

موضوع رقم (3)

النفقة الزوجية

90- النصوص القانونية :

(أ) القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية (المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية)⁽¹⁾.

= استقرت عليها الشرائع السماوية جميعها، ومن جهة أخرى تضمنت إجراءات تتعلق بنوعية من المنازعات أياً كانت عقيدة أطرافها، فلم تحمل مملأة لإحدى العقائد، أو تحاملاً على غيرها، وبالتالي تنتفي عنهما قالة مخالفة أحكام المادتين (2) و(46) من الدستور. وحيث إن النصين المار ذكرهما المطعون عليهما لا يناقضان أحكام الدستور من أوجه أخرى.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعية المصروفات ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

(1) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا ينال من دستورية هذا القانون عدم عرضه على مجلس الشورى قبل تقديمه إلى السلطة التشريعية لإقراره، وذلك بتاريخ 1993/5/15 فى القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية «دستورية» المنشور بالجريدة الرسمية العدد 22 (تابع) فى 5 يونيو سنة 1993 إذ ذهبت فى هذا الحكم إلى أن: «وحيث إن المدعى ينعى على القانون رقم 100 لسنة 1985- المشار إليه- صدره بالمخالفة للأوضاع الشكلية التى تطلبها المادة 194 من الدستور، على أساس أن مجلس الشورى وفقاً لحكمها يختص بدراسة واقتراح ما يراه كفيلاً بالحفاظ على المقومات الأساسية للمجتمع وقيمه العليا وتندرج تحتها الأسرة التى نص الدستور فى مادته التاسعة على أنها أساس المجتمع، وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية بما مؤداه أن إغفال عرض القانون رقم 100 لسنة 1985 المشار إليه على مجلس الشورى قبل تقديمه إلى السلطة التشريعية لإقراره، إنما ينحل إلى إهدار لشكلية جوهرية لا يقوم هذا القانون سويًا على قدميه بتخلفها.

= وحيث إن الباب السابع من الدستور - المضاف بعد تعديله في 22 مايو سنة 1980 - تضمن أحكاما جديدة خص الدستور بها مجلسا وليدا أنشأه لأول مرة هو مجلس الشورى، وأفردته بها، وبوجه خاص فيما يتعلق باختصاصاته، وكيفية تشكيله، ومدة عضويته، ومدى مسئولية رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء أمامه، وشروط حله، وقد حدد الدستور اختصاص هذا المجلس في مادتين هما المادتان 194 و 195 منه، وبهما أخرج الدستور من ولايته ممارسة الوظيفة التشريعية التي ينعقد الاختصاص بها لمجلس الشعب دون غيره، وقصر مهمته على مسائل بذاتها يؤخذ رأيه فيها، وأخرى يتولى دراستها مبدئيا وجهة نظره في شأنها، وفي هاتين الحالتين كليهما، عين الدستور هذه المسائل تعيينا دقيقا، وحددها حصرا مما مؤده امتناع الإضافة إليها أو التبديل فيها أو القياس عليها.

وحيث إن البين من هاتين المادتين أن أولاهما تتناول ولاية مجلس الشورى في شأن المسائل الكفيلة بالحفاظ على ثورتى 23 يوليو سنة 1952 و 15 مايو سنة 1971، وكذلك تلك المتعلقة بدعم الوحدة الوطنية وصون السلام الاجتماعى وحماية قوى الشعب العاملة في تحالفها ومكاسبها الاشتراكية، وإرساء المقومات الأساسية للمجتمع وقيمه العليا، وضمان حقوق المواطن وحرياته وأدائه لواجباته العامة، وتعميق النظام الاشتراكي الديمقراطي وتوسيع مجالاته. وتقتصر مهمة المجلس في شأن هذه المسائل جميعها على دراستها وقوبا على جوانبها، واستظهارها لوجهات النظر المتباينة في مجالها، وعرضها معززة بأدلتها مقرونة بما يراه صائبا منها محققا للمصالح التي قصد الدستور إلى حمايتها، ولا تعدو مهمته بالتالى - فى نطاق دراسته للمسائل التى عينتها المادة 194 من الدستور - مجرد معاونة الدولة - من خلال سلطاتها المختلفة وتنظيماتها المتعددة - على أن تتخذ قراراتها فى شأن هذه المسائل محيطة بشتى زواياها، واعية بآثارها الإيجابية وانعكاساتها السلبية، وذلك كله فى إطار من الموضوعية المنزهة عن الميل، أو الانحياز لوجهة نظر بذاتها لا تعززها الحقائق العلمية، ومن ثم تتحل الدراسة التى يجريها مجلس الشورى للمسائل التى حددتها المادة 194 من الدستور، إلى غوص فى أعماقها تجلية لجوانبها المختلفة بلوغا لغاية الأمر فيها، وهى بعد دراسة يقوم بها المجلس غالبا بمبادرة من جانبه. وليس ثمة التزام على أية جهة بطلنها منه، وهو يقرر كذلك أولوياته فى مجالها ويستقل بتقدير ما يراه ملحا منها. وقيمتها العملية لا خفاء فيها. لأنها تتناول مسائل لها خطرها بقصد اقتحام مشكلاتها، والتوصل إلى حلول واقعية لها توطئة للعمل بها كلما كان ذلك ممكنا ومفيدا. وبالتالي لا يعتبر عرض أى موضوع مما يندرج تحتها على هذا المجلس التزاما مترتبا بحكم الدستور، وآية ذلك أن الدستور =

= حرص على أن يفصل بصورة قاطعة بين مهمة المجلس وفقا لنص المادة (194) من ناحية، وبين الولاية التي يباشرها في إطار المادة (195) منه من ناحية أخرى، مما مؤداه أن هاتين المادتين لا تختلطان ببعضهما، ولا يجوز القول بامتزاجهما، إذ لو صح ذلك لأدمجها الدستور في مادة واحدة يكون اختصاص مجلس الشورى في شأن المسائل التي تندرج تحتها محيطا بها جميعا، أي كان نطاق هذا الاختصاص أو الأغراض التي يتوخاها، وهو ما قام الدليل على نقيضه، ذلك أن المادة (195) من الدستور قوامها أن يؤخذ رأي مجلس الشورى وجوبا في مسائل بذواتها غير التي حددتها المادة (194) منه، ولها من الأهمية والخطر ما يقتضى أن يكون عرضها عليه كي يقول كلمته فيها، أمرا محتوما. وتتنحصر هذه المسائل في كل اقتراح يكون متعلقا بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وكذلك كل مشروع لقانون يكون مكملا للدستور، وكل معاهدة يكون موضوعها صلحا أو تحالفا أو متعلقا بحقوق السيادة أو من شأنها التعديل في النطاق الإقليمي للدولة، وكل مشروع يتناول الخطة العامة للدولة في مجال التنمية الاجتماعية والاقتصادية، وكل مشروع قانون يحيله إليه رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى أية موضوعات يحيلها رئيس الجمهورية إليه وتتصل بالسياسة العامة للدولة أو بسياساتها في الشؤون العربية أو الخارجية. وهذه المسائل التي حددتها المادة (195) من الدستور، يجمعها أن الدستور قدر حيوية المصالح المرتبطة بها، وأن اتخاذ قرار فيها قبل أن يدلى مجلس الشورى برأيه في نطاقها بعد عرضها عليه تكتنفه محاذير واضحة مرجعها رجحان أن يصدر هذا القرار متسرعا أو مبتسرا أو قاصرا. ومن ثم كان عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها وجوبيا باعتبار أن ذلك شكلية جوهريّة لا يجوز إهمالها أو التجاوز عنها، بالنظر إلى دقة المسائل التي عينتها المادة (195) وما يقتضيه بحثها من تعمق، وبوجه خاص في جوانبها المتعلقة بالتنمية في مجالاتها المختلفة، وبالحدود الإقليمية للدولة التي تمتد إليها سيادتها، وبالشرعية الدستورية التي ترسي الدولة عليها دعائمها. متى كان ما تقدم، وكانت مشروعات القوانين المكملّة للدستور من بين المسائل التي يتعين عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية الأصلية ممثلة في مجلس الشعب، فإن إقرار السلطة التشريعية لقانون مكمل للدستور دون اتباع هذا الإجراء لن يقيه من عثرة مخالفته للأوضاع الشكلية التي تطلبها المادة (195) من الدستور، ولن يردّه بالتالي إلى دائرة المشروعية الدستورية في جوانبها الإجرائية، إذ يعتبر القانون الصادر على خلافها مفتقرا إلى مقوماته كإطار لقواعد قانونية اكتمل تكوينها، ويقع من ثم مشوبا بالبطلان.

=

= وحيث إن «القوانين المكملة للدستور» وإن نص الدستور على حتمية عرض مشروعاتها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها، إلا أن إيراد الدستور لهذه العبارة لم يقتصر بما يعين على إيضاح معناها بما لا خفاء فيه، فحق على هذه المحكمة أن تبين المقصود بها قطعاً لكل جدل حولها، ولضمان إرساء العلاقة بين مجلس الشعب ومجلس الشورى على أسس ثابتة تكفل مباشرة كل منهما لولايته في الحدود التي رسمها الدستور لهما، فلا يجوز أحدهما على الآخر مفتتتاً على اختصاصاته الدستورية، مقتحماً تخومها، وكان لا مقابل لعبارة «القوانين المكملة للدستور» في الدساتير المصرية السابقة على الدستور القائم، وليس ثمة أعمال تحضيرية يمكن الارتكان إليها في تجلية معناها، ولا شبهة كذلك في أن انبهاهما آل إلى غموض المعايير التي قيل بها ضبطاً لفحواها وتحريراً لدلالاتها، وكان المشرع لا زال عازفاً عن التدخل في هذا المجال سواء باعتناق معيار منها أو بإبدالها بمعيار من عنده يمزج بينهما أو يقوم على أنقاضها، إلا أن ذلك كله لا يجوز أن يحول بين هذه المحكمة وبين مباشرة ولايتها في مجال أعمال النصوص الدستورية، إذ هي التي تقوم من خلال تفسيرها على ربطها ببعض على ضوء المقاصد الحقيقية التي ابتغاها الدستور منها، وبما يرد عنها الغموض، بما مؤداه أن النصوص الدستورية جميعها غير مستعصية على التحديد من ناحية، وأنه يتعين من ناحية أخرى أن يكون لكل منها مجال يعمل فيه، متكاملاً في ذلك مع غيره من النصوص. ومن المحقق، فإن عبارة «القوانين المكملة للدستور» وإن كانت جديدة كل الجدة، فريدة في بابها، ولا تعرفها الدساتير المقارنة، إلا أنها تحمل في أعطافها ضوابط تحديد معناها، ذلك أن الدستور من ناحية قد ينص في مادة أو أكثر من مواده على أن موضوعاً معيناً، يتعين تنظيمه بقانون، أو وفقاً للقانون، أو في الحدود التي يبينها القانون. بيد أن صدور قانون في هذا النطاق لا يدل بالضرورة - ومن ناحية أخرى - على أن أحكامه مكملة للدستور، ذلك أن الموضوع الذي أحال الدستور في تنظيمه إلى القانون، قد لا تكون له طبيعة القواعد الدستورية، وليس له من صلة بها، بل يعتبر غريباً عنها وخارجاً بطبيعته عن إطارها. بما مؤداه أنه لا يكفي لاعتبار تنظيم قانوني معين مكملًا للدستور أن يصدر إعمالاً لنص في الدستور، بل يتعين - فوق هذا - أن تكون أحكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تتضمنها الوثائق الدستورية عادة كتلك المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون العدالة دون تدخل من أية جهة. فالقاعدة المتقدمة - وما جرى على منوالها - مما تحرص الدساتير المختلفة على إدراجها في صلبها، باعتبار أن خلوها منها يجرداها من كل قيمة، فإذا اتصل بها تنظيم تشريعي قرر الدستور صدوره بقانون، أو وفقاً للقانون، أو في الحدود التي يبينها القانون، دل ذلك على أن هذا التنظيم مكمل =

= للدستور. ولا كذلك النصوص التشريعية التي لا تربطها صلة عضوية بتلك القواعد الكلية، كالقانون الذي يصدر إعمالاً لنص المادة (14) من الدستور محدداً أحوال فصل العاملين بغير الطريق التأديبي، والقانون الصادر في شأن العفو الشامل على ما تقضى به المادة 149 من الدستور أو في شأن تنظيم التعبئة العامة وفقاً لنص المادة 181 منه، فالتنظيم التشريعي الصادر في الحدود المتقدمة، ليس مرتبطاً بأية قاعدة من القواعد الدستورية بمعنى الكلمة، بل يفترق هذا التنظيم إلى العنصر الموضوعي الذي يدخل القانون الصادر به في عداد القوانين المكملة للدستور، بما مؤداه أن شرطين يتعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكملًا للدستور، أولهما: أن يكون الدستور ابتداءً قد نص صراحة في مسألة عينها على أن يكون تنظيمها بقانون، أو وفقاً لقانون، أو في الحدود التي يبينها القانون، أو طبقاً للأوضاع التي يقرها، فإن هو فعل، دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والنقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى. ثانيهما: أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يتعين كي يكون التنظيم التشريعي مكملًا لها أن يكون محدداً لمضمونها مفصلاً لحكمها مبيناً لحدودها، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازماً كأمر مبدئي يتعين التحقق من توافره قبل الفصل في أي نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أو لا يعد مكملًا للدستور، إلا أنه ليس شرطاً كافياً، بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك، أن يقوم الشرطان معاً متضافرين، استبعاداً لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية، بل يكون قريباً عنها مقمماً عليها. واجتماع هذين الشرطين مؤداه أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور، والتي يتعين أن يؤخذ فيها رأى مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية، لا يجوز أن يكون شكلياً صرفاً، ولا موضوعياً بحتاً، بل قوامه مزاجية بين ملامح شكلية، وما ينبغي أن يتصل بها من العناصر الموضوعية، على النحو المتقدم بيانه.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان قانون الأحوال الشخصية المطعون عليه، لا يتناول موضوعاً نص الدستور على أن يكون تنظيمه بقانون، فإنه أياً كان وجه الرأى في شأن اتصال النصوص التشريعية التي تضمنها قانون الأحوال الشخصية بقاعدة دستورية بطبيعتها أو انفكاكها عنها، فإن مراعاة الشكلية المنصوص عليها في المادة (195) من الدستور لا يكون واجباً من زاوية دستورية، إذ يتعين دوماً لاعتبار نص تشريعي مكملًا للدستور - وعلى ما سلف بيانه - أن يكون قد تناول مسألة يعتبر موضوعها متعلقاً بقاعدة =

المادة الأولى: (مستبدلة بالمادة الثانية من القانون رقم 100 لسنة 1985):

«تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين.
ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة.

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

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج أو خرجت دون إذن زوجها. ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها - في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع مالم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

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

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

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

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى»⁽¹⁾.

= دستورية بطبيعتها متى نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون، وهو ما تخلف في واقعة النزاع المائل، الأمر الذي يكون معه النعي على القانون محل الطعن - من هذا الوجه - مفتقرا إلى الدعامة التي يستند عليها حريا بالرفض».

(1) وكان نص المادة كما وردت بالقانون رقم 25 لسنة 1920 الآتي:

(ب) - المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية (المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985).
المادة (16): (مستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985).

«تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية.

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

ثم استبدلت بالمادة الثانية من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 (بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية التى قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريتها بتاريخ 1985/5/4 فى القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية (دستورية) ونصها الآتى:

«تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما، موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين. ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة.

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

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

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

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

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى.
ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين لها عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية.

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

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة، وتوفير شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية»⁽¹⁾.

(أولاً)

دليل وجوب النفقة - سبب وجوب النفقة

تعريف النفقة - أنواع النفقة

91- أسباب وجوب النفقة للغير:

النفقة تجب على الإنسان لغيره بواحد من أسباب ثلاثة:
الزوجية والقرابة والملك.

- فالزوجية سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها.
- والقرابة سبب وجوب نفقة القريب على قريبه.

(1) وكان نص المادة كما وردت بالمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الآتى:

«تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حال الزوجة» ثم استبدلت بالمادة الثالثة من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 (المقضى بعدم دستوريته) وأصبح نصها الآتى: «تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية».

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفير شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ.

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية».

- والملك سبب وجوب نفقة المملوك على مالكة.

ومحل دراستنا هنا نفقة الزوجية، وقد تناولنا نفقة الأقارب في جزء آخر، أما نفقة المملوك فلا محل لدراستها بعد أن زال نظام الرق⁽¹⁾.

92- دليل وجوب نفقة الزوجية :

ثبت وجوب نفقة الزوجية بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ﴾⁽²⁾.

فقد أوجب الله تعالى رزق الولدات وكسوتهن على المولود له وهو الزوج، وسمى الزوج مولودا له لأن الولد ينسب إليه.

وقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۚ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآءَاتَهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ۚ﴾⁽³⁾.

وقوله تعالى في شأن المطلقات: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ﴾⁽⁴⁾، فقد أوجب الله تعالى على الأزواج إسكان المطلقات

من حيث سكنوا حسب قدرتهم وطاقتهم وإذا وجب إسكان المطلقة فإسكان الزوجة أولى بالوجوب، حيث إن زوجيتها قائمة حقيقة وحكما، والمطلقة لم يبق لها إلا أحكامها أو بعضها فقط .. على أن الآية أوجبت الإنفاق عموما للمطلقة الحامل.

(1) البحر الرائق - ج4 ص174.

(2) الآية 233 من سورة البقرة.

(3) الآية 7 من سورة الطلاق.

(4) الآية 6 من سورة الطلاق.

وأما السنة، فقد وردت عن النبي عليه السلام أحاديث كثيرة تفيد وجوب النفقة منها:

1- ما روى من أن النبي عليه السلام قال في خطبته بعرفه في حجة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»، وفي رواية «نفقتهن» بدلا من «رزقهن».

2- ما روى من أن رجلا جاء إلى النبي عليه السلام فقال: ما حق المرأة على زوجها؟ قال: «يطعمها إذا طعم، ويكسوها إذا كسى، ولا يهجرها في المبيت ولا يضربها ولا يقبح».

3- ما روى من أن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدى إلا ما آخذ منه وهو لا يعلم، فقال عليه السلام: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»، فلو لم تكن النفقة واجبة على الزوج لما أمرها النبي عليه السلام بأن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه وبغير علمه ما يكفيها بالمعروف إذ لا يجوز أخذ شيء من أموال الناس بدون حق.

أما الإجماع، فقد أجمعت الأمة في كل العصور من عصر الرسول عليه السلام حتى الآن على أن نفقة الزوجة على زوجها ولم يخالف في ذلك أحد. أما المعقول، فإن عقد الزواج يوجب على الزوجة تخصيص نفسها لمنفعة زوجها وتفرغها للحياة الزوجية، فهي تقر بالبيت وتقوم بشئونه وبرعاية الأولاد وتربيتهن، فهي محبوسة على ذمة الزوج، وهذا يمنعها من العمل والكسب، ومن القواعد المقررة في الفقه أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه، كالمفتى والقاضى وغيرهم من العاملين بالحكومة فنفقتهن على الدولة، ومن ثم تكون نفقة الزوجة واجبة على الزوج.

93- سبب وجوب نفقة الزوجية:

سبب وجوب النفقة للزوجة، هو عقد الزواج الصحيح، غير أن الوجوب لا يثبت بمجرد العقد، كما في وجوب المهر، بل لما يترتب عليه من احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها بحيث يتمكن من الانتفاع بثمرات الزواج

بأن تسلم نفسها حقيقة أو حكماً بدخولها في طاعته، والتسليم الحكمي يكون باستعدادها للدخول في طاعته عند طلبه. وسنتناول ذلك بالتفصيل فيما بعد.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

1- «وحيث إن - المقرر في 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 وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ وقطعاً للخلاف حول ادعاء الزوج بامتناع الزوجة عن طاعته الخ».

(القضية رقم 127 لسنة 24 قضائية «دستورية» جلسة 2005/6/12 -

الجريدة الرسمية العدد 25 (تابع) في 23 يونية سنة 2005)

2- «وحيث إن ما نعه المدعى على النص المطعون عليه مردود بأنه من المقرر شرعاً - وعلى ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة - أن نفقة الزوجة مناطها احتباسها لحق زوجها عليها - ولو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين - ليملك زوجها عليها تلك المنافع التي ينفرد بالاستمتاع بها بحكم قصرها عليه بإذن من الله تعالى، ومن خلال تسليمها نفسها لزوجها تسليماً فعلياً أو حكماً. والنفقة بذلك حق ثابت لها على زوجها في نكاح صحيح، ومن ثم كان احتباسها أو استعدادها لتمكين زوجها منها، سبباً لوجوبها، وكان قدرها مرتبطاً بكفايتها، وبشرط ألا تقل عما يكون لازماً لاستيفاء احتياجاتها الضرورية، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا ءَاتَاهَا﴾، ومن قدر عليه رزقه،

فلينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه» - وهذا الحكم الشرعي الذي رده النص التشريعي في الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 يستند إلى مبادئ الشريعة الإسلامية

باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع، وهو من الأحكام الشرعية المقطوع بثبوتها ودلالاتها، والتي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية أصولها الكلية لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً، الأمر الذى يتفق فيه النص الطعين مع حكم المادة الثانية من الدستور».

(القضية رقم 23 لسنة 20 ق «دستورية» جلسة 2007/4/15 الجريدة الرسمية العدد 16 (تابع) فى 19 أبريل سنة 2007)⁽¹⁾

وقد قضت محكمة النقص بأن:

«المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مناط وجوب النفقة للزوجة على الزوج، هو قيام الزوجية بعقد صحيح، واحتباس الزوج إياها، لاستيفاء المعقود عليه، مادامت فى طاعته، ولم يثبت نشوزها، ولم يقدّم الدليل على وجود موانع لديها، يترتب عليه فوات القصد من الزواج ودواعيه».

(طعن رقم 822 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/3/21)

94- تعريف النفقة:

النفقة لغة⁽²⁾ هى ما ينفقه الإنسان على عياله.

والنفقة شرعاً هى الطعام والكسوة والسكنى وفى العرف الطارئ فى لسان أهل الشرع هى الطعام فقط، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى، والعطف يقتضى المغايرة⁽³⁾ ولذلك نجد كثيراً من الفقهاء يقولون مثلاً تجب للزوجة على زوجها النفقة والكسوة والسكنى، فيجعلونها شيئاً آخر غير الكسوة والسكنى. وهذا التعريف لم يشمل كافة أنواع النفقة، بدليل أن الفقهاء أعطوا الزوجة أنواعاً أخرى لم ترد بهذا التعريف، سنعرض لها فى البند التالى.

(1) وفى هذه القضية قضت المحكمة برفض الدعوى التى أقيمت بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال المختصة والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، فيما تضمنته من وجوب نفقة الزوجة على الزوج حتى ولو كانت موسرة.

(2) والنفقة مشتقة أيضاً من النفوق وهو الهلاك ومن النفاق: أى الزواج والإنفاق أى الفقر. وهذه المعانى ليست هى المرادة هنا (راجع البحر الرائق - ج4 - ص173).

(3) حاشية ابن عابدين - ج3 ص571 وما بعدها.

وعلى ذلك إذا أطلق لفظ النفقة، فإنه لا يشمل سوى الطعام والكسوة والسكنى دون غيرها من أنواع النفقة.

95- أنواع النفقة في القانون :

نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن :

«وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع»⁽¹⁾.

وهذا النص لم يضع تعريفا جامعا لكافة أنواع النفقة مانعا من دخول أنواع أخرى في نطاقه، وإنما اقتصر على ذكر بعض أنواعها، وهي الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج، وذلك على سبيل التمثيل لا الحصر باعتبارها أهم أنواع النفقة، والدليل على ذلك أنه بعد تعداده للأنواع المذكورة أرفد عبارة: «وغير ذلك مما يقضى به الشرع».

والمقصود مما يقضى به الشرع، كل ما يعتبره الشارع نفقة للزوجة على زوجها أو ملحقة من ملحقاتها⁽²⁾، ويرجع في تحديد ذلك إلى الراجح من المذهب الحنفي.

والمذهب يدخل في ذلك، بدل الفرش والغطاء وأجر الخادم⁽³⁾، واستتجار مؤسسة للزوجة إذا كانت تستوحش من المسكن.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

«إذا كانت النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكنى بقدر حاجة الزوجة وبحسب يسار الزوج بما لازمه أن إعالة الزوجة إنما تجب على الزوج دون

(1) والعبارة الأخيرة وردت في المادة عند استبدالها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979

كالآتي: «وغير ذلك مما يقضى به الشرع».

(2) المستشار أحمد نصر الجندي - الأحوال الشخصية - تعليق على نصوص القانون - طبعة 1987 - ص33.

(3) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 78 سنة 1931 (الملغي) تعليقا على المادتين 5، 6 أنه: «ثانيا: شمول نفقة الزوجة لنفقة الطعام وبدل الكسوة وأجرتى المسكن والخادم وشمول نفقة الصغير لذلك ولأجرتى الحضانة والرضاع».

وليها وبمجرد العقد سواء دخل بها أو لم يدخل طالما أنها فى طاعته ولم يثبت نشوزها، إذ تصبح النفقة ديناً فى ذمة الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليها».

(طعن رقم 7545 لسنة 63 جلسة 2002/3/24)

كما قضت محكمة قسم أول بندر -نطا للأحوال الشخصية (ولاية على النفس) بتاريخ 12 يناير سنة 1988 فى الدعوى رقم 94 لسنة 1986 بأن:

«المقرر شرعاً أن نفقة الزوجة تجب على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما موسرة كانت أم فقيرة، وهى تجب من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليها وتقدر بقدر يساره، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وتشمل الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع، ولم تعرف النفقة تعريفاً جامعاً مانعاً وإنما أطلق النص فأدخل فى النفقة كل ما يقضى به الشرع والراجح فى المذهب الحنفى أنه تجب للزوجة نفقة خادم إذا كانت ممن يخدمون أى إذا كان لها خادم قبل أن تتزوج».

ونتناول فيما يلى أنواع النفقة بالتفصيل:

96- (1) الغذاء:

وهو ما جرى الفقهاء على تسميته بالطعام، واللفظان مترادفان. فالزوج يلتزم بأن يوفر لزوجته طعاماً تستطيع أن تأخذ منه كفايتها، فتأكل منه مع زوجها أو تأكل منه وحدها، وهذه الطريقة هى الأصل فى الإنفاق على الزوجة وهى التى تقتضيها عشرة الزوجية لما توجبه الخلطة بين الزوجين من الألفة والمودة، وتسمى طريقة التمكين.

أما إذا لم يقدم لها الزوج طعاماً تأخذ منه كفايتها⁽¹⁾، أو قتر عليها، فلها أن

(1) وفى هذا يقوم صاحب البحر الرائق - ج 4 - ص 174: «فالتمكن متعين فيما إذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة فتمكن المرأة من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالبه فرض النفقة وإن لم يكن بهذه الصفة، فإن رضيت أن تأكل معه فيها ونعمت وإن خاصمته فى فرض النفقة يفرض لها بالمعروف وهو التمليك كذا فى غاية البيان وظاهر =

ترفع أمرها إلى القاضى وتطلب فرض نفقة طعام بقدر كفايتها، حسب حال الزوج المالية والاجتماعية، وللقاضى أن يفرض لها أصنافا من الطعام يكلف الزوج بإحضارها أو يقدر لها مقدارا من النقود لتشتري به ما تحتاج إليه. وهذه الطريقة الأخيرة هي الأيسر والتي يجرى عليها العمل فى المحاكم. وفرض القاضى نفقة الطعام للزوجة هو ما يسمى بطريقة التملك. وسنتناول ذلك تفصيلا فى بند (116).

97- (2) الكسوة:

يجب على الزوج كسوة زوجته بما يتفق وحالته المالية والاجتماعية. والكسوة عبارة عن كسوة فى الصيف وكسوة فى الشتاء أى كسوة كل ستة أشهر.

وقد وضع الفقهاء تحديدا لهذه الكسوة، وهذا كان يتمشى مع زمانهم⁽¹⁾، لأن تحديد الكسوة مما يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة، ولذلك نص الفقهاء على أن يراعى فى تحديد الكسوة وتقديرها الكفاية بالمعروف فى كل وقت ومكان⁽²⁾.

= ما فى الذخيرة أن المراد بصاحب الطعام الكثير أن ينفق على من تجب عليه نفقته فحينئذ فهم متعنته فى طلب فرض الفرض لأنه إذا كان ينفق على من لا تجب عليه نفقته فلا يمتنع من الإنفاق على من عليه نفقته إلا إذا ظهر للقاضى أنه يضربها ولا ينفق عليها فحينئذ يفرض لها النفقة».

ولكن ابن عابدين يذهب فى حاشيته - ص 581 أن: «المراد بصاحب المائدة من يمكنها تناول كفايتها من طعامه سواء كان ينفق على من لا تجب عليه نفقته أو لا». (1) فقد جاء بالبحر الرائق جـ 4 ص 177 ما يأتى:

«وأما الكسوة فقال فى الظهيرية قدر محمد الكسوة بدرعين وخمارين وملحفة فى كل سنة واختلفوا فى تفسير الملحفة قال بعضهم الملاءة التى تلبسها المرأة عند الخروج وقال بعضهم هى غطاء الليل وذكر درعين وخمارين أراد بهما صيفيا وشتويا ولم يذكر السراويل فى الصيف ولا بد منه فى الشتاء وهذا فى عرفهم أما فى عرفنا فتجب السراويل وثياب أخر كالجبة والفراس التى تنام عليه واللحاف وما تدفع به أذى الحر والبرد فى الشتاء درع خزرجية قزو خمار ابرسيم ولم يذكر الخف والمكعب فى النفقة لأن ذلك يحتاج للخروج وليس للزوج تهيئة أسباب الخروج».

(2) حاشية ابن عابدين - ج 3 - ص 580.

ويلزم الزوج بإحضار كسوة أخرى لزوجته إذا بليت كسوتها بالاستعمال العادى قبل مضى ستة أشهر، أما إذا بليت نتيجة استعمال غير عادى فإنه لا يكون ملزماً بكسوة أخرى، فإن أحضرها كان متبرعاً.

وإذا لم يحضر الزوج كسوة الزوجة عينا كان لها أن تطلب من القاضى فرض بدل كسوة لها وللقاضى فرض الكسوة لها كل ستة أشهر، أو فرض مبلغ شهرى نظير الكسوة وهذا ما جرى عليه العمل بالمحاكم.

ويعجل بدل الكسوة، فإذا فرض لمدة ستة أشهر يكون الفرض منذ بداية المدة لا فى نهايتها.

98- (3) المسكن؛

إذا كانت النفقة لا تجب على الزوج إلا إذا دخلت الزوجة فى طاعته حقيقة أو حكماً بأن تكون على استعداد لذلك عند دعوتها لطاعته، فإنه من الضرورى أن يعد الزوج لها مسكناً لائقاً بما يتناسب وحالته المالية والاجتماعية. فإذا امتنع عن إعداد المسكن أو أعد مسكناً غير لائق كان للزوجة أن تطلب من القاضى إلزامه بإعداد المسكن اللائق أو فرض مبلغ من المال شهرياً بدل المسكن.

ويجب أن يتوافر فى المسكن الذى يعده الزوج الشروط الشرعية التى نص عليها المذهب الحنفى. وهى شروط متعددة، ونحيل فى دراستها إلى الموضوع رقم (23) الخاص بطاعة الزوجة.

وإذا طلبت الزوجة أجر مسكن فلا يجوز القضاء لها بتهيئة مسكن ولا يمنع من القضاء بأجر مسكن للزوجة كونها مالكة لمسكن.

99- (4) مصاريف العلاج؛

نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن: «وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع».

وعلى ذلك، تدخل مصاريف العلاج فى أنواع النفقة الواجبة للزوجة على زوجها.

وقد وردت عبارة «مصاريف العلاج» بالنص عامة، فلا يجوز تخصيصها بغير مخصص.

فمن ناحية: تشمل نفقات علاج كافة الأمراض التي تعترى الزوجة، سواء كانت بدنية أو نفسية أو عقلية، وسواء كان المرض طارئاً أو مزمناً. وتعتبر الإصابة مرضاً يلتزم الزوج نفقات علاجها، ولو كانت وليدة خطأ الزوجة. ومن ناحية أخرى: تشمل نفقات العلاج كافة أنواع العلاج وثلث الأدوية ونفقات العمليات الجراحية والإقامة بالمستشفيات وكشوف الأطباء، والفحوص والأشعات والتحليلات وما شابه ذلك لأنها من وسائل العلاج متى رأى الطبيب ضرورتها. ويدخل في الأمراض التي يلتزم الزوج مصاريف علاجها، النفاس، لأن النفاس لا يعدو أن يكون مرضاً، وتشمل مصاريف علاجه ما يقرره الطبيب للزوجة من غذاء يجاوز الغذاء العادى الذى يلزم به الزوج. إنما لا يدخل فى مصاريف العلاج التى يلزم بها الزوج، ثمن الأجهزة التعويضية كالأطراف الصناعية أو النظارات الطبية أو أطقم الأسنان. وكذلك لا يندرج فيها مصاريف عمليات التجميل لأنه لا يقصد منها علاج علة بالزوجة.

ومصاريف العلاج تكون بحسب حال الزوج المالية والاجتماعية، كالشأن فى أنواع النفقة الأخرى - كما سنرى - ولو كانت الزوجة موسرة. وإلزام الزوج مصاريف العلاج - كما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - هو ما ذهب إليه مذهب الزيدية وتقتضيه نصوص فقه الإمام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة وعدل المشرع بذلك عن مذهب الحنفية فى هذا الموضوع.

فمذهب الحنفية - الذى كان معمولاً به من قبل - لا يلزم الزوج بمداواة زوجته، فلا تجب عليه أجرة الطبيب أو ثمن الدواء، وإنما يكون ذلك من مالها إن كان لها مال، فإن لم يكن لها مال فعلى من تجب عليه نفقتها لو كانت غير متروجة⁽¹⁾.

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص580 - فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1958/4/3 فى الطلب رقم 867 لسنة 1958 وقد جاء بها أن: «عن مصاريف علاج الزوجة لا تجب=

100- من يلزم بنفقات الولادة؟

نصت المادة 3/1 من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) - كما رأينا - على أن نفقة الزوجة تشمل مصاريف العلاج. ومصاريف العلاج - كما أوضحنا - هي المصاريف اللازمة لعلاج مرض بالزوجة، والولادة لا تعتبر مرضاً، وقد فرق الفقهاء بينها وبين النفاس⁽¹⁾. وعلى ذلك لا تتدرج مصاريف الولادة ضمن مصاريف العلاج التي نصت عليها الفقرة المذكورة ويلزم بها الزوج.

= على الزوج فقد جاء في رد المحتار (كما لا يلزمه مداواتها أى إتيانها لها بدواء المرض ولا أجر الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة هندية عن السراج. أ.هـ وهذا هو المعروف في مذهب الأئمة الثلاثة أيضاً، إلا أن صاحب منح الجليل نقل عن ابن عبد الحكم من فقهاء المالكية (أن على الزوج أجره الطبيب والمداواة) وهو رأى وجيه نرى الأخذ والإفتاء به - فيجب على الزوج مصاريف علاج زوجته من ماله الخاص ولو غنية». «أيضاً الفتاوى الصادرة في 1957/9/8 الطلب رقم 1982 - 2 جمادى الأولى سنة 1333هـ - وقد اقتضت الفتوى الأخيرة على بيان الرأى فى المذهب الحنفى».

(1) النفاس لغة: ولادة المرأة، وشرعاً دم يخرج من الرحم عقب الولادة أو خروج أكثر الولد ولو كان المولود سقطاً، فلو شق بطن المرأة وخرج منها الولد دون أن يخرج دم من فرجها فلا تكون نفساء. والدم الذى يخرج من الحامل أو قبل خروج الولد هو استحاضة.

ولا حد لأقل النفاس فيتحقق بلحظة، فإذا ولدت وانقطع دمها عقب الولادة، أو ولدت بلا دم وانقضى نفاسها لزومها ما يلزم الطاهرات أما أكثره فأربعون يوماً.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

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

(طعن رقم 30 لسنة 46 ق أحوال شخصية جلسة 1978/3/1)

وإذ خلا القانون من نص على الملزم بمصاريف ولادة الزوجة فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الرأي الراجح في المذهب الحنفي عملاً بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ومن بعدها المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000.

وفقهاء هذا المذهب قد نصوا على أن أجر القابلة على من استأجرها، فإن استأجرها الزوج فعليه وإن استأجرتها الزوجة فعليها. أما إذا جاءت القابلة دون استئجار فقال البعض أن أجرتها على الزوج لأنها مؤنة الجماع، وقال البعض أن أجرتها على الزوجة كأجرة الطبيب⁽¹⁾ وقد رجح العلامة ابن عابدين الرأي الأول لأن نفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه⁽²⁾.

والشأن في الطبيب المستحضر عند الولادة أن يستقبل الولد ويقوم بجميع ما تقوم به القابلة بل أكثر منه فيكون حكمه حكمها، ويلحق بأجر القابلة أو الطبيب ثمن الأدوية والمستحضرات الطبية اللازمة للزوجة في الولادة، لأنها أثر من أثارها.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بالرأي السابق في فتوى صادرة لها - قبل العمل بالقانون 100 لسنة 1985 - بتاريخ 1922/6/8 جاء بها:

«قال في رد المحتار نقلاً عن الجوهرة بصحيفة 1003 من الجزء الثاني ما نصه «ويجب عليه ما تنظف به وتزيل الوسخ كالمشط والدهن والسدر والخطمي والأسنان والصابون على عادة أهل البلد أما الخضاب والكحل فلا يلزمه بل هو على اختياره، وأما الطبيب فيجب عليه ما يقطع به السهوك لا غير وعليه ما تقطع به الصنان لا الدواء للمرض ولأجرة الطبيب» أهـ. وفي شرح الدر نقلاً عن البحر ما نصه «أجرة القابلة على من استأجرها من زوجة وزوج، ولو جاءت بلا استئجار قيل عليه وقيل عليها» أهـ. والذي استظهره العلامة ابن عابدين أنه على الزوج لأن نفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص580.

(2) شرح فتح القدير ج4 ص387 وما بعدها - البحر الرائق ج4 ص177.

والشأن في الطبيب المستحضر عند الولادة أن يستقبل الولد ويقوم بجميع ما تقوم به القابلة بل أكثر منه فيكون حكمه حكمها. وهذا ما ظهر لى والله أعلم»⁽¹⁾.
وعندنا أن أجر القابلة أو طبيب الولادة ونفقات الولادة الأخرى، وإن كانت لا تدخل في مصاريف العلاج التي يلزم بها الزوج - كما أوضحنا سلفا - إلا أنها لازمة للزوجة تماما كمصاريف العلاج، وحسن العشرة والمودة والرحمة التي جعلها الله تعالى رباطا للزوجين، توجب أن يكون الزوج هو الملزم بهذه النفقات في كافة الأحوال، خاصة وأن معظمها يعود على الولد وهو جزء منه وملزم بنفقته، ولذلك نهيب بالشارع أن يتدخل بالنص على إلزام الزوج بنفقات الولادة من أجر قابلة أو طبيب أو ثمن أدوية أو أجر مستشفيات وغير ذلك، لاسيما وأن هناك رأيا في المذهب المالكي يقول بذلك⁽²⁾.

(1) قارن الدكتور عبد الناصر العطار في مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 ص38 وما بعدها - إذ يذهب إلى أن مقتضى إلزام الزوج بمصاريف علاج الزوجة، إلزامه أيضا بأجر الطبيب المولد أو القابلة ومصروفات الولادة خصوصا وأن هناك رأيا في الفقه الإسلامى يجعل مصروفات الولادة من نفقة المولود، ونفقة المولود على والده شرعا.

(2) فقد جاء بحاشية الدسوقي جـ2 ص510 أن: «المشهور في المذهب المالكي أن أجره القابلة لازمة للزوج ولو كانت مطلقة بئنا لأن المرأة لا تستغنى عن ذلك كالنفقة وقيل أن أجره القابلة عليها».
وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

«... المنصوص عليه شرعا كما جاء في الدر نقلا عن البحر أن أجره القابلة على من استأجرها من زوجة أو زوج، ولو جاءت بلا استئجار قيل عليه، وقيل عليها، ورجع ابن عابدين في حاشيته رد المحتار الأول بقوله: والذي يظهر لى ترجيح الأول، لأن نفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه - ويخلص من ذلك أن أجره القابلة تكون على الأب إذا استأجرها أو جاءت بدون استئجار وتكون على الزوجة إذا استأجرتها هى. والذي نفتى به أن أجره القابلة تجب على الزوج سواء استحضرها هو أو استحضرتها الزوجة أو جاءت من تلقاء نفسها، لأنها كأجر الطبيب تجب عليه أخذا بقول ابن الحكم (من المالكية) - الذى رجحنا العمل به سابقا فى صدر هذه الفتوى. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1958/4/3 - الطلب رقم 867 لسنة 1958)

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بجلسة 2008/2/3 فى الاستئناف رقم 7197 لسنة 125ق بأن:

«وحيث إنه عن موضوع الاستئناف والأسباب التى تتعى بها المستأنفة على الحكم المستأنف بإهدار المستندات المقدمة منها والقصور فى التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق طالبة الحكم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجددا بإلزام المستأنف ضده بأن يؤدى لها مبلغ 7412.65 جنيها ولما كان الثابت لهذه المحكمة أن المستأنفة قد قدمت فواتير وأوراق بجملة مصاريف الولادة ومصاريف علاج الصغير صادرة من مستشفيات وأطباء متخصصين والتى قدرت بمبلغ 7424.65 جنية لم يجدها المستأنف ضده، وكان الثابت أن المستأنف ضده ميسور الحال ماديا وواسع الدخل وقد تنوعت مصادره حسبما ورد بالتحرى المرفق فهو يعمل مضيف جوى بشركة طيران خاصة كما أنه يعمل أيضا بتجارة السيارات، الأمر الذى تقضى معه المحكمة بتعديل الحكم المستأنف والقضاء يجعل المفروض مصاريف ولادة علاج صغيرة مبلغ 7424.65 جنية (فقط سبعة آلاف وأربعمائة وأربعة وعشرون جنيها وخمسة وستون قرشا) وأمرته بالأداء على نحو ما سيرد بمنطوق هذا القضاء»⁽¹⁾.

101- (5) بدل الفرش والغطاء:

رأينا فيما سلف أن الأصل التزام الزوج بإعداد مسكن الزوجية من أثاث وأدوات ومفروشات وأغطية، وسواء كان الزوج هو الذى أعد مسكن الزوجية بهذه المنقولات أو كانت الزوجة هى التى أحضرتها معها، فإن هذه المفروشات والأغطية مما يبلى بالاستعمال، ويلزم تجديدها بدوام الاستعمال. فيجب على الزوج إحضار مفروشات وأغطية جديدة عندما تبلى المفروشات والأغطية التى يجرى بها الاستعمال.

وينبغى أن يكون للمرأة فراش على حدة، فلا يكتفى بفراش واحد لهما، لأنها قد تنفرد فى الحيض والمرض⁽²⁾.

(1) منشور بالموسوعة الماسية إعداد المستشارين فايز اللساوى وأشرف فايز ص 560 وما بعدها.

(2) البحر الرائق جـ 4 ص 175 - وقد جاء فى الأثر: «فراش لك وفراش لأهلك وفراش للضيف وفراش للشيطان».

فإذا امتنع الزوج عن إحضار الفرش والغطاء للزوجة بعد أن بلى ما استعمل منه، كان لها أن تطلب من القاضي فرض بدل فرش وغطاء لها. ولما كان من شأن ذلك إرهاب الزوجات بالالتجاء إلى القضاء كل فترة من الزمن للمطالبة ببديل الفرش والغطاء، فقد جرى القضاء على فرض مبلغ يسير شهريا بدل فرش وغطاء يضاف إلى نفقة الزوجة.

(بركة السبع الجزئية فى 1987/11/10 - الدعوى رقم 141 لسنة 1985)

102- (6) أجرة الخادم:

إذا كان الزوج معسرا فإنه لا يلزم بإحضار خادم لزوجته⁽¹⁾، لأن المعسر تجب عليه نفقة الضرورة والخادم ليس ضروريا، وإلزامه بالخادم فوق طاقته، وعلى المرأة أن تخدم نفسها، غير أنها إذا مرضت كان على الزوج اخذها⁽²⁾.

(1) بدائع الصنائع ج4 ص24.

(2) حاشية الرمل على البحر الرائق ج4 ص172 - وقد جاء بشرح فتح القدير ج4 ص338 وما بعدها: «يوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال فى أدب القاضي: فرض ما تحتاج إليه من الدقيق والدهن والحم والإدام فقالت لا أخبز ولا أعجن ولا أعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه، وعلى الزوج أن يأتي بما يكفيها عمل ذلك، وقال الفقيه: هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت مما لا تباشر ذلك بنفسها فإن كانت مما تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله وفى بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسى لا تجبر، ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الإدام وهو الصحيح. وقال: إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة، ولا يجبرها القاضي».

وجاء ببداائع الصنائع ج4 ص24: «ولو جاء الزوج بطعام يحتاج إلى الطبخ والخبز فأبنت المرأة الطبخ والخبز يعنى بأن تطبخ وتخبز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الأعمال بين على وفاطمة رضى الله عنهما فجعل أعمال الخارج على وأعمال الداخل على فاطمة رضى الله عنهما ولكنها لا تجبر على ذلك إن أبت ويؤمر الزوج أن يأتي لها بطعام مهيا ولو استأجرها للطبخ والخبز لم يجز لها أخذ الأجرة على ذلك لأنها لو أخذت الأجرة لأخذتها على عمل واجب عليها فى الفتوى فكان فى معنى الرشوة فلا يحل لها الأخذ وذكر الفقيه أبو الليث هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت من بنات الأشراف فأما إذا كانت تقدر على ذلك وهى ممن تخدم نفسها تجبر على ذلك».

أما إذا كان الزوج موسراً، وكانت زوجته ممن يخدم في بيت أهلها، أى درج أهلها على استئجار الخدم، فإنه يجب على الزوج إحضار خادم لها لأن كفايتها واجبة عليه والخادم من تمام كفايتها.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة قسم أول بندر طنطا للأحوال الشخصية بتاريخ 12 يناير سنة 1988 فى الدعوى رقم 1986/94 برفض طلب الزوجة فرض أجر خادم. لأنها لم تقدم دليلاً على أنها ممن يخدم.

وإذا كانت الزوجة تحتاج إلى أكثر من خادم، فقد اختلفت الحنفية فى ذلك. فذهب أبو يوسف إلى أنه يجب على الزوج خادمين أو أكثر إذا كان قادراً واقتضت حاجة الزوجة ذلك.

ورأى أبى يوسف هو المفتى به فى المذهب⁽¹⁾. وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن للزوجة أولاد، فإن كان لها أولاد لا يكفيهم خادم واحد فإنه يجب على الزوج أكثر من خادم اتفاقاً. وتقدير ما إذا كانت الزوجة يجب لها خادم من عدمه، أو يجب لها أكثر من خادم، مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع⁽²⁾.

(1) فقد جاء فى الفتاوى الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1 ص 75 وما بعدها: «قال فى البحر وقيد بالخادم لأنه لا يلزمه نفقة أكثر من خادم واحد لها وهذا عندهما وقال أبو يوسف يفرض لخدمين ثم قال فالحاصل أن المذهب الاقتصار على واحد مطلقاً والمأخوذ عند المشايخ قول أبى يوسف وفى فتح القدير والخيرة لو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخدمين أو أكثر مقدار ما يكفيهم اتفاقاً».

(2) آراء المذاهب الأخرى فى وجوب الخادم: يذهب الشافعية إلى وجوب الخادم على الزوج، إذا كانت الزوجة مما لا يخدم نفسها ولو كان معسراً وإلا فلا يجب عليه إلا إذا كانت مريضة أو هرمة وإن لم تكن مما يخدم عادة. وعند المالكية يفرض لها خادم أو أكثر إذا كانت لا تخدم نفسها أو كان الزوج ذا جاه وقدر بحيث لا يصح لامراته أن تخدم نفسها، وكان يستطيع ذلك، فإن لم يستطع وجب عليه خدمة المنزل وعليه أن يساعد بها بنفسه فى أوقات فراغه من عمله. وعند الحنابلة يجب الخادم على الزوج إذا كانت ممن لا يخدم نفسها ويلزمه نفقة الخادم بحسب ما يليق بالخدم.

(الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص 457 هامش «1»).

وإذا وجب للزوجة خادم أو أكثر وامتنع الزوج عن إحضارهم، ألزمته المحكمة بأجرهم، وجرى القضاء على فرض أجر الخادم شهريا كالشأن فى الغذاء والكسوة والمسكن وبدل الفرش والغطاء.

وذهب الفقهاء إلى أن الزوج يلزم بنفقة الخادم أى غذائه وكسوته ويلزمه من ذلك أدنى الكفاية بأرخص ما يكون وقد شبهها البعض بما يلزم المعسر من نفقة زوجته⁽¹⁾.

غير أن العرف الجارى بين الناس أن الخادم لا يعد له طعام برأسه وإنما هو يأكل بقايا طعام من هو فى خدمته ويلبس قديم ثيابه، ويسكن تبعاً له، ومن ثم لا يفرض للخادم نفقة على الزوج، لأن العرف له اعتباره فيما لم يرد فيه نص صريح فى الكتاب أو السنة ولو عارض نصاً مذهبياً منقولاً عن صاحب المذهب⁽²⁾.

103- (7) استئجار مؤنسة للزوجة :

إذا كانت الزوجة تستوحش من المسكن الذى أسكنها فيه زوجها بأن كان كبيراً كالدار الخالية من السكان المرتفعة الجدران، أو كان الزوج يخرج ليلاً من البيت عند ضررتها أو فى عمل له فى الخارج، ولم يكن لها ولد أو خادمة تستأنس بهما أو لم يكن عندها من يدافع عنها إذا خشيت من اللصوص أو ذوى الفساد، كان ذلك من المضارة المنهى عنها لاسيما إذا كانت صغيرة السن، وعلى الزوج أن يأتيتها بمؤنسة أو ينقلها إلى حيث لا تستوحش⁽³⁾.

104- كماليات لا يلزم بها الزوج :

يعتبر من الكماليات التى لا يلزم بها الزوج، ما تتناوله الزوجة من مشروبات ساخنة كالقهوة أو الشاى أو باردة كالمياه الغازية، أو من التبغ، وإن

(1) البحر الرائق ج4 ص182.

(2) نقض 1973/2/14 طعن رقم 7 لسنة 39ق أحوال شخصية - وراجع مصر الشرعية بتاريخ 1932/1/20 فى الدعوى 1931/446.

(3) حاشية ابن عابدين ج3 ص602 - م (187) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية - محمد قدرى باشا.

تضررت من عدم تناول هذه الأشياء لأنها تعتبر من قبيل التفكه الذى لا يلزم به الزوج، أما إذا تعينت هذه الأشياء أو بعضها دواء لها كان الزوج ملزماً بها من أصل التزامه بثمن الدواء طبقاً لأحكام القانون.

كذلك لا يلزم الزوج بما تستعمله الزوجة من مساحيق أو عطور إلا ما كان لازماً لإزالة رائحة العرق أسفل الإبطين أو الصنان (1).

105- (8) تكفين وتجهيز الزوجة عند وفاتها:

المقرر شرعاً أن كفن الميت وتجهيزه فى ماله إن كان له مال، ونفقات الكفن والتجهيز مقدمة على ديونه ووصيته وميراثه (2)، لأن هذا من أصول حوائج الميت فصار كنفقته فى حال حياته. وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 (3).

وإن لم يكن له مال فكفنه وتجهيزه على من تجب عليه نفقته كما تلزمه كسوته فى حال حياته.

ويستثنى من هذا الأصل تكفين الزوجة وتجهيزها فهو واجب على الزوج، فإذا كانت نفقتها قبل الوفاة واجبة عليه التزم بدفنها وتجهيزها عند الوفاة، فإذا كانت الزوجة قبل الوفاة ناشراً، فإنه لا يلتزم بتجهيزها عند الوفاة، أما إذا

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص580.

(2) بدائع الصنائع ج1 ص308 وما بعدها.

(3) نصت المادة المذكورة على أن: «يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى:

(أولاً): ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن.

(ثانياً): ديون الميت.

(ثالثاً): ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية.

ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة، فإذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتى:

(أولاً): استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره.

(ثانياً): ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية. فإذا لم يوجد أحد من

هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة.

جهزها أبوها، فإنه يكون متبرعا ولا يجوز له الرجوع على الزوج، إلا إذا كان الزوج قد أذنه أو أمر من قبل القاضى بالصرف على أن يرجع على الزوج. وهذا الرأي، هو رأى أبى حنيفة وأبى يوسف والمفتى به فى المذهب⁽¹⁾.

والواجب على الزوج هو التكفين والتجهيز الشرعيين من كفن السنة أو الكفاية⁽²⁾ وطيب وأجرة غسل وحمل ودفن دون ما ابتدع من استئجار قراء وإقامة سرادقات وتقديم الطعام للمعزين⁽³⁾ وإقامة أخمسة وأربعين وغير ذلك⁽⁴⁾.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1957/9/8 فى الطلب رقم 1982 لسنة 1957 بأن:

«... أما بالنسبة لمصاريف تجهيزها ودفنها فإنه بناء على قول أبى يوسف المفتى به يكون ما يكفى لتجهيزها حتى توارى فى قبرها من نفقات غسلها وكفنها وحملها ودفنها وكل ما يقتضيه تجهيزها حسب المعروف بغير إسراف ولا تقتير، يكون ذلك كله على زوجها، يؤديه من ماله ولو كانت غنية لأن نفقة تجهيز من تلزم المرء نفقته واجبة عليه حال حياته وإذا مات قبل أن يؤديها بدئ بأدائها من تركته، كما يبدأ بأداء ما يكفى لتجهيز نفسه - وقد أخذ بذلك قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 فى المادة رقم 4 التى أوجبت إخراج ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن فصار على الزوج نفقة تجهيز زوجته حال حياته وفى ماله بعد وفاته، وبهذا يعلم الجواب عن السؤال. والله تعالى أعلم».

«أيضا الفتاوى الصادرة بتاريخ 28 ربيع الأول سنة 1344هـ - أكتوبر 1926، 11 ربيع الثانى سنة 1331هـ - 23 فبراير سنة 1920، أول يوليو سنة 1923 - 27 يناير سنة 1924».

(1) أما محمد فيذهب إلى أنه لا يجب على الزوج تكفين وتجهيز زوجته لانقطاع الزوجية بينهما بالموت، بل يجب ذلك من مالها فإن لم يكن لها مال فعلى من تجب عليه نفقتها.

(2) كفن السنة للمرأة خمسة أثواب، وكفن الكفاية ثلاثة أثواب.

(3) حاشية ابن عابدين ج2 ص206.

(4) فتوى دار الإفتاء المصرية فى 1920/2/23.

(ثانياً)

الكفالة في النفقة

106- جواز الكفالة في النفقة:

من شروط صحة الكفالة عند الفقهاء إذا كان المكفول به ديناً، أن يكون ديناً صحيحاً⁽¹⁾، والدين الصحيح هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. ولما كان الأحناف لا يعتبرون دين النفقة صحيحاً إلا بعد التراضي أو التقاضى والإذن باستدانة النفقة واستدانتها بالفعل، فالقياس عندهم أنه لا تجوز كفالة النفقة إلا في هذه الحالة فقط. ولكنهم استحسنا جواز الكفالة بها بعد الفرض رضاء أو قضاء، لأنها صارت معلومة وضعفها لا يمنع من كفالتها. أما أبو يوسف فقد أجاز الكفالة بالنفقة مطلقاً قبل الفرض وبعده استحساناً تيسيراً على الزوجة في الحصول على نفقتها، وتصح عنده كفالة النفقة طوال مدة بقاء الزوجية، وتمتد إلى نفقة العدة لأن بعض أحكام النكاح باقية في العدة⁽²⁾.

ورأى أبو يوسف هو المفتي به في المذهب.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 9 صفر سنة 1320 بأن:

«المصرح به في كتب المذهب أنه لو كفل لها رجل بالنفقة أبداً ما دامت الزوجية جاز، بناء على أن صحة الكفالة مستتناة من شرط كون المكفول به ديناً صحيحاً. وقالوا إن ذلك كقوله لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبداً فإنه تلزمه النفقة أبداً مادامت في نكاحه. كما في رد المحتار وغيره. ومن هذا يتبين أن ذلك الأب تلزمه نفقة زوجة ابنه المذكورة مادامت الزوجية فإن مثل هذه الكفالة لا يراد بها إلا التأييد والله أعلم».

(1) مختصر أحكام المعاملات الشرعية على الخفيف ص 218.

(2) فإن كفل الكفيل للزوجة نفقة شهرية وقال أبداً، أو ماداماً زوجين وقعت الكفالة على الأبد اتفاقاً، أما إذا كفل النفقة دون أن يقول أبداً وقعت الكفالة على شهر واحد عند أبي حنيفة، وعلى الأبد عند أبي يوسف المفتي برأيه «حاشية ابن عابدين ج 3 ص 58».

ولما كانت المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 قبل تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وبعد تعديلها جعلت نفقة الزوجة ديناً في ذمة الزوج من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، أى جعلت منه ديناً صحيحاً ويسرى ذلك على نفقة العدة بصريح نص المادة الثانية من القانون رقم 25 لسنة 1920، فقد أصبحت كفالة النفقة جائزة أيضاً ولو قبل الفرض طبقاً للقاعدة التى تشترط فى الدين المكفول أن يكون ديناً صحيحاً».

107- هل يجبر الزوج على تقديم كفيل بالنفقة؟

إذا كان الزوج حاضراً لا يغيب لا يجبر على تقديم كفيل بالنفقة لزوجته، أما إذا كان الزوج غائباً أى مسافراً، وطلبت الزوجة من زوجها إحضار كفيل لها بالنفقة، فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الزوج لا يجبر على إحضار كفيل لها، لأن النفقة لم تجب بعد ولم تصر ديناً ولم يعرف امتناع الزوج عنها. وقال أبو يوسف يجبر على إحضار كفيل بالنفقة. فإذا كانت مدة غيبة الزوج معلومة كفل الكفيل نفقة الزوجة مهما طال مدة غيبته.

أما إذا كانت غيبة الزوج غير معلومة اقتصررت الكفالة على نفقة شهر لأن العادة دلت على أن السفر يمتد إلى شهر غالباً لأنه أقل الآجال⁽¹⁾. ورأى أبو يوسف هو المفتى به فى المذهب⁽²⁾.

108- انعقاد الكفالة:

(راجع الكتاب الأول بندى 206، 207).

109- أثر الكفالة:

إذا انعقدت الكفالة على الوجه الشرعى، كان للزوجة إما مطالبة الزوج والكفيل معا بنفقتها لأن الكفالة شرعاً تضامنية، وإما مطالبة أحدهما فقط بالنفقة،

(1) بدائع الصنائع ج3 ص582.

(2) حاشية ابن عابدين ج3 ص582.

ولا يشترط لمطالبة الكفيل وحده تعذر مطالبة الأصل فيطالب الكفيل بمفرده ولو لم ينازع الزوج في الوفاء⁽¹⁾.

وإعسار الكفيل ليس سببا موجبا لسقوط الكفالة شرعا، ولكنه مانع من تنفيذ حكم النفقة عليه بالحبس.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 14/7/1959 في الطلب رقم 1072 لسنة 1959 بأن:

«للزوجة حق مطالبة زوجها ومطالبة كفيله بالنفقة، كما يجوز لها أن تطالب أحدهما ولا تطالب الآخر، فيجوز لها أن ترفع دعوى نفقة على زوجها وعلى أبيه كفيله في هذه النفقة، وثبت يسار الزوج وإعسار الكفيل لا يمنع من سماع دعاها والحكم لها على الزوج، فليس إعسار الكفيل سببا موجبا لسقوط الكفالة شرعا. وهذا يعلم الجواب عن السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

كما قضت محكمة شبين الكوم الكلية (للولاية على النفس) بتاريخ 25/10/1986 في الدعوى رقم 111 لسنة 1986 (مستأنف) بأن:

«وحيث إن الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطالبة وتجوز بالنفس وبالمال وللدائن أن يطالب أيهما شاء وأن الكفيل ملزم بأداء مثل ما وجب للزوجة على زوجها في النفقة».

ولا يلزم الكفيل في النفقة بتجهيز وتكفين زوجة مكفوله، لأن ذلك ليس من النفقة المكفول بها.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 16/5/1925 بأن:

«لا يدخل التجهيز والتكفين والمصاريف التي تلزم لحين دفن الزوجة المتوفاة المذكورة في كفالة الأب ابنه الزوج فيما يتعلق بحقوق الزوجية من النفقة والكسوة والمسكن لزوجته ولأولادها - وذلك لأن التجهيز والتكفين والمصاريف المذكورة ليست من النفقة والكسوة والمسكن والمكفول بها».

(1) مختصر المعاملات الشرعية ص 319.

110- البراءة من الكفالة:

يجوز للزوجة أن تبرئ الكفيل من الكفالة فى أى وقت، ويجوز أن يتم الإبراء شفاهة أو كتابة. وإذا أبرأت الزوجة الكفيل من الكفالة فلا يجوز لها الرجوع فى ذلك، لأن الإبراء إسقاط للكفالة، والساقط لا يعود.

(ثالثاً)

تاريخ استحقاق النفقة وقيده عدم سماع الدعوى الوارد عليه

111- (أ) تاريخ استحقاق النفقة فى مذاهب الفقه الإسلامى:

ذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعى وأحمد إلى أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً فى ذمة الزوج من الوقت الذى امتنع فيه عن الإنفاق على زوجته مع وجوبه، سواء كانت مفروضة بالتراضى أو التقاضى، أو غير مفروضة أصلاً، لأنها واجبة على الزوج بإيجاب الشرع بسبب قصر الزوجة عليه بحكم عقد الزواج. ودين النفقة من الديون القوية فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء كسائر الديون، فلا تسقط عن مدة ماضية بنشوز الزوجة ولا بالطلاق ولا بموت أحد الزوجين. أما الأحناف فقد ذهبوا إلى أن النفقة لا تكون ديناً فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، وإنما تكون ديناً فى الذمة من وقت التراضى عليها أو التقاضى بشأنها، وعلى ذلك لو أنفقت الزوجة على نفسها من مالها أو من مال غيرها بالاستئذنة بدون تراض أو حكم بها، فلا يحق لها المطالبة بما أنفقت إلا إذا كانت المدة التى انقضت أقل من شهر فإن للزوجة أن تطالب بنفقتها، وعلة ذلك أنه لا بد من إعطاء مهلة للزوجة تتراضى فيها على النفقة أو تقاضى الزوج بشأنها، وقد قدروا هذه المدة بما دون الشهر.

أما إذا تراضى الزوجان على النفقة أو صدر حكم بها، ولم يوجد إذن من الزوج أو القاضى لها بالاستئذنة، ومضت مدة على ذلك فإن النفقة تعتبر ديناً فى ذمة الزوج، وللزوجة مطالبة بنفقتها عن المدة الماضية مهما طالت.

والدين في هذه الحالة ضعيف يسقط بالأداء والإبراء كالدين القوي، كما يسقط بغيرهما كالنشوز العارض والطلاق - على خلاف في ذلك⁽¹⁾ - وموت أحد الزوجين أو موتهما جميعا.

أما إذا كانت النفقة مفروضة بالتراضي وأذن الزوج بالاستدانة، واستدانت الزوجة بالفعل، فإنها تعتبر ديناً قوياً في هذه الحالة، لأن استدانتها بإذن الزوج تكون نيابة عنه، فيكون الدين في ذمته ابتداءً لمن استدانت منه الزوجة، وكذلك إذا كانت الاستدانة بأمر القاضي، لأن أمره كأمر الزوج، إذ القاضي أقيم لرفع المظالم، فإذا تعينت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم ولم يأمر الزوج بها، أمر القاضي بالنيابة عنه فيكون أمره كأمر الزوج فيستقر الدين في ذمته ابتداءً. ولا يسقط الدين أيضاً إلا بالأداء أو الإبراء.

وعلى ذلك إذا استدانت الزوجة ومضى على الاستدانة مدة كان لها المطالبة بنفقة هذه المدة⁽²⁾.

وأساس الخلاف بين الأئمة الثلاثة والحنفية، أن الأئمة الثلاثة يرون أن النفقة وجبت جزاء الاحتباس فهي عوض عنه فكانت ديناً كسائر الديون شأنها في هذا شأن كل عوض فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

أما الأحناف فيرون أن النفقة لها شبهان: شبه بالعوض وشبه بالصلة، فليست عوضاً خالصاً فهي تشبه العوض لأنها وجبت نظير احتباس الزوجة

(1) انقسم الرأي في هذه المسألة إلى آراء ثلاثة في المذهب:

الرأي الأول: أن متجمد النفقة يسقط بالطلاق مطلقاً بائناً أو رجعيّاً، لأن الطلاق كالموت ولأن النفقة صلة، والصلة قد انقطعت.

الرأي الثاني: أن متجمد النفقة يسقط بالطلاق مطلقاً بائناً أو رجعيّاً، لأن النفقة تجب للزوجة في العدة، فأولى ألا يسقط الثابت لها من قبل، وحتى لا يتخذ الأزواج الطلاق وسيلة لإسقاط النفقة المتجمدة.

الرأي الثالث: أن متجمد النفقة لا يسقط بالطلاق مطلقاً بائناً أو رجعيّاً، إلا إذا كان الطلاق من جهة الزوجة كسوء خلقها فهو مسقط لما تجمد لها من النفقة.

(2) الدكتور محمد مصطفى شلبي في أحكام الأسرة في الإسلام ص 468.

لمصلحة الزوجة وتشبه الصلة لأن منافع الاحتباس لا تعود على الزوج وحده، فمنها إعفاف كل منهما الآخر وتحسينه من المفاصد وتحصيل الولد. ومراعاة للشبهين قالوا: أنها تأخذ حكما وسطا بينهما أى أنها لا تعتبر ديناً فى حالة، وتعتبر ديناً ضعيفاً فى حالة ثانية، وديناً قوياً فى حالة ثالثة⁽¹⁾.

112- (ب) فى القانون رقم 25 لسنة 1920 (المعدل) :

نصت المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 - عند صدوره - على أن: «تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراص بينهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء» - كما نصت المادة السابقة فى فقرتها السادسة بعد تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن: «وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء»⁽²⁾.

(1) وقد استند الأئمة الثلاثة فى أن النفقة عوض إلى أن الشارع أمر بها على سبيل الإلزام فقد قال الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾، وقال: ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، ولو كانت النفقة صلة أو شبه صلة ما ألزم بها الزوج وما حبس عند مطله دفعها وأنها وجبت عوضاً عن احتباس الزوجة ومتعة الزوج وقيامها على شئون البيت. أما الأحناف فقد استندوا فى أن النفقة لها شبهان: شبه بالعوض وشبه بالصلة، إلى تفسيرهم لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فقد قالوا أن الرزق اسم للصلة، والنفقة لو كانت عوضاً فإما أن تكون عوضاً عن نفس المتعة وهى الاستمتاع وإما أن تكون عوضاً عن ملك المتعة وهى الاختصاص بها، ولا سبيل إلى الأول لأن الزوج ملك متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفاً فى ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له ومن تصرف فى ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه للثانى لأن ملك المتعة قد قبل بعوض مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض «بدائع الصنائع ج4 ص26».

(2) وقد ورد هذا النص حرفياً عند استبدال المادة بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 الذى قضى بعدم دستوريته.

وعلى ذلك يكون القانون رقم 25 لسنة 1920 قد أخذ برأى الأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد) في أن النفقة ديناً في ذمة الزوج من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه دون توقف على رضا أو قضاء، وجعل منها ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ويكون بذلك قد خالف المذهب الحنفى الذى كان معمولاً به من قبل.

ويترتب على النص المذكور ما يأتي:

1- أن دين النفقة لا يسقط ولو لم يتم الاتفاق على النفقة بين الزوجين أو يصدر بها حكم، ويجوز للزوجة أن تطالب بنفقة تزيد على شهر سابق على تاريخ رفع الدعوى، سواء كانت المدة طويلة أو قصيرة مع مراعاة القيد الذى سيرد فى بندى (114، 115).

2- أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق، فإذا مات الزوج كان للزوجة الحصول على متجمد نفقتها من تركته، وإذا ماتت الزوجة، كان متجمد نفقتها تركتها عنها تورث، كما أن للمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية، ما لم يكن زوجها قد خالعه على هذا المتجمد، فإن المتجمد يكون عوضاً عن الطلاق.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1925/12/28 بأن:

«اطلعنا على خطابى المحافظة رقم 22 نوفمبر سنة 1925 نمرة 2404 ورقم 23 ديسمبر سنة 1925 نمرة 2704 المطلوب بهما الإفادة عن تصرف إليه نفقة الزوجية المستحقة للحرمة سيدة عبد الحليم إسماعيل عن شهور مايو ويونيو ويوليو وأغسطس سنة 1925 التى توفيت بتاريخ 24 يوليو سنة 1925 هل لورثتها أم للخصوم منه النفقة - ونفيد أن النفقة الواجبة للزوجة المذكورة لغاية تاريخ وفاتها 24 يوليو سنة 1925 هى حق لها فيرد لورثتها ويسلم إليها حسب أنصباؤهم الشرعية عملاً بالمادة (1) من القانون نمرة 25 سنة 1920 من أن النفقة الواجبة للزوجة لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وهو الذى عليه عمل المحاكم اليوم، أما المدة من 24 يوليو سنة 1925 وما بعده فلا تستحق الزوجة

فيها نفقة لوفاتها فيرد مبلغ هذه المدة للمخصوم منه والأوراق عائدة طيه كما ورد وتفضلوا بقبول فائق الاحترام».

3- أن النشوز الطارئ لا يسقط متجمد النفقة وإنما يمنع النشوز من وجوب النفقة في مدة النشوز فقط.

ويسرى الحكم الوارد بالمادة الأولى سالفه الذكر على المطلقة التي تستحق النفقة، وذلك عملاً بصريح نص المادة الثانية من القانون التي تجرى على أن: «المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر ديناً كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق»، فضلاً عن أن نفقة العدة في المذهب الحنفى تأخذ حكم النفقة الزوجية.

113- وجوب النفقة للزوجة غير المدخول بها من تاريخ العقد الصحيح:

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (مستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن:

«وتجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً ... الخ».

فالنفقة تجب للزوجة من تاريخ العقد الصحيح، لأن النفقة لا تجب بالعقد الباطل أو الفاسد.

وتجب النفقة سواء سلمت الزوجة نفسها للزوج بأن زفت إليه، أو لم تسلم نفسها، ولكنها مستعدة لتسليم نفسها إليه عند طلبه، ولكن زوجها هو الذى لم يطلبها للدخول فى طاعته بمسكن الزوجية لسبب يرجع إليه، كالبحث عن مسكن أو الانشغال فى إعدادة، وهذا ما يسمى بالتسليم الحكمى.

ومعنى ذلك أن عدم دخول الزوج بزوجته ليس مانعاً من فرض نفقتها. فيجوز للمعقود عليها مطالبة زوجها بالنفقة ولو لم تزف إليه، طالما أنها مستعدة لذلك عند دعوتها، ويقضى لها بالنفقة من تاريخ العقد.

وهذا الحكم كان منصوصاً عليه بالمادة عند صدور القانون رقم 25 لسنة 1920، وعند استبدالها بالقرار بالقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته، كما أنه يتفق مع الفقه الحنفى.

وقد جرى العرف على أن الزوج لا ينفق على زوجته النفقة الواجبة لها شرعا قبل زفافها، فإذا ادعت الزوجة أنها لا تزال بكرا وأنه لم ينفق عليها من تاريخ زواجهما ولم يدفع الزوج دعواها بأى دفع أو دفاع، وجب القضاء لها بالنفقة من تاريخ عقد الزواج بما لا يزيد على سنة سابقة على رفع الدعوى - كما سنرى - بلا بينة على واقعة عدم الإنفاق، لأن المقرر شرعا أن البينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر أنه لم ينفق عليها لأنها لم تزف إليه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- « إذا كانت النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكنى بقدر حاجة الزوجة وبحسب يسار الزوج بما لازمه أن إعالة الزوجة إنما تجب على الزوج دون وليها وبمجرد العقد سواء دخل بها أو لم يدخل طالما أنها فى طاعته ولم يثبت نشوزها، إذ تصبح النفقة دينا فى ذمة الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليها».

(طعن رقم 7545 لسنة 63 ق جلسة 2002/3/24)

2- «إن النص فى المادة الأولى من القانون 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أنه «تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى ولو كانت موسرة».

يدل على أن نفقة الزوجة واجبة شرعا على زوجها بمجرد العقد جزاء احتباسها فقيرة، كانت أو غنية، مادامت سلمت نفسها إليه حقيقة أو حكما، ولو ظلت باقية لدى وليها ولم تنتقل إلى الزوج طالما لم يطلب نقلها إليه فامتنعت، سواء دخل بها أو لم يدخل، فمناط وجوب النفقة للزوجة على الزوج هو قيام الزوجية بعقد صحيح واحتباس الزوج إياها لاستيفاء المعقود عليه مادامت فى طاعته ولم يثبت نشوزها، ولم يقدّم الدليل على وجود مانع لديها يترتب عليه فوات القصد من الزواج ودواعيه».

(طعن رقم 7545 لسنة 63 ق جلسة 2002/3/24)

3- نفقة الزوجة على زوجها. مناطه. احتباسه لها تحقيقا لمقاصد الزواج. علة ذلك. المحبوس بحق مقصود على غيره نفقته عليه. كيفية الاحتباس. تسليم

الزوجة نفسها حقيقة أو حكماً بأن تكون مستعدة للدخول في طاعة الزوج غير ممتنعة عن الانتقال إليه. النفقة حقها وانتقالها إليه حقه. شرطه. إيفائها عاجل صداقها وإعداده مسكناً شرعياً وأمانته عليها. مؤداه. طلبه لها بالنفقة إليه وامتناعها بحق لعدم توافر شروط الاحتباس. لا يسقط نفقتها».

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

وترتيباً على ذلك قضت محكمة دمنهور الجزئية الشرعية بتاريخ 1954/11/25 بأن:

«جرى العرف والعادة على أن الزوج لا ينفق على زوجته قبل الدخول فإذا طالبت بنفقتها أجيبت».

ولا تكلف الزوجة في دعوى النفقة إثبات أنها لازالت في عصمة زوجها وطاعته، لأن الأصل في الزوجات بقاء العصمة والشأن فيهن الطاعة.

(شبين الكوم الكلية بتاريخ 1986/10/25 في الدعويين 225، 256 لسنة

1986 - أحوال شخصية مستأنف - بركة السبع الجزئية بتاريخ 1987/11/3

في الدعوى 126 لسنة 1987 أحوال شخصية)

ولا يستثنى من ذلك سوى حالة ادعاء الزوج أنها ليست في عصمته أو طاعته.

114 - عدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها

تاريخ رفع الدعوى:

رأينا أن المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المعدلة) نصت على أن تعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء - وقد ترتب على ذلك جواز مطالبة الزوجة بمتجمد نفقة عن مدة سابقة على تاريخ المطالبة مهما طالبت هذه المدة. وقد رأى الشارع أن في إطلاق إجازة المطالبة بنفقة سنين عديدة ترهق الشخص الملمزم بها وأنه من العدل دفع صاحب الحق في النفقة إلى المطالبة بها أولاً فأولاً بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنوات، وذلك عن طريق منع سماع الدعوى

أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء ⁽¹⁾، فنص في الفقرة الأخيرة من المادة (99) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغاة) على أن: «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى».

غير أن المشرع رأى بعد ذلك أن هذه المدة طويلة فعدلها إلى سنة واحدة، إذ نصت الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 بعد تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن: «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى» ⁽²⁾ وبذلك تكون هذه الفقرة قد ألغت ضمناً الفقرة الأخيرة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (قبل إلغاء هذه اللائحة).

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون عن هذا النص:

«أخذ المشروع بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على ألا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة غايتها تاريخ رفع الدعوى، ذلك لأن في إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التي كانت مقررة في المادة 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة المحاكم الشرعية وهي ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم إذ يمكنه المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضي عليه سنة فأكثر» ⁽³⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931.

(2) وقد ورد هذا النص حرفياً بالفقرة السابعة من المادة عند استبدالها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته.

(3) وحال مناقشة النص بمجلس الشعب اقترحت السيدة العضو/ عنايات أبو اليزيد الإبقاء على الحكم الوارد بالمادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحيث لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى، وقالت شرحاً لذلك:

وعلى ذلك أصبحت دعوى نفقة الزوجة غير مسموعة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ الدعوى.

= «الواقع أنه قد بذل جهد كبير فى صياغة هذه المادة، ولكن هناك المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بإصدار لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الذى جاء فى المادة 99 فقرة 6 منه كما ورد أيضا فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 النص الآتى:

«ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى».

أما النص المعروف علينا فهو «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى» وإنى أتساءل عن حال الزوجة التى ذهب زوجها ليعمل فى الخارج وانتظرت حضوره ومعه المال الوفير، ومكثت سنة أو اثنتين أو ثلاثا تنتظره إلا أنها تفاجأ بعودته ومعه زوجة جديدة لأنه أصبح ميسور الحال، كما ذكر الزميل توفيق زغلول فى جلسة الصباح.

أعود وأتساءل مرة أخرى هل من المعقول أن تحصل هذه الزوجة على نفقة سنة واحدة، وهى التى ظلت سنوات عديدة تنتظر عودة زوجها تلك الزوجة التى قد باعت مصوغاتها ومنقولات منزلها من أجل أن يذهب الزوج للعمل فى الخارج ويأتى ومعه المال لتعويض ما فاتها. ولذلك فإنى أقترح تعديل النص بحيث يصبح كالاتى: «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى» وهذا النص كان واردا فى المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 الذى لم يكن هناك وقت تطبيقه هجرة للعمال أو تصدير لها، فإذا كان هذا النص فى ذاك الوقت، فما الحال بالنسبة للزوجة التى ذهب زوجها للعمل بالخارج وحصل على دخل كبير، وبدلا من أن يعود لها بالمال الوفير لتحسين حالها، تفاجأ بعودته وزواجه بأخرى».

وقد أيد الاقتراح السيد العضو ممتاز نصار وقال:

«الاستدلال الذى ذكره السيد الزميل حلمى عبد الآخر بأن الحقوق الدورية تتقدم بسنة ليس على إطلاقه، لأن هناك تقادما بثلاث سنوات وآخر بخمس سنوات فالمسألة تتصل بحقوق تقتضيها ضرورات مقررة يحتمها الإسلام نفسه، وقد اقترحت السيدة العضو عنايات أبو اليزيد جعل المدة ثلاث سنوات، والتى أرى أن هذه المدة قد تكون ضرورة وقد تكون هناك أسباب تقتضى المطالبة بزيادة المدة، كغياب الزوج فى رحلة بالخارج، ولهذا فإننى أنفق فى رأى مع الاقتراح الذى ذكرته السيدة العضو عنايات أبو اليزيد».

«مضبطة مجلس الشعب - الطبعة المؤقتة - الجلسة 98 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص23 وما بعدها».

فإذا رفعت دعوى النفقة عن مدة ثلاث سنوات مثلاً قبل تاريخ رفع الدعوى تسمع الدعوى عن مدة السنة السابقة على رفع الدعوى، ولا تسمع عن مدة السنتين السابقتين على السنة المذكورة.

والعبرة في احتساب مدة السنة بالتقويم الهجري، لا التقويم الميلادي، لأن السنة الهجرية هي المعمول بها في الأحكام الشرعية، ولذلك عندما أراد المشرع العمل في بعض المسائل بالسنة الميلادية أورد نصاً على ذلك ليكون استثناء من الأصل، فنص في المادة 23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن المراد بالسنة في المواد من (12 إلى 18) هي السنة التي عدد أيامها 365 يوماً (أي السنة الميلادية) كما نص على بعض الاستثناءات في القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

وتاريخ رفع الدعوى، هو تاريخ إيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة عملاً بنص المادة 1/63 مرافعات التي تقضى بأن ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، ما لم ينص على غير ذلك. أما إعلان المدعى عليه بالصحيفة فهو شرط لانعقاد الخصومة إذا لم يحضر المدعى عليه⁽¹⁾.

وحكم عدم سماع الدعوى ليس تقادماً لأن الشريعة الغراء - كما ذكرنا سلفاً - لا تعرف تقادم الحق المكسب أو المسقط بمضى الزمان، بل يبقى الحق لصاحبه مهما طال الزمن، وإنما هو قاصر على منع سماع الدعوى، أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان قطعاً للتزوير والاحتتيال ولا شأن له بالحق ذاته في النفقة.

وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى إذا تحققت شروطه ولو لم يدفع به من المدعى عليه لتعلق هذا الحكم بالنظام العام⁽²⁾.

(1) على سبيل المثال: نقض مدني طعن 419 لسنة 43 جلسة 1977/5/30 - 727 لسنة

445 جلسة 1980/2/25 - 1644 لسنة 49 جلسة 1985/2/11.

(2) كمال البنا - تشريعات الأحوال الشخصية ص 43.

115- نطاق عدم سماع الدعوى :

نص الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 القاضي بعدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى، نص استثنائي ومن ثم لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه، فيكون عدم سماع الدعوى قاصرا على النفقة الزوجية ونفقة العدة باعتبار نفقة العدة هي في حقيقتها نفقة زوجة على زوجها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه لما كان يشترط لسماع لدعوى بنفقة العدة ألا تزيد المدة المطالب بهذه النفقة عنها على سنة من تاريخ الطلاق وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 17 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 من أنه «لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق»، وكان يشترط لسماع تلك الدعوى فوق ذلك ألا يكون قد مضى على هذه السنة ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى وذلك عملا بحكم الفقرة السادسة من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تنص على أنه: «لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى». وكان لا محل للقول بأن هذا النص مقصور على نفقة الزوجية دون نفقة العدة ذلك لأن لفظ «النفقة» جاء عاما مطلقا فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على سواء، ولأن نفقة العدة هي حقيقتها نفقة زوجة على زوجها».

(طعن رقم 27 لسنة 39 ق «أحوال شخصية» جلسة 1974/5/22)

2- «لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لفظ النفقة في القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 44 لسنة 1979، والرسوم بقانون 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد جاء عاما مطلقا فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على سواء ولأن نفقة العدة هي في حقيقتها نفقة زوجة على زوجها، وكان الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي بتطبيق المطعون عليها على الطاعن

وعدله بجعل المقضى به نفقة زوجية نفقة عدة لها من تاريخ الحكم بالتطليق لحين انقضاء عدتها شرعا، يكون قد فصل في طلب كان مطروحا أمام محكمة أول درجة».

(طعن رقم 33 لسنة 52 ق «أحوال شخصية» جلسة 1984/4/24)
إلا أن حكم عدم سماع الدعوى لا يسرى على أجر الحضانة لاختلاف أجر الحضانة عن النفقة، كما لا يسرى على متعة المطلقة المدخول بها لأن المتعة لا تعتبر نفقة كما سنرى.

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 أنه :
«ظاهر أن هذا الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها ولا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق».

وظاهر أن هذا النهى لا يسرى على النفقة المفروضة بالتقاضي، لأن المحكوم لها لا يجوز لها المطالبة بالنفقة من جديد وإنما لها تنفيذ الحكم فقط على المحكوم عليه، كما يسرى من باب أولى على النفقة المفروضة بالتراضي لأن الزوج التزم بها برضاه واختياره فلا إرهاب عليه في مطالبتها بها من تاريخ فرضها، كما أن ولاية الإنسان على نفسه أقوى من ولاية القاضى عليه⁽¹⁾.



(1) وإذ ماتت الزوجة كان متجمد نفقتها تركتها لها يرثه ورثتها ومنهم زوجها.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1951/7/12 بأن:

«إن نفقة الزوجة المذكورة التي فرضت لها على زوجها دين في ذمته لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء طبقا للمادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 فإذا تجمدت النفقة المذكورة للزوجة على زوجها المذكور ولم يؤدها لها ولم تبرئه منها كان المتجمد تركه لها يرثه ورثتها عند موتها ومنهم زوجها والله أعلم».

(رابعاً)

تقدير النفقة - زيادة النفقة وتخفيضها -**الصلح على النفقة - الإثبات فى دعاوى النفقة****116- طريقا الإنفاق على الزوجة :****للإنفاق على الزوجة طريقان هما :**

1- طريق التمكين : وذلك بأن يتولى الزوج بنفسه الإنفاق على زوجته، فيكون صاحب مائدة تتناول منها ما يكفيها من طعام سواء معه أو بمفردها، ويحضر لها الكسوة ويهيئ لها المسكن.

وهذا هو الأصل فى الإنفاق على الزوجة، وما تقتضيه عشرة الزوجية لما توجبه الخلطة بين الزوجين من الألفة والمودة.

2- طريق التملك : إذا لم يكن الزوج صاحب مائدة تتناول منها الزوجة ما يكفيها من الطعام، أو كان الزوج مقتراً عليها، ولم يقدم لها الكسوة الواجبة لها ولم يهيئ المسكن الشرعى المناسب لحاله، فللزوجة أن تطلب من زوجها فرض مقدار من النفقة كل مدة لتتفق منه على نفسها كما تريد، أو تطلب من القاضى القضاء لها بذلك. فإذا ثبت للقاضى صحة دعاها فرض لها النفقة.

وسمى هذا الطريق بطريق التملك، لأن الزوج أو القاضى يملكها ما وجب لها من النفقة وهى التى تتصرف فيه.

وفى هذا قضت محكمة مركز المنيا الجزئية بتاريخ 1984/7/25 فى

الدعوى رقم 73 لسنة 1984 بأن :

«ومن حيث إنه من المقرر أن نفقة الزوجة تجب على زوجها جزاء احتباسها وقصرها نفسها عليه بحكم العقد الصحيح احتباساً يؤدي إلى استيفاء المقصود بالزواج ويشترط لوجوبها صحة عقد الزواج وصلاحيية الزوجة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها وعدم تقويت حق الزوج فى احتباس الزوجية بدون مبرر شرعى ولسبب ليس من جهته، والنفقة الواجبة للزوجة على زوجها تشمل

الطعام والكسوة والمسكن. والأصل في وجوبها التمكن فإن لم يكن انتقل الوجوب إلى التملك».

117- المدة التي تفرض فيها النفقة:

يراعى في المدة التي تفرض فيها النفقة، أن تكون مناسبة لحالة الزوج وطبيعة كسبه وما يكون أسهل عليه. فإذا كان الزوج عاملاً باليومية تفرض النفقة عليه كل يوم ويعطيتها نفقة كل يوم معجلاً عند مساء اليوم الذي قبله. وإن كان من الصناعات الذين لا ينقضى عملهم إلا بمضى الأسبوع قدر عليه كل أسبوع، وإن كان تاجراً أو من أرباب المراتب كالعاملين بالدولة والقطاع العام وبعض العاملين بالقطاع الخاص تفرض عليه كل شهر، وإن كان مزارعاً تفرض عليه تبعاً لموسم الحصاد أو كل سنة.

ويستثنى من ذلك الكسوة فإنها تفرض كل ستة أشهر، غير أن العمل في المحاكم جرى على فرض النفقة بكافة أنواعها كل شهر. ولا شك أن ذلك أيسر للزوجة حتى لا تلاحق الزوج في اقتضاء نفقتها في فترات متقاربة، كما أنها ملائمة للأزواج في هذه الآونة.

118- تقدير النفقة بحسب حال الزوج:

نصت الفقرة الأولى من المادة 16 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن: «تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية»⁽¹⁾.

فالعبرة في تقدير نفقة الزوجة بحال الزوج يسراً أو عسراً، فإذا كان الزوج موسراً فرضت للزوجة نفقة اليسار، ولو كانت الزوجة معسرة، وإذا كان الزوج

(1) وقد ورد هذا النص حرفياً عند تعديل هذه المادة بالقرار بقانون رقم 14 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته.

وكانت المادة عندما صدرت بالمرسوم بقانون تنص على أن: «تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حالة الزوجة».

معسرا فرضت لها نفقة الإعسار، ولو كانت موسرة، وإذا كان الزوج متوسط الحال فرضت لها نفقة وسطا بين نفقة الموسرين والمعسرين.

ومعنى ذلك أنه لا عبرة بحالة الزوجة المالية في تقدير نفقتها.

وهذا الحكم مستمد من مذهب الشافعية ورأى صحيح في مذهب الحنفية⁽¹⁾، وتؤيده النصوص الشرعية، فقد قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا﴾⁽²⁾ -

(1) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - وفي المذهب الحنفى رأيان آخران:

الأول: أن النفقة تقدر بحسب حال الزوجة يسرا أو عسرا دون اعتبار لحالة الزوج، فلها نفقة الموسرين إذا كانت موسرة، ونفقة المعسرين إذا كانت معسرة، ونفقة وسط إن كان حالها وسطا بين الأغنياء والفقراء. وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى حديث الرسول عليه السلام لزوجة أبي سفيان: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف». وهذا الرأي ضعيف.

الثاني: أن النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معا، فإن كانا موسرين فللزوجة نفقة اليسار وإن كانا معسرين فلها نفقة الإعسار، وإن كان الزوج موسرا والزوجة معسرة، فلها نفقة وسط أقل من نفقة اليسار وأعلى من نفقة الإعسار، وكذلك تجب النفقة الوسط إذا كان الزوج معسرا والزوجة موسرة، وإذا كان المعسر هو الزوج فإنه رغم تقدير النفقة على هذا الأساس فإنه يدفع ما يستطيعه ويكون الباقي دينا عليه حتى اليسار وتستدينه الزوجة ممن تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة.

وقد استند هذا الرأي إلى قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ

بِالْمَعْرُوفِ﴾^٣، وقول الرسول عليه السلام لزوجة أبي سفيان: «خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف» ومقتضى التقدير بالمعروف أن يراعى حال الطرفين في الفرض لا أن يراعى حال أحدهما فقط.

وهذا الرأي هو المفتى به في المذهب. وكان العمل يسير عليه بالمحاكم إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929.

(2) سورة الطلاق الآية 7.

﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾⁽¹⁾، ولأنه لا يجب أن تأخذ

الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقبت معه على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال⁽²⁾.

وهذا المعيار يحكم تقدير نفقة الزوجة بكافة أنواعها.

ويراعى في تقدير النفقة أيضا بجانب حالة الزوج، حالة الأسعار ارتفاعا وانخفاضا لأن النفقة ثمن لشراء الحاجيات التي تلزم الزوجة، وهذه الحاجيات يختلف ثمنها باختلاف الأسعار، ولذلك يترتب على عدم مراعاة حالة الأسعار وقت استحقاق النفقة وقوع الضرر بأحد الزوجين.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة بركة السبع للأحوال الشخصية (للولاية على النفس) بتاريخ 1987/11/17 في الدعوى رقم 58 لسنة 1987 بأن:

«المستقر عليه فقها وقضاء أن النفقة تخضع لارتفاع الأسعار وانخفاضها، ولذا وجب مراعاة ذلك عند التقدير».

119- ما يجب مراعاته عند تقدير حالة الزوج:

يجب أن يراعى عند تقدير يسار الزوج، مقدار ما يملكه من عقار أو منقول أو نقود أو أوراق مالية وغيرها، وما تدره هذه الأموال من دخل، وكذا ما يتقاضه من مرتبات وأجور، أو إيراد من مهنة أو حرفة أو تجارة ... الخ.

كما يجب مراعاة حالته الاجتماعية ومدى تأثيرها على دخله.

ويدخل في هذه الحالة، ما إذا كان متزوجا بأخرى أو يعول أولادا من زوجته المطالبة بالنفقة أو من زوجة أخرى، أو يعول أحدا من أقاربه الذين يلتزم بإعالتهم شرعا.

وكذلك ما قد يستلزمه مركزه الاجتماعي من مظهر في الملابس أو المسكن وغيره، لأن مركز الزوج إذا كان يتطلب منه مظهرا مرتفعا، فإن من شأن ذلك زيادة أعبائه المالية.

(1) سورة الطلاق الآية 6.

(2) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة المنيا الابتدائية بتاريخ 1984/10/29 فى الدعوى رقم 104 لسنة 1984 أحوال شخصية (نفس) مستأنف بأن:

«وحيث إن المستأنف ينعى على الحكم المطعون فيه الخطأ، وفى بيان ذلك يقول أن المفروض يزيد عن قدر يساره لكونه لا مورد له غير راتبه البالغ 58 جنيه ويعول زوجته الأخرى ... وينفق على علاج المستأنف عليها الكثير للإنجاب.

وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن الثابت من مفردات المستأنف المودعة ملف الدعوى أن راتبه الشهرى 58 جنيه و110 ملزم، كما تبين من وثيقة الزواج المتضمنة زواجه أنه متزوج من أخرى وثابت من الشهادة الإدارية إقامته بعيداً عن مقر عمله. لما كان ذلك وكان المقرر وفق م1 ق25 لسنة 1920 المعدل، م1 ق25 لسنة 1929 المعدل بقرار 44 لسنة 1979 فرض نفقة الزوجة على زوجها بقدر حال الزوج يسراً أو عسراً.

ومن ثم فإن المحكمة ترى زيادة المفروض عن حال المستأنف لاسيما أنه متزوج بأخرى وعليه نفقتها فضلاً عن راتبه المبين بالتحري لا يجاوز قدر الإعسار وتقضى بتعديل المفروض إلى القدر المبين بالمنطوق».

وقد لوحظ فى التطبيق العملى أن بعض الأزواج عندما يستشعرون اعتزام الزوجات مطالبتهم قضائياً بفرض نفقه، فإنهم يدأبون على تسخير بعض أقاربهم لرفع دعاوى نفقة ضدهم والتواطؤ معهم حتى تصدر الأحكام لصالحهم، ثم يستندون إلى هذه الأحكام فى زيادة أعبائهم المالية فى الدعاوى التى ترفع من زوجاتهم، توصلوا إلى عدم حصولهن على النفقة التى تتناسب مع يسارهم الحقيقى.

ولذا يجب على القاضى إذا ما قدمت إليه أحكام من هذا القبيل أن يعنى بتقدير جديتها للوقوف عما إذا كانت صورية أم لا، فإذا استبان له صوريته وجب عليه إطراحها وعدم التعويل عليها فى تقدير حالة الزوج.

وللقاضى أن يستخلص ذلك من كافة أوراق الدعوى ومستنداتها. وهناك من القرائن ما يعين القاضى على تكوين عقيدته. فيمكن الاستدلال على صورية

الحكم من تقارب الزمن بين رفع الدعوى التى صدر فيها، ورفع دعوى الزوجة، أو من تسليم الزوج بطلبات المدعى فيها لاسيما إذا صدر منه التسليم بالجلسة الأولى، أو من وجود أوراق تنبئ عن وجود مال ظاهر للقريب المحكوم له بالنفقة.

وعلى كل فالمسألة متروكة لمطلق تقدير قاضى الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير النفقة والأدلة ومنها المستندات المقدمة فى الدعوى، وحسبها ن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها، وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله».

(طعن رقم 822 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/3/21)

120- العبرة فى تقدير حالة الزوج بتاريخ استحقاق النفقة :

نصت الفقرة الأولى من المادة 16 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بعد تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن: «تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا ... الخ».

فتقدير النفقة يكون بحسب حال الزوج وقت استحقاق النفقة، أى خلال الفترة التى يستحق عنها النفقة وليس فى تاريخ الحكم، فإذا طالبت الزوجة بنفقة سنة سابقة على تاريخ رفع الدعوى، كان التقدير بحسب حالة الزوج خلال سنة سابقة على رفع الدعوى.

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985:

«ومن هذا يظهر أن المناط أصلا فى تقدير النفقة هو حال الزوج المالية فى اليسر والعسر وهذا أمر نسبى غاية الأمر أن النفقة إذا كانت عن المدة الماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حاله وقت الاستحقاق لا وقت القضاء».

وهذا الحكم لم يكن منصوصا عليه بالمادة كما وردت بالمرسوم بقانون 25

لسنة 1929 ومع هذا كان القضاء يراعيه دون نص.

ثم نص عليه فى القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته.

121- الحد الأدنى للنفقة :

نصت الفقرة الأولى من المادة 16 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بعد تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن: «.... على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية»⁽¹⁾.

فهذا النص وضع حداً أدنى لنفقة الزوجة، مهما يكون الزوج معسراً وهذا الحد الأدنى هو القدر الذى يفى بحاجة الزوجة الضرورية.

وهذا الحكم كان معمولاً به فى المحاكم دون نص، وكان يعبر عن هذا الحد الأدنى فى العرف القضائى بنفقة الفقراء. وهو ما يطلق عليه الفقهاء نفقة الإعسار التى تفرض على الزوج المعسر.

وقد قدر محمد نفقة المعسر بأربعة دراهم. وهذا التقدير كان يتمشى مع زمانه لأن كفاية الزوجة تختلف باختلاف الزمان والمكان، ولذلك لا بد أن يدخل فى الاعتبار مستوى الأسعار السائد فى تاريخ استحقاق النفقة⁽²⁾.

ومما يلاحظ فى التطبيق العملى أن الزوجة بعد أن ترفع دعاواها بالنفقة، قد ترى أن زوجها معسراً أو تجد نفسها عاجزة عن إثبات يساره، أو ترغب فى الحصول على حكم فى وقت قصير، فتقوض المحكمة فى فرض نفقتها على أساس نفقة الفقراء، فتقضى لها المحكمة بالحد الأدنى الذى يفى بحاجتها الضرورية دون حاجة إلى الوقوف على حالة الزوج المالية والاجتماعية.

122- أثر يسار الأب فى تقدير نفقة زوجة ابنه :

إذا كان الابن يعيش مستقلاً عن أبيه، وينفق من كسبه فلا شبهة فى أنه لا أثر ليسار الأب فى تقدير نفقة زوجة ابنه.

(1) وقد ورد هذا النص حرفياً فى المادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

(2) البحر الرائق ج4 ص175.

أما إذا كان الابن يعيش في كنف أبيه ويتولى الأب الإنفاق عليه وعلى زوجته، بدون أن يكون له كسب خاص. فقد ذهب العلامة ابن عابدين إلى أنه يرجع إلى العرف فيما إذا كان الابن يعتبر موسرا بيسار أبيه من عدمه.

فإذا كان العرف جاريا على أن الأب هو الذي يتحمل عن ابنه الذي يعيش في كنفه النفقة، فإن الابن يكون موسرا بيسار أبيه، أما إذا جرى العرف بغير ذلك فلا تأثير ليسار الأب على حالة ابنه المالية⁽¹⁾.

وقد جرى العرف في مصر على أن الأب الموسر ينفق على ابنه الذي يعيش في كنفه، وعلى زوجته وأولاده.

وتظهر هذه الصورة بشكل واضح في الريف، إذ يقيم الابن وزوجته وأولاده مع أبيه في داره، يشاركه معيشته، كما يشاركه أعمال زراعته، فيتناول طعامه من مائدته ويكسوه مما يكتسي، وكذلك الحال بالنسبة لزوجته وأولاده.

بالبناء على ذلك فإن نفقة زوجة الابن تقدر على اعتبار زوجها موسرا بيسار أبيه، ولو لم يكن له مال.

وفي هذه الحالة لا تكون النفقة بحسب يسار الأب وإنما تكون في حدود يسار الابن وفق ما تسمح به حالة أبيه، بمعنى أنها تكون في حدود ما ينفقه مثل الأب لنفقة ابنه وزوجته⁽²⁾.

وعلى هذا الرأي سارت أغلب أحكام المحاكم.

وقد قضت محكمة دمنهور الكلية للأحوال الشخصية بتاريخ 1957/2/11

في الدعوى رقم 260 لسنة 1956 بأن:

«إذا كان المستأنف يشارك والده عمله وتجارته ومعيشته فالحمل في الالتزام بالنفقة يكون طبقا لليسار الظاهر لهما طالما أن يسارهما مشترك، ذلك أن الفقهاء

(1) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ 3 ص 94 ما يأتي: «مقتضاه أنه لو جرت العادة بتحمل النفقة أيضا عن الابن الصغير كما في زماننا أنه يكون كفوا بل في زماننا يتحملها عن ابنه الكبير الذي في حجره، والظاهر أنه يكون كفوا بذلك لأن المقصود حصول النفقة من جهة الزوج بملك أو كسب غيره ويؤيده أن المتبادر من كلام الهداية وغيرها أن الكلام في مطلق الزوج صغيرا أو كبيرا».

(2) المستشار صلاح الدين زغو ص 129.

وقد نصوا على أن بيان اليسار والإعسار بالنسبة للزوجة متروك أمره للعرف والنظر في الحال من المتوسع في الإنفاق وعدمه». «أيضا أسيوط في 1941/8/9 - فوة في 1937/11/28».

123- إعسار الزوج:

إذا كان الزوج معسرا، كان للزوجة أن تطلب من القاضى فرض نفقتها عليه، وأمر من تجب نفقتها عليه لو لم تكن متزوجة بأدائها إليها، على أن يرجع على الزوج إذا أيسر، فيكون للأخير الرجوع على الزوج بما أداه إلى الزوجة عند يساره⁽¹⁾.

وللزوجة أن تطلب فرض نفقتها على زوجها مع إنها بالاستدانة، وفي هذه الحالة إذا استدانت الزوجة نفقتها كان لدائها الرجوع على الزوج مباشرة. أما إذا لم يأذنها القاضى فى الاستدانة فيكون رجوع الدائن عليها لا على الزوج، وترجع هى على الزوج⁽²⁾.

والحنفية لا يجيزون للمرأة طلب التفريق للإعسار أى العجز عن النفقة، غير أن القانون رقم 25 لسنة 1920 أجاز فى مادته الرابعة للزوجة طلب التفريق للإعسار، وذلك أخذا برأى الأئمة الثلاثة.

124- القضاء على الزوج الغائب النفقة:

الزوج الغائب هو من لا يمكن إحضاره إلى مجلس القضاء لمقاضاته وسؤاله عن الدعوى، سواء كان غائبا عن البلد الذى توجد فيه زوجته أو مختفيا فيه، وسواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة، وتعتبر الغيبة قريبة إذا كان فى مكان يسهل وصول قرار المحكمة بإعذاره إليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام، وتعتبر الغيبة بعيدة إذا كان فى مكان لا يصل إليه قرار المحكمة فى المدة المذكورة، أو كان غير معلوم المكان، أو مفقودا لا يعلم ما إذا كان حيا أو ميتا.

(1) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1 ص 69.

(2) حاشية ابن عابدين جـ 4 ص 593.

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أن:

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

فإذا كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تتفق منه الزوجة طلق عليه القاضي. وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة».

وواضح من هذه المادة أن القانون ساوى بين الزوج الحاضر والزوج الغائب في وجوب القضاء عليه بنفقة الزوجة، فلا يمنع غياب الزوج من فرض النفقة عليه، سواء كانت غيبة قريبة أو بعيدة، وسواء كان له مال ظاهر أم لا، من جنس النفقة أو من غير جنسها.

فإذا كان له مال ظاهر نفذ عليه حكم النفقة وإن لم يكن له مال ظاهر استدانته عليه الزوجة. والمال الظاهر هو ما يمكن التنفيذ عليه بالطرق المعتادة، وهى الواردة فى لائحة الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية.

والمال الذى من جنس النفقة كالنقود أو الطعام أو الكسوة، والمال الذى من غير جنس النفقة كالعقار والعروض كالسيارات والحيوانات⁽¹⁾.

(1) أما حكم القضاء بالنفقة على الزوج الغائب فى المذهب الحنفى فهو كالآتى:

إذا ترك الغائب مالا ظاهرا من جنس ما تقدر به النفقة وكان تحت يد الزوجة، فلها أن تأخذ منه ما يكفيها لنفقتها بالمعروف بين الناس دون حاجة إلى قضاء القاضي أخذا بقول الرسول عليه السلام لهند زوجة أبى سفيان، وإذا رفعت أمرها إلى القضاء طالبة فرض نفقة على زوجها الغائب من ماله الذى تحت يدها، وأثبتت الزوجية أو علم بها القاضي، فرض لها النفقة وأمرها بأن تستوفى تلك من مال زوجها فى يدها وليس هذا فى الواقع قضاء على الغائب بل إعانة للزوجة على الوصول إلى حقها إذ لها شرعا أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها لنفقتها بالمعروف بدون حاجة إلى القضاء ولهذا المعنى =

125- الإذن للزوجة باستدانة نفقتها :

رغم أن المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 جعل دين نفقة الزوجة ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، إلا أن الإذن للزوجة باستدانة نفقتها مازال له فائدة.

= نص الفقهاء على أنه يجوز للقاضي أن يقضى بفرض نفقة زوجية لزوجة الغائب متى علم بالزوجية بينهما، مع أن القاضي لا يقضى بعلمه إنما يقضى بما ثبت له من الأدلة. أما إذا كان المال من جنس النفقة الذى تركه الزوج الغائب ليس تحت يد الزوجة، وإنما كان عند غيرها وديعة أو ديناً فى ذمته، ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي ليفرض نفقتها فى هذا المال، أجابها القاضي وأمر من عنده المال إيفاءها مقدار النفقة إذا كان من عنده المال معترفاً به وبالزوجية أو كان القاضي يعلم بهما، لأن ذلك كما أسلفنا من باب الإعانة لها على أخذ حقها، وليس من باب القضاء على الغائب.

أما إذا كان القاضي غير عالم بما أنكره فقد ذهب الإمام والصاحبان إلى أنه لا يفرض لها النفقة ولا تسمع منها الدعوى لأن من شروط صحة الدعوى وسماعها وجود خصم فيها ولا خصم هنا فى هذه الحالة حتى تسمع الدعوى، فالزوج هو الخصم فى إنكار الزوجية والمال وليس من بيده المال. أما زفر فذهب إلى أن الدعوى تسمع من الزوجة فإذا أثبتت زوجيتها بالبينة مع ملكيته

لهذا المال فرض لها القاضي النفقة، ولكنه قبل الحكم يستوثق من صدق المرأة فى دعوها فيحلفها اليمين بأن زوجها لم يعجل لها النفقة وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة انتهت عدتها ثم يأخذ منها كفيلاً بالنفقة، حتى إذا تبين كذبها وعاد زوجها رجع عليه أو عليها بما أخذته ورأى زفر هو المفتى به فى المذهب.

أما إذا كان المال الظاهر الذى تركه الزوج الغائب ليس من جنس النفقة، فرض القاضي لها النفقة وأذن لها فى أن تستوفى النفقة من غلة هذا المال، ولكنه لا يبيع شيء منه استيفاء للنفقة.

أما إذا لم يكن للزوج مال ظاهر، وطلبت الزوجة فرض نفقتها، فإذا أثبتت دعوها أو كان القاضي عالماً بها حكم لها بالنفقة دون الزوجية وأذن لها بالاستدانة على زوجها، وذلك بعد أن يحلفها اليمين السابقة ويأخذ عليها كفيلاً، فإن لم تجد من تستدين منه أمر القاضي من تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة بإدانتها فإذا امتنع حبسه القاضي حتى يمتثل، ويرجع بما يؤديه إليها على زوجها.

فإذا أذن للزوجة باستدانة نفقتها، واستدانتها بالفعل، ثبت الدين لدائنها فى ذمة الزوج ابتداء وله الرجوع عليه بما أداه للزوجة ولو دون رضائه، لأن استدانتها بإذن الزوج تكون نيابة عنه، وكذلك استدانتها بأمر القاضى لأن القاضى أقيم لرفع المظالم، فإذا تعينت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم ولم يأمر بها الزوج أمر القاضى بها بالنيابة عنه فيكون أمره كأمر الزوج.

أما بدون الإذن بالاستدانة فلا يكون لدائن الزوجة الرجوع على الزوج وإنما يكون رجوعه عليها.

وإذا أذن للزوجة بالاستدانة فلم تجد أحداً يقبل مداينتها، استدانت ممن تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة، فإن امتنع ألزمه القاضى بذلك.

126- زيادة النفقة وتخفيضها :

نفقة الزوجة نفقة كفاية تقدر بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كان حال الزوجة. ويراعى فى التقدير حالة الزوج الاجتماعية، ومستوى الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً.

ولما كان حال الزوج من اليسار والإعسار وحالته الاجتماعية، مما يرد عليه التغيير، وكذلك حالة الأسعار مما يرد عليها الزيادة والنقصان، ومن ثم فإنه يجوز للزوجة إذا زاد يسار الزوج أو تغيرت حالته الاجتماعية بما يؤدى إلى التخفيف من أعبائه أو زادت الأسعار عن وقت الفرض، أن تطلب من القاضى تعديل نفقتها بالزيادة إلى ما يتناسب مع الزيادة فى يسار الزوج أو تغير حالته الاجتماعية أو ارتفاع الأسعار.

ويجوز للزوج إذا قل يساره أو ازدادت أعباؤه العائلية أو انخفضت الأسعار عن وقت الفرض أن يطلب تخفيض النفقة بما يتناسب مع الحالة الجديدة.

وإذا ثبت للقاضى صحة دعوى الزوجة أو الزوج قضى لهما بطلباتهما.

وعلى ذلك إذا كان الزوج فى تاريخ استحقاق النفقة غير متزوج بأخرى، ثم تزوج بأخرى بعد ذلك، فإن أعباءه العائلية تكون قد زادت عن ذى قبل فيجوز له طلب تخفيض النفقة وإذا كان الزوج يعول بعض أقاربه فى تاريخ استحقاق النفقة ثم

انتهت هذه الإعالة لأى سبب، فإن أعباءه الاجتماعية تكون قد قلت عن ذى قبل ويجوز للزوجة طلب زيادة نفقتها.

ومعنى ذلك أن الأحكام الصادرة بالنفقة ذات حجية مؤقتة يرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف.

وفى هذا قضت محكمة النقض (دائرة الأحوال الشخصية) بأن:

1- «وإن كان الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها إلا أن هذه الحجة المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير».

(طعن رقم 21 لسنة 28 ق جلسة 1960/10/27)

2- «الحكم الصادر بالنفقة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يحوز حجية مؤقتة يرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغيير دواعيها».

(طعن رقم 532 لسنة 26 ق جلسة 30 يناير سنة 1963)

3- «الأحكام الصادرة بفرض النفقة أو الزيادة أو الإنقاص منها أو إسقاطها ذات حجية مؤقتة. علة ذلك».

(طعن رقم 15 لسنة 56 ق جلسة 1988/6/28 - غير منشور)

4- «الأحكام الصادرة فى دعاوى النفقة. الأصل فيها أنها ذات حجية مؤقتة. سبق رفض دعوى المطعون ضدها ضد الطاعن بطلب نفقة لها استنادا إلى أنها هجرت مسكن الزوجية. قضاء المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية لها فى دعوى أخرى بنفقة عن مدة لاحقة استجدت بعد صدور الحكم الأول. مؤداه. عدم جواز الطعن بالنقض على الحكم الأخير. علة ذلك».

(طعن رقم 20 لسنة 59 ق جلسة 1991/12/17)

5- «الحكم بالنفقة. اعتباره مصاحبا لحال المحكوم عليه يسرا وعسرا حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التى اقتضت فرضها».

(طعن رقم 325 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1998/12/28)

(طعن رقم 345 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/6/28)

6- «أحكام النفقة. حجبتها مؤقتة. بقاء هذه الحجة طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير. مؤداه. الحكم بفرض قدر محدد من النفقة. اعتباره مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التي اقتضت فرضها».

(طعن رقم 438 لسنة 65ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/4/17)

(طعن رقم 26 لسنة 65ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/7/11)

7- «مجرد صدور حكم بالنفقة للزوجة على زوجها لا يبرر امتناعها عن الدخول في طاعته إلا إذا كان هذا الامتناع بحق لأنها إن كانت قد استوفت شروط وجوب النفقة وقت الحكم بها فإن هذه الشروط قد لا تتوافر في وقت لاحق، ذلك بأن الأصل في الأحكام الصادرة بالنفقات أنها ذات حجة مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتعديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها».

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

127- تاريخ بدء الزيادة أو التخفيض :

لا يقضى بزيادة النفقة أو تخفيضها، من تاريخ اليسار الذي أوجب الزيادة أو الإعسار الذي أوجب التخفيض، ولا من تاريخ الحكم، وإنما يقضى بهما من تاريخ المطالبة القضائية أي من تاريخ رفع الدعوى، والذي يتحدد بإيداع صحيفة قلم الكتاب (م1/63 مرافعات).

ذلك أن الفقهاء فرقوا بين تاريخ استحقاق أصل النفقة، وبين تاريخ استحقاق الزيادة في النفقة وسريان تخفيضها، فجعلوا الأول من تاريخ المطالبة ومدة نقل عن شهر سابق عليها، لأنها لا تكون ديناً في الذمة فيما عدا ذلك، وجعلوا الثاني من تاريخ المطالبة لأن عدم المطالبة بالزيادة أو التخفيض فور تحقق سببها يعد تنازلاً عنهما، ولذلك لا تدخل الزيادة أو التخفيض في نطاق ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المعدل) من أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً في ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء.

فقد جاء بشرح الدر المختار: (قضى بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تتم) القاضي نفقه يساره في المستقبل⁽¹⁾.

وقد فسر ابن عابدين (المستقبل) بالمدة التي تبدأ من تاريخ المخاصمة. إذ علق على ذلك بقوله: (قوله فخاصمته) إذ لا تقدير بدون طلبها... (قوله في المستقبل) أما الماضي قبل المخاصمة فقد رضيت به ولو بعد عروض اليسار⁽²⁾. وهذا التفسير هو ما يتفق مع ما جاء بشرح العناية على الهداية من أنه: «فإذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الإعسار على الموسر»⁽³⁾.

وقد أخذ بهذا الرأي غالبية الفقهاء⁽⁴⁾ وسارت عليه بعض الأحكام⁽⁵⁾.

128- الصلاح على النفقة:

إذا تصالحت الزوجة مع زوجها على أن يؤدي إليها شهريا مبلغا معيناً لنفقتها، أو تصالحت معه على شيء غير النقود يجوز للقاضي أن يفرضه في

(1) مطبوع مع حاشية ابن عابدين، ج3، ص592.

(2) حاشية ابن عابدين، ج3، ص592 وما بعدها.

(3) مطبوع على هامش شرح فتح القدير، ج4، ص393.

(4) المستشار صلاح الدين زغو، ص135 - المستشار أحمد نصر الجندى - قوانين الأحوال الشخصية في ضوء القضاء والفقهاء ص31 - وقارن المستشار أنور العمروسي في أصول المرافعات الشرعية - الطبعة الأولى 1971، ص247 فيرى أن الزيادة تستحق من تاريخ الفرض السابق، لأن نفقة الزوجة نفقة كفاية فتقدر بحسب حال الزوج وتجب من تاريخ الامتناع.

(5) كلى مصر في 1941/3/3 الدعوى 329 لسنة 1940 - إدفو في 1944/10/28 الدعوى 1027 لسنة 1943.

وقارن الأحكام الحديثة: بندر المنيا في 1987/11/23 الدعوى 300 لسنة 1987 - بندر شبين الكوم في 1988/1/19 الدعوى 175 لسنة 1987 - قويسنا الجزئية في 1988/4/17 - الدعوى 291 لسنة 1987 - بركة السبع الجزئية في 1988/11/3 - الدعوى 51 لسنة 1987، فقد قضت هذه الأحكام بزيادة النفقة اعتباراً من تاريخ الحكم وقد جاء بحكم الأخير أن: «المنصوص عليه شرعاً أن زيادة النفقة لا تفرض إلا من تاريخ الحكم بها بعد ثبوت استحقاقها أمام القضاء».

نفقتها كأنواع معينة من الطعام، كان ذلك تقديراً من الزوجين للنفقة، سواء كان هذا الصلح قبل فرض القاضى للنفقة أو التراضى عليها.

أما إذا وقع الصلح على شيء لا يجوز للقاضى أن يفرضه على الزوج فى نفقتها بحال كسيارة مثلاً، ينظر إن كان الصلح بينهما قبل قضاء القاضى لها بالنفقة أو وقبل تراضيهما على شيء لكل شهر فإن الصلح يعتبر تقديراً للنفقة، وإن كان بعد أحدهما فإنه يعتبر معاوضة.

فإذا اعتبر الصلح معاوضة، فإنه لا يجوز الزيادة أو النقصان فيما تم التصالح عليه⁽¹⁾.

أما إذا اعتبر الصلح تقديراً للنفقة، ثم تبين للزوجة بعد الاتفاق أن النفقة المفروضة دون كفايتها كان لها طلب زيادة المفروض لها، ويحكم لها القاضى بالزيادة إذا أقر الزوج بدعواها أو قدمت بينة عليها أو وجهت اليمين إلى الزوج فنكل عنها، وعلة ذلك أن الزوج ملزم بأن يودى إلى الزوجة نفقة كفايتها حسب حالته والاتفاق على ما دون الكفاية غير ملزم للزوجة.

أما إذا ادعى الزوج أن النفقة المتصالح عليها تجاوز حالته وطلب تخفيضها، فلا تسمع دعواه لتناقضه إلا أن يتعرف القاضى عن حاله بالسؤال من الناس فإذا أخبروه أنه لا يطيق ذلك نقص عنه وأوجب على قدر طاقته⁽²⁾.

129- الصلح على الأكل تمويناً يسقط الفرض السابق:

إذا فرضت نفقة الزوجة اتفاقاً أو قضاءً، ثم تصالحت مع زوجها على أن تأكل معه تمويناً، أى تأكل مما يقدمه من طعام، سقط الفرض السابق، لأن الاتفاق على التموين فى المستقبل يكون إعراضاً عن الفرض السابق، ولأن القاضى إنما فرض ما كان واجبا عليه فإذا أطعمها ما هو الواجب عليه لا تستحق عليه شيئاً آخر⁽³⁾.

فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق تمويناً بعد ذلك، كان لها طلب فرض جديدة.

(1) البحر الرائق، ج4، ص188.

(2) حاشية ابن عابدين، ج3، ص593.

(3) حاشية الرمل على جامع الفصولين، ج1، ص191.

أما إذا أنفق عليها الزوج تمويها من غير صلح على الأكل تمويها فلا حق لها فى المفروض لها عن المدة التى أنفق عليها فيها. هذا إذا لم تقبض النفقة معجلة أما إذا عجل لها النفقة عن مدة مستقبلية فإن أكلت من طعامه فى هذه المدة بلا إذن رجع هو عليها بما تناولته من طعامه وإذا تناولت من طعامه بإذنه فليس له الرجوع عليها بشيء.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن :

1- «نفيد أولا - أن فرض النفقة للزوجة وللأولاد على الزوج ليس بمانع من إقامة الزوجة فى بيت الزوج بل يجب عليها أن تطيعه فى منزله عند مطالبته إياها بذلك متى كانت قد استوفت معجل مهرها وكان المسكن شرعيا. وثانيا: أن مجرد إقامتها فى منزله من غير أن تصطحب معه على الأكل تمويها وبدون أن ينفق عليها وعلى الأولاد النفقة الواجبة عليه شرعا ليس مسقطا لحقها فى النفقة المقررة لها وللأولاد بالحكم المذكور أما إذا اصطلحت معه على الأكل تمويها فقد سقط الفرض بهذا الصلح وإذا أنفق عليها وعلى الأولاد النفقة الواجبة عليه من غير صلح على الأكل تمويها فلا حق لها ولأولادها فى المفروض عن المدة التى أنفق فيها عليها وعلى الأولاد. وهذا ما ظهر من نصوص الفقهاء. والله تعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1933/9/30)

2- «اطلعنا على السؤال ونفید أن مجرد معاشرة الزوجة لزوجها لا يبطل حكم النفقة كما أجبنا السائلة فى فتوى أخرى بتاريخ 10 نوفمبر سنة 1938 وإنما يبطله تنازلها عن الحكم ومن التنازل عنه صلحها معه على الأكل تمويها. لكن إذا لم تتنازل عن الحكم وأنفق الزوج عليها مدة المعاشرة على حسب ما كان معهودا بينهما قبل الفرض فليس لها أن ترجع بشيء من النفقة عن هذه المدة التى أنفق عليها فيها وهذا إذا لم تقبض النفقة معجلا أما إذا عجل النفقة عن مدة مستقبلية فإن أكلت من طعامه وأدامه فى هذه المدة بلا إذن رجع هو عليها بما تناولته وإن تناولت من طعامه، وإدامه بإذنه فليس له الرجوع عليها بشيء وهذا هو المأخوذ من جامع الفصولين صفحة 191 من الجزء الأول وحاشية الخير الرملى عليها.

وبهذا علم الجواب من السؤال حيث كان الحال كما ذكر به والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 13/6/1944)

130- الإثبات في دعاوى النفقة :

إذا أقامت المرأة البينة على يسار زوجها قبلت بينتها وإن أقام الزوجان البينة فالبينة بينتها لأنها مثبتة وبينة الزوج لا تثبت شيئاً⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بتاريخ استحقاق النفقة، فقد جرى القضاء على أنه إذا أخفقت الزوجة في إثبات تاريخ استحقاق نفقتها على الزوج أو فوضت الرأي للمحكمة في تاريخ الاستحقاق، فإنه يقضى لها بالنفقة من تاريخ رفع الدعوى استناداً إلى أن التقاضى دليل الخصومة وقرينة على الامتناع عن الإنفاق⁽²⁾.

وقد أتى القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية بحكم مستحدث لتحقيق دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها إذا كان هذا الدخل محل منازعة جدية، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده، إذ نصت المادة 23 منه على أنه: «إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده، وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد. وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق فى هذا الشأن.

ومع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 205 لسنة 1990 فى شأن سرية الحسابات بالبنوك (ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم 88 لسنة 2003 بإصدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد) تلزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات، تكون منتجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة.

(1) بدائع الصنائع، ج4، ص25.

(2) قويسنا الجزئية فى 1988/6/29 فى الدعويين 115 لسنة 1988، 405 لسنة 1987 - شبين الكوم الكلية فى 1986/10/25 فى الدعويين 344 لسنة 1986، 345 لسنة 1986 - الرحمانية الجزئية فى 1991/11/19 فى الدعوى 76 لسنة 1991.

ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها.

ويجب على النيابة العامة أن تنتهى التحقيق وترسله مشفوعا بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لا يجاوز ثلاثين يوما من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها».

وبالترتيب على ذلك :

1- تطلب المحكمة من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من تحديد دخل المطلوب عليه بنفقة أو ما فى حكمها إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جديّة. والمقصود بالنفقة نفقة الزوجية أو العدة أو نفقة الصغار أو الأصول أو الفروع أو الحواشي.

والمقصود بما فى حكم النفقة الأجور، كأجر الإرضاع وأجر الحضانة والمصاريف كمصاريف التعليم، غير أنه لا يجوز للمحكمة أن تطلب من النيابة العامة تحقيق عناصر أخرى فى الدعوى كتاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق فتتحقق ذلك منوط بالمحكمة وحدها.

2- يجب أن يكون دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جديّة، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده، فإذا كان فى إمكان القاضى تحديد الدخل من واقع الأوراق المقدمة فى الدعوى، فلا محل لطلب إجراء التحقيق.

3- تكليف المحكمة النيابة بإجراء التحقيق الذى يمكنها من تحديد دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها إذا كان الدخل محل منازعة جديّة، وجوبى، فلا يجوز لها إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الحالة المالية للمطلوب الحكم عليه بالنفقة.

فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه: «نصت المادة 23 من مشروع القانون على أن تتولى النيابة العامة مهمة تحديد دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة

أو ما في حكمها، وذلك بدلا من نظام التحريات المعمول به في القانون القائم والذي ثبت عدم دقته».

4- يجب على النيابة العامة بنفسها مباشرة التحقيق الذي تطلبه المحكمة، فلا يجوز لها ندب أحد مأموري الضبط القضائي لإجرائه.

5- مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم 88 لسنة 2003 بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، تلتزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات، تكون منتجة في تحديد دخل المطلوب منه النفقة. ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات في غير المادة التي أجريت بشأنها.

6- يجب على النيابة العامة أن تنتهي التحقيق وترسله مشفوعا بمذكرة موجزة بالنتائج التي خلصت إليها في موعد لا يجاوز ثلاثين يوما من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها.

فيجب أن تبين النيابة في مذكرتها مصادر دخل المطلوب الحكم بالنفقة عليه، ومقدارها، وما إذا كانت مصادر دائمة أو مؤقتة.

وقد تغيا المشرع من نص المادة سالفة الذكر إعطاء النيابة العامة دورا فاعلا في تحديد دخل الملتزم بالنفقة وإنهاء نظام التحريات الإدارية القائم، إذ واجه ما كشف عنه الواقع العملي من عدم دقة التحريات الإدارية عن دخل المطلوب الحكم عليه بأداء النفقة وما في حكمها بما يترتب عليه - في كثير من الأحيان - ورود معلومات تقتقر إلى الصحة وتتخذ هذه المعلومات أساسا لتحديد دخل المطلوب منه النفقة. فأوجب أن تطلب المحكمة من النيابة العامة إجراء تحقيق يمكنها من بلوغ تحديد الدخل الحقيقي دون إخلال بأحكام قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد لأن هذا التحقيق القضائي لاشك يسهم في الوصول إلى حكم عادل في دعاوى النفقات⁽¹⁾.

(1) وقد أصدر السيد النائب العام بصدد المادة (23) الكتاب الدوري رقم (8) لسنة 2000.

كتاب دورى رقم (8) لسنة 2000

جمهورية مصر العربية

النيابة العامة

مكتب النائب العام المساعد

مدير التفتيش القضائي

نصت المادة 23 من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000 على أنه «إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعه جدية، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديد، وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق فى هذا الشأن.

ومع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 205 لسنة 1990 فى شأن سرية الحسابات بالبنوك، تلتزم أى جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات، تكون منتجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة. ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها.

ويجب على النيابة العامة أن تنتهى التحقيق وترسله مشفوعا بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لا يجاوز ثلاثين يوما من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها». وفى ضوء ما تضمنته المادة سالفه البيان من أحكام ندعو السادة أعضاء النيابة إلى إتباع ما يلي:

أولاً: إذا طلبت المحكمة من النيابة العامة إجراء تحقيق لتحديد دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها، فعلى أعضاء النيابة المبادرة إلى إجراء هذا التحقيق بأنفسهم، واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحصول على المعلومات المنتجة فى تحديد هذا الدخل بما فى ذلك سماع الشهود والاستعانة بتحريرات الشرطة وطلب المعلومات التى تحت يد أية جهة حكومية أو غير حكومية مع مراعاة الأحكام الخاصة بسرية الحسابات بالبنوك والمنصوص عليها فى القانون رقم 205 لسنة 1990 المشار إليه.

ولا يجوز مطلقا ندب احد مأمورى الضبطية القضائية لإجراء هذا التحقيق.

ثانياً: لا يجوز استخدام ما يسفر عنه التحقيق من معلومات فى غير الطلب الوارد من المحكمة، أو إعطاء أية بيانات أو شهادات للغير فى شأنه.

ثالثاً: يجب الانتهاء من التحقيق المشار إليه فى البند السابق فى اقرب وقت، وإرساله إلى المحكمة المختصة مشفوعا بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليه النيابة العامة=

وكانت المادة 179 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) تجيز شهادة الاستكشاف في القضاء بالنفقات فقد جرت على أن: «تكفي شهادة الاستكشاف في القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشيء مما ذكر».

وشهادة الاستكشاف، هي شهادة الإخبار بالواقعة لمجرد الاستعلام واستطلاع الرأي كإخبار أهل الخبرة والمترجم والمزكي، ولا يشترط فيها ما تشترطه الشريعة الإسلامية في الشهادة من شروط، ولذلك لا يلزم أن تبدأ بلفظ أشهد، أو أن يحلف الشاهد اليمين، أو حضور الشاهد والإدلاء بشهادته في مواجهة الخصوم.

وهذه الشهادة قد يضطر القاضي إلى اللجوء إليها للاستعانة بها على ما يمكنه من أحكام التقدير في مواد النفقات وما ألحق بها إذ هي أقرب الوسائل للاهتمام إلى الصواب في هذه الظروف، وهي تخضع لتقديره وله التعويل عليها إذا اطمأن إليها أو إطراحها إذا لم يطمئن إليها.

وهذه الشهادة من شأنها التيسير على طالبي النفقة - وغالبا ما يغلب عليهم العجز - فيعجزون عن إحضار البينة بالسرعة التي تتطلبها ظروف قضاياهم.

= في شأن تحديد الدخل موضوع التحقيق، وعلى ألا يتجاوز ذلك ثلاثين يوما من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها.

رابعا: ينشأ بكل نيابة جزئية وبكل نيابة متخصصة للأحوال الشخصية دفتر يخصص لفيد التحقيقات التي تجريها النيابة العامة في شأن تحديد الدخل بناء على طلب المحكمة، يجرى القيد به بأرقام مسلسلته تبدأ من أول العام الميلادي، وتنتهي بنهايته، وتكون بياناته كما يلي: رقم مسلسل - رقم الدعوى - تاريخ ورود طلب التحقيق من المحكمة أو من النيابة الجزئية - بحسب الأحوال - تاريخ بدء التحقيق - اسم المطلوب تحديد دخله - تاريخ الانتهاء من التحقيق - تاريخ ورقم إرسال الأوراق إلى المحكمة.

والله ولي التوفيق،،،

صدر في 13 / 5 / 2000.

النائب العام

المستشار

ماهر عبد الواحد

ويقترَب إلى حد ما من الشهادة المذكورة وسائل التحرى التى كان يكلف بها القاضى قلم الكتاب عن دخل المطالب بالنفقة، سواء كان من العاملين بالحكومة أو القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو القطاع الخاص أو من غيرهم، وقد جرى العرف فى المحاكم على اللجوء إلى هذه الوسائل فى قضايا النفقة، والاقتصار عليها فى بعض الحالات⁽¹⁾.

وقد جاء بمنشور الحقانية رقم 14 فى 1921/2/22 أن التحريات الإدارية ليست من الأدلة الشرعية المعول عليها شرعا ولكن إذا رأى القاضى زيادة للإثبات واطمئنانا لنفسه أن يتثبت بطريق إدارى فى القضية المنظورة أمامه فله ذلك.

وقد ذهبنا فى ظل العمل بالمنشور المشار إليه بأن ما جاء بالمنشور المذكور صحيح ويجب ألا يكون تكوين القاضى لعقيدته عن حال المطالب بالنفقة مستمدا من التحرى فقط، وإنما يلجأ إليه زيادة فى التثبت فقط.



(1) راجع فى التحرى بندر شيبين الكوم بتاريخ 1988/2/16 الدعوى 130 لسنة 1968 - قويسنا بتاريخ 1988/6/29 الدعوى 405 لسنة 1987.

(خامسا)

ملكية الزوجة للنفقة – هلاك النفقة وسرقتها – تعجيل النفقة –

المقاصة في النفقة – امتياز دين النفقة – الإبراء من النفقة

131- ملكية الزوجة للنفقة:

النفقة بعد فرضها رضاء أو قضاء تعتبر ملكا للزوجة، ولها التصرف فيها كما تشاء من بيع وهبة وصدقة .. الخ. وإذا ادخرت الزوجة نفقتها أو جزءا منها فما تدخره حق لها ولا يجوز للزوج المطالبة باسترداده⁽¹⁾.

132- هلاك النفقة وسرقتها:

إذا عجل الزوج لزوجته نفقتها عن أى مدة كشهر أو سنة مثلا، سواء كانت النفقة عينا أو نقدا، ثم هلكت النفقة أو سرقت، كان هلاكها وسرقتها على الزوجة فلا يلزم الزوج بأداء بدلا منها إلى الزوجة، لأن نفقتها جزاء احتباسها لمصلحته، وقد تقاضتها منه فلا شأن له بهلاكها أو سرقتها، وهذا بخلاف نفقة الأقارب لأنها صلة، فإذا هلكت نفقة القريب أو سرقت فهلاكها على الملمزم بالنفقة⁽²⁾.

133- تعجيل النفقة:

إذا عجل الزوج لزوجته أو مطلقته النفقة المستحقة لها عن مدة مستقبلية كشهر أو أكثر، ثم حصل خلال هذه المدة ما يوجب عدم استحقاقها للنفقة كنشوزها أو موتها أو زواج المطلقة من آخر، فلا يجوز للزوج أو ورثته استرداد ما عجل من نفقة - ولو كان مازال قائما مع الزوجة - لأن النفقة وإن كان سبب وجودها الاحتباس وقد فات هذا الاحتباس إلا أنها لها شبه بالصلة، وقد غلب الفقهاء شبه الصلة فيما عجل من نفقة، والصلات تملك بالقبض فتكون كالهبة والزوجية مانع من موانع الرجوع في الهبة. ولذلك يعتبر المطلق متبرعا بما زاد عن نفقة العدة من نفقة باقى السنة إذا انقضت العدة قبل انقضاء السنة وكان قد عجلها لمطلقته.

(1) شرح فتح القدير ج4 ص388 - البحر الرائق ج4 ص174.

(2) شرح فتح القدير ج4 ص388.

وهذا رأى أبى حنيفة وأبى يوسف، والراجح فى المذهب الحنفى⁽¹⁾.
ويجب التفريق بين تعجيل النفقة للزوجة وبين استيلائها بغير حق على نفقة
من زوجها، فالنفقة الأخيرة واجبة الرد للزوج، ومثل ذلك أن تتزوج المطلقة
أثناء عدتها دون علم الزوج ثم تستمر فى تقاضى نفقتها منه.

134- المقاصة فى النفقة:

المقاصة هى إسقاط ما على الشخص من دين لآخر نظير ما يساويه مما له
من دين على الآخر، ويحدث أن يكون للزوج على زوجته دين، كأن يكون قد
أقرضها نقوداً أو باعها شيئاً ولم يسترد القرض أو يقبض الثمن ويريد إسقاط ما
عليه من دين نفقتها مقابل ما يساويه من دينه قبلها.

والمتفق عليه بين الفقهاء أن الدينين إذا كانا متساويين فى القوة، وقعت
المقاصة بينهما إذا طلب ذلك أحد الطرفين ولو لم يرض الطرف الآخر، أما إذا
كان الدينان غير متساويين فى القوة بأن كان أحدهما قويا والآخر ضعيفاً، وقعت
المقاصة بطلب صاحب الدين القوى ولو لم يرض الآخر، ولا تقع بطلب صاحب
الدين الضعيف إلا بموافقة صاحب الدين القوى.

والأحناف - كما أسلفنا - يرون أن دين النفقة لا يكون قويا إلا إذا ثبتت
بالتراضى أو التقاضى وأذن بالاستدانة واستدانت الزوجة بالفعل، وعلى ذلك فإن
طلب الزوجة المقاصة يجاب فى الصورة الأخيرة دون رضاء الزوج، أما فى
غير هذه الصورة فإن المقاصة تتوقف على موافقة الزوج. أما المقاصة من
جانب الزوج فإنه يجاب إليها ولو لم ترض الزوجة لأن دينه قوي⁽²⁾.

(1) أما محمد فيذهب إلى أنه يجوز استرداد ما يقابل المدة الباقية سواء كانت النفقة قائمة أو
مستهلكة لأن النفقة وجبت نظير الاحتباس، وقد فات الاحتباس على الزوج فكان له أن
يسترد ما يقابل الفائت وهو نفقة المدة الباقية. (البحر الرائق ج4 ص191).

(2) وعند الأئمة الثلاثة دين النفقة قوى فتقع المقاصة بين الدينين جبراً عند طلب أحد
الزوجين دون تفرقة بينهما غير أن الحنابلة يذهبون إلى أن طلب المقاصة إذا كان من
الزوجة فإنها تجاب إليه بلا شبهة، أما إذا كان من الزوج فلا يجاب إليه من غير رضا
الزوجة إلا إذا علم أن لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها لأن قضاء الدين يجب أن =

ولما كانت المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 قبل تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وبعده، قد جعلت دين النفقة ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فإن المقاصة تكون إجبارية سواء طلبها الزوج أو الزوجة، فنتم بمجرد طلب أحدهما ولو لم يوافق الآخر.

غير أن الفقرة الثامنة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قد نصت على أن: «ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية».

وقد وضع هذا النص قيداً على المقاصة التي يطلبها الزوج بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها، مقتضاه ألا يقضى له بالمقاصة عن كامل نفقة الزوجة وإنما يقتطع جزء يفي بحاجتها الضرورية.

وتحديد القدر الذي يفي بحاجة الزوجة الضرورية مما يخضع لتقدير قاضي الموضوع، وهو يستهدي في ذلك بالضرورة بمستوى الأسعار السائد. وهذا الحكم يعد استثناء من القاعدة العامة في المقاصة، قصد به أن يبقى للزوجة من نفقتها ما يقيم حياتها، ويكفل لها العيش الكريم دفعا للضرر الذي قد يحيق بها وبالمجتمع⁽¹⁾.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 أنه :

«ولما كانت المقاصة جائزة بين أرباب الديون وقد تكون الزوجة مدينة لزوجها فإنه حماية لحقها في الحصول على ما يفي بحاجتها وقوائم حياتها نص المشروع على ألا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين الزوج عليها إلا فيما يزيد على ما يكفيها ويقيم أود حياتها»⁽²⁾.

= يكون في الفاضل من القوت وهذا لا يفضل عنها، ولأن الله تعالى أمر بانتظار المعسر بقوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾.

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن مشروع القانون.

(2) وقد ورد نص الفقرة الثامنة من المادة الأولى حرفياً في الفقرة الثامنة من المادة الأولى عند استبدالها بالقرار بقانون 44 لسنة 1979.

135- امتياز دين النفقة:

نصت المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 فى فقرتها الأخيرة على أن: «ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى»⁽¹⁾، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 عن هذا النص: «كما أن امتياز دين نفقة الزوجة عند تراحم الديون على الزوج وضيق ماله عن الوفاء بالجميع أمر تقره قواعد فقه المذهب الحنفى⁽²⁾ وهذا ما قررته الفقرة الأخيرة من هذه المادة».

(1) وقد ورد هذا النص حرفياً فى الفقرة الأخيرة من المادة الأولى عند استبدالها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

(2) وإن كانت نفقة الزوجية تتميز عن غيرها من النفقات بأنها تستحق للزوجة جزءاً احتباسها على ذمة زوجها ولو كانت موسرة ولا تعد من الصلات كنفقة الفروع والأصول والحواشي، إلا أنه لا يوجد فى كتب فقهاء الحنفية نص صريح بأولوية نفقة الزوجية على نفقة الأولاد وسائر الأقارب عند ضيق مال الزوج، بل نجد المذاهب الثلاثة الأخرى تؤكد نفقة الزوجة أكثر من المذهب الحنفى، فقد جعلت منها ديناً يثبت فى الذمة من تاريخ الامتناع عن الإنفاق دون توقف على رضا أو قضاء، وديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، أما الأحناف فلم يجعلوها ديناً إلا من تاريخ التراضى أو التقاضى، ولا تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء إلا إذا تم التراضى عليها أو صدر حكم بها وأذن للزوجة بالاستدانة واستدانتها بالفعل.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1930/12/7 بأن: «نفيد أولاً: بأننا لم نجد فى كتب فقهاء الحنفية نصاً صريحاً بأولوية نفقة الزوجة على نفقة الأولاد عند ضيق مال الزوج عنها ولكن جرى بعض المفتين على تقديم نفقة الزوجة فى هذه الحالة على نفقة الأولاد ومنهم المغفور له أستاذنا الإمام الشيخ محمد عبده مفتى الديار المصرية سابقاً فقد أفتى بتاريخ 24 شعبان سنة 1321 تحت 202 فتاوى بذلك استنتاجاً مما قاله الفقهاء فقد قال أن نفقة الزوجة تجب بالعقد وهى ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول وبحبس الزوج عليها متى كانت بالقضاء أو الرضا ولا تسقط بعد ذلك بمضى المدة على ما عليه العمل لأنها جراء الاحتباس ولذلك تجب لها على الزوج ولو كانت غنية إلى أن قال ومنه يبين أن منزلة نفقة الزوجة أرقى من منزلة نفقة الابن. أ.هـ. وما أفتى به الأستاذ الإمام وغيره من المفتين موافق لما نص عليه فى غير مذهب علمائنا الحنفية فينبغى الأخذ بهذا فى هذه الحالة .. الخ».

فهذا النص جعل لدين نفقة الزوجة امتياز عام يرد على جميع أموال الزوج من منقول وعقار، ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى، فإذا تزاхمت ديون النفقة فإن دين نفقة الزوجية يستوفى قبل ديون النفقة الأخرى ولو كان أصحابها من الفروع أو الأصول.

وهذا النص كان يتفق مع المادة الثانية من القانون رقم 62 لسنة 1976 (الملغى) بشأن تعديل أحكام بعض النفقات التي نصت على أنه: «فى حالة التزام بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الأولاد فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ثم الديون الأخرى».

وأخيراً يتفق هذا النص مع المادة 77 من القانون رقم (1) لسنة 2000 التى تقضى بأن: «فى حالة التزام بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة، فنفقة الأولاد، فنفقة الوالدين، فنفقة الأقارب، ثم الديون الأخرى».

136- الإبراء من النفقة:

المقرر شرعاً أن الإبراء لا يكون إلا عن دين ثابت فى الذمة، فنفقة الزوجية لا يجوز الإبراء عنها إلا إذا صارت ديناً فى ذمة الزوج. والمذهب الحنفى - كما أسلفنا - لا يعتبر - عكس المذاهب الثلاثة الأخرى نفقة الزوجة ديناً فى الذمة إلا بعد فرض النفقة، وفرضها يكون بالتراضى عليها أو بصور حكم بها.

وعلى ذلك إذا تجمد للزوجة على زوجها نفقة عن مدة ماضية فلا يصح - عند الحنفية - إبراء الزوجة عنها إلا إذا كانت مفروضة بالرضاء أو القضاء، فإن لم تكن كذلك لا يصح الإبراء عنها لأنها لم تثبت ديناً فى الذمة، ويكون الإبراء عنها باطلاً.

أما بالنسبة للنفقة المستقبلية، فلا يصح الإبراء عنها بالاتفاق لأنها لم تجب بعد وفى حكم المجهول، والإبراء إسقاط لدين وجب الوفاء به، فيكون الإبراء عنها إسقاط للدين قبل وجوبه فلا يجوز، وإذا حصل وقع باطلاً.

وإنما يستثنى من ذلك النفقة المستقبلية التى فرضت بالتراضى أو بحكم القاضى عن مدة واحدة من المدة التى قررت فيها النفقة، سنة أو شهر أو

أسبوع، أو يوم. بشرط أن تكون تلك المدة بدأت بالفعل لأنه إذا كانت النفقة قررت كل شهر مثلاً، وبدأ الشهر فعلاً فقد وجبت النفقة فيه فيصح الإبراء، لأنه يجب تنجيز النفقة في أول المدة.

فالنفقة لما فرضت كل شهر فإنها فرضت لمعنى يتجدد بتجدد الشهر. فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لا تعتبر نفقة الشهر الثانى واجبة، ولا يصح الإبراء عما بعد الشهر الأول، فلو أبرأت الزوجة زوجها عن نفقة سنة من النفقة المستقبلية، وقد بدأ الشهر الأول فلا يصح الإبراء إلا عن نفقة الشهر الأول ويبطل الإبراء عما بعده⁽¹⁾.

وقد جاء القانون رقم 25 لسنة 1920 وعدل المعمول به فى مذهب الحنفية فى دين النفقة الزوجية وأخذ بمذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعى وأحمد واعتبر نفقة الزوجة ديناً فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق على زوجته مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض بينهما ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فقد نصت المادة الأولى من القانون على أن: «تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء» كما نصت تلك المادة فى فقرتها السادسة بعد استبدالها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن «تعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه»، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء⁽²⁾.

ومن ثم فإن القانون المذكور على هذا النحو قد أجاز الإبراء عن النفقة الماضية ولو لم تفرض رضاء أو قضاء⁽³⁾، أما البطلان فلا يزال قائماً عن النفقة المستقبلية عدا ما استثنى.

(1) حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 586 - البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ 4 ص 187 - الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة ص 472.

(2) وقد ورد هذا النص عند استبدال المادة بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته.

(3) فى هذا المعنى على حسب الله فى مؤلفه الزواج فى الشريعة الإسلامية ص 197 - الدكتور محمد على محجوب فى مؤلفه الشريعة الإسلامية ص 423 - وقارن المستشار =

أما بالنسبة للإبراء عن نفقة العدة، فشأنها شأن النفقة الزوجية بصدد متجمد النفقة الماضية، فقد أصبح الإبراء عنها جائزاً منتجاً لأثره ولو لم تفرض قضاء أو قضاء، بعد العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1920 لأن نفقة العدة أصبحت بموجبه كالنفقة الزوجية ديناً في ذمة المطلق من وقت الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء (م2).

أما بالنسبة للنفقة المستقبلية، وهي التي يحصل للإبراء عنها عند الطلاق وقبل ثبوت العدة والنفقة للمرأة، فإن الإبراء عنها جائز استثناء في حالة الطلاق على الإبراء من نفقة العدة، أي عندما يطلق الرجل المرأة على أن تبرئه من نفقة العدة، لأن إبراء بعوض، هو تخليص المرأة من عقدة الزواج، فكأنها استوفت النفقة باستيفاء بدلها والاستيفاء قبل الوجوب جائز شرعاً.

أما في غير الطلاق على الإبراء، فهو إسقاط محض، وإسقاط الشيء قبل وجوبه غير مقبول فلا يجوز (1).

ويشترط لصحة الإبراء، أن ينص على الإبراء صراحة أو ضمناً، وأن يكون الإبراء مبنياً على طلب الطلاق، وأن يقع الطلاق فور الإبراء بأن يتحد مجلس الإبراء والطلاق (2).

وعلى ذلك إذا أبرأت الزوجة زوجها من الحق والمستحق وكل ما لها طرفه بمقتضى ورقة عرفية قبل تاريخ الطلاق لم تسقط نفقة العدة لعدم تحقق الشروط عنها (3).

وإذا اختلعت المرأة بكل حق لها على الرجل، فلها الحق في النفقة مادامت في العدة، لأنها لم تكن لها حق حال الخلع. وإذا اختلعت بكل حق للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده فإن النفقة تسقط.

(انظر أحكام الخلع في الشريعة والقانون بالكتاب الرابع).

= صلاح الدين زغو ص 169 فقد عرض لأحكام الإبراء في النفقة الماضية بما يطابق المذهب الحنفي ولم يعرض لأثر المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920.

(1) حاشية ابن عابدين، ج3، ص 586 - الدكتور عبد الرحمن تاج، ص 342 هامش (1).

(2) حاشية ابن عابدين، ج3، ص 567.

(3) طهطا الشرعية في 19/11/1950 - الدعوى 695 لسنة 1950.

ويشترط أن تكون الزوجة عاقلة بالغة رشيدة، وسن الرشد المالى فى المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 هو (21) سنة ميلادية، سواء كان الإبراء من نفقة الزوجية أو نفقة العدة.

فإذا لم يتحقق هذه الشروط لا تسقط نفقة المرأة وإن طلقها الزوج بعد هذا الإبراء⁽¹⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

«تقضى المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 ببعض أحكام الأحوال الشخصية المأخوذة من فقه بعض المذاهب الإسلامية من غير فقه مذهب أبى حنيفة (بأن تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء). وبهذا صارت نفقة الزوجة دينا صحيحا ثابتا فى ذمة زوجها من وقت الامتناع فيرد عليها الإبراء صحيحا وبما أنه تبين من الاطلاع على صورة الحكم المرقوم أن الطالبة

(1) تفصيل فى الإبراء:

لو طلقت المرأة نظير الإبراء من نفقة العدة (الغذاء) والسكنى، صح الإبراء فى النفقة ووقع الطلاق ولم تصح فى السكنى، لأن سكنى المطلقة زمن العدة فى البيت الذى كانت تسكنه وقت الطلاق واجب يلزم به المطلق وهو حق الشرع، فلا تملك الزوجة إبراء زوجها عنه، إلا إذا كان ذلك البيت ملكا لها، أو التزمت أن تسكنه وتدفع أجرته من مالها، فإنه يصح حينئذ أن تبرئ الزوج من هذه الأجرة، وبذلك لا يموت حق الشرع. (العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1، ص 51 وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام، ص 567).

غير أننا سنرى أن بعض الفقهاء أجازوا للمطلقة - فى الآونة الحاضرة - الخروج من منزل الزوجية للاعتداد فى بيت أهلها نزولا عن حكم الضرورة، لأن الطلاق أصبح يتم بين المنازعات والمخاصمات مما يتعذر معه بقاء المطلقة فى مكان واحد مع مطلقها حرصا على حياتها ومالها.

(أنظر فى التفصيل الكتاب الرابع).

وعلى ذلك فأخذوا بهذا رأى الذى نؤيده - يصح طلاق المرأة نظير الإبراء من نفقة العدة (الغذاء) والسكنى أيضا.

قد طلقت نفسها من زوجها نظير الإبراء من كافة الحقوق الزوجية بمقتضى تفويضه إياها في الطلاق نظير هذا الإبراء، وأنه حضر أمام المحكمة وأقر بصحة كل ذلك. وقضت المحكمة بإثبات الطلاق من 1978/11/23 طلبة بئنة نظير الإبراء من كافة حقوق الزوجية. وبما أن فقه المذهب الحنفى الذى يجرى عليه القضاء فى هذه الواقعة بالأعمال للمادة 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلاتحة ترتيب المحاكم الشرعية يقضى بأن إبراء الزوجة من كافة حقوق الزوجية وطلاقها فى نظير هذا مسقط لحقها فى المهر والنفقة الزوجية المستحقة قبل وقوع هذا الطلاق. أما نفقة العدة التى تبدأ بالطلاق فلا تسقط إلا إذا شملها الإبراء صراحة. ولما كان الظاهر من السؤال وصورة الحكم المشار إليه أن الإبراء لم يشمل نفقة العدة وإنما كان من كافة حقوق الزوجية التى تنحصر فيما كان قائما من حقوق بسبب عقد الزواج وقت هذا الطلاق نظير الإبراء ومن ثم فإنه فى هذه الواقعة يسقط حق السائلة فى نفقة الزوجية المستحقة حتى 1978/11/22 وفى مؤجل الصداق إن كان. وتستحق فقط نفقة العدة بجميع أنواعها من تاريخ هذا الطلاق 1978/11/23 حتى انقضائها شرعا أو إلى غايتها قانونا. ومن هذا يعلم جواب السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1979/4/9 فى الطلب رقم 132 لسنة 1979)

كما قضى بأن:

«... ويشترط لصحة الإبراء «من نفقة العدة» أن ينص على النفقة صراحة أو ضمنا بعبارة تشملها وقت حصول الإبراء وأن يكون الإبراء مبنيا على طلب الطلاق وأن يتحد مجلس الطلاق والإبراء وأن يقع الطلاق فور الإبراء. وحيث إنه بالبناء على ما تقدم وإذ كان الثابت من إسهاد الطلاق المقدم من المدعى عليه أن المدعية قد أبرأته من مؤخر صداقها ونفقة عدتها ومن كافة حقوقها الشرعية قبله وسألته طلاقها على ذلك فأجابها على ذلك على الفور بمجلس الطلاق والإبراء بقوله: «أنت طالق منى على ذلك»، ومن ثم يكون الإبراء جائزا على ذلك وقد تحققت شروطه على الشرح والترتيب السابقين.

ويضحى دعوى المدعية بشأن نفقتها غير قائمة على سند سديد من الواقع والقانون خليقة بالرفض».

(بركة السبع الجزئية بتاريخ 1987/12/8 الدعوى رقم 136 لسنة 1987 -

ذات المعنى فى 1987/12/29 الدعوى رقم 156

لسنة 1986)



(سادسا)

حالات استحقاق الزوجة للنفقة

137- النص القانوني:

تنص المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (مستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن:

«تجنب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين».

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة. وتشمل النفقة ... الخ»⁽¹⁾.

138- (1) الزوجة الموسرة:

نصت المادة على وجوب النفقة للزوجة على زوجها ولو كانت موسرة. فليس ليسار الزوجة أثر على استحقاقها النفقة، كما أنه ليس له أثر على تقديرها. ولئن كان الأصل المقرر شرعا أن من كان ذا مال فنفقته في ماله، إلا أن الزوجة استثنيت من هذا الأصل، فالزوجة إن كانت ذات مال فنفقته على زوجها، لأن سبب استحقاق النفقة هو احتباسها على ذمة زوجها بموجب العقد الصحيح، والاحتباس متحقق في الغنية والفقيرة، كما أن الله تعالى جعل القوامة على المرأة للرجل، وهذا يستلزم أن يكون الرجل هو المكلف بالإنفاق على المرأة ولو كانت موسرة، فقد قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾.

139- (2) الزوجة غير المسلمة:

نصت المادة على وجوب النفقة للزوجة على زوجها ولو كانت مختلفة معه في الدين.

(1) وقد ورد هذا النص حرفيا تقريبا بالمادة الأولى عند استبدالها بالقرار بقانون 44 لسنة 1979.

وهذا ما يتفق وأحكام الشريعة لأن سبب وجوب نفقة الزوجة - كما أسلفنا - هو احتباسها على ذمة زوجها بموجب العقد الصحيح، وهذا الاحتباس يتحقق سواء كانت متفقة مع الزوج في الدين أو مختلفة معه فيه.

وعلى ذلك يلتزم الزوج بالإففاق على زوجته غير المسلمة إذا كانت تدين بدين سماوي، كاليهودية والمسيحية.

أما إذا كانت الزوجة تدين بدين غير سماوي كالبهائية أو البوذية أو لا تعتنق ديناً كالملاحدة، فإن الزواج - كما أوضحنا في موضعه - لا ينعقد أصلاً ويكون باطلاً، ومن ثم لا تستحق الزوجة نفقة لأن من شروط استحقاق النفقة الزوجية أن يكون عقد الزواج صحيحاً.

وإذا تزوجت المسلمة بغير المسلم، كان زواجها باطلاً، لأن زواج المسلمة بغير المسلم باطل ولا تستحق الزوجة النفقة بالتالي.

140- (3) - الزوجة المريضة:

نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى على أن: «ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة».

والفقرة وإن لم تفرق بين مرض الزوجة قبل الزفاف ومرضها بعده، إلا أنه يبين من الربط بينها وبين الفقرة الأولى من المادة أن هذه التفرقة قائمة، فقد نصت الفقرة الأخيرة على أن: «تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً ... الخ».

ومعنى ذلك أن الزوجة إذا كانت لم ترف إلى زوجها ثم مرضت، وكان مرضها لا يمنعها من تسليم نفسها إلى زوجها إذا دعاها إلى طاعته، كان لها الحق في النفقة، أما إذا كان مرضها يمنعها من ذلك فإن التسليم لا يكون قد تحقق لا حقيقة ولا حكماً ولا تستحق النفقة.

أما إذا كانت الزوجة قد سلمت نفسها إلى زوجها أي زفت إليه ثم مرضت لديه، فإنه يلزم بنفقتها، وإن منع مرضها من المعاشرة الجنسية، وذلك لأن الاحتباس في هذه الحالة متحقق وأحكام الزواج يمكن استيفاؤها في الجملة

والمعاشرة الجنسية ليست هي الهدف الوحيد من الزواج وإنما من أهدافه الانتناس بالمرأة ومحافظة بيتها.

أما إذا تركت المرأة مسكن الزوجية وأقامت لدى أهلها للعلاج ثم دعاها الزوج إلى الحضور إلى مسكنه فأبت، فإنها إذا كانت غير قادرة على العودة لم تسقط نفقتها. أما إذا كانت قادرة على العودة فإن نفقتها تسقط لا لمرضها، وإنما لنشوزها فهي بعدم عودتها إلى منزله رغم قدرتها تعتبر ناشزا عن طاعته.

ومما يفصح عن أن النص فرق بين الزوجة المريضة التي لم تزف إلى زوجها وتلك التي زفت: ما جاء بالملذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 تعليقاً على هذا النص:

«ومن المقرر لدى جميع الفقهاء أن الزوجة المريضة إذا لم تزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله في حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية». وأن الفقرة المذكورة قد وردت حرفياً بالمادة بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 - المقضى بعدم دستوريته - وقد جاء عنها بتقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب الشؤون الاجتماعية والأوقاف والشؤون الدينية ما يأتي:

«... وقد أخذ المشروع بما هو متفق شرعاً عليه من أن الزوجة المريضة التي لم تزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله في حالة عجزها عن الانتقال لمنزل الزوجية».

ويثور التساؤل عما إذا كانت الزوجة المريضة تستحق النفقة إذا كان مرضها يحول دون استيفاء مقاصد الزواج منها ولو في الجملة، كما لو كان مرضها يفقدها الوعي بصفة دائمة.

والرأى عندنا أن المنصوص عليه في المذهب الحنفي الذي استمد حكم استحقاق الزوجة المريضة للنفقة من الراجح منه، أن علة استحقاق الزوجة المريضة النفقة هو إمكان استيفاء مقاصد الزواج منها ولو في الجملة فإذا غابت هذه الحالة فإن نفقة الزوجة المريضة تسقط، لاسيما وأن هناك رأياً في الفقه الحنفي يقول بذلك، فقد جاء بشرح فتح القدير جـ4، ص386:

«وقال الحلواني: قالوا إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وإن كان مرضاً يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط، وهذا تقييد للأول»⁽¹⁾.

وجاء بظاهر الرواية في المذهب الحنفي، أن مثل المرض العيوب التي تمنع من الجماع كالرتق والقرن والكبر المانع من الجماع، فللزوجة في كل هذه الحالات النفقة لأنها لا تعد ناشراً بوجود سبب من هذه الأسباب وإنما وجبت النفقة حينئذ لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعي⁽²⁾.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1964/7/4 في الطلب رقم 387 لسنة 1964 بأن:

«نفقة الزوجة تجب بالعقد الصحيح. وإذا مرضت وزفت إلى بيت الزوج وهي مريضة فلا تسقط نفقتها ولو كان المرض شديداً لثبوت الاستمتاع بأغلب ثمرات الزوجية لتحقق شرط وجوب النفقة بالتسليم ولأن وجودها في بيت الزوج فيه نفع له على كل حال ثم إذا نقلت إلى بيت أبيها مريضة أو ذهبت إليه لبعض الشئون ولم تخرج من بيت الزوج ناشرة فلا تسقط نفقتها إلا إذا دعاها الزوج إلى منزله فامتنعت بغير حق وبدون عذر لأنها تكون حينئذ ناشرة. أما إذا كان الامتناع بحق أو بعذر فلا تسقط نفقتها لأنها لا تعد ناشرة بذلك. ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال».

ونفقة الزوجة المريضة تشمل كل أنواع النفقة التي سبق ذكرها ومنها مصاريف العلاج.

وقد استمد المشرع حكم عدم استحقاق الزوجة المريضة قبل الزفاف للنفقة من رأى جمهور الفقهاء، وحكم استحقاقها للنفقة إذا مرضت بعد الزفاف من

(1) قارن الأستاذ محمد أبو زهرة في الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص 232. فهو يرى وجوب النفقة في هذه الحالة لأنه المتفق مع معنى الزوجية وغايتها السليمة.

(2) وذهب أبو يوسف إلى أنه لا نفقة للرتقاء التي لا يمكن وطؤها قبل أن تزف، وإن زفت من غير رضاه ردها إلى أهلها وإذا زفت مع علمه بعيبها لم يرددها. «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج 1، ص 77».

الراجح من المذهب الحنفي، عدا استحقاقها مصاريف العلاج فمصدره مذهب الزيدية وما تقتضيه نصوص فقه الإمام مالك⁽¹⁾.

141- (4) الزوجة المجنونة:

نصت المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن مرض الزوجة لا يمنع من استحقاقها للنفقة، ولم تبين حكم نفقة الزوجة المجنونة، وذلك باعتبار الجنون مرضاً يصيب العقل، ومن ثم يسرى على الزوجة المجنونة حكم الزوجة المريضة مع التفرقة بين جنون الزوجة السابق على الزفاف وجنونها اللاحق له. فتستحق الزوجة التي جنت بعد الزفاف النفقة من زوجها، وهذا ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي فقد ساووا بينها وبين الزوجة المريضة⁽²⁾ ذلك أن الاحتباس قائم ويمكن استيفاء مقصود الزواج منها في الجملة.

أما إذا كان جنون الزوجة يصحبه هياج وأذى ويحول دون تحقق مقاصد الزواج في الجملة، أو استدعت حالتها احتجازها بإحدى المصحات لفترة طويلة، فإنه يكون قد فات على الزوج احتباسها على ذمته بما يحقق مقاصد الزواج أو بعضها، وتسقط عنه نفقتها.

ولذا نجد العلامة ابن عابدين يذكر في حاشيته أن الزوجة المجنونة إذا كانت تضرب وتؤذى زوجها فإنها تعتبر في حكم الناشئة⁽³⁾.

وترتيباً على ما تقدم قضت محكمة الجمالية الجزئية الشرعية بتاريخ

1939/4/15 في الدعوى رقم 3707 لسنة 1936 بأن:

«جاء في التتارخانية أن المجنونة تستحق النفقة إذا لم تمنع نفسها بغير حق، ومعنى ذلك أنها تستحقها إذا كانت بحالة لا يخشى على زوجها منها بأن كانت

(1) الدكتور عبد العزيز عامر - الأحوال الشخصية - الزواج ص 218 وما بعدها.

(2) بدائع الصنائع ج 4 ص 20 - شرح فتح القدير ج 4 ص 386.

(3) فقد جاء في حاشيته ج 3 ص 205 في باب القسم ما يأتي:

«قوله ومجنونة لا تخاف» بضم التاء أى لا يخاف منها الزوج بأن كانت لا تضرب ولا تؤذى لأنها حينئذ تجب عليه نفقتها وسكنائها وإلا فهي في حكم الناشئة».

بحالة هادئة غير هائجة وغير ضارة - فإذا كانت بحالة من الثوران والهيجان الذى يكون مظنة لوقوع الأذى بزوجها كما فى حالة هذه الزوجة المريضة فإنها لا تستحق عليه النفقة، ولذلك يقول العلامة ابن عابدين فى باب القسم عن قول المصنف، ومجنونة لا تخاف، أى لا يسقط حقها فى نصيبها من بيتوتة وغيرها، قال العلامة المشار إليه ما نصه: «أى يخاف منها الزوج بأن كانت لا تضرب ولا تؤذى لأنها حينئذ تجب عليه نفقتها وإسكانها وإلا فهى فى حكم الناشز أ. هـ». وهو صريح فى أن حكم المجنونة التى يخشى منها الضرر على زوجها كحكم الناشز من جهة عدم استحقاقها النفقة على زوجها مادامت على حالتها المشار إليها ومن هذا التحليل يعلم أن هذه المريضة لا تستحق نفقة على زوجها من يوم أن دخلت مستشفى الأمراض العقلية».



(سابعاً)

حالات عدم استحقاق الزوجة للنفقة**142- (1) الزواج غير الصحيح:**

الزواج غير الصحيح - كما أوضحنا في موضعه - هو الزواج الباطل والفساد.

وهذا الزواج يوجب المتاركة، ومن ثم لا تستحق الزوجة بموجبه نفقة على زوجها. فمن شروط استحقاق النفقة أن يكون هناك عقد زواج صحيح. ولو أنفق الزوج على زوجته مدة ثم تبين بطلان الزواج أو فساده بأن ثبت أن زوجته أخته من الرضاعة مثلاً، فله أن يرجع عليها بما أنفق إذا كانت النفقة قد فرضت قضاء، لأن القضاء قد ألزمه بهذه النفقة وقد تبين أنها غير مستحقة لها. أما إذا كان قد أنفق عليها دون فرض من القضاء فلا رجوع عليها لاحتمال أنه متبرع بها فيرجح هذا الاحتمال لشبه النفقة بالصلة⁽¹⁾.

143- (2) الزوجة المرتدة:

نصت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن:

«ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت»⁽²⁾.

والزوجة المرتدة هي الزوجة المسلمة التي تخرج عن دين الإسلام، سواء باعتناق دين سماوى آخر (المسيحية أو اليهودية) أو خروجها إلى لا دين. وقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على أن ردة الزوجة تفسخ عقد زواجها دون حاجة إلى قضاء⁽³⁾ ومن ثم فإن الزوجة لا تستحق نفقة بعد ردتها لأن النفقة تجب في العقد الصحيح القائم.

(1) جامع الفصولين ج1 ص191.

(2) وقد ورد هذا النص حرفياً بالمادة عند تعديلها بالقرار بقانون 44 لسنة 1979.

(3) ويذهب مالك إلى أن المرأة إذا ارتدت تريد فسخ الزواج لم يترتب على ردتها طلاق أو فسخ - وقد أفتى بعض مشايخ بخارى أن المرأة تجبر على الإسلام وعلى تجديد العقد =

ويعامل معاملة الردة اعتناق الزوجة الكتابية ديناً غير سماوى أو إذا أصبحت ملحدة لا تعترف بدين.

وحكم المرتدة أن تحبس حتى تعود إلى الإسلام أو تموت، وإذا تابت المرتدة وأسلمت وهى فى العدة فإن نفقتها لا تعود بخلاف الناشئة لأنه بردها بطلت نفقتها بالفرقة، ومتى بطلت لا تعود، أما النشوز فهو أمر عارض لا يبطل النفقة وإنما يسقطها مؤقتاً فإن عادت إلى طاعة الزوج عادت النفقة⁽¹⁾.

144- (3) امتناع الزوجة مختارة عن تسليم نفسها دون حق:

نصت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن: «ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق... الخ»⁽²⁾. فإذا امتنعت الزوجة مختارة أى برضاها عن تسليم نفسها لزوجها حقيقة أو حكماً دون حق، فإنها تكون ناشزاً، والنشوز مسقط للنفقة.

أما إذا كان امتناعها بحق، لم يكن هذا الامتناع مسقطاً لنفقتها لأنها لا تكون بهذا الامتناع ناشزاً. ومثل ذلك ألا يكون الزوج قد أوفأها عاجل صداقها، أو دعاها إلى طاعته دون أن يعد لها مسكن الطاعة بشروطه الشرعية، وسننتاول النشوز تفصيلاً فى موضعه إن شاء الله.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «إن النص فى المادة 11 مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه «إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع، وتعتبر

= بمهر يسير، حتى لا يفتح للنساء باب الخلاص من الأزواج بالردة وأنه لشر مستطير، وهذا ما أفتت به دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1955/11/5.

وقد أفتى بعض مشايخ بلخ - وتبعهم بعض علماء سمرقند بعدم وقوع الفرقة بردها، درءاً لقصدها السوء وسداً لباب الخلاص من الأزواج بالردة «الأستاذ على حسب الله فى الفرقة بين الزوجين ص175».

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص449.

(2) وقد ورد هذا النص حرفياً تقريباً بالمادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

ممتعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة»
 مما مفاده - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية والراجح في مذهب أبي حنيفة - أن
 نفقة الزوجة على زوجها جزاء احتباسه لها تحقيقاً لمقاصد الزواج بأن تسلمه نفسها
 حقيقة أو حكماً بأن تكون مستعدة للدخول في طاعته وغير ممتعة عن الانتقال إليه.
 فكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره فنفقته عليه، ولأن النفقة حقها وانتقالها إليه
 حق مادام قد أوفاهما عاجل صداقها وأعد لها مسكناً شرعياً وكان أمينا عليها، فإن
 طالبا بالنفقة إليه فامتعت، فإن كان امتناعها بحق، كأن امتعت لاستيفاء مهرها
 العاجل فلها النفقة، وإن امتعت بغير حق فلا نفقة لها لأنها تستوجب النفقة بتسليم
 نفسها لزوجها، فلم يتحقق شرط وجوب النفقة فلا تجب، ولذا لا تستحق الناشزة
 النفقة».

(طعن رقم 76 لسنة 65ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/12/25)

2- «إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قدمت لمحكمة الموضوع
 صورة ضوئية من المحضر الإداري رقم 1645 لسنة 2002 إداري كما
 قدمت صورة ضوئية من الحكم الصادر في الدعوى رقم 97 لسنة 2002
 شرعي بتاريخ 2003/6/28 بتطبيقها من المطعون ضده طليقة بئنة
 للضرر وتمسكت بدلالة هذين المستنديين في عدم ثبوت نشوزها وبأحقيتها للنفقة
 عن الفترة السابقة على الطلاق ولم يحص الحكم هذا الدفاع رغم تحصيله له
 ولم يرد عليه برد سائق رغم أنه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في
 الدعوى بما يعيبه».

(طعن رقم 430 لسنة 75ق «أحوال شخصية» جلسة 2012/3/13)

3- «إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة
 الاستئناف بالصلح بين الطاعنة والمطعون ضده عن إنذار الطاعة المؤرخ
 1998/10/7 والذي بحث في تحقیقات الحكم رقم 48 لسنة 2002 شرعي
 مستأنف والمؤيد للحكم الابتدائي رقم 63 لسنة 2000 ملى جزئى
 والذي بحث هذا الإنذار على نحو ما ورد بمدونات من أن (الثابت للمحكمة من
 شهود المستأنف ضدها - الطاعنة - والتي تطمئن إلى شهادتهما أن الزوجة قد

عادت إلى مسكن الزوجية عقب توجيه إنذار الطاعة لها من زوجها وأنه تم الصلح بينهما ومكثت في مسكن الزوجية لمدة أربعة أشهر إلى أن نشب خلاف جديد حدا بها لرفع هذه الدعوى للمطالبة بنفقة زوجية، ومن ثم يكون إنذار الطاعة قد فقد مبرراته بعودة الزوجة لمسكن الزوجية ويضحى - الدفع به - مخالفا للواقع والقانون وجديرا برفضه) وإذ التفت الحكم المطعون فيه والمؤيد للحكم الابتدائي عن التعرض للثابت بالحكمين المشار إليهما قبولا أو رفضا، رغم أنها تمثل دفاعا جوهريا، يتغير به وجه الرأي في الدعوى، الأمر الذي يصم الحكم المطعون فيه بعيب القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع».

(طعن رقم 465 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» - جلسة 2012/2/14)

145- (4) اضطراب الزوجة إلى عدم تسليم نفسها بسبب ليس من قبل الزوج:

نصت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن: «ولا تجب النفقة للزوجة .. أو امتنعت عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج ... الخ»⁽¹⁾.

فيشترط لعدم وجوب النفقة للزوجة في هذه الحالة توافر عنصرين:

الأول: اضطراب الزوجة إلى عدم تسليم نفسها إلى زوجها. فيخرج عن هذه الحالة، الامتناع الاختياري عن تسليم نفسها إلى الزوج، ويدخل في الحالة السابقة.

الثاني: أن يكون اضطراب الزوجة إلى عدم تسليم نفسها لسبب ليس من قبل الزوج.

فلا يكفي أن يكون الاضطراب لسبب خارج عن إرادتها، وإنما يجب ألا يكون هذا السبب من قبل الزوج⁽²⁾، وعلى ذلك تسقط نفقتها إذا كان سبب

(1) وقد ورد هذا النص حرفيا في المادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

(2) وقد اقترح السيد رئيس مجلس الشعب حال مناقشة المادة بالمجلس استبدال عبارة: «...» واضطرت إلى ذلك لسبب خارج عن إرادتها» بعبارة: «بسبب ليس من قبل الزوج»، =

اضطرارها إلى عدم تسليم نفسها سببا أجنبيا عنها طالما لا يرجع هذا السبب إلى الزوج، كوجودها في منطقة موبوءة أغلقت بسبب الوباء، أو وجودها في الخارج وانقطاع المواصلات بسبب الحرب.

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 أمثلة لاضطرار الزوجة إلى عدم تسليم نفسها بسبب ليس من قبل الزوج، وهى حبسها ولو بغير حكم أو اعتقالها أو منع أوليائها لها من القرار فى بيت الزوجية.

ونضيف للأمثلة السابقة اضطرار الزوجة المغصوبة إلى عدم تسليم نفسها. وسنتناول الأمثلة السابقة جميعا بالتفصيل ثم نعرض لحكم الزوجة الصغيرة ثم الزوجة المسافرة.

= وقال شرحا لاقتراحه: «بالنسبة للفقرة التى تنص على: «ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج» وإنى أود أن أوضح لحضراتكم أن هناك نقطة مهمة جدا وهى أنه لو فرض أن هناك سيدة وقع لها حادث ونقلت إلى المستشفى، والحادث ليس بسبب من قبل الزوج، فهذا النص يسقط النفقة عنها لأنها امتنعت عن تسليم نفسها لسبب ليس من قبل الزوج، كما أنه لو فرض أن الزوجة كانت فى منطقة موبوءة أغلقت لوجود مرض فيها، فلم تستطع الخروج، ولذلك فالاقترح المقدم «... واضطرت إلى ذلك لسبب خارج عن إرادتها» أى أن هناك قوة قهرية فى الوضع فى هذه الحالة. ولم يوافق المجلس على هذا الاقتراح.

«مضبطة المجلس - الطبعة المؤقتة - الجلسة 98 بتاريخ 1985/7/2، ص24».

ويلاحظ أن المثال الأول الذى ذكره رئيس المجلس وهو وقوع حادث لسيدة ونقلها إلى المستشفى لا يسقط نفقتها باعتبارها مريضة عملا بالفقرة الثانية من المادة التى تجرى على أن: «ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة» وكان النص كما ورد فى الاقتراح بمشروع القانون كالاتى:

«ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة بدون حق أو بسبب يعود إليها عن الدخول فى طاعته»، ولكنه عدل باللجنة المشتركة بالمجلس.

146- (5) حبس الزوجة أو اعتقالها :

لا تستحق الزوجة النفقة إذا حبست أو اعتقلت لسبب لا يرجع إلى الزوج، فإذا كان حبسها أو اعتقالها بناء على اتهام موجه لها من الزوج فإن حبسها أو اعتقالها يكون بسبب من قبله.

ويستوى أن يكون الحبس أو الاعتقال قبل الزفاف أو بعده.

ولا يشترط أن يكون الحبس بناء على حكم القضاء.

وهذا الحكم يتفق مع رأى الإمام محمد وهو المختار للفتوى فى المذهب الحنفى. فطبقاً لهذا رأى لا تستحق الزوجة النفقة إذا حبست أو اعتقلت ولو ظلماً فى حق لغير الزوج، لفوات الاحتباس بسبب لا دخل للزوج فيه، سواء كانت مماثلة فى أداء ما عليها من الحق أو كانت عاجزة عن الأداء⁽¹⁾.

أما إذا حبست فى حق عليها للزوج فلا تسقط نفقتها فى القول الصحيح، لأن فوات الاحتباس حينئذ بسبب من جهته، وكذلك لا تسقط نفقتها إذا كان الزوج هو المحبوس، سواء كان حبسه فى حق لأجنبى أم للزوجة نفسها أم كان حبسه ظلماً ولا دخل للزوجة فيه.

147- (6) منع ولى الزوجة لها من القرار فى بيت الزوجية :

إذا منع ولى الزوجة موليته من القرار فى بيت الزوجية فإن الزوجة تكون مضطرة إلى عدم تسليم نفسها للزوج، ولكن هذا الاضطرار لسبب ليس من جهة الزوج، ومن ثم تسقط نفقتها.

أما إذا كان منع الولى لها بحق، كما لو كان الزوج لم يوف لها عاجل صداقها قبل أن تزف، فإن نفقتها لا تسقط لأن اضطرارها إلى عدم تسليم نفسها للزوج يضحى لسبب من جهته.

148- (7) الزوجة المغصوبة :

إذا أخذ رجل الزوجة كرها عنها وغيبها فترة ما، سقطت نفقتها فى فترة الغصب لأنها وإن كانت مضطرة إلى عدم تسليم نفسها إلا أن ذلك لا يرجع لسبب من جهة الزوج وإن كان لسبب خارج عن إرادتها.

وحكم القانون في هذا يتفق مع ظاهر الرواية في المذهب الحنفى وهو
الرأى المفتى به في المذهب وكان معمولاً به من قبل.

فقد ذهب هذا الرأى إلى أن غصب المرأة يسقط نفقتها في فترة الغصب
لفوات الاحتباس لسبب لا يرجع إلى الزوج وإن لم يكن للزوجة اختيار فيه⁽¹⁾.

149- (8) الزوجة الصغيرة:

إذا كانت الزوجة صغيرة ولكنها تطبق الوطء فهي تستحق النفقة كالكبيرة
لأن أحكام الزواج يمكن استيفائها منها.

وقد اختلف في سن الجماع فقليل أنها سبع سنين وقيل تسع سنين والحق عدم
تحديد سن معينة للجماع لأن احتماله يختلف باختلاف بنية المرأة.

وكذلك تستحق الصغيرة النفقة إذا كانت تشتهى للوطء فيما دون الفرج، لأن
الظاهر أن من كانت كذلك فهي مطيقة للجماع في الجملة وإن لم تطقه من
خصوص زوج مثلاً⁽²⁾.

وتستحق النفقة سواء نقلت إلى بيت الزوجية أو لم تنتقل طالما أنها مستعدة لذلك.
أما إذا كانت لا تطبق الجماع ولا تشتهى فيما دون الفرج، ولكنها تصلح
للاستئناس وخدمة البيت، فلها النفقة إذا نقلها الرجل إلى بيته لرضاه بالاحتباس
الناقص، فإن لم يمسكها فلا نفقة لها.

وهذا هو رأى أبى يوسف المفتى به في المذهب الحنفى⁽³⁾.
أما إذا كانت طفلة لا تصلح لشيء مما تقدم فلا نفقة لها لأن احتباسها حينئذ
لا يوصل إلى المنفعة المقصودة من الزوج.

وقال أبو يوسف إلا إذا أمسك الزوج هذه الصغيرة في بيته مكتفياً بما فيها
من متاع الطفولة فإن نفقتها عليه لرضاه بهذا الاحتباس الناقص وعليه الفتوى⁽⁴⁾.

(1) وفي رواية عن أبى يوسف أن لها النفقة، لأن فوات الاحتباس لم يكن من جهتها، ما لم
يتبين أنها كانت راضية باطناً في الذهاب معه وتظاهرت بالغصب.

(2) حاشية ابن عابدين - ج3 ص574 - شرح فتح القدير - ج4 - ص383.

(3) أما الطرفان فيذهبان إلى أنها لا نفقة لها في هذه الحالة لأنها لا تصلح لما تصلح له
المرأة الكبيرة.

(4) على حسب الله في الزواج في الشريعة الإسلامية - ص184.

أما إذا كان عدم إمكان الانتفاع بالاحتباس من قبل الرجل. كأن يكون صغيراً أو عنيماً أو مريضاً فإن النفقة تكون واجبة عليه، لأن المرأة قامت بكل أحكام الزواج الممكنة من قبلها.

150- (9) الزوجة المسافرة:

إذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم لها سقطت نفقتها لفوات الاحتباس من جهتها، ولأنها عاصية بهذا السفر الذي لا يصاحبها فيه زوج ولا محرم. وإذا سافرت للحج، وكان ذلك قبل أن تنتقل إلى بيت الزوج، ولم يخرج الزوج معها في هذا السفر فلا نفقة لها باتفاق المذهب الحنفي، سواء سافرت وحدها أو مع رحم محرم أو أجنبي، لفوات الاحتباس لسبب من جهتها وانعدام التسليم حقيقة أو حكماً فصارت كالناشزة.

ويستوى في ذلك أن يكون سفرها للحج الفرض أو النفل⁽¹⁾.

أما إذا سافرت للحج بعد الزفاف دون الزوج، سواء سافرت وحدها أو مع غيرها ولو كان محرماً لها، وسواء كان الحج فرضاً أو نفلاً، فلا نفقة لها لفوات الاحتباس، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

أما أبو يوسف فيرى وجوب النفقة إذا كان سفرها لأداء الحج الفرض، لأن السفر لأداء فريضة الحج ضرورة دينية، وقد فات الاحتباس بعد أن سلمت نفسها فهو بعذر شرعي إذ لا عصيان في سفرها إذا سافرت مع رحم محرم، وتجب لها نفقة الإقامة لا السفر بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة لحقتها بإزاء منفعة تحصل عليها فلا تكون على الزوج⁽²⁾.

ورأى أبي حنيفة ومحمد هو المفتى به في المذهب.

أما إذا خرج الزوج معها للحج فرضاً أو نفلاً، وكان هو الذي دعاها للحج، فإنه تجب عليه نفقة سفرها، ولا تكلف من ذلك شيئاً وذلك لقيام الاحتباس.

(1) بدائع الصنائع - ج4 - ص20 - الدكتور عبد الرحمن تاج ص222.

(2) شرح فتح القدير - ج3 - ص486 - على حسب الله في الزواج في الشريعة الإسلامية - ص186.

أما إذا كان سفر الزوج من أجلها أو كان كلاهما يريد السفر للحج، وجبت عليه نفقة الإقامة فقط وعليها هي نفقات السفر جميعاً⁽¹⁾.

(ثامنا)

الأحوال التي يباح فيها للزوجة الخروج من مسكن الزوجية دون سقوط حقها في النفقة

151- النص القانوني :

نصت الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن:

«ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها - في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة. ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه»⁽²⁾.

ويبين من هذا النص أن الشارع أباح للزوجة الخروج من مسكن الزوجية في بعض الأحوال، دون أن يكون هذا الخروج مسقطاً لنفقتها، فلا تعتبر بخروجها في هذه الحالات ناشراً.

ويمكن تقسيم هذه الأحوال إلى قسمين هما :

1- الأحوال التي يباح فيها خروج الزوجة - دون إذن زوجها - بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة.

(1) الهداية على هامش فتح القدير - ج3 - ص386.

(2) ونصت الفقرة الخامسة من المادة عند تعديلها بالقرار بقانون 44 لسنة 1979 على أن:
«ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - بدون إذن زوجها - في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه».

2- خروجها للعمل المشروع، ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروع مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

ونعرض لهذين القسمين بالتفصيل على النحو الآتي:

القسم الأول

خروج الزوجة دون إذن زوجها في الأحوال

التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع

152- تعداد:

- أجاز النص للزوجة الخروج من مسكن الزوجية دون إذن زوجها دون أن يكون ذلك مسقطاً لنفقتها، في الأحوال التي يباح فيها الخروج بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة. ومن ثم نعرض لما يأتي:
- 1- الأحوال التي يباح فيها الخروج بحكم الشرع مما ورد به نص.
 - 2- الأحوال التي يباح فيها الخروج بحكم العرف.
 - 3- الأحوال التي يباح فيها الخروج عند الضرورة.

153- أولاً: الأحوال التي يباح فيها للزوجة الخروج من مسكن الزوجية

- دون إذن الزوج - بحكم الشرع مما ورد به نص:

الحكم الشرعي عند الأصوليين هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء⁽¹⁾ أو التخيير⁽²⁾ أو الوضع⁽³⁾ والمراد من خطاب الشارع

(1) معنى كلمة اقتضاء أى طلب، سواء كان الطلب فعل أو طلب منع فالحرام فيه طلب منع لازم، والوجوب فى طلبه فعل لازم.

(2) التخيير هو إجازة الشارع للمكلف أن يفعل أو لا يفعل، مثل الأكل فى وقت معين أو النوم فى وقت معين.

(3) معنى الوضع أن يكون الشارع قد ربط بين أمرين مما يتعلق بالمكلفين، كأن يربط بين الوراثة ووفاة شخص فتكون وفاته سبباً لوراثة آخر، أو يربط بين أمرين بحيث يكون =

الوصف الذى يعطيه الشارع لما يتعلق بأفعال المكلفين، كأن يقال أنه حرام أو مكروه، أو مطلوب أو مباح، أو صحيح أو باطل، أو هو شرط أو سبب أو مانع ... الخ⁽¹⁾.

والحكم الشرعى قد يكون بنص فى القرآن أو السنة أو بإجماع أو قياس، أما ما يرد فى كتب فقه المذاهب، فهو مجرد تطبيق للحكم الشرعى، وليس الحكم ذاته. وقد وردت عبارة النص عامة فى خروج الزوجة فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع، دون تخصيص ذلك بأحكام مذهب معين، غير أنه لما كان المقرر طبقاً للمادة 1/3 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ومن قبلها المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) أنه عند عدم وجود نص يعمل بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة، فإنه يتعين الرجوع فى بيان هذه الحالات إلى الراجح من هذا المذهب.

وقد أجاز الأحناف للزوجة الخروج من مسكن الزوجية - ولو بدون إذن زوجها - فى الحالات الآتية :

- 1- مرة فى كل أسبوع لزيارة والديها، أو جدها فى حالة عدم وجود الأب، أو جدتها فى حالة عدم وجود الأم.
- إلا أنه لا يجوز لها المبيت لديهما إلا بإذن الزوج.
- 2- مرة كل سنة لزيارة محارمها، كالعم والخال وابن الأخ وابن الأخت.
- ولا يجوز لها المبيت لديهم إلا بإذن الزوج⁽²⁾.

= أحدهما شرطاً شرعياً لتحقيق الآخر وترتيب آثاره، كاشتراط الوضوء للصلاة، وكاشتراط الشهود للنكاح.

- (1) الأستاذ محمد أبو زهرة فى أصول الفقه - طبعة دار الفكر العربى - ص 23.
- (2) وقد جاء بالمادة (251) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا أن: «للرأة أن تخرج لزيارة والديها فى كل أسبوع مرة ولزيارة محارمها فى كل سنة مرة، ولا تبين عند أحد منهم بغير إذن زوجها ولا يمنع أبويها من الدخول عليها لزيارتها فى كل جمعة مرة ولا غيرهم من المحارم فى كل سنة مرة».

3- إذا كان أبو الزوجة مريضا مرضا طويلا فاحتاجها، ولم يكن لديه من يقوم بشأنه، فمن حقها الذهاب إليه وتعاهده بقدر احتياجه، ولو كان غير مسلم لأن ذلك من المصاحبة بالمعروف المأمور بها⁽¹⁾.

4- إذا وقعت لها نازلة وامتنع الزوج عن سؤال أهل العلم عن الحكم الذى تتبعه، أما إذا قام الزوج بالسؤال وأخبرها لا يجوز لها الخروج. وإذا أرادت أن تتعلم مسألة من مسائل الوضوء والصلاة، وكان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له منعها من الخروج إلى مجلس العلم⁽²⁾، وإن كان لا يحفظ الأولى أن يأذن لها أحيانا، فإذا لم يأذن فلا شيء عليه، ولا يباح لها الخروج إلى مجلس العلم⁽³⁾.

5- خروجها للقاضى للمطالبة بحق لها على آخر، أو لطلب آخر حقا له منها.

ويشترط الفقهاء للخروج فى الحالات السابقة عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى ما لا يكون داعية إلى نظر الرجال والاستمالة فقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾⁽⁴⁾.

(1) حاشية ابن عابدين جـ3 ص603 - ويذهب الفقهاء إلى أن الظاهر أنه لا نفقة لها حينئذ، وهذا على خلاف حكم القانون.

وقد نص فى المادة (216) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أن: «إذا كان أبو الزوجة مريضا مرضا طويلا فاحتاجها ولم يكن لديه من يقوم بشأنه فعليها الذهاب إليه وتعاهده بقدر احتياجه ولو كان غير مسلم وإن أبى الزوج ذلك».

(2) شرح فتح القدير جـ4 ص399.

(3) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985.

وفى الفتاوى فى باب القراءة المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج فى حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج (شرح فتح القدير جـ4 ص399).

(4) شرح فتح القدير جـ4 ص399.

154- ثانيا: الأحوال التي يباح فيها للزوجة الخروج من مسكن الزوجية - دون إذن الزوج - بحكم العرف:

جرى النص على أن: «ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية بدون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف ... الخ» وعبارة «بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف»، يفصح عن أنه يشترط في العرف أن يكون في نطاق الشرع، وهو ما يجب العمل به دون نص على ذلك، لأن الفقهاء اشترطوا في العرف المعتبر أو العرف الصحيح ألا يعارض نصا في الكتاب أو السنة وإن عارض نصا منقولا عن صاحب المذهب⁽¹⁾.

ومثل الأحوال التي يباح فيها للزوجة الخروج بحكم العرف، خروجها لزيارة محرم مريض، كخالها أو خالتها أو عمها أو عمتها ... الخ.

أما إذا خرجت الزوجة دون إذن زوجها في الحالات التي يجري بها العرف على خلاف الشرع، فإن خروجها يكون مسقطا لنفقتها لأن هذا العرف يكون عرفا فاسدا ومثل ذلك خروج الزوجة إلى البحر شبه عارية وخروجها إلى النادى من غير ذى رحم محرم، وكذلك ما جرى به العرف في بعض الأوساط

(1) رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف - مجموعة رسائل ابن عابدين ج2 ص116 وما بعدها - الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للدكتور خليفة بابكر الحسن ص44 وما بعدها.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض بتاريخ 14/2/1973 في الطعن رقم 7 لسنة 39 ق «أحوال شخصية»، فقد قضت بأن: «العرف معتبر إذا عارض نصا مذهبيا منقولا عن صاحب المذهب، إذ الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف فيه تضییع حقوق كثيرة دون أن يكون ذلك مخالفة للمذهب».

ولذلك ورد النص بالمادة عند استبدالها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 كالآتي: «في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجري بها العرف أو عند الضرورة». وقد ورد النص بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 مطابقا للنص الوارد بالقرار بقانون المذكور إلا أنه عدل على النحو التالي في اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

من حضور النساء السهرات الليلية التى يحتسى فيها الخمر ويختلط فيها الرجال بالنساء.

155- نقد تشريعي:

لا نساير الشارع فيما أباحه للزوجة من الخروج من منزل الزوجية دون إذن زوجها لزيارة والديها أو زيارة محارمها، وكان الأوفق أن يوجب الشارع على الزوجة أن تستأذن الزوج قبل خروجها من منزل الزوجية فى الحالات التى يمكن فيها استئذانه، فإن أبى كان لها الخروج دون موافقته. ذلك أن خروج الزوجة من منزل زوجها دون استئذانه أو مجرد إخباره، ما يتنافى مع حق الطاعة المقررة للزوج على زوجته ومع كون الرجال قوامين على النساء، وكون الزوج راعى الأسرة ومسئول عن أسرته التى هى رعيته. بل إن كرامة الزوج تأبى أن يعود إلى منزله فلا يجد زوجته ولا يعرف إلى أى مكان ذهبت، أو تتركه بمنزله ثم تغادر المنزل دون إخباره بالمكان الذى تقصده، فيكون الزوج آخر من يعلم بمكان زوجته.

ولا يفوتنا أن استئذان الزوجة لزوجها يدرء الكثير من المفساد، فقد يكون والدها أو محرمها الذى تتوجه لزيارته يعيش فى بيئة فاسدة يخشى منها على الزوجة أو يخالط بعض الأجانب عن الزوجة، أو يسعى المحرم الذى تزوره إلى إفساد العلاقة بينها وبين زوجها لسوء خلقه أو لكرهيته لزوجها أو لوجود خلافات بينهما، أو يكون له أولاد عرف عنهم سوء الخلق يلتقون مع الزوجة حال الزيارة. فإذا استأذنت الزوجة زوجها فى هذه الحالات أتيحت الفرصة له ليبصرها بمغبة الزيارة التى تتشدها، وقد تستجيب لطلبه العدول عنها، كما يكون له إذا أصرت عليها أن يمنعها عنها طالما أنها ستؤدى إلى مفسدة.

ومن حق الزوج أيضا بل من حق الشرع ألا تسافر الزوجة إلا معه أو بصحبة ذى رحم محرم إذا بلغت المسافة حوالى 90 كيلو مترا، وعلى ذلك فإن استئذانه يضحى واجبا إذا كان مكان الزيارة يبعد عن محل إقامة الزوج هذه المسافة حتى يسافر معها أو يأتى أحد محارمها لاصطحابها، فعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر

أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى رحم محرم عليها»، وقدرت مسافة السفر الشرعية بحوالى 90 كيلو مترا، وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سمع النبی عليه السلام يقول: «لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو رحم محرم، ولا تسافر امرأة إلا مع ذى رحم محرم ... الخ».

ولا نؤيد الشارع - ومعنا بعض الفقهاء - فى إطلاقه حق الزوجة فى أن تذهب إلى والدها وتعهده إذا كان مريضا مرضا طويلا واحتاجها ولم يكن لديه من يقوم بشأنه، وكان يجب تقييد هذا الحق «بما لا يخل بواجباتها الزوجية»، أو «بما لا يخل بمعنى الاحتباس فى الجملة بما يهدمه أو ينقصه نقصا كبيرا»⁽¹⁾ فحكم الشرع يقضى بأن الحق الأساسى الذى يجب على الزوجة هو احتباسها لحق الزوجية، وبرها بأبويها - المأمور به شرعا - مشروط بألا يؤثر على واجبها الأساسى، فالقدر الذى تطالب به من هذا البر إنما هو القدر الذى يتمشى مع هذا الواجب الأساسى ولا ينقص منه نقصا واضحا.

وتقديم حق الزوج على زوجته، على حق الوالدين عليها يفصح عنه أن النبی عليه السلام قرنه بحق الله تعالى فى أحاديث منها: «إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها قيل لها: ادخلى الجنة من أى أبواب الجنة شئت» وقوله عليه السلام: «لو كنت أما أحد أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها»، ولذلك قال عليه السلام: «لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن فى بيته إلا بإذنه»، فحق الزوج عليها مقدم على حقها فى التقرب إلى الله تعالى بالنوافل وأعمال البر، فهو أول حقوق الناس عليها وأعظمها وفى إطاره تجب حقوقهم وتؤدى⁽²⁾.

(1) راجع الدكتور محمد بلتاچى فى مؤلفه دراسات فى الأحوال الشخصية ص 227 وما بعدها - الدكتور عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 ص 43.

(2) الدكتور محمد بلتاچى ص 229 - وقد جاء بالمرجع السابق ص 228 وما بعدها هامش (1) أنه روى أن رجلا كان فى سفر وعهد إلى امرأته ألا تنزل من العلو إلى أسفل، وكان أبوها فى الأسفل فمرض، فأرسلت المرأة إلى رسول الله ﷺ تستأذن فى النزول إلى أبيها فقال لها: «أطيعى زوجك» فمات، فاستأمرته فقال: «أطيعى زوجك» =

ويكفى للتدليل على مغبة مسلك الشارع أن يكون الزوج مريضاً مرضاً طويلاً أو حاداً وفي حاجة ملحة إلى رعاية زوجته، ويكون أبوها - فى ذات الوقت - مريضاً مرضاً طويلاً وفي حاجة إليها وليس له من يعاونه، فإن المشرع يعطى للزوجة الحق فى أن تترك زوجها فى عذاب مرضه وقسوته، وتذهب إلى أبيها لتعاونه وتبقى معه حتى يستغنى عن رعايتها له.

وهى صورة تقوض معنى الاحتباس المقصود من الزواج وتقطع رباط المودة والرحمة بين الزوجين.

156- ثالثاً: الأحوال التى يباح فيها للزوجة الخروج من مسكن الزوجية دون إذن الزوج عند الضرورة؛

نصت الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن: «ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها - فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع ... أو قضت به ضرورة ... الخ»⁽¹⁾.

والضرورة شرعاً هى حالة الخطر أو المشقة الشديدة التى يترتب عليها ضرر يلحق بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال، وتوابعها سواء بالشخص أو بالغير، بحيث يضطر معها إلى ارتكاب أمر محظور شرعاً أو ترك الواجب أو تأخيرها عن وقته للمحافظة على أى أمر من هذه الأمور⁽²⁾.

= فدفن أبوها، فأرسل رسول الله ﷺ يخبرها أن الله قد غفر لأبيها بطاعتها لزوجها. «رواه الطبرانى فى الأوسط بسند ضعيف».

(1) وقد جاء هذا الحكم أيضاً بالمادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 فقد نصت الفقرة الخامسة من المادة على أن: «ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - بدون إذن زوجها - فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع ... أو عند الضرورة .. الخ».

(2) راجع التعاريف المختلفة لحالة الضرورة رسالة الأستاذ جميل محمد بن مبارك فى نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها - الطبعة الأولى سنة 1988 ص 34 وما بعدها.

وقد ورد بالقرآن والسنة الكثير عن حالة الضرورة.

والمشقة تختلف باختلاف العبادات، كما تختلف باختلاف المكلفين، فقد تكون غير معتادة لأغلب الناس وتكون معتادة في حق بعض الناس، وذلك ناتج عن تربية النفس على شاق العبادات مع عدم الإخلال بالواجبات الأخرى، وعن القوة التي يهبها الله سبحانه لمن يشاء من عباده، وهذا يؤكد أن المشقة لا تخضع

= فقد ورد بالقرآن:

1- ﴿فَمَنْ أَضْطَرُّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

[سورة البقرة - من الآية 173]

2- ﴿فَمَنْ أَضْطَرُّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

[سورة المائدة من الآية ٢٠].

ك- ﴿فَمَنْ أَضْطَرُّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

[سورة الأنعام من الآية 145].

ك- ﴿فَمَنْ أَضْطَرُّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

[سورة النحل من الآية ١٠٠].

ك- ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا أَضْطَرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾.

[سورة الأنعام من الآية 119].

ومما جاء بالسنة:

1- قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار».

2- حديث علي: أن النبي عليه السلام نهى عن بيع المضطرين.

3- حديث سمرة: يجزى من الضرورة صبوح أو غبوق.

ومن مجموع النصوص السابقة وغيرها استنبط الأصوليون قاعدة: «الضرر يزال» التي من فروعها «الضرورات تبيح المحظورات».

وقد جاء بالأنبياء والنظائر ص 85: «الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة، وإساعة اللقمة بالخمير، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وكذا إتلاف المال وأخذ مال الممتنع عن أداء الدين بغير إذنه، ودفع الصائل، ولو أدى إلى قتله».

لضابط واحد يسرى على جميع الناس⁽¹⁾.

والحاجة أدنى مرتبة من الضرورة، ولكنها تنتزل منزلها⁽²⁾، ويقصد بها المشقة الخارجة عن المعتاد والتي لا تصل إلى المشقة التي تتوافر به حالة الضرورة، وتدفع الإنسان إلى ارتكاب أمر محظور شرعا أو ترك الواجب أو تأخير عن وقته للتخلص من الضيق والحر⁽³⁾.

وعلى ذلك فإن الضرورة أو الحاجة تجيز للزوجة الخروج من مسكن الزوجية دون إذن زوجها، دون أن يترتب على ذلك سقوط نفقتها.

ومن الأمثلة على ذلك:

- 1- إشراف المنزل الذى تقطن فيه الزوجة على الانهدام أو الحريق⁽⁴⁾.
- 2- إفسار الزوج بنفقة الزوجة، لأنها فى هذه الحالة تكون مضطرة إلى العمل للحصول على ما يلزمها من نفقة⁽⁵⁾.
- 3- إذا كانت الزوجة على وشك الولادة، ولم يكن بالمنزل من يستطيع إحضار قابلة أو طبيب لها.
- 4- حصول حادث لجارة لها، دون أن يتوجه إليها من يقوم بإسعافها أو نجدتها.

ولكن يراعى أن المقرر شرعا أن الضرورة تقدر بقدرها، ومعنى ذلك أن الضرورة يزول أثرها بمجرد زوالها، فلا يجوز الاستمرار على ممارسة ما

(1) الأستاذ جميل محمد بن مبارك الرسالة المشار إليها ص 61 وما بعدها.

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 91.

(3) وسند ذلك قوله تعالى فى سورة الحج: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.

وقوله فى سورة البقرة: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾. وقوله

عليه السلام: «بعثت بالحنفية السهلة السمحة»، وقوله: «إن الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا ولم يجعله ضيقا».

(4) المذكرة الإيضاحية للقانون.

(5) المذكرة الإيضاحية للقانون.

تبيحه الضرورة بعد أن تزول، بل بمجرد زوالها يعود الحكم الأصلي، والقول بغير ذلك يكون عدواناً وخروجاً على ضوابط الضرورة، وهى أمور شرط القرآن الكريم نفيها للأخذ بالضرورة فقد قال تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطُرُّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإنه فى المثال الأول، إذا شب الحريق بالمنزل ثم تم إخماده، كان على الزوجة العودة إلى المنزل، وإلا كانت ناشزا وسقط حقها فى النفقة. وفى المثال الثانى، إذا حصلت الزوجة فى يوم واحد على ما يفى بنفقتها لمدة أسبوع فإنها تكون قد تجاوزت قدر الضرورة إذا تركت منزل الزوجية للعمل خلال هذا الأسبوع، وسقط حقها فى النفقة بالتالى.



(1) من الآية 173 من سورة البقرة - راجع أيضا رسالة الأستاذ جميل محمد بن مبارك المشار إليها ص 336.

القسم الثاني

خروج الزوجة للعمل المشروع

(احتراف الزوجة)

157- اشتراط إذن الزوج الصريح أو الضمني لخروج الزوجة للعمل

المشروع:

نصت الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) على أن: «ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها - فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع مالم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو منافع لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه»⁽¹⁾.

فقد جعل النص أحوال خروج الزوجة من منزل الزوجية للعمل والتى لا يترتب عليها سقوط نفقتها قسمين الأول: خروجها دون إذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة وهو ما تناولناه تفصيلا فيما سلف. والثاني: خروجها للعمل المشروع .. الخ. ولم يجز النص فى القسم الثانى أن يكون خروج الزوجة دون إذن زوجها كما فعل فى القسم الأول.

وعلى ذلك فإن خروج الزوجة من مسكن الزوجية للعمل المشروع والذى لا يسقط نفقتها لابد أن يكون بإذن الزوج، سواء كان هذا الإذن صريحا أو ضمنيا، أما إذا خرجت للعمل المشروع دون إذنه كانت ناشزا وسقطت نفقتها، ويؤيد هذا النظر ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون تعليقا على هذا الحكم من

(1) وقد جاء الحكم الخاص بخروج المرأة للعمل المشروع مطابقا لما جاء بالفقرة المذكورة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

أن: «ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالماً بعملها»، وأن تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب قد ردد مضمون هذه العبارات⁽¹⁾.

158- هل يجوز للزوجة أن تشتترط في عقد الزواج حق الدراسة أو العمل؟

يعتبر اشتراط الزوجة على زوجها في العقد أن يكون لها الحق في الدراسة بمدرسة أو معهد أو جامعة أو ما شابه ذلك، أو أن يكون لها الحق في العمل خارج منزل الزوجية في وظيفة أو مهنة أو حرفة، من الشروط التي لا تناقض مقتضى العقد ولا تخل بالمقصود منه، والتي سكت عنها الشارع ولم يرد عنه ما يدل على جوازها أو تحريمها.

وقد أسلفنا بالمجلد الأول (بند 31) أن الأحناف يعتبرون هذه الشروط من الشروط الفاسدة أو الباطلة، فإذا اتفق الزوجان على شرط الدراسة أو العمل فإنه يبطل ولا يلزم الوفاء به ويصح الزواج.

وعلى ذلك فإنه رغم الاتفاق على هذا الشرط فإن للزوج أن يمنع زوجته عن العمل خارج منزل الزوجية أو الخروج منه للدراسة، فإن لم تمتثل كانت ناشزاً، وسقطت نفقتها.

ولكننا رأينا أن الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 (المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) نصت على عدم سقوط نفقة

(1) فقد ورد بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب ما يأتي: «وكذلك بسبب خروجها للعمل المشروع مادام قد أذنها الزوج بذلك أو عملت دون اعتراضه أو تزوجها عالماً بعملها». ومضمون النص عند تعديله بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 يتفق مع النص الحالي كما أشرنا سلفاً، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون تعليقا على الحكم المذكور ما يأتي: «ومنذ ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالماً بعملها».

وجاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب ما يأتي:

«... ولا بسبب خروجها للعمل المشروع مادام قد أذنها الزوج بذلك أو عملت دون اعتراضه أو تزوجها عالماً بعملها».

الزوجة إذا خرجت للعمل المشروع بشرط إذن الزوج الصريح أو الضمني، والإذن الضمني يتحقق إذا عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالما بعملها ولم يعترض عليه.

ومعنى ذلك أن الشارع أجاز للزوجة الخروج للعمل المشروع دون شرط في العقد طالما تحقق رضا الزوج على النحو المذكور، ومن ثم فإن هذا النص يجيز من باب أولى شروطها في العقد في هذا الشأن.

ويقاس على خروج المرأة للعمل المشروع خروجها للدراسة بشرط أن تكون دراستها غير منافية للشرع لاسيما وأن الشريعة الغراء حثت على طلب العلم.

على أن أثر تقرير هذا الحق للزوجة ينحصر في عدم اعتبارها ناشزا، فلا يجوز للزوج الاستناد في كونها ناشزا إلى خروجها من مسكن الزوجية للعمل أو الدراسة، ومن ثم لا تترتب في حقها آثار النشوز ومنها سقوط حقها في النفقة، إنما لا يجوز للزوجة طلب الطلاق إذا أدخل الزوج بهذا الشرط.

كما أن هذا الشرط يجب ألا يخل بما وصفته الفقرة الخامسة المذكورة من قيود على خروجها للعمل بإذن زوجها، وهو ألا يظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة. وطلب منها الزوج الامتناع عنه، كما سيرد شرحه تفصيلا.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 12/11/1981 في الطلب رقم 369 لسنة 1981 بأن:

«... والشرط المقترن بعقد الزواج لتحقيق مصلحة لأحد الزوجين ثلاثة

أقسام:

أحدها: الشرط الذي ينافي مقتضى العقد شرعا كاشتراط أحد الزوجين تأقيت الزواج، أي تحديده بمدة، أو أن يطلقها في وقت محدد، فمثل هذا الشرط باطل. ويبطل به العقد باتفاق الفقهاء.

الثاني: الشرط الفاسد في ذاته، مثل أن يتزوجها على ألا مهر لها أو ألا ينفق عليها، أو أن ترد إليه الصداق، أو أن تنفق عليه من مالها، فهذا وأمثاله من

الشروط الباطلة في نفسها، لأنها تتضمن إسقاط أو التزام حقوق تجب بعد تمام العقد لا قبل انعقاده، فصح العقد وبطل الشرط في قول جميع الفقهاء.

الثالث: الشرط الصحيح عند أكثر الفقهاء وهو: ما كان يقتضيه العقد، كاشتراط أن ينفق عليها، وأن يحسن عشرتها، أو كان مؤكداً لآثار العقد ومقتضاه، كاشتراط كفيل في نفقتها وصادقها، أو ورد به الشرع كاشتراط الزوج أن يطلقها في أي وقت شاء، أو اشتراطها لنفسها أن تطلق نفسها متى شاءت، أو جرى به عرف كأن تشترط الزوجة قبض صداقها جميعه أو نصفه، أو يشترط هو تأخير جزء منه لأجل معين حسب العرف المتبع في البلد الذي جرى فيه العقد.

وقد يكون الشرط غير مناف لعقد الزواج، كما لا يقتضيه العقد، وإنما يكون بأمر خارج عن معنى العقد كالشروط التي يعود نفعها إلى الزوجة، مثل أن تشترط ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو ألا يسافر بها أو ألا يتزوج عليها، فهذا أيضاً من باب الشروط الصحيحة. لكن الفقهاء اختلفوا في وجوب الوفاء بها على طائفتين:

أحدهما: أن هذه الشروط وأمثالها وإن كانت صحيحة في ذاتها لكن لا يجب الوفاء بها، وهو قول الأئمة أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي والليث والثوري.

الطائفة الأخرى: أن الشرط الصحيح الذي فيه نفع وفائدة للزوجة يجب الوفاء به، فإذا لم يف به الزوج، كان للزوجة طلب الطلاق قضاء، روى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وسعد بن أبي وقاص: وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي وأحمد بن حنبل. وأدلة كل من الطائفتين على ما قالوا مبسطة في محلها من كتب الفقه.

لما كان ذلك: وكانت الزوجة في العقد المسئول عنه قد اشترطت لنفسها (إتمام دراستها الجامعية والعمل بعد التخرج وأداء الخدمة العامة) وكان هذا الشرط داخلًا في نطاق القسم الثالث للشروط بمعنى أنه من الشروط الصحيحة ذات النفع والفائدة للزوجة كان جائزًا لكن لا يجب الوفاء به في قول جمهور الفقهاء ويلزم الوفاء به في قول الإمام أحمد بن حنبل ومن وافقه.

ولما كان هذا الشرط باعتباره اشتراط العمل للزوجة بعد الانتهاء من دراستها، فقد أقره القانون رقم 44 لسنة 1979 ببعض أحكام الأحوال الشخصية أخذاً بمذهب الإمام أحمد بن حنبل، لكن هذا القانون قد اعتد به شرطاً مانعاً للحكم بنشوز الزوجة إذا خرجت بدون الزوج لإتمام دراستها أو للعمل ولم يضع جزاء ملزماً للزوج بتنفيذه، كما لم يعط للزوجة حق طلب الطلاق، كما يقول مذهب الإمام أحمد عند عدم الوفاء بالشرط الصحيح الذى يعود نفعه وفائدته على الزوجة.

ولما كان القضاء يجرى فى خصوص انعقاد الزواج وشروطه وفى كثير من أحكام الأحوال الشخصية على أرجح الأقوال فى فقه الإمام أبى حنيفة الذى لا يلزم الزوج بالوفاء بمثل هذا الشرط، توقف العمل به قضاء إلا فى حالة النشوز فقط كما تقدم ... الخ).

159- العمل المباح للزوجة:

العمل الذى يجوز للزوجة الخروج من مسكن الزوجية لمزاوَلته دون أن تسقط نفقتها هو بصريح النص «العمل المشروع». فيجوز للزوجة أن تزاوَل أى عمل طالما كان مشروعاً، فلها أن تلتحق بالعمل فى الحكومة أو القطاع العام أو الخاص، كما أن لها أن تمارس مهنة حرة أو حرفة.

ويقصد بالعمل المشروع، العمل الذى لا يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية. ويرجع فى ذلك إلى رأى الراجح فى المذهب الحنفى عملاً بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

فلا يجوز للزوجة أن تعمل فى الملاهى والمراقص، ولا فى محال بيع الخمر، ولا فى مكان تتفرد فيه بأجنبي.

وإذا كان العمل فى غير البلد الذى تقيم فيه ويحتاج إلى سفر طويل، سواء كان داخل البلاد أو خارجها، فلا بد أن يرافقها فى سفرها إما الزوج أو محرم لقوله عليه السلام.

«لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى محرم منها»، وقد قدرت مسافة السفر الشرعية بحوالى 90 كيلو متراً.

160- لب الزوج منع الزوجة من العمل :

إذا إذن الزوج لزوجته بالعمل خارج المنزل إذنا صريحا أو ضمنيا - على التفصيل السابق - لم يكن من حقه منعها من الاستمرار في العمل، أو بمعنى آخر لم يكن من حقه إلغاء هذا الإذن، فقد جعل النص من إذن الزوج للزوجة بالعمل خارج المنزل إذنا دائما يدوم بدوام العلاقة الزوجية بينهما، فإذا طلب منها الامتناع عن العمل فلم تمتثل فإنها لا تعد ناشزا ولا تسقط نفقتها. غير أن النص أجاز للزوج استثناء من هذا الأصل أن يطلب من الزوجة الامتناع عن العمل خارج مسكن الزوجية، وأوجب عليها الامتثال لطلبه في حالتين هما:

1- إذا ظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب بإساءة استعمال الحق.

2- إذا ظهر أن استعمالها لهذا الحق مناف لمصلحة الأسرة.

ونعرض لشرح هاتين الحالتين على النحو التالي:

161- إساءة استعمال حق الخروج عن مسكن الزوجية للعمل :

أجازت الفقرة الخامسة من المادة للزوج أن يطلب من الزوجة الامتناع عن العمل خارج مسكن الزوجية إذا ظهر أن «استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق».

وإساءة استعمال الحق، هي التعسف في استعمال الحق.

ونظرية التعسف في استعمال الحق نظرية معروفة منذ القدم في بعض مذاهب الفقه الإسلامي، وكان هذا الفقه من المصادر التشريعية لنص المادة (5) من التقنين المدني واستمدت منه بوجه خاص الضوابط الثلاثة التي اشتملت عليه⁽¹⁾.

(1) المواد 26، 27، 28، 29، 1198، 1200، 1312 من المجلة - مجموعة الأعمال

التحضيرية - الجزء الأول ص 209.

والضوابط الثلاثة المذكورة هي:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

وليس هناك مجال شرح هذه النظرية، وإنما نكتفى بذكر بعض الأمثلة لتعسف الزوجة في استعمال حقها في الخروج من مسكن الزوجية للعمل فمن ذلك:

- 1- ألا تراعى ستر عورتها في ذهابها وعودتها من عملها أو أثناء وجودها بمكان العمل، إذا كان يشاركها في مكان العمل أجنب عنها.
- 2- أن تظهر بمظهر المتبرجة بصورة تدعو إلى الفتنة.
- 3- أن تصطحب الرجال الأجانب حال ذهابها أو عودتها من عملها.
- 4- أن تكثر الخروج من المنزل بلا داع بحجة ذهابها إلى العمل.

162- منافاة استعمال حق الخروج للعمل لمصلحة الأسرة:

نصت الفقرة الخامسة من المادة على أن للزوج أن يطلب من زوجته الامتناع عن الخروج من مسكن الزوجية للعمل «إذا ظهر أن استعمالها لهذا الحق مناف لمصلحة الأسرة».

وعبارة «مصلحة الأسرة» تتسع لتشمل مصلحة الزوج أو الزوجة أو الأولاد فيجوز للزوج أن يطلب منها الامتناع عن الخروج للعمل إذا ظهر أن ذلك مناف لمصلحته، أو مصلحة الزوجة نفسها، أو مصلحة أولادهما.

ويقع على الزوج عبء إثبات ادعائه منافاة خروج الزوجة للعمل لمصلحة الأسرة. وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات الشرعية بما فيها البيئة. وتعتبر هذه المسألة من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضى الموضوع.

ومن أمثلة منافاة خروج الزوجة من مسكن الزوجية للعمل، لمصلحة الأسرة ما يأتى:

- 1- أن يمرض الزوج مرضا يمنعه من الحركة مما يجعله فى حاجة إلى مرافقة زوجته له لتمريره ورعايته.
- 2- أن يكون للزوجة ابن مريض بمرض يلزمه الفراش وليس هناك من يقوم برعايته، فيغدو فى حاجة إلى رعاية أمه وحدها.

3- أن يحدث انحراف في السلوك لأحد الأبناء نتيجة عدم إشراف الأم عليه خلال الوقت الذي تقضيه في العمل أو أن يكون على وشك الانحراف بسبب انعدام هذا الإشراف.

4- أن يحدث تغيير بالزيادة في عدد ساعات عمل الزوجة أو تغيير في نوع العمل، مما يكون من شأنه إنهاك قواها بحيث لا تستطيع أداء واجباتها الزوجية كما كانت تؤديها قبل حصول هذا التغيير.

5- أن يصبح جو العمل ضاراً بصحة الزوجة، سواء من الناحية الجسمية أو العصبية أو النفسية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

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

جادة الصواب خاصة فى السنوات الأولى لحياتهم التى تؤثر فى تكوين شخصياتهم ونظرتهم للأمور - مقدم على المصلحة الخاصة للزوجة فى العمل داخل البلاد أو خارجها».

(طعن رقم 1302 لسنة 73 ق جلسة 2004/12/14)

163- (ملغى).



اختصاص رئيس محكمة الأسرة بصفته قاضيا للأمور المستعجلة

دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى المنازعات

حول السفر إلى الخارج

164- حكم المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000

بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية:

تنص هذه المادة على أن: «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 قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات. ويختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية:

- 1- النظم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أو عدم إعطاء شهادة مثبتة للامتناع سواء للمصريين أو الأجانب.
- 2- مد ميعاد جرد التركة بقدر ما يلزم لإتمام الجرد إذا كان القانون الواجب التطبيق حدد ميعادا له.
- 3- اتخاذ ما يراه لازما من الإجراءات التحفظية أو الوقتية على التركات التى لا يوجد فيها عديم أهلية أو ناقصها أو غائب.
- 4- الإذن للنيابة العامة فى نقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه من أموال عديمى الأهلية أو ناقصيها والغائبين إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين.
- 5- المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن».

وكان مشروع القانون رقم (1) لسنة 2000 يتضمن نصا برقم 26 يجرى - بعد التعديل الذى أدخله عليه اللجنة المشتركة بمجلس الشعب - على أن: «مع

مراعاة أحكام القانون رقم 25 لسنة 1920 بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية وتعديلاته المختلفة - يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوجة أو الأولاد القصر من السفر أو من استخراج جواز سفر - بحسب الأحوال - إذا ثار نزاع فى هذا الشأن، ويختص كذلك بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوج من السفر إذا صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ لمدة ثلاثة شهور بدفع النفقة مع قدرته بعد التنبيه عليه بالدفع.

ويصدر القاضى أمره بالمنع من السفر لمدة محددة قابلة للتجديد، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات الخاصة بالأوامر على عرائض المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بعد سماع أقوال ذوى الشأن. وله فى جميع الأحوال أن يرفض الطلب إذا كان مقدمه قد أساء استعمال حقه فى طلب المنع من السفر وينتهى مفعول الأمر تلقائيا بالتنازل عنه فى أى وقت».

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون عن هذا النص: «وقد جاء النص فى المشروع على هذا النحو استصحابا للأصل المقرر فى المادة 41 من الدستور، وإعمالا لمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع، وللقواعد المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى التى تقنن نظرية إساءة استعمال الحق من مصدرها الأصلى فى فقه الشريعة الإسلامية، وفى نفس الوقت التزم النص بأحد المبادئ الأساسية لضمانات التقاضى، وهو مبدأ المواجهة، فأوجب على القاضى ألا يصدر أمره إلا بعد سماع أقوال ذوى الشأن. تمكينا لأطراف المنازعة من إيداء وجهات نظرهم حتى يقف القاضى عليها ويصدر أمره عن بصر وبصيرة».

وجاء عن هذه المادة بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب ما يأتى:

«وتود اللجنة أن تؤكد بشأن هذا التعديل على المبادئ الآتية:

المبدأ الأول:

للزوج أن يطلب من زوجته عدم السفر بحكم قوامته عليها.

المبدأ الثانى:

عندما يريد الزوج إلزام زوجته بعدم السفر فإنه يلجأ للقاضى، وذلك بدلا

من اللجوء إلى وزير الداخلية لتنفيذ المنع من السفر كما يقضى القانون القائم.

المبدأ الثالث:

يرفض القاضى إصدار الأمر بمنع السفر إذا وجد أن هناك تعسفا فى استعمال الحق. فالمادة 5 من القانون المدنى تنص على أن «يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية:

1- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

2- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

3- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

هذه الأحوال الثلاثة تجعل القاضى يرفض إصدار الأمر، ومعنى هذا أن الأصل هو حق الزوج فى منع زوجته من السفر، الخالف هنا هو أن الزوج بدلا من أن يخاطب وزير الداخلية بشأن منع زوجته من السفر فإنه يذهب للقاضى ليس عن طريق رفع قضية بل من أجل إصدار أمر على عريضة بالمنع من السفر.

المبدأ الرابع:

أن المادة 293 من قانون العقوبات تقضى بأن كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أقاربه أو أصهاره.. وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه يحكم عليه بالحبس مدة ثلاثة شهور مع التنبيه عليه بالدفع.

هنا الزوجة ترى زوجها متيسرا ويمتنع عن الدفع، للزوجة أن تطلب من القاضى أن يمنعه من السفر.

المبدأ الخامس:

هذا القرار الخاص بالمنع من السفر محدد المدة ويجدد، وفى استطاعة القاضى فى التجديد الثانى أن يرفض الطلب لأنه راعى الأحوال الثلاثة الواردة فى المادة (5) من القانون المدنى.

المبدأ السادس:

يجوز التنازل عن المنع من السفر فى أى وقت، وبهذا يسقط أمر المنع

بالتنازل».

إلا أن هذه المادة قوبلت باعتراض بعض أعضاء مجلس الشعب تأسيساً على مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية، وبعد موافقة المجلس على مشروع القانون من حيث المبدأ سحبت الحكومة هذا النص، ورأت الاكتفاء بالبند (5) من الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الإصدار، هذه الفقرة التي أضافتها الحكومة أيضاً بعد موافقة المجلس على مشروع القانون من حيث المبدأ لتواجه إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات وما به من حالات يصدر بها أمر على عريضة استناداً إلى قانون المرافعات يوجب استصدار الأوامر على العرائض في الأحوال التي ينص عليها القانون.

165- حكم الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من قانون إنشاء محاكم الأسرة:

نصت الفقرة الثانية من المادة في البند الخامس منها على أن يختص قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة في المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن».

لما صدر القانون رقم 10 لسنة 2004 بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة نصت الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة منه على أنه: «كما يختص (رئيس محكمة الأسرة)، دون غيره، بإصدار أمر على عريضة في المسائل المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000، وذلك بصفته قاضياً للأمور الوقتية».

وعبارة «المنازعات حول السفر إلى الخارج» وإن كان قد قصد منها المنازعات بين الزوجين حول سفر الزوجة أو الأولاد القصر إلى الخارج إلا أنها جاءت بالنص عامة.

وينبنى على هذا النص أنه إذا ثارت منازعة بين الزوجين حول سفر الزوجة أو سفرها مع أولادها القصر إلى الخارج، كأن تريد الزوجة السفر إلى الخارج أو السفر مع أولادها القصر إلى الخارج فيمنعها الزوج. فإنه يكون

للزوجة أن تتقدم بعريضة إلى رئيس محكمة الأسرة بصفة قاضيا للأمور الوقتية تتنظم فيها من منع زوجها لها أو لأولادها القصر من السفر إلى الخارج وتطلب منه الإذن لها بالسفر.

ويتعين على القاضى قبل إصدار أمره أن يسمع أقوال كل من الزوجين. وقد أراد المشرع بهذا الحكم الالتزام بأحد المبادئ الأساسية لضمانات التقاضى، وهو مبدأ المواجهة، فأوجب على القاضى ألا يصدر أمره إلا بعد سماع أقوال ذوى الشأن تمكينا لأطراف المنازعة من إبداء وجهات نظرهم حتى يقف القاضى عليها ويصدر أمره عن بصر وبصيرة⁽¹⁾.

فإذا وجد القاضى أن الزوج فى منعه زوجته أو أولاده القصر من السفر قد استعمل الحق المقرر له طبقا للشرع والقانون، ولم يكن استعماله هذا الحق مشوبا بالتعسف، كان للقاضى أن يأذن للزوجة أو لأولادها القصر بالسفر حسب الأحوال.

ولما ذكرنا سلفا أن نظرية التعسف فى استعمال الحق معروضة منذ القدم فى بعض مذاهب الفقه الإسلامى، وكان هذا الفقه من المصادر التشريعية لنص المادة (5) من التقنين المدنى الجديد واستمدت منه بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتملت عليه.

(راجع بند 161).

ومن أمثلة الحالات التى يتعسف فيها الزوج فى منع زوجته أو أولاده القصر من السفر إلى الخارج، منعها من السفر للعلاج أو لعلاج أحد أبنائها إذا كان العلاج غير ممكن بالبلاد.

وكذلك منع الزوجة من السفر للخارج لتمثيل البلاد فى مؤتمر علمى خاصة إذا كانت فترة المؤتمر قصيرة.

إنما لا يعتبر الزوج متعسفا فى استعمال حقه، إذا منع الزوجة من السفر إلى الخارج للعمل، لما يترتب على سفرها من فوات حقه فى الاحتباس لفترة

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

طويلة، وبما يترتب عليه من إضرار بالزوج والأسرة بأسرها.
والقرار الصادر من القاضي بالإذن بالسفر أى رفض الإذن بالسفر يجوز
التظلم منه على النحو الموضح بالمواد 197، 198، 199 من قانون المرافعات.

قد قضت محكمة النقض بأن :

لما كان الثابت بالأوراق أن وزارة الداخلية قامت بسحب جواز سفر
المطعون ضدها بناء على طلب الطاعن حال قيام الزوجية بينهما الأمر الذى
حال بين المطعون ضدها وبين السفر للعمل خارج البلاد، وكان ذلك استنادا إلى
حكم المادة الثالثة من قرار وزير الداخلية رقم 3937 لسنة 1996 فيما تضمنته
من تنظيم منح وتجديد جوازات سفر الزوجات قبل القضاء بسقوطها بالحكم
الصادر من المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2000/11/4 فى القضية رقم 243
لسنة 21ق دستورية، وأن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن استخدم حقه
كزوج وراع لأسرته لمنع المطعون ضدها (حال قيام الزوجية بينهما) من السفر
للمعمل خارج البلاد حماية لكيان هذه الأسرة ولترعى ابنتيهما خاصة وأن إحداها
لم تجاوز العاشرة من عمرها. وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع ولم
يقسطه حقه من البحث والتمحيص ويفطن لدلالته مع أنه دفاع جوهرى من شأنه
- لو صح - أن يتغير به وجه رأى فى الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور».

(طعن رقم 1302 لسنة 73 ق جلسة 2004/12/14)

166- (ملغى).

167- مخالفة تقييد حق الزوج فى منع زوجته من الاستمرار فى العمل

لأحكام الشريعة الإسلامية :

الراجح فى كافة المذاهب أنه إذا كانت الزوجة محترفة عملا يضطرها إلى
التواجد خارج منزل الزوجية النهار كله أو بعضه أو الليل كله أو بعضه ثم
تقضى فى بيت الزوجية بقية الوقت، فلا يتحقق مع هذا العمل التسليم الكامل
الذى هو شرط وجوب النفقة، فإذا كان الزوج راضيا بذلك كان مسقطا حقه فى
الاحتباس الكامل مكتفيا منه بالناقص، ووجب عليه النفقة.

أما إذا لم يرض الزوج بهذا الاحتباس الناقص وطلب منها العدول عنه فلم تمتثل، كانت ناشزة، وسقطت نفقتها لفوات الاحتباس الكامل وخروجها عن طاعته، وكذلك لو رضى بخروج المرأة للعمل في أول الأمر، ثم طلب منها الامتناع عن الاستمرار في العمل، فأبت لأن رفضها في هذه الحالة يعتبر نشوزاً.

ولم يفرق الفقهاء بين الأعمال التي تتولاها المرأة خارج مسكن الزوجية، فمادام الزوج لا يرضى بخروجها للعمل، كان عليها الامتناع، وإلا كانت ناشزة ولو كان العمل الذي تؤديه من الأعمال الضرورية للمجتمع كعمل القابلة والطبيبة، وليس للزوج أن يمنعها من الاشتغال في البيت بعمل كالحياكة وأشغال التريكو وعمل المنتجات الزراعية مادام ذلك لا يعوقها عن قيامها بحقوق الزوجية وواجباتها⁽¹⁾.

ففي الفقه الحنفي جاء بالبحر الرائق شرح كنز الرقائق ج4 في باب النفقة ص180 «ذكر في المجتبى وإذا سلمت نفسها بالنهار دون الليل أو على عكسه لا تستحق النفقة لأن التسليم ناقص قلت وبهذا عرف جواب واقعة في زماننا بأنه إذا تزوج من المحترفات التي تكون عامة النهار في الكارخانة والليل مع الزوج لا نفقة لها». في ص 195 وما بعدها «وقيد خروج القابلة والغاسلة بإذن الزوج وفسر الغاسلة بمن تغسل الموتى وينبغي أن للزوج أن يمنع القابلة والغاسلة من الخروج لأن في الخروج إضراراً به وهي محبوسة لحقه وحقه مقدم على فرض الكفاية ... وقالوا هنا له أن يمنع امرأته من الغزل ولا تتطوع للصلاة والصوم بغير إذن الزوج كذا في الظهيرية وينبغي عدم تخصيص الغزل بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب لأنها مستغنية عنه لوجوب كفايتها عليه».

(1) وجاء بمنحة الخالق على البحر الرائق ج4 ص195: «لو كان لها ولد من غيره وأرادت أن ترضعه وتربيته هل له منعها والذي يجب أن يقال أن له منعها يدل عليه ما في التتار خانية عن الكافي في إجارة الطئر وللزوج أن يمنع امرأته عما يوجب خلا في حقه وما فيها أيضاً نقلاً عن السغناقي ولأنها في الإرضاع والسهر تتعب ذلك ينقص جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها».

وجاء بالدر وشرحه: «ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لنقص التسليم. قال فى المجتبى: وبه عرف جواب واقعة فى زماننا أنه لو تزوج من المحترفات التى تكون بالنهار فى مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها» وحاشية ابن عابدين جـ3 ص557.

وجاء بكتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا فى المادة 169 أن: «للزوجة المحترفة التى تكون خارج البيت نهارا وعند الزوج ليلا إذا منعها من الخروج وعصته وخرجت فلا نفقة لها مادامت خارجة».

وفى الفقه الشافعى جاء بحاشية الشيخ البجيرمى على شرح المنهاج الجزء الرابع ص112، ص113 ما نصه: (تجب المؤمن على صغير لا لصغيرة بالتمكين لا بالعقد «قوله بالتمكين» أى التام، وخرج به ما لو مكنته ليلا فقط أو فى دار مخصوصة فلا نفقة لها).

وفى فقه المالكية جاء فى كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر سيدى خليل ص188 (من موانع النفقة النشوز، ومنع لوطء والاستمتاع نشوز، والخروج بدون إذن نشوز) وقال الأبهري وغيره (أجمعوا على أن الناشز لا نفقة لها) وفى الفقه الحنبلي، جاء فى كتاب المغنى والشرح الكبير لابن قدامة جـ8 ص154 ما نصه: (مسألة) قال: وإذا سافرت زوجته بإذنه فلا نفقة لها، ولا قسم أى سافرت فى حاجتها، لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فتسقط، وفى هذا تبنيه على سقوطها إذا سافرت بغير إذنه، فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى⁽¹⁾.

وجاء بفتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1978/10/21 فى الطلب رقم 275 لسنة 1978:

«ولا يقدح هذا فى الحق المقرر للمرأة فى العمل المشروع وأن لها شخصيتها وذمتها المالية متى كانت بالغة عاقلة، لأن المشروعية لا تنافى المنع

(1) ورد ما جاء بمذهب الشافعية والمالكية والحنابلة بفتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1979/2/7 فى الطلب رقم 35 لسنة 1979.

إذ من المقرر شرعا أن للزوج أن يمنع زوجته من صلاة وصوم النوافل مع أنها عبادة مشروعة».

كما جاء بفتواها الصادرة بتاريخ 1979/2/7 في الطلب رقم 35 لسنة 1979 أن (...) وللزوج إذا رضى بعمل زوجته العدول عن هذا، وعليها التجاوب مع رغبته والقرار في منزل الزوجية لأن الحقوق الزوجية متقابلة، إذ عليه الإنفاق وعليها الاحتباس في المنزل. ولم يفرق الفقهاء عند بيان حق الزوج في منع زوجته من الاحتراف بين عمل وعمل وقد قال الله سبحانه وتعالى: في كتابه الحكيم الآية 34 من سورة النساء: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالْصَّالِحَاتُ قَنِيَتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ۚ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ ۚ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٥﴾... الخ».

ولما كان نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى سالفة الذكر، لم يخول الزوج الحق في منع زوجته من الاستمرار في العمل خارج المنزل بصفة مطلقة، وإنما قيد حقه في ذلك طالما أذن لها صراحة أو ضمنا بالعمل خارج المنزل فأجازه استثناء في الحالتين سالفتي الذكر، فإن المادة تكون قد خالفت أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

ولما كانت المادة الثانية من دستور سنة كك/ك (المعدلة بقرار مجلس

الشعب بتعديل الدستور بجلسته المنعقدة في كك/ك/ك/ك والمعمول بها بعد

التعديل اعتبارا من كك مايو سنة كك/ك) تنص على أن: «الإسلام دين

الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع» - ومقتضى هذا النص أن تستمد كافة التشريعات التي تسرى

فى البلاد أيا كان نوعها مدنية كانت أو جنائية أو متعلقة بالأحوال الشخصية ... الخ من أحكام الشريعة الإسلامية، وإن كان لا يلزم فى ذلك التقيد بمذهب معين. فإذا صدر تشريع مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية كان التشريع غير دستورى لمخالفته نص المادة الثانية من الدستور سالف الذكر وإذ خالف حكم الفقرة الخامسة من المادة الأولى سالف الذكر أحكام الشريعة الإسلامية على النحو السالف بيانه، فإنه يكون قد خالف نص المادة الثانية من الدستور، وأضحى النص غير دستورى فى خصوصية ما قضى به من تقييد حق الزوج فى منع زوجته من الاستمرار فى العمل.

