليمين:

أوجبت الفقرة (أ) من المادة الثامنة على المحكمة تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

«المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادة 212 من قانون المرافعات أن الشارع وضع قاعدة عامة مقتضاها أن الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها، لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن في الحكم المنهى للخصومة سواء كانت تلك الأحكام قطعية أم متعلقة بالإثبات ولم يستثنى من ذلك إلا الأحكام التي بينها بيان حصر وهي الأحكام الوقتية والمستعجلة الصادرة بوقف الدعوى والقابلة للتنفيذ الجبري، ورائده في ذلك - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - هو الرغبة في منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم وما يترتب على ذلك من تعويق الفصل في موضوع الدعوى لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدها أقامت الدعوى بالاعتراض على إعلان دعوتها لمنزل الزوجية، وطلبت التطبيق من خلال هذه الدعوى، وكان الحكم الابتدائي قد قضى باتخاذ إجراءات التحكيم بين الزوجين، وهو حكم متعلق بالإثبات لم يمه الخصومة كلها بينهما، وكان هذا الحكم لا يعتبر من الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري في معنى المادة 212 من قانون المرافعات. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز استئنافه، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون الدفع بعدم جواز الطعن عليه في محله».

(طعن رقم 168 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/3/20)

وهذا التحليف يكون بداهة قبل أداء الحكمين مأموريتهما، ولا يشترط حضور الزوجين أو أحدهما أداء اليمين.

وهذه اليمين تؤدي إلى إخلاص الحكمين في أداء مأموريتهما فينتج التحكيم آثاره في الإصلاح بين الزوجين، كما أنها ضرورية لاطمئنان المحكمة إلى التقرير المقدم منهما لأنها تقضى في الدعوى بمقتضاه.

وقد جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون 44 لسنة 1979 أنه :

«واستكمالا لأحكام إجراءات التحكيم حتى ينتج آثاره في الإصلاح بين الزوجين فقد أوجبت المادة (8) المعدلة في العبارة الأخيرة من البند (أ) منها على المحكمة تحليف كل من الحكمين اليمين بالقيام بمهمته بالعدل والأمانة». ويترتب على عدم حلف الحكمين اليمين، بطلان عملهما وكذا التقرير المقدم منهما للمحكمة، فإذا قضت المحكمة بموجب هذا التقرير كان حكمها باطلا لابتناؤه على إجراء باطل.

وإذا باشر الحكمان مأموريتهما ثم قدما تقريرهما قبل حلف اليمين، كان للمحكمة تحليفهما وإعادة بعثهما لأداء المأمورية من جديد، ويكون هذا صحيحا للإجراء الباطل.

76- مكان التحكيم :

لم يحدد المرسوم بقانون المكان الذي يعقد به مجلس التحكيم، وبذلك يكون قد ترك تحديده للحكمين. وللحكمين تحديد المكان الذي يريانه مناسباً لأداء مأموريتهما، وقد يكون هذا المكان مسكن أحدهما أو مسكن أحد الزوجين أو مسكن أحد أصدقاء الزوجين.

وإذا تعددت جلسات التحكيم جاز أن يتعدد مكان انعقادها حسبما يراه الحكمان ملائماً.

77- إخطار الزوجين ببدء التحكيم ومدته ومكانه :

يجب على الحكمين أن يحددا موعداً لبدء جلسات التحكيم والمدة المحددة له، وأن يخطرا الزوجين بذلك، وبمكان انعقاد جلسات التحكيم.

ولم يحدد المرسوم بقانون طريقة الإخطار، وهذا يعنى أنه ترك تحديدها للحكمين.

وليس لهذا الإخطار شكل معين، فيجوز أن يتم شفاهة⁽¹⁾، غير أن ذلك يجعل إثبات الإخطار صعبا إذا لم يمثل الزوجان أو أحدهما بجلسات التحكيم ودفع أمام المحكمة بعدم إخطاره، ولذلك يحسن أن يتم الإخطار كتابة. ويمكن أن يكون بخطاب مسجل أو بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، أو بإخطار من أصل وصورة تسلم الصورة باليد إلى كل من الزوجين ويوقع على الأصل بما يفيد الاستلام.

ويترتب على إغفال إخطار الزوجين أو أحدهما ببدء جلسات التحكيم ومدته ومكانه بطلان عمل الحكمين والتقارير الذى يقدمانه، فإذا قضت المحكمة بما جاء بهذا التقرير كان قضاؤها باطلا لابتناؤه على إجراء باطل⁽²⁾.

78- حضور الزوجين بمجلس التحكيم:

يجوز للزوجين الحضور بمجلس التحكيم بشخصهما أو بوكيل مفوض فى الصلح.

وقد نصت المادة 1/9 من القانون على أنه: «لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره» - ومعنى ذلك أنه لا يشترط لصحة مجلس التحكيم حضور الزوجين معا وإنما يكفى حضور أحدهما

(1) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن: «لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على الأوراق أن محكمة أول درجة عينت فى البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما، غير أن حكم الزوج تعمد عدم القيام بالمهمة، فقضت المحكمة بنذب آخرين أجنبين، وكان لم يوجه أى مطعن إلى عدالتهما، فإن الحكم لا يكون قد خالف قواعد الشرع الإسلامى. وهو مردود فى وجهه الثانى بأن الأوراق خلو مما يفيد عدم وصول الخطابات المسجلة إلى الطاعنة، بل إن الثابت من مدونات الحكم الابتدائى مقابلة حكم الزوج له فى مقر عمله ويكون النعى فى هذا الخصوص عاريا من دليله».

(طعن رقم 13 لسنة 42 ق «أحوال شخصية» جلسة 1975/5/28)

(2) ويمكن قياس وجوب الإخطار على ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 146 من قانون الإثبات من أنه: «ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير».

طالما أن الزوج الآخر قد أخطر بميعاد الجلسة ومكانها. أما إذا امتنع الزوجان معا عن الحضور فلا يجوز للحكمين السير في عملهما وإنما عليهما تأجيل جلسة التحكيم إلى جلسة أخرى، ولو كان الزوجان قد تم إخطارهما. وإذا لم يحضر الزوجان ومع ذلك سار الحكمان في عملهما وقدا تقريرهما للمحكمة كان تقريرهما باطلا، ولا يجوز للمحكمة القضاء بموجبه وإلا كان حكمها باطلا لا بابتائه على إجراء باطل.

79- عمل الحكمين:

نصت المادة 2/9 من المرسوم بقانون على أن: «وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة». فعمل الحكمين في المقام الأول هو الإصلاح بين الزوجين ورأب الصدع الذى أصاب حياتهما الزوجية، ويكون ذلك عن طريق معرفة أسباب الخلاف القائم بينهما والسعى بكافة الطرق لازالتها، وتأليف قلوبهما على حسن العشرة. ولكل من الحكمين أن يخلو بالزوج الذى اختاره ويسأله عما يكره من زوجه، ويعمل على رد الزوج الآخر عما يفعله وذلك ضما لشمليهما⁽¹⁾ وربطاً لحبل المودة بينهما.

فإذا عجز الحكمان عن إصلاح ذات البين بين الزوجين، كانت مهمتهما اقتراح التطليق بالتفصيل الذى سيلي ذكره.

80- عجز الحكمين عن الإصلاح بين الزوجين:

نصت المادة العاشرة من المرسوم بقانون (المعدل) على أن: «إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

(1) فقد جاء بحاشية الدسوقي جـ ص345: «وقوله الإصلاح أى يجب عليهما فى مبدأ الأمر أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لأجل الألفة وحسن العشرة وذلك بأن يخلو كل واحد منهما بقربيه ويسأله عما يكره من صاحبه ويقول له إن كان لك حاجة فى صاحبك رددناه لما تختار معه».

- 2- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.
- 3- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببذل يتناسب مع نسبة الإساءة.
- 4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

وواضح من المادة أن الحكمين إذا باشرا عملهما في إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين وإعادة الألفة والمودة بينهما، ولكنهما عجزا عن الإصلاح بينهما، فإن مهمتهما تصبح قاصرة على اقتراح التطليق بطلقة بائنة إما نظير بدل أو بدون بدل، وذلك بالتفصيل الآتي:

- 1- إذا ثبت للحكمين أن الإساءة كلها من جانب الزوج، وليس من جانب الزوجة شيء منها، كما لو كان الزوج يعتدى عليها بالضرب أو السب، اقترحا التطليق دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.
- وهذا الحكم يمنع الزوج المشاكس من استغلال الزوجية لإيذاء الزوجة وإهدار حقوقها قبله⁽¹⁾.

- 2- إذا ثبت للحكمين أن الإساءة كلها من جانب الزوجة، وليس من جانب الزوج شيء منها، كأن تكون الزوجة قد امتنعت عن طاعة زوجها دون حق، أو خرجت للعمل في غير الأحوال الجائزة، اقترحا التطليق نظير بدل (خلع) مناسب تلتزم به الزوجة⁽²⁾.

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

(2) الأصل في مشروعية الخلع قوله تعالى للأزواج ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا

ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا

حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۖ﴾ ، وقد أمر رسول الله عليه

السلام ثابت بن قيس بفراق زوجته على مال لما قالت عنه :

ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكن لا أطيعه» ، وجمهور العلماء على أن أخذ الفدية على الطلاق جائز وأجمعوا على منع أخذ مالها إلا أن يكون النشوز وفساد العشرة من =

وهذا البذل قد يكون حقها في المهر كله أو بعضه، ويقدر الحكمان هذا البذل طبقاً لظروف الحال ومدى الإساءة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- «البذل. ماهيته. انصرافه إلى حقوق الزوجة المترتبة على الزواج أو الطلاق م 2/10 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 عدم اعتباره عوضاً مالياً. قضاء الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم الابتدائي بتطليق المطعون ضدها مع إسقاط جميع حقوقها الشرعية دون

= قبلها أو اشترك فيه، وهذا هو حكم الديانة بينه وبين الله المعبر عنه بالحل والحرمة، أما في القضاء فيجوز له الأخذ بناء على حكم القاضي لأن الزوج أسقط حقه في نظير عوض رضيت به الزوجة وهو من أهل الإسقاط وهي من أهل المعاوضة. (1) وكان المقرر قبل تعديل المادة بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 والقانون 100 لسنة 1985 أن الحكمين لا يقترحان التطليق إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة دون الزوج، وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 1976/11/26 في الطعن رقم 17 لسنة 42 ق «أحوال شخصية» الذي جاء به .

«النص في المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بأن على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها» وفي المادة التاسعة بأنه «إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة» وفي المادة الحادية عشرة بأنه «على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقرانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه» يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها، وإن عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو من الزوجين معا أو جهل الحال بأن عم عليهما سوا الوقوف على أي من الزوجين كانت منه الإساءة قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، أما إذا كانت الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون هناك تفريق تجنباً - طبقاً لما جاء بالمذكرة الإيضاحية - لأسباب إغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر. وهذه الأحكام فيما - عدا كون الإساءة من الزوجة - مستمدة من فقه المالكية ومن المنصوص عليه فيه أنه إذا اتفق الحكمان على رأي رفعه إلى القاضي الذي عليه أن ينفذ ما قرراه دون معارضة أو مناقضة ولو كان حكمهما مخالفاً لمذهبه».

إلزامها بعوض مالى آخر للطاعن تأسيسا على ما انتهى إليه الحكمان من إن الإساءة كلها من جانبها. صحيح».

(طعن رقم 585 لسنة 70 ق «أحوال شخصية»

جلسة 2002/12/14)

2- «وكان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن البذل المنصوص عليه فى المادة العاشرة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 إنما ينصرف إلى حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق، وكان الحكم المطعون فيه قضى بانصراف معنى الحقوق الشرعية الواردة بمنطوق الحكم المطلوب تفسيره إلى تلك المترتبة على الطلاق دون تلك المترتبة على الزواج فإنه يكون قد مس ذاتية الحكم المفسر وكيانه ونال من حجبيته فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه.

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه، وكان عبارة «الحقوق الشرعية» التى قضى الحكم المطلوب تفسيره بإسقاطها جاءت مطلقة من كل قيد مما لا يسوغ معه قصر الإسقاط على الحقوق المالية المترتبة على الطلاق دون تلك المترتبة على الزواج وبالتالي يتعين إزالة الغموض الثابت بمنطوق الحكم المفسر بإثبات أن المقصود بالحقوق الشرعية هى تلك المترتبة على الزواج والطلاق».

(طعن رقم 273 لسنة 71 القضائية «أحوال شخصية»

جلسة 2003/3/8)

إذا ثبت للحكمين أن الإساءة مشتركة بين الزوجين، كأن يكون الزوج قد تزوج بأخرى فلقحها من جراء ذلك ضرر مادى أو معنوي، وفى المقابل خرجت الزوجة من منزل الزوجية دون حق، أو غير ذلك من صور الإساءة المشتركة، اقترحا التطليق دون بدل أو ببذل (خلع) تلزم به الزوجة يتناسب مع نسبة الإساءة، وذلك بالتفصيل الآتي:

(أ) إذا كانت إساءة الزوجين متساوية اقترح الحكمان التطليق دون بدل

(خلع).

(ب) إذا كانت إساءة الزوجة تزيد على إساءة الزوج اقترح الحكمان التطليق ببذل (خلع) يتناسب مع نسبة الإساءة تلزم به الزوجة.

(ج) إذا كانت إساءة الزوج تزيد على إساءة الزوجة، اقترح الحكمان التطليق دون بدل لأنه يجب تفسير عموم الفقرة الثالثة من المادة العاشرة التي تنص على أنه: «وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببذل يتناسب مع نسبة الإساءة» على ضوء المقرر في المذهب المالكي باعتباره المصدر التشريعي للنص، والمنصوص عليه في هذا المذهب أنه لا ينبغي للحكمين «أن يأخذا من الزوج شيئا ويطلقا عليه»⁽¹⁾.

فالممنوع على الحكمين هو أن يحكما على الزوج بالتفريق مع مال يلزم به، أما أن يحكما بالتفريق دون مال أو بمال تلزم به الزوجة المسيئة فذلك جائز لأنها حين تحصل على التفريق - وهي مسيئة - فينبغي أن يكون لذلك مقابل يحصل عليه الزوج الذي يكلف المهر وغيره لإقامة هذا الزواج⁽²⁾.

فضلا عن أن الفقرة الأولى من المادة جعلت التطليق في الحالة التي تكون فيها الإساءة كلها من جانب الزوج دون بدل يدفعه الزوج، فبداية لا يقصد النص إلزام الزوج ببذل في الحالة التي تكون فيها الإساءة مشتركة بينه وبين الزوجة⁽³⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«التزام الحكمين باقتراح التطليق دون بدل تلزم به الزوجة. شرطه عجزهما عن الإصلاح بين الزوجين وأن تكون الإساءة مشتركة بينهما. عدم التزام الزوج بالبدل ولو كانت الإساءة كلها في جانبه. م 10 ق 25 لسنة 1929».

(طعن رقم 398 لسنة 63 ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/10/27)

(1) المدونة الكبرى ج5 ص51 - راجع أيضا على حسب الله في الفرقة بين الزوجين ص152 وما بعدها - الدكتور محمد بلتاجي ص142.

(2) الدكتور محمد بلتاجي ص142.

(3) عكس ذلك شريف كامل ص75 إذ يذهب إلى أنه يجوز للحكمين في حالة الإساءة المشتركة اقتراح التطليق ببذل لأحد الزوجين إذا كانت الإساءة التي لحقته أكبر من تلك الإساءة التي لحقت الزوج الآخر.

4- إذا جهل الحال، فثبت المحكمين وجود إساءة وغم عليهما الوقوف على أى من الزوجين كانت منه الإساءة، فإنهما يقترحان التطليق دون بدل (خلع)⁽¹⁾. وقد جاءت صياغة المادة سائلة الذكر معيبة، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة وصفت الطلاق الذى يقترحه الحكمان إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوج بأنه بائنا، بينما لم يرد هذا الوصف فى الطلاق الذى يقترحه الحكمان فى الصورة الواردة بفقرات المادة الثلاث الأخرى، رغم أن هذا الطلاق يقع بدوره بائنا، وذلك لما هو منصوص عليه فى المذهب المالكي - المصدر التشريعي للمادة - أن تطليق الحكمين يقع بائنا ولو لم يكن خلعا أى كان بلا عوض⁽²⁾.

81- رفع الحكمين تقريرهما إلى المحكمة:

إذا انتهى الحكمان من مأموريتهما واتفقا على رأى إما بالإصلاح بين الزوجين وعودة العشرة الزوجية بينهما بالمعروف، أو بتطليق الزوجة نظير بدل أو بدون بدل على النحو الوارد بفقرات المادة الأربع، تعين عليهما إثبات ذلك فى تقرير يوقع عليه منهما ويرفعانه إلى المحكمة. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (11) على أن يرفع التقرير إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها، وذلك لتكون المحكمة على بينة من سلامة

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

«متى كان ما قرره الحكم يتفق ومنطق تقرير الحكمين اللذين لم ينسبوا فيه إساءة إلى الزوج المطعون عليه فى ذات الوقت الذى قررا فيه فشلها فى إقناع الطاعنة فى الاستجابة لطلبهما العود عن إصرارها على فك عروة الزوجية رعاية لأبنائهما، وبهذه المثابة فلا يكون ما خلص إليه الحكمان مجهلا لحال لأن رأيهما قد اجتمع على التعرف على المسيء من الزوجين وأنه الطاعنة دون المطعون عليه، وكانت الإساءة من الزوجة وحدها لا تبرر التفريق، فإن قضاء الحكم برفض الدعوى لا مخالفة فيه للقانون».

(طعن رقم 17 لسنة 42 ق «أحوال شخصية» جلسة 1976/11/26)

(2) فقد جاء بالشرح الكبير «ونفذ طلاقهما أى الحكمان ويقع بائنا ولو لم يكن خلعا بأن كان بلا عوض» (حاشية الدسوقي ج2 ص344 - راجع أيضا الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة ص603).

وعدالة ما انتهيا إليه بشأن أسباب الشقاق بين الزوجين ومدى إمكان حسن العشرة بينهما⁽¹⁾.

وهذا يقتضى من الحكمين أن يذكر ما استندا إليه من الوقائع التى تدل على حصول الإساءة من جانب الزوج أو جانب الزوجة أو منهما معا ومدى الإساءة من جانب كل منهما، أو سبب جهل الحال.

وإذا لم يشتمل تقرير الحكمين على الأسباب التى بنى عليها، أو كانت هذه الأسباب قاصرة لا تؤدى إلى النتيجة التى خلصا إليها، كان التقرير باطلا، ولا يجوز للمحكمة القضاء بموجبه، وإلا كان حكمها باطلا.

أما إذا لم يتفق الحكمان على رأى فإنهما يقدمان مذكرة تتضمن ذلك، أو يمثلان أمام المحكمة ويقرران بذلك.

82- القضاء برأى الحكمين :

المقرر فى المذهب المالكى - المصدر التشريعى لقواعد التحكيم - أنه إذا اتفق الحكمان على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضى إمضاؤه دون تعقيب ولو كان مخالفا لمذهبه⁽²⁾ لأن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة⁽³⁾.

- (1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون 44 لسنة 1979.
 - (2) فقد جاء بالشرح الكبير (أتيا الحاكم إن شاء فأخبرا بما فعلا ونفذ حكمهما وجوبا ولا يجوز له معارضته ونقضه ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه وقيل ليرفع الخلاف اتفاقا لأن فى رفع حكم الحكمين الخلاف خلافا) - حاشية الدسوقى - ج2 - ص346.
 - (3) فقد سمى الله المبعوثين حكمين وجعل بعثتهما لغير الزوجين ولو ارادهما وكيلين لقال: فابعثوا وكيفا عنه ووكيلا عنها وما قصرهما على أهله وأهلها، لأن الموكل له أن يوكل عنه من يشاء، وإذا كانا حكمين منهما بمعنى الحاكمين فيثبت لهما حق الحكم ولا حكم هنا إلا للتفريق إن تعذر الإصلاح، وقد روى عن على أنه بعث حكمين بين زوجين وقال لهما عليكما إن رأيتما أن تجمعما فاجمعا وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا.
- وروى عن ابن عباس أنه قال فى الحكمين: فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعما فأمرهما جائز.

(راجع المدونة الكبرى ج5 ص54 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2 ص99 -

=

على حسب الله فى الفرقة بين الزوجين ص151)

ومقتضى ذلك أن القاضى يحكم بما اتفق عليه الحكمان فى تقريرهما، فإذا اتفقا على الإصلاح بين الزوجين وعودة العشرة بينهما بالمعروف كان على المحكمة القضاء برفض طلب التطلق، ودعوى الاعتراض على إنذار الطاعة والاعتداد به. وإذا اتفقا على التطلق ببذل أو دون بدل كان عليها أن تقضى بذلك، فلا يجوز لها إن اتفق الحكمان على الطلاق أن تقضى برفض طلب التطلق، أو إذا اتفقا على بدل معين أن تعدل فيه بالزيادة أو النقصان.

وكانت المادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 والقانون رقم 100 لسنة 1985 تنص على ذلك صراحة إذ جرى نصها على أن:

«على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقرانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه». إلا أن هذا النص حذف من المادة بعد تعديلها ولم تفصح الأعمال التحضيرية للقانونين المذكورين عن سبب هذا الحذف.

وقد استقر قضاء محكمة النقض على رأى السابق إذ جرى على أن:

1- «.... وهذه الأحكام مستمدة من فقه المالكية ومن المنصوص عليه فيه أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ولو كانا من جهة الزوجين لأن الحكم فى اللغة هو الحاكم فإن اتفق الحكمان نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه من غير تعقيب ولو خالف مذهبه، وإن اختلف فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر فلا يكون هناك فراق لأن كل واحد منهما مال إلى صاحبه باجتماعهما عليه، لما كان ذلك وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه بعد أن أشار إلى اختلاف الحكمين الأولين وتكليفهما بمعاودة البحث واستمرار الخلاف بينهما أورد ما يلي:

«فأصدرت المحكمة بتاريخ 5 أبريل 1970 حكما ثانيًا باعتبار حكما عن المستأنف لا الطاعن - و..... حكما عن المستأنف عليها - المطعون عليها

= وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979:

«فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق فى الإصلاح أو التفريق وأن على القاضى أن يقضى بما يريانه ومن هؤلاء على بن أبى طالب وعبد الله بن عباس ولم يعرف لهما مخالف».

- لأداء ذات المهمة وجاء فى ذيل تقريرهما فقرة خاصة بالحكم عن الزوجة أنه ويرى أن الخلاف مبعثه الزوج وهو مصدره والمتسبب فيه وأن الحياة مستحيلة مما يرى معه الحكم المذكور بالتفريق، ثم تقدم الحكمان معا بمذكرة فى 28 من أبريل 1970 برأى حكم الزوجة على النحو سالف الذكر ورأى حكم الزوج أن سبب عدم عودة الحياة الزوجية هو عند الزوجة وأنه لا سبيل إلى التفريق بينهما، وقال فى مذكرة خاصة به مقدمة لجلسة 13 من مايو 1970 أنه يقصد بعدم وجود سبيل للتفريق هو عدم وجود المبرر لأن الخلاف القائم مرجعه الزوجة ...». ثم انتهى الحكم إلى قوله «ونتيجة لهذا كله وإذ عجز الحكمان عن إبداء رأى متفق عليه بينهما شأنهما فى ذلك شأن سابقيهما تعين الأخذ بالثابت من أعمال الحكمين، وترى المحكمة من خلافهما أن الحال مجهل وأن الإساءة المانعة من الحياة الزوجية غير معروف من أى منهما صدرت، ومن ثم يتعين الحكم بالتطليق إعمالاً لنص المواد من 8 إلى 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929»، ولما كان الثابت من الحكم أن الحكمين الأخيرين كسابقيهما اختلفا ولم يقررا بجهل الحال وكان يتعين إزاء اختلافهما أن تكلفهما المحكمة بمعاودة البحث تطبيقاً لحكم المادة العاشرة من القانون، وإذ استنتج الحكم جهل الحال من اختلاف الحكمين وقضى بتطليق المطعون عليها مع أن المشرع ترك للحكمين التقرير بجهل الحال وبالتفريق بين الزوجين تبعاً لذلك على أن يحكم القاضى بالتطليق حسبما قرراه عملاً بحكم المادتين التاسعة والحادية عشرة من القانون، لما كان ما تقدم فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص».

(طعن رقم 46 لسنة 40 ق «أحوال شخصية» جلسة 1974/2/20)

2- «.... والنعى مردود فى وجهه الثالث بأن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة، وأنه إذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه دون تعقيب، لما كان ذلك، وكان الثابت فى قرارات حكم محكمة أول درجة أن الحكمين قدما تقريراً انتهيا فيه إلى أنه «لا خير فى هذه الزيجة التى بنيت من أولها وطيلة المدة من 1963

حتى 1971 والنزاع والشقاق على أشده حتى وصل إلى أعلا مراتبه، وأصبح ولا خير فيه وكل واحد من الطرفين يبحث في أمور يكيدها للآخر.....» ورتب الحكم على ذلك اتفاق الحكّمين على وجوب التفريق بين الزوجين وقضى بالتطليق، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

(الطعن رقم 13 لسنة 41 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1975/5/28)

3- «..... يدل على أنه إذا طلبت الزوجة التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية تعين على المحكمة - بعد أن يتضح لها عند التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحا أن الخلاف مستحکم - أن تتخذ إجراءات التحكيم، فإذا اتفق الحكمان على التطليق ورفع تقريرهما إليها قضت بما قرراه دون معارضة أو مناقضة - لما كان ذلك، وكان الثابت أن دعوى الطاعة بالتطليق جاءت من خلال اعتراضها على إنذارى دعوتها للعودة لمنزل الزوجية، واتخذت المحكمة الاستئنافية - ومن قبلها محكمة أول درجة - إجراءات التحكيم فاتفق الحكمان على استحکام الخلاف واستحالة العشرة بين الزوجين بما لزمه أن تحكم المحكمة بما ارتأياه من التفريق بينهما وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلغاء الحكم المستأنف ورفض التطليق على سند من أن الطاعة عجزت عن إثبات الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما - عملا بالمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 - فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم 77 لسنة 56 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1988/11/29)

4- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكّمين طريقتها الحكم لا الشهادة ولا الوكالة وإن اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه دون تعقيب وإذ كان الثابت من تقرير الحكّمين أنهما انتھيا في تقريرهما إلى تطليق المطعون ضدها على الطاعن طلاقة بائمة بالبدل لأسباب سائغة لها أصلها الثابت من الأوراق، وهو ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى على غير أساس» .

(الطعن رقم 50 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1992/2/25)

5- «يدل النص في الفقرة الخامسة من المادة 11 مكررا ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه إذا طلبت الزوجة التطلق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية تعين على المحكمة التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحا، فإذا تبين لها أن الخلاف مستحکم اتخذت إجراءات التحكيم فإذا اتفق الحكمان على التطلق فإن قرارهما ينفذ في حق الزوجين وإن لم يرتضياه ويلتزم به القاضى لأن مبنى التحكيم الحكم لا الوكالة أو الشهادة».

(الطعن رقم 225 لسنة 62 ق «أحوال شخصية» جلسة 1996/5/20)

6- «طلب الزوجة التطلق من خلال دعوها بالاعتراض على الطاعة وجوب اتخاذ المحكمة إجراءات التحكيم إذا استبان لها أن الخلاف مستحکم بين الزوجين. اتفاق الحكمين على التطلق. مؤداه. وجوب القضاء بما قرره دون تحر لسببه أو أى من الزوجين يسأل عنه اختلاف التطلق في هذه الحالة عن التطلق للضرر. م6 من م بق 25 لسنة 1929 علة ذلك».

(طعن رقم 56 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/3/13)

(طعن رقم 426 لسنة 65 ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/4/24)

غير أن المحكمة لا تلتزم بالحكم بما اتفق عليه الحكمان في تقريرهما، إذا كان التقرير باطلا، كما لو كان الحكمان لم يخطرا الزوجين أو أحدهما ببدء التحكيم ومكان انعقاده، أو كان التقرير خلوا من الأسباب التى بنى عليها، أو كانت هذه الأسباب مشوبة بالقصور. أو كان ما اقترحه الحكمان مخالفا للقانون كأن يثبت لهما أن الإساءة كلها من جانب الزوجة ثم يقترحان التطلق دون بدل أو يجهل الحال أمامهما فلم يعرفا المسيء من الزوجين ويقترحان التطلق ببدل.

وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة كفر الشيخ الشرعية بتاريخ

1931/10/29 فى الدعوى رقم 1067 لسنة 30 ق بأن:

«إذا طلبت الزوجة تطليقا للضرر من زوجها - واتفقت معه أمام المحكمة على تعيين محكمين للحكم فيما بينهما وأصدر هؤلاء المحكمين حكمهم فالمحكمة لا تنقيد به مادامت نصوص الشريعة والقانون لا تنطبق عليه».

83- بعث حكم ثالث في حالة عدم اتفاق الحكّمين:

إذا لم يتفق الحكّمان على رأي، كأن يرى أحدهما إمكان الصلح بين الزوجين وعودة العشرة بينهما بالمعروف، بينما يرى الآخر تطليق الزوجة، أو يتفقان على التطليق ولكنهما يختلفان في تحديد الطرف المسيء منهما أو يتفقان على تحديد الطرف المسيء منهما ولكنها يختلفان في مقدار البدل الخ فإن عليهما في حالة عدم الاتفاق هذه أن يرفعا مذكرة إلى المحكمة تتضمن رأى كل منهما على انفراد أو يذليان برأيهما أمامها ويثبت بمحضر الجلسة.

وواجب المحكمة حينئذ أن تقرر إعادة بعث الحكّمين مع حكم ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح مع تحليفه اليمين المبينة بالمادة (8).

ولم تشترط المادة أن يكون الحكم الثالث من أهل أى من الزوجين، وإنما اشترطت أن يكون له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح، ولا يقتضى هذا الشرط أن يكون الحكم الثالث على اتصال شخصى بالزوجين أو بأحدهما قريبا منه مطلقا على أحواله وإنما يكفى أن يكون له من الخبرة العامة ما يستطيع به التوفيق بين الزوجين (راجع بند 72).

ويتم اختيار الحكم الثالث باتفاق الزوجين، فإذا امتنعا عن اختياره أو لم يتفقا على حكم قامت المحكمة بتعيينه.

ويترتب على عدم حلف الحكم الثالث اليمين ما يترتب على عدم حلف الحكّمين إياها.

وتصدر المحكمة قرارها ببعث الحكم الثالث مع الحكّمين السابقين لأداء مأمورية الحكّمين السابقة في الميعاد المبين بالمادة الثامنة من المرسوم بقانون.

وقد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 بعث حكم ثالث بقولها: «وتفاديا لإطالة أمد التقاضى عند اختلاف الحكّمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكّمين.

وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة فإن القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار في هذا الزمان أمرا ضروريا كوسيلة لإظهار الحق ورفع

الضرر على أن من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد - تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ 5 ص 168 وما بعدها⁽¹⁾.

كما جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ما يأتي:

«وكان نص المادة «10» للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 قبل تعديله يترك للقاضي إذا اختلف الحكماء في أمر الزوجين أمرهما بمعاودة البحث، فإذا استمر الخلاف بين الزوجين حكم القاضي غيرهما وكان في ذلك تعطيل كبير إذ بعد طول المدة التي استغرقها الحكماء، يبدأ حكماء جديان في مباشرة المهمة منذ البداية حيث لم يدرسا أسباب النزاع من قبل».

كما جاء بالتقرير:

«وغنى عن البيان أن أساس نظام التحكيم بين الزوجين هو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ

خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾

(1) ويرى بعض الفقهاء أنه وإن كان بعث الحكم الثالث لا مخالفة فيه لكتاب الله الذي أمر ببعث الحكمين لأنه قد تحقق الامتثال ببعث الأوليين، والزيادة مسكوت عنها فتبقى على أصل الإباحة حيث لا نهى عنها، إلا أنه يرى أن استناد المذكرة الإيضاحية للقانون في بعث الحكم الثالث إلى قول القرطبي هو قياس غير صحيح لأن عبارة القرطبي المشار إليها في ص 177 جـ 5 تقول «ويجزئ إرسال الواحد لأن الله سبحانه حكم في الزنا أربعة شهود ثم قد أرسل «رسول الله صلى الله عليه وسلم» إلى المرأة الزانية أنيسا وحده وقال له: «إن اعترفت فأرجمها» وكذلك قال عبد الملك في المدونة: فصاحب هذا القول يقيس إرسال الحكم الواحد بدلا من الاثنين على تلك المسألة وهي أن الله حكم الزنا أربعة شهود ثم بعث أنيسا إلى المرأة الزانية.

ولعله فهم أن رسول الله عليه السلام اكتفى بشهادة أنيس عن أربعة شهود. والأمر ليس كذلك لأن الزنا يثبت بأحد أمرين: إما شهادة أربعة أو إقرار الزاني نفسه فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإقامة الحد على هذه الزانية بناء على إقرارها لا بشهادة أنيس وحده يدل عليه قول الرسول «فإن اعترفت فأرجمها» ثم أن أنيسا لا يعتبر هنا شاهداً، لأن الشهادة تكون على الفعل لا على الاعتراف، فلا معنى للاستدلال بهذا القول الذي لا دليل عليه مع مخالفته لصريح الآية «الدكتور محمد مصطفى شلبي في ملحق أحكام الأسرة في الإسلام ص 59 وما بعدها».

وليس فى الآفة الكرامة ما يفيد حصر العدد باثنين بل المقصود هو تحقيق وجود تمثيل لأهل كل من الطرفين إذا كان الحكمان من أهلها ولا يوجد ما يمنع شرعا من تعدد الحكام أى أكثر من اثنين أو بعث حكم واحد فى بعض الآراء أو بعث حكم ثالث كما نحى إلى ذلك القرار بقانون».

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نصوص المواد الثامنة والتاسعة والعاشرة والحادية عشر مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 أنه إذا طلبت الزوجة التطلق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها للدخول فى طاعته تعين على المحكمة التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحا، فإن استبان لها أن الخلاف بينهما مستحكم اتخذت إجراءات التحكيم، فإذا اتفق الحكمان على التفريق فعلى المحكمة أن تقضى بما قرراه، وإن اختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر، فلا يكون هناك فراق، بل يتعين على المحكمة أن تبعث معهما بثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح دون أن تحلفه اليمين لما كان ذلك. وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها طلبت التطلق من خلال دعواها بالاعتراض على إنذار الطاعة فندبت محكمة أول درجة حكمن لإنهاء الشقاق بين الزوجين فاختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر. فكان يتعين على المحكمة أن تبعث معها حكما ثالثا. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، قضائه بتأييد الحكم الابتدائى بالتطلق دون ندب حكم ثالث، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون».

(طعن رقم 395 لسنة 65ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/2/21)

84- حالة اتفاق الحكام الثلاثة :

إذا اتفق الحكام الثلاثة على رأى ورفعوا تقريرهم إلى المحكمة، قضت المحكمة بمقتضاه، على التفصيل الذى ذكرناه بالنسبة للحكمين.

ولا يلزم اتفاق الحكام الثلاثة وإنما يكفى اتفاق أغليتهم أى اتفاق اثنين

منهم.

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون 100 لسنة 1985 أنه:

«وتفاديا لإطالة أمد التقاضى عند اختلاف الحكمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعته المحكمة مع الحكمين وتقضى بما يتفقون عليه أو برأى الأكثرية وعند اختلافهم فى رأى أو عدم تقديم التقرير فى الميعاد تسير المحكمة فى الإثبات وتقضى وفق التفصيل الموضح فى المادة 11».

85- حالة اختلاف الحكام الثلاثة أو عدم تقديم تقريرهم فى الميعاد:

إذا اختلف الحكام الثلاثة بأن لم يتفقوا جميعا أو لم يتفق اثنان منهم على رأي، أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد الذى حددته المحكمة، سارت المحكمة فى الإثبات.

ومحل الإثبات هنا هو الضرر الواقع على الزوجة من دعوة زوجها للعودة لمنزل الزوجية، فهو يدور حول عودة الزوجة لمنزل الزوجية، ولا يدخل تحته أى نوع آخر من أنواع الضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، ومناطق هذا الضرر أن يثبت أن امتناع الزوجة عن العودة إلى منزل الزوجية بحق شرعى.

والزوجة باعتبارها مدعية فى دعوى الاعتراض على الطاعة هى المكلفة بإثبات هذا الضرر، ويجوز لها إثباته بكافة طرق الإثبات الشرعية.

ويجب على المحكمة بعد انتهائها من الإثبات التدخل للتوفيق بين الزوجين، وإلا كان حكمها باطلا.

(راجع فى تفصيل ذلك بند 39 وما بعده).

فإذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها حال تدخلها للتوفيق بينهما عدم استحالة العشرة بينهما أى أن الخلاف غير مستحكم بينهما⁽¹⁾ قضت برفض دعوى الاعتراض على الطاعة وطلب الطلاق، أما إذا تبين لها استحالة العشرة بينهما أى أن الخلاف مستحكم بينهما وأصرت الزوجة على

(1) راجع فى المقصود باستحكام الخلاف بين الزوجين بند 51.

الطلاق قضت بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك مقتضى.

86- حقوق الزوجة المالية التي يرد عليها الإسقاط:

قضى المشرع بأن يكون تطليق الزوجة في الحالة الموضحة بالبند السابق - عند عجزها عن التوفيق بين الزوجين وتبين استحالة العشرة بينهما - طلاقة بائنة، مع إسقاط حقوقها المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«وحيث إن هذا النعى مردود. ذلك أن النص في الفقرة الثانية من المادة 11 من القانون رقم 25 لسنة 29 على أنه «.... وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين، وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى» - مفاده - أن تقدير مقتضى التعويض متروك لتقدير محكمة الموضوع، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه رفض الطلب الاحتياطي بالتعويض على سند من أن المحكمة لا ترى له مقتضى، وهو ما مؤداه التقات المحكمة عن المستندات والدلائل التي أثارها الطاعن بسبب النعى للجدل في سلطة محكمة الموضوع في تقدير مقتضى التعويض، مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض، ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس».

(الطعن رقم 205 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/3/5)

ووضح من ذلك أن القضاء بإسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزام الزوجة بالتعويض رهن بوجود مقتضى، فإذا انتفى هذا المقتضى قضت المحكمة بالتطليق مع عدم مساسها بحقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها. والمقتضى في إسقاط الحقوق المالية كلها أو بعضها هو أن تكون أسباب استحالة العشرة من جانب الزوجة وحدها أو مشتركة بين الزوجين ولكنها من جانب الزوجة أكثر. وذلك بالتفصيل الآتي:

1- إذا كانت أسباب استحالة العشرة كلها من جانب الزوج وجب على القاضى التطلاق دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المالية.

2- إذا كانت أسباب استحالة العشرة كلها من جانب الزوجة، وجب على القاضى التطلاق مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها.

3- إذا كانت أسباب استحالة العشرة من جانب الزوجين، فإذا كانت متساوية وجب على القاضى التطلاق دون إسقاط شيء من حقوق الزوجة المالية، وإذا كانت من جانب الزوجة أكثر وجب على القاضى التطلاق مع إسقاط بعض حقوق الزوجة المالية بما يتناسب مع نسبة أسباب الاستحالة التى جاءت من جانبها.

أما إذا كانت أسباب استحالة العشرة من جانب الزوج أكثر وجب على القاضى التطلاق دون المساس بشيء من حقوق الزوجة المالية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«فى حالة الإساءة المشتركة بين الزوجين ليس بلزوم أن يكون التطلاق ببدل. الأمر متروك لاقتراح الحكيم».

(طعن رقم 21 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/6/26)

4- إذا جهل الحال بأن غم على المحكمة الوقوف على أى من الزوجين كانت استحالة العشرة من جانبه، وجب على المحكمة التطلاق دون إسقاط شيء من حقوق الزوجة المالية.

والمقصود بحقوق الزوجة المالية، تلك المترتبة لها على الزواج أو الطلاق، كالنفقة والصداق والمتعة ولا يدخل فى هذه الحقوق، حقوق الزوجة قبل زوجها التى لا صلة لها بالزواج والطلاق، كقرض تداينه به أو إيجار عقار يستأجره منها.

وإذا ورد النص فى الحكم على «إسقاط حقوق الزوجة المالية»، فيكون الإسقاط قد ورد عاما والعام على عمومها طالما لم يخصص، فيكون الإسقاط شاملا لحقوق الزوجة، سواء منها ما كان قبل القضاء بالتطلاق أو بعده وفى هذا قضت محكمة استئناف اسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ 1991/11/20 فى الدعوى رقم 111 لسنة 1989 شرعى بأن:

«وحيث إنه عن موضوع الاستئناف الذى ينعى فيه المستأنف الخطأ فى تطبيق القانون لقصره عبارة (إسقاط كافة حقوقها المالية) على الحقوق التالية للحكم الصادر فى الدعويين رقمى 438، 607 لسنة 1986 أحوال كلى دمنهور، فإن هذا النعى فى محله ذلك أن المشرع حين نص فى المادة 2/11 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1920 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985 على أنه إذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين بأن يظهر لها استحالة العشرة بينهما لاستحكام الخلاف وتصر الزوجة على طلب التطلق فى هذه الحالة تقضى المحكمة بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة كلها أو بعضها ومن هذا يظهر أن المشرع وضع قرينة قانونية قاطعة على أن استحالة العشرة فى هذه الحالة سببها الزوجة ورغم ذلك نص على تطبيقها بطلقة بائنة مع إسقاط حقوقها كلها أو بعضها وهذا التطلق ببدل يقترحه القاضي، فإذا ما قضت المحكمة بالتطبيق مع إسقاط كافة حقوقها المالية دون تحديد لهذه الحقوق فإن ذلك ينصرف لكافة حقوق الزوجة سواء منها ما كان قبل القضاء بالتطبيق أو بعده ويشمل نفقه الزوجية والعدة والمتعة ومؤخر الصداق وإذا خالفت محكمة أول درجة هذا النظر وقصرت الإسقاط على الحقوق المالية التالية لحكم التطلق فإنها تكون قد خصصت تلك الحقوق التى وردت عامة فى الحكم دون مخصص ويتعين القضاء لذلك بتعديل الحكم المستأنف بجعل عبارة «مع إسقاط كافة حقوقها المالية» تشمل الحقوق السابقة واللاحقة على الحكم الصادر فى الدعويين 438، 607 لسنة 1986 أحوال كلى دمنهور».

ولا يعتبر الجهاز من الحقوق المالية المترتبة على الزواج، لأنه ليس ركناً فى عقد الزواج أو شرطاً من شروطه، فهو وإن كان يعد بمناسبة الزواج إلا أنه ليس من آثاره.

والتعويض الذى نصت عليه المادة يقضى به للزوج فى الحالات التى تقضى فيها المحكمة بإسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها، لأن ذلك يتضمن ثبوت الخطأ فى جانب الزوجة، وذلك إذا ترتب للزوج من جراء

التطليق ضرر مادي أو أدبي، كما لو كان التطليق في الظروف الذي وقع فيها من شأنه الإضرار بسمعته وإثارة الأقاويل حوله.

وتحديد الحقوق المالية التي يقضى بإسقاطها، وكذا تحديد مدى الضرر الذي حاق بالزوج وقيمة التعويض الجابر لهذا الضرر، مما يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، على ضوء ما يستبينه من ظروف الدعوى وأدلتها وقرائناتها. وبالترتيب على ما تقدم إذا قضى بتطليق الزوجة على الزوج مع إسقاط حقوقها المالية كلها بما فيها نفقة الزوجة، فإن هذا القضاء يحوز حجية الأمر المقضى في عدم استحقاق الزوجة للنفقة، ويمتنع عليها المطالبة بالنفقة بدعوى تالية.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«القضاء بتطليق المطعون ضدها على الطاعن مع إسقاط حقوقها المالية كلها بما فيها نفقة الزوجية. حيازته قوة الأمر المقضى. أثره امتناع إعادة طرح نفقة المطعون ضدها في أى دعوى تالية له. علة ذلك».

(طعن رقم 93 لسنة 61ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/12/17)

87- الطعن بالاستئناف والنقض في الحكم الصادر في الاعتراض على إنذار الطاعة و لـب التطليق في ظل القانون رقم (1) لسنة 2000 وقبل إلغاء حريق الطعن بالنقض:

الحكم الصادر في دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة أو الحكم الصادر في دعوى الاعتراض وطلب التطليق يقبل الطعن فيه بالاستئناف. (م10 من القانون رقم 1 لسنة 2000).

وميعاد الاستئناف أربعون يوما (م1/227 مرافعات).

ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ صدور الحكم مالم ينص القانون على غير ذلك. ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه (م1/213 مرافعات).

ويكون ميعاد الاستئناف سنتين يوما لمن لا موطن له في مصر دون إضافة ميعاد مسافة (م62 من القانون رقم (1) لسنة 2000).

ويراعى أن المعارضة في الأحكام الغيابية قد ألغيت بمقتضى القانون رقم (1) لسنة 2000⁽¹⁾.

الطعن بالنقض قد ألغى بمقتضى القانون رقم 3 لسنة 2004 عدا ما نص عليه بالمادة (250) من قانون المرافعات.

ويراعى أن الزوجة إذا طلبت التطليق وقضى لها به بحكم نهائي، فإن علاقة الزوجية بين الطرفين تكون قد انقضت ويتعين الحكم بعدم الاعتداد بإعلانها للعودة لمنزل الزوجية واعتباره كأن لم يكن، لأنه لا طاعة لمطلقة لمن طلقت عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها للعودة لمنزل الزوجية إنما هى من دعاوى الزوجية حال قيامها فإذا طلبت الزوجة التطليق سواء من خلال دعوى الاعتراض أو بدعى أخرى مستقلة وقضى لها بطلبها بحكم نهائي فإن علاقة الزوجية بين الطرفين تكون قد انقضت، ويتعين فى هذه الحالة الحكم بعدم الاعتداد بإعلانها للعودة إلى منزل الزوجية واعتباره كأن لم يكن إذ لا طاعة لمطلقة لمن طلقت عليه. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها قد طلقت بموجب حكم نهائي صادر فى الدعوى رقم شئون أسرة طليقة بئنة خلعا مما تكون معه علاقة الزوجية قد انقضت بموجب هذا الحكم ومن ثم فإن النعى بأسباب الطعن على الحكم المطعون فيه الذى قضى بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم الاعتداد بإنذار الطاعة الموجه للمطعون ضدها - أيا كان وجه الرأى فيه - يكون غير منتج ومن ثم غير مقبول».

(طعن رقم 148 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2009/12/26)

(1) راجع بالنسبة للأحكام الغيابية الصادرة قبل العمل بهذا القانون المادة الأولى من قانون المرافعات.

2- «وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك بأنه من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها لها للعودة لمنزل الزوجية إنما هى من دعاوى الزوجية حال قيامها - فإذا طلبت الزوجة التطليق سواء من خلال دعوى الاعتراض أو بدعى أخرى مستقلة وقضى لها بطلبها بحكم نهائي، فإن علاقة الزوجية بين الطرفين تكون قد انفصمت ويتعين فى هذه الحالة الحكم بعدم الاعتداد بإعلانها للعودة لمنزل الزوجية واعتباره كأن لم يكن إذ «لا طاعة لمطلقة لمن طلقت عليه» وأنه متى قدم الخصم لمحكمة الموضوع مستندات وتمسك بدلائلها إلا أن الحكم أغفل بحثها كلها أو بعضها مع ما يكون لها من دلالة قد يتغير بها وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون معيباً بالقصور. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن الطاعنة قدمت أمام محكمة الاستئناف صورة من الحكم الصادر فى الدعوى رقم 507 لسنة 2003 كلى شبين الكوم والقاضى بتطليقها تطليقاً بائناً للضرر والمؤيد بالحكم الاستئنافى رقم 58 لسنة 37 استئناف طنطا «مأمورية شبين الكوم» مما تكون معه علاقة الزوجية بين المطعون ضده والطاعنة قد انفصمت بموجب هذا الحكم النهائى. وهو ما لازمه أن يقضى الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم الاعتداد بإعلان المطعون ضده للطاعنة بدعوتها للدخول فى طاعته. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه برفض اعترافها بما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسببب والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه، دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

(طعن رقم 995 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2010/3/9)

88- عدم تنفيذ الحكم الصادر بالتطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليه بالنقض قبل العمل بالقانون رقم 3 لسنة 2004:

تنص المادة 63 من القانون رقم (1) لسنة 2000 على أن: «لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض، فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى، استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن.

وعلى رئيس المحكمة أو من ينوبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة في موعد لا يجاوز ستين يوما من تاريخ إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه، وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوما على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن.

وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل في الموضوع».

وعلى ذلك لا يجوز للزوجة التي قضى بتطليقها الزواج من آخر إلا إذا لم يطعن الزوج على الحكم الابتدائي بالاستئناف في ميعاده، فإذا طعن عليه بالاستئناف، فلا يجوز لها الزواج من آخر إلا بعد فوات ميعاد الطعن بالنقض دون الطعن عليه، فإذا طعن عليه في الميعاد، فلا يجوز لها الزواج من آخر إلا بعد الفصل في الطعن بالرفض ⁽¹⁾ لأنها تكون مازالت في عصمة زوجها.

وقد تغيا المشرع من هذا الحكم - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أن يزيل «حرجا شديدا كانت تقع فيه بعض المطلقات اللاتي يتزوجن بعد صدور حكم محكمة الاستئناف بتطليقهن ثم تأتى محكمة النقض وتتقض هذا الحكم فيفرق بين الزوجة وزوجها الجديد وقد تكون قد أنجبت منه، وتدخل في مأساة جديدة في حياتها».

وقد رأينا سلفا أن القانون رقم 3 لسنة 2004 قد ألغى الطعن بالنقض.

89- هل يسرى ريق إنذار الطاعة بالنسبة لغير المسلمين متحدى الطائفة والملة؟

تضمنت المادة (11 مكررا ثانيا) سالفه الذكر طريقا أى إجراء جديدا لدعوة الزوجة إلى الدخول في طاعة زوجها، هو بديل لدعوى الطاعة التي ترفع بالإجراءات المعتادة، وترك المشرع للزوج الخيار فيهما.

وفي ذات الوقت تضمنت المادة قاعدة موضوعية جديدة مقتضاها جواز الحكم للزوجة بالتطليق من خلال دعوى الاعتراض على إنذار الطاعة بعد اتخاذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد 7- 11 من المرسوم بقانون رقم

(1) ويكون الزواج بعد انقضاء عدتها في جميع الأحوال.

25 لسنة 1929 (الملغاة) ومن بعدها المادة 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000) فالزوجة قد تحصل على حكم بالتطبيق إذا أبدت هذا الطلب حال سير الاعتراض.

ولئن كان الإجراء الذى أتت به المادة وهو إنذار الطاعة مما يسرى على المسلمين وغير المسلمين سواء كانوا متحدى الطائفة أو الملة أو غير متحدين فيهما عملاً بالمادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 التى تجرى على أن: «تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المليية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها» ومن بعدها المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 التى تقضى بأن: «تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات، إلا أن القاعدة الموضوعية الواردة بها لا تسرى إلا حيث تنطبق أحكام الشريعة الإسلامية، فتسرى على المسلمين وغير المسلمين غير متحدى الطائفة والملة، ولكنها لا تنطبق على غير المسلمين متحدى الطائفة والملة، لأنهم يخضعون للأحكام الموضوعية الواردة فى شرائعهم عملاً بالمادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 التى تنص على أن:

«تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة. أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية مليية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم»، ومن بعدها المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 التى تقضى بأن: «تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول

بها، ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة. ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى 31 ديسمبر سنة 1955 - طبقا لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام» لاسيما وأن القاعدة الموضوعية المذكورة تتعارض مع الأحكام الواردة في تلك الشرائع، لأن شرائع غير المسلمين تأخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب التطبيق فلا تفسخ عقد الزواج إلا بحكم ولأسباب بعينها لأنها تعتبر الزواج نظاما قانونيا وأن القواعد التي يتكون منها هذا النظام إنما هي قواعد أمرة لا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها كما لا يجوز للمحكمة الخروج عليها.

ولما كان لا يتصور تجزئة حكم المادة (11 مكررا ثانيا) المذكورة بتطبيق الإجراء الوارد بها على غير المسلمين متحدى الطائفة والملة دون القاعدة الموضوعية الخاصة بالتطبيق، فإنه يضحى متعينا عدم تطبيق المادة جميعها على غير المسلمين متحدى الطائفة والملة.

غير أن محكمة النقض خالفت هذا النظر، وذهبت إلى أن ما ورد بالمادة المذكورة بخصوص ما يتبع في دعوة الزوج زوجته إلى طاعته واعتراضها على ذلك إنما يندرج في قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات التي تسرى على جميع منازعات الطاعة أي كانت ديانة أطرافها.

فقد قضت بأن:

1- «مفاد الفقرة الثانية من المادة 6 من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والملية أن الأحكام التي يتعين على المحاكم تطبيقها هي الأحكام الموضوعية في الشريعة الواجبة التطبيق ولكن ما ورد في المادة 11 مكررا ثانيا 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 أي كانت ديانة أطرافها».

(طعن رقم 76 لسنة 54 ق «أحوال شخصية» جلسة 1986/5/27)

2- «الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها فى منازعات المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة. هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق. الإجراءات الخاصة بما يتبع فى دعوى الطاعة. مكرر ثانيا من ق 25 لسنة 1929. ماهيتها. من قواعد الاختصاص والإجراءات التى تسرى على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها».

(طعن رقم 92 لسنة 56 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/4/17 - غير منشور - ذات المبدأ طعن رقم 25 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/5/8)

3- «الإجراءات الخاصة بدعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية وفقا لنص المادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 29 من قواعد الاختصاص والإجراءات. مؤدى ذلك. سريانها على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها».

(طعن رقم 377 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1998/5/19)
وقد أخذت المحكمة الدستورية العليا أيضا بما ذهبت إليه محكمة النقض ذلك فى حكمها الصادر بتاريخ 2005/6/12 فى القضية رقم 127 لسنة 24 قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد 25 (تابع) فى 2005/6/23»⁽¹⁾.

(1) وننشر الحكم كاملا فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد 12 يونية سنة 2005م، الموافق 5 من جمادى الأولى سنة 1426هـ.

برئاسة السيد المستشار/ ممدوح مرعى **رئيس المحكمة**

وعضوية السادة المستشارين: محمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور وعلى عوض محمد صالح وإلهام نجيب نوار ومحمد عبد العزيز الشناوى والدكتور عادل عمر شريف.

وحضور السيد المستشار/ نجيب جمال الدين علما..... **رئيس هيئة المفوضين**

= وحضور السيد/ ناصر إمام محمد حسن **أمين السر**

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 127 لسنة 24 قضائية «دستورية».

المقامة من

السيدة / نادية اسكندر ميخائيل.

ضد

- 1- السيد رئيس الجمهورية.
- 2- السيد رئيس مجلس الشعب.
- 3- السيد رئيس مجلس الوزراء.
- 4- السيد / فيليبس زكريا مينا.

الإجراءات

بتاريخ الثالث عشر من شهر إبريل سنة 2002 ، أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، بطلب الحكم بعدم دستورية سريان نص المادة 11 مكررا «ثانيا» من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة. وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم بعدم قبول الدعوى. وقدم المدعى عليه الرابع مذكرة طلب فيها الحكم برفض الدعوى. وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها. ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة.

حيث إن الوقائع على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل فى أن المدعية كانت قد أقامت الدعوى رقم 2798 لسنة 1997 أحوال شخصية أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية ، اعتراضاً على إنذار الطاعة الموجه إليها من المدعى عليه الأخير ، وطلبت الحكم بقبول الاعتراض شكلاً ، وفى الموضوع بإلغاء الإنذار المذكور وعدم الاعتداد به . حكمت المحكمة بجلسة 1998/2/26 برفض الدعوى ، فاستأنفت المدعية هذا الحكم بالاستئناف رقم 405 لسنة 2 قضائية أمام محكمة استئناف القاهرة ، ولدى تداول الاستئناف دفعت بعدم دستورية سريان نص المادة 11 مكررا (ثانياً) من =

= المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ، على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة. وإذا قدرت المحكمة جدية الدفع ، وصرحت للمدعية بإقامة دعواها الدستورية ، فقد أقامت الدعوى الماثلة.

وحيث إن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول الدعوى ، تأسيسا على أن هذه المحكمة سبق أن حسمت المسائل الدستورية المثارة فيها بحكمها الصادر بجلسة 1999/4/3 فى الدعوى رقم 197 لسنة 19 قضائية «دستورية» والذى قضى برفض الدعوى.

وحيث إن هذا الدفع مردود ، ذلك أن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة يقتصر نطاقها على النصوص التشريعية التى كانت مثارا للمنازعة حول دستوريتها وفصلت فيها المحكمة فصلا حاسما بقضائها ، أما ما لم يكن مطروحا على المحكمة ولم تفصل فيه بالفعل ، فلا تمتد إليه تلك الحجية. لما كان ذلك ، وكان الحكم الصادر فى الدعوى رقم 197 لسنة 19 قضائية «دستورية» المار ذكرها ، قد اقتصر على الفصل فى دستورية الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكررا (ثانيا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المطعون فيها ، فإن حجية هذا الحكم تقتصر على هذا النطاق وحده لا تتجاوزه إلى سواه من بقية أجزاء المادة ، مما يتعين معه الحكم برفض الدفع بعدم القبول.

وحيث إن المادة 11 مكررا (ثانيا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 تنص 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 يوما من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد. وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين ، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطلق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون».

= وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسائل الدستورية التي تدعى هذه المحكمة لحسمها، لازماً للفصل في الطلبات المثارة في الدعوى الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة أمام محكمة الموضوع. لما كان ذلك، وكانت المدعية تهدف بدعواها الموضوعية إلغاء إنذار الطاعة الموجه إليها من زوجها - المدعى عليه الرابع - وعدم الاعتداد به، فإن نطاق الدعوى الدستورية الماثلة بقدر ارتباطها بالطلبات المطروحة في النزاع الموضوعي، إنما يتحدد فيما تضمنته الفقرتان الأولى والثانية من النص المطعون فيه من 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». إذ أن من شأن القضاء بعدم دستورية سريان النص آنف الذكر، على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، سقوط حق الزوج في إنذار زوجته - المدعية - بالدخول في طاعته وبالتالي إيجابتها إلى اعتراضها على الإنذار الموجه إليها، بما يرتبه ذلك من أحقيتها في نفقة الزوجية دون التزامها بالطاعة، بما يوفر لها مصلحة شخصية ومباشرة في دعاها الماثلة.

وحيث إن المدعية تنعى على النص المطعون فيه، محددا نطاقا على النحو المتقدم، مخالفة الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع، وإخلاله بحرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية. إذ أن طرفي هذه الدعوى مسيحيان كاثوليكيان متحدى الطائفة والملة، تسرى عليهما فقط - وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية - أحكام كتابهما. ولما كانت العقيدة الكاثوليكية قد خلت من تنظيم للطلاق، وبالتالي فليس ثمة محل لنظام الطاعة فيها، ولا ينال من ذلك ما تضمنه الإنجيل من آيات وإشارات أو نصوص تلزم الزوجة بطاعة زوجها، فما ورد في هذا الشأن لا يعدو مجرد تقرير واجبات أدبية تراعيها الزوجة في معاملتها زوجها، لا ترقى إلى مرتبة الالتزامات القانونية التي تكفل الأحكام القضائية حمايتها، وهو ما يصم النص بمخالفة المادتين (2 و 46) من الدستور.

وحيث إن الشريعة المسيحية على اختلاف طوائفها ونحلها شأنها في ذلك شأن بقية الشرائع السماوية تفرض بصفة أساسية على الزوجة الالتزام بطاعة زوجها، فقد جاء بالإنجيل (العهد الجديد) في رسالة بولس الرسول إلى أهل أفسس «أيها النساء إخضعن لرجالكن كما للرب لأن الرجل هو رأس المرأة، كما أن المسيح أيضا رأس الكنيسة». وفي رسالة =

= بولس الرسول إلى أهل كولوسي «أيتها النساء اخضعن لرجالكن كما يليق في الرب». وفي رسالة بطرس الرسول الأولى «كذلك أيتها النساء كن خاضعات لرجالكن». وإذا كانت الطاعة - كما سلف - التزام يقع على عاتق الزوجة ، فإنه في مقابل ذلك يلتزم الزوج بأن يوفيه حقوقها كاملة، باعتبار أن عقد الزواج يرتب حقوقا والتزامات متبادلة بين الزوجين ، فإذا أوفى أحدهما بما عليه ، كان على الطرف الآخر أن يؤدي بالمقابل التزاماته . ومن أهم التزامات الزوج ، الإنفاق على زوجته طالما التزمت بطاعته ، فإن قعدت عن ذلك ، كأن امتنعت عن مساكنته وهجرت مسكن الزوجية ، اعتبرت ناشزا وانقضى بالتبعية التزامه بنفقتها.

وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حقوق الزوجين وواجباتهما تتقابل فيما بينهما، وأن مناط نفقة الزوجة احتباسها لحق زوجها. وكان من مقتضى ذلك أن تقر في بيته الذي أعده لها، امتثالا لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ

وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾. وقطعا للخلاف حول ادعاء الزوج بامتناع الزوجة

عن طاعته؛ مع ما يربته هذا الامتناع إن صح من إسقاط لنفقتها ؛ فقد أجاز المشرع - بالمادة 11 مكررا (ثانيا) المذكورة - للزوج ، حال مغادرة الزوجة بيت الزوجية دون مبرر ، أن يدعوها إلى العودة لهذا البيت بإعلان على يد محضر يعين فيه المسكن تعيينا نافيا للجهالة. وأجاز للزوجة الاعتراض - خلال ثلاثين يوما - على هذه الدعوة، أمام المحكمة الابتدائية ، بصحيفة تبين فيها أوجه امتناعها عن طاعة زوجها.

وحيث إنه متى كان ما تقدم وكانت الفقرة الأولى من المادة 11 مكررا (ثانيا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المطعون فيها ، قد صاغت قاعدة عامة انتلفت عليها الشرائع السماوية كافة ، وهى التزام الزوجة بطاعة زوجها مقابل التزامه بالإنفاق عليها ، فإن نكصت أو قفقت نفقتها، وهو ما ينسحب على المصريين جميعا على اختلاف شرائعهم وطوائفهم وملهم دون التطرق إلى نظام الطلاق وما يلحقه من تبعات . بينما انتظمت الفقرة الثانية من ذات المادة الإجراءات التى يتبعها الزوج لدى دعوته زوجته إلى طاعته، والعودة إلى مسكن الزوجية، مع بيان المسكن الذى أعده للمساكنة. وبالتالي فإن النصين سالفى الذكر لا يناقضان مبادئ الشريعة الإسلامية التى تمثل ثوابتها فلا يجوز الخروج عليها، وإنما وردا فى إطارها، والتزما ضوابطها بما يراعى أصولها، ولا ينافى مقاصدها، كما أن هذين النصين لم ينالا من حرية العقيدة ، أو يعطلا شعائر ممارستها، أو يناهضا جوهر الدين، فالأحكام التى وردت بهما تعتبر اجتهادا مقبولا، توخى من جهة ترسيخ قاعدة =