

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقاً)

في

الأحوال الشخصية

المجلد الرابع

الطلاق أسباب التطبيق الخلع - العدة



٩ شارع سامي البارودي باب الخلق القاهرة

٩٩ شارع بيرم التونسي زينهم السيدة زينب

ت: ٢٢٩٦٠٤٤٣ ٢٢٩٥٢٣٠١ - ٢٢٦٣١٥٥٦

Email- dar.mahmoud88@outlook.com

الطلاق

موضوع رقم (١)

تعريف الطلاق - حكمة الطلاق - الصفة الشرعية للطلاق -

التعويض عن الطلاق

١- تعريف الطلاق :

الطلاق - كما عرفه فقهاء الأحناف - رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من الكتابة والإشارة^(١).

والطلاق طبقاً لهذا التعريف قسمان: قسم يرفع النكاح في الحال وقسم يرفعه في المآل.

أما القسم الأول فهو الطلاق البائن، فهو يرفع النكاح بمجرد صدوره في الحال، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين سواء انتهت العدة أم لم تنته إذا كانت البينونة صغرى، أما إذا كانت البينونة كبرى أى كانت الطلقة الأخيرة هى المكملة للثلاث، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها وتتقضى عدتها.

أما القسم الثانى فهو الطلاق الرجعى، فلا ترتفع عقدة الزواج في الحال بل بعد انقضاء العدة، وللمطلق أن يراجع مطلقته مادامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين، وافقت المطلقة أم لم توافق، فإذا انتهت عدتها صار الطلاق بائناً^(٢).

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين المعروفة بحاشية ابن عابدين ج ٢ الطبعة الثانية ١١٦٦ ص ٢٢٦ - شرح فتح القدير كمال ابن الهمام ج ٢ طبعة ١٩٧٠ ص ٢٦٢ - محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص ٢٧٧.

(٢) أما الطلاق والإطلاق لغة فمعناها واحد، فهو رفع القيد مطلقاً، سواء كان القيد حسياً كقيد الفرس أم معنوياً كقيد الزواج وهو مأخوذ من الإطلاق ولكن العرف خصص استعمال (الطلاق) ومشتقاته مثل مطلقة وطلقت بتشديد اللام في رفع قيد الزواج المعنوى =

وقد عرفت محكمة النقض الطلاق بقولها :

«الطلاق شرعا هو حل رابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح أو بعبارة تقوم مقامه تصدر ممن يملكه وهو الزوج أو نائبه».

(طعن رقم 54 لسنة 54 ق أحوال شخصية - جلسة 1985/3/26)

٢- حكمة الطلاق :

شرع عقد الزواج على سبيل الدوام ولهذا لا يصلح عقد الزواج إذا كانت صيغته على التأقيت لأن الله جعل الزواج عقد الحياة، فيه مودة ورحمة للزوجين تعينهما على مواصلة السير في مناكب الحياة تحقيقاً لأغراض الزوجية السامية التي تقام فيها حدود الله، غير أن الزوج قد تعرض له بعض الأمور التي تغير حاله فتجعل الحياة الزوجية مصدراً للمتاعب والشقاء بين الزوجين فينقلب ما كان بينهما من مودة ورحمة إلى شجار وتنافر فيكيد أحدهما للآخر، ولذلك شرع الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتأحران من قيد تلك الرابطة، فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة فقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ^١ وَكَانَ اللَّهُ وَسِعًا حَكِيمًا^٢﴾.

والأسباب التي تدعو الزوجين أو أحدهما إلى فصح عرى الزوجية كثيرة

منها:

- (١) أن يتبين الزوج عيوباً جسيمة بزوجه تفسد حياته وتجعلها جحيماً لا يطاق.
- (٢) أن يحدث تنافر في الطباع والأخلاق بين الزوجين، فيغيب الهدوء والاستقرار عن حياتهما.

= وخصص استعمال (الإطلاق) ومشتقاته مثل مطلقة بسكون الطاء وفتح اللام وأطلقت في رفع القيد الحسي.

ولذلك اعتبر علماء الفقه الإسلامى قول الرجل لزوجته أطلقتك أو أنت مطلقة بسكون الطاء من باب كنيات الطلاق لا من صريحه فلا يقع الطلاق بها إلا بالنية أو دلالة الحال لأنه يحتمل رفع قيد الزواج ورفع قيد آخر، ونص القانون على أن الطلاق لا يقع بكنيات الطلاق إلا بالنية وذلك بالتفصيل الذى سيرد فى موضعه.

(٣) أن تفسد أخلاق الزوجة وتنحرف عن الطريق السوى فلا يطبق الزوج البقاء معها.

(٤) أن تكون الزوجة غير قادرة على الإنجاب، وهو من أهم مقاصد الزواج وأغراضه.

(٥) أن تستحكم الكراهية والنفور بين الزوجين، فلا يجد أحدهما أو كلاهما الراحة والطمأنينة في العشرة الزوجية.

(٦) أن يعتدى الزوج على زوجته بالقول أو الفعل أو يكرهها على محرم بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما.

(٧) أن تتضرر الزوجة من بعد زوجها لغيابه أو حبسه.

(٨) أن يتبين وجود عنة بالزوج أو عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر.

فإذا كان الزوج هو الذى يتضرر من الزواج كان له إنهاؤه بإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة أى دون رضا الزوجة، أما إذا كانت الزوجة هى المتضررة منه فإن عليها رفع دعوى بالتطليق أمام القاضى فى الحالات التى يجوز لها فيها التطليق، فإذا أقامت البينة على دعواها قضى لها بطلباتها، ويكون تطليق القاضى لها نيابة عن الزوج.

والشريعة الغراء وإن أجازت الطلاق، إلا أنها جعلته العلاج الأخير للصدع الذى يطرأ على الحياة الزوجية، فإذا نشزت الزوجة كان للزوج تأديبها، وجعل الشارع حق التأديب على مراحل تبدأ بالموعظة فالهجر فى المضاجع ثم بالضرب، قال تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ۖ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۚ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ۝﴾ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْغَوْا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿١﴾، كما قال تعالى:

﴿ وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾^(١).

كما جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق هو أبغض الحلال إلى الله، وحظرت اللجوء إليه إلا عند الحاجة. (أنظر في التفصيل البند التالي).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أنه:

«شرع الطلاق في الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية أصبح غير ميسور فللرجل أن يوقع الطلاق مستقلاً بإيقاعه إذا علم ذلك. وللمرأة أن تطلب إلى القاضى التطلاق إذا علمت ذلك بعد أن يلحقها الضرر لأى سبب من الأسباب الموجبة».

٢- الصفة الشرعية للطلاق:

اختلف الفقهاء فيما إذا كان الأصل في الطلاق الإباحة أم الحظر. فذهب أغلب الفقهاء - ومن بينهم الأحناف - إلى أن الأصل فى الطلاق الحظر لا الإباحة، فالطلاق لا يباح إلا لحاجة، فيحمل لفظ المباح على ما أباح فى بعض الأوقات أى أوقات تحقق الحاجة المبيحة. فإذا لم تكن هناك حاجة فإن الطلاق يكون حمقاً وسفاهة رأى ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بالزوجة وبأهلها وأولادها^(٢).

والحاجة إلى الطلاق قد تكون كراهة ونفور أو سوء عشرة أو اعوجاج سيرة.

وقد استندوا فى هذا الرأى إلى قوله تعالى فى سورة النساء (الآية ٤٤): ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ أى لا تطلبوا الفراق لأن الطلاق

(١) سورة النساء - من الآية (١٢٨).

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٢٨ - شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٦٥ - محمد أبو زهرة ص ٢٨٢.

مع عدم الحاجة بغى، وإلى حديث الرسول عليه السلام: «إن أبغض الحلال عند الله الطلاق». وحديثه: «لعن الله كل ذواق مطلق» فالمراد بالحلال ما ليس فعله يلزم الشامل للمباح والمندوب والواجب والمكروه⁽¹⁾.

وقوله عليه السلام: «لا تطلقوا النساء إلا من ربيبه فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات» وقوله: «أيما امرأة اختلعت من زوجها من نشوز فعليها لعنة الله والملائكة، والناس أجمعين».

كما استندوا إلى أن الزواج نعمة والطلاق قطع له وقطع النعمة لا يجوز إلا إذا زالت صفتها، والزواج عقد أبدى لازم، والقياس يوجب ألا ينهيه أحد العاقلين بإرادته المنفردة ولكن أجزى للحاجة فقط، فإذا لم تكن ثمة حاجة يبقى القياس وهو المنع.

ولذلك ذهبوا إلى أن الطلاق إذا وقع دون حاجة فإنه يكون حراماً أو مكروهاً تحريماً في رأى البعض⁽²⁾.

وأن الطلاق يكون مستحباً إذا كان بسبب سوء أخلاق الزوجة وطباعها وإيذاء الزوج أو الجيران بالقول أو الفعل أو ما شابه ذلك أو تركها الفرائض. ويكون واجباً إذا كان سببه يرجع إلى عيب في الرجل لا ترضى به المرأة مما يفوت به الانتفاع بثمرات الزواج. والطلاق بلا حاجة وإن كان حراماً أو مكروهاً تحريماً، إلا أنه يقع قضاء وتترتب عليه آثاره⁽³⁾.

(1) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٢٨.

(2) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٦٥ - الدكتور محمد بلتاجي - أحكام الأسرة ج ١ طبعة

١٩٨٥ ص ٤٩٦ - وفي هذا المعنى حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٢٨.

(3) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 26 يناير سنة 1959 في الطلب رقم 175 لسنة 1959 بأن:

«إن الشريعة الإسلامية التي شرع الله فيها الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان من قيد الرابطة الزوجية قد جعلت أمر الطلاق للزوج، وجعلت له أن يطلق زوجته بينه وبينها، فإن كان بسبب يدعو إلى ذلك من كراهة ونفور أو سوء عشرة =

وذهبت الأقلية من الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الإباحة لا الحظر واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(١)، ونفى الجناح معناه نفى الإثم وذلك يقتضى الإباحة، ولإطلاق قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٢) وحاولوا أن يضعفوا من رواية الحديث الذى يجعل الطلاق أبغض الحلال، كما استندوا إلى أن بعض الصحابة قد طلقوا زوجاتهم.

ويرد على هذا رأى أن نفى الجناح فى الآية إنما هو منصب على الطلاق قبل التسمية والدخول لأن نفى شيء مقيد بقيد يكون القيد ملاحظا فى النفى فهو منصب عليه، وأن صحة الحديث سالف الذكر ظاهرة وقد ورد فى كتب الحديث المعتمدة كما يشهد له الواقع، وقد يكون طلاق أحد الصحابة لزوجته أو زوجاته حاجة غير ظاهرة، وقد عاب أحد كبار الصحابة وهو الإمام على بن أبى طالب على ابنه كثرة زواجه وطلاقه، إذ ذكر ذلك عن ابنه الحسن رضى الله عنهما^(٣).

٤- التعويض عن الطلاق:

قدمنا أن رأى أغلب الفقهاء أن الأصل فى الطلاق الحظر لا الإباحة، فالطلاق لا يباح إلا لحاجة، فيحمل لفظ المباح على ما أبيح فى بعض الحالات أى أوقات تحقق الحاجة المبيحة.

ويبنى على ذلك أنه إذا طلق الرجل امرأته لغير حاجة يكون قد تعسف فى استعمال حقه لأن الطلاق كسائر الحقوق التى ينقيد الشخص فى استعمالها بعدم

= أو اعوجاج سيرة فيكون مباحا، أما إذا كان الطلاق بلا سبب فإنه يقع مع كونه منهيًا عنه شرعا ولم تهدر الشريعة رأى المرأة وحققها فى موضوع الطلاق... الخ..

(١) الآية رقم (٢٢٦) من سورة البقرة.

(٢) الآية رقم (١) من سورة الطلاق.

(٣) راجع فى عرض هذا رأى والرد عليه: الدكتور جمال الدين محمد محمود - مشكلات الطلاق فى قانون الأسرة - بحث منشور بمجلة المحاماة - السنة ٥١ - العدد الثانى

فبراير ١٩٧١ ص ٤٧ وما بعدها.

التعسف فيها، ويكون بالتالى ملزماً بتعويض الزوجة عما يلحق بها من جراء الطلاق من ضرر سواء كان هذا الضرر مادياً كما لو كانت المطلق تمارس عملاً كمدرسة مثلاً تكسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج، أم أدبياً كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها. وقد أخذ بهذا الرأي أغلب الفقهاء^(١) وأحكام المحاكم^(٢).

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية الطبعة الثانية ص ٢٨١ - الدكتور أحمد الغندور - الطلاق فى الشريعة الإسلامية والقانون الطبعة الأولى سنة ١٩٦٧ - المستشار أنور العمروسى - أصول المرافعات الشرعية الطبعة السابعة ص ٦١٧.

(٢) فقضت محكمة مصر الابتدائية بتاريخ 20 يناير 1926 بأن: «أن الطلاق حق مباح للزوج، إلا أن روح الشريعة الإسلامية السمحاء لا تقبل السماح بالطلاق جزافاً، فإن الزواج لا يقصد به الاستمتاع الشهوانى فقط بل الغرض منه أسمى وأشرف من ذلك وهو تكوين العائلة وإيجاد الرابطة والألفة بين الزوجين وأهلها مما يترتب عليه دوام العمران.

وبالنظر لاحتمال ظروف تطرأ على الزوجين تكون فوق طاقتهم وطاقة أهلها شرع الطلاق رحمة بالزوجين، ولكنه شرع للضرورة وليس من المروءة ولا من الإنسانية ولا من الإيمان أن يتزوج شخص بامرأة ثم يطلقها بغير سبب ما. فإذا طلق الزوج زوجته وثبت أن هذا الطلاق حصل بغير سبب ما وتترتب عليه ضرر مادي أو ضرر أدبى للزوجة كان للزوجة الحق فى مطالبة مطلقها بتعويض كل ما أصابها من ضرر مادي أو أدبي».

وقضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 1958/2/23 بأن:

«القول بأن الشريعة تجيز الطلاق لمجرد رغبة الخلاص من الزوجة وأنه لا يترتب عليه أية مسئولية غير التى خولها الشرع للمطلقة من مؤخر صداق ونفقة أو متعة لأن الطلاق يعود على المطلق بمنفعته الشخصية وهى التخلص من زيجة لا يجد فيها مودة ولا رحمة يجب سترها ولا يجوز أن تعرض على القضاء، هذا القول ليس صحيحاً على إطلاقه فى دين الله ولا فى سنة رسوله فقد أوجبا معاشرة الأزواج بالحسنى ونهيا عن العجلة وعدم التمهل فى الطلاق والفقهاء مجمعون على تحريم الطلاق بغير سبب، فإن وقع ولو أن أحكاماً تترتب عليه إلا أنه يكون مخالفاً لنصوص القرآن والسنة ويكون موقعه أثماً وخارجاً على حكم الشريعة.

= الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء فإن تبين أن استعماله كان لغرض غير مشروع قضى بالتعويض طبقاً للمادتين 6، 5 من القانون المدنى وقد استمد الشارع المصرى هذا المبدأ القائل بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالغير من الفقه الإسلامى ومن التطبيقات العملية التى انتهى إليها القضاء وعن طريق الاجتهاد.

- الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج لا تدخل فى التعويض الذى يقضى به عن الطلاق التعسفى».

(راجع أيضاً: شبين الكوم الابتدائية فى 1930/12/3).

وذهب رأى آخر إلى أنه وإن كان الأصل فى الطلاق هو الحظر، ولا يباح إلا للحاجة، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية وقد تكون مما يجب ستره وهو فى كل أحوالها أو جلها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شدا وجذبا، ومن ثم فالطلاق ولو كان بدون حاجة لا يستوجب التعويض، وقد أسس بعض أنصار عدم التعويض عن الطلاق رأيهم على أن الأصل فى الطلاق هو الإباحة، فهو حق مطلق للزوج (راجع محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية ص ٢٨٢ وما بعدها).

وقد تزوج رجل من امرأة كانت مدرسة تكفل معاشها بمرتب تتقاضاه، وترتب على زواجها ترك وظيفة التدريس وسقوط حقها فى المرتب، ولكن لم يمض على زواجها إلا القليل حتى طلقها زوجها.

رفعت الزوجة على مطلقها دعوى تعويض مستندة إلى المادة ١٥١ من القانون المدنى مدعية أن زوجها لم يستعمل حقه الشرعى ولكنه أساء استعماله مرتكبة على نظرية حديثة.



قضت لها محكمة أول درجة بالتعويض فاستأنف الزوج الحكم، فقضت له محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم ورفض دعوى الزوجة.

وبنت المحكمة الاستئنافية حكماً على الأسباب الآتية:

لأن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا - وإذن هى تعلم وقت التعاقد النتائج التى قد ترتبت على عقدها فلا يجوز لها أن تتظلم منها ولأن الشريعة - وهى القانون الخاص الذى يخضع له عقد الزواج - قصرت حق الزوجة عند الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة دون التعويض.

وقد أسسوا مسؤولية المطلق على المادتين ٤، ٥ من التقنين المدني استناداً إلى ما ورد بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني من أنه: «بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع. وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني وإنما بسطه على هذه النواحي جميعاً بل وعلى نواحي القانون قاطبة. فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية وأنها تسرى في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزها إلى القانون العام ولذلك أثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاماً محتذياً مثال أحدث التقنيات وأرقاها».

وفي رأينا أن أساس مسؤولية المطلق يجب أن يكون نظرية التعسف في استعمال الحق الواردة بالفقه الإسلامي لا أحكام المادتين ٤، ٥ من التقنين المدني، وإن كان الخلاف في تحديد هذا الأساس ليس من شأنه إحداث تغيير في حكم المسؤولية، لأن الفقه الإسلامي من المصادر التشريعية للمادتين (٤، ٥) من

= ولأن المناقشة في التعويض تستلزم الخوض في أسباب الطلاق وفي ذلك من فضح أسرار العائلات ما لا يخفى.

وأخيراً لأن المصلحة العامة تقضى بأن لا يلزم زوج بمعاشرة زوجة قد لا يطبق معاشرتها لعيب نفسى أو خلقى فيها.

وفي الحكم بالتعويض إكراه له على قبول هذه الحالة.

(استئناف مصر الأهلية - 1927/12/18).

وقضت محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢٢ يناير سنة ١٩٢١ أن الطلاق مباح، فلا يترتب عليه في الشريعة الإسلامية أية مسؤولية إلا الحقوق التي يخولها الشرع للمطلقة، من حيث المهر ونفقة العدة، حتى لو كان الطلاق بلا سبب... الخ (منشور بمؤلف الدكتور الغندور ص ٧٧).

التقنين المدنى واستمدت منه بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتملت عليها المادة الخامسة^(١).

(١) وتفسير ذلك أن الطلاق من مسائل الأحوال الشخصية، فيكون التعويض عنه بالتالى من مسائل الأحوال الشخصية باعتباره أثراً له، وليس من المسائل المدنية، ولما كانت المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ومن قبلها المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) تنص على صدور الأحكام طبقاً لأقوال من مذهب أبى حنيفة

عند عدم وجود نص تشريعى، فإن قواعد التعسف فى استعمال الحق المنصوص عليها فى رأى الراجح من المذهب الحنفى والذى يعتبر الشريعة العامة فى المسائل الأخرى للأحوال الشخصية للمسلمين يكون هو واجب التطبيق دون أحكام التقنين المدنى الذى يعتبر الشريعة العامة بالنسبة للتشريعات الأخرى.

ولم يرد بنص المادتين (٤، ٥) من التقنين المدنى ما يسبغ سريانها على التعسف فى استعمال الحق فى مسائل الأحوال الشخصية، ولا يجوز - فى رأينا - الاستناد فى ذلك إلى العبارات التى أوردتها مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى التى أوردناها فى المتن لأنه لا يجوز التعويل على الأعمال التحضيرية للتشريع إذا خالفت نصاً فيه - كما هو الشأن فى المسألة المعروضة - كما أنه يمكن صرف هذه العبارات إلى مسائل الأحوال الشخصية التى لا تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولذلك أثناء مناقشة البحث المقدم من حضرة الدكتور حلمى بهجت بدوى بشأن المبادئ الخاصة بإساءة استعمال الحق وتحديد مدى تطبيقه فى لجنة مراد سيد أحمد باشا بالجلسة السادسة المنعقدة فى ٢٢ أبريل ١٩٩٦ ذهب رئيس اللجنة إلى أنه: «لما كانت إساءة استعمال الحق شائعة على هذا النحو فى كل من القانون العام والخاص فإن فى الوسع التأكيد بضرورة إبراز فكرة الجزاء على إساءة استعمال الحق فى صورها المتعددة بين نصوص الدستور».

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٣).

وسيراً فى هذا الاتجاه قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ 10/12/1981 فى الطعن رقم 24 لسنة 50 قى بأن:

«مسائل الأحوال الشخصية لا تخضع لأحكام هذا القانون إنما تسرى عليها الأحكام المقررة بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأرجع الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى تنص فيها قوانين الأحوال الشخصية على قواعد خاصة وذلك إعمالاً لنص=

وقد أصدرت محكمة النقض حكماً بصدد التعويض عن الطلاق :

الحكم الأول بتاريخ 29/2/4940 فى الطعن رقم 67 لسنة 9 ق ذهبت فيه إلى: «إن تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أخته هى اضطره إلى ذلك وهذا من الأمور الموضوعية التى تقدرها المحكمة بحسب ظروف كل دعوى وملاساتها».

وهذا الحكم يقر مبدأ التعويض عند استعمال حق الطلاق بصفة عامة، وإن كان صادراً بخصوص الحالة التى تعهد فيها الزوج بتعويض زوجته عندما يطلقها أى القضاء عليه بما التزم به، فنقوم مساءلته على أساس المسؤولية العقدية لإخلال الزوج بما ألزم به نفسه وهذا غير الحالة التى تكون خلوا من أى تعهد، وغير الحالة التى تقوم المساءلة فيها للعسف الذى يبدو من الزوج فى استعمال حقه فى الطلاق. كما أنه يتضمن من ناحية أخرى رفض تلك المحكمة لما يثار من أن الشريعة تلاحظ حماية حرية الطلاق وسريته فيما أشارت إليه المحكمة عن انتفاء ما التزم به الزوج إذا كان الطلاق بناء على فعل أخته الزوجة واضطر الزوج إلى طلقها إذ أن ذلك القول عن هتك الأسرار بكشف أسباب الطلاق، لا أثر له فى بحوث الفقهاء ولا يمس النظام العام فى شيء⁽¹⁾.

الحكم الثانى صادر بتاريخ 30 يناير سنة 1963 فى الطعن رقم 532 لسنة 26 ق وقد جاء به أن: «الحكم الصادر بالنفقة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يحوز حجية مؤقتة يرد عليه التغير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغيير دواعيها كما أن عقد الزواج لا يكسب أياً من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطلق حقاً مستقراً ولا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقاً مكتسباً فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقاً للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج ديانته والثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن الإسلام لم يعد

= المادة ٢٨٠ من اللائحة المذكورة والمادة ٦ من القانون ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية»، وعبرة هذا القانون الواردة بالحكم تنصرف على ما هو وارد بأسبابه إلى (القانون المدني).

(1) حسين عامر وعبد الرحيم عامر فى المسؤولية المدنية ص ٢٨٣ وما بعدها.

لحكم النفقة الصادر من المجلس الملى وجود فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاع الطاعن الطلاق على ما قضت به محكمة النقض بهيئتها العامة بين الطرفين فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٦ فى القضية رقم ٤ سنة ٢٥ق وقد استوفت المطعون عليها حقها فى هذا الخصوص فليس لها بعد ذلك - أن تتحدى بقيام حكم هذه النفقة المقضى لها بها من المجلس الملى المشار إليه والحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر واعتبر أن إيقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة وهى إسقاط حكم النفقة المشار إليه يكون قد خالف القانون مما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن الأخرى» - ومفهوم المخالفة لهذا الحكم أنه إذا قصد بالطلاق تحقيق مصلحة غير مشروعة، فإن ذلك يكون سببا لطلب التعويض.

ولما صدر القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ أضاف إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نص المادة (١٨ مكررا) والتي تجرى على أن: «الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط»^(١).

والمستفاد من الأعمال التحضيرية للقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ والقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ السابق عليه - والمقضى بعدم دستوريته - أنه قصد من تشريع متعة المطلقة بعد الدخول، جبر خاطر المطلقة ومواساتها وتطبيب خاطرها تخفيفا لألم الفراق ووحشته، وتوفير معونة لها أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق، وقد روعى فى تحمل الزوج بها مبادئ التضامن الاجتماعى الذى يقوم عليه المجتمع طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولصريح نص الدستور.

واستحقاق المطلقة المدخول بها لهذه المتعة لا يؤثر على استحقاقها للتعويض الجابر لما يصيبها من أضرار أخرى.

(١) وكان يقابل هذا النص فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته المادة (١٨ مكررا) المضافة إلى المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والتي جاءت مطابقة حرفيا للنص الحالى.

موضوع رقم (٢)

من يملك إيقاع الطلاق؟ - حكم الطلاق الصادر من

بعض الأشخاص - من يقع عليها الطلاق؟

٥- من يملك إيقاع الطلاق؟

لو كان الطلاق لا يقع إلا باتفاق الزوجين وتراضيهما عليه لأمكن أن يتعنّت أحدهما فيوقع الآخر في ضرر لا يمكنه التخلص منه ولساءت العشرة واشتد الخلاف إلى موقف يكون سيئاً إذا عاندت المرأة الرجل وأضاعت أمواله ولم تحافظ على بيته وشرفه.

ولذلك جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق بيد الرجل وحده، فللزواج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة دون التوقف على رضاها في أى وقت شاء في الحدود الدينية التي رسمها الشارع الإسلامي.

وقد اختصت الرجل بذلك دون المرأة لأنها تنتظر في أحكامها إلى ما هو الأعم الأغلب من أحوال الناس وتجعل المناط في الأحكام المظان الكلية لا الحوادث الجزئية والوقائع الفردية، ولا شك أن الأصل في المرأة أنها سريعة الغضب شديدة التأثير، كما أنها أضعف عقلاً من الرجل، وتندفع غالباً وراء عاطفتها، وذلك لأنها خلقت على غرائز خاصة وطبائع رقيقة، وهذه الغرائز والطباع اختصها الله بها - لتكون مصدر العطف والحنان والشفقة التي لا بد منها في تربية الأولاد وتنشئتهم.

وطبيعة المرأة هذه تجعلها في مواطن الغضب شديدة الانفعال محتدة المزاج وتندفع مع العاطفة ولا تتردد في الاندفاع ولا تبالي بما يكون من ورائه من نتائج ضارة أو نافعة سيئة أو حسنة بل ترى النفع كله والحسن جميعه في أن تجيب داعي العاطفة، فإذا كان الطلاق في يدها لأوقعته وانهارت الأسرة بالتالي بمجرد خصام بين الزوجين أو إساءة بسيطة من الزوج وهي أمور لا تخلو منها الحياة الزوجية.

أما الرجل فالأصل فيه التحكم والأناة وضبط النفس عند الغضب وتغليب العقل على العاطفة والتبصر في عواقب الأمور قبل الإقدام عليها، كما أن عقل الرجل يتفوق على عقل المرأة.

والطلاق يحمل الرجل أعباء مالية، إذ بالطلاق يحل على الرجل المؤجل من المهر وتجب عليه نفقة العدة والمتعة - إذا تحقق موجبها - كما يلزمه بذل المال في سبيل الزواج من أخرى بدلا ممن طلقها، وكل هذه النفقات التي سيتحملها الرجل تجعله لا يقدم على الطلاق إلا عند الحاجة الماسة وبعد التروي والتفكير في عواقبه، أما المرأة فإنها لا تتحمل بأى عبء مالى نتيجة الطلاق، فليس لديها بالتالى ما يحملها على التروي في الطلاق إذا كانت تملكه.

والشريعة وإن لم تجعل الطلاق بيد المرأة إلا أنها لم تهمل جانبها في مسألة الطلاق، فجعلت لها الحق في طلب الطلاق من القاضى إذا وجد سبب يسوغ تطليق القاضى الزوجة على زوجها، كإساره بنفقتها وغيابه عنها مدة سنة بلا عذر مقبول أو إيذائه لها بالقول أو الفعل بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فإذا أثبتت دعوها قضى لها بالتطليق.

وليس لغير الزوج أو وكيله - كما سنرى - أن يوقع الطلاق فليس لولى الزوج أو وصيه أن يوقع الطلاق لأن أحكام عقد الزواج كلها ترجع إلى الزوجين لا إلى من تولى العقد ولو كان وليا على النفس⁽¹⁾.

ويشترط في الرجل حتى يقع طلاقه أن يكون أهلا لإيقاعه بأن يكون بالغاً عاقلاً طائعاً. وهذا ما يدعونا إلى التصدى لحكم الطلاق الذى يصدر من بعض الأشخاص في البند التالي.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«.. الشريعة الإسلامية تبيح للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة - وهى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة

(1) فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ جماد أول سنة ١٣٢٨هـ.

أو الملة وتصدر الأحكام منها طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.. الخ».

(طعن رقم 8 لسنة 36ق - أحوال شخصية - جلسة 1968/2/44)

حكم الطلاق الصادر من بعض الأشخاص :

٦- (١) طلاق المجنون :

الجنون هو اختلال في العقل يفقد الإدراك تماما، ويصحبه اضطراب وهياج غالبا.

والجنون إما أن يكون أصليا أو طارئا، كما يكون مطبقا أى مستمرا أو غير مطبق أى متقطع.

والرأى المفتى به في المذهب الحنفى أن الجنون يكون مطبقا إذا استمر بصاحبه شهرا فأكثر^(١).

وطلاق المجنون جنونا مطبقا لا يقع إطلاقا، ويقع طلاق المجنون جنونا غير مطبق في فترة إفاقة، لأن العقل أداة التفكير ومناط التكليف، وأن المجنون زالت عنه أهلية الأداء التي تتوقف عليها التصرفات الصحيحة، وذلك لقول النبي عليه السلام: «كل طلاق جائز الإطلاق الصبي والمجنون». ولما روى عن سيدنا عثمان رضى الله عنه أنه قال: «ليس لمجنون ولا لسكران طلاق». وما روى عن ابن عباس أنه قال: «لا يجوز طلاق الصبي والمجنون»، والمراد بالجواز هنا النفاذ.

وإنما يقع طلاق المجنون إذا علقه بشرط وهو عاقل ثم جن ووجد الشرط وهو مجنون^(٢).

ولا يملك الولي أن يطلق زوجة من هو في ولايته لأن أحكام الزواج ومنها الطلاق ترجع إلى الزوجين لا إلى من تولى إنشاء عقد الزواج. فإن أرادت زوجة المجنون التطليق على زوجها كان لها رفع دعواها إلى القاضي إذا توافرت إحدى حالات التطليق.

(١) الدكتور أحمد الحصرى النكاح والقضايا المتعلقة به ص ٤٨٠.

(٢) مادة (٢٢٠) من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا.

وإذا ادعى المطلق جنونا وقت طلاقه صدق بيمينه إذا كان قد عرض له جنون من قبل ولو مرة واحدة، وإلا لم يصدق إلا ببينة^(١).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

١- «صرح علماؤنا بأن جميع من يجن ويفيق، يكون في حال إفاقته كعقل بالغ في جميع تصرفاته التي منها الطلاق. وأن كل ما يستوى فيه الهزل والجد كالطلاق والنكاح ينفذ في المحجور عليه. وعلى ذلك فالطلاق الصادر من المجنون المحجور عليه المذكور في حال إفاقته واقع عليه ويترتب عليه أحكامه. والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 44 من ذى القعدة سنة 1320هـ)

٢- «لو طلق الصبي أو وليه والحال ما ذكر في السؤال لا يقع الطلاق. فقد نص العلماء على أن من فيه أهلية الطلاق هو الزوج العاقل البالغ المستيقظ. فلا يقع طلاق والد الصغير ولا طلاق المجنون ولا طلاق النائم ولا طلاق الصبي ولو مراقبا. والله تعالى أعلم».

(فتوى صادرة في جماد أول سنة ١٢٢٨هـ).

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«المجنون في فقه الشريعة الإسلامية، من أصيب باختلال في العقل يفقده الإدراك تماما وتكون حالته حالة اضطراب، وحكمه أن تصرفاته القولية تكون باطلة بطلانا كلياً فلا تصح له عبارة أصلاً ولا ينبئ عليها أى حكم من الأحكام».

(طغان رقما 57، 66 لسنة 49 في جلسة 1981/6/23)

٧- (٢) طلاق المعتوه:

العتة آفه توجب خلا في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام يشبه بعض كلامه العقلاء وبعضه كلام المجانين وكذا سائر أمور.

(١) الدكتور أحمد الغندور الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون - الطبعة الأولى

فالعته بهذا المعنى لا يذهب العقل بالكلية بل يكون عند صاحبه بقية منه ولذلك ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المعتوه يكون دائما مميزاً^(١).

وقد أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية في الطلب رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٦٨ بتاريخ ١٦/٥/١٩٦٨ إذ جاء بفتواها:

«تقرر السائلة أن زوجها الذى صدر منه الطلاق بالإشهاد المذكور معتوه. وما دام معتوها فالمقرر شرعا أن طلاق المعتوه لا يقع لنقصان الأهلية ولكن وقد حصل الطلاق بإشهاد رسمى على يد موظف عمومى مختص بإصداره وهو المأذون وإشهاد الطلاق حجة فيما دون به ما لم يصدر حكم بإبطاله. فلا بد لمن يهيمه الأمر وهى السائلة فى هذه الحالة أن ترفع الأمر إلى القضاء المختص وتتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لإبطال هذا الطلاق متى ثبت أمام القضاء أن المطلق صدر منه هذا الطلاق وهو معتوه. ومن هذا يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

والموضح أن محكمة النقض تأخذ بهذا الرأى إذ قضت بتاريخ ١٤/٢/١٩٧٣ فى الطعن رقم ٧ لسنة ٣٩ق (أحوال شخصية) بأن:

«الرأى فى المذهب الحنفى أنه إذا زوج المعتوه نفسه أو زوجه وليه الأبعد مع وجود الأقرب فإن عقد الزواج يكون موقوفا على إجازة الولى الأقرب فإن أجاز نفذ وإلا بطل».

وطلاق المعتوه لا يقع لنقصان إدراكه وعدم معرفته وجه المصلحة، والطلاق من التصرفات التى يغلب عليها الضرر وهو لا يملك منها إلا ما كان نافعا. ولا يصح هذا الطلاق بإجازة وليه.

(١) لكن يرى بعض الفقهاء أن العته نوعان: عته تام وآخر غير تام، والأول يأخذ حكم الجنون لأنه نوع منه يسمى بالجنون الساكن، والثانى يأخذ حكم الصبى مع التمييز وهذا هو الرأى الذى نؤيده. (الدكتور محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ص ٣٢٨ وفى هذا المعنى عمر عبد الله - أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية طبعة ١٩٦٨ ص ٧١).

وقد روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه قال «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» والمراد بالجواز هنا النفاذ.

٨- (٣) طلاق الغضبان:

قسم الحافظ ابن القيم الحنبلى الغضب فى رسالته فى (طلاق الغضبان) إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده. وهذا لا إشكال فيه، ويقع طلاقه.

الثاني: أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا يريده، فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله.

الثالث: من توسط المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون. فهذا محل النظر والأدلة تدل على عدم نفاذ أقواله.

وقد أخذ الأحناف بهذا رأى وذهبوا إلى أن طلاق الغضبان لا يقع إلا إذا بلغ به الغضب مبلغا لا يدرى معه ما يقول أو يفعل أو وصل به إلى حالة تغلب فيها الهذيان واختلاط الجد بالهزل، وإن كان بعلم أقواله ويريدها^(١).

ويستند هذا رأى إلى قول النبى عليه السلام: «لا طلاق فى إغلاق»، فقد فسره بعض العلماء بأنه يغلق على الشخص باب الإرادة والقصد ويسد عليه طريق الوعى والإدراك. ولأن الغضبان فى هذه الحالة يكون مسلوب الإرادة والإدراك لشدة انفعاله وهيجانه.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

١- «نفيد بأنه إذا صدرت صيغة الطلاق المذكورة من هذا الرجل وهو غضبان غضبا شديدا بحيث أصبح لا يعى ما يقول وقته أصلا وأصبح يغلب الخلل فى أقواله وأفعاله لم يقع بهذه الصيغة طلاق لعدم أهلية الزوج للإيقاع فى هذه الحالة. أما إذا لم يصل به الغضب إلى الحالة المذكورة وقع بالصيغة المذكورة طلاق واحدة رجعية إن لم تكن هذه الطلقة مكملة للثلاث... الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1936/10/3)

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٤٤ - الأستاذ حسنين محمد مخلوف فتاوى شرعية وبحوث إسلامية - الجزء الثانى - صادر عن دار القافلة ص ٧٩ وما بعدها.

٢- «الغضب الذى لا يقع معه الطلاق على ما اختاره ابن عابدين من فقهاء المذهب الحنفى فى حاشيته رد المحتار وحققه ابن القيم فى كتابه إغاثة اللهفان يتمثل فى حالتين: الأولى: إذا بلغ الغضب بالزوج نهايته وقت الطلاق فلا يعلم ما يقول ولا ما يريد.

الثانية: ألا يبلغ هذه الغاية. ولكن يغلب عليه الخل والاضطراب فى أقواله وأفعاله، وذلك عملاً بحديث الرسول ﷺ «لا طلاق فى إغلاق» والمراد بالإغلاق أن يغلق على الرجل وقت الطلاق باب الإرادة ويفقد الوعي. فإذا لم يبلغ الغضب بالزوج وقت الطلاق واحدة من هاتين الحالتين بأن كان غضبه دونهما. فإن الطلاق يكون واقعاً والمعيار هنا شخصي. بمعنى أن الشخص المتلفظ بصيغة الطلاق هو بالدرجة الأولى الذى يحدد درجة الغضب التى كان عليها وقت الواقعة، وهل تتدرج فيه إحدى هاتين الحالتين فلا يقع الطلاق. أو لا تتدرج فيقع الطلاق. فليتنق الله فيما فوض إليه، لأن الأمر يتعلق بحل معاشرته وزوجته أو حرمتها عليه.

وعلى ذلك فإذا كانت حالة الغضب التى كان بها الزوج السائل واحدة من هاتين الحالتين فلا يقع معها الطلاق إذا كان بهذه الدرجة من الغضب. أما إذا لم تبلغ درجة غضبه واحدة من هاتين الحالتين بل كان متمكناً من إرادته ووعيه وضبط نفسه وألفاظه.. الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1979/8/2 فى الطلب رقم 248 لسنة 1979)

3- «نص الفقهاء على أن طلاق الغضبان لا يقع فى حالتين:

الحالة الأولى: أن يبلغ به الغضب نهايته فلا يدري ما يقوله وما يقصده.
الحالة الثانية: ألا يبلغ به من الغضب هذه الحالة ولكنه يصل به إلى حالة الهذيان فيغلب الخل والاضطراب فى أقواله وأفعاله، أما إذا كان الغضب أخف من ذلك وكان لا يحول دون إدراك ما يصدر منه ولم يستتبع خلافاً فى أقواله وأفعاله وكان يعي ما يقول. فإن الطلاق فى هذه الحالة يقع من غير شبهة».

(فتوى صادرة بتاريخ 10 يناير سنة 1980 فى الطلب رقم 380)

لسنة 1979)

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«المقرر في فقه الحنفية الواجب العمل به وفقاً لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن طلاق الغضبان لا يقع إذا بلغ به الغضب مبلغاً لا يدرى معه ما يقول أو يفعل أو وصل به إلى حالة من الهذيان يغلب عليه فيها الاضطراب في أقواله وأفعاله وذلك لافتقاده الإرادة والإدراك الصحيحين، وكان تقدير توافر الأدلة على قيام حال الغضب هذه هو مما يدخل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الدليل في الدعوى فلا تخضع بصده لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغاً، وكان لا يوجد معيار طبي للمدة التي يستغرقها الغضب تبعاً لتفاوت مداه ومدى التأثير به بالنسبة لكل حالة، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بشهادة الشاهد الثاني لعدم سماعه يمين الطلاق. وانصراف شهادته إلى وقت سابق على تحرير إشهاد الطلاق بحوالى الساعة ولم يأخذ بالمستندات المقدمة من الطاعن إثباتاً لإصابته بمرض عصبى لعدم إمكان الاستدلال بها على إيقاعه الطلاق وهو في حالة الغضب المعتبرة شرعاً، وهو منه تقدير سائغ لأنه لا يكفي لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب بل يشترط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة إيقاع الطلاق حتى نتج أثرها على إرادة المطلق ومن ثم لا يتوافر نصاب الشهادة على قيام حال الغضب المبطل للطلاق ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 28 لسنة 48 ق - جلسة 1980/2/13)

٩- (٤) طلاق المدهوش:

المدهوش هو من يغلب هذيانه والخلل في أفعاله، ويخلط جده وهزله لذهاب عقله لشدة اضطرابه، حياء أو خوفاً أو حزناً. والمدهوش لا يقع طلاقه لعدم إدراكه أقواله وأفعاله لأن الإدراك هو المعول عليه في التصرفات القولية أو الفعلية، وقد ألحقه بعض الفقهاء بالمجنون^(١).

(١) راجع حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٤.

ويلحق أيضا بالمدهوش من أصيب بفزع أو صدمة عصبية أو مرض فذهب عقله وتفكيره، ومن اختل عقله لكبر، ما دام في حالة غلبة الخل في الأقوال والأفعال، وكذلك النائم والمغمى عليه ومن في حكمه. لأن النوم عارض طبيعي يعتري الإنسان في فترة من الوقت ولا يزيل الحواس الظاهرة ولكنه يمنعها من العمل ولذلك لا يتصف النائم بصدق ولا كذب ولا خبر ولا إنشاء. والإغماء آفة في القلب والدماغ تعطل القوى المدركة والمحركة عن أفعالها، مع بقاء العقل مقلوبا، وهو أشد من النوم.

وإذا ادعى المطلق دهشا وقت طلاقه صدق بيمينه إذا كان قد عرض له دهش من قبل ولو مرة وإلا لم يصدق إلا ببينة^(١).

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٣/٦/١٤٠٠. بأن:

«اطلعنا على هذا السؤال ونفید أنه قال في رد المحتار عند قول الشارع وفي القاموس دهش الرجل تحير ما نصه أي بالكسر كفرح. ثم إن اختصاره على ذكر التحير غير صحيح فإنه في القاموس قال بعده أو ذهب عقله من ذهل أوله أ.هـ بل اقتصر على هذا في المصباح فقال دهش دهشا من باب تعب ذهب عقله حياء أو خوفا آ.هـ. وهذا هو المراد هنا ولذا جعله في البحر داخلا في الجنون وقال في الخيرية غلط من فسر هـ هنا بالتحير إذ أنه يلزم من التحير وهو التردد في الأمر ذهاب العقل وسئل نظما فيمن طلق زوجته ثلاثا في مجلس القاضي وهو مغتاظ مدهوش فأجاب نظما أيضا بأن الدهش من أقسام الجنون فلا يقع وإذا كان يعتاده بأن عرف منه الدهش مرة يصدق بلا برهان.. الخ».

... (٥) طلاق الجاهل والمخطئ والساهي والناسي:

الجاهل هو الذي يتلفظ بالطلاق غير عالم بمعناه. والمخطئ هو الذي أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق، كأن يكون أراد أن يقول لزوجته: «أنت مهذبة» فجرى على لسانه: «أنت طالق».

الساهي هو الذي غاب عن ذاكرته وذهنه وإذا ذكر به لا يتذكر.
والناسي هو الذي غاب الشيء عن ذاكرته وذهنه وإذا ذكر به تذكر.

وصورة طلاق الساهي أو الناسي أن يعلق طلاق امرأته على فعل شيء ثم فعل هذا الشيء ساهيا أو ناسيا، كأن يعلق طلاقها على دخول داره، فدخلها ساهيا أو ناسيا.

وطلاق هؤلاء عند الأحناف لا يقع ديانة أى بينه وبين الله، فيحل له البقاء مع زوجته، ولكنه يقع قضاء^(١) بمعنى أنه لو اختلف الزوجان فقالت له: طلقنا وقال لم أقصد طلاقا حكم القاضي بوقوع الطلاق لأنه يحكم بناء على الظاهر والله عنده علم السرائر، ولو قبل القاضي دعوى الخطأ أو السهو والنسيان لا تفتح باب التحايل وادعاها كثير من الكذبة رجوعا عن الطلاق والقرار من تبعاته.

١١- (٦) طلاق السكران:

السكران هو الذى غطى على عقله بسبب تناول الخمر وما شاكلها حتى صار يهذى، ويخلط فى كلامه، ولا يعى بعد إفاقته ما كان منه حال سكره. والمناطق أن يكون غالب كلامه هذيان فلو كان نصفه مستقيما فلا يكون سكر^(٢). والسكر قد يكون بمحرم كالخمر والحشيش وكل ما يغطى العقل من الأشرطة الأخرى، وقد يكون بغير محرم كمن يتناول ورق الرمان أو اللبن الرايب أو عصير القصب قبل أن يصل إلى درجة الخمر، وكمن يتناول شيئا للتداوى فيسكر منه أو تناول البنج للجراحة لأنه يكون فى حكم المباح. وقد نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن: «لا يقع طلاق السكران والمكره» - والمادة على هذا النحو تنص على عدم وقوع

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٢ - فتوى دار الإفتاء المصرية الصادرة بتاريخ ٢٢ جماد أول سنة ١٤١٨هـ. وهى بصدد طلاق الساهي والناسي.

ويذهب مالك والشافعي وأحمد والشيعة الإمامية إلى عدم وقوع طلاق المخطئ والساهي والناسي، ولا يعتد بقولهم إلا عند وجود قرينة تدل عليه.

(٢) وتعريف السكران على هذا الوجه هو طريقة الصاحبين أما على طريقة الإمام أبى حنيفة فالسكران هو الذى غطى على عقله تغطية تامة بسبب الشرب حتى صار لا يميز الرجل من المرأة والأرض من السماء.

طلاق السكران، ولم تفرق في ذلك بين السكر بمحرم والسكر بغير محرم. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أن طلاق السكران لا يقع بناء على قول راجح لأحمد وقول في المذاهب الثلاثة ورأى كثير من التابعين وأنه لا يعرف من الصحابة قول فيه بالوقوع. وسند هذا الرأي أن السكر مذهب للعقل فلا إرادة ولا قصد للسكران، بغض النظر عن كون السكر بسبب مباح أو محرم، لأن العقل شرط من شروط الأهلية للتصرف فتكون عبارته ملغاة.

وفيما روى عن عثمان رضى الله عنه: أن السكران لا يقع طلاقه، وقول ابن عباس: «إن طلاق السكران والمستكره غير جائز» وأن الرسول عليه السلام أمر باستتكاكه (ما عز) لما أقر بالزنا بين يديه ليعلم أنه سكران فلا يؤخذ بإقراره^(١).

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

١- «نفيد بأن قد اختلف الفقهاء في وقوع طلاق السكران إذا كان بمحرم وصار يخلط في كلامه ولا يعرف رداءه من رداء غيره وفعله من فعل غيره على ما جاء في المغنى لابن قدامة. فذهب كثير منهم إلى وقوعه ومنهم أبو حنيفة وصاحباها ومالك والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايات عنه. وذهب جمع منهم إلى عدم وقوعه. منهم الإمام الشافعي في قوله الآخر والإمام أحمد في

(١) وقد أخذ بهذا الرأي من فقهاء الحنفية الطحاوى والكرخى وزفر، أما جمهور الحنفية فيذهبون إلى أن طلاق السكران واقع إذا كان سكره من محرم وحجتهم في ذلك أنه مخاطب حال سكره في قوله تعالى في سورة النساء ﴿يَتَأْتِيهِمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾، وأن السكران لو قذف محصنة حد القذف، وأن من الصحابة من أفتوا بوقوع طلاق السكران. ولأنه تسبب في زوال عقله بسبب محذور وهو مختار فاعتبر عقله باقيا حكما زجرا له، ولهذا قالوا أنه لو أكره على الشرب أو كان مضطرا إليه لإساعة اللقمة لا يقع طلاقه.

(راجع في هذا: شرح فتح القدير ج ٣ ص ٤٨١ وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه - طبعة ١٩٨٢ ص ٤٥٦ - مادة ٢١٨ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا).

إحدى الروايات عنه وهى التى رجحها ابن قدامه فى المغنى وهو مذهب زفر. واختار هذا من مشايخ الحنفية الكرخى والطحاوى ومحمد بن سلمة وهو قول عثمان رضى الله عنه. قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحدا من الصحابة خالفه وقد بين شيخ الإسلام ابن تيمية أدلة الفريقين وبين ضعف قول من قال بالوقوع واختار القول بعدم الوقوع. يراجع الجزء الثانى من فتاواه صفحة ١٢٣ وما بعدها. وقد جرى على هذا رأى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادته الأولى. وعليه لا يقع طلاق الرجل المذكور إن كان سكره أثر فيه بحيث صار يخلط فى كلامه إلى آخر ما نقلناه عن ابن قدامة أما إذا كان سكره لم يؤثر فيه التأثير المذكور فإنه يقع طلاقه....الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1935/5/28)

٢- «اختلف الفقهاء فى وقوع طلاق السكران إذا كان بمحرم - وصار يخلط فى كلامه ولا يعرف رداءه من رداء غيره وفعله من فعل غيره فذهب كثير من الفقهاء إلى وقوعه ومنهم أبو حنيفة وصاحباه ومالك والشافعى فى أحد قوليه وأحمد فى إحدى الروايات عنه - وذهب جمع منهم إلى عدم وقوعه منهم الإمام الشافعى فى قوله الآخر والإمام أحمد فى إحدى الروايات عنه وقد بين شيخ الإسلام ابن تيمية أدلة الفريقين وبين ضعف قول من قال بالوقوع واختار القول بعدم الوقوع وقد جرى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادته الأولى بعدم وقوع طلاق السكران المذكور حاله عالىه وعليه فلا يقع طلاق السائل إن كان سكره قد أثر فيه بحيث صار يخلط فى كلامه ولم يكن فى وعيه ولا إدراكه كما ذكر فى طلبه».

(فتوى صادرة بتاريخ 1989/4/9)

١٢- (٧) طلاق الهازل:

الهازل هو الذى يدرك ما يقول، إلا أنه لا يعنيه ولا يريد أن يرتب عليه أى أثر. وعند الحنفية يقع طلاق الهازل ديانة وقضاء وذلك لقول النبى عليه السلام: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة». وفى رواية (والعتاق) بدل (والرجعة)، وفى رواية أخرى (واليمين) بدل (والرجعة).

وقوله عليه السلام: «إن من لعب بطلاق أو عتاق لزمه»^(١).

وبهذا يكون الشارع قد جعل التلفظ بالطلاق ولو مع الهزل سببا لوقوعه ومتى فعل المكلف السبب عالما أنه سبب شرعى لمسببه، رتب الشارع عليه حكمه ولا يملك المكلف أن يمنع ما رتب الشارع على الأسباب من الأحكام، والهزل ليس من الأعذار التى تسقط بها الأسباب أو تتخلف الأحكام، ولهذا يكفر من نطق بكلمة الكفر هازلا، فقد قال تعالى: ﴿وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ ﴿٢٥﴾ لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾^(٢)، كما أن الطلاق فيه حق الله تعالى فلا يبطل بالهزل^(٣).

وقد نصت المادة (٢١٧) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا على أن: «للزوج دون المرأة أن يرفع قيد النكاح الصحيح بالطلاق ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو كان محجورا عليه لسفه أو مريضا غير مختل العقل أو..... أو هازلا»^(٤).

أما إذا صدرت صيغة الطلاق من الشخص مع قصد التلفظ بها وفهم معناها، ولكنه أراد بها غرضا آخر لا يحتاج هذا الغرض فى تحقيقه إلى التظاهر بإنشاء العقد، كما إذا ردد شخص عبارة تدل على الطلاق بقصد حفظها أو

(١) كان الرجل يطلق فى الجاهلية، ثم يقول كنت لاعبا فكان لابد من إمضاء الهزل واللعب فى تلك الأمور الخطيرة لى يتجنب اللاهون العبث بشأنها.

(٢) الآية ٢٥ من سورة التوبة.

(٣) الأستاذ على حسب الله - الفرقة بين الزوجين - الطبعة الأولى يناير ١٩٦٨ ص ٦٩ وما بعدها.

(٤) وعند أحمد وقول عن مالك أن طلاق الهازل لا يقع، لأن الهازل لا عزم له على الطلاق، ولا قصد له إليه، وقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ (فجعل الطلاق مبنيا على عزم سابق، وقال النبى عليه السلام: «أنما الأعمال بالنيات»، والهازل لم ينو الطلاق).

لإخبار بها عما حصل في الزمن الماضي أو التعليم أو التمثيل أو غير ذلك من الأغراض، فلا يقع بها الطلاق^(١).

١٣- (٨) طلاق المكره:

الإكراه هو دعوة الإنسان غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالإيعاز والتهديد وإنزال الأذى الشديد إن لم يجب داعيه.

وقد نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن: «لا يقع طلاق السكران والمكره»، فطلاق المكره لا يقع طبقاً لهذا النص، وهو حكم مستمد من مذهب الشافعية والمالكية وأحمد وداود ورأى كثير من الصحابة^(٢). وقد استند هذا الرأي في عدم وقوع طلاق المكره إلى حديث النبي عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، وقول ابن عباس: «إن طلاق السكران والمستكره غير جائز»، وإلى المعقول وهو أن المكره إذا كان قاصداً ما تلفظ به فهو مضطر بالإكراه إلى هذا القصد، وهذا من شأنه أن يفسد الاختيار أو يضعفه على الأقل فلا يكون اختياراً كاملاً، واختياره أهون الشرين كان بمؤثر خارجي فلا يكون صحيحاً، ولأن الله رفع الكفر عن تلفظ به حال الإكراه بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ فكذلك يسقط عن المكره ما دون الكفر كالطلاق فلا يقع.

ويرجع إلى المذاهب سائلة الذكر في بيان ماهية الإكراه وشروطه باعتبارها المصدر التشريعي للحكم الوارد بالنص.

وقد اشترطت المذاهب المذكورة لتحقيق الإكراه توافر الشروط الآتية:

(١) أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما هدد به، بولاية أو تغلب أو فرط هجوم.

(١) ومن هذا ما روى أن امرأة قالت لزوجها: سمني، فقال لها: أنت طيبة، فقالت ما قلت شيئاً. فقال: هات ما أسميك به. فقالت: سمني خلية، طالق قال: فأنت خلية طالق. فجاءت إلى عمر رضى الله عنه فقالت: إن زوجي طلقني وجاء زوجها فقص القصّة، فأوجع عمر رأسها، وقال له: خذ بيدها وأوجع رأسها.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ طبعة خامسة سنة ١٩٨١ ص ٨١-

المذكورة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

- (٢) أن يكون المكره عاجزا عن دفع الإكراه بهرب أو استغاثة أو مقاومة.
 - (٣) أن يظن المكره وقوع الإكراه إن لم يطلق.
 - (٤) أن يكون المتوعد مما يحرم تعاطيه على المكره، فلو قال ولي القصاص للجاني: طلق أمراًك وإلا اقتصصت منك لم يكن إكراها.
 - (٥) أن يأتي المكره بنفس اللفظ الذي أكره عليه، فلو أكره على طلاق زوجته (فاطمة) فطلق زوجته (زينب) وقع الطلاق.
 - (٦) ألا يكون الإكراه بحق، ومثل ذلك إكراه القاضى الزوج على إيقاع الطلاق لسبب مبرر لذلك.
 - (٧) ألا يظهر من المكره نوع اختيار، كما إذا أكره على الطلاق بلفظ محدد فنطق بلفظ آخر.
 - (٨) ألا ينوى المكره الطلاق وقت التلفظ به حال الإكراه، بمعنى ألا يوافق لفظه نية مستقرة بقلبه.
- غير أن المذاهب المذكورة اختلفت بعض الشيء بين التوسعة والتضييق في ماهية الإكراه^(١).

(١) فالإكراه عند الشافعية يحصل بالتخويف كالتهديد بالضرب الشديد أو الحبس أو إتلاف المال، وتختلف الشدة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم، فصاحب المنزل بين أهله الذى يهدد بالتشهير به أو الاستهزاء به أمام المأى يعتبر ذلك فى حقه إكراها، والشتم فى حق رجل ذى مروءة إكراه ومن الإكراه أيضا التهديد بقتل الولد أو الفجور به أو الزنا بأمراته إذ لا شك فى أنه إيذاء يلحقه أشد من الضرب أو الشتم. ومثل ذلك التهديد بقتل أبيه أو أحد عصبته وإن علا أو سفلى أو إيذاء بجرح وكذلك التهديد بقتل قريبه من ذوى أرحامه أو جرحه أو فجور به ويجب أن يكون الإكراه عاجلاً، فلو قال المكره: طلق زوجتك وإلا قتلتك غدا لم يكن إكراها.

وعند المالكية يكون الإكراه بشيء مؤلم من قتل أو ضرب وإن قل أو سجن أو قيد وإن لم يطل وذلك إذا كان المكره من ذوى المروءة أى من ذوى الأقدار.

أما إذا كان من غيرهم فلا يعد إكراها إلا إذا هدد بطول الإقامة فى السجن أو القيد. وكذلك يكون الإكراه بالتهديد بأخذ المال أو إتلافه ولو كان يسيراً على المعتمد فى المذهب.

= ومثل التهديد بقتل النفس التهديد بقتل الولد أو بإيذائه ومثل الولد الوالد على الظاهر بخلاف باقى الأقارب.

والتهديد بالصفع القليل فى المأ أو الخلا، لذوى المروءة يعد إكراها ويكون الإكراه بشيء يحصل للمكره حالا أو فى المستقبل.

وعند الحنابلة: يكون الإكراه بما يؤلم كالقتل أو قطع اليد أو الضرب الشديد أو ضرب يسير لذوى المروءة، أو أخذ مال كثير أو إخراج من الديار أو تعذيب الولد بخلاف باقى الأقارب.

ويبين مما سلف أن المذاهب الثلاثة أخذت بالإكراه الأدبى غير أن المذهب الشافعى توسع فيه أكثر من غيره.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية فى هذا الصدد بأن:

١- «إن طلاق المكره لا يقع طبقا لحكم المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أنه «لا يقع طلاق السكران والمكره» والإكراه فى حقيقته الشرعية لأبد أن يكون بأمر يلجئ المكره ويحمله حالا على فعل ما أكره عليه وإتيانه لخوفه من إيقاع ما هدد به وعدم احتماله إياه، أو فى غير ذلك، مما يوقع به ضررا ماديا أو أدبيا لا يحتمله على خلاف بين الفقهاء فى بعض الصور. ولابد أن يكون المكره قادرا على إيقاع وتنفيذ ما هدد به وبما أن السائل يقرر بأنه قد هدد بآلة حادة وأكره على الطلاق فإذا كان كذلك، كان إكراها بشيء متلف. ومن ثم لا يقع طلاقه وفقا لهذا القانون - إذا كان هذا الطلاق قد ثبت بإشهاد رسمى فإنه يتعين لزوال أثره ثبوت الإكراه بحكم من المحكمة المختصة، ومما ذكر يعلم الجواب إذا كان الحال كما ذكر. والله سبحانه وتعالى أعلم).

(فتوى صادرة بتاريخ 1978/10/18 فى الطلب رقم 287 لسنة 1978)

٢- (.....) واختلف فقهاء الشريعة فى وقوع طلاق المكره أو عدم وقوعه فذهب الفقهاء الحنفى إلى وقوع الطلاق مع الإكراه، وذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن طلاق المكره غير واقع. لحديث: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وبهذا النظر جاء حكم المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث قررت أن طلاق السكران والمكره لا يقع، واختلف أصحاب هذا رأى فى مدى الإكراه وشروطه، ففى الفقه المالكي: أن الإكراه على إيقاع الطلاق بالقول لا يلزم به شيء لا قضاء ولا ديانة بشرط أن لا ينوى حل عقدة الزواج باطنا. ثم أن الإكراه الذى لا يقع به الطلاق هو أن يغلب على ظن المكره أنه إن لم يفعل الطلاق يلحقه أذى مؤلم من قتل أو ضرب كثيرا أو قليلا أو سجن وإن لم يكن طويلا أو يغلب على ظنه أنه إن لم يطلق بقتل ولده أو يلحقه أذى ومثل الولد الوالد. ففى هذه الأحوال إذا طلق لا يقع الطلاق. ومثل التهديد=

= بما سلف، التهديد بإتلاف المال أو أخذه ولو كان يسيرا على المعتمد في المذهب (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤١٥ وما بعدها).

وفى الفقه الشافعي: أن الإكراه يحصل بالخوف في نظر المكره كالتهديد بالضرب الشديد أو الحبس أو إتلاف المال. وتختلف الشدة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم، فالوجيه الذى يهدد بالتشهير به أو الاستهزاء به أمام الملأ يعتبر ذلك فى حقه إكراهًا. والستم فى حق رجل ذى مروءة إكراه. ومثل ذلك التهديد بقتل الولد أو الفجور به أو الزنا بأمرأته. إذ لا شك فى أنه إيذاء يلحقه أشد من الضرب والستم. ومثل ذلك التهديد بقتل أبيه أو أحد عصبته وإن علا أو سفلا أو إيذاء بجرح وكذلك التهديد بقتل قريبه من ذوى أرحامه أو جرحه أو فجور به كل ذلك يعتبر إكراهًا.

وقال الفقهاء الشافعيون إن طلاق المكره لا يقع بشروط: أن يقع التهديد بالإيذاء من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به عاجلاً، وأن يعجز المكره عن دفع التهديد. وأن يظن المكره أنه إن امتنع عن الطلاق يقع الإيذاء الذى هدد به، وأن لا يكون الإكراه بحق وأن لا يظهر من المكره نوع اختيار وأن لا ينوى الطلاق (تحفة المحتاج وحواشيها بشرح المنهاج ج ٨ ص ٢٦، ٢٧ فى كتاب الطلاق).

ويشترط الفقه الحنبلى لعدم وقوع طلاق المكره: أن يكون الإكراه بغير حق، وأن يكون بما يؤلم كالقتل أو قطع اليد أو الضرب الشديد أو ضرب يسير لذى الأقارب، وأن يكون المهدد قادراً على تنفيذ ما هدد به، وأن يغلب على ظن المكره أنه إن لم يطلق يقع به الإيذاء المهدد به. وأن يعجز عن دفع ما هدد به (المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٢١٥ فى كتاب الطلاق).

ومن هذا العرض الموجز لأقوال فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فى الإكراه الذى لا يقع معه الطلاق وشروطه يظهر أن الفقه الشافعى هو الذى اتسعت فيه دائرة الإكراه. حيث يتضح من الأمثلة المضروبة فيما سبق أنهم لا يقصرون الإيذاء الواقع بالإكراه على ذات المكره فقط، بل إذا كان الإكراه بإيذاء بقتل أو فجور أو قطع أو ضرب أحد عصبته أو ذوى رحمه كما مثلوا بالزنا بامرأة المكره. وأن تلك الأمثلة بوجه عام تعنى أن فقهاء هذا المذهب قد راعوا ما نسميه الآن بالإكراه الأدبى.

لما كان ذلك: وكان السائل قد قرر فى طلبه أنه أوقع الطلاق الأخير بلفظ صريح نزولاً على طلب زوجته التى أقدمت على الانتحار بإلقاء نفسها من شرفة المسكن بالدور الثامن، وكان نصف جسدها فى الهواء خارج الشرفة دخل هذا الفعل منها فى باب الإكراه الأدبى لزوجها السائل. تخريجاً على الأمثلة التى ذكرها فقهاء الشافعية، لكن يلزم توافر الشروط التى اشترطها هؤلاء الفقهاء لعدم وقوع الطلاق. وموجزها أن تكون هذه الزوجة وقت =

= التهديد قادرة على فعل ما هددت به وأقدمت عليه فعلا وأن يكون السائل في حالة عجز بنفسه أو باستغاثة عن منعها من الانتحار بهذا الطريق. وأن يغلب على ظنه إصرارها على الانتحار إن لم يوقع الطلاق في الحال. وأن لا يظهر منه نوع اختيار كما إذا أكره على الطلاق بلفظ محدد فنطق بلفظ آخر. وأخيرا أن لا ينوى الطلاق وقت التلفظ به حال الإكراه، بمعنى أن لا يوافق لفظه نية مستقرة في قلبه بالطلاق.

فإذا توافرت هذه الشروط في حال السائل فإنه يكون مكرها إكراها أدبيا، فلا يقع باللفظ الذي صدر منه في حال إقدام زوجته على الانتحار بالكيفية الموضحة بالسؤال طلاق. وأمر التحقق من توفر هذه الشروط متروك له شخصيا. وعليه الإثم إن لم تكن الشروط متحققة.

أما عن الطلاق الذي قال أنه أوقعه في حال غضب شديد، فإنه إذا كان الغضب قد بلغ به واحدا من الحالتين الموصوفتين فإن طلاقه الذي نطق به حال الغضب غير واقع، وإذا أقر به في ورقة رسمية هي إشهاد الطلاق فلا يرفع أثره نظاما وتوثيقا إلا حكم من المحكمة المختصة. أما إذا كانت حالة الغضب ليست في نطاق واحدة من تلك الحالتين بل كانت في نطاق الحالة الثالثة من حالات الغضب فإن الطلاق فيها واقع، وعليه أيضا عبء تقدير درجة غضبه بنفسه، أو بمن شاهده حال الغضب من يوثق بدينهم فليتنق الله السائل في تقدير ظروف الإكراه والغضب، وانطباقها فعلا على ما تقدم من بيان. لأن الأمر متعلق بحل وحرمة عشرته لزوجته. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1980/1/10 في الطلب رقم 380 لسنة 1979)

٣- «اختلف فقهاء الشريعة في وقوع طلاق المكره أو عدم وقوعه فذهب الفقه الحنفي إلى وقوع الطلاق مع الإكراه. وذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن طلاق المكره غير واقع. لحديث «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وبهذا النظر جاء حكم المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٦ المعمول به في مصر حيث قررت أن طلاق السكران والمكره لا يقع. واختلف أصحاب هذا الرأي في مدى الإكراه وشروطه

ففي الفقه المالكي: أن الإكراه على إيقاع الطلاق بالقول لا يلزم به شيء لا قضاء ولا ديانة بشرط أن لا ينوى حل عقد الزواج باطنا. ثم إن الإكراه الذي لا يقع به الطلاق هو أن يغلب على ظن المكره أنه إن لم يفعل الطلاق يلحقه أذى مؤلم من قتل أو ضرب كثيرا أو قليلا، أو سجن وإن لم يكن طويلا، أو يغلب على ظنه أنه إن لم يطلق يقتل ولده أو يلحقه أذى ومثل الولد الوالد. ففي هذه الأحوال إذا طلق لا يقع الطلاق. ومثل التهديد بما سلف التهديد بإتلاف المال أو أخذه ولو كان يسيرا على المعتمد من المذهب «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٥ وما بعدها».

= وفي الفقه الشافعي: أن الإكراه يحصل بالتخويف في نظر المكره كالتهديد بالضرب

الشديد أو الحبس أو إتلاف المال. وتختلف الشدة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم. فالوجيه «أى صاحب المنزل بين أهله» الذى يهدد بالتشهير به أو الاستهزاء به أمام الملاء يعتبر ذلك فى حقه إكراهًا. والشنم فى حق رجل ذى مروءة إكراه. ومثل ذلك التهديد بقتل الولد أو الفجور به أو الزنا بامرأته إذ لا شك فى أنه إيذاء يلحقه أشد من الضرب أو الشتم. ومثل ذلك التهديد بقتل أبيه أو أحد عصبته وإن علا أو سفلى، أو إيذاء بجرح، وكذلك التهديد بقتل قريبه من ذوى أرحامه أو جرحه أو الفجور به كل ذلك يعتبر إكراهًا وقال الفقهاء الشافعيون: أن طلاق المكره لا يقع بشروط: أن يقع التهديد بالإيذاء من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به عاجلاً. وأن يعجز المكره عن دفع التهديد وأن يظن المكره أنه إن امتنع عن الطلاق يقع الإيذاء الذى هدد به. وأن لا يكون الإكراه بحق. وأن لا يظهر من المكره نوع اختيار. وأن لا ينوى الطلاق «تحفة المحتاج وحواشيها بشرح المنهاج ج ٨ ص ٢٦، ٢٧ فى كتاب الطلاق».

ويشترط الفقه الحنبلى لعدم وقوع طلاق المكره: أن يكون الإكراه بغير حق. وأن يكون بما يؤلم كالقتل أو قطع اليد أو الضرب الشديد أو ضرب يسير لذى مروءة أو أخذ مال كثير، أو إخراج من الديار، أو تعذيب لولده بخلاف باقى الأقارب. وأن يكون المهدد قادراً على تنفيذ ما هدد به وأن يغلب على ظن المكره أنه إن لم يطلق يقع به الإيذاء المهدد به. وأن يعجز عن دفع ما هدد به «المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٢١٥ من كتاب الطلاق».

ومن هذا العرض الموجز لأقوال فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فى الإكراه الذى لا يقع معه الطلاق وشروطه يظهر أن الفقه الشافعى هو الذى اتسعت فيه دائرة الإكراه، حيث يتضح من الأمثلة المضروبة فيما سبق أنهم لا يقصرون الإيذاء الواقع بالإكراه على ذات المكره فقط، بل إذا كان الإكراه بإيذاء بقتل أو فجور أو قطع أو ضرب لأحد عصبته أو ذوى الأرحام، كما مثلوا بالزنا بامرأة المكره، وأن تلك الأمثلة بوجه عام تعنى أن فقهاء هذا المذهب قد راعوا ما نسميه الآن بالإكراه الأدبى. لما كان ذلك: وكان السائل قد قرر فى طلبه أنه

أوقع الطلقات الثلاث مكرها من زوجته المريضة بمرض عصبى خوفاً على نفسه وعلى أولاده وعلى ذات زوجته لأنه إذا لم ينطق بلفظ الطلاق حال نوبتها العصبية كطلبها اعتدت عليه وأذته بما لا قبل له باحتماله كانت هذه الحال من باب الإكراه الأدبى للسائل، تخريجاً على الأمثلة التى ذكرها فقهاء الشافعية، ولكن يلزم توافر الشروط التى اشترطها هؤلاء الفقهاء لعدم وقوع الطلاق وموجزها، أن تكون هذه الزوجة وقت التهديد =

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«الأصل في الشريعة الإسلامية أن طلاق الزوج يقع متى كان بالغاً لأن الأهلية تتحقق بالعقل المميز إلا أن جمهور الفقهاء استثنوا من ذلك طلاق السكران والمكره فذهبوا إلى أن طلاقهما لا يقع لانقضاء القصد الصحيح أو مظنته في الأولى وفساد الاختيار لدى الثاني وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحكم

= قادرة على فعل ما هددت به، وأن يكون السائل في حالة عجز عن منعها من إيذائه، أو إيقاع الأذى بنفسها أو بأولادها وأن يغلب على ظنه إيذاؤها إياه في نفسه أو في أولادهما أو في نفسها بما يضر ولا يحتمل إن لم يوقع الطلاق في الحال. وأن لا يظهر منه نوع اختيار، كما إذا أكره على الطلاق بلفظ محدد فنطق بلفظ آخر.

وأخيراً ألا ينوى الطلاق وقت التلفظ به حال الإكراه، بمعنى أن لا يوافق لفظه نية مستقرة في قلبه بالطلاق. فإذا توافرت هذه الشروط في حال السائل فإنه يكون مكرهاً إكراهاً أدبياً، فلا يقع بما صدر منه طلاق في حال تحقق إيذاء زوجته له أو لأحد أولاده أو في ذات نفسها. وأمر التحقق من توفر هذه الشروط متروك له شخصياً، وعليه الإثم إن لم تكن الشروط متحققة. فليتق الله فيما فوض إليه، لأن هذا أمر يتعلق بحل أو حرمة هذه الزوجة بالطلاق الثالث والله سبحانه وتعالى أعلم).

(فتوى صادرة بتاريخ 1980/5/44 في الطلب رقم 152 لسنة 1980)

أما الرأي في مذهب الحنفية الذي كان معمولاً به قبل العمل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو أن طلاق المكره واقع، لأن المكره عرف الشرين: الهلاك والطلاق واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار واستندوا في ذلك إلى أن طلاق الهازل يقع لقول النبي عليه السلام «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة» وفي رواية (والعتاق) بدل (والرجعة)، وفي رواية أخرى (واليمين) بدل (والرجعة).

والهازل لم يقصد إيقاع الطلاق وإن قصد اللفظ وهذا خير دليل على أن النبي عليه السلام اعتبر مجرد التلفظ بالطلاق قاصداً للفظ من غير اعتبار معناه موقعاً للطلاق، وبما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال:

«أربع مبهمات منقولات ليس فيهن رد: النكاح، والطلاق، والعتاق، والصدقة» وبما روى عن عمر أن امرأة تبغض زوجها، فوجدته نائماً، فأخذت شفرة، وجلست على صدره، ثم حركته، وقالت: لتطلقني ثلاث، وإلا ذبحتك، فناشدها الله، فأبت، فطلقها ثلاثاً، ثم جاء إلى النبي ﷺ، وسأله عن ذلك، فقال الرسول عليه السلام، لا قيلولة في الطلاق».

(راجع شرح فتح القدير ج 3 ص 488)

فص عليه في المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية».

(طعن رقم 31 لسنة 50 ق - أحوال شخصية - جلسة 1981/12/8 -

غير منشور)

١٤- (٩) طلاق المحجور عليه للسفه أو الغفلة:

السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً، وهو فكرة معيارية تنبئ بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق، من ضوابطه أنه خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع^(١).

أما الغفلة فهي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب في معاملاته مع الغير^(٢).

فالسفه والغفلة يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن ذا الغفلة يختلف عن السفه في أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافي بين النافع والضار فيغيب في معاملاته ويصدر في فساده عن طوية وحسن نية، بينما الثاني كامل الإدراك مبصر بعواقب فساده، ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير آبه بنتيجته نظراً لتسلط شهوة الإتلاف على إرادته^(٣).

وموضوع الحجر في السفه وذى الغفلة هو التصرفات المالية، أما فيما عدا ذلك فهو كالرشاء إلا ما يمس جانب المال. ولذلك يقع طلاق المحجور عليه للسفه أو الغفلة، وهو يملك الزواج، من ثم يملك ما هو من أحكامه وآثاره وهو الطلاق بطريق الأولى.

(1) نقض طعن رقم ٢٠ لسنة ٤٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٨/٥/٦٦٦.

(2) نقض طعن رقم ٩٠ لسنة ٢٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ١١/٤/١٧٥.

(3) نقض طعن رقم ٢٠ لسنة ٤٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٤/٥/١٧٥.

وعلى هذا نصت المادة ٢١٧ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا إذ جاء بها: «للزوج دون المرأة أن يرفع قيد النكاح الصحيح بالطلاق ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو كان محجورا عليه لسفه أو مريضا غير مختل العقل أو مكرها أو هازلا»^(١).

١٥- (٠٠) طلاق المريض بمرض الموت:

المقصود بمرض الموت وفقا لأرجح الأقوال من المذهب الحنفى المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به، ولو كان الموت لسبب آخر غير المرض^(٢).

وإذا كان المريض امرأة فضابط شدة المرض واعتباره مرض موت أن يمنعها من القيام بشئونها الخفيفة فى البيت.

والمرض الذى يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته ولا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة إذ أن فيها ما يقطع عن المريض الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من أمور الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع^(٣).

وقد ألحق الأحناف بالمريض مرض الموت فى أحكامه كل من كان صحيحا فى حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل فى برائته وحجز لتنفيذ الحكم عليه وتوفى قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده، ومن كان فى معركة

(١) وذهب إلى ذلك أيضا الشافعى ومالك.

(٢) نقض طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٢٢٢ فى جلسة ٢١/٤/١٤٠٠ - ١٥ لسنة ١٤٠٠. وفق أحوال شخصية جلسة ١/٧/٢٢٧٦ - طعن ١١١١ لسنة ٧٧ فى جلسة ٢٧/١٢/١٩٨٣ - ١٥٧٢ لسنة ١٤٠٢ وفق جلسة ١/١٩/١٤٨٧.

(٣) نقض طعن ٢٠٩ لسنة ١٨٨١ فى جلسة ٢٣/١١/١٤٠٠ - ٥٦ لسنة ٢١/٤/١٤٠٠ - ١٢٢١ لسنة ١٤٠٢ فى جلسة ٢٦/١٢/١٩٨٥.

حربية ووقف في الصف الأول للقتال أو في موضع الخطر أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل جانب، أو كان في بلد عمه الوباء القاتل إذا توفى في هذه الحالة⁽¹⁾.

ويقع طلاق المريض مرض الموت أو من يلحق به، سواء كان بائنا أو رجعيًا ولو بغير رضا الزوجة لأنه أهل لإيقاعه ولأنه لا فرق بين المريض والصحيح في صحة وقوع الطلاق.

وإذا طلق زوجته طلاقًا بائنًا ومات قبل أن تنتهي عدتها ورثته لأن الفقهاء اعتبروه بهذا الطلاق فارًا من ميراثها⁽²⁾، وتقوم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقًا بائنًا في مرض الموت قاصدا حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به، ومن ثم فإنه يعامل بنقيض قصده⁽³⁾، وليس في ذلك كتاب ولا سنة، وإنما كان موضع اجتهدات الصحابة رضوان الله عليهم. غير أن قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٢٣ قنن هذه المسألة فنص في المادة ١١ منه على أن:

«للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل.

وللزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل.

وتعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته».

ويشترط لتطبيق الحكم الوارد بالفقرة الثالثة من المادة ما يأتي:

١- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول، لأنه لا عدة للمطلقة غير المدخول بها، وكذلك إذا طلقها بعد الخلوة فإنه وإن وجبت به العدة لكن وجوبها للاحتياط محافظة على الأنساب، والميراث حق مالى لا يثبت احتياطًا.

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٥٣٦.

(2) بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٢.

(3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٤٢.

ولما كانت المادة (٥) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نصت على أن: «كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠»، فإن اعتبار المريض مرض الموت فاراً ينحصر في الطلاق المكمل للثلاث، أما في الطلاق على مال، فلا يعتبر فاراً لأن الزوجة تكون راضية بالطلاق كما سنرى.

ويعتبر فاراً أيضاً إذ لاعنها في مرضه وفرق بينهما لأن سبب الفرقة في اللعان يضاف إلى الزوج لاضطرارها لدفع عار الزنا عن نفسها وكذا إذا قذفها وهو صحيح ولاعنها وهو مريض، وكذلك إذا آلى وهو مريض ومضت مدة الإيلاء في المرض حتى بانث منه بعدم قربانه إياها. لأن الإيلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضى المدة فإذا مضت ولم يقربها دل ذلك ولو بحسب الظاهر على أنه يريد حرمانها من الإرث. وأما إذا آلى منها وهو صحيح ثم بانث بالإيلاء وهو مريض لم ترث لعدم قصده حرمانها من الإرث وقت الإيلاء.

ولا يعتبر فاراً إذا طلقها رجعياً أو لم يطلقها وفعلت مع أحد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة بغير تحريض من الزوج على ذلك لأن الفرقة جاءت من قبلها. وكذلك إذا اختلعت منه برضاها أو اختارت نفسها بالبلوغ أو وقع التفريق بينهما بالعنة ونحوها بناء على طلبها لمجئ الفرقة من جهتها^(١).

٢- أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت طلاقها وتظل على ذلك إلى وفاته. أما إذا كانت غير أهل للميراث وقت طلاقها، ولكنها صارت أهلاً له وقت الوفاة فإنها لا تستحق الميراث، ومثال ذلك أن تكون وقت الطلاق كتابية ثم أسلمت في عدتها قبل موته.

وكذلك إذا كانت أهلاً للميراث وقت الطلاق ثم أصبحت غير وارثة وقت الوفاة، كأن تكون وقت الطلاق مسلمة ثم تردت ثم تعود إلى الإسلام إذ بارتدادها

(١) الشيخ أحمد إبراهيم التركة والحقوق المتعلقة بها طبعة ١٩٨٧ (إعداد المستشار واصل

علاء الدين ص ٨٠٠ وما بعدها)،

أسقطت حقها في الميراث وأزالت عقدة النكاح بسبب من جانبها فصارت كالتى رضيت بالفراق فلا تستحق ميراثا.

٣- ألا تكون الزوجة راضية بالطلاق. فلو تحقق رضاها بأن كانت هى التى طلبت الطلاق، أو طلقها على مال، فإنها لا تترث لأن رضاها بالطلاق ينفى مظنة فراره من إرثها.

٤- أن يموت الزوج في مرضه الذى أوقع الطلاق فيه وهى فى العدة. فإذا انقضت عدتها قبل موته فلا إرث لها، وكذلك إذا صح من مرضه ثم مرض ثانيا ومات وهى فى العدة لأنه بالصحة تبين أن لا حق لها فى ماله.

وإذا ادعت المطلقة بئانا بعد وفاة مطلقها حصول الطلاق فى مرض الموت وادعى الورثة حصوله فى الصحة، صدقت المطلقة بيمينها لأنها متمسكة بالأصل إذ المرض أقرب إلى الموت من الصحة، والأصل إضافة الحادث لأقرب أوقاته، كما أن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ولا يصدق الورثة إلا بالبينة فإن أقاموها حكم لهم برفض دعوى المطلقة الميراث.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٥ / ١٢ / ١٩٥٨ فى الطلب رقم ٢٥٢١ لسنة ١٩٥٨ بأن:

«إن فقهاء الحنفية اختلفوا فى تعريف مرض الموت. والذى نختاره: أنه المرض الذى تزداد علته على المريض باستمراره إلى الوفاة، وكان الغالب فيه الهلاك، فإن لم يعلم أنه مهلك كان المعول عليه فى اعتباره مرض موت عجز المريض به عن الخروج لمصلحة نفسه، وهو ما اختاره ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار للتوفيق بين آراء الفقهاء - حيث قال: وقد يوفق بين القولين بأنه إن علم أن به مرضا مهلكا غالبا وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح، ثم قال بعد ذلك وفى الهندية أيضا المقعد والمفلوج مادام يزداد ما به كالمريض فإن صار قديما ولم يزد فهو قديما بأن تطاول سنة ولم يحصل فيه ازدياد فهو صحيح، أما لو مات حالة الازدياد الواقع قبل التطاول أو بعده فهو مريض. وعلل صاحب العناية لذلك بقوله. لأن ما دام يزداد فى علته فالغالب أن آخره الموت. والمنصوص عليه شرعا أنه

يشترط للإرث بسبب الزوجية أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين حقيقة حين وفاة أحدهما بأن تكون الزوجة غير مطلقة ولو حكما بأن تكون الزوجة في العدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن في حالة فرار زوجها من ميراثها بأن طلقها وهو مريض مرض الموت طلاقاً بائناً من غير أن تطلب منه الطلاق أو ترضى به. وتطبيقاً لما سبق من النصوص يكون هذا المتوفى فاراً من ميراث مطلقته هذه، لأن طلاقه إياها الطلاق المكمل للثلاث في ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ كان وهو مريض مرض الموت، لأن مرض الروماتزم وإن لم يعلم أنه من الأمراض المميتة غالباً إلا أنه قد لازم هذا المطلق، وازدادت علته عليه في الستة الأشهر الأخيرة من حياته وألزمه الفراش، ومنعه من الخروج لمصالحه بنفسه فينطبق على حالته تعريف مرض الموت الذي اخترناه سابقاً. وبتطبيق هذا المتوفى زوجته هذه في حالة ازدياد مرضه عليه ووفاته في هذه الحالة وهي لا تزال في العدة من هذا الطلاق تكون من ضمن ورثته بصفتها زوجة له وتستحق من تركته نصف الثمن فرضاً، لوجود زوجة أخرى له وفرع وإرث والله أعلم...».

وقد قضت محكمة النقض بصدد مرض الموت بأن :

١- «النص في الفقرة الثالثة من المادة ١١ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٢٣ على أن: «وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذات المرض وهي في عدته»، يدل على أن المشرع الوضعي قرر أخذاً بالمذهب الحنفي - أن من كان مريضاً مرض موت وطلق امرأته بائناً بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال في العدة، فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره فإنه أهل لإيقاعه إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت موته رغم أن المطلقة بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه اعتبر احتياطاً فاراً وهارباً، فيرد عليه قصده ويثبت لها الإرث. ولما كان المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل

المهلكة فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به. وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت مرض الموت لدى المورث على ما حصله من البينة الشرعية التي لا مطعن عليها بأنه كان مريضاً بالربو والتهاب الكلى المزمنين، وأن هذين المرضين وإن كانا قد لازماه زماً فقد اشتدت به علتها قبل الوفاة بثلاثة أشهر حتى أعجزته عن القيام بمصالحه خارج بيته ودخله فلزم دار زوجته - الطاعنة الأولى - حتى نقل إلى المستشفى حيث وافاه الأجل، وساق تأكيداً لذلك أن ما جاء بشهادة الوفاة من أن هذين المرضين أديا إلى هبوط القلب فالوفاة مطابقة لأوراق المتوفى بالمستشفى، فإنه لا يمكن النعى على الحكم بأنه قضى في المسائل الفنية بعلمه طالما أفصح عن المصدر الذي استقى منه ما بنى عليه قضاؤه، لما كان ذلك وكان الحكم قد عرف مرض الموت وشروطه على وجهه الصحيح... وكان حصول مرض الموت متوافرة فيه شروطه واقعا تستخلصه محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض، وكان استدلال الحكم سائغاً على ما سبق تفصيله فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس».

(طعن رقم 15 لسنة 40ق - أحوال شخصية - جلسة 7 يناير

سنة 1976)

٢- «المريض مرض موت إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ثم مات ومطلقته في العدة يعتبر متى توافرت الشروط، فاراً من الميراث وتقوم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به، بمعنى أن الطلاق البائن ينبئ بذاته من غير دليل آخر عن هذا القصد، فرد المشرع عليه قصده، وذلك دون ما حاجة للبحث، عن خبايا نفس المريض واستنكاه ما يضره، لما كان ذلك وكان الثابت من تقارير الحكم المطعون فيه أن المتوفى طلق المطعون عليها الأولى طلاقة مكملة للثلاث فباتت منه في ٢١/٨/١٩١١ وهو في مرض موته وكان ذلك بغير رضا منها، ثم توفي في ٢٣/٩/١٩١١ وهي لازالت في عدته، وظلت أهلاً للميراث من وقت

طلاقها إلى وقت وفاته، فإن ما انتهى إليه الحكم من ثبوت ميراثها منه باعتباره فاراً يتفق والمنهج الشرعى السليم، ولا جدوى بعد ذلك من الاستدلال بسبق تطليق المورث للمطعون عليها الأولى ولغيرها من زوجاته ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 15 لسنة 40ق - أحوال شخصية - جلسة 7 يناير سنة 1976)

٣- «لما كان المقرر وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 11 من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة 1٩٢٣ أن المطلقة بئنا فى مرض الموت تكون فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى ذلك المرض وهى فى عدته، وكان المقصود بمرض الموت فى فقه الشريعة الإسلامية - وفق أرجح الأقوال - هو المرض الذى يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه وقضاء حاجياته خارج المنزل إن كان رجلاً ودخله إن كان امرأة ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت ولو بسبب آخر غير المرض. وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة طلقت الطفتين الثانية والثالثة فى يومين متتالين بتاريخى ٢٥، ٢٦ أبريل سنة 1٩٧٨ أى قبل وفاة المطلق ببضعة أيام، وأنه فى مجال إثبات إيقاعه الطلاق عليها وهو فى مرض الموت تضمنت الدعوى ثلاث شهادات إحداها صادرة من مكتب صحة الدقى فى 1/٦/1٩٧٨ وتتضمن أنه توفى بمستشفى الدقى بتاريخ 11/٥/1٩٧٨ وأن سبب الوفاة «سكتة قلبية وهبوط شديد بوظائف الكلى بولينا ورم خبيث بالأمعاء» والثانية صادرة من أحد الأطباء المعالجين له وتقيد أنه كان مصاباً بحالة بولينا فى الدم وورم خبيث بالأمعاء، وتقيد الثالثة تردده على مستشفى مجدى للعلاج من هذا المرض اعتباراً من أول عام 1٩٧٦ وسفره للخارج عدة مرات بسببه. لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يتناول هذه المستندات بالبحث والدراسة وأغفل ما لها من دلالة على أن المتوفى كان قبل وفاته مصاباً بمرض خبيث فى أمعائه، واقتصر فى قضائه على مجرد اطراح ما قدمته الطاعنة من تقارير طبية أخرى لتحريرها بلغة أجنبية دون إرفاق ترجمة رسمية لها، فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 31 لسنة 52ق - جلسة 17/5/1983 - غير منشور)

٤- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة فضايط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به. لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت مرض الموت لدى مورثة المطعون ضدهما الأولين على ما ثبت من الشهادة الرسمية الصادرة من مستشفى عين شمس وأقوال شاهد المطعون ضده الأول بأن المورثة كانت مريضة بالسرطان وأدخلت المستشفى في ٢٨/٣/١٩٦٢ وأنها وقت خروجها من المستشفى في ٢٢/٥/١٩٦٢ كانت بحالة صحية متدهورة وأقامت لدى شقيقتها المطعون ضدها الثانية - والدة الطاعن - إلى أن توفيت في ٩/١٢/١٩٦٢ كما استخلص الحكم أن العقدين قد حررا في وقت واحد عقب خروج المورثة من المستشفى. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد ربط بين تاريخ مرض المورثة وتحرير العقدين وخلص إلى أن العقدين حررا في وقت اشتدت فيه وطأة المرض على المورثة وهو مرض يغلب فيه الهلاك وقد انتهت بوفاتها فإن قضاءه يكون قد صادف صحيح القانون ويضحي النعي عليه بهذا السبب على غير أساس».

(طعن رقم 1011 لسنة 47 ق - جلسة 1983/12/27)

٦٦- من يقع عليها الطلاق؟

يشترط لوقوع الطلاق أن تكون المرأة محلاً للطلاق، والمرأة تكون محلاً للطلاق إذا كان النكاح قائماً حقيقة أو حكماً، فلا يقع على امرأة غير متزوجة أو متزوجة زواجا غير صحيح.

والنكاح يكون قائماً حكماً إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى. لأن آثار الزواج باقية خلال فترة العدة في الطلاق الرجعي، ولزواجها مراجعتها وإعادتها إلى عصمته بدون توقف على رضاها وبدون عقد أو مهر جديدين، ولبقاء بعض آثار الزوجية في الطلاق البائن كوجوب النفقة

على الزوج وبقاء المطلقة في منزل الزوجية وعدم جواز خروجها منه إلا بعذر شرعى، وعدم حلها لآخر، ولأن الزوج لم يستنفد مرات الطلاق الثلاث المباحة له شرعا. وهذا بخلاف المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فلا تكون محلا للطلاق لأن الزوج استنفد ما يملكه من مرات الطلاق وأصبحت محرمة عليه مؤقتا ولا يجوز له الزواج منها إلا أن بعد أن تتكح زوجا غيره، ويدخل بها، ثم يطلقها أو يموت وتتقاضى عدتها، فقد أصبح لا فائدة من الطلاق، وكذلك المعتدة من فرقة اعتبرت فسخا بحكم الشرع، كالفرقة بخيار البلوغ أو الإفاقة أو نقصان المهر عن مهر المثل، لأن الفسخ نقض للعقد، وإذا انتقض العقد لم يكن له وجود حتى يلحقه طلاق ولا يستثنى من ذلك عند الحنفية سوى حالتين:

١- الفسخ بسبب ردة أحد الزوجين المسلمين عن دين الإسلام.

٢- الفسخ بسبب إباء الزوجة غير الكتابية عن أن تعتنق الإسلام، أو أى دين سماوى آخر، بعد إسلام زوجها.

ووجه الاستثناء أن الفرقة في هاتين الحالتين ليست بسبب ينقض العقد من أساسه، وإنما كان لطوء حال تنافى بقاء العقد فأشبهت بذلك فرقة الطلاق من ناحية أنها إنهاء لعقد صحيح قائم لم يرتفع ابتداء. وكانت الزوجة بسبب ذلك مرتبطة بزواجها مادامت في العدة التى هى أثر من آثار ملك النكاح الصحيح ومن هنا اعتبرت محلا للطلاق شأنها فى ذلك شأن المعتدة من طلاق^(١).

أما الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام باعتناق زوجته الدين الإسلامى فالرأى الراجح فى المذهب اعتبارها طلاقا لا فسخا للعقد حتى لو أسلم بعد ذلك، وعقد زواجه عليها احتسبت هذه الفرقة من عدد الطلاقات التى يملكها الزوج على زوجته.

وبالترتيب على ما تقدم لا تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها فى الحالات الآتية:

١) المرأة التى تزوجها الرجل بعقد زواج غير صحيح، باطل أو فاسد، لأن الطلاق أثر من آثار عقد الزواج الصحيح.

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى - أحكام الأسرة فى الإسلام ص ٥٠٥.

- (٢) المرأة الأجنبية أى التى لم يربطها بالرجل عقد زواج أصلا. (أنظر حالة الطلاق المعلق على الزواج بند ٢٦).
- (٣) المرأة المعتدة من فسخ الزواج بسبب غير السببين سالفى الذكر، مثال فسخ الزواج لنقصان المهر عن مهر المثل أو لخيار البلوغ أو الإفاقة.
- (٤) المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى.
- (٥) المرأة المعتدة من طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة.
- (٦) المرأة المعتدة التى انقضت عدتها ولو كانت العدة من طلاق رجعي^(١).



(١) وقد روى أن بعض الصحابة والتابعين والفقهاء يرون أن الطلاق لا يلحق طلاقا ولا فسخا، فلا تكون المعتدة محلا للطلاق بحال. وهو مذهب أئمة الشيعة الإمامية وبعض فقهاء الزيدية واختاره ابن تيمية (راجع الدكتور محمد بلتاجى فى أحكام الأسرة - الجزء الأول الزواج والفرقة سنة ١٩٨٥ ص ٥١٢).

موضوع رقم (٣)

ركن الطلاق

١٧- المقصود بركن الطلاق:

المقصود بركن الطلاق هو ما يقع به الطلاق.
والطلاق يقع باللفظ الذى يفيد معنى الطلاق، أو ما يقوم مقامه من الكتابة والإشارة.

فالطلاق يقع بواحد من ثلاثة:

١- اللفظ.

٢- الكتابة.

٣- الإشارة.

ولا بد من وقوع الطلاق باللفظ من إضافته إلى الزوجة أى إسناده إليها على نحو يفهم منه لغة أو عرفاً تطليقها.

ومن الأول: أن يعينها بطريق التعيين، كالوصف والاسم العلم، والإشارة والضمير، فيقول: امرأتى طالق، أو فلانة طالق، أو يشير إليها فيقول: هذه طالق: أو يخاطبها بقوله: أنت طالق. وكذلك إذا كان حديث جرى فيقول: هى طالق.

ومن الثاني: قول الرجل على الطلاق أن أفعل كذا أو لا أفعل كذا، فإن المفهوم من ذلك بحسب العرف هو طلاق الزوجة إذا لم يحصل المحلوف عليه، فهو مثل أن يقول: إن لم أفعل كذا فامرأتى طالق.
فالطلاق هنا وإن لم يصرح بإضافته إلى المرأة فى اللفظ مضاف إليها فى المعنى.

أما إذا لم يصف الطلاق إلى الزوجة لا فى اللفظ ولا بحسب المعنى الذى يفهم فى العرف فلا يقع به شيء وذلك كقوله لزوجته: أنا منك طالق، لأنه لم يصف الطلاق إلى الزوجة^(١).

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٧٢ - عمر عبد الله ص ٤٢٧.

ونعرض فيما يلي لوقوع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة.

أولاً: لفظ الطلاق:

تنقسم الألفاظ التي يقع بها الطلاق إلى صريح وإلى كناية:

١٨- (أ): اللفظ الصريح:

اللفظ الصريح هو الذى لا يحتمل معنى غير معنى الطلاق لغة أو عرفاً. وهذا اللفظ هو ما كان من مادة «ط ل ق» عدا الإطلاق ومشتقاته مع إضافته إلى الزوجة. كأن يقول الرجل لامرأته «أنت طالق، أو أنت الطلاق أو أنت مطلقة بالتشديد أو طلقتك» أو يقول «امرأتى مطلقة أو طلقت زوجتى أو كونى طالقة أو خذى طلاقك»^(١).

أما إذا قال لزوجته «أنت محرمة أو أنت حرام أو أنت على حرام أو أنت خالصة» أو قال: «على الحرام» فإن كان عرف الناس جارياً على أنهم

(١) وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لأنه أضيف إلى محله كأن يقول: «رقتك طالق أو عنقك طالق أو رأسك طالق أو روحك أو يدك أو جسديك أو فرجك أو وجهك» لأنه يعبر بها عن جميع البدن، أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما - قال الله تعالى - فتحرير رقبة - وقال: فطلت أعناقهم لها خاضعين، وقال عليه الصلاة والسلام: «لعن الله الفروج على السروج» ويقال: رأس القوم، ويا وجه العرب، وهلك روحه بمعنى نفسه، ومن هذا القبيل الدم في رواية، يقال دمه هدر، ومنه النفس،

وكذلك أن طلق جزءاً شائعاً منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك طالق لأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلاً للطلاق إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة.

ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق، ويصدق ذلك على كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن، كالذراع، لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في هذه الأجزاء ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه بخلاف الجزء الشائع، واختلف في وقوع الطلاق إذا أضيف إلى الظهر والبطن، والراجح عدم وقوعه لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن.

(الهداية شرح بداية المبتدى ج ١ ص ٢٢٢).

يستعملون هذه الألفاظ للدلالة على إيقاع الطلاق تكون هذه الألفاظ من الألفاظ الصريحة في الطلاق وإن لم يجر عرفهم بذلك تكون الألفاظ المذكورة من الكناية. وقد جرى العرف على استعمالها للدلالة على إيقاع الطلاق فتعتبر من الألفاظ الصريحة للطلاق.

ويستوى أن يكون لفظ الطلاق باللغة العربية أو بلغة أخرى غيرها⁽¹⁾، كما هو الشأن في الزواج إذ لم يعهد في الشريعة الإسلامية أن يكون إنشاء العقود والتصرفات بلغة دون أخرى.

وسمى هذا النوع صريحا لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى⁽²⁾.

ويقع الطلاق بالنطق باللفظ جهرا أو مخافتة وأدنى المخافتة إسماع الشخص نفسه فلو طلق بحيث صحح الحروف ولكن لم يسمع نفسه لا يقع الطلاق.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٤ / ١٢ / ١٩٥٥ بأن:

«إن المنصوص عليه شرعا أن الطلاق هو رفع قيد النكاح باللفظ الدال على ذلك أو ما يقوم مقامه من الكتابة المستبينة أو الإشارة من الأخرس وركنه اللفظ الدال على الطلاق لغة أو شرعا واللفظ لا يكون إلا بالتلفظ وهو النطق بما يدل على الطلاق والنطق قد يكون جهرا أو مخافتة وأدنى المخافتة إسماع نفسه فلو طلق بحيث صحح الحروف ولكن لم يسمع نفسه لا يقع طلاقه فإذا كان السائل حين يتمم بصيغة الطلاق المذكورة محركا بها لسانه كان له صوت سمعه حين كان يتمم بها وقع بها طلاق واحد رجعي عملا بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية وإن كرره في نطق واحد وقرن الطلاق

(1) فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٦ / ٣ / ١٩١٧ وقد جاء بها: «اطلعنا على هذا السؤال وعلى ورقة الترجمة المذكورة ونفيد أن المنصوص عليه شرعا أن الطلاق يقع ولو بغير اللغة العربية ولو كان الزوج غير مسلم متى كانت المطلقة زوجته والمطلق عاقلا بالغا مستيقظا وبناء على ذلك يعتبر الطلاق المذكور بالورقة المذكورة على حسب الترجمة المذكورة طلاقا صحيحا شرعا»..

(2) بدائع الصنائع علاء الدين الكاساني ج ٢ ص ١١١.

لعدد الثلاثة وذلك عملاً بالمادة الثالثة منه ونصها (الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة) وهذا الحكم قد اخترناه للفتوى وإن خالف مذاهب الأئمة الأربعة لأنه موافق لمذاهب أئمة آخرين من فقهاء الصحابة ومجتهدي المسلمين وفى الأخذ به صيانة الرابطة الزوجية من العبث وحمل الأزواج على اتباع السنن المشروعة لإيقاع الطلاق مرة بعد مرة - وبذلك يكون السائل قد طلق زوجته طلاقين أولهما بالصيغة الأولى وهى قوله أولاً (أنت محرمة) وثانيهما بالصيغة الأخرى المسئول عنها ويبقى له عليها طلاق واحد فقط - ولأن هذه اليمين كانت فى سنة ١٧٠٠هـ أى من منذ خمس سنوات تقريباً وهى مدة الغالب فيها انقضاء عدة مطلقتها منه وعلى ذلك يكون له إرجاعها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين بإذنها ورضاها - هذا إذا كان تحريك لسان السائل بهذه الصيغة بصوت مسموع له كما سبق أن قلنا أما إذا كان تحريك لسانه بها بصوت غير مسموع له فإنه لا يقع بها شيء من الطلاق وتحل له معاشرتها بدون رجعة أو تجديد عقد - والله سبحانه وتعالى أعلم».

والطلاق يقع بهذا اللفظ الصريح ديانة وقضاء، دون حاجة إلى نية أو قرينة، لأن المعنى مستفاد منه إما لغة أو عرفاً، ومن ثم يقع الطلاق سواء نواه الرجل أو لم تكن له نية أصلاً بأن كان قد تلفظ بعبارة الطلاق غافلاً عن معناها. غير أنه إذا قامت قرينة تصرف اللفظ عن حقيقة معناه فإن الطلاق لا يقع. كما إذا طلبت المرأة من الرجل أن يطلقها من قيدها فقال لها «أنت طالق» ثم ادعى الزوج أنه أراد الطلاق من وثاقها فإنه يصدق فى ذلك ديانة وقضاء لقيام القرينة الصارفة له عن إرادة الطلاق^(١).

(١) حكم بعض صور الطلاق:

١- الطلاق بصيغة المضارع:

صيغة المضارع لا يقع بها طلاق - لا إذا كانت مستعملة للحال غالباً. (العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية، الجزء الأول الطبعة الثانية سنة ١٤٠٠ هجرية ص ٢٨).

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

١- «جاء بالصفحة ٤٤ من الجزء الأول من تنقيح الفتاوى الحامدية مطلب: المضارع لا يقع به الطلاق إلا إذا غلب فى الحال. سئل فى رجل له زوجة موافقة لأمرها مطيعة=

= لها وكل منهما في مسكن على حدة فقال لزوجته ما دمت مع أمك تكوني طالقة، فانقطعت عن موافقتها وإطاعتها مدة، ولفظ تكوني مغلب في الحال ونيته في المعية المذكورة ما ذكر من الموافقة والإطاعة لها في الحكم؟ «الجواب» صيغة المضارع لا يقع بها الطلاق إلا إذا غلب في الحال كما صرح به الكمال بن الهمام، وحيث تركت ذلك المدة المذكورة فإذا عادت لموافقتها وإطاعتها لا يقع عليه الطلاق لأن كلمة ما دام غاية ينتهي إليها اليمين كما تقدم عن التنوير وشرحه أهـ. وجاء في صفحة ٤٢ منه مطلب يقع الطلاق بصيغة المضارع إذا غلب استعماله في الحال «سئل» في رجل قال لزوجته «تكوني طالقة ثلاثا بصيغة المضارع وغلب استعماله في الحال عرفا فهل يقع عليه الطلاق؟» نعم كما أفتى به الخير الرملي. هذا وقول السائل لزوجته في حادثة السؤال حين الخلاف بينهما «إني لا أكون زوجها ولا هي تكون زوجتي» ناويا به الطلاق من قبيل المضارع الذي لم يغلب استعماله في الحال وليس من ألفاظ الطلاق الصريح المنجز، ولم يغلب استعماله في الطلاق وبناء على ذلك لا يقع به طلاق، وتكون الزوجية لا تزال قائمة بين الزوجين ومما ذكر بعلم الجواب عما جاء بالسؤال. والله أعلم.

(فتوى صادرة بتاريخ 1965/7/5 في الطلب رقم 373 لسنة 1965).

٢- «العبارات الواردة على لسان الزوج لزوجته في هذا الاستفتاء تدل على أن الزوج الحالف أظهر رغبته في ألا تكون امرأته زوجة له في الزمن المستقبل الذي يقع بعد النطق بالعبرة وليس فيها ما يفيد إنشاء الطلاق أو ما يعتبر إخبارا عن طلاق. ولم يستعمل لفظا من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية على سبيل التنجيز أو التعليق، وربما يشتبّه في أن قوله في بعض العبارات «ما تكوني مرأتى تاني» أو «ما تبقى مرأتى تاني» يقصد به الطلاق عرفا، ولكن يبعد من

ذلك أن الفعل المستعمل هنا هو فعل مضارع. وقد نص الفقهاء على أن المضارع لا يقع به الطلاق إلا إذا غلب في الحال «تنقيح الفتاوى الحامدية جزء أول صفحة ٤٤، ٤٢» وما ورد بالسؤال ليس من هذا القبيل فلا يقع به طلاق وقوله «على الطلاق ما أنت قاعدة معايا» اشتمل على الحلف بالطلاق لغو لا يقع به طلاق طبقا لأحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. وإن فلا يقع بشيء مما ورد في هذا السؤال طلاق. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله تعالى أعلم.

(فتوى صادرة بتاريخ 1967/9/25 بتاريخ في الطلب رقم 558)

=

(لسنة 1967)

١٩- (ب) - الكناية:

١- تعريف الكناية:

الكناية هي اللفظ الذي يحتمل الطلاق وغيره، فاللفظ لم يوضع لخصوص الطلاق بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق ولمعنى آخر فهو يحتمل المعنيين. وسمى كناية لأن الكناية في اللغة اسم لفظ استتر المراد منه عند السامع، وهذه الألفاظ مستترة عند السامع.

= 2- الشك في الطلاق:

إذا شك الرجل هل طلق أولاً، ولا يقع الطلاق، وإذا شك أنه طلق واحدة أو أكثر بنى على الأقل، إلا إذا كان غالب ظنه أنه طلق، أو طلق أكثر من واحدة. (الأشباه والنظائر لابن نجيم طبعة ١٩٨٥ ص ١١).

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1966/10/2 فى الطلب رقم 409 لسنة 1966 بأن:

«... وظاهر من هذه النصوص أن الشخص إذا شك هل حصل منه طلاق أولاً: يعتبر أنه لم يصدر منه طلاق ولا يقع عليه طلاق إلا أن يجزم أو يكون غالب ظنه أنه حصل منه طلاق فيؤخذ بذلك ويحتسب الطلاق أحداً يجزمه أو غلبة ظنه. فإن جزم أو كان غالب ظنه أنه لم يصدر منه طلاق لا يعتبر الطلاق من باب أولى. وإن كان هناك دليل كأن يشهد عدول كانوا بالمجلس يعمل بهذا الدليل إيجاباً أو سلباً.. الخ».

3- الطلاق بالحديث النفسى:

إذا تخيل الزوج أنه يقول لزوجته «أنت طالق» ولكنه لم يتلفظ بذلك، فلا يقع طلاق بذلك.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1967/7/9 بأن:

«... وأما ما كان يتخيله السائل وهو يجلس بمفرده من أنه يقول لزوجته «على الطلاق من فلانة» يقصد زوجته ولكنه لم يتلفظ بذلك فلا أثر له على العلاقة الزوجية مطلقاً لأن ما تردد فى نفسه ليس من عبارات الطلاق، ولأن ركن الطلاق على فرض أنه من ألفاظ الطلاق هو التلفظ والنطق ولم يحدث شيء من ذلك، وأما ما كان يتلفظ به فى أوقات ضجره من قوله «الواحد يسيبها ويستريح». وقوله بلاش دوشة» فلا قيمة له ولا يقع به طلاق، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق. وأما تعبيره فى خطابه إليها بقوله «لأختي» بدلاً من زوجتى أو خطيبتى فلا أثر له كذلك، وأما ما كان يحس به من أن هاتفاً يقول له أنها ليست زوجتك فلا قيمة له مطلقاً، لأنه مجرد خيالات وأوهام لا يعتد بها.

ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

ومثال ذلك أن يقول الرجل للمرأة:

- ١- (أنت بائن)، فهذا القول يحتمل البينونة والانفصال من رابطة الزواج، كما يحتمل البينونة والانفصال من أسباب الخير أو الشر.
- ٢- (أنت بثة)، فمعنى البت القطع والفصل، ومن ثم فهي تحتتمل القطع والفصل من رابطة الزواج، كما تحتتمل القطع والفصل من أسباب الخير أو الشر.
- ٣- (أنت خلية أو برية) فتحتمل الخلو من الزواج والبراءة منه، كما تحتتمل الخلو والبراءة من أسباب الخير أو الشر.
- ٤- (أنت حرة) فتحتمل أنها أصبحت حرة غير مقيدة بقيد الزواج لأنه طلقها، أو أنها حرة في تصرفاتها.
- ٥- (اذهبي إلى أهلك) فتحتمل أنه أمرها بذلك لأنه طلقها فتعود إلى أهلها كما كانت قبل الزواج منه، أو أنه أمرها بذلك لأنه يريد إبعادها عن بيته بسبب غضبه مع قيام الزوجية بينهما.
- ٦- (حبلك على غاربك) فتحتمل أنه لا سلطان له عليها بسبب الطلاق، كما تحتتمل معنى التأنيب والتوبيخ.
- ٧- (اعتدى) فتحتمل أنه أمرها بذلك لأنه طلقها، أو للاعتداد بما هي فيه من خير ونعمة في خلال حياتهما الزوجية.
- ٨- (استبرئي رحمك) فتحتمل أمرها بتعرف براءة الرحم من الحمل كي تستطيع التزوج بزواج آخر، لأنها صارت طالقا، كما تحتتمل الأمر بذلك ليطلقها بعد أن عرف عنها أنها غير حامل.

٢- حكم الطلاق بالكناية في المذهب الحنفي:

الطلاق بالكناية عند الأحناف، لا يقع إلا بدلالة الحال أو النية. فإذا كانت دلالة الحال تبين معنى الطلاق فإنه يقع من غير نية إذ يعتبر الحال قرينة مبينة أن المراد الطلاق. فإذا لم يكن الحال كافيا للدلالة على إرادة الطلاق، فلا يقع إلا إذا كان الرجل ينوى الطلاق.

هذا من ناحية القضاء، أما ديانة فيوكل الأمر فيها إلى نية الرجل، فإذا قال أنه لم يرد بما تلفظ طلاقاً فيصدق في ذلك ويفتى بعدم وقوع الطلاق. وتفصيل القول في مسألة وقوع الطلاق وعدمه قضاء بألفاظ الكناية أربعة:

وهي حالة الرضا، والغضب، وكل منهما إما أن يجرى فيها حديث الطلاق ومذاكرته بأن تطلب الزوجة الطلاق من الرجل أو يطلب غيرها، وإما ألا يكون الأمر كذلك.

وألفاظ الكناية ثلاثة أنواع:

الأول: ما يصلح جواباً لطلب الطلاق، ولا يصلح رفضاً له ولا سباً للمرأة ومثل ذلك لفظ (اعتدى) ولفظ (استبرئى رحمك).

الثاني: ما يصلح جواباً لطلب الطلاق، كما يصلح سباً ومثل ذلك لفظ (خلية) أو برية أو بائن أو بثة).

الثالث: ما يصلح جواباً لطلب الطلاق، كما يصلح رفضاً له ومثل ذلك لفظ (أذهبى، أخرجى، قومى، انطلقى).

والحكم في ذلك على التفصيل الآتي:

١- في حالة الرضا الخالية عن مذاكرة الطلاق وطلبه لا يحكم بوقوع الطلاق في شيء من ألفاظ الكناية جميعاً، إلا بالنية فيصدق الرجل إذا قال إنى لم أرد بذلك طلاقاً.

٢- إذا جرت في حالة الرضا مذاكرة الطلاق وطلبه فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوعين الأولين من غير توقف على النية، ولا يصدق الرجل فيهما إذا قال إنى لم أرد الطلاق، لأن ألفاظ النوع الأول لا تحتمل غير الجواب على طلبها الطلاق، وكذلك الحكم في ألفاظ النوع الثانى، لأن المقام فيه ليس للسب، مادامت الحالة حالة رضا، فيحمل اللفظ على أنه لطلبها الطلاق ولا يتوقف على النية. أما ألفاظ النوع الثالث الذى يصلح جواباً لطلب كما يصلح رفضاً له، فإن الطلاق يتوقف فيها على النية، لأن مقام مذاكرة الطلاق وطلبه يقبل الإجابة والرفض،

وألفاظ هذا النوع تحتل الأمرين، فلا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر إلا بالبينة فيصدق الرجل إذا قال إنى لم أرد بما تلفظت طلاقاً.

٣- إذا كانت الحالة حالة غضب ولم يجر فيها مذاكرة الطلاق وطلبه، فإن الطلاق يقع بألفاظ النوع الأول ولا يحتاج إلى النية، ولا يصدق الرجل إذا قال إنى لم أرد بما تلفظت طلاقاً.

أما في النوعين الثاني والثالث، فيتوقف الطلاق على النية، لأن الحالة حالة غضب يصح أن يرد فيها ألفاظ الشتم أو رفض الطلاق، واللفظ يحتمل أحدهما، فلا يصرف إلى الطلاق إلا بالنية ويصدق الرجل إذا قال: إنى أردت سبها أو رفضت طلاقها.

٤- إذا كانت حالة غضب، وجرت مذاكرة الطلاق وطلبه، فإن الطلاق يقع بدون حاجة إلى النية وذلك في ألفاظ النوع الأول، ولكن يتوقف على النية في النوعين: الثاني والثالث، لاحتمال أمرين: السب أو رفض الطلاق^(١).

٢- حكم القانون في الطلاق بالكناية:

نصت المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن «كنايات الطلاق وهي ما تحتل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية»، فقد قصرت هذه المادة وقوع الطلاق بألفاظ الكناية على أن يكون الزوج قد نوى بها الطلاق، وهي بذلك تكون قد خالفت مذهب الحنفية في عدم اعتدادها في وقوع الطلاق بدلالة الحال وضيقت نطاق وقوع الطلاق بالكناية. وقد استمد حكم هذه المادة من مذهب الشافعي ومالك^(٢).

(١) وعند الإمامية لا يقع الطلاق بألفاظ الكناية. وعند ابن حزم لا يقع طلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ: إما الطلاق، وإما الفراق، وإما السراح، وما اشتق منها، هذا إذا نوى به الطلاق (راجع الدكتور محمد بلتاجي ص ٥١٤ - ويؤيد رأى ابن حزم الأستاذ محمد الغزالي في كتابه قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة - دار الشروق ص ١٨٣).

(٢) الأم للإمام الشافعي - المجلد الثالث - الجزء الخامس، طبعة دار المعرفة ببيروت ص ١٩٧.

والمراد بالكناية هنا ما كان كناية في مذهب أبي حنيفة^(١).

فلو ادعت الزوجة أن زوجها طلقها بلفظ من ألفاظ الكنايات، وطلبت الحكم بطلاقها، سأله القاضي عنه، فإذا أقر الزوج بصدور اللفظ منه، سأله عما قصده به فإذا قرر أنه لم ينو به الطلاق، حلفه القاضي اليمين بأنه لم ينو الطلاق بلفظ الكناية الذي صدر منه، لأن ذلك أمر لا يعرف إلا من جهته، ولو لم تطلب الزوجة اليمين، لأن اليمين هنا من حقوق الله، فإذا حلف رفضت دعوى المرأة، ولو كانت القرائن والظروف تشهد بخلاف ما قرره، أما إذا نكل عن اليمين حكم لها بطلاقها منه لأن النكول عن اليمين إقرار بالدعوى^(٢).

٢- ثانياً: الطلاق بالإشارة:

اتفق الفقهاء على أن غير الأخرس لا يقع طلاقه بالإشارة على أى حال. أما الأخرس، فقد ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن طلاق الأخرس يقع بالإشارة المفهومة أو المعهودة، سواء كان يعرف الكتابة أم لا^(٣). بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الأخرس إن كان يعرف الكتابة فلا يقع طلاقه إلا بها لأن الإشارة ليست فى الدلالة على المقصود بمنزلة الكتابة، فلا يعول عليها فى مثل الطلاق الذى يلزم فيه الاحتياط. والرأى الأخير هو الراجح فى المذهب^(٤). والمراد بالإشارة المفهومة التى يقع بها الطلاق، الإشارة المقرونة بتصويت من الأخرس لأن العادة منه ذلك فكانت الإشارة بياناً لما أجمله الأخرس^(٥).

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٢) الدكتور أحمد الغندور ص ١٩٢ - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٥١١.

(٣) فقد أطلق علاء الدين الكاسانى القول بأن: «فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالإشارة المفهومة من الأخرس لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ والإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة». (بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٠٠).

(٤) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٩٢ - محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص ٤٩٨.

(٥) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٩٢.

هذا إذا كان الشخص قد ولد أخرسًا، أما إذا كان الخرس طارئًا عليه فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يمكن الحكم بوقوع طلاقه بالإشارة إلا إذا دام خرسه إلى الموت - وهو قول غريب - وقدر بعضهم مدة دوام الخرس بسنة واحدة، فيكون طلاقه موقوفًا حتى تتم السنة عليه وهو معتقل اللسان. والذي ينبغي التعويل عليه من أقوال الفقهاء هو اشتراط دوام الخرس مدة تكفى لفهم إشارته ومعرفة ما يريده منها^(١).

٢١- ثالثًا: الطلاق بالكتابة:

الكتابة نوعان: كتابة مستبينة أى مرقومة واضحة يمكن فهمها وقراءتها كالكتابة على الورق أو على الحائط. وكتابة لا تكون كذلك مثل الكتابة على الماء والهواء. والكتابة المستبينة إما أن تكون مرسومة أو غير مرسومة. والكتابة المرسومة هى المعنوية والموجهة للزوجة كما توجه الرسائل، والكتابة غير المرسومة هى ما لا تكون كذلك. والكتابة غير المستبينة لا يقع بها الطلاق مطلقًا، سواء نوى الرجل الطلاق أو لم ينو.

أما الكتابة المستبينة المرسومة فيقع بها الطلاق مطلقًا، نوى الرجل الطلاق أو لم ينو، فهى تقوم مقام اللفظ الصريح فى إيقاع الطلاق حتى ولو كان الرجل قادرًا على التعبير بالألفاظ.

ويقع الطلاق بها من وقت الكتابة إلا إذا قيد وقوع الطلاق بزمان أو بوصول الكتابة أو غيره فإنه يقع من الوقت الذى حدده.

فإذا كتب الزوج كتابًا إلى زوجته بعنوانها قائلاً فيه: بعد الديباجة «أنت طالق» وقع الطلاق بمجرد الكتابة.

وإذا وصل الكتاب إلى أبى الزوجة فقرأه ثم مزقه ولم يدفعه إليها، وكان هو المتصرف فى جميع أمورها، وقع الطلاق بتسلمه الكتاب.

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٧٠.

أما إذا ادعى الزوج أنه كتب ذلك يجرب به القلم مثلاً فإنه لا يصدق فى القضاء وإن كان يصدق ديانة.

أما الكتابة المستبينة غير المرسومة، فلا يقع بها الطلاق إلا إذا نوى الرجل الطلاق، فإذا ادعى الرجل أنه لم ينو الطلاق وإنما أراد تجربة القلم أو الخط مثلاً فلا يقع الطلاق، لأن مثل هذه الكتابة تحتمل إنشاء الطلاق، وتحتمل غرضاً آخر كما يجوز ألا يكون هناك غرض أصلاً^(١).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن :

١- «إن المنصوص عليه شرعاً أن الطلاق كما يقع بنطق الحالف بلفظه الدال عليه لغة وشرعاً يقع أيضاً بكتابته هذا اللفظ فى كتاب معنون باسم المحلوف عليه وبخط مقروء. وقد اصطلاح الفقهاء على تسمية هذه الكتابة بالكتابة المرسومة المستبينة وهى تقوم عندهم مقام الطلاق الصريح المنجز فيقع الطلاق بها بمجرد الكتابة نوى الكاتب الطلاق بما كتبه أو لم ينو قرأته المحلوف عليها أو لم تقرأه - وإن كانت الكتابة غير معنونة باسمها وهى واضحة مستبينة وهى المسماة فى اصطلاحهم بالكتابة المستبينة غير المرسومة فإنه لا يقع الطلاق بها إلا إذا نوى بها الطلاق جاء فى حاشية ابن عابدين نقلاً عن الهندية أن الكتابة (على نوعين مرسومة وغير المرسومة على وجهين مستبينة وغير مستبينة والمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقرائته ففى غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نوى وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة إن نوى الطلاق يقع وإلا لا. وإن كانت مرسومة يقع الطلاق نوى أو لم ينو. ثم المرسومة لا تخلو أما إن أرسل الطلاق بأن كتب. أما بعد فأنت طالق فإذا كتب هذا يقع الطلاق، وتلزمها عدة من وقت الكتاب به وإن علق طلاقها بمجئ الكتاب بأن كتب إذا جاءك كتابى هذا فأنت طالق فجاءها هذا

(١) راجع حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٦ - الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٧٠ وما بعدها.
المادة (٢٢٢) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا. فقد جاء بها: «يقع الطلاق لفظاً وبالكتابة المرسومة المستبينة... الخ».

الكتاب فقرأته أو لم تقرأه يقع الطلاق كذا في الخلاصة) والظاهر من قول السائل أنه كتب لها ورقة ذكر فيها أنه طلقها وأن الورقة التي كتبها وسلمها إليها معنونة باسمها. وحينئذ تكون من قبيل القسم الأول وهو الكتابة المرسومة المستبينة فيقع بها الطلاق بمجرد الكتاب نوى بكتابتها الطلاق أو لا وبكتابتها الورقتين معا يقع الطلاق الرجعيان الأول والثاني وبقوله لها بعد ذلك بأيام أنت طالق تبين منه بينونة كبرى لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها وتتقاضى عدتها منه حيث تحل للأول وإن كان هذا الظاهر يخالف الواقع وأن الورقة لم تكن معنونة باسمها وأنها تضمنت فقط قوله لها أنت طالق مكتوبا بها فهي في هذه الحالة من النوع الثاني وهو المستبين غير المرسوم وبها يقع الطلاق إن نوى وإن لم ينو لم يقع شيء بالورقتين المذكورتين ويكون الواقع عليها هو قوله لها. ثالثا أنت طالق حيث يكون هو الطلاق الأول الرجعي فإن كانت لا تزال في العدة بعده كان لهذا الزوج أن يراجعها قولاً أو فعلاً كل ذلك في الاحتمال الأخير فقط وهو عدم قصده الطلاق بما كتب في الورقتين غير المعنونتين باسمها والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1995/9/26)

٢- «يشترط الفقهاء لوقوع الطلاق بالكتابة أن تكون معنونة ثابتة تقرأ أو تفهم وتقوم الكتابة مقام اللفظ، ولا تحتاج إلى نية الطلاق. إذا كانت بلفظه الصريح. فإن لم تكن ثابتة أو كانت لا تقرأ ولا تفهم فلا يقع بها شيء. أما إن كانت في كتاب غير معنون فلا يقع بها الطلاق إلا بالنية. ويشترط أن يكتب الزوج صيغة الطلاق بنفسه أو بإملائه على من يكتبه... الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1980/4/19 - الطلب رقم 126 لسنة 1980)

٢٢- هل يجب الإشهاد على الطلاق؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد لأن الطلاق من حقوق الرجل ولا يحتاج إلى بينة كي يباشر حقه، ولم يرد عن النبي ولا عن الصحابة

ما يدل على أن الإشهاد على الطلاق شرط لصحته ولا أن أحدا منهم توقف عن الطلاق لاستحضار شاهدين مع كثرة ما روى عنهم من ذلك، ولو كان الإشهاد شرطاً لنقل إلينا لأنه يتكرر وقوعه في كل زمان.

أما قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ﴾، فهو للندب لا للوجوب، كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ﴾.

وعلى هذا فإن الإشهاد وإن لم يكن شرطاً لصحة الطلاق، إلا أنه مستحب خشية الجحود عند النزاع.

وقد خالفت الجمهور الشيعة الإمامية واشترطوا لصحة وقوع الطلاق أن يحضره شاهدان يسمعان إنشاء الطلاق، فلا يقع بشاهد واحد ولو كان عدلاً ولا بشهادة فاسقين، بل لابد من حضور شاهدين ظاهرهما العدالة، ولا تقبل عندهم شهادة النساء في الطلاق لا منفردات ولا منضمات إلى الرجال.

واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى في أحكام الطلاق وإنشائه في صورة الطلاق: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَلِكَُم يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ۖ وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ ۚ﴾، فهذا الأمر بالشهادة جاء بعد ذلك إنشاء الطلاق، وجواز الرجعة، فكان المناسب أن يكون راجعاً إليه، وإن تعليل الإشهاد بأن يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر يرشح لذلك ويقويه لأن

حضور الشهود العدول لا يخلو من موعظة حسنة يزجونها إلى الزوجين، فيكون لهما مخرج من الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله سبحانه وتعالى.

وممن ذهب إلى وجوب الإشهاد واشترائه لصحته من الصحابة: أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وعمران بن حصين رضي الله عنهما، ومن التابعين: الإمام محمد الباقر، والإمام جعفر الصادق، وبنوهما أئمة آل البيت رضوان الله عليهم، وكذلك عطاء، وابن جريج وابن سيرين رحمهم الله.

وقد ذهب ابن حزم في (المحلى) إلى اشتراط الإشهاد لصحة الطلاق كما ذهب الشافعي إلى ذلك في القديم⁽¹⁾.

وسنرى أن القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في بعض مسائل الأحوال الشخصية نص في المادة ٢١ منه على أنه لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق. أنظر بنود ٦٦٦ وما بعده).

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ ١٥ يناير سنة ٢٠٠٠ في القضية رقم ١٢١ لسنة ٢٠٠٠ ق «دستورية» بعدم دستورية النص المذكور فيما تضمنه من قصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق. وقد أخذت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - برأى الجمهور فقضت بتاريخ 1982/11/23 في الطعن رقم 25 لسنة 51 بأن:

«وإن اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط الإشهاد على الطلاق - فبينما أوجبته البعض ذهبت الغالبية إلى أنه ليس شرطاً لوقوعه لأن الأمر به في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾. هو للندب لا للوجوب، غير أن أحداً منهم

(1) الدكتور محمد بلتاجي ص ٥٢٦ وما بعدها - على حسب الله ص ٥٠٠ وما بعدها - محمد أبو زهرة ص ٢٦٩ وما بعدها - ويأخذ بهذا الرأي في الفقه الحديث الأستاذ أحمد شاكر مشار إليه في مؤلف الدكتور البلتاجي، ص ٥٧ - الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٢٦٩ - الأستاذ محمد الغزالي في كتابه قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة - طبعة دار الشروق ص ١٨٤.

لم يستلزم لوقوع الطلاق أو ثبوته أن يكون موثقاً، لما كان ذلك، وكان ما نصت عليه المادة الخامسة مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧١ من وجوب مبادرة المطلق إلى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص لم يهدف - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - إلى وضع قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله تعالى للزوج أو على جواز إثباته قضاء بكافة الطرق وإنما هدف إلى مجرد عدم سريان آثاره بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ علمها به، فإنه لا على محكمة الموضوع إذا سمعت إثباتاً للطلاق المدعى به إلى غير الشهود الموقعين على الوثيقة المحررة عنه».



موضوع رقم (٤)

صيغة الطلاق

الطلاق المنجز - الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل - الطلاق المعلق على شرط

٢٣- تأصيل فقهي :

القاعدة الفقهية المقررة أن التصرفات التي من قبيل الإسقاطات لا التمليكات، كالإبراء من الدين، يجوز أن تكون منجزة أو مضافة إلى زمن مستقبل، أو معلقة على شرط. ولما كان الطلاق إسقاطا لا تمليكا إذ هو عبارة عن إزالة ملك النكاح ورفع تقييد حرية المرأة بما يدل على ذلك، فإنه يجوز أن يكون منجزا أو مضافا إلى زمن مستقبل، أو معلقا على شرط.

٢٤- الطلاق المنجز :

الطلاق المنجز هو ما قصد به إيقاع الطلاق فورا، بأن كانت صيغة الطلاق غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على شرط، كقول الرجل لامرأته: (أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك)، أو كتب إليها بما ذكر كتابة مستبينة مرسومة. وحكم الطلاق المنجز، هو وقوع الطلاق في الحال وترتيب آثاره عليه بمجرد التلفظ بما يدل على الطلاق أو قراءة الكتابة المستبينة المرسومة، متى كان صادرا ممن يملكه، وصادف محلا لوقوعه بأن كانت المرأة زوجة حقيقية أو حكما لمن صدر منه طلاقها، لأن هذا ما قصده المطلق وتدل عليه صيغة الطلاق التي صدرت منه^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

«العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هو أهل لإيقاع الطلاق وصادفت محلا، يقع بها الطلاق فور صدورها،

(١) وقد جاء بالمادة ١/٢٥١ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا: «الطلاق لفظيا كان أو بالكتابة يصح أن يكون منجزا لو معلقا فالمنجز ما كان بصيغة مطلقة غير مقيدة بشرط ولا مضافة إلى وقت وهذا يقع في الحال».

ويكون طلاقاً مستقلاً قائماً بذاته ولا يغير من ذلك ما اقترن بها من أنها تأييد لطلاق سابق إذ ليس من شأن هذه الإضافة أن تحول دون تحقيق الأثر الفوري المترتب عليها شرعاً».

(طعن رقم 20 لسنة 36 ق - جلسة 1969/5/7).

وإذا جاء التلفظ بالطلاق مؤقتاً بوقت معين فإن الصيغة تكون منجزة يقع بها الطلاق فوراً وبدون تحديد أجل معين لأن الطلاق مما لا يحتمل التوقيت.

وفي هذا جاء بفتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٥٩ / ١ / ٢١.

«من السيد/ علوان محمد الكبيسى - من عزعر بالمملكة العربية السعودية بطلبه المقيد برقم ١٧٥ لسنة ١٩٥٩م المتضمن أنه جرى بين هذا السائل وزوجته نزاع شديد مما أدى إلى ثورة أعصابه وفقدان رشده. فقال لزوجته وهو في هذه الحالة (أخرجى محرمة على ستة شهور مثلما حرمت على أختي). وطلب السائل بيان الحكم الشرعي وهذا اليمين وهل هو واقع أو لا؟»

أجاب:

إن هذه الصيغة ليست معلقة ولا مضافة وإنما هي مؤقتة بوقت معين والطلاق مما لا يحتمل التوقيت فتكون هذه الصيغة منجزة يقع بها الطلاق عند نيته فوراً وبدون تحديد أجل معين كما أن هذه الصيغة مما تحتمل الظهار والطلاق فإن نوى الظهار فظهار وإن نوى الطلاق فطلاق إلا أن العامة لا يقصدون الظهار غالباً وهذا يرجح أن يكون قصده منها الطلاق. حيث إنها صدرت منه وهو في حالة غضب شديد وأعصابه ثائرة لدرجة أنه فقد رشده وقت صدورها منه كما جاء بسؤاله فتخضع لحكم طلاق الغضبان والغضبان الذى لا يقع طلاقه هو الذى يخلط بين جده وهزله ويغلب عليه الخلل فى أقواله وأفعاله وإن كان يعلم ما يقول ويقصده على ما حققه العلامة ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار على الدر المختار. فإذا كان هذا الحالف قد بلغ به الغضب هذا الحد لا يقع عليه بهذه الصيغة طلاق وتكون لغوا. وإن لم يبلغ هذا الحد بأن كان فى مبادئ الغضب وقع عليه بها طلاق واحدة رجعية طبقاً للمادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به فى الجمهورية العربية المتحدة. ويكون

له مراجعتها مادامت في العدة بدون إذنهما ورضاها وذلك كله ما لم تكن مسبقة بطلاقين قبلها في الحالتين المذكورتين. ومن هذا يعلم الجواب عن السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

٢٥- الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل:

الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل، هو ما كانت صيغته مضافة إلى زمن مستقبل بغير أداة من أدوات الشرط أو ما في معناها، وقصد به وقوع الطلاق عند حلول الزمن الذي أضيف إليه الطلاق. كقول الرجل لامرأته: «أنت طالق غدا، أو أنت طالق حين يقدم فلان من سفره».

أما إذا أضاف الزوج الطلاق إلى زمن ماضٍ، كما لو قال الرجل: «أنت طالق أمس أو أنت طالق منذ شهر» فإنه يعتبر عند الحنفية طلاقاً منجزاً، ويقع الطلاق بشرط أن تكون الزوجة محلاً للطلاق وقت إنشائه، والزوج أهلاً لإيقاعه وقت الإنشاء الذي أسند إليه الطلاق، أما إذا لم تكن زوجة له قبل الزمن الماضي، الذي أسند إليه الطلاق فلا يعتبر، لأنه لا يمكنه إنشاء الطلاق في الماضي، والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٥/٥/١٩٧٧ في الطعن رقم ٢٥

لسنة ٤٥٠ق «أحوال شخصية» بأن:

«المقرر في فقه الحنفية أن إسناد الطلاق في زمن ماضٍ يقع من الزوج إذا كان أهلاً لإيقاعه وقت إنشائه متى كانت المرأة محلاً له في ذلك الوقت الذي أضيف إليه، ويعتبر إنشاء للطلاق وليس إخباراً عنه لأن الزوج إذ لا يمكنه إنشاء الطلاق في الماضي فقد أمكن اعتباره تنجيذاً في الحال».

وحكم الطلاق المضاف أنه يقع عند حلول الوقت الذي أضيف إليه، أما قبل ذلك فلا يقع الطلاق^(١).

(١) وهذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية. أما مالك فيذهب إلى أن الطلاق المضاف يقع في الحال، لأن بقاء الزواج مع الإضافة إلى المستقبل يجعل التمتع بالمرأة في هذه الفترة كالتمتع بها في الزواج المؤقت.

ويشترط لوقوعه أن يكون الزوج أهلاً للطلاق وقت صدور ما يدل عليه منه، أى عند إنشائه، وأن تكون الزوجة محلاً لوقوع الطلاق عليها، عند حلول ذلك الوقت، إنما لا يشترط أن يكون الزوج أهلاً للطلاق حينئذ. فإذا أضاف الرجل الطلاق إلى وقت معين، ثم جن فى هذا الوقت فإن طلاقه يقع، وإذا قال الرجل لزوجته غير المدخول بها: أنت طالق غداً، ثم طلقها منجراً فجاء الغد، فإن الطلاق لا يقع لأنها غير محل وقت ذلك لوقوع الطلاق عليها لأنها صارت أجنبية عن زوجها بمجرد وقوع الطلاق المنجز.

٢٦- الطلاق المعلق على شرط:

الطلاق المعلق على شرط هو الطلاق الذى رتب وقوعه على حصول أمر فى المستقبل بأداة من أدوات الشرط وما فى معناها، ومثل أدوات الشرط (إن، إذا، كل^(١)، كلما، متى^(٢)).

= وذهب الشيعة الجعفرية والظاهرية إلى أنه لا يقع به شيء لا فى الحال لأن المطلق لم يرد ذلك، ولا فى المال للجهل بالمستقبل، فقد يأتى الوقت المضاف بعد موتها أو موت أحدهما، والطلاق المشروع هو الطلاق للعدة، ولا يكون كذلك إلا إذا أوقع منجراً فى الوقت الذى أمر بالطلاق فيه. ثم هو تصرف متعلق بذات الإنسان كالزواج، فلا يصح مضافاً.

(راجع الأستاذ على حسب الله ص ٤٨ وما بعدها).

(١) وكلمة «كل» ليست شرطاً لأن ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء، والأجزيه تتعلق بالأفعال إلا أنه ألحق بالشرط لتعليق الفعل بالاسم الذى يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر «الهداية شرح بداية المبتدى ج ١ ص ٢٥١».

(٢) وأدوات الربط جميعها عدا «كل، كلما» لا تفيد التكرار، ففيها متى وجد الأمر المعلق عليه الطلاق انتهى التعليق، فإذا قال الرجل لامرأته: «إن خرجت من المنزل فأنت طالق»، فخرجت أول مرة انتهى التعليق، أو بطل.

أما «كل، كلما» فتفيدان التكرار، فكل تقتضى عموم الأسماء، وكلما تقتضى عموم الأفعال، فتفيد كل واحدة منهما عموم ما دخلت عليه فإذا وجد اسم واحد أو فعل واحد فقد وجد المعلق عليه فينتهى التعليق فى حقه فقط ويبقى فى حق غيره من الأسماء والأفعال. فإذا قال الرجل: «كل امرأة أتزوجها فهي طالق» فيتزوج امرأة وقع عليها الطلاق وانتهى التعليق فى حقها فقط وبقي فى حق غيرها، فإذا تزوجها بعد ذلك لا يقع شيء. =

ويستوى أن يكون هذا الأمر فعلا من أفعال الزوج أو الزوجة أو غيرهما أو أمرا من الأمور التي لا دخل فيها لأحد من الناس.

ومثال الطلاق المعلق على فعل من أفعال الزوج: أن يقول الرجل: «إن سافرت إلى القاهرة فامرأتى طالق».

ومثال الطلاق المعلق على فعل للغير أن يقول الرجل لشخص آخر: «إن اشتريت هذا المنزل فزوجتى طالق».

ومثال الطلاق المعلق على فعل لأحد الناس فيه أن يقول الرجل: «أنت طالق إذا أمطرت السماء».

ومثال الطلاق المعلق من غير أداة من أدوات الشرط قول الرجل: «أنت طالق بدخول الدار أو بحيضك».

= وإذا قال الرجل: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، فإن تزوج انتهى تعليقه مرة، فإذا تزوجت غيره ثم تزوجها يقع الطلاق، وهكذا.

فقد جاء بتتوير الأبصار وشرحه الدر المختار: «وفيها كلها تتحل أى تبطل اليمين ببطلان التعليق إذا وجد الشرط مرة إلا فى كلما فإنه ينحل بعد الثلاث لاقتضاءها عموم الأفعال كاقضاء كل عموم الأسماء»، وقد جاء بتعليق ابن عابدين على ذلك: «قوله أى تبطل اليمين أى تنتهى وتتم، وإذا تمت حنث فلا يتصور الحنث ثانيا إلا بيمين أخرى لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة نهر قوله ببطلان التعليق فيه أن اليمين هنا هى التعليق قوله إلا فى كلما فإن اليمين لا تنتهى بوجود الشروط مرة» (حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٥٢ وما بعدها) راجع أيضا شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢ وما بعدها.

وقد أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية. فقد جاء بفتواها الصادرة بتاريخ 1955/9/15 بأن:

«الصيغة الواردة بالسؤال من صيغ تعليق الطلاق بلفظ كلما واليمين المعلق يرجع فيه إلى نية الحالف طبقا للمادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. فإن أراد بها الحمل على عدم التزوج بمطلقاته مرة أخرى فقط وهو لا يريد طلاقها إذا عادت إلى عصمته مرة أخرى بعد طلاقها من الزوج الآخر كان تعليقه فى معنى اليمين ولا يقع به طلاق إذا عادت إلى عصمته. وأما إذا كان غرضه الطلاق إذا تزوجها مرة أخرى فإنه بمجرد زواجها تطلق منه، لأن الصيغة التى تلفظ بها مسبقة بلفظ كلما ودخلت على التزوج، فكلماء وجد التزوج وجد ملك الطلاق وتبعه الطلاق... الخ».

والتعليق عند الحنفية يمين^(١)، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الرجوع عنه بحال كسائر الأيمان، لأن الأيمان بكل أنواعها لا يجوز الرجوع فيها، فمن حلف يمينا لا يجوز أن يعدل عنه، بل يمضى فيه أو يحنث وإن حنث كانت المؤاخذه التي رتبت على الفعل، أو رتبها الشارع على الحنث.

ويشترط لصحة التعليق ما يأتي:

١- أن يكون الأمر المعلق عليه معدوما ممكن الحصول، فإن كان معدوما مستحيل الوجود كان لغوا كما إذا قال الرجل لامرأته: «إذا شربت ماء هذا البحر كله فأنت طالق»، أو إذا دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق^(٢).

ولا يتحقق معنى التعليق، إذا كان التعليق على مشيئة الله، لأن مشيئة الله تعالى مغيبة عنا، كأن يقول الرجل: «أنت طالق إن شاء الله».

أما إذا كان الأمر المعلق عليه الطلاق متحققا في الحال، أى عند النطق بالطلاق المعلق، فهو تعليق في اللفظ لا في المعنى، أى تعليق صوري لا حقيقي، فيقع الطلاق منجزا كما إذا قال لها: «إن ولدت بنتا فأنت طالق»، وكانت قد ولدت بنتا.

٢- أن تكون عبارة التعليق متصلة الأجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها إلا لضرورة كسعال أو تنفس أو عطاس أو إمساك فم أو ثقل لسان. فلو قال الرجل لامرأته: «أنت طالق» ثم قال بعد فترة ولو وجيزة من غير ضرورة «إن دخلت دار فلان» لم يكن تعليقا صحيحا، أما إذا كان الفصل لضرورة فلا يمنع الاتصال ويكون تعليقا صحيحا.

٣- أن يكون الجزاء مرتبطا بالشرط برابط كالفاء متى كان متأخرا عن الشرط.

أما إذا كان الجزاء متقدما معناه على الشرط فلا يحتاج إلى ذلك الرابط كما هو معلوم من قوانين اللغة. فإذا قال الرجل لامرأته: «إن دخلت الدار أنت

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ وما بعدها - م ٢/٢٥١ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٤٢.

طالق» من غير ربط كانت عبارة الطلاق تتجيزا وبطل الشرط إلا إذا قال أردت الربط والتعليق أو كانت القرائن تدل على أنه لا يعرف قانون اللغة وأنه يريد بالعبارة ربط الجزاء بالشرط^(١).

٤- أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وقت النطق بالصيغة، ولا يشترط أن يكون أهلا له وقت وقوع الأمر الذي علق عليه الطلاق، فإذا علق الطلاق ثم جن ثم وقع الأمر المعلق عليه فإن طلاقه يقع، لأن الصيغة إذا صدرت من أهلها مستوفية شروطها كان لها أثرها، ولو زالت الأهلية بعد ذلك^(٢).

٥- أن يكون التعليق ووقوع الأمر المعلق عليه في حل واحد، فلو علق الرجل طلاق امرأته ثم طلقها طلاقا مكملا للثلاث ثم انتهت عدتها وتزوجها آخر ودخل بها ثم طلقها أو مات عنها، ثم تزوجها الأول بعد انتهاء عدتها ووقع الأمر المعلق عليه، لا يقع الطلاق.

إنما لا يشترط بقاء الزواج الذي حصل فيه التعليق، فلو علق الرجل طلاق امرأته، ثم طلقها وانتهت عدتها، ثم تزوجها بعد ذلك ووقع الأمر المعلق عليه فإن الطلاق يقع^(٣).

٦- أن تكون المرأة عند وجود صيغة الطلاق المعلق والأمر المعلق عليه الطلاق محلا للطلاق، بأن تكون زوجة حقيقة أو حكما، فإذا كانت المرأة أجنبية عند وقوع الأمر المعلق عليه، لا يقع شيء، فلو قال لها: أنت طالق إن سافرت، ثم طلقها وانتهت عدتها، وسافرت فإنه لا يقع طلاق ثان.

أما إذا كان التعليق على الزواج نفسه، كما لو قال الرجل لمرأة أجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، فيرى الأحناف والمالكية في الجملة أن التعليق صحيح^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٥٠ وما بعدها - الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٠٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٦٢٦.

(٣) وهذا الشرط قال به الإمام أبو حنيفة والصاحبان، أما زفر فيذهب إلى أنه لا يشترط بقاء الزواج ولا يشترط بقاء الحل، فلو علق طلاقها ثم طلقها طلاقا مكملا للثلاث، ثم تزوجها بعد زواجها من آخر وطلاقها منه أو وفاته عنها وانتهت عدتها ووقع الأمر المعلق عليه فإن الطلاق يقع.

(٤) الهداية ج ١ ص ٢٥٠.

ولا يشترط أن تكون المرأة وقت الصيغة محلاً لإيقاع الطلاق عليها. وذلك لأن التعليق عند الحنفية - كما سنرى - يمين، فيجوز على كل شيء، وإذا كانت المرأة ليست أهلاً للطلاق وقت اليمين فلا عبرة بذلك لأن اليمين تصرف من الحالف، واشتراط أهليتها للطلاق يتحقق عند وقوعه، وهو الأمر المحلوف عليه. واشترط المالكية ألا يترتب على الطلاق المعلق على الزواج منع الرجل من الزواج كأن يقول: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فإذا كان كذلك كان باطلاً لمناقضته لمقاصد الشريعة.

٢٧- حكم الطلاق المعلق في الفقه الإسلامي :

الرأى عند فقهاء المذاهب الأربعة أن الطلاق المعلق يقع عند تحقق الأمر الذى علق عليه، سواء كان هذا الأمر من أفعال أحد الزوجين أو غيرهما، سواء قصد به الزوج إيقاع الطلاق أو لم يقصد، بأن يكون قد قصد منه مجرد التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه^(١). ويقع الطلاق عندهم أيضاً بالحلف بالطلاق، لأن الحلف بالطلاق يعتبر تعليقاً للطلاق^(٢).

(١) وعند ابن حزم أن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه من المحال أن يقع بعد ذلك، وعلى هذا فالطلاق المعلق باطل لا يقع به شيء، وقد قال بذلك أيضاً الشيعة الإمامية حيث يشترطون لصحة صيغة الطلاق تجريدها عن الشرط والصفة، وكل طلاق عندهم معلق على شرط باطل لا يقع به شيء.

(٢) غير أنه حدث خلاف في صورة تعليق الطلاق على الزواج، كأن يقول الرجل لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق.

فقد ذهب الأحناف والمالكية إلى أن الطلاق ينعقد ويقع عند انعقاد الزواج، لأن محلية المرأة للطلاق متحققة عند وقوعه حتماً وإن لم تكن متحققة عند صدوره.

واشترط المالكية في هذه الصورة ألا يترتب عليه منع الرجل من الزواج، كأن يقول: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فإذا كانت كذلك كان باطلاً لمناقضته لمقاصد الشريعة.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الطلاق لا ينعقد ولا يقع عند الزواج، لانتهاء الزوجية عند إنشاء الطلاق لقول الرسول عليه السلام: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك»، ولأنه سئل عن رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثاً فقال: طلق ما لا يملك، وسأله =

واستدل الجمهور على ذلك بما يأتي :

- ١- أن النصوص التي أفادت شرعية الطلاق، وتفويض الأمر فيه إلى الزوج وردت مطلقة، ولم يرد عن الشارع ما يدل على تقييدها بنوع دون نوع، والمطلق إذا ورد، ولم يدل دليل على تقييده بشيء، فإنه يعمل به على إطلاقه، ومن ثم يجوز للزوج أن يوقع الطلاق منجزاً أو مضافاً إلى زمن مستقبل أو معلقاً على شرط.
- ٢- أن بعض الصحابة والتابعين أفتوا بوقوع الطلاق المعلق، ولو كان على وجه اليمين، ولم يخالف في ذلك أحد أهل الاجتهاد الذين يعتد برأيهم فيكون ذلك إجماعاً منهم على وقوع الطلاق المعلق ولو كان على وجه اليمين.
- ٣- أن الطلاق إنما شرع للحاجة، والحاجة قد تدعو إلى تعليق الطلاق كما تدعو إلى تنجيذه. كأن تكون الزوجة مشاكسة فيعلق الرجل طلاقها على الامتثال لطاعته، فيكون ذلك دافعاً لها على الاستجابة فتحسن العشرة بينهما^(١).

= رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثاً، فقال: «تزوجها، فإنه لا طلاق إلا بعد نكاح» (راجع الهداية ج ١ ص ٢٥٠ - الدكتور أحمد الغندور ص ٢٠٢ وما بعدها).

وقد جاء بفتوى دار الإفتاء المصرية الصادرة بتاريخ 1911/6/44 أن:

«اطلعنا على هذا السؤال. ونفيد أنه لا شبهة في أنه يحل للرجل المذكور أن يتزوج مطلقة المذكورة ولكن هل إذا تزوجها يقع الطلاق المعلق؟»

مذهب الحنفية أنه إذا تزوجها طلقت بمجرد التزوج ولا ينحل اليمين بل كلما تزوجها وقع الطلاق، ومذهب الإمام الشافعي والإمام أحمد رحمهما الله لا يقع الطلاق بالتزوج لاشتراطهما في صحة التعليق قيام المحلية للطلاق وقته (أي التعليق) وهذه المرأة وقت التعليق ليست محلاً للطلاق وقد استند الإمامان في اشتراطهما الشرط المذكور إلى أحاديث منها ما أخرجه أبو داود والترمذي عن النبي ﷺ قال: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك. ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك» وهذا والذي جربنا عليه واخترنا للفتوى أن الطلاق المعلق لا يقع إذا قصد به مجرد الحمل على فعل شيء أو تركه وجرى على ذلك قانون المحاكم الشرعية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وإن لم يكن مذهب الحنفية. وعلى ذلك لا يقع الطلاق أيضاً وذلك لأن الظاهر أن الحالف إنما قصد مجرد حمل نفسه على ترك التزوج بها ثانياً بعد طلاقها منه ثلاثاً. وبهذا علم الجواب حيث كان الحال كما ذكر والله تعالى أعلم».

(١) المستشار أحمد نصر الجندي الأحوال الشخصية (نفس) - تعليق على نصوص القانون

سنة ١٩٨٧ طبعة نادى القضاة ص ١٢٩ وما بعدها.

أما على وشريح وطاووس وعطاء وأبو ثور وبعض أصحاب مالك والشافعي وابن تيمية وابن القيم فقد روى عنهم أن الطلاق المعلق باطل، وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية والظاهرية وذلك للجهل بالمستقبل فقد يأتي الأمر المعلق عليه والمرأة حائض فيكون الطلاق غير مشروع أو يأتي وهي ليست محلاً للطلاق، والطلاق المشروع هو الطلاق للعدة، ولا يكون ذلك إلا إذا وقع منجزاً^(١).

٢٨- حكم الطلاق المعلق والحلف بالطلاق في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩:

نصت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل على أن «لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه». والمقصود بالطلاق غير المنجز الطلاق المعلق على شرط. ومقتضى هذا النص أن حكم الطلاق المعلق على شرط يختلف باختلاف غرض المتكلم وقصده.

فإذا كان المتكلم يقصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير، أى إذا كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه، فإن الطلاق المعلق يكون فى معنى اليمين ولا يقع، لأن اليمين فى الطلاق وما فى معناه لاغ.

أما إذا كان يقصد به وقوع الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين، ويقع الطلاق عند تحقق الشرط، معاملة له بقصده لأنه لا يريد المقام مع زوجته^(٢).

ووضح من المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أن المادة ألغت اليمين فى الطلاق فلا يقع الطلاق.

وقد استمد النص حكم إلغاء الطلاق المعلق الذى فى معنى اليمين من رأى

(١) على حسب الله ص ٥٠ وما بعدها - أحمد الغندور ص ٢٠٥ وما بعدها.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

الأمام على وشريح وعطاء والحكم بن عتيبة وداود وأصحابه وابن حزم، واستمد حكم إلغاء اليمين في الطلاق من رأى متقدمى الحنفية وبعض متأخريهم وهو ما يوافق رأى الإمام على وشريح وداود وأصحابه وطائفة من الشافعية والمالكية.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عن المادة المذكورة ما يأتي:

«ينقسم الطلاق إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً وإلى مضاف كأنت طالق غدا وإلى يمين نحو على الطلاق لا أفعل كذا وإلى معلق كان فعلت كذا فأنت طالق.

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

وقد أخذ في إلغاء اليمين في الطلاق برأى متقدمى الحنفية وبعض متأخريهم وهذا موافق لرأى الإمام على وشريح وداود وأصحابه وطائفة من الشافعية والمالكية. وأخذ في إلغاء المعلق الذى في معنى اليمين برأى الإمام على وشريح وعطاء والحكم بن عتيبة وداود وأصحابه وابن حزم وقد وضعت المادة «٢» من مشروع القانون متضمنة أحكام هذه الأقسام».

وبذلك يكون المرسوم بقانون المذكور قد عدل عن مذهب الحنفية الذى كان معمولاً به من قبل والذى يتفق مع رأى الجمهور الذى أوضحناه سلفاً، وقد حدا الشارع إلى ذلك - على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون - أن الدين الإسلامى مع إباحته الطلاق قد ضيق دائرته وجعل هذه الإباحة مقصورة على الحالات التى لا يمكن فيها للزوجين أو أحدهما إقامة حدود الله ولو أن الناس لزموا حدود الله وابتغوا شريعته لما وقعت شكوى من قواعد الطلاق ولبقيت العائلة الإسلامية متينة العرى يرفرف عليها البناء ولكن ضعف الأخلاق

وتراخى عرى المروءات أوجد فى العائلة الإسلامية وهنا وجعل هناءها يزول بنزقة من طيش ويمين يحلفها الأحق فى ساعة غضبه أو للتخلص من موقفه أمام دائن أو ظالم والمرأة المسلمة مهددة على الدوام بالطلاق لا تدري متى يحصل، وقد لا يدري الرجل نفسه متى يحصل فإن الحالف بالطلاق والمعلق له على شيء من الأشياء التى يفعلها أجنبى لا يدري متى تطلق امرأته فسعادة الزوجين والأولاد والأسرة قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن إرادة رب الأسرة وعن إرادة سيد الأسرة.

وكثيرا من هذا سببه آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق واليمين بالطلاق والطلاق الثلاث بكلمة واحدة ويوقعون المعلق قبل الزواج إذا علق على الزواج نفسه كما هو رأى الحنفية. وهذه الآراء كانت منبع شقاء العائلة وكانت سببا فى تلمس الحيل وافتتان الفقهاء فى ابتداع أنواعها ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة وحماية الناس من الخروج عليها وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى وأنها بأصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى.

ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجا من الضيق وفرجا من الشدة.

ولهذا فكرت الوزارة فى تضيق دائرة الطلاق بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ويوافق أقوال الأئمة وأهل الفقه فيه ولو من غير أهل المذاهب الأربعة فوضعت مشروع القانون بما يتفق مع ذلك. وليس هناك مانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدى إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن :

١- «اطلعنا على هذا السؤال. ونفيد أن الزوجة المذكورة صارت بائنة من زوجها بينونة كبرى فلا تحل له حتى تتزوج بزواج آخر زواجا صحيحا ويدخل

بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتتقضى عدتها منه هذا والصيغة الثانية وإن كانت من قبيل الطلاق المعلق فإنه لم ينص قانون المحاكم الشرعية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على عدم الوقوع بها لأنه إنما نص على عدم الوقوع بالطلاق المعلق الذى قصد به مجرد الحمل على فعل شيء أو تركه وهذا ليس منه. وبهذا علم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 15/11/1944)

٢- «الصيغة الواردة بالسؤال من صيغ تعليق الطلاق بلفظ كلما واليمين المعلق يرجع فيه إلى نية الحالف طبقا للمادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. فإن أراد بها الحمل على عدم التزوج بمطلقته مرة أخرى فقط وهو لا يريد طلاقها إذا عادت إلى عصمته مرة أخرى بعد طلاقها من الزوج الآخر كان تعليقاً فى معنى اليمين ولا يقع به طلاق إذا عادت إلى عصمته.

وأما إذا كان غرضه الطلاق إذا تزوجها مرة أخرى فإنه بمجرد زواجها تطلق منه، لأن الصيغة التى تلفظ بها مسبقة بلفظ كلما ودخلت على التزوج، فكما وجد التزوج وجد ملك الطلاق وتبعه الطلاق. جاء فى تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار (وفى ألفاظ الشرط كلها تتحل أى تبطل اليمين ببطلان التعليق إذا وجد الشرط مرة إلا فى كلما فإنه ينحل بعد الثلاث، لاقتضاءها عموم الأفعال كإقتضاء كل عموم الأسماء فلا يقع إن نكحها بعد زوج آخر إلا إذا دخلت كلما على التزوج. نحو كلما تزوجت فأنت كذا، لدخولها على سبب الملك وهو غير متناه. وقال فى حاشية رد المحتار تعليقاً على قوله (لدخولها على سبب الملك) - أى التزوج فكما وجد هذا الشرط وجد ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه - بحر. وبهذا علم الجواب عن السؤال. والله أعلم»^(١).

(١) والسؤال كالاتي:

زوجة قالت: أن زوجها قال أمام المحكمة ما نصه: «يقرر أنه طلقها اليوم طلاقة مكملة للثلاث مسبقة بطاقتين غير مفيدتين، وقال إنها كلما تزوجتها طلقت منه بحيث لا تحل له أبداً الأبدى ما دام على قيد الحياة ووافق المدعى عليه شخصياً على ذلك وقرر أنها أصبحت مطلقة منه طلاقة ثالثة مكملة للثلاث» ولرغبتهما فى إعادة الحياة الزوجية تطلب

(فتوى صادرة بتاريخ ١٥/١/١٩٥٥).

٣- «إن قول هذا الرجل «على الطلاق إن لم تأت بالمصاغ فأنت طالق» يساوى فى المعنى والدلالة والحكم قوله «والله إن لم تأت بالمصاغ فأنت طالق» وهو إذا قال ذلك كان معلقا طلاقها على عدم الإتيان بمصاغها المسروق، والطلاق المعلق لا يقع به شيء من الطلاق إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه، فإذا كان قصد الحالف مجرد حمل زوجته على إتيانها بالمصاغ لم يقع به شيء من الطلاق، وإذا كان قصده وقوع الطلاق إذا لم تأت به فورا وقع به طلاق رجعى واحد.... الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1952/2/6)

٤- «قول الحالف (على الطلاق بالثلاثة) من صيغ اليمين بالطلاق، واليمين بالطلاق لغو لا يقع به شيء طبقا للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. وعلى ذلك فلا يقع باليمين المذكورة طلاق سواء وقع المحلوف عليه أو لم يقع».

(فتوى صادرة بتاريخ أول يوليو سنة 1963 فى الطلب رقم 326)

(لسنة 1963)

كما قضى بأن:

١- «وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه وإن كان النص فى المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «ولا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير» يدل على أن المشرع - أخذ برأى بعض المتقدمين من الحنفية - ارتأى أن تعليق الطلاق إن أريد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه، وقائله يكره حصول الطلاق ولا وطر له كان فى معنى اليمين ولا يقع به طلاق إلا أنه لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أوقع طلاق المطعون عليها طبقا للثابت بالإشهاد أمام المأذون فى ٢١/٧/ ١٩٧١ بقوله «زوجتى

ومدخلتي... الغائبة عن المجلس طالق مني... وأن هذا الطلاق هو المكمل للثلاث لسبقه بطلقتين مقيدتين» وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر ممن يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه إلا بالطلاق البائن أو بالطلاق الرجعي إذا لم تعقبه الرجعة أثناء العدة، على أن يصادف محلاً لوقوعه ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء وديانة دون حاجة إلى نية الطلاق، فإن لفظ الطلاق الصريح الصادر من الطاعن بالإشهاد على النحو السالف والذي ورد منجزاً غير معلق يقع به الطلاق طبقاً للنصوص الفقهية سألقة الذكر، باعتباره منبت الصلة بما يسوقه الطاعن من أن نيته انصرفت إلى إثبات طلاق معلق على شرط وقر في ذهنه تحققه... الخ».

(نقض - طعن رقم 30 لسنة 44 ق «أحوال شخصية» -)

جلسة 1976/4/28

٢- «نصت المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه «لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير» ومفاد هذا النص أنه قسم التعليق إلى قسمين:

الأول: إذا قصد الزوج ربط الطلاق بحادثة معينة أو بشرط معين بحيث لو وقعت تلك الحادثة أو تحقق الشرط وقع الطلاق وهو قاصد إليه وفي هذه الحالة يقع الطلاق.

الثاني: أن يعلق الزوج الطلاق تعليقاً لم يقصد به ربط الطلاق بفعل أو قول قصداً حقيقياً صحيحاً بل قصد به إما الحمل على فعل شيء معين أو قول أو المنع منهما أو قصد به توثيق امتناعه عن فعل معين - ففي هذه الصور وأشباهها لا يقع الطلاق».

(استئناف المنصورة - جلسة 1964/6/25)

٢٩- إثبات قصد المتكلم بالطلاق المعلق:

إذا أقر الزوج بصدور ألفاظ الطلاق المعلق، أو أقامت الزوجة البينة على صدورها منه، ثم اختلف الزوجان في قصد الزوج، فادعت الزوجة أن الزوج قصد بها إيقاع الطلاق عند تحقق الشرط، بينما ادعى الزوج أنه لم يقصد إيقاع

الطلاق وإنما قصد حملها على فعل شيء مثلاً، فإنه يستدل على قصد الزوج بالقرائن التي توضح هذا القصد وتدل عليه، فإذا كان المتكلم بالطلاق المعلق بصدد مساومة على بيع، فذلك يفصح عن أن الزوج لا يقصد به الطلاق، أما إذا كانت المرأة هي التي سألت زوجها الطلاق فقال: أن أبرأتني من مؤخر الصداق والنفقة فأنت طالق فأبرأته، فإن هذا لا يحتمل شيئاً غير قصد الطلاق فيقع.

فإذا لم توجد ثمة قرائن دالة على قصد الزوج، كان القول في هذا القصد قول الزوج بيمينه، فإن حلف اليمين على أنه لم يقصد الطلاق وإنما قصد حملها على فعل شيء فلا يقع، وإن نكل عن اليمين وقع الطلاق لأن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم^(١).

وفي هذا قضت محكمة استئناف المنصورة بتاريخ ٢٥/١/ ١٩٦٤ بأن:

«في تطبيق حكم المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ يرجع إلى قصد الزوج وتفسير قصده مرجعه فيه إليه وبيان النية متروك شرعاً للحالف يتحمل وحده نتيجته عند ربه لأن الطلاق حق من حقوق الله وأن للمقر بحق من حقوق الله الصرف أن يرجع ولا يؤخذ بإقراره لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في إنكاره فيكون كاذباً في إقراره وذلك يورث شبهة - وكل هذا إذا لم تكن قرينة حال شاهدة على قصده من الطلاق لأن قصد اليمين يكون واضحاً من قرائن الأحوال من غير حاجة إلى التفسير».



(١) الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٢١١ - عمر عبد الله ص ٤٠٠.

موضوع رقم (٥)

عدد الطلقات - الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة - الطلاق المتتابع

٣- عدد الطلقات :

قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ۗ وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٣١﴾

فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ ﴿١﴾.

فقد دلت هذه الآية على أن الزوج يملك ثلاث طلقات توقع على دفعات، لا دفعة واحدة أو دفعتين، وللزوج بعد الطلقة الأولى والثانية أن يمسك زوجته برجعته في العدة إن كان الطلاق رجعياً بدون عقد ومهر جديدين وبدون التوقف على رضاها، فإذا انقضت عدتها أو كان طلاقها بائناً كان له أن يعيدها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين، وإذا طلقها ثلاث مرات، فإنها تحرم عليه تحريماً مؤقتاً ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ويطلقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها.

وحدد الشارع عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته بثلاث طلقات، ليضع حداً للطلاق يقف عنده الزوج ولا يتعداه دفعا لما كانت تلاقيه المرأة في الجاهلية من عنت وامتهان إذ كان الرجل في الجاهلية يطلق ما شاء ويراجع في العدة ما شاء بدون أن يكون له حد يقف عنده، فكانت المرأة تبقى معلقة فلا هي زوجة تتمتع بحقوقها الزوجية ولا هي خالية من الزوج حتى تملك التزوج من جديد^(٢).

(١) سورة البقرة - الآيتان: ٢٢٩، ٢٣٠.

(٢) فلما جاء الإسلام قال رجل لامرأته: والله أطلقك فتيبيني ولا أويك أبداً قالت: وكيف؟ قال: =

وحدد الإسلام الطلاق بثلاث مرات لا بمرة واحدة، ليحرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المرأة نفسها أيضا حتى إذا لم تعد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس في البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى^(١).

٣- الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة:

الطلاق المتعدد لفظا، هو الذى يتكرر فيه لفظ الطلاق، كأن يقول الرجل لامرأته: أنت طالق، طالق أو يكون بلفظ واحد مع اقترانه بعدد الاثنين أو الثلاث ملفوظا، كأن يقول الرجل: أنت طالق ثلاثا.

والطلاق المتعدد إشارة، هو الطلاق الذى يقترن بالإشارة الدالة على العدد، كما إذا قال الرجل: أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاثة مرفوعة. وقد ورد حكم الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة فى المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) التى نصت على أن:

«الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة».

ومفاد هذا النص أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة يقع طلقة واحدة لا طلقتين أو ثلاث طبقا للعدد المقترن به.

= أطلقك فكلمنا همت عدتك أن تنقضى راجعتك. فنقل ذلك إلى عائشة رضى الله عنها فذكرته للنبي عليه السلام فنزل قوله تعالى: ﴿أَلَطَّلِقْ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنِ ۖ.....﴾.

(١) وقد جاء ببداية الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ٩٧ أنه: «أبيحت الطلقة الواحدة للحاجة إلى الخلاص عند مخالفة الأخلاق لأن عند ذلك تصير المصلحة فى الطلاق ليزدوج كل واحد منهما بمن يوافق فحصل مقاصد النكاح إلا أن احتمال الندم من الجانبين قائم بعد الطلاق كما أخبر الله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فلو ثبتت الحرمة بطلقة واحدة ولم يشرع طلاق آخر حتى يتأمل الزوج فيه ربما يندم ولا يمكنه التدارك بالرجعة ولا توافقه المرأة فى النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع الزنا فأبيحت الطلقة الثانية لهذه الحاجة ولا حاجة إلى الطلقة الثالثة إلا أن الشرع ورد بها فى الحرة إذا كانت تحت حر أو عبد إظهارا لخطر النكاح وإيانة لشرفه).

والحكم المذكور هو رأى محمد بن اسحق ونقل عن على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير ونقل عن مشايخ قرطبة ومنهم محمد بن تقى بن مخلد ومحمد بن عبد السلام ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمرو بن دينار، وقد أفتى به عكرمة وداود. وقال ابن القيم أنه رأى أكثر الصحابة ورأى بعض أصحاب مالك ورأى بعض الحنفية ورأى بعض أصحاب أحمد^(١).

وتقع الطلقة الواحدة رجعية، إلا إذا كانت مكملة للثلاث أو على مال أو قبل الدخول عملاً بنص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

وقد استند الرأى الذى استمد النص منه حكمه بأن الطلاق المقترن بالعدد لا يقع إلا واحدة إلى ما يأتى:

١- قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَلِمَسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنِ ۝﴾ فإنه يكاد يكون صريحاً فى أن الطلاق لا يكون إلا مرة واحدة، وفى أن الطلاق الذى يملك الزوج بعده أن يراجع مطلقته هو طلقتان على أن يكون إيقاعهما مرة بعد مرة فإذا أوقعهما مرة واحدة بلفظ واحد فلا يقع إلا طلقة واحدة، نظير هذا: ما ورد من طلب تكرير التكبير، وتكرير الشهادة فى الأذان، فإذا قال المؤذن: «الله أكبر مرتين. أو أشهد أن لا إله إلا الله مرتين»، لا يحسب من ذلك إلا مرة واحدة، ولا يعد أنه كبر مرتين، أو أشهد مرتين ومثله أيضاً ما ورد من طلب التسبيح والتحميد والتكبير عقب كل صلاة ثلاثاً وثلاثين مرة، فإذا قال الشخص بعد الصلاة «سبحان الله ثلاثة وثلاثين مرة» فلا يكون مسبحاً إلا مرة واحدة، وكذا فى التحميد والتكبير.

٢- أن طلاق السنة، أن يطلق الرجل طلقة واحدة فى طهر لم يدخل فيه بامرأة، ولا فى الحيض قبله، فإذا خالف السنة، وطلق اثنتين أو ثلاثاً بلفظ واحد، فإنه يمضى عليه ما أذن به الشارع، ويكون الباقي لغواً.

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

٣- قصة ركانة: فقد روى أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، فسأله رسول الله عليه السلام: كيف طلقته؟ فقال: طلقته ثلاثاً فقال: في مجلس واحد؟ قال: نعم: قال: فإنما تلك واحدة، فارجعها إن شئت، فارجعها.

٤- ما رواه مسلم عن ابن عباس رضى الله عنه إذ قال: (كان الطلاق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر، وسنتين من خلافة عمر - طلاق الثلاث يقع واحدة فقال عمر بن الخطاب:

إن الناس استعجلوا أمراً لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم، فأمضاه). فمن جعل الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يكون واحدة، فإنما يتبع الرسول عليه السلام ولا يتبع عمر رضى الله عنه والرسول أولى بالاتباع، وعمر رضى الله عنه مجتهد يخطئ ويصيب^(١).

(١) أما جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين. ومن بعدهم أصحاب المذاهب الأربعة. فقد ذهبوا إلى وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد إذا كانت الزوجة مدخولاً بها، أما إذا لم تكن مدخولاً بها وقعت الطلقة الأولى فقط لأنها وقعت حال قيام الزوجية بينهما حقيقة، أما الطلقتان الثانية والثالثة، غير واقعيتين لأنها تكون باتت من مطلقها لا إلى عدة بالطلقة الأولى ما دام لم يخل بها، فتكون الطلقة الثانية والثالثة، لم يكن لهما ثمة محل لأنها ليست زوجة.

ولا يختلف الوضع إذا كان الزوج قد اختلى بها، لأن الخلوة وإن كانت تثبت العدة، إلا أنها تجب للاحتياط فقط محافظة على الأنساب.

وقد استدلوا لرأيهم بما يأتي:

١- ما رواه عبد الله بن عمر من أنه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين آخرين عند القرعين الباقيين فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فقال: يا بن عمر، ما هكذا أمرك الله! أخطأت السنة فقال له: يا رسول الله أرأيت لو طلقته ثلاثاً أكان يحل لى أن أراجعها؟ فإقل: لا، كانت تبين وتكون معصية.

٢- ما روى عن داود عن عبادة بن الصامت، قال: طلق جدى امرأة له ألف تطلقه، فانطلق أبى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكر له ذلك، فقال النبى «ما اتقى الله جدك! أما ثلاث فله، وأما تسعمائة وسبعة وتسعون فعدوان وظلم، وإن شاء الله عذبه، وإن شاء غفر له».

٣٢- الطلاق المتتابع:

الطلاق المتتابع هو الذى تتكرر صيغته فى مجلس واحد، كأن يقول الرجل لامرأته فى مجلس واحد: «أنت طالق» مرتين أو ثلاثة.

وبيان حكم الطلاق المتتابع لا تظهر أهميته إلا بالنسبة للزوجة المدخول بها دخولا حقيقيا، أما الزوجة غير المدخول بها فإنها تبين من الطلقة الأولى، فتكون الطلقة الثانية والثالثة وقعت عليها وهى أجنبية لأنها تطلق لغير عدة. ولا يختلف الوضع إذا كان الزوج قد اختلى بها، لأن الخلوة وإن كانت تثبت العدة، إلا أنها تجب للاحتياط فقط محافظة على الأنساب.

وقد أسلفنا أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) نص فى مادته الثالثة على أن: «الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة».

والتفسير الظاهرى لهذا النص يؤدى إلى القول أنه لا يسرى على الطلاق المتتابع الذى يتكرر فى مجلس واحد، ومن ثم يسرى على الطلاق المتتابع الرأى الراجح من المذهب الحنفى عملا بالمادة (٢٨٠) من اللائحة، والرأى فى هذا المذهب باتفاق مع جمهور الفقهاء أن الطلاق المتتابع يقع، فإذا طلق الرجل المرأة طلقتين أو ثلاثة فى مجلس واحد، وقع الطلاق مرتين أو ثلاثة.

٣- ما روى من أن الإمام مالك بلغه أن رجلا قال لابن عباس: «إني طلقت امرأتى مائة طلقة فماذا ترى على» فقال ابن عباس: طلقت منك بثلاث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا».

٤- ما روى عن ابن مسعود أنه قال لمن طلق امرأته مائة: «بانت بثلاث. وسائر ذلك عدوان».

٥- حديث الملاعنة الذى أخرجه البخارى فى صحيحه حيث قال: «عويمر العجلاني» فى مجلس الملاعنة: «كذبت عليها إن أمسكتها. يا رسول الله فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم» وهذا يدل على وقوع الطلاق الثلاث مجموعة بلفظ واحد ووجه الدلالة أن النبى عليه السلام لم ينكر عليه الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

وقد ذهب الشيعة الإمامة إلى أنه لا يقع به شيء مطلقا لا واحدة ولا ثلاثا لأن الطلاق بهذه الكيفية بدعة جاء على خلاف السنة التى شرع الطلاق فى حدودها وكل ما جاء على خلاف السنة فهو لا يقع به شيء. وحكى هذا الرأى عن بعض التابعين.

وبهذا الرأي أخذت دار الإفتاء المصرية فى فتواها الصادرة بتاريخ ١٧/٧/١٩٦٣ فى الطلب رقم ٤٦٦ لسنة ١٩٦٣^(١).

غير أن بعض الفقهاء ذهبوا - بحق - إلى أن القوانين لا تفسر بظواهر ألفاظها فقط بل تفسر بأغراضها ومذكراتها الإيضاحية، ومصدرها التاريخي والفكرة العلمية التى انبعثت منها فنظر الذين قالوها وبتفسير نص المادة المذكورة على ضوء ذلك، يؤدى إلى القول أن الطلاق المتتابع لا يقع إلا طلبة واحدة، وذلك لما يأتي:

١- أن غرض القانون واضح فى أنه يريد القضاء على فكرة أن الزوج له أن يطلق دفعة واحدة طلبة أو اثنتين أو ثلاثاً، وأن له أن يفصم عرى الزوجية دفعة واحدة فى مجلس واحد، وإذا كان ذلك غرض القانون، والعلة الباعثة عليه، فإنه يكون من العبث أن يجعل الطلاق بلفظ الثلاث طلبة واحدة، ويجعل الطلاق المتتابع ثلاث طلقات، لأن المطلق يترك هذه إلى تلك، ويفر من حكم القانون بأسهل طريق، ولفظ القانون، وإن كان ظاهره فى المقترن بالعدد الذى يوصف فيه الطلاق بالعدد، فإنه يحتمل شمول الطلاق المتتابع فى مجلس واحد، لأنه مقترن بالعدد فى المعنى، وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد.

٢- أن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون تتركى ذلك لأنها عبرت عن الطلاق المقترن بالعدد بقولها: «الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة» ولا شك أن

(١) أصدر الفتوى فضيلة الشيخ أحمد هريدى، وقد جاء بها: «إذا قال الزوج لزوجته - أنت طالق أو أنت خالصة قاصداً بها الطلاق وكرر هذا القول من الطلاق المكرر الذى لم يرد له حكم فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من حيث عدد الطلقات التى تقع فى حالة التكرار. ومن ثم يبقى الحكم فيه من هذه الناحية على حكم مذهب أبى حنيفة الذى كان معمولاً به قبل صدور هذا القانون، وهذا الحكم يقضى بأنه يقع فى هذه الحالة ثلاث طلقات، وأنه إذا قال: قصدت بالعبارتين الثانية والثالثة التوكيد يصدق ديانة لا قضاء. أما من حيث وصف الطلاق الواقع فى هذه الحالة - أنت خالصة أنت خالصة أنت خالصة - فإنه يخضع لحكم القانون.. الخ» - ومن رأى دار الإفتاء الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٧١ وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام

الطلاق المتتابع في مجلس واحد طلاق متعدد لفظاً، لا شك في ذلك التعبير مبيناً من جهة أن مراد واضع القانون من كلمة مقترن بالعدد لفظاً، ما هو متعدد لفظاً، ثم يشير من جهة ثانية إلى أن المقصد من القانون في هذا الباب، هو حمل المطلق على ألا يسير إلا في الطريق الذي رسمه القرآن الكريم، فلا يطلق دفعة واحدة، والطلاق في المجلس الواحد ولو تتابعا دفعة واحدة.

٣- أن المصدر التاريخي للمادة يوضح ذلك، فإن الفقهاء الذين قرروا أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع واحدة، هم الذين قرروا أن الطلاق المتتابع في مجلس واحد لا يقع إلا مرة واحدة، ومن المنطق المستقيم أن تأخذ برأيهم كله، وهو في موضوع واحد، ما دامت ألفاظ القانون تتسع له، ولا تضيق عنه، بعدما أشير إليه من أن القانون يحتمل التفسير الذي يرجع من حيث المعنى.

٤- أن الذين قالوا أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع واحدة استشهدوا لرأيهم بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، فسأل رسول الله ﷺ كيف طلقها فقال طلقها ثلاثاً، فقال في مجلس واحد؟ قال نعم قال فإنما تلك واحدة، فارجعها إن شئت فراجعها»، ففي هذا الحديث يعتبر النبي عليه السلام الطلاق ثلاثاً في مجلس واحد على سبيل التتابع، أو على سبيل وصف الطلاق بالعدد طلبة واحدة^(١).

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض فقد قضت بأن:

١- «وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أن عبارة الطلاق المقترن بالعدد لفظاً التي وردت في المادة الثالثة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تشمل الطلاق المتتابع في مجلس واحد لأنه مقترن بالعدد في المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد ويؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن الطلاق شرع على أن يوقع على دفعات متعددة وأن الآية الكريمة ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ تكاد تكون صريحة في أن الطلاق لا يكون

(١) محمد أبو زهرة ص ٢٠٥ وما بعدها - عمر عبد الله ص ٤٤٢ وما بعدها.

إلا مرة بعد مرة وأن دفعات الطلاق جعلت ثلاثا ليحرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المرأة نفسها أيضا حتى إذا لم تجد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس في البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى».

(طعن رقم 34 لسنة 28 ق - أحوال شخصية - جلسة 1960/6/23)

٢- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عبارة الطلاق المقترنة بالعدد لفظا أو إشارة بالتطبيق للمادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢١ يشتمل الطلاق المتتابع في مجلس واحد لأنه مقترن بالعدد في المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد».

(طعن رقم 29 لسنة 45 ق - أحوال شخصية - جلسة 1977/5/25)



موضوع رقم (٦)

الطلاق السنى والطلاق البدعي

٣٣- المقصود بالطلاق السنى والطلاق البدعي :

الطلاق السنى هو الذى يجيء وفق الطريقة التى رسمها الرسول عليه السلام، والبدعى ما جاء على خلاف ذلك.

والطلاق السنى ينقسم إلى قسمين: طلاق السنة الأحسن وطلاق السنة الحسن. ونعرض لهذين القسمين على التوالى.

٤٤- (أ) طلاق السنة الأحسن :

هو الطلاق الذى يتقيد بقيدتين.

الأول : يتعلق بالزمن :

وهو أن يكون إيقاع الطلاق فى طهر لم يدخل فيه الرجل بالمرأة ولا فى الحيض الذى قبله^(١).

والحكمة فى هذا القيد أن الطلاق محظور إلا للحاجة، ولذلك ضيقت الشريعة الغراء من الدائرة التى يقع فيها لئلا تعرض الحياة الزوجية للزوال بمجرد غلبة سريعة أو ثورة طارئة، فحرصت على أن يوقع الطلاق وقت كمال الرغبة فى المرأة رجاء أن تصرف الرجل عن الطلاق إذا لم يكن صادق الرغبة فيه وحالة الحيض منفردة^(٢) فالطلاق فيها لا يدل على وجود الحاجة الداعية إلى الطلاق، أما إذا وقع الطلاق فى طهر لم يدخل فيه الزوج بالمرأة فإنه يكون قد وقع فى وقت تكون فيه النفس راغبة ودالا على وجود الحاجة إلى الطلاق.

ومن ناحية أخرى فإن الطلاق إذا وقع فى أثناء الحيض، فإنه يلحق ضررا بالمرأة حيث تطول عليها العدة، لأن الحيضة التى وقع فيها الطلاق لا تحتسب منها،

(١) والنفاس كالحيض (حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٤٤).

(٢) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٧٤.

كما أنه يوقعها في الحيرة في أمر عدتها حيث لا تدرى أحملت من تلك المواقعة فتعتد بوضع الحمل أو لم تحمل فتعتد بالأقراء، هذا مع ما يلحق الرجل من الندم إذا ما تبين له أن امرأته حامل.

والدليل على ذلك ما يأتي:

١- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(١)،

أى طلقوهن طلاقاً متصلاً بالعدة، وإذا كان الطلاق في الحيض، لم يكن متصلاً بالعدة، لأنها تبدأ من أول الطهر فلا يكون الطلاق مشروعاً.

٢- ما روى أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض، فذكر عمر بن الخطاب ذلك للنبي عليه السلام، فتغيظ فيه وقال: «مرة فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»، يعنى قوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾.

ولا يخضع لهذا القيد الزمني، الزوجة غير المدخول بها^(٢)، إلا إذا وجدت الخلوة، والصغيرة التي لم تبلغ سن الحيض وهو التاسعة على المفتى به، والآيسة والحامل.

ذلك أن الرغبة في غير المدخول بها قائمة في أى وقت، كما أن الزوج الذى يقبل على الطلاق قبل الدخول لا يرجى منه الحرص على الحياة الزوجية في المستقبل، فيكون إيقاعه قبل الدخول والتعرض للمشاكل الزوجية خير من الحفاظ عليه.

أما الصغيرة فلأن زواجها نادر وغير موصل إلى المقاصد الزوجية بل له في الكثير مآرب أخرى.

(١) أول سورة الطلاق.

(٢) وقد خالف زفر في الزوجة غير المدخول بها ويقسها على المدخول بها (شرح فتح

القدير ج ٢ ص ٤٧٤).

أما اليائسة فلها من كبر سنها وطول عشرتها للزوج غالبا ما يثير في نفسه عاطفة الوفاء لها، والمحافظة على بقائها في كنفه.

أما الحامل، فإن الحمل من أعظم الدواعي للإبقاء على الزوجية لأنه المقصد الأول منها، فإن طلق الزوج مع وجوده، كان ذلك دليلا على صدق رغبته في الطلاق، كما أن طلاق الحامل لا يؤدي إلى اشتباه في وجه العدة^(١).

وكذلك لا يسرى القيد الزمى على الخلع والطلاق على مال، لأنه يتم باتفاق الطرفين، ولا يكون ذلك عادة إلا بعد التفكير والرضا. وعلى تخيير المرأة نفسها والطلاق الذى يوقعه القاضى، لأن القيد يسرى على الرجل وليس على المرأة أو القاضى^(٢).

الثاني: يتعلق بالعدد والوصف:

وذلك بألا يطلق الرجل امرأته إلا طلق واحدة رجعية فى الطهر الواحد ويتركها حتى تنتهى عدتها. فلا يتحقق هذا القيد إذا طلقها أكثر من واحدة دفعة واحدة أو مفرقة على دفعات فى الطهر الواحد، أو طلقها بائنا. والسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها^(٣).

ودليل ما تقدم ما يأتي:

١- قوله تعالى: ﴿أَلطَّلِقُ مَرَّتَانِ﴾ ومعناه أن الطلاق المشروع يكون مرة بعد مرة، ولا تفيد العبارة فى عرف اللغة إلا هذا، سواء كان ذلك فى تكرار الأقوال أو تكرار الأفعال.

(١) الهداية ج ١ ص ٢٢٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٤٤.

(٣) وجاء بشرح فتح القدير ج ٢ ص ٢٧٣: (قوله «والسنة فى الطلاق من وجهين: فى الوقت والعدد، فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها» وهى أن يطلق واحدة، فإذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا، وفى التى خلا بها أولى أن يكون معصية، ولا يخفى أن الاستواء بينهما مطلقا متعذر، فإن السنة من حيث العدد فى المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وأن يلحقها بآخرين عند الطهر، ولا يتصور ذلك فى غير المدخول بها إذ لا عدة لها).

ومثل ذلك قوله تعالى في سورة النور آية ٥٨: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِيَسْتَعِذِّنْكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ﴾ .

٢- ما روى من أن الرسول عليه السلام أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان وقال: (أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم؟) حتى قام رجل فقال يا رسول الله: ألا أقتله؟.

٣- أن الأصل في الطلاق الحظر لمخالفته لرغبة الشارع في دوام الزوجية، وشرع للحاجة وهي تندفع بطلقة واحدة رجعية، والضرورة تقدر بقدرها، فما زاد على الواحدة يكون خارجا عن دائرة المشروع، وفي إيقاع طلقة رجعية ترك المجال للزوج في مراجعة زوجته، لأنه إذا أوقع طلقة بائنة ثم ندم على الطلاق، فإنه لا يستطيع إعادة زوجته إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها، وقد لا ترضى المرأة فيتبعها بطريق حرام، فكأن في الطلاق البائن احتمال الوقوع في الحرام^(١).

وسمى هذا القسم (بالأحسن) لأنه الأكثر انطباقا على ما أرشد إليه الرسول عليه السلام.

٣٥- (ب) - طلاق السنة الحسن:

طلاق السنة الحسن، هو الذى يتقيد فيه الرجل بالقيد الأول فى الطلاق الأحسن وهو القيد الزمنى، دون القيد الثانى فيطلق امرأته المدخول بها ثلاث طلاقات رجعية متفرقة فى ثلاثة أطهار من غير أن يراجعها فيما بين ذلك. هذا إذا كانت المرأة من ذوات الأقراء (مرات العادة المعروفة). فأما إذا لم تكن من ذوات الأقراء كالصغيرة والآيسة، ومن بلغت بالسن ولم تر العادة قط فالطلاق الحسن فى حقها أن تفرق الطلاقات الثلاث على ثلاثة أشهر قمرية من غير فصل بينها بالمراجعة كذلك.

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٩٦.

والحامل ملحقة فى طريقة الطلاق الحسن بالصغيرة والأيسة، فتوزع طلقاتها على الأشهر، كما هو رأى أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد وزفر: أنها لا تطلق للسنة إلا واحدة لأنها فى ذاتها من ذوات الأقراء.

وإذا كانت المرأة غير حامل وهى من ذوات الأقراء وقد امتد طهرها زمنا طويلا لم تبلغ به سن الاياس فلا تطلق للسنة إلا واحدة باتفاق الآراء لاحتمال عودة الطمث إليها فى كل وقت.

والطلاق الحسن يوقعه من يريد الانفصال عن زوجته انفصالا تاما بطريق البينونة الكبرى - لقوة السبب الداعى إلى ذلك - من غير أن يرتكب محذور الطلاق بجمع الثلاث فى كلمة واحدة أو فى طهر واحد^(١).

وحجة الحنفية فى اعتبار طلاق السنة الحسن حديث (ابن عمر) السالف الذكر حيث قال الرسول عليه السلام - فى رواية - (السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل طهر)^(٢).

٣٦- الطلاق البدعي:

الطلاق البدعى هو الذى يقع على خلاف طلاق السنة. فالطلاق يكون بدعى من حيث الزمن، بأن يطلق الرجل امرأته المدخول بها طلاقة واحدة رجعية فى الحيض أو النفاس أو فى طهر حصل فيه أو الحيض قبله دخول.

ويكون بدعى من حيث العدد بأن يطلق امرأته طلقتين أو ثلاثا دفعة واحدة أو مفرقة فى طهر لا وقاع فيه ولا فى الحيض قبله.

ولا فرق فى البدعية من حيث العدد بين المدخول بها وغيرها فإن الزيادة على طلاقة واحدة بدعة على كل حال.

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢١١ وما بعدها.

(٢) وقد خالف الحنفية فى هذا المالكية والحنابلة والشافعية. فالمالكية والحنابلة لا يعتبرون السنة إلا فى الطلاقة الواحدة الرجعية فالطلاق السنى عندهم أن يطلق الرجل امرأته طلاقة واحدة رجعية وينتظر حتى تنتهى عدتها، أما الشافعى فلم يعتبر البدعة إلا فى الوقت ولم يعتبر بدعة فى العدد لأن موضع النهى فى حديث ابن عمر هو الطلاق وقت الحيض أو فى طهر جامعها فيه لكى تثبت الحاجة إلى الطلاق.

ويكون بدعيا من حيث الوصف، إذا طلق امرأته المدخول بها طلاقاً واحدة بائنة في طهر لا وقاع فيه ولا في الحيض قبله.

٣٧- هل يقع الطلاق البدعي؟

اتفق الأئمة الأربعة على أن الرجل إذا خالف الطلاق السني ووقع طلاقه بدعياً، فإنه يكون أثماً لأن الطلاق البدعي حرام.

غير أن طلاقه واقع، إذ لا تنافي بين أن يكون الفعل سبباً في إثم فاعله ومعصيته، وأن يكون أثره مترتباً عليه، ولأن النهي عنه ليس لذاته وإنما لمعنى يصاحبه وهو تطويل العدة على المرأة أو ندم الرجل عليه أو كونه ليس لحاجة، ومثل هذا لا يمنع من ترتيب الأثر عليه وقد استدلوا على ذلك بما يأتي:

١- بما ورد في حديث ابن عمر السابق، إذ طلق امرأته في الحيض، فأمره الرسول عليه السلام بمراجعتها والتريث حتى تطهر، والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق.

وقد ورد في بعض الروايات: «وكان عبد الله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها»، وفي بعض الروايات أن النبي عليه السلام قال: (وهي واحدة)، وهو صريح في وقوع الطلاق في الحيض.

٢- ما روى عن سهل بن سعد أنه قال: لما لاعن أخو بني عجلان امرأته قال: يا رسول الله، ظلمتها إن أمسكتها، هي الطلاق، وهي الطلاق، وهي الطلاق، وقد أبانها الرسول عليه السلام منه، فدل هذا على وقوع الثلاث جميعاً.

٣- ما رواه مسلم أن ابن عباس قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم؟ فأمضاه عليهم»، وقد فعل عمر هذا ولم يخالفه أحد من الصحابة، فكان إجماعاً منهم عليه، وهم لا يجمعون عليه مع علمهم بأن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد الرسول ﷺ إلا لاطلاعهم على ناسخ، أو علمهم بانتهاء الحكم لانتهاء علته.

وقد أفتى ابن عباس بما يطابق هذا الإجماع. فقد روى عنه أنه قال: «أن أحكم يركب الأحموقة فيطلق امرأته ألفاً ثم يأتي فيقول يا ابن عباس يا ابن عباس

وإن الله تعالى قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا وإنك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجا باننت امرأتك وعصيت ربك».

وقد روى الإفتاء بذلك أيضا عن عمر وعثمان وعلى وابن عمر وابن مسعود وابن هريرة رضى الله عنهم، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه كان لا يؤتى برجل قد طلق امرأته ثلاثا إلا أوجعه ضربا وأجاز ذلك عليه وكانت قضاياه بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون إجماعا منهم على ذلك.

٤- أن الفروج كالدماء، مما ينبغى الاحتياط فيه، والأصل فيها الحرمة، فيجب أن تبقى محرمة حتى يقوم على الحل دليل لا احتمال فيه، وأن تخطئ فتحرم الحلال خير من أن تخطئ فتحل الحرام.

٥- أن مثل ذلك البيع وقت النداء يوم الجمعة، فإنه منهى عنه شرعا ومع ذلك لو تم البيع ترتب عليه أثره.

٦- أن القول بعدم وقوع الطلاق البدعى وببطلان الطلاق فى الحيض لأنه طلاق بدعى. يؤدى إلى تحكم المرأة فى الطلاق وإلى جعله فى يدها إذ لا يعلم حيضها وطهرها إلا منها فإذا طلق الرجل امرأته وقالت: «الطلاق كان فى الحيض» اضطر الرجل إلى أن يعيد الطلاق وإلى أن يكرره فى أوقات مختلفة حتى تقر المرأة بأن الطلاق كان فى وقت طهرها أو يسأم الزوج ويعاشر زوجته معاشرة غير شرعية وهو يعلم أنها أصبحت محرمة عليه تحريما مؤقتا لأنه طلقها ثلاث طلاقات متفرقات فى ثلاثة أطهار^(١).

(١) راجع: رسالة أجوبة محققة عن أسئلة متفرقة - مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٧٥ وما بعدها - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٩٦ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٥ - على حسب الله ص ٤٤ وما بعدها.

وقد ذهب جمهور الشيعة وبعض أهل الظاهر وابن تيمية وابن القيم إلى أن الطلاق البدعى لا يقع لأنه تجاوز القيود الشرعية، وقد قال الرسول عليه السلام: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»، وقد غضب على من طلق فى الحيض، وعلى من طلق ثلاث تطليقات جميعا وعده لاعبا بكتاب الله تعالى.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بالرأى السابق فى فتواها الصادرة بتاريخ

١١/٨ / ١٩٦٥ فى الطلب رقم ٤١٩ لسنة ١٩٦٥ والذى جاء فيها :

«المنصوص عليه فقها أن الطلاق الصريح تطلق به الزوجة بمجرد إيقاعه سواء أكان وقوعه فى حالة الطهر أو فى حالة الحيض متى كان صادرا من أهله لأن وقوعه إزالة للعصمة وإسقاط للحق فلا يتقيد بوقت معين.

وقد وردت آيات الطلاق مطلقة غير مقيدة ولا يوجد من النصوص ما يقيدها فوجب القول بوقوعه. وأما ما ورد من النهى عن الطلاق فى وقت الحيض فقد كان لأمر خارج عن حقيقته وهو الإضرار بالزوجة بتطويل العدة عليها غير أن الزوج يكون عاصيا لأن النبى ﷺ لما أنكر على ابن عمر الطلاق فى الحيض قال ابن عمر أرأيت يا رسول الله لو طلقها ثلاثا قال إذا عصيت ربك وبانت منك. وعلى ذلك كان طلاق السائل لزوجته بقوله لها أنت طالق فى زمن الحيض يقع به الطلاق ويكون مع الطلقتين السابقتين مكملًا للثالث وبه تبين منه زوجته بينونة كبرى متى كانت الزوجة مدخولا بها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه ثم يتزوجها الأول بعقد ومهر جديدين بإذنها ورضاها. ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال. والله أعلم».



موضوع رقم (٧)

الطلاق الرجعى والطلاق البائن

٣٨- تقسيم:

ينقسم الطلاق بالنظر إلى الأثر المترتب عليه إلى طلاق رجعى وإلى طلاق بائن. والطلاق البائن نوعان: بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى. ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلي.

٣٩- (١) - الطلاق الرجعى:

الطلاق الرجعى هو الذى لا يزيل الملك أو الحل، فيملك الزوج فيه مراجعة زوجته فى العدة، بدون عقد أو مهر جديدين، سواء رضيت الزوجة أو لم ترض.

٤٠- (٢) - الطلاق البائن بينونة صغرى:

الطلاق البائن بينونة صغرى، هو الطلاق الذى يزيل الملك ولا يزيل الحل، فلا يملك الزوج مراجعة مطلقته ولو كانت فى العدة، وليس له أن يعيدها إلى عصمته إلا برضاها وإلا بعقد ومهر جديدين.

٤١- (٣) - الطلاق البائن بينونة كبرى:

الطلاق البائن بينونة كبرى، هو الطلاق الذى يزيل الملك والحل، فتحرم المرأة على مطلقها تحريما مؤقتا، فلا يحل له أن يتزوجها مرة أخرى، إلا بعد أن تتزوج غيره زواجا صحيحا نافذا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يطلقها أو يموت عنها، وتنقضى عدتها.

متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون الطلاق بائنا؟

٤٢- (أ) فى مذاهب الفقه الإسلامى:

مذهب الحنفية أن كل طلاق يوقعه الزوج يكون رجعيا إلا فى الحالات

الآتية:

(١) الطلاق قبل الدخول.

- (٢) الطلاق على مال.
- (٣) الطلاق المكمل للثلاث.
- (٤) الطلاق الموصوف بالبينونة، كقول الرجل لامرأته: «أنت طالق طالقاً بائناً».
- (٥) الطلاق الموصوف بوصف يدل على البينونة، كقول الرجل: «أنت طالق طلقاً شديدة».
- (٦) الطلاق الموصوف بأفعل تفضيل يدل على الشدة كقول الرجل: «أنت طالق أشد الطلاق أو أنت طالق أفحش الطلاق أو أنت طالق أشد الطلاق».
- (٧) الطلاق المشبه بشيء يدل على العظم، كأن يقول الرجل: «أنت طالق طلقاً كالجبل».
- (٨) الطلاق الذى يكون بلفظ من ألفاظ الكناية مثل أن يقول الرجل: «أنت بائن أو أنت بته» لأن ألفاظ الكناية تدل على الانفصال فى الحال ولا يتحقق هذا إلا بالطلاق البائن.

ويستثنى من ألفاظ الكناية ثلاثة ألفاظ هي:

(اعتدى - استبرئى رحمك - أنت واحدة) لأن هذه الألفاظ حذف منها لفظ الطلاق مع نية ذكره فمعنى اعتدى: أنت طالق فاعتدى، ومعنى استبرئى رحمك أنت طالق فاستبرئى رحمك ومعنى أنت واحدة: أنت طالق طلقاً واحدة، فكلمة الطلاق مطوية على نية الذكر، فكان الطلاق بلفظ صريح فيقع رجعيًا، فضلاً عن أن هذه الألفاظ لا تدل على الانفصال فى الحال.

أما الشافعى ومالك⁽¹⁾ فعندهما أن الأصل فى الطلاق أن يقع رجعيًا

ويستثنى من ذلك حالات ثلاث هي:

- (١) الطلاق قبل الدخول.
- (٢) الطلاق على مال.
- (٣) الطلاق المكمل للثلاث.

(1) وفى مذهب مالك رأى آخر يتفق مع مذهب الحنفية.

وأساس الخلاف بين الأحناف وغيرهم أن الأحناف يرون أن وصف الطلاق من حق المطلق وليس من عمل الشارع، فللمطلق أن يعطيه وصف البيونة بالتفصيل السابق، ولأن الشارع أعطاه حق الطلاق مطلقاً ولم يوجد ما يقيد، ولأنه في نظر الأئمة الأربعة يملك البيونة الكبرى بالتعليق ثلاثاً دفعة واحدة فأولى أن يملك وصف الطلاق بالبيونة الصغرى، لأن من ملك الأقوى ملك الأضعف. أما باقي الأئمة فيرون أن وصف الطلاق من عمل الشارع، فما وصفه بأنه رجعى فهو ما وصفه بأنه بائن فهو بائن^(١).

وقد كان العمل بمصر على مذهب الحنفية حتى تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

٣- (ب) فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩:

نصت المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) على أن: «كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠».

وعلى ذلك فالأصل فى الطلاق أن يكون رجعياً، ولا يكون بائناً إلا فى الحالات التى حددتها المادة.

وقد أخذ النص المذكور بمذهب الإمام مالك والشافعى فى أن كل طلاق يقع رجعياً، إلا ما استثنى^(٢). وهو ما من شأنه تضيق دائرة الطلاق البائن.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث أو قبل الدخول أو على مال أو كان بائناً بحكم من القاضي. م ٥ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩».

(طعن رقم ٨٨ لسنة ٦٣ ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/1/28)

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٧٦ وما بعدها - الهداية ج ١ ص ٢٣٨ وما بعدها - محمد أبو زهرة ص ٢٠٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون.

ونعرض للحالات المستثناة الوارد بالنص، والتي يعتبر الطلاق فيها بائناً.

٤٤- (١) الطلاق المكمل للثلاث:

يكون الطلاق مكملًا للثلاث، إذا طلق الزوج زوجته مرتين طلقَتين رجعتين أو طلقَتين بائنتين، أو طلقَتين إحداهما رجعية والأخرى بائنة، ثم طلقها طَلقةً ثالثة، فتكون الثالثة مكملّة للثلاث، وتقع بائنة بينونة كبرى.

وتكون المطلقة ثلاثاً محرمة على زوجها تحريماً مؤقتاً، ولا تحل له حتى تتكح زوجاً غيره زوجاً صحيحاً - ليس باطلاً أو فاسداً - ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهي عدتها^(١).

(أنظر في التفصيل بند ٥٢).

٤٥- (٢) الطلاق قبل الدخول:

يكون الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو بعد الخلوة بائناً بينونة صغرى، لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٢). فقد رتب الشارع على الطلاق قبل الدخول التسريح دون الإمساك فلا يستطيع المطلق مراجعتها، أما المطلقة ذات العدة، فقد خير الله المطلق بين أمرين: الإمساك بمعروف أى مراجعتها، والتسريح بإحسان، حيث قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٣)، وقال تعالى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٤).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢.

(٢) سورة الأحزاب الآية ٤٩.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٢١.

(٤) سورة الطلاق الآية ٢.

والعدة وإن كانت تجب شرعا بعد الخلوة فهي تجب للاحتياط محافظة على الأنساب لا ليتمكن الزوج من مراجعة مطلقته.

٤٦- (٣) الطلاق على مال :

الطلاق على مال، هو الطلاق الذى يتم نظير مال تدفعه الزوجة إلى زوجها هو عوض له عن الطلاق، وتقتدى نفسها به، وكان الطلاق على مال طلاقاً بائناً لأنه لا يتحقق به معنى الافتداء إذا كان رجعياً لثبوت حق المراجعة فى العدة، فيستطيع الزوج مراجعة مطلقته فى العدة فيفوت عليها الافتداء. وقد خصصنا دراسة مفصلة للطلاق على مال لأهميته فى التطبيق العملي. (أنظر بند ٥٤ وما بعده).

٤٧- (٤) حالات الطلاق البائن الأخرى المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

- (أ) التطلق للضرر. (م ٦).
- (ب) التطلق بسبب غيبة الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول. (م ١٢).
- (جـ) التطلق بسبب حبس الزوج المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر. (م ١٤).
- (د) التطلق بسبب الضرر من التزوج بأخرى (م ١١ مكرراً المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥).
- (هـ) التطلق الذى تطلبه الزوجة حال نظر الاعتراض على إنذار الطاعة، عند استحكام الخلاف بين الزوجين. (م ١١ مكرراً ثانياً المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥).

٤٨- (٥) حالة التطلق البائن المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ :

هى حالة التطلق بسبب وجود عيب مستحكم بالزوج لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجذام والبرص. (م ٩).

وهناك حالة التطلق بأتنا للخلع والتى نص عليها القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وسنتناول دراستها عند دراسة الخلع.

٤٩- وصف الطلاق فى حالة التفريق بسبب العنة أو إباء الزوج عن الإسلام أو اللعان:

جعلت المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الأصل فى الطلاق أنه رجعى، ولكنها استثنت من هذا الأصل الحالات الثلاث الواردة بها والحالات الأخرى التى ينص المرسوم بقانون المذكور والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن الطلاق فيها بأتن، ولما كان التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو إباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته لم يرد ضمن الحالات المستثناة من رجعية الطلاق، فكان المقرر أن يكون الطلاق بأحد هذه الأسباب خاضعا للأصل فى الطلاق المنصوص عليه بالمادة، فيقع رجعىا إلا أن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أفصحت عن قصد الشارع فى اعتبار الطلاق لهذه الأسباب طلاقا بأتنا إبقاء على حكم المذهب الحنفى، فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية المشار إليها أنه: «ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو إباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة».

أما بالنسبة للتفريق بالطلاق بسبب الإيلاء^(١)، فلم يرد ذكره بالمذكرة الإيضاحية ضمن الفرقة بالطلاق التى تظل محكمة بالمذهب الحنفى، وبالتالي فالرأى عندنا أنه يخضع للأصل الوارد بالمادة فيكون الطلاق للإيلاء رجعىا، خاصة وأن المذكرة الإيضاحية أشارت إلى أن حكم المادة أخذ من مذهب الإمام مالك والشافعى، والمقرر فى هذين المذهبين أن الطلاق للإيلاء رجعى^(٢).

(١) أنظر فى المقصود بالإيلاء بند (٠٠٥ وما بعده).

(٢) من هذا الرأى: محمد أبو زهرة ص ٢٠٠ - محمد مصطفى شلبى ص ٢٢، - على حسب الله ص ١١١ - وقارن المستشار أحمد نصر الجندى ص ١٧٤ وما بعدها - إذ يذهب أن الذى يراه أقرب للقانون أن الإيلاء - وإن لم يرد ذكره فى المادة الخامسة وبمذكرتها الإيضاحية - يقع بأتنا طبقا لمذهب الأحناف عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى =

٥٠- العبرة بالوصف الحقيقي للطلاق :

لا عبرة بوصف الموثق للطلاق في إسهاد الطلاق فإذا كان الطلاق في حقيقته رجعياً مثلاً فوصفه المأذون خطأ بأنه بائن، فإن العبرة تكون بحقيقة الواقع، ويكون لصاحب المصلحة رفع دعوى بتصحيح وصف الطلاق بالإسهاد.

آثار الطلاق الرجعي والبائن

٥١- (أ) آثار الطلاق الرجعي :

يترتب على الطلاق الرجعي الآثار الآتية :

١- عدم إزالة الملك أو رفع الحل. والمراد بالملك ملك كل من الزوجين الاستمتاع بالآخر بموجب الزوجية الصحيحة وسائر الحقوق الثابتة لكل منهما المترتبة على عقد الزواج الصحيح، والمراد بالحل أن المطلقة لا تزال حلالاً غير محرمة على مطلقها فلمطلقها أن يراجعها في فترة العدة^(١). والزواج يراجع زوجته إذا شاء في فترة العدة بدون عقد أو مهر جديدين. رضيت الزوجة أو لم ترض. وهذا ما سنعرض له تفصيلاً. أنظر بند ٦٤ وما بعده).

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

(أ) - «الطلاق الرجعي يرفع قيد الزواج الصحيح في المآل لا في الحال ولا يزيل ملكاً ولا حلاً ما دامت العدة قائمة، ويترتب عليه أثران، أولهما نقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تمحو هذا الأثر، وثانيهما تحديد الرابطة الزوجية بانتهاء العدة بعد أن كانت غير محددة».

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٥/١١/٥).

(ب) «المقرر في فقه الحنفية أن الطلاق الرجعي لا يغير شيئاً من أحكام الزوجية، فهو لا يزيل الملك ولا يرفع الحل وليس له من أثر إلا نقص عدد

= حلت محلها المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التي تنص على الرجوع للرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة فيما لم يرد به نص.

(١) وللمطلق أن يعقد عليها من جديد في الطلاق البائن بينونة صغرى كما سنرى.

الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته، ولا تزول حقوق الزوج إلا بانقضاء العدة، وكان المطلق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يملك مراجعة زوجته بالقول أو بالفعل مادامت في العدة، ولا يشترط لصحة الرجعة رضا الزوجة ولا علمها... الخ».

(طعن رقم 30 لسنة 46ق - جلسة أول مارس سنة 1978).

(ح) «المقرر في فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الطلاق الرجعي لا يغير شيئاً من أحكام الزوجية القائمة، فلا يزيل الحل ولا الملك، وليس له من أثر سوى الانتقاص من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج ولا تزول حقوق الزوج على زوجته إلا بانقضاء العدة، فالرجعة هي استدامة ملك النكاح متى تمت قبل انتهاء العدة، وهي ليست إنشاء لعقد زواج جديد فلا يلزم لها عقد ومهر جديان بل هي امتداد للزوجية القائمة وتكون بالقول أو بالفعل ولا يشترط الإشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها... الخ».

(طعن رقم 326 لسنة 63ق جلسة 1998/3/3)

٢- نقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته. فإذا طلقها طليقة أولى رجعية، بقى له أن يطلقها مرتين، وإن كانت طليقة ثانية فإنه يبقى له أن يطلقها مرة واحدة.

(راجع الأحكام المنشورة سلفاً في هذا البند)

٣- تراث المرأة المطلقة وراثتها متى كان الموت قبل انقضاء العدة، سواء كان الطلاق في حال الصحة أم في حال مرض الموت، وسواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها⁽¹⁾، سواء كانت حين الطلاق بحالة يصح معها الإرث، كأن تكون زوجة المسلم مسلمة أم لم تكن كذلك ثم صارت إلى الحالة التي يصح معها الإرث بأن كانت كتابية ثم أسلمت قبل الموت وانقضاء العدة.

٤- يجب على المطلقة أن تبقى بمنزل الزوجية في فترة العدة - باتفاق الفقهاء - لأن هذا الطلاق لا ينهي الزواج بمجرد صدوره بل نهيه بعد انتهاء العدة من غير مراجعة.

(أنظر في التفصيل بنود 236 وما بعده)

(1) مادة (٢٢٠) من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا.

- ٥- يمكن إيقاع طلاق آخر عليها فى العدة.
- ٦- لا يجوز خطبة المطلقة لغير مطلقها تصريحاً أو تعريضاً خلال فترة العدة (راجع فى التفصيل: الكتاب الأول بند ٦).
- ٧- لا يحل بمجرد الطلاق الرجعى مؤخر الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين: الموت أو الطلاق وإنما يحل بالبينونة التى تكون بانقضاء العدة.

٥٢- (ب) آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

- يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الآثار الآتية:
- ١- إزالة الملك بدون رفع الحل. فلا يستطيع الرجل مراجعة مطلقته بلا رضاها، فإذا أراد إعادتها إلى عصمته فلا بد من عقد ومهر جديدين.
- ٢- حلول مؤخر الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين: الموت أو الطلاق.
- (راجع فى التفصيل: الكتاب الأول بند 171)

- ٣- منع التوارث بين الزوجين إذا مات أحد الزوجين فى أثناء العدة، لأن سبب الإرث بين الزوجين هو الزوجية، وقد زالت بالطلاق البائن، إلا إذا كان الطلاق فى مرض موت الزوج وكان مكملًا للثلاث - طبقاً للقانون - فإن الزوجة ترثه إذا مات قبل انقضاء عدتها لأنه يعتبر فاراً من ميراثها.

(راجع فى التفصيل بند 15)

- ٤- نقص عدد الطلاقات التى يملكها الزوج، كما هو الشأن فى الطلاق الرجعى.
- ٥- إمكان إيقاع طلاق آخر عليها فى العدة.
- ٦- وجوب بقاء المطلقة - طبقاً للمذهب الحنفى - بمنزل الزوجية فى فترة العدة.

(أنظر فى التفصيل بنود 236 وما بعده)

- ٧- عدم جواز خطبة المطلقة لغير مطلقها تصريحاً أو تعريضاً.

(راجع فى التفصيل: الكتاب الأول بند 6)

٥٣- (ج) آثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

- تترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى الآثار التى تترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى، عدا مسألتين:

الأولى: أن البينونة الكبرى هي نهاية ما يملكه الزوج على زوجته من الطلاق، فلا محل بعدها لوقوع طلاق آخر.

الثانية: أنه لا يمكن للمطلق إعادة مطلقة إلى عصمته، إلا بعد أن تنكح زوجا غيره، زواجا صحيحا - ليس باطلا أو فاسدا - ثم يدخل بها دخولا حقيقيا ثم يموت عنها أو يطلقها وتنقضى عدتها منه. فالمطلقة تعتبر محرمة على مطلقها تحريما مؤقتا.

فقد قال تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ ۚ.... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۚ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ (١).

ولابد من الدخول حتى ولو كان الزوج الأول لم يدخل بها. وقد بينت السنة أن الزوج الثاني لا يحل المرأة للزوج الأول، إلا إذا دخل بها دخولا حقيقيا (٢).

فقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله ﷺ فقالت - إني كنييت عند رفاعة، فطلقني فبنت طلاق (٣)، فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير وما معه الامثل هدية (٤) (بضم الهاء وسكون الدال) الثوب، فتبسم النبي عليه السلام وقال:

(1) سورة البقرة - الآيتان ٢٢٩، ٢٣٠.

(2) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٥٦.

ولم يخالف في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقال بقوله بشر المريسي وداود الظاهري والشعبة وقد روى أن سعيد بن المسيب عدل عن هذا الرأي.

(3) (أي) طلقني ثلاثا.

(4) جاء بمختار الصحاح ص ١١١ أن هذب العين ما نبت من الشعر على أشفارها، وأهداب جمع هذب - فهي قد شبعت ذكره في الاسترخاء وعدم الانتشار عند الإفضاء بهدية الثوب.

«أتريدون أن ترجعوا إلى رفاة؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك»^(١). ويكتفى في الدخول، بالنقاء الختانيين الذي يوجب الحد والغسل ولا يشترط الإنزال، لأن الشرط الذوق لا الشبع، وقد أشار الرسول عليه السلام في الحديث بالتصغير لتقليل القدر الذي لا بد منه في حصول الاكتفاء به. ويحل الجماع، ولو كان الذكر ملفوفا بخرقه، مادام الرجل يجد لذة حرارة المحل، فلو أُلجَّ الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها إلا إذا انتعش وعمل^(٢)، والمقصود بالعمل أن يكون له نوع انتشار يحصل به إيلاج كي لا يكون بمنزلة إدخال خرقة في المحل. ولا يثبت التحليل بجماع الصغير الذي لا يجامع مثله لأنه لا يجد لذة أصلا، وقدر سن الجماع بعشر سنين. ويحل الجماع ولو في حيض ونفاس أو صوم فرض أو إحرام، وإن كان حراما^(٣).

وإن تزوجت مجنونا، فإنها لا تحل حتى تحبل لوجود الدخول حكما. ولو مات عنها زوجها قبل الوطء لا تحل، وإن كان الموت كالدخول في إيجاب العدة وتقرير المهر المسمى، لأن الشرط هو الوطء^(٤). والحكمة من التحريم في هذه الحالة، أن تطليق الرجل امرأته مرة ثالثة بعد مرتين سابقتين، يدل على استحكام الخلاف بينهما، وحاجتهما إلى علاج أنجع من مراجعتها حتى تجرب غيره من الرجال، فإما أن توفق إلى زوج يلائمها ويبعث هو عن امرأة تلائمه، وإما أن يطلقها الثاني فيستردها الأول بزواج جديد، بعد أن

(١) قال في المصباح: العسل يذكر ويؤنث، وهو الأكثر ويصغر على عسيلة على لغة التأنيث ذهابا إلى أنها قطعة وطائفة منه ثم ذكر الحديث المذكور، وقال بعده: وهذه استعارة لطيفة فإنه شبه لذة الجماع بحلاوة العسل أو سمى الجماع عسلا، لأن العرب تسمى كل ما تستحليه عسلا.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٤ ص ٥٦.

(٣) ومن هنا الرأي الشافعية، ويخالفه المالكية.

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٠٠.

تكون قد عرفت قدرها وعرفت فضله فتستأنف الحياة الزوجية من جديد على أساس من المحبة والوئام^(١).

فضلا عن أن التحريم يدعو الرجل إلى التروى في الطلاق، لأنه إذا علم أن المرأة لا تحل له بعد أن يطلقها ثلاث مرات إلا إذا نكحت زوجا غيره فإنه يتردد كثيرا في الطلاق، لأن ذلك مما تأباه شهامة الرجال وعزتهم.
(راجع في حكم زواج المحلل - الكتاب الأول بند 444)

الطلاق على مال

٥٤- تعريف الطلاق على مال :

الطلاق على مال هو الطلاق الذى يتم نظير مال تدفعه الزوجة إلى الزوج هو عوض له عن الطلاق فتقتدى نفسها به عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج، لعدم الانسجام في الحياة الزوجية والخوف من عدم إقامة حدود الله في علاقتهما الزوجية، وهو عوض للزوج عما تحمله من مهر ونفقة وإعداد منزل.

٥٥- مشروعية الطلاق على مال :

ثبتت مشروعية الطلاق على مال من الكتاب والسنة فقد قال تعالى: ﴿وَلَا سَحْلٌ لَّكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢).

وما روى عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس، أتت النبي عليه السلام فقالت: (يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق، ولكنى أكره الكفر في الإسلام)^(٣) فقال النبي عليه السلام: «أتردين عليه حديقته؟»، وكان قد جعلها مهرا لها - فقالت: نعم، فقال النبي عليه السلام:

(١) على حسب الله ص ٩٠٠...

(٢) سورة البقرة الآية (٢٢٩).

(٣) تريد بقولها: إني لا أعتب عليه في دين ولا خلق، أنها لا تريد مفارقتها لسوء لنقصان في دينه أو لسوء خلقه بدليل ما جاء في إحدى الروايات: لا أطيق بغضا، ولكنى أكره الكفر في الإسلام. أى كفران العشير والنقصير في حقه بسبب شدة البغض.

«أقبل الحديقة، وطلقها تطليقة»، وفي رواية قالت: «نعم وزيادة» فقال النبي عليه السلام «أما الزيادة فلا»^(١).

وبجوز قضاء للزوج تقاضى المال من الزوجة نظير الطلاق، سواء كان النفور منه أو منها، أو منهما معا، ولو كان زائدا عما أعطها من مهر^(٢).

أما فى الديانة، فإذا كان النشوز من جانب الزوج فإنه يحرم عليه تقاضى المال منها، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا تَأْخُذُونَهُ بُهْتَنًا وَإِنَّمَا

مُيَيَّنًا﴾، لأن النهى فى هذه الآية خاص بانفراده بالنفور وأن الرغبة فى الاستبدال من جانبه، لأنه يكون قد أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال. ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾، وإمسакها يكون فى هذه الحالة لا لرغبة بل لإضرار لأخذ مالها فى مقابل خلاصها منه^(٣).

وإذا كان النفور من جانب الزوجة أو من جانبها معا فإنه يطيب له أخذ المال ولو كان زائدا عما أعطها من مهر^(٤).

(١) رأى الوارد بالمتن هو رأى جمهور الفقهاء، وقد خالفه أبو بكر بن عبد الله المزينى فقال: لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا، واستدل بأن قوله تعالى: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله: (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج.. الخ). وذهب الظاهرية إلى أن الطلاق على مال لا يجوز إلا إذا كان النشوز من جانب المرأة واستدلوا بالآية الأخيرة وبقوله تعالى ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ وذهب بعض الحنابلة ورأى فى مذهب مالك إلى أن النشوز إذا كان من جانب الرجل وقع الطلاق ولا يثبت المال.

(بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٧ - محمد أبو زهرة ص ٢٢٢).

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٤٥.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٧٦.

(٤) البحر الرائق فى شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٧٦ - وهناك رأى بأنه يكره أخذ الزيادة استنادا إلى ما جاء فى حديث النبى عليه السلام لزوجة قيس بن ثابت: (أما الزيادة فلا، وكان النشوز منها ولحديثه (لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطها).

وكما حذر الشارع الزوج من سوء استعمال الطلاق لحديث الرسول عليه السلام: «إن أبغض الحلال عند الله الطلاق» حذر المرأة من الافتداء من غير حاجة بقول الرسول عليه السلام: «أيا امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس به لم ترح رائحة الجنة».

وقوله: (المختلعات هن المنافقات).

٥١- البديل في الطلاق على مال:

يصلح بدلا في الطلاق على مال، كل ما يصلح أن يكون مهرا من مال^(١)، سواء كان عقارا أو منقولا، أو منفعة تقوم بمال. إلا أن الحنفية لم يضعوا للبديل حدا أدنى كما فعلوا بالنسبة للمهر.

(راجع الكتاب الأول بند ٦١٨) ويصح أن يكون البديل تبرئة الزوج من مؤخر صداق المرأة أو متجمد نفقتها عليه.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ 29 يناير سنة 1975 في الطعن رقم واحد لسنة 11 ق بأن:

«إذ يبين من الرجوع إلى الأوراق أن الطلاق الذي تم بين والد الطاعن ومورث المطعون عليهم بتاريخ ٥/٧/ ١٩٤٤ كان طلاقا نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة فيكون الطلاق بائنا طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تنص على أن كل طلاق يقع رجعا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال».

وإذا جعلت المرأة بدل الطلاق «كل حق يكون للنساء على الرجال» أو جعلته «بكل حق لها على زوجها» فإن ذلك لا يشمل نفقة عدتها، لأنها لم يكن لها حق في نفقة العدة حال الطلاق على مال فينصرف ذلك إلى القائم من حقوقها^(٢).

وإذا جعلت البديل في الطلاق نفقة عدتها صح لأنه إبراء بعوض فيكون استيفاء لها لما وقعت البراءة عنه لأن العوض قام مقامه، والاستيفاء قبل الوجوب يصح بالاتفاق^(٣).

(1) الهداية ج ٢ ص ١٤ وما بعدها.

(2) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٤٤.

(3) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٥٣.

ويصح أن يكون البذل تبرئة الزوج من أجر حضانة أو إرضاع ولدها منه، أو من مجموع ذلك.

وإذا لم تحدد مدة الإبراء عن أجر الإرضاع، فإن ذلك يكون قرينة على انصرافه إلى مدة الإرضاع وهي سنتان^(١).

ويجوز أن يكون البذل تحملها بنفقة ولدها منه لمدة معينة كسنة أشهر أو سنة مثلاً، واشترط تعيين المدة لرفع الجهالة في النفقة، فإذا كانت المدة غير معينة كان البذل باطلاً، غير أنه يصح البذل مع الجهالة غير الفاحشة كأن يخالعهما على تحمل نفقة ابنتها ثلاث سنين أو عشر^(٢).

وإذا امتنعت الزوجة عن الوفاء بما التزمت به أو عجزت عن الوفاء به، أو سلبت حضانتها أو مات الطفل قبل انتهاء مدة الرضاعة أو الحضانة، كان للزوج الرجوع عليها أو على ورثتها بقيمة ما فات عليه، إلا إذا كانت المرأة قد اشترطت عدم الرجوع عليها في حالة الوفاة.

وإذا كانت الزوجة معسرة لا تستطيع الإنفاق على ولدها جاز لها أن تطالب الزوج بالإنفاق من ماله، ويجبر على إجابة طلبها، وكان ذلك ديناً إذا أيسرت^(٣)، لأن النفقة حق الولد، وهي في الأصل واجبة على الأب، ولكنها انتقلت إلى الأم لما جعلتها بدلاً في الطلاق، فإذا عجزت قام الأب مقامها

(١) جامع الفصولين ج ١ ص ١٩٨.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ - وقد أجاز الأحناف أن يكون البذل في الطلاق على مال ما في بطن غنمها أو بقرها أو ما على نخلها أو شجرها من ثمر، بخلاف الصداق فإنه إذا أصدقها ما في بطن الغنم وجب عليه مهر المثل. لأن التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال بل في المال فيكون ذلك في معنى التعليق أو الإضافة، والزواج لا يحتمل التعليق أو الإضافة أما الطلاق فيحتمل التعليق والإضافة فجاز أن يحتمل البذل، وإذا صحت مثل هذه التسمية في البذل، كان للزوج ما في البطون إن وجدت، وإن لم يكن شيء حالة الطلاق فلا شيء له. (البحر الرائق ج ٤ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧).

(٣) حاشية الرملى على هامش جامع الفصولين ج ١ ص ٢٩٨، شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧.

إحياء للولد من الهلاك، وليس في ذلك ضرر به لأنه يرجع عليها بالنفقة عند ميسرتها^(١).

ويصح عند الأحناف أيضا أن يكون البذل في الطلاق على مال إبقاء الصغيرة في يد المرأة بعد انتهاء سن الحضانة، ولا يصح ذلك بالنسبة للصغير لأن الفتاة بعد انتهاء سن الحضانة تحتاج مع صيانتها إلى من يعلمها ما يختص بالنساء وأما قادرة على ذلك في الغالب فلا يكون هناك ضرر عليها من ذلك، أما الصغير فيحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم فإذا طال مكثه مع الأم يتخلق بأخلاق النساء وفي ذلك تضييع له^(٢).

وقد ذهب بعض الفقهاء المحدثين - بحق - إلى أن هذا الأمر لو كان صحيحا في نظر الشارع لجعل سن الحضانة في الصغيرة من أول الأمر إلى سن البلوغ وحيث لم يفعل فلا يجوز الأخذ بهذا النظر ولأن البنت بعد سن الحضانة محتاجة إلى صيانتها والمحافظة عليها والأب أقدر على ذلك من الأم فتعارضت المصلحتان فترجح أفواهما أي مصلحة البنت^(٣).
(يلاحظ أن التعديل الذي طرأ على سن الحضانة الآن).

٥٧- شروط الطلاق على مال:

يشترط لصحة الطلاق على مال توافر الشروط الآتية:

(١) وقد جاء بفتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 25 أبريل سنة 1917 بأن:

أ- «اطلعنا على هذا السؤال ونفید أنه متى خالع الزوج زوجته على تكفلها بحملها بعد انفصاله منها بالإرضاع والنفقة والحضانة حتى تنتهي شرعا تجبر على إرضاعه مدة الرضاع وتلتزم بنفقته وحضانته بلا أجر حتى تنتهي الحضانة كما يؤخذ من المادة (٢٨٦) من كتاب الأحوال الشخصية وإذا كانت معسرة وقدر القاضي على الأب نفقة وكسوة وأجر حضانة لولدها المذكور. وقدر لها مبلغا يدفعه له شهريا نظير ذلك كان ما دفعه مما ذكر دينا للأب في ذمة الأم المذكورة يرجع به عليها إذا أيسرت كما يؤخذ من المادة (٢٨٩) من كتاب الأحوال الشخصية والله أعلم».

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٥٦ وما بعدها - محمد أبو زهرة ص ٢٢٢ - م (٢٨٧) من كتاب الأحكام الشرعية.

(٣) محمد مصطفى شلبي ص ٥٦٨ - هامش (١).

١- أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، فكل من لا يصح طلاقه لا يصح منه الطلاق على مال، لأن من جاز طلاقه بلا عوض جاز طلاقه بعوض بطريق الأولى. فلا يصح الطلاق على مال من الصبي والمجنون والغضبان بالتفصيل الذي أوردناه في موضعه.

٢- أن تكون المرأة محلاً لوقوع الطلاق عليها، بأن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، فلو انقضت العدة لم تكن محلاً للطلاق على مال.

٣- أن تكون المرأة - إذا كانت هي الملتزمة ببذل الطلاق - بالغة عاقلة رشيدة وسن الرشد المالي ٢١ سنة ميلادية.

وإذا تكون محجوراً عليها لسفه لأن الطلاق على مال بالنسبة لها معاوضة فيه شبه بالتبرعات.

٥٨- طلاق عديمة الأهلية على مال :

إذا اتفق بين عديمة الأهلية، كالصغيرة غير الممييزة والمجنونة، وبين زوجها على الطلاق على مال، كان الطلاق على مال باطلاً، لأنه علق الطلاق على مال على قبولها، وهو غير معتبر فلم يتحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق. ولكن يقع الطلاق على أصح الروايتين في المذهب الحنفي^(١). ويكون هذا الطلاق رجعياً ما لم يكن المكمل للثلاث.

أما إذا تولى أبوها الاتفاق على الطلاق على مال ولكنه لم يلتزم البذل من مال نفسه بل أضافه في قبوله إلى مال ابنته وقع الطلاق رجعياً، ولو قال الأب أنه كفيل به، لأنه علق على قبوله وقبوله معتبر على أصح الروايتين عند الحنفية، ولا يلزم المال لا الأب لأنه لم يلتزم به ولا الصغيرة لأن الأب أضافه إلى مال لا يملك التبرع منه.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٥٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ - وفي الرواية

الأخرى لا يقع الطلاق لأن الزوج طلق في نظير استحقاق البذل، فكان معلقاً على هذا الاستحقاق وهو لم يستحق شيئاً. وأجيب على ذلك بأنه حين يعلم أنها ليست أهلاً للتبرع فيكون التعليق على مجرد قبولها. وإن كان يجهل ذلك فلا عذر بالجهل بالأحكام.

٥٩- طلاق ناقصة الأهلية على مال :

إذا تولت ناقصة الأهلية، كالصغيرة المميزة الطلاق على مال نفسها وقبلت ذلك، وقع عليها طلاق رجعي، لأن الزوج علقه على قبولها ومادامت مميزة فقبولها معتبر في حق وقوع الطلاق، ولا يلزمها البذل لأنها ليست من أهل التبرع، لعدم بلوغها سن ٢١ سنة ميلادية.

ومثل ناقصة الأهلية المحجور عليها للسفه، فإن طلاقها يقع رجعياً ولا يلزمها المال.

وإذا تولى الطلاق على مال أبو الصغيرة المميزة أو القيم على المحجور عليها فيسرى عليه ما ذكرناه بصدد طلاق عديمة الأهلية على مال.

... - طلاق الأجنبي على مال :

إذا باشر الطلاق على مال أجنبي ليس وكيلاً عن الزوجة ولا ولاية له عليها، فإن أضاف البذل إلى نفسه بحيث يفهم منه التزامه به، كأن يقول للزوج: طلق زوجتك على ألف جنيه من مالي، وقع به الطلاق وكان المال على هذا الأجنبي، وإن لم يصفه إلى نفسه، وأضافه إلى غيره، بأن قال: طلق زوجتك على مبلغ ألف جنيه يلتزم به (فلان)، فإن الطلاق على مال يتوقف على إجازة من أضافه إليه، فإن أجازته صح ووقع الطلاق ولزمه المال ولا دخل للزوجة في هاتين الحالتين لأن رضاها لا يشترط إلا عند التزامها بالمال، والطلاق من الحقوق التي يستقل بها الزوج.

وإذا لم يصف المال إلى أحد توقف الطلاق على مال على قبول الزوجة لأنها الأصل في الطلاق على مال، فإن قبلت الزوجة لزمها تسليم المال. أما الطلاق فإنه يقع، ويكون رجعياً^(١).

١١- طلاق المريضة مرض الموت على مال :

ذهب الأحناف إلى أنه إذا طلق الزوج زوجته على مال وهي مريضة مرض الموت، كان الطلاق صحيحاً، والتزمت الزوجة المال المتفق عليه، لأن

(١) الأستاذ على حسب الله ص ٨٩.

الزوج علق الطلاق على قبول المال وقد وجد القبول صحيحا، ولا حبر على المريضة مرض الموت في تصرفاتها. غير أنه لما كان البذل في الطلاق على مال فيه معنى التبرع، كما أنه ربما يكون المقصود من ذلك محاباة زوجها بأكثر من حقه في ميراثها، ومحاباة الوارث في مرض الموت لا تجوز، فإن البذل يأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من أول المرض الذي كان سببا في الموت، فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة لأنها لا تملك التبرع بأكثر من ثلث التركة. فإذا ماتت الزوجة قبل انقضاء العدة، وجب للزوج الأقل من: المال المتفق عليه ومن ثلث تركتها ونصيبه في الميراث لو افترض بقاء الزوجية وورثها بالفعل.

وإنما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة احتياطا ومحافظة على حقوق ورثتها لاحتمال أن يكون الزوجان قد اتفقا على الطلاق على مال في مرض الموت ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث لو بقيت زوجيته إلى وقت وفاتها، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحاييه بطريق التبرع لأنه وصية وهي لا تجوز للوارث عند الجمهور ولا تنفذ عند الحنفية إلا بإجازة باقى الورثة، أو يحصل على أكثر مما يمكن لها أن تعطيه له بطريق الوصية لو كان غير وارث بأن انقطعت الزوجية قبل وفاتها لتوقف نفاذ الوصية بما زاد على الثلث على إجازة باقى الورثة. فلو وجب كل البذل لأمكن أن يأخذ أكثر مما يستحقه بطريق الميراث لو كان وارثا ومن ثلث التركة بطريق الوصية لو لم يكن وارثا فمعاملة لهما بنقيض مقصودهما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة.

وإن ماتت في مرضها بعد انقضاء عدتها وجب له الأقل من المال المتفق عليه ومن ثلث تركتها، لأن احتمال الإرث منتف في هذه الحالة لانقطاع كل آثار الزوجية التي هي سبب الميراث ولم يبق إلا احتمال محاباته بأكثر مما يستحق بطريق الوصية، وهو الثلث.

وإن شفيت بعد الطلاق، فإن الزوج يستحق المال المتفق عليه، لأنها لما شفيت ظهر أن الطلاق على مال كان في حال الصحة وليس في حال مرض الموت^(١).

(١) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٤٠٠ - البحر الرائق ج٤ ص ٧٥ - الدكتور محمد

مصطفى شلبى ص ٥١٣ وما بعدها.

وكان العمل يجرى في مصر على هذا، حتى العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، الذى أجاز فى المادة ٢٧ منه الوصية وما فى حكمها للوارث الأجنبى فى حدود ثلث التركة بدون توقف على إجازة باقى الورثة فأصبح للزوج الذى يطلق زوجته على مال فى مرض موتها الأقل من البذل المتفق عليه ومن ثلث التركة ولو زاد على نصيبه فى الميراث، سواء توفيت الزوجة أثناء عدتها أو بعد انقضائها لأنه لا اعتبار لما يستحقه من الميراث حينئذ لما جازت له الوصية إن كان وارثا بثلث التركة.

٦٢- حكم الطلاق على مال:

الطلاق على مال يقع بائنا عملا بالمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على نحو ما أوضحناه سلفا.

ويقع الطلاق على مال بقبول الزوجة الطلاق على مال، ولا يتوقف وقوعه على أداء المال المتفق عليه.

وإذا امتنعت الزوجة عن الوفاء بما التزمت به أو عجزت عن الوفاء به، كان للزوج مطالبتها به^(١).

وإذا كان البذل باطلا، كأن يكون المال غير متقوم كالحم الخنزير أو الخمر، أو كان مما لا يجوز شرعا تسميته بدلا كأن يكون إمساك الزوج الصغير فى سن الحضانة، فإن الطلاق يقع ولا يستحق البذل، ويكون الطلاق فى هذه الحالة رجعيا لأن الطلاق على مال لا يبطل بالشروط الفاسدة^(٢).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١ / ٠٠ / ١٩٥٨ فى الطلب رقم ٢٠٠٩ لسنة ١٩٥٨ بأن:

«إن هذه الحالة تعتبر طلاقا بائنا فى مقابلة مال ولا تعتبر خلعاً. والطلاق فى مقابلة المال يترتب عليه أثران وقوع الطلاق البائن ولزوم المال، ويملك الزوج هذا المال قضاء بالغاً قدره ما بلغ، لأن الزوج أسقط حقه فى الزوجية مقابل

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٥٢ - جامع الفصولين ج ١ ص ١٩٨.

عوض التزمت به الزوجة برضاها وهى أهل لالتزامه وعلى هذا فإذا ثبت صحة ما جاء بهذا الإقرار وما هو وارد بالسؤال فإن هذه الزوجة تطلق من زوجها طلاقاً واحدة بئنة لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين بإذنها ورضاها ما لم يكن مسبقاً بطلاقين قبله».

ولا تلتزم المرأة فى بدل الطلاق سوى المال الذى التزمت به، فلا يبرئ الطلاق على مال الزوج من سائر الحقوق التى وجبت لها بسبب النكاح كما فى الخلع كما سنرى^(١).

١٣ - التكييف الفقهي للطلاق على مال وما يترتب عليه من آثار:

الطلاق على مال، عقد ينعقد بإيجاب وقبول وهو يعتبر يمينا من جانب الرجل، لأن الرجل الذى يقول لزوجته طلقتك على ألف جنيه يكون هذا القول منه تعليقاً للطلاق على قبولها دفع الألف، وكأنه قال لها: إن دفعت ألف جنيهه طلقتك، والتعليق يسمى يمينا فى اصطلاح الفقهاء ولهذا فهو يأخذ أحكام اليمين بالنسبة للزوج^(٢).

أما من جهة الزوجة فهو معاوضة لأنها بقبولها التزمت بما أوجبه الزوج فى نظير افتداء نفسها وخلصها من قيود الزوجية^(٣)، وكأنها قالت: رضيت أن اشتري عصمتى منك بهذا البدل، غير أنها ليست معاوضة خالصة بل لها شبه بالتبرعات لأن المعاوضات الخالصة يكون كل من البدلين مالا أو شيئاً يقوم بالمال. وما يخلص للمرأة فى نظير المال ليس إلا خلاص نفسها وهو ليس بمال، ولا فى حكم المال. ولهذا يأخذ الطلاق على مال أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة.

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٥١.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١١ - البحر الرائق ج ٤ ص ٨٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١١.

أما صاحبان فعندهما أن الطلاق على مال يمين من الجانبين وليس معاوضة من جانب الزوجة.

وقد انبنى على اعتبار الطلاق على مال يميننا من جانب الزوج الأحكام الآتية:

- ١- إذا صدر إيجاب الطلاق على مال من الزوج بأن قال لزوجته: طلقتك على ألف جنيه، فلا يجوز له الرجوع فيه قبل قبولها، لأن قوله فى معنى التعليق فى الطلاق، والطلاق المعلق كالمنجز لا يجوز الرجوع فيه.
- ٢- إذا قام من المجلس الذى أوجب الطلاق على مال فيه، فإن الإيجاب لا يبطل لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس، فإذا قبلت بعد قيامه من المجلس وقع الطلاق على مال.
- أما إذا قامت هى من المجلس بطل الإيجاب، لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول.
- ٣- إذا كان إيجاب الزوج، والزوجة غائبة، فإنها تنقيد بمجلس علمها، فإذا قامت من مجلس علمها قبل القبول بطل الإيجاب، ولم يعد لها الحق فى القبول.
- ٤- يجوز للزوج أن يعلق إيجابه على شرط أو يضيفه إلى زمن مستقبل، كأن يقول لها: (طلقتك على ألف جنيه إذا سافرت إلى الخارج) أو يقول لها: «طلقتك على ألف جنيه غدا». فإذا قبلت عند تحقق الشرط أو مجئ الغد تم الطلاق، أما إذا قبلت قبل تحقق الشرط أو مجئ الغد يكون قبولها لغوا لأن التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت إيجاب عند وجود الشرط والوقت^(١).
- ٥- لا يجوز للزوج أن يشترط الخيار لنفسه، كأن يقول لها: «طلقتك على ألف جنيه على أنى بالخيار ثلاثة أيام». لأن الطلاق على مال يمين من جانبه والخيار لا يكون فى الأيمان لأنه لا يمكن الرجوع فيها، أو أنه إسقاط من جانبه والإسقاطات لا تقبل الخيار.

وقد انبنى على اعتبار الطلاق على مال معاوضة من جانب الزوجة ما يأتى:

- ١- إذا صدر الإيجاب من الزوجة جاز لها أن ترجع عنه ما دام الزوج لم يتلفظ بشيء بعد، لأن الإيجاب فى المعاوضات يصح العدول عنه قبل القبول.

٢- إذا بدأت الزوجة بإيجاب فإن الطلاق يتقيد بالمجلس بالنظر إلى كل من الزوج والزوجة، فلو قام أحدهما من المجلس قبل تمام الطلاق على مال بطل، لأن المعاوضات تبطل بتفريق المتعاقدين.

٣- لا يجوز للزوجة أن تعلقه على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل، لأن المعاوضات لا تقبل التعليق على شرط أو الإضافة إلى زمن مستقبل.

٤- يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار سواء كانت هي الموجبة أو كان الزوج الموجب، وفي كلتا الحالتين لها أن ترفض الطلاق على مال في مدة الخيار أو تقبله^(١).

ويلاحظ أن خيار الرؤية لا يثبت في بدل الطلاق على مال وخيار العيب في بدل الطلاق لا يثبت أيضا إلا إذا كان العيب فاحشا.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأن:

١- «إن ركن الطلاق على مال (الذي هو عقد على الطلاق بعوض) هو الإيجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقا على المال المسمى بين الزوجين ولذلك كان مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله في مجلس واحد بدون حصول الإيجاب والقبول على الصورة الشرعية المتفرقة الذكر لا يعتبر طلاقا مستوجبا لزوم المال على الزوجة فالحكم الذي يعتبر أن الإيجاب والقبول الشرعيين لوقوع الفرقة بين الزوجين واستحقاق الزوج للعوض قد حصلا على أساس ما تم بينهما على ما ينبغي أن تبذله الزوجة من المال لزوجها ليطلقها عليه وتنفيذ هذا الاتفاق بإيفائها بعض المال المتفق عليه وتسليمه بباقيه سندات إذنية الخ، لا على أساس ما دون في وثيقة الطلاق من أن الخلع قد وقع على الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة هو حكم مخالف للقواعد الشرعية الواجب الأخذ بها في هذا الموضع ويتعين نقضه».

(طعن رقم 81 لسنة 6ق - جلسة 1937/10/28)

(1) البحر الرائق ج ٤ ص ١٥ - وعلى رأى صاحبين لا يصح اشتراط الخيار لها وإذا اشترط كان باطلا، ولكن لا يبطل الطلاق، فيقع الطلاق ويلزم المال.

٢- «الطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة لا يتم إلا بإيجاب وقبول من الجانبين، وإذا كانت عبارة الإقرار الصادر من الزوجة إنما تتضمن إبراءها لزوجها من مؤخر صداقها ونفقتها وجميع الحقوق الزوجية المترتبة لها بموجب عقد الزواج مقابل حصولها على الطلاق، فإن هذه العبارة بمجرد أنها لا تعدو أن تكون مجرد إيجاب من الزوجية بعرض العوض على الزوج مقابل حصولها على الطلاق لم يصادفه قبول منه بإيقاع الطلاق فعلاً، ومن ثم فلا يتحقق فيها وصف الطلاق على مال وشروطه وبالتالي لا يترتب عليها أثره المقرر شرعاً⁽¹⁾.

(طعن رقم 9 لسنة 31 ق الأحوال الشخصية - جلسة 1963/11/13)

الرجعة

١٤- تعريف الرجعة:

عرف الأحناف الرجعة بأنها استدامة الملك القائم في العدة، أي إبقاء النكاح على ما كان ما دامت المرأة في العدة⁽²⁾.
فالرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي وفي خلال العدة، والطلاق لا يكون رجعيًا إلا إذا كان بعد دخول حقيقي.
وثبتت مشروعية الرجعة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن: (المبارأة والخلع أو الطلاق على مال ليست من المعاولات المالية التي تطبق في شأنها أحكام القانون المدني بل هي من التصرفات التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها وحدها لتقرير ما يجب أن يتم به رضا الزوجين وكيف يفصح عنه كل منهما فيما يصدر عنه من إيجاب وقبول، وكيف يكون الإيجاب والقبول معتبرين شرعاً حتى تقع الفرقة ويستحق المال).

(طعن رقم 81 لسنة 6 ق - جلسة 1937/10/28)

(2) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢١٧ - البحر الرائق ج ٤ ص ٤١ - أما الرجعة عند الشافعية فهي إعادة أحكام الزواج في أثناء العدة بعد الطلاق وسندهم في ذلك قوله تعالى في بيانها: ﴿وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ فهو عبر عنها بالرد والمعناه إعادة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ^١ وَلَا تَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ^٢ وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا^٣﴾ (١).

فقد سمى الله تعالى المطلق بعلا والبعل معناه الزوج، ومعنى هذا أن الزوجية باقية في العدة، وجعل للزوج حق رد زوجته والرد يصدق بعد انعقاد سبب الملك إن لم يكن زائلا بعد (٢).

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ^٤ بِمَعْرُوفٍ
أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ^٥﴾ (٣)، وقوله: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ^٦﴾ (٤)، والإمساك استدامة الملك القائم لا إعادة الزائل،
والمراد ببلوغ الأجل قرب انقضاء العدة، وهذا دليل على أن الزوجية ممتدة حتى
انقضاء العدة ولذا يصح الإيلاء منها والظهار واللعان.

أما السنة، فقد روى أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته
في حالة الحيض قال النبي عليه السلام لعمر رضى الله عنه (مره فليراجعها).
وكذا روى أن النبي عليه السلام لما طلق حفصة رضى الله عنها جاءه
جبريل عليه السلام فقال له: «راجع حفصة فإنها صوامة قوامه»، فراجعها.
وكذا روى أن النبي عليه السلام طلق سودة رضى الله عنها ثم راجعها.
وقد انعقد الإجماع على حق الزوج في مراجعة زوجته في فترة العدة.

أما المعقول فلأن الحاجة أمس إلى الرجعة لأن الإنسان قد يطلق امرأته ثم
يندم على ذلك على ما أشار الله سبحانه وتعالى بقوله: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ
يُخَدِّثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا^٧﴾ فيحتاج إلى تدارك خطئه، فلو لم تثبت الرجعة

(١) سورة البقرة - الآية ٢٢٨.

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ٤٩.

(٣) سورة البقرة - الآية ٢٢١.

(٤) سورة الطلاق - الآية ٢.

لا يمكنه التدارك، لأن المرأة قد لا توافقه في تجديد النكاح ولا يمكنه الصبر عليها فيقع في الزنا^(١).

وقد أباح الشارع الرجعة للزوج بشرط الرغبة في الإصلاح ونهى سبحانه عن إمساك المرأة للإضرار بها فقال: ﴿وَلَا تُكْسِرُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾. فإذا راجع الزوج امرأته وهو لا يريد الإصلاح فقد فعل ما لا يملك، وكان عمله مردودا عليه^(٢).

٦٥- شروط الرجعة:

يشترط لصحة الرجعة توافر الشروط الآتية:

١- أن تكون قبل انقضاء العدة، لأنه بانقضاء العدة يصبح الطلاق الرجعي بائنا^(٣).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«الفقه الإسلامي يميز من حيث الأثر المترتب على الطلاق بين ما إذا كان بائنا أو رجعيًا فترتب على الطلاق البائن رفع قيد الزواج في الحال فلا يحل للمطلق أن يستمتع بمطلقته ولا يملك مراجعتها ولو كانت في العدة، وليس له أن يعيدها إلى عصمته إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين، وأما في الطلاق الرجعي فإن الزوجية تظل قائمة ولا تزول إلا بانقضاء عدة المطلقة فيملك المطلق مراجعة مطلقته مادامت في العدة ولا يتوقف ذلك على رضاها ولا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين وتتم هذه المراجعة بمجرد قوله الدال عليها أو فعله الموجب لحرمة المصاهرة».

(طعن رقم 34 لسنة 51 ق «أحوال شخصية» جلسة 1983/3/22)

ويجب أن تكون العدة لحصول دخول حقيقي، أما إذا كانت بعد الخلوة الصحيحة فلا تجوز فيها المراجعة.

(1) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٨١.

(2) وقد ذهب الظاهرية وابن تيمية بأن الزوجة يكون لها في هذه الحالة اللجوء إلى القاضي ليحكم ببطالان الرجعة (على حسب الله ص ٢٠٠).

(3) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٨٠.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك بأن - من المقرر فى الفقه الحنفى - أن العدة قد تجب بالخلوة الصحيحة بلا دخول، ولكن لا تصح فيها الرجعة، لأن الأصل فى مشروعية العدة بعد الوطء هو تعرف براءة الرحم تحفظاً عن اختلاط الأنساب، ووجبت بعد الخلوة الصحيحة بلا وطء احتياطاً لثبوت النسب، والحكم بصحة الرجعة ليس فيه احتياط، بل الاحتياط يقتضى الحكم بعدم صحة الرجعة، وكان - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود والإقرار والمستندات المقدمة فيها، وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها، وأن تقييم قضاءها على أسباب تكفى لحمله، ولا عليها من بعد أن تتبع الخصوم فى كافة مناحى دفاعهم، مادام فى قيام هذه الحقيقة الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة، لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإثبات طلاق المطعون ضدها من الطاعن الحاصل فى غضون مارس ١٩٩٨ طلاقاً بائناً بينونة صغرى، على ما استخلصه من أوراق الدعوى ومستنداتها وأقوال شهودى المطعون ضدها وإقرار الطاعن من أنه قبل الدخول بها وبعد الخلوة الشرعية بينهما أوقع طلاقها فى حضور شاهديها باللفظ الصريح المنجز، وهذه أسباب سائغة تكفى لحمله قضاء الحكم، وفيها الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة، ويضحى ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن لا يعدو أن يكون جدلاً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الأدلة مما تتحسر عنه رقابة محكمة النقض، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس».

(طعن رقم 351 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/12/16)

٢- أن تكون منجزة، فلا تصح الرجعة إذا كانت معلقة على شرط كأن يقول الرجل: «إن سافرت فقد راجعت امرأتى»، أو إذا كانت مضافة إلى زمن مستقبل، كأن يقول الرجل: «راجعت امرأتى من أول الشهر القادم».

وهذا الشرط على نحو ما اشترط فى الزواج، فإن الرجعة وإن لم تكن إنشاء زواج جديد هى شبيهة بالزواج من حيث أنها إنشاء لما يفيد دوام الزواج.

٣- أن يكون الرجل أهلاً لمباشرة عقد الزواج فإذا كانت المراجعة بالقول فلا تصح من المجنون وتصح مع الإكراه أو الهزل.
أما إذا كانت الرجعة بالفعل فلا يشترط فيها ذلك فلو طلقها ثم جنى أو أصابه سكر ثم فعل بها فعلاً يوجب حرمة المصاهرة كان ذلك رجعة^(١).

٦٦- كيفية حصول الرجعة:

تحصل الرجعة عند الأحناف بأحد أمرين:
القول أو الفعل. ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: القول:

يكون القول إما صريحاً أو كناية^(٢).
والصريح هو الذى لا يحتمل فى أغلب استعماله معنى آخر غير الرجعة، كأن يقول الرجل فى حالة خطابها: (راجعتك أو رددتك أو امسكتك) أو يقول فى حالة غيابها: (راجعت أو أنت عندى الآن كما كنت) فإن كلا من اللفظين يحتمل معنى (راجعت زوجتى أو رددت زوجتى أو امسكت زوجتى).
والكناية ما يحتمل الرجعة وغيرها مثل قوله لها: (أنت امرأتى أو أنت عندى الآن كما كنت) فإن كلا من اللفظين يحتمل معنى الرجعة وإن المراد به إعادة المرأة زوجة كما كانت، ويحتمل أيضاً إرادة أنها بعد الطلاق كما كانت قبله وبمنزلة امرأته من حيث العناية بأمرها ورعايتها والقيام بما يجب لها. فلا يتعين معنى الرجعة فى ذلك إلا بالنية^(٣)، وهذه قد تدل عليها قرائن الأحوال^(٤).
كما تتحقق الرجعة بما يقوم مقام القول من الكناية أو الإشارة.

[١] وعلل ابن عابدين رجعة المجنون بأنه مؤاخذ بأفعاله دون أقواله، كما أن الرضا ليس بشرط فيها (حاشية ابن عابدين جزء ٣ ص ٢٩١).

[٢] بدائع الصنائع جزء ٣ ص ١٨١.

[٣] شرح فتح القدير جزء ٤ ص ١٥٩.

[٤] الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٢١.

ثانياً: الفعل:

تجوز الرجعة بالفعل لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ﴾، فسمى الرجعة إمساكا والإمساك حقيقة يكون بالفعل^(١).

وتكون الرجعة بالفعل، بأن يفعل الرجل بمطلقاته ما يوجب حرمة المصاهرة، من الوطء أو مقدماته.

ومقدمات الوطء هي: التقبيل بشهوة واللمس بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة.

والتقبيل يكون على أى موضع، فما أو خذا أو ذقنا أو جبهة أو رأسا واللمس يستوى أن يكون بلا حائل أو بحائل يجد الحرارة معه بشهوة. والنظر إلى الفرج يشترط فيه أن يكون إلى داخله، كما لو كانت المطلقة متكئة^(٢).

والوطء بالدبر رجعة لأنه لمس بشهوة وزيادة.

أما إذا كانت الأفعال المذكورة بغير شهوة، أو نظر إلى غير داخل الفرج بشهوة ولو إلى حلقة الفرج، لا يعد مراجعا.

ولا يشترط أن يلزم الفعل نية المراجعة لدى المطلق^(٣).

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٢/٥/٣١ فى الطعن رقم ١٨ لسنة ٢٨ أحوال شخصية بأن الرجعة تصح بالقول أو الفعل.

(الحكم منشور ببند بهامش بند ٧٢).

٦٧- هل تصح الرجعة من المرأة؟

اتفق الأحناف على أن الرجعة تصح من المرأة بالفعل لا بالقول، إذا فعلت

(١) أما الشافعى فذهب إلى أن المراجعة لا تصح إلا بالقول مع القدر عليه، لأن إعادة الزوجة بعد الطلاق إنشاء للزوج من وجه فلا بد فيها من القول، وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٩٩.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٨٥ فقد جاء به: «وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية».

مع مطلقها ما يوجب حرمة المصاهرة - بالتفصيل السابق - إذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها، لأنه يكون قد مكنها باختياره وكأنه هو الذى فعل ذلك^(١). وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنها إذا قبلت مطلقها بشهوة أو لمسته بشهوة أو نظرت إلى فرجه بشهوة، اختلاسا منها بأن كان نائما مثلا أو فعلت ذلك وهو مكره أو مجنون، صحت الرجعة منها لأنه يستوى فى التحريم بالمصاهرة ثبوت التحريم من الرجل أو المرأة.

أما أبو يوسف فيذهب إلى أن الرجعة لا تثبت من جانب المرأة، لأنها حق الزوج فقط ولو جعلنا فعلها هذا رجعة لشاركته هذا الحق.

وقد رجح قدرى باشا الرأى الأول فى كتابه الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية فنص فى المادة (٢٢٢) منه على أن: «تصح الرجعة قولاً براجعتك ونحوه خطاباً للمرأة أو راجعت زوجتى إن كانت غير مخاطبة وفعلًا بالوقاع ودواعيه التى توجب حرمة المصاهرة ولو اختلاسا منه أو منها».

وجاء بشرح فتح القدير أن المطلقة إذا أدخلت فرج مطلقها فى فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقاً^(٢).

وقد علل الكاسانى ذلك بأنه لو لم يجعل رجعة لصارت مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج فجعل ذلك منها رجعة شرعاً ضرورة التحرز عن الحرام، ولأن جماعها كجماعه لها فى باب التحريم^(٣).

وإذا ادعت المطلقة أن تقبيلها للزوج بشهوة أو لمسها له بشهوة أو نظرها إلى فرجه بشهوة، وصادقها المطلق صحت الرجعة، أما إذا لم يصادقها، وكذلك ورثته بعد وفاته، لا تصح الرجعة.

ولا تقبل البينة على الشهوة لأن الشهوة معنى فى القلب لا يقف عليه الشهود فلا تقبل شهادتهم فيه.

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٨٢.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٠.

(٣) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٨٢.

وقال محمد إن الشهادة على الجماع تقبل لأنه معنى يوقف عليه ويشاهد ولا يحتاج إلى شرط الشهوة فتقبل فيه الشهادة^(١).

غير أن محكمة النقض لم تأخذ بالرأى الذى رجه محمد قدرى باشا وذهبت إلى أن الرجعة حق مقرر للزوج وحده دون سواه، وأنها لذلك لا تصح من الزوجة.

فقد قضت بتاريخ ٥ / ١١ / ١٩٧٥ فى الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٣ ق أحوال شخصية بأن:

«الطلاق الرجعى يرفع الزواج الصحيح فى المآل لا فى الحال، ولا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت العدة قائمة، ويترتب عليه أثران أولهما نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تمحو هذا الأثر، وثانيهما تجديد الرابطة الزوجية بإنهاء العدة بعد أن كانت محددة، ولئن كانت الرجعة عند الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، وهى ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قادمة وتكون بالقول أو الفعل، إلا أنها حق ثابت مقرر للزوج وحده دون سواه ولا يملك إسقاطه ولا يشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها، ولو بدر من الزوجة ما يفيد الرجعة فلا يكون ثمة مراجعة لها لأنها حق للزوج لا لها، لما كان ذلك، وكانت ما تسوقه الطاعنة فى سبب النعى من مجرد عودتها إلى منزل الزوجية فى فترة العدة دون اعتراض من زوجها المطعون عليه لا يعتبر رجعة،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ... - بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٨٣ - غير أن ابن عابدين ذهب فى حاشيته ج ٢ ص ٢٩٩ إلى أن:

«لكن مر فى محرمات النكاح متنا وشرحا: وإن ادعت الشهوة فى تقبيله أو تقبيلها ابنه وأنكرها الرجل فهو مصدق لا هى، إلا أن يقوم إليها منتشرة آتته فيعانقها لقريضة كذبه أو يأخذ ثديها أو يركب معها أو يمسه على الفرج أو يقبلها على الفم أ.هـ. ومقتضاه أنها لو مست فرجه أو قبلته على الفم أن تصدق وإن كذبها وأن تقبل البينة على الشهوة لأنها مما تعرف بالآثار كما صرح به هناك».

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٦٣٦.

لأن حكم الطلاق الرجعى وعلى ما سلف - لا يؤثر على قيام الزوجية ما دامت الزوجة فى العدة فيحق لها البقاء فى البيت الذى تسكن فيه زوجها قبل الطلاق، وإذا لم تدع الطاعنة أن المطعون عليه قد أتى بقول أو فعل يصير به مراجعا، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى إثبات الطلاق، وكان ما خلص إليه فى هذا الشأن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فلا يعيبه ما أورده من تقارير مخالفة - أيا كان وجه الرأى فيها - ويكون النعى عليه بمخالفة القانون على غير أساس».

٦٨- عدم اشتراط علم المطلقة أو رضاها بالرجعة شرعا :

تصح الرجعة ولو حصلت فى غياب الزوجة وبدون علمها أو رضاها، لأن استدامة ملك النكاح حق الرجل ما دام هذا الملك لم يزل بعد.

وهذا واضح من قوله تعالى: ﴿وَيُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ مطلقا على شرط العلم والرضا لأنه لو شرط الرضا لم يكن أحق برجعتها لأنه لا يملك ذلك بدون رضاها فيؤدى إلى الخلف فى خبر الله عز وجل وهذا لا يجوز، ولأن الرجعة شرعت لإمكان التدارك عند الندم فلو شرط رضاها لا يمكنه التدارك لأنها قد لا ترضى برجعتها إليه^(١).

غير أنه يندب إعلانها بالرجعة، لأنها قد تقدم على التزوج بغيره إذا انقضت عدتها من غير أن تعلم بمراجعته لها.

وقد جاء بالمادة ٢٤٤ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا أن: «الرجعة صحيحة بلا شهود وبلا علم المرأة إلا أنه يندب للمراجع أن يعلم المرأة بها إذا راجعها قولا وأن يشهد شاهدين عدلين عليها ولو بعد حصولها فعلا».

وقد قضت محكمة النقض بأن الرجعة تصح بغير رضا المطلقة وذلك بتاريخ ٢٢/٣/ ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٤٤ لسنة ٨٥ق أحوال شخصية «منشور ببند ٧٠»، وبتاريخ ١٥/ ١١/ ١٩٧٥ فى الطعن رقم ١٧ لسنة ٢٣ أحوال شخصية جلسة ٥/ ١١/ ١٩٧٥ (منشور ببند ٦٧). وبتاريخ ٢١/ ٥/ ١٩٧٢ فى الطعن رقم ١٨ لسنة ٣٨ق أحوال شخصية (منشور ببند ٧٢).

وإذا تزوجت المطلقة فى عدتها بغير مطلقها فإنها تعود بالرجعة إلى مطلقها دخل بها أو لم يدخل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ٣١/٥/ ١٩٧٢ فى الطعن رقم ١٨ لسنة ٣٨ - أحوال شخصية - بأن :

«...ذلك أنه لما كان الحكم قد خلاص - وعلى ما سلف بيانه فى الرد على الأسباب السابقة - إلى أن المطعون عليه الأول قد أثبت صحة الرجعة فإن زوجيته بالمتوفاة تظل رغم زواجها بغيره، ويعتبر الزواج الثانى غير صحيح ولا يثبت به توارث بين الزوجين، ولما كانت المراجعة قد ثبتت صحتها على ما تقدم، فيكون ما أقرت به الزوجة فى وثيقة زواجها من الطاعن بانقضاء عدتها من المطعون عليه الأول وعدم زواجها من بعده إقرارا يتعلق بإبطال حق الغير - وهو المطعون عليه الأول - وهى لا تملكه فلا يعتبر، وكان لا محل للتحدى بدلالة المستندات التى تشير إلى إقامة المتوفاة مع الطاعن بمدينة الإسكندرية لأن ذلك ليس من شأنه تصحيح الزواج الثانىالخ».

وسنرى فى بند (٧٢) أن المادة ٢٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصت على أنه مع عدم الإخلال بحق الزوجة فى إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات، لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل.....الخ».

٦٩- عدم اشتراط الإشهاد على الرجعة شرعا :

لا يشترط عند الأحناف الإشهاد على الرجعة لأنها استدامة الملك القائم لا إنشاء له، وقد وردت نصوص الكتاب والسنة عن الرجعة - والتى عرضنا لها فيما سلف - مطلقة من شرط الشهادة^(١). ولم يؤثر عن رسول الله عليه السلام

(١) الهداية ج ٢ ص ٧ - بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٨١ - وهذا رأى هو رأى الأئمة الثلاثة ورأى الشافعى فى مذهبه الجديد، أما الشافعى فى مذهبه القديم فقد ذهب إلى وجوب الإشهاد على الرجعة كالإشهاد على عقد الزواج لأن عقد الزواج يشترط لإنشائه الشهادة فكذلك يشترط فى إعادته الإنشاء. وهو رأى الشيعة وابن حزم الظاهرى وقول لأحمد.

ولا عن أحدا أصحابه أن الإشهاد على الرجعة شرط لصحتها، ولا أن أحدا منهم توقف عن الرجعة لاستحضار شاهدين، مع كثرة ما روى عنهم من ذلك، ولو كان الإشهاد شرطاً لنقل إلينا لأنه يتكرر وقوعه في كل زمان.

وأما قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ بعد قوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ فقد جاء للندب لا للوجوب⁽¹⁾.

إلا أنه يستحب الإشهاد عليها خشية جحودها عند انتهاء العدة، ودفعاً للتهمة عن الزوج فيما إذا علم الناس بطلاق زوجته ثم راجعها بدون إشهاد فإنه يكون عرضه للاتهام بأنه يعاشرها بغير زواج. وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط لصحة الرجعة الإشهاد عليها.

(طعن رقم 18 لسنة 38 أحوال شخصية، جلسة - 1972/5/31، منشور ببند 71، وفي هذا المعنى طعن رقم 34 لسنة 51 أحوال شخصية، جلسة 1983/2/22، منشور ببند 65)

(1) وقد أورد كمال بن الهمام تفصيل ذلك بقوله: «الأمر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ - واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازى كالندب فإذا ثبتت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به ذلك أيضاً بالنسبة إلى الآخر والإلزام تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازى وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضاً بالنسبة إلى المراجعة. فيكون الندب المراد به شاملاً لهما وهذا على قولنا أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه إلا بانتهاض الأصل المذكور، وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الأصول، ومع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل أصلاً».

(شرح فتح القدير ج4 ص162 وما بعدها)

٧٠- عدم جواز التنازل عن الرجعة :

الرجعة حق شرعى للزوج ليس له أن يتنازل عنه لما فيه من حق الله تعالى، لأن المصلحة المترتبة على الرجعة كما تعود إلى الزوج تعود إلى الزوجة والأولاد، وإسقاطها يترتب عليه تغيير حكم شرعى فيه حق الله تعالى وتغيير الأحكام الشرعية بالإسقاط أو التنازل غير جائز.

فلا تسقط الرجعة إذ قال الرجل لامرأته عند الطلاق لا رجعة لى عليك.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ

١٥ / ١١ / ١٩٧٥ فى الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٣ ق بأن :

«ولئن كانت الرجعة عند الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، وهى ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة وتكون بالقول أو الفعل، ألا أنها حق ثابت مقرر للزوج وحده دون سواه ولا يملك إسقاطه».

٧١- إثبات الرجعة :

إذا ادعى الزوج مراجعة امرأته فصدقته ثبتت الرجعة، أما إذا كذبت، فإن كان هذا حال قيام العدة صدق فى قوله، لأنه يخبر عن أمر يملك إنشاءه فى الحال ولا فائدة لها فى تكذيبه فيه حيث يستطيع حينئذ مراجعتها مادامت العدة قائمة.

وإذا كان ذلك بعد انتهاء العدة، طوّل الزوج بالبينة، فإن أقامها ثبتت الرجعة حتى لو كانت قد تزوجت غيره ودخل بها والبينة هنا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

وأن لم يقم البينة على دعواه، كان القول للزوجة بيمينها على رأى صاحبين المفتى به^(١).

أما إذا كان الخلاف فى صحة الرجعة، بأن ادعى الزوج صحة الرجعة، لأنه أوقعها فى العدة، وأنكرت ذلك لوقوعها بعد العدة، كان القول قولها بيمينها

(١) عند أبى حنيفة القول قولها بلا يمين.

إن كانت المدة بين الطلاق والوقت الذى تدعى فيه انقضاء العدة تحتل ذلك، وكانت العدة بالحيض، وهذا يكون إذا كانت الفترة ستين يوما فأكثر لأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها فيكون القول قولها مع يمينها.

وإن كانت المدة التى مضت لا تكفى لانقضاء العدة بأن كانت أقل من ستين يوما، فلا يلتفت إلى قولها لأنها مكذبة وتكون الرجعة صحيحة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «والمستقر عليه شرعا أنه إذا اختلف الزوجان فى صحة الرجعة فادعى الزوج أنها صحيحة لأنها وقعت فى العدة، وأنكرت هى ذلك لأنها وقعت بعد انقضاء العدة فالقول للزوجة بيمينها إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه انقضاء عدتها تحتل ذلك، وكانت العدة بالحيض لأن الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها، وأقل مدة للحيض فى الراجح من مذهبى أبى حنيفة ستون يوما، ولما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على حصول الرجعة فى قوله «... إذ الثابت من الإقرارات التى قدمتها المتوفاة لأداء فريضة الحج والتى هى بتاريخ ٢٣/٤/١٩١١، ١٨/١٢/١٩٦٥، ١٩/١٢/١٩٦٥ بأنها تقدمت بهذه الطلبات للجهات الإدارية المذكورة بها وهى قسم الجيزة بالنسبة للأول والثانى وذكر بها أنها تقيم برقم ٢٥ بمدينة التعاون بشارع الهرم، وقسم الوايلى بالنسبة للثالث، وطلبت فى هذه الطلبات التصريح لها بأداء فريضة الحج وكتب على الطلب الأول العبارة الآتية بعد طلبها (أوافق على سفر السيدة زوجتى بمفردها للأقطار الحجازية) وذلك بتوقيع حسن محمود شلبى - المطعون عليه الأول - وعلى الطلب الثانى (أقر أنا حسن محمود شلبى بأننى موافق على زيارة السيدة حرمى المذكورة بعاليه للسفر الحج هذا العام)، ومثل هذه العبارة على الطلب الثالث، فكل من العبارات الثلاث التى كتبت على طلبات الحج تفيد قيام الزوجية بين المتوفاة وزوجها حسن محمود شلبى والذى سبق أن طلقها بتاريخ ٨/٠٠/١٩٠٠، وهذا يدل على أن المستأنف راجع المتوفاة، وعادت إلى عصمته بعد الطلاق المذكور وهى لم تتكر عليه ذلك لأنها بتقديمها هذه الطلبات وبالموافقة عليها من حسن محمود شلبى توافق على الزوجية بينها وبينه، ولم تتكرها فى أى

طلب من الطلبات الثلاثة، والأول منها كان بعد الطلاق بنحو ستة أشهر والثاني قدم بعد الأول بأكثر من أربع سنوات وكذلك الثالث،.... والأوراق المقدمة تفيد إقامتها بمنزل الزوجية بمدينة التعاون بالهرم، وما ذكرته بالطلب الثالث من إقامتها بدائرة قسم الوايلي لا ينفى إقامتها بمدينة التعاون لأن الغرض من ذلك الحصول على الإذن بالسفر من أى قسم، وقد ذكرت بالطلب المقدم قبله بيوم أنها تقيم بمدينة التعاون... وإذا كان الأمر كذلك والمتوفاة كانت زوجا بالإقرار المذكور والذي لا يقبل الرجوع فيه ولا رده لأنه تعلق به حق الغير»....، وكان يبين مما أورده الحكم أنه خلص إلى أن الرجعة وقعت صحيحة قبل انقضاء العدة واستدل على صحة ادعاء الزوج بما أثبتته أسفل طلبات الحج الثلاثة التى قدمتها الزوجة بعد الطلاق الرجعى من عبارات تتضمن أنها «زوجته» ويوافق على سفرها بهذه الصفة إلى الأقطار الحجازية، وأن الرجعة قد صادفت محلا لأن الزوجة لم تتكر على الزوج صحتها وصادقت عليها بتقديم الطلبين الأول للحج بعنوان منزل الزوجية بضاحية الهرم الذى يقيمان فيه مما يفيد قيام المعاشرة الزوجية، وبتقديمها هذه الطلبات الثلاثة فى فترات متفاوتة إلى الجهات المختصة لإتمام الإجراءات المطلوبة بشأنها بعد أن أثبت الزوج عليها العبارات التى تتضمن موافقته على سفرها بصفتها زوجته، وأن هذا الإقرار من الزوجة بصحة الرجعة لا يقبل الرجوع فيه، لأنه تعلق به حق الغير، وهو استخلاص موضوعى استند فيه الحكم إلى أسباب سائغة تكفى لحمله، وكان لا يغير من هذا النظر أن الحكم وصف هذه الطلبات بأنها إقرارات لأن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر فى جوهر الدليل الذى استنبطه منها، خاصة وأن الحكم عدل إلى إضفاء الوصف الصحيح فى موضع آخر.... الخ».

(طعن رقم 18 لسنة 38 ق «أحوال شخصية» جلسة 1972/5/31)

٢- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى وترجيح ما تطمئن إليه منها وفى استخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى طالما أقامت حكمها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق وتؤدى إلى ما خلص إليه وكان

الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بثبوت مراجعة المرحوم تاج الدين عطا عبد المنعم لزوجته المطعون ضدها الأولى على ما استخلصه سائغا من بينها الشرعية من استمرار معاشرة الزوج لها وبقائها في عصمته حتى وفاته وهو من الحكم استخلاص موضوعي سائغ مما له معينه في الأوراق ويؤدى إلى ما انتهى إليه فإن النعى عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تقدير أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارتها أمام محكمة النقض ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 65 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/12/28)

وتختص بنظر دعوى ثبوت مراجعة الزوجة بعد الطلاق محكمة الأسرة فقد أصبحت هذه المحكمة هي المختصة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية (م ٣ من القانون رقم ٠٠ لسنة ٢٠٠٤)^(١).

(١) أما قبل العمل بالقانون رقم ٠٠ لسنة ٢٠٠٤ فكانت المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر هذه الدعوى، ذلك أن المادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نصت على أن تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية... ولم يرد بالمادة التاسعة من القانون التي أوردت المسائل التي تختص بها المحكمة الجزئية دعوى ثبوت الرجعة ضمن هذه المسائل. كما كانت المحكمة الابتدائية تختص أيضا بنظر هذه الدعوى قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعى الطاعنة بأولها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك تقوم أنه لما كانت الدعوى بثبوت مراجعة الزوجة بعد الطلاق هي من المنازعات المتعلقة بالزوجية التي تختص بنظرها المحكمة الجزئية طبقا لنص المادة السادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وكانت مسألة الاختصاص النوعي باعتبارها من النظام العام تعتبر قائمة في الخصومة ومطروحة دائما على محكمة الموضوع تقضى بها من تلقاء نفسها وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى في موضوع الدعوى فإنه يكون منطويا على قضاء ضمني باختصاص المحكمة الابتدائية بنظرها ويكون معيبا بما يستوجب نقضه.

١٢- عدم قبول ادعاء الزوج - عند الإنكار - مراجعة مطلقته ما لم يعلنها بالمراجعة طبقاً للقانون:

نصت المادة ٢٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أن: «مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات، لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها، وذلك ما لم تكون حاملاً أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة».

ومقتضى هذا النص أنه مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات الشرعية، إذا ادعت حصول الرجعة وأنكرها الزوج، فإنه إذا ادعى الزوج مراجعته مطلقته، وأنكرت الزوجة ذلك، فإنه لا يقبل ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل ستين يوماً لمن تحيض وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها، وذلك ما لم تكن حاملاً - لأن عدتها لا تكون قد انقضت - أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة.

= وحيث إن هذا النعي مرود ذلك أنه وإن كان المقرر في فقه الإمام أبي حنيفة أن المراجعة هي استدامة ملك النكاح وليست إنشاء لعقد جديد بل هي امتداد لزوجية قائمة إلا أنه لما كان الطلاق الرجعي يرجع بعد الزواج في المال ويترتب عليه نقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تجدد هذا الأثر. وتحديد الرابطة الزوجية بانتهاء العدة ومن ثم رفع قيد النكاح وانفصام عرى الزوجية بالطلاق - هي من الأمور المطروحة في الدعوى ويثور النزاع بشأنها بين طرفي الدعاوى وإذا كان ذلك وكان المشرع بما نص عليه في المادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية قد ناط بالمحاكم الابتدائية نظر دعوى الطلاق والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها مما ينعقد معه الاختصاص بنظر الدعوى للمحكمة الابتدائية المختصة لما يثار فيها من إيقاع الفرقة بين الزوجين ويكون النعي على غير أساس».

(طعن رقم 65 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/12/28)

وهذا الحكم مستحدث وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون النص عليه بما ذهبت إليه من أنه أدى عدم وجود مثل هذا النص في التشريع أن أتيح للمتلاعبين أن يراجعوا مطلقاتهم دون علمهن حتى تفاجأن بهذه المراجعة عند إقدامهن على الزواج أو بعد زواجهن من جديد.

غير أنه لما كانت المادة (٥ مكررا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ توجب على المطلق أن يوثق بإشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق، فإن الزوج إذا طلق زوجته ولم يوثق طلاقه إلا بعد عشرة أو خمسة عشر يوما مثلا من تاريخ وقوعه فإن إخطار المطلق لمطلقته بالرجعة في خلال الميعادين المحددين بالمادة (ستين يوما)، (تسعين يوما) يكون قد تم بعد انقضاء عدتها وقد تكون قد تزوجت بآخر، ومن ثم فإن النص لا يكون قد حقق الحماية المطلوبة للمرأة^(١).

(١) وقد ذهبنا في الطبعة السابقة إلى عدم سريان قيد عدم سماع الدعوى المنصوص عليه في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - قبل إلغائها - على الرجعة فهذه المادة تنص على أن:

«لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها.

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة.

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الأفرنكية إلا إذا كانت بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك.

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٢١.

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة نقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج نقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا.

= ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى (ألغيت هذه الفقرة ضمنا بالفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥).

ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق».

ذلك أن المادة وضعت قيда على سماع دعاوى الزوجية أو الإقرار بها عند الإنكار بالتفصيل الوارد بها، وضمن هذا القيد ألا تسمع دعاوى الزوجية أو الإقرار بها فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٢١ إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية. ولما كانت الرجعة استدامة لملك النكاح وليست إنشاء الزواج، فإن هذا القيد لا يسرى على دعاوى الرجعة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1972/5/31 فى الطعن رقم 18 لسنة 38 «أحال شخصية» بأن:

«الرأى عند الحنفية أن الرجعة هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، فهى ليست إنشاء عقد زواج بل امتدادا للزوجية القائمة، وتكون بالقول أو الفعل ولا يشترط لصحتها الإشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها، كما لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية. وذلك تحقيقا لأغراض اجتماعية استهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية بقولها: «أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال فى حاجة إلى الصيانة والاحتياط فى أمره، فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة، ثم يجده أحدهما، ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء.

وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتاناً، أو نكايه وتشهيراً، أو ابتغاء غرض آخر اعتمادا على سهولة إثباتها بالشهود، خصوصا وأن الفقه يحيز الشهادة بالتسامح فى الزواج، وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مرارا، وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد دائما بوثيقة رسمية... فحملا للناس على ذلك وإظهارا لشرف هذا العقد وتقديسا له عن الجحود والإنكار ومنعا لهذه المفساد العديدة وصيانة للحقوق واحتراما لروابط الأسرة زبدت الفقرة الرابعة فى المادة ٩٩...» وإذ كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه الأول تمسك فى دفاعه بأنه طلق زوجته طلقا أولى رجعية بموجب إشهاد الطلاق المؤرخ ٨ من أكتوبر سنة ١٩٠٠، =

٧٣- هدم الطلقات :

من المتفق عليه بين الفقهاء أن المطلقة ثلاثاً أى البائنة بينونة كبرى إذا تزوجت بآخر ودخل بها دخولا حقيقيا ثم طلقها أو مات عنها وبعد انقضاء عدتها عادت إلى زوجها الأول، فإنها تعود إليه بحل جديد، ويملك عليها ثلاث طلاقات كأى زواج جديد. لأن الزواج الثانى قد هدم الطلقات الثلاث فى الطلاق البائن بينونة كبرى، وتسمى هذه فى الفقه الإسلامى بـ(مسألة الهدم).

أما لو تم الزواج الثانى بعد طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى، ثم عادت إلى زوجها الأول بزواج جديد بعد طلاقها من الثانى، فقد انقسم الرأى فى هذا الشأن فالمرؤى عن عمر وعلى وبعض كبار الصحابة أنها تعود إليه بما بقى من الطلقات فإذا كان قد طلقها تطليقة واحدة بقيت له تطليقتان، وإذا كان قد طلقها تطليقتين بقيت له طلاقة واحدة تبين بعدها بينونة كبرى، وبه أخذ مالك والشافعى وأحمد ومحمد وزفر من الحنفية.

والمرؤى عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر، وأخذ برأيهم أبو حنيفة وأبو يوسف - ورأيهما الراجح فى المذهب - أنها تعود إلى الزوج الأول بثلاث تطليقات. ويبرر البعض ذلك بأنه إذا كان الزواج الثانى يهدم الثلاث فى البائن بينونة كبرى، فإنه يهدم ما دونها من باب أولى وأحرى^(١).



= ثم راجعها أثناء العدة، وبقيت العلاقة الزوجية قائمة بينهما حتى توفيت، بينما ينكر عليه الطاعن ذلك، وهو ما بين منه أن النزاع يدور بين الطرفين حول صحة الرجعة التى لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة فى وثيقة رسمية، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس».

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية الطبعة الثانية ص ٢٨٩.

الدكتور محمد بلتاى فى أحكام الأسرة الجزء الأول ١٩٨٥ ص ٥٨٠ وما بعدها - السيد سابق فقه السنة الجزء السادس الزواج ص ٤١٨ وما بعدها - مادة ٢٤٩ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

موضوع رقم (٨)

الفرق بين الطلاق والفسخ

٧٤- مجمل الفرق بين الطلاق والفسخ:

الفرقة أى انحلال رابطة الزواج نوعان: طلاق وفسخ. ويفرق بينهما بأن الطلاق هو إنهاء لعقد الزواج بلفظ خاص يترتب عليه زوال الملك وبقاء الحل إذا كان بائنا بينونة صغرى أو نقص عدد الطلاقات مع بقاء الملك والحل إن كان رجعيًا أو زوال الملك والحل إن كان بائنا بينونة كبرى.

أما الفسخ فهو نقص للعقد ورفع له وإزالة الحل الذى كان يترتب عليه فى الحال، وهو نوعان: أحدهما فسخ يكون نقضا للعقد من أصله وذلك إذا اقترن بإنشاء العقد ما يبطله أو يفسده أو يجعله غير لازم.

وثانيهما: فسخ لا ينقض العقد من أصله لأنه نشأ صحيحا لازما وإنما طرأ عليه سبب عارض يمنع بقاء النكاح كارتكاب أى منهما ما يوجب حرمة المصاهرة.

والفسخ الذى لا يكون نقضا للعقد من أصله ينقسم إلى قسمين، (أولهما) فسخ يمنع الزواج على التأبيد، وهو الفسخ الذى يكون بسبب حدوث ما يوجب حرمة المصاهرة. والقسم الثانى فسخ يمنع الزواج على التأقيت وهو الفسخ الذى يكون سببه تحريما مؤقتا بين الزوجين كالردة واللعان.

وقد ذكر فقهاء الحنفية ضابطا لمعرفة الفرقة التى هى طلاق، والفرقة التى هى فسخ، ولكنهم اختلفوا فى هذا الضابط.

فأبو يوسف يقول: كل فرقة تكون بسبب من جانب الزوجة فهى فسخ، لأن الطلاق ليس من شأن المرأة، وذلك كالفرقة بسبب ردها أو إياها الإسلام، وتمكينها ابن الزوج أو أباه من نفسها.

وكذلك كل فرقة بسبب من جانب الزوج له نظير يفسخ به من جانب الزوجة، فإنها تكون فسحا أيضا، وذلك كالفرقة بسبب ردة الزوج أو إياها الإسلام، وكالفرقة بسبب خيار بلوغه.

أما إذا كانت الفرقة من جانب الزوج أو بسبب من جهته وليس لها مثل من جانب الزوجة فإنها تكون طلاقاً، وذلك كالفرقة بألفاظ الطلاق والفرقة التى تطلبها الزوجة بسبب عيب فى الزوج مثل الجب والعنة والخصاء.

والإمام محمد يوافق أبا يوسف على أن كل فرقة بسبب من جانب المرأة تكون فسخاً، ويخالفه بعض المخالفة فى الفرقة التى تكون من جانب الرجل فيقول: كل فرقة تكون من جانب الرجل أو بسبب منه مختص بالزواج فهى طلاق، لا فرق فى ذلك بين ما يكون له مثل من جانب المرأة وما ليس كذلك، فالفرقة عنده بسبب ردة الزوج أو إيبائه الإسلام تكون طلاقاً لأنها من جانبه وبسبب منه.

والإمام أبو حنيفة يقرر المبدأ الذى سار عليه محمد، ولا يخالفه إلا فى ردة الزوج، فأبو حنيفة يعتبر الفرقة بها فسخاً لأنه يرى أن الردة كالموت من حيث أن صاحبها مهدر الدم، فتكون الفرقة بها كالفرقة بالموت، والفرقة بالموت لا يمكن اعتبارها طلاقاً، فكذلك الفرقة بما هو فى معنى الموت^(١). وعلى ضوء هذا الضابط نذكر الفرقة التى تكون طلاقاً وتلك التى تكون فسخاً.

٧٥- أولاً: الفرقة التى تكون طلاقاً:

- ١- ما تكون بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريح أو الكناية.
- ٢- الخلع.
- ٣- الإيلاء.
- ٤- الفرقة لعيب فى الزوج ككونه عنيماً أو مجبوباً أو خصياً.
- ٥- اللعان طبقاً لرأى أبى حنيفة ومحمد الراجح فى المذهب.
- ٦- الفرقة لإبء الزوج الإسلام بعد إسلام زوجته^(٢).
- ٧- التفريق لعدم الإنفاق وللغيبه ولحبس الزوج وللضرر وللتضرر من الزواج بأخرى المعمول به بمقتضى القانون والمأخوذ من مذهب المالكية والحنابلة.

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٤٨ وما بعدها.

(٢) وهذا رأى أبى حنيفة ومحمد الراجح فى المذهب، أما عند أبى يوسف فهى فسخ.

٧٦- ثانياً: الفرقة التي تكون فسخاً:

- ١- الفرقة لبطلان العقد أو فساده أو عدم صحته.
 - ٢- الفرقة بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أحد أصول الآخر أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة.
 - ٣- الفرقة بخيار البلوغ أو الإفاقة من الزوج أو الزوجة.
 - ٤- الفرقة لعدم كفاءة الزوج، بأن تكون المرأة العاقلة البالغة قد زوجت نفسها بغير كفاء دون رضا وليها العاصب.
 - ٥- الفرقة لنقصان المهر عن مهر المثل إذا باشرت المرأة العاقلة البالغة بنفسها عقد زواجها من كفاء لها على مهر أقل من مهر مثلها ولم يرض بذلك وليها العاصب.
 - ٦- الفرقة بسبب ردة الزوجة أو امتناعها عن الإسلام أو اعتناق أى دين سماوى بعد إسلام زوجها.
 - ٧- الفرقة بردة الزوج على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف الراجح فى المذهب^(١).
- وسواء كانت الفرقة طلاقاً أم فسخاً، فإن من الفرقة ما يحتاج إلى قضاء القاضى وبعضها لا يحتاج إلى ذلك، فهى تنقسم فى هذا الخصوص إلى قسمين: والحد الفاصل بين القسمين أن الفرقة التى يكون سببها ظاهراً لا خفاء فيه لا تحتاج إلى قضاء القاضى.
- أما ما كان سببها خفياً يؤدى إلى الخلاف والنزاع بين الزوجين فتحتاج إلى القضاء فى ذلك النزاع.
- ويظهر أثر ذلك الفرق فى أن الفرقة التى تحتاج إلى القضاء لا يتأثر عقد الزواج بها قبل القضاء فتبقى الزوجية إلى أن يقضى بها، فلو مات أحد الزوجين قبل القضاء ورثه الآخر ما لم يمنع مانع من إرثه ويكمل المهر للزوجة بالموت، أما التى لا تحتاج إلى القضاء فتعتبر موجودة بمجرد وجود سببها، فلو مات أحدهما قبل أن يفترقا لا يرث أحدهما الآخر^(٢).

(١) ورأى محمد أنها طلاق.

(٢) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٤٨٦.

ونعرض لهذين القسمين فيما يلي :

٧٧- (أ) الفرقة التي تحتاج إلى قضاء القاضي :

١- الفرقة بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة.

٢- الفرقة بسبب اللعان.

٣- الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل.

٤- الفرقة بسبب عيب في الزوج.

٥- الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين عن الإسلام عند إسلام الآخر.

٦- الفرقة بسبب الشقاق والإضرار بالزوجة أو تضررها من الزواج بأخرى أو غيبة الزوج أو حبسه أو عدم النفقة للإعسار أو الامتناع عنها.

٧٨- (ب) الفرقة التي لا تحتاج إلى قضاء القاضي :

١- الفرقة بلفظ الطلاق صريحه وكناياته.

٢- الفرقة بسبب الإيلاء.

٣- الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين، أما إذا ارتدا معا فلا يفرق بينهما على الراجح من مذهب الحنفية، فلو عادا إلى السلام معا كانت الزوجية الأولى باقية ولا يحتاجان إلى عقد جديد.

٤- الفرقة بسبب ما يوجب حرمة المصاهرة من أحد الزوجين.

٥- الفرقة بسبب بطلان العقد أو فساد، ويدخل في ذلك فسخ العقد بسبب عقد الكفاءة لأنه يعتبر غير صحيح طبقاً للرأى المفتى به.

٧٩- آثار التفرقة بين الطلاق والفسخ :

١- يترتب على الطلاق البائن انحلال رابطة الزوجية في الحال، وعلى الطلاق الرجعي انحلال الزوجية بعد انقضاء العدة، أما الفسخ فينحل به عقد الزواج في الحال.

٢- الطلاق ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فإذا طلق الزوج زوجته ثم عادت إليه بعد ذلك بقي له طلقتان، فإذا كان قد طلقها طلاقاً سابقة

على تلك الطلقة بقيت له طلقة واحدة، أما الفسخ فلا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، بحيث إذا عادت الزوجة التي فرق بينها وزوجها بالفسخ لسبب مؤقت، فإنه يملك عليها ثلاث طلقات. (راجع في التفصيل بند ٧٣).

٣- الطلاق غير المكمل للثلاث يلحقه الطلاق في العدة لأن العقد قائم بعده أما الفسخ فلا يلحقه طلاق في العدة، ويستثنى من ذلك الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبائها عن الإسلام فإنه يقع عليها الطلاق في العدة عقوبة وزجراً لها.

٤- الفسخ يكون في عقد الزواج الصحيح، وفي عقد الزواج الباطل أو الفاسد. أما الطلاق فلا يكون إلا في عقد الزواج الصحيح، لأن الطلاق أثر من آثار الزواج الصحيح، ومن الحقوق التي يملكها الزوج بموجب عقد الزواج الصحيح.

٥- الطلاق إذا وقع من قبل الزوج، قبل الدخول حقيقة أو حكماً يترتب عليه وجوب نصف المهر المسمى للمطلقة، ووجوب المتعة لها إن لم يكن المهر مسمى في العقد تسمية صحيحة. وأما فسخ العقد قبل البلوغ أو لنقصان المهر عن مهر المثل، فلا يترتب على هذه الفرقة شيء من المهر لأن الفرقة في هذه الحالة تعتبر نقصاً لأصل العقد فكأنه لم يوجد ومن المقرر أن المهر حكم من أحكام العقد الصحيح وحيث رفع العقد من أصله، واعتبر كأن لم يكن فلا شيء من المهر يجب للزوجة على زوجها، وأيضاً فلو وجب نصف المهر المسمى عند تسمية المهر في العقد تسمية صحيحة، أو المتعة عند عدم تسمية المهر في العقد إذا فسخ العقد قبل أن يوجد أي مؤكد من مؤكداته بخيار البلوغ أو الإفاقة، لما كان هناك فائدة ولا معنى لإثبات خيار البلوغ أو خيار الإفاقة للزوج إذ له أن يطلق زوجته ويجب عليه نصف المهر المسمى أو المتعة إذا كان الطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكماً^(١).

٦- أن المتعة المنصوص عليها في الماد ١٨ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ لا تستحق إلا في حالة الطلاق دون حالة الفسخ.

(١) عمر عبد الله ص ٥٤٨ وما بعده.

موضوع رقم (٩)

الوكالة في الطلاق التفويض في الطلاق -

تفويض الزوجة في الطلاق

٨٠- تأصيل:

الطلاق حق أثبته الشارع للزوج بما له من القوامة على الزوجة، فهو يملك طلاق زوجته بإرادته المنفردة. وكل حق يثبت لشخص له أن يتولاه بنفسه أو ينيب غيره فيه إذا كان قابلاً للإنابة، والطلاق من التصرفات التي تقبل الإنابة، ومن ثم فللزوج أن ينيب غيره في طلاق زوجته، وللإنابة طريقتان: الوكالة والتفويض.

ونعرض لطريقتي الإنابة فيما يلي:

٨١- الوكالة في الطلاق:

الوكالة في الطلاق هي أن يقيم الزوج غيره مقام نفسه في تطليق زوجته، بأن يقول له: وكلتك في أن تطلق زوجتي. فإذا قال لها الوكيل: إن زوجك قد وكلني بتطليقك، فأنت طالق. فإن الطلاق يقع. والوكالة العامة لا تكفي في الطلاق، فيلزمه وكالة خاصة، فالوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتي به^(١).

(١) فقد جاء بالأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٥١ ما يأتي:

«الوكيل إذا كانت وكالته عامة مطلقة ملك كل شيء إلا طلاق الزوجة وعتق العبد ووقف البيت».

وجاء بفتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ أول ديسمبر سنة ١٩٥٦ في الطلب رقم ٨٥٥ لسنة ١٩٥٦ بأن:

«.... التوكيل نوعان عام وخاص. فالعام ما يكون بصيغة العموم نحو وكلتك وكالة مطلقة عامة ونحو أنت وكيل في كل شيء. والخاص ما كان بغير صيغة عامة. والوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتي به كما في الخلاصة والبرازية، إلا إذا صرح الموكل بذلك في التوكيل فيملكه الوكيل... الخ».

ولابد في الوكالة من قبول الوكيل^(١).

والوكيل يعمل بإرادة الموكل لا بإرادته، وهو مكلف أن يفعل ما وكل به وليس له خيار في أن يفعل وألا يفعل بعد قبوله، وليس له أن يتجاوز حدود الوكالة، وإنما له عزل نفسه منها.

ويختلف الوكيل عن الرسول، لأن الرسول ينطق بلسان من أرسله وإرادته أيضاً كأن يقول الزوج لرجل: اذهب إلى فلانة وقل لها إن زوجك يقول لك اختاري، فهو ناقل لكلام المرسل لا منشئ لكلامه^(٢)، فهو معبر وسفير. وعلى ذلك فالرسول أقل حالا من الوكيل، لأن الوكيل يوقع الطلاق بعبارته لا بعبرة الأصل.

والوكالة لا تسقط حق الزوج في إيقاع الطلاق بنفسه^(٣).

ولا يتقيد الوكيل في تصرفه بمجلس الوكالة، بل له أن يعمل في المجلس وبعده إلا إذا قيده الموكل بوقت خاص فإنه يتقيد به، فإذا قال له: وكلتك في أن تطلق زوجتي فلانة، فالوكيل أن يطلق في مجلس الوكالة وبعده.

١٢- تفويض الطلاق:

تفويض الطلاق هو تعليق الزوج الطلاق على مشيئة الأجنبي أو الزوجة، كأن يقول الرجل لغيره: فوضت إليك طلاق امرأتي أو طلق امرأتي إن شئت^(٤). والتفويض لا يتوقف على قبول المفوض إليه، بل يتم بالإيجاب من الأصل، لأن التفويض بالطلاق بالمعنى تعليق الطلاق على مشيئة من فوض إليه، والتعليق يتم بمجرد الإيجاب، فهو يمين عند الأحناف، بخلاف التملك فإنه لا يتم إلا بمجموع الإيجاب والقبول، كما في الزواج والبيع وغيرهما من عقود التملك. ويتفرع على هذا أن المفوض ليس له حق الرجوع عن التفويض، لأن اليمين لا يجوز الرجوع فيها.

(١) الأشباه والنظائر ص ١٥٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢١٥.

(٣) سيد سابق ص ٤٢٢.

(٤) أنظر في تفويض الزوجة في الطلاق بند (١٤).

والمفوض إليه يملك بالتفويض ما فوض فيه فيرجع ذلك إلى مشيئته، وله الخيار إن شاء فعله وإن شاء لم يفعله، فإذا فوض إليه الطلاق فهو إلى مشيئته وليس محتما عليه أن يطلق^(١).

وملكية الزوج للطلاق لا تنتقل بالتفويض إلى المفوض إليه، بل هو إشراك لما يملكه في التصرف ولا يسلب التفويض حق الزوج في إيقاعه.

وإذا كان التفويض مطلقا كأن يقول الزوج للمفوض إليه فوضتك في تطليق زوجتي، كان المفوض إليه مقيدا بمجلس التفويض، وذلك بإجماع الصحابة رضى الله عنهم^(٢). لأن التفويض تمليك الفعل والتملكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة فيبطل التفويض إذا قام المفوض إليه من المجلس قبل التطليق لأنه دليل الإعراض عنه، وكذا إذا شغل نفسه بأمر يعد إعراضا عنه.

أما إذا كان التفويض عاما فى جميع الأزمان، كأن يقول الزوج، للمفوض إليه: فوضتك فى تطليق زوجتى متى شئت أو إذا شئت، فإن التفويض يمتد إلى خارج المجلس وغير محدد بمدة معينة، وكذلك إذا قيده بزمان معين كشهر أو سنة امتد التفويض ولا ينتهى إلا بانتهاء هذه المدة، ولا يبطل بانتهاء المجلس لأنه لولا ذلك لفقد تحديد المدة فى التفويض فائدته^(٣).

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤٤٤.

(٢) الهداية ج ١ ص ٢٢٢.

(٣) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 15/12/1932 بأن:

(أ) - «نفيد بأن فقهاء الحنفية نصوا على أن. متى شئت. أو متى ما شئت. تعم الأزمان لا الأفعال فتملك المرأة التطليق فى كل زمان لا تطليقا بعد تطليق وأما كلما شئت. فهى لعموم الأوقات والأفعال عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلها تفريق الثلاث فى كلما شئت. وقد قالوا فى عبارة كيف شئت أنها لا تفيد شيئا من عموم الأوقات ولا من عموم الأفعال ومن أجل ذلك قالوا إنه لو قال لها. أنت طالق كيف شئت. يتقيد هذا التفويض بالمجلس وإن كانت هذه الصيغة المذكورة عند الصاحبين تفيد تعليق أصل الطلاق ووصفه على مشيئتها بالمجلس وعند الإمام تفيد تعليق الوصف فقط، فيقع عنده أصل الطلاق مع صفة الرجعية فى هذه الصيغة منجزا والظاهر أن كيفما شئت. مثل كيف ذكر. =

وإذا تضمن التفويض شرط التكرار، كأن يقول الزوج: طلق زوجتي كلما شئت، فإنه لا يجوز للمفوض إليه أن يطلق الزوجة أكثر من ثلاث مرات، لأن هذا ما يملكه الزوج، ولا يملك المفوض إليه أكثر مما يملكه الزوج^(١).

= ومن هذا يعلم الجواب عن السؤال. وهو أنها لا حق لها في أن تطلق نفسها مرة ثانية لمجرد الإتيان في صيغة التفويض بعبارة (متى شئت) والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1932/12/15)

(ب)- «المنصوص عليه فقها أنه يجوز للزوج أن يفوض أمر الطلاق لغيره ولو كان ذلك للزوجة نفسها وفي هذه الحالة يكون للزوجة أن تطلق نفسها بمشيئته وعلى حسب ما تختار وفق ما فوضه لها الزوج من تقييد بزمن أو تعميم في كل الأزمان بأن يقول لها طلقى نفسك في مدة شهر أو طلقى نفسك متى شئت وهي في هذه الحالة لا تملك تطبيق نفسها إلا مرة واحدة ولا تملك الزيادة عليها إلا إذا كان في عبارة التفويض ما يدل على التكرار مثل أن يقول لها طلقى نفسك كلما شئت ففي هذه الحالة تملك أن تطلق نفسها عدة مرات بحيث ألا تزيد في كل مرة عن طلبة واحدة ويستمر هذا الحق قائما ما لم تكتمل طلقات هذا العقد ثلاثا سواء كان صدور هذا الطلاق من الزوج أو من الزوجة التي فوض لها أمر الطلاق وأن التفويض الصادر من الزوج لزوجته لا يزول به حقه في أن يطلقها بنفسه كما هو ثابت بذلك شرعا وقانونا وإذا طلقت نفسها منه فله أن يرجعها مادامت في عدته سواء كان الطلاق الأول أو الثاني شفهيًا أو عند المأذون فإذا خرجت من عدته في أيهما فليس له حق في مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين بإذنها ورضاها - أما بعد الطلاق الثالث الصادر منها فإنها تبين منه بينونة كبرى لا يحق له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت بآخر زواجا صحيحا ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه شرعا، والطلاق سواء كان من الزوج أو من الزوجة المفوضة يجوز أن يكون شفهيًا أو محررا عند المأذون ولكن لمنع المنازعات التي تثار بينهما إثباتا لوقوعه من أيهما ونفيه من الآخر يلزم أن يكون موثقا لدى المأذون حفاظا لحقهما معا ومنعا من إطالة المنازعات فضلا

عن أن القانون ١٩٢٩/٢٥ المعدل بالقانون ١٩٨٥/٠٠٠ قد أوجب على المطلق أن يثبت طلاقه عند المأذون وأن يعلم بها زوجته وإلا تعرض للعقاب المبين به - حفاظا وصيانة لحق الزوجة - فكذا يجب عليهما صيانة وحفظا لحقوقها وحقوق زوجها عليها أن تثبت طلاقها عند المأذون خروجا من كل ما لا تحمد عقباه، وبهذا علم الجواب عن السؤال».

(فتوى صادرة بتاريخ 1989/4/9)

=

(١) وفي هذا أفنت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1955/11/13 بأن:

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«إذا اشترطت الزوجة في التفويض الصادر لها أن تطلق نفسها، متى شاعت وكيف شاعت» لها أن تطلق نفسها مرة واحدة طلاق رجعية لأن هذه العبارة وفقا للمذهب الحنفى وقواعد فقه اللغة لا تفيد التكرار ذلك أن كلمة (متى) تفيد تعميم الزمن فقط فلها أن تختار أى وقت للطلاق، وعبارة (كيف شاعت) تدل على تعميم الحال التى يقع عليها الطلاق من غير أن يقتضى من ذلك تكرار الطلاق، مع وقوعه رجعيا على النحو سالف البيان. أما إذا اشترطت الزوجة أن تطلق نفسها «كلما شاعت» فلها أن تطلق نفسها مرة بعد أخرى حتى تستكمل الثلاث وليس لها أن تجمع الطلقات الثلاث فى مرة واحدة ذلك أن كلمة (كلما) تفيد التكرار وتعميم الفعل عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلها مشيئة بعد مشيئة ولا يملك عليها زوجها حينئذ سوى الرجعة بعد الطلقة الأولى والثانية».

(طعن رقم 88 لسنة 63 (قضائية) - أحوال شخصية - جلسة 1997/1/18)

١٣- الفرق بين الوكالة والتفويض :

يتضح مما سلف وجود عدة فوارق بين الوكالة والتفويض نوجزها فيما يلي:

- ١- أن الوكالة فى الطلاق تتوقف على قبول الوكيل، أما التفويض فى الطلاق فيكفى فيه إيجاب الأصيل.
- ٢- أن الموكل يملك العدول عن إيجابه قبل قبول الوكيل، أما المفوض فلا يملك العدول عن إيجابه.
- ٣- أن الوكيل يعمل بإرادة موكله لا بإرادة نفسه، أما المفوض إليه فيعمل بإرادة نفسه لا بإرادة المفوض.

= «إن المنصوص عليه شرعا أن الرجل لو تزوج امرأة على أن أمرها بيدها كلما شاعت أن لها أن تختار نفسها كلما شاعت فى المجلس أو بعده حتى تبين بثلاث، لأن كلمة «كلما» لتعميم الفعل فلها مشيئة بعد مشيئة إلى أن تستوفى الثلاث تطبيقات وتبين منه ولو لم يراجعها بعد الطلقة الأولى... الخ».

٤- أن الوكيل لا يتقيد بالمجلس، فيصبح للوكيل بالطلاق أن يطلق فى مجلس الوكالة وبعده، أما التفويض فهو مقيد بالمجلس إلا إذا عين له وقت أوسع.

٥- أن التفويض لا يبطل بجنون الزوج، فيصح تفويض المجنون، وما فى حكمه كالصبي غير المميز، بخلاف التوكيل فإنه يبطل، لأن الوكيل يعمل لموكله ويتصرف فيما يملكه، فإذا بطلت أهلية الموكل بطلت تصرفاته، فلم يعد الوكيل سلطان يتصرف فيه.

١٤- تفويض الزوجة فى الطلاق :

قدمنا أن الزوج كما يملك إنابة الغير فى طلاق زوجته، فإنه يملك إنابة زوجته، ولا تكون إنابة الزوجة فى الطلاق إلا تفويضا، لأنه إذا أنابها ولو بصفة التوكيل فقد جعل طلاقها تبعا لمشيئتها فإن شاءت طلقت نفسها وإن شاءت لم تفعل ورفضت تلك الإنابة، فكانت إنابة الزوجة تفويضا دائما لا يملك الزوج الرجوع فيه^(١).

ولذلك ذكر العلامة ابن عابدين أنه إذا قال الرجل لزوجة له طلقى نفسك وضرتك، كان تفويضا فى حقها وتوكيلا فى حق ضررتها^(٢).

وأكثر ما يكون تفويض الطلاق يكون من الزوج إلى امرأته، والأصل فى ذلك فيما روى أن أزواج النبی عليه السلام طالبنه بما ليس عنده من نفقة وبسطة عيش، فغضب منهن وحلف ليهجرهن شهرا، وقد استمر هجره لهن

(١) وفى هذا أفنت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1982/3/24 فى الطلب رقم 77 لسنة 1981 بأن:

«... وإذا كان الزوج قد اختص شرعا بإيقاع الطلاق بنفسه، فإنه يملك أن ينيب غيره عنه فى إيقاعه، فله أن ينيب زوجته فيه، ولا تكون هذه الإنابة إلا تفويضا، وإذا فوضها فقد جعل طلاقها تبعا لمشيئتها، فإن شاءت طلقت نفسها، وإن شاءت لم تفعل، ويكون التفويض بالتطبيق فى نطاق ما فوضه لها الزوج من تقييد بزمان أو تعميم فى كل الأزمان. كأن يقول لها طلقى نفسك فى مدة شهر، أو طلقى نفسك متى شئت، ففى هذه الحالة لا تملك تطبيق نفسها منه إلا مرة واحدة ولا تملك الزيادة عليها.... الخ».

(2) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٧.

تسعا وعشرين ليلة حتى نزول قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (٢٨) وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْدارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿١﴾.

ولما نزلت هذه الآية دخل النبي عليه السلام على عائشة فقال لها: (أنى ذاكر لك أمرا من الله على لسان رسوله، فلا تعجلي حتى تستأمرى أبويك) قالت: وما هذا يا رسول الله؟ فتلا عليها الآية.

قالت: فيك يا رسول الله استأمر أبوي؟... بل أريد الله ورسوله، والدار الآخرة، وأسألك ألا تخبر امرأة من نسائك بالذى قلت. ثم أخبرهن كلهن فاخترن ما اختارت.

وروى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: «خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم يعد ذلك شيئا». وفى لفظ لمسلم: «أن رسول الله ﷺ خير نساءه فلم يكن طلاقا». وفى هذا دلالة على أنهم لو اخترن أنفسهن، كان ذلك طلاقا، وأن هذا اللفظ يستعمل فى الطلاق^(٢).

وقد أخذ الفقهاء مما تقدم جواز تفويض أمر الطلاق إلى الزوجة وتمكينها من تطليق نفسها^(٣).

(١) سورة الأحزاب الآية ٢٩.

(٢) على حسب الله ص ٧٤ وما بعدها - سيد سابق ص ٢٢٢.

(٣) وقد خالف الظاهرية وقالوا أن التفويض لا يجوز للمرأة أو غيرها لأنه تمليك الطلاق للمرأة وهو بيد الرجل بحكم الشرع ولا يغير أحد حكم الشرع، وتكون الإنابة فيه تعديا لحدود الله وقد قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ وأن النبي عليه السلام لم يفوض نساءه فى التطليق وإنما خيرهن بين أن يردن الله فتبقين فى عصمته أو يردن متاع الدنيا فيقوم هو بتطليقهن ولا يجوز قياس الطلاق على التصرفات المالية لأنه قياس مع الفارق وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ينكر على من يجعل طلاق امرأته بيدها فيقول «يعمدون إلى ما جعل الله فى أيديهم، فيجعلونه فى أيدي النساء، لفيها التراب».

وتفويض الزوجة بالطلاق هو ما يطلق عليه جعل العصمة بيد الزوجة.

١٥- صيغة التفويض

تكون صيغة التفويض بكل لفظ يدل على معنى التفويض، غير أن الأحناف ذكروا منها ثلاثة هي: «طلقى نفسك»^(١)، «اختارى نفسك، أمرك بيدك».

ومن هذه الألفاظ ما هو صريح لا يحتاج إلى نية لا من الزوج ولا من الزوجة عند إيقاع الطلاق وهو لفظ «طلقى نفسك» ومنها الكناية وهما: «اختارى نفسك - أمرك بيدك».

فلا يثبت بهما التفويض إلا مع النية أو ما يقوم مقامها من القرائن أو دلالة الحال، وكذلك لا يقع بهما الطلاق من المفوض إلا بالنية أو ما يقوم مقامها لأن الطلاق الذى يصدر من الزوجة بمقتضى التفويض يقع به ما يوقعه الزوج، لأنه ملكها ما يملك باللفظ الذى صدر منه لها^(٢).

ويقع بالتصريح عندهم طلقة واحدة رجعية، إلا إذا كان قبل الدخول إن كان التفويض فى مقابل مال فإنه يقع بائنا وإن كان مكملًا للثلاث وقعت به بينونة كبرى.

ويقع الطلاق إذا قالت المرأة: أنا طالق أو طلقت نفسى بخلاف ما لو قالت لزوجها طلقتك فإنه لا يقع لأن المرأة هى التى توصف بالطلاق دون الرجل.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٣ / ٣ / ١٩٤٤ بأن:

«.... ونفید أن هذه الصيغة التى نطقت بها الزوجة لا يقع بها الطلاق لما نص عليه الفقهاء من أن المرأة التى جعل أمرها بيدها لا يقع طلاقها إلا بلفظ يصلح لإيقاع الطلاق به من الزوج أما ما ليس كذلك فلا يقع به الطلاق فلو قالت المرأة أنا طالق أو طلقت نفسى وقع الطلاق بخلاف ما لو قالت لزوجها طلقتك فإنه لا يقع لأن المرأة هى التى توصف بالطلاق دون الرجل... الخ».

ولو طلقت نفسها ثلاثاً، وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها، لأن قوله طلقى نفسك معناه أفعلى فعل التطليق، وهو اسم جنس فيقع على الأدنى مع احتمال

(١) سواء قيد تعبيره بالمشيئة بأن أضاف «إن شئت» أم لم يقيده بالمشيئة.

(٢) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٥٤٥.

الكل كسائر أسماء الأجناس فيفعل فيه نية الثلاث وينصرف إلى واحد عند عدم وجود النية^(١). وإذا كان التفويض بلفظ (اختاري) فلا تصح نية الثلاث^(٢).

ويشترط الأحناف في إيقاع الطلاق بلفظ (اختاري) أن يذكر الزوج أو المراد أحد لفظين أما النفس أو الاختيار بأن يقول لها الزوج: اختارى نفسك أو يقول لها اختارى فتقول اخترت اختيارة لأن ذكر اختيارة يقوم مقام ذكر النفس. أما لو قال لها اختارى فقالت اخترت فهو باطل لا يقع به شيء لأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم ولا تعيين مع الإبهام^(٣).

وكذلك لو قالت اخترت أبى أو أمى أو أهلى فإنه يقوم مقام النفس فيقع به الطلاق البائن.

وأوجب عامة العلماء هذا الشرط إذا كان إيقاع الطلاق بلفظ «أمرك بيدك» أيضاً.

١٦- حكم المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) في تفويض الزوجة بالطلاق:

لم يرد بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) شيء عن التفويض بالطلاق، ومن ثم فإنه يجب إعمال نص المادة الخامسة منه التي تجرى على أن: «كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنًا في هذا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠».

وعلى ذلك يكون الأصل الذي يملكه الزوج هو الطلاق الرجعي، ولا يستثنى من ذلك إلا الطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والمكمل للثلاث.

فإذا فوض الطلاق إلى الزوجة، وقع الطلاق منها رجعيًا لأنها لا تملك إلا ما يملكه الزوج، إلا إذا كان التفويض في إحدى الحالات الثلاث المستثناة فيقع بائنًا بينونة صغرى أو بينونة كبرى حسب الأحوال.

(١) الهداية ج ١ ص ٢٤٧.

(٢) مادة (٢٦٢) من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدرى باشا.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٨٠ - سيد سابق ص ٤٢٤ ولذا قال العلامة ابن عابدين في حاشيته ج ٤ ص ٤٢٤ «وما في البدائع من عدم اشتراط ذكر النفس هنا مخالف لعامة الكتب كما في البحر والنهر».

ويستوى أن يكون التفويض صريحا أو كناية، سواء نوى الزوج تطليقة واحدة أو أكثر، ولا يقع بالكتابة طلاق إلا بالنية، ولا عبرة للقرينة أو دلالة الحال.

١٧- وقت التفويض:

يكون التفويض بالطلاق إما سابقا على عقد الزواج أو مقارنا للعقد أو لاحقا عليه.

فإذا كان التفويض سابقا على عقد الزواج، كأن يقول الرجل لامرأة أجنبية: إن تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت، ثم تزوجها، كان لها تطليق نفسها متى شاءت عند الحنفية لأنهم يجيزون تعليق الطلاق على الزواج إذ لا فرق بين قول الرجل إن تزوجتك فأنت طالق وقوله: إن تزوجتك فأنت طالق إن شئت^(١).

وإذا كان مقارنا للعقد، فإنه يصح إذا صدر إيجاب العقد أولا من المرأة مشروطا بتفويض الطلاق إليها، كأن تقول الرجل: «زوجتك نفسى على أن يكون أمر الطلاق بيدى، أطلق نفسى متى شئت»، فيقول لها: «قبلت زواجك على ذلك»، أما إذا بدأ الزوج بالإيجاب بأن قال: تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك، تطلقين نفسك متى شئت) فقالت قبلت فإن الزواج يتم ولا يصح التفويض لأن التفويض وقع قبل الزواج ولم يعلق عليه، وقد وقع من الزوج قبل أن يملكه، وملك التفويض يترتب على ملك الطلاق، وهو لا يملك الطلاق قبل تمام العقد، والعقد لا يتم بعبارة واحدة وإنما يحتاج إلى قبول الزوجة^(٢). أما فى الحالة الأولى فإن المرأة تشترط أولا مع الإيجاب تملكها الطلاق وهذا التملك لا يحصل إلا بعبارة القبول من الرجل فيكون الطلاق بعد تمام العقد بالإيجاب والقبول.

وقد يكون التفويض بعد تمام العقد، وهذا صحيح وإذا وقع تترتب عليه آثاره بلا خلاف.

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٥٤٤.

(٢) الدكتور أحمد الغندور ص ١١٩ وما بعدها.

موضوع رقم (٠٠)

إثبات الطلاق شرعا

١٨- طرق إثبات الطلاق شرعا :

يثبت الطلاق بكافة طرق الإثبات الشرعية من إقرار وبينه ويمين.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩ / ١ / ١٩٨٨ في الطعن رقم ٩٣

لسنة ٥٥ ق أحوال شخصية بأن :

«وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن الشريعة الإسلامية التي تحكم الزوجية التي كانت قائمة بين المطعون ضدها الأولى والمطعون ضده الثاني - وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - تجيز إثبات حصول الطلاق بجميع طرق الإثبات الشرعية بما في ذلك البينة، وهو ما ينفي عن الحكم المطعون فيه الخطأ في إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات انحلال تلك الزوجية بالطلاق قبل الزواج الثاني للمطعون ضدها الأولى من شقيق الطاعن».

١٩- طرق ثلاثة للإثبات :

طرق الإثبات الشرعية ثلاثة هي :

١- الإقرار ٢- البينة. ٣- اليمين.

ونعرض لهذه الطرق الثلاثة بالتفصيل فيما يأتي :

١٠- أولا : الإقرار :

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه. وبذلك يخرج عن مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير^(١).

وإذا أقر الشخص بحق لزمه ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة وذلك لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه.

(١) شرح فتح القدير ج ٨ طبعة ٩٧٠ ص ٢١٧ - نقض: طعن ٦٦ لسنة ٥٠ ق أحوال

شخصية - جلسة ١٩٨١ / ٦ / ٦٦.

فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق، وأقر الزوج به، لزمه هذا الإقرار وثبت الطلاق.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٦٧ في الطعن رقم ٢٢ لسنة ٥٠٠ «أحوال شخصية» بأن:

«وحيث إن هذا النعى مردود (أولاً) بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده لا يؤخذ به غيره... الخ».

والإقرار كما يكون شفاهة يصح أن يكون في ورقة مكتوبة ولو كانت عرفية^(١).

والإقرار بالطلاق كاذباً يقع قضاء لا ديانة، وأن الرجل إذا سئل عن زوجته فقال أنا طلقتهما وعديت عنها والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كاذباً فإنه لا يصدق قضاء في ادعائه أنه أخبر كاذباً، ويدين فيما بينه وبين الله^(٢).

(١) وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 4940/3/20 بأن:

«اطلعنا على هذا السؤال. ونفيد أنه إذا ثبت أن هذه الورقة العرفية مكتوبة بخط الزوج وتوقيعه كان هذا إقراراً منه بالطلاق وهو يملكه فيثبت به الطلاق ولكن لا يصدق في إسناده إلى تاريخ سابق أعنى أنه لا يصدق في أن هذا الإقرار كان منه قبل وفاته بسنتين بل يضاف هذا الإقرار إلى أقرب الأوقات... الخ».

(٢) وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

(أ) - «اطلعنا على هذا السؤال ونفيد أن الظاهر من العبارة المذكورة أنها صيغة إقرار بالطلاق أى إخبار بوقوع طلاق سابق منه. فإن كان هذا الشخص صادقاً في هذا الإقرار وعمل به قضاء وديانة. وإن كان الواقع أنه لم يحصل منه طلاق بل حصل منه مجرد هذا الإقرار كاذباً وعمل بهذا الإقرار قضاء فلا يصدق أنه كاذب فيه. وأما ديانة أى فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق. أعنى فى حالة ما إذا كان الواقع أنه لم يحصل منه طلاق سابق. قال فى تنقيح الحامدية فى كتاب الطلاق من الجزء الأول ما نصه: «سئل فى رجل سئل عن زوجته فقال أنا طلقتهما وعديت عنها والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كاذباً فما الحكم أجاب - لا يصدق قضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. وفى العللى عن شرح نظم الوهبانية قال أنت طالق أو أنت حرة وعنى به الإخبار كذا وقع قضاء إلا إذا أشهد على ذلك أ هـ. وفى البحر الإقرار بالطلاق كاذباً يقع قضاء لا ديانة أ هـ. وبمثله أفتى الشيخ إسماعيل والعلامة الخير الرملي» انتهت عبارة تنقيح الحامدية. =

= وهذا كله إذا لم ينو بهذه الصيغة إيقاع الطلاق بل قصد مجرد الإخبار عن وقوع طلاق. أما إذا نوى بها إنشاء طلاق فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتمل الإنشاء كما يظهر من كلام فقهاء الحنفية في مبحث الإقرار بالزواج. وإذا كانت الصيغة محتملة لإنشاء الطلاق ونواه الشخص وقع وبهذا علم الجواب عن السؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1938/9/19)

(ب) - «نص في مذهب أبي حنيفة على أنه إذا أقر شخص بشيء - طلاقاً أو غيره - ثم ادعى الخطأ في إقراره لم يقبل منه. ولم يستثن الفقهاء من ذلك إلا حالة واحدة وهي ما إذا أقر بوقوع الطلاق بناء على فتوى المفتي ثم تبين عدم الوقوع فإنه لا يقع ديانة. جاء في الأشباه والنظائر في باب الإقرار «إذا أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل كما في الخانية إلا إذا أقر بالطلاق بناء على ما أفتى به المفتي ثم تبين عدم الوقوع فإنه لا يقع كما في جامع الفصولين والقنية» وجاء في تنقيح الحامدية «وإذا أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل كما في الخانية إلا إذا أقر بالطلاق بناء على ما أفتى به المفتي ثم تبين عدم الوقوع فإنه لا يقع كما في جامع الفصولين والقنية أشباه من كتاب الإقرار - يعنى لا يقع ديانة وبه صرح في القنية فتح - وجاء في الأشباه والنظائر في مسائل القاعدة السابعة عشرة «لا عبرة بالظن البين خطؤه» ولو أقر بطلاق زوجته ظاناً الوقوع بإفتاء المفتي ثم تبين عدمه لم يقع ديانة ولا قضاء. كما في القنية. وبما أن حادثة السؤال تندرج تحت النصوص المذكورة فلا يصدق الحالف في ادعائه أن إقراره بالطلاق أمام المأذون كان مبنيًا على ظن تبين خطؤه وهذا في القضاء وإن كان يصدق في الديانة بينه وبين الله. وبما أن وثيقة الطلاق ورقة رسمية فيما دون بها بخصوص الطلاق وهي مطابقة في الواقع لما أقر به الحالف أمام المأذون إذ أنه قرر ذلك في طلبه. وعلى ذلك فتكون المطلقة المذكورة قد بانّت من زوجها بينونة كبرى ولا تحل لمطلقها بعد ذلك حتى تتزوج بآخر زواجا صحيحا شرعا ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا ويطلقها بعد ذلك أو يتوفى عنها وتتقاضى عدتها منه شرعا. ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال».

(فتوى صادرة بتاريخ 1965/6/7)

(ج) - «نص في مذهب أبي حنيفة على أنه إذا أقر شخص بشيء - طلاقاً أو غيره - ثم ادعى الخطأ في إقراره لم يقبل منه ولم يستثن الفقهاء من ذلك إلا حالة واحدة وهي ما إذا أقر بوقوع الطلاق بناء على فتوى المفتي ثم تبين عدم الوقوع فإنه لا يقع ديانة، جاء في الأشباه والنظائر في باب الإقرار «إذا أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل كما في الخانية إلا إذا أقر بالطلاق بناء على ما أفتى به المفتي ثم

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ٣٠ / ٣ / ١٩٣٣ فى الطعن رقم ١١ لسنة ٤٠ «أحوال شخصية» بأن:

«... وكان المنصوص عليه شرعا أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاء لا ديانة، وأن الرجل إذ سئل عن زوجته فقال أنا طلقته وعديت عنها والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كاذبا فإنه لا يصدق قضاء فى ادعائه أنه أخبر كاذبا - ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ولما كان يبين من الاطلاع على الإقرارات الثلاثة المنسوبة للمتوفى... والتي كانت تحت نظر محكمة الموضوع أن الإقرار المؤرخ ٢٨ من مارس سنة ١٩٥٧ ورد بصدره ما يلي: «أقر أنا.... أن - المطعون عليها - التى كانت منذ أكثر من عشرين عاما أى من قبل زواجى بالسيدة... - الطاعنة - سنة ١٩٣٧ كانت طالقة منى طلاقا بائنا منذ أن كنت برتبة اليوزباشى من قبل مرضها وقبل دخولها بالمستشفى النمساوى ولم ترد إلى عصمتى مطلقا منذ ذلك التاريخ للآن...» وأن الإقرار المؤرخ ٩ من أغسطس سنة ١٩٥٨ ورد فى نهايته ما يلي: «.... وأشهد الله والناس أن السيدة.... طالق منى

= تبين عدم الوقوع فإنه لا يقع كما فى جامع الفصولين والقنية» وجاء فى تنقيح الحامدية «وإذا أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل كما فى الخانية إلا إذا أقر بالطلاق بناء على ما أفتى به المفتى ثم تبين عدم الوقوع فإنه لا يقع كما فى جامع الفصولين والقنية أشباه من كتاب الإقرار - يعنى لا يقع ديانة وبه صرح فى القنية منح - وجاء فى الأشباه والنظائر فى مسائل القاعدة السابعة عشر «لا عبرة بالظن البين خطؤه» ولما أقر بطلاق زوجته ظانا الوقوع بإفتاء المفتى ثم تبين عدمه لم يقع ديانة ويقع قضاء. كما فى القنية. وبما أن حادثة السؤال تندرج تحت النصوص المذكورة فلا يصدق الحالف فى ادعائه أن إقراره بالطلاق أمام المأذون كان مبنيًا على ظن تبين خطؤه هذا فى القضاء وإن كان يصدق فى الديانة بينه وبين الله. وبما أن وثيقة الطلاق ورقة رسمية فيما دون بها بخصوص الطلاق وهى مطابقة فى الواقع لما أقر به الحالف أمام المأذون إذ أنه قرر ذلك فى طلبه. وعلى ذلك فتكون المطلقة المذكورة قد بانّت من زوجها بينونة كبرى لا تحل لمطلقها بعد ذلك حتى تتزوج بآخر زواجا صحيحا شرعا، ويدخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقيا ويطلقها بعد ذلك أو يتوفى عنها وتتقاضى عدتها منه شرعا. ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال. والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1965/6/7 - أيضا فتوى صادرة بتاريخ 1936/12/12)

منذ أكثر من سبعة وعشرين عاما ولا زالت طالقة للآن وهذا اعتراف «وإقرار منى بذلك» وأن الإقرار الثالث ورد بالحكم الصادر بتاريخ ٢٩ من ديسمبر ١٩٥١ في الدعوى رقم ٨٣٦ لسنة ١٩٥١ أحوال شخصية الزيتون التي أقامتها الطاعنة تطلب الحكم على زوجها بفرض نفقة لها وجاء بالحكم أن المدعى عليه صادق على الزوجية وقرر «.... أن حالته الاجتماعية ليست له زوجة سوى المدعية - الطاعنة - وقد كان متزوجا بمن تدعي.... - المطعون عليها - ثم طلقها منذ عشرين سنة تقريبا ولم يراجعها....» وكانت ألفاظ الطلاق الصريحة والإقرارات بالطلاق المنسوبة إلى المتوفى على النحو سالف البيان يقع بها الطلاق طبقا للنصوص الفقهية آنفة الذكر، وهو طلاق وقع لاحقا على مراجعة المتوفى للمطعون عليها بتاريخ ٣ من أكتوبر سنة ١٩٤٤ المثبتة بأسفل إشهاد الطلاق المؤرخ ١٣ من سبتمبر سنة ١٩٤٤، وهذه الألفاظ والإقرارات منبئة بما تضمنه الإقراران المؤرخان ٢٨ من مارس سنة ١٩٥٧، ٩ من أغسطس سنة ١٩٥٨ من عبارات أخرى تشير إلى الإخبار عن الطلاق الرسمي الصادر بتاريخ ١٣ من سبتمبر سنة ١٩٤٤، فلا محل بعد لاستناد الحكم إلى أقوال شهود المطعون عليها، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه على أن الإقرارات المذكورة المنسوبة إلى المتوفى لا تعتبر إنشاء لطلاق بل هي إخبار عن الطلاق الذي أوقعه على المطعون عليها بالإشهاد الشرعي المؤرخ ١٣ من سبتمبر سنة ١٩٤٤ وأن الإخبار يحتمل التصديق والتكذيب وأن قوله في الإقرارات الثلاثة بأنه لم يراجعها يكذبه أنه راجعها بعد هذا الطلاق بتاريخ ٣ من أكتوبر سنة ١٩٤٤، ورتب الحكم على ذلك أن المطعون عليها بقيت زوجة له حتى تاريخ وفاته وترث في تركته فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

٩١- الإقرار بالطلاق مع إسناد الطلاق إلى زمن ماض:

إذا أقر الزوج بالطلاق ثم أسنده إلى زمن ماض، فالفتوى على أن آثار الطلاق تترتب من وقت الإقرار مطلقا سواء صدقته الزوجة أو قالت لا أدري

أو كذبه نفيًا لتهمة المواضعة أى الاتفاق بين الزوجين على الإقرار بالطلاق وإسناده إلى زمن ماض تكون العدة قد انقضت فيه ليصح إقرار المريض لها بالدين أو ليتزوج أختها أو أربعا سواها، غير أنها إذا صدقته فتعامل بذلك فى حق نفسها، فإذا كانت عدتها قد انقضت طبقا للتاريخ الذى أسند إليه الطلاق سقط حقها فى النفقة والكسوة، وإذا كان قد انقضى جزء منها، سقط حقها فى النفقة والكسوة عما انقضى منها، أما السكنى فلا تسقط لأن فيها حق الله تعالى.

ولما كان تعليل جعل المدة من وقت الإقرار هى خشية تهمة المواضعة، فإنه ينبغى أن يتحرى محلها ويرجع إلى الناس الذين هم مظانها، فإن كان واقع الحال يتجافى عن مظنة هذه التهمة أو قامت على صحة تاريخ الطلاق بينة شرعية تكون هى وليس الإقرار سنده وينبغى الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذ بدءا للطلاق^(١).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٢١.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

(أ) - «إن المنصوص عليه شرعا أن الرجل إذا أقر بطلاق زوجته بين الناس من حين إيقاعه عليها وأشهد على ذلك شاهدين تجب العدة عليها من وقت وقوع الطلاق وتنقضى عدتها بمضى زمانها. جاء فى الدر المختار نقلا عن الخانية «أبانها ثم أقام معها زمانا إن مقرا بطلاقها تنقضى عدتها لا إن منكرا» وفى أول طلاق جواهر الفتاوى «أبانها وأقام معها فإن اشتهر طلاقها فيما بين الناس تنقضى وإلا لا، وكذا لو خالعهما فإن بين الناس واستشهد على ذلك تنقضى وإلا لا هو الصحيح، وكذا لو كتم طلاقها لم تنقض زجرا انتهى» وقال صاحب رد المحتار تعليقا على ما سبق من كلام الدر ما ملخصه: «إن الظاهر أن المراد إقراره به بين الناس لا مجرد إقراره به عندها مع تصديقها له وأن يكون الإقرار به من حين التطلق ولو بين رجلين فلا يلزمه الإقرار عند أكثر.... لأن الشهادة إشهار كما قالوا فى النكاح من أن الإعلان الذى قال

باشترائه الإمام مالك يحصل بالشاهدين إلى أن قال فالحاصل أنه إن كتمه ثم أخبر به بعد مدة فالفتوى على أنه لا يصدق فى الإسناد بل تجب العدة من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبه وإن لم يكتمه - كما هو الحال فى حادثة السؤال - بل أقر به من وقت وقوعه واشتهر بين الناس تجب العدة من وقت وقوعه وتنقضى إن كان زمانها مضى». ومما سبق يتضح أن إقرار السائل بالطلاق أمام الشهود المذكورين الذين شهدوا أمام=

= القاضى بوثيقة التسجيل بأنه طلقها فى ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ كاف فى إشهار هذا الطلاق بين الناس طبقا لما سبق من النصوص ولا يلزم إثباته عند المأذون ليكون حجة عليه وبذلك تبتدىئ عدتها من التاريخ المذكور وهو ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ وبهذا علم الجواب عن السؤال».

(فتوى صادرة بتاريخ 1957/4/44).

(ب)- «الإخبار بالطلاق صحيح، وإذا أمكن تصحيح هذا الإخبار بجعله إخبارا عن طلاق سابق يكون إخبارا محضا ولا يقع به طلاق، وإن لم يكن تصحيحه إخبارا يكون إنشاء للطلاق فى الحال ويقع به طلاق من تاريخ الإقرار ما لم يسنده إلى زمن ماض فإن أسنده إلى زمن ماض كان الطلاق من وقت الإقرار لا من الزمن الذى أسند إليه لكن للمطلقة النفقة والسكنى إن كذبت فى الإسناد على التفصيل المبين فى كتب الفقه وقد نص الفقهاء على أنه إذا قام دليل أو قرينة على كذب المقر بالطلاق فى إقراره كان الإقرار باطلا ولا أثر له كما إذ أقر بطلاق امرأته ليتوصل إلى الزواج بأخرى لا يجوز له شرعا أن يجمعها مع الزوجة المذكورة فى نكاح واحد وكالإقرار مكرها فإن الإكراه دليل الكذب وكما لو أشهد على ما يقول - وأنه إذا ادعى الكذب فى الإقرار دون دليل أو قرينة لا يقبل منه هذا الادعاء قضاء إلا فى حق تحليف المقر له على قول أبى يوسف المفتى به، ولكن يقبل منه ديانة فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى، كمن أقر بطلاق بناء على فتوى ظهر خطأها. فقال أنه

كان كاذبا. أما الرجوع فى الإقرار فإنه لا يقبل إلا فى حق الله تعالى كحد الزنا والشرب فيسقط بالرجوع فى الإقرار للشبهة، أما فى حقوق العباد فإنه لا يقبل، والطلاق من حقوق العباد وإن كانت يترتب عليه حق الله تعالى من طلب الحل والحرمة. فى إقرار مجمع انهر ج ٢ صفحة ٢٨٨ - لا يصح إقرار بطلاق وعناق مكرها لقيام دليل الكذب وهو الإكراه وفى تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ صفحة ٣٦. سئل فى رجل سئل عن زوجته فقال أنى طلقتها وعديت عنها والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كاذبا فما الحكم فأجاب لا يصدق قضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، وفى الطلاق ومن شرح نظم الرهبانية: قال. أنت طالق. أو أنت حرة. وعنى به الإخبار كذبا وقع قضاء إلا إذا أشهد على ذلك. وفى البحر: الإقرار بالطلاق كذبا يقع قضاء لا ديانة وبمثلته أفتى الشيخ إسماعيل والعلامة الخير الرملى (هـ) وفى حادثة السؤال. سئل الشخص عن امرأة هى زوجته. فقال أنى زوجها وهى مطلقة الآن. ثم عاد وقال إنها غير مطلقة بتاتا، وهو فى الأول يخبر بأنها مطلقة. وما لم يمكن تصحيح هذا القول إخبارا فإنه يكون إنشاء للطلاق وتطلق به الزوجة من وقت الإقرار. وقوله بعد ذلك أنها غير مطلقة. إما ادعاء كذب فى=

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«المقرر فى فقه الحنفية أن إسناد الطلاق فى زمن ماض يقع من الزوج إذا كان أهلاً لإيقاعه وقت إنشائه متى كانت المرأة محلاً له فى ذلك الوقت وفى الوقت الذى أضيف إليه، ويعتبر إنشاء للطلاق وليس إخباراً عنه، لأن الزوج إذ لا يمكنه إنشاء الطلاق فى الماضى فقد أمكن اعتباره تجيزاً فى الحال. والفتوى أن الأصل فى الطلاق المضاف إلى الماضى أن يكون من وقت الإقرار به من الزوج مطلقاً وسواء أصدقته الزوجة فيه أو كذبتة أو ادعت جهلها به نفيًا لتهمة المواضعة مخافة أن يكون اتفاقاً على الطلاق وانقضاء العدة توصلًا إلى تصحيح إقرار الزوج المريض لها بالدين أو ليحل له الزواج بأختها، أو أربع سواها، ولا تعدو مصادقة الزوجة زوجها المقرر فى إسناد طلاقها إلى تاريخ سابق إلا إسقاطاً لحقها هى فى النفقة وما عليها من حقوق مالية، دون أن يعمل بهذه المصادقة فيما هو من حقوق الله تعالى، فتبدأ عدتها من وقت الإخبار أو الإقرار لا من وقت الإسناد. ولما كان تعليل جعل المدة من وقت الإقرار هى خشية تهمة المواضعة، فإنه ينبغى أن يتحرى محلها ويرجع إلى الناس الذين هم مظانها، فإن كان واقع الحال يتجافى عن مظنة هذه التهمة أو قامت على صحة تاريخ الطلاق بينة شرعية تكون هى وليس الإقرار سنده، فإنه ينبغى الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذ بدءاً للطلاق. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه على أن بينة شرعية لم تقم على إيقاع الزوج الطلاق فى الزمان الماضى الذى أسنده إليه وهو يوم ١٩٧١ / ١١ / ٤ مما مفاده تهمة المواضعة، وكان واقع الحال فى

= الإقرار السابق وحينئذ يصدق ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء وإما رجوع عن الإقرار فلا يقبل منه. وهذا كله ما لم يقم دليل أو تظهر قرينة تدل على غير ذلك أو على واقع معين فيعمل به. وظاهر الحال أنه ليس فى الأمر دليل أو قرينة يمكن معها حمل العبارة الأولى على الإخبار أو يمكن أن تدل على أنه يدعى الكذب فى الإقرار وإذن يكون الظاهر كذلك أن العبارة رجوع فلا يقبل شرعاً. ومن ثم يكون قد وقعت على هذه الزوجة طلاق رجعية ما لم تكن مسبقة بطلقتين أخريين. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله تعالى أعلم».

الدعوى لا ينفىها، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون، ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 29 لسنة 45 ق «أحوال شخصية» جلسة 1977/5/25)

٩٢- الإكراه على الإقرار بالطلاق:

الإكراه على الإقرار بالطلاق متى توافرت في الإكراه شروطه الشرعية غير صحيح لا يترتب عليه أثره، فلا تطلق الزوجة إذا أكره الرجل على الإقرار بطلاقها.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٩/٤/ ١٤١٥ بان:

«نص في مذهب الحنفية على أن من أكره على الإقرار بالطلاق وكان الإكراه مستوفيا لشروطه الشرعية كان ذلك الإقرار غير صحيح لا يترتب عليه أثره. جاء في الخانية «ولو أكره على أن يقر بالطلاق فأقر لا يقع» مثل ذلك في الدر المختار ومجمع الأنهر وغيرهما، كما نص على من أقر بالطلاق كاذبا وقع قضاء لا ديانة. جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية: سئل في رجل سئل عن زوجته فقال أنا طلقتها وعديت عنها والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كاذبا فما الحكم. وأجاب لا يصدق قضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. وفي البحر «الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاء لا ديانة» وبمثله أفتى الشيخ إسماعيل والعلامة الخیر الرملى - وعلى ذلك فإذا كان الإقرار المشار إليه في السؤال قد صدر من السائل وهو مكره عليه إكراها ملجئا ممن يقدر عليه، فلا يكون ذلك الإقرار صحيحا ولا تطلق به الزوجة، أما إذا كان الإكراه مجرد ضغط من أقاربه فإن إقراره يكون صحيحا ويقع به الطلاق المبين بالإقرار المذكور، وظاهر من السؤال أن الزوج أقر بالطلاق كاذبا إذ أنه لم يقرر أن إقراره صدر منه بنية الطلاق، وأنه لم يسبق منه طلاق أصلا قبل إقراره فيطبق عليه حكم الإقرار بالطلاق كذبا. وهو وقوع الطلاق قضاء وعدم وقوعه ديانة. فيحل له ديانة أن يعاشر زوجته ما دام أنه لم يصل الأمر إلى القضاء. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله أعلم».

١٣- ثانياً: البيئة:

البيئة حجة متعدية، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه وحده، وسبب ذلك أن البيئة تعتبر حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فتتعدى إلى الكل وذلك على خلاف الإقرار الذي لا يفتقر إلى القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه^(١).

ونصاب البيئة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل وامرأتين. ولا تجوز الشهادة بالتسامع في الطلاق، لأن الشهادة بالتسامع أجازت استحساناً في بعض المسائل دفعا للحرص وتعطيل الأحكام وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«... وكان من شروط تحمل الشهادة معاينة الشاهد المشهود عليه بنفسه لا بغيره فيما لا تقبل فيه الشهادة بالتسامع والطلاق من بين ما لا تقبل فيه... الخ».

(طعن رقم 16 لسنة 38 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1974/6/5)

وإذا ثبت الطلاق بالبيئة فإن القاضي يحكم بالطلاق من تاريخ وقوعه لا من تاريخ حكمه.

١٤- ثالثاً: اليمين:

إذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكره الآخر، ولم يقدم مدعى الطلاق بيئة عليه، فله أن يطلب من القاضي توجيه اليمين، فإذا حلف أن الطلاق لم يقع، قضى برفض الدعوى، أما إذا نكل عن اليمين، قضى للمدعى بطلباته، لأن النكول في حكم الإقرار بما يدعيه المدعي^(٢).

(1) الفوائد السمية في شرح النظم المسمى بالفرائد السنية، ج ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها - راجع في التفصيل الكتاب الأول بند ٧٤ ص ١٢٢ - شرح فتح القدير ج ٧ طبعة ١٩٧٠ ص ٢٧٠.

(2) الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٣٦٩ وما بعدها.

١٥- قبول التناقض في دعوى الطلاق :

التناقض في موضوع الخفاء عفو والطلاق مما يخفى على الزوجة فيقبل فيه التناقض.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٢/٥/ ١٩٦٢ في الطعن رقم ٣٩ لسنة ١٩٦٢ «أحوال شخصية» بأن :

«وحيث إن هذا السبب مردود في الشق الأول منه بأن الحكم بصحة الإجراءات في الاستئناف رقم ٠٠٣ سنة ١٩٦٣ لا يعتبر قضاء قضدياً أو ضمناً في موضوع الطلاق أو الرجعة، ومن جهة أخرى فإن الحكم المطعون فيه لم يعول على إقرار وكيل المتوفاة في محضر الجلسة للاعتبارات التي أوردها ومنها أن توكيله «لم يكن إلا في خصومة أخرى لا تعلق لها بإثبات الطلاق أو الرجعة وقد ذكرت المتوفاة في عريضة الاستئناف رقم ٠٠٣، ما يفيد الطلاق وذكر وكيلها الأستاذ (...). بجلسة ٢ مارس سنة ١٩٦١ أن المتوفاة كانت زوجة للمدعى وطلقت منه كما ورد مثل ذلك في مذكراته بعد هذا التاريخ وفضلاً عن ذلك فإن ما قرره محمد أسعد خطأ يكذبه إشهاد الطلاق الرسمي وكل إقرار تكذبه الأوراق الرسمية أو يكذبه الظاهر يكون غير مقبول وأن «الطلاق يخفى على الزوجة فتقبل منها دعوى الطلاق بعد الإقرار بالزوجية وهذا الذي قرره الحكم لا مخالفة فيه لأحكام الفقه والقانون إذ يمنع من صحة الإقرار ثبوت أن المقر كاذب في أصل إقراره وإذ أن التناقض في موضع الخفاء عفو والطلاق مما يخفى على الزوجة، ومردود في الشق الثاني بما هو مقرر من أن «تصديق الورثة الزوجة على الزوجية ودفع الميراث لها لا يمنع من سماع دعواهم استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه لقيام العذر لهم حيث استصبحوا الحال في الزوجية وخفيت على البيونة»... الخ».



موضوع رقم (١١)

قبول دعوى التطليق أو الفسخ دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة

٩٦- النص القانوني :

المادة (17) فقرة ثانية من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:

«ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٢١ - ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة».

٩٧- حكمة الاستثناء الوارد بالنص :

بعد أن نصت الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أنه لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٢١ - ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، أُرِدَت أنه ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة.

ومن ثم فإن النص رغم اعتباره دعاوى التطليق أو الفسخ من الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، إلا أنه استثناء من حكم عدم قبول الدعوى، إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة.

وقد حدا المشرع إلى هذا الاستثناء - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - فتح بابا للرحمة بالزوجات اللاتي وقعن فى مشكلة الزواج العرفى ولا تجدن مخرجا منه، بسبب عدم سماع دعوى الزوجية المستندة إليه، فأتاح لهن القانون سماع دعاواهن بطلب التطليق، وواجه بذلك أمرا وقع فيه

إعانات للمرأة يتمثل في تعليقها على ذمة زوج عقد عليها بزواج عرفي ثم هجرها وأهملها أو غاب عنها إلى حيث لا تعلم ولا تجد فكاكا من وصمة مثل هذا الزواج، فيجيز لها القانون رفع دعوى التطليق وتسمع دعواها هذه إذا كان زواجها ثابتاً بأية كتابة، وفي هذا الأمر عدل، وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة.

ومع تقديرنا لما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية عن حكمة هذا الاستثناء، إلا أن هذه الحكمة كان تقتضى تحديد فترة انتقالية يعمل فيها بهذا الاستثناء، حتى لا يكون في إطلاقه تشجيع على الزواج العرفي طالما أن المرأة يمكنها التخلص منه بالتطليق في أى وقت.

٩٨- مضمون الاستثناء:

مقتضى هذا الاستثناء أن تقبل دعوى التطليق أو فسخ الزواج، عند إنكار الطرف الآخر الزوجية - إذا كان الزواج عرفياً - ليس ثابتاً بوثيقة رسمية - ثابتاً بأية كتابة.

والدعاوى التى تقبل هى دعاوى التطليق التى ترفعها الزوجة لأى سبب من الأسباب التى تجيز التطليق فى الزواج الموثق، وهى التطليق لعدم الإنفاق وللعيب وللضرر وللزواج من أخرى، وللغيبه ولحبس الزوج.

كما يسرى الاستثناء على دعاوى الخلع المنصوص عليها بالمادة (٢٠) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، لأن المحكمة تقضى فى دعاوى الخلع بتطليق الزوجة طلاقاً بائناً.

كما تقبل دعوى الفسخ، والمقصود بدعوى الفسخ، الدعوى التى ترفع بفسخ عقد الزواج لأحد الأسباب التى تؤدى إلى فسخ العقد.

ومثال ذلك: ألا يكون العقد قد استوفى أحد شروط صحته، بأن تكون قد تخلفت محلية المرأة الفرعية أو الخاصة للزواج، بأن كانت محرمة على الرجل بدليل ظنى أو كان تحريمها مما يخفى أو يشتبه فيه أو مما خالف فيه بعض العلماء، أو كانت صيغة العقد غير مؤبدة، أو عقد العقد دون شهود، أو بشهود دون النصاب الشرعي. أو إذا كانت المرأة محرمة على الرجل تحريماً قطعياً

لا شبهة فيه ولم يخالف فيه أحد من العلماء، إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يعلم بالحرمة، أو عدم كفاءة الزوج.

ويسرى هذا الاستثناء من باب أولى إذا كان العقد باطلا، بأن تخلف ركن العقد وهو صيغته أى الإيجاب أو القبول، أو لم يتحدد مجلس الإيجاب أو القبول، أو لم يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر، أو كانت المرأة محرمة على الرجل تحريما قطعيا لا شبهة فيه ولم يخالف فيه أحد من العلماء، ويكاد يكون العلم به من الضروريات عند عامة الناس، سواء كانت الحرمة مؤبدة أو مؤقتة، وكان العاقدان أو أحدهما عالما بهذه الحرمة. أو إذا ارتد الزوج عن الإسلام.

ويسرى هذا الاستثناء من تاريخ العمل به، فلا يطبق على الدعاوى القائمة قبل نفاذه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والذى استحدث بالتعديل الوارد بالفقرة الثانية من المادة ١٧ منه نصا مؤداه قبول دعاوى الطلاق والفسخ من زواج عرفى إذا كان ثابتا بأية كتابة وذلك باستثناء من الأصل العام المقرر فى الفقرة الأولى من هذه المادة ومن ثم فلا يسرى هذا الحكم إلا من تاريخ العمل به دون أن يكون له أثر على الدعاوى القائمة قبل نفاذه ومن ثم فلا محل لتطبيق هذا القانون على الدعوى الماثلة وإنما يطبق عليها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ الذى أقيمت الدعوى فى ظل سريانه.

(طعن رقم 227 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/11/7)

٩٩- عدم امتداد الاستثناء إلى دعاوى أخرى:

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة نصت فى عجزها على أن: «ومع ذلك تقبل دعوى التطلق أو الفسخ دون غيرها إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة»، وعبارة «دون غيرها» تفيد قصر الاستثناء على قبول دعوى التطلق أو الفسخ دون أية دعاوى أخرى مترتبة على التطلق أو الفسخ.

فلا تقبل من الزوجة - مثلاً - دعوى نفقة الزوجية المستحقة لها قبل الطلاق، أو نفقة العدة أو دعوى الصداق^(١).

.... - يشترط ثبوت الزواج العرفي بأية كتابة :

اشترطت الفقرة الثانية من المادة (١٧) لقبول دعوى التطليق أو الفسخ أن يكون الزواج العرفي ثابتاً بأية كتابة.

فقد استعمل المشرع تعبير «ثابتاً بأية كتابة» ولم يستعمل تعبير «ثابتاً بالكتابة» لأن العبارة الأخيرة تفيد وجود عقد زواج عرفي مكتوب بين الزوجين، يحمل توقيع الشاهدين، أى عقد أعد لإثبات الزوجية.

أما عبارة «ثابتاً بأية كتابة» فتفيد الكتابة مطلقاً، فلا يشترط وجود عقد زواج عرفي مكتوب.

وهذه الكتابة قد تكون رسمية أو عرفية، ولو كانت الورقة محررة بقصد إثبات أمر آخر إذا كان الزواج ثابتاً فيها.

ولم يشترط النص أن تكون الكتابة صادرة بخط الزوج المنكر للزوجية أو عليها ترقيعه. فالمناط في هذه الأوراق أن تكون دالة بذاتها على وجود الزوجية، مستوفية لأركانها وشروطها.

(١) غير أننا لا نساير المشرع فيما ذهب إليه في المذكرة الإيضاحية للقانون من أنه:

«وغنى عن البيان أن الحكم بالتطليق في مثل هذه الحالات لا يترتب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفي بما يحرر الزوجة منها ويفتح لها آفاق الدخول في زوجية شرعية موثقة، ولا يترتب على ذلك الحكم بالتطليق ما يترتب من الآثار الأخرى للحكم بالتطليق في زواج رسمي موثق» - ذلك أن التطليق في الزواج العرفي، شأنه شأن التطليق في زواج موثق، تترتب عليه كافة آثار الطلاق لأن الزواج العرفي زواج صحيح شرعاً، غاية الأمر أنه لا تقبل من المطلقة في زوج عرفي دعاوى الناشئة عن التطليق. فالمشرع وإن أراد ألا يغلق باب الرحمة على الزوجات اللاتي وقعن في مشكلة الزواج العرفي فأتاح لهن سماع دعاوهن بالتطليق أو الفسخ، رأى في ذات الوقت أن الزوجة التي تتزوج بعقد عرفي ليست جديرة بحماية أخرى تجاوز قبول دعاوها بالتطليق أو الفسخ.

ومثال ما تقدم:

- ١- أن يرسل الزوج إلى زوجته خطابا يخاطبها فيه بلفظ: «زوجتى فلانة».
- ٢- أن يثبت الزوج فى طلب الحصول على بطاقة عائلية أو جواز سفر أو فى خطاب وجهه إلى إحدى الجهات الرسمية أو غير الرسمية أو فرد من الأفراد أن المرأة زوجته.
- ٣- وجود إقرار من أحد الزوجين بأن الآخر زوجه فى عقد بيع أو هبة أو وصية أو رهن أو ما شابه ذلك.
- ٤- أن يدلى الزوج فى محضر رسمى بأن الزوجة زوجته^(١).

(١) وكانت المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ (الملغاة) تنص فى المادة (٩٩) منها على أن: «لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجة معروفة بالشهرة العامة. ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الأفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك.

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٢١.

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة نقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج نقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا.

ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق».

وقد ذكرنا شرحا لها فى طبعات سابقة أنه يبين من هذه المادة أنها وضعت قيذا على سماع دعوى الطلاق أو الإقرار به، فى حالة إنكارها، والمقصود بالإنكار، الإنكار حين الخصومة أمام القضاء، ولذلك فإن الإقرار الذى تسمع معه الدعوى هو ذلك الذى يصدر فى مجلس القضاء. أما الإقرار الذى يحصل خارج مجلس القضاء فلا يؤخذ به. =

= وعدم حضور الخصم أمام المحكمة لا يعد إنكارا للدعوى، وإذا حضر الخصم وسكت،

فإن هذا السكوت لا يعتبر إنكاراً لأن القاعدة الفقهية أنه لا ينسب لساكت قول. ولا يلزم أن يكون الإنكار صريحاً، فيجوز أن يكون ضمنياً. ويعتبر تقدير الإنكار من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض.

وقد قسمت المادة حوادث الطلاق في نطاق هذا القيد قسمين:
القسم الأول:

الحوادث الواقعة قبل سنة ١٩١١ ميلادية.

وهذه لا تسمع فيها دعوى الطلاق أو الإقرار به - بعد وفاة الزوجين أو أحدهما - سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أم غيره. إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير.

ولم تشترط المادة أن تكون هذه الأوراق رسمية، فكل ما اشترط أن تكون هذه الأوراق خالية من شبهة التزوير، ومن ثم يجوز أن تكون هذه الأوراق عرفية.

ولم تشترط المادة أن تكون هذه الأوراق مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاءه، كما فعلت في الحوادث التي تدرج في القسم الثاني - ومن ثم فإنه لا يشترط أن تكون هذه الأوراق صادرة بخط المتوفى أو عليها إمضاءه. فالمناط في هذه الأوراق أن تكون دالة بذاتها على صحة الطلاق.

ولما كان مجال هذا القيد أن تكون الدعوى مرفوعة بعد وفاة أحد الزوجين أو كلاهما فإنه ينبني على ذلك أن الزوجين إذا كانا لا يزالان على قيد الحياة فإن إثبات الطلاق يجوز بكافة طرق الإثبات الشرعية.

القسم الثاني:

الحوادث الواقعة بعد سنة ١٩١١ ميلادية.

وهذه لا تسمع فيها دعوى الطلاق أو الإقرار به عند إنكاره، بعد وفاة الزوجين أو أحدهما إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاءه، ولم يشترط النص أن تكون الأوراق الرسمية المثبتة للطلاق، صادرة من الموظف المختص بتحرير إشهاد الطلاق، وإنما يكفي أن تكون ثابتة بأى ورقة رسمية ولو كانت الورقة محررة بقصد إثبات أمر آخر إذا كان الطلاق ثابتاً فيها، كان يوجد إقرار من أحد الزوجين أو ورثته بالطلاق ضمن عقد بيع أو رهن.

وهذا واضح من مقارنة الفقرة الثالثة من المادة بالفقرة الرابعة منها، فقد اشترطت الفقرة الثالثة لسماع دعوى الزوج والطلاق أو الإقرار بهما أن تكون الزوجية أو الطلاق ثابتاً = (بأوراق رسمية) بينما اشترطت الفقرة الرابعة لسماع الزوجية أو الإقرار بها أن تكون

والقيد المذكور يتضمن استثناء على قواعد إثبات الطلاق المنصوص عليها في الراجح من المذهب الحنفي.

وقد نص الشارع على هذا القيد استناداً إلى ما هو مقرر شرعاً أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولى الأمر أن يمنع قضائه عن سماع بعض الدعاوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة للحقوق من العبث والضياع. وهذا القيد مما يتعلق بالنظام العام وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به الخصم.



ثابتة (بوثيقة زواج رسمية).

ومجال إعمال هذا القيد أن تكون الدعوى مرفوعة بعد وفاة الزوجين أو أحدهما، أما إذا كان الزوجان لا يزالان على قيد الحياة فإن الإثبات يجوز أن يكون بكافة طرق الإثبات الشرعية.

موضوع رقم (١٢)

الإشهاد على الطلاق وتوثيقه وإعلانه إلى الزوجة

فى القانونين رقمى ... لسنة ١٩٨٥، (١) لسنة ... ٢٠
(أولاً)

القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥

١١١- النص القانوني :

المادة (٥ مكرراً) المضافة إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ :

«على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل.

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به»^(١).

(١) وكان نص المادة كما ورد بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الآتى :

«يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص.

وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على المطلق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو فى محل إقامتها الذى يرشد عنه المطلق، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك كله وفق الأوضاع والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل».

٢٠٠- إيجاب توثيق إشهاد الطلاق :

أوجبت المادة على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من تاريخ الطلاق^(١).

(١) وكانت المادة كما وردت بالاقتراح بمشروع القانون وأقرتها اللجنة المشتركة بمجلس الشعب تطابق النص المقابل في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ولا تحدد ميعادا لتوثيق إشهاد الطلاق إذ كانت تنص على أن: «يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص» - ولفظ «أن يبادر» غير قانوني فهو غير منضبط ولذا عدل النص إلى صيغته الراهنة أثناء مناقشته بمجلس الشعب.

(مضبطة مجلس الشعب الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ٦) - وقد أفتت دار الإفتاء المصرية في ظل القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بأن:

«إن المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ قد أوجبت على الزوج إذا طلق زوجته أن يبادر إلى توثيق الطلاق أى إثباته رسميا لدى الجهة المختصة، ونصت على أن آثار الطلاق بالنسبة للزوجة تترتب من تاريخ علمها به، كما نصت على أن الزوجة تعتبر عالمة بالطلاق إذا حضرت أمام الموثق وقت الطلاق، أما إذا لم تحضر كان على الزوج بعد إثبات الطلاق رسميا أمام الموثق أن يعلنها على يد محضر بهذا الطلاق لتعلم به، ولتتسلم نسخة الإشهاد من الموثق وفقا للإجراءات التي صدر بها قرار وزير العدل

لما كان ذلك وكان المواطن/ س- ت- م قد أخبر بأنه طلق زوجته المصرية م - ح- م بالتليفون في ٢٦ أغسطس سنة ١٩٨٠. دون شهود، وكان مقتضى هذا أنه لم يوثق الطلاق ولم يعلنها به تنفيذا لنص هذا القانون، كان طلبه في القنصلية إثبات طلاق لها من ذلك التاريخ غير مقبول.

وإنما للقنصلية أن تقبل منه إشهاد الطلاق وتوثقه من تاريخ حدوثه أمام القنصل القائم بالتوثيق، ولا بأس إذا أثبت أقواله التي يدعى فيها سبق طلاقه لها في ٢٦ أغسطس سنة ١٩٨٠. ليكون موضوع جدل قضائي أمام المحكمة المختصة، إذ أنه يجوز له هذا الادعاء أمام القضاء وعليه إثباته. فإن عجز عن الإثبات كان له تحليف زوجته اليمين في شأن إيقاعه الطلاق في التاريخ السابق، دون اعتداد به إذا لم يثبت.

هذا. ويجب على هذا المواطن إعلان زوجته متى أثبت طلاقها موتقا لدى القنصلية، وذلك بإعلانه على يد محضر مع شخصها أو في محل إقامتها - وعلى القنصلية تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة بالطرق الرسمية. وإلا تعرض كل من المطلق والموثق =

والموثق المختص هو مأذون الجهة التي يقيم بها المطلق إلا إذا اتفق الطرفان على قيده بمعرفة مأذون آخر (م ٢٠ من لائحة المأذونين). وإذا كان الزوجان مختلفي الجنسية أو الديانة كان مكتب التوثيق بالشهر العقاري هو المختص بتوثيق الطلاق (م ٢ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ المعدل).

وميعاد الثلاثين يوما الوارد بالمادة ميعاد ناقص، فيجب أن يتم توثيق الطلاق خلاله، أما إذا قام المطلق بتوثيقه بعد انقضاء هذا الميعاد لم يكن التوثيق خلال الميعاد القانوني ويخضع المطلق تحت طائلة العقوبة المنصوص عليها بالمادة (٢٢ مكررا) من القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ كما سنرى^(١).

= للعقوبات المقررة في المادة ٢٣ مكررا من القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في شأن الأحوال الشخصية. وخلاصة ما سبق - (١) أن توثيق الطلاق في القنصلية لا يسند إلى تاريخ سابق على التوثيق إلا على سبيل الحكاية وترديد أقوال المطلق. ولكن التاريخ المعتمد به شرعا وقانونا هو تاريخ النطق بالطلاق أمام الموثق، إلى أن يثبت المطلق أمام المحكمة أنه سبق له الطلاق في تاريخ سابق.

(٢) أن الطلاق الذي يوقعه هذا المواطن ويوثقه يكون طلاقا بانئا إذا كان لم يدخل بزواجه المصرية إلى تاريخ توثيق الطلاق.

(٣) أن على هذا المطلق إعلان مطلقة بالطلاق بعد توثيقه في القنصلية، وذلك على يد محضر - وعلى القنصلية تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة وذلك على الوجه المبين

في المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩

بأحكام الأحوال الشخصية، وإلا تعرض المطلق والموثق للعقوبات المقررة في المادة ٢٣ مكررا من هذا القانون.

والله سبحانه وتعالى أعلم...».

(فتوى صادرة بتاريخ 1981/9/9 بناء على طلب وكيل وزارة الخارجية - الإدارة القنصلية - قسم الشكاوى والشئون القضائية).

(١) ويعتبر النص الحالي أصلح للمتهم فيطبق من تاريخ صدوره على الطلاق الذي أوقعه الزوج في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ولم يبادر إلى توثيقه ولكنه وثقه قبل مضي ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق، طالما لم يصدر حكم بات بإدانتها، وفي هذه الحالة يقضى ببراءته، أما إذا كان قد صدر عليه حكم بات فإنه يخلى سبيله فورا.

ولا يحسب في هذا الميعاد، اليوم الذى حصل فيه الطلاق ويدخل فيه اليوم الأخير (م ١٥ مرافعات).

وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها (م ١٨) وإيجاب توثيق الطلاق ينصرف إلى الطلاق الذى يوقعه الزوج، ومن ثم لا ينصرف إلى ما يأتي:

١- الطلاق الذى يوقعه وكيل الزوج، لأن المادة أوجبت ذلك على المطلق ولم تنص على إلزام الوكيل بتوثيق الطلاق، كما لم تنص على إلزام المطلق بتوثيق الطلاق إذا أوقعه وكيل عنه.

وعلى ذلك يكون للموكل أو الوكيل فى هذه الحالة الخيار فى توثيق الطلاق أو عدم توثيقه.

ولا شك أن هذه ثغرة فى القانون تجعل الراغبين فى الطلاق يتحايلون بتوكيل غيرهم فى إيقاعه تهرباً من تطبيق هذا النص وما يترتب عليه من جزاء جنائى، ولذا نهيب بالشارع التدخل لسد الثغرة^(١).

٢- الطلاق الذى توقعه الزوجة المفوضة فى الطلاق، أى الزوجة التى تكون العصمة فى يدها، لأنها لا تطلق الزوج وإنما تطلق نفسها وتعلم تلقائياً بإيقاع الطلاق^(٢).

(١) الدكتور عبد الناصر العطار - الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ... لسنة ١٩٨٥ ص ٣٠٠.

(٢) وحال مناقشة المادة بمجلس الشعب قال السيد العضو الشيخ محمد المطراوي: السيد رئيس المجلس، السادة الأعضاء:

ماذا تصنعون بالمرأة التى عصمتها بيدها وطلقت الزوج؟ هل تطبق عليها الإجراءات المنصوص عليها فى هذه المادة؟

فرد المقرر قائلاً:

«الزوجة فى هذه الحالة لم تطلق الزوج - وهذا واضح فى الفقه الإسلامى الحديث - الزوجة التى تكون العصمة فى يدها لا تطلق الزوج إنما تطلق نفسها، فهناك فارق بين التعبيرين، وفى هذه الحالة هى طلقت نفسها، فهى تعلم تلقائياً».

(مضبطة مجلس الشعب الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ١٣)

٣- أسباب الفرقة بين الزوجين غير الطلاق الرجعى أو البائن، كالإيلاء واللعان والفسخ.

٤- الطلاق الذى يوقعه القاضى نيابة عن الزوج لأن النص يتناول «إيقاع الطلاق» لا «وقوعه»^(١) ولا مبرر لتوثيق طلاق صدر حكم به.

ويسرى الالتزام بالتوثيق على المصرى المسلم الذى يوقع الطلاق داخل إقليم مصر، وعلى الأجنبى المسلم المتزوج بمصرية وطلقها وهو داخل إقليم مصر، لأن القانون المصرى لا يسرى إلا على إقليم مصر. ويعتبر من إقليم مصر أرض مصر ومياهاها الإقليمية والسفارات والقنصليات المصرية بالخارج والسفن المصرية والطائرات المصرية ولو كانت خارج مصر. وإذا طلق مصرى مسلم زوجته وهو فى سفينة مصرية لا تعود إلى مصر إلا بعد مضى ثلاثين يوما من طلاقه مع ميعاد المسافة، امتد ميعاد الثلاثين يوما إلى اليوم التالى لوصول السفينة إلى أرض مصر^(٢).

وليس فى إيجاب توثيق الطلاق ولا فى تنظيم طريق العلم به - كما سيلي - أى قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله للزوج، كما لا تشكل تلك الإجراءات أى قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق. وعلى ذلك فإن دعوى الطلاق تكون مسموعة ولو لم يوثق الزوج طلاقه أمام الموثق المختص.

(١) وحال مناقشة المادة بمجلس الشعب اقترح السيد العضو الشيخ محمد المطراوى استبدال عبارة «من تاريخ وقوع الطلاق» بعبارة «من تاريخ إيقاع الطلاق». فرد السيد رئيس المجلس قائلا: «لقد كتب الدكتور عبد الله المشد بخط يده معترضاً على لفظ «وقوعه» وكتب سيادته فى تقرير مجمع البحوث الإسلامية ما يلى: يستبدل بلفظ «وقوعه» «إيقاعه» والباء تدخل على المتروك وهو لفظ وقوعه وهو هنا يريد الإيقاع لا الوقوع لأن الفعل هنا أوقع المتعدى وليس وقع اللازم، وعلى ذلك فالمصدر إيقاعاً وليس وقوعاً فاللغة هنا سليمة.

إذن، سيكون نص الفقرة الأولى بعد التعديلات التى أدخلت عليها كالتالى: «على المطلق أن يوثق إسهاده طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق.... الخ».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص7)

(2) عبد الناصر العطار ص ٥٠٠ وما بعدها.

٣٠٠ - إعلان الموثق بإيقاع الطلاق لشخص الزوجة :

جرى نص الفقرة الثانية من المادة على أن: «وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل» - فقد اوجب النص على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخص الزوجة على يد محضر إذا لم تحضر توثيق الطلاق، فقد اعتبرها عالمة بإيقاع الطلاق إذا حضرت توثيقه، ومن ثم فهي ليست في حاجة إلى إعلان بالطلاق.

ومن ثم فإن إعلان إيقاع الطلاق إلى الزوجة التي لم تحضر توثيقه يقصد منه إعلام الزوجة بالزواج الجديد وتقرير حقها في طلب التطلق من زوجها.

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٥/٥/ ١٩٩٣ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية «دستورية» بأن:

«.... أما ثانيتهما فغايتها ضمان إعلام كل زوجة على العصمة بالزواج الجديد وتقرير حقها في طلب التطلق من زوجها...الخ».

وإيجاب إعلان إيقاع الطلاق لشخص الزوجة يعنى أنه إذا توجه المحضر إلى موطن الزوجة لإعلانها بإيقاع الطلاق فلم يجدها، فلا يجوز له تسليم الإعلان إلى من يقرر أنه وكيلها أو أنه يعمل في خدمتها أو أنه من الساكنين معها من الأقارب والأصهار طبقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة العاشرة مرافعات وإلا كان الإعلان باطلاً، ذلك أن حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة مكرراً جاء استثناء من الحكم العام الوارد بالفقرة الثانية من المادة العاشرة مرافعات.

وإنما يجب عليه في هذه الحالة، وكذلك إذا وجدها في موطنها وامتنعت عن التوقيع على أصل الإعلان بالاستلام أو على استلام الصورة، اتباع حكم المادة ١١ من قانون المرافعات التي توجب على المحضر في هذه الحالة تسليم صورة الإعلان في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي

يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال. وعليه خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي كتابا مسجلا يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة.

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في أصل الإعلان وصورته ويعتبر الإعلان منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانونا⁽¹⁾.

والإعلان لشخص الزوجة جائز في أى وقت توجد فيه وقت الإعلان سواء وجدت في موطنها أو في مكان آخر غير أنه إذا تم الإعلان لشخص الزوجة خارج موطنها تعين على المحضر التحقق من شخصيتها⁽²⁾.

(1) فقد صرح رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة بأن:

«لو أذن لى السادة الأعضاء بالنسبة للفقرة الثانية هناك إيضاح فيما يتعلق بعبارة «إذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر» فالإعلان لا يسلم في المسكن حتى لا يعطى عنوانا خاطئا ثم يطلب مرة أخرى أن تنتظر الإعلان وتتسلمه لذلك يجب أن ينطوى إعلان الطلاق لشخصها فإذا لم تكن موجودة وامتنعت عن استلام الإعلان في هذه الحالة تتبع القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي تلزم المحضر في هذه الحالة الذهاب إلى القسم ويثبت هذا ثم يرسل خطابا مسجلا إلى المعلن إليه خلال أربع وعشرين ساعة.. الخ».

وقد اقترح السيد العضو ذكرى إدريس أن يكون إعلان الزوجة بإيقاع الطلاق لشخصها أو من ينوب عنها على يد محضر. وكان رئيس اللجنة المشتركة ينادى في المجلس بذلك أيضا، غير أن اقتراح العضو المذكور لما عرض على المجلس للتصويت لم يوافق عليه».

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

ص 10 وما بعدها

وكان نص المادة كما وردت بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧١ يقضى بأن يكون إعلان الزوجة بإيقاع الطلاق «على يد محضر مع شخصها أو في محل إقامتها الذى يرشد عنه المطلق».

(2) الدكتور رمزي سيف - الوسيط فى شرح قانون المرافعات - الطبعة الثامنة

أما إذا كانت المطلقة من أفراد القوات المسلحة أو من فى حكمهم، أو من المسجونين، أو ممن تقمن بالخارج فيكون إعلانها بالطريق الذى رسمته المادة ١٣ مرافعات، فيكون إعلان ممن هى من أفراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم بتسليم الإعلان بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة (م ١٣/٦)^(١)، ومن لها موطن معلوم بالخارج بتسليم الإعلان للنيابة العامة وعلى النيابة إرساله لوزارة الخارجية لتوصيله بالطرق الدبلوماسية، ويجوز أيضا فى هذه الحالة وبشرط المعاملة بالمثل تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التى يقع بها موطن المراد إعلانها كى تتولى توصيلها إليها ويجب على المحضر خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة للنيابة العامة المختصة أن يوجه إلى المعلن إليها فى موطنها المبين بالورقة وعلى نفقة الطالب كتابا موصى عليه بعلم الوصول يرفق به صورة أخرى، ويخبرها فيه أن الصورة المعلقة سلمت للنيابة العامة (م ١٣/٩)^(٢).

ويكون إعلان من كان موطنها غير معلوم فى مصر أو الخارج بتسليم صورة الإعلان للنيابة (م ١٣/٠٠).

ويعتبر الإعلان فى هذه الصورة قد تم لشخص المطلقة حكما لتوافر النيابة القانونية فيمن حددتهم المادة المذكورة لتسليم الإعلانات^(٣)، لأن الشارع نظم القواعد الخاصة بإعلان من ذكروا بالمادة مراعاة لبعض الظروف غير العادية التى تحول دون الإعلان لشخص المعلن إليه أو تحول دون الإعلان له فى موطنه^(٤).

(١) نقض طعن رقم ٧٠ لسنة ٣٥ - جلسة ١١/٢/ ١١٦١ - طعن رقم ٢٥ لسنة ٨٤ق -

جلسة ٢٤/٢/ ١٩٧٧ - طعن رقم ٢٥ لسنة ٨٤ق جلسة ٢٦/٢/ ١٩٧٧.

(٢) ويلاحظ ما نصت عليه الفقرة من أن الإعلان يعتبر منتجا لآثاره من وقت

تسليم الصورة للنيابة العامة ما لم يكن مما يبدأ منه ميعاد فى حق المعلن إليه، فلا يبدأ هذا الميعاد إلا من تاريخ تسليم الصورة فى موطن المعلن إليه فى الخارج، أو توقيعه على إيصال علم الوصول، أو امتناعه عن استلام الصورة أو التوقيع على أصلها بالاستلام.

(٣) الأستاذ أشرف كمال - المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية - الطبعة الثالثة ص ١١٣ وما بعدها.

(٤) الدكتور فتحى والى - قانون القضاء المدنى - الجزء الأول - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٣ ص ٧٤٥ وما بعدها.

وقد استهدف القانون من إعلان إيقاع الطلاق لشخص الزوجة مصادرة تحايل الأزواج بالإدلاء للموثق ببيانات خاطئة عن محل إقامة الزوجة مما يعرقل إعلانها بإيقاع الطلاق.. ورغم أن التفويض الصادر لوزير العدل بمقتضى المادة (٥ مكررا) يقتصر على إصدار قرار بإجراءات تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها فقط، دون أن يشتمل التفويض إصدار قرار بتنظيم بيانات إشهاد الطلاق أو إعلان إيقاع الطلاق لشخص الزوجة على يد محضر، وهو ما يفصح عنه صراحة النص إذ جرى على أن: «وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وفقا للإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل»^(١).

(١) وتفصيل ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة (٥ مكررا) من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته - المقابلة لنص الفقرة الثانية من المادة (٥ مكررا) من القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ (الحالي) كانت تنص على أن: «وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو فى محل إقامتها الذى يرشد عنه المطلق، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك كله وفق الأوضاع والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل»، وقد وردت صياغة الفقرة الثالثة من المادة الحالية فى الاقتراح بمشروع القانون - والتى تقابل الفقرة الثانية من المادة بوضعها الراهن كالآتي: «وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وذلك كله وفق الأوضاع والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل»، وقد حذفت اللجنة المشتركة بمجلس الشعب من الفقرة عبارة «ذلك كله» الواردة قبل عبارة «وفق الأوضاع والإجراءات»، وعلى ذلك كانت صياغة الفقرة المقابلة فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وفى الاقتراح بمشروع القانون الحالى قبل تعديلها باللجنة المشتركة بمجلس الشعب واضحة فى أن القرار الذى يصدر من وزير العدل ينصرف إلى إعلان المطلقة بوقوع الطلاق، وإلى تسليم إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها أما صياغة النص =

= الحالى فهى تدل على أن قرار وزير العدل ينصرف إلى تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها دون إعلان المطلقة بوقوع الطلاق. وهذا المعنى هو ما أوضحه تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب وبعض أعضاء المجلس أثناء مناقشة المادة، وقد اقترح أحد الأعضاء تعديلا فى الصياغة لإبراز هذا الفارق، ومع هذا عارض رئيس المجلس فى هذا التعديل، واقترح إضافة عبارة «وذلك كله» قبل عبارة «وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل»، غير أن هذا التعديل لم ينفذ. ونعرض فيما يلى المناقشات التى دارت بمجلس الشعب فى هذا الشأن.

السيد العضو عبد المنعم فرج:

لقد تضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية تنظيم الإجراءات والقواعد الخاصة بتسليم الأوراق تنظيما كاملا، لذلك فإننى أرى أنه لا ضرورة لصدور قرار من وزير العدل فيما يتعلق بالتسليم لأننى لا أضمن ما يخرج عليه تنظيم وزير العدل، لذلك يجب فى هذه الحالة الرجوع إلى القاعدة العامة وهى بها ضمانات كافية وأقترح أن يكون النص كالآتى:

«وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفقا لقانون المرافعات» وبالتالي نضمن عدم صدور أى قرارات قد تكون متشددة أو مخففة ولدينا القانون العام وهو قانون المرافعات وهو أضمن فى هذا الخصوص».

السيد العضو مختار هانى:

إن عبارة الإجراءات التى تصدر من وزير العدل هى فى الحقيقة تخاطب الموثق ولا تخاطب المحضر، وقد قصد بها هنا الموثق، أما بالنسبة للقواعد الواردة بقانون المرافعات المدنية والتجارية فهى خاصة بإعلان أوراق المحضرين وهذا الأمر له شقان: الأول هو إعلان المطلقة بإشهاد الطلاق وقد اشترط النص المعروض علينا الآن أن يكون الإعلان لشخصها ونحن فى حاجة لضبط هذا الأمر، فإذا لم تكن المطلقة موجودة وقت الإعلان لتتسلمه بشخصها فإن الحل فى هذه الحالة يكون بإعمال قواعد قانون المرافعات فى مثل هذه الجزئية ونقل لشخصها وفقا للإجراءات المبينة بقانون المرافعات المدنية والتجارية وعلى الموثق أن يسلم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الأوضاع والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل، وشكرا.

رئيس المجلس:

سوف أقوم بعرض هذا الاقتراح.

السيد العضو ياسين سراج الدين:

السيد الدكتور رئيس المجلس.

= مع احترامى لآراء زملائى الأعضاء فأنا على العكس أرى أن يعطى وزير العدل الحق فى تنظيم هذه الإجراءات لأننى أساسا ممن يرون أن نفس قانون المرافعات المدنية والتجارية يجب أن يعدل لأن هناك الكثير من التسبب والتجاوزات وخاصة من جانب المحضرين والكثير منهم ليس فوق مستوى الشبهات للأسف الشديد - وأنا أرى ضمانا لحق المرأة وجوب تسليم الإعلان للمطلقة - شخصا وأقصد بهذا أنه يجب ألا يثبت علمها بالطلاق إلا إذا تسلمت نسخة إشهاد الطلاق شخصا.

إن المرأة هى ابنتنا وأختنا، وفى هذه القاعدة الكثير من المحامين وكلنا نعرف طرق تحايل وتلاعب المحضرين ونعرف أن الكثير من القضايا ضاعت بسبب المحضرين وأنا محام وأعرف كل ذلك. إن المحضر يعود ويقول إنه لا يعرف عنوان المسكن ولا يعرف أين تقطن المطلقة ويقوم بإرسال ورقة صغيرة غير واضحة الكتابة وغير مفهوم كيفية قراءتها لأن المطلقات معظمن لا يعرفن القراءة والكتابة، ولذا تتوه الأمور، ومن ثم فأنا أطالب بأن يبقى لوزير العدل الحق فى تنظيم هذا الموضوع ولا اكتفى بما ورد فى النص المعروف علينا

فأريد من وزير العدل أن يوجد الحل لعدم تلاعب المحضرين، وإذا قدر لى الحياة حتى الدورة القادمة إن شاء الله فسوف أقدم بمشروع قانون لتعديل قانون المرافعات المدنية والتجارية لنرى كيفية التعامل مع المحضرين للحد من تلاعبهم، فلا يكفى أبدا أن يعود المحضر ليقول إن المطلقة غير موجودة بل يجب أن يضع السيد وزير العدل أو المجلس ضمانات أخرى، وشكرا.

السيد العضو محمد محفوظ السيد حلمي:

باسم الله، والحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم. شكرا للسيد الدكتور رئيس المجلس، وتحية للأخوة والأخوات مباركة من عند الله تبارك وتعالى.

ونحن بصدد هذا الموضوع المهم والذى يمس شرائح المجتمع كلها. الزوج والزوجة والأبناء، اسمحو لى أن أذكر قواعد الطلاق وكيف يتم فى الإسلام إن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة للزوج، وهذا ما يحدث وهو ما شرعه الله سبحانه وتعالى فإذا - لا قدر الله - طلقت زوجتى فليس على أن استأذنها وإن كانت موجودة أو غير موجودة فقد تم بحكم الله تبارك وتعالى أنها اتخذت صفة اسمها مطلقة سواء علمت أو لم تعلم، ولذلك حينما جاء نص المادة كان حريصا على أن يقع الطلاق بمجرد أن طلق الزوج.

صحيح أن حكم هذه المادة أعطى للزوجة حقها كإنسانة إلا أنه كان يجب أن نحفظ بهذه الصورة من الشريعة بوضوحها وهى أن الطلاق يتم بمجرد أن يصدر من الرجل، أما مسألة =

= أن الزوجة لا تعلم فالميزة الواضحة في هذا القانون التي تميز بها عن القانون السابق أنه شدد على طريقة الإعلان فنص على أنه إذا لم تكن الزوجة موجودة فلا بد أن تعلن بطريقة أو بأخرى.

إذن، فإن الإخفاء بالنسبة للزوجة أصبح غير موجود كما أن الطلاق كما تعلمون يتم بصور عدة:

الصورة الأولى: أن يذهب الزوج إلى الموثق ومعه شاهدان وهنا تم الإعلان.
الصورة الثانية: أن يذهب وليس معه شاهدان ولكنه يعود إلى مجموعة من أصدقائه وعندما يسألونه أين كنت يا فلان يجيب أنه كان مشغولا في كذا وكذا وطلقت زوجتي وهنا أيضا تم الإعلان.
(ضجة).

أيها الأخوة: هونا لقد وقفت بيني وبين ربى أدعوه اللهم ارزقنى حسن قصد السبيل هذه كلمة ولا بد من أمانة الكلمة أنا لست معترضا مبدئيا لأن هذا الاقتراح بمشروع قانون به ميزات كثيرة عن القانون السابق ولكن هناك نقاطا شائكة لابد أن نزيلها حتى لا يجد أى إنسان فرصة للتشكيك وقد سبق فى لجنة الاستماع أن قلت إن هذا الموضوع ليس بالهين ولا باليسير وسبق يوم أن صدر القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٦ أن رد عليه بعض الفقهاء، ومجتمعنا فى مصر ليس كله من الفقهاء: أن هذا الموضوع يحتاج إلى متخصصين وبعد الكتابة عنه أحدث بلبله، إذن فلننتق الله فى حق الله وفى هذا الشعب حتى لا تحدث أية بلبله.

أعود مرة أخرى فأقول لقد ذكرت أنواع الطلاق وقلت منها أن أذهب للموثق لا قدر الله وطبعا أنا لن أطلق إن شاء الله أبدا....

رئيس المجلس:

ولن نتزوج مرة أخرى.

السيد العضو محمد محفوظ السيد حلمي:

لست فى حاجة لذلك - إن شاء الله - ولكننى أقول ببساطة إننى أذهب للموثق بغرض الطلاق أصبح ذلك إعلانا، فالأحناف رضى الله عنهم وأرضاهم قالوا أنه بطريقة أو بأخرى قد يستحوذ الزوج على الوثيقتين وثيقته ووثيقة الزوجة فيعتم عليها خبر الطلاق وبذلك يضيع حقها وهنا قال الأحناف تعزيزا له ألا يثبت الطلاق إلا يوم إعلانها، هذه هى الحالة المنفردة وهى الحالة التى أخذ

بها هذا الاقتراح بمشروع قانون، إذن لا يصح أن ينص على تسليم المحضر إشهاد الطلاق للمطلقة فى يدها فلنفترض أنها غير موجودة أو أنها قد سافرت خارج البلاد إلى السعودية مثلا، ألا يتم شرع الله؟.

= رئيس المجلس:

يذهب إلى قسم البوليس، وشرع الله قد تم، فليس هناك علاقة. وإذا أذنتم لى أود أن أوضح ما جاء فى حديث لفضيلة الدكتور عبد المنعم النمر فى جريدة الأهرام أن الإمام ابن حزم أفتى بأن جميع آثار الطلاق لا تترتب على الطلاق الغياى إلا من تاريخ علم الزوجة به، أى أنه ليس هناك شيء ضد الشرع، والآن ليتفضل السيد العضو الدكتور السيد على السيد بالحديث.

السيد العضو الدكتور السيد على السيد:

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد الدكتور رئيس المجلس، السادة الأعضاء:

سوف أتكم فى هذه الفقرة ولكن مع الاحتفاظ بحقى فى الكلام عند الحديث عن الفقرة الخاصة بآثار الطلاق ومتى تترتب.

بالنسبة لموضوع علم الزوجة بالطلاق فإننى اقترح أن يكون التسليم للمطلقة أو وكيلها. أما من ينوب عنها فهى توسعة قد تقع فيها محاولات الإخفاء ويمكن ذلك.

ولا يجوز أن تترك وقائع التسليم - وبها معنى التسليم باليد فيما اعتقد - لإجراءات قانون المرافعات، وكما قيل كم من القضايا والحقوق ضاعت على أصحابها نتيجة لأعمال المحضرين، ونحن لا نطعن فى أحد.

وبالنسبة لمسألة الإعلان وعلم الزوجة فإن السيد العضو محمد محفوظ حلمى قال مجرد إحضار شاهدين هو إعلان، ولكننى أقول إن ذلك معناه الإعلان العام وليس معناه علم الزوجة شأنه بالضبط شأن إعلان الزواج، ليعلم الجميع حتى لا تكون هناك شبهة إذا ظهرت الزوجة مع زوجها فوجد الشاهدين فيه

معنى الإعلان العام، أما علم الزوجة فهذا شيء آخر، وهو علم بمعنى الإعلام العام، أما علم بمعنى خاص لا يفى به ولا يفصح عنه الإعلام العام بحضور الشاهدين، قد يحدث أن اصطحب شاهدين وتتم الوقائع دون أن أخبر الزوجة وفى هذه الحالة لا يكون علمها قد تم ولذلك أقول إنه مع وجود الشهود لابد فعلا من الإعلان الحقيقى إذا استطعناه للزوجة ويكون بالإعلان عن إيقاع الطلاق على يد محضر، وذلك يتم وفقا لقانون المرافعات.

أما التسليم فلا بد أن تصدر عنه إجراءات من وزير العدل، وأرجو أن يكون إلى المطلقة أو وكيلها.

وبالنسبة لعبارة وفقا للإجراءات والأوضاع فإننى أرى أن كلمة الأوضاع بها إيهام فيكفى فيما أرى أن نقول وفقا للإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل، وشكرا. =

= السيد العضو عنايات أبو زيد:

الحقيقة أن نص المادة «تعتبر الزوجة عالمة بالطلاق» وهذا هو العلم الفعلى والحقيقى ونحن متفقون عليه ولكن مسألة تسليمها إشهاد الطلاق تترتب عليه آثار أخرى مثل تاريخ رفع دعوى النفقة، أى أنها إذا لم تتسلم وثيقة إشهاد الطلاق فإننى أتساءل: متى تقوم برفع دعوى النفقة وخاصة أننا سنأتى فى مادة أخرى ونقول إن دعوى النفقة لا تسمع عن سنة سابقة ولنا كلام فيها ولذلك فإننى أرى أن تسليم إشهاد الطلاق لا بد أن يكون تسليمًا فعليًا وحقيقيًا وماديا وأنا أوافق السيد الدكتور السيد على السيد فى أن على الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو وكيلها، لماذا؟ حتى تستطيع أن تتفد الآثار المترتبة على تسليم وثيقة الطلاق، فليس هناك استفادة من علمها بالطلاق دون أن تتسلم الوثيقة، وإننى أود أن أسأل السيد رئيس المجلس فقد ذكر عبارة وذلك وفق الأوضاع والإجراءات والمادة المطروحة لم تذكر عبارة «ذلك».

رئيس المجلس:

إن هذه العبارة سقطت فى الطباعة وأنا قرأتها على صوابها.

السيد العضو عنايات أبو اليزيد:

إن النص المعدل الذى اقترحه «وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو وكيلها....الخ».

المقرر:

مع احترامى لرأى السيد الدكتور السيد على السيد فإن إضافة عبارة «أو وكيلها» تكون فى حالة إذا افترضنا أن لكل زوجة وكيلًا، ولكن ما الحكم لو أن زوجة لم توكل عنها أحدا هنا نستطيع أن تأتى بعبارة شاملة هى «أو وليها» أى الولى بصفة عامة لأن الولاية أشمل وربما يكون ليس بقاصر فالنص فى تقديرى بهذا الشكل أوقع ويؤدى الغرض الذى نريده.

السيد العضو ممتاز نصار:

الواقع أن هذا النص أثار مناقشات مطولة جدا فى اللجنة المشتركة وقد جمعنا بين مسألتين أساسيتين وهما الإعلان ثم التسليم، التسليم الذى سوف تترتب عليه آثار لا بد أن يكون لشخصها لأنه ستترتب عليه آثار قانونية لأن المطلقة أحيانا يكون لها وكيل وأحيانا أخرى لا يكون لها وكيل وهنا نكون قد عطلنا النص فى مواضع كثيرة وهذا لا يجوز، فالإعلان يكون لشخصها، طبقا للقواعد المقررة، أما التسليم فهو الذى تترتب عليه آثار مالية خطيرة، ولذا فإنه يجب أن يكون متيقنا لها هى، وشكرا.

= السيد العضو أحمد مجاهد:

المطلوب في هذا النص أن يتحقق وصول أمر الطلاق إلى المرأة أى تحقق علمها به حتى تترتب عليه هذه الآثار، ومن الممكن أن تمتنع المرأة عن التسليم عند حدوث التسليم لشخصها وسيثبت المحضر هذا ونعود مرة أخرى إلى المحاذير التي حذر منها زملائي وهي احتمال ألا يكون المحضر على مستوى المسؤولية ومن ثم يثبت أنها امتنعت ويضيع حقها على هذا النحو ولا يصل العلم إليها بالفعل لا من قريب ولا من بعيد، والقول - كما ذكر السيد المقرر - بأن ينص على أن يكون التسليم لها أو لوكيلها فإنني اعترض بحق على ذلك لأنه من الممكن ألا يكون لها وكيل، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى من أين أعرف أن لها وكيلًا وربما تكون الوكالة قد ألغيت، هذا أمر آخر، إن هذا الموضوع دقيق ويحتاج بالفعل إلى تفكير أكثر عمقا، وإنني أرى أن النص وقد أحال على السيد وزير العدل لكي يقرر ويتخذ الأوضاع والإجراءات التي تواجهه مثل هذه الحالة هو نص سليم وأرى من وجهة نظري الإبقاء على النص على ما هو عليه، شكرا.

السيد العضو محمود دبور:

سيادة الرئيس.

اتساقا مع المنهج الذي تعاملنا به في الفقرة الأولى من هذه المادة والتي تنص على أنه «على المطلق أن يبادر إلى توثيق إسهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما...» أى تحديد مدة معينة، أيضا إنني أود في هذه الفقرة أن أتعامل بذات المعيار في أن الزوجة إذا لم يتم المخاطبة مع شخصها تنذر على يد محضر على أن تتم المخاطبة مع شخصها فإذا تسلم الإنذار أحد من رخص لهم قانون المرافعات بتسليم صورته نيابة عنها وجب على المحضر إخطارها بحصول الإعلان خلال مدة معينة وليكن أسبوعا بخطاب موصى عليه وذلك ضمانا لعدم العبث بأسلوب اختيارها ونحن نريد أن نضع في هذا القانون الضمانات حتى لا يكون هناك عبث.

السيد العضو حلمي عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

سيادة الرئيس:

إنني أرجو المجلس الموقر أن يوافق على هذه المادة كما أقرتها اللجنة مع إضافة قيد الثلاثين يوما على الفقرة الأولى، ذلك لأن ما قيل بالنسبة للمحضر والقيود المعينة بالنسبة له فقد تكفل بها قانون المرافعات، وليس من الجائز في خصوصية قانون معين كما قال الأستاذ مختار هاني أن نضيف إجراءات معينة مفروضة أن قانون المرافعات ينظمها والمحضر ملتزم بها، وفيما يتعلق بالموثق فالذى يخاطبه هو =

= السيد وزير العدل وفق الإجراءات التي سوف يضعها، وقد حدد الاقتراح بمشروع قانون مدة ٣٠ يوما للسيد وزير العدل ليصدر هذه الإجراءات، لكن ما هذه الإجراءات إنها ليست خاصة بالإعلان فالإعلان خاص بالمحضر وينظمه قانون المرافعات. الصورة الجديدة لدفتر إشهاد الطلاق وكيف تكون، إلى آخره، وقد يترتب على هذا القانون تغيير صور إشهاد الطلاق الموجودة في دفتر المأذون والمختص بذلك هو السيد وزير العدل وما يتبعه من إدارة المحاكم.

سيادة الرئيس لماذا ننص ونقول «لشخصها» فقط، كما ذكر السيد العضو ياسين سراج الدين، إننا بهذا سوف نفتح الباب أمام تعنت الزوجة، والنص «لشخصها أو من ينوب عنها» أفضل لأننا نفترض أنها رفضت أن تتسلم الإعلان فالموضوع لا يتوقف على إرادة طرف من الطرفين والنص على «لشخصها» فقط، فيه تعنت، كما أن الوكيل غير متصور في الشهادات لأن الزوجة حينما تتزوج يزوجها نائبها، والنائب غير الوكيل في الأحوال الشخصية، حيث لا يشترط التوكيل الرسمي، فالنائب هو الولي الشرعي الأب، أو الأخ الكبير، وكل هذه المسائل تضبطها المادة «٢٣ مكررا» التي سوف ترد وهي خاصة بالتجريم للمطلق وللموثق، والنص يشير «فإذا لم تحضر كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر» هذه حالة «وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الأوضاع والإجراءات» فلفظ «وفق» يعود على الموثق ولكن لو قلنا «وذلك» فإنه يعود على الاثنين واللجنة بهذه الصياغة قاصدة كلمة «وفق»، وشكرا.

رئيس المجلس:

الحقيقة أن هذه الفقرة أخذت وقتا كبيرا من المناقشة وقبل أن أعرض التعديل المقترح أود أن أنبه إلى إن مسألة الإجراءات بالغة الأهمية والنصوص الموضوعية على إحكام صياغتها قد تفقد كل قيمتها إذا لم تحكم الإجراءات اللازمة لتنفيذها ويساندنا في ذلك - وحتى لا يدخل الشك أحدا - الحديث النبوي الشريف الذي يقول «من غشنا فليس منا» ونحن وباسم العقيدة الإسلامية نحاول استبعاد الغش والغش متطور، فالغش في الماضي كانت له أساليبه وفي الحاضر له أساليبه، والتكنولوجيا تعمل في إتقان أساليب الغش، فلا مانع أبدا من التشدد الذي لا يعطل النص وإنني أقرأ النص بعد أن جاءتنى مقترحات التعديل من السادة الأعضاء: عطية حتيّة، السيد السنودي، ذكرى إدريس، عبد الحليم عبد الحفيظ، ومن مجموعة كبيرة من الإخوة الأعضاء وذلك بأن يكون النص كالآتي «وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر»، وعلى الموثق تسليم نسخة =

= الإشهاد إلى المطلقة أو من ينوب عنها، أى أن فكرة الوكيل التى تحدث بها الدكتور السيد على السيد فكرة سليمة جدا وأكثر تحوطا ولكن قد لا يكون لها وكيل وحتى لا يقتصر النص على وفق الأوضاع والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل فيفهم بهذا أننا استبدلنا هذه الإجراءات بما ورد فى قانون المرافعات وكما تفضل كثير من الزملاء ومنهم الأستاذ مختار هانى نضيف «وفقا للأحكام الواردة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وللإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل». وذلك لكى يستكمل وزير العدل ما قد يكون هناك من نقص لم تواجهه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

وزير العدل لا يستكمل قانون المرافعات وإنما هذا اختصاص مجلس الشعب، فقانون المرافعات ليست به قرارات إدارية.

رئيس المجلس:

نحن لا نقول إن وزير العدل سيغير من قانون المرافعات ولكن عندما لا يكفى قانون المرافعات لمواجهة الموقف فلوزير العدل أن يضيف بعض الإجراءات لمواجهة النقص.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

لا يملك.

رئيس المجلس:

يملك.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

لا يملك

رئيس المجلس:

يملك طالما أنه لا يخالف نصا وهو بتفويض القانون يملك، والسيد العضو المستشار أحمد موسى يقول أيضا إنه يملك.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

الحقيقة أننى متفق مع هذا الاقتراح ومتفق مع ما تلاه الآن السيد الدكتور رئيس المجلس، ولكنى أعتقد انه سيكون أكثر ضبطا أو انضباطا إذا جاء بالصورة الآتية بعد وذلك فأبني أقترح تعديل الصياغة الأخيرة التى تلاها السيد الدكتور رئيس المجلس بأن تكون كالآتى «وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر وفقا للإجراءات التى نص عليها قانون المرافعات».

= رئيس المجلس:

لشخصها هنا: فلم يعد من الممكن لمن ينوب عنها.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

والفقرة التي بعدها.

«وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد لطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل».

رئيس المجلس:

لم يحدث شيء، فأين التعديل.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

إنني أحكم الصياغة فقط.

رئيس المجلس:

هذه هي الصياغة التي عندي.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

سيادتكم قلت الآتي: وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق للمطلقة أو من ينوب عنها، وسيادتكم تقول وذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات ووفق ما يقرر وزير العدل.

رئيس المجلس:

أنا لم أقل ذلك وما قلته هو وفقا للأحكام الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

إنني أريد أن أفصل بين الاثنين وأضع الأولى الخاصة بقانون المرافعات بعد لشخصها على يد محضر وفقا للإجراءات.

رئيس المجلس:

على يد محضر في ماذا.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

في إعلان الطلاق.

رئيس المجلس:

بالنسبة للإعلان الأول فقد انتهينا منه وهو على يد محضر.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

على يد محضر وفقا للإجراءات.

= رئيس المجلس:

هذه مفهومة.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

إنها ليست مفهومة.

رئيس المجلس:

نستطيع أن نقول وذلك كله.

السيد العضو ممتاز نصار:

الواقع أننا يجب أن نفرق بين مسألتين المسألة الأولى، وهي الإعلان ووجوب تكليف الموثق بالإعلان على يد محضر طبقاً للمقرر في قانون المرافعات، وعلى الموثق أيضاً التزام آخر بالتسليم لشخص المطلقة طبقاً للإجراءات التي يقررها وزير العدل، والنص بهذه الصياغة واضح ويحقق كل المطلوب.

رئيس المجلس:

إذن النص كما هو.

السيد العضو الدكتور السيد على السيد:

بالنسبة للفقرة الثالثة من هذه المادة فإنني أقول إن الأصل في آثار الطلاق أن تقع فور إيقاعه فعلاً، ولكن يجب أن يتغير الوضع بالنسبة لمن يخفى إيقاع الطلاق عن المطلقة، لأنه لماذا يخفيه؟ إنه يقصد الإضرار بها، فلو كان سوياً لأعلنها لأنه لا يوجد سبب آخر غير الإضرار لكي يخفى واقعة الطلاق، فإذا حق الله قد حرص عليه فعلاً هذا النص وهي فترة العدة التي يجب أن تقع فور إيقاع الطلاق إلا أن هناك أضراراً أخرى يريد بها الزوج أن يضر الزوجة في إخفاء الطلاق وهي المسائل المالية وهذا ليس غريباً في الفقه الإسلامي في أخذ الإنسان على عكس قصده، وأرى أن هناك مثلاً يمكن أن يضرب في ذلك مأخوذاً من المذهب المالكي حينما عامل المطلق الفار وهو الذي يطلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض موته فإذا توفي في هذا المرض فإنه يؤخذ بعكس قصده وتورث تلك المرأة التي طلقت طلاقاً بائناً، وهنا أيضاً نأخذ الزوج المطلق على عكس قصده كعقوبة للإخفاء، ولقد تفضلتم سيادتكم وقلتم إنها نوع من الغش ورسول الله يقول «من غشنا فليس منا» فالذي يغش أهله بعد أن أفضى كل منهما للآخر، لا بد أن يعاقب على هذا الغش، وأقل عقاب لذلك هو أن يؤخذ على عكس قصده وتورث الزوجة ولو فات أو أن العدة أيضاً تكون لها كل الحقوق المالية المترتبة على ذلك، وشكراً.

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

ص 7 وما بعدها)

إلا أن وزير العدل أورد بقراره رقم ٢٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ الصادر تنفيذا للمادة السابقة تنظيما لبعض بيانات إشهاد الطلاق، وتنظيما لبيانات إعلان المطلقة بنسخة إشهاد الطلاق لشخصها على يد محضر وتحديد لميعاد هذا الإعلان.

وبذلك يكون قرار وزير العدل في هذا الشأن قد جاء مخالفا للقانون غير أن هذا التنظيم الذي أوردته القرار الوزاري المذكور وإن كان لا يستمد شرعيته من نص المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٠٠٠ لسنة ١٩٨٥، إلا أنه يستمد هذه الشرعية من نص المادة ٢٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تفوض وزير العدل في وضع لائحة ببيان شروط التعيين في وظائف المأذونين واختصاصاتهم وعددهم وجميع ما يتعلق بهم، والتي صدرت بناء عليها لائحة المأذونين، وإلى المادة ١٢ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) بشأن التوثيق التي تنص على أن يصدر وزير العدل قرارا باللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن تشمل بيانا لعملية التوثيق وتنظيم الفهارس والصور والتنظيم الداخلي لمكاتب التوثيق وسير العمل بها، ولذا تعتبر المواد التي نصت على التنظيم السابق معدلة للائحة المأذونين واللائحة التنفيذية لقانون التوثيق.

وما ورد بالقرار الوزاري المذكور في هذا الشأن يخلص فيما يلي: على الموثق المختص بتوثيق إشهاد الطلاق أن يثبت فيه بيانا واضحا عن محل إقامة المطلقة. ويكون إثبات هذا البيان بإرشادها في حالة حضورها توثيق الإشهاد وإرشاد المطلق في حالة عدم حضورها.

ويجب على الموثق المختص في جميع الأحوال إثبات محل إقامة المطلق في إشهاد الطلاق (م ١).

ويجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع الطلاق وذلك في حالة عدم حضورها توثيق إشهادها (م ٢).

ويجب أن يتضمن الإعلان المشار إليه في المادة السابقة البيانات الآتية:

(١) تاريخ وقوع الطلاق.

- (٢) اسم الموثق الذى وثق إشهاد الطلاق ومقر عمله.
- (٣) رقم إشهاد الطلاق.
- (٤) بيان الطلاق الذى تضمنه الإشهاد.
- (٥) إخطار المطلقة باستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان (م ٣)^(١).

(١) وقد نشر قرار وزير العدل رقم ٢٢٦٩ - ١٩٨٥ بالوقائع المصرية بتاريخ ٢٩/٦/١٩٨٥ العدد (١٧٣) ونشر القرار فيما يلي:

وزارة العدل

قرار وزير العدل رقم ١ لسنة ٢٢٦ ١٩٨٥

بشأن أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم إشهاد الطلاق إلى

المطلقة وإخطار الزوجة بالزواج الجديد تنفيذاً للمرسوم

بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال

الشخصية المعدل بالقانون رقم ٠٠٠ لسنة ١٩٨٥

بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية

وزير العدل

بعد الإطلاع على المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ٠٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.

وعلى المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢٩ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها.

وعلى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق ولائحته التنفيذية.

وعلى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

وعلى لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٤ يناير سنة ١٩٥٥.

وعلى لائحة الموثقين المنتدبين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٥.

قرار:

مادة (١) : على الموثق المختص بتوثيق إشهاد الطلاق أن يثبت فيه بيانا واضحا عن محل إقامة المطلقة. ويكون إثبات هذا البيان بإرشادها فى حالة حضورها توثيق الإشهاد وإرشاد المطلق فى حالة عدم حضورها.

= يجب على الموثق المختص فى جميع الأحوال إثبات محل إقامة المطلق فى إسهاد الطلاق.

مادة (٢): يجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إسهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع الطلاق وذلك فى حالة عدم حضورها توثيق إسهاده.

مادة (٣): يجب أن يتضمن الإعلان المشار إليه فى المادة السابقة البيانات الآتية:

١- تاريخ وقوع الطلاق.

٢- اسم الموثق الذى وثق إسهاد الطلاق ومقر عمله.

٣- رقم إسهاد الطلاق.

٤- بيان الطلاق الذى تضمنه الإسهاد.

٥- إخطار المطلقة باستلام نسخة إسهاد الطلاق الخاصة بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان.

مادة (٤): فيما عدا ما تقدم تطبق القواعد والإجراءات المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية على الإعلان بوقوع الطلاق.

مادة (٥): على الموثق تسليم المطلقة أو من تنبيه عنها نسخة إسهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يرفق بأصل الإسهاد، فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق لاستلام نسخة الإسهاد الخاصة بها يجب على الموثق تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد ذلك وعلى المحكمة فى هذه الحالة إرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل بعلم الوصول إن كانت تقيم فى مصر أو بواسطة وزارة الخارجية إن كانت تقيم فى الخارج.

مادة (٦): على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ إسهادات الطلاق التى تسلم إليه فور استلامها فى سجل خاص - يبين فيه رقم الإسهاد وتاريخ واسم الموثق واسم المطلق والمطلقة ومحل إقامة كل منهما وبيان الطلاق الوارد بالإسهاد وتاريخ استلامه نسخة الإسهاد الخاصة بالمطلقة وعليه إرسالها فى اليوم التالى لاستلامها إلى المطلقة وفقا لأحكام المادة السابقة مع إثبات تاريخ ورقم الإرسال فى السجل المشار إليه، والتأشير فيه بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة إلى المطلقة.

مادة (٧): إذا أعيدت نسخة الإسهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد إرسالها إليها لتعذر تسليمها، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها فى ملف خاص والتأشير بذلك فى السجل المشار إليه فى المادة السابقة.

ولا تنثور ثمة صعوبة في تحديد محل إقامة المطلقة في حالة حضورها
توثيق الطلاق لأنها ستدلى للموثق بمحل إقامتها الحقيقي.
وإنما تنثور هذه الصعوبة إذا لم تحضر توثيق الطلاق ويكون المطلق هو الملمزم
بالإرشاد عن محل إقامتها فقد يعمد إلى الإدلاء ببيانات غير صحيحة من محل
إقامتها رغبة في عرقلة إعلانها بإيقاع الطلاق.
ولذلك يجب على المطلق عند إرشاده عن محل إقامة المطلقة مراعاة ما
يأتي:

أن الزوجة قبل إعلانها بإيقاع الطلاق لا تكون قد علمت به ومن ثم فإن
محل إقامتها يكون هو المنزل الذي تقيم فيه معه أى منزل الزوجية.
وكذلك يكون محل إقامتها هو منزل الزوجية بعد إعلانها بإيقاع الطلاق، لأن
الشرع يوجب على المرأة قضاء فترة العدة ومنزل الزوجية وهذا حق لله تعالى.
غير أن بعض الفقهاء أجازوا للمرأة فى الآونة الحالية مغادرة منزل
الزوجية فى فترة العدة والإقامة بمكان آخر استناداً إلى حالة الضرورة، لأن

= **مادة (٨):** على الموثق المختص بتوثيق وثيقة الزواج أن يثبت فى الوثيقة بيانا واضحا
عن حالة الزوج الاجتماعية فإذا كان متزوجا فيجب أن يتضمن هذا البيان اسم الزوجة
أو الزوجات اللاتي فى عصمة الزوج ومحل إقامتهن ويثبت هذا البيان من واقع إقرار
الزوج.

مادة (٩): على الموثق إخطار الزوجة أو الزوجات اللاتي فى عصمة الزوج بالزواج
الجديد خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الزواج وذلك بكتاب مسجل مقرون بعلم
الوصول إن كانت الزوجة تقيم فى مصر أو بالطريق الذى رسمه قانون المرافعات
المدنية والتجارية إن كانت تقيم فى الخارج.

مادة (١٠): يلغى قرار وزير العدل رقم ٤٤٥ لسنة ١٩٧٩ كما يلغى كل نص يخالف
أحكام هذا القرار.

مادة (١١): ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية.

صدر فى ١٧/٧/١٩٨٥.

وزير العدل

المستشار/ أحمد ممدوح عطية

الطلاق أصبح لا يتم في آداب الإسلام التي تقضى أن تكون المفارقة بإحسان، وإنما يتم بين المنازعات والمخاصمات مما يتعذر معه بقاء المطلقة في مكان واحد مع مطلقها فأصبحت الضرورة قاضية بإبعادها عن موطن الخصام والمنازعة حرصاً على حياتها ومالها، ومن ثم إذا أقامت المطلقة في مسكن آخر غير مسكن الزوجية، كان هذا المسكن^(١) محل إقامتها.

كما أن الزوجة إذا كانت قد اتخذت لنفسها محل إقامة آخر حال قيام الزوجية، كما لو كانت معارة بإحدى الدول الأخرى، كان محل إقامتها في هذه الدولة^(٢).

٤٠٠ - تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها :

أوجب النص على الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل.

وقد نصت المادة الخامسة من قرار وزير العدل رقم ٢٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ على أن على الموثق تسليم المطلقة أو من تنوبه عنها نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال يرفق بأصل الإشهاد، فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق لاستلام نسخة الإشهاد الخاصة بها يجب على الموثق تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد ذلك وعلى المحكمة في هذه الحالة إرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل بعلم الوصول إن كانت تقيم في مصر أو بواسطة وزارة الخارجية إن كانت تقيم في الخارج.

ونصت المادة السادسة على أن على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ إشهادات الطلاق التي تسلم إليه فور استلامها في سجل خاص يبين فيه رقم الإشهاد وتاريخ واسم الموثق واسم المطلق والمطلقة ومحل إقامة كل منهما وبيان الطلاق الوارد بالإشهاد وتاريخ استلامه نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة وعليه إرسالها في اليوم التالي لاستلامها إلى المطلقة وفقاً لأحكام المادة السابقة مع إثبات

(١) أنظر في التفصيل (بند ٢٢٧)

(٢) قارن عبد الناصر العطار ص ١١ فيذهب إلى أن هذا المسكن لا يعتبر محل إقامة معتاد لها.

تاريخ ورقم الإرسال في السجل المشار إليه، والتأشير فيه بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة إلى المطلقة.

ونصت المادة السابعة على أنه إذا أعيدت نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد إرسالها إليها لتعذر تسليمها، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها في ملف خاص والتأشير بذلك في السجل المشار إليه في المادة السابقة.

وقد أوجب النص تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها فلم يشترط أن يكون التسليم لشخصها كما فعل بالنسبة لإعلانها بإيقاع الطلاق، لأن الحالتين مختلفتان ففي حالة إيقاع الطلاق يجب أن تعلم به المطلقة أما في حالة إرسال نسخة إشهاد الطلاق فإن المقصود من ذلك هو التأكيد⁽¹⁾.

والمقصود بمن ينوب عن المطلقة، هو من ينوب عنها اتفاقاً أى الوكيل أو شرعاً كالولى على النفس كما لو كانت المطلقة مجنونة أو معتوهة⁽²⁾.

٥٠٠ - جزاء مخالفة أحكام المادة (٥ مكرراً) :

نصت المادة (٢٣ مكرراً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ على أن:

(1) فقد صرح السيد رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة بالمجلس بأن: «وهذا النص به مغايرة، ففيما يتعلق بإعلان إيقاع الطلاق سيكون لشخصها لكن فيما يتعلق بإرسال نسخة إشهاد الطلاق فيكون إلى المطلقة أو من ينوب عنها، ونظراً لأن الحالتين مختلفتان ففي حالة الإيقاع يجب أن تعلم به المطلقة أما في حالة إرسال نسخة إشهاد الطلاق فإن المقصود من ذلك هو التأكيد فتكون لها أو من ينوب عنها.... الخ».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص7)

(2) تعليق مقرر اللجنة المشتركة بمجلس الشعب أثناء مناقشة المادة إذ قرر:

«مع احتزامي لرأى السيد الدكتور السيد على السيد فإن إضافة عبارة «أو وكيلها» تكون في حالة إذا افترضنا أن لكل زوجة وكيل، ولكن ما الحكم لو أن زوجة لم توكل عنها أحداً هنا نستطيع أن نأتى بعبارة شاملة هي «أو وليها» أى الولي بصفة عامة لأن الولاية أشمل وربما يكون ليس بقاصر فالنص في تقديرى بهذا الشكل أوقع ويؤدى الغرض الذى نريده».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص10)

«يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكررا) من هذا القانون.

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقتة على خلاف ما هو مقرر فى المادة (١١ مكررا).

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهًا إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون. ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تتجاوز سنة^(١).

فهذه المادة تعاقب المطلق على الأفعال الآتية :

١- إذا لم يوثق إشهاد طلاقه أصلا.

٢- إذا وثق إشهاد طلاقه بعد انقضاء ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق.

٣- إذا وثق إشهاد طلاقه خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق لدى موثق غير مختص. غير أنه لما كان الغرض من إيجاب توثيق الطلاق هو إعلام المطلقة به، فإنه يرفع العقاب عن المطلق تحقق الغاية من الإجراء بإعلان الزوجة به واتصال علمها بوقوعه، كما يرفع عنه العقاب إذا منعه عن ذلك قوة قاهرة أو عذر طارئ^(٢).

وعقوبة المطلق على الأفعال السابقة هى الحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وهى عقوبة جنحة.

(١) وكانت المادة (٢٢ مكررا) المقابلة لهذه المادة فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩

تنص على أن: «يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة شهور وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة الخامسة مكررا من هذا القانون أو أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقتة.

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهًا ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تتجاوز سنة».

(٢) الأستاذ أشرف كمال ص ١١٢.

ولا تعاقب المادة المطلق إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة مطلقته، لأن التزام المطلق بالإرشاد عن محل إقامة المطلقة ورد في القرار الوزاري رقم ٢٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ (م ١)، وفضلا عن أن القرار الوزاري في هذا الصدد جاء مجاوزا حدود التفويض المنصوص عليه في المادة ٥ مكررا من القانون - كما أوضحنا سلفا - فإن المادة (٢٢ مكررا) تعاقب المطلق على مخالفة أحكام المادة (٥ مكررا) ولا تعاقب على مخالفة الأحكام الواردة بقرار وزير العدل المنفذ لها، والقاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

(راجع في التفصيل بند 103).

وكانت المادة - كما وردت بالاقترح بمشروع القانون وأقرتها اللجنة المشتركة بمجلس الشعب - تطابق النص الوارد بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ تقريبا وتعاقب المطلق على إدلائه ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة المطلقة، إذ كانت الفقرة الأولى منها تقضى بأن: «يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه.. أو أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته». وقد دارت المناقشات حول المادة بمجلس الشعب على هذا الأساس، إلا أنه عند تعديل المادة بالمجلس سقطت منها العبارة التي تعاقب المطلق الذي يدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة المطلقة، وذلك نتيجة عدم الدقة في الصياغة.

ولا يعتبر إدلاء المطلق للموثق ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة المطلقة اشتراكا في تزوير في محرر رسمي^(١)، لأن الإشهاد معد لإثبات الطلاق لا لبيان محل إقامة المطلقة، وإذا قيل أن بيان محل إقامة المطلقة أصبح من البيانات الجوهرية في إشهاد الطلاق، بحيث يعتبر الإشهاد معدا لبيانه، استنادا إلى قرار وزير العدل رقم ٢٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ الذي أوجب على الموثق أن يثبت بيانا واضحا عن محل إقامة المطلقة بإرشاد المطلقة إذا حضرت توثيق الإشهاد وإرشاد المطلق عند عدم حضورها، وبالتالي فإن الإدلاء ببيان غير صحيح عن محل إقامة

(١) الدكتور عبد الناصر العطار ص ٧٠٠ وما بعدها.

المطلقة يعتبر اشتراكا فى تزوير فى محرر رسمى يعاقب عليه بعقوبة الجنائية طبقا للقواعد العامة. فيرد على ذلك بأن المادة كما وردت بالاقترح بمشروع القانون ومناقشات مجلس الشعب تدل على أن واضع النص يستبعد تطبيق عقوبة جنائية الاشتراك فى التزوير فى محرر رسمى فى هذه الحالة. ويستهدف عقابه بعقوبة الجنحة المقررة فى المادة (٢٣ مكررا)^(١).

(١) ونورد فيما يلى المناقشات التى دارت بمجلس الشعب حول المادة.
المقرر:

مادة (٢٣ مكررا):

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥) مكررا من هذا القانون أو أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته.

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون. ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تتجاوز سنة».

رئيس المجلس:

هل لأحد من حضراتكم ملاحظات على هذه المادة؟

السيد العضو على سلامة:

بسم الله الرحمن الرحيم

الواقع أن هذه المادة المطروحة تقرر عقوبات لمن يخرج على أحكام المادة (٥) مكررا من هذا الاقتراح بمشروع قانون، سواء كان ذلك من جانب المطلق أو من جانب الموثق، وأرى أنه لا بد أن تكون العقوبة حقيقة مناسبة للجريمة، وهى الغش والتدليس من جانب كل من المطلق أو الموثق.

أريد أن أقول إن المجتمع الذى نعيشه الآن - أيها الزملاء مجتمع تفشت فيه هذه الجريمة، جريمة الغش والتدليس، هذا واقع لا ننكره لأننا نلمسه فى كثير من المواقع. ولما كنا نقول إننا نعيش فى عهد الطهارة، وهذه حقيقة، إذن فلا بد أن تكون العقوبة المنصوص عليها فى هذه المادة المطروحة عقوبة رادعة حتى نقضى على هذه الانحرافات الخطيرة الموجودة فى مجتمعنا أقول ذلك لأننا فعلا نهى لقيام مجتمع صالح ونعيد بناء الإنسان المصرى على أرض مصر الطيبة.

= لذلك فإننى اقترح أن تتناسب العقوبة مع الجريمة فينصلح حال المجتمع خصوصا أمام قانون من أهم القوانين المتعلقة بالأسرة. ولذلك فإننى اقترح تعديل للفقرة من هذه المادة لتصبح كالآتي:

«يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها...».

وبالنسبة للموثق الذى يقوم بالتدليس والاتفاق مع المطلق فإننى اقترح تعديل الفقرة الأخيرة من المادة لتصبح كالآتي:

«ويعاقب الموثق بالحبس مدة تتراوح بين ستة أشهر وسنة وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون، مع عزله من الوظيفة» ذلك لأن الموثق هو الذى يقوم بالتزوير والتدليس، وتبنى الحياة الزوجية على الغش والتدليس من جانب الرجل مستعينا بالموثق، من أجل ذلك أقول إنه لا بد أن نقضى على هذه الظاهرة المتفشية فى مجتمعنا، حتى يلتزم المكلف بإدلاء بيانات أن يدلى بها صحيحة وسليمة لا يشوبها اعوجاج أو انحراف. هذا بالإضافة إلى أنه لا بد أن يكون الموثق على مستوى المسؤولية وأن يلتزم الأمانة فى عمله، فلا يشترك فى التدليس مع المطلق، حتى ينصلح حال مجتمعنا.

لذلك كله أرجو الموافقة على اقتراحى، شكرا.

السيد العضو أحمد مرسى:

إننى أقترح إضافة عبارة «أو الزوج» بعد كلمة «المطلق» فيصبح صدر المادة المطروحة كالآتي:

رئيس المجلس:

«يعاقب المطلق أو الزوج بالحبس».

هذا صحيح والسيد العضو مختار هانى تقدم بذات الاقتراح والذى يقضى بأن يعاقب بذات العقوبة الزوج الذى يثبت فى وثيقة الزواج بيانات غير صحيحة وهى البيانات المطلوبة فى المادة (١١ مكررا) ولينفضل السيد العضو مختار هانى بشرح اقتراحه.

السيد العضو مختار هانى:

العقاب وفقا للنص المعروض سيكون مقصورا على المطلق، فى حين أن الزوج الذى يتزوج بأخرى مناط به أيضا الإقرار فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية ومحال إقامة زوجته وزوجاته الأخريات، إذن فالزوج الذى يأتى بإقرار مخالف للواقع فى وثيقة الزواج عن حالته الاجتماعية وينكر تزوجه بأخريات مثلا، أو عن محال إقامة زوجاته =

= بأن يدلى بعنوان غير صحيح مثلاً، ففي هذه الحالة يجب أن يعاقب بذات العقوبة، ومن أجل هذا تقدمت باقتراحى مقترحاً إضافة فقرة جديدة ولتكن الفقرة الثانية ويجرى نصها على الوجه الآتى: «كما يعاقب بذات العقوبة الزوج الذى يكون إقراره فى وثيقة الزواج...».

رئيس المجلس:

إن الفقرة المقترحة تحتاج إلى دقة فى الصياغة.

السيد العضو مختار هانى:

يمكن أن تكون العبارة المقترحة كالآتى «الزوج الذى يدلى فى وثيقة الزواج بإقرار غير صحيح».

رئيس المجلس:

إن هذه الفقرة تحتاج إلى بعض الاجتهاد، وأرجو السيد العضو مختار هانى التشاور مع كل من الدكتورة آمال عثمان والسيد العضو المستشار أحمد موسى، فى محاولة إعداد الصياغة الملائمة لإيجاد المعنى الذى يبين أن الزوج الذى يثبت فى وثيقة الزواج بيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو عن وضع زواجه اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن أو التغيير فى أسمائهن يعاقب بالعقوبة ذاتها.

السيد العضو أحمد موسى:

فيما يتعلق بالمادة ١١ مكرراً والتي أوجبت إدلاء الزوج ببيانات عن زواجه الحالية فإن هذا قد ورد أيضاً بالمادة ٢٣ مكرراً ولذا فإننى اقترح إدخال عبارة «أو الزوج عليها» بحيث تكون كالآتى «يعاقب المطلق أو الزوج بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر».

رئيس المجلس:

إن صدر المادة يتحدث عن مخالفة المطلق أما بالنسبة للزوج فيعتبر تزويراً، لذلك أرى أن يكون النص كالآتى «يعاقب بذات العقوبة الزوج الذى يزور فى البيانات المطلوبة فى المادتين: ١١ مكرراً و ٢٣ مكرراً».

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

بداية أود أوضح أن المادة (٥ مكرراً) والمادة (١١ مكرراً) أوجبتا على الزوج الإدلاء ببيانات فهو فى هذه الحالة يخالف ولا يزور، ولذا فهى مخالفة إذن وأرى أن يكون النص كالآتى: «يعاقب المطلق أو الزوج حسب الأحوال بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف...».

رئيس المجلس:

هل إدلاء الزوج ببيانات غير صحيحة يعتبر مخالفة أم تزويراً؟

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

= يعتبر مخالفا وليس مزورا.

السيدة الدكتورة وزيرة التأمينات الاجتماعية والشئون الاجتماعية:

إننى أعتقد أن عبارة «أدلى ببيانات غير صحيحة» أدق.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

إننى أرى أن تكون العبارة المقترحة كالآتي: «إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادتين (٥ مكررا) و (١١ مكررا ثالثا) من هذا القانون».

رئيس المجلس:

أنا لست مطمئنا لهذه الصياغة.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

ليس هناك أى ضرر من إجراء التعديل ولكنى أعتقد أن ما اقترحه كل من السيد العضو حلمى عبد الآخر والسيد العضو أحمد موسى يتفق مع ما ذكرته السيدة الوزيرة أمال عثمان ويتفق مع المنطق ولذلك أرى أن يكون النص كالآتي: «يعاقب الزوج أو المطلق بحسب الأحوال بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة....الخ».

رئيس المجلس:

إننى أرى أن يكون النص كالآتي: «يعاقب المطلق أو الزوج بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكررا) من هذا القانون أو أدلى ببيانات....».

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

لا يجوز الجمع بينه كلمتى «خالف وأدلى» فى النص وإنما يجب الاختصار على واحدة منهما. رئيس المجلس:

إن كلمة «خالف» تنصرف إلى مخالفة حكم من المنصوص عليها أما أدلى تنصرف إلى الإدلاء ببيانات غير صحيحة.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

إن الحكم الموجود أن يدلى ببيانات صحيحة.

السيد العضو أحمد موسى.

أرى أن يكون نص الفقرة الأولى من المادة (٢٣ مكررا) كالآتي «يعاقب المطلق أو الزوج بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكررا) من هذا القانون، أو أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقاته على خلاف ما هو مقرر فى المادة (١١ مكررا)».

= السيد العضو مختار هاني:

أرجو السيد رئيس المجلس أن يسمح لى بتعليق بسيط فنحن بصدد تجريم فعل أو أفعال وبصدد تحديد عقوبة لهذا الفعل أو لهذه الأفعال، فلا يصح الخلط بين الأفعال المختلفة التى تصدر من المطلق فنجرمها ونعاقب عليها، والأفعال المغايرة التى تصدر من الزوج فنجرمها ونضع عقوبة لها، ومن هذا المنطلق فإننى أرجو تخصيص فقرة مستقلة لمعاقبة الزوج وتجرىم إقراره أو إدلائه ببيانات غير صحيحة للموثق.

رئيس المجلس:

إذن يمكن إضافة فقرة يكون نصها «كما يعاقب الزوج بذات العقوبة إذا أدلى للموثق ببيانات على خلاف ما هو مقرر فى المادة ١١ مكررا وبهذا يكون المعنى أدق.

السيد العضو أحمد موسى:

إذا، ما أخذ بوجهة النظر التى ترى إضافة فقرة جديدة فلا بد إذن من اختصار الفقرة الأولى لتكون مقصورة على المطلق.

رئيس المجلس:

ورد إلى اقتراح من السيد العضو على الزقم ونصه: «يعاقب الزوج أو المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (١١ مكررا) من هذا القانون أو أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محل إقامة زوجته».

السيد العضو على الزقم:

إن الاقتراح الذى ذكره السيد رئيس المجلس يتمشى فى روحه وجوهره مع الاقتراح المقدم منى.

السيد العضو إيهاب مقلد:

السيد الدكتور رئيس المجلس، السادة الأعضاء:

إننى اقترح إلغاء العقوبة الواردة بالمادة (٢٣ مكررا)، فلقد أعطى هذا الاقتراح بمشروع قانون الكثير للزوجات، وليس من المعقول بعد ذلك النص على عقوبة توقع على الزوج فى حالة إدلائه ببيانات غير صحيحة وأود أن تقتصر العقوبة فى هذه الحالة على الغرامة المالية دون الحبس.

السيد العضو محمود دبور:

نظرا لحساسية المادة فإننى اقترح تشكيل لجنة من ثلاثة أفراد تجلس فى مكان هادئ بعيدا عن المؤثرات لتصيغها صياغة هادئة ثم تعرضها علينا بعد صياغتها فى نفس الجلسة، وشكرا.

= رئيس المجلس:

بعد كل هذه المناقشات المستفيضة أرى أن تظل الفقرة الأولى كما هي.

السيدة الدكتورة وزيرة التأمينات الاجتماعية والشئون الاجتماعية:

بالنسبة للمطلقة سنقتصر على مخالفة الأحكام المنصوص عليها في المادة (٥ مكررا) من الاقتراح بمشروع قانون، لأن المادة (٥ مكررا) تنطبق على من أدلى ببيانات غير صحيحة.

رئيس المجلس:

سنظل الفقرة الأولى كما هي وتضاف فقرة جديدة.

السيد العضو أحمد موسى:

تحدث الفقرة عن الزوج والزوجات والمطلق لكل من هذه الحالات فقرة خاصة بها.

رئيس المجلس:

لك حق في ذلك وستكون الفقرة الأولى في هذه الحالة «يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيًا من الأحكام المنصوص عليها في المادة (٥ مكررا) من هذا القانون» وهنا تنتهي الفقرة وتبدأ فقرة أخرى نصها «كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة على خلاف ما هو مقرر في المادة ١١ مكررا».

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

بعد أن تقاربت وجهات النظر أرجو أن يتلو السيد رئيس المجلس المادة كما اتفق على صياغتها.

السيد العضو أحمد موسى:

الفقرة الثانية أرجو تعديلها أيضا ذلك أنه نص فيها على عقوبة للموثق، بالحبس والغرامة وهذا أمر غريب لأن الفاعل الأصلي وهو الزوج يعاقب بإحدى العقوبتين الحبس أو الغرامة والشريك وهو الموثق يعاقب بالعقوبتين معا، ولذلك اقترح أن يعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

رئيس المجلس:

إذن يكون نص الفقرة الثالثة «يعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين...».

السيد العضو ياسين سراج الدين:

يجب انصراف العقوبة التي تطبق على الزوج والمطلق إلى الموثق.

= رئيس المجلس:

يقترح السيد العضو عطية أبو بكر حثيثة الحكم بوقف الموثق عن عمله أو الحكم بعزله، وهذا وارد بنص المادة.

السيد العضو على سلامة:

إننى اقترح تشديد العقوبة بالنسبة للموثق، ذلك أن الأداة الحكومية يستشرى فيها الفساد وتحتاج إلى هزة عنيفة، لأن هناك انحرافات داخل الأداة الحكومية فمن يريد أن يحقق مأربه يلجأ إلى الاتفاق مع الموظف المختص مقابل جعل معين قد يصل إلى ألف جنيه أو خمسمائة جنيه وبذلك يصل إلى ما يريده بطريق غير مشروع والغرامة المالية المنصوص عليها خمسون جنيهًا في الوقت الذى بإمكانه أن يحصل على ٥٠٠ جنيه وألف جنيه عن طريق غير مشروع.

رئيس المجلس:

هذا رأى سديد فلا بد إذن من النص على عقوبة الحبس.

السيد العضو على سلامة:

بالإضافة إلى ذلك لابد من عزله من وظيفته لأنه موظف غير أمين واقتراحى فى هذه الحالة تشديد العقوبة والجمع بين الحبس والغرامة بعد رفعها إلى ٥٠٠ جنيه مع عزله من وظيفته.

السيد العضو على الديب:

الموثق هنا ليس له شأن بالبيانات لأن وظيفته تقتصر على تسجيل البيانات التى يدلى بها الزوج، فالزوج هو الذى يقوم بالتزوير وليس الموثق، فكل المطلوب من الموثق هو إخطار الزوجة بالوقائع فى محل إقامتها على يد محضر.

رئيس المجلس:

إن العقوبة مقررة للموثق فى حالة إخلاله بالالتزامات التى فرضها القانون.

السيد العضو على الديب:

ان التزامات الموثق تنحصر فى إخطار الزوجة بواقعة الطلاق.

رئيس المجلس:

من الممكن أن يقوم الموثق بالتزوير وذلك بتدوينه معلومات غير صحيحة وهو يعلم ذلك.

السيد العضو على الديب:

فى هذه الحالة تكون الجريمة هنا جريمة تزوير أوراق رسمية وتكون العقوبة عقوبة الجنائية.

= رئيس المجلس:

اعتقد أن الموضوع قد استوفى بحثا فهل توافقون حضراتكم على إقفال باب المناقشة؟
(موافقة).

رئيس المجلس:

والآن. أعرض على حضراتكم الاقتراح المقدم بتعديل هذه المادة لأخذ الرأى عليه.

مادة (٢٣ مكررا) :

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكررا) من هذا القانون.

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقاته على خلاف ما هو مقرر فى المادة (١١ مكررا).

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون. ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة.

رئيس المجلس:

الموافق من حضراتكم على هذا الاقتراح يتفضل برفع يده.
(موافقة).

رئيس المجلس:

ليتفضل السيد المقرر بتلاوة المادة (٢٣ مكررا) معدلة لأخذ الرأى عليها.

المقرر:

مادة (٢٣ مكررا) :

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكررا) من هذا القانون.

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقاته على خلاف ما هو مقرر فى المادة (١١ مكررا).

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون. ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة».

وقد جاء بالذاكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون تبريرا لتجريم الأفعال سالفة الذكر: «إن التعزير عقوبة مفوضة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى ويختلف باختلاف الجريمة وأجاز الفقهاء التعزير بالحبس ويجوز أن تكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتعزيم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الإمام أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية وأجيزت فى مواضع فى مذهب الإمام أحمد.

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلام المطلقة بوقوعه ووصول سنده إليها من المصالح العامة فإن تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به فى المادة الخامسة مكررا من هذا المشروع يكون أمرا ذا سند صحيح شرعا وكذلك الحال بالنسبة للواجبات المبينة فى المادة السادسة مكررا.

كما يعاقب الموثق أيضا إذا أخل بالتزاماته التى فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢/٢٣ مكررا. إذ لا يكفى فى الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتى ثماره».

وتعاقب المادة الموثق على ارتكاب الأفعال الآتية :

١- امتناعه عن توثيق إسهاد الطلاق إذا طلب منه ذلك. والامتناع يكون عن عمد، فلا تقوم الجريمة إذا كان الموثق قد استنفذ نماذج اشهادات الطلاق المسلمة إليه، ولم تسلمه المحكمة المختصة نماذج أخرى.

= رئيس المجلس:

الموافق من حضراتكم على هذا الاقتراح يتفضل برفع يده.
(موافقة).

رئيس المجلس:

والآن الموافق من حضراتكم على المادة الأولى فى مجموعها معدلة يتفضل برفع يده.
(موافقة).

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 98 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص18 وما بعدها)

٢- عدم إعلان إيقاع الطلاق لشخص الزوجة على يد محضر إذا كانت لم تحضر توثيقه.

إلا أن المأذون لا يعاقب على إعلانها بإيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر بعد انقضاء سبعة الأيام المنصوص عليها بالمادة الثانية من القرار الوزاري رقم ٢٢٦٩ لسنة ١٩٨٥، لأنه فضلا عن أن القرار الوزاري المذكور جاء في هذا الصدد - كما أوضحنا سلفا - مجاوزا حدود التفويض المنصوص عليه في المادة (٥ مكررا) من القانون، فإن هذه المادة تعاقب الموثق إذا أخل بأى من الالتزامات التي فرضها عليه القانون فقط، ولم تنص على معاقبته إذا أخل بأى من الالتزامات التي يفرضها عليه القرار الوزاري الذي يصدر من وزير العدل تنفيذا للقانون، والقاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

٣- عدم تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها.

غير أن الموثق لا يعاقب على مخالفة الأحكام الواردة بالقرار الوزاري رقم ٢٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ بشأن تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وما يتبع في حالة عدم تسليمها إليها، لأن المادة (٢٣ مكررا) تعاقب الموثق إذا أخل بأى من الالتزامات التي فرضها عليه القانون، ولم تنص على معاقبته إذا أخل بالالتزامات التي يصدر بها قرار وزير العدل تنفيذا للقانون. والقاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

وعقوبة الموثق هي الحبس مدة لا تزيد على شهر وغرامة لا تجاوز خمسين جنيها، أى أن القضاء بالحبس والغرامة معا وجوبي. ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة، فالحكم بالعزل أو الوقف عن العمل عقوبة تكميلية جوازية للقاضي.

(ثانياً)

القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠

٢٦٦- النص القانوني :

المادة (٢١) :

«لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما. فإن أصر الزوجان معا على إيقاع الطلاق فوراً، أو قررا معا أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج.

ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ توقيعه كل منهما على النموذج المعد لذلك، ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضرا إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية».

٧٠٠-أولاً- عدم الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد

والتوثيق :

نصت الفقرة الأولى من المادة في صدرها على أن: «لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق...الخ».

فالنص يتناول إثبات الطلاق عند الإنكار، ولا يتناول وقوع الطلاق، لأن الطلاق يقع شرعاً - طبقاً لرأى جمهور الفقهاء كما رأينا - بالتلفظ به دون إشهاد.

وكانت الفقرة المذكورة - كما وردت بمشروع الحكومة - تنص على أن: (لا يعتد بالطلاق إلا بالإشهاد والتوثيق)، رغم أن المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون أوضحت أن نص المادة (لا ينال من أن الطلاق يقع ديانة)، ولذلك عدلتها

لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى إلى (لا يعتد فى إثبات الطلاق....الخ)، وعللت ذلك فى تقريرها عن مشروع القانون بقولها (باعتبار أن ذلك هو المقصد الدقيق).

ومقتضى النص أن الطلاق لا يثبت قانونا عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق، سواء كان الإنكار من جانب الزوج أو الزوجة، فإذا ادعى الزوج حصول الطلاق وأنكرته الزوجة، أو ادعته الزوجة وأنكره الزوج، فلا يثبت الطلاق قانونا طالما لا يوجد إشهاد طلاق موثق ثابت به حصول الطلاق والإشهاد عليه.

ويسرى ذلك أيضا على ادعاء ورثة الزوجين أو ورثة أحدهما بحصول الطلاق.

والإنكار الذى يوجب الإثبات بإشهاد موثق هو ذلك الذى يحصل بمجلس القضاء.

(راجع فى التفصيل الكتاب الأول بند 81).

والقيد الوارد بالفقرة الأولى من المادة (٢١) سالفة الذكر لا يسرى إلا على وقائع التى تحصل بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، فلا سريان الفقرة الأولى من المادة على الوقائع السابقة على ذلك ولو لم يصدر بشأنها حكم بات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «إذا صدر قانون لاحق تضمن تعديلا فى تشريع ما من التشريعات القائمة وكان من شأنه استحداث حكم جديد يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء أو التغيير أو بإضافة أو حذف، فإن هذا التعديل يأخذ حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فوري على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط القاعدة الآمرة دون المساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة من إجراءات الإثبات أو التقاضى لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فإن التعديل لا يسرى فى هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التى تنشأ فى ظله دون أن يكون له أثر على

الوقائع التى نشأت فى ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذى وقعت فى ظله هو الذى يحكم شروط قبولها وإجراءات وقواعد إثباتها».

(طعن رقم 655 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/1/11)

٢- «إذا كان المشرع قد استحدث التعديل الوارد بالفقرة الأولى من المادة (٢١) من القانون رقم (١) لمدة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية نصا مؤداه أنه لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق وكان هذا التعديل لا يمس ذاتية القاعدة الأخيرة التى تضمنتها المواد ٥، ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فإن التعديل لم يغير من حكم هذا القانون بل رسم طريقا خاصا لإثبات حصول الطلاق بألا يعتد له عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق ومن ثم لا يسرى هذا الحكم إلا من تاريخ العمل به دون أن يكون له أثر على الدعاوى القائمة وقت نفاذ والتى وضعت فى ظل القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذى كان يميز إثبات حصول الطلاق بجميع طرق الإثبات الشرعية بما فى ذلك البيئة ومن ثم فلا مجال لإعمال حكم القانون (١) لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ٢٩/١/٢٠٠٠ وعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره بينما الواقعة المراد إثباتها حصلت بتاريخ ٢٤/٣/١٩٩٣ قبل نفاذه».

(طعن رقم 655 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/1/11)

(ذات المبدأ طعن رقم 455 لسنة 70 ق «أحوال شخصية»

جلسة 2003/3/8)

٧٠٠- مكررا- القضاء بعدم دستورية نص المادة (٢١) من القانون رقم

(١) لسنة ٢٠٠٠ فيما تضمنته من قصر الاعتداد فى إثبات الطلاق عند

الإنكار على الإشهاد والتوثيق؛

قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٥ يناير سنة ٢٠٠٦ فى القضية رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ قضائية «دستورية» (الجريدة الرسمية - العدد ٣ مكرر فى ٢٤ يناير سنة ٢٠٠٦)، بعدم دستورية نص المادة (٢١) من قانون تنظيم بعض

أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فيما تضمنه من قصر الاعتداد فى إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق^(١).

(١) وننشر الحكم كاملا فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد ١٥ يناير ٢٠٢٦، الموافق ١٥ ذى الحجة سنة ١٤٤٦هـ.

برئاسة السيد المستشار / ممدوح مرعى رئيس المحكمة
وعضوية السادة المستشارين: عدلى محمود منصور وعلى عوض محمد صالح وأنور
رشاد العاصى والسيد عبدالمنعم حشيش ومحمد خيرى طه والدكتور عادل عمر شريف.
وحضور السيد المستشار/ نجيب جمال الدين علما رئيس هيئة المفوضين
وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيمة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١١٣ لسنة ٢٦ قضائية
«دستورية».

المحالة من محكمة شبين الكوم الابتدائية نفاذا لحكمها الصادر فى الدعوى رقم ١٢٩٩
لسنة ٢٠٠٣ شرعى كلى (نفس)

المقامة من

السيدة/ عفاف عبد الغفار قاسم

ضد

السيد/ محمد صابر سليمان صوار

الإجراءات

بتاريخ ٠٠ مايو سنة ٢٠٠٦، ورد إلى قلم كتاب المحكمة ملف الدعوى رقم ١٢٩٩ لسنة ٢٠٠٣ شرعى كلى شبين الكوم، بعد أن قضت محكمة شبين الكوم الكلية للأحوال الشخصية نفس، بوقفها وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية نص المادة (٢١) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى.

=

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

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على مايبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعية كانت قد أقامت الدعوى رقم ١٢٩٩ لسنة ٢٠٠٢ شرعى كلى أمام محكمة شبين الكوم الكلية للأحوال الشخصية نفس، بطلب الحكم بإثبات طلاقها من المدعى عليه طلاقاً بائناً بينونة كبرى المكمل للثلاث طلاقات اعتباراً من شهر مايو سنة ٢٠٠٢، قولاً منها بأنها تزوجت من المدعى عليه بالعقد الصحيح بتاريخ ١٥/١٢/١٩٧١، ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج وأنجب منها ذكوراً وإناثاً، وأنه دأب على طلاقها ومراجعتها من نفسه دون توثيق الطلاق رغم وقوعه شرعاً، إلى أن قام فى غضون شهر مايو سنة ٢٠٠٢ بطلاقها الطلقة الثالثة، التى غدا بها طلاقاً منه بائناً بينونة كبرى، وقد اعترف بذلك أمام شهود عدول، وأفتت دار الإفتاء المصرية فى مواجهته بأن المدعية أصبحت محرمة عليه شرعاً لطلاقها المكمل لثلاث، بحيث لاتحل له إلا أن تتكح زوجاً غيره، دون أن تكون هناك فتوى مكتوبة، وعلى أثر ذلك انتقلت المدعية للإقامة مع ذوبها، غير أن المدعى عليه رفض توثيق الطلاق، مما حدا بها إلى إقامة دعواها المشار إليها توصلًا للقضاء لها بطلباتها المتقدمة. وأثناء نظر الدعوى قررت المحكمة ضم الدعوى رقم ١٤٤٩ لسنة ٢٠٠٢ شرعى كلى شبين الكوم - المقامة من المدعية ضد المدعى عليه للاعتراض على إنذار الطاعة الموجه منه لها- إلى هذه الدعوى للارتباط وليصدر فيهما حكم واحد، وبجلسة ٢١/٢/٢٠٠٤ قضت المحكمة بوقف الدعوى رقم ١٢٩٩ لسنة ٢٠٠٢ شرعى كلى شبين الكوم وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية نص المادة (٢١) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ لما تراءى لها من مخالفته للمادتين (٢، ١٢) من الدستور، وفى الدعوى رقم ١٤٤٩ لسنة ٢٠٠٢ شرعى كلى شبين الكوم بوقف الاعتراض وفقاً لتعليقاً لحين الفصل فى موضوع الدعوى رقم ١٢٩٩ لسنة ٢٠٠٢ شرعى كلى شبين الكوم بإثبات طلاق المعارضة بحكم نهائى.

وحيث إن المادة (٢١) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه تنص على أن «لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوها إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، فإن أصر الزوجان معاً على إيقاع الطلاق فوراً،=

= أو قررا معا أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج.

ويجب على الموثق إثبات ماتم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك، ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضرا إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية».

وحيث إن المسائل الدستورية التي تقضى محكمة الموضوع بإحالتها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا عملا بالبند (أ) من المادة (٢٩) من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، لازمها أن تبين النصوص القانونية التي تقدر مخالفتها للدستور، ونصوص الدستور المدعى بمخالفتها، ونطاق التعارض بينهما، وأن يكون قضاؤها هذا دالا على انعقاد إرادتها على عرض المسائل الدستورية التي ارتأتها مباشرة على المحكمة الدستورية العليا استنهاضا لولايتها بالفصل فيها، وهو ما يتعين على هذه المحكمة تحريه في ضوء ما قصدت إليه محكمة الموضوع وضمنته قضائها بالإحالة، وصولا لتحديد نطاق المسائل الدستورية التي تدعى المحكمة للفصل فيها.

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الفصل في المسائل الدستورية لازما للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع.

وحيث إن الثابت من الاطلاع على الأوراق، أن نطاق الإحالة كما قصدت إليه محكمة الموضوع، وضمنته أسباب حكمها بالإحالة، إنما ينصب على ماتضمنه نص المادة (٢١) المطعون فيه من قصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق دون غيره من طرق الإثبات المقررة، وهو الشق من النص الطعين الذي تتحقق المصلحة الشخصية المباشرة بالنسبة له، بحسبان أن مبنى النزاع الموضوعي هو طلب الحكم بإثبات الطلاق لامتناع المدعى عليه المطلق عن إثباته طبقا للنص المشار إليه، وأن القضاء فى مدى دستورية هذا النص سيكون له أثره وانعكاسه على الطلب الموضوعي سالف الذكر، وقضاء محكمة الموضوع فيه، ومن ثم فإن نطاق الدعوى الراهنة والمصلحة فيها تكون قائمة بالنسبة للنص المذكور في حدود إطاره المتقدم، ولا تمتد إلى غير ذلك من الأحكام التي وردت بنص المادة (٢١) المطعون فيه.

= وحيث إن حكم الإحالة ينعى على هذا النص الطعين، محددا نطاقه على النحو المتقدم، مخالفته لنص المادتين (٢، ١٢) من الدستور، على سند من أن هذا النص بقصره إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق، خلافا للأصل المقرر شرعا من جواز إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات من بينة وإقرار ويمين، يترتب عليه نتائج يأبأها الشرع ويتأذى لها الضمير، وذلك إذا ما وقع الطلاق بالتلفظ بألفاظه الدالة عليه صراحة أو ضمنا، رغم عدم إمكان إثباته بغير الدليل الذى حدده النص الطعين، بما مؤداه اعتبار العلاقة الزوجية قائمة ومستمرة قانونا، رغم مايشوبها من حرمة شرعية، وهو ما يخالف أحكام الدستور.

وحيث إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حكم المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها فى ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠ - يدل على أن الدستور أوردها ليفرض بمقتضاها - واعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل - قيда على السلطة التشريعية يلزمها فيما تقره من النصوص القانونية، بألا تتناقض أحكامها مبادئ الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة - مصدرا وتأويلا - والتي يتمتع الاجتهاد فيها، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلائنها أو بهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها. وإذا كان الاجتهاد فى الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس عن طريق الأدلة الشرعية - النقلية منها والعقلية - حقا لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق مقorra لولى الأمر ينظر فى كل مسألة بخصوصها بما يناسبها، وبمراعاة أن يكون الاجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة لايجاوزها، ملتزما ضوابطها الثابتة، متحررا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة، بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال، مستلهما فى ذلك كله حقيقة أن المصالح المعبرة هى تلك التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة ومتلاقية معها، ومن ثم كان حقا على ولى الأمر عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما مالم يكن إثمًا، وكان واجبا كذلك ألا يشرع حكما يضيق على الناس أو يرهقهم فى أمرهم عسرا، وإلا كان مصادما لقوله تعالى "مايريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج".

وحيث إن الطلاق وقد شرع رحمة من الله بعباده، وكان الطلاق هو من فرق النكاح التى ينحل الزواج الصحيح بها بلفظ مخصوص صريحا كان أم كناية، ولذلك حرص المشرع فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية وتعديلاته - وفقا لما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - على عدم وضع قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة طرق =

= الإثبات المقررة، غير أن المشرع قد انتهج في النص الطعين نهجا مغايرا في خصوص إثبات الطلاق عند الإنكار، فلم يعتد في هذا المجال بغير طريق واحد هو الإشهاد والتوثيق معا، بحيث لايجوز الإثبات بدليل آخر، مع تسليم المشرع في ذات الوقت - كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه - بوقوع الطلاق ديانة، وهذا النص وإن وقع في دائرة الاجتهاد المباح شرعا لولى الأمر، إلا أنه - في حدود نطاقه المطروح في الدعوى الماثلة - يجعل المطلقة في حرج ديني شديد، ويرهقها من أمرها عسرا، إذا ما وقع الطلاق وعلمت به وأنكره المطلق، أو امتنع عن إثباته إضرارا بها، مع عدم استطاعتها إثبات الطلاق بالطريق الذى أوجبه النص المطعون فيه، وهو مايتصادم مع ضوابط الاجتهاد، والمقاصد الكلية للشريعة الإسلامية، فضلا عما يترتب على ذلك من تعرض المطلقة لأخطر القيود على حريتها الشخصية وأكثرها تهديدا ومساسا بحقها في الحياة، التى تعتبر الحرية الشخصية أصلا يهيمن عليها بكل أقطارها، تلك الحرية التى حرص الدستور على النص فى المادة (٤١) منه على أنها من الحقوق الطبيعية التى لايجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه، والتى يندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التى لاتكتمل الحرية الشخصية فى غيبتها، ومن بينها حقى الزواج والطلاق وما يتفرع عنهما، وكلاهما من الحقوق الشخصية التى لاتتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها، ولاتعمل بعيدا أو انعزالا عن التقاليد التى تؤمن بها الجماعة، بل تعززها وتزكيها بما يصون حدودها ويرعى مقوماتها، ومن أجل ذلك جعل الدستور فى المادة (١/١) منه قوام الأسرة الدين والأخلاق، كما جعل رعاية الأخلاق والقيم والتقاليد والحفاظ عليها والتمكين لها، التزاما دستوريا على عاتق الدولة بسلطاتها المختلفة والمجتمع ككل، ضمنه المادتين (٢/١، ١٢) من الدستور، والذى غدا إلى جانب الحرية الشخصية قيда على السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تأتى عملا يخل بهما، ذلك أنه وإن كان الأصل فى سلطة المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، إلا أن المشرع يلتزم بما يسنه من قوانين باحترام الأطر الدستورية لممارسته لاختصاصاته، وأن يراعى كذلك أن كل تنظيم للحقوق لايجوز أن يصل فى منتهاه إلى إهدار هذه الحقوق أو أن ينتقص منها، ولا أن يرهق محتواها بقيود لاتكفل فاعليتها، الأمر الذى يضحى معه هذا النص فيما تضمنه من قصر الاعتداد فى إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق، دون غيرهما من طرق الإثبات المقررة، مخالفا للمواد (٢، ٩، ١٢، ٤١) من الدستور.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

« إذ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ ١٥/١/٢٠١٦ في الدعوى رقم ١١٣ لسنة ٢٠١٦ ق دستورية بعدم دستورية نص المادة (٢١) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فيما تضمنه من قصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق. وقد نشر الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٤/١/٢٠١٦ وكان الحكم المطعون فيه قد أخذ بأسباب الحكم الابتدائي الذي أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنين بإثبات حصول طلاق المطعون ضدها من والدهما قبل وفاته استناداً لنص المادة (٢١) المشار إليها وباعتبارها قيداً على حق الطاعنين في جواز إثبات دعواهما بجميع طرق الإثبات الشرعية بما في ذلك البيئة الشرعية رغم القضاء بعدم دستورية ذلك النص فإنه يكون قد خالف القانون».

(طعن رقم 592 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2012/5/8)

ويترتب على هذا القضاء أنه أصبح من الجائز إثبات الطلاق عند الإنكار بطرق الإثبات الشرعية التي عرضناها سلفاً وهي الإقرار والبيئة واليمين ويجوز هذا الإثبات على كافة وقائع الطلاق السابقة على صدور الحكم ما لم يصدر بشأنها حكم بات.

٨٠٠- إجراءات الإشهاد على الطلاق وتوثيقه :

١- عند طلب الزوجين الإشهاد على الطلاق وتوثيقه، يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، بأن يبين لهما الآثار المادية والاجتماعية والنفسية للطلاق وانعكاساته الضارة على تربية الأولاد وتنشئتهم.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة (٢١) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فيما تضمنه من قصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق.

٢- إذا لم يقلع الزوجان عن طلب الإشهاد على الطلاق وتوثيقه، وجب على الموثق دعوتهما إلى أن يختار كل منهما حكماً من أهله للتوفيق بينهما.
فإذا امتثل الزوجان واختارا الحكمين، وأفلح الحكمان في التوفيق بينهما وأقلع الزوجان عن طلب الإشهاد على الطلاق وتوثيقه فقد انتهى الأمر.
أما إذا لم يفلح الحكمان في مهمتهما، كان على الموثق الإشهاد على الطلاق وتوثيقه.

ويكون الإشهاد بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، تتوافر فيهما الشروط التي يتطلبها المذهب الحنفي والتي عرضنا لها في الكتاب الأول عند تناول الإشهاد على الزواج.

٣- إذا طلب الموثق من الزوجين اختيار الحكمين ولكنهما رفضا وأصرّا معاً على إيقاع الطلاق فوراً، أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج وحده أنه أوقع الطلاق، وجب على الموثق توثيق الطلاق في الحال بعد الإشهاد عليه.
وكان مشروع المادة- كما ورد من الحكومة وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب - تنص في فقرتها الخامسة على أن: «وعلى الموثق اتخاذ الإجراءات اللازمة لجمع الحكمين لأداء مهمتهما - في الحالات التي تقتضي ذلك - وتيسيرها لهما بالتوجيه والنصح والإرشاد.
إلا أن هذه الفقرة حذفت عند مناقشة المادة بمجلس الشعب.

٤- إذا حضر الزوج وحده - دون الزوجة - أمام الموثق وطلب الإشهاد على الطلاق وتوثيقه، فلا يلتزم الموثق بإخطار الزوجة بعزم زوجها على طلاقها، ودعوتها للحضور أمامه لتبصيرها بمخاطر الطلاق أو دعوتها إلى تعيين حكم من أهلها، كما لا يكلف الزوج باختيار حكم من أهله، وإنما يكفي أن يبصر الزوج بمخاطر الطلاق.

فإذا أصر على إيقاع الطلاق فوراً أو قرر أنه أوقع الطلاق وجب توثيق الطلاق في الحال بعد الإشهاد عليه.

وكانت المادة كما وردت بمشروع القانون المقدم من الحكومة وأقرتها اللجنة المشتركة بمجلس الشعب تنص في فقرتها الثالثة والرابعة على أنه:

«وإن حضر الزوج ولم تحضر الزوجة، وجب على الموثق أن يطلب من الزوج اختيار حكم من أهله، ويعلن الزوجة بعزم الزوج على تطليقها بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول يتضمن اسم الحكم الذى عينه الزوج ووجوب تعيينها لحكم من أهلها خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمها لهذا الكتاب، وأن تقدم للموثق بياناً باسم حكمها.

ولا يجوز الإشهاد على الطلاق وتوثيقه إلا إذا مضت مدة لا تقل عن شهر تبدأ من تاريخ مثول الزوجين أمام الموثق واختلافهما على إيقاع الطلاق، أو انقضاء الأيام السبعة المشار إليها فى الفقرة السابقة بحسب الأحوال - وثبتت تعذر تسوية النزاع بينهما من تقرير الحكمين، أو ثبتت أنهما أو أيا منها قد أعرض عن اللجوء إلى التحكيم، على إصرار الزوج على طلاق زوجته»، إلا أن هاتين الفقرتين حذفتا من المادة عند مناقشتها بمجلس الشعب.

٦- يجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات فى تاريخ توقيع كل منهما على النموذج المعد لذلك.

٧- تطبق جميع الأحكام السابقة فى حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق فى ذلك فى وثيقة الزواج.

وقد رددت الأحكام السابقة المادة (٤٠ مكرراً) من لائحة المأذونين المضافة بالمادة الثانية من قرار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ (المنشور بالوقائع المصرية العدد ١٨٤ فى ١٥/٨/٢٠٠٠ والمعمول به من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٦) إذ نصت على أن: «على المأذون - عند طلب توثيق الطلاق - أن يتبع الإجراءات الآتية:

أولاً: إذا حضر الزوجان وأصرا على إيقاع الطلاق فوراً، أو قررا أن الطلاق قد وقع أو حضر الزوج وقر أنه أوقع الطلاق، أو حضرت الزوجة وقررت أنها قامت بتطليق نفسها من زوجها بمقتضى الحق الثابت لها بوثيقة رسمية وجب على المأذون توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

ثانياً: إذا حضر الزوجان وقررا أن الطلاق لم يقع بعد، وأبدى الزوج رغبته فى إيقاعه - ولم تصر الزوجة عليه، أو أبدت الزوجة رغبته فى تطليق

نفسها بمقتضى الحق الثابت لها بوثيقة رسمية ولم يصر الزوج على ذلك، وجب على المأذون تبصرة الطالب بمخاطر الطلاق ويدعو الزوجين إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما خلال أجل يتفقان عليه، ويثبت ذلك على النموذج الخاص المعد لهذا الغرض، على أن يدون فيه اسم الحكمين المختارين والميعاد الذى اتفق عليه الزوجان لإجراء التوفيق مع تكليفهما بإخطار الحكمين، ولطالب إيقاع الطلاق أو الزوجين مد ميعاد إجراء التوفيق لأجل أو آجال أخرى، ولا يتم توثيق الطلاق فى هذه الحالة إلا إذا عجز الحكمان عن التوفيق أو تحققت إحدى الحالات المشار إليها فى البند أولاً.

ثالثاً: إذا حضر الزوج وحده وطلب إيقاع الطلاق وتوثيقه أو حضرت الزوجة وحدها وطلبت تطليق نفسها من زوجها بمقتضى الحق الثابت لها بوثيقة رسمية، وجب على المأذون - بعد تبصرة الطالب بمخاطر الطلاق ودعوته إلى اختيار حكم من أهله - أن يخطر الغائب من الزوجين لشخصه على يد محضر بعزم زوجه على الطلاق وباسم الحكم الذى اختاره، ويدعوه إلى اختيار حكم من أهله، وذلك كله لإنجاز التوفيق خلال أجل مناسب من تاريخ وصول الإخطار إليه، ويكون الإعلان على العنوان الذى حدده فى وثيقة الزواج لتلقى الإعلانات فيه، فإن كانت الوثيقة سابقة على تدوين هذا البيان، فيلتزم المأذون باتخاذ كافة ما يلزم من إجراءات بما فى ذلك الاستعانة برجال الإدارة للتحقق من إخطار الغائب من الزوجين لشخصه.

ولا يتم توثيق الطلاق فى هذه الحالة إلا إذا عجز الحكمان عن التوفيق أو تحققت حالة من الحالات المشار إليها فى البند أولاً.

ويجب على المأذون أن يثبت فى إشهاد الطلاق ما يفيد استنفاد طرق التحكيم المشار إليها فى هذه المادة».

وقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من اللائحة (المستبدلة بالمادة الأولى من القرار الوزارى سالف الذكر) على المأذون - عند طلب إيقاع الطلاق وتوثيقه - أن يثبت كافة ما يتخذه من إجراءات التحكيم سالف الذكر على النموذج المرفق بالقرار الوزارى ويكون ذلك من أصل وصورة. فإذا تم التوفيق

بين الزوجين يستبقى الأصل والصورة محفوظة بالدفتر، وإن لم يسفر التحكيم عن التوفيق بينهما يقوم المأذون بتسليم صورة نموذج التحكيم مع صورة إشهاد الطلاق إلى أمين السجل المدني ويستبقى الأصل محفوظة بالدفتر.



موضوع رقم (١٣)

بدء سريان آثار الطلاق

(أ) - حكم الفقرة الثالثة من المادة (٥ مكررا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة : ١٩٨٥

٩... - نص الفقرة :

«تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به»^(١).

.... - متى تسرى آثار الطلاق؟

فرق نص الفقرة الثالثة من المادة (٥ مكررا) في بدء ترتيب آثار الطلاق بين الآثار غير المالية للطلاق والآثار المالية للطلاق. فالآثار غير المالية مثل مدة العدة وحق الزوج في مراجعة مطلقته وبعض أحكام النسب، تترتب على تاريخ إيقاع الطلاق ولو أخفى الزوج الطلاق عن زوجته، لأن هذه الآثار من حقوق الله والاحتياط فيها واجب فتبدأ العدة مثلا من تاريخ الطلاق لأن العدة أجل حدده الشارع بعد حصول سببها وهو الطلاق فتوجد دون توقف على العلم بها.

أما آثار الطلاق المالية، كالميراث^(٢) ونفقة العدة والمتعة ومؤخر الصداق

(١) وكان يقابل هذه الفقرة في القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الفقرة الثانية من المادة (٥ مكررا) ونصها الآتي:

«تترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به».

(٢) تصريح الدكتور محمد علي محبوب - مقرر اللجنة المشتركة حال مناقشة المادة وقد جاء به أنه: «حينما استمعا إلى رأى مجمع البحوث الإسلامية في هذه المادة كنا أمام أمرين: حق الله وحق الإنسان، وطبقا للنص الشرعى كما استقر عليه جمهور الفقهاء أن العدة حق من حقوق الله وأن الاحتياط فيها واجب، فقلنا نأخذ برأى جمهور الفقهاء الذى يقرر أن آثار الطلاق تترتب جميعها فور إيقاع الطلاق وصدوره من الزوج، ولقد أخذنا برأى بعض فقهاء المذهب الحنفى الذى قرر أن جميع آثار الطلاق لا تترتب إلا من تاريخ علم الزوجة به بما فيها العدة، ولكننا أثرنا رأى جمهور الفقهاء فى العدة محافظة على حقوق الله باعتبار أن العدة حق من حقوق الله. والمقصود من هذا النص أن نحافظ=

فإنها تترتب من تاريخ إيقاع الطلاق، إلا إذا أخفاه الزوج عن زوجته، فإنها لا تترتب إلا من تاريخ علمها بالطلاق، فتظل المطلقة تتقاضى حقوقها المالية كزوجة حتى يتحقق علمها بالطلاق، فإذا علمت بالطلاق، فإنه يبدأ من تاريخ هذا العلم حقها في المطالبة بحقوقها المالية.

وإخفاء الزوج الطلاق عن زوجته، يعنى تعمد الزوج إخفاء الطلاق. ويكون ذلك بأن يوقع الطلاق شفويا دون توثيقه أو إخبار الزوجة، أو بأن يوثق الطلاق ثم يتواطأ مع الموثق على عدم قيام الأخير بالتزامه بإعلان المطلقة بإيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر إنما لا يكون الزوج عامدا إخفاء الطلاق عن زوجته، إذا وثق الطلاق وأهمل المأذون في القيام بالتزامه بإعلان المطلقة بإيقاع الطلاق.

وتعتبر المطلقة عالمة بالطلاق إذا حضرت توثيقه، وبإعلانها بإيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر إذا لم تحضر توثيقه، فإذا لم تعلن بإيقاع الطلاق فإنه يفترض عدم علمها به، ويقع على من يدعى عكس هذا الافتراض عبء إثبات ما يدعيه. وهذا لا يمنع المطلقة من إثبات علمها بالطلاق بكافة طرق الإثبات الشرعية.

وقد تغيا النص من سريان الآثار المالية للطلاق من تاريخ علم المطلقة بالطلاق في حالة إخفاء المطلق الطلاق عنها، الحفاظ على حقوق المطلقة المالية، إذا أخفى الزوج الطلاق عنها إضرارا ونكاية بها⁽¹⁾.

= على حق المطلقة إذا أخفى الزوج الطلاق عنها إضرارا ونكاية بها، لأن الحقوق المالية كالميراث، والنفقة، ومؤخر الصداق، كل هذه الحقوق لا تسقط بالتقادم إلا من تاريخ علم هذه المطلقة بهذا الطلاق... الخ».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص4)

ورغم أن الميراث حق مالى إلا أن النص خصه بالذكر، ثم أعقبه بعبارة «والحقوق المالية الأخرى» - وقد علل رئيس مجلس الشعب ذلك بقوله: «كان البعض يريد أن يقتصر على الحقوق المالية ولكنى طالبت اللجنة بوضع كلمة «الميراث» لإظهاره فقد يشك في أنه حق مالى لأن له صفة أخرى... الخ».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص13)

(1) راجع تصريح الدكتور محمد على محبوب سالف الذكر - تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

وقد أفصح المشرع بالمذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون وبتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن المصدر التشريعي للنص، إذ جاء بالمذكرة الإيضاحية ما يأتي:

«... وقد سبق لبعض فقهاء المذهب الحنفى أن واجهوا حال إخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة زجراً له، بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الإقرار ولا يعتد بإسناد الطلاق إلى تاريخ سابق «الدر المختار للحصفي وحاشية رد المحتار لابن عابدين الجزء الثانى فى باب العدة»... ورتبت هذه المادة آثار الطلاق طبقاً لما قرره جمهور الفقهاء بأنه من وقت وقوعه، وهذه هى القاعدة العامة فى آثار الطلاق وأخذ المشروع رأى بعض فقهاء الأحناف وابن حزم الظاهري بأن تكون آثار الطلاق من وقت العلم به بالنسبة للزوجة فى حالة ما إذا كتم الزوج طلاق الزوجة أو أخفاه عنها... الخ»⁽¹⁾.

(1) وتفسير المذكرة الإيضاحية لعبارة «لو كتم طلاقها لم تنقضى العدة زجراً له» أن الزوج «إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الإقرار» وهو التفسير الذى استندت إليه فى الحكم الذى ورد بالمادة غير صحيح، ولذلك لا يجد هذا الحكم سنده فى الفقه الحنفى الذى استدل به الشارع، ويبين ذلك من عرض عبارة متن تنوير الأبصار مع شرحه الدر المختار، الذى استند إليه الشارع وبما قاله ابن عابدين تعليقاً عليها.

فقد جاء فى تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار - حاشية ابن عابدين ج ٢ الطبعة الثانية ص ٥٢٠ وما بعدها ما يأتي:

«ومبدأ العدة بعد الطلاق وبعد الموت على الفور وتنقضى وإن جهلت المرأة بهما أى بالطلاق والموت لأنها أجل فلا يشترط العلم بمضيه سواء اعترف بالطلاق أو أنكره فلو طلق امرأته ثم أنكره وأقيمت عليه بينة وقضى القاضى بالفرقة كان ادعته عليه فى شوال وقضى به فى المحرم فالعدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء بزانية. وفى الطلاق المبهم من وقت البيان، ولو شهدا بطلاقها ثم بعد أيام عدلاً فقضى بالفرقة فالعدة من وقت الشهادة لا القضاء، بخلاف ما لو أقر بطلاقها منذ زمان ماض فإن الفتوى أنها من وقت الإقرار مطلقاً نفياً لتهمة المواضعة. لكن إن كذبت فى الإسناد أو قالت لا لا أدري وجبت العدة من وقت الإقرار ولها النفقة والسكنى. وإن صدقته فكذلك غير أنه =

= إن وطئها لزمه مهر ثان اختيار، ولا نفقة ولا كسوة ولا سكنى لها لقبول قولها على نفسها خانية. وفيها: أبانها ثم أقام معها زمانا، إن مقرا بطلاقها تنقضى عدتها لا أن منكرا. وفي أول طلاق جواهر الفتاوى: أبانها وأقام معها فإن اشتهر طلاقها فيما بين الناس تنقضى وإلا لا، وكذا لو خالعه، فإن بين الناس وأشهد على ذلك تنقضى وإلا لا وهو الصحيح وكذا لو كتم طلاقها لم تنقض زجرا: أ هـ وحينئذ فمبدؤها من وقت الثبوت والظهور».

ويقول ابن عابدين تعليقا على هذه العبارة الأخيرة (ص ٥٢١ وما بعدها):
(أى زجرا له عن الكتمان، وهذا التعليل ذكره في الخانية، وتقدم تعليل آخر وهو قوله نفيا لتهمة المواضعة، وهو مذكور في الهداية، وذكر هذه المسألة مكرر بما مر في المتن لأنه مفروض فيما لو كتم طلاقها ثم أخبر به بعد زمان كما مر وفي بعض النسخ ولذا باللام وهي أولى.

والحاصل أنه إن كتمه ثم أخبر به بعد مدة الفتوى على أنه لا يصدق في الإسناد بل تجب العدة من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبت، وإن لم يكتمه بل أقر به من وقت وقوعه، فإن لم يشتهر بين الناس فكذا، وإن اشتهر بينهم تجب العدة من حين وقوعه وتنقضى إن كان زمانها مضى... إذا علمت هذا التفصيل الذى ذكرنا حاصلة ظهر أن هذه المسائل إذا لم يكن الطلاق فيها مشتهرا يكون مبدأ العدة من وقت الثبوت أى ثبوت الطلاق وظهوره بينهم، فقوله والظهور عطف تفسير أى يكون مبدؤها من وقت إقراره به بين الناس فتكون هذه المسائل مستثناة (أيضا من قوله ومبدأ العدة بعد الطلاق بخلاف ما إذا كان مشتهرا من الأصل فإنها تكون من وقت الطلاق، وقد علمت أن الإقرار فى عبارة الخانية بمعنى الإشهار بين الناس من حين التطليق».

وقال فى تفسير الإقرار بالطلاق فى صحيفة ٥٢١: «الظاهر أن المراد إقراره به بين الناس لا مجرد إقرار به عندها مع تصديقها له، وأن المراد إقراره به من حين التطليق.. فأشار إلى أنه لا فرق فى اشتراط الاشتهار بين كونها عالمة أو لا فافهم قوله وأشهد أشار إلى أن الاشتهار لابد أن يكون بإقراره بين الناس لا بمجرد سماعهم من غيره وإلى أن إقراره عند رجلين يكفى فلا يلزمه الإقرار عند أكثر...».

ووضح من العبارات السابقة أن الفقه الحنفى الذى استند إليه الشارع يذهب إلى أن آثار الطلاق (ومنها العدة) تترتب كأصل عام من وقت وقوع الطلاق وقد استثنى من هذا الأصل حالة كتمان الزوج للطلاق، وأن المقصود بكتمان الطلاق كتمانها عن الناس لا المرأة، وأن إشهار الطلاق يتحقق بالإقرار به عند رجلين، وأنه متى أشهر الطلاق تترتب آثاره من وقت الطلاق ولا أثر لعدم علم المرأة به.

وجاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب ما يأتي :

«وقد استند الاقتراح بمشروع القانون في هذه الأحكام إلى ما قرره الجمهور في شأن القاعدة العامة في ترتيب آثار الطلاق فور وقوعه وإلى رأى بعض الفقهاء الأحناف في حالة إخفاء الطلاق عن الزوجة فلا تبدأ الآثار إلا من وقت علم الزوجة به وذلك زجرا للزوج، ومعاملة له بنقيض قصده».

وكانت الفقرة الثانية من المادة (٥ مكررا) من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المضافة للنص الحالي تنص على أن: «وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به»، فكانت آثار الطلاق جميعا تسرى بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها بها دون تفرقة بين الآثار المالية والآثار غير المالية.

(ب) - حكم المادة ٢١ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون

تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية :

١١١ - نص المادة :

«لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، فإن أصر الزوجان معا

= وأن المراد بالإقرار، إقرار الزوج بين الناس لا عند المرأة، وأنه إذا أقر الزوج بالطلاق وأسندته إلى زمن ماض فالفقوى على أن آثار الطلاق تترتب من وقت الإقرار مطلقا سواء صدقته الزوجة أو قالت لا أدري أو كذبتة نفيا لتهمة المواقعة أى الاتفاق بين الزوجين على الإقرار بالطلاق وإسناده إلى زمن ماض تكون العدة قد انقضت فيه ليصح إقرار المريض لها بالدين أو ليتزوج أختها أو أربعا سواها، غير أنها إذا صدقته فلا نفقة لها ولا كسوة لقبول قولها على نفسها.

وكان يكفي الشارع الاستناد في الحكم الذي أتى به إلى رأى الظاهرية فقد ذهب ابن حزم الظاهري إلى أن الطلاق لا يلزم الزوجة ولا تترتب آثاره بالنسبة لها إلا إذا بلغها الخبر من تصدقه أو بشهادة تقبل في الحكم.

(راجع: الدكتور محمد بلتاجي - دراسات في الأحوال الشخصية طبعة ١٩٨٠هـ - ١٩٨٠هـ - ص ٢٢ وما بعدها- الدكتور محمد مصطفى شلبى - ملحق لكتاب أحكام الأسرة فى الإسلام طبعة ١٩٨٠هـ - ١٩٨٠هـ ص ٤٤ وما بعدها).

على إيقاع الطلاق فوراً، أو قرراً معاً أن الطلاق قد وقع أو أقر الزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج.

ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ توقيع كل منهما على النموذج المعد لذلك، ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية».

١١٢- التعديل الوارد بالمادة بشأن آثار الطلاق:

التعديل الوارد بالمادة بشأن آثار الطلاق يخلص فيما يأتي:

- ١- أن آثار الطلاق غير المالية لا تترتب من تاريخ إيقاعه إلا إذا كان ثابتاً بالإشهاد ووثيقة رسمية، ما لم تنكر الزوجة الطلاق.
- ٢- أن الزوجة إذا ادعت وقوع الطلاق وأنكره الزوج فلا يثبت الطلاق إلا بالإشهاد ووثيقة رسمية.

١١٣- واجبات الموثق عند طلب الإشهاد والتوثيق:

راجع بند (٠٠٨).

١١٤- ما يعتد به في إثبات الطلاق في حق الزوجين:

لا يعتد في إثبات الطلاق في حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضراً لإجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية.



موضوع رقم (١٤)

الإيلاء - الظهار - اللعان

أولاً : الإيلاء

١١٥- تعريف الإيلاء:

الإيلاء لغة عبارة عن اليمين مطلقاً، يقال آلى يولى إيلاءً إذ حلف. وفى الشريعة عبارة عن حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر، سواء كان الحلف بالله أو بصفة من صفاته أو بتعليق القربان على فعل يشق على النفس إتيانه^(١).

وقد كان هذا النوع من الإيلاء فى الجاهلية يلحق الضرر البالغ بالمرأة لطول مدة المنع، وكان يتكرر هذا الحلف حتى يصل إلى التحريم المؤبد فتصير بذلك المرأة كالمعلقة لا هى بذات الزوج لها حقوق الزوجية ولا هى خالية من الزوج تبحث لها عن زوج آخر، فخفف الشارع عنها بجعل أمد الإيلاء مدة قصيرة ألزم الزوج فيها إما الرجوع عن مقتضى يمينه أو فراقها.

والشارع لم يرفع الإيلاء من أساسه مع أن فيه إيلاء المرأة بحرمانها من أمر لازم لطبيعتها البشرية وإشعارها بكرهة زوجها وانصرافه عنها، لأنه لا يخلو من فائدة تعود على الحياة الزوجية، فقد يكون نوعاً من التأديب لها إذا كان الباعث عليه أمراً يرجع إليها كإتيانها فعلاً ينفره منها فهجرها بهذا اليمين يحملها على تلافى سببه فتصفو الحياة الزوجية.

وقد يكون علاجاً له إذا كان السبب منه لأن بعده عنها قد يثير فى نفسه الشوق إليها فيعود إليها نادماً على إساءتها مصراً على حسن عشرتها، فإذا مرت المدة دون أن يجد نفسه مالت إليها فارقها ببسر وسهولة.

فيكون الإبقاء عليه بهذه الصورة من عوامل دعم الحياة الزوجية أو إنهائها بالمعروف^(٢).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢٢.

(٢) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٦٢٨ وما بعدها.

١٦٦- ركن الإيلاء:

ركن الإيلاء هو الصيغة الدالة على منع الزوج نفسه من قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر منعاً مؤكداً باليمين بالله أو بصفة من صفاته أو بالتزام ما يشق عليه إتيانه.

كأن يقول الرجل: «والله لا أقربك أربعة أشهر» أو يعين مدة أكثر كسنة أو سنتين، أو يقول «والله لا أقربك أبداً» أو «وقدره الله لا أقربك تماماً» وكذلك لو أطلق عن القيد بزمان كأن يقول «والله لا أقربك» لأن الإطلاق ينصرف إلى التأييد^(١).

والإيلاء بالتزام أمر شاق على النفس كأن يقول: «إن قاربك في مدة أربعة أشهر فعلى حج أو عمرة أو صلاة مائة ركعة أو صوم شهرين متتابعين» أو يقول «إن قاربك في مدة أربعة أشهر فأنت طالق أو فامرأتى الأخرى طالق». وعلى ذلك لا يكون إيلاء، امتناعه عن قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر من غير أن يتلفظ بما يدل على الامتناع. أو إذا تلفظ من غير أن يؤكد ذلك باليمين بالله أو بصفة من صفاته أو بالتزام أمر شاق. كأن يحلف بأبيه أو بولي من الأولياء.

وكذلك لا يكون إيلاء إذا قصر الامتناع عن القربان في مكان لعينه أو في حالة خاصة.

وكذلك إذا علق عدم القربان على أمر لا يشق على النفس كصلاة ركعتين أو التصدق بخمسة قروش وليس من الإيلاء أيضاً أن يحلف على أقل من أربعة أشهر لقول ابن عباس: «لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر»^(٢). وألفاظ الإيلاء تنقسم إلى قسمين: صريح وكناية.

(١) البحر الرائق ج ٤ ص ٣٠٠.

(٢) شرح فتح القدير ج ١ ص ١١٧ - وقد خالف الأئمة الثلاثة في المدة، واشترطوا أن تكون أكثر من أربعة أشهر أو مطلقة عن التقيد لأن الآية وضعت لعدم قربان المرأة حدا لا ينبغي للزوج أن يتعداه وهو أربعة أشهر، وهو لا يطالب فيها بشيء فلا بد أن يزيد عليها ليطالب بالفئ أو الطلاق.

فالصريح هو ما دل على المقصود من غير احتمال شيء آخر، كأن يقول الرجل: «والله لا أقربك أو لا أجامعك أو لا أغتسل لك من جنابة وما شاكل ذلك» وهذا يكون إيلاء ولا يصدق الرجل إذا ادعى أنه قصد به شيئاً آخر. والكناية هو ما احتمل معنى الإيلاء ومعنى آخر، كأن يقول الرجل: «والله لا أغشاك أو لا أمسك، أو لا أدخل عليك، أو لا أجمع رأسى ورأسك». وهذا لا يكون إيلاء إلا بالنية، فلو ادعى أنه أراد به غير المخالطة صدق قضاء.

والإيلاء يكون منجزاً، كما يكون معلقاً على شرط، كأن يقول إن دخلت بيت فلانة فوالله لا أقربك أربعة أشهر، أو مضافاً إلى زمن مستقبل، كأن يقول والله لا أقربك أربعة أشهر من أول الشهر القادم. وتبدأ مدة الإيلاء في المنجز عقب التلفظ بعباراته، وفي المعلق من وقت تحقق الشرط وفي المضاف بمجيئ أول الوقت^(١).

١١٧- شروط الإيلاء:

يشترط لصحة الإيلاء ما يأتي:

١- أن يكون الرجل أهلاً للطلاق - عند أبي حنيفة - لأن الإيلاء مصيره إلى طلاق بائن إذا بر الرجل فيه ولم يقرب امرأته مدة أربعة أشهر، وكذلك يجب أن يكون بالغاً عاقلاً كما يلزم ذلك في الطلاق فلا يصح إيلاء المجنون والصبي وإن كان مميزاً^(٢).

٢- أن تكون المرأة محلاً له بأن تكون زوجة أو معتدة من طلاق رجعي ويصح عند الحنفية أن يكون الإيلاء معلقاً على التزوج بالمرأة كأن يقول لأجنبية: «إن تزوجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر» وهذا يتمشى مع رأيهم في صحة تعليق الطلاق على التزوج بالمرأة.

(١) ووافق الأحناف في ذلك الشافعية والمالكية، وذهب الحنابلة إلى أن الإيلاء لا يكون إلا منجزاً.

(٢) أما الصحابان فالشرط عندهما أن يكون الرجل أهلاً للكفارة التي تترتب على الحنث في اليمين، فلا يصح الإيلاء من غير المسلم لأن الكفارة عبادة لا تصح منه، أما أبو حنيفة فذهب إلى أن إيلاءه صحيح ولكنه إذا حنث لا يلزم بالكفارة.

١١٨ - حكم الإيلاء:

قال تعالى فى سورة البقرة: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۚ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (١) وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢﴾.

فإذا حلف الرجل على عدم قربان زوجته لمدة أربعة أشهر أو أكثر فإنه يكون إزاء أمرين: أن يفئ إلى زوجته خلال مدة أربعة أشهر وبذلك لا يكون قد فعل المحلوف عليه، أو لا يفئ إليها خلال هذه المدة.

فإذا فاء الرجل إلى زوجته قبل مضى أربعة أشهر، بطل الإيلاء ووجب عليه ما التزمه باليمين، فإن كان حالفا بالله أو بصفة من صفاته كان عليه كفارة اليمين، وهى إطعام عشرة مساكين يوما أو كسوتهم أو تحرير رقبة، فإن لم يكن ذلك فى استطاعته فالواجب صوم ثلاثة أيام متتالية^(١)، لقول النبى عليه السلام: «من حلف على يمين فرأى فى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير». وإذا كان قد التزم صوما أو حجا أو صدقة لزمه ذلك وإذا كان قد التزم طلاق زوجة له فإنها تطلق بالحنث فى يمينه. وإذا كان الرجل عاجزا عن مقاربة زوجته لعذر كمرضه أو مرضها أو بعده عنها واستمر هذا العجز حتى آخر مدة الإيلاء، يكون فيؤه بالقول كأن يقول: «فئت إلى زوجتى أو رجعت عما قلت» لأنه لما كان غير قادر على الجماع وقد أذاها بالمنع فيكون إرضاؤها باللسان.

وإذا فاء الرجل بالقول فإنه لا يعد حائثا فى يمينه ولا تلزمه الكفارة ولا يجب عليه الأمر المعلق عليه الحلف لأن الفئ الذى تنحل به اليمين هو المعاشرة الحقيقية^(٢).

(١) التتابع شرط عند الحنفية والحنابلة.

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ٦٧ - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٢ ص ١٢. وذهب الشافعى

إلى أن الفئ لا يكون إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي.

أما إذا بر الرجل في يمينه بأن كان الإيلاء على مدة معينة كأربعة أشهر أو خمسة، فمضت هذه المدة دون أن يفئ إلى زوجته مع القدرة عليه، فإن زوجته تطلق عليه طلاقاً بائناً بمضى المدة عند الحنفية لأن الآية السابقة تدعو إلى الفئ في المدة فإن لم يفئ إلى زوجته في المدة فقد عزم الطلاق^(١). ولا يحتاج الطلاق لإيقاع منه أو لحكم القاضي به وبعد وقوع الطلاق ينتهي الإيلاء^(٢).

أما إذا كان الإيلاء على الأبد سواء صرح بذلك أو أطلق اليمين عن التقييد، كأن يقول لزوجته: «والله لا أقربك أبداً أو والله لا أقربك»، فلا ينتهي حكم الإيلاء بمضى الأربعة أشهر الأولى من غير قربان، بل يقع بمضيها طلاقاً بائناً، لأن الحنث لم يوجد ليرتفع به الإيلاء، فإن عقد عليها بعد ذلك ثم مضى أربعة أشهر دون أن يقربها وقعت عليها طلاقاً أخرى بائنة، وهكذا إذا مضت مدة ثلاثة بعد العقد عليها فتحرم عليه حتى تتزوج بآخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهي عدتها، فإذا عادت إلى زوجها الأول بعد ذلك فإنها تعود إليه بحل جديد ولا يبقى أثر للإيلاء، فإذا لم يقربها مدة أربعة أشهر لا يقع عليها طلاق، ولكنه يبقى أثر الإيلاء بالنظر إلى الحنث، فلو حصل قربان فإنه يلزم الجزاء الذي التزمه الرجل بالحنث.

ويسرى حكم الإيلاء المؤبد على الإيلاء الذي تحدد له مدة تزيد على أربعة أشهر كسنة أو سنتين مثلاً، فإنه كلما مضت أربعة أشهر من غير قربان بعد تجديد العقد على المرأة فإنه يقع بذلك طلاق بائن، حتى تنتهي المدة المعينة أو يكون الحنث بالقرب فتجب كفارة اليمين، أو ما التزم من الجزاء^(٣).

(١) بداية المجتهد ج ٤ ص ... - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١.

(٢) أما المالكية والشافعية والحنابلة فيذهبون إلى أنه لا يثبت على المرأة طلاق بمجرد انتهاء المدة، بل لا بد من إنشاء عبارة الطلاق، فيطلب من الرجل أن يفئ إلى امرأته أو يطلقها، فإن لم يفعل طلق عليه القاضي، والطلاق الذي يكون منه أو من القاضي يقع رجعياً. والفقهاء عندهم يكون بعد انتهاء مدة الإيلاء بخلاف الحنفية فإنه عندهم يجب أن يكون قبل انتهاء المدة.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٥ وما بعدها - الهداية ج ٢ ص ١٢ - عبد الرحمن تاج

١١٩- وصف الطلاق بالإيلاء فى الفقه والقانون :

ذهب الأحناف إلى أن الطلاق بالإيلاء بائن، لأن وقوعه هنا لتخليص المرأة من ظلم الرجل وإبقائها كالمعلقة لا هى بزوجة لها حقوق الزوجية ولا هى بمطلقة تبحث لها عن زوج آخر^(١)، ولا يتحقق ذلك بالطلاق الرجعى لأن فى وسع الزوج أن يراجعها ويعيد الإيلاء.

أما الأئمة الثلاثة فقد ذهبوا على أن الطلاق بالإيلاء رجعى، لأن الأصل فى الطلاق أن يكون رجعياً حتى يكون من الشارع ما يدل على أنه بائن، ولا يقع الطلاق بمجرد انتهاء مدة الإيلاء بل لابد من إيقاع الزوج له فإن امتنع طلقها القاضى عليه.

وقد خلصنا سلفاً إلى أن الطلاق بالإيلاء فى ظل المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يقع رجعياً بالتفصيل الذى أوردناه فى موضعه.
(راجع فى التفصيل بند ١١٩)

ثانياً: الظهار

٢٠- تعريف الظهار:

الظهار لغة مصدر ظاهر مأخوذ من الظهر. ويقال ظاهر فلان فلاناً إذا جعل ظهره قبالة ظهره. ولما كان هذا الوضع قد يكون للمقاطعة والمدابرة وقد يكون للمؤازرة والمناصرة، استعمل فى المعنيين.
والمراد به فى اصطلاح الفقهاء تشبيه الرجل وزوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد أو بجزء محرم منه لا يحل له النظر إليه، كالבطن أو الفخذ أو الفرج^(٢).

(١) البحر الرائق ج ٤ ص ٦٢.

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ٩٤ - وقد جاء به: «وفى المصباح قيل إنما خص ذلك

بذكر الظهر لأن الظهر من الدابة موضع الركوب والمرأة مركوبة وقت الغشيان فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم هو ممتنع وهو استعارة لطيفة فكأنه قال ركوبك للنكاح حرام علي» - وقيل خص الظهر لأن إتيان المرأة من ظهرها كان حراماً فإتيان أمه من ظهرها أحرم فكثر التغليب (شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥)، وقيل الظهر مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن فكظهر أمي: أى كبطنها =

ويستوى أن تكون المرأة المشبه بها محرمة على الرجل بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة.

ومثل ذلك أن يقول الرجل لزوجته: «أنت على كظهر أمي، أو كبطن أختي أو عمتي أو خالتي أو زوجة ابني أو زوجة أبي... الخ».

أما لو شبه امرأته بجزء لا يحرم عليه النظر إليه من أمه أو غيرها من المحارم كالوجه والرأس فلا يكون مظاهرا. وكذلك لو شبه امرأته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤقتا مثل أن يقول لها: «أنت على كظهر أختك أو خالتك أو عمتك».

ولا يكون مظاهرا لو شبه زوجته بشيء محرم من غير النساء، مثل أن يقول لامرأته: «أنت على كالخمر أو الخنزير»، وإن نوى الطلاق فإنه يكون طلاقا^(١).

١٢١- ركن الظهار:

ركن الظهار هو الصيغة الدالة على تشبيه الزوجة بالمرأة المحرمة تحريما مؤبدا سواء كانت الصيغة ملفوظا بها أم كانت مكتوبة كتابة مستبينة.

وينقسم الظهار باعتبار هذه الصيغة إلى صريح وكناية.

فالصريح ما كان بصيغة لا تحتل في غالب الاستعمال معنى آخر غير الظهار مثل قول الرجل لامرأته: «أنت على كظهر أمي» ويقع به الظهار سواء نوى به الظهار أو لم ينو به شيئا.

والكناية ما كان بصيغة تحتل الظهار وغيره كقوله لها: «أنت على كأمي» أو «أنت مثل أمي» فإنه يحتل الظهار والطلاق والمائلة في الكرامة. فإذا نوى أيها صدق فيما ادعاه وعومل به. وإن لم ينو به شيئا فليس بشيء عند أبي حنيفة

= بعلاقة المجاورة ولأنه عموده (شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥) - وقبل الظهر لأن هذا كان استعمالهم في.

(١) وقد جاء بحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٧: «ولو قال لامرأته أنت على كالميتة والدم ولحم الخنزير اختلفت الروايات فيه، والصحيح أنه لم ينو شيئا لا يكون إيلاء وإن نوى الطلاق يكون طلاقا وإن نوى الظهار لا يكون ظهارا».

وأبى يوسف لاحتمال إرادة المماثلة في الكرامة لأمه، وقال محمد يكونظهارا لوجود التشبيه الذي هو أساس الظهار^(١).

وقد ذهبت دار الإفتاء المصرية إلى أن العرف جرى على استعمال مثل عبارات الكناية السابقة في الطلاق لاسيما عند من لا يعرفون معنى الظهار الشرعى ولا يقصدونه فإذا قصد بها الزوج الطلاق وقعت طلاق رجعية - طبقا للقانون - وإن لم يقصد بها الطلاق لا يقع شيء، وكانت لغوا.

إذ أفتت بتاريخ ٨/٣ / ١٤٠٠. في الطلب رقم ١٥٤ لسنة ١٤٠٠. بأن:

«أن قول هذا الزوج لزوجته في المرة الأولى «أنت مثل أمى وأختي» من كنيات الظهار وجرى العرف على استعماله في الطلاق لاسيما عند من لا يعرفون معنى الظهار الشرعى ولا يقصدونه. ومن ثم لا يقع بها الطلاق إلا بالنية. فإذا كان الزوج قد قصد وقت النطق بهذه العبارة الطلاق كان طلاقاً أولاً رجعياً. وإن لم يقصد بتلك العبارة الطلاق كان لغوا، ولا يقع بها شيء من الطلاق.... الخ».

وإذا قال لامرأته: «أنت على حرام كظهر أمى» فهو ظهار إن نوى به الظهار أو لم تكن له نية أصلاً لاشتغال الصيغة على صريح لفظ الظهار، وإن نوى به الطلاق كان طلاقاً بائناً عند أبى يوسف ومحمد لأن لفظ حرام من كنيات الطلاق وهو يحتمل الطلاق والظهار فمتى نوى به الطلاق فقد تعين المراد منه، فيقع به طلاق بائن ويكون قوله بعد ذلك - كظهر أمى - تأكيداً لهذه البينة.

وعند أبى حنيفة يكون ظهاراً برغم إرادة الطلاق، نظراً إلى صريح لفظ الظهار، فإن الصريح يثبت به حكم الظهار وإن قصد به معنى آخر فيكون قوله «كظهر أمى» تفسيراً للمواد من كلمة حرام.

والحق في الفتوى في مثل هذه الصيغة أن ينظر إلى حال الشخص الذى عبر بها، فإن كثيراً من العامة لا يعرفون معنى الظهار الشرعى، ولا يقصدون من مثل

(١) عبد الرحمن تاج ص ٢٨٠ - محمد مصطفى شلبى ص ٦٢٨.

هذا اللفظ إلا تأكيد التحريم، فينبغي أن يحمل هذا على أنه طلاق^(١) بائن طبقاً لمذهب الأحناف، وطلاق رجعي طبقاً للقانون.

وقد ذهبت دار الإفتاء المصرية إلى أن العرف جرى باستعمال مثل هذه العبارة في إنشاء الطلاق خصوصاً على السنة العامة الذي لا يعرفون الظهار الشرعي واعتبرتها طلاقاً رجعياً طبقاً للقانون إذ جاء بفتواها الصادرة بتاريخ 1963/7/6 في الطلب رقم 459 لسنة 1963 إلى أن:

«إن الصيغة الوارد بالسؤال وهو قوله لزوجته «تحرمي على أمي وأختي» كناية من كنايات الظهار قصد بها الطلاق لتصريحه بالحرمة. وقد جرى العرف باستعمال هذه العبارة في إنشاء الطلاق خصوصاً على السنة العامة الذين لا يعرفون الظهار الشرعي ولا يدرون شيئاً من أحكامه وألفاظه. فيقع بها طلاق رجعية وله مراجعتها حيث لا تزال في العدة لأن اليمين صدر منه وهي حامل ولم تضع حملها. ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال إذا كان الحال كما ذكر به. والله أعلم».

١٢٢- شروط الظهار:

يشترط الأحناف لصحة الظهار توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون المظاهر (الرجل) عاقلاً بالغاً مسلماً، فلا يصح ظهار المجنون والصبي ومن في حكم المجنون كالنائم والمدهوش والمغمى عليه.

فلا يصح ظهار الذمي لأن آيات الظهار وهي قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ۝ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ۚ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ

(١) عبد الرحمن تاج ص ٢٨١ - محمد مصطفى شلبى ص ٦٢٩.

سِتِّينَ مَسْكِينًا ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۖ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ^(١)، تتناول المسلم لدلائل أحدها أن أول الآية خاص في حق المسلمين وهو قوله عز وجل والذين يظاهرون منكم فقلوه «منكم» كناية عن المسلمين، لأنه تعالى قال «وإن الله لعفو غفور» والكافر غير جائز المغفرة، ولأن الظهار يثبت به تحريم مؤقت ينتهي بالكفارة والذمي ليس من أهل الكفارة لأنها أقرب إلى العبادات^(٢).

٢- أن تكون المظاهر منها، زوجة في زواج صحيح نافذ حقيقة أو حكماً، فيصح الظهار من المعتدة من طلاق رجعي، ولا يصح من المعتدة من طلاق بائن، ولا من كان زواجها فاسداً أو صحيحاً موقوفاً ولو أجاز العقد بعد ذلك من له الحق في إجازته لأن كل منهما حرام عليه بالفعل فلا يكون للظهار منها معنى. ويصح أن تكون المظاهر منها أجنبية إذا أضاف المظاهر الظهار إلى تزوجه منها.

٣- أن تكون المظاهر بها من جنس النساء، فلو قال الرجل «أنت على كظهر أبي أو ابني» لا يصح الظهار، وأن تكون المرأة المظاهر بها محرمة على المظاهر تحريماً مؤكداً بالاتفاق، وليس محل اجتهاد.

١٢٣- حكم الظهار:

حكم الظهار سواء كان مقيداً بوقت أو لم يكن كذلك أنه يحرم على الرجل جماع امرأته كما يحرم عليه دواعي الجماع من تقبيل بشهوة ولمس بشهوة ونظر إلى الفرج بشهوة، لأن الاستمتاع داع إلى الجماع، فإذا حرم الجماع حرم الداعي إليه^(٣).

(١) سورة المجادلة الآيات (٢ - ٤).

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٢٠ ووافق المالكية الأحناف في اشتراط الإسلام، أما الشافعية والحنابلة فقد أجازوا الظهار من الذمي واستندوا إلى قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) جاء من غير فصل بين المسلم وغير المسلم.

(٣) البحر الرائق ج ٤ ص ٦٦٦ - البدائع ج ٢ ص ٤٢٤ - وقد اتفق مالك مع الحنفية في ذلك أما الشافعية وأحمد فلم يحرموا دواعي الجماع.

وإذا كان مقيدا بوقت، ثم انتهى هذا الوقت من غير أن يقارب الرجل زوجته، فإنه ينتهي بذلك حكم الظهار.

وإذا كان مقيدا بوقت وأراد الزوج العودة إلى قربان زوجته قبل انتهاء الوقت المعين، أو كان غير مقيد بوقت وأراد ذلك، وجب عليه الكفارة إذ بالكفارة ينتهي حكم الظهار.

والتماس قبل الكفارة معصية كما أشارت الآيات السابقة.

وليس المقصود بالعودة إلى قربان الزوجة التي تستوجب الكفارة، هو الرجوع إلى ما كان بينه وبين زوجته مما أحله الله بالزواج بالفعل، بل المراد العزم على ذلك عزمًا مؤكدًا والقصد إلى إنهاء حالة التحريم التي كانت بالظهار، حتى لو عزم ثم بدا له أن لا يطأها فلا كفارة عليه لعدم العزم المؤكد^(١).

والكفارة هي تحرير رقبة فإن لم يجد فصوم شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا.

وإذا حصل القربان قبل التكفير فعلى الرجل أن يستغفر من ذلك الذنب ثم لا يعود إليها ثانية حتى يكفر^(٢).

أما إذا حصل القربان في أثناء الكفارة فالحنفية يفرقون في ذلك بين كفارة الإطعام وغيرها، فيقولون أن قربان المظاهر منها إذا حصل في أثناء الصوم فإنه يبطل التتابع، ويجب استئناف الصوم، وهذا بخلاف حصوله في أثناء الطعام، فإنه لا يلغى ما سبق منه، لأن الآية القرآنية قيدت تحرير الرقبة والصوم بكونها قبل التماس ولكنها أطلقت بالنسبة للإطعام.

وللزوجة المظاهر منها أن ترفع أمرها إلى القاضى ليحتم على زوجها أن يكفر عن ظهاره حتى يعود إلى حق الزوجية ويجبره القاضى على ذلك بما يملك من وسائل التأديب والعقوبة إن احتاج إلى ذلك.

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٢٦.

(٢) فقد روى أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر وأخبر الرسول عليه السلام بم فعل فقال له: ما حملك على ما صنعت؟ قال: رأيت بياض ساقها في القمر: فقال له الرسول عليه السلام: استغفر الله ولا تعد حتى تكفر.

وحكم الظهار - من حرمة قربان الزوجة والاستمتاع بها حتى يكون التكفير - ثابتاً أبداً على المظاهر، حتى أنها لو طلقت منه طلاقاً بائناً ثم عقد عليها، أو طلقها ثم تزوجها بعد زوج آخر فإن حكم الظهار يكون باقياً، فلا يقاربها حتى يكفر عن ظهاره، لأن الظهار بمنزلة اليمين على معصية، فيجب فيها الحنث ويتحتم التكفير^(١).

١٢٤- كفارة الظهار:

الكفارة التى ينتهى بها حكم الظهار هى أحد أنواع ثلاثة مرتبة على ما جاءت به الآيات الكريمة.

الأول: تحرير رقبة، أى عتق رقبة، سواء أكانت مؤمنة أم غير مؤمنة، كبيرة أم صغيرة، رجلاً أم امرأة.

الثاني: إذا لم يستطع المظاهر تحرير رقبة فيجب عليه صوم شهرين متتابعين أى لا يفصل بين أيامهما يوم إفطار.

ولا يصح أن يكون فيهما شهر رمضان، لأن شهر رمضان فى حق الصحيح المقيم لا يسع غير فرض الوقت، ولا أيام العيدين والتشريق^(٢) لأن الصوم بسبب النهى فيها ناقص فلا يتأدى به الكامل.

غير أنه إذا كان المظاهر ممن لا يتحتم عليه صوم رمضان فى وقته، بأن كان مسافراً فإنه يجوز أن يصوم شعبان ورمضان عن كفارة الظهار.

وتتابع صوم الكفارة يفسده الإفطار ولو كان بعذر كالسفر والمرض عند الحنفية، لأن الآية قد شرطت التتابع وهو ممكن فى أوقات لا يكون فيها سفر ولا مرض، وما قد يعرض من مرض مفاجئ لا ينظر إليه.

وإذا ابتدأ الصيام فى غرة الشهر فإنه يجزئه صوم شهرين قمريين ولو كانا ثمانية وخمسين يوماً، أما إذا كان بدء الصيام بعد غرة الشهر فالمعتبر الأيام (ستون يوماً كاملة)^(٣).

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤٨٤.

(٢) أيام التشريق هى الأيام الثلاثة التى تلى عيد الأضحى.

(٣) وقيل أنه يصح أنه يصوم ما بقى من أيام الشهر الذى ابتدأ فيه الصوم، ثم يكملها ثلاثين من الشهر الثالث، ويصوم الشهر المتوسط بالهلال ولو كان تسعة وعشرين يوماً.

الثالث: إطعام ستين مسكينا، عند عدم القدرة على الصوم بسبب الكبر أو المرض الذى لا يرجى برؤه.

ويصح أن يكون الإطعام بطريق التملك أو بطريق الإباحة أو بهما معا والتمليك أن يعطى الفقراء أو المساكين من الطعام أو قيمته ما يسد حاجتهم يوميا، ويراعى فيه نصاب زكاة الفطر، والواجب فيها صاع من الشعير أو التمر أو الزبيب أو الأقط^(١) أو الأرز أو الذرة أو نحو ذلك مما يعتبر قوتا، فإذا كان قمحا فإن الواجب نصف صاع عند الحنفية^(٢).

والإباحة أن يقدم لهم الطعام مرتين مشبعتين فى الغذاء أو العشاء أو فى الإفطار والسحور، قل المأكول أو أكثر فيجوز أن يقل عن النصاب السابق ما دام مشبعا.

ويجوز عند الحنفية أن يغذى ستين فى يوم ثم يغديهم أو يعشيهم فى يوم واحد أو يطعم واحدا ستين يوما فيكون كإطعام ستين مسكينا فى يوم واحد. أو يطعم واحدا مائة وعشرين يوما، فى كل يوم مرة، وإذا تجددت للمطعم القدرة على الصوم قبل تمام الإطعام فإنه يجب عليه الصيام، وينقلب إطعامه نفلا.

ثانيا : اللعان

(راجع الكتاب الأول بند 115).



(١) لبن مجفف لم تنزع زبدته.

(٢) الصاع أربعة أمداد. والمد حفنة بكفى الرجل المعتدل الكفين. وقدر بعض الأحناف نصاب الزكاة من القمح (نصف صاع) بقدر وسدس بالمصرى وقدره بعضهم بقدر وثلث وعليه فالربع المصرى يكفى عن ثلاث (حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٦٥).

التطبيق بحكم القاضي

موضوع رقم (١٥)

التطبيق لعدم الإنفاق

١٢٥- النصوص القانونية :

المواد ٤، ٥، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ :

مادة (٤) :

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

مادة (٥) :

«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 للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن 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».

مادة (٦)

«تطبيق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته إذ ثبت إيساره واستعد للإنفاق في أثناء العدة فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة».

١٢٦- المصدر التشريعي للتطليق لعدم الإنفاق :

لا يجيز المذهب الحنفي التطليق لعدم الإنفاق، سواء كان السبب مجرد الامتناع أم السبب الإعسار والعجز، وإنما جعل للمرأة الحق في استيفاء نفقتها. أما المذاهب الثلاثة الأخرى فتجيز للمرأة طلب التطليق لعدم الإنفاق، وبحكم القاضى لها بالتطليق إذا ثبت لديه الامتناع عن الإنفاق، وذلك على اختلاف بينها في التفصيل.

وقد استمد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أحكام المواد ٤، ٥، ٦ منه الخاصة بالتفريق لعدم الإنفاق بوجه خاص من مذهب الإمام مالك، ويساند ذلك أن ديباجة القانون المذكور نص فيها على ما يفيد إقرار شيخ السادة المالكية ونائبها للقانون دون ذكر مذهب غيرهم^(١). ولذلك يعتبر مذهب مالك المصدر التشريعي لمواد التطليق لعدم الإنفاق، ومن ثم يراجع إليه في تفسيرها^(٢).

- (١) ونصها الآتي: «بعد الاطلاع على ما اتفقت عليه اللجنة المؤلفة من حضرات الفضيلة شيخ الجامع الأزهر، وشيخ المالكية، ورئيس المحكمة العليا الشرعية، ومفتى الديار المصرية، ونائب السادة المالكية وغيرهم من العلماء»- راجع محمد أبو زهرة ص ٤٥٤.
- (٢) ونورد فيما يلي أدلة كل من الفريقين على رأيه.
- (أ) أدلة المذهب الحنفي:

١- قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآءَاتَهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ۝﴾ - الآية ٧ من سورة الطلاق - فهذا دليل على أن الله لم يكلف الزوج إذا أعسر أن ينفق على زوجته، وإذا لم يكن مكلفا فلا يكون عدم الإنفاق حال العسرة سببا للتفريق بينه وبينها.

٢- أن الله تعالى قد ندب إلى النكاح مع الفقر فقال سبحانه في سورة النور الآية ٣٢ ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۚ﴾.

٣- أن سبب عدم الإنفاق إذا كان هو العسر فلا ظلم من الزوج المعسر، وعلى الزوجة إنظاره إلى حين اليسار وتفرض عليه النفقة وتستدين على الزوج ويرجع من يدينها على=

= زوجها إذا أيسر لقوله تعالى في سورة البقرة الآية ٢٨٠: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ

فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾. وإذا كان سبب عدم الإنفاق هو امتناع الزوج فهناك طرق أخرى لمنع ظلمه غير التفريق بينهما منها بيع ماله إن عرف مكانه أو حبسه لحمله على الإنفاق وإظهار ماله إن أخفاه، وهذا الطريق فيه مراعاة لجانب الزوجين بعكس الطريق الأول ففيه مراعاة لجانب الزوجة فقط.

٤- أنه لم يرد دليل صريح من كتاب الله أو سنة رسوله أو أقوال أصحابه يدل على جواز التطلق لعدم الإنفاق. لذلك لم يؤثر عن رسول الله عليه السلام أنه فرق بين زوج وزوجته بهذا السبب مع كثرة المعسرين من أصحابه، ولو كان ذلك مبيحا للتفريق لقضى به ولو في قضية واحدة أو لبين للزوجة أن لها الحق، والرسول عليه السلام لم يجعل لزوجة أبي سفيان حق طلب التطلق حين شكت إليه شح زوجها، وإنما أمرها أن تأخذ من مال أبي سفيان ما يكفيها وولدها ولو لم يأذن لها زوجها.

٥- أن نساء النبي عليه السلام سألن ما ليس عنده فاعتزلن شهرا فدل ذلك على أن المرأة ليس لها أن تطالب زوجها بما ليس عنده وأنها تكون ظالمة بهذه المطالبة. وإذا كانت المطالبة ظلما فأولى أن يكون طلب التفريق إذا كان الزوج معسرا ظلما لإيجاب.

(ب) أدلة جمهور الفقهاء:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ وقوله ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾. وأن البقاء مع عدم الإنفاق ضرار وإمساك بغير معروف وكان حقا على الزوج أن يطلق زوجته ولما لم يتم بذل وتعين عليه قام القاضي مقامه.

٢- حديث الرسول عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»، فإمساك الزوج زوجته من غير أن يقوم بالإنفاق عليها ضرر بها فيزال هذا الضرر بأن يطلقها القاضي من زوجها إن أبي هو أن يطلقها.

٣- أن الفقهاء اتفقوا على أن يفرق القاضي بين الرجل وزوجته بسبب العيوب المانعة من المباشرة الجنسية كالجب والخصاء والعنة للظلم في بقائها مع هذه الحال، ولا شك أن ظلم عدم الاتفاق أشد فالتفريق فيه ألزم إن طلبته، لأن النفقة من قوام الحياة.

٤- قد ذهب ابن القيم إلى أنه لاحق للمرأة في التفريق بسبب إفسار الزوج إلا إذا غرها عند الزواج، وتراءى لها باليسار كذبا، أو كان ذا مال فترك الإنفاق عليها وعجزت عن =

وكان المذهب الحنفى هو المعمول به قبل سريان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

شروط التطليق لعدم الإنفاق

يشترط للقضاء بتطليق الزوجة على زوجها لعدم الإنفاق إذا طلبت ذلك، سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً غيبة قريبة أو غيبة بعيدة، توافر الشرطين الآتيين:

١٢٧- الشرط الأول: أن يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته:

يشترط للتطليق لعدم الإنفاق أن يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإذا كان الزوج ينفق عليها أو ترك لها مالا تتفق منه، فلا محل بداهة لطلب التطليق لعدم الإنفاق.

ولم يتعرض القانون لبيان النفقة التى يترتب على عدم الوفاء بها التطليق بياناً كافياً، غير أنه يؤخذ من الإطلاق الوارد فى المادتين (٤، ٥) فى الإنفاق والنفقة، أن المراد النفقة الواجبة أى العادية، لا الضرورية، الحاضرة لا الماضية^(١).

فالنفقة الماضية دين كسائر الديون تستوفىها الزوجة بالطرق المقررة.

وقد قضت محكمة دمنهور الابتدائية بتاريخ ٢٩ / ٠٠ / ١٩٥٧ فى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٩٥٧ بأن:

«التفريق غير جائز بسبب العجز عن النفقة الماضية لأنها دين ككل الديون تستوفىها المدعية بالتنفيذ بالطرق المقررة وإنما الذى يوجب التفريق هو العجز عن أداء النفقة الحاضرة».

= أخذ كفايتها من ماله بوسيلة من الوسائل الممكنة، أما إذا تزوجته عالمة بإعساره أو تزوجته موسراً فأعسر، فلا حق لها فى طلب الفرقة.

(١) ومذهب مالك يترتب التطليق على عدم الوفاء بالنفقة الضرورية لا الواجبة (حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥١٩).

وإذا قدم لها الكفيل ما تتفق منه لم يكن لها حق التطلاق^(١).
ويؤخذ من الإطلاق الوارد بالمادتين (٤، ٥) أنه لا يشترط أن تكون الزوجة مدخولا بها أو دعاها الزوج إلى الدخول، كما هو مقرر في الفقه المالكي^(٢).
ونرى تطبيق ما هو وارد في الفقه المالكي من أن الزوجة إذا علمت عند العقد بإعسار زوجها فليس لها طلب الفسخ لعدم الإنفاق ولو بعد فترة يسار عرضت، لأنها تكون راضية بذلك، ولكن إذا تزوجته عالمة أنه معسر ولكنه من السؤال الذين يطوفون على الأبواب فترك سؤال الناس على خلاف عادته، فإن لها الحق في طلب التطلاق.

١٢٨- الشرط الثاني: ألا يكون للزوج مال ظاهر:

والمال الظاهر هو ما يمكن التنفيذ عليه بالطرق المعتادة^(٣). أى الحجز والبيع. ذلك أن غاية القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ من التطلاق لعدم الإنفاق، عدم إرهاق الزوجة وتركها مقيدة بأغلال لا تستطيع معها الوصول إلى ما تتفق منه، فيكون ذلك مدعاة إلى الفساد، فإذا كان للزوج مال ظاهر يمكنها استيفاء نفقتها منه انتفى مبرر التطلاق لعدم الإنفاق.

غير أن كيفية وإجراءات القضاء بتطلاق الزوجة على زوجها لعدم الإنفاق - إذا توافر الشرطان السابقان - يختلف باختلاف ما إذا كان الزوج حاضرا أو غائبا، وما إذا كانت الغيبة قريبة أو بعيدة. وهذا ما نعرض له فيما يلي:

١٢٩- (أ) ما يتبع في تطلاق الزوجة على زوجها الحاضر:

١- إذا حضر الزوج ولم يقل أنه معسر أو موسر أو من باب أولى إذا قرر أنه موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق، طلق عليه القاضي في الحال أى دون إمهاله، بقوله: «فسخت نكاحك منه أو طلقته منه».

(١) وفي الفقه المالكي إذا تطوع شخص آخر بالإنفاق على الزوجة حتى يوسر الزوج قريبا للزوج أو أجنبيا عنه سقط حقها في طلب التطلاق لاندفاع حاجتها بذلك (الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٥٨٦).

(٢) راجع في هذا الفقه: حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥١٩.

(٣) عمر عبد الله ص ٥١٤ - دمنهور الابتدائية بتاريخ ٢٩/١٢/ ١٩٥٧ الدعوى رقم ٥٨ لسنة

٢- إذا ادعى الزوج الإعسار ولم يثبت ببينة أو مصادقة طلق القاضي عليه حالاً، وإن أثبت إعساره أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد انتهاء هذه المدة. ومعنى ذلك أن للزوج أن يطلب من القاضي إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات إعساره.

٣- إذا لم يحضر الزوج أمام القاضي لا بنفسه ولا بوكيل عنه، فنرى أنه يجب على الزوجة إثبات زوجيتها منه، وأنه امتنع عن الإنفاق عليها. وأن ليس له مال ظاهر تنفذ عليه بنفقتها، فإذا قامت بالإثبات طلق عليه القاضي في الحال^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- «التطليق لعدم الإنفاق. م ٤ من المرسوم ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. مناطه انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة وعدم ادعاء الزوج العسر أو اليسر وإصراره على عدم الإنفاق على زوجته. أثره. تطليق الزوجة استظهار ذلك من مسائل الواقع. من سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة».

(طعن رقم 129 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/1/18)

(1) جاء في تعليمات وزارة العدل الخاصة بالمادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ما نصه:

«تضمنت هذه المادة بيان الأحوال التي يطلق فيها القاضي على الزوج الحاضر، الذي ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه، وهي:

١- إذا تصادق الطرفان على الإعسار، أو أنكرته الزوجة وأثبتته الزوج، في هذه الحالة يمهل مدة لا تزيد على شهر، فإن انفق فلا تطليق، وإلا طلق عليه القاضي بقوله: فسخت نكاحك منه، أو طلقته عليه.

٢- إذا ادعى الإعسار ولم يثبت لا بمصادقة ولا ببينة.

٣- إذا سكت ولم يقل إني معسر أو موسر، وأصر على عدم الإنفاق، وبالأولى إذا قال: أنى موسر، وأصر على عدم الإنفاق.

وفى هاتين الحالتين الأخيرتين يطلق عليه القاضي بدون إمهال بإحدى الصيغتين السابق ذكرهما، وفى كل الأحوال لا بد من طلب الزوجة التطليق».

٢- «التفريق لعدم الإنفاق. م ٤ من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٠.. مناطه. التزام المحكمة بإمهال الزوج لأداء النفقة. شرطه. ادعاء الإعسار وإثباته. علة ذلك. استظهار وجود مال ظاهر للزوج. واقع. استقلال قاضي الموضوع بتقديره». (طعن رقم ٨٤ لسنة ٦٤ق - «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠)

٣- (ب) ما يتبع في تطليق الزوجة على زوجها الغائب غيبة قريبة:

يكون الزوج غائبا غيبة قريبة، إذا كان بمكان بسهل وصول قرار المحكمة بإعذاره إليه في مدة لا تجاوز تسعة أيام.

ويكون تطليق الزوجة على النحو الآتي:

١- على الزوجة إثبات زوجيتها من المدعى عليه، وأنه امتنع عن الإنفاق عليها، وأن ليس له مال ظاهر تنفذ عليه بنفقتها، وأنه غاب عنها غيبة قريبة، فإذا أثبتت ذلك أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، وتقرر المحكمة تكليف قلم الكتاب بإعلانه بصورة الإعذار، ويبين له القاضي في الإعذار أنه سيطلق امرأته إذا لم تصلها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه، فإن لم يحضر للإنفاق عليها ولم يرسل إليها ما تتفق منه، وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه، طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

٢- إذا تعذر الإعذار إلى الزوج بسبب مغادرته الموطن المبين بالإعذار وعدم الاستدلال على موطن آخر له حكم القاضي بالتطليق دون إعذار لأن المادة الخامسة لا تتطلب الإعذار عند التفريق في الغيبة البعيدة، وتعذر الإعذار في الغيبة القريبة يوجب إلحاق الغيبة القريبة بالغيبة البعيدة في الحكم لاتحاد العلة فيهما.

وفي هذا قضت محكمة المحلة الكبرى الشرعية الجزئية بتاريخ

١٩٨٤ / ٥ / ٢٦ في الدعوى رقم ٥٧٦ لسنة ١٩٨٣ بأن:

«حيث إن المحكمة قررت الإعذار إلى المدعى عليه الإنفاق على المدعية النفقة الحاضرة الواجبة لها وضربت له أجلا لذلك طبقا لما اشتمل عليه القرار المذكور - ومن حيث إن قرار الإعذار تعذر وصوله إلى المدعى عليه بعد

تكرار إرساله للتنفيذ ثلاث مرات - ومن حيث إن المحاكم اختلفت آراؤها فى هذا الموضوع فبعضها اعتبر الإجراءات التى تمت قبل تعذر الإعذار ملغاة وكلفت المدعية بإعادة إعلانه فى مواجهة النيابة على اعتبار أن المدعى عليه معسر غائب - وبعضها أعذر إليه فى مواجهة النيابة وفرق بين المتداعيين بعد ذلك - وبعضها فرق بدون اعذار - ومن حيث إن الأخذ بالرأى الأول غير وجيه لأن الإجراءات التى تمت وانتهت بصدر قرار الإعذار أصبحت حقا مكتسبا للمدعية وتكليفها بإعادة الإعلان ثانية إرهاب ولا يوجد ما يبرره وتضييع لحق مكتسب والأخذ بالرأى الثانى أشبه الأشياء بالعبث لأن الإعذار فى مواجهة النيابة لا يحقق الغرض منه لأنه يراد به حمل المدعى عليه على الإنفاق فى أمر معين بحيث إذا لم ينفق طلق عليه وهذا ما لا يمكن تحقيقه بواسطة الإعذار إلى النيابة. ومن حيث إن المحكمة ترى أن الرأى الثالث هو أحق الآراء بالتطبيق لأن التشريع قضى أنه عند الغيبة البعيدة يسوغ التفريق بدون إعذار «تراجع الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٠» والعلة فى ذلك أن تعذر الإعذار فى الغيبة القريبة يوجب إلحاق الغيبة القريبة بالغيبة البعيدة فى الحكم لاتحاد العلة فيهما».

(ذات المبدأ: محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ 1958/413 - الدعوى رقم

1321 لسنة 1957 كلى)

١٣١- وفاء الزوج بالنفقة أمام محكمة ثانى درجة:

ذهبت بعض الأحكام، إلى أنه إذا أعذر القاضى الزوج بالإنفاق على زوجته، وضرب له أجلا، ولم ينفق بالإنفاق عليها خلال هذا الأجل فطلق عليه زوجته، فطعن الزوج على الحكم بالاستئناف، ثم عرض عليها النفقة أمام محكمة ثانى درجة، فإن ذلك لا يصلح سببا لإلغاء الحكم الصادر بالتطبيق، لأن إنفاقه على زوجته جاء فى غير وقته الذى حدده القانون^(١).

(١) أسيوط الابتدائية الشرعية بتاريخ ١١ / ٨ / ١٩٢٦ فى الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٢٥ كلى

وهذا القضاء - فى رأينا - محل نظر لأن مدة الإمهال التى يحددها القاضى ليست من مواعيد المرافعات التى يتعين على الزوج تنفيذ أى من الثلاثة المطلوبة منه خلالها، وإنما هى مجرد مهلة يقصد بها حث همة الزوج الغائب على العودة للإنفاق على زوجته أو إرسال ما تنفق منه على نفسها، بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو فى أى مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجب التطبيق وهذا ما قضت به محكمة النقض - بصدد الإعذار المنصوص عليه بالمادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - بتاريخ ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٨ق - أحوال شخصية - منشور ببند (٢١٢).

١٣٢- (ج) - ما يتبع فى تطليق الزوجة على زوجها الغائب غيبة بعيدة:

يكون الزوج غائبا غيبة بعيدة، إذا كان بمكان يصل إليه قرار المحكمة بإعذاره فيه فى مدة تجاوز تسعة أيام، أو كان غير معلوم المكان. أو مفقودا لا يعلم ما إذا كان حيا أو ميتا^(١).

ولكى يقضى للزوجة بالتطليق، فإنه يجب عليها إثبات زوجيتها من المدعى عليه، وأنه امتنع عن الانفاق عليها، وأن ليس له مال ظاهر تنفذ عليه بنفقتها، وأنه غاب عنها غيبة بعيدة، أو أنه غير معلوم المكان، أو مفقود لا يعلم ما إذا كان حيا أو ميتا، فإذا تمكنت من الإثبات طلقها القاضى عليه فى الحال من غير إعذار.

والطلاق يكون من غير إعذار، لأن الإعذار فى هذه الحالة إما متعذر كما إذا كان الزوج الغائب مجهول المحل أو مفقودا، وإما ممكن ولكنه يحتاج إلى مدة طويلة لبعد محل إقامته فتتضرر الزوجة من الانتظار.

١٣٣- سريان أحكام المادة الخامسة على المسجون الذى يعسر بالنفقة:

نصت الفقرة الثالثة (الأخيرة) من المادة الخامسة على سريان أحكام المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة.

(١) راجع فى المفقود الكتاب الثالث موضوع رقم (٢١).

ومفاد ذلك أن المسجون إذا كان مسجوناً بمكان يسهل وصول قرار المحكمة بإعذاره إليه في مدة لا تجاوز تسعة أيام، طبقت عليه الفقرة الأولى من المادة التي تتناول تطليق زوجة الغائب غيبة قريبة.

وإذا كان المسجون مسجوناً بمكان يصل إليه قرار المحكمة بإعذاره فيه في مدة تجاوز تسعة أيام، طبقت عليه الفقرة الثانية من المادة التي تتناول تطليق زوجة الغائب غيبة بعيدة أو مجهول المحل أو المفقود.

فالفقرة اعتبرت المسجون في حكم الغائب.

ونظراً للتقدم الملحوظ في وسائل المواصلات الآن، فإن المسجون يأخذ - غالباً حكم الغائب غيبة قريبة، وتطبق عليه حكم الفقرة الأولى من المادة الخامسة.

١٤٤ - إثبات دعوى التطليق لعدم الإنفاق :

يتبع في إثبات دعوى التطليق لعدم الإنفاق، قواعد الإثبات في المذهب الحنفي، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية - ومن قبلها المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحال إليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (الملغي) تقضى بأن تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة. ولئن كان المشرع قد استمد أحكام التطليق لعدم الإنفاق من مذهب الإمام مالك - كما أوضحنا سلفاً - إلا أنه لم يحل في إثباته إلى هذا المذهب، كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن، ومن ثم فإنه يتعين الرجوع في قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة عملاً بالمادة سالفة الذكر.

ومن ثم فإن نصاب الشهادة يكون شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، كما لا يجوز الشهادة فيها بالتسامع.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض بصدد إثبات دعوى التطلاق للضرر طبقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمستمدة أيضا من مذهب الإمام مالك، وذلك في قضائها الصادر من دائرة الأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٧٤ / ٦ / ٥ في الطعن ٦٦ لسنة ٣٨ق، وبتاريخ ١٩٨٠ / ٤ / ٢ في الطعن ١٥ لسنة ٤٧ق، وبتاريخ ١٩٨٥ / ٤ / ٦٦ في الطعن رقم ١ لسنة ٥٤ق، وبتاريخ ١٩٨٦ / ١٢ / ٢٢ في الطعن رقم ٦٩ لسنة ٥٥ق (منشور جميعا ببند ١٦٦)^(١).

ولما كانت دعوى التطلاق لعدم الإنفاق تختلف عن دعوى النفقة فإن المادة (١٧٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - قبل الغائها - التى تجيز شهادة الاستكشاف فى القضاء بالنفقات لا تطبق على دعوى التطلاق لعدم الإنفاق.

١٣٥ - الدفع بنشوز الزوجة أثناء نظر دعوى التطلاق لعدم الإنفاق :

لما كانت النفقة تستحق للزوجة نظير احتباسها لمصلحة زوجها، فقد يدفع الزوج أثناء نظر دعوى التطلاق لعدم الإنفاق بنشوز زوجته، توصلا إلى رفض دعاها لفوات الاحتباس.

(١) وهذا القضاء عدل عن قضاء سابق لها رفضت فيه تطبيق قواعد الإثبات فى المذهب الحنفى فى دعوى تطلاق لعدم الإنفاق.

إذ ذهبت بتاريخ 1900/2/18 فى الطعن رقم 20 لسنة 27ق «أحوال شخصية» إلى أن: «النعى بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون والخطأ فى تطبيقه لأنه قبل الدعوى بشهادة شاهد واحد مع أنها دعوى تطلاق لعدم الإنفاق تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية والرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة تطبيقا للمادة ٦ من القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٥ ومن قبلها المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية، وأن القول الوحيد فيه فى مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق هو أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان وأنه لا يوجد فى مذهب الأحناف من يقول بكفاية شاهد واحد، مردود ذلك أنه لما كان التطلاق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلا على رأى فى مذهب أبى حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطلاق لأى من هذين السببين وإنما يقوم هذا التطلاق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. التطلاق لعدم الإنفاق أو الغيبة، فإنه يكون من غير المقبول التحدى برأى الإمام أبى حنيفة فى إثبات أمر لا يجيزه، ومن ثم يكون هذا النعى فى غير محله متعين الرفض».

وفى هذه الحالة لا يجوز للمحكمة رفض الدعوى بسبب نشوز الزوجة، إلا إذا قدم الزوج، ما يثبت دعوته لها للعودة إلى منزل الزوجية بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعدم اعتراضها على هذا الإنذار خلال الميعاد القانوني، أو اعتراضها عليه والقضاء فى الاعتراض لصالحه بحكم نهائى، وذلك إذا كان الزوج قد سلك الطريق المنصوص عليه فى المادة (١١ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥، أو إذا قدم ما يفيد استصداره حكما من المحكمة الجزئية باعتبار الزوجة ناشزا وصيرورة هذا الحكم نهائيا، إذا كان قد سلك طريق دعوى الطاعة بالإجراءات المعتادة.

(راجع فى التفصيل الكتاب الثانى موضوع رقم ٢).

٦٣٦- الامتناع عن الإنفاق لا يجيز طلب التطلاق للضرر:

امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته وعدم وجود مال ظاهر له يمكنها التنفيذ عليه بنفقتها، لا يجيز لها طلب التطلاق منه بائنا للضرر عملا بالمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل)، لأن هذه الحالة وضعت لها نصوص خاصة فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. المواد (٤، ٥، ٦) وحكم الطلاق الذى يترتب على هذه الحالة أنه طلاق رجعى (م٦)، هذا ولا يتصور أن الامتناع عن الإنفاق ضرر لا يستطيع معه العشرة بين الزوجية بدرجة توجب التطلاق البائن.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١/٥ / ١٩٧٤ فى الطعن رقم ٦٦ لسنة

٨٣٨ «أحوال شخصية» بأن:

«لما كانت الطاعنة قد أقامت دعاوها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه طلبة بائنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وكان ما أضافته الطاعنة أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه امتنع عن الإنفاق عليها بعد أن تزوجها يعد طلبا جديدا يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول لأن الطلاق بسبب عدم الإنفاق يقع رجعيا وله أحكام مختلفة

أوردتها المواد ٤، ٥، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. وبالتالي فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف عملاً بما تقضى به المادة ٣٢١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا في الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية - وهى المواد التى أبقى عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التطبيق لعدم الإنفاق يكون غير منتج».

١٣٧- التطبيق لعدم الإنفاق رجعي:

نصت المادة السادسة من القانون على أن تطبيق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً.

ويكون الطلاق كذلك إذا كان بعد الدخول ولم يكن مكملًا للثلاث أما إذا كان قبل الدخول فإنه يكون بائناً ببيئونة صغرى، وإذا كان مكملًا للثلاث فإنه يكون بائناً ببيئونة كبرى (م ٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل)^(١).

١٣٨- مراجعة الزوج لزوجته:

نصت المادة السادسة من القانون على أن للزوج بعد تطبيق زوجته رجعياً لعدم الإنفاق أن يراجعها إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة. وعلى ذلك لا تصح الرجعة فى هذه الحالة بالقول أو الفعل كالأشأن فى أى رجعة أخرى، وإنما يجب توافر شرطين.

١- ثبوت إيساره بحيث يظن قدرته على إدانة الإنفاق. ويشترط فى اليسار أن يكون كاملاً، بأن يكون قادراً على أداء ما يجب من نفقة لمثلها على مثله.

(١) ووقوع التطبيق رجعياً هو مذهب مالك، أما عند الشافعى وأحمد فهو فسخ لا يحتسب من عدد الطلقات، ووجهة مالك أن الفرقة لعدم الإنفاق تشبه الفرقة بالإيلاء، لأن كليهما لمنع المضارة والإيلاء عنده طلاق رجعى، وحجة الشافعى وأحمد فى أنه فسخ أن هذا تفريق بسبب العجز عن القيام بحقوق الزوجية وما وقع بلسانه ولا بأمره بل بحكم القاضى فلا يمكن أن يحتسب من عدد الطلقات التى يملكها (محمد أبو زهرة ص ٣٥٣).

وقد اختلف فى قدر الزمن الذى إذا أسير بنفقتة كان له الرجعة فقيل شهر وقيل نصف شهر وقيل يوم وقد قال ابن عبد السلام ينبغى أن تؤول هذه الأقوال على ما إذا ظن أن يقدر على إدامة النفقة بعد ذلك فإذا تردد بعد الشهر - على رأى الأول - أو بعد نصفه - على رأى الثانى - فلا تصح الرجعة.

٢- استعداده للإنفاق على زوجته أثناء العدة.

وتقدير استعداد الزوج للإنفاق على زوجته أثناء العدة من الأمور الموضوعية التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع.

وقد جرى العمل فى المحاكم على عدم الاكتفاء باستعداد الزوج للإنفاق فى المستقبل، بل تطلبت المحاكم من الزوج عرض النفقة الحاضرة أى نفقة شهر، بينما لم يكتف بعضها بهذه النفقة إذا رأى أن امتناع الزوج عن الإنفاق كان لفترة كبيرة مما لا تطمئن معه إلى استعداده للإنفاق.

وفى هذا قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية الشرعية فى الدعوى رقم ٢١٩ لسنة ١٩٢٨ شرعى كلى مستأنف بتاريخ ٢٥ / ٤ / ١٩٢٩ بأن:

«اليسار لا يثبت بمجرد عرض نفقة شهر بعد الامتناع أشهر، وبعد خصومة وقضاء ودفوع وامتناع وثبوت إعسار، إنما هذا بالهزل أشبه منه بالجد، وإلى الباطل أقرب منه إلى الحق، وفى هذا تعريض القوانين للعبث بما وضعت لدفعه، وتوجيهها إلى أغراض أبعد ما تكون من الغاية فى تشريعها، وواجب القاضى حماية القوانين من عبث المتقاضين بها. وهو الذى يقدر ما إذا كان ما يقدمه الزوج قل أو كثر كافياً لإثبات يساره أو غير كاف وما إذا كان مستعداً حقيقة للإنفاق أو غير مستعد».

وقضت محكمة النقض بأن:

التطبيق لعدم الإنفاق. وقوعه رجعياً. للزوج مراجعة زوجته. شرطه. ثبوت يساره واستعداده للإنفاق فى أثناء العدة. مخالفة ذلك. أثره. عدم صحة الرجعة.

م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

(طعن رقم 793 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» - جلسة 2007/5/26)

١٣٩- (ملغى).

٥٠- وجوب بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين طبقا

للفقرة الثانية من المادة (١٨) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

(راجع الجزء الثانى بند 65)



موضوع رقم (٦٦)

التطليق للعيب

١٤١- أسباب التطليق للعيب قسمان :

المراد بالعيب الذى يجيز للمرأة طلب التطليق من زوجها، نقصان بدنى أو عقلى فى الزوج يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية. ومن أجل ذلك أعطى الشارع الإسلامى المرأة حق طلب التطليق للعيب.

وكان العمل جاريا بمصر قبل العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. على الراجح من المذهب الحنفى، وهو رأى الشيخين (أبى حنيفة وأبى يوسف).

وهذا الرأى يعطى الزوجة الحق فى طلب التطليق إذا كان بالزوج أحد العيوب التى تتصل بقربان الرجل بأهله أى العيوب التى تمنع التناسل وهى ثلاثة: الجب والخصاء والعنة. أما ما عدا ذلك من العيوب فلا تعطى المرأة الحق فى طلب التطليق.

ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. نص فى مادته التاسعة على أن: «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق»- ومن ثم فقد ظل العمل باقيا فى التطليق بعيوب الجب والخصاء والعنة طبقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى الذى كان معمولاً به قبل العمل بالقانون المذكور، وأضاف هذا القانون حالات أخرى للتطليق للعيب يطبق فيها حكم القانون، فأصبح لدينا قسمان لأسباب التطليق للعيب. وسنرى أن المادة (١١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. التى تنص على أن «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها» تطبق على حالات التطليق لأحد العيوب التناسلية التى يحكمها الرأى الراجح من المذهب الحنفى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- «.... ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان. قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهو عيوب العنة والجب الخفاء، وباق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر.... الخ».

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق «أحوال شخصية» - جلسة 19/11/1975)

٢- «.... ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والخفاء وباق الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون زاد عليه ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر... الخ».

(طعن رقم 20 لسنة 46 ق «أحوال شخصية» - جلسة 44/12/1977)

القسم الأول

التطبيق للجب والخفاء والعنة

ذهب الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف) - ورأيهما الراجح فى المذهب الحنفى، إلى أنه يجوز للمرأة طلب التطلق إذا كان بزوجه أحد العيوب الثلاثة التى تمنع الرجل من قربان أهله وهى: الجب والخفاء والعنة. لأن الغاية من الزواج حفظ النسل، فإذا لم يكن الزوج صالحاً للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد. أما غير هذه العيوب التناسلية الثلاثة فلا تبرر التطلق لأنها وإن كانت تنفر منها النفس فهى غير مانعة من حصول مقاصد الزواج ولو فى الجملة. فإذا تحقق وجود أحد هذه العيوب بالزوج وطلبت المرأة التطلق وأبى الرجل طلاقها فرق القاضى بينهما دفعاً لظلمه حيث فات الإمساك بالمعروف فوجب التسريح بإحسان لأنه لا يوفىها حقها ودفعاً للضرر الذى يلحق بالزوجة.

وقد وافق الشيخين في التطليق لأحد هذه العيوب محمد بن الحسن من الحنفية^(١)، والمذاهب الثلاثة الأخرى.

والجب (بفتح الجيم) هو استئصال عضو التنازل ويسمى الرجل محبوباً. ويلحق بالمحبوب من كان ذكره صغيراً جداً كالزر لا من كانت آتة قصيرة إذا كان يمكن إدخالها.

والخصاء: بضم الخاء: سل الخصيتين ونزعهما، ويقال للرجل مخصى وخصى.

والعنة: بضم العين وتشديد النون المفتوحة لغة: هي عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع^(٢). ويسمى الرجل عنيماً لأن ذكره يعن بقبل المرأة من يمين وشمال ولا يقصده لاسترخائه.

وأما المعنى الشرعى للعنين المراد هنا فهو من لا يقدر على جماع فرج زوجته مع قيام الآلة، لمرض أو لكبر سن أو سحر، وإن كان يصل بعض النساء، لأنه يعتبر عنيماً في حق من لا يصل إليه لفوات المقصود في حقها.

(١) أما محمد بن الحسن فقد زاد ثلاثة عيوب أخرى هي الجنون والجذام والبرص وقد وافقه الأئمة الثلاثة على ذلك - كما سنرى - وزادوا غيرها - وليس في الكتاب ولا في السنة نص في الفرقة بالعيوب إلا ما روى الإمام أحمد أن رسول الله عليه السلام تزوج امرأة من بنى غفار، فلما دخل عليها وقعد على الفراش - أبصر بكشحها (ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي)، بياضاً فانحاز على الفراش ثم قال: خدى عليك ثيابك - وفي رواية: والحقى بأهلك - ولم يأخذ مما أتاها شيئاً.

وما روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال: طلق عبد يزيد أبو ركانة زوجته أم ركانة، ونكح امرأة من مزينة، فجاءت النبي عليه السلام فأخذت شعره من رأسها وقالت: إن عبد يزيد لا يغنى عنى إلا كما تغنى هذه الشعرة، ففرق بينى وبينه. فأخذت النبي عليه السلام حمية... الخ وفي الحديث قال النبي ﷺ لعبد يزيد «طلقها» ففعل.

ويدل الحديث الأول على جواز مفارقة الزوج امرأته لعيب فيه - وهو لم يأخذ بها لتشريع المصرى - ويدل الحديث الثانى على جواز مطالبة العنين بتطليق امرأته.

(٢) المعجم الوجيز الطبعة الأولى سنة ١٩٨٠ ص ٢٢٨.

وإذا أولج الحشفة (الختان) فقط فليس بعنين، وإن كان مقطوعاً فلا بد من إيلاج بقية الذكر، فيكفى الإيلاج بقدر الحشفة من مقطوعها^(١).
ونعرض فيما يلي لشروط التطليق للجب والخصاء والعنة^(٢).

١٤٢- شروط التطليق للجب والخصاء والعنة:

يشترط للقضاء بتطليق المرأة بسبب أحد العيوب التناسلية الثلاثة: الجب والخصاء والعنة توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون العيب موجوداً عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول.

- (١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤١٤ وما بعدها - البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٢.
 - (٢) وينتقد بعض الشراح مسلك الشارع إذ جعل للمرأة الخيار إذا طرأ على الزوج مرض من الأمراض الجسمية التي يرجى علاجها بعد زمن طويل ويمنعها من ذلك إذا طرأ على الزوج عيب من عيوب التناسل الذي يجعل المرأة معرضة للفتنة والفساد معتمداً على ما قرره الفقهاء من أن حق المرأة في الاتصال الجنسي قضاء يقتصر على مرة واحدة مدى الحياة. وهذا أمر غير معقول ولا دليل عليه. لأن الله شرع الفرقة بالإيلاء دون التقيد بعدم الوصول إليها قبله، ولو كان ذلك حقها لما أطلقه.
- وهذا حكم رسول الله عليه السلام في قصة عبد الله بن عمرو بن العاص وشكوى امرأته من اشتغاله بالعبادة عنها يقول له «إن لزوجك عليك حقاً» دون أن يسألها قريانه لها قبل ذلك فلو كان حقها في المرة الواحدة فقط لسألها عن ذلك ولأخبرها أنها لا حق لها فيما طلبت لو كان دل بها مرة، فالحق أن استمتاع المرأة حق مستمر لها مادامت الحياة الزوجية، وقد جوز بعض الفقهاء الفرقة بالغيب خيفة الفتنة وخشية الوقوع في الزنا من غير تقيد بعدم دخول سابق، وقد جاء المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مقرر ذلك صراحة فأجازت المادة (١٢) منه للزوجة إذا غاب زوجها سنة فأكثر بلا عذر مقبول أن تطلب إلى القاضي تطليقها بانئنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه - فإذا كان القانون قد أجاز هذا الحق مع غيبة الزوج عن الزوجة خوفاً الفتنة فإن الأولى أن يبيح لها هذا الحق مع وجوده معها وعجزه عن مباشرتها، لأن هذا الوجود مع ذلك العجز يثير في نفسها دواعي الشهوة أكثر مما تثيره غيبته عنها.
- (الدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٥١٥ وما بعدها - الدكتور أحمد الغندور ص ١٢٣ - الدكتور محمد بلتاجي في أحكام الأسرة - الجزء الأول ١٩٨٥ ص ٥٤٤).

أما إذا حدث العيب بعد الدخول فلا يثبت لها الحق في طلب التطليق لأن الزوج بالوصول إلى المرأة مرة قد أوفأها حقها قضاء فليس لها أن تطالبه بعدها وإن كان عليها أن يعفها ليحصنها ديانة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩ / ١١ / ١٩٧٥ في الطعن رقم ٨ لسنة ٣٣ ق «أحوال شخصية» بأن:

«إذ كانت المذكرة الإيضاحية - للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ - قد أوضحت أن التفريق للعيب في الرجل قسماً. قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والجب والخصاء وبق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر، وكان المقرر في مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة ألا يكون زوجها قد وصل إليها في النكاح، فإن كان قد وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق، لأن حقها إنما هو في أن يباشرها مرة واحدة وقد استوفته، وما زاد عن ذلك لا يؤمر به قضاء بل ديانة فإن ما قرره الأحناف من أن القول للزوج بيمينه إذا وجدت الزوجة ثيباً أو كانت ثيباً من الأصل قاصر عندهم على العيب الذي يتبين بالزوج قبل الدخول وقبل الوصول إلى زوجته دون العيب الحادث بعد الدخول لأنه هذا النوع الأخير يثبت به خيار العيب عندهم، وعلى خلال هذا المذهب أجازت المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. التطليق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يميناً على الزوج، وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الضعف الجنسي طرأ بعد الدخول، فإن تحليفه اليمين يكون في غير موضعه»^(١).

(١) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1981/7/26 في الطلب رقم 46 لسنة 1981 بأن:

«اتفق علماء الشريعة الإسلامية على أن سلامة الزوج من بعض العيوب شرط أساسى للزوم الزواج بالنسبة للمرأة بمعنى أنه إذا تبين لها وجود عيب فيه كان لها الحق في=

= رفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها المعيب - والفقهاء وإن اختلفوا في تحديد هذه العيوب إلا أنهم اتفقوا على أن العنة عيب يجيز الزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها. والعنة - بضم العين وفتحها - الاعتراض، من عن بالبناء للمفعول. والعين في اللغة من لا يقدر على الجماع، وشرعا من تعجز آلتة عن الدخول في قبل زوجته وموضع الحرث منها. أكثر (١) أهل العلم على أن الزوجة إذا اعترفت أن زوجها قد وصل إليها بطل أن يكون عنيئا، فإذا ادعت عجزه بعد هذا لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة بهذا قال الإمام أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل وعطاء وطاوس والأوزاعي والليث بن سعد والحسن بن يحيى وشريح وعمرو بن دينار وأبو عبيد. ومقتضى هذا أن الزوج إذا وصل إلى زوجته وقاعا في مكان الحرث منها ولو مرة، فلا يفرق بينهما بما طرأ عليه من مرض وقف به دون تكرار الوصول إلى حرثها. وهذا هو ما روى أيضا

عن الإمام على بن أبي طالب رضى الله عنه قال: إن على الزوجة أن تصبر إن كانت العلة طارئة، وكان قد سبق له جماعها. وقد نص فقهاء المذهب الحنفى فى هذا الموضع على أنه (٢) «... ولو تزوج ووصل إليها ثم عجز عن الوطء بعد ذلك، وصار عنيئا، لم يكن لها حق الخصومة...» وعلى أنه (٣) «فلو جن بعد وصوله إليها مرة أو صار عنيئا بعد الوصول إليها لا يفرق بينهما لحصول حقها بالوطء مرة، وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لا قضاء، ويأثم إذا ترك الديانة متعنتا مع القدرة على الوطء...» وفقه هذا المذهب هو المعمول به قضاء فى التفريق بين الزوجين بسبب تعيب الزوج بالعنة، بل على وجه العموم بالنسبة لعيوب التناسل، كما تشير إليه هذه المذكرة الإيضاحية للقانونين رقمى ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذ جاء بها فى الفقرة الخامسة ما يلى: «ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو إباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة» ومن ثم فلا يسرى على الإدعان بالعنة حكم المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كما نبهت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية على الوجه السابق... الخ».

هوامش الفتوى:

١- المغنى لابن قدامة الحنبلى مع الشرح الكبير ج ٧ ص ٢٧٢... والمحلى لابن حزم ج ١ ص ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢.

٢- الفتاوى الخانية المطبوعة على هامش الفتاوى الهندية ج ١ ص ٤١٢ طبعة ثانية بولاق. الأميرية ١٣٠٠هـ.

٢- أن تكون غير عالمة بالعيب قبل الزواج، فلو تزوجته وهي تعلم بالعيب كانت راضية بالبقاء معه، فلا يكون لها حق طلب التطليق.

٣- ألا يوجد منها ما يفيد رضاها بالعيب بعد العقد إذا لم تكن عالمة به قبل العقد. فإن رضيت بالعيب صراحة أو دلالة لم يثبت لها الحق فى التطليق. ومثال الرضا دلالة أن تطالب زوجها بالنفقة.

والسكوت لا يعد رضا بالعيب، فلو مكثت مع زوجها زمنا ولم يظهر رضاها بالعيب، فلا يكون سكوتها مسقطا لحقها فى طلب التطليق، لأن السكوت قد يكون للتجربة وترجى الوصول إلى الرضا به فلا يبطل حقها بالشك^(١).

٤- ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة، فإذا كان بها شيء من ذلك كالرتق^(٢) والقرن^(٣) والعفل^(٤)، فلا يكون لها حق المطالبة بالتطليق لأن مانعا قد وجد من جانبها أيضا فلا يكون الرجل ظالما بإمساکها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بالطلاق.

٥- أن تكون الزوجة بالغة. فلو كانت صغيرة وطلب وليها التفريق بينها وبين زوجها لم يفرق القاضى بينهما لاحتمال أن تسقط حقها بعد البلوغ وترضى بالبقاء مع الزوج لحسن عشرته أو لمعان تراها. إنما لا يشترط أن تكون الزوجة عاقلة فالمجنونة لوليها أو من ينصبه القاضى حق طلب التطليق^(٥).

٦- إذا كان الطلاق للعنة، فيجب أن يكون العنين بالغا فإن كان صبيا فإنه ينتظر به إلى وقت البلوغ فقد يكون للصغر أثر فى العنة فإذا بلغ ولم يستطع مخالطتها فإنه يؤجل سنة وذلك بخلاف المجهوب.

= ٢- الدر المختار للحصفي شرح تنوير الأبصار للعلائي وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ص ٩١٧، ١١٨ والبحر الرائق لابن نجيم المصرى الحنفى ج ٤ ص ١٢٥.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٩.

(٢) الرتق: انسداد موضع الاتصال الجنسى سواء كان الانسداد بعظم أو غدة لحم.

(٣) القرن: شيء يبرز فى موضع الاتصال الجنسى كقرن الشاة يمنع من الاستعمال.

(٤) العفل: لحم برز من موضع الاتصال الجنسى.

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٥.

١٣٣- ما يتبع فى طلب التطليق للجب :

إذا ادعت الزوجة أن زوجها مجبوبا وطلبت تطليقها لهذا السبب، ولم يصادقها الزوج على ذلك، أمر القاضى بعرضه على رجل فإن أمكن معرفته بالمس من وراء الثياب فلا تكشف عورته، وإذا لم يمكن ذلك نظر الرجل إلى عورته ليخبر بحاله لأننا نكون إزاء ضرورة والضرورات تبيح المحظورات. فإذا ثبت الجب وتوافرت فى الدعوى الشروط السابقة، أمره القاضى بتطليقها فإن أبى أن يطلق طلقها القاضى نيابة عنه رفعا للضرر عنها. ولا يمهل القاضى الزوج مدة سنة - كما هى الحال فى طلب التطليق للخصاء والعنة كما سنرى - لعدم الفائدة من الإمهال فى هذه الحالة.

ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. نص فى مادته الحادية عشرة على أن: «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها» - وهذا النص عام التطبيق، سواء بالنسبة للعيوب المنصوص عليها فى المادة التاسعة من هذا القانون أم بالنسبة للعيوب التى يسرى فى شأنها رأى المراجع من المذهب الحنفى وهى: الجب والخصاء والعنة^(١)، وعلى ذلك يجوز للمحكمة الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء لبيان ما إذا كان الزوج مجبوبا من عدمه. وقد جرى العمل بالمحاكم على ندب الطبيب الشرعى لتوقيع الكشف الطبى على الزوج للوقوف على هذا العيب.

١٤٤- ما يتبع فى طلب التطليق للعنة والخصاء :

إذا طلبت المرأة التطليق بسبب العنة أو الخصاء، وادعت أن زوجها لم يصل إليها لأنه عنين أو خصى. فإذا اعترف الزوج بدعواها وأقر أنه لم يصل إليها فالقاضى لا يفرق بينهما فى الحال بل يؤجل القاضى سنة، سواء كانت الزوجة بكرا أو ثيبا حين العقد عليها، فإذا انتهت السنة وأصررت الزوجة على

(١) فى هذا المعنى نقض: طعن رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٠ «أحوال شخصية» - جلسة ١٤ / ١٢ / ١٩٧٧ (منشور بالبند التالى) - الدكتور محمد بلتاى فى أحكام الأسرة الجزء

طلب التطلاق لأنه لم يصل إليها في خلال السنة أمر القاضى الزوج بأن يطلقها، فإن لم يفعل طلقها عليه.

وإن أنكر الزوج دعواها، فإذا كانت الزوجة وقت العقد ثيبا فالقول قوله بيمينه، لأنه ينكر استحقاقها الفرقة، وإن كان مدعى الوصول إليها، والظاهر يشهد له وهو أن الأصل في الإنسان السلامة من العيوب والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه، فإن حلف رفضت دعواها، وإن نكل عن اليمين اعتبر مصدقا لها وأجل القاضى سنة كما في حالة ما إذا اعترف بدعواها وأقر بأنه لم يصل إليها^(١).

وإذا كانت الزوجة بكرا وقت العقد عليها، عين القاضى امرأتين^(٢) من الموثوق بهن للكشف عليها، فإن وجدتاها ثيبا كان القول قوله بيمينه، حتى لو ادعت أنه أزال بكارتها بغير المخالطة لما قلنا من أن الظاهر يشهد له فيحلف أنه أزال بكارتها بالمخالطة. فإن حلف رفضت دعواها، وإن نكل عن اليمين، كان مصدقا لها، فإذا صممت على الفرقة وأبى الزوج أن يطلقها طلقها عليه القاضى نيابة عنه.

وإذا وجدتاها بكرا، أجل القاضى سنة، فإذا عادت بعد انتهاء السنة أعيد الكشف عليها مرة ثانية، فإن تبين بعد الكشف عليها أنها لا تزال بكرا وأصرت على الفرقة أمر القاضى زوجها بأن يطلقها فإن لم يفعل طلقها القاضى طلبة بئنة^(٣).

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٥٩٢ - عمر عبد الله ص ٥٢٠.

(٢) وذلك للاحتياط، وامرأة واحدة تكفى. وإن اختلفت المرأتان عين القاضى غيرهما (البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٥).

(٣) وجاء بحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٩ عن طريق معرفة البكارة والثبوبة ما يأتي: «قال في الفتح وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع يعنى المرأة في فرجها أصغر بيضة للدجاج، فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب وإلا فبكر أو تكسر وتسكب في فرجها، فإن دخلت فثيب وإلا فبكر، وقيل إن أمكنا أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب أ.هـ - وتعبيره في الثالث بقليل مشير إلى ضعفه، ولذا قال القهستاني وفيه تردد، فإن موضع البكارة غير المبال.»

ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. ونصت مادته الحادية عشرة على أن «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها»، وقد ورد هذا النص عاما - كما أسلفنا - ليشمل العيوب التناسلية التى تجيز التطليق طبقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى والتى كان معمولا بها قبل صدور القانون المذكور، وتلك المنصوص عليها فى المادة التاسعة من القانون، فقد أصبح من الجائز للقاضى الاستعانة بذوى الخبرة من الأطباء لبيان ما إذا كان الزوج فى حالة عنة ولا يستطيع الوصول على النساء أم لا، وما إذا كانت الزوج بكرا أو ثيبا، وقد جرى العمل فى المحاكم على نذب الطبيب الشرعى لأداء هذه المهمة.

ولا جدل فى أن التزام القاضى بتأجيل العنين سنة، مازال باقيا بعد العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، لأن القانون المذكور قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة، فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض ولم يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقا للمادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ومن قبلها المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة)، وهذا المذهب يوجب تأجيل القاضى سنة بالتفصيل المتقدم.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

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

(طعن رقم 38 لسنة 65 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/3/22)

(أنظر أيضا نقض 1977/12/44 منشور بهذا البند)

ونص المذهب الحنفى على التأجيل سنة لأن الحق ثابت للزوجة فى الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلّة معترضة، ويحتمل لآفة أصيلة فيه، ولا يعرف ذلك إلا بتأجيله، وقدرت مدة التأجيل بسنة لاشتغالها على الفصول الأربعة، فربما كانت العلة المعترضة بسبب غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة، فيصل إليها فى أحد الفصول، ولأن السنة جعلت غاية فى صبرها وإيلاء العذر للزوج شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب شفائه، فإذا انقضت السنة دون أن يصل المرأة غلب الظن بعدم زوال العنة لزمانتها ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما بناء على طلبها، وقد قال الفقهاء إن الزوج لو قال بعد مضى السنة أجلنى يوما واحدا لا يجيبه القاضى إلى طلبه^(١).

والتأجيل قول عمر وعلى وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبى حنيفة وأصحابه والشافعى وأصحابه ومالك وأصحابه، والخوارج يقولون بالتأجيل سنة وقيل عشرة أشهر والأول أصح.

والراجح اعتبار السنة قمرية أى هجرية، لأن أهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة فإذا أطلقوا السنة انصرفوا إلى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه^(٢)، ولم ينص التشريع المصرى على احتساب هذه المدة بالسنة الشمسية كما فعل فى بعض المسائل (م ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩).

وقيل أن المراد السنة الشمسية وهى رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة لأنها تشتمل على الفصول الأربعة. والخلاف فى ذلك يسير لأن الفرق بينهما أيام. والسنة الشمسية (الميلادية) تزيد على السنة القمرية أو الهجرية بأحد عشر يوما^(٣).

(١) الهداية ج ٢ ص ٢٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ابن عابدين ص ٤٩٧.

(٣) البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٤ - التنوير وشرحه الدر المختار مطبوع مع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٧ - ويقول ابن عابدين أن السنة القمرية بالأيام ٤٥٤ يوما، ٨ ساعات، ٤٨ دقيقة. وهى تزيد على السنة الشمسية (الميلادية) ١١ يوما، ٥ ساعات، ٥٥ دقيقة أو ٤٩ دقيقة.

وتبدأ السنة من يوم خصومة الزوجة لزوجها، إلا إذا كان الزوج صغيراً أو مريضاً أو في حالة إحرام، فإن ابتداء السنة يكون من وقت البلوغ والشفاء من المرض والانتهاج من الإحرام. والعبرة بتأجيل القاضى، فلا عبرة بتأجيل المرأة السابق على الخصومة أو غيرها^(١).

وإذا كان الفقه قد اشترط أن تكون السنة من تاريخ الخصومة، وكان المعروف أن الخصومة فى الماضى كانت تتعقد بحضور الطرفين وتنتهى فى أجل قصير، أما الآن وقد أصبح للنقاضى إجراءات مطولة، فإننا نرى أن مدة السنة تحسب من تاريخ صدور القرار بالتأجيل لا من تاريخ المخاصمة أى رفع الدعوى بإيداع صحيفتها قلم الكتاب^(٢).

ولا تحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطيع معه الاتصال، وكذلك إذا سجن الزوج فإن ذلك عذر له فلا تحسب مدة حبسه من السنة، أما إذا غاب الزوج باختياره لشأن من شئونه أو للحج فلا يعتبر ذلك عذراً بل تحسب أيامه من السنة^(٣). وتحسب من السنة أيام شهر رمضان وأيام حيضها^(٤).

(١) وقد جاء بحاشية الرمل على البحر الرائق جـ ٤ ص ١٢٤ ما يأتى: «ولا يكون إلا عند القاضى لأن هذا مقدمة أمر لا يكون إلا عند القاضى وهو الفرقة فكذا مقدمته».

(٢) فى هذا المعنى نقض ١٤/ ١٢/ ١٩٧٧ منشور بهذا البند - استئناف قنا بتاريخ ٢٢/ ٤/ ١٩٨٨ منشور بالبند التالى.

(٣) عبد الرحمن تاج ص ٢٦٩.

(٤) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٤/ ٤/ ١٩٧٩ فى الطلب رقم ١١٢/ ١٩٧٩ بأن: «تقضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٢١ بالقضاء بأرجح الأقوال فى فقه مذهب أبى حنيفة فى مسائل الأحوال الشخصية فيما عدا ما صدر بشأنه قانون خاص. ولما كانت نصوص فقه هذا المذهب قد جرت بأن للزوجة إذا لم يصل إليها زوجها بعد الدخول بها بأن كان عنيماً أن ترفع أمرها إلى القاضى للتفريق بينهما وعندئذ فإذا أقر الزوج بعدم الوصول إليها بالرغم من تمكينها إياه أمهله القاضى مدة سنة قمرية تبدأ برفع الدعوى إلى القضاء، ذلك لأن السنة=

والتأجيل إما أن يكون في غرة الشهر الهجرى أو في خلاله، فإن كان الأول احتسب السنة بالأهلة أى بالأشهر القمرية فتكون السنة اثنى عشر شهرا قمريا. وإذا كان الثانى فيكمل الشهر الأول الذى بدأت فيه المدة من الشهر الأخير باعتبار الشهر ثلاثين يوما، واعتبرت المدة بالأهلة بين الشهرين المذكورين⁽¹⁾. وسبب إيجاب الفقهاء لهذه المهلة أن الوقوف على حقيقة العنة متعسر وليس لأهل الخبرة من الأطباء فى هذا العيب رأى قاطع وقد يعجز الرجل عن معاشره امرأة دون أخرى أو فى حين دون آخر⁽²⁾.

= فصول أربعة مختلفة الأجواء، وعساه أن تزول علته باختلاف الفصول، فإن ذهبتم وجامعها فعلا خلال السنة ولو مرة رفض القاضى طلب الفرقة بسبب العنة. وإن لم يصل إليها فرق القاضى بينهما بطلقة بائة بناء على طلبها رفعا للضرر عنها. لأن من الإمساك بالمعروف إمتاعها بقضاء شهوتها. فإن ظلم واحتبسها مع هذه العلة طلق عليه القاضى بحكم ولايته العامة. هذا وفى واقعة السؤال إذا رفعت الزوجة طلب التفريق للعنة إلى القضاء فإن المحكمة وفقا للقانون تطبق إجراء الإمهال سالف الذكر، وبشرط تمكين الزوجة زوجها من نفسها طوال أيام السنة فإن لم تمكنه لم يكن لها حق الادعاء بالعنة، فإذا انقضت السنة بمانع من جهتها غير الحيض أو المرض المانع من الوقاع بأن سافرت الزوجة إلى جهة أخرى استكملت. وبهذا علم الجواب عن السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(1) وهذا هو رأى صاحبين أما الإمام أبو حنيفة فيعتبر فى احتساب المدة الأيام، ويعتبر السنة عددية، كل شهر ثلاثون يوما فتكون السنة ٣٠٠ يوما (راجع فى الرايين: حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٧ وما بعدها) ونرجح مع البعض رأى صاحبين، لأن السنة شمسية أو قمرية.

والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما، والشمسية تزيد عليها بأحد عشر يوما، فلا القمرية ٣٠٠، ولا الشمسية ٣٠٠ يوما. وأن الحساب مادام بالسنة الهجرية وشهور هذه السنة قمرية، ومن الممكن جبر الشهر الأول من الشهر الأخير، فالأولى أن يصار إلى ذلك وهو رأى صاحبين. فضلا عن ذلك فالأخذ برأى الأمام أبى حنيفة فى هذا المجال يؤدى إلى زيادة السنة أياما (الدكتور عبد العزيز عامر - الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية فقها وقضاء - النسب - الرضاع - الحضانة - نفقة الأقارب ص ٢٥٦ وما بعدها).

(2) القاهرة الابتدائية فى ٦١/ ١٢/ ١٤٠٦ - الدعوى رقم ٧٨٣ لسنة ١٤٠٦ كلى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- «وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن النص فى المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على أن: «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث ذلك بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو لا دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق»، وفى المادة الحادية عشرة على أن «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها» يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إذا ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده، كل ذلك شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة.

ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والخصاء وبقاى الحكم فيه وفقهه، وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر، وكان ما نصت عليه المادة السالفة الذكر من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما إذا كان متحققا فيه الأوصاف التى أشارت إليها، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك وما إذا كان مسوغا لطلب التطلاق أو لا، وكان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة، فلم يعين

الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض، أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، لما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع معاشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لازالت بكراً، وأنه لم يصل إليها، فيؤجله القاضى سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض فتبدأ حين زوال المانع ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطاع معه الوقاع فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه لما كان ما تقدم، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه تبين من تقرير الطبيب الشرعى أن المطعون عليها مازالت بكراً تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة، وأن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجاً عن عوامل نفسية، وعندئذ تكون عنة مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إهمال، يكون قد خالف القانون. لا يشفع فى ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى، لأن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابقة الإشارة إليها ومن ثم يتعين نقض الحكم لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

وحيث إن المحكمة وإن كانت قد انتهت - التزاماً منها بأداء مهمتها رقابة التطبيق القانون الصحيح - إلى وجوب الاعتداد بفترة الإهمال أخذاً بالراجح فى

مذهب أبى حنيفة تطبيقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أبقى عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، إلا أنه استكمالا لأداء رسالتها لا يسعها إلا أن تعاود الإشارة إلى أن الإمهال لا موجب له فى خصوص العنة طبقاً لبعض المذاهب الأخرى وفى رأى بعض الفقهاء المحدثين وإلا أن تكرر الإهابة بالمشرع إلى إصدار تشريع ينص فيه على الأحكام الموضوعية لكل من مسائل الأحوال الشخصية، غير متقيدة فى ذلك بمذهب معين، بحيث يكون الحكم الذى يؤثره المشرع هو الذى يتفق مع تطور الحياة الاجتماعية، ومع الاستقرار المنشود للأسرة المصرية، وفى يقين هذه المحكمة أن الشريعة الإسلامية الغراء تأبى الجمود، وتستعصى على التخلف والركود وتقتضى مرونتها أن تستجيب للحياة ما بقيت أو تغيرت تلك الحياة»^(١).

(طعن رقم 20 لسنة 46 قى جلسة 1977/12/44)

٢- «كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن فواته البرء من المرض، أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل ما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية. لما كان ذلك، وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع معاشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لازالت بكرًا، وأنه لم يصل إليها فيؤجله

(١) ولذلك أخطأت محكمة شبين الكوم فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٩/١٢/ ١٩٨٦ فى الدعوى رقم ٢٢٢/ ١٩٨٤ كلى أحوال نفس لقضائها بالتطبيق قبل إمهال الزوج لمدة سنة فقد جاء به:

«وحيث إنه متى كان ما تقدم وأخذاً به وقد اطمأنت المحكمة إلى ما انتهى إليه تقرير الطبيب المنتدب فى الدعوى، وكان الثابت من مطالعة الأوراق مرور فترة من الزمن تقرب العام منذ أن تزوجت المدعية بالمدعى عليه وحتى رفعها الدعوى وأن المدعى عليه لم يتمكن من فض غشاء بكارتها الأمر الذى تستظهر معه المحكمة أن عيب المدعى عليه أضى مستحكما لا يمكن البرء منه ومن ثم فإن الدعوى على هذا النحو تكون قد صادفت صحيح الواقع وأصابته أحكام القانون».

القاضي سنة ليتبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض فتبدأ حين زوال المانع. ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطيع معه الوقاع فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضي مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه. لما كان ما تقدم وكان الثابت من تقرير الطبيب الشرعى المقدم فى الدعوى أن المطعون ضدها مازالت تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة، وأن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجاً عن عوامل نفسية وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع، وذلك بالتعاون التام بين الزوجين... فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة به دون إمهال يكون قد خالف القانون... ولا يشفع له فى ذلك تقريره أن وصول الطاعن إلى زوجته أمر مستحيل لأن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل باستمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضي الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها.

(طعن رقم 172 لسنة 74 «أحوال شخصية» جلسة 2006/2/11)

١٤٥ - كيفية إصدار القاضي قراره بتأجيل الزوج لمدة سنة:

رأينا فى البند السابق أنه إذا ثبت للقاضى أن الزوج لا يصل إلى زوجته تعين عليه قبل القضاء بتطليق زوجته عليه إمهاله لمدة سنة، سواء كانت الزوجة ثيباً أو بكرًا.

وإذ لم يجر العمل فى المحاكم على تأجيل الدعاوى إلى مدد طويلة كمدة السنة. فضلاً عما ينشأ من صعوبات فى تحديد الجلسة التى تؤجل إليها الدعوى فى بعض الأحوال كما أن الفقه الحنفى المعمول به فى هذا الشأن يذهب إلى أنه إذا أجل القاضي الزوج سنة ولم تعد المرأة إلى القضاء سكت عن القضية إذ ليس من

وظيفته أن يثير الخصومة بين الناس^(١)، فقد اتجهت المحاكم إلى إصدار قرارها بتكليف الزوجة بتمكين الزوج من نفسها لمدة سنة قمرية، مع القضاء بوقف الدعوى لمدة سنة قمرية. فإذا انقضت السنة ولم يصل الرجل إلى امرأته، وكانت المرأة مصممة على طلب التطلق، كان لها تعجيل السير في دعواها لينظر القاضي في طلبها.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف قنا بتاريخ ٢٣/٤/١٩٨٨ فى الاستئناف رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٨ أق أحوال شخصية بأن:

«... لما كان ذلك وكان البين من تقرير الطبيب الشرعى أن المستأنف ضدها مازالت بكرا تحتفظ بمظاهرها العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة، وأن المستأنف وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أنها قد تنتج من عوامل نفسية وعندئذ تكون مؤقتة ويمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهّد للشفاء واسترجاع المقدرة على الجماع فإن الحكم المستأنف إذ قضى بالتطلق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية بالمستأنف دون إمهال يكون قد خالف القانون لأن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس مجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها ومن ثم يتعين على هذه المحكمة قبل الفصل فى موضوع الاستئناف إمهال المستأنف سنة كاملة وتكليف المستأنف ضدها بتمكينه من نفسها طيلة الفصول الأربعة للسنة الممهلة له، ووقف الفصل فى موضوع الاستئناف لهذا السبب وحتى يتخذ هذا الإجراء».

«أيضاً: قنا الابتدائية بتاريخ ٢٢/٣/١٩٧١ فى الدعوى رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٠.

أحوال كلى نفس - وقد حكمت بوقف الدعوى لمدة سنة قمرية».



القسم الثاني

التطبيق بسبب العيب المستحكم

٦٤٦- النص القانوني:

المادة (٩) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المعدل):

«للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق».

١٤٧- المصدر التشريعي للنص:

أجاز النص للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص.

وقد استمد هذا الحكم من رأى محمد من الحنفية، وأصحاب المذاهب الثلاثة الأخرى، فقد أجازوا التطبيق للعيب المتقدم لأنه يضر بالزوجة ضررا عظيما، وقد زادت المذاهب الثلاثة عيوباً أخرى عليها.

والأحكام الواردة بالنص تتفق مع مذهب مالك في الجملة، وما اختلف فيه هو أنه عرف العيوب بالوصف، ولم يعدّها بالاسم كأكثر المالكية، ولكنه اختلف لا يمس الجوهر، لأن كتب المالكية منها ما ذكر عددا كبيرا من العيوب المنصوص عليها، فالقانون أيضا ما تجاوز أنه خرج على العيوب المنصوص عليها واتخذ الوصف الذي اعتبر علة التفريق أساس التعريف، وما عدا ذلك فالقانون في هذا متفق مع مذهب مالك، فالتفريق طلاق بائن فيهما.

وإذا كان التفريق للعيوب مأخوذا من مذهب مالك، فهو المصدر التشريعي الذي يرجع إليه في تفسيره، وتفصيل مجمله وتقييد مطلقه^(١).

١٤٨- شروط التتطبيق للعيب المستحكم:

يشترط للتطبيق بسبب العيب المستحكم توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون بالزوج عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكن الزوجة المقام معه إلا بضرر.

فإذا كان العيب غير مستحكم بحيث يمكن البرء منه بعد زمن غير طويل، أو إذا كان العيب مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولكن يمكن الزوجة المقام مع وجوده بدون ضرر فإن العيب لا يبرر التتطبيق^(١).

وإطلاق النص يصدق على أى عيب مستحكم بالصفة المذكورة. والمادة وإن ذكرت ثلاثة عيوب هي: الجنون والجذام والبرص، فقد جاء ذلك على سبيل المثال لا الحصر.

والجذام داء يشقق به الجلد وينتن ويقطع اللحم، والبرص بياض يبدو فى ظاهر البدن لفساد مزاجه.

وقد نصت المادة (١١) على أن يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها - وعلى ذلك فللقاضى الاستعانة بذوى الخبرة من الأطباء على تعرف العيب وما إذا كان متحققاً فيه الأوصاف التى أشارت إليها، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك، وما إذا كان مسوغاً لطلب التتطبيق أو لا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«طلب الزوجة التتطبيق من زوجها للعيب. شرطه. م٩، ١١ من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠. جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عنه. لمحكمة الموضوع تقدير ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة. النعى عليها فى ذلك. جدل موضوعي. عدم جواز إثارتة أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 15 لسنة 64ق - «أحوال شخصية» - جلسة 1998/1/5)

(1) ومذهب المالكية أن الحكم بالفرقة يؤجل سنة فى كل من الجنون والجذام والبرص، رجاء البرء منها «حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٧٩».

ولا شك أن معنى العيب المستحكم يتغير بتقدم وسائل التشخيص والعلاج. ولذلك فما يعتبر عيباً مستحكماً بالأوصاف المتقدمة اليوم قد لا يعتبر كذلك في سنوات مقبلة.

وقد سكت القانون عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض، أو ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العيب من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل فى بعض العيوب كما حددها فقهاء الصحابة وفقهاء المالكية، وكما هو عليه العمل بالنسبة للعنة طبقاً للرأى الراجح من المذهب الحنفى، ومن ثم فإذا تحقق القاضى من وجود العيب فإنه لا يؤجل الزوج وإنما يقضى بالتطليق.

وتقدير وجود العيب بأوصافه المذكورة بالزوج مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «النص فى المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على أن «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق وفى المادة الحادية عشرة على أن «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها» يدل على أن

(1) وقد قضت محكمة النقض بأنه: «إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحاً إلى ثبوت قيام العيب المستحكم الموجب للتفريق فليس بضائره بعد ذلك خطؤه فى وصف هذا العيب، بالعنة».

المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من أجل الرجل إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة مع زوجها المعيب إلا بضرر شديد وتوسع القانون في العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده كل ذلك على شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة».

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق «أحوال شخصية» - جلسة 19/11/1975)

٢- «تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج الذى لا يرجى زواله ولا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة، وكان البين من التقرير الطبى الشرعى الذى أخذ به الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقر فيه بأن عدم تعاون المطعون عليها معه فى ممارسة العملية الجنسية سببت له الكثير من الضيق وكان له أسوأ الأثر فى نفسيته وقد نتج عن ذلك تغير فى قوة الانتصاب... كما أثبت التقرير فى نتيجته أنه مع استمرار الشقاق والتنافر بين الزوجين فليس من المحتمل أن تزول هذه العنة النفسية، وكان الحكم المطعون فيه عقب على ذلك التقرير بقوله «فإن قيام هذه الحالات بالزوج حتى الآن لا شك تضر بالزوجة المستأنفة ضرراً بليغاً وقد تسبب لها اضطراب أعصابها وقد بارحت منزل الزوجية خشية أن يصيبها الضرر من جراء هذه الحالة، فإذا أضيف إلى ما تقدم أن ملازمة هذه الحالة عند الزوج هذه المدة الطويلة وهى حوالى أربع سنوات دون أن يشفى أو تتحسن حالته وكانت الزوجة شابة يخشى عليها من الفتنة فإن قيام هذه الحالة يؤدى إلى التعاسة والضرر وينتفى معه الغرض السامى من الحياة الزوجية من الرحمة والمودة. وكان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه استخلص أن الطاعن مصاب بعنة نفسية لا يرجى زوالها منعه من الاتصال الجنسى بالمطعون عليها - هى عيب يبيح للزوج طلب

التطليق - وأسند في ذلك إلى أسباب سائغة، وما أثاره الطاعن لا يعدو أن يكون مجادلة في تقدير موضوعي لا يقبل أمام محكمة النقض ويكون النعي على الحكم بمخالفة القانون والفساد في الاستدلال على غير أساس».

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق «أحوال شخصية» - جلسة 19/11/1975)⁽¹⁾

٣- «مفاد نص المادتين ٩، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يدل على أن المشرع توسع في العيوب التي تبيح للزوجة الفرقة فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية وهي عيوب العنة والجب والخصاء وإنما أباح لها طلب التفريق إذا ثبت بالزوج أى عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد، وأن ما ورد ذكره من عيوب في هذا النص كان على سبيل المثال لا الحصر وأنه رأى الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام العيب ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده».

(طعن رقم 13 لسنة 50 ق «أحوال شخصية» جلسة 23/6/1981 - لم ينشر)

(1) لا نساير الحكم في اعتباره العنة الطارئة على الزوج بعد الدخول بالزوجة وفض بكارتها عيباً مستحكماً يبرر التطليق طبقاً للمادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٠ (فقد جاء بأسباب الحكم أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الضعف الجنسي طراً بعد الدخول) لأن التطليق للعنة يعمل فيه بالراجع من أحكام المذهب الحنفى - وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون وأشارت إليه المحكمة في هذا الحكم وبقضاء آخر لها (راجع الحكم في هذه الخصومة بند ١٤١ وراجع نقض ١٤/١٢/١٩٧٧ منشور ببند ١١٤) - والمنصوص عليه في المذهب الحنفى أنه يشترط للتطليق للعنة أن تكون العنة موجودة عند العقد أو حدثت بعده قبل الدخول أما إذا حدثت

بعد الدخول فلا يثبت للزوجة الحق في التطليق لأن الزوج يلتزم قضاء بالوصول إليها مرة، أما المادة التاسعة المذكورة فمجال تطبيقها العيوب الأخرى التي لا يعمل فيها بالراجع من المذهب الحنفى، وتطبيق هذه المادة على عيب العنة من شأنه إهدار القواعد التي أوردها الفقه الحنفى بصدده وهي ما لم يقصده المشرع.

٤- «حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب فى الرجل. م ١، ا ١١ لسنة ٢٥
١٢٠٠. شرطه. جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى
الضرر الناجم عنه».

(طعن رقم 30 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 19/1/1991 - لم ينشر)
(راجع أيضا: نقض 44/12/1977 طعن رقم 20 لسنة 46 ق
«أحوال شخصية» منشور ببند 444)

٥- «النص فى المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٢٠٠.
بشأن النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية وفى المادة الحادية عشرة يدل -
وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع جعل للزوجة حق
طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا، أو
يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر
شديد، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر
مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان استحكام المرض، ومدى الضرر الناجم عن
الإقامة مع وجوده، على ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه
صراحة أو دلالة، شريطة أن يكون هذا العلم وذلك الرضا مستنديين إلى معرفة
حقيقية بالعيب وإرادة صحيحة من الزوجة بالعيش مع الزوج رغم علمها بالعيب
وكان مؤدى هذا - وفقا لمذهب الحنفية - أنه إذا تأكد للزوجة أن هناك عيبا
مستكما ولم ترض به رضاء صحيحا نابعا عن علم يقينى به، واستمرت فى
المقام معه زمنا للتجربة أو إعطاء الفرصة لاحتمال زوال هذا العيب طبييا ولم
يتم ذلك، فإن حقها فى طلب التفريق يظل قائما، ولا يسقط حتى لو تراخت فى
رفع أمرها إلى القضاء، وأن هذا الحق يتجدد بتجدد عقد الزواج، بما مؤداه أن
العلم بقيام العيب الذى يستوجب الفرقة الزوجية لا يتحقق إلا بعد استظهاره
بمعرفة أهل الخبرة من الأطباء، ولو تجدد عقد الزواج أكثر من مرة قبل ثبوت
ذلك».

(طعن رقم 673 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 7/1/2002)

وقد اعتبرت محكمة النقض أن إجراء الزوج عملية جراحية أدت إلى جعل الواقع شاذاً لا يتحقق به أحد مقصدي النكاح ويلحق بالزوجة آلاماً ويعرضها للإصابة ببعض الأمراض، يتحقق به العيب المستحكم الذي يبرر لها التطلاق.

إذ قضت بتاريخ ٢٣/٦/١٩٨١ في الطعن رقم ١١ لسنة ٥٠ «أحوال شخصية» - (غير منشور) بأن:

«إذا كانت العملية الجراحية التي أجريت للطاعن وإن أصبح معها قادراً على إتيان زوجته بما ينفي عنه عيب العنة إلا أنها أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الواقع شاذاً لا يتحقق به أحد مقصدي النكاح ويلحق بالزوجة آلاماً عضوية ونفسية فضلاً عن أنه يعرضها للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبير المنتدب وكان من شأن هذا التدخل الجراحي استقرار حالة العيب لدى الطاعن بما يجعله عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه وينتفى موجب التأجيل الذي اشترطه لحنفية للحكم بالتطلاق لعيب العنة».

وقد قضت محكمة إمبابة الشرعية الجزئية بأن العته لا يدخل في العيوب المنصوص عليها بالمادة التاسعة والتي تجيز للزوجة طلب التطلاق إذ ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ 1/1/1925 في الدعوى رقم 11 لسنة 4934 إلى أن:

«نصت المادة التاسعة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه يشترط في العيب الذي يجيز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها ألا ترضى به صراحة أو دلالة على أنه يشترط فيه ألا يمكنها المقام معه إلا بضرر ومن حيث أن العته لا يتحقق فيه ذلك إذ المعتوه شرعاً هو قليل الفهم مختلط الكلام ولا يضرب ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تتضرر منه الزوجة - ومن حيث أنه مع التسليم أن وجود هذه الحالة بالزوج فيه إضرار بالزوجة فقد قرر وكيلها أنها كانت قيمة عليه وهو بهذه الحالة وقبولها لأن تكون قيمة عليه فيه رضا دلالة بهذا العيب فليس لها بعد طلب التفريق».

٢- ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب إذا كان موجوداً قبل الزواج فإن تزوجته عالمة بعيبه لم يكن لها طلب التفريق.

٣- ألا تكون الزوجة قد رضيت بالعيب إذا كان العيب بعد العقد، لأن رضاها به إسقاط لحقها في طلب التطلق.
والرضا يكون صريحا أو ضمنيا كأن تطالب زوجها بالنفقة مثلا بعد حدوث العيب.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة مغاغة الشرعية الجزئية بتاريخ

١٩٣٣ / ٢ / ٢٥ في الدعوى رقم ٦٥ لسنة ١٩٣٢ بأن:

«حيث إنه يبين من قرار المجلس الحسبى أن زوجها المحجور عليه قد حدث به عيب هو مرض الجنون المطبق وأن وكيلها إذ ذاك طلب تعيين المدعية قيمة عليه ورأى المجلس تعيين المدعية قيمة عليه - وحيث إن هذا يدل على أن المدعية وقد حدث عيب الجنون المطبق بزوجها قد علمت ورضيت بذلك العيب رضاء جعلها تطلب بلسان وكيلها تعيينها قيمة عليه بصفتها زوجة له وأيد ذلك الرضا، أنها بعد ذلك مكثت بجواره نحواً من تسع سنوات لم تطلب التفريق بينها وبين زوجها لحدوث الجنون به وأيدت ذلك المدعية، وأقرت به أمام المحكمة حيث سببت طلبها الطلاق بأنها لا ترغب الطلاق لذات نفسه بل لأن المدعى عليه بصفتها قيمة على زوجها لم يؤد لها النفقة الأداء الذى تترتاح إليه نفسها وقررت أنه لو أراحها فى أداء النفقة لا تطلب الطلاق وحيث إن المادة التاسعة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ نصت على أنه لا يجوز التفريق إذا حدث للزوج عيب كالجنون وعلمت الزوجة ثم رضيت به صراحة أو دلالة بعد العلم به - وحيث إن رضاء المدعية بذلك العيب فيه العلم وهو ثابت دلالة وصراحة بما تبين من قرار المجلس الحسبى وبما قررته المدعية نفسها أمام هذه المحكمة».

والسكوت لا يعد رضا لجواز أن يكون ذلك من باب التريث والانتظار فلا تؤخذ الزوجة بالشك.

وفى هذا قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية بتاريخ ١٩٥٨ / ١ / ٤ فى

الدعوى رقم ٢٥٦ لسنة ١٩٥٧ كلى بأن:

«قعود المدعية عن رفع دعوى التطلق لإصابة الزوج بالجنون مدة عامين

لا يعتبر رضاء منها بالعييب الذى أصاب زوجها إذ أنها كما قالت فى عريضة دعاها كانت تأمل شفاؤه وترجو براءه ليعود إليها ويستأنفا حياتهما الزوجية وليس الرجاء والأمل فى الشفاء من المرض رضاء به هذا فضلا عن أن التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب أن تتحلى به الزوجة الصالحة من وفاء وإخلاص للزوج».

١٤٩- هل يعتبر عقم الرجل عيبا يبرر طلب التطليق؟

رأينا فيما سلف أن التطليق للعييب كان يحكمه قبل العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. رأى الراجح من المذهب الحنفى وهو رأى الشيخين، والذى يعطى الزوجة الحق فى طلب التطليق إذا كان بالزوج أحد العيوب التى تتصل بقربان الرجل بأهله أى العيوب التى تمنع التناسل وهى ثلاثة: الجب والخصاء والعنة، أما ما عدا ذلك من العيوب فلا تعطى المرأة الحق فى طلب التطليق، وأنه لما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. قضى فى مادته التاسعة على أن للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعييب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التطليق، ومن ثم فقد ظل العمل باقيا فى التطليق بعيوب الجب والخصاء والعنة طبقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى الذى كان معمولا به قبل العمل بالقانون المذكور، وأضاف هذا القانون حالات أخرى للتطليق للعييب يطبق فيها حكم القانون، وعلى ذلك يضحى جليا أن الطلاق للعيوب التناسلية يظل محكما بالرأى الراجح فى المذهب الحنفى بينما يحكم الطلاق للعيوب الأخرى نص المادة التاسعة سالف الذكر، وقد قصر الرأى الراجح فى المذهب الحنفى على ما سلف العيوب التى تمنع الرجل من قربان أهله والتى تجيز طلب التطليق على الجب والخصاء والعنة، ولم يضاف إليها عقم الزوج، وعدم اعتبار عقم الرجل سببا للتطليق يبرره أن الولد

هبة من الخالق يمنحها أو يمنعها وفق مشيئته مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلُ مِنْ يَشَاءُ عَقِيمًا﴾، كما أن النسل وإن كان من أسمى غايات الزواج إلا أنه ليس كل غاياته، فمنها سكن كل من الزوجين إلى الآخر وتأزرهما في مواجهة أعباء الحياة وشدائدها، في إطار من المودة والرحمة وذلك لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وبالبناء على ما تقدم لا يجوز للزوجة طلب التطلق لعقم الزوج⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي في حكم حديث لها صادر بتاريخ ٢٩ / ١٢ / ١٩٩٧ في الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٦٣ - أحوال شخصية - ذهبت فيه إلى أن :

«المقرر في قضاء هذه المحكمة - أنه وفقا لما أوردته المذكرة الإيضاحية لنص المادتين التاسعة والحادية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. فإن التفريق للعيب في الرجل قسمان: قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر، والعقم لا يؤثر على قربان الزوج لزوجته فلا يندرج ضمن العيوب التناسلية التى يجيز فقهاء المذهب الحنفى طلب التطلاق من أجلها ذلك لأن العيوب الثلاثة سالفة الذكر ينتفى معها المقصود الأصلى للزواج وهى غير قابلة للزوال وتفتت على الزوجة حقها فى الوطء بخلاف العقم الذى لا يحول دون ذلك وباستقراء نصوص الشريعة يتبين أن المقصود من الزواج ليس هو مجرد التناسل وإلا لما صح زواج

(1) وبهذا رأى قضت محكمة استئناف إسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ ٢٨ / ١٢ / ١٩٩٢ فى الاستئناف رقم ٧٢ لسنة ١٩٩٢ شرعي.

الآيسة، وعدم وجود الذرية لا يمنع من أن يكون كل من الزوجين سكنا للآخر ولا يحول بين قيام المودة والتراحم وبقاء النوع البشرى إلا أن الرزق بالذرية هبة من الله تعالى ومظهر من مظاهره القدرة الإلهية فى المنح والعطاء والحرمان فلا مانع لما أعطى ولا معطى لما منع مهما كانت السلامة الجسدية للزوجين أو سقامتها باعتبار أن الذرية من خلق الله تعالى الدالة على قدرته لقوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ تَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ۝ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنِثًا ۖ وَجَعَلَ مَنْ يَشَاءُ

عَقِيمًا ۚ إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ۝﴾ الآيتان ٤١، ٥٠ من سورة الشورى فلا يعد عدم الرزق بالأولاد فى ذاته عيبا فلا يجوز أن يتخذ سببا للتطليق إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر بقضائه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على سند من أنه عقيم، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه».

٥٠- التفريق للعيب طلاق بائن:

نصت المادة العاشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن: «الفرقة بالعيب طلاق بائن» - وهذا الحكم ينصرف إلى الفرقة التى يحكم بها القاضى، فتكون هذه الفرقة طلاقا بائنا. أما إذا طلق الرجل امرأته بسبب العيب قبل أن يفرق القاضى بينهما فإن هذا الطلاق يكون محكوما بنص المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تجرى على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل الثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

والنص السابق مستمد من رأى الحنفية والمالكية، لأنهم قالوا إن الزوج عجز عن الإمساك بمعروف فكان عليه أن يسرح بإحسان ولم يفعل فناب عنه القاضى، وطلاق القاضى لا يؤدى إلى الغرض المقصود منه وهو حماية المرأة من ظلم الرجل إلا إذا كان بائنا^(١).

(١) أما الشافعية والحنابلة والزيدية فذهبوا إلى أن تفريق القاضى فسخ لا يعد من الطلاق =

وبتطبيق القاضى للزوجة يكون عليها العدة احتياطاً، كما يكون لها المهر بالتمام إذا كان قد اختلى بها خلوة صحيحة لأنها سلمت نفسها والعجز جاء من الزوج، ولقد ورد عن عمر أنه قال: «ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم»⁽¹⁾.

١٥١- (ملغى).

١٥٢- بذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين:
(راجع الكتاب الثانى بند 65).



= الذى يملكه الزوج، لأنه صاحب الحق الشرعى فيه فكل فرقة يوقعها غيره لا تعد عليه ثم هى فرقة جاءت من قبل المرأة وبطلبها وإذا طلقها الزوج فلأنه يريد أن يرفع عن نفسه الالتزام بما لا ينبغى أن يلزم به.

(1) ويرى صاحبان أنه لا يجب إلا نصف المهر فى حالة المجبوب لأنه يقينا لا يستطيع الوصول إليها، ومرضه يمنع صحة الخلوة فكونه مجبوباً أولى.

موضوع رقم (٧)

التطبيق للضرر

١٥٣ - النصوص القانونية :

(أ) المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠).

مادة (٦) :

إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً على الوجه المبين بالمادة ١٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

(ب) القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض

أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية :

مادة (١٩) :

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

وعلى الحكّمين المثل أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معاً، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكّمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما

تستقيه من أوراق الدعوى^(١).

(١) وقد حلت هذه المادة محل المواد ٧، ٨، ٩، ...، ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥.
= وننشر هذه المواد فيما يلي:

مادة (7):

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

مادة (8):

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأنه يقوم بمهمته بعدل وبأمانة.

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

مادة (9):

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

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

مادة (10):

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

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

٢- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة.

٤- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

مادة (11):

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

المادة (٨).

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت =
= الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بئنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض. والنصوص المذكورة قد سبق استبدالها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ونصها الآتي:

مادة (7):

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

مادة (8):

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

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة شهور فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتتهما غير متفقيين.

مادة (9):

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

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

مادة (10):

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بئنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

٢- إذ كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

٣- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببذل يتناسب مع نسبة الإساءة.

٤- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تفريقا دون بدل.

مادة (11):

١٥٤- المصدر التشريعي للتطبيق للضرر:

إذا تضررت الزوجة من عشرة زوجها، بأن أذاها بالقول أو الفعل كضربها أو سبها أو هجرها أو إكراهها على فعل المحرم شرعاً، فقد ذهب الحنفية والظاهرية والشافعية في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أنه ليس لها طلب التفريق، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة فعليها أن تطلب من القاضى زجره ليمتنع عن إيذائها، وعلى القاضى أن يأمره بحسن المعاشرة

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨).

= وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى. وكانت هذه المواد كما وردت بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قبل تعديله كالاتي:

مادة (7):

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

مادة (8):

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

مادة (9):

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

مادة (10):

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

مادة (11):

على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقرانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه.

وبينها عن إيدائها فإن عاد مسيئاً لها عزره القاضي بما يراه رادعاً له ولكنه لا يحبس إذا كانت الشكوى من الجور فى القسم، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضي حكيمين ليقوما بالإصلاح بينهما عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (١).

وقالوا إن هذه الآية تكاد تكون صريحة فى أن عمل الحكّمين قاصر على محاولة الإصلاح بين الزوجين ولم تجعل لهما حق التفريق فيبقى هذا الأصل للزوج وحده إلا إذا وكلهما بذلك حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق لغيره.

وذهب المالكية والأوزاعي والشافعي فى قوله الآخر وأحمد فى الرواية الأخرى إلى أن للزوجة الحق فى طلب التّطليق، وليس فى الآية ما يمنع ذلك، بل من يمعن النظر فيها يجدها جعلت لهما هذا الحق لأن الله سماهما حكّمين وجعل حق بعثهما لغير الزوجين فليسا مجرد وكيلين إذ لو أراد ذلك لقال «فابعثوا وكّيلاً عنه ووّكّيلاً عنها» ولما قصرهما على أهله وأهلها، لأن الموكل له أن يوكل عنه من يشاء، وإذا كانا حكّمين فهما بمعنى الحاكمين فيثبت لهما حق الحكم ولا حكم هنا إلا بالتفريق إذا تعذر الإصلاح وقد ثبت أن عثمان أرسل حكّمين وقال لهما: إن رأيتما أن تفرقا ففرقا.

وكذلك روى عن على أنه بعث حكّمين بين زوجين وقال لهما: عليكما إن رأيتما أن تجمعا فاجمعا وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا.

وروى عن ابن عباس أنه قال فى الحكّمين: فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز (٢).

وقد أجاز المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التّطليق للضرر واستمد

(١) سورة النساء - الآية (٢٥).

(٢) الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص ١١١ وما بعدها كما كان قد استمد أحكام المواد (٧ - ١١) الملغاة من هذا المذهب.

أحكام التطلق للضرر المنصوص عليها فى المادة السادسة منه من مذهب مالك ولذا يعتبر مذهب مالك هو المصدر التشريعى لأحكام التطلق للضرر ويرجع إليه فى تفسيرها.

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور ما يأتى :

«الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ولا ما يرجع الزوج عن غيه فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الانتقام.

تطالب الزوجة بالنفقة ولا غرض لها إلا إحراج الزوج بتغريمه المال ويطالب الزوج بالطاعة ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها وأن تتألفا يده فيوقع بها ما شاء من ضروب العسف والجور. هذا فضلا عما يتولد عن ذلك من إشكال فى تنفيذ حكم الطاعة وتنفيذ بالحبس لحكم النفقة وما يؤدى إليه استمرار الشقاق من الجرائم والآثام، تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم إليها من الشكايات فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك من أحكام الشقاق بين الزوجين عدا الحالة التى يتبين للحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعيا لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر «المواد من ٦ إلى ١١».

١٥٥- شروط التطلق للضرر:

يبين من نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) أنها اشترطت للقضاء بتطلاق الزوجة للضرر توافر الشروط الآتية:

- ١) وقوع ضرر من الزوج.
- ٢) أن يكون الضرر مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين.
- ٣) أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين.
- ٤) أن تطلب الزوجة من القاضى التطلق.

ونعرض للشروط الثلاثة الأولى بالتفصيل على النحو الآتى:

الشرط لأول وقوع ضرر من الزوج

٦٥٦- المقصود بالضرر:

لم يعرف المشرع المقصود بالإضرار المنصوص عليه بالمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢١ الذي يجيز تطليق المرأة على زوجها، وإنما اقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما. وإذا كان المقرر أنه إذا أطلق النص في التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه، ولما كان مذهب المالكية هو المصدر التشريعي لهذا النص تعين الرجوع على هذا المذهب في بيان الضرر.

والمنصوص عليه في المذهب المالكي أن مضارة الزوجة تتمثل في كل إيذاء بالقول أو الفعل حيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة تشكو معها المرأة أو لا تطيق الصبر عليها، فهي بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناحي متروك تقديرها لقاضي الموضوع ومناطقها أن تبلغ المضارة حدا يحمل المرأة على طلب الفرقة.

ومن صور الإضرار الاعتداء بالضرب أو السب على الزوجة أو إكراهها على فعل ما هو محرم شرعاً، أو هجرها، أو تولية الظهر لها في الفراش، أو قطع الكلام عنها أو إثارة امرأة أخرى عليها.

ومعنى ذلك أن الضرر قد يكون إيجابياً كالتعدي بالقول أو الفعل وقد يكون سلبياً بهجر الزوج لزوجته ومنع الكلام عنها.

وتوافر الضرر مما يخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن:

«زجر القاضي الزوج. شرطه. أن تثبت الزوجة تعديه عليها وأن تختار البقاء معه. أم بق ٢٥ لسنة ١٩٢١».

وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن :

١- «متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب والإيذاء والهجر فإنه لا يكون قد خالف القانون فى تطبيقه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن الطلاق مع إضرار الزوج بزوجته يكون بطلقة بائنة».

(طعن رقم 4 لسنة 32ق - أحوال شخصية - جلسة 1963/1/10)

٢- «التطبيق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مستقى من مذهب المالكية، ولم يعرف المشرع المقصود بالإضرار المشار إليه فيها، واقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وإذا كان المقرر أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه وكانت مضاره الزوجة وفق هذا المذهب تتمثل فى كل إيذاء للزوجة بالقول أو بالفعل بحيث تعد معاملة الرجل فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة أو لا تطيق الصبر عليها، فهى بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناحى متروك تقديرها لقاضى الموضوع، مناطها أن تبلغ المضارة حدا يحمل المرأة على طلب الفرقة».

(طعن رقم 19 لسنة 48ق - أحوال شخصية - جلسة 1979/2/21)

٣- «لما كان النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلبة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما» يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المقصود بالضرر فى هذا المجال هو إيذاء الزوج وزوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليه. وكان النص لم يحدد وسيلة إضرار الزوج بزوجته والذى يخولها الحق فى طلب الطلاق فإن لها أن تستند فى التدليل على

حصول المضارة إلى كل أو بعض صور سوء المعاملة التي تلقاها منه من قبيل الضرب والسب والهجر... الخ».

(طعن رقم 26 لسنة 55ق - أحوال شخصية - جلسة 1986/12/23)

٤- «وحيث إن النعى مردود ذلك أنه لما كان الضرر الموجب للتفريق وفقاً لنص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما مما تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق وكانت المطعون عليها قد أوردت بصحيفة الدعوى ضمن صور الإضرار بها أن الطاعن أبلغ ضدها الشرطة للتشهير بها والكيد لها وكان الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء الحكم المستأنف بالتطبيق قد اعتد بهذه الواقعة في ثبوت الإضرار الموجب للتفريق وأقام قضاءه بشأنها على قوله «إذ الثابت من استقراء موضوع الدعوى ومستنداتها أن المستأنف «الطاعن» قد أضر بزوجه المستأنف ضدها «المطعون عليها» ضرراً لا يستقيم معه دوام العشرة بين أمثالهما وهما من ذوى الثقافات العليا والمستوى الاجتماعي الراقى فهو مهندس كبير وهى دكتورة عاملة وأبسط أنواع الإضرار بها اتهام زوجها المستأنف «الطاعن» لها ومحاكمتها فى الجنحة رقم ٢٧٣٠ لسنة ١٩٨٣ جنح العجوزة قضى عليها فيه بحبسها شهراً مع الشغل وقد ألغى هذا الحكم استئنافياً وقضى ببراءتها مما نسبته إليها وهذا وحده كاف فى استمرار النفور وعدم إمكان استقامة دوام العشرة بينهما...» فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بهذه الواقعة فى توافر الضرر الموجب للتطبيق وهى دعامة تكفى وحدها لحمل قضائه فإن تعييبه فى الدعامة الأخرى المستمدة من أقوال شاهدى المطعون عليها - وأياً كان وجه الرأى فيه - يكون غير منتج».

(طعن رقم 23 لسنة 57ق «أحوال شخصية» جلسة 1988/6/28)

٥- «المعول عليه فى مذهب المالكية وهو المصدر التشريعى لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية، أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق إذا أضرارها الزوج بأى نوع من

أنواع الإيذاء المتعمد سواء كان إيجابيا كالتعدي بالقول أو الفعل، أو سلبيا كهجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية، وإذ يقصد بالضرر في هذا المجال إيذاء الزوج لزوجته إيذاء لا يليق بمثلها، فإن ما تسوقه الزوجة في صحيفة دعاواها من صور لسوء المعاملة التي تلقاها من زوجها لا يعدو أن يكون بيانا لعناصر الضرر الموجب للتطليق وفقا لحكم المادة المشار إليها فلا تتعدد الدعوى بتعديها بل إنها تتدرج في ركن الضرر الذي هو الأساس في إقامتها».

(طعن رقم 82 لسنة 63 ق جلسة 1997/1/28)

٦- «الإضرار. م ٨ من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. وجوب أن يكون مقصودا من الزوج سواء كان إيجابيا أو سلبيا. تقدير الدليل بشأنه من إطلاقا قاضى الموضوع».

(طعن رقم 78 لسنة 63 ق جلسة 1997/1/28)

٧- «الضرر في مجال التطليق. م ٦ مرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مقصوده إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل أو الهجر إيذاء لا يليق بمثلها ولا تطبيق الصبر عليه».

(طعن رقم 432 لسنة 64 ق جلسة 1998/9/29)

٨- «الضرر الموجب للتطليق. م ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ماهيته. تراخي الزوج في الدخول بزوجته بسبب راجع إليه. ضرب من ضروب الهجر. علة ذلك».

(طعن رقم 583 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/5/5)

٩- «الضرر الموجب للتفريق. م ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ماهيته. عدم تحديد النص وسيلة إضرار الزوج بزوجته. مؤداه إضافة الزوجة في مرحلة الاستئناف ما لم تطرحه من صور سوء المعاملة أمام محكمة أول درجة. عدم اعتباره طلبا جديدا يتمتع قبوله طبقا للمادة ٣٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. علة ذلك».

(طعن رقم 490 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/7/44)

... «الضرر في مجال التطلاق. م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بق ... لسنة ١٩٨٥. مقصوده. عدم تحديد وسيلة إضرار الزوج بزواجه. مؤداه. للزوجة أن تستند في التدليل على حصول المضارة إلى كل أو بعض صور المعاملة التي تتلقاها منه».

(طعن رقم 427 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/1/5)

١١- «الضرر الموجب للتفريق. م ٦ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ماهيته. إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بمعاملتها معاملة تعد في العرف شاذة تشكو منها ولا ترى الصبر عليها. عدم تحديد النص وسيلة إضرار الزوج بزواجه. مؤداه. حقها في طلبها التطلاق الاستناد في التدليل على وقوع الضرر إلى كل أو بعض صور المعاملة التي تتلقاها منه أو تضيف منها أمام محكمة أول درجة ما لم تورده بصحيفة الدعوى وأمام محكمة الاستئناف ما لم تطرحه أمام محكمة أول درجة دون اعتباره طلبا جديدا يمتنع قبوله طبقا للمادة ٣٢١ من لائحة ترتيب المحاكم. علة ذلك».

(طعن رقم 800 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/7/3)

١٢- «لما كان التطلاق للضرر الذي تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مستقى من مذهب المالكية، ولم يعرف المشرع المقصود بالأضرار المشار إليها.....، واقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، المقرر أنه إذا أطلق النص في التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه، وكانت مضارة الزوج وفق هذا المذهب تتمثل في كل إيذاء للزوجة بالقول أو بالفعل بحيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة أو لا تطيق الصبر عليها، وهى بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناحي متروك تقديرها لقاضى الموضوع مناطها أن تبلغ المضارة حدا يحمل المرأة على طلب الفرقة».

(طعن رقم 652 لسنة 66 من أحوال شخصية جلسة 2005/3/26)

١٣- «لما كان النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار

الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما.. «يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المقصود بالضرر فى هذا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها فى العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها، وكانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالتطليق استناداً إلى أن المطعون ضده أضر بها مما مفاده أنها اتخذت من حكم المادة المشار إليها أساساً لدعواها وجعلت من الإضرار سبباً لطلب التفريق بينهما فيكون لها والحال كذلك أن تستند إلى جميع صور سوء المعاملة التى تلقاها من المطعون ضده ولو لم تكن قد عدتها فى صحيفة الدعوى، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدعوى على سند من أن المطعون ضده كان يحسن معاشرة الطاعنة فلم يعتد عليها بالضرب أو السب وأن مسكن الطاعة شرعى ولم يعرض لما ادعته من إضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما باتهامه لها بالاستيلاء على منقولاته وأمواله فإنه يكون قاصراً ومخالفاً للقانون».

(طعن رقم 700 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/11/12)

١٤- «نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ... لسنة ١٩٨٥ لم يحدد وسيلة إضرار الزوج بزوجه الذى يخول لها الحق فى طلب التطليق فإن لها أن تستند فى التدليل على حصول المضارة إلى كل أو بعض صورة المعاملة التى تلقاها منه».

(طعن رقم 53 جلسة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/12/5)

١٥- «التطليق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مستقى من مذهب المالكية، ولم يُعرف المشرع المقصود بالأضرار المشار إليها فيها، واقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وكان المقرر أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع على مأخذه، وكانت مضارة الزوج وفق هذا المذهب تتمثل فى كل إيذاء للزوجة بالقول أو الفعل، بحيث تعد معاملة الرجل فى العرف معاملة شاذة تشكو

منها المرأة أو لا تطبيق الصبر عليها، وهى بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناحى متروك تقديرها لقاضى الموضوع، ومناطقها أن تبلغ المضارة حدا يحمل المرأة على طلب الفرقة».

(طعن رقم 45 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/3/24)

١٥٧- أمثلة للضرر الذى يجيز التطليق:

١- تعدى الزوج على الزوجة بالضرب أو السب:

يتحقق الضرر من الزوج باعتدائه على زوجته بالضرب أو السب، بأن يسبها أو يسب ذويها كما يقع كثيرا من رعاى الناس^(١). ويشترط فى الضرب ألا يكون بقصد التأديب وفى الحدود المشروعة لاستعمال هذا الحق.

والضرب بقصد التأديب يشترط فيه ألا يكون مبرحا أو شائنا، فلا يكون الضرب شديدا يؤثر فى الجسم أو يغير فى لون الجلد، ولا فى المواضع المخوفة كالوجه والمهالك.

فإذا كان الضرب فى حدود التأديب فإنه لا يتحقق به الضرر الذى يجيز التطليق.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«عدم تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بأن الضرب الذى وقع منه على زوجته المطعون ضدها مما يدخل فى حدود التأديب المباح شرعا. مؤداه. عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. علة ذلك».

(طعن رقم 4 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/4/2)

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

(1) وقد جاء بالشرح الكبير: «ولها أى للزوجة التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعى وضربها وكذلك سبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب يا بنت الكافر يا بنت الملعون كما يقع كثيرا من رعاى الناس».

(حاشية الدسوقي جـ 2 ص 345).

(راجع في حق التأديب بالتفصيل الكتاب الثانى بنود ١٤ وما بعده)^(١).

٢- الهجر:

المقصود بالهجر هنا الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة فى بلد واحد، فهو هجر قصد به الأذى.

أما غيبة الزوج عنها بالإقامة فى بلد آخر غير البلد الذى يقيم فيه مع الزوجة، فتخضع للمادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢١ التى تشترط للتطليق غياب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول إذا تضررت الزوجة من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور:

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

والهجر من أشد أنواع الضرر، لأنه يترك زوجته بلا عيش يؤنسها، تنن من الوحدة وتفزع من الوحشة، معلقة لا هى ذات بعل ولا هى مطلقة، الأمر الذى يعرضها للفتنة.

وهذا ما سارت عليه محكمة النقض فى قضائها.

(١) وقد قضى بأن:

(أ) - «إقامة الطاعنة دعوها بطلب التطليق على المطعون ضده لاعتدائه عليها بالضرب والسب وتبديد منقولاتها وإصابتها بمرض مستحکم. إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدعوى على سند من أن المطعون ضده غير مصاب بالمرض الذى ادعته الطاعنة دون أن يعرض لما ادعته من صور الإضرار الأخرى وما قدمته من مستندات. قصور».

(نقض طعن رقم 116 لسنة 56 ق «أحوال شخصية» جلسة 19/5/1992)

(ب) - «إقامة الحكم قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على سند مما استخلصه من شهادة شاهديها من تكرار تعدى الطاعن عليها بالسب والضرب المبرح. كفاية هذه الدعامة وحدها لحمل قضاء الحكم. تعييبه فى دعامات أخرى - أيا كان وجه الرأى فيها غير منتج».

(نقض طعن رقم 219 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 23/6/1992)

إذ قضت بأن:

«الهجر المحقق للضرر الموجب للتفريق. م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ماهيته. الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد. اختلافه عن التطليق للغيبة بشرائطها. م ١٢ من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(طعن رقم 103 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/1/27)

(أنظر نقض 1983/5/17 المنشور بهذا البند، والأحكام العديدة المنشورة

في بند رقم 209)

ولم يحدد النص مدة للهجر يجوز بعد انقضائها رفع دعوى التطليق، كما لم يرد هذا التحديد بالمذهب المالكي المصدر التشريعي للنص.

ولما كان الضرر الذي يجيز التطليق هو الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين، ومعيار هذا الضرر - كما سنرى - معيار شخصي لا مادي يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور في المجتمع والظروف المحيطة به، فإنه لا مجال لاستلزام غيبة الزوج إلى أمد معين وإنما يترك تقدير تحقق الضرر من جرائها ومدى احتمال الزوجة المقام مع توافر الضرر بها لقاضى الموضوع وذلك لما له من سلطة تقدير الواقع.

ولا مجال لقياس مدة الهجر هنا على مدة الغياب المنصوص عليها بالمادة ١٢ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهى سنة لأن الهجر هنا مع الإقامة بذات البلد الذى تقيم به الزوجة قصد به الأذى^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

(أ) - «إن المادة السادسة من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن أحكام الأحوال الشخصية تجيز للزوجة طلب التطليق إذا أضر بها الزوج بما لا يستطاع معه

(1) وهناك رأى يذهب إلى أن أقل مدة للهجر يجوز بعدها للزوجة طلب التطليق لهذا السبب هي

سنة أشهر هجرية سابقة على رفع الدعوى استنادا إلى ما استنته

عمر بن الخطاب رضى الله عنه من إرساله للجنود إلى ساحة القتال لمثل هذه المدة باعتبار أنها أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليه من غياب زوجها وقد استفتى عمر فى ذلك السيدة حفصة. (راجع الأستاذ أشرف كمال ص ١٢٧).

دوام العشرة بين أمثالهما وإذ كانت غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع إقامتها في بلد واحد - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - تعتبر من أوجه الضرر التي تجيز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها بطلقة بائنة وفقا لنص المادة السادسة سالفه البيان وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين ويجيز التطليق هو معيار شخصي لا مادي يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور في المجتمع والظروف المحيطة به فإنه لا مجال لاستلزام استتالة غيبة الزوج إلى أمد معين وإنما يترك تقدير تحقق الضرر من جرائها ومدى احتمال الزوجة المقام مع توافر الضرر بها للقاضي وذلك لما له من سلطة تقدير الواقع، ولا يغير من ذلك أن يكون المشرع قد اشترط لإجابة الزوجة إلى طلبها التطليق لغيبة الزوج عنها بلا عذر مقبول وفقا لنص المادة الثانية عشرة من القانون السالف الإشارة أن تمتد الغيبة لمدة سنة على الأقل ذلك أن غياب الزوج في هذه الحالة على ما يبين من المذكرة الإيضاحية هو نتيجة لإقامته في بلد آخر غير بلد الزوجة وهو وضع يختلف عن هجرة منزل الزوجية رغم إقامته بذات البلد بما يكشف عن رغبته في إيقاع الأذى بزوجه والإساءة إليها فلا أساس للقول باتحاد العلة في كلتي الحاليتين وسريان قيد الزمن المقرر في أولاهما على الثانية. لما كان ذلك، وكان رفض الزوجة مساعي الصلح بينها وبين زوجها لا يؤثر على حقها في طلب التطليق طالما ثبت للقاضي إضراره بها ضررا لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بالتطليق على سند مما شهد به شاهدا المطعون عليها من أن الطاعن هجر منزل الزوجية رغم إقامته بذات البلد هو ما يتحقق به ركن الضرر وما خلصت إليه المحكمة من عدم قدرة المطعون عليها على احتماله والصبر عليه لأنها شابة يخشى عليها من الفتنة وهو استخلاص موضوعي سائغ له مأخذه من الأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ولا يجوز الجدل فيه أمام محكمة النقض لا يكون مخطئا في تطبيق القانون ويكون قد برأ من عيب الفساد في الاستدلال. لما كان ما تقدم وكان الطاعن لم يبين

أوجه التناقض التي يدعيها في شهادة شاهدى المطعون عليها فإن نعيه في هذا الخصوص يكون مجهلا غير مقبول».

(طعن رقم 36 لسنة 52 قى - جلسة 1983/5/17 - غير منشور)

(ب) - «وحيث إن النعى في غير محله ذلك أنه لما كانت المطعون عليها قد أقامت دعواها بطلب تطليقها على الطاعن وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لهجره لها بعد زواجه بأخرى ولصور الأضرار الأخرى التي عدتها بصحيفة تلك الدعوى وكان الحكم الابتدائى إذ قضى بالتطليق قد استند إلى هذه المادة وأورد بأسبابه في هذا الخصوص قوله «... كما أنها شابة تخشى على نفسها الفتنة وقد هجرها زوجها ذلك الهجر غير المشروع ونبذها وحيدة ضعيفة على جزع تتألم من الوحشة وتفزع من الألم... والمحكمة ترى أنه ليس من الإنصاف أن تبقى هذه الزوجة دون أنيس ولا جليس بينما يأتس زوجها بكف زوجته الأخرى ويتركها معلقة لا تتصل به ولا هو يطلقها لتتخذ زوجا غيره...» وكان الحكم المطعون فيه إذ أيده قد أضاف قوله «... وما أثاره الحكم المستأنف عن هجره لها فهو ثابت باعترافه حيث أنه يقيم مع زوجته الثانية بالسويس وتردده على المستأنف ضدها (لمطعون عليها) مرهون بمصالحه الوظيفية بالقاهرة...» وهو ما يدل على أن الحكم قد خلص مما تقدم إلى أن ما وقع من الطاعن يعد هجرا غير مشروع يصيب المطعون عليها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة فيتحقق به - طالبت مدة الهجر أم قصرت - موجب التطليق طبقا للمادة السادسة من المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تجيز للزوجة طلب التطليق إذ أضر الزوج بما لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما وهو ما لا محل معه لتعيب الحكم لعدم اتخاذه الإجراءات المنصوص عليها فى المادتين ١٢ و ١٣ من ذلك المرسوم بقانون اللتين يقتصر تطبيقهما على حالات التطليق للغيبة».

(طعن رقم 23 لسنة 57 قى جلسة 1988/6/28)

(ج-) «إذا كانت غيبة الزوج عن بيت الزوجية تعتبر هجرا محققا للضرر الموجب للتفريق وفقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ولا مجال لاستلزام غيبة الزوج إلى أمد معين وفي بلد معين وإنما يترك للقاضي تقدير تحقق الضرر من جرائها ومدى احتمال الزوجة المقام مع توافر الضرر بها وهو وضع يختلف عن تطليق الزوجة لغيبة زوجها عنها بلا عذر مقبول لمدة سنة على الأقل نتيجة لإقامته في بلد آخر غير بلد الزوجة وفقا لما اشترطه المشرع في المادة الثانية عشرة من القانون المشار إليه».

(طعن رقم 78 لسنة 63 ق - جلسة 1997/1/28)

ويعتبر ضربا من ضروب الهجر. تراخى الزوج عمدا في الدخول بزوجته بسبب راجع إليه لأن هذا التراخي ينال من الزوجة ويصيبها بأبلغ الضرر فهو يجعلها كالمعلقة فلا هي بذات بعل ولا هي مطلقة.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

(أ-) «وحيث إن النعى مرود، ذلك أنه لما كان البين من قرارات الحكم المطعون فيه أنه استقى من أقوال شاهدى المطعون عليها ومن أقوال أحد شاهدى الطاعن نفسه، أنه على الرغم من مرور زهاء أربع سنوات على إبرام الزواج، إلا أن الطاعن لم يدخل بها، أو يمكنها من الاستقرار في حياة زوجية، بما ترتب عليه ضرر محقق بها، وأنه غير سائق لتعلل الزوج بعدم العثور على مسكن مناسب طيلة هذه السنين، إذ هو أمر لا دخل لها فيه، ومن واجبه توفير المسكن الشرعى، وكان التراخي عمدا في إتمام الزوجية بسبب من الزوج يعد ضربا من ضروب الهجر، لأن استطالته تنال من الزوجة، وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هي ذات بعل ولا هي مطلقة...الخ».

(طعن رقم 44 لسنة 47 ق - جلسة 1979/3/21)

(ب-) «تراخى الزوج في الدخول بزوجته بسبب راجع إليه يعد ضربا من ضروب الهجر، لأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هي ذات بعل ولا هي مطلقة».

(طعن رقم 65 لسنة 52 ق - جلسة 1984/6/26)

(ج-) «تراخي الزوج عمدا في الدخول بزوجه وقعوده عن معاشرتها يعد ضربا من ضروب الهجر الذي يتحقق به الضرر الموجب للتفريق طبقا لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩».

(طعن رقم 45 لسنة 54 ق - جلسة 1985/3/12)

(د-) «التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج. درب من دروب الهجر. النعى على الحكم بعدم اتخاذ إجراءات التحكيم أو عدم تطبيق المادتين ١٢، ١٣ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في شأن التظليق لغياب الزوج لا أساس له. علة ذلك».

(طعن رقم 92 لسنة 58 ق جلسة «أحوال شخصية» جلسة 1990/12/18)

(ه-) «التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج. ضرب من ضروب الهجر يتحقق به الضرر الموجب للتفريق طبقا لحكم المادة ٦ من المرسوم بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. النعى على الحكم بعدم تطبيق المادتين ١٢، ١٣ من القانون ذاته في شأن التظليق لغياب الزوج. لا محل له. علة ذلك».

(طعن رقم 85 لسنة ٥0 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/5/25)

(و-) «تعمد الزوج عدم الدخول بزوجه وقعوده عن معاشرتها ضرب من ضروب الهجر. يتحقق به الضرر الموجب للتفريق طبقا لحكم المادة ٦ من المرسوم بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تقدير عناصر الضرر الموجب للحكم بالتظليق استقلال محكمة الموضوع به مادام يقيم حكمه على أسباب سائغة».

(طعن رقم 178 لسنة 61 ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/5/3).

(ز-) «للزوجة أن تطلب التفريق إذا ضارها الزوج بأي نوع من أنواع الإيذاء المتعمد. هجر الزوج وزوجه ومنها ما تدعو إليه الحاجة الجنسية كفايته وحد للتظليق».

(طعن رقم 163 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/5/19)

(ح-) «قضاء الحكم المطعون فيه بالتظليق للضرر للتراخي في الدخول. ثبوت أن الطاعن لم يتعمد ذلك بالمطعون ضدها وأن المدة بين عقد القران ورفع الدعوى لم تتجاوز تسعة أشهر. مفاده. اعتبار تلك المدة غير كافية للقول

باستطالة الهجر أو التراخي في الدخول أثره. عدم توافر المضارة الموجبة للتطبيق».

(طعن رقم 777 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/10/25)

٣- «إتيان الزوجة كرها في غير موضوع الحرث:

إتيان الزوجة في غير موضع الحرث أى في دبرها محرم شرعا، فقد قاله الله تعالى: ﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾، وقال: ﴿فَأْتُوا حَرَثَكُمْ أَنْى شِئْتُمْ﴾.

والحرث لا يكون إلا في موضع المنبت وهو الفرج، فلفظ حرث فيه تشبيه لأن النساء مزرعة الذرية.

وقد قال النبي عليه السلام: «ملعون من أتى امرأته في دبرها» وفي لفظ: لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها)، وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أن النبي عليه السلام قال في الذى يأتى امرأته في دبرها (اللوطية الصغرى) وفضلا عن تحريم ذلك شرعا فإن هذا الفعل مخالف لمبادئ الأخلاق والآداب ويلحق بالمرأة ضررا نفسيا يتفاوت مداه.

وهذا الفعل إذا تم كرها عن المرأة فإنه يجيز لها طلب التطبيق للضرر⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية بتاريخ

٣ / ١١ / ١٩٧٦ فى الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٥ ق بأن:

«وحيث إن النعى غير سديد، ذلك أنه لما كان إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث يشكل ضررا لا تستقيم به الحياة الزوجية ويوجب التفريق عند ثبوته في معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أورد أن الطاعن كان يأتى المطعون عليها خلال فترة الزوجية من دبر دون رضاها ورغم اعتراضها وأن ذلك تأيد بتقرير الطبيب الشرعى الذى أسفر الكشف الطبى عليها عن وجود ارتشاء واضح

(1) راجع فتوى دار الإفتاء المصرية ٥/٠٠ / ١٩٦٤ المنشورة بالمجلد الثانى هامش بند (١).

بالعضلة العاصرة الشرجية وشكل منطقة الشرج مما يشير إلى أنها متكررة الاستعمال من فترة يتعذر تحديدها، وأن هذا الفعل ينطوى على أضرار بالمطعون عليها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وكان لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقارير الخبراء المقدمة في الدعوى والجزم بما لم يقطع به الخبير في تقريره متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك وأكدت لديها وتستطيع نفسها أن تشق طريقها لإبداء الرأي فيها طالما أن المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحث، فإن الحكم المطعون فيه يكون في مطلق حقه إذا هو أدخل زمان تكرر الاستعمال ضمن الفترة التي استغرقتها الحياة الزوجية.... الخ».

٤- تحريض الزوجة على ارتكاب المحرمات:

يعتبر إضراراً بالمرأة تحريضها على ارتكاب المحرمات. مثل تحريضها على ممارسة الدعارة^(١)، أو مجالسة الرجال الأجانب أو احتساء الخمر.

٥- التشهير على الزوجة بارتكاب إحدى الجرائم:

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

(أ) - «وحيث إن النعى في غير محله، ذلك أنه وإن كان الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد واستعماله لا يدعو إلى مؤاخذة طالما صدر مطابقاً للحقيقة حتى ولو كان الباعث عليه الانتقام والكيد، لأن صدق المبلغ كفيلاً أن يرفع عنه تبعة الباعث السيء، وأن المبلغ لا يسأل مدنياً عن التعويض إلا إذا خالف التبليغ الحقيقة أو كان نتيجة عدم ترو أو رعونة، إلا أنه لما كان يشترط للحكم بالتطبيق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ توافر وقوع الضرر أو الأذى من جانب الزوج دون الزوجة، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالهما، وكان الضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ويدخل في ذلك التشهير بارتكاب إحدى الجرائم، وكانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير عناصر الضرر دون رقابة من محكمة النقض مادامت قد استندت على

(١) السيدة زينب الجزئية الشرعية بتاريخ ٧/ ٠٠ / ١٩٣٧ - الدعوى ٦٦٤٨ لسنة ٦٩٣٦.

أدلة مقبولة، لما كان ذلك، وكان البين أن محكمة الموضوع ذهبت إلى أن الطاعن تسرع في التبليغ ضد المطعون عليها بمقارفة جريمة الإجهاض وأنه لم يثبت من التحقيقات التي أجريت أنها كانت حاملا وتخلصت من حملها، وأن تقرير مفتش الصحة لا يفيد الجزم بحدوث إجهاض لما قرره من أن الظواهر التي أسفر عنها الكشف توجد في سائر السيدات اللواتي سبق لهن الولادة وأنه لم ينتج عن هذا التبليغ أية معقبات واستخلص من ذلك أن الطاعن كان يستهدف الإضرار بالمطعون عليها بحيث لا تدوم العشرة بينهما، وكان لهذا القول مأخذه من الأوراق، فإن هذا الاستخلاص يقوم على أسباب سائغة، لما كان ما تقدم، وكانت المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية لم تتخذ من واقعة الاتهام بالزنا عنصرا، فإن محاولة الطاعن الاستعانة به للتذرع بأن ألفاظ السباب الموجهة لا تكفي لإثبات الضرر ولا تسوغ التفريق لا يعدو أن يكون مجادلة في تقدير أسباب الضرر مما يستقل به قاضي الموضوع دون رقابة، ويكون النعي على الحكم بالفساد في الاستدلال غير وارد».

(طعن رقم 4 لسنة 45 ق - جلسة 1976/11/24)

(ب) - «وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط للحكم بالتطليق - وفق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - توافر وقوع الضرر من جانب الزوج دون زوجته، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالهما، وكان الضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل، ويدخل في ذلك الاتهام بارتكاب الجرائم، وتعدد الخصومات القضائية بينهما، وكان الثابت أمام محكمة الاستئناف - من الأحكام والتحقيقات التي كانت تحت نظرها، والتي أشارت إليها في حكمها المطعون فيه - أن المطعون ضده اتهم الطاعنة بارتكاب العديد من الجرائم وادعى ضدها مدنيا، وقضى ببراءتها، فإن الحكم المطعون فيه إذ أهدر بينة الإثبات، واعتبر بينة النفي أمر ثانوي، لم يعول عليها. واستدل في قضائه برفض دعوى التطليق بأن الطاعنة لم تقدم دليل نهائية الحكم الصادر ببراءتها من تهمة النصب. وأن حبسها في جنحة التزوير لم يكن بخطأ من المطعون ضده لأن النيابة هي التي حركت الاتهام ضدها.

وليس في الحكم دليل على ادعائه مدنيا ضدها. بينما الثابت من الأوراق أن هذه التهمة حركت بعريضة من المدعى المدنى - المطعون ضده - فإن هذا الذى استدل به الحكم على انتفاء الضرر لم يستلزمه القانون، وليس من شأنه أن يؤدى بطريق اللزوم إلى النتيجة التى انتهى إليها، وهو ما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 25 لسنة 52ق - جلسة 1988/2/323 - غير منشور).

(ج-) «الضرر المبرر للتطليق. ماهيته. استقلال محكمة الموضوع بتقديره. م٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. دخول التشهير بارتكاب الجرائم فى ذلك».

(طعن رقم 22 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/11/20)

(د-) «إباحة حق التبليغ عن الجرائم. لا يتنافى مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلا».

(طعن رقم 99 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/12/5)

(طعن رقم 135 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/2/12)

(طعن رقم 79 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/12/18)

(هـ-) «حق التبليغ. أمر مباح لا يرتب مسئولية طالما استعمل فى الحدود التى رسمها القانون. جواز اعتباره من قبيل الضرر الذى يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلا».

(طعن رقم 2 لسنة 00ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/11/19).

(و-) «إباحة حق التبليغ عن الجرائم . لا يتنافى مع ما ينجم عنه من استحالة دوام العشرة بين الزوجين. علة ذلك».

(طعن رقم 10 لسنة 63ق - جلسة 1996/10/28).

(ز-) «الضرر الموجب للتطليق. م٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩. ماهيته. الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما دخوله فيه. إباحة حق التبليغ عن الجرائم عدم تنافره مع كونه يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلا علة ذلك».

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

(ط) - «إباحة التبليغ عن الجرائم. عدم تنافيه مع كونه يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلا».

(الطن رقم 647 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/4/24)

«المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الضرر الموجب للتطليق هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ويدخل في ذلك الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما».

(طن رقم 308 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/3/19)

٦- ادعاء الزوج أن زوجته كانت على علاقة غير شرعية به قبل الزواج وحملت منه.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«وحيث إن هذا النعى في محله؛ ذلك أنه لما كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليه قدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريراً من مستشفى بفينا علق عليه بأن الطاعنة كانت حاملاً منه قبل أن يعقد عليها وأنه أحبها ووقف منها موقف الرجولة لأنه كان في استطاعته ألا يتزوجها، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمسا بأن الطاعنة كانت تقيم معه قبل الزواج في مسكن واحد منذ ٤ من ديسمبر سنة ١٩٦٣ وذلك رداً على ادعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الزواج، وقد تمسكت الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الشائن من المطعون عليه في حقها كان تنفيذاً لوعيده أمام السفير المصري بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت عليه دعوى بالطلاق وأن هذا يكفي لإثبات الضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة، ولما كانت العبارات التي أوردها المطعون عليه على النحو سالف البيان لا يستلزمها الدفاع في القضية التي رفعتها الطاعنة بطلب تطليقها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعنة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لا تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه، كما أن رغبته في التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة، لم يكن يستلزم أن يتهمها في خلقها وعفتها مدعياً بأنها كانت على علاقة غير شرعية به وحملت منه قبل الزواج، لما كان ذلك وكان الحكم

الطعون فيه قد انتهى إلى أن تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع في الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب».

(طعن رقم 19 لسنة 38 ق جلسة 1974/6/5)

٧- ضبط الزوج في شقة خاصة تدار للقمار مرتكبا فعلا فاضحا: فإن ذلك يعد ضررا معنويا يتعدى أثره إلى زوجته، ينال من شرفها ويخدش كرامتها، مما يخول للزوجة طلب التطليق للضرر⁽¹⁾.

٨- ضبط امرأة مع الزوج في منزل الزوجية في حال سكر بين مما يثير الشك ويبعث في نفس الزوجة التي تركها في المصيف ريبا: إذ يعتبر هذا العمل تحديا لعواطفها مؤلما وجارحا، وفي ذلك من الإساءة إليها والإضرار بها مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما مما يبيح لها طلب تطليقها للضرر⁽²⁾.

٩- إفشاء الزوج الأسرار التي بينه وبين زوجته:

ذلك أنه لا يقوم على إفشاء السر الخاص الذي بينه وبين زوجته إلا من يكون بغضه لها قد أخذ منه وأصبح لا يبالي بما بينهما من علاقة مقدسة.

وقد قضت محكمة مصر الكلية بتاريخ ٥ / ١٢ / ١٩٦١ في الدعوى رقم ٣٣٥٨ لسنة ١٩٦٠ بأن:

«ومن حيث إنه عما تقدم فإنه قد صدر من المدعى عليه أمر أشد مما تقدم في إيذاء المدعية وهو تقديمه بعض خطابات خاصة فيما بينهما وتلك الخطابات سيطلع عليها غير واحد ولا محالة وإذا لاحظنا أن الله تعالى قد شدد النكير على من يريد أن يأخذ المهر الذي قدمه إلى زوجته بعد أن أفضى كل من الزوجين إلى الآخر بما عنده قال ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْتُ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ علمنا أنه لا يقوم على إفشاء السر الخاص الذي بينه وبين زوجته إلا من يكون بغضه لها قد أخذ منه كل مأخذ وأصبح لا يبالي بتلك العلاقة المقدسة».

(1) المستشار أنور العمروسي ص ٦٦٤.

(2) المستشار أنور العمروسي ص ٦٦٤.

٠٠- تبديد الزوج أعيان جهاز زوجته أو أموالها، أو سرقة أموالها، أو محاولته ابتزازها.

١١- عدم إيفاء الزوج عاجل صداق الزوجة وتركها دون دخول.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«لما كان ما تقدم وكان الواقع فى الدعوى أن المطعون عليها أقامتها طالبة التطلاق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. وكان البين من مدونات الحكم الابتدائى والحكم المطعون فيه المؤيد له أنهما بنيا قضاءهما بالتطلاق لهذا السبب على سند مما لحقها من مضارة مردها إلى تعمد الطاعن عدم إيفائها بمعدل صداقها رغم أنه مثبت بالعقد بقاءه فى ذمته، ورغم إقراره بذلك عند استجوابه أمام محكمة أول درجة ثم فى صحيفة الاستئناف، وأنه بذلك قد تركها معلقة رغم أنها شابة يخشى عليها من الفتنة، وأنه لو كان يريد لها حقا لبادر بدفع الصداق المستحق لها، وكان هجر الزوج لزوجته من أشد ضروب الضرر الذى ينال منها سواء كان ناجما عن فعل إيجابى منه أو بفعل سلبى بالامتناع عن الوفاء بالتزاماته نحوها، فيكون واقعا بسبب منه لا منها وكان لا مجال بهذه المثابة للقول فى هذا النطاق بالتطلاق لعدم الإنفاق، وكان التطلاق للضرر طبقا لصريح المادة السادسة من القانون آنف الذكر يقع بطلقة بائنة، فإن الحكم يكون قد برئ من عيب الخطأ فى تطبيق القانون والتناقض. لما كان ما سلف وكان المقرر أن دعوى التطلاق للضرر تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى الطاعة، ولا يمنع إقامتها من نظر دعوى التطلاق، ولا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من إبداء استعداده أمام محكمة الموضوع لدفع معجل صداق جديد رغم إدعائه بسداده الحال منه المثبت فى وثيقة الزواج خلافا لما انتهى إليه الحكم، لأن المناط فى التطلاق بسبب الضرر هو تحقق وقوعه، ولا يمنع منه توقع زواله أو محاولة محوه طالما قد وقع فعلا، ويكون النعى بالفساد فى الاستدلال على غير أساس».

(طعن رقم 19 لسنة 48 ق - جلسة 1979/2/21)

١٢- تعدد الخلافات والخصومات بين الزوجين:

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

(أ) - «وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض في أسبابه لأقوال أربعة من شهود الإثبات الذين سمعت أقوالهم في الاستئناف وهم مصطفى محمد عز الدين وعطا فرج فرج وسعاد وزينب محمد عز الدين، قد خلص مما اتفقت عليه رواية الشاهدين الأولين في محضر التحقيق من كثرة الخلافات بين الزوجين واعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالسب بألفاظ نابية وردت في المحضر والحكم إلى ثبوت الضرر بما يستحيل معه استدامة العشرة بينهما، وهو من الحكم استخلاص سائق له مأخذه من الأوراق وعلى سند من بينه موافقة للدعوى واكتمل نصابها الشرعى بما يكفى لحمل قضائه بالتطليق، فإن النعى يكون على غير أساس».

(طعن رقم 96 لسنة 55 ق - جلسة 986/12/23 - غير منشور).

(ب) - «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط للحكم بالتطليق - وفق المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - توافر الضرر من جانب الزوج دون زوجته، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالها، وكان الضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل، ويدخل في ذلك تعدد الخصومات القضائية بينهما، وكان الثابت أمام محكمة الاستئناف من التحقيقات التي كانت تحت نظرها، والتي أشارت إليها في حكمها المطعون فيه أن المطعون ضده اعتدى على الطاعنة وأحدث بها الإصابات الموصوفة بالتقرير الطبى، واعتدى عليها أمام أولادها وصديقاتها، وحاول منعها من السفر لعملها التي تزوجها وهو على علم به وقام باستصدار أمر وقى بالمنع، وقضى بإلغائه في الاستئناف، وهو ما توافرت الأدلة على ثبوته من بينة الطاعنة التي سمعتها محكمة أول درجة ومن المستندات التي طرحتها على محكمة الاستئناف، وكان الحكم المطعون فيه إذ أهدر دلالة هذه المستندات، وبينه الطاعنة واعتبرها عاجزة عن الإثبات على سند من القول أن المطعون ضده ناشدها العودة لمنزل الزوجية، وقام بتسليمها طائعا كل حاجياتها، يكون قد استدل

على انتفاء الضرر بما لم يستلزمه القانون وليس من شأنه أن يؤدي بطريق اللزوم إلى النتيجة التي انتهى إليها، وهو ما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال والقصور في التسبب ومخالفة الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 7 لسنة 57ق - جلسة 1988/5/24 - غير منشور).

(ج) - «الضرر الموجب للتطليق م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ماهيته. إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل. الاتهام بارتكاب جرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما. دخوله فيه».

(طعن رقم 79 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/2/18)

(راجع أيضا طعن رقم 25 لسنة 52ق جلسة 1988/2/23 منشور

ببند 157)

(د) «الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية. يعد من صور الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة».

(طعن رقم 128 لسنة 00ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/7/27)

(هـ) «المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الضرر الموجب للتطليق وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج زوجته بالفعل أو القول بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، ومن ذلك الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما. وهذا هو القدر المطلوب من الضرر الموجب للتطليق في نطاق هذا النص وليس مطلقا أن يصل الضرر إلى حد استحالة العشرة».

(طعن رقم 166 لسنة 64ق - جلسة 1998/2/17)

١٥٨ - أمثلة لما لا يعد ضررا يجيز التطليق :

١- تعاطى الزوج المخدرات، ما لم يكن من شأنه التأثير على أخلاقه ومعاملته لزوجته، بأن كان دائم الغلظة والانفعال معها تبدر منه ألفاظ غير كريمة مما تتأذى به الزوجة.

٢- فسق الزوج طالما أنه لا يظهر بفسقه في مسكن الزوجية، ولم يتعد أثره إليها.

(كرموز الجزئية الشرعية - بتاريخ 1934/5/31 الدعوى رقم 825 لسنة 1933)

٣- ممارسة الزوج لأعمال الشعوذة إذا كان يمارسها في غير مسكن الزوجية وبعيدا عن زوجته.

٤- إسكان الزوج زوجة أخرى له بمسكن الزوجية بعد مغادرة زوجته له إثر خلاف بينهما.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«مفاد المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه كي يحكم القاضي بالتطليق يتعين أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج دون الزوجة، ويتعين للقول بأن استمرار الشقاق مجلبة للضرر يبيح للزوجة طلب التطليق أن تبحث دواعيه ومعرفة المتسبب فيه، وإذ أطلق الحكم القول واتخذ من استمرار الشقاق ومن إسكان الطاعن زوجته الأولى بمسكن الزوجية بعد مغادرة المطعون عليها له سببا تحقق به الضرر الموجب للتطليق، فإنه يكون قاصر التسبب».

(طعن رقم 5 لسنة 47ق - جلسة 1979/3/44)

٥- هروب الزوج من الخدمة العسكرية.

(استئناف الإسكندرية بتاريخ 1965/6/21 - استئناف رقم 8

لسنة 1965 أحوال شخصية)

٦- مرض الزوج، ما لم يكن مريضا بأحد الأمراض التناسلية التي تناولناها فيما تقدم، أو الأمراض التي يتوافر بها العيب المستحكم الذي لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر بالتفصيل الذي أوردناه في موضعه.

٧- قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعي وعدم إمكانه إتيان الزوجة.

ذلك إن الضرر الموجب للتفريق خاص بالضرر الناشئ عن الشقاق والتنافر بين الزوجين الذي في قدرة الزوج إنزاله ومنعه، وليس منه قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعي وعدم إمكان إتيان الزوجة لأن القصر لا يلبث أن يزول متى صار الزوج مكلفا، وعدم إتيان القاصر امرأته ليس بفعل إرادي من القاصر⁽¹⁾.

(1) العياط الشرعية الجزئية في ١/١ - ٩٤٠ - الدعوى رقم ٩٨٨ لسنة ١٩٢٩.

أحكام خاصة بالضرر

١٥٩- (أ) يجب أن يكون الضرر من جانب الزوج:

جرى نص المادة على أنه: «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها...الخ»، ومعنى هذا أنه يشترط أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادراً من الزوج، وهذا أمر منطقي لأن المادة تجيز الطلاق بسبب الشقاق الذى ينشأ بين الزوجين نفسيهما بما يجعل دوام العشرة بين أمثالهما مستحيلاً. وعلى ذلك إذا كان الضرر واقعاً من الزوجة على الزوج فإنه لا يجيز التطلاق.

فإذا هجرت الزوجة زوجها مثلاً فليس لها أن ترفع دعوى بالتطلاق لأنها هى المتسببة فى الضرر.

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه: «... تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم إليها من الشكايات فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين عدا الحالة التى يتبين للحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر».

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «مؤدى نص المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطلاق أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة».

(طعن رقم 5 لسنة 46 ق - جلسة 1977/11/9)

٢- «مفاد المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه كى يحكم القاضى بالتطلاق يتعين أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة، ويتعين للقول بأن استمرار الشقاق مجلبة للضرر تبيح للزوجة طلب التطلاق أن تبحث دواعيه ومعرفة المتسبب فيه...الخ».

(طعن رقم 5 لسنة 47 ق - جلسة 1979/3/44)

٣- «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تقيم حكمها بالتطليق للضرر على صور من الضرر تضمنتها وقائع الدعوى، وتتحقق بها المضارة، غير تلك التي ساقتهما الزوجة في صحيفة دعواها، إلا أنه يشترط لى يحكم القاضى بالتطليق للضرر طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة مما يتعين معه على المحكمة إذا رأت في استمرار الشقاق بين الزوجين مجلبة للضرر يبيح للزوجة طلب التطليق أن تبحث دواعيه، ومعرفة المتسبب فيه وإلا كان حكمها قاصر السبب. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على سند من قوله وكان الثابت من أوراق الدعوى أن الزوجة المستأنفة وزوجها المستأنف عليه قد قطعا في الخصومة شوطاً بعيداً. واستحكم بينهما الخلاف والعداء بما لا يمكن معه عودة المياه إلى مجاريها... فيتعين والأمر كذلك القول بثبوت الضرر الذى ادعته الزوجة المستأنفة... الأمر الذى ترى معه المحكمة إجابة المستأنفة إلى طلبها التفريق بينها وبين المستأنف عليه، وكان الحكم فى هذا الذى أورده لم يعن ببحث دواعى الخصومة التى طالت بين الطرفين وأيهما كان المتسبب فيها، فإنه كون معيباً بالقصور فى التسبب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

(طعن رقم 8 لسنة 57 - جلسة 1989/5/23 - غير منشور)

وكذلك لا يعتبر ضرراً يجيز التطليق الضرر الذى يقع من والدى الزوج أو أقاربه على الزوجة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«الحكم بالتطليق للضرر. م ٦ من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. شرطه ثبوت إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطيع معه دوام العشرة وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما وأن يكون الضرر والأذى من الزوج دون الزوجة».

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

٠٠٠ - (٢) يجب أن يكون الضرر واقعاً على الزوجة :

قدمنا أن المادة السادسة تجيز الطلاق بسبب الشقاق الذى ينشأ بين الزوجين نفسيهما، ولذلك فإن الضرر الذى يجيز التطلاق هو الذى يقع من الزوج على زوجته.

أما الضرر الذى يقع من الزوج على والدى الزوجة أو باقى أقاربها فلا يجيز التطلاق.

١١١ - (٣) يجب أن يكون الضرر متعمداً :

وفى هذا قضت محكمة النقض دائرة الأحوال الشخصية بأن :

(أ) - «الإضرار التى تعنيه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمده سواء كان ضرراً إيجابياً من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل، أو ضرراً سلبياً يتمثل فى هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية على أن يكون ذلك باختياره لا قهراً عنه، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ «الإضرار» لا الضرر، كما يؤيده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء التى تتمخض كلها فى أن للزوج مدخلاً فيها وإرادة متحكمة فى اتخاذها والعنة النفسية لا يمكن عدها بهذه المثابة من قبيل الإضرار فى معنى المادة السادسة سالفة الإشارة لأن الحيلولة دون ممارسة الحياة الزوجية بسببها لا يد للزوج فيها بل هى تحصل رغماً عنه وبغير إرادته».

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق - جلسة 1975/11/9)

(ب) - «القضاء بالتطلاق للضرر. شرطه أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج على زوجته وأن تصبح العشرة بينهما مستحيلة. الضرر مقصوده. م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩».

(طعن رقم 131 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/5/7)

(طعن رقم 45 لسنة 57 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/11/19)

ولا يهيم الباعث من الفعل الذى أدى إلى الضرر فقد لا يكون الباعث عليه هو الإضرار وإنما مصلحة للزوج، كإقامته بعيدا عن زوجته فى ذات البلد بقصد تلقى العلم أو التجارة، فإنه يجيز التطلق إذا طلبت الزوجة ذلك.

١٦٢ - (٤) لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول.

لا يشترط فى الضرر الذى يجيز التطلق أن يقع من الزوج على الزوجة بعد الدخول، فيجوز أن يقع الضرر قبل الدخول.

وقد نص فقهاء المذهب المالكي على ذلك صراحة^(١). ذلك أن سوء العشرة يتحقق بين الزوجين اللذين لم يتعاشرا معاشرة الأزواج بزفاف ودخول كما أن المراد بالمعاشرة الواردة بالمادة هو الاختلاط والمخالطة سواء قبل الدخول أو بعده، بل إن طلب التطلق للضرر قبل الدخول أوجب قبل أن تسوء العاقبة ويؤتى الزواج بثمرة لا يراها الزوجان بما يقع من شقاق ونفور دائم ويتردى الزوجان فى زواج غير موفق^(٢).

وأما قول المشرع «لا يستطاع معه دوام العشرة» فإنه شرط فى الضرر المبيح للطلاق وليس فى ضرورة الدخول.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

(أ) - «التطلق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٢٩ مستقًى من مذهب الإمام مالك وهو لا يفرق بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها فى طلب التطلق للضرر فتسمع الدعوى به من كليهما».

(طعن رقم ٩٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٥/٤/٤٩)

(ب) - «التطلق للضرر طبقا للمادة ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. مناطه. تحقيق

(١) فقد جاء بالمدونة الكبرى جـ ٥ ص ٥٢ «قلت فلو كانت المرأة ممن لم يدخل بها هل يجرى أمرها مع الحكمين مجرى المدخول بها وكيف يكون أمرها فى الصداق... قال: يجرى مجرى المدخول بها».

وجاء بالشرح الكبير «... بعث الحاكم أو من يقوم مقامه حكمين وإن لم يدخل الزوج بها فقد يكونان فى بيت واحد أو جارين فينتازعان».

(٢) استئناف طنطا فى ١٢/١/ ١٩١٣ - الاستئناف رقم ٥ لسنة ١٩٢٩ (أحوال شخصية).

وقوع الضرر. التفرقة بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها. لا محل له.

(طعن رقم 79 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/11/13)

(ج-) «النعي على ما استطرد إليه الحكم تزييدا ويستقيم بدونه غير منتج. القضاء بالتطليق لعدم إتمام الدخول بالمطعون ضدها. النعي على الحكم بعدم الرد على إيفاء معجل الصداق أو إعداد مسكن الزوجية غير مقبول».

(طعن رقم 92 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/12/18)

٦٦٣- (٥) عدم اشتراط تكرار الضرر:

يكفى لتوافر الضرر أن يقع الأذى ولو مرة واحدة، فلا يشترط للتطليق تكرار الأذى، فإذا اعتدى الزوج على زوجته بالضرب أو السب مرة واحدة مثلاً كان ذلك كافياً للتطليق^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض دائرة الأحوال الشخصية بأن:

(أ-) «المقرر في فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو الفعل الذى لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيذاء الأذى بها بل يكفى لذلك أن يثبت أن زوجها أتى معها مما تتضرر منه ولو لمرة واحدة... الخ».

(طعن رقم 27 لسنة 50 ق - جلسة 1981/3/31)

(ب-) «إذا كان المقرر في فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو الفعل الذى لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيذاء الأذى بها بل يكفى لذلك أن يثبت أن

(١) فقد جاء بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٤٥ «وقوله ولو لم تشهد البينة بتكرره بل شهدت بأنه حصل لها مرة واحدة فلها التطليق على المشهور» - راجع أيضاً حاشية الخرشي - الجزء الثالث الطبعة الأولى سنة ٢٠٨٠ هـ ص ١٤٩.

زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو مرة واحدة...الخ».

(طعن رقم 23 لسنة 57ق - جلسة 1988/6/28)

(ج-) «وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أنه لما كان المقرر فى فقه المالكية أن للزوجة طلب التطلاق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو الفعل الذى لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفى لذلك أن يثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو مرة واحدة. وكان تقدير عناصر الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين هو ما تستقل به محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت إضرار الطاعن بالمطعون ضدها الموجب لتطبيقها منه على ما شهد به شاهدا الإثبات ومما استخلصه من أدلة الدعوى من أنه أساء إليها باتهامها بارتكاب الجرائم مما يعد إضراراً بها يستحيل معه دوام العشرة بينهما وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت فى الأوراق وكانت هذه الدعامة قد استقامت وتكفى لحمل الحكم فإن تعييبه فى دعامته الثانية المتعلقة بالزواج بأخرى وأياً كان وجه الرأى فيه يكون غير منتج ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 44 لسنة 57ق - جلسة 1988/1/22 - غير منشور)

(د) «المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية بما نصت عليه فى فقرتها الأولى من أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطالب من القاضى التفريق بينهما وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما قد خلت من تحديد وسيلة إضرار الزوج بزوجته والذى يخولها الحق فى طلب التطلاق، وكان المشرع قد استقى الحكم المقنن بهذه المادة من مذهب الإمام مالك، فيتعين الرجوع إليه فى هذا الخصوص، لما كان ذلك وكان المقرر فى فقه المالكية أن للزوجة طلب التطلاق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو الفعل الذى لا يكون عادة بين

أمثالهما، ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفي لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو لمرة واحدة، لما كان ذلك وكان الثابت من الشهادة الرسمية المقدمة من الطاعنة أمام محكمة الموضوع أن المطعون ضده قدم للمحاكمة بالجنحة رقم ٧٨٠ / ١٩٨٥ السويس لأنه أحدث عمدا بالطاعنة الإصابات الموصوفة بالتقرير الطبي والتي تحتاج لعلاج مدة لا تزيد عن عشرين يوما وحكم عليه بغرامة مقدارها عشرين جنيها وتأييد الحكم استئنافيا... وهو ما يكفي وحده لثبوت الضرر الذي يجوز للزوجة طلب التطلاق بسببه، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة على ما خلص إليه من أن ما حدث من الزوج هو أمر عارض ولا يعلوه صفة الدوام وأن الأوراق خلت مما يقطع باستحالة الحياة الزوجية فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه الفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه.

ولما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وكان الثابت من الأوراق أن ما وقع من المستأنف عليه للمستأنفة ينطوي على ضرر لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وكان الحكم المستأنف صحيحا لأسبابه مما يتعين معه القضاء بتأييده».

(طعن رقم 99 لسنة 57 قى - جلسة 1989/3/28 - غير منشور)

(هـ-) «التطلاق للضرر. شرطه. المقصود بالضرر إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما. لا يشترط تكرار إيقاع الأذى بل يكفي حدوثه ولو لمرة واحدة. استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر. شرطه».

(طعن رقم 82 لسنة 63 قى جلسة 1997/1/28)

(و-) «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للزوجة طلب التطلاق وفقا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو بالفعل الذى لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما ولا يشترط لإجابتها إلى

طلبها أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفي لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو لمرة واحدة وتقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة. وأن من المقرر أيضاً أن لمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع في الدعوى والترجيح بين البينات وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود والمستندات ولا رقيب عليها في ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بلا سند وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتضت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله. وأن المقرر في المذهب الحنفي أن الشهادة على ما يثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تقبل ممن عاينه سمعا ومشاهدة متى وافقت الدعوى. لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على ما استخلصه من بينتها الشرعية الصحيحة وما قدمته من مستندات من إصابتها بضرر يستحيل معه استمرار العشرة بينهما من اعتدائه عليها بالضرب والسب وتبديد منقولاتها وامتناعه عن الإنفاق عليها وطردها من مسكن الزوجية وهو من الحكم استخلاص موضوعي سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها وبما يكفي لحمل قضاائه ومن ثم فلا يعيبه التفاته عما لمستندات الطاعن من دلالة مخالفة وإذ يدور النعى عليه حول تعييب هذا الاستخلاص فإنه لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تقدير أدلة الدعوى لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض. وإذ خلت شهادة شاهدي المطعون ضدها بما يفيد أن علمها بما شهدوا به كان بطريق السماع فإن النعى على شهادتهما بعدم استيفائها شروط الصحة يكون على غير أساس».

(طعن رقم 586 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/12/22)

٦٦٤ - (٦) المناط في الضرر تحققه ولا عبرة بإزالته :

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

«إذا كان البين من تقارير الحكم المطعون فيه أنه استقى من أقوال شاهدي المطعون عليها ومن أقوال أحد شاهدي الطاعن نفسه، أنه على الرغم من مرور زهاء أربع سنوات على إبرام الزواج، إلا أن الطاعن لم يدخل بها، أو

يمكنها من الاستقرار فى حياة زوجية، بما ترتب عليه ضرر محقق بها، وأنه غير سائغ تعلل الزوج بعدم العثور على مسكن مناسب طيلة هذه السنين، إذ هو أمر لا دخل لها فيه، ومن واجبه توفير المسكن، وكان التراخى عمداً فى إتمام الزوجية بسبب من الزوج يعد ضرباً من ضروب الهجر، لأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر، ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة.

وكان المناطق فى التطبيق بسبب الضرر هو وقوعه فعلاً، ولا يمنع من التطبيق توقع زواله أو محاولة رأبه طالما قد صادف الضرر محله وحقاً بالزوجة معقباته، وكان الثابت من الأوراق أن زواج الطاعن بالمطعون عليها أبرم فى ١٩/١/ ١٩٧٢ وأنها أقامت دعواها فى ١٨/١/ ١٩٧٥ فإنه لا يغنى الطاعن التذرع باستنجاهه شقة بتاريخ ١/٢/ ١٩٧٦ أى فى تاريخ لاحق لتحقيق الإضرار وشكوى الزوجة منه».

(طعن رقم 44 لسنة 47 ق - جلسة 1979/3/31)

٦٦٥- (٧) لا يشترط أن يكون الضرر سابقاً على رفع الدعوى:

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع أن تستند إلى وقائع سبقت رفع الدعوى أو استجدت بعدها لإثبات التطبيق لما تتم عنه من استمرار الخلاف الزوجى واتساع هوته بما لا يستطيع معه الإبقاء على الحياة الزوجية ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من أن الحكم أقام قضاءه على سند من وقائع لاحقة لرفع الدعوى يكون على غير أساس».

(طعن رقم 2 لسنة 47 ق - جلسة أول نوفمبر سنة 1978)

إثبات الضرر:

٦٦٦- إثبات الضرر وفقاً للمذهب الحنفى:

استمد الشارع أحكام التطبيق للضرر - كما رأينا سلفاً - من مذهب الإمام مالك، إلا أنه لم ينص على قواعد خاصة لإثبات الضرر، كما لم يحل فى شأن إثباته

إلى هذا المذهب، ومن ثم وجب الرجوع في هذا الشأن إلى الرأي الراجح في المذهب الحنفي عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحال إليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والتي تجرى على أن «تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة وأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد».

والمنصوص عليه في المذهب الحنفي أن نصاب البينة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «تقضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، بأن تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة فيما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقاً لها. وإذا كان المشرع بعد أن نقل حكم التطلاق للضرر من مذهب مالك، لم يحل في إثباته إلى هذا المذهب، كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن، فيتعين الرجوع في قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل على أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة عملاً بما تنص عليه المادة ٢٨٠ سالف الذكر، فتكون البينة من رجلين أو من رجل وامرأتين في خصوص التطلاق للضرر».

(طعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٥)

٢- «المقرر في قضاء محكمة النقض أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية وإن استمدت أحكامها فيما يتعلق بدعوى التطلاق للضرر من مذهب الإمام مالك إلا أنها إذ لم تتضمن قواعد خاصة بطرق إثبات عناصرها فيتعين الرجوع في شأنها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة عملاً بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية ومن ثم يتعين لثبوت الضرر الموجب للتطلاق

قيام البينة عليه من رجلين أو رجل وامرأتين».

(طعن رقم 15 لسنة 47ق - جلسة 1980/4/2)

٣- «المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تقضى بأن تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة فيما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقاً لها وإذ نقل المشرع حكم التطبيق للضرر من مذهب الإمام مالك ولم يحل في إثباته إلى هذا المذهب كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن فإنه يتعين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - الرجوع في قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة عملاً بما تنص عليه المادة ٢٨٠ السالفة الذكر».

(طعن رقم 1 لسنة 54ق - جلسة 1985/4/16)

٤- «مناط الحكم بالتطبيق في الدعوى التي ترفع طبقاً للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩١ هو ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين، وكانت البينة في هذه الدعوى - وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة - يجب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين.... الخ».

(طعن رقم 69 لسنة 55ق - جلسة 1986/2/23 - غير منشور)

٥- «وكانت البينة في خصوص التطبيق للضرر وفق مذهب الحنفية من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ومن ثم يكون نصاب البينة غير مكتمل شرعاً إذ لا يبقى منها - بعد استبعاد شهادة المرأة الثانية إلا شطرها المتمثل في أقوال رجل وامرأة واحدة... الخ».

(طعن رقم 12 لسنة 56ق - جلسة 1988/3/15)

٦- «... وهي بهذه المثابة شهادة سماعية لا يصح التعويل عليها ولا تتوافر بها نصاب البينة الشرعية على المضارة وهي من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول وفقاً للراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة الواجب الاتباع إعمالاً

لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية....الخ».

(طعن رقم 84 لسنة 57 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1989/2/28 غير منشور)

٧- «نصاب الشهادة في المذهب الحنفي. شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول».

(طعن رقم 300 لسنة 63 ق جلسة 1998/1/20)

وإذا استشهد الخصم أمام محكمة أول درجة بشاهدين غير مسلمين أو أحدهما غير مسلم، فلا يحول دون ذلك طلبه إحالة الدعوى من جديد أمام محكمة الاستئناف بتقديم شاهدين مسلمين.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«لما كانت الطاعنة قد أقامت دعواها بطلب التطلق لزواج المطعون ضده بأخرى والذي ألحق بها أضراراً يتعذر معها دوام العشرة بينهما واستشهدت بشاهدين أمام محكمة أول درجة أحدهما مسيحي الديانة ثم طلبت أمام محكمة الاستئناف أصلياً تأييد الحكم الابتدائي القاضي لها بالتطلق، واحتياطياً إحالة الدعوى إلى التحقيق من جديد لإثبات دفاعها بالوجه الشرعي السليم إلا أن الحكم المطعون فيه قضى برفض دعواها على سند من أن أحد شاهديها مسيحي ولا ولاية له على المسلم فلا تكتمل به نصاب البينة الشرعية في إثبات الضرر المبيح للتطلق، والتفت عن طلبها الاحتياطي بإحالة الدعوى إلى التحقيق، وكان هذا الذي استند إليه الحكم لا يواجه دفاعاً أو طلب الطاعنة المشار إليه ولا يتضمن ما يسوغ رفضه والالتفات عنه، ورغم أن استشهد الطاعنة بشاهد مسيحي ضمن أحد شاهديها أمام محكمة أول درجة لا يحول بينها وبين تمكينها من إثبات دفاعها على الوجه الصحيح الذي يتفق مع المنهج الشرعي - أمام محكمة الاستئناف وهو ما يشوب الحكم بالقصور فضلاً عن الإخلال بحق الدفاع».

(طعن رقم 242 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/10/26)

٦٦٧- كيفية سماع شهادة المرأتين :

أوضحت ذلك محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - فى حكمها الصادر

بتاريخ ١١/٢/ ١٩٨٦ فى الطعن رقم ٥ لسنة ٥٥ ق إذ ذهبت فيه إلى أن :

«كان اشتراط بعض فقهاء الحنفية عدم التفريق بين المرأتين لدى إدلائهما بالشهادة سنده قوله تعالى فى سورة البقرة ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ وكانت الآية الكريمة لم تشترط اجتماع المرأتين عند الإدلاء بالشهادة وإنما أوردت العلة فى جعل شهادة المرأتين مساوية لشهادة رجل واحد. وهى أن المرأة معرضة للنسيان وأن وجود أخرى معها يعينها على التذكر وكان مقتضى هذه العلة أن اشتراط سماع المرأتين مجتمعتين لا يكون إلا إذا جاءت أقوالهما غير متطابقة أما إذا اتفقت أقوالهما فإن موجب عدم التفريق بينهما عند الشهادة يكون منقياً».

٦٦٨- عدم جواز إثبات الضرر بشهادة التسماع :

الأصل أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أى لم يقطع به من جهة المعاينة أو السماع، وقد أجازت الشهادة بالتسماع استحساناً فى بعض المسائل وذلك دفعاً للحرَج، إلا أنه ليس من بين هذه المسائل وقائع الإضرار التى تبيح تطليق الزوجة على زوجها.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عينا أو سماعاً فى غير الأحوال التى تصح فيها الشهادة بالتسماع، وليس من بينها الشهادة فى التطليق للإضرار، ولما كان البين من الحكم المطعون فيه ومن الصورة الرسمية لمحضر التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن الشاهد الأول من شاهدى المطعون عليها، لم ير بنفسه اعتداء بالسب من الطاعن على المطعون عليها أو

واقعة طرده إياها من منزل الزوجية وأن شهادته في هذا الخصوص نقلا عنها فإن أقواله بهذه المثابة لا تقبل كبينة على الإضرار الموجب للتطليق».

(طعن رقم 5 لسنة 47ق - جلسة 1979/3/44)

٢- «الراجع في فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه في نطاق الدعوى عملاً بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شهادة التسامع لا تقبل إلا في بعض الأحوال وليس منها التطليق للضرر، ومن ثم تكون البينة فيه بشهادة أصلية لرجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدلين».

(طعن رقم 11 لسنة 47ق - جلسة 1979/4/25)

٣- «الراجع في فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه في نطاق الدعوى عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شهادة التسامع لا تقبل إلا في بعض الأحوال وليس منها التطليق للضرر».

(طعن رقم 6 لسنة 53ق - جلسة 1984/3/13)

٤- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشهادة بالتسامع لا تقبل شرعاً في إثبات أو نفى وقائع الإضرار المبيحة لتطليق الزوجة على زوجها».

(طعن رقم 47 لسنة 52ق - جلسة 1984/3/13)

٥- «وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عينا أو سماعاً في غير الأحوال التي تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة على التطليق للضرر. لما كان ذلك وكان الثابت من أقوال الشاهد الثاني من شاهدي المطعون ضدها أنه لم يشاهد تعدى الطاعن عليها ضرباً أو سبا ومن ثم لا يكتمل به نصاب الشهادة على الضرر المبرر للتطليق، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء محكمة أول درجة بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على ما أطمأن إليه من أقوال شاهديها،

فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه.

(طعن رقم 446 لسنة 00ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/1/22)

٦- «الشهادة على التطلق للضرر. لا تصح بالتسامع. وجوب معاينة الشاهد بنفسه عينا أو سماعا مشاهدة الشاهد آثار الضرب على وجه الطاعة وعدم مشاهدته المطعون ضده يضربها أو سمعه يسبها. أثره عدم اكتمال نصاب الشهادة».

(طعن رقم 36 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/11)

٧- «الأصل فى الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه الشهادة بالتسامع فى التطلق. غير جائزة».

(طعن رقم 62 لسنة 63 جلسة 1997/2/24)

(طعن رقم 191 لسنة 63ق - جلسة 1997/4/7)

(طعن رقم 547 لسنة 65ق جلسة 1997/3/10)

٨- «الأصل فى الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع على التطلق للضرر. غير جائزة».

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

٩- «الراجع فى المذهب الحنفى. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع على التطلق للضرر. غير جائزة».

(طعن رقم 301 لسنة 64ق جلسة 1998/5/25)

١٠- «الأصل فى الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع على التطلق للضرر. غير جائزة. اتخاذ الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه منها أساسا لقضائه بالتطبيق مخالفة للقانون».

(طعن رقم 328 لسنة 64ق جلسة 1998/6/22)

١١- «وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن للزوجة طلب التطلق وفقا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢١ - إذا أوقع بها الزوج أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو بالفعل

الذى لا تكون عادة بين أمثالهما، ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، وتقدير عناصر الضرر مما يستقل به قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة، وكان من المقرر أيضا أن الأصل فى الشهادة هى معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه، فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عينا أو سماعا فى غير الأحوال التى تصح فيها الشهادة بالتسامع - وليست من بينها الشهادة على التطبيق للضرر - وأن فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود والمستندات وترجيح ما يطمئن إليه منها هو من إطلاقات قاضى الموضوع، ولا يلزم أن يبين أسباب هذا الترجيح مادام لم يخرج بأقوال الشاهد عما تؤدى إليه. لما كان ذلك، وكان البين من شهادة شاهدى المطعون ضدها أنهما شاهدا وسمعا اعتداء الطاعن عليها بالضرب والسب، فإن شهادتهما تكون قد انصبت على وقائع حدثت على مرأى ومسمع منهما ولا تكون شهادة الشاهد الثانى سماعية وإنما هى شهادة عيان توافر لها مع شهادة الشاهد الأول نصابها الشرعى وموافقة الدعوى، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطبيق المطعون ضدها على ما استخلصه من شهادة شاهديها مضارة الطاعن لها باعتدائه عليها بالضرب والسب بما لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، وهى أسباب سائغة لها معينها من الأوراق وتكفى لحمل قضائه، فإنه لا يعيب الحكم - من بعد - إن التفت عن دفاع الطاعن وما قد يكون لمستندات من دلالة مخالفة مادام فى قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمنى المسقط لكل مخالفة، ومن ثم فإن النعى عليه فى هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الأدلة لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 305 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/3/8)

١٢- «الشهادة. الأصل فيها وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع فى إثبات أو نفي الضرر الموجب للتطبيق. غير جائزة. البينة فيها - وفقا للراجح فى فقه الأحناف - شهادة أصلية من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول. قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بالتطبيق استنادا على اطمئنانه إلى أقوال شاهدى المطعون ضدها رغم أن أحدهما شهادته

سماعية. خطأ . أثره . التزام محكمة النقض بالفصل فى الموضوع. مادة ٣/٦٣ من القانون (١) لسنة ٢٠٠٠.

(طعن رقم 495 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/1/24)

(طعن رقم 599 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/2/28)

(طعن رقم 562 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/5/8)

١٣- «المقرر أن الأصل فى الشهادة هو معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لمن يعاينه عينا أو سماعا فى غير الأحوال التى تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة على التطبيق للضرر».

(طعن رقم 67 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/3/19)

كما قضت محكمة النقض بأن:

١- «وجوب أن يثبت بمحضر التحقيق نص الأقوال والإجراءات التى يدلى بها الشاهد أمام المحكمة دون التصرف فيه بالتلخيص أو باختصار المادتان ٩١، ٩٢ من قانون الإثبات. علة ذلك. عدم إثبات أقوال الشاهد بمحضر التحقيق. مؤداه. وجوب استبعاد شهادته وعدم التعويل عليها عند تقدير أقوال الشهود».

(الطعن رقم 124 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/2/16)

٢- «سماع القاضى المحقق بيئة المطعون ضدها وهى شهادة رجل وامرأتين. عدم إثباته بالمحضر أقوال الشاهدة الثانية والاكتفاء بتوقيعها على المحضر تحت أقوال الشاهدة الأولى. مؤداه. عدم الاعتداد بهذه الشهادة فى حساب نصاب البيئة الشرعية. علة ذلك. البيئة فى خصوص التطبيق للضرر وجوب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين اعتداد الحكم المطعون فيه بهذه الشهادة فى قضائه بالتطبيق. خطأ».

(طعن رقم 424 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/2/16)

٣- «الأصل فى الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع فى إثبات أو نفى مضارة الزوج لزوجته. غير جائزة. البيئة فيها - وفقا للراجح فى فقه الأحناف - شهادة أصلية من رجلين أو رجل وامرأتين عدول. م ٣

من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠. اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة السماعية في إثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضده. مخالفة للقانون وخطأ».

(طعن رقم 800 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/7/3)

٤- «إنه من الأصول المقررة في المذهب الحنفي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تحقق عدالة الشاهد، ما لم يتم الدليل على غير ذلك، وأن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضي وشعوره، فلا يلزم بإبداء أسباب اطمئنان، وأن الشهادة على ما ثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة ممن عاينه سمعا وشاهده، متى وافقت الدعوى».

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

كما قضت محكمة النقض بأن:

«النعي على الشهادة بأنها سماعية. دفاع قانوني يخالطه واقع. عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 13 لسنة 63 ق جلسة 1997/3/17)

وقضت محكمة النقض بصدد نفي صفة التسماع عن الشهادة بأن:

«وكان الثابت من التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة وأقام عليه الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قضاءه بثبوت الضرر الموجب للتفريق أن شاهدي المطعون ضدها قد شهدا بأن الطاعن هجرها إلى زوجة أخرى منذ سنة ١٩٧٣ ولم يعد يتردد عليها وأنهما عرفا ذلك بحكم علاقتهما بها وترددتهما عليها لزيارتها مما تكون معه شهادتهما قد انصبت على وقائع عايناها مشاهدة وجاءت موافقة للدعوى واستوفت بذلك شروط صحتها شرعا فإن الحكم المطعون فيه إذ عول على هذه الشهادة في إثبات دعوى المطعون ضدها لا يكون قد خالف المنهج الشرعي السليم ويكون النعي بهذا الوجه على غير أساس».

(طعن رقم 64 لسنة 5 ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/3/28 -

غير منشور).

٦٦١- عدم قبول شهادة الأصول للفروع وشهادة الفروع للأصول:

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «المقرر فى فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله وأحد الزوجين لصاحبه غير مقبولة شرعا لعدم انتفاء التهمة عنهم».

(طعن رقم 9 لسنة 51 ق - جلسة 1981/12/29)

٢- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ولا شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا».

(طعن رقم 62 لسنة 54 ق - جلسة 1986/4/22)

٣- «إذ المقرر فى المذهب الحنفى قبول شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه مما تقبل معه شهادة الشخص لشقيق زوجته».

(طعن رقم 117 لسنة 57 ق - جلسة 1989/6/20)

٤- «شهادة القرابات بعضهم لبعض. مقبولة وفقا للمذهب الحنفى. فيما عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه. العبرة بمضمون الشهادة وفهم القاضى للواقع فيها وليس بألفاظ أدائها».

(طعن رقم 63 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/4/27)

٥- «شهادة القرابات. بعضهم لبعض. فيما عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه وأحد الزوجين لصاحبه. قبولها ما لم يتوافر لها أسباب التهمة من طلب مغنم أو دفع مغرم. مؤدى ذلك».

(طعن رقم 67 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/5/25)

(طعن رقم 86 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/6/15)

٦- «شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض مقبولة. الاستثناء. شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبه».

(طعن رقم 78 لسنة 63 ق جلسة 1997/1/28)

٧- «شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض مقبولة. الاستثناء. شهادة الفرع لأصله والأصل لفرعه».

(طعن رقم 466 لسنة 63 ق جلسة 1997/12/23)

٨- «شهادة القرابات بعضها لبعض مقبولة فيما عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه وأحد الزوجين لصاحبه».

(طعن رقم 563 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/5/26)

٧٠- جواز تدارك الشاهد ما يقع في شهادته من خطأ :

يجوز في فقه الأحناف أن يتدارك الشاهد ما قد يقع في شهادته من خطأ قبل أن يبرح مجلس القضاء.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

«المقرر في فقه الحنفية أن تدارك الشاهد ما قد يقع في شهادته من خطأ قبل أن يبرح مجلس القضاء جائز وتقبل به الشهادة».

(طعن رقم 43 لسنة 48 ق - جلسة 1981/1/20 - غير منشور).

٧١- اشتراط موافقة الشهادة للدعوى :

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «المقرر في فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان يتعين لقبول الشهادة على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى وأن ترد أقوال كل شاهد مطابقة لأقوال الآخر، إلا أنه لا يشترط أن تكون هذه الموافقة تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعى وأن تتطابق أقوالهم في اللفظ والمعنى المقصود بالدعوى، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أقامت دعواها بطلب التظليق تأسيساً على اعتداء زوجها الطاعن عليها بالقول والفعل اعتداءً بالغاً وأحضرت للإثبات شاهدين باعتهما عليها بالسب المقذع وهي صورة الاعتداء بالقول المدعى به وبذلك تكون شهادتهما قد وافقت بعض الدعوى فتقبل باعتبار أن أخذ القاضى بها يجعل المشهود به هو القدر الثابت من الدعوى بالبينة. كما يبين من

تلك المدونات أن أقوال هذين الشاهدين وإن لم تتطابق في اللفظ إلا أنها توافقت بما اشتملت عليه من ألفاظ للسباب تفيد معنى واحدا فتعتبر شهادتهما قد اتفقتا بطريقة التضمن وهو ما يكفي بتطابقهما ولا يغير من ذلك تفاوتهما في بيان حالة الانفعال التي كان عليها الطاعن وقت توجيهه السباب إلى المطعون ضدها واختلافهما فيما إذا كان أثناء ذلك يقذف بالأطباق أو كان ممسكا بها ويهم بإلقائها إذ أن هذه الواقعة تخرج عن المقصود بالدعوى وبالتالي لم تكن هناك حاجة لإثباتها ويستوى ذكرها أو السكوت عنها فلا يمنع الاختلاف بشأنها من صحة الشهادة ولا يمنع من قبولها... الخ».

(طعن رقم 33 لسنة 50 ق - جلسة 1981/3/31)

٢- «المتفق عليه عند فقهاء الحنفية أنه يشترط في الشهادة أن تكون موافقة للدعوى فيما تشترط فيه الدعوى، فإن خالفتها لا تقبل إلا إذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند إمكان التوفيق وأن هذا الشرط لا يجد محلا يرد عليه إذا كان تكذيب المدعى لشهوده في شيء زائد عن الدعوى».

(طعن رقم 44 لسنة 51 ق - جلسة 1982/3/16)

٣- «المقرر في فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان يتعين لقبول الشهادة على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى إلا أنه لا يشترط أن تكون هذه الموافقة تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعى بل تكفي الموافقة التضمينية بأن توافق شهادتهم بعض المدعى به وهي تقبل اتفاقا ويأخذ القاضى بما شهد به الشهود باعتباره القدر الثابت بالبينة من المدعى به، لما كان ذلك وكان البين من صحيفة الدعوى أن المطعون عليها استندت في طلب التطليق إلى مضارة الطاعن لها بضروب من الإيذاء منها إهانتها بالقول، وكان ما شهد به شاهداها من اتهام الطاعن لها بالإثم مع زوج شقيقها هو صورة من صور الاعتداء بالقول المدعى به فإن شهادتهما وقد وافقت بذلك بعض الدعوى تكون مقبولة وإذ عول الحكم عليها في قضائه بالتطليق فإنه لا يكون قد خالف القانون».

(طعن رقم 2 لسنة 53 ق - جلسة 1983/12/20)

٤- «يكفى في ثبوت إضرار الزوج بزوجه إضرارا يدل على عدم أمانته على نفسها ومالها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على نحو معين تتضرر منه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء اعتبارا أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هي تمثل في مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة».

(طعن رقم 116 لسنة 55 ق - جلسة 1986/6/24)

٥- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر في الفقه الحنفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط لقبول الشهادة على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى فيما تشترط فيه الدعوى - فإن خالفها لا تقبل وقد تكون الموافقة تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعى وقد تكون الموافقة لبعض الدعوى وتسمى موافقة ضمنية وهي تقبل اتفاقا ويأخذ القاضى بما شهد به الشهود باعتباره القدر الثابت فى الدعوى بالبينة ولا تلزم الموافقة فى اللفظ بل تكفى الموافقة فى المعنى والمقصود سواء اتحدت الألفاظ أو تغايرت. لما كان ذلك، وكانت المطعون عليها قد أقامت دعواها بطلب التطليق استنادا إلى إساءة الطاعن عشرتها والاعتداء عليها ضربا وسبا والتشهير بها فإن شهادة شاهديها المتضمنة توجيه الطاعن إليها ألفاظ السباب التى أوردها الحكم الابتدائى بمدوناته تكون شهادة واردة على الدعوى والمقصود بها وتكون المطابقة قائمة بين الشهادة والدعوى. ولا يعيب هذه الشهادة الاختلاف فيها زمانا ومكانا لأن ألفاظ السباب مما تعاد وتكرر ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون على غير أساس».

(طعن رقم 62 لسنة 57 ق - جلسة 1989/2/28 - غير منشور)

٦- «التطليق للضرر. ماهيته. كفاية اتفاق أقوال الشهود على إضرار الزوج بزوجه على وجه معين. لا يشترط أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من وقائع الإضرار. علة ذلك. استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصره».

(طعن رقم 163 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/2/22)

٧- «اتفاق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه. كاف لاكتمال نصاب الشهادة في دعوى التطليق للضرر. عدم اشتراط أن تنصب الشهادة على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء. علة ذلك».

(طعن رقم 82 لسنة 63 ق جلسة 1997/1/28).

٨- «دعوى التطليق للضرر. أساسها. كفاية اتفاق أقوال الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه لاكتمال نصاب الشهادة فيها. لا يشترط أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء. علة ذلك».

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

٩- «قبول الشهادة على حقوق العباد. شرطه. موافقتها للدعوى. مخالفتها. أثره. عدم قبولها. الموافقة التامة والموافقة التضمينية ماهيتها. كفاية الموافقة في المعنى دون اللفظ».

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

(طعن رقم 466 لسنة 63 ق - جلسة 1997/12/23)

١٠- «من المقرر في الفقه الحنفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان المشهود به قولاً محضاً فإن اختلاف الشاهدين في الزمان والمكان لا يمنع من قبول شهادتهما».

(طعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 1999/2/15)

١١- «المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان الأساس الذي تقوم عليه دعوى التطليق للضرر هو إضرار الزوج بزوجته وإساءة معاملتها، بما لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، فإنه لا يكفي لاكتمال نصاب الشهادة فيها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج لزوجته على وجه معين تتضرر منه، ولا ترى معه الصبر والإقامة معه، دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء، باعتبار أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هي تمثل في مجموعها سلوكاً تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع».

(طعن رقم 646 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2006/12/18)

١٧٢- اشتراط مطابقة الشهادة للوقائع المادية :

وفى هذا قضت محكمة النقض دائرة الأحوال الشخصية بأن :

«شرط قبول الشهادة كطريقة من طرق الثبوت في فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تكون مطابقة للوقائع المادية فلا تكذبها الأمور المحسوسة أو تخرج عن تلك الحقائق الثابتة، فإن كذبها الحس فلا تقبل ولا يجوز أن يبنى قضاء اعتباراً بأن الحس يفيد علماً قطعياً والشهادة تفيد خبراً ظنياً والظن لا يعارض القطعي، لما كان ذلك، وكان ما ساقه الطاعن بوجه النعي لا يؤدي إلى القول بأنه بينة الإثبات قد جاءت على خلاف أمر محسوس ذلك أن عمل زوج شقيقة المطعون عليها في الخارج لا يقطع بكذب تلك البينة ومن ثم فلا على الحكم المطعون فيه وقد اعتمدها أن يرد استقلالاً على بينة النفي. ويكون النعي في هذا الخصوص على غير أساس».

(طعن رقم 2 لسنة 53 ق - جلسة 1983/12/20)

١٧٣- إثبات الضرر بالقرائن :

القرائن من طرق الإثبات الشرعية. ويجوز الاعتماد عليها في الإثبات كالبينه⁽¹⁾. ولا يشترط تعدد القرائن فقد تكفى واحدة منها في الإثبات. وعلى ذلك يجوز إثبات وقوع الضرر على الزوجة بالقرائن.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «من القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد وكتب المذهب مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة، وبالرجوع إلى اللائحة الشرعية قبل إلغاء ما ألغى من نصوصها بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يبين أنها كانت تنص في المادة ١٢٣ منها على أن: «الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة» وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه

(1) المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم في طرق الإثبات الشرعية طبعة ١٩٨٥ ص ٤٤٦ وما بعدها.

اللائحة ما نصه «ليس الغرض من الدليل الذى يقدم للقضاء سوى إبانة الحق وإظهاره وقد يعرض فى الدعوى من القرائن القاطعة ما يرجح كفة أحد الخصمين ويدل على الحق فى الخصومة وليس من العدالة ولا من الحق أن تهدر دلائلها ويحجر على القضاء الأخذ بها وقد جاءت الشريعة الغراء باعتبارها واعتمد الفقهاء فى صدر الإسلام فى أقضيتهم عليها، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة وعرف الدليل للإرشاد إلى ما هو المقصود منه ليسير القضاة فى التطبيق على وفقه. والواقع فى ذلك أن القضاء فهم» ومن القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى بكثير من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب».

(طعن رقم 43 لسنة 33 قى - جلسة 1966/3/23)

٢- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن من القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهد. وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة، اعتبار بأن القضاء «فهم» ومن القرائن القاطعة ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، إلا أنه لما كانت القرينة القاطعة هى ما يستخلصه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، وهى أمانة ظاهرة تقيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكاً أو احتمالاً، وهى بهذه المثابة تغنى عن المشاهدة، وكان ما ساقه حكم محكمة أول درجة من أن شهود المطعون عليها لم يبينوا واقعة محددة لاعتداء الطاعن عليها لم يكن من قبيل استخلاص القرينة بل هو تقدير لأقوال الشهود وكانت محكمة الدرجة الثانية ليست ملزمة إذا هى ألغت الحكم الابتدائى بالرد على جميع ما ورد ما دامت أسبابها كافية لحمل قضائها، وحسبها أن تورد الدليل السائق لما قضت به، وكانت محكمة الاستئناف قد اعتمدت أقوال هؤلاء الشهود نتيجة اطمئنانها إليها وبمقتضى سلطتها فى الترجيح بين البينات فإن النعى يكون على غير أساس».

(طعن رقم 12 لسنة 46 قى - جلسة 1978/5/10)

٣- «المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن المشرع إذ نقل حكم التطبيق للضرر من مذهب مالك لم يحل في إثباته إلى هذا المذهب كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن ومن ثم فإنه يتعين الرجوع في قواعد الإثبات المتعلقة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عملاً بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأن من القرائن ما نص عليه الشارع واستتبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستتبطه القاضى من دلائل الحال وشواهد وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة اعتباراً بأن القضاء فهم ومن القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب».

(طعن رقم 38 لسنة 56ق - جلسة 1988/12/20 - غير منشور)

٤- «القرائن. ماهيتها. للقاضى استنباطها من دلائل الحال وشواهد».

(طعن رقم 645 لسنة 69ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/12/13)

١٧٤- حجية الحكم الجنائي في إثبات الضرر أمام المحكمة التي تنظر

دعوى التطبيق :

تنص المادة 456 من قانون الإجراءات الجنائية على أن:

«يكون للحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في دعاوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة. ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنيًا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون».

وتنص المادة ٥٠٢ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية على أن: «لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا».

وبين من هذين النصين أنه يشترط لکی يحوز الحكم الجنائي حجية أمام المحاكم المدنية (والتي تشمل دوائر الأحوال الشخصية) توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون الفعل الذى فصل فى شأنه جنائيا هو نفسه الذى أثير أمام المحكمة المدنية، وبمعنى آخر أن يكون الفعل يشكل أساسا مشتركا بين الدعوى الجنائية والمدنية.

٢- أن يكون الحكم الذى يتمسك بحجيته صادرا من محكمة جنائية، لا فرق فى ذلك بين محكمة عادية كمحكمة الجنح أو محكمة عسكرية.

٣- أن يكون الحكم الجنائى سابقا على الحكم المدني.

٤- أن يكون الحكم الجنائى باتا^(١) وفاصلا فى موضوع الدعوى الجنائية. والحكم البات هو الذى لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن العادية (المعارضة أو الاستئناف) أو النقض، إما لاستنفاد الطعن أو لفوات ميعاد.

٥- أن تكون الوقائع التى يحتج بها بمقتضى الحكم الجنائى قد فصل فيها هذا الحكم، وكان فصله فيها ضروريا للحكم فى الدعوى الجنائية.

وليست العلة فى هذه الحجية اتحاد الخصوم والموضوع والسبب فى الدعويين وإنما هى فى الواقع توافر الضمانات المختلفة التى قررها الشارع فى دعاوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة فيها لارتباطها بالأرواح والحريات الأمر الذى تتأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الإطلاق، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام وهذا يستلزم حتما ألا تكون هذه الأحكام معرضة فى أى وقت لإعادة النظر فى الموضوع الذى صدرت فيه حتى لا يجر ذلك إلى تخطئتها من جانب أية جهة من جهات القضاء^(٢).

وبالترتيب على ذلك إذا أقامت الزوجة دعوى التطليق للضرر استنادا إلى اعتداء زوجها عليها بالضرب أو السب مثلا وصدر حكم جنائى بات بإدانتها فى

(١) نقض مدني: طعن رقم ٥٦ لسنة ٣٦ق - جلسة ٢١/٤/ ٩٧٠ - طعن رقم ٤٨٥ لسنة ٥٤ق - جلسة ٢٠/ ١٢/ ١٩٨٤ - طعن رقم ٩٤٠ - طعن رقم ٩٤٠ لسنة ٥٠ق جلسة ٢٠/ ١/ ١٩٨٦ (غير منشور) - نقض جنائى طعن ٢٨٩ لسنة ٣٣ق جلسة ٢٧/ ٥/ ١٩٧٣.

(٢) نقض مدني طعن ٤٩ لسنة ٩ق - جلسة ١/ ٥/ ٩٤٠.

هذا الفعل، فإن هذا الحكم يكون له حجته أمام المحكمة التى تنظر دعوى التظليق فى وقوع فعل الضرب أو السب، ولا يجوز لها معاودة بحثه، فإذا كان هذا الفعل كافيا لتوافر الضرر الذى يستحيل معه العشرة بين أمثال الزوجين، قضت بالتظليق على أساسه، أما إذا لم يكن كافيا لتوافره كان لها الاستناد إلى أدلة أخرى لتكوين عقيدتها بشأنه.

وغنى عن البيان أن الحجة مما يتعلق بالنظام العام وتعملها المحكمة من تلقاء نفسها.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «... ويبين من هذا الذى أورده الحكم أن المحكمة عولت فى تحقق حصول الضرب والإيذاء على ما ثبت لديها من الحكم الجنائى وهو حجة على الطاعن بما ورد فيه وعنوان للحقيقة وإذ كانت المحكمة أيدت اقتناعها بالأوراق الرسمية وبما حصلتته من البينة الشرعية من رؤية الشاهدين للإصابات وأثرها بالمطعون عليها وقت الحادث فإن هذا تقدير موضوعى للأدلة مما يستقل به قاضى الموضوع... الخ».

(طعن رقم 4 لسنة 32 ق - جلسة 1963/4/10).

٢- «... لما كان ذلك وكان الثابت من الشهادة الرسمية المقدمة من الطاعنة أمام محكمة الموضوع أن المطعون ضده قدم للمحاكمة بالجنحة رقم ٧٨٠ لسنة ١٩٨٥ السويس لأنه أحدث عمدا بالطاعنة الإصابات الموصوفة بالتقرير الطبى والتى تحتاج لعلاج مدة لا تزيد عن عشرين يوماً وحكم عليه بغرامة مقدارها عشرين جنيهاً وتأيد الحكم استئنافياً... وهو ما يكفى وحده لثبوت الضرر الذى يجوز للزوجة طلب التظليق بسببه، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة على ما خلص إليه من أن ما حدث من الزوج هو أمر عارض ولا يعلوه صفة الدوام وأن الأوراق خلت مما يقطع باستحالة الحياة الزوجية فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه الفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 99 لسنة 57 ق - جلسة 1989/3/28 - غير منشور)

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمحكمة أن تعول على أسباب حكم جنائي لم يصبح باتا باعتباره دليلا إذا اقتنعت بصحة النظر الذي ذهب إليه، لا باعتبار أنه له حجية الأحكام.

وفي هذا قضت محكمة النقض - في حكم حديث لها - صادر بتاريخ ١٩٨٩ / ٦ / ٢ في الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٥٨ ق أحوال شخصية (غير منشور) بأن:

«وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أنه لما كان تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع ولا سلطان لأحد عليها في ذلك طالما لم تخرج بتلك الأقوال عن مدلولها. وكان لمحكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - السلطة التامة في تقدير الأدلة الجنائية والأخذ بها في الدعوى فلها الأخذ بأسباب حكم آخر قدم لها ولو لم يعد نهائيا طالما استندت إليه لا باعتبار أنه له حجية تلزمها وإنما لاقتناعها بصحة النظر الذي ذهب إليه وكان الثابت أن الحكم المطعون فيه لم يستند في ثبوت واقعة تعدى الطاعن على زوجته المطعون عليها بالسب في مكان عام إلى إلزامه بحجية الحكم الجنائي غير النهائي المقدم في الدعوى إنما أقام قضاءه بثبوت هذه الواقعة على ما استخلصه من أقوال شاهدي الإثبات ومن واقع صور الأحكام الرسمية المقدمة من المطعون عليها ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها وهو من الحكم استخلاص موضوعي سائغ له أصله الثابت بالأوراق. ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بهذه الأسباب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير المحكمة لأدلة الدعوى لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض».

الشرط الثاني

أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة

بين أمثال الزوجين

١٧٥- المقصود بهذا الشرط:

وصفت المادة السادسة الضرر الذى يجيز التطلاق بأنه الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين. والمقصود بهذه العبارة أن تكون العشرة بين أمثال الزوجين مستحيلة بسبب الضرر.

ومعنى ذلك أن المادة اشترطت درجة معينة فى الضرر الذى يجيز التطلاق، ولم يجعل الشارع أى إضرار بالزوجة كاف لطلب التطلاق، لأن الحياة الزوجية قلما تخلو من زلة يسئ فيها أحد الزوجين إلى الآخر ومن ثم فإن اتخاذ الإساءة العادية موجبا للتفريق ليس فيه مصلحة المجتمع لأنه يهدد الأسرة بالانحلال وروابط الزوجية والمصاهرة بالانقطاع، ومن ثم فإن اشتراط أن يكون الضرر بحيث لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما تقتضيه مصلحة المجتمع وخير الأسرة.

ويختلف وصف الضرر الذى يجيز التطلاق فى المادة السادسة عن وصف الضرر الذى يجيز التطلاق فى المادة (١١ مكررا) فالضرر فى المادة الأخيرة هو الذى «يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما»، ومن ثم فهو أقل حدة أو أقل درجة من الضرر الذى يجيز التطلاق طبقا لنص المادة السادسة، لأن الضرر الذى تستحيل معه العشرة أشد من ذلك الذى تتعذر معه العشرة.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «يشترط للحكم بالتطلاق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ توافر وقوع الضرر أو الأذى من جانب الزوج دون الزوجة.

وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالهما... الخ».

(طعن رقم 4 لسنة 45 ق - جلسة 1976/11/24)

٢- «مؤدى نص المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعض أحكام الأحوال الشخصية، أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطليق أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج دون الزوجة، وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالهما».

(طعن رقم 5 لسنة 46 قى - جلسة 1977/11/9)

٣- «مفاد المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطليق أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج دون الزوجة وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالهما».

(طعن رقم 50 لسنة 52 قى - جلسة 1983/6/28)

٤- «المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر فى معنى المادة السادسة.... بما يجعل دوام العشرة مستحيلا أمر موضوعي».

(طعن رقم 44 لسنة 57 قى - جلسة 1988/11/22 - غير منشور).

٦٧٦- معيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين:

معيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين شخصى لا مادى.

وهو يختلف باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما ووسطهما الاجتماعى، فما يعتبر ضرر يستحيل معه دوام العشرة فى بيئة أو ثقافة أو وسط اجتماعى قد لا يعتبر كذلك فى غيره. فاعتداء الزوج على زوجته بالضرب أو السب قد لا يعد ضررا تستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما، إذا كانا من الطبقة الدنيا التى ألقت المعاملة على هذا النحو وأصبح ذلك أمرا لا يثير الاشمئزاز⁽¹⁾.

(1) وقد قضت محكمة أسبوط الشرعية بتاريخ ١٩٢٢ / ٧ / ٧ فى الدعوى رقم ٢٤٨ لسنة ١٩٢١ مستأنف كلى بأنه إذا كان الزوجان من بيئة واحدة ومتشابهان منشأ وعادة وتربية ويمت أحدهما إلى الآخر بسبب هو تدهور الأخلاق والتشعب من الرذيلة والبعد عن الفضيلة وأنهما من وسط يألف ما عزى إلى الزوج من سوء السيرة وضعف الخلق فإنه لا يكون ما بدر منه ما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما.

وقد يكون مجرد تولية الظهر للزوجة في الفراش أو قطع الكلام عنها أو الإشاحة بالوجه ضررا يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما إذا كان الزوجان ينتميان إلى طبقة راقية على قدر مرتفع من الثقافة^(١).

وتقدير ما إذا كان الضرر من شأنه استحالة دوام العشرة بين أمثال الزوجين من الأمور الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «النص في المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق» يدل على أن معيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة ويجيز التطليق هو معيار شخصى لا مادى».

(طعن رقم 19 لسنة 35 ق - جلسة 1967/3/29).

٢- «وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العشرة لا يمكن أن تدوم بين الزوجين المتنازعين بعد أن وصل الأمر إلى حد اتهامها وأهلها بالسرقة وتعددت الخصومات القضائية بينهما، فليس فيما خلص إليه الحكم ما يعاب، لا يغير من ذلك أن الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد، وأن استعماله لا يمكن أن يرتب مسئولية طالما صدر معبرا عن الواقع، حتى ولو كان الانتقام هو ما حفز التبليغ لأن إباحة هذا الحق لا يتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلا لاختلاف المجال الذى يدور فى فلكه مجرد إقامة الادعاء أو التبليغ ومدى تأثيراتها على العلاقة بين الزوجين... الخ».

(طعن رقم 2 لسنة 47 ق - جلسة أول نوفمبر 1978)

(١) حاشية الدسوقي ج٢ ص ٤٤٥ - حاشية الخرشى ج٢ ص ١٤٩ - استئناف طنطا فى

١/٢/ ١٩٦٢ الاستئناف رقم ٦ لسنة ١١ اق أحوال شخصية.

٣- «الضرر. م ٦ م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. معياره. شخصي. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا. موضوعي. من سلطة قاضى الموضوع. اختلافه باختلاف بيئة الزوجين».

(طعن رقم 99 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/2/5)

٤- «الضرر. معياره شخصي. تقديره موضوعي. اختلافه باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهم والوسط الاجتماعى الذى يحيطهما م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. تعدد الخصومات القضائية. دخولها فيه».

(طعن رقم واحد لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/4/2)

(طعن رقم 29 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/21)

٥- «الضرر الموجب للتطليق. م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ماهيته. معياره شخصي. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا. موضوعي».

(طعن رقم 32 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/4)

٦- «الضرر الذى يجعل دوام العشرة مستحيلا بين الزوجين. أمر موضوعى يقدره قاضى الموضوع».

(طعن رقم 186 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/11/19)

٧- «تقدير دواعى الفرقة بين الزوجين وبحث دلالتها والموازنة بينها. من سلطة قاضى الموضوع. طالما أقام حكمه على أسباب سائغة تؤدى إلى ما خلص إليه».

(طعن رقم 22 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/11/20)

٨- «عناصر الضرر المجيز للحكم بالتطليق. استقلال محكمة الموضوع بتقديرها. شرطه. إقامة قضاءها على أسباب سائغة. لها أصلها الثابت من الأوراق».

(طعن رقم 449 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/3/26)

٩- «التطليق للضرر. م ٦ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مناطه. ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة. تقدير الضرر. من سلطة محكمة الموضوع».

(طعن رقم 81 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» 1994/1/25)

١١٠- «القضاء بالتطليق للضرر. م ٦ من المرسوم بعد ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ماهيته. استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر الموجب للحكم بالتطليق. شرطه. إقامة قضاءها على أسباب سائغة».

(طعن رقم 211 لسنة ٥٥ «أحوال شخصية» جلسة 1994/5/31)

١١١- «معيار الضرر. م ٦ م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. شخصى لا مادي. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا. موضوعي. من سلطة قاضى الموضوع».

(طعن رقم 10 لسنة 63 قى جلسة 1996/10/28)

١١٢- «الحكم بالتطليق. م ٦ م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. شرطه. الضرر. معياره شخصى لا مادي. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا موضوعي. استقلال محكمة الموضوع به دون رقابة محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة. علة ذلك».

(طعن رقم 135 لسنة 63 قى - جلسة 1997/3/17)

١١٣- «الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها فى العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة، ولا ترى الصبر عليها، ومعيار هذا الضرر شخصى لا مادي يختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهم، والوسط الاجتماعى الذى يحيط بهما وتقدير ما إذا كان أحد الزوجين هو المتسبب فى الضرر دون الآخر من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها».

(طعن رقم 300 لسنة 64 قى جلسة 1998/12/28)

١١٤- «الضرر. م ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. معياره. شخصى لا مادي. اختلافه باختلاف البيئة ومكانة المضرور فى المجتمع والظروف المحيطة به استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصره. شرطه».

(طعن رقم 79 لسنة 66 قى «أحوال شخصية» جلسة 2001/1/20)

١١٥- «إباحة التبليغ عن الجرائم. عدم تنافره مع كونه يجعل دوام العشرة

بين الزوجين مستحيلاً».

(طعن رقم 490 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/7/44)

٦٦- «معيار الضرر الموجب للتفريق. م ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شخصى لا مادى. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً. موضوعى. من سلطة قاضى الموضوع».

(طعن رقم 116 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/3/17)

١٧- «الضرر. م ٦ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩. معياره. شخصى تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً. موضوعى. من سلطة قاضى الموضوعى. اختلافه باختلاف بيئة الزوجين».

(طعن رقم 505 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/5/19)

(راجع أيضا نقض 1983/5/17 منشور ببند 157)

وإذا خلص الحكم إلى أن الزوج أضر بزوجه بالاعتداء عليها بالضرب أو السب وأن هذا الضرر يستحيل معه استمرار العشرة بينهما، وكان استخلاصه سائعا له أصله الثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضائه، فإنه لا يعيبه عدم بيان المستوى الاجتماعى والفكرى للزوجة.

وفى هذا قضت محكمة النقض فى حكم لها صادر بتاريخ

٢٥ / ٧ / ١٩٨٩ فى الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٥٧ ق أحوال شخصية « غير

منشور» بأن :

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كان الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما مما تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق. وكانت المطعون ضدها قد أوردت بصحيفة الدعوى ضمن صور الإضرار بها أن الطاعن دائم التعدى عليها بالضرب والسب وكان الحكم

الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه على ما شهد به شاهد الإثبات من أن الطاعن أضر بالمطعون عليها بالاعتداء عليها بالضرب والسب والإهانة الأمر الذي يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية بين أمثالهما، وهو من الحكم استخلاص سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويكفى لحل قضاؤه ولا عليه إن هو لم يبين المستوى الاجتماعي والفكري للمطعون ضدها ومن ثم يكون النعي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال على غير أساس».

الشرط الثالث

أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين

١٧٧- مضمون هذا الشرط:

اشترطت المادة للقضاء بالتطليق للضرر أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين، ومعنى ذلك أنه يجب على القاضى قبل القضاء بالتطليق أن يتدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا، ولو لم يطلب أحد من الزوجين ذلك. والنص لم يرسم للمحكمة طريقا معينا للإصلاح بين الزوجين ولذلك فهى تتدخل للإصلاح بينهما بالطريقة التى تراها مناسبة. والإصلاح بين الزوجين يقتضى التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما والظروف والملابسات المحيطة به حتى يتخير القاضى السبل الناجحة لإنهائه صلحا. وقد استقر قضاء محكمة النقض على أنه يكفى لتدخل القاضى للإصلاح بين الزوجين عرض الصلح عليهما.

ويجوز تدخل القاضى لإنهاء النزاع صلحا فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ولو بعد اتخاذ إجراءات الإثبات فيها.

ولا يشترط حضور الزوجين معا عند تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحا، فإذا قامت بعرض الصلح على أحد الزوجين فرفضه لم يعد ثمة مبرر لعرضه على الزوج الآخر.

كما لا يشترط مثل الزوجين بشخصهما أمام المحكمة عند التدخل لإنهاء

النزاع صلحا ويكفى مثول الوكيل المفوض بالصلح.
والتفويض بالصلح يستتبع التفويض برفضه، فإذا مثل وكيل أحد الزوجين المفوض بالصلح أمام المحكمة، ورفض الصلح كان ذلك كافيا لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.
ويجب إثبات تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا بمحاضر جلسات الدعوى.

ولا يلزم تكرار التدخل لإنهاء النزاع صلحا أمام محكمة الاستئناف.
والتدخل لإنهاء النزاع صلحا إجراء أوجبه القانون قبل أن تقضى المحكمة فى موضوع الدعوى بالتطليق فقط لا يرفضه، وهو إجراء لصيق بالنظام العام، ومن ثم فإذا قضت المحكمة بالتطليق قبل التدخل لإنهاء النزاع صلحا، كان قضاؤها باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام⁽¹⁾.

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

(أ) - «لما كان النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطقها طقة بائمة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما....» يدل على أن الشارع اشترط للحكم بالتطليق فى هذه الحالة أن يثبت إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما، مما مقتضاه وجوب تدخل المحكمة بغرض إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين المتخاصمين فإن هى قضت بالتطليق - دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهرى أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن محكمة أول درجة حكمت بتطليق المطعون عليه على الطاعن دون تدخل بعرض الصلح عليها ورغم مثول الأولى أمامها بشخصها وحضور وكيل عن الطاعن، وهو ما يترتب عليه بطلان حكمها، وكانت محكمة الاستئناف قد أيدت ذلك الحكم رغم ما اعتراه من بطلان فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أيد حكما باطلا مما يبطله هو الآخر ويوجب نقضه».

=

(طعن رقم 21 لسنة 53 ق - جلسة 1984/3/27)

= (ب) - النص فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه «إذا ادعت

ويجب إثبات تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا بأسباب

الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما....» مما يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أوجب على المحكمة محاولة الإصلاح بين الزوجين قبل القضاء بالتطليق للضرر بغرض إزالة أسباب الشقاق بينهما فإن هي قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلاً اعتباراً أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام ولم يشترط النص المذكور قيام المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين إلا في حالة القضاء بالتطليق لثبوت الضرر في جانب الزوج، فلا يكون هذا الإجراء لازماً إذا قضت برفض الدعوى، إذ أن هدف المشرع في ذلك الحيلولة دون فسخ عرى الزوجية رغم ثبوت ما يدعو إلى التفريق، وهو ما لا يتحقق إذا رفضت الدعوى، وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدعوى، فإنه لا يبطله عدم قيام المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين، ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس.

(طعن رقم 101 لسنة 64 ق جلسة 1998/12/28)

(ج) - «النص في المادة ١٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. مفاده وجوب عرض المحكمة الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين في حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطليق، فإن قضت بالتطليق دون أن تعرض عليهما الصلح على هذا النحو كان قضاؤها مخالفاً للقانون باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام، فإن كانت عناصره التي تمكن من الإلزام به تحت نظر محكمة الموضوع، فإنه يكون لمحكمة النقض أن تعرض له من تلقاء نفسها. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن للزوجين أولاد، وأن محكمة أول درجة حكمت بتطليق المطعون ضدها على الطاعن دون أن تتدخل بعرض الصلح عليهما طبقاً لنص المادة ١٨ المشار إليها، كما أن محكمة الاستئناف لم تعرضه إلا مرة واحدة بجلسته ١٧/٤/ ٢١١١ رغم وجود أبناء، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 518 لسنة 71 «أحوال شخصية» جلسة 2003/2/22)

حكمها، وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور فى التسبب بما يبطله.
وتدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحا بين الخصوم قاصر على دعوى التطلق ولا يمتد إلى دعوى الفسخ.
راجع فى الأحكام التفصيلية لهذه المسألة وأحكام القضاء الصادرة بشأنها (الكتاب الثانى بنود ٣٩ وما بعده).

١٧٨- بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين طبقا للمادة ١٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

تنص المادة ١٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن: «تلتزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بها - بغير عذر مقبول رافضا له.
وفى دعاوى الطلاق والتطلق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإذا كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما».

وقد ذهبت غالبية أحكام محكمة النقض أنه يكفى لبذل الجهد فى محاولة الصلح بين الزوجين، مجرد عرضها الصلح على الطرفين ورفض أحدهما له.
(راجع فى الأحكام المذكورة المجلد الثانى بند ٣٩).

وقد قضت محكمة النقض أن هذا الحكم لا يسرى إلا على الدعاوى المرفوعة بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، إذ ذهبت إلى أن:

١- «وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك أنه ولئن كان من الأصول الدستورية المقررة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن أحكام القوانين لا تسرى كقاعدة عامة إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، وأنه لا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، مما مؤداه عدم جواز انسحاب أثر القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل ذلك من تصرفات أو تحقق من آثار إذ يحكم هذه وتلك القانون الذى كان معمولاً به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين إلا أن ذلك لا

ينتقص من وجوب سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من آثار ولو كانت مستندة إلى علاقات سابقة عليه إعمالاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون، ومع ذلك إذا استحدث القانون الجديد أحكاماً متعلقة بالنظام العام فإنها تسرى بأثر فوري على المراكز القانونية القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله، ومؤدى ذلك أنه إذا صدر قانون لاحق تضمن تعديلاً فى تشريع ما من التشريعات القائمة كان من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتية تلك القواعد الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء أو بالتغيير بإضافة أو حذف، فإن هذا التعديل يأخذ حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فوري على تلك المراكز والوقائع، وأما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط أعمال القاعدة الآمرة كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة أو استلزم طريقاً خاصاً للإثبات فيها لم تكن مقررة من قبل، فإن هذا التعديل لا يسرى فى هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه على الدعاوى التى رفعت فى ظله، أما الدعاوى التى رفعت قبل تاريخ العمل به، فإن القانون السارى وقت رفعها هو الذى يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها. لما كان ذلك، وكان المشرع قد استحدث بالتعديل الوارد بالفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية حكماً مؤداه أن المحكمة لا تحكم فى دعوى الطلاق والتطليق إلا بعد أن تبذل جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً، وكان هذا التعديل لا يمس ذاتية القاعدة الآمرة التى تضمنتها المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ والتى جرى نصها على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بئنة إذا أثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما...» ومن ثم فإن التعديل لم يغير من حكمها بل رسم طريقاً خاصاً لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين لم يكن

مقررًا في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٩ المعدل سالف الذكر فيما إذا كان للزوجين ولد، فإن المحكمة تلتزم بعرض الصلح مرتين تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما، وإذا كانت الدعوى محل الطعن قد رفعت بإيداع صحيفة قلم كتاب محكمة جنوب القاهرة بتاريخ ١٩٩٩/٧/٢٦ قبل ١/٣/٢٠٠٠ تاريخ العمل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم فإن لا محل لإعمال هذا التعديل على الدعوى محل الطعن، لما كان ما تقدم وكان البين من الأوراق أن محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الزوجين فرفضه وكيل المطعون ضدها وهو ما يكفي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لثبوت عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما دون حاجة لإعادة عرضه أمام محكمة الاستئناف، ومن ثم فلا جناح عليها إذا اكتفت بعرض الصلح على الزوجين مرة واحدة، ولا يعيب حكمها - من بعد - إن لم تستجب لطلب إعادة الدعوى للمرافعة لهذا السبب، ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 305 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/2/8)

٢- «النص في المادة ١٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية»... وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة.... فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما». مفاده أن ما استحدثته هذه المادة من وجوب عرض المحكمة للصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين في حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطليق إنما ينصرف إلى شروط لصحة الحكم به لم تكن مطلوبة أو مقررة من قبل لا صلة لها بذاتية القواعد التي يقوم عليها نظام الطلاق أو التطليق، وكان من المقرر أن ما تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك وإذا لم ينص في القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على تطبيقه بأثر رجعي بل نص في المادة السادسة منه العمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة

الرسمية والتي نشر بها في ٢٩/١/ ٢٠٠٠ ومن ثم فإن هذه القواعد لا تسرى على الدعاوى التي نظرت وصدرت فيها أحكام قبل نفاذه ولا يمتد أثرها - من بعد - إلى مرحلة الطعن في هذه الأحكام.

(طعن رقم 555 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 26/10/2002)

١٧٩ - قضاء المحكمة في دعوى التطليق:

إذا أخفقت الزوجة في إثبات وقوع ضرر عليها من زوجها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، قضت المحكمة برفض دعواها.

ولا يعيب حكمها ألا تكون قد بذلت جهداً لإنهاء النزاع صلحاً بين الزوجين، لأن المادة السادسة أوجبت ذلك قبل القضاء بالتطليق، وهو ما يتمشى مع صريح نص المادة ١٨ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ أيضاً.

أما إذا أثبتت الزوجة دعواها، وعجزت المحكمة عن الإصلاح بينها وبين زوجها، وقضت المحكمة بتطليقها على زوجها طلاقاً بائناً ذلك أن المشرع لم يشترط في حالة إخفاقها في الصلح السير في إجراءات التحكيم المنصوص عليها في الماد ١٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

والمحكمة غير ملزمة بأن تورد في حكمها من أقوال الشهود إلا ما تقيم عليه قضاءها.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بتاريخ 19/11/1991 في الطعن رقم 45 لسنة 57 ق بأن:

«عدم التزام المحكمة بأن تورد في حكمها من أقوال الشهود إلا ما تقيم عليه قضاءها. كفاية بيان صور المعاملة التي تلقاها الزوجة من زوجها لبيان عناصر الضرر الموجب للتطليق».

والتطليق هنا بائن لأنه لرفع الضرر عن الزوجة، لأنه لو كان رجعيًا لاستطاع الزوج مراجعة زوجته في العدة، فلا يكون الضرر قد رفع عنها.

والقاضي يوقع الطلاق نيابة عن الزوج لأن الحنفية يرون أن قضاء القاضي بالتطليق يضاف إلى الزوج فإن الزوج هو الذي أوقع الطلاق بنفسه، لأن لجوء الزوجة إلى القاضي لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه

المضارة فيه إكراه لها على طلب التطليق لترفع الضرر عنها.
ويصدق ذلك في كافة حالات التطليق التي يرفع فيها القاضى الضرر عن الزوجة.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض (دائرة الأحوال الشخصية) بتاريخ ٢٦/٥/١٩٨٧ فى الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٥٤ ق بأن (١).

«والنعى فى وجهه الثالث غير سديد ذلك أن الشرع الإسلامى جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل بإيقاعه. فإذا تدخل القاضى فى الأحوال التى يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها، فإن فعله هذا - وعلى مذهب الحنفية - يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوى معه فى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه ولا يغير من ذلك ما ورد فى نص المادة ١٨ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ باستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة «إذا طلقها زوجها» لأن هذه العبارة مقررة للوضع الشرعى من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواء سواء استعمل حقه هذا بنفسه أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى. لما كان ذلك وكان لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبتت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر واستخلص سائغا من الحكم بتطليق المطعون ضدها على الطاعن أن طلاقها وقع دون رضاها وليس بسبب من قبلها فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون».

١٧٩ - حالة تكرار الشكوى:

إذا أقامت الزوجة دعوى تطليق للضرر ولم تثبت إضرار الزوج بها وقضت المحكمة برفض الدعوى، ثم أقامت دعوى تطليق للضرر ثانية ولم تثبت إضرار الزوج بها، فإن المحكمة لا تقضى برفض الدعوى الأخيرة، وإنما يجب عليها السير فى إجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المادة (١٩) من القانون

(1) صادر بصدد استحقاق متعة الطلاق المدخول بها.

رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

وعدم ثبوت الضرر يشمل ما إذا كان ليس هناك ضرر في الواقع أو هناك ضرر في الواقع وعجزت الزوجة عن إثباته، وعلى ذلك فتلفيق دعوى التطليق الثانية لا يمنع المحكمة من السير في إجراءات التحكيم^(١).

والسير في إجراءات التحكيم في الدعوى الثانية مشروط بأن تكون الزوجة قد استندت فيها إلى إضرار الزوج بها طبقاً للمادة السادسة من المرسوم بقانون، أما إذا استندت فيها إلى الغياب أو العنة أو الإضرار للزواج من أخرى فإن المحكمة لا تسير في إجراءات التحكيم.

وأن تكون الزوجة قد استندت فيها إلى وقائع جديدة غير التي استندت إليها في دعواها الأولى، لأنها إذا استندت إلى الوقائع التي أسست عليها دعواها الأولى فإنه يكون هناك وحدة بين الدعويين في الخصوم والموضوع والسبب، ويتعين على المحكمة القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في الدعوى الأولى عملاً بالمادة ١/١١١ من قانون الإثبات التي تنص على أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً^(٢).

(١) مصر الكلية الشرعية بتاريخ ٦/٤/ ١٩٣٢ - الدعوى ٢٦٦٤ لسنة ١٩٣٠.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - «إن النص في المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً....» يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضرر على أن تستند في ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التي رفعت الدعوى الأولى = على أساسها. لما كان ذلك، وكان البين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق أن سبب

مدعى المطعون عليها فى الدعويين رقمى ٠٠٥٣٠ ، ١٧٧٧ لسنة ١٩٧٩ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة يختلف عنه فى الدعوى رقم ١١١٥ سنة ١٩٨٤ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة الصادر فيها الحكم المطعون فيه فالدعويان أنفتا البيان أقيمتا عما تقدمهما من وقائع بينما أقيمت الدعوى الماثلة رقم ١١١٥ سنة ١٩٨٤ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة عما لحقهما من وقائع استحدثت بعد صدور الحكم الأول متمثلة فى مضارة الطاعن بها بإيذائها بالقول والفعل والإساءة إليها بما يخولها إقامة دعواها بالتطليق عن هذه الوقائع لتدفع عن نفسها الضرر الذى ادعت وقوعه أثناء قيام الحياة الزوجية فإن الحكم إذ قضى برفض الدعوى يكون قد أعمل صحيح القانون ويكون النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون غير سديد».

(طعن رقم 62 لسنة 57 قى أحوال شخصية - جلسة 1989/2/28 -

غير منشور)

(ب)- «وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للزوجة التى رفضت دعواها بالتطليق للضرر الحق فى أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضرر على أن تستند فى ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن دفع بعدم جواز نظر دعوى المطعون ضدها بتطليقها عليه للضرر لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر فى الدعوى رقم ٨٨٨ لسنة ١٩٨٤ كلى أحوال شخصية الإسكندرية واستئنائه رقم ٦٦٦ لسنة ١٩٨٥ إسكندرية وقدم صورة رسمية من هذين الحكمين، وكان الحكم المطعون فيه قد رد فى مدوناته على هذا الدفع بقوله «وحيث إنه عن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، فمردود بأنه إذا رفضت دعوى التطليق للضرر بحكم نهائى وبات فليس هناك ما يمنع من رفعها ثانية إذا تحقق سببها بمعنى توافر ضرر جديد بعد صدور الحكم فى الدعوى السابقة تستحيل معه العشرة بين الزوجين، وكان هذا الذى أورده الحكم لا يكفى لحمل قضائه برفض الدفع ذلك أنه أبان قاعدة لم يطبقها على الواقع المعروف على المحكمة بأن لم يعرض الوقائع التى استندت إليها المطعون ضدها فى دعويها الأولى والثانية ليكشف عن وجوه التباين فيها وما استجد منها بعد صدور الحكم فى الدعوى الأولى حتى يقوم الدليل المسوغ للنتيجة التى انتهى إليها وهو ما يعيب الحكم بالقصور فى التسيب بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

(طعن رقم 53 لسنة 53 قى - أحوال شخصية - جلسة 1989/3/28 - غير منشور) =

(ج)- «وحيث إن النعى بهذا الوجه مردود ذلك أن النص فى المادة السادسة من

المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيم على الوجه المبين بالمواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ مفاده - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التحكيم في دعوى التطلق لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تنزجر منه، لما كان الثابت في الأوراق أن دعوى المطعون ضدها بتطبيقها على الطاعن طبقاً لنص المادة السادسة المشار إليها هي دعواها الأولى قبله فإن تعيب الحكم لعدم اتخاذ الإجراءات الخاصة بالتحكيم بين الزوجين قبل القضاء بالتفريق بينهما يكون على غير أساس».

(طعن رقم 117 لسنة 57 ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/6/20).

(د) - «ادعاء الزوجة على زوجها إضراره بها. رفض دعواها بالتطلق لعجزها عن إثبات الضرر. حقها في رفع دعوى جديد بطلب التطلق لذات السبب. شرطه. أن تستند إلى وقائع مغايرة لتلك التي رفعت الدعوى الأولى على أساسها».

(طعن رقم 443 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/12/15)

(هـ) - «للزوجة حق رفع دعوى جديدة بالتطلق للضرر. شرطه. استنادها إلى وقائع استحدثت بعد صدور الحكم الأول برفض دعواها بالتطلق. القضاء برفض الدفع بعدم جواز نظر دعواها الثانية بالتطلق لسابقة الفصل فيها دون بيان الأسباب التي استند إليها في ذلك. خطأ».

(طعن رقم 443 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/12/15)

(و) - «لما كانت المطعون ضدها قد أقامت الدعوى المائلة تأسيساً على هجر الطاعن لها وكانت قد طلبت التطلق في الدعوى رقم ١٤٥٤ لسنة ١٩٨٦ كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة لزواج الطاعن بأخرى، واعتدائه عليها بالضرب والسب، كما أنه وإن اتحد سبب التطلق في الدعوى المطروحة والدعوى رقم ٢٢٢٨ لسنة ١٩٩١ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة إذ أسست المطعون ضدها كل منهما على الهجر، إلا أن الثابت من الأوراق أنها استندت في الدعوى الراهنة على الهجر الذي استطل إلى ما بعد صدور الحكم في الدعوى المذكورة ومن ثم فإن صدور الحكمين في الدعويتين السابقتين لا يحول دون رفع الدعوى المطروحة، إذ أقيمتا على وقائع مغايرة لتلك التي أسست عليها الدعوى».

(طعن رقم 499 لسنة 64 ق جلسة 1999/2/15) =

= (ز) - «الزوجة التي رفضت دعواها بطلب التطلق للضرر. حقها في أن ترفع دعوى

وهذه الحجية مما يتعلق بالنظام العام، وتتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يدفع بها أمامها (م ٢/١١١ من قانون الإثبات).

ويجب على المحكمة عند إصدار حكمها فى موضوع الدعوى بعد السير فى إجراءات التحكيم أن تثبت فى مدوناته عجز الزوجة عن إثبات الضرر لأنها مسألة قانونية تخضع فيها لرقابة محكمة النقض، وإلا كان حكمها مشوباً بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه.

وإذا اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم دخلت دعوى الطلاق مرحلة جديدة من أهم ما يميزها ثبوت عدم إضرار الزوج بالزوجة أو إخفاق الزوجة فى القليل فى إثبات إضرار الزوج بها بحيث يتم نظر الدعوى هنا من خلال منظور مؤداه محاولة التوفيق بين الزوجين وإزالة الخلافات التى قد تكون مشتركة أو من جانب الزوجة وحدها مما يمكن معه القول بتحول سبب الطلاق فى هذه الحالة إلى (استحالة العشرة) أو (الشقاق بين الزوجين) وليس إلى الضرر بمفهوم المادة السادسة^(١).

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «مفاد المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن التحكيم فى دعوى التطلاق للضرر لا يكون إلا عندما تكرر الزوجة شكاوها طالبة التطلاق ولم تثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى بطلب التفريق».

(طعن رقم 3 لسنة 53 ق - جلسة 1984/5/29)

٢- «التحكيم فى دعوى التطلاق للضرر. رفض دعوى الزوجة بطلب التفريق ثم تكرار شكاوها. عدم إثبات ما تشكو منه».

(طعن رقم 90 لسنة 54 ق - جلسة 1985/4/9)

٣- «لما كان نص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن

جديدة تطلب فيها التطلاق لذات السبب. شرطه. استنادها إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها».

(طعن رقم 405 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/4/7)

(1) أشرف كمال ص ١٢٨.

التطليق للضرر لا يوجب الالتجاء إلى التحكيم إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه، وكان الواقع أن المطعون عليها قد أقامت الدعوى وهى الدعوى الأولى بطلب التطليق للضرر استنادا إلى نص تلك المادة فإنه لا يلزم اتخاذ إجراءات التحكيم فى الدعوى».

(طعن رقم 33 لسنة 54 ق - جلسة 1986/3/11 - غير منشور).

٤- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقه بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمن على الوجه المبين بالمواد، ٨، ٩، ...، ١١ مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التحكيم فى دعوى التطليق لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه ولما كان الثابت فى الأوراق أن دعوى المطعون ضدها تطليقها على الطاعن طبقا لنص المادة السادسة المشار إليها هى دعاها الأولى قبله فإن تعيب الحكم لعدم اتخاذه الإجراءات الخاصة بالتحكيم بين الزوجين قبل القضاء بالتفريق بينهما يكون على غير أساس».

(طعن رقم 44 لسنة 57 ق - جلسة 1988/11/22 - غير منشور)

٥- «النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقه بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى

حكمين على الوجه المبين بالمواد ٧، ٨، ٩، ... ١١ مفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التحكيم في دعوى الطلاق لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه».

(طعن رقم 38 لسنة 56 قى - جلسة 1988/12/20 - غير منشور).

٦- «وحيث إن هذا النعى مرود ذلك أن النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم .. لسنة ١٩٨٥ بشأن أحكام الأحوال الشخصية المنطبق على واقعة الدعوى على أنه: إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بئنسة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد ٧، ٨، ٩، ... ١١ مفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن التحكيم في دعوى الطلاق لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه. ولما كان الثابت في الأوراق أن دعوى الطاعنة بطلب تطليقها على المطعون ضده طبقاً لنص المادة السادسة المشار إليها هي دعواها الأولى قبله وأن محكمة أول درجة عرضت الصلح على الطرفين بجلسة ٢٣/١٢/١٩٨٥ ورفضته الطاعنة وهو ما يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما فإن النعى بعدم التزام الحكم ما تقضى به المادة ١١ وهى من بين مواد إجراءات التحكيم السالفة البيان وبأنه لم يعرض الصلح على الزوجين يكون على غير أساس. ولا يعيبه أنه استند في قضائه إلى أحكام القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المحكوم بعدم دستوريته طالما انتهى إلى النتيجة الصحيحة في القانون».

(طعن رقم 58 لسنة 57 قى - جلسة 1989/2/21 - غير منشور)

٧- «وجوب الالتجاء إلى التحكيم في دعوى الطلاق للضرر. شرطه. أن

ينكرر من الزوجة طلب التطلق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه. م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(طعن رقم 79 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/11/13)

(ذات المبدأ طعن رقم 94 لسنة 57 ق جلسة 1991/6/4)

(طعن رقم 63 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/7/30)

(طعن رقم 443 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/12/15)

(طعن رقم 86 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/6/15)

٨- «إلتزام المحكمة بسلوك إجراءات التحكيم في دعوى التطلق للضرر. شرطه تكرار طلب التفريق من الزوجة لإضرار زوجها بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه».

(طعن رقم 133 لسنة 64 ق جلسة 1998/4/13)

٩- «المحكمة لا تكون ملزمة باتخاذ إجراءات التحكيم في دعوى التطلق للضرر طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، إلا عندما تكرر الزوجة شكاوها في طلب التطلق، ولم يثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى، وإلا فإن المحكمة لا تكون ملزمة باتخاذ هذه الإجراءات، وإن هي فعلت، فإن تقرير الحكيم لا يقيد بها في الحكم بمقتضاه، وإنما يعتبر ورقة من أوراق الدعوى، التي تخضع لتقدير المحكمة في مجال الإثبات»..

(طعن رقم 794 لسنة 74 ق «أحوال شخصية»

جلسة 2006/12/18)

أنظر أيضاً نقض ٢٠/٢ / ١٩٧٤ المنشور بالبند التالي.

١٨١- لا يشترط لرفع دعوى الطلاق الثانية واتخاذ إجراءات التحكيم

فيها التقاء الزوجين بعد رفض الدعوى الأولى :

لا يشترط في دعوى الطلاق الثانية التي ترفعها الزوجة والتي يتعين على المحكمة اتخاذ إجراءات التحكيم فيها، أن يكون قد حدث التقاء الزوجين بعد الحكم برفض الدعوى الأولى، لأن الضرر يمكن حدوثه بدون التقاء الزوجين، كما لو شهر الزوج بزوجه أو سبها عن طريق المراسلة، أو اعتدى عليها بالضرب

أو السب بالطريق^(١).

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية -

بتاريخ ٢٠/٢ / ١٩٧٤ فى الدعوى رقم ٤٦ لسنة ٤٠ ق إذ قضت بأن:

«النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية، يدل على أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطلق لذات السبب وهو الضرر، على أن تستند فى ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها. لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أن الموضوع مختلف فى الدعويين، لأن الدعوى الأولى رفعت عن الوقائع السابقة عليها، أما الدعوى الماثلة فهى عن واقعة أخرى استجدت بعد صدور الحكم فى الدعوى الأولى إذ حدثت عند انصراف المطعون عليها عقب نظر الاستئناف المرفوع عن دعوى الطاعة، ولما كان من حق المطعون عليها أن ترفع دعوها بالتطلق عن هذه الواقعة الجديدة لتدفع عن نفسها الضرر الذى ادعت وقوعه أثناء قيام الحياة الزوجية دون أن يلزم لذلك أن تكون مقيمة مع زوجها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون قد خالف القانون».

(طعن رقم 46 لسنة 40 ق «أحوال شخصية» جلسة 1974/2/20)

٢- «النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يدل على أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطلق لذات السبب وهو الضرر، على أن تستند فى ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها، كما يحق لها أن ترفع دعوها بالتطلق عن هذه الواقعة الجديدة لتدفع عن نفسها الضرر الذى ادعت وقوعه أثناء قيام الحياة الزوجية دون أن يلزم لذلك أن تكون مقيمة مع زوجها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أورد فى أسبابه أن المراد بتكرار الشكوى المنصوص عليها فى المادة السادسة أن تعود العلاقة الزوجية

(1) عكس ذلك المستشار أحمد نصر الجندى ص ٢٠٩ وما بعدها.

حقيقة أو حكما بين الزوجين ويستأنفا معا حياتهما من جديد وشرط ذلك رفض الدعوى الأولى بنفى وقوع الضرر من الزوج على زوجته ويلزم أن يكون الضرر الذى تدعيه الزوجة مستندا إلى وقائع جديدة غير الوقائع التى أقامت دعواها الأولى على أساسها ولا تستطيع الزوجة إثبات الضرر الواقع عليها من زوجها فى الدعوى الثانية، وإذ كان ما تقدم وكانت المستأنفة ضدها لم تقدم دليلا على أنها قد تلاققت مع المستأنف بعد الحكم فى قضية الطلاق الأولى مما يكون معه لم يتلاقيا حقيقة أو حكما ومن ثم لا يجوز بعث حكيمين لرفض الدعوى، وانتهى الحكم المطعون فيه إلى أن الحكم المستأنف وقد خالف هذا النظر يكون معيبا ويتعين القضاء بإلغائه ورفض الدعوى. لما كان ذلك، وكان بعث الحكيمين من إجراءات التقاضى المتعلقة بالنظام العام وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه إلى عدم جواز بعث الحكيمين فى حالة رفع دعوى التطلق الثانية بعد رفض الأولى وحدث وقائع ضرر جديدة إلا إذا قدمت الزوجة دليلا على تلاققها مع زوجها حقيقة أو حكما بما يخالف ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة السالف الإشارة إليه - وهو ما يعيبه بالقصور فى التسبيب الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون».

(طعن رقم 115 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/10/26)

١٨٢- إجراءات التحكيم والقضاء فى طلب التطلق:

سبق تناول إجراءات التحكيم والقضاء فى طلب التطلق تفصيلا بالكتاب الثانى فنحيل إليه فى ذلك.

(راجع الكتاب الثانى بنود 55 وما بعده).

بعض الأحكام الخاصة بدعوى التطلق للضرر:

١٨٣- (أ) - إسقاط الحق فى طلب التطلق:

طلب التطلق إذا توافرت شروطه حق خالص للزوجة لأنه من حقوق العباد، ومن ثم يجوز لها أن تتنازل عنه، وهذا التنازل كما يكون صريحا يكون ضمنيا، وتعتبر عودتها إلى منزل الزوجية بعد رفع دعواها بالتطلق إسقاطا

لحقها فى طلب التطلق.

غير أن إسقاطها لطلب التطلق مرة، لا يحول بينها وبين طلبه من جديد إذا استجدت وقائع أخرى غير الوقائع التى تناولها الطلب الأول.

١٨٤- (٢) طرح وقائع جديدة للضرر أمام محكمة الاستئناف:

يجوز للزوجة أن تستند أمام محكمة الاستئناف إلى وقائع جديدة للضرر لم ترد بصحيفة دعواها أو بدفاعها أمام محكمة أول درجة دون أن يعتبر ذلك طلبا جديدا مما يمتنع قبوله لأن الطلب الجديد هو ما يتغير به موضوع الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

(أ) - «وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك أنه لما كان النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما....»، يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المقصود بالضرر فى هذا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها. وكان النص لم يحدد وسيلة إضرار الزوج بزوجته والذى يخولها الحق فى طلب التطلق فإن لها أن تستند فى التدليل على حصول المضارة إلى كل أو بعض سوء المعاملة التى تلقاها منه من قبيل الضرب والسب والهجر وأن تضيف منها فى مرحلة الاستئناف ما لم تطرحه أمام محكمة الدرجة الأولى دون أن يعتبر ذلك طلبا جديدا مما يمتنع قبوله طبقا لحكم المادة ٢٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لأن الطلب الجديد المعنى بنص هذه المادة هو ما يتغير به موضوع الدعوى، ولا يتغير طلب التفريق بين الزوجين بسبب الضرر طبقا للمادة السادسة المشار إليها بتغيير ما صدر عن الزوج من فعل أو قول تضررت منه زوجته. لما كان ذلك وكانت المطعون ضدها قد استندت فى طلب تطلقها من الطاعن إلى نص المادة السادسة سالفة الذكر

وضربت في صحيفة دعواها أمثلة من صور سوء معاملته لها ثم أضاف أمام محكمة الاستئناف دأبه على الاعتداء عليها بالسب فإنه لا على الحكم المطعون فيه إن هو اعتد في قضائه بثبوت الضرر الحاصل من السب، ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 96 لسنة 55ق - جلسة 1986/12/23 - غير منشور).

(ب) - «الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ماهيته. عدم تحديد النص وسيلة لإضرار الزوج بزوجه. مؤداه إضافة الزوجة في مرحلة الاستئناف مالم تطرحه من صور المعاملة أمام محكمة الدرجة الأولى. عدم اعتباره طلبا جديدا يمتنع قبوله طبقا للمادة ٣٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. علة ذلك».

(طعن رقم 53 لسنة 00 - جلسة 1993/4/20)

(ج) - «النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه: «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقه بائنة، إذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما....» يدل على أن المقصود بالضرر في هذا المجال - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو إيذاء الزوج وزوجه بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها، بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته في العرف، معاملة شاذة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها، ولما كان النص لم يحدد وسيلة لإضرار الزوج بزوجه والذي يخول لها الحق في طلب التطلق، فإن لها أن تستند في التدليل على حصول المضارة إلى كل أو بعض صور سوء المعاملة التي تتلقاها منه، وأن تضيف منها في مرحلة الاستئناف ما لم تطرحه أمام محكمة الدرجة الأولى دون أن يعتبر ذلك طلبا جديدا يمتنع قبوله».

(طعن رقم 444 لسنة 68ق «أحوال شخصية» جلسة 2666/11/20)

أما إذا أقامت المدعية دعواها للتطلق للضرر طبقا للمادة السادسة من

المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ثم أضافت أمام محكمة الاستئناف أن المدعى عليه، امتنع عن الإنفاق عليها، فإن ما أضافته يعتبر طلبا جديدا لا يجوز قبوله أمام محكمة الاستئناف.

وفى هذا قضت محكمة النقض دائرة الأحوال الشخصية بأن:

«لما كانت الطاعنة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه طلبة بائمة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وكان ما أضافته الطاعنة أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه امتنع عن الإنفاق عليها بعد أن تزوجها، يعد طلبا جديدا - يختلف في موضوعه عن الطلب الأول، لأن الطلاق بسبب عدم الإنفاق يقع رجعيا، وله أحكام مختلفة أوردتها المواد ٤ و ٥ و ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، وبالتالي فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف، عملا بما تقضى به المادة ٣٢١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٢١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا في الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية، إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية، وهى من المواد التى أبقي عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التطليق لعدم الإنفاق يكون غير منتج».

(طعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٤/٦/٥)

١٨٥ - (٣) جواز استناد المحكمة فى وقوع الضرر إلى غير صور الضرر

التي استندت إليها المدعية:

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

(أ) - «إذا كان البين فى صحيفة الدعوى الابتدائية أن المطعون عليها وإن ساقط فيها بعض صور سوء المعاملة التى تلقاها من الطاعن، وضربت على ذلك أمثلة من قبيل الهجر والامتناع عن الإنفاق إلا أنها فى طلباتها الختامية اقتصرت على الحكم بتطليقها بآئنا بالتطبيق لأحكام المادة السادسة آنفة الإشارة، مما مفاده أنها جعلت من الإضرار سببا للتفريق بينهما، ومن ثم فلا تثريب على

محكمة الموضوع إن هي ضربت صفحا عن الأمثلة التي عدتها المطعون عليها طالما وجدت من وقائع الدعوى عناصر يتحقق بها المضارة وفق حكم المادة التي أقيمت الدعوى بالاستناد إليها».

(طعن رقم 5 لسنة 46 ق - جلسة 1977/11/9)

(ب) - «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تقيم حكمها بالتطليق للضرر على صور من الضرر تضمنتها وقائع الدعوى وتتحقق بها المضارة، غير تلك التي ساققتها الزوجة في صحيفة دعواها إلا أنه يشترط لكي يحكم القاضي بالتطليق للضرر طبقا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج...الخ».

(طعن رقم 8 لسنة 57 ق - جلسة 1989/5/23 - غير منشور)

(ج) - «الضرر في مجال التطليق مقصوده. إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة وتشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها. لمحكمة الموضوع الاستناد إلى جميع صور سوء المعاملة التي تتلقاها المطعون عليها من الطاعن ولو لم تكن قد عدتها في صحيفة الدعوى».

(طعن رقم 83 لسنة 56 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/1/21)

وإذا ساقته الزوجة في طلب تطليقها على زوجها صورا متعددة من صور الضرر فإن على المحكمة إذا انتهت إلى عدم ثبوت بعضها أن تعرض لباقيها وإلا كان حكمها معيبا بالقصور.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٨ / ٣ / ١٩٨٩ في الطعن رقم ٣٥

لسنة ٥٨ق - أحوال شخصية - غير منشور - بأن :

«وحيث إن هذا النعى في محله. ذلك أنه إذا ساقته الزوجة في طلب تطليقها على زوجها صورا متعددة من ضروب الإضرار بها فإن على المحكمة إذا انتهت إلى عدم ثبوت بعضها أن تعرض لباقيها وإلا كان حكمها معيبا بالقصور. لما كان

ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنة طلبت التطليق للضرر وسأقت في صحيفة الدعوى الابتدائية وأمام محكمة الموضوع من صور الإضرار بها التي تلقاها من المطعون ضده تراخيه عمدا في الدخول بها وعوده عن معاشرتها عدة سنين، وكانت محكمة الاستئناف في قضائها برفض دعوى الطاعنة لم تعرض لهذه الصورة من صور الضرر ولم تقل كلمتها فيها فإن حكمها يكون معيبا بالقصور في التسبب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

١٨٦- (٤) الحكم الصادر برفض دعوى النفقة للنشوز لا يمنع من جواز

نظر دعوى التطليق للضرر:

(راجع في التفصيل: الكتاب الثانى بند 27)

١٨٧- (٥) الحكم الصادر فى دعوى الطاعة لا يمنع من جواز نظر دعوى

التطليق للضرر:

(راجع في التفصيل: الكتاب الثانى بند 28).

١٨٨- تغاير السبب فى طلب التطليق للضرر وطلب التطليق لاستحكام

الخلافا بين الزوجين:

طلب الزوجة التطليق للضرر مناطه ثبوت الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين. أما طلبها التطليق أثناء اعتراضها على دعوتها للعودة لمنزل الزوجية تأسيسا على استحكام الخلاف بينهما عملا بالفقرة الثانية من المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل)، فهو يستند إلى سبب آخر يختلف عن السبب فى الطلب الأول، ومن ثم لا يمنع الحكم الصادر برفض دعوى التطليق على أساس السبب الأول من إيداء طلب التطليق على أساس السبب الثانى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التطليق للضرر - مناطه ثبوت الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين. لما كان ذلك، وكان النص فى الفقرة

الأخيرة من المادة ١١ مكررا ثانيا من ذات المرسوم بقانون والمضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ على أنه.... وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة فإذا بان لها أن الخلاف مستحکم وطلبت الزوجة التطلاق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون مؤداه أن طلب الزوجة التطلاق على زوجها أثناء نظر اعتراضها على دعوتها للعودة لمنزل الزوجية - مناطه - استحکام الخلاف بين الزوجين وكان يشترط للحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يتحد الموضوع والخصوم والسبب في الدعويين فإذا تخلف أحد هذه الشروط امتنع تطبيق قاعدة قوة الأمر المقضى - لما كان ذلك، وكانت الطاعنة قد طلبت التطلاق في الدعوى رقم ١٣٥٥ لسنة ١٩٨٣ على سند من إضرار المطعون ضده بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما وقضى فيها بالرفض فإذا عادت بعد ذلك وطلبت التطلاق في الدعوى رقم ١٤٤١ لسنة ١٩٨٣ لاستحکام الخلاف بينهما فإن سبب هذه الدعوى يكون مغايرا للسبب في الدعوى الأولى ولا يمنع الحكم الصادر فيها من نظر الدعوى رقم ١٤٤١ لسنة ١٩٨٣ وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز نظر الدعوى الأخيرة لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر في الدعوى رقم ١٣٥٥ لسنة ١٩٨٣ يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم ١٧ لسنة ٥٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٠/١١/١٦)

١٨٩- (ملغى).



موضوع رقم (١٨) التطليق للزواج من أخرى

٩٠- النص القانوني:

**المادة (١١ مكررا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة
بالقانون رقم ٠٠٠ لسنة ١٩٨٥ :**

«على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

وبجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقه بانه. ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا رضيت بذلك صراحة أو ضمنا ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك»^(١).

(١) وكان يقابل هذا النص في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ نص المادة (٦ مكررا) المضافة إلى المرسوم بالقانون ونصها الآتي:

على الزوج أن يقدم للموثق إقرار كتابيا يتضمن حالته الاجتماعية فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه ويعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة انه متزوج بسواها.

١٩١- المصدر التشريعي للمادة من أحكام الفقه الإسلامي :

أفصحت عن المصدر التشريعي للمادة، المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ وتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عنه، والمناقشات التي دارت بمجلس الشعب، وكذلك المذكرة الإيضاحية وتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقضى بعدم دستوريته)، ويخلص ذلك فيما يأتي:

١- ما هو مقرر في مذهب الإمامين مالك وأحمد بن حنبل من أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بئنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما.

ومستند ذلك الحديث «لا ضرر ولا ضرار».

ومن المسلمات أن من حق الزوجة على زوجها أن يعاشرها بالمعروف إعمالاً لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ولا يتفق مع المعروف أو مع المرأة أن يتزوج زوج على زوجته دون علمها إضراراً بها ولا أن تجبر زوجة على الاستمرار في عصمة رجل رغماً عنها^(١).

٢- لما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة، مشكلة اجتماعية سواء بالنسبة للزوجات أو الأبناء يتعين علاجها فإن المشرع رأى أن يكون تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى نوعاً خاصاً من الضرر ينص عليه وهو في نطاق القاعدة العامة - للتطليق للضرر - فإذا لحق الزوجة الأولى ضرر من الزواج عليها بأخرى، كان عليها حق طلب التطليق للضرر مادياً أو أدبياً أو نفسياً، ومستند هذا الحكم مذهب الإمام مالك وما توجبه القاعدة الشرعية في

= ويسقط حق الزوجة في طلب التفريق بمضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر، ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً.

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن الاقتراح بمشروع القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ - المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون - تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) والتخريج على مذهب الإمام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة⁽¹⁾.

٣- ما من مباح في الشريعة الإسلامية إلا ويخضع للقيد، وما من حق في الشريعة الإسلامية إلا ويخضع للقيد، فالشريعة الإسلامية لا تعرف المباح على إطلاق، كما أنها ابتداء لا تعرف الحقوق المطلقة، فكل الحقوق في الشريعة الإسلامية حقوق نسبية ومقيدة بقيدين أساسيين:

أولهما: أن «لا ضرر ولا ضرار».

ثانيهما: أن «دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة».

وإذا كانت الحقوق في الفكر الغربي بدأت مطلقة، ثم قيدت نتيجة للتجربة والخطأ، فإن الحقوق في الفكر الإسلامي بدأت مقيدة، فالقيد الوارد على الحقوق في الفكر الغربي قيد طارئ نتيجة لأخطاء في التطبيق، أما القيد الوارد على الحقوق في الإسلام، فهو قيد ابتدائي يعود إلى منطق الإسلام وفلسفته. فما من حق في الإسلام إلا وهو مقيد، كل الحقوق بما فيها الملكية حقوق مقيدة، فقد عرف الرسول ﷺ الملكية المعتدية، فأنكرها، وعرف المباح فقيده، والحقوق فأخضعها للقيود، «لا ضرر ولا ضرار» و «دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة».

وإذا كان الزواج من أخرى مباحا في الإسلام، وكان يحقق نفعا لأطرافه، فإنه قد يترتب عليه ضرر للزوجة الأخرى، وعلى ذلك فالمشرع لا يقيد الرجل بمنع الزواج من أخرى، وإنما يبعد الضرر الواقع على الأخرى، إعمالا للمبدأ: «دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة» وليس الزواج بأخرى في التشريع ضررا في ذاته، وإنما هو يشتمل على مظنة الضرر اعتمادا على قوله تعالى:

﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ .

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن مشروع الاقتراح بقانون رقم ... لسنة

١٩٨٥ وعن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

واستنادا إلى قوله تعالى:

﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾. إذن فمظنة

الضرر قائمة في الزواج بأخرى. والتشريع يعطى القاضى التحقق من عنصر قيام الضرر^(١).

٤- أن المذهب المالكي المأخوذ به في التطبيق للضرر ذكر أمثلة للضرر ولم يذكر أسبابا محددة ولا أمثلة نهائية، وإنما أعطى أنواعا معينة وأمثلة يسترشد بها القاضى وهى قابلة لأن يضاف إليها أنواع جديدة حسب الظروف الاجتماعية والظروف العامة فى كل مجتمع، ومن بين هذه الأسباب إذا قطع الزوج كلامه عن الزوجة أو ضربها ضربا مؤلما أو آثر امرأة عليها، وهذا ما جاء بكتاب التاج فى الفقه المالكي الجزء الرابع الصفحة السابعة عشرة ومع هذا فهذه أمثلة ولم يحدد هذا المذهب أنواعا بعينها وترك للمجتمع أن يحدد ما يراه ما دامت تنطبق عليه قاعدة الضرر مستندين للحديث كقاعدة عامة (لا ضرر ولا ضرار).

٥- أن فقهاء المذهب الحنبلى قالوا: «لو أن الزوجة اشترطت على زوجها عند العقد. ألا يتزوج عليها بأخرى فأخل بالشرط وتزوج عليها، لها أن تطلب التطبيق ويفسخ العقد فى هذه الحالة» فلو كان هذا شرطا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية لما أجازته الفقهاء، ولو كان شرطا يتعارض مع المباح لما أجازته الفقهاء، ولما قالوا به، ولكنهم قالوا به لأنهم اعتبروه نوعا من الضرر^(٢).

٦- أنه حينما عزم على بن أبى طالب رضى الله عنه أن يتزوج بأخرى على بنت الرسول عليه السلام أنكر عليه الرسول ذلك وكان ذلك دفعا لمظنة

(١) تصريح السيد رئيس مجلس الشعب أثناء المناقشة المبدئية لمشروع الاقتراح

بقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ - مضبطة المجلس - الجلسة ٩٦ فى ٣٠/١/١٩٨٥.

(٢) تصريح الدكتور محمد على محجوب مقرر اللجنة المشتركة أمام مجلس الشعب أثناء

المناقشة المبدئية للاقتراح بمشروع القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ (مضبطة مجلس

الشعب - الجلسة ٩٦ بتاريخ ٣٠/١/١٩٨٥ ص ٥).

ضرر معنوي، فالإسلام كغيره من المناهج العقلية يعرف الضرر المادى والمعنوي^(١).

٧- أنه ليس من شأن حكم المادة تقييد حكم تعدد الزوجات، وإنما تستبعد المادة الضرر الواقع على الزوجة الأخرى إعمالاً لمبدأ (دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة) وليس الزواج بأخرى ضرراً في ذاته وإنما هو يشتمل على مظنة الضرر اعتماداً على قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾.

واستناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾. فمظنة الضرر قائمة في الزواج بأخرى والنص يعطى القاضى التحقق من عنصر الضرر. وأنه لا يتفق مع العدل أو المروءة أن يتزوج الرجل على زوجته دون علمها ولا أن يمسك بزوجة لا تطيق ضرة لها ولا تتحمل ذلك اعتسافاً وإضراراً بها رغم رفضها استمرار العشرة معه^(٢).

٨- أن المجتمع قد تطور الآن وأصبحت المرأة متعلمة ومثقفة ولذا فإن أوضاعها قد تغيرت بحيث يجب أن يضع تفسير النص القرآنى الخاص بإباحة التعدد في اعتباره هذا التطور القائم، والشريعة الإسلامية لم تنزل جامدة، ولكنها قابلة للتطور لمواجهة كل ظرف ولمواجهة كل عصر، هذا ما يطلق عليه المسلمون بأن القرآن الكريم دين كل زمان ومكان^(٣).

(١) الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة (مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يولية ١٩٨٥ ص ١٨).

(٢) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٩ - الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب والعضو أحمد مجاهد أثناء المناقشة المبدئية للاقتراح بمشروع القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ - مضبطة

المجلس - الجلسة ٩٦ بتاريخ ٢٠/١/١٩٨٥ ص ٦٦ وما بعدها - العضو أحمد مجاهد أثناء مناقشة المادة بالمجلس - مضبطة المجلس - الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ١٥ وما بعدها.

(٣) السيد العضو أحمد مجاهد أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب - الجلسة ٩٧ بتاريخ =

١- أن المبدأ الذى نصت عليه المادة هو ما أخذ به مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد الذى وافق عليه المؤتمر المشترك لمجلسي الشعب المصرى والسودانى الذى عقد فى الخرطوم فى الفترة من ٢٠ - ٢٥ يناير ١٩٧٩ فى المادة (١٨٢/أ).

والتي تنص على أنه:

(أ) للزوجة التى تزوج عليها زوجها وإن لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها، أن تطلب التفريق بينها وبينه فى مدى شهرين من تاريخ علمها بالزواج ما لم ترض به صراحة أو دلالة.

(ب) ويتجدد حقها فى التفريق كلما تزوج بأخرى.

(ج) وإذا كانت الزوجة الجديدة قد فهمت من الزوج أنه غير متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التفريق. وكذلك المادة (١٢٩) من المشروع التى نصت على أن التفريق للزواج بأخرى بائن.

وهذه المبادئ هى ذاتها التى نص عليها قانون الأحوال الشخصية الذى أقره مجمع البحوث الإسلامية برئاسة شيخ الأزهر الراحل الدكتور الشيخ عبد الحليم محمود فى المادة (١٢٣) منه^(١).

١٩٢- شروط التطلاق للزواج بأخرى:

يشترط لتطلاق الزوجة لزوج زوجها بأخرى توافر الشروط الآتية^(٢).

= أول يوليو سنة ١٩٨٥ - مضبطة الجلسة المذكورة ص ٦٦ - وقد أيد المفتى الشيخ جاد الحق على جاد الحق النص المقابل فى القرار بقانون رقم ٤٤ سنة ١٩٧٧ فى رد له حول الشبهات الواردة على قانون الأحوال الشخصية رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتاريخ ٢٢/٤/١٩٨٠.

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن:

«السبب فى دعوى التطلاق طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. اختلافه عن السبب فى دعوى التطلاق للزواج بأخرى طبقاً للمادة ١١ مكرر من ذات القانون المضافة بالقانون ... لسنة ١٩٨٥. علة ذلك.

(طعن رقم 557 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/4/10)

١- أن يتزوج الرجل من أخرى بعقد زواج صحيح. فلا يكفى مجرد خطبته لأخرى.

وإذا كان زواجه من أخرى باطلاً أو فاسداً، فإنه لا يبرر طلب التطليق، ولا يشترط أن يكون الرجل قد دخل أو اختلى بالزوجة الأخرى، بل يكفى مجرد عقده عليها، لأن النص جاء مطلقاً فلا يجوز تخصيصه بغير مخصص.

ولا يمنع من طلب التطليق أن تكون الزوجة ناشزاً، لأن العبرة بكونها زوجة، فضلاً عن أن دعوى الطاعة تختلف عن دعوى التطليق، وأن القضاء فى إحداهاما بالرفض لا يمنع من القضاء فى الأخرى بالطلبات.

٢- أن يلحق بالزوجة ضرر مادي أو معنوي^(١).

وهذا الضرر قد يلحق الزوجة بفعل أو امتناع من قبل زوجها، على أن يكون هذا الضرر حقيقياً لا متوهماً، واقعاً لا متصوراً، ثابتاً وليس مفترضاً مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق ذاتها وإنما يجب أن يكون هذا الزواج هو المناسبة التى وقع الضرر مرتبطاً بها. فهو ضرر خاص يكفى معه تعذر دوام العشرة بين أمثال الزوجين ولا يشترط استحالة العشرة بين أمثالهما. فإذا لم يكن هذا الزواج هو المناسبة التى وقع الضرر مرتبطاً بها والباعث عليه فإن حق الزوجة فى التطليق يرتد إلى القاعدة العامة فى التطليق للضرر المنصوص عليها بالمادة السادسة.

(١) وقد جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن هذا الضرر «ارتأت اللجنة أن يوضع الحكم الوارد فى المادتين ٦ مكرراً، ٦ مكرراً ثانياً من الاقتراح بمشرع القانون تحت رقمى ١١ مكرراً، ١١ مكرراً ثانياً إبرازاً لذاتية الحكم الوارد فى كل منهما، ذلك أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تقرر مبدأً عاماً فى التطليق للضرر بسبب الشقاق بين الزوجين، ثم وردت المواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ من ذات المرسوم بقانون منظمة لإجراءات التحكيم فى هذه المنازعة فى حين تعالج المادتان المقترحتان نوعاً خاصاً من الضرر الذى يلحق الزوجة من الزواج بأخرى».

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٤/٨/ ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ٩ق «دستورية» بأن:

«... وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضررا منهيها عنه شرعا قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها، على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهما، واقعا لا متصورا، ثابتا وليس مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق فى ذاتها وليس مترتبا عليها، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التى يمكن التسامح فيها شرعا، منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها لينحل إساءة لها - دون حق - اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هى باعثها. فإن لم تكن هذه الزيجة هى المناسبة التى وقع الضرر مرتبطا بها، فإن حقها فى التفريق بينها وبين زوجها يترد إلى القاعدة العامة فى التطبيق للضرر المنصوص عليها فى المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ والخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية».

ومثال الضرر المادى أن يكون دخل الزوج محدودا مما يترتب على زواجه من أخرى انخفاض المستوى المعيشى للزوجة المتضررة.

ومثال الضرر المعنوى، إثثار الرجل زوجته الأخرى ما يلحق الزوجة من آلام نفسية نتيجة لذلك ويدخل فى تقدير هذا الضرر مدة الزواج الأول ما بذلته الزوجة من أعمال وتضحيات وما أسفر عنه هذا الزواج من أولاد وأعمارهم وطبيعة أوضاعهم الاجتماعية، وكذا الوضع الاجتماعى للزوجة الثانية.

وفى هذا قضت محكمة استئناف إسكندرية (مأمورية دمنهور) فى الاستئناف رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٤ أحوال شخصية بتاريخ ١٨/٥/ ١٩٩٤ بأن:

«ومثال الضرر المادى أن يكون دخل الزوج محدودا مما يترتب على زواجه من أخرى انخفاض المستوى المعيشى للزوجة المتضررة.

ومثال الضرر المعنوى إثثار الرجل زوجته الأخرى وما يلحق الزوجة من آلام نفسية نتيجة لذلك، ولا يدخل فى الضرر المعنوى الذى يبرر التطبيق

الضرر العاطفي».

ومثال تحقق الضرر المادى والمعنوى معا إسكان الزوج الزوجة الجديدة فى مسكن الزوجية الخاص بالزوجة الأولى.

وفى هذا قضى بأن:

١- «استخلاص الحكم المطعون فيه من أقوال شاهدى المطعون ضدها أن فى زواج الطاعن بأخرى وإسكانها على المطعون ضدها فى مسكن الزوجية الخاص بها، إمعان فى الكيد لها والإضرار ماديا ومعنويا بها سائغ».

(نقض طعن رقم 129 لسنة 59 قى «أحوال شخصية» جلسة 1991/3/5)

٢- «لا يعد مجرد الزواج بأخرى فى حد ذاته ضررا مفترضا يجيز للزوجة طلب التطليق، إذ أن من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى وثلاث ورباع عملا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَّةَ وَرُبْعَ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ۚ﴾، وما شرع الله حكما إلا لتحقيق

مصالح العباد، ومن المسلم به أن ما كان ثابتا بالنص هو المصلحة الحقيقية التى لا تبديل لها وأن العمل على خلافها ليس إلا تعديا لحدود الله، والمصلحة التى تعارض النصوص القرآنية، ليست مصلحة معتبرة، ولكن أدخل إلى أن تكون تشهيا وانحرافا فلا يجوز تحكيمها، وقد أذن الله تعالى بتعدد الزوجات لمصلحة قدرها سبحانه وفقا لأحوال النفوس البشرية فأقره فى إطار من الوسطية التى تلتزم بالاعتدال دون جور باعتبار أن الأصل فى المؤمن العدل، فإن لم يستطع العدل فعليه بواحدة لا يزيد عليها حتى لا يميل إلى غيرها كل الميل، ومن ثم فإن حق الزوجة التى تعارض الزواج الجديد لا يقوم على مجرد كراهيتها لزوجها أو نفورها منه لتزوجه بأخرى، فليس لها أن تطلب فصم علاقتها به لمجرد الادعاء بأن اقترانه بغيرها يعد فى ذاته إضرارا بها، وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضررا منهيا عنه شرعا قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهما، واقعا لا متصورا، ثابتا وليس

مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتبا عليها، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعا، منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها، ويعد إساءة دون حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها، فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطا بها فإن من حق الزوجة طلب التفريق طبقا للقاعدة العامة في التطليق للضرر وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وإلا كان مجرد الجمع بين امرأتين قرينة قانونية يفترض به الإضرار بالزوجة الأولى ويكون التفريق معلقا على إرادتها وليس في نص المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ ما يتضمن تعليقا لآثار الزيجة التالية على إرادة الزوجة التي تعارض بقاءها، وعلى هذا يكون المشرع قد استبعد الأضرار التي تعود إلى المشاعر الإنسانية التي تعتمل في صدر المرأة تجاه ضررتها التي مرجعها الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، وهذا أمر لا يمكن تنقية النفوس البشرية منه، ولم يقصد النص المذكور إلى إزالته».

(نقض طعن رقم 256 لسنة 61ق - أحوال شخصية - جلسة 1996/1/8)

٣- الزواج بأخرى في حد ذاته. لا يعد ضررا مفترضا يجيز للزوجة طلب التطليق. علة ذلك. على الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهيها عنه شرعا حقيقيا وثابتا مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتبا عليها منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما. استبعاد المشرع الأضرار التي مرجعها المشاعر الإنسانية في المرأة تجاه ضررتها للتزاحم بين امرأتين على رجل واحد».

(نقض طعن رقم 341 لسنة 63 قضائية - أحوال شخصية -

جلسة 1997/10/27)

٤- «الحكم بالتطليق. م ١١ مكررا من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. إثبات الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما».

(نقض طعن رقم 341 لسنة 63 قضائية «أحوال شخصية»

جلسة 1997/10/27)

٥- «التطليق للزواج بأخرى. م ١١ مكررا ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. إثبات الزوجة وقوع الضرر بها من اقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بينهما سواء كانت الزيجة الأخرى لاحقة أو سابقة على زواجها طالما لم يثبت علمها بذلك».

(نقض طعن رقم 175 لسنة 64 قضائية «أحوال شخصية»

جلسة 1998/4/21)

٦- «الزواج بأخرى. لا يعد في حد ذاته ضررا مفترضا يجيز للزوجة طلب التطليق. وجوب إقامة الدليل على أن ضررا منهيها عنه شرعا قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها. الضرر ماهيته».

(نقض طعن رقم 242 لسنة 64 قضائية «أحوال شخصية»

جلسة 1998/4/21)

٧- «التطليق للزواج بأخرى. م ١١/٢ مكررا ق ٢٥ لسنة ٢٩ المضافة بق ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. أن يلحق بالزوجة التي تزوج عليها زوجها ضرر مادي أو معنوي. الضرر. ماهيته. اكتمال نصاب الشهادة عليه باتفاق أقوال الشهود على تحققه».

(نقض طعن رقم 422 لسنة 64 قضائية «أحوال شخصية»

جلسة 1998/9/29)

٨- «الزواج بأخرى في حد ذاته لا يعد ضررا مفترضا يجيز للزوجة طلب التطليق. علة ذلك. التزام الزوجة بإقامة الدليل على إصابتها بضرر منهيها عنه شرعا حقيقيا ثابتا مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتبا عليها منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخلق بمقوماتها».

(طعن رقم 31 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/11/25)

٩- «الحكم بالتطليق. م ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. ثبوت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة. عدم اشتراط استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طالما أو قصرت».

(طعن رقم 22 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/1/27)

٢٠٠- «الزوجة التي تعارض الزواج الجديد عليها. التزامها بإقامة الدليل على إصابتها من ذلك بضرر منهي عنه شرعا حقيقى ثابت مستقل بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتبا عليها منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما. استبعاد الأضرار التي مرجعها المشاعر الإنسانية في المرأة تجاه ضررتها. التزام على رجل واحد».

(طعن رقم 720 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/5/22)

١١- «الزواج بأخرى في حد ذاته لا يعد ضررا مفترضا يجيز للزوجة طلب التطلق. علة ذلك. على الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهي عنه شرعا حقيقى ثابت مستقل بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتبا عليها منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما».

(طعن رقم 68 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/10/25)

١٢- «لا يعد الزوج بأخرى في حد ذاته ضررا مفترضا يجيز للزوجة طلب التطلق، وإنما يجب على الزوجة التي تعارض الزواج الجديد أن تقيم الدليل على أن ضررا منهيها عنه شرعا أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهما، واقعا لا متصورا، ثابتا وليس مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في حد ذاتها وليس مترتبا عليها، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعا منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها ويعد إساءة دون وجه حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها، وعلى ذلك يكون المشرع قد استبعد الأضرار التي تعود إلى المشاعر الإنسانية التي تعتمل في صدر المرأة تجاه ضررتها التي مرجعها الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد وهذا أمر لا يمكن تنقية النفوس البشرية منه ولم يقصد النص المذكور إلى إزالته».

(طعن رقم 274 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2006/4/22)

١٣- «لا يعد الزواج بأخرى في حد ذاته ضررا مفترضا يجيز للزوجة طلب التطلق، وإنما يجب على الزوجة التي تعارض الزواج الجديد أن تقيم الدليل على أن ضررا منهيها عنه شرعا أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها

على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهما، واقعا لا متصورا، ثابتا وليس مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في حد ذاتها وليس مترتبا عليها، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعا منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها ويعد إساءة دون وجه حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها..... وعلى ذلك يكون المشرع قد استبعد الأضرار التي تعود إلى المشاعر الإنسانية التي تعتمل في صدر المرأة تجاه ضررتها التي مرجعها الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد وهذا أمر لا يمكن تنقية النفوس البشرية منه ولم يقصد النص المذكور إلى إزالته».

(طعن رقم 368 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/4/28)

14- «.... وكان الثابت من شهادة شاعدي المستأنف عليها أن المستأنف تزوج بزوجته المذكورة دون رضا المستأنف عليها ودخل بها بمسكن الزوجية المعد للأخيرة وترى المحكمة أن في دخوله بزوجته الجديدة بمسكن الزوجة الأولى ما يلحق بالمستأنف عليها ضررا ماديا لحرمانها من مسكن الزوجية وهو حق لها كفلته أحكام الشريعة الغراء والقانون كما يلحق بها ضررا معنويا فهو ينطوى على ازدراء لها وإهدار لمشاعرها كزوجة.... الخ».

(استئناف إسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ 1994/5/18 فى الدعوى

رقم 128 لسنة 1993 أحوال شخصية)

ولا يدخل فى الضرر المادى عدم إنفاق الزوج على زوجته.

وفى هذا قضت محكمة استئناف إسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ

١٩٩٢/٢/١٩ فى الدعوى رقم ٠٠٧ لسنة ١٩٩١ أحوال شخصية بأن:

«وحيث إنه عن الموضوع وعن السبب الأول من أسباب الاستئناف الذى ينعى فيه المستأنف على الحكم المستأنف الخطأ فى تطبيق القانون لقضائه بتطبيق المستأنف ضدها على زوجها المستأنف استنادا إلى ثبوت الضرر بالمستأنف ضدها لعدم إنفاق المستأنف عليها، فإن هذا النعى فى محله ذلك أن

الثابت من صحيفة افتتاح الدعوى أن المستأنف ضدها أقامت دعواها بطلب التطبيق لحدوث أضرار مادية معنوية بها نتيجة زواج المستأنف بأخرى ولما كان شاهدا المستأنف ضدها لم يبين ما هي هذه الأضرار المادية التي لحقت بالمستأنف ضدها وإنما شهدا أن هذه الأضرار تتمثل في عدم إنفاق المستأنف على المستأنف عليها، وهذا القول فضلا عن أنه لم تدعيه المستأنف ضدها وقدم المستأنف ما يدحض هذا القول من أن المستأنف ضدها قد تسلمت نفقتها حتى ١/٧/ ١٩٩١، فإنه ليس من بين الأضرار التي عنتها المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ... لسنة ١٩٨٥ وأن الطلاق لعدم الإنفاق قد أفرد له المشرع المادة ٤ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠. وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر فيتعين القضاء بإلغائه والقضاء برفض الدعوى».

وكان نص الفقرة الثانية من المادة كما ورد بالاقتراح بمشروع القانون يذكر عبارة (ضرر مادي أو أدبي) فعدلت هذه العبارة باللجنة المشتركة بمجلس الشعب بالاقتصار على لفظ (ضرر)، وأثناء مناقشة المادة بالمجلس اقترح أحد الأعضاء^(١) تعديل الفقرة بإضافة عبارة (مادي أو معنوي) بعد كلمة (ضرر)، وقد وافق المجلس على التعديل.

(١) السيد العضو توفيق زغلول وقد قال شرحا لاقتراحه:

«سيادة الرئيس:

أرجو الزملاء بداية أن نراعى عند التشريع المفاهيم السياسية كمجلس شعب، فالحقيقة أنه في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي كان يعطي الحق للزوجة أن تطلب الطلاق لمجرد زواج زوجها بأخرى لاقت المرأة الأمرين عند التنفيذ، وأعلم أن هناك نساء منذ عدة سنوات منذ صدور القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وحتى اليوم لم يحكم لهن نهائيا بالطلاق، وعند القول «إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي» فالضرر المادي في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ كان من الصعب أن يتحقق القاضي منه. أما الضرر المعنوي فهو أقسى من الضرر المادي ولا يستطيع أن يتبينه أحد، ولذلك فعند الكلام عن كلا الضررين المادي والمعنوي تجعل كلا من المرأة والرجل يجرح كل منهما الآخر أمام القاضي والمجتمع ويبدأ بعض السادة القضاة يستمع مرة ومرتين وعشرات المرات حتى يتبين، وبالتالي فإذا ذكرنا بنص الفقرة الحالية الضرر ونضيف إليه =

وهذا التعديل لا يغير من الأمر شيئاً لأن مفهوم الضرر فى الفقه الإسلامى يشمل الضرر المادى والمعنوى فإذا أطلق الضرر شمل نوعيه إذ لا تخصيص بدون مخصص.

وهو ما أوضحه السيد رئيس مجلس الشعب خلال المناقشات التى دارت حول الاقتراح المذكور⁽¹⁾.

= الاستحالة فلا يمكن أن يتحقق القاضى من هذه الاستحالة أو يستطيع أن يبيت، وتكون النتيجة أن أخذ بالأحوط ويترك الأمر معلقاً ويدخل كل منهما فى مشاكل كثيرة ويكون الأولاد والزوجة هم الضحية، والهدف من جوهر هذا القانون أن نجعل هناك استقراراً للأسرة والمجتمع.

فالنص بهذه الصورة يا سيادة الرئيس سيؤدى إلى كثير من التجريح لا يستطيع أحد أن ينكره، هل تهمس الزوجة للقاضى فيما بينهما؟ ماذا نفع؟ من أين تحصل الزوجة على شهود للشهادة معها بالنسبة للمسألة النفسية؟ هذا الموضوع فى تقديرى لو ظلت الفقرة الثانية من المادة نقضى «باستحالة دوام العشرة بين أمثالهما» فإنها تعوق تنفيذ جوهر التعديل الذى نحن بصددده،

والسيد رئيس المجلس ذكر بالأمس أن السادة العلماء قالوا إن إضافة عبارة «الضرر المادى أو المعنوى» لا تتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومع الشرع، ولذلك أرجو المجلس الموقر أن يوافقنى على إضافة «إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى» وحذف عبارة «يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما» حفاظاً على سمعة المرأة وسمعة الرجل والأولاد وحفاظاً على الأسرة، وشكراً.

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص15)

(1) رئيس المجلس:

من الذى قال ذلك؟ إننى أحب أن أصحح هذا الموضوع للسيد العضو الدكتور عبد الغفار عزيز فى نقطتين.

أولاً: الضرر تعبير مطلق وينصرف إلى جميع أنواعه، ذلك أمر لا شك فيه، فإذا قلنا الضرر دون ما وصف فهو ضرر مادى ومعنوى حتى إذا لم نضف هذا التخصيص.

ثانياً: إن الشريعة الإسلامية كأى منطق قانونى آخر، تعرف أنواع الضرر، الضرر المادى والضرر المعنوى، وحينما عزم على بن أبى طالب رضى الله عنه أن يتزوج بأخرى على بنت الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنكر عليه الرسول ذلك وكان ذلك دفعاً لمظنة ضرر معنوى، فالإسلام كغيره من المناهج العقلية يعرف الضرر المادى والمعنوى، =

غير أنه لا يدخل في الضرر المعنوى الذى يبرر طلب التظليق، الضرر العاطفى، لأن هذا الضرر حاصل دائما عند التزوج بأخرى فطبيعة المرأة تأبى مطلقا

= ولما أخذنا رأى أصحاب الفضيلة أساتذة الشريعة الذين اشتركوا فى وضع هذا الاقتراح بمشروع قانون عما إذا كان النص على الضرر المادى والمعنوى يخالف الشريعة أجابوا بالنفى القاطع، وإنما واحد منهم فقط وهو الأستاذ عبد العزيز عيسى قال: إننا نكتفى بالنص المطلق، لأن الضرر دون تخصيص يشمل جميع أنواع الضرر على أن يوضع فى المذكرة التفسيرية للقانون الضرر المادى والمعنوى.

ولا اعتقد أن أحدا ينكر أن هناك ضررا ماديا وضررا معنويا فموضوع الملاءمة ليس المقصود منه أن تدور المناقشة عما إذا كان فى الإسلام ضرر مادى وضرر معنوى أم لا، فهذا ثابت، ولكن الموضوع هل يقتصر النص على كلمة الضرر فقط ويوضح فى المذكرة التفسيرية أنواع الضرر؟ هذا رأى، أم يشتمل النص ذاته على الضرر المادى والمعنوى؟ إننى أريد أن أضع كل هذه الملاحظات أمام حضراتكم على الوجه الصحيح، فليست المسألة إثبات وجود الضرر المعنوى أم لا، فذلك أمر واضح والتسليم بوجوده فى جميع المناهج الفكرية فضلا عن الأديان السماوية والإسلام، فالضرر المعنوى قائم ولا أحد يرفضه، ولن يستطيع أحد رفض الطلاق للضرر المعنوى، وما يجب أن نركز عليه الآن هو موضوع الصياغة، فليس الأمر يتعلق بوجود أو عدم وجود الضرر المعنوى فهذا أمر مسلم به، والآن هل يذكر فى النص عبارة الضرر المادى أو المعنوى أم يكتفى بكلمة (الضرر)، على أن يوضح فى المذكرة التفسيرية معنى الضرر؟ هذا هو الموضوع المطروح، فلا أحد ينكر أبدا أن هناك ضررا ماديا وضررا معنويا، والكلمة الآن للسيد العضو ممتاز نصار.

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 - أول يوليو سنة 1985 ص18)

وقد قرر رئيس مجلس الشعب أيضا أن:

«.... هناك اقتراح آخر يرى أصحابه الإبقاء على نص الفقرة كما وردت للجنة،

فإذا ما ووفق على ذلك فإنه لابد من الإشارة إلى أننا لم نستبعد الضرر المادى والمعنوى وإلا صارت كارثة تشريعية وسيتساوى الاقتراح الذى أيدته السيد العضو الشيخ عطية صقر، وهذا الاقتراح الذى يقتصر على كلمة «ضرر» عامة، ويجب أن يشار بصريح العبارة فى المذكرة التفسيرية إلى أن القصد بالضرر هو الضرر المادى والمعنوى والنفسى وما إلى ذلك.... الخ».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ٢٢). =

أن يشترك معها زوجة أخرى في عصمة زوجها وفي قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ تسليم بوجود بعض الضرر ولذلك قال بعد ذلك ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ﴾⁽¹⁾.

= (1) وهذا ما صرح به السيد العضو الشيخ عطية صقر أثناء مناقشة المادة فقد دار النقاش بينه وبين السيد رئيس المجلس على النحو الآتي:
رئيس المجلس:

إذن، هل يوافق فضيلة الشيخ عطية صقر على التعديل بحيث ينص على «الضرر المادى أو المعنوى الذى يتعذر معه...؟».

السيد العضو الشيخ عطية صقر:

نعم يا سيادة الرئيس أوافق على هذا التعديل، لأن كل هذا حائز، ولكنى، أريد أن أوضح أمرا، وهو كما سبق أن ذكرت لابد أن ضررا سيحصل، ولو كان معنويا، فهذا حاصل ديننا وطبيعة، لأن أية امرأة لا تحب مطلقا أن تشترك معها زوجة أخرى في عصمة هذا الرجل، هذا شيء حاصل، ولكن هل كل

ضرر يمنع حتى القاعدة المأخوذة من الحديث المروى بطريق حسن وهى «لا ضرر ولا ضرار» حتى هذا الحديث مقيد، لأن بعض الأمور فيها ضرر، الصيام نفسه فيه ضرر على الإنسان فى جوعه وعطشه، الزكاة فيها ضرر مادى بإخراج شيء حصل عليه الإنسان بكده وتعبه، حتى الصلاة فيها ضرر حيث توقظك من نومك لتصلى الصبح، وقال الله سبحانه وتعالى فى الجهاد: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾.

فالعبرة ليست بوجود الضرر أو بوجود المنفعة وإنما التشريع كما هو حادث يقضى بأنه إذا زادت المنفعة كان التشريع، وإذا زاد الضرر على المنفعة كان التشريع من ناحية، كما ورد فى قوله تعالى: ﴿... فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾.

فالزواج الثانى فيه ضرر حتى ولو كان معنويا ولذلك حتى أصبح فهم بعض المتكلمين والمتكلمات عندما قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ

كما أن الضرر العاطفي لا يتعلق به حكم شرعى لأن الحكم الشرعى لا يتعلق إلا بأفعال المكلفين لا بعواطفهم وأهوائهم قال تعالى: ﴿وَلَوْ أَتَبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾^(١)، وقال: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾^(٢) وقال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ حُكْمًا عَرَبِيًّا وَلَئِنْ أَتَبَعْتَ أَهْوَاءَهُمْ بَعْدَ مَا جَاءَكَ مِنْ أَلْعَلِمِ مَا لَكَ مِنَ اللَّهِ

= إذن هناك تسليم بوجود بعض الضرر ولذلك قال الله سبحانه وتعالى بعد ذلك: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ﴾.

بمعنى أنه يسمح لكم ببعض الميل حتى ولو كان فى الحب القلبي وقد فسرهُ الرسول صلى الله عليه وسلم حينما قال: (اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك).

ولقد سبق أن ذكرت أن الضرر حاصل ولكن أى ضرر هو الذى يقف أمامنا فى التشريع؟ هو الذى قيد بهذا القيد يستحيل أو يتعذر، وهنا مربط الفرس. أيضا هناك أمر آخر. فقد تحدث الزملاء والزميلات فى إثبات الضرر أن أية امرأة ذهبت إلى القاضى وقالت لحقنى ضرر، فإن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فهل يجوز لأية امرأة القول بأن ضررا قد لحق بها وتطالب القاضى بأن يطلق أو يوقع الطلاق أو يأمر بالطلاق بالطبع لا وإنما يجب عليها إثبات وقوع هذا الضرر بأية وسيلة من الوسائل، وحتى لو حذفنا عبارة «إذا ثبت الضرر» فإن القاضى نفسه لا يمكن أن يطلق إلا إذا اقتنع بأن هناك ضررا، وكيف يقتنع؟.. فسيكون أمامه نص المادة وبأية وسيلة من الوسائل بمحاولة الإصلاح بينهما عن طريق حكمين أو غير ذلك، إذن لابد من إجراءات حتى يثبت القاضى، فعبارة «إذا ثبت الضرر» حتى وإن لم تذكر فالقاضى نفسه لا يحكم بمجرد ادعاء المرأة أن هناك ضررا أبدا. إن الأمر يحتاج إلى ترو وتأن والمادة صحيحة على هذا الوضع، وشكرا).

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص 20 وما بعدها)

(1) سورة المؤمنون - الآية: ٧١.

(2) سورة المائدة - الآية: ٤٩.

مِنْ وَلِيِّ وَلَا وَاَقٍ ﴿١﴾، وقال عز وجل: ﴿فَلِذَلِكَ فَادْعُ^ط وَاسْتَقِمَّ كَمَا أُمِرْتَ^ط وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ^ط وَقُلْ ءَامَنْتُ بِمَا أُنْزِلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ^ط وَأُمِرْتُ^ط لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ^ط﴾ (٢)، فضلا عن أن الضرر العاطفى مفترض عند الزواج بالأخرى بينما الضرر الذى يبرر التطلاق للمادة هو ضرر واجب الإثبات، كما أنه يشترط فى هذا الضرر أن يتعذر معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين كما سنرى، والضرر العاطفى ليس من شأنه هذا.

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية بتاريخ ١٤ / ٨ / ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٥ لسنة ٩٩ «دستورية» بأن:

«وحيث إن النص المطعون فيه - بالأحكام السابق بيانها - يكون قد أقام الحياة الزوجية على أسس لا تصلح إلا بها، جاعلا معيار الضرر الذى يولد الحق فى التفريق موضوعيا لا ذاتيا، حائلا دون وقوع علاقة - تتعدد الزوجات فيها مع الأمن من الجور - فى الضيق والحرَج اللذين تحرص الشريعة الغراء على دفعهما ما وسعها الجهد إلى ذلك إعمالا لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، مستبعدا من مجال تطبيقه تلك الأضرار التى تعود إلى المشاعر النفسية التى تعتمل فى صدر المرأة تجاه ضررتها باعتبار أن ما قد يقع بينهما من تباغض، وما تحملا لانه لبعضهما من ضغائن تمتد إلى أولادهما، مرجعها تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، ولا يخلص

(١) سورة الرعد - الآية: ٢٧.

(٢) المستشار أحمد نصر الجندى ص ٢٢٢ وما بعدها - وقد طالب بعض أعضاء مجلس الشعب بالتوسع فى تفسير الضرر، بحيث يكفى أن يكون آلاما نفسية تصيب الزوجة التى تزوج عليها زوجها، تستشعره هى وحدها. وقد وردت ذلك على لسان السادة الأعضاء: الدكتور السيد على السيد وتوفيق زغلول وراوية عطية ولىلى حسن (مضبطة مجلس الشعب الجلسة ٩٦ بتاريخ ٣٠ يونية سنة ١٩٨٥ ص ٨ ومضبطة المجلس - الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ١٥ وما بعدها).

هو لإحداهن، وهو بعد غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، ولم يقصد النص المطعون فيه إزالتها....الخ».

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«الزوجة التي تطلب التطلق للزواج عليها بأخرى. عليها إقامة الدليل على إصابتها من ذلك بضرر منهي عنه شرعا حقيقى ثابت مستقل بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتبا عليها منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما. الأضرار التي مرجعها المشاعر الإنسانية في المرأة تجاه ضررتها للتزام على رجل واحد. ليست منها».

(طعن رقم 119 لسنة 72 ق «أحوال شخصية»

جلسة 25/10/2003)

٣- «أن يكون الضرر الذي لحق الزوجة يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وكان النص كما ورد بالاقتراح بمشروع القانون وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب يشترط في الضرر أن «يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما»، إلا أنه عدل بمجلس الشعب باستبدال عبارة «يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما» بالعبارة السابقة⁽¹⁾.

(1) وذلك بناء على اقتراح من السيد العضو أحمد مجاهد وقد قال شرحا لاقتراحه: «...»

لاشك أن هذا الأمر دقيق، يحتاج منا إلى هدوء الأعصاب وروية في الفهم، وخاصة أننا نناقش مادة تعتبر من أهم المواد المعروضة علينا في هذا الاقتراح بمشروع قانون، ولقد أفاضت لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية عند مناقشة هذه المادة كما عرض على اللجنة رأى مجمع البحوث الإسلامية، وآراء المفكرين المجتهدين لكبار رجال الدين في مصر وانتهينا إلى الآتي:

أولاً: ليس هناك حجر على الزوج في الزواج بأخرى، وأن الأمر مباح ولكنه مقيد بما ورد في كتاب الله وسنة رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم.

ثانياً: إذا استشعرت الزوجة ضرراً من زواج زوجها بأخرى فلها أن تلجأ إلى المحكمة، فإذا ثبت أن ضرراً قد لحقها ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يحكم لها بالتطلق.

هذه أمور انتهينا إليها في لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بحضور كبار علماء الدين. والذي أود أن أضيفه هنا، ونحن في عام ١٩٨٥ أى بعد أكثر من ٤٠٠ سنة من الهجرة، =

= يجب أن نتنبه إلى أمر مهم يهمنا كمسلمين وفيه مستقبل الإسلام، وهو أن شريعتنا لم تنزل جامدة، ولكنها نزلت تحوى فى داخل نصوصها عوامل تطورها المستمر لمواجهة كل ظرف ولمواجهة كل عنصر، وهذا هو ما يطلق عليه المسلمون بأن القرآن الكريم هو دين كل زمان ومكان ولا يمكن أن يكون الدين دين كل زمان ومكان ما لم يكن فى داخله اتساع الفهم واتساع التطبيق بحيث يتلاءم بالفعل مع كل زمان ومكان، ولكن إذا وقفنا عند مجرد فهم أو فكر أو تفسير لفقيه من الفقهاء مضى عليه عشر سنوات - إذا وقفنا عند هذا - فنحن فى هذه الحالة نحكم على ديننا بالجمود، وحاش لله فلم يرد الله ذلك لنا.

السادة الأعضاء:

إننا حينما ننظر هذا الاقتراح بمشروع قانون وهو يتعلق بما يمكن أن يصيب الزوجة من ضرر وهى امرأة، علينا أن نرجع بذاكرتنا إلى حال المرأة فى عصر الجاهلية، ثم ما قدمه الإسلام لهذه المرأة، لقد كانت المرأة عارا فى

الجاهلية واذكروا معى قول الله سبحانه وتعالى ﴿وَإِذَا الْمَوْءِدَةُ سُئِلَتْ ﴿بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾ (صدق الله العظيم).

كانت عارا وكانت جوعا وفقرا فجاء الإسلام ليحرم قتلها وليرفع من كرامتها فى وجودها أولا، ثم اذكروا أن من أوائل من آمن من النساء بالإسلام هى «سمية بنت خلف». أما الآن فقد تطور المجتمع وأصبحت المرأة متعلمة ومتقفة ودكتورة وأستاذة فى الجامعة.. الخ» ولذا فإن أوضاعها قد تغيرت بحيث أن يضع تفسير النص القرآنى فى اعتباره هذا التطور القائم، وأن النص - على خلاف ما قاله بعض الزملاء - لا يجعل العدل شرطا بل على خلاف القواعد المعمول بها، يجعل من شبهة عدم العدل....».

رئيس المجلس:

ما رأى النهائى للسيد العضو؟

السيد العضو أحمد مجاهد:

إن رأى ينحصر فى اقتراحى بالتعديل الذى تقدمت به ونصه «يجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر يتعذر معه حسن العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها»، وشكرا.

وقد أيدته فى هذا الاقتراح كل من السيدة العضو راوية عطية والسيد العضو إبراهيم شكرى، وقد قالت السيدة العضو راوية عطية إن:

«... وأيضا فإننى أرى أن تحذف كلمة «استحالة» لأن الزوجة لا تستطيع أن تفسر =

ومعنى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما أنه يصعب معه دوام العشرة بين أمثالهما، فالضرر الذى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين أقل حدة أو درجة من الضرر الذى يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما.

وعلى ذلك يكون الضرر المنصوص عليه فى هذه المادة أقل حدة أو درجة من ذلك المنصوص عليه فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لأن هذه المادة اشترطت فى الضرر الذى يجيز التطبيق أن يكون «بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما»، وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن المقصود من الوصف المذكور للضرر أن يكون الضرر قد وصل بالزوجين إلى حالة يستحيل معها دوام العشرة بين أمثالهما.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

«... أن يكون قد لحقها ضرر من قبل زوجها - ماديا كان أو أدبيا - على أن يكون هذا الضرر موصوفا من حيث آثاره، بأن يبلغ مداه درجة من الإساءة تكون معها العشرة بين أمثالهما أمر متعذرا».

(القضية رقم 35 لسنة 9 قى دستورية جلسة 4/8/4994)

والمعيار فى تعذر دوام العشرة بين أمثال الزوجين معيار شخصى لا مادى ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ووسطهما الاجتماعى وثقافتهما، فقد يعد زواج الرجل على امرأته فى بيئة أو وسط أو ثقافة معينة إضرارا بها بينما لا يعد كذلك فى بيئة أو وسط أو ثقافة أخرى.

وتقدير ما إذا كان الضرر من شأنه تعذر دوام العشرة بين الزوجين أم لا، يعتبر من المسائل الموضوعية التى تستقل بها محكمة الموضوع، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت فى الأوراق.

= للقاضى وسوف يترتب عليها آثار كثيرة لوجود أسرار بين الزوج والزوجة وخاصة إذا كنت الزوجة من أسرة طيبة ومحافظة والزوج فى مركز أدبى محترم، وشكرا».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص 15)

(وما بعدها)

ويثبت الحق في طلب التطلاق للزوجة ولو لم تكن قد اشترطت على زوجها في العقد ألا يتزوج عليها غيرها، إذ لم يعتبر الشارع عدم اشتراط الزوجة على زوجها في العقد ألا يتزوج بأخرى رضا ضمنيا منها بزواجه من أخرى. وإذا ثبت تعذر دوام العشرة بين أمثال الزوجين، فهذا كاف ولو كانت العشرة بين الزوجين لم تستمر فترة طويلة بعد الزيجة الثانية، لأنه لا يشترط استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طال أم قصرت.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- «الحكم بالتطلاق وفق المادة ١١ مكرر من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. ثبوت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة. عدم اشتراط استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طال أم قصرت».

(طعن رقم 444 لسنة 59 «أحوال شخصية» 1992/3/24)

٢- «الحكم بالتطلاق. م ١١ مكررا من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. إثبات الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما».

(طعن رقم 720 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/5/22)

(أنظر في إثبات الضرر بند 195)

٤- أن ترفع الزوجة دعواها في خلال سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى.

فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يسقط حق الزوجة في التطلاق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى. وعلى ذلك يشترط للقضاء بالتطلاق أن ترفع الزوجة دعواها خلال سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى.

والمقصود بالسنة هنا السنة الهجرية لأنها الأصل في التقويم الشرعي. أما الاستثناء المنصوص عليه في المادة (٢٣) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والذي بمقتضاه تعتبر السنة ميلادية أى عدد أيامها ٣٦٥ يوما فهو قاصر على السنة المنصوص عليها في المواد (١٢ - ١٨) من المرسوم بقانون المذكور وليس من بين هذه المواد، المادة (١١ مكررا) المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥.

وميعاد السنة من المواعيد الناقصة التي يتعين أن يتم الإجراء أى رفع الدعوى خلالها، فإذا أقامت الزوجة دعواها بالتطبيق بعد انقضاء مدة السنة قضت المحكمة بسقوط حقها في الدعوى.

وتحسب مدة السنة من تاريخ علم الزوجة بزواج الرجل بأخرى، وقد نظم القانون طريقة علمها بهذا الزواج بأن ألزم الموثق إخطارها بذلك بموجب كتاب مسجل مقرون بعلم الوصول كما سنرى. غير أنه إذا أثبت الزوج علمها بزواجه قبل وصول الإخطار إليها فإن مدة السنة تحسب من تاريخ علمها.

والحكمة من النص على ميعاد السنة أن المرأة سريعة الانفعال فأعطاه المشرع هذه المهلة حتى تتروى فيها وتهدأ عاطفتها فقد يذهب غضبها فتستقر مع زوجها^(١)، وعدم ترك هذا الأمر معلقا في يد الزوجة تستعمله حسبما تشاء وفي الوقت الذي تريد لكي لا يكون سلاحا مشهرا على الزوج يظل مهددا به على الدوام.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

«وهذا القيد الإجرائي «أيا كان وجه الرأي في دستوريته» لا يتعلق إلا بالزوجة التي تزوج عليها زوجها، إذ هي التي قيدها النص السابق بميعاد لرفع دعواها بطلب التفريق بينها وبين زوجها، واعتبر فوات هذا الميعاد مسقطا للحق فيها، ومن ثم لا تقوم المصلحة الشخصية المباشرة في الطعن عليه إلا بالنسبة إليها كذلك فإن ما قرره ذلك النص من نزولها عن دعواها تلك بقبولها التزوج عليها صراحة أو ضمنا، إنما يخصها دون غيرها، باعتبار أن هذا النزول الذي

(١) المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

قرره النص المطعون فيه، قد تم بافتراض أن إرادتها قد اتجهت إليه، ومن ثم يتعلق آثاره بها وحدها».

(القضية رقم 35 لسنة 9ق «دستورية» جلسة 1994/2/44)

٥- ألا تكون الزوجة قد رضيت بالبقاء في عصمة زوجها صراحة أو ضمناً.

ويتحقق هذا الشرط برضاء المرأة بالزواج من أخرى قبل انقضاء مدة السنة الواردة بالشرط السابق، لأن بانقضاء هذه السنة يكون قد سقط حقها في الدعوى سواء رضيت بالزواج أم لم ترض.

ومن قبيل الرضا الصريح أن تتعهد الزوجة للزوج كتابة أو شفاهة برضاها بزواجه من أخرى.

ومن صور الرضا الضمني، موافقة المرأة على المعيشة المشتركة مع الزوجة الأخرى، أو زيارتها لها، أو تهنئتها للزوج بالزواج الجديد.

ولا يعتبر رضاء ضمناً تمكين الزوجة الرجل من نفسها⁽¹⁾، لأنها تلتزم ديانة ألا تمتنع عن الفراش إذا دعاها الزوج إلا لعذر كعادة شهرية أو مرض أو صوم رمضان أو الإحرام بالحج أو العمرة، وقد قال النبي عليه السلام: (إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجئ فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «النص في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢١ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أنه «ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها، فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بئنة ويسقط حق الزوجة في طلب التطلق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج

(1) عكس ذلك الدكتور عبد الناصر العطار ص ٢٢١.

بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت به صراحة أو ضمنا، يدل على أن حق الزوجة في طلب التطلاق لزواج زوجها بأخرى لا يسقط إلا بأحد طريقين الأول هو مضي سنة من تاريخ علمها به والثاني هو رضائها به صراحة أو ضمنا. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى الطاعنة حال أنه لم يمض سنة على تاريخ علمها بالزواج بأخرى على سند من رضائها الضمني به الذى استخلصه من علمها بهذا الزواج بتاريخ ١٩٨٥ / ٤ / ٢١ وعدم إقامتها دعوى التطلاق إلا بتاريخ ١ / ٠٠ / ١٩٨٥ وهو ما لا ينهض دليلا على ذلك فإنه فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 36 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/2/16)

٢- «مفاد النص فى المادة ١١ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - أن المشرع أعطى الزوجة التى يجمع الزوج بينها وبين أخرى فى عصمته الحق فى طلب التطلاق عليه خلال سنة من تاريخ علمها بذلك الزواج إلا إذا كانت قد رضيت به صراحة أو ضمنا فإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم بأن زوجها مقترن بسواها ثم ظهر أنه متزوج بأخرى فلها أن تطلب التطلاق خلال سنة من تاريخ علمها بذلك الزواج سواء كان الزواج الثانى لاحقا لتاريخ زواجه بالزوجة طالبة التطلاق أو سابقا عليها طالما أنها لم تكن تعلم بزواجه بأخرى عند زواجها به وينطبق ذلك على مراجعة الزوج لمطلقته التى لازالت فى عدته من طلاق رجعى أو زواجه بها بعد انقضاء عدتها أو غيرها إذ أن المشرع قد أفصح بالمذكرة الإيضاحية للمادة المذكورة أن هدف إلى علاج مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة فرأى أن يكون تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى نوعا خاصا من الضرر فإذا لحق الزوجة ضرر من الزواج عليها بأخرى كان لها حق طلب التطلاق للضرر سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا أو نفسيا».

(طعن رقم 216 لسنة 62 ق «أحوال شخصية» جلسة 1996/5/3)

٣- «المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن النص فى المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ على أن «... ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها، فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً...، وأن النص فى المادة ١١ مكرر/٢ من ذات القانون على أنه «ويسقط حق الزوجة فى طلب التطلاق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت به صراحة أو ضمناً» يدل على أن الشارع وإن أجاز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق لذلك إلا أنه اشترط للحكم بالتطلاق وفق نص المادتين المشار إليهما أن يثبت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بينهما وألا تكون قد رضيت بهذا الزواج صراحة أو ضمناً وأن تقيم دعاوها قبل مضى سنة من تاريخ علمها به».

(طعن رقم 497 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/6/26)

والدفع بسبق رضا الزوجة على زواج الرجل بأخرى يجوز إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

ويقع عبء إثبات رضا الزوجة، بالزواج بأخرى، على عاتق الزوج المدعى عليه^(١) وله إثبات ذلك بكافة طرق الثبوت الشرعية.

٦- أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين:

(أ)- الوضع قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000:

اشترطت المادة (١١ مكررا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ للقضاء بالتطلاق أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين.

ومعنى ذلك أنه يجب على القاضى قبل القضاء بالتطلاق أن يتدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً، ولو لم يطلب أحد من الزوجين ذلك.

(1) الأستاذ أشرف كمال ص ١٩٧.

والنص لم يرسم للمحكمة طريقاً معيناً للإصلاح بين الزوجين ولذلك فهي تتدخل للإصلاح بينهما بالطريقة التي تراها مناسبة.

والإصلاح بين الزوجين يقتضى التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما والظروف والملابسات المحيطة به حتى يتخير القاضى السبل الناجحة لإنهاء صلحا.

وقد استقر قضاء النقض فى الغالبية العظمى من أحكامه على أنه يكفى لتدخل القاضى للإصلاح بين الزوجين عرض الصلح عليهما⁽¹⁾. ويجوز تدخل القاضى لإنهاء النزاع صلحا فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ولو بعد اتخاذ إجراءات الإثبات فيها.

ولا يشترط حضور الزوجين معه عند تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحا، فإذا عرضت الصلح على أحد الزوجين فرفضه لم يعد ثمة مبرر لعرضه على الزوج الآخر.

كما لا يشترط مثل الزوجين يشخصهما أمام المحكمة عند تدخلها لإنهاء النزاع صلحا ويكفى مثل الوكيل المفوض بالصلح.

والتفويض بالصلح يستتبع التفويض برفضه، فإذا مثل وكيل أحد الزوجين المفوض بالصلح أمام المحكمة، ورفض الصلح، كان ذلك كافياً لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

«القضاء بالتطليق م ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين. عدم رسم طريق معين لمحاولة الإصلاح. مؤداه. عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من وكيل المطعون ضدها. كفايته لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين».

(طعن رقم 225 لسنة 59 قى - «أحوال شخصية» - جلسة 1992/11/24)

(راجع حكماً لم تكتف فيه محكمة النقض بمجرد عرض الصلح الكتاب الثانى بنود ٢٩ وما بعده).

ويجب إثبات تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا بمحاضر جلسات الدعوى.

ولا يلزم تكرار التدخل لإنهاء النزاع صلحا أمام محكمة الاستئناف. والتدخل لإنهاء النزاع صلحا إجراء أوجبه القانون قبل أن تقضى المحكمة بالتطبيق، وهو إجراء لصيق بالنظام العام، ومن ثم فإذا قضت المحكمة بالتطبيق قبل التدخل لإنهاء النزاع صلحا، كان قضاؤها باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام. ويجب إثبات تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا بأسباب حكمها، وإلا كان الحكم مشوبا بالقصور فى التسبب بما يبطله⁽¹⁾.

ولم يشترط نص المادة (٦ مكررا) من القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقابل للنص الحالي) تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا⁽²⁾. ولم يوجب النص على القاضى عند إخفاقه فى محاولة الصلح بين الزوجين إتباع إجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المواد من (٧ - ١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل).

(1) راجع فى التفصيل الكتاب الثانى بنود ٢٩ وما بعده.

(2) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن:

«الهدف من إلزام القاضى بالعمل على الإصلاح بين الزوجين قبل قضاؤه بالتفريق وفقا لنص المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو محاولة إزالة أسباب الشقاق بينهما وعودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من نقاء وسكينة وحسن معاشرة، وكان مؤدى نص المادة السادسة مكررا من هذا القانون أن اقتران الزوج بأخرى دون رضاء الزوجة الأولى يتحقق به الضرر بمجرد وقوعه فلا يزول أثره حتى ولو انتهت الزيجة الجديدة بالطلاق، فإن محاولة الإصلاح التى تقضى إزالة أسباب الضرر تكون غير مجدية فى هذه الحالة التى أفرد لها الشارع - باعتبار مالها من طبيعة خاصة - نصا مستقلا وخصها بقواعد مغايرة لتلك التى تحكم صور الضرر الأخرى والواردة بنص المادة السادسة السالفة البيان... الخ».

(طعن رقم 30 لسنة 52 ق - أحوال شخصية - جلسة 1983/5/24 -

ذات المبدأ طعن رقم 79 لسنة 54 ق جلسة 1988/1/26)

(ب) - الوضع بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000:

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

وقد رأينا في المجلد الثاني أن معظم أحكام محكمة النقض قد استقرت على أن يكفي في هذا الشأن مجرد عرض الصلح على الطرفين أو عرضه على أحدهما فيرفضه.

كما أنه يجب على المحكمة عرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين إذا كان للزوجة ولد. (راجع في التفصيل الكتاب الثاني بند ٦٥)

١٩٣- لا يشترط عدم مشروعية الغاية من الزواج الثاني:

لم تشترط المادة للتطليق في هذه الحالة عدم مشروعية الغاية من الزواج الثاني، فإذا توافرت الشروط السابقة قضت المحكمة بالتطليق ولو كانت الغاية من الزواج الثاني مشروعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«التطليق للزواج بأخرى. م 11 مكرر من المرسوم بق رقم ٢٥ لسنة 1٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة 1٩٨٥. مناطه. ثبوت تضرر الزوجة من الزواج بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة. لا محل لاشتراط عدم مشروعية الغاية من الزيجة الثانية للقضاء به».

(طعن رقم 225 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/11/24)

١٩٤- تطليق الزوجة طليقة بئنة:

إذا أثبتت الزوجة عناصر دعواها، وعجز القاضى عن الإصلاح بينها وبين زوجها، طلقها القاضى عليه طليقة بئنة. والطلاق هنا بائن لأنه طلاق للضرر لا تتحقق الحكمة منه إلا إذا كان بائناً.

١٩٥- إثبات الضرر:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: «يجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي... الخ».

فالمادة تشترط للتطليق أن يلحق الزوجة ضرر مادي أو معنوي نتيجة زواج الرجل بأخرى، أى أن الضرر هنا واجب الإثبات وليس ضررا مفترضا^(١).

(١) وقد دارت بهذا الشأن المناقشات الآتية بمجلس الشعب حال مناقشة القانون من حيث المبدأ.

السيد العضو ممتاز نصار:

(...) وأهم ما فى هذا الأمر هو الزواج الثانى، وهل يفترض فيه الضرر: وهذا ما شكونا منه بالنسبة للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، وهنا ورد فى الاقتراح بمشروع قانون النص الذى جاء من مجمع البحوث الإسلامية بأنه... «إذا ثبت الضرر..» وقد عدلت هذه العبارة فى اللجنة لتكون... «إذا لحقها ضرر..» وإنى أعتقد أن العبارة اللفظية هنا لا تؤثر على الجوهر، ونريد إبعاد كل مظنة نحو هذا الذى نقول، ولقد طلبت تعديل العبارة لتكون...

«إذا ثبت إلحاق الضرر..» وأننى مستعد للتنازل عن الاقتراح المقدم منى بالتعديل، إذا سجل بالمضبطة بأن القواعد العامة تغنى عنه...».

رئيس المجلس:

أود توضيح هذه النقطة وأتساءل: هل فى جريمة القتل أو السرقة أو أية جريمة أخرى، يوجد فى النص عبارة «إذا ثبت القتل أو إذا ثبتت السرقة».. لا. بل يتركها لمنطق الصياغة وبالتالي فعندما ينص على أنه «إذا لحقها الضرر»، فعلى القاضى أن يتأكد من أن الضرر قد وقع وهذا سيثبت فى المضبطة.

السيد العضو ممتاز نصار:

أقول أنه يكفينى هذا الاستيضاح، ولذلك فإنى متنازل عن الاقتراح بالتعديل المقدم منى. (تصفيق).

رئيس المجلس:

وإنى أتوجه بالشكر للسيد العضو ممتاز نصار لعدوله عن الاقتراح المقدم منه بالتعديل، ضبطا للصياغة القانونية، حتى لا يقال إن شيئا ما كان فى ذهن المشرع مخالفا لقواعد الصياغة المنضبطة ثم عدل عنه وهذا الإيضاح سيثبت فى المضبطة، وهو جزء من الأعمال التحضيرية.

= السيد العضو ممتاز نصار:

شكرا للسيد رئيس المجلس.

لذلك فإن هذا المشروع بقانون قد حقق للمرأة الحقوق التي جاء بها الإسلام وجعل المساواة قائمة بينها وبين الرجل سواء، وأخيرا فإنني أقر، باسم الهيئة البرلمانية لحزب الوفد الجديد، هذا الاقتراح بمشروع قانون بصيغته وأرى أنه متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية تماما، ولا يخالف أى نص شرعى، وشكرا (تصفيق).

رئيس المجلس:

إننى أتوجه بتحية للسيد العضو ممتاز نصار والهيئة البرلمانية لحزب الوفد الجديد، فلقد ارتفعت عن الحزبية إلى مستوى المناقشة الموضوعية القومية فى هذا الموضوع.

«مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 96 بتاريخ 1985/6/30 وما بعدها»

كما دارت المناقشات الآتية حال مناقشة المادة بالمجلس:

السيد العضو أحمد مجاهد:

«... ثانيا: إذا استشعرت الزوجة ضررا من زواج زوجها بأخرى فلها أن تلجأ إلى المحكمة، فإذا ثبت أن ضررا قد لحقها ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يحكم لها بالتطليق... الخ».

السيد العضو على سلامة:

«... ولذلك أود أن أقول كما قالت السيدة العضو راوية عطية إن مناقشة هذه المادة فى اللجنة قد أخذت نحو خمس عشرة ساعة كاملة واختلقت الآراء فيها اختلافا كبيرا بين ما يقال الآن حول «اختلاف الضرر المادى والمعنوي» وحذف عبارة «إذا ثبت الضرر» فهاتان النقطتان اللتان دار حولهما نقاش طويل فى لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية، فلقد اختلقت الآراء هناك اختلافا كبيرا، ثم انتهت الآراء باقتراح تقدمت به مع زميلى السيد الدكتور عبد الأحد جمال الدين بإطلاق كلمة الضرر ولا بنينها سواء كان ماديا أو معنويا، ذلك لأن القانون كما درسناه فى كلية الحقوق أبان هذه النقطة. فللقاضى سلطة تقديرية ولن يحكم القاضى إلا إذا ثبت لديه ضرر مادى أو معنوى، كما اتفقنا أيضا على حذف كلمة «إذا ثبت الضرر» وانتهت اللجنة إلى هذا الرأى بإجماع الآراء».

السيدة العضو ليلي حسن:

«... أما الثانية: فهناك إجماع على أن الزواج الثانى فيه إضرار فى الغالب الأعم بالمرأة التى تزوج عليها زوجها، ولكن هناك مبررات لا تدفع المرأة لطلب الطلاق بمجرد أن تزوج عليها زوجها، كما أن المشرع يطالب المرأة بإثبات العدل، وفى هذا ظلم بين، ولا يعطى للقاضى فرصة لإعمال روح النص بالتفرقة بين ما تطالب وما يطالب به الرجل.... الخ».

بعكس الحال فى المادة (٦ مكررا) من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩
المقابلة للنص الحالى إذ كانت تجعل الضرر مفترضا بمجرد اقتران الزوج
بأخرى بغير رضاها إذ نصت على أن «ويعتبر إضراراً بالزوجة اقتران زوجها
بأخرى بغير رضاها.. الخ»، ومن ثم فكان مجرد اقتران زوجها بأخرى كاف
للقضاء بالتطليق بدون أن تكلف بإثبات وقوع ضرر عليها^(١).

= السيد العضو الشيخ عطية صقر:

«... أيضا هناك أمر آخر، فقد تحدث الزملاء والزميلات فى إثبات الضرر إن أية امرأة
ذهبت إلى القاضى وقالت لحقنى ضرر، فإن البينة على من ادعى واليمين على من
أنكر، فهل يجوز لأية امرأة القول بأن ضررا قد لحق بها وتطالب القاضى بأن يطلق أو
يوقع الطلاق أو يأمر بالطلاق؟ بالطبع لا وإنما يجب عليها إثبات وقوع هذا الضرر بأية
وسيلة من الوسائل، وحتى لو حذفنا عبارة «إذا ثبت الضرر» فإن القاضى نفسه لا يمكن
أن يطلق إلا إذا اقتنع بأن هناك ضررا، وكيف يقتنع؟.. فيكون أمامه نص المادة وبأية
وسيلة من الوسائل بمحاولة الإصلاح بينهما عن طريق حكمين أو غير ذلك، إذن لابد
من إجراءات حتى يثبت القاضى، فعبارة «إذا ثبت الضرر» حتى وإن لم تذكر فالقاضى
نفسه لا يحكم بمجرد إدعاء المرأة أن هناك ضررا أبدا... الخ».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص16 وما بعدها)

(1) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «النص فى المادة ٦ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩ على أن «....» يدل
على أن مجرد إتمام الزواج الجديد دون رضا الزوجة الأولى يعتبر ضررا يجيز لها أن
تلجأ إلى القضاء طالبة التطليق من زوجها دون حاجة إلى إثبات العكس».

(طعن رقم 30 لسنة 52 قى - جلسة 1983/5/24)

٢- «النص فى الفقرة الثانية والثالثة من المادة ٦ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩
المضافة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ على أنه «ويعتبر إضراراً بالزوجة...» مفاده
أن المشرع قد أقام بهذا النص قرينة قانونية لصالح الزوجة التى فى عصمة زوجها مؤداه أن
اقترانها بأخرى بغير رضاها يعتبر إضراراً بها ويعفيها من إثبات هذا الضرر متى طلبت
التفريق لأجله وإذ لم يقض القانون بعدم جواز نقض هذه القرينة فإن للزوج إسقاط دلالتها
بإثبات رضا زوجته بزواجه الجديد وهو مما يجوز إثباته بالبينة».

(طعن رقم 42 لسنة 53 قى - جلسة 1985/4/9 - طعن رقم 38 لسنة 54 قى -

=

(جلسة 1985/4/9)

ويقع على الزوجة إثبات وقوع الضرر المادى أو المعنوى عليها، ولها إثبات ذلك بكافة طرق الثبوت الشرعية.

ونصاب البيئة هنا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، طبقاً للمذهب الحنفى الذى يعمل به فى الإثبات عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - قبل إلغائهما - وعملاً بالمادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ (الآن).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- «التطبيق وفقاً لحكم المادة ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. إثبات الزوجة تحقق وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى. البيئة فى الإثبات. شهادة أصلية من رجلين أو رجل وامرأتين عدول».

(طنع رقم 107 لسنة 59 قى «أحوال شخصية» جلسة 1992/4/21)

٣- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٦ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧١ والذى رفعت الدعوى على سند منه مفاده أن المشرع أقام قرينة قانونية لصالح الزوجة التى فى عصمة زوجها مؤداها أن اقترانه بأخرى بغير رضاها يعتبر إضراراً بها ويعفيها من إثبات هذا الضرر متى طلب التفريق لأجله».

(طنع رقم 52 لسنة 55 قى - جلسة 1986/5/27 - غير منشور)

٤- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة السادسة مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧١ والذى رفعت الدعوى على سند منه - مفاده أن المشرع أقام قرينة قانونية لصالح الزوجة التى هى فى عصمة زوجها مؤداها أن اقترانه بأخرى بغير رضاها يعتبر إضراراً بها ويعفيها من إثبات هذا

الضرر متى طلبت التفريق لأجله وإذا لم يقض القانون بعدم جواز نقض هذه القرينة فإن للزوج إسقاط دلالتها عليه بإثبات رضا زوجته بزواجه الجديد».

(طنع رقم 79 لسنة 54 قى جلسة 1988/1/26)

٢- «الحكم بالتطبيق. م ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. إثبات الزوجة وقوع الضرر بها من اقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما. البيئة فى ذلك نصابها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين طبقا للمذهب الحنفى. م ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. عدم اكتمال نصاب البيئة باستبعاد شهادة المرأة الثانية. أثره».

(طعن رقم 84 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/9/29)

٣- «قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن لما أصابها من ضرر من زواج المطعون ضده عليها بأخرى استنادا إلى أقوال شاهديها. ثبوت أن الشاهد الثانى من شهودها لم يقطع بذلك. مفاده. عدم اكتمال نصاب الشهادة. أثره. فساد فى الاستدلال وخطأ».

(طعن رقم 68 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/10/25)

٤- «التطليق للزواج بأخرى. شرطه. أن يلحق بالزوجة التى تزوج عليها زوجها ضرر مادى أو معنوي. الضرر. ماهيته. اكتمال نصاب الشهادة باتفاق الشهود على تحققه. مادة ١١/ مكررا القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ... لسنة ١٩٨٥».

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

(راجع فى التفصيل بند 166).

١١٦- إثبات زواج الرجل بأخرى:

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ (المقابلة للمادة ٩٩/٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة) على أن «لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٢١ - ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة».

ويسرى حكم هذا النص على الدعاوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر، وعلى الدعاوى التى يقيمها ورثة أيهما على الآخر أو على ورثته، وكذلك على الدعاوى التى يقيمها الغير أو النيابة العامة فى الأحوال التى تباشر فيها الدعاوى كطرف أصيل قبل أيهما أو ورثته.

وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام ويتعين على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به من الخصم^(١).

وعلى ذلك إذا أقامت الزوجة دعوى تطليق ضد زوجها لزوجاه بأخرى، فأنكر الزوج زواجه بأخرى، تعين على الزوجة إثبات زواجه بأخرى بوثيقة زواج رسمية.

وإذا كان الزوج متزوجا بالزوجة الأخرى بموجب عقد زواج عرفى، فإن الزوجة لن تستطيع إثبات هذا الزواج وبالتالي لن تتمكن من الحصول على حكم بالتطليق. ذلك أن قبول دعوى التطليق إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على ما هو مستفاد من المذكرة الإيضاحية للقانون وما دار بشأنه من مناقشات برلمانية قاصر على الدعوى المرفوعة بالتطليق أو الفسخ من الزوجة فى زواج عرفى لفتح باب الرحمة أمامها للتخلص من هذه الزيجة للاعتبارات التى ذكرناها آنفا.

ومن ثم إذا كانت الزوجة طالبة التطليق على زوجها متزوجة بموجب عقد زواج عرفى فإن دعاوها تكون مقبولة^(٢).

(١) راجع فى التفصيل الكتاب الأول بند ٧٧ وما بعده.

(٢) وقد ذهبنا إلى هذا رأى أيضا قبل صدور القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠،

فذكرنا فى طبعة سابقة: «أما إذا كانت الزوجة طالبة التطليق متزوجة بموجب عقد زواج عرفى فإن دعاوها تكون مسموعة لأن الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية اقتضرت على النهى عن سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٢١ إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية ولم تمد هذا النهى إلى دعوى الطلاق، رغم أن الواضح من فقرات المادة الأخرى أن المشرع كلما أراد أن يشمل حكمه دعوى الطلاق، فإنه ينص على ذلك صراحة وعندما لا يريد ذلك يقصر النص على دعوى الزوجية.

١٩٧- تجدد حق الزوجة فى طلب التتطبيق :

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يتجدد حق الزوجة فى طلب التتطبيق كلما تزوج الزوج بأخرى. ومعنى ذلك أن رضا الزوجة بزواج الزوج من زوجة ثانية أو سقوط حقها فى رفع دعوى التتطبيق، أو رفض دعواها، لا يسقط حقها فى رفع دعوى تتطبيق عند زواجه بزوجة ثالثة أو رابعة إذا توافرت الشروط التى يتطلبها النص للقضاء بالتتطبيق، ولا يجوز للزوج أن يدفع دعواها بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«التتطبيق للزواج بأخرى. شرطه. وقوع ضرر بالزوجة لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما. حق الزوجة فى التتطبيق لهذا السبب عند توافر شروطه. سواء كانت الزيجة الأخرى سابقة أو لاحقة على زواجها وكلما تزوج الزوج بأخرى ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى عقد الزواج ألا يتزوج عليها».

(طعن رقم 105 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/10/25)

١٩٨- عدم علم الزوجة الجديدة بزواج الزوج من سواها :

نصت الفقرة الثالثة من المادة فى عجزها على أنه إذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أن زوجها متزوج بسواها، ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التتطبيق لذلك. والزوجة لا تعلم بزواج زوجها بسواها، إذا كان الزوج قد أخفى زواجه عنها، ولم يذكر للموثق أنه متزوج بسواها كما يتطلب النص، وكانت هى لم تعلم بهذا الزواج من طريق آخر.

= فى الفقرة الأولى وحد حكمها فى دعوى الزوجية والطلاق وعاد فى الفقرة الثانية وقصرها على دعوى الزوجية، وجاء فى الفقرة الثالثة وحد حكمها فى دعوى الزوجية والطلاق، وعلى ذلك لو كان يقصد توحيد النهى الوارد فى الفقرة الرابعة لنص على ذلك صراحة».

ويشترط للقضاء بالتطليق في هذه الحالة توافر خمسة شروط:

١- أن يكون الزوج متزوجا بسوى الزوجة الجديدة وأخفى عنها هذا الزواج.

٢- أن تثبت الزوجة أنه لحقها من هذا الزواج ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٨ / ١ / ١٩٩٤ فى الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٠٠ ق «أحوال شخصية» بأن:

«التطليق للزوج بأخرى. م ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥. شرطه. إثبات الزوجة تحقق وقوع الضرر بها مما يتعذر معه دوام العشرة بينهما. سواء كانت الزيجة الأخرى لاحقة أو سابقة على زواج الزوجة المتضررة ما لم يثبت تحقق علمهما بذلك».

٣- ألا تكون الزوجة قد رضيت بتعدد الزوجات صراحة أو ضمنا.

٤- ألا تمر سنة على علمها بأنه متزوج بسواها دون أن تطلب التطليق.

٥- أن يعجز القاضى عن الصلح بين الزوجين.

وتتقيد الزوجة الجديدة فى إثبات زواج الزوج بسواها بوثيقة رسمية.

وقد تغيا الشارع من هذا الحكم دفع الضرر عن الزوجة الثانية كما دفعه عن الزوجة الأولى، لأن الزوج وقد أخفى عنها زواجه بسواها قد منعها من التفكير وتقدير موقفها من الزواج منه.

١٩٩- تطليق الزوج الزوجة الأخرى أثناء دعوى التطليق:

لا يؤثر فى دعوى التطليق التى ترفعها الزوجة لزوج الرجل بأخرى، أن يقوم الرجل أثناء نظر الدعوى بطلاق زوجته الأخرى، ويتعين على المحكمة أن تمضى فى نظر الدعوى، لأن حق الزوجة فى التطليق يثبت لها باقتران الزوج بها وحصول ضرر مادي أو معنوي لها نتيجة هذا الزواج، ولا يرفع الضرر

عنها كف الزوج عنه أو إزالته بعد ذلك^(١). وهذا الرأي من شأنه القضاء على تحايل الزوج بتطليق الزوجة الجديدة، إذا قامت الزوجة برفع دعوى تطليق حتى يتوصل إلى رفض دعاوها.

٢٠٠- ندب المحكمة أخصائى اجتماعى أو أكثر لتقديم تقرير عن

الحالة المعروضة عليها أو عن مسألة فيها :

(راجع الكتاب الثانى بند ٢٤).

التزامات الزوج والموثق :

حتى تكون الزوجة على علم باقتران زوجها بأخرى، ولكى يتسنى لها رفع دعوى التطليق إذا شاءت، فرضت الفقرة الأولى من المادة التزامات على الزوج وأخرى على الموثق، ونعرض لهذه الالتزامات فيما يلي:

٢١١- أولا: التزامات الزوج :

يلزم الزوج بأن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، أى بما إذا كان أعزبا أو متزوجا أو أرملا، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن.

(١) وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - فى ظل القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 بأن:

«... وكان مؤدى نص المادة السادسة مكررا من هذا القانون أن اقتران الزوج بأخرى دون رضا الزوجة الأولى يتحقق به الضرر بمجرد وقوعه فلا يزول أثره حتى ولو انتهت الزيجة الأولى بالطلاق... الخ».

(طعن رقم 30 لسنة 52 قى - جلسة 1983/5/24)

وهناك قضاء لمحكمة النقض فى مسائل الإجراءات بأن إزالة الضرر لا يرفع المخالفة. فقد قضت بأن: «لا وجه لتحدى الطاعن - المستأجر - بمسارحته إلى إزالة أسباب المخالفة بعد وقوعها - مخالفة شروط الإيجار المعقولة - لما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة من تعلق حق المؤجر المضرور بطلب الإخلاء تطبيقا لحكم القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بوقوع الضرر من جانب المستأجر ولو عمد إلى إزالته بعد ذلك».

(طعن رقم 633 لسنة 46 قى جلسة 1980/5/17 - راجع أيضا طعن

رقم 509 لسنة 46 قى جلسة 1979/2/7)

وإقرار الزوج يكون شفهيًا أمام الموثق ويقوم الموثق بإثبات هذا الإقرار في وثيقة الزواج، بعكس الحال في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٦ إذ كانت توجب المادة ٦ مكرراً على الزوج أن يقدم للموثق إقراراً كتابياً.

ومحل إقامة الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمة الزوج، يقصد به مسكن الزوجية اللاتي تقمن فيه مع الزوج باعتباره محل إقامتهن المعتادة، أما إذا كانت الزوجة تقيم بالخارج للعمل أو الدراسة فإن محل إقامتها يكون في البلد الذي تقيم فيه. وينبنى على ذلك أن الزوجة إذا كانت ناشراً وتقيم في مسكن أهلها، فإن الزوج لا يلتزم بذكر هذا المسكن في إقراره.

ويشمل إقرار الزوج، الزوجة أو الزوجات المطلقات رجعيًا ولم تنقض عدتهن لاستدامة ملك النكاح في مدة العدة، ولا يشمل المطلقات بائنات لأن الزوجية انقطعت بالطلاق البائن.

٢٠٢ - جزاء إخلال الزوج بالتزاماته :

تنص المادة (٢٣ مكرراً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ على أن: «يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيًا من الأحكام المنصوص عليها في المادة (٥ مكرراً) من هذا القانون. كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر في المادة (١١ مكرراً)^(١).

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١/٣/ ٢٠٠٠ في الدعوى رقم ١٤٥ لسنة ١٨ ق «دستورية» برفض الدعوى التي أقيمت بعدم دستورية هذه الفقرة (الجريدة الرسمية العدد ٢٤ في ١٧/٦/ ٢٠٠٠) ونشر الحكم فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٣ يونيه سنة ٢٠٠٠م الموافق ٢ صفر سنة

= برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال رئيس المحكمة
وعضوية السادة المستشارين: ماهر البحيرى ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود
منصور ومحمد عبد القادر عبد الله وعلى عوض محمد صالح وأنور رشاد العاصى.
وحضور السيد المستشار/ عبد الوهاب عبد الرازق..... رئيس هيئة المفوضين
وحضور السيد/ ناصر إمام محمد حسن..... أمين السر

أصدرت المحكمة الآتى

فى القضية المقيمة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٤٥ لسنة ١٨ قضائية
«دستورية»

المقامة من

السيد / سيد عبده حسنين عبد الصمد.

ضد

١ - السيد/ رئيس مجلس الوزراء.

٢ - السيد/ رئيس مجلس الشعب.

٣ - السيدة/ رقية سعيد عبد الحسيب.

الإجراءات

بتاريخ ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٦ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طالبا
الحكم بعدم دستورية المادة (١١) مكررا والفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٢٣ مكررا من
المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.
وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة للطعن
بعدم دستورية نص المادة (١١) مكررا والفقرة الثالثة من المادة (٢٣) مكررا وبرفض
ماعداء ذلك من طلبات.

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

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن
المدعى عليها الثالثة أقامت ضد المدعى الجنحة المباشرة رقم ٠٠٧٩٠ لسنة ٩٩٠. قسم
ثان أمام محكمة شبرا الخيمة الجزئية طالبة معاقبته بالمادة ٢٣ مكررا من المرسوم =

= بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ لتزوجه بأخرى دون علمها وإقراره فى وثيقة الزواج الرسمية بأنه ليس بعصمته زوجات ولا معتدات بالمخالفة للحقيقة، وأثناء نظر تلك الجنحة دفع المدعى بعدم دستورية

نص المادة (١١) مكررا والفقرتين الثانية والثالثة من المادة (٢٢) مكررا من المرسوم بقانون سالف الذكر، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه وصرحت له بإقامة دعواه الدستورية فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن هذه المحكمة سبق أن باشرت رقابتها القضائية على دستورية نص المادة (١١) مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه، فأصدرت بجلسة ١٤ / ٨ / ١٩٩٤ حكمها فى القضية رقم ٢٥ لسنة ٩ قضائية «دستورية»، برفض الدعوى وقد نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١ / ٩ / ١٩٩٤، وكان مقتضى نص المادتين (٤٨ و ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة فى الدعاوى الدستورية حجية مطلقة فى مواجهة الكافة وبالنسبة للدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولا فصلا لا يقبل تأويلا ولا تعقيا من أى جهة؛ فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لهذه المادة - وهى عينية بطبيعتها - تكون قد انحسرت فلا رجعة إليها، مما يتعين القضاء بعدم قبول الدعوى فى هذا الشق.

وحيث إن المادة (٢٢) مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية معدلا بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ تنص على أن «يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥) مكررا من هذا القانون».

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة (١١) مكررا.

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون . ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة».

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها، على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تتوافر رابطة منطقية بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسألة الدستورية لازما =

= للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع، ومن ثم يتحدد مفهوم شرط المصلحة فى الدعوى الدستورية باجتماع عنصرين: - أولهما، أن يقيم المدعى - فى حدود الصفة التى اختصم بها النص الطعين - الدليل على أن ضررا قد لحق به، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا ومستقلا بعناصره، ممكنا تصوره ومواجهته بالتراضية القضائية تسوية لآثاره. وثانيهما، أن يكون مرد الأمر فى هذا الضرر إلى النص التشريعى المطعون فيه بأن يكون عائدا إليه وناتجا عنه، وليس ضررا متوهما أو منتحلا أو مجهلا .

وحيث إن النزاع الموضوعى يدور حول طلب المدعى عليها الثالثة معاقبة المدعى بالعقوبة المقررة بالمادة (٢٣) مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٩ لإقراره فى وثيقة زواجه الثانى أنه ليس فى عصمته زوجة أخرى بالمخالفة للحقيقة، فإن نطاق الدعوى الدستورية يتحدد بنص الفقرة الثانية من المادة (٢٣) مكررا المشار إليها، والذى ينص على معاقبة الزوج بالعقوبة المحددة بالفقرة الأولى إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية، ولا يمتد إلى غير ذلك من أحكامها.

وحيث إن المدعى يعنى على النص المطعون عليه - محددا إطارا على النحو المتقدم - مخالفته حكم المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - قولا منه بأنه يتعارض والنصوص القرآنية التى تأذن بالتعدد ولا يجوز بالتالى أن يكون إتيانه محلا للعقاب عليه .

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن القانون الجنائى وإن اتفق مع غيره من القوانين فى سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض، وعلى صعيد صلاتهم بمجتمعهم، إلا أن هذا القانون يفارقها فى اتخاذ الجزء الجنائى أداة لحملهم على إتيان الأفعال التى يأمرهم بها أو التخلّى عن تلك التى ينهاهم عن مقارفتها، وهو بذلك يتغيا أن يحدد من منظور اجتماعى مالا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، بما مؤداه أن الجزء على أفعالهم لا يكون مخالفا للدستور إلا إذا كان مجاوزا حدود الضرورة التى اقتضتها ظروف الجماعة فى مرحلة من مراحل تطورها، فإذا كان مبررا من وجهة اجتماعية انتفت عنه شبهة المخالفة الدستورية.

وحيث إن العلاقة الزوجية لها قدسيّتها بما يجعلها مميزة عن سائر العلاقات بين أفراد المجتمع، وقد اعتبرها القرآن الكريم «ميثاقا غليظا» تعبيراً عن رفعة شأنها وعلو منزلتها بحسبانها تقوم على الامتزاج والتكامل بين الزوجين فى وحدة يرتضيانها ويستهدفان صون مقوماتها ورعاية حدودها، ومؤدى ذلك أن تظل الأمانة والإخلاص هذه العلاقة ضمنا لاستمرارها بعيدا عما يعكر صفوها ويعرقل جريان روافدها، متى =

فهذه المادة تعاقب الزوج بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية، كأن يذكر أنه غير متزوج رغم أنه متزوج أو أنه متزوج بواحدة رغم زواجه بأكثر، أو يذكر محل إقامة غير صحيح لزوجاته أو مطلقاته أو بعضهن.

ويشترط لمعاقبة الزوج أن يتوافر لديه القصد الجنائي بأن يكون عالماً أن البيان الذى يدلى به غير صحيح.

والنص يفترض لقيام الجريمة أن يكون إدلاء الزوج ببيانات غير صحيحة فى وثيقة زواج رسمية وفى عقد زواج صحيح شرعى، لأن البطلان إذا لحق عقد الزوج فلا قيمة للإدلاء بالبيانات غير صحيحة ولو كانت فى وثيقة زواج رسمية^(١).

ولا محل لهذه الجريمة إذا كان الزواج عرفياً لأن قوامها الإدلاء للموثق ببيانات غير صحيحة.

ولا يعاقب الزوج إلا إذا ارتكب جريمة الإدلاء ببيانات غير صحيحة عن أسماء زوجاته ومحال إقامتهن، فى وثيقة زواج حررت فى إقليم مصر. وإقليم مصر هو أرض مصر، ومياهاها الإقليمية، والسفن المصرية، والطائرات المصرية

= كان ذلك وكانت العقوبة المقررة بنص الفقرة الطعينة كجزاء على مقارفة الأفعال الواردة به قد فرضتها ضرورة اجتماعية قوامها حماية الأسرة واستمرار الحياة الزوجية على الصدق والوفاء الذى ينافيهما إقدام الزوج على الزواج بأخرى دون إعلام زوجته بذلك حتى تكون على بينة من أمرها وذلك إعمالاً لقوله تعالى ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾؛ فإن تقرير هذه العقوبة لا يكون مخالفاً للشرعية أو للدستور.

فلهذه الأسباب

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

رئيس المحكمة

أمين السر

والسفارات والقنصليات المصرية. أما إذا عقد الزوج زواجه الجديد خارج إقليم مصر دون أن يذكر للموثق بالخارج أى بيان عن أسماء زوجاته أو محال إقامتهن، فلا يعاقب بعقوبة قانون الأحوال الشخصية، لأن القانون ليس له سلطان خارج إقليم الدولة الصادر فيها كقاعدة عامة^(١).

والمادة تعاقب على الإدلاء للموثق ببيانات غير صحيحة... ولكنها لا تعاقب على امتناع الزوج أصلاً عن الإدلاء بالبيانات التى تطلبها المادة ١١ مكرراً، وهذا قصور فى النص يجب تداركه.

وكانت المادة - كما وردت بالاقترح بمشروع القانون وأقرتها اللجنة المشتركة بمجلس الشعب - تضع عقوبة على مخالفة الزوج للأحكام المنصوص عليها بالمادة (١١ مكرراً)، فعدلت المادة بمجلس الشعب على النحو الراهن^(٢). وهذه الجريمة وقتية، ولما كان العقاب لا يكون إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذى ينص عليه، فإذا كانت الواقعة قد حدثت من الزوج قبل نفاذ القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ فلا تجوز مساءلته عنها.

وفى هذا قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بتاريخ ٢٨/٣/ ١٩٩١ فى الطعن رقم ٢٥١٧ لسنة ٥٩ ق بأن:

«العقاب لا يكون إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذى ينص عليه. تأثيم الفعل بقانون لاحق. غير جائز. أساس ذلك. واقعة إدلاء الطاعن ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية للمأذون. جريمة وقتية. وقوعها قبل نفاذ القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ - أثره. عدم مساءلته عنها».

(طعن رقم 2597 لسنة 59 قى - جلسة 1991/3/28)

٢.٣ - ثانياً: التزامات الموثق:

أوجبت الفقرة الأولى من المادة على الموثق إخطار الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج الذى يوثق زواجه، بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون

(١) الدكتور عبد الناصر العطار ص ٢٦٦.

(٢) مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٩٨ بتاريخ أول يولية سنة ١٩٨٥ ص ١٨ وما بعدها.

بعلم الوصول. وعلى ذلك لا يجوز للموثق الإخطار بكتاب عاды أو بكتاب مسجل غير مقرون بعلم الوصول.

ولم تجعل المادة الإخطار على يد محضر حفاظا على أسرار الزواج، وتلافيا لما قد يحدث من خلافات عائلية إذا كان الزوج قد أخفى زواجه عن باقي زوجاته وأولاده⁽¹⁾.

وقد اصدر وزير العدل القرار رقم ٢٢٦١ لسنة ١٩٨٥ ونص فى مادته الثامنة على أن: «على الموثق المختص بتوثيق وثيقة الزواج أن يثبت فى الوثيقة بيانا واضحا عن حالة الزوج الاجتماعية. فإذا كان متزوجا فيجب أن يتضمن هذا البيان اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج ومحال إقامتهن. ويثبت هذا البيان من واقع إقرار الزوج».

ونص فى مادته التاسعة على أن: «على الموثق إخطار الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج بالزواج الجديد خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الزواج وذلك بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول إن كانت الزوجة تقيم فى مصر أو بالطريق الذى رسمه بقانون المرافعات المدنية والتجارية إن كانت تقيم فى الخارج».

والملاحظ أن المادة (١١ مكررا) من القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ لم تفوض وزير العدل فى تنظيم توثيق الزواج فى حالة تعدد الزوجات بقرار منه،

(1) وأثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب دار النقاش الآتي:

السيد العضو ياسين سراج الدين:

لماذا لا يرسل الإخطار على يد محضر أيضا؟

رئيس المجلس:

لقد نوقشت هذه النقطة باللجنة وفضلت اللجنة أن يكون الإخطار بكتاب مسجل بعلم الوصول لأسباب كثيرة.

المقرر:

لقد فضت اللجنة أن يكون الإخطار بكتاب مسجل بعلم الوصول لأسباب اجتماعية وأسباب أسرية.

وإنما أصدر وزير العدل المادتين سالفتي الذكر استنادا إلى نص الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تفوض وزير العدل فى وضع لائحة ببيان شروط التعيين فى وظائف المأذونين واختصاصاتهم وعددهم وجميع ما يتعلق بهم. وإلى المادة ١٢ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) بشأن التوثيق التى تنص على أن يصدر وزير العدل قرارا باللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن تشمل بيانا لعملية التوثيق وتنظيم الفهارس والصور والتنظيم الداخلى لمكاتب التوثيق وسير العمل فيها. يؤيد هذا النظر أن قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ أشار فى ديباجته إلى المادة ٢٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وإلى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق ولائحته التنفيذية وإلى لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ ٤ يناير سنة ١٩٥٥.

ولذلك تعتبر المادتان سالفتا الذكر تعديلا لللائحة المأذونين واللائحة التنفيذية لقانون التوثيق.

٢.٤ - جزاء إخلال الموثق بالتزاماته :

رصدت المادة عقوبة للموثق إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون.

فيعاقب الموثق إذا لم يخطر الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمة الزوج بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

أو إذا أخطرن بكتاب عادى أو بكتاب مسجل غير مقرون بعلم الوصول. والعقوبة التى توقع على المأذون هى الحبس مدة لا تزيد على شهر وغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها. كما يجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تتجاوز سنة. أى أن عقوبة العزل والوقف عن العمل عقوبة تكميلية جوازية.

غير أن الموثق لا يعاقب على مخالفة ما تقضى به المادة التاسعة من قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ التى توجب عليه إجراء الإخطار السابق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الزواج، لأن قرار وزير العدل المذكور لم يصدر بناء على تفويض من المادة ١١ مكررا من القانون، فضلا عن أن

المادة ٢٣ مكرر تعاقب على مخالفة الالتزامات التي فرضها القانون ولا تعاقب على مخالفة الالتزامات التي يفرضها القرار الوزاري المنفذ للقانون، والقاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

غير أن مخالفة ميعاد الإخطار تعرض المأذون للمساءلة التأديبية، ويجوز توقيع إحدى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في المادة ٢٣ من لائحة المأذونين عليه وهي:

الإنذار والوقف عن العمل لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر والعزل.

٢٠٥- مخالفة التطبيق للزواج بأخرى لأحكام الشريعة الإسلامية^(١).

الرأى عندنا أن حكم المادة (١١ مكررا) الذي يعطى الزوجة الحق في التطبيق لاقتران زوجها بأخرى إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي من الزواج الجديد، مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية للأسباب الآتية:

١- أن هذا الحكم وإن كان لا يحرم تعدد الزوجات ويفترض وجود أكثر من زوجة، ويرد على إنهاء الزواج لا إنشائه، إلا أنه في حقيقة الأمر يعطل استعمال الزوج لحق تعدد الزوجات، لأن الزوجة الأولى إذا طلقت منه بسبب اقترانه بأخرى، تكون قد حرمت من الجمع بينها وزوجته الجديدة، ويكون الزوج خاضعا في ذلك لمشيئتها.

وقد أسلفنا أن مبدأ تعدد الزوجات ثابت للرجل بالقرآن والسنة والإجماع^(٢).

٢- أن تعطيل استعمال الحق في تعدد الزوجات بتطبيق الزوجة الأولى عند زواج الرجل بأخرى قد يؤدي إلى الوقوع في الحرام، لأن من أغراض التعدد إشباع غرائز بعض الرجال الذين لا يكفيهم امرأة واحدة، فإذا تعطل استعماله لهذا الحق وجد نفسه مندفعاً تجاه الزنا والوقوع في الحرام.

(١) قارن حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٤ أغسطس ١٩٩٤ المنشور بالبلد التالي.

(٢) راجع الكتاب الأول بند ١٢١.

٣- أن القول بأن الزواج بأخرى قد يؤدي إلى إلحاق ضرر مادي أو معنوي بالزوجة، وهو أمر يعلمه الله جل شأنه بلا أدنى شك، وقد أشار في القرآن الكريم إلى وجود بعض الضرر في التعدد فقال تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾، ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ﴾ بل إن كثيرا من المأمورات فيها ضرر فالصيام فيه ضرر على الإنسان في جوعه وعطشه والزكاة فيها ضرر مادي بإخراج شيء حصل عليه الإنسان بكده وتعبه حتى الصلاة فيها ضرر إذ قد يضطر الإنسان إلى الاستيقاظ لأداء صلاة الفجر أو الصبح، وقد قال تعالى في الجهاد: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾^(١).

وبذلك يمكن القول أن الله سبحانه وتعالى شرع التعدد لأن نفعه يزيد على ضرره.

٤- أن الرسول عليه السلام وأصحابه - وهم عدول بلا ريب - تزوجوا علانية بل زوج الرجل منهم ابنته وأخته لصاحبه ورضيت الأول أو الأوليات ولو كان في الزواج بأخرى ضرر يجيز للمرأة التطليق، ما رضى الرسول على نفسه وأصحابه ذلك، ولا يمكن القول إن الزوجة الأولى كانت ترضى ذلك شأن البيئة والعادة ولا تجد فيه غضاظة - كما ذهب البعض - لأن الطبيعة البشرية فيما يتصل بمثل هذه الأمور متشابهة في كل عصر، ونوازع المرأة وتكوينها النفسى لا يتغير بتغير الأزمان.

وهناك شواهد كثيرة من عصر النبی عليه السلام تدل في وضوح على أن المرأة حينئذ لم تكن ترضى بأن يتزوج عليها زوجها وكانت تشعر بالغيرة ومن ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها أن جويرية بنت الحارث لما قدمت على النبی عليه السلام تستعينه حيث كانت مكاتبة، قالت عائشة عنها

(١) تصريح العضو الشيخ عطية صقر أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب - مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ٢٠ وما بعدها.

«وكانت امرأة حلوة ملاحه فوالله ما هو إلا أن رأيتها على باب حجرتي فكرهتها» وذلك أنها خشيت أن يتزوجها النبي عليه السلام فكرهتها من أجل ذلك، وقد كانت السيدة عائشة تغار من السيدة خديجة مع أنها تعاصرها زوجة للنبي عليه السلام حيث قالت السيدة عائشة: «ما غرت على أحد من أزواج النبي ما غرت على خديجة وما بى أن أكون أدركتها، وما ذلك إلا لكثرة ذكر رسول الله ﷺ لها»، وقد بلغ بها الغيرة يوما فقالت عنها للنبي عليه السلام: «هل كانت إلا عجوزا فقد أبدلك الله خيرا منها» وروت عائشة أنها لما قالت ذلك للنبي عليه السلام «غضب حتى اهتز مقدم شعره من الغضب» ثم قال: «لا، والله ما أبدلني الله خيرا منها، آمنت إذ كفر الناس، وصدقتني وكذبنى الناس، وواستني في مالها إذ حرمني الناس، ورزقني الله منها أولادا إذ حرمني أولاد النساء»^(١).

٥- أما كون النبي عليه السلام رفض الإذن لعلي بن أبي طالب بالزواج على ابنته فاطمة وقال لبنى هاشم بن المغيرة عندما استأذنوه في ذلك: (ألا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم، فإنما فاطمة بضعة مني يربيني ما أرابها ويؤذيني ما آذاها إني أخاف أن تفتن فاطمة في دينها. واني لست أحرم حلالا ولا أحل حراما، ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله في مكان واحد أبدا).

فقد ذهب رأى (ابن القيم) إلى أن النبي عليه السلام قد زوج فاطمة من على رضى الله عنه على شرط جرى به العرف هو ألا يؤذيها ولا يريبها وأنه طالما أراد مخالفة هذا الشرط حق لها الفسخ. ويؤيد ذلك ما روى أن النبي عليه السلام قال في مقام عدم الإذن لعلي: (أما بعد، فإنني أنكحت أبا العاص بن الربيع فحدثني وصدقني) وفي رواية أخرى (ووعدني فأوفى لي).

كما استنبط البخاري أن النبي عليه السلام كان يقصد الطلاق على مال أى الخلع من زوجها، ولا يرد على ذلك بأن النبي عليه السلام لم يذكر لفظ الخلع أو الطلاق على مال فإن الخلع اصطلاح فقهي، لم يرد لفظه في القرآن الكريم وإنما

ورد ذكره باعتباره طلاقاً على مال، كما أن الرسول عليه السلام يتحدث عن الخلع على أنه طلاق على مال كما حدث مع امرأة ثابت ابن قيس التي جاءت به تشكو زوجها فقال لها (أتريدين عليه حديقته؟ قالت: نعم قال رسول الله عليه السلام لزوجها قيس: (إقبل الحديقة، وطلقها تطليقة).

٦- أن استناد أنصار القانون إلى التخريج على مذهب الإمام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة لا يساندهم، لأن الإمام أحمد يذهب إلى أن المرأة إذا اشترطت على الرجل ألا يتزوج عليها، فإنه إذا لم يوف بهذا الشرط حق لها الفسخ، وقد جرت قواعد فقه أهل المدينة وفقه الإمام أحمد على إقامة الشرط العرفي كالشرط في صلب العقد، والطلاق هنا يكون للشرط لا للضرر وكون المرأة الشارطة تعتبر الزواج عليها إضراراً بها لا يفيد أنه إضرار لمن لم تشترطه فلا يلزم ثبوت حق الفسخ لمن شرطته ثبوته لغيرها، وإلا كان اشتراطها عبثاً. وبهذا يكون المذهب الحنبلي قد منع التعدد في هذه الحالة فقط وفاء بالشرط الذي صح بحديث الرسول عليه السلام: (إن أحق الشرط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)^(١).

٧- أنه بالرغم من أن المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون أشارت إلى أن حكم المادة مأخوذ من مذهب مالك فإننا نجد في بعض كتب الفقه المالكي نصاً صريحاً على أنه ليس من الضرر الذي يبرر التطليق زواج الرجل بأخرى. فقد جاء بالشرح الكبير: (... ولها أى للزوجة التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعى وضربها كذلك وسبها.... لا يمنعها من حمام وفرجة وتأديبها على ترك صلاة أو تسر أو تزوج عليها)^(٢).

٢٦٦- مدى دستورية المادة (١١ مكرراً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥:

أوضحنا في البند السابق أن نص المادة (١١ مكرراً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ قد خالفت أحكام

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ملحق كتاب أحكام الأسرة فى الإسلام ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٤٤٥.

الشريعة الإسلامية، وإذ كانت المادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١ المعدلة بقرار مجلس الشعب بتعديل الدستور بجلسته المعقودة في ٣٠/٤/١٩٨٠ والمعمول بها بعد التعديل اعتباراً من ٢٢/٥/١٩٨٠ (المعطل الآن) تنص على أن: «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع»^(١)، ومقتضى هذا النص أن تستمد كافة التشريعات التي تصدر في البلاد أياً كان نوعها مدنية كانت أو جنائية أو متعلقة بالأحوال الشخصية... الخ من أحكام الشريعة الإسلامية، وإن كان لا يلزم في ذلك التقيد بمذهب معين، فإذا صدر تشريع مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية كان التشريع غير دستوري لمخالفته نص المادة الثانية من الدستور سالف الذكر، وإذ خالف حكم المادة (١١ مكرراً) أحكام الشريعة على النحو السالف البيان، فإنه يكون قد خالف نص المادة الثانية من الدستور، وأضحى نصاً غير دستوري^(٢).

غير أن المحكمة الدستورية العليا خالفت هذا النظر وقضت برفض الدعوى رقم 35 لسنة 9 ق «دستورية» المرفوعة بعدم دستورية نص المادة 11 مكرراً سالف الذكر. وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 44 أغسطس 4994 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 35 في أول سبتمبر سنة 4994. وننشر فيما يلي الحكم المذكور.

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم الأحد ١٤ أغسطس ١٩٩٤ الموافق ٦ من ربيع الأول ١٤١٥هـ.

(١) وكانت هذه المادة قبل تعديلها تنص على أن: «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع».

(٢) للمزيد راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية الجزء الثاني الطبعة الثانية عشرة ٢٠٠٠ بند (٢٣٠).

برئاسة السيد المستشار الدكتور/عوض محمد عوض المر.....

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين: فاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير
والدكتور عبد المجيد فياض ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود
منصور ومحمد عبد القادر عبد الله أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور/ عادل عمر شريف المفوض

وحضور السيد/ رأفت محمد عبد الواحد أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٥ لسنة ٩
«دستورية».

المقامة من

السيد /عبدہ على أحمد عنتر

ضد

- ١- السيد/ رئيس الجمهورية.
- ٢- السيد/ رئيس مجلس الوزراء.
- ٣- السيدة/ ناهد عبد القادر عبد القادر على.

الإجراءات

بتاريخ ٥ نوفمبر ١٩٨٧ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب
المحكمة طالبا الحكم بعدم دستورية نص المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون
رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون
رقم ... لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية فى فقراتها
الأربع.

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة دفعت فيها أصليا بعدم قبول الدعوى بالنسبة
للفقرتين الأولى والأخيرة من المادة ١١ مكررا المطعون عليها، واحتياطيا،
طلبت رفض الدعوى.

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

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق -
تتحصل في أن المدعى عليها الثالثة كانت قد أقامت الدعوى رقم ٣٧٠ سنة
١٩٨٤ كلى نفس المنصورة ضد المدعى طالبة التطبيق إعمالاً لنص المادة ١١
مكرراً المضافة بالقانون رقم ... سنة ١٩٨٥، وذلك لتضررها من زواجه
عليها بأخرى. وإذ دفع المدعى - فى الدعوى الماثلة - أمام محكمة الموضوع
بعدم دستورية النص سالف الذكر، وكانت محكمة الموضوع قد صرحت له برفع
الدعوى الدستورية - بعد أن قدرت جدية دفعه - فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن المدعى ينعى على نص المادة ١١ مكرراً المشار إليها مخالفته
حكم المادة الثانية من الدستور التى تقضى بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هى
المصدر الرئيسى للتشريع، وذلك قولاً منه بأن القوانين واللوائح التى تخالف هذه
المبادئ تقع باطله عديمة الأثر قانوناً، وأن النص المطعون عليه يتعارض مع
النصوص القرآنية التى تأذن بالتعدد وترخص فيه، ولم تجز تقييده إلا بشرط
العدل بين الزوجات. فضلاً عن أن النص المطعون فيه لم يبين ماهية الأضرار
المعنوية التى تخول الزوجة الممانعة فى الزواج الجديد حق طلب التفريق بينها
وبين زوجها. كما علق حقها فى هذا الطلب على عدم قبولها التزوج عليها
صراحة أو ضمناً، وألزمها رفع دعواها بالتطبيق خلال سنة من تاريخ علمها
بالزواج الجديد وإلا سقط الحق فيها حال أن الضرر قد يلحقها بعد فوات هذا
الميعاد. كذلك أجاز النص المطعون فيه - بمفهوم المخالفة - للزوجة أن تشتترط
فى عقد زواجها عدم الزواج عليها، وهو قيد على تعدد الزوجات يناقض شرط
العدل بينهما ولا يتصل به.

وحيث إن المادة ١١ مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ... سنة ١٩٨٥ والمطعون عليها بعدم الدستورية تنص على أنه «على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول. ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه، إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها. فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بئنة. ويسقط حق الزوجة في طلب التطلق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا. ويتجدد حقها في طلب التطلق كلما تزوج بأخرى.

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج، فلها أن تطلب التطلق كذلك». وحيث إن من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا لا يجوز أن تتصل من اختصاص نيظ بها وفقا للدستور أو القانون أو كلاهما. وعليها كذلك وبنفس القدر ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها أو مجاوزتها لتخومها ممتنعان من الناحية الدستورية. ولا يجوز من ثم أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية كلما كان تصديها لها لازما ولو لابتها صعوبات لها وزنها أو قارنتها محاذير لها خطرهما. بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها، بل يتعين أن تكون هذه الرقابة ولضمان فاعليتها محددة طرائقها ومداخلها، جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تصوغها الهيئة القضائية التي تتولاها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحديد بها من حركتها، لضمان أن تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذنا بانفلاتها من كوابحها، بل مقيدا بما يصون موجباتها ولا يخرجها عن حقيقة مراميها كأداة

تكفل في آن واحد سيادة الدستور ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق. ومن ثم كان اللجوء إليها مقيدا بضرورة أن يكون التدخل بها لازما ومبررا بوصفها ملاذا نهائيا، وليس باعتبارها إجراء احتياطيا. وتتحل هذه الضوابط في واقعها إلى قيود ذاتية تفرضها على نفسها الهيئة القضائية التي عهد إليها الدستور أو المشرع برقابة الدستورية، وذلك تقديرا منها لخطورة هذه الرقابة ودقتها، ولأن المصالح التي تواجهها فريدة في بابها بالنظر إلى تشابكها واتساعها وتعقدها، واتصالها المباشر بمراكز هؤلاء الذين يمسمهم النص التشريعي المطعون فيه، ولو كانوا من غير أطراف المنازعة الدستورية.

وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية، لا يجوز أن تفصل الهيئة التي تتولاها في دستورية نص تشريعي بغير خصومه تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أو أن إرسائها أو قاعدة دستورية تجاوز باتساعها أو مداها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها. وليس لها كذلك الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص التشريعي المطعون عليه، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاياه أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالا شخصيا ومباشرا أو كان ممكنا حمل حكمها في النزاع المطروح عليها على أساس آخر. وعليها دوما - وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الدستورية - أن تستوثق مما إذا كان ممكنا تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته.

وحيث إن البين من النص المطعون فيه - المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية - أنه خول الزوجة التي تزوج عليها زوجها - ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد الزواج ألا يتزوج عليها - أن تطلب الطلاق منه على ضوء شرطين موضوعيين، أولهما: أن يكون قد لحقها ضرر من قبل زوجها - ماديا كان أو أدبيا - على أن يكون هذا الضرر موصوفا من حيث آثاره بأن يبلغ مداه درجة

من الإساءة تكون معها العشرة بين أمثالهما أمرا متعذرا. ثانيهما : أن يكون تقدير هذا الضرر عائدا إلى القاضى، وعليه ألا يطلقها من زوجها طلاقه بائنة إلا إذا عجز عن الإصلاح بينهما. وسواء توافر هذان الشرطان أم تخلفا، فإن الحق فى رفع دعوى التطلق - وفقا لأحكام النص المطعون فيه - مقيد بزمن معين لا يتعداه، إذ يتعين على الزوجة الساعية إلى التفريق بينها وبين زوجها، أن تقيم دعواها خلال سنة من تاريخ علمها بأن زوجها تزوج بغيرها. ويسقط حقها فى إقامة دعواها هذه، بفوات ذلك الميعاد، وكذلك برضاؤها بالزواج الجديد صراحة أو ضمنا. وحيث إن القيد الإجرائى المشار إليه - وأيا كان وجه الرأى فى دستوريته - لا يتعلق إلا بالزوجة التى تزوج عليها زوجها، إذ هى التى قيدها النص السابق بميعاد لرفع دعواها بالتفريق بينها وبين زوجها، واعتبر فوات هذا الميعاد مسقطا للحق فيها، ومن ثم لا تقوم المصلحة الشخصية المباشرة فى الطعن عليه إلا بالنسبة إليها. كذلك فإن ما قرره ذلك النص من نزولها عن دعواها تلك بقبولها التزوج عليها صراحة أو ضمنا، إنما يخصها دون غيرها، باعتبار أن هذا النزول الذى قرره النص المطعون فيه قد تم بافتراض أن إرادتها قد اتجهت إليه، ومن ثم تتعلق آثاره بها وحدها. وعلى خلاف ما تقدم، تلك المناعى التى توخى بها المدعى إبطال ذلك النص بمقولة إهداره الحق فى التعدد أو تقييده، إذ يعتبر هذا البطلان مرتبطا بالشرطين الموضوعيين اللذين يخولان الزوجة التى تزوج زوجها عليها طلب التطلق منه. ولا يجوز بالتالى لغير زوجها المجادلة فى دستوريتهما، وإيهما تمتد مصلحته الشخصية المباشرة التى جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنها شرط لقبول الدعوى الدستورية، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الفصل فى المسألة الدستورية لازما للفصل فى النزاع المرتبط بها والمطروح على محكمة الموضوع.

وحيث إن من المقرر أن الرقابة على الدستورية لا تستقيم موطئا لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها - بمختلف طرق الدلالة المعتبرة - على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها، بل يجب - وبوصفها رقابة

متوازنة لا يجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحه تقتضيها - أن تكون مبررة بدواعيها كي لا يكون اللجوء إليها اندفاعا، أو الإعراض عنها تراخيا. وحيث إن الأصل في تشريع التعدد هو النصوص القرآنية، إذ يقول تعالى فيما أوحى به إلى محمد عليه السلام ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ أَلْتِسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلُثَ وَرُبْعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ ۖ أَلَّا تَعُولُوا ۗ﴾ وكانت صيغة الأمر تفيد طلب وقوع المأمور به والامتناع عما يضاده، ما لم يقم دليل على وجود قرينة تصرفها عن أصل وضعها إلى الإباحة، وهو ما قرره بعض الفقهاء بقولهم إن صيغة الأمر حقيقة في طلب الفعل، مجاز فيما سواه، وأن إفادتها للإباحة بطريق المجاز يحتاج إلى قرينة، وكانت الآية السابقة لا تفيد نهيا عن الجمع بين أكثر من زوجة، ولا طلبا لازما لإتيان هذا الفعل، ولكنها إذن بالتعدد، وكان من المقرر أن الله تعالى ما شرع حكما إلا لتحقيق مصالح العباد، وما أهمل مصلحة اقتضتها أحوالهم دون أن يورد في شأنها حكما، وكان مسلما كذلك أن ما كان ثابتا بالنص هو المصلحة الحقيقية التي لا تبديل لها، وأن العمل على خلافها ليس إلا تعديا على حدود الله، وكانت المصلحة التي تعارض النصوص القرآنية لا تعتبر مصلحة حقيقية، ولكنها أدخل إلى أن تكون تشهيا وانحرافا فلا يجوز تحكيمها، وكان الله تعالى حين أذن بالتعدد، شرع ذلك لمصلحة قدرها مستجيبا بها لأحوال النفس البشرية، فأقره في إطار من الوسطية التي تلتزم حد الاعتدال، جاعلا من التعدد - وهو ليس إلا جمعا بين أكثر من زوجة بما لا يجاوز الأربع - حقا لكل رجل، ومحليته كل امرأة من الحرائر يستطيعها وتحل له شرعا - ولو لم تكن يتيمة يتخرج من أكل أموالها وظلمها، بل ولو لم يكن وليا عليها - غير مقيد في ذلك بما وراء الأمن من الجور بين من يضمنهم إليه باعتبار أن الأصل في المؤمن العدل بين من ينكحهن ليكون أعون على بقاء أصل الاستقرار والاطمئنان، فإن لم يأمن العدل، فعليه بواحدة لا يزيد عليها حتى لا يميل لغيرها كل الميل، ومن ثم كان التعدد مقررا بنصوص قرآنية صريحة

لا يرتبط تطبيقها بمناسبة نزولها، ولكنها تعد تشريعا إلهيا لكل زمان ومكان، جوهره العدل، وهو ليس إلا قولاً معروفاً وامثالاً لأوامر الله تعالى مع مجانية نواحيه. وكلما استقام التعدد على قاعدة العدل - وهي قيد على الحق فيه ولا تعد سبباً لنشوءه - كان نافياً للجور والميل، واستحال أن يتمحض ظلماً أو ينحل إلى إضرار بالزوجة التي تعارض اقتران زوجها بغيرها، ذلك أن ما يجوز شرعاً لا يؤول إعناتاً، ولا وجه للقول بأن الشريعة الغراء - وغايتها إصلاح شئون العباد وتقويمها - تتناقض في تطبيقاتها العملية مصالحهم وتعارضها، ولأن ما ينهانا الله عنه يكون ضرره راجحاً، وما يأمرنا به وجوباً أو على سبيل الإباحة إنما يكون نفعه غالباً، ولا يعتبر بالتالي قريناً لإيذاء أو مضارة أو سبباً لأيهما، وإلا ابتعد عن مصالح العباد، وكان سعياً لما يناقضها، ومدخلاً إلى مفسدات مقطوع بها أو راجحاً وقوعها بقدر الإثم الملابس لها أو المحيط بها، وهو ما ينزهه الله تعالى عنه حين أذن بالتعدد وجعل الحق فيه مع الأمن من الجور مكتملاً ولو عارضته الزوجة التي على العصمة. وحيث إن النص المطعون فيه قد دل بعبارته على أمرين ينفيان معا قالة مصادرته للتعدد أو تقييد الحق فيه، أولهما : أن حق الزوجة التي تعارض الزواج الجديد في التفريق بينها وبين زوجها، لا يقوم على مجرد كراهيتها له أو نفورها منه لتزوجه عليها، وليس لها كذلك أن تطلب فسخ علاقتها بزوجها بادعاء أن اقترانه بغيرها يعتبر في ذاته إضراراً بها، وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضرراً منهيها عنه شرعاً قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها، على أن يكون هذا الضرر حقيقياً لا متوهماً، واقعاً لا متصوراً، ثابتاً وليس مفترضاً، مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتباً عليها، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعاً، منافياً لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها لينحل إساءة لها - دون حق - اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها، فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطاً بها، فإن حقها في التفريق بينها وبين زوجها يترد إلى القاعدة العامة في التطبيق للضرر المنصوص عليها في

المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية. متى كان ذلك، فإن النص التشريعي المطعون عليه لا يكون ناهيا عن التعدد أو معدلا لأحكامه - من خلال تحويلها - بما يخرجها عن أصل وضعها، إذ لو كان الأمر كذلك لغدا أمرا محظورا مجرد ولوج الطريق إليه، ولكان مجرد الجمع بين امرأتين منشئا لأولاهن قرينة قانونية يفترض الضرر من خلالها، ولا يجوز التدليل على عكسها، ويكون التفريق بين الزوجين بموجبها واقعا بقوة القانون. وهو ما يؤول إلى إعدام السلطة التقديرية التي يملكها القاضي في تقييم الأضرار التي تدعى الزوجة إلحاقها بها، تحديدا من جهته لأسبابها، ونظرا منه في بواعثها وملابساتها توطئة لتقرير حكمها على ضوء المقاييس الشرعية التي لا تتغير أو تتبدل. كذلك ليس في النص المطعون فيه ما يتضمن تعليقا لآثار الزيجة التالية على إرادة الزوجة التي تعارض بقاءها، إذ لو كان لها ذلك، لجاز أن تنقض بيدها الآثار التي رتبها المشرع على عقد الزواج التالي، وأن تعطل بإرادتها سريانها في حقها حال أن العقود - وإن كان تكوينها عائدا إلى إرادة أطرافها - إلا أن آثارها من عمل المشرع وحده. ثانيهما: أن القاضي لا يجيبها إلى طلبها التفريق بينها وبين زوجها بتطليقها منه طلاقه بانه، إلا إذا عجز عن الإصلاح بينهما. وعليه بالتالي قبل فض علاقة الزوجية أن يسعى بينهما معروفا، ناظرا في أحوالهما، مستوضحا خفاياها، وأن يلتزم لذلك كل الوسائل التي تساق إليها - توجيهها وتبصيرا وتوفيقا - توطئة لرفع الضرر عنها قدر الإمكان. ويفترض هذا الجهد من القاضي، أن يكون الخلاف بين الزوجين مما يرجى إصلاحه بتهدة الخواطر بينهما، وإعانتتهما على تجاوز مظاهر تفرقهما، بعد تقصى أسبابها، والتوصل إلى حلول يقبلانها معا. ولا كذلك الأمر إذا كان خلافها مع زوجها راجعا إلى مجرد الجمع عليها، إذ يكون الشقاق بينهما عندئذ مترتبا على الزواج اللاحق في ذاته وناشئا عنه وحده. وليس أمام القاضي في مواجهته إلا أحد حلين يخرجان معا عن معنى الإصلاح وينافيان مقاصده أولهما: أن يلزمها النزول عن طلبها التفريق بينها وبين زوجها مع بقاء الزوجة

الجديدة فى عصمته، وهو ما لن ترضاه. ثانيهما: أن يدعو زوجها إلى مفارقة زوجته الجديدة بالتخلّى عنها ولو كان راغبا فى بقاء علاقة الزوجية معها لمصلحة يقدرها. وليس ذلك بحال طريق الوسطية بين مطلبين، ولا رأبا للصدع بين موقفين.

وحيث إن النص المطعون فيه - بالأحكام السابق بيانها - يكون قد أقام الحياة الزوجية على أسس لا تصلح إلا بها، جاعلا معيار الضرر الذى يولد الحق فى التفريق موضوعيا لا ذاتيا، حائلا دون وقوع علاقة - تتعدد الزوجات فيها مع الأمن من الجور - فى الضيق والحرّج اللذين تحرص الشريعة الغراء على دفعهما ما وسعها الجهد إلى ذلك إعمالا لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ

فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، مستبعدا من مجال تطبيقه تلك الأضرار التى تعود إلى المشاعر النفسية التى تعتمل فى صدر المرأة تجاه ضررتها باعتبار أن ما قد يقع بينهما من تباغض، وما تحمّلانه لبعضهما من ضغائن تمتد إلى أولادهما، مرجعها تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، ولا يخلص هو لإحداهن، وهى بعد غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، ولم يقصد النص المطعون فيه إلى إزالتها، ولا يجوز أن تخل بمقاصد التعدد التى تربو عليها والتى يقتضيها صون عرض المرأة ونسلها حتى لا تتعرض لهوان أو ضياع أو ابتذال بما يناقض آدميتها أو يمس عفتها ويؤول - بحرمانها من زوج يرضاها - إلى عزلتها وانكفائها على نفسها بإيصاد طريقها إلى بناء أسرة تتواصل حياتها معها، وتكون أكفل لإصلاح أمرها بما تقى به عليها. وحيث إن ما قيل من أن النص المطعون فيه أجاز بمفهوم المخالفة للزوجة أن تضمن عقد زواجها شرطا بألا يتزوج زوجها عليها، منشئا بذلك قيда جديدا على تعدد الزوجات يجاوز حدود العدل بينهما، مردود أولا: بأن إعمال النص المطعون فيه لا يستقيم إلا بافتراض أن الزوجة التى تقيم دعواها للتفريق بينها وبين زوجها لازال عقد زواجها منه قائما، وأن حقها فى التفريق بينها وبين زوجها ليس معلقا على إرادتها، بل مرتبطا بوجود ضرر محدد وفق مقاييس شرعية، ناشئا

عما أتاه زوجها معها إخلالا منه بحسن العشرة بما ينافي حدود إمساكها معروفاً، وهو بعد ضرر لا يليق بأمثالهما، وليس مترتباً على الزيجة اللاحقة في ذاتها، بل وقع بمناسبتها. متى كان ذلك، فإن افتراض قيام المرأة التي تزوج زوجها عليها بحل عقدة النكاح بينها وبين زوجها عن طريق فسخها بإرادتها المنفردة إعمالاً من جانبها لشرطها بعدم التزوج عليها - بفرض وجوده في عقدها - يكون غير متصور في تطبيق أحكام النص المطعون فيه ومردود ثانياً: بأن قاعدة الفقه الحنبلي فيما تتضمنه العقود بوجه عام من الشروط، وما يرد منها بوجه خاص في عقد الزواج، هو إطلاقها لا تقييدها، وإباحتها لا منعها، مالم يقر دليل شرعي على غير ذلك. وهم يفرعون هذه القاعدة على مبدأ حرية التعاقد، وأن الناس على شروطهم لا يتحولون عنها إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً. وقد أجازوا - وعلى ضوء نظرتهم إلى الشروط في الأنكحة - شرط المرأة على زوجها ألا ينقلها من دارها أو بلدها أو أن يكون ذا مال. وقطعوا بأن شرطها ألا يتزوج عليها لا يحرم حلالاً، ذلك أن فائدة هذا الشرط تعود إليها ومنفعتاها فيه، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده، وهو بعد شرط لا يخل بمقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها. وإذا كان إنفاذ العهد مسئولاً، وكان من المقرر أن مقاطع الحقوق عند الشروط، فإن نكول زوجها عن تعهده بعدم الزواج عليها يكون مخالفاً لقاعدتهم في إطلاق الشروط وعدم تقييدها استصحاباً لأصل إباحتها، وهي قاعدة عززوها بما نقل عن الرسول عليه السلام من أن «أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج». ومن ثم كان لها، - وقد أخل زوجها بشرطها - وقام الدليل بالتالي على أن رضاها - وقد كان قواماً لعقد زواجها - قد اختل، الخيار بين إبقاء علاقتها الزوجية أو حلها بفسخها.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان النص المطعون فيه لا يعارض التعدد، ولا ينظر إليه باعتباره ذريعة إلى حرام، ولا يتوخى كذلك بلوغ غاية بذاتها يكتنفها الإثم أو يتصل بها، وجب القول بأن الدائرة التي يعمل في نطاقها، هي دائرة المضار الفعلية إذا كان مرجعها فعل أو امتناع أتاه زوجها قبلها مرتبطاً

بالزيجة التالية، ومتصلا بما يكون عليه حال العشرة بينهما بعد تزوجه عليها مما لا يأذن به الشرع أو يرخص فيه. ومن ثم يكون هذا النص منطويا على تطبيق خاص للتطبيق للضرر لإفراده صورا بعينها يكون ذلك النص متعلقا بها منصرفا إليها ودائرا حولها. وهو باعتباره كذلك يعد فرعاً لأصل يرد إليه، وليس للفرع امتياز على الأصل الذى يلحق به ويقتضى ذلك أن يفسر النص المطعون فيه على نحو يوفق بين أحكامه وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وكذلك على ضوء القاعدة الكلية التى صاغها الرسول عليه السلام بقوله «لا ضرر ولا ضرار»، وهى قاعدة رئيسية من أركان الشريعة الإسلامية تعددت تطبيقاتها وإن كانت مُحكمة فى إيجازها، وتكشف عنها نصوص قرآنية مختلفة مواضعها منها قوله سبحانه ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ وقوله جل علاه ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَاحٍهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ وحكما يفيد دفع الضرر قبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنة، ودفعه بعد حدوثه بما يستطاع من التدابير التى تزيله. وعلى ضوءها لا يجوز الإضرار - ولو على سبيل المقابلة - إذا كان ثارا محضا يزيد من الضرر ولا يفيد إلا فى توسيع دائرته. كما لا يجوز أن تقدم المنافع التى يمكن جلبها على مواجهة مخاطر المفساد ودرء عواقبها. وعنها فرع الفقهاء عددا من القواعد التى تتدرج تحتها، وتعتبر تخريجا عليها، منها أن الضرر يدفع قدر الإمكان، وأن الضرر يزال، وأن الضرر لا يزال بمثله كى لا يتفاقم مداه، وأن تراحم ضررين يقتضى اختيار أهونهما دفعا لأعظمهما، وأن تحمل الضرر الخاص يكون مطلوبا كلما كان ذلك لازما لرد ضرر عام.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان المالكية قد أثبتوا حدود قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» ببيان بعض تطبيقاتها فى نطاق العلاقة الزوجية، وبتوكيدهم أن الأضرار التى تخول الزوجة حق حل عقدة النكاح بينها وبين زوجها هى التى تكون كذلك بالمقاييس الشرعية، ولا اعتداد فى توافرها وقيام سببها بما تراه هى

صواباً أو انحرافاً عن الحق، أو بما يكون كامناً في نفسها قبل زوجها بغضا أو ازدراءً أو نفورا، وإنما مرد الأمر دوماً إلى ما تقرر الشريعة الغراء اعتباره ضرراً، وكانت هذه القاعدة التي فصلها المالكية هي الأصل العام في التطبيق للضرر، فإن النص المطعون فيه يعتبر من تطبيقاتها، وإن كان من قبيل التنظيم الخاص لبعض صورها، وهو تنظيم لا ينحى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أو يعارضها، وإنما يتقيد بإطارها العام الذي يخول كل زوجة حق التفريق بينها وبين زوجها إذا لم يعد مستطاعاً - على ضوء الأضرار التي ألحقها بها - دوام العشرة بين أمثالهما، ولا منافاة في ذلك كله لمبادئ الشريعة الإسلامية القطعية في ورودها ودلالاتها، بل هو التزام أمين بها، ذلك أن ما يصدر عن الزوج - إيذاء وإعناتاً وقهراً - يعتبر تعدياً عليها يحملها ما لا تطيق، ويخرج بالتالي عن نطاق الحماية الشرعية. وما النص المطعون فيه - في نطاق الشرطين الموضوعيين اللذين أسلفنا بيانهما - إلا تفريعاً على هذا الأصل العام، ولا بد أن يحمل على معناه.

وحيث إن القول بأن الشريعة العامة للتطبيق للضرر تدل بشمول معناها وتنامي تطبيقاتها على اتساعها لكل صورته بما في ذلك تلك التي عينها النص المطعون فيه، لا يعني - وبفرض صحته - أن التنظيم الخاص الذي أفرده ذلك النص لصور بذاتها من الأضرار تكون الزيجة التالية هي مناسبة إحداثها ويجوز التفريق بين الزوجين بموجبها - قد صار مخالفاً للدستور، ذلك أن إدراج نص تشريعي معين في المفهوم العام لنص آخر، وإمكان الاستغناء بالتالي عن الفرع لعموم الأصل، أو ثقل اتصالاً بالوسائل الفنية لصياغة النصوص التشريعية، ولا ينحل من هذه الناحية وحدها - بالتالي - إلى مخالفة دستورية.

وحيث إن من المقرر أنه إذا حددت المحكمة الدستورية العليا - بطرق الدلالة المختلفة - معنى معيناً لمضمون نص تشريعي، منتهية من ذلك إلى الحكم برفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه، فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة التي قام عليها هذا الحكم، لتمد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل الدستورية باعتبارهما

متضامين وكلا غير منقسم. ولا يجوز بعدئذ لأية جهة - ولو كانت قضائية - أن تعطى هذا النص معنى مغايراً يجاوز تخوم الدائرة التي يعمل فيها محددًا إطارها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا.

وحيث إن النص المطعون عليه - فى الحدود السالف بيانها - لا يتعارض مع أحكام الدستور من أوجه أخرى

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعى
المصروفات ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر



موضوع رقم (١٩)

التطليق للغيبة

٢٠٧- النصوص القانونية :

المادتان ١٢، ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل :

مادة (١٢) :

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

مادة (١٣) :

إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها. فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة.

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

٢٠٨- آراء المذاهب الفقهية فى التطليق للغيبة والمصدر التشريعى لأحكام

المادتين ١٢ و ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يحق للزوجة طلب التطليق للغيبة لعدم وجود ما يصلح سبباً للتفريق فى نظرهم، كما أنه لم يقد دليل شرعى على أن غيبة الزوج سبب للتفريق بينه وبين زوجته، والأصل بقاء الزواج حتى يقوم الدليل على جواز التفريق.

بينما ذهب المالكية والحنابلة، إلى أنه يجوز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا طال غيبته، وتضررت منها المرأة بأن خشيت على نفسها من الزنا، ويقبل قولها فى ذلك بيمينها، لأنها تدعى أمراً لا يعرف إلا من جهتها.

لأن إقامتها من غير زوج مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتمالها.

غير أن المالكية والحنابلة اتفقوا في بعض المسائل واختلفوا في البعض الآخر.

فقد اتفقوا في أن الغيبة إذا كانت بعيدة لا يمكن وصول الرسائل إليه أو يمكن بعد زمن طويل، موجبة للتفريق في الحال بدون إعدار ولا إمهال. وإن كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الإعدار إليه بأن يقدم أو ينقل امرأته إليه أو يطلق، فإن لم يفعل فرق بينهما بعد أن يتريث القاضي مدة باجتهاده رجاء عودته.

وقد اختلفوا في المقصود بالغيبة التي تجيز التفريق، فذهب المالكية إلى أن المقصود بالغيبة هنا، الغيبة مطلقا بعذر وبغير عذر لأن المرأة تتضرر في الحالتين.

وذهب الحنابلة إلى أن الغيبة المقصودة هي الغيبة التي تكون بدون عذر. وفي مدة الغيبة التي تجيز التفريق، ذهب المالكية في الراجح عندهم أن مدتها سنة وقيل ثلاث سنين، وحددها الحنابلة بستة أشهر استنادا إلى أن عمر كان لا يجعل الجند يتغيبون عن زوجاتهم أكثر من ستة أشهر لأن هذه المدة أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليه من غياب زوجها^(١).

وفي وصف الفرقة، فالفرقة للغياب عند المالكية طلاق بائن، لأن كل فرقة يوقعها القاضي - غير التطلق للإيلاء أو الإعسار بالنفقة - تكون طلاقا بائنا

(١) فبينما عمر رضى الله عنه يجوس خلال المدينة سمع امرأة في بيتها تقول:

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال على أن ألا خليل الاعبه

والله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها فعلم أن زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفلته ثم دخل على ابنته حفصة فقال: يا بنية، كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت: سبحان الله؟ مثلك يسأل مثلى عن هذا؟ فقال لولا أنى أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر.

عندهم، إذ المراد بها رفع الضرر عن المرأة، وهو لا يرتفع إلا بالبائن، أما عند الحنفية فهي فسخ لأنها لم تصدر من الزوج، ولا بتفويض منه^(١).

وكان العمل في مصر يجرى على مذهب الحنفية، إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وأجاز التفريق للغيبة.

ورغم أن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور صرحت بأن أحكام التفريق مأخوذة من مذهب مالك، إلا أن الواقع أن هذه الأحكام ملفقة بين مذهب مالك وأحمد بن حنبل.

فقد أخذ المرسوم بقانون بمدة الغيبة وهي سنة من مذهب مالك، وأخذ بمذهب أحمد بن حنبل في أن الغيبة التي تجيز التفريق هي التي تكون بلا عذر، ولم يأخذ بالإطلاق الوارد بمذهب مالك.

شروط التطبيق للغيبة في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

(المعدل) :

يشترط لتطبيق الزوجة لغيبة زوجها طبقاً للمادتين ١٢، ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) توافر الشروط الآتية:

٢٠٩- الشرط الأول: غياب الزوج مدة سنة فأكثر:

والمراد بغيبة الزوج هنا غيبته عن زوجته بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد فهو من الأحوال التي يتناولها التطبيق للضرر^(٢) طبقاً للمادة السادسة من المرسوم بقانون لأنه يكون هجراً قصد به الأذى.

وقد حدا بالشارع إلى النص على التطبيق للغيبة، أن الزوج قد يغيب عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول ثم لا يحمل زوجته إليه ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجاً غيره ومقام الزوجة على هذا الحال زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب وإن ترك لها الزوج مالا

(١) على حسب الله ص ١٤٤ وما بعده.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

تستطيع الإنفاق منه^(١).

ولا يقصد بإقامة الزوج في بلد آخر إقامته بدولة أخرى أى خارج جمهورية مصر، وإنما تكفى إقامته في غير موطن الزوجة بإحدى مدن أو قرى أو عزب الجمهورية.

وتثبت إقامة الزوج خارج جمهورية مصر بشهادة الجهات الرسمية المختصة، وتثبت إقامته في غير موطن الزوجة داخل الجمهورية بالبينة أو التحريات التي يجريها المحضر المختص عن إقامة الزوج عند إعلانه بصحيفة الدعوى.

وكثيرا ما تتداخل طلبات المدعية حيث تدعى إصابة الزوج بالعنة مثلا وأن هذه الحالة أدت به إلى اعتدائه عليها ضربا وسبا حيث انتهى به المطاف إلى أن غاب عنها إلى جهة غير معلومة وتنتهى المدعية إلى طلب التطلق للغياب، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة إضفاء التكييف الصحيح على طلبات المدعية، وهى لا تكون في هذه الحالة بطلب التطلق للغياب بل تكون بطلب التطلق للعنة لأن الضرب والغياب ليس إلا أثرا من آثار العنة وعلى سبيل النتيجة لتلك الحالة^(٢).

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٢) الأستاذ أشرف مصطفى كمال ص ٢٥٢ - غير أنه إذا أقامت الزوجة دعواها بالتطلق تأسيسا على الضرر للهجر طبقا للمادة (٦) من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتطلق على أساس الغيبة طبقا للمادتين ١٢، ١٣ إذا ثبت لها توافر شروطها.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - فى حكم لها صادر بتاريخ ١٩٨٩ / ٦ / ٢٠ فى الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٥٦ بأن:

«وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن سبب الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو الواقعية التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب - وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعة والحجج القانونية التى يستند إليها الخصوم، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها أقامت دعواها تأسيسا على الهجر ضرارا الذى تحكمه المادتان ٦، ١١ مكرر من المرسوم

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- «النص في المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أن «إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه» وفي المادة ١٣ منه على أنه «إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها. فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة. وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعدار وضرب أجل»، وفي المادة ٢٣ منه على أن «المراد بالسنة في المواد من ١٢ إلى ١٨ هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً يدل على أن المشرع أجاز للزوجة إذا ادعت على زوجها غيابها عنها سنة عدتها ٣٦٥ يوماً فأكثر، وتضررت فعلاً من بعده عنها هذه المدة الطويلة، أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، والطلاق هنا بائنة لأن سببها الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج وشرط لذلك توافر أمرين: أولهما أن تكون غيبة الزوج المدة المشار إليها في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة أما إذا كانا يقطنان بلداً واحداً وترك الزوج زوجته فيعتبر ذلك منه هجراً لها يحيز التطليق وفق المادة السادسة من القانون. والثاني أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول، وتقدير العذر أمر متروك لقاضي

بقانون رقم ٢٥ / ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية وكان الحكم الابتدائي قد أقام قضاءه بالتطليق على أساس الغيبة التي تحكمها المادتان ١٢، ١٣ من ذات القانون فيكون = من ثم قد غير من تلقاء نفسه سبب الدعوى وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييده فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن». كما قضت محكمة النقض بأن :

«تقدير الغيبة والهجر المتعمد والعذر، يخضع لتقدير قاضي الموضوع، من أدلة الدعوى، ومنها أقوال الشهود، دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض، متى كان استخلاصه سائغاً، له أصله الثابت بالأوراق».

(طعن رقم 583 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/9/30)

الموضوع طالما كان استخلاصه سائعا... الخ».

(طعن رقم 34 لسنة 48ق - أحوال شخصية - جلسة 1979/6/13)

٢- «إعمال نص المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية يختلف في مجاله عن نطاق إعمال المادة ١٢ منه، ذلك أن هجر الزوج لزوجته المعتبر من صور الإضرار الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - هو الذى يتمثل فى غيبته عن بيت الزوجية مع الإقامة فى بلد واحد أما إن غاب عنها بإقامته فى بلد آخر غير بلدها فإن لها أن تطلب التطلق إذا استمرت الغيبة مدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول....».

(طعن رقم 11 لسنة 52ق - أحوال شخصية - جلسة 1983/2/15)

٣- «المقرر فى قضاء النقض أن المقصود بغيبة الزوج عن زوجته فى حكم المادة ١٢ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تكون الغيبة لإقامة الزوج فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه زوجته أما الغيبة كسبب من أسباب الضرر الذى يبيح التطلق طبقا للمادة السادسة من هذا القانون - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - هى غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع إقامته فى البلد الذى تقيم فيه زوجته ويكون الضرر فى هذه الحالة هجرا قصد به الأذى فيفرق بينهما لأجله».

(طعن رقم 34 لسنة 52ق - أحوال شخصية - جلسة 1984/4/17)

٤- «لما كان النص فى المادة ١٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه «إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطلقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه» يدل على أن المشرع أجاز للزوجة إذا ادعت على زوجها غيابه عنها سنة فأكثر وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب الطلاق بسبب الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج، وشرط لذلك توافر أمرين أولهما أن تكون غيبة الزوج المدة المشار إليها فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة، أما إذا كانا يقطنان بلدا واحدا وترك الزوج زوجته فيعتبر ذلك منه هجرا يجيز التطلق وفق المادة السادسة من القانون، والثانى أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول، وتقدير العذر أمر

متروك لقاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائعا».

(طعن رقم 18 لسنة 55ق - أحوال شخصية - جلسة 15/4/1986)

٤- «يدل نص المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن المشرع أجاز للزوجة إذا ادعت على زوجها غيابه عنها سنة فأكثر، وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر والطلقة هنا بائحة لأن سببها الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج، وشرط لذلك توافر أمرين: أولهما أن تكون غيبة الزوج المدة المشار إليها في بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة، والثانى أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول، وتقدير العذر أمر متروك لقاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائعا».

(طعن رقم 78 لسنة 53ق - أحوال شخصية - جلسة 25/11/1986)

٦- «وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن نص المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يدل على أن المشرع أجاز للزوجة إذا ما ادعت على زوجها غيابه عنها سنة فأكثر، وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر والطلقة هنا بائحة لأن سببها الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج، وشرط لذلك توافر أمرين أولهما أن تكون غيبة الزوج المدة المشار إليها فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة. والثانى أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول....الخ».

(طعن رقم 97 لسنة 54ق - أحوال شخصية - جلسة 26/1/1988)

٧- «وحيث إن النعى فى وجهه الأول مردود ذلك أن محكمة الموضوع قد خلصت سائعا من بينة المطعون ضدها أن الطاعن غاب عنها إلى جهة غير معلومة وهو ما يجيز التطلق عليه عملا بالمادتين ١٢، ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩».

(طعن رقم 84 لسنة 56ق - أحوال شخصية - جلسة 27/12/1988 -

غير منشور)

٨- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت غيبة الزوج عن زوجته

المدة الموجبة للتطبيق في بلد آخر غير الذي تقيم فيه دعواها تطليقا للغيبة خاضعة لنص المادتين ١٢، ١٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، أما إن كانا يقطنان بلدا واحد فإن دعواهما تكون تطليقا للهجر وتخضع لنص المادة السادسة من القانون المذكور، إلا أنه لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن يقيم في بلد غير الذي تقيم بها المطعون ضدها فإن التطبيق يكون للغيبة - كما ذهب الحكم المطعون فيه - ولا يغير من ذلك قصر المسافة بين البلدين لأنه مهما قصرت المسافة بينهما لا تعتبران بلدا واحدا».

(طعن رقم 186 لسنة 62ق - أحوال شخصية - جلسة 1996/3/25)

٩- «إعمال نص المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية يختلف في مجاله عن نطاق إعمال المادة ١٢ منه، ذلك أن هجر الزوج لزوجته المعتبر من صور الإضرار الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - هو الذي يتمثل في غيبته عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد، أما إن غاب عنها بإقامته في بلد آخر غير بلدها، فإن لها أن تطلب التطبيق إذا استمرت الغيبة مدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول وذلك وفقا لنص المادة الثانية عشرة ويسرى شأنه عندئذ حكم المادة التالية رقم ١٣».

(طعن رقم 607 لسنة 73ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/12/10)

ويستوى أن تكون الغيبة قريبة أو بعيدة، يمكن وصول الرسائل إلى الزوج فيها أو لا يمكن.

ويثبت الحق في التطبيق للزوجة غير المدخول بها كالزوجة المدخول بها ولو لم يختل بها الزوج، لأن ضرر الغياب متوافر في حقها.

والمراد بالسنة هنا السنة الشمسية (الميلادية) وعدد أيامها ٣٦٥ يوما وفقا لنص المادة ٢٣ من المرسوم بقانون التي تجرى على أن «المراد بالسنة في المواد من « ١٢ إلى ١٨ » هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما»

(راجع نقض 1979/6/13 المنشور بهذا البند)

٢٠٠- الشرط الثاني: أن يكون الغياب بلا عذر مقبول:

يشترط التطلاق أن يكون غياب الزوج مدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول. وهذا الحكم أخذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، أما الإمام مالك فيجيز التطلاق إذا غاب الزوج مطلقاً سواء كان غيابه لعذر أو لغير عذر، لأن الضرر متحقق في الحالتين^(١).

وهذا الشرط يختلف عن التطلاق للضرر المتمثل في الهجر أى ترك الزوج زوجته وإقامته في مسكن آخر بذات البلد، إذ في الحالة الأخيرة لا يشترط التطلاق أن يكون هذا الهجر بلا عذر لأن العبرة بتحقيق الضرر فعلاً، والضرر يتحقق في صورتين.

ولم يحدد الفقهاء الأعذار الشرعية على سبيل الحصر وإنما جعل للقاضي أمر تقديرها، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أمثلة للعذر المقبول وهي طلب العلم أو التجارة أو انقطاع المواصلات. والمناطق في اعتبار العذر كذلك هو ألا يقصد الزوج به الأذى، بحيث يتعين ثبوت أن الزوج لا يستطيع نظراً لظروفه نقل زوجته إلى حيث يطلب العلم أو يمارس التجارة. وتقدير توافر الغيبة والهجر المتعمد يخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً له أصله الثابت

(١) رغم أن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون صرحت بأن حكم القانون مأخوذ من مذهب مالك، ويمكن تعليل أخذ القانون بمذهب أحمد بن حنبل في هذا الشرط بأن الغيبة إذا كانت بغير عذر يلحق المرأة فيها الضرر من غير فائدة تعود عليها أو على الحياة الزوجية فلا يكون للمرأة ما يحملها على الصبر، وأما الغيبة بعذر كالسفر للتجارة أو العمل أو لطلب العلم مثلاً ففهي من الفائدة

التي تعود على الحياة الزوجية المستقبلية فعلى المرأة أن تتحمل قسطاً من أعباء تلك الحياة لبناء مستقبل الأسرة فاستحق بذلك زوجها الرحمة والرفقة فلا يسمح لزوجته بطلب التفريق ولا أدل على ذلك من أن المرسوم بقانون جعل لزوج المسجون بعد مضي سنة على سجنه أن تطلب التفريق وإن كان له عذر في غيبته حيث لا اختيار له في هذا السجن لأنه بارتكابه ما أوجب سجنه لا يستحق شفقة ولا رحمة بل يجب أن يعامل بشدة لأن سجنه لا يعود على الحياة الزوجية بفائدة بل قد يكون سبباً في شقائها في المستقبل «محمد مصطفى شلبى ص ٩٠ وما بعدها».

بالأوراق.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «... وأنه وإن ضربت المذكرة الإيضاحية للقانون الأمثال على العذر المقبول بأنه طلب العلم أو التجارة أو انقطاع المواصلات، إلا أن المناطق في اعتباره كذلك هو ألا يقصد الزوج به الأذى، بحيث يتعين ثبوت أن الزوج لا يستطيع نظراً لظرفه نقل زوجته إلى حيث يطلب العلم أو يمارس التجارة، وتقدير توافر الغيبة والهجر المتعمد يخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائعا له أصله الثابت من الأوراق».

(طعن رقم 34 لسنة 48 قى - جلسة 1979/6/13)

٢- «النص فى المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها عليه بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه - مفاده أن الغيبة التى تبيح للزوجة طلب التطليق هى التى تكون من الزوج بأن يترك المسكن الذى اتخذته الطرفان عشا للزوجية ويتوافر فيه عنصر الاستقرار ونية الاستيطان ولو لم تكن الإقامة به مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة سواء كانت الغيبة إلى جهة معلومة أو غير معلومة، وأن تستطيل مدتها سنة فأكثر وأن تكون بدون عذر مقبول. إذ يجب شرعا على الزوجة أن تكون مطيعة لزوجها فيما يأمرها به من حقوق الزوجة المشروعة، ومنها مرافقته فى المسكن المناسب الذى أعده لها وأن يدعوها إلى طاعته فيه طالما كان مستوفيا لكافة الشروط الشرعية، وليس على الزوج أن يتبع زوجته فى المكان الذى تحدده هى وفق رغبتها لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق ومستندات الدعوى أن الطاعن يقطن بالمسكن الكائن... وهو الذى اتخذته الطرفان مسكنا للزوجية، وأقاما به إلى أن سافرت المطعون ضدها إلى السعودية للعمل وسافر الطاعن معها كمحرم، ثم عاد إلى وطنه واستقر بمنزل الزوجية، إلا أنها رفضت العودة والإقامة معه وبما لا تتوافر معه شروط الغيبة المنصوص عليها فى المادة سائلة الذكر».

(طعن رقم 86 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/2/9)

«من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مؤدى نصوص المواد ١٢، ١٣، ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن المشرع أجاز للزوجة إذا غاب عنها زوجها سنة عدتها ٣٦٥ يوما فأكثر وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه والطلقة هنا بائنة لأن سببها الضرر فكانت الفرقة بسبب مضارة الزوج وشرط لذلك توافر أمرين أولهما أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول، وتقدير العذر أمر متروك لقاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا، وخول المشرع القاضى التطلاق لهذا السبب من غير إعدار أو ضرب أجل إن كان الزوج الغائب غير معلوم الإقامة أو معلوما ولا سبيل لمراسلته، أما إن أمكن وصول الرسائل إليه فيحدد له القاضى أجلا يحضر فيه للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، وأنه وإن ضربت المذكرة الإيضاحية للقانون الأمثال على العذر المقبول بأنه طلب العلم أو التجارة أو انقطاع المواصلات إلا أن المناط فى اعتباره كذلك هو ألا يقصد الزوج به الأذى بحيث يتعين ثبوت أن الزوج لا يستطيع نظرا لظروفه نقل زوجته إلى حيث يطلب العلم أو يمارس التجارة، وتقدير توافر الغيبة والهجر المتعمد يخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا له أصله الثابت بالأوراق».

(طعن رقم 917 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/1/13)

(راجع أيضا طعن رقم 18 لسنة 55 ق «أحوال شخصية»

جلسة 1986/4/15 منشور ببند 209)

٢١١- الشرط الثالث: أن تتضرر الزوجة من غيبة الزوج عنها:

يشترط للتفريق للغيبة أن تتضرر الزوجة من غيبة الزوج عنها، كأن تخشى على نفسها الفتنة، والقول فى ذلك للزوجة بيمينها لأنه أمر لا يعرف إلا من جهتها، فلا تكلف بإثباته فيكفى أن تذكر بصحيفة دعوها أنها تتضرر من غيبة

زوجها.

ولا يوجه إليها اليمين إلا بناء على طلب الزوج لأن اليمين هنا من حقوق العباد.

ولا يحول دون طلب التطلق أن يكون الزوج قد ترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه، لأن التطلق هنا يقوم على تضررها لغيبته لا لعدم النفقة.

وقد قضى بأن:

١- «.... وقد اشترط المشرع للتفريق بالغياب شروطا ثلاثة حاصلها:..... ثالثا: أن تتضرر الزوجة من بعد زوجها عنها ويثبت تضررها بقولها إذ لا يعلم ذلك إلا منها».

(كفر الشيخ الابتدائية بتاريخ 1984/4/24 الدعوى رقم 366

لسنة 1982)

٢- «... كما وأن تضرر المدعية من بعد زوجها عنها لصيق بها ولا يمكن معرفته إلا منها وهى الأدرى بمدى ما لحقها من ضرر ومدى احتمالها كأنثى لبعدها زوجها عنها فتصدق فيما تقول».

(دمهور الابتدائية بتاريخ 1990/11/6 فى الدعوى رقم 737

لسنة 1989)

٢١٢- إجراءات القضاء بالتطبيق:

إذا كان الزوج معلوم الإقامة فى الداخل أو الخارج ويمكن وصول الرسائل إليه فيحدد القاضى له أجلا ويعذر إليه بأن يحضر فيه للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها. ويخضع تحديد هذا الأجل لتقدير القاضى وهو يراعى فى ذلك مقدار المسافة وحالة المواصلات.

فإذا انقضى الأجل الذى حدده القاضى وتحقق القاضى من إعلانه بالأجل والإعذار، ولم يفعل الزوج واحدا من الخيارات الثلاثة سألقة الذكر بأن لم يحضر للإقامة مع زوجته، أو ينقلها إليه، أو يطلقها، ولم يبد عذرا مقبولا لذلك فرق القاضى بينهما بطلقة بائنة.

أما إذا قام الزوج بتنفيذ أحد الخيارات المذكورة حكم القاضى برفض دعوى

الزوجة.

أما إذا كان الزوج الغائب غير معلوم محل إقامته أو مفقودا لا يعلم ما إذا كان حيا أو ميتا، أو كان محل إقامته معلوما، ولكن لا يمكن وصول الرسائل إليه لأى سبب كانقطاع المواصلات مثلا، طلقها القاضى عليه - بعد إثبات الدعوى - بلا إعدار ولا ضرب أجل.

ويثبت عدم إمكان وصول الرسائل إلى الزوج مما تتبينه المحكمة من إعلانات أوراق الدعوى وما تقدمه الزوجة من دليل على ذلك، كما يمكن الاستعانة فى ذلك بالتحرى من جهة الإدارة، للثبوت فقط.

ولم يحدد القانون وسيلة إعلان الزوج بالأجل والإعدار، فلا يشترط أن يتم إعلان الزوج بواسطة المحضرين، وإنما يجوز إعلانه بأى طريق آخر مثل كتاب مسجل أو كتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول. فالمناط هو وصول الأجل والإعدار إلى علمه.

ومدة الإمهال التى تحددها المحكمة ليست من مواعيد المرافعات التى يتعين على الزوج تنفيذ أى من الخيارات الثلاثة المطلوبة منه خلالها، وإنما هى مجرد مهلة يقصد بها حث همة الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه بجهة إقامته، بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو فى مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجب التطلق.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- «.... وخول المشرع القاضى التطلق لهذا السبب من غير إعدار أو ضرب أجل إن كان الزوج الغائب غير معلوم محل إقامته أو معلوما ولا سبيل إلى مراسلته، أما إن أمكن وصول الرسائل إليه فيحدد القاضى له أجلا يحضر فيه للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها.... الخ».

(طعن رقم 34 لسنة 48ق - أحوال شخصية - جلسة 13/6/1979)

٢- «النص فى المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها

أو ينقلها إليه أو يطلقها. فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فارق القاضى بينهما بطلقة بائنة. وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعدار، أو ضرب أجل» يدل على إن المشروع وأن جعل المناطق فى وجوب إمهال الزوج الغائب فترة من الزمن على إعداره هو إمكانية وصول الرسائل إليه، إلا أنه لم يحدد وسيلة إعلانه بما يقرره القاضى فى هذا الشأن. وإذا كانت مدة الإمهال المنصوص عليها فى هذه المادة ليست من قبيل مواعيد المرافعات التى يتعين مراعاتها عند القيام بالإجراء المطلوب وإنما هى مجرد مهلة يقصد بها حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه بجهة إقامته، بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو فى مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجب التطلق، فإنه يكفى لتحقيق شرط الإمهال والإعدار فى حق الزوج الغائب أن يصل إلى علمه ما يقرره القاضى فى هذا الشأن. لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن الطاعن مثل بوكيل عنه بالجلسة المحددة بقرار الإمهال والإعدار المعلن إليه بما يقطع بعلمه به، فإنه لا محل لما ينعى به على إجراءات إعلانه بهذا القرار ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس».

(طعن رقم 13 لسنة 48 ق - أحوال شخصية - جلسة 20 يناير

سنة 1981)

٣- «اشتراط إعدار القاضى إلى الزوج الغائب قبل تطلق زوجته عليه. م ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. حالته. طلب التطلق لغيبة الزوج فى بلد آخر طبقا للمادة ١٢ من نفس المرسوم. طلب المطعون عليها تطليقها على الطاعن لتضررها من هجره لها على سند من نص المادة ٦ من المرسوم. عدم ادعاء الطاعن أمام محكمة الموضوع بأن من هذا الهجر غيبته عنها فى بلد آخر مؤداه. ما يثيره عن ذلك بسبب النعي. دفاع قائم على واقع لا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 99 لسنة 55 ق - أحوال شخصية - جلسة 1988/3/22

لم ينشر)

٤- «النص في المادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أن «إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطبيقاً بآئنة «يدل على أن المشرع أوجب على القاضي أن يضرب أجلاً للزوج الغائب - إذا أمكن وصول الرسائل إليه - ويكتب له يعذره بأنه يطلق زوجته عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها وهذا الإعذار قصد به - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه لجهة إقامته بحيث إذا اختار أحد هذه الخيارات الثلاثة انتهى موجب التطلق - أى لا طلاق عليه من القاضي».

(طعن رقم 26 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/1/16)

٤- «للزوجة طلب التطلق بآئناً إذا غاب عنها زوجها سنة فأكثر وتضررت من بعده عنها. وجوب قيام القاضي بضرب أجل للزوج الغائب إذا أمكن وصول الرسائل إليه يعذره بأن يطلق زوجته إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها. المادتان ١٢، ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩».

(طعن رقم 86 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/7/7)

٥- «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع وإن جعل المناط في وجوب إمهال الزوج الغائب فترة من الزمن مع إعذاره هو إمكانية وصول الرسائل إليه، إلا أنه لم يحدد وسيلة إعلانه بما يقرره القاضي في هذا الشأن، وإذا كانت مدة الإمهال المنصوص عليها في هذه المادة ليست من قبيل مواعيد المرافعات التي يتعين مراعاتها عند القيام بالإجراء المطلوب وإنما هي مجرد مهلة يقصد بها حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه بجهة إقامته بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو في

أى مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجب التطليق، فإنه يكفى لتحقيق شرط الإهمال والإعذار فى حق الزوج الغائب أن يصل إلى علمه ما يقرره القاضى فى هذا الشأن».

(طعن رقم 917 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/1/13)

٢١٣- (ملغى).

٢١٤- وجوب بذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين :

(راجع الكتاب الثانى بند 65)⁽¹⁾.

٢١٥- التطليق للغيبه طلاقاً بئناً :

نصت المادة (١٢) صراحة على أن تطليق القاضى للغيبه طلاقاً بئناً.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1988/12/27 فى الطعن رقم 84

لسنة 56 قى (أحوال شخصية) - لم ينشر بئناً :

١- «مؤدى نص المادتين المادتين ١٢، ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٩ أن المشرع أجاز للزوجة إذا غاب عنها زوجها سنة عدتها ٣٦٥

يوماً فأكثر وتضررت فعلاً من بعده عنها هذه المدة الطويلة، أن تطلب الطلاق

بسبب هذا للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، والطلقة هنا بئناً لأن

سببها الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج».

(ذات المبدأ طعن 97 لسنة 54 جلسة 1988/1/16 - لم ينشر -

(1) ولم يكن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) يوجب على القاضى بذل جهد

فى محاولة الصلح بين الزوجين قبل القضاء بالتطليق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بئناً :

«إذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر برفض دعوى الطاعة بطلب التطليق للغيبه طبقاً

للمادة ١٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وكانت هذه المادة لم تشترط عرض الصلح

على الطرفين فإن التحدى فى سبب النعى بما أوجبه المادة السادسة من القانون المذكور

من عرض الصلح يكون فى غير محله».

(طعن رقم 78 لسنة 53 قى «أحوال شخصية» جلسة 1986/11/25)

طعن 78 لسنة 53ق - جلسة 1986/11/25

٢- «من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مفاد المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع أجاز للزوجة إذ ادعت على زوجها غيابه عنها سنة فأكثر، وتضررت فعلاً من بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب التطلاق بسبب هذا الضرر، والطلقة هنا بائمة لأن سببها الضرر لغيابه عنها، ويشترط للتطلاق للغيبة توافر أمرين الأول: أن تكون غيبة الزوج مدة سنة فأكثر فى بلد آخر غير البلد الذى نقيم فيه الزوجة والثاني: أن تكون غيبته بغير عذر مقبول».

(طعن رقم 254 لسنة 74ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/3/10)



موضوع رقم (٢٠) التطليق لحبس الزوج

٢٦٦- النص القانوني :

المادة (١٤) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) :

«لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بأتنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه».

٢٦٧- آراء المذاهب الفقهية فى التطليق للحبس والمصدر التشريعى

للمادة :

يذهب الأحناف والشافعية إلى أنه لا يجوز تطليق الزوجة لحبس زوجها مهما طالّت مدة الحبس.

والمالكية والحنابلة الذين يرون التفريق لغيبة الزوج لم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج.

ولم يصرح بذلك إلا ابن تيمية من الحنابلة فى فتاويه حيث يقول فى باب عشرة النساء «القول فى امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول فى امرأة المفقود».

ولكن المذهب المالكى صرح بأن لزوجة الأسير الحق فى طلب التفريق لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان باختياره أو قهرا عنه كما فى الأسير لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد، وهذا المعنى متحقق فى زوجة المحبوس.

وقد صرحت المذكرة الإيضاحية للقانون بأن مذهب مالك هو المصدر التشريعى لحكم المادة إذ جاء بها ما يأتى:

«وقد يقترب الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع الزوجة فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما

تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب اجتماعي محتم. ومذهب الإمام مالك يجيز التطلاق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تتفق منه على نفسها..... والزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنوات فأكثر يساوى الغائب الذى طال غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير فى ذلك فيجوز لزوجته طلب التطلاق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطلاق إذا تضررت من بعد زوجها عنها».

٢١٨- شروط التطلاق لحبس الزوج:

يشترط للقضاء بتطلاق الزوجة لحبس الزوج توافر الشروط الآتية:

١- الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر:

والعقوبة السالبة للحرية تكون إما السجن المؤبد أو السجن المشدد (عقوبة جنائية) أو الحبس (عقوبة جنحة).

ويجب ألا تقل العقوبة عن مدة ثلاث سنوات ويستوى أن يصدر الحكم من محكمة عادية أو محكمة عسكرية أو محكمة استثنائية.

ولم تبين المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الحكمة فى تحديده أدنى مدة الحبس بثلاث سنوات، وربما يقال فى هذه الحكمة أن مدة ثلاث سنوات مدة طويلة لا تطبق الزوجة مع محافظتها على العفة والشرف - فى الأعم الأغلب - انتظار كل هذه المدة وهى تترقب عودة زوجها بعد انقضائها.

أما تنفيذ حكم الغرامة بطريق الإكراه البدنى طبقا لنص المادة (٥٠٧) من قانون الإجراءات الجنائية فلا يتوافر معه هذا الشرط.

٢- أن يكون الحكم الصادر ضد الزوج نهائيا:

والمقصود بالحكم النهائى الحكم البات، والحكم البات هو الذى لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف) وبالنقض، وذلك إما

لفوات ميعاد الطعن أو باستنفاده⁽¹⁾.

إلا أن محكمة النقض ذهبت في حكم حديث لها إلى أنه يكفي أن يكون الحكم نهائياً - وليس باتاً - إذ قضت بتاريخ 1998/12/28 في الطعن رقم 480 لسنة 64 ق - أحوال شخصية - بأن:

«النص في المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه: «.....» يدل على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - على أن الزوج الذي حكم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر يتساوى مع الغائب الذي طالت غيبته سنة فأكثر في تضرر زوجته فيجوز لها طلب التطلاق عليه بعد مضي سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير لأن المناط في ذلك تضرر الزوجة، ويشترط لقبول الدعوى مضي سنة من تاريخ البدء في تنفيذ الزوج للعقوبة المقيدة للحرية سواء كانت هذه العقوبة صادرة في جنائية أو جنحة إذ أن اختلاف الوصف القانوني للجريمة التي اقترفها لا يترتب عليه اختلاف الضرر الناجم عن تقييد حريته وحرمان الزوجة من حقوقها الشرعية وتضررها من بعده عنها، ولم يتطلب النص المذكور أن يكون الحكم الجنائي باتاً باستنفاد طرق الطعن غير العادية أو بفوات مواعيدها، مكتفياً بصيرورته نهائياً لا يقبل الطعن بالطرق العادية، إذ أن الأصل في الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية أنها واجبة التنفيذ متى صارت نهائية عملاً بالمادة ٤٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فينفذ الحكم الجنائي متى صار نهائياً بألا يكون قابلاً للمعارضة أو الاستئناف ولو كان قابلاً للطعن بالنقض أو طعن فيه بالنقض بالفعل».

٣- أن تمضي سنة على تنفيذ الحكم:

(1) الدكتور مأمون سلامة قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض الطبعة الأولى ١٩٨٠ ص ٦٢٦٦ - نقض مدني طعن ٥١ س ٤٦ ق جلسة ٢١/٤/٩٧٠ = طعن ٤٨٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠/١٢/١٩٨٤ - طعن ٩٤٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ٢٠/١/٦٩٨٦ - نقض جنائي طعن ٣٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ٢٧/٥/١٩٧٣.

يجب أن يكون الحكم قد نفذ على الزوج، أما إذا كان الحكم لم ينفذ عليه بعد كما لو كان هارباً، فلا يجوز للزوجة طلب التطليق.

ويجب أن يمضى على بدء تنفيذ الحكم مدة سنة على الأقل.

واشترط النص مضي سنة على الأقل من تاريخ بدء تنفيذ حكم الحبس حتى تكون الزوجة قد لحقها شيء من الضرر الفعلي الذي بنى عليه التطليق.

وإذا رفعت الدعوى قبل انقضاء مدة سنة على البدء في تنفيذ الحكم، كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها قبل الأوان^(١).

وتحسب مدة السنة طبقاً للتقويم الميلادي أى باعتبار السنة ٣٦٥ يوماً عملاً بالمادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تجرى على أن «المراد بالسنة فى المواد من ١٢ إلى ١٨ هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً».

ويحكم القاضي بالتطليق ولو كان الزوج قد ترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه لأن التطليق فى هذه الحالة للضرر وليس لعدم الإنفاق.

٢١٩- الإفراج عن الزوج المحبوس قبل الحكم فى الدعوى:

إذا أفرج عن الزوج أثناء نظر دعوى التطليق قبل انقضاء مدة ثلاث السنوات المحكوم بها عليه، فإن الدعوى تكون قد فقدت أحد شروطها، لأن مجرد الحكم عليه بمدة ثلاث سنوات على الأقل ليس مقصوداً بذاته ولأنه لا يتحقق به وحده الضرر بالزوجة، وإنما يتحقق الضرر بتنفيذ الزوج العقوبة السالبة للحرية طوال هذه المدة، لأن انتظار الزوجة طوال هذه الفترة وهى تتربص عودة زوجها بعد انقضاء تنفيذ العقوبة مع محافظتها على العفة والشرف يفوق طاقتها البشرية فى الأعم الأغلب.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أن:

«والزوج الذى حكم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب

(١) الإسكندرية الابتدائية فى ٩/ ٢/ ١٩٥٨ - الدعوى رقم ٦٦٨ لسنة ١٩٥٧.

الذى طالعت غيبته سنة فأكثر فى تضرر الزوجة من بعده عنها». أما انقضاء مدة سنة على تنفيذ الحكم فهو شرط لقبول الدعوى، ورفع الدعوى ليس قرينة على تحقق الضرر المقصود من النص.

ومن ثم يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن تقضى برفض دعوى التطلق^(١).

٢٢- اعتقال الزوج ومدى حق الزوجة فى طلب التطلق:

ثار التساؤل عن مدى انطباق نص المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على الزوج الذى يعتقل بناء على أمر من سلطات الطوارئ وهل يقاس الاعتقال على الحبس تنفيذا لعقوبة محكوم بها؟.

فقد قضت بعض المحاكم بتطبيق زوجة المعتقل الذى زادت مدة اعتقاله على ثلاث سنين استنادا إلى العلة التى دعت الشارع إلى طلاق زوجة الغائب أو زوجة المحبوس وهى حماية الزوجة من الضرر وذلك بالنسبة للزوجة التى بعد عنها زوجها مدة طويلة تزيد على سنة أيا كان السبب الذى أدى إلى بعده وجعل من هذا البعد قرينة على تحقق الضرر ووقوعه، وهى قرينة غير قابلة لإثبات العكس، وطبقت المحاكم المادتين ١٢، ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩^(٢).

وذهب رأى بأن القضاء السابق خاطئ ومخالف للقانون، إذ أقيم على دعامتين هما غيبة الزوج (مادة ١٢) وحبسه (مادة ١٤). وهما دعامتان غير

(١) من هذا رأى: المستشار أنور العمروسي ص ٦٧٣ - المستشار أحمد نصر الجندى ص ٢٦٧ - وعكس ذلك: الأستاذ أشرف كمال ص ٢٦٤ - الأستاذ كمال البنا ص ٦٦٣، وقد ذهب رأى الأخير إلى أن الإفراج عن الزوج المحبوس أثناء نظر الدعوى لا ينال من دعوى التطلق ولا يوجب القضاء برفض الدعوى، لأن حق الزوجة فى الطلاق تأكد باستيفاء الشروط وأن الضرر وقد وقع بها فعلا فلا يجبه الإفراج عن الزوج وإطلاق سراحه قبل استيفاء مدة ثلاث سنوات المحكوم بها ضده، خاصة وأن المشرع قد افترض تحقق الضرر من حبس الزوج مدة أقصاها ثلاث سنوات، فالمشرع اعتبر الحبس قرينة على الضرر مما يتعين معه الاستمرار فى نظر الدعوى والحكم فيها طبقا لما تقدمه المدعية من أسانيد للإثبات.

(٢) راجع المستشار احمد نصر الجندى ص ٢٦٨.

سليميتين إذ المعتقل لم يرغب عن زوجته - وإنما أبعد عنها، ولا حيلة له في هذا الإبعاد، لأنه أمر خارج عن إرادته، ولا دخل له فيه، فغيابه كان بعذر مقبول - مما يمنع تطبيق المادة (١٢) - والاعتقال ليس غياباً في حكم هذه المادة بدليل ما ورد في المادة ١٣ من أنه إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها إن لم يحضر للإقامة مع زوجته، كما لم يكن في مكنته أن ينقلها معه وهو معتقل، وتلازمهما يفيد عدم اعتبار المعتقل غائباً والمادة ١٤ جاءت مقيدة بقيود يجب مراعاتها والتمسك بها ولا يجوز القياس عليها والتزيد في تطبيقها سيما إذا روعي أن مذهب الحنفية ليس به نص على طلاق زوجة الغائب وقد أخذ حكم المادة ١٤ من مذهب المالكية، ولكن ليس معنى هذا أن يباح تطبيق مذهب مالك بكل ما فيه، وجميع ما جاء به وإنما يقتصر على مورد النص، وكما جاء به الحكم الموضوعي، والمعتقل لم يحكم عليه (طبقاً للمادة ١٤) كما أن أمر الاعتقال لم يحدد فيه مدة ما. فيكون من الممكن الإفراج عن الزوج في أي وقت، والمشرع أعطى لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة سالبة للحرية ثلاث سنين فأكثر الحق في طلب التطلاق عليه لأنه يكون أمام عينها، وفي موضوع تقديرها أن زوجها لن يعود إليها قبل مضي ثلاث سنين، وأعطى الحق في طلب التفريق بعد مضي سنة على حبسه حتى يتحقق الانسجام بين المادتين ١٢، ١٤ من القانون ولهذا كله لا يمكن أن تنطوي حالة اعتقال الزوج بأمر السلطات الإدارية تحت حكم المادة ١٤، والقول بأن الحكمة التي أجاز التطلاق من أجلها في المادتين ١٢، ١٤ متحققة في حالة زوجة المعتقل - ومن القواعد الأصولية أنه لا اجتهاد مع النص سيما إذا كان النص واضحاً - لأن المناط هو الضرر، وقد تحقق الضرر - هذا القول اجتهاد في مقابلة النص، والنص صريح لا يحتمل التأويل^(١).

وعندنا أن المادة ١٤ واجبة التطبيق على الزوج المعتقل الذي قضى في معتقله مدة ثلاث سنوات على الأقل، وأن للزوجة رفع دعوى تطلاق بعد انقضاء

(١) الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٣ أحوال مستأنف القاهرة بتاريخ

هذه المدة، لأن العلة التي دعت الشارع إلى تطليق زوجة المحبوس وهي حماية الزوجة من الضرر متوافرة في حالات الاعتقال لأن مناط الضرر في المادة ١٤ هو قضاء الزوج ثلاث سنوات محبوساً، فالمادة قد اشترطت لسريان حكمها الحكم على الزوج نهائياً بعقوبة سالبة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر، فهي تستهدف من ذلك أن يظل الزوج محبوساً لمدة ثلاث سنوات على الأقل، إذ بحبس الزوج هذه المدة يكون الضرر قد وقع على الزوجة، لما ذكرناه سلفاً من أن انتظار الزوجة طوال هذه الفترة وهي تترقب عودة زوجها مع محافظتها على العفة والشرف يفوق طاقتها البشرية في الأعم الأغلب.

وقد تحقق هذا الهدف بقضاء الزوج المعتقل هذه المدة في معتقله، فلا يغير من الأمر شيئاً أن يكون سلب حرية الزوج بموجب حكم نهائي أو أمر اعتقال صادر من سلطة الطوارئ طالما قضى الزوج هذه المدة مسلوب الحرية بالفعل، وهو مناط وقوع الضرر بالزوجة.

ولكون أمر الاعتقال لا تحدد فيه مدة الاعتقال، فقد رأينا أن ترفع دعوى التطليق بعد انقضاء مدة ثلاث سنوات على الأقل من تنفيذ الاعتقال، لا بعد مضي سنة على تنفيذه.

٢٢١- إثبات الدعوى:

يمكن للزوجة إثبات دعواها بالتطليق لحبس الزوج بتقديم المستندات الآتية:

- ١- الوثيقة الرسمية لعقد زواجها من المدعى عليه.
- ٢- صورة رسمية من الحكم الصادر بمعاينة الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدتها ثلاث سنين على الأقل.
- ٣- شهادة من جدول المحكمة تفيد صيرورة الحكم المذكور سلفاً باتاً (نهائياً طبقاً لقضاء محكمة النقض - أو تقديم صورة رسمية من الأحكام الدالة على ذلك).

٤- شهادة من السجن تفيد أن الزوج بدأ في تنفيذ العقوبة المقضى بها نهائياً وتاريخ ذلك.

٢٢٢- (ملغي).

٢٢٣- بذل المحكمة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين: (راجع الكتاب الثانى بند 65).

موضوع رقم (٢١)

العدة

٢٢٤- تعريف العدة:

العدة شرعا هى تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح وشبهته المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت. ويدخل فى شبهته النكاح الفاسد والوطء بشبهة⁽¹⁾.

وتثبت العدة فى النكاح الصحيح بالخلوة ولو كانت فاسدة احتياطاً⁽²⁾. ومعنى ذلك أن المرأة لا يحل لها أن تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنتقضى العدة التى حددها الشارع لها.

أما الرجل فلا عدة له، فله أن يتزوج متى شاء بعد طلاق زوجته، إلا إذا قام مانع يحول دون زواجه، كأخت زوجته ومعتدة الغير فإن عليه أن ينتظر حتى يزول المانع⁽³⁾.

وقد شرعت العدة للتأكد من براءة الرحم والمحافظة على الأنساب لئلا يكون الرجل ساقياً ماءه زرع غيره، ولإعلان الأسف والحداد فى فرقة الطلاق البائن أو الموت بعد الزواج الصحيح، لزوال نعمة الزواج الذى هو سبب لصون المرأة وكفاية مؤنها، وإتاحة الفرصة للزوج فى مراجعة زوجته فى الطلاق الرجعي.

أنواع العدة:

للعدة ثلاثة أنواع هي:

- (1) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٧.
- (2) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص ٥١ - المادة ٢٠٠ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.
- (3) الدكتور أحمد الغندور الطلاق فى الشريعة الإسلامية والقانون الطبعة الأولى سنة ١٩٦٧ ص ٢٩١.

٢٥- النوع الأول: العدة بالحيض:

تكون العدة بالحيض، إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بعد الدخول أو الخلوة، بسبب غير وفاة الزوج، ولم تكن المرأة حاملاً وقت الفرقة، وكانت من ذوات الحيض، بأن لم تكن صغيرة أو آيسة.
وعدة الحيض تنقضى بثلاث حيضات كوامل لقوله تعالى: (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء).

أما إذا كانت المرأة غير مدخول بها حقيقة ولو حكماً فلا عدة لها لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها).

والقرء في اللغة العربية يطلق على الحيض كما يطلق على الطهر الذي يتخلل بين الحيضات، وهو ما أدى إلى الخلاف بين الفقهاء في تحديد ما إذا كانت العدة هي ثلاث حيضات أم ثلاثة أطهار.

فعند الحنفية ورواية عن أحمد بن حنبل^(١) أن المقصود بالقرء في الآية

(١) ومعهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود وأبو موسى وابن عباس ومعاذ وغيرهم - أما الشافعية والمالكية والرواية الأخرى عن أحمد، ومعهم عائشة وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وسعد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبو بكر بن عبد الرحمن، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود،

وخارجة بن زيد بن ثابت، والقاسم بن محمد بن أبي بكر، وسليمان بن يسار فيرون أن المقصود بالقرء الطهر ويستند الحنفية ومن معهم في رأيهم أن المقصود بالقرء في الآية هو الحيض إلى ما يأتي:

١- قوله تعالى بعد ذكر القروء: ﴿وَلَا تَحِلُّ هُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾

فإن الذي يخلقه الله في الأرحام هو الحمل أو الحيض ولم يقل أحد أنه الطهر.

٢- قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَسِّنْ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ

أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ﴾ فإنه ذكر اليأس من المحيض ثم ذكر انتفاء المحيض أقام

الأشهر في الحاليين مقام الحيض دون الطهر.

٣- قوله عليه السلام للمستحاضة: (دعى الصلاة أيام أقرائك) ومن ثم فإنه يكون قد أراد

بالقرء الحيض إذ أيام الحيض هي التي تدع الصلاة فيها لا أيام الطهر.

٤- ما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبي عليه السلام قال:

= (طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان)، ولو كان الأصل في الاعتداد الطهر لقال طهران.

٥- ما روى من أن النبي عليه السلام أمر امرأة ثابت بن قيس - لما اختلعت مع زوجها - أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها، وما روى في سبأيا أوطاس أنه قال: (لا توطأ حامل حتى تضع حملها، ولا غير حامل حتى تحيض حيضة).

٦- أن المقصود الأول من العدة هو تعرف براءة الرحم من الحمل ولهذا تنتهي عدة الحمل بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة، والذي يدل على براءة الرحم هو الحيض لا الطهر.

٧- أن الحيض هو الأمر الإيجابي الحسى الطارئ الذى يعقل جعله علامة، أما الطهر فهو الحالة السلبية العادية، ولهذا كانت العدة معه بالأشهر.

٨- أنه لو حمل القرء على الطهر لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثالث الذى وقع فيه الطلاق، وعلى ذلك يتم الاعتداد بطهرين كاملين وبعض طهر ثالث، وهذا يؤدي إلى مخالفة قواعد اللغة التي تقضى بأن الجمع المقرون بالعدد لا يجوز استعماله فى أقل من ثلاثة كوامل، فالثلاثة اسم لعدد مخصوص والاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه. وقد استند الشافعية والمالكية ومن معهم فى كون المقصود بالقرء الطهر إلى ما يأتي:

١- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾، أى فى عدتهن أى طلاقاً متصلاً بالعدة، وقد فسر النبي عليه السلام الآية فى حديث ابن عمر بوجود الطلاق فى الطهر ولا يكون هذا طلاقاً فى العدة إلا إذا كان الطهر منها وبهذا يكون المراد بالقرء الأطهار فقد طلق ابن عمر امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عليه الصلاة والسلام (مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء).

كما أنه يمكن أن يتأول قوله: (فتلك العدة) أى فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض.

٢- القرء مأخوذ من قولك، قريت الماء فى الحوض إذا جمعته وحبسته فيه، فإطلاقه على الطهر الذى يتجمع فيه الدم وينحبس فى الرحم أولى.

٣- إدخال الهاء فى الثلاثة بقوله عز وجل: (ثلاثة قروء) وإنما تدخل الهاء فى جمع المذكر لا فى جمع المؤنث، والحيض مؤنث والطهر مذكر فدل أن المراد منها الأطهار.

الحيض: فتتقضى العدة بثلاث حيضات كوامل، ومقتضى ذلك أن المرأة إذا طلقت في طهر لا تنتهى عدتها إلا بعد انتهاء الحيضة الثالثة وإذا طلقت في الحيض لا تحتسب الحيضة التي طلقت فيها، بل تنتظر ثلاث حيضات بعد هذه الحيضة.

والمراد بالحيض، الدم الخارج من فرج المرأة حال صحتها في غير ولادة أو افتضااض، فركنه بروز الدم من الرحم، ووقته بلوغ الأنثى تسع سنين قمرية على المعتمد في المذهب الحنفى، فإذا رأت الصغيرة الدم قبل هذا السن فهو دم علة وفساد. وقد يمتد الحيض إلى آخر العمر، ولم يأت دليل على أنه له غاية ينتهى إليها، فمتى رأت العجوز المسنة الدم، فهو حيض.

وأقل مدة الحيض ثلاث أيام وثلاث ليال، وأكثرها - عند الحنفية - عشرة أيام بعشر ليال، فإن كانت معتادة وزادت على عاداتها فيها دون العشرة كان الزائد حيضا، فلو كانت عاداتها ثلاثة أيام مثلا، ثم رأت الدم أربعة أيام، انتقلت عدتها إلى الأربعة واعتبر الرابع حيضا. لأن العادة تثبت بمرة .. وهكذا إلى العشرة فإذا جاوزت العشرة، كان الزائد استحاضة وليس حيضا وترد إلى عاداتها.

ولا حد لأكثر الطهر المتخلل بين الحيضتين واختلفوا في أقله وقدره بعضهم بخمسة عشر يوما.

ويشترط في دم الحيض أن يكون على لون من ألوان الدم الآتية :

١- السواد: لما روى من أن فاطمة بنت أبي حبيش كانت تستحاض فسألت

وقد رد الأحناف على ذلك بأن القروء وهى جمع قرء بذاتها مميزة من معناها مذكر وعلى ذلك يكون تأنيث اسم عددها صحيحا، واللغة لا تمنع من تسمية شيء واحد باسم = التنكير والتأنيث كالبر والحنطة فيقال هذا البر وهذه الحنطة وإن كانت البر والحنطة شيئا واحدا فكذا القراء والحيض أسماء للدم المعتاد وأحد الأسمين مذكر وهو القراء والآخر مؤنث وهو الحيض.

(راجع: بدائع الصنائع جـ 3 ص 494 وما بعدها - على حسب الله في الفرقة بين

الزوجين ص 192 وما بعدها)

النبي عليه السلام فقال لها: (إن دم الحيض أسود يعرف: فإذا كان ذلك فأمسكى عن الصلاة، وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي، فإنما هو عرق).

٢- الحمرة: لأنها أصل لون الدم.

٣- الكدرة: وهي التوسط بين لون البياض والسواد، كالماء الوسخ. إنما تكون الكدرة حيضاً في أيام الحيض، وفي غيرها لا تعتبر حيضاً لحديث أم عطية رضي الله عنها قالت: «كنا لا نعد الصفر والكدرة بعد الطهر شيئاً».

والخضرة نوع من الكدرة.

٤- الصفرة: وهي ما تراه المرأة كالصديد يعلوه اصفرار لحديث أم عطية سالت الذكر، ولحديث عقة بن أبي عقة عن أمه مرجانة مولاة عائشة رضي الله عنها قالت: النساء يبعثن إلى عائشة بالدرجة فيها الكرسف^(١) فيه الصفرة، فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء»^(٢).

٢٢٦- عدة ممتدة الحيض:

إذا استمر نزول الدم على المرأة، وبدون انقطاع أمكن تمييزه عن دم الحيض، فإنه يكون من دم الاستحاضة، وتعد بثلاث حيضات، ولا عبرة بدم الاستحاضة لما روى من أن فاطمة بنت أبي حبيش كانت تستحاض فسألت النبي عليه السلام فقال لها: (إن دم الحيض أسود يعرف، فإذا كان ذلك فأمسكى عن الصلاة، وإذا كان الآخر فتوضئي وصلين فإنما هو عرق).

وإذا كان الدم المستمر حيضاً كله، أو اختلط عليه أمره، وكان لها عادة معروفة لأيام حيضها، فإنها تراعى عاداتها، وتكون عاداتها بمضى مدة كافية لثلاث حيضات بحسب عاداتها المعروفة وإذا اختلط عليها أمر دمها ولم تكن لها عادة معروفة أو كانت لها ونسيتها فإن عدتها تنقضي بمضى سبعة أشهر من وقت الطلاق، وأساس هذه المدة، أن يعتبر لها ثلاث حيضات تقدر بثلاثين يوماً

(١) الدرجة: تأنيث درج وهو ما تدخله المرأة من قطن وغيره، لتعرف هل بقي من أثر الحيض شيء أم لا. والكرسف: القطن.

(٢) القصة: القطن: أي حتى تخرج القطنه بيضاء لا يخالطها صفرة.

(راجع بدائع الصنائع ج ١ ص ٢٩ - شرح فتح القدير ج ١ ص ١٠٠).

أى يقدر لكل حيضة أقصى مدة الحيض وهى عشرة أيام ويعتبر لها ثلاثة أطهار ويقدر كل طهر بشهرين أى بأربعة أمثال أقل مدة الطهر وذلك كله للاحتياط. وهذا رأى هو المفتى به فى المذهب الحنفى^(١).

٢٢٧- عدة ممتدة الطهر:

ممتدة الطهر، هى المرأة من ذوات الحيض، التى رأت الحيض ولو مرة واحدة لمدة ثلاثة أيام وهى أقل مدة الحيض، ثم انقطع حيضها واستمر طهرها. وعدتها تكون بالقروء فتستمر معتدة حتى تحيض ثلاث حيضات أو تبلغ سن اليأس وهو خمس وخمسين سنة - كما سنرى - فتصير من ذوات الأشهر وتعتد بثلاثة أشهر.

٢٢٨- كيف يعرف انقضاء العدة بالحيض؟

القول فى انقضاء عدة المرأة بالحيض، بقولها وتصدق فى عدتها لا إلى أجل.

وأقل مدة لانتهاء العدة بالحيض ستون يوما طبقا لرأى الإمام أبى حنيفة المفتى به فى المذهب باعتبار أن المعتدة بالحيض تحتاج إلى ثلاث حيضات لانقضاء عدتها بالحيض يتخللها طهران بالضرورة، وتقدر كل حيضة بأقصى مدة الحيض وهى عشرة أيام للاحتياط ومقدار أقل الطهر خمسة عشرة يوما ولا حد لأكثره فيكون مجموع الأيام ستين يوما^(٢).

فإذا ادعت المطلقة انتهاء عدتها بالحيض بثلاث مرات بعد الطلاق، وكان قد انقضى ستون يوما فأكثر صدقت بيمينها ولا تصدق فى انقضاء العدة بأقل من ذلك إلا إذا فسرت، بأن قالت أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق

(١) عمر عبد الله ص ٥٥٩ - الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة ص ٦٦ وما بعدها - وهناك رأى آخر يقول بأن عدتها فى هذه الحالة تقدر بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة اعتبارا بالأمر الغالب لأن المرأة فى الأعم الأغلب من الحالات تحيض مرة كل شهر فتكون ثلاثة الأشهر مشتملة على ثلاث حيضات.

(٢) وعند صاحبين تسعة وثلاثون يوما لأنهما يقدران كل حيضة بأقل مدة الحيض وهى ثلاثة أيام فيكون مجموع الأيام تسعة وثلاثين يوما.

مع يمينها فيقبل قولها مع هذا التفسير لأن الظاهر لا يكذبها مع التفسير لأنها أمانة في أخبارها عن انقضاء عدتها فإن الله تعالى أثمنها في ذلك بقوله عزل وجل:

﴿ وَلَا تَحِلُّ هُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾، والقول قول

الأمين مع اليمين، مثل المودع^(١) إذا ادعى الرد والهالك.

وانقضاء العدة لا ينحصر في إخبار المرأة به بل يكون به وبالفعل كأن تتزوج بزواج آخر بعد ما مضت مدة تنقضي في مثلها العدة^(٢) حتى لو قالت بعده لم تنقض فإنها لا تصدق لا في حق الزوج الأول ولا في حق الثاني لأن الإقدام على الزواج دليل الإقرار^(٣).

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٩٨ - الهداية ج ٢ ص ٢٠.

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٩٨ وما بعدها - البحر الرائق ج ٤ ص ١٤٧.

(٣) وقد اختلف فقهاء الحنفية في المدة التي تصدق فيها المطلقة إذا كانت نفساء حتى تخبر بانقضاء عدتها على أقوال أرجحها قول الإمام أبي حنيفة أنها لا تصدق في أقل من مائة يوم في رواية الحسن عنه، أو خمسة وثمانين يوما في رواية محمد عنه، لأنه يثبت النفاس خمسة وعشرين يوما إذ لو ثبت أقل من ذلك لاحتاج إلى أن يثبت بعده خمسة عشر يوما طهرا ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لأنه من أصله أن الدمين في الأربعين ألا يفصل بينهما طهر وإن كثر، حتى لو رأت في أول النفاس ساعة دما وفي آخرها ساعة دما وكانت المدة بين الدمين طهرا كان الكل نفاسا عنده، فجعل النفاس خمسة وعشرين يوما، حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر يوما، فيقع الدم بعد الأربعين، فإذا كان كذلك بعد الأربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وثمانون وهي أقل مدة تصدق فيها إذا قالت

انقضت عدتي في رواية محمد عن الإمام، وعلى رواية الحسن عنه فلأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيضا وخمسة طهرا وعشرة حيضا وخمسة طهرا وعشرة حيضا فذلك مائة يوما وهي أقل ما تصدق فيه على هذه الرواية - وهي التي أخذت بها دار الإفتاء للفتوى - قياسا على تقدير أقل مدة تصدق فيها إذا كانت نفساء بستين يوما إذ جرى التقدير هناك على أساس أن مدة الحيض عشرة أيام لا خمسة (فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٥/٥/١٤١١ في الطلب رقم ٧١ لسنة ١٤١١ - أيضا) (الفتوى الصادرة بتاريخ ٢٦/٥/١٤١١ في الطلب رقم ١١٤ لسنة ١٤١٨) - راجع في تعريف النفاس الكتاب الثاني - بند (....).

وينبنى على ذلك أنه إذا كانت المطلقة من ذوات الحيض، وادعى مطلقها انقضاء عدتها برؤيتها الحيض ثلاث مرات كوامل بعد انقضاء مدة ستين يوما على طلاقها، فأعلنها القاضى للحضور لمناقشتها فى ذلك فلم تحضر أو طلب المطلق توجيه اليمين إليها فأعلنت بذلك ولكنها لم تحضر أو حضرت ولم تحلف فإن ذلك يعد إقرارا منها بانقضاء عدتها.

وتطبيقا لذلك قضى بأن :

١- «وحيث إن المقرر فى المذهب الحنفى أن انقضاء العدة بالقروء لا يعلم إلا من جهة الزوجة وقد اتتمنها الشرع على الإخبار به فالقول فيه قولها بيمينها متى كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى انقضاء العدة فيه تحتمل ذلك.

وحيث إن المحكمة قد أعلنت المدعى عليها للحضور لمناقشتها بشأن انقضاء عدتها ولم تحضر.

وحيث إن المدعى قد أعلنها بطلباته وبأن عدتها تنقضى بعد ثلاثة أشهر من الطلاق وبأنها إذا لم تحضر تعد مقرة بذلك.

وحيث إن المدعى عليها لم تحضر رغم إعلانها ولم تدع انقضاء عدتها فى ميعاد آخر أو عدم انقضائها فإن ذلك يعد إقرارا منها بانقضاء عدتها بعد ثلاثة أشهر من الطلاق الحاصل فى ٣٠ / ١١ / ١٩٨٥ أى تنقضى فى ٣ / ١ / ١٩٨٦.

ولما كان ذلك وكان الحكم القاضى بالنفقة قد فرضها على المدعى وحتى انقضاء عدة المدعى عليها شرعا وقد انقضت عدتها فى ٣ / ١ / ١٩٨٦ فإنها لا تستحق نفقة من ذلك التاريخ ويتعين القضاء بإبطال ما هو مقرر لنفقتها من ذلك التاريخ».

(قسم أول طنطا بتاريخ 1988/4/26 فى الدعوى رقم 306

لسنة 1987)

٢- «وحيث إنه من المقرر أن عدة المطلقة بوضع الحمل إذا كانت حاملا أو بنزول الحيض ثلاث مرات كوامل بعد الطلاق إذا كانت من ذوات الحيض أو بمضى ثلاثة أشهر إذا كانت من غير ذوات الحيض وأعلنت المدعى عليها

لحضورها أمام المحكمة لتحلف اليمين عما إذا كانت عدتها قد انتهت وأنها رأت دم الحيض ثلاث مرات كوامل بعد الطلاق وحتى ١/ ١٢ / ١٩٨٧ ولم تحضر المدعى عليها لنفى ذلك أو تنكره فإن القول قولها وتحلف اليمين عند الإنكار، وقد أعلنت للحضور لحلف اليمين على ذلك إلا أنها لم تحضر ومن ثم فإنها تكون ناكلة عن اليمين وتكون الدعوى قائمة على سند من القانون».

(بندر شبين الكوم بتاريخ 1988/6/21 فى الدعوى رقم 264

لسنة 1978)

ولا توجه اليمين إلى المرأة إلا بناء على طلب الزوج لأن اليمين فى حقوق العباد حق الخصم فلا توجه إلا بطلبه.

وقد قضت محكمة النقض دائرة الأحوال الشخصية بأن:

١- «الرأى عند الحنفية أنه إذا ادعى المطلق مضى عدة مطلقة وكذبتة قبل قولها بحلفها إذ الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها والقول فيه قولها بيمينها»⁽¹⁾.

(طعن رقم 18 لسنة 35 ق - جلسة 1967/3/29)

٢- «المقرر فى فقه الأحناف الواجب العمل به طبقاً لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، أن انقضاء العدة بالقروء لا يعلم إلا من جهة الزوجة وقد ائتمنها الشرع على الإخبار به بشرط أن تكون المدة بين الطلاق والوقت الذى تدعى عدم انقضاء العدة فيه تحتمل ذلك».

(طعن رقم 46 لسنة 53 ق - جلسة 1984/5/22)

٣- «... المقرر فى فقه الأحناف الواجب العمل به طبقاً لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن انقضاء العدة بالقروء لا يعلم إلا من جهة الزوجة وقد ائتمنها المشرع على الإخبار به، فالقول فيه قولها بيمينها متى كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى عدم انقضاء العدة فيه تحتمل ذلك وكان النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩

(1) وقد ذهبت المحكمة فى ذات الحكم إلى أن الجدل فى أن المرأة من ذوات الحيض المنتظم هو جدل موضوعى لا يتسع له نطاق الطعن بطريق النقض.

بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق يدل - وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع قد جعل من مدة السنة التالية للطلاق حدا تصدق فيه المطلقة التي توفى عنها زوجها فيما تدعيه من عدم انقضاء عدتها وكان الثابت أن المطعون عليها الأولى طلقت رجعيًا من زوجها قبل وفاته بأقل من سنة وأنكرت رؤيتها ثلاث حيضات كوامل حتى وفاته وحلفت اليمين على ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقيتها للميراث يكون قد أصاب صحيح القانون ولا يعيبه بعد ذلك إن هو اطرح ما قد يكون للمستند المتضمن استيفاء المطعون عليها الأولى نفقة العدة من دلالة ولم يرد عليه استقلالاً مادام أن في قيام الحقيقة التي افتتحت بها وأورد دليلها الرد الضمني المسقط لما أثارته في هذا الخصوص ويكون النعى على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب على غير أساس».

(طعن رقم 73 لسنة 56 ق جلسة 1988/6/28)

أما إذا أقر المطلق بأن مطلقة انقضت عدتها منه برؤيتها الحيض ثلاث مرات والمدة تحتل ذلك، فإنه يؤخذ بهذا الإقرار فيما هو حقه وحق الشرع، ولو أنكرت ما ادعاه وحلفت اليمين على نفيه، فله أن يتزوج بأختها ولكنها لا يملك مراجعتها⁽¹⁾.

(1) فقد جاء بشرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢١: «ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط

نفقتها وله أن يتزوج بأختها لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه».

وجاء بالبحر الرائق ج ٤ من ص ١٤٧: «فالحاصل أنه يعمل بخبريهما بقدر

الإمكان بخبره فيما هو حقه وحق الشرع وبخبرها في حقاها من وجوب النفقة والسكنى».

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

«اطلعنا على السؤال. ونفيد: أنه قال في شرح الدر قبل فصل في الحداد ما نصه «كذبته

في مدة تحتمله لم تسقط نفقتها وله نكاح أختها عملاً بخبريهما بقدر الإمكان» أ.هـ وفي رد

المحتار ما نصه «وفي فتح القدير إذا قال الزوج أخبرتني بأن عدتها قد انقضت فإن كانت

في مدة لا تنقضي في مثله لا يقبل قوله ولا قولها إلا أن تبين ما هو محتمل من إسقاط سقط

متبين الخلق فحينئذ يقبل قولها ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج

٢٢٩- النوع الثاني: العدة بالأشهر:

تكون العدة بالأشهر في حالتين:

الحالة الأولى:

إذا كانت المرأة ليست من ذوات الحيض، بأن كانت صغيرة دون البلوغ أو بلغت بالسن وهي خمس عشرة سنة، ولم تحض، أو بلغت سن اليأس. وسن اليأس عند المرأة هو السن الذي تنقطع العادة الشهرية فيه. وقد اختلف فقهاء الأحناف في تقدير سن الإياس، وهو عند الجمهور خمسة وخمسون سنة وعليه الفتوى. ويشترط للحكم بالإياس في هذه السن أن ينقطع الدم عن المرأة مدة طويلة وهي ستة أشهر في الأصح، ولا يشترط أن يكون انقطاع الدم ستة أشهر بعد سن الإياس في الأصح فلو كان منقطعاً قبل سن الإياس ثم تمت سن الإياس وطلقها فإنه يحكم بإياسها. والقول قول المرأة في عدم إياسها، فإن ادعت أن الحيض يأتيها بانتظام مع ذكر علاماته اعتبرت من ذوات الحيض مهما كان سنها، وتحلف اليمين بناء على طلب الخصم إذا لم يصدقها فيما ادعت^(١).

والعدة في هذه الحالة ثلاثة أشهر لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ

مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ﴾^(٢).

وجعلت العدة ثلاثة أشهر لأنها قائمة مقام ثلاث حيضات حيث جعلت بدلاً عنها ولأن الغالب في المرأة أنها تحيض كل شهر مرة فاعتبرت مدة ثلاث

بأختها لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه» أ هـ. فالحاصل أن يعمل بخبريهما بقدر الإمكان بخيره فيما هو حقه وحق الشرع، ويخبرها في حقها من وجوب النفقة والسكنى».

(فتوى صادرة بتاريخ 1919/9/24)

(1) أنظر فتوى دار الإفتاء الصادرة بتاريخ ٨/ ١١ / ١٤٨١ - وقارن الحكم الصادر من محكمة النقض بتاريخ ٢٢/ ٥ / ١٤١٢ (منشوران بهذا البند).

(2) سورة الطلاق من الآية (٤).

الحيضات.

وتحسب العدة بالأشهر الهجرية إذا ابتدأت في أول الشهر وإن نقص بعضها عن ثلاثين يوماً، أما إذا ابتدأت في أثناء الشهر احتسب بالأيام عند أبي حنيفة فتكون تسعين يوماً، وعند الصاحبين^(١) يكمل عدة الشهر الأول ثلاثين يوماً من الشهر الرابع ويحتسب الشهران المتوسطان بينهما بالأشهر^(٢).

وإذا رأت المعتدة في هذه الحالة دم الحيض قبل انتهاء عدتها اعتبرت من ذوات الحيض، فتستأنف عدة كاملة بالحيض، ويغلب أن يكون هذا في الصغيرة أو التي بلغت بالسن ولم تحض وإذا رأت الدم بعد انقضاء العدة لم تستأنف العدة بالأشهر^(٣).

«وقد أفتت دار الإفتاء المصرية» بأن :

١- «المنصوص عليه شرعا أن المطلقة إذا لم تكن حاملا وكانت من ذوات

(١) وهذا قول أبي يوسف الأخير، وهناك رواية أخرى عنه مثل أبي حنيفة.

(٢) وقد جاء ببدايع الصنائع ج ٢ ص ٢١٦ ما يأتي: «وجه قولهما أن المأمور به

هو الاعتداد بالشهر والأشهر اسم الأهلة فكان الأصل في الاعتداد هو الأهلة قال الله تعالى يستلونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج جعل الهلال لمعرفة المواقيت وإنما يعدل إلى الأيام عند تعذر اعتبار الأهلة وقد تعذر اعتبار الهلال في الشهر الأول فعدلنا عنه إلى الأيام ولا تعذر في بقية الأشهر فلزم اعتبارها بالأهلة ولهذا اعتبرنا كذلك في باب الإجارة إذا وقعت في بعض الشهر كذا ههنا ولأبي حنيفة أن العدة يراعى فيها الاحتياط فلو اعتبرناها في الأيام لزادت على الشهور ولو اعتبرناها بالأهلة لنقصت عن الأيام فكان إيجاب الزيادة أولى احتياطاً بخلاف كل الإجارة لأنها تملك المنفعة والمنافع توجد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فيصير كل جزء منها كالمعقود عليه عقداً مبتدأً فيصير عند استهلاك الشهر كأنه ابتداء العقد فيكون بالأهلة بخلاف العدة فإن كل جزء منها ليس كعدة مبتدأً وأما الإيلاء في بعض الشهر فقد ذكرنا الاختلاف بين أبي يوسف وزفر في كيفية اعتبار الشهر فيه أن على قول أبي يوسف يعتبر بالأيام فيكمل مائة وعشرين يوماً ولا ينظر إلى نقصان الشهر ولا إلى تمامه وعند زفر يعتبر بالأهلة».

(٣) الأستاذ على حسب الله - الفرقة بين الزوجين ص ٢١١.

الحيض تعتد برؤية الحيض ثلاث مرات كوامل، فإذا لم تكن من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة أو آيسة - وهى التى انقطعت عادتھا لكبر سنھا - فعدتها ثلاثة أشهر كاملة. ومن كانت من ذوات الأقراء ورأت الحيض مرة أو مرتين قبل سن الإياس ثم بلغت هذه السن فإن عدتها تتحول إلى الأشهر فتستأنفها بثلاثة أشهر.

وسن الإياس خمس وخمسون سنة عند الجمهور وعليه الفتوى لكنه. يشترط للحكم بالإياس فى هذه المدة أن ينقطع عنها الدم مدة طويلة وهى ستة أشهر فى الأصح، ولا يشترط أن يكون انقطاع الدم ستة أشهر بعد مدة الإياس فى الأصح، حتى لو كان منقطعاً قبل مدة الإياس ثم تمت مدة الإياس وطلقها زوجها بحكم بإياسها وتعتد بثلاثة أشهر. وفى حادثة السؤال تقرر المطلقة أنها ترى الحيض كل شهر قبل الطلاق ورأته مرة بعد الطلاق ثم انقطع عنها فلا يحكم بأنها آيسة وقت الطلاق وإن تجاوزت الخمس والخمسين، لعدم تحقق الشرط وهو انقطاع الدم عنها مدة طويلة وهى ستة أشهر، وإنما طراً عليها الإياس وهى معتدة حيض فيحكم بإياسها بعد انقطاع الدم عنها ستة أشهر، وتبدأ عدتها بالأشهر بعد ذلك والعبرة فى ذلك بإخبارها لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها، وهى أمينة فيما تخبر به فى حق نفسها، ولا يعول على قول الطبيب بتحديد السن متى كان معروفاً كما فى حادثة السؤال، ولا فى معرفة الحيض والعدة، لأن ذلك لا يعرف إلا من جهة المرأة نفسها كما هو مقرر شرعاً، وبهذا علم الجواب عن السؤال، والله أعلم».

(الفتوى الصادرة بتاريخ 1963/6/29 فى الطلب رقم 323)

(لسنة 1963)

٢- «قال الله تعالى: ﴿... وَالَّتِي يَسِّنْ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحْضَنْ...﴾ من الآية رقم ٤ سورة الطلاق. بينت الآية أن عدة المطلقة التى يؤتى من المحيض أو التى لم تحض مطلقاً لصغر سن أو بلغت بالسن ولم تحض هى ثلاثة أشهر من وقت الطلاق.

واختلفت كلمة الفقهاء فى سن اليأس على النحو التالي:

ففى المذهب الحنفى: أن الآيسة هى من بلغت خمسا وخمسين سنة وهذا هو القول المفتى به، وهناك أقوال أخرى.

وفى الفقه المالكي: أن سن اليأس هو سبعون سنة والمدة من خمسين سنة إلى سبعين سنة يرجع فيها إلى ذوى الخبرة من النساء أو غيرهم فيما إذا كان الدم الذى ينزل من المرأة دم حيض أو غيره.

وفى الفقه الشافعي: أن الآيسة هى من بلغت سن اثنتين وستين سنة. وهذا أصح الأقوال عندهم.

وفى فقه الإمام أحمد: أن الآيسة هى من بلغت خمسين سنة.

فإذا كبرت المرأة وبلغت خمسا وخمسين وانقطع عنها دم الحيض أو لم تحض أصلا تعتبر آيسة متى ثبت شرعا بلوغها هذه السن منقطعا عنها دم الحيض. والقول لها فى انقطاع الحيض أو نزوله عليها، وتصدق إذا ادعت رؤيتها دم الحيض مع هذه السن ومع ذكر علاماته، وتحلف اليمين بطلب خصمها إذا لم يصدقها فيما ادعت. وذلك وفقا لنصوص فقه المذهب الحنفى الذى يجرى عليه القضاء فى أحكام العدة بنص المادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية بالمرسوم بقانون ٧٨ / ١٢١١م. ومتى بلغت المعتدة هذه السن وانقطع عنها دم الحيض لا تكون صالحة فى هذه الحالة للإنجاب عادة لانقطاع دم الحيض عنها. وصلاحيه المرأة للإنجاب تبدأ من البلوغ وتتوقف عادة عند انقطاع حيضها.

ويختلف الأمر من امرأة لأخرى. وسبحان الله القائل: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ

السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهْبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِّثًا وَيَهْبُ لِمَن يَشَاءُ
الذُّكُورَ ۚ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنِّثًا ۚ وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا ۚ إِنَّهُ عَلِيمٌ

قَدِيرٌ﴾ الآيتان ٤٩ و ٥٠ من سورة الشورى والقائل أيضا جل شأنه «هل أتاك

حديث ضيف إبراهيم المكرمين إذ دخلوا عليه فقالوا سلاما قال سلام قوم منكرون. فراغ إلى أهله فجاء بعجل سمين فقربه إليهم قال ألا تأكلون فأوجس منهم خيفة قالوا لا تخف وبشروه بغلام عليم فأقبلت امرأته في صرة فصكت وجهها وقالت عجوز عقيم قالوا كذلك قال ربك إنه هو الحكم العليم». الآيات من رقم إلى ٣٠ من سورة الذاريات. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(الفتوى الصادرة بتاريخ 1981/11/8 في الطلب رقم 1981/183)

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «... ومردود في الشق الثاني بأن فقهاء الحنفية اختلفوا في الإياس وهو عند الجمهور خمس وخمسون سنة وعليه الفتوى وقيل الفتوى على خمسين وفي ظاهر الرواية لا تقدير فيه بل إن تبلغ من السن ما لا يحيض مثلها فيه، وذلك يعرف بالاجتهاد والمماثلة في تركيب البدن والسمنة والهزال، ونبهوا هل يؤخذ بقولها إنها بلغت سن اليأس كما يقبل قولها بالبلوغ بعد الصغر أم لا بد من بينة وينبغي الأول على رواية التقدير أما على رواية عدمه فالمعتبر اجتهاد الرأى ومن ثم - وعلى ما عليه الفتوى - فإن النعى على الحكم بأنه أغفل شروط العدة لا جدوى فيه، إذ هي مما تنفرد به الزوجة ولا يعرفه أحد سواها ومما لا يقع تحت حس الطاعن أو شهوده وهو لا يستطيع أن يطلب يمين المطعون عليها لأن انقطاع الدم أو عدم انقطاعه لم يكن قائما به».

(طعن رقم 39 لسنة 29 ق - أحوال شخصية - جلسة 1962/5/23)

٢- «وحيث إن هذا النعى مردود (أولا) بأن فقهاء الحنفية اختلفوا في الإياس وهو عند الجمهور خمس وخمسون سنة وعليه الفتوى وقيل على خمسين وفي ظاهر الرواية لا تقدير فيه بل إن تبلغ المرأة من السن ما لا يحيض مثلها فيه وذلك يعرف بالاجتهاد والمماثلة في تركيب البدن والسمنة والهزال».

(طعن رقم 16 لسنة 34 ق - أحوال شخصية - جلسة 1966/3/30)

٣- «المفتى به في مذهب أبي حنيفة أن حد إياس المرأة خمس وخمسون سنة - وقيل الفتوى على خمسين - وشرطه أن ينقطع الدم عنها لمدة طويلة وهي ستة أشهر في الأصح سواء كان الانقطاع قبل مدة الإياس أو بعد مدته،

فإن هي بلغت الحد واستوفت الشرط حكم بإيائها واعتدت بثلاثة أشهر، فإن عاودها الدم على جاري عاداتها قبل تمام هذه المدة انقطعت عدة الأشهر واستأنفت العدة بالأقراء، وأن القول في انقضاء عدة المرأة هو قولها بانقضائها في مدة يحتمل الانقضاء في مثلها، وهو ما اختارته لجنة وضع قانون الأحوال الشخصية حيث نصت في البند الثالث من الفقرة جـ من المادة ٦٦٥ من مشروع القانون على أن «من بلغت الخمسين فإنها تعتد بثلاثة أشهر إن كان الحيض قد انقطع عنها ستة أشهر قبل الخمسين أو بعدها».

(طعن رقم 30 لسنة 36 ق - أحوال شخصية - جلسة 6 يناير

سنة 1971)

الحالة الثانية:

إذا توفى الزوج عن زوجته ولم تكن حاملا، فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى في سورة البقرة: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَرِيضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾.

ويستوى أن يكون الزوج قد دخل بزوجه أو لم يدخل، إلا أنه يجب أن يكون الزواج صحيحا، لأن هذه العدة لإعلان الحزن على زوال نعمة الزواج بالموت.

وتكون الأشهر كاملة بالأهله إذا ابتدأت العدة من أول الشهر، وتنتهي في نهاية اليوم العاشر بعد الأربعة، وإذا ابتدأت في أثناء الشهر يجرى فيها الخلاف الذي ذكرناه.

فعند أبي حنيفة تكون مائة وثلاثين يوما، وعند صاحبين يكمل الشهر الأول من الخامس وما بينهما بالأهله.

والحكم في هذا التقدير أن هذه المدة هي التي يبين فيها كون المرأة حاملا أو غير حامل، لأن الجنين يمر بعدة أطوار، أربعون يوما نطفة، وأربعون علقة، وأربعون مضغة، ثم تنفخ فيه الروح، ولأن هذه المدة - كما قالوا - هي أقصى ما تتحملة الزوجة عادة في البعد.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١١ يناير سنة ١٧٠٠ فى الطلب رقم ٧٦٥ لسنة ١٩٦٩ بأن:

«المقرر شرعا أن الزوجة التى يتوفى عنها زوجها بعد عقد صحيح يجب عليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ سواء كانت الزوجة مدخولا بها أم لم تكن مدخولا بها. وسواء أكانت من ذوات الحيض أم لم تكن، لأن هذه العدة إنما هى لإعلان الحزن وعلى زوال نعمة الزواج بالموت. وهذه المدة تحتسب بالأشهر القمرية. ولو نقصت أيام بعضها عن ثلاثين يوما إذا كانت الوفاة قد حدثت فى أول جزء من الشهر، أما إذا كانت الوفاة قد حدثت بعد مضى جزء من الشهر فإنها تحسب بالأيام (مائة وثلاثين يوما كاملة وهذا عند أبى حنيفة) وقال صاحبان تحتسب الأشهر الثلاثة المتوسطة بالأهلة، أما الشهر الأول الناقص فتكمل أيامه من الأخير ثلاثين يوما ثم يزداد عليه عشرة أيام كاملة. وعلى ذلك فيجب على زوجة المتوفى المذكور أن تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام، ولا تأثير لدخول زوجها بها وعدم دخوله على الإيجاب المذكور طبقا لما أوضحناه. ومما ذكر يعلم الجواب عن السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

٢٣- النوع الثالث: العدة بوضع الحمل:

إذا كانت المرأة حاملا وقت الفرقة، سواء كانت الفرقة بالوفاة أو غيرها، وسواء كان الزواج صحيحا أو فاسدا، فإن عدتها تنقضى بوضع الحمل، ولو كان الوضع بعد الوفاة مباشرة. ولا بد من وضع الحمل مستبين الخلق كله أو بعضه، سواء ولد حيا أو ميتا، فإن لم يكن مستبين الخلقة بأن كان علقه أو مضغة غير مخلقة فلا تنتهى العدة بوضعه.

وسند ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾،

وهذه الآية عامة فى المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن وإن كان سياقها فى المطلقات، لأنها نزلت بعد آية البقرة وهى قوله تعالى: (والذين يتوفون منكم

ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً)، فتكون ناسخة لعمومها. ويؤيد ذلك ما روى عن أبي ابن كعب قال: قلت يا رسول الله: «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن» هي المطلقة ثلاثاً أم المتوفى عنها؟ قال: «هي المطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها».

وما روى عن ابن مسعود أنه قال: «نسخت سورة النساء كل عدة «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن» أجل كل حامل مطلقة أو متوفى عنها زوجها أن تضع حملها، وما روى من أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فجاءت إلى النبي عليه السلام فاستأذنته أن تتكح فأذن لها فنكحت» وفي لفظ أنها وضعت بعد وفاة زوجها بأربعين ليلة⁽¹⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٠ / ٣ / ١٤١٥ هـ في الطلب رقم ٦٦١ لسنة ١٤١٥ هـ بأن:

«المقرر شرعاً أن عدة الحامل تنقضى بوضع الحمل - وقد نص الفقهاء على أنه ليس بلازم في الجنين الذي تنقضى به العدة بوضعه أن ينزل حياً بل تنقضى العدة بنزوله ولو كان سقطاً ميتاً بشرط أن يكون مستبين الخلقه ولو في بعض أجزائه. فإن كان مضغة لا يتبين فيها شيء من خلقه الإنسان فلا تنقضى العدة، وإذا صح أن هذه السيدة قد نزل سقطها مستبيناً بعض الخلق فإن عدتها تنقضى به، وتكون نهايتها اليوم الذي نزل فيه السقط ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال - والله سبحانه وتعالى أعلم».

٢٣١- تحول العدة من نوع إلى آخر:

١- «إذا كانت عدة المرأة بثلاثة أشهر، إما لصغرها أو لأنها لم تر الدم أصلاً، أو لبلوغها سن اليأس، ثم رأت دم الحيض قبل أن تنتهي الأشهر الثلاثة، وجب عليها أن تستأنف عدة جديدة بثلاث حيضات، ولو كانت قد قضت أكثر العدة بالأشهر لأن الاعتداد بالأشهر وجب عليها لأنها ليست من ذوات الحيض

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص ٦٥١ وبعدها.

فكانت الأشهر الثلاثة بدلا عن الحيضات، وقد وجد الأصل قبل أن يتم المقصود بالبدل فيسقط اعتبار البدل.

أما إذا لم تحض إلا بعد انتهاء ثلاثة الأشهر فإن عدتها تكون قد انقضت بانقضاء ثلاثة الأشهر ولا يجب عليها استئناف عدة جديدة.

٢- إذا كانت عدة المرأة بالحيض، وحاضت مرة أو مرتين ثم بلغت سن اليأس تحولت عدتها إلى الأشهر فتستأنف عدة جديدة مقدارها ثلاثة أشهر لأنه تعذر الاعتداد بالأصل فتعتمد بما يقوم مقامه وهو الأشهر.

٣- من طلقها زوجها طلاقا رجعيا ولم تكن حاملا، ثم مات وهي في العدة، تحولت عدتها من عدة طلاق سواء كانت بالحيض أو الأشهر إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء كان طلاقها في حالة الصحة أو مرض الموت، لأن الزوجية قائمة في الطلاق الرجعي فكأن الزوجية زالت بالموت، ويسرى في حقها قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ .

٤- من طلقها زوجها طلاقا بائنا ولم يكن فارا من الميراث، ثم مات وهي في العدة، فإنها تكمل عدتها سواء كانت بالحيض أو بالأشهر ولا تستأنف عدة جديدة لأن الطلاق البائن يزيل الملك فقد زالت زوجيتها ولذلك لا ترثه، أما إذا كان الزوج فارا من الميراث، فإن عدتها تكون بأبعد الأجلين: وهما عدة الطلاق وعدة الوفاة. (أنظر في التفصيل البند التالي).

٢٢٢- عدة مطلقة الفار من الميراث:

إذا طلق الرجل امرأته وهو في مرض الموت طلاقا بائنا بدون رضاها، ثم مات وهي في العدة، اعتبر فارا من الميراث أى ميراث الزوجة، وتكون عدتها بأبعد الأجلين: وهما عدة الطلاق وعدة الوفاة^(١)، فإذا كان إتمام عدتها بالأقراء يستغرق زمنا أكثر من أربعة أشهر وعشرة أيام وجب أن تكمل عدتها بالأقراء،

(١) المادة ٢١٩ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

وإن كان يستغرق زمنا أقل وجب أن تعدد عدة الوفاة، وذلك لأن الإجماع على أنها ترثه رغم الطلاق البائن فكان لابد من التوفيق بين اعتبارين:

الأول: أنه لما كان الطلاق بائنا فإن المطلق يكون قد مات عنها وهي ليست زوجة فلا تجب عليها عدة الوفاة بل تجب عليها عدة الطلاق.

الثاني: أنها ورثت من مطلقها والميراث لا يكون إلا حال قيام الزوجية، فاعتبر الزواج قائماً حكماً وقت الوفاة فتجب عليها عدة الوفاة. وهذا رأى الإمامين أبى حنيفة ومحمد المفتى به فى المذهب^(١).

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

١- «اطلعنا على السؤال ونفيد: أن المطلقة بائنا وهي من ذوات الحيض تعدد بالحيض ولا تنتقل عدتها لوفاة زوجها وهي فى العدة إلا إذا كان فارا به وفراره به يكون بأن طلقها بائنا فى مرض موته طائعا بغير رضاها ففى هذه الحالة تكون عدتها أبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق احتياطاً. ففى حادثتنا إذا كان قد طلقها الطلاق المذكور فى صحته أو فى مرض موته برضاها أو مكرها كانت عدتها عدة الطلاق فيجب عليها أن تتم ثلاث حيض أما إذا كان الطلاق المذكور فى مرض موته طائعا بغير رضاها حتى كان فارا كانت عدتها أبعد الأجلين.

فإذا كان أبعد الأجلين هو عدة الوفاة بأن رأت الحيضتين الباقيتين قبل مضى أربعة أشهر وعشرة أيام وجب عليها التربص إلى تمام عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام. وإن كانت عدة الطلاق أبعد بأن مضى عليها أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تر فيها الحيضتين الباقيتين وجب عليها التربص إلى أن يتم لها ثلاث حيض بالحيضة التى رأتها قبل الوفاة. وبما ذكرنا علم الجواب عن السؤال متى كان الحال كما ذكر والله أعلم».

(١) وذهب أبو يوسف إلى أنها تعدد عدة الطلاق فقط لأن الزواج قد انقطع بالطلاق البائن فلم تكن زوجة حين الوفاة والقول بقيام الزوجية حكماً لتعليل الإرث استثناء من الأصل لرد قصده عليه من حرمانها من الإرث بالاستثناء لا يجوز التوسع فيه فلا يجب اعتبارها قائمة بالنسبة لغيره من الأحكام مثل العدة.

(فتوى صادرة بتاريخ 1940/7/25)

٢- «المقرر فقها أن المطلقة بائنا لا ترث مطلقها إذا كان الطلاق فى الصحة أو فى المرض العادى الذى لا يغلب فيه الهلاك سواء أمات المطلق وهى فى العدة من ذلك الطلاق أم بعدها. والمرض العادى هو الذى لا يعتبر مرض موت شرعا. أما إذا كان الطلاق فى مرض الموت ولم يكن برضا الزوجة فإنها ترث مطلقها إذا مات وهى فى عدته من ذلك الطلاق. أما إذا مات بعد انقضاء عدتها فإنها لا ترثه. وكذلك إذا كان برضاها. ومرض الموت هو المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقدير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفا بين الناس أنه من العلل المهلكة. فضايط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت. هذا والمرض الذى يستمر طويلا ويلزم صاحبه حتى الموت لا يعتبر مرض موت إلا إذا كان يتزايد ويشد دائما. وفى حادثة السؤال: تقرر السائلة أن مطلقها المذكور طلقها الطلاق المكمل للثلاث وهو فى مرض موته الذى مات منه وبسببه وبغير رضاها وهى لا تزال فى عدته من ذلك الطلاق بقصد الفرار من إرثها له. ونحن لا نستطيع التقدير بما إذا كان مرض الزوج هو مرض موت أو لا فإذا كان الأمر كما تقرر السائلة وتحققت سائر الشروط التى قررها الفقهاء لاعتباره فارا من الإرث. فإن مطلقها المذكور يعتبر فارا من الإرث وترثه مطلقته المذكورة شرعا. ويكون لها نصيبها الشرعى وهو الثمن إن كان له فرع وارث. والربع إن لم يكن له فرع وارث. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله تعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1967/2/21 فى الطلب رقم 51 لسنة 1967)**٢٣٣- الفرقة التى تجب فيها العدة:**

تجب العدة للمرأة التى فارقتها زوجها بعد زواج صحيح، سواء كانت الفرقة طلاقا أو فسحا، بسبب من جهة الزوج أو من جهة الزوجة.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 11/9/4948 بأن ارتداد المطلقة حال عدتها لا يسقط وجوب الاعتداد عليها بالردة وقد جاء بالفتوى:

«اطلعنا على السؤال. والجواب أن المرأة إذا خرجت عن دين الإسلام كانت مرتدة والمرتدة مخاطبة شرعا بأحكام الإسلام ويجب عليها العمل بها ومنها العدة فلا يسقط وجوب الاعتداد عليها بالردة. وما دامت في العدة لا يجوز لها أن تتزوج بزواج آخر. فإذا أقدمت على ذلك كان الزواج باطلا شرعا، كما أن زواجها بآخر بعد العدة باطل ما لم تعد إلى الدين الإسلامي ومن هذا يعلم الجواب حيث كان الحال كما ذكر به والله تعالى أعلم».

كما تجب العدة للمرأة المنكوحة في نكاح فاسد أو الموطوءة بشبهة، غير أنها لا تجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول الحقيقي، فإذا لم يحصل دخول فلا عدة لها. وتبدأ العدة في العقد الفاسد من تاريخ المتاركة أو الموت وفي الوطء بشبهة من آخر دخول بها.

وإذا كانت الفرقة بعد الدخول في العقد الفاسد والوطء بشبهة بسبب الوفاة، وجبت على المرأة العدة للتحقق من براءة الرحم لا للوفاة لأنه ليس هناك زوجية شرعية تحزن لفواتها ولذلك تكون عدتها في هذه الحالة ثلاث قروء إذا كانت من ذوات الحيض أو ثلاث أشهر إذا لم تكن من ذوات الحيض.

٢٤٤- عدة الكتابية المطلقة من مسلم:

الكتابية التي يطلقها المسلم أو يموت عنها تجب عليها العدة اتفاقا لأن المسلم يعتقد لزوم الاعتداد من نكاحه فتخاطب به الذمية. والعدة تجب عليها كالمسلمة تماما، سواء كانت حاملا أو غير حامل^(١).

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٧/٣/ ١٩٢٣ بأن:

«في متن التتوير وشرحه الدر المختار وحاشية العلامة ابن عابدين عليه - الذمية لو طلقها مسلم أو مات عنها تعدد اتفاقا بين الإمام وصاحبيه سواء كانت حاملا أو حاملا، سواء اعتقدتها هي أو لا لأن المسلم يعتقدده والله أعلم».

٢٢٥- عدة غير المسلمة المطلقة من غير مسلم:

إذا كانت غير المسلمة المطلقة من غير مسلم حاملا فإنه يجب عليها العدة،

وعدتها بوضع حملها.

أما إذا لم تكن حاملاً، فقد ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا عدة لها إذا كانت لا تجب في معتقدهم لأن الله أمرنا بتركهم وما يعتقدون.
أما الصحابان فذهبوا إلى وجوب العدة كالمسلمة.
ورأى الإمام أبي حنيفة هو المفتى به في المذهب^(١).

ما يجب على المعتدة.

(أ) المعتدة من طلاق رجعى أو بائن:

٢٣٦- (١) بقاء مدة العدة في بيت الزوجية:

إذا كانت المرأة تعتد من طلاق رجعى، فقد اتفق الفقهاء على أنه يجب عليها أن تظل مدة العدة في بيت الزوجية التي كانت تقيم فيه وقت الطلاق، فإذا كانت وقت الطلاق بمنزل أهلها كان عليها العودة فوراً إلى بيت الزوجية^(٢).
وإذا كانت المرأة تعتد من طلاق بائن، فقد ساوى الأحناف بينها وبين المعتدة من طلاق رجعى من قضائها مدة العدة بمنزل الزوجية^(٣).

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية - ج ١ ص ٥٦.

(٢) وسند بقاء المطلقة مدة العدة في بيت الزوجية قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمَلَ فَاَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

(٣) وقد استندوا في ذلك إلى قوله تعالى في سورة الطلاق: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴿١﴾ فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَاَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾.

والفاحشة التي تخرج المعتدة من بيت الزوجية بارتكابها هي الزنا، فإذا زنت خرجت

وإذا خرجت المعتدة من بيت الزوجية كانت ناشزا وسقطت نفقتها حتى تعود إليه.

ويسرى هذا الواجب على المعتدة من فسخ بعد زواج صحيح، أو من وفاة كما سنرى، إنما لا يسرى على المعتدة من دخول فى عقد فاسد إذ لم يكن لزوجها عليها حق طاعة ولا أى حق من حقوق الزواج الصحيح، والقرار فى البيت من آثار حق الطاعة فى الزواج الصحيح.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٢/١/ ١٤١٥ فى الطلب رقم ٣٣٥ لسنة ١٤١٥ بأن:

«المنصوص عليه شرعا أن المرأة إذا بانّت من زوجها صارت أجنبية منه لا يحل له الاختلاط بها، ولكنها تعتد فى منزل الزوجية، ويجب أن يوجد بينهما حائل منعا للخلوة إذا كانا بمنزل واحد فلا يلتقيان التقاء الأزواج ولا يكون فيه خوف فتنه. قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا

لإقامة الحد عليها، وقيل الفاحشة هى الخروج نفسه أى لأن يخرجن فيكون خروجهن فاحشة، وهذا تفسير ابن عمر رضى الله عنهما وقد أخذ به الإمام أبو حنيفة. والأمر الذى يرحى أن يحدثه الله هو المراجعة قبل انتهاء العدة.

وهذه الآيات خاصة بالمطلقات بائنا لأن ضمائر الإناث فى الآية تعود إلى المطلقات بائنا فقط لأن المطلقات رجعيا تقدم الحكم ببقائهن فى بيوت أزواجهن، ولأن النفقة والسكنى =

= تجبان فى نظير احتباسهن لحق الزوج حتى يتبين براءة الرحم، لا فرق فى هذا بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا.

عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَعَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوْا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمَ فَسُتْرَضِعْ لَهُ-
 أُخْرَى ﴿ فَأَمَرَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ الْأَزْوَاجَ أَنْ لَا يَخْرُجُوا أَزْوَاجَهُنَّ مِنْ بَيْوتِهِنَّ وَأَمَرَ
 الزَّوْجَاتِ أَنْ لَا يَخْرُجْنَ. وَهَذَا الْأَمْرُ يَنْتَظِمُ الرَّجْعِيَّةَ وَالْمَبْتُونَةَ وَيَتَنَاوَلُ الطَّلَاقَ
 الْأَوَّلَى وَالثَّلَاثَةَ، فَإِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَجَبَ عَلَيْهَا أَنْ تَتْرَكَ مَنْزِلَ الْعِدَّةِ إِلَى
 مَسْكَنِهَا أَوْ مَسْكَنِ أَهْلِهَا. لِأَنَّ الشَّرِيعَةَ الْإِسْلَامِيَّةَ قَدْ حَرَمَتْ اخْتِلَاطَ الْمَرْأَةِ
 بِالْأَجَانِبِ.... الخ. ».

وتقيم المطلقة في بيت الزوجية مع زوجها، وإذا كانت المرأة تعتد من طلاق بائن أو المكمل للثلاث كان عليها أن تبيت بحجرة مستقلة، فإذا كان البيت عبارة عن مكان واحد فيحال بينهما في البيت بستر، إلا أن يكون الزوج فاسقا فيحال بامرأة ثقة تقدر على الحيلولة بينهما، وإن تعذر ذلك كان لها أن تخرج من بيت الزوجية لأن لها عذرا، والعبادات تؤثر فيها الأعذار، والأرجح أن يخرج الزوج لأنه إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم، وكذلك في كل موضع يتحقق عذر يبيح للمرأة الخروج من بيت الزوجية.

ولم يذكر الفقهاء الأعذار التي تبيح للمرأة الخروج من بيت الزوجية على سبيل الحصر، وإنما ذكروا أمثلة لها، ومن بينها طرد المطلق لها من بيت الزوجية ظلما، أو أن تخشى سقوط البيت عليها، ولكن لا يعد عذرا شغل المسكن بسكنى المطلق، فإذا لم يسعهما كان خروجه منه أولى.

وإذا تحقق العذر فتخرج المرأة إلى المنزل الذي يختاره المطلق.

والحكمة في إلزام المعتدة بالاعتداد في بيت مطلقها هي تمكن الزوج من مراقبتها وصيانتها في عديتها حتى تنتهي، كما أن اعتدادها بالبيت الذي كانت تعاشر فيه زوجها إلى حيث الطلاق يحملها دائما على تذكر نعم الزوجية وعدم نسيانها، كما أن قربها من مطلقها يحمله على إعادة التفكير فيما حدث، فيكون ذلك طريقا إلى عودة الزوجية بينهما مرة أخرى بمراجعتها إذا كان الطلاق رجعيا، أو بالعقد عليها أن كان بائنا.

ويقع الالتزام بالبقاء فى بيت الزوجية على المعتدة من طلاق أو فسخ بعد زواج صحيح أو من وفاة.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن :

١- «.... إن على المعتدة من طلاق أن تعتد فى المسكن المضاف إليها بالسكنى وقت الطلاق وعليهما إذا كان الطلاق بائناً كما فى الحادثة ألا يلتقيا التقاء الأزواج وألا يختلئ بها لأنها أجنبية عنه فإذا كان الزوج فاسقاً بحيث يخشى منه عليها وجب حينئذ أن يخرج ويترك لها المسكن. هذا ولها أن تسكن مع مطلقها بعد انقضاء العدة فى مسكن واحد إذا لم يلتقيا التقاء الأزواج ولم تخف الفتنة بينهما. هذا ما تقتضيه نصوص الفقهاء وبه علم الجواب عن السؤال متى كان الحال كما ذكر والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1939/10/25)

٢- «المنصوص عليه شرعاً أن المرأة إذا بانئت من زوجها صارت أجنبية منه لا يحل له الاختلاط بها، ولكنها تعتد فى منزل الزوجية، ويجب أن يوجد حائل منعا للخلوة إذا كانا بمنزل واحد فلا يلتقيان التقاء الأزواج ولا يكون فيه خوف من فتنة... الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1965/7/12 فى الطلب رقم 435)

(سنة 1965)

٢٣٧- الرأى فى التزام المعتدة بالبقاء فى بيت الزوجية فترة العدة فى

الآونة الحاضرة :

المشاهد أن الناس درجوا على عدم الالتزام بالحكم الشرعى السابق الذى يقضى ببقاء المعتدة فى بيت الزوجية خلال فترة العدة، وجروا على نقل الزوجة بعد الطلاق إلى مسكن أهلها لاستقباحهم بقائها مع مطلقها فى مسكن واحد، ومرجح ذلك أن الطلاق أصبح لا يتم فى آداب الإسلام التى تقضى أن تكون المفارقة بإحسان، وإنما يتم بين المنازعات والمخاصمات مما يتعذر معه بقاء

المطلقة في مكان واحد مع مطلقها فأصبحت الضرورة قاضية بإبعاده عن موطن الخصام والمنازعة حرصاً على حياتها ومالها، وبسبب هذه الضرورة أجاز بعض الفقهاء - بحق - في هذا الزمن خروج المطلقة للاعتداد في بيت أهلها، ذلك أن الضرورات تبيح المحظورات.

(راجع في الضرورة الكتاب الثاني بند 156)

إنما لا يمكن الاستناد في ذلك إلى العرف، لأنه عرف فاسد مخالف لصريح نص القرآن، فلا يصلح لأن يكون مستنداً لحكم من الأحكام^(١).

٢٣٨ - (٢) عدم الخروج من بيت الزوجية :

يجب على المعتدة ألا تخرج من بيت الزوجية طوال فترة العدة، ولو كان بإذن الزوج بخلاف ما قبل الطلاق لأن حرمة الخروج بعد الزواج للعدة هي حق لله تعالى فلا يملك إبطاله، بخلاف ما قبله فيملك الزوج إبطال حق نفسه بالإذن بالخروج^(٢).

ولا يجوز لها أن تسافر للحج أو العمرة، رغم أن الحج فريضة لأنه يمكن أدائه في باقي العمر.

ولا يجوز لها الخروج لقضاء مصالحها لأن نفقتها واجبة على مطلقها فقضاء مصالحها ليس عذراً مقبولاً لخروجها وإنما يباح لها الخروج في حالة الضرورة فقط^(٣).

ولو اختلعت المعتدة على نفقة عدتها قيل لها أن تخرج نهاراً لكسب قوتها، وقيل لا تخرج لأنها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها^(٤).

وما رآه الكمال بن الهمام أنه يجب النظر إلى كل حالة على حدة فإذا كانت المختلعة تعجز عن المعيشة إذا لم تخرج لكسب مؤونتها جاز لها الخروج

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى في أحكام الأسرة في الإسلام ص ٨٠. وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع - ج ٢ - ص ٢٠٥.

(٣) المادة ٢٢٢ من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا.

(٤) الهداية - ج ٢ - ص ٤٤٤.

أما إذا كانت ليس كذلك فلا يجوز لها الخروج^(١).

أما الكتابية فلها أن تخرج لأن السكنى فى العدة حق لله تعالى من وجه فتكون عبادة من هذا الوجه والكفار لا يخاطبون بشرائع هى عبادات، إلا أن يمنعها الزوج من الخروج لتحسين مائه.

٢٢٩- (٣) الإحداد للمطلقة بئنا :

ذهب الأحناف - خلافا للشافعية - إلى أنه يجب على المطلقة بئنا الإحداد على زوجها فى فترة العدة تأسفا على ما فاتها من حسن العشرة وإدامة الصحبة وصونها وكفاية مؤنتها حتى الفرقة، وقد نهى النبى عليه السلام المعتدة أن تختضب بالحناء وقال: (الحناء طيب)^(٢).

(أنظر فى الإحداد بند 243).

أما المعتدة من طلاق رجعى فيستحب لها أن تتزين لزوجها، ليرجعها إلى عصمتها، فالزوجية لا تزال قائمة طوال مدة العدة^(٣).

٢٤٠- هل تجوز خطبة المعتدة من طلاق رجعى أو بئنا؟

راجع المجلد الأول بند (6).

(ب) المعتدة من وفاة :

٢٤١- (١) البقاء مدة العدة فى بيت الزوجية :

يجب على المعتدة من وفاة البقاء فى بيت الزوجية طوال مدة العدة، وألا تقيم فى غيره إلا بعذر، ومن قبيل العذر أن يكون نصيبها فى دار الميت لا يكفيها، أو أخرجها الورثة من نصيبها أو عجزت عن أجره بيت الزوجية فتنتقل إلى بيت أقل منه أجره، لأن بقائها فى منزل الزوجية عبادة، والعبادة تسقط بالعذر.

(1) شرح فتح القدير - ج ٢ - ص ٤٤٤.

(2) بدائع الصنائع - ج ٢ - ص ٢٠٩ - والشافعية يرون عدم الإحداد لأن الزوج أوحشها بالفرقة وقطع الصلة باختيار فلا يلزمها التأسف.

(3) الدكتور أحمد الغندور - الطلاق فى الشريعة الإسلامية والقانون - ص ٢٧٩.

وإذا انتقلت المعتدة إلى بيت غير بيت الزوجية لعذر، تعين أن يكون هذا البيت أقرب بيت إلى مسكن الزوجية بقدر الإمكان.

والحكمة في إلزامها بالاعتداد في بيت الزوجية أن وجودها في هذا المسكن الذي عاشت فيه مع زوجها يذكرها به وحياتها معه، فيحملها ذلك على الوفاء له وتنفيذ ما أمرت به من التربص وترك الزينة.

٢٤٢- (٢) عدم الخروج من بيت الزوجية:

يجب على المعتدة من وفاة عدم الخروج من بيت الزوجية ليلاً، وإذا خرجت منه ليلاً فلا تثبت إلا فيه.

ولها أن تخرج منه نهاراً لكسب نفقتها لأنه لا نفقة عدة لها وليس لها زوج يقوم بشئونها^(١). وعلى ذلك إذا كانت نفقتها في مال لها فلا يجوز لها الخروج كالمطلقة.

٢٤٣- (٣) الإحداد:

يجب على المعتدة من وفاة أن تحتد على زوجها، وذلك لفوات النكاح وهو نعمة في الدين خاصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وغضها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بدون النفقة، وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الإحداد إظهاراً للمصيبة والحزن.

وتلزم المرأة بالإحداد وإن أمرها الميت بتركه لأنه حق الشرع لأن الزينة من دواعي الرغبة وهي ممنوعة من النكاح فتجنبها لئلا تعتبر ذريعة إلى الوقوع في المحرم^(٢).

فيجب عليها ترك الزينة، فلا تتحلّى بالفضة والذهب والجواهر أو الكحل أو الطيب ونحو ذلك من وسائل التجميل وأدواته.

ولا يحل لها ارتداء الأثواب الجديدة التي تفوح منها رائحة العطر^(٣)، أو

(١) بدائع الصنائع - ج ٢ ص ٢٠٥.

(٢) التنوير والدر المختار بحاشية ابن عابدين ج ٢ - ص ٥٢١.

(٣) الهداية - ج ٢ - ص ٢٢.

الأثواب المصنوعة من الحرير، ويحل لها ارتداء الملابس السوداء ما لم تكن براقاً^(١).

وقد قال تعالى في الإحدا:

(لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً).

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٣ / ١٢ / ١٤٤٨هـ بأن:

«إن الواجب على كل مسلم ومسلمة تلقى مصيبة الموت بالصبر الجميل والرضا بقضاء الله تعالى وأن مدة الحداد أربعة أشهر وعشر على الزوج المتوفى وثلاثة أيام على من مات من الأقارب ونحوهم فيجب على الزوجة أن تحد على زوجها أربعة أشهر وعشراً فقط، ويباح للمرأة أن تحد على أقاربها ونحوهم ثلاثة أيام فقط. ويحرم الإحدا فيما زاد على ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً) والإحدا يكون بترك الزينة والطيب ونحوه ولا يكون بلطم الخدود وشق الجيوب وحلق الشعر والنوح والندب وغير ذلك مما هو محرم شرعاً. أما لبس الثياب السوداء بقصد الإحدا فلا يباح إلا في مدة الإحدا المشروعة والله تعالى أعلم».

ولا يجب الحداد على معتدة صغيرة أو على معتدة غير عاقلة، لأنهما غير مخاطبتين بالأحكام الشرعية لعدم التكليف.

٢٤٤- خطبة المعتدة من وفاة:

راجع المجلد الأول بند (٦).



موضوع رقم (٢٢)

الخلع

أولا : الخلع فى الفقه الإسلامى

٢٤٥- الخلع لغة :

جاء بمختار الصحاح^(١) (خَلَعَ) ثوبه ونعله وقائدهَ وخَلَعَ عليه (خُلْعَةً) كله من باب قطع.

وخلع امرأته (خُلْعًا) بالضم و (خُلِع) الوالى عَزَلَ.
و(خالعت) المرأة بعلها أرادته على طلاقها ببدل منها له.
وجاء بالمعجم الوجيز^(٢):

(خَلَعَ) الشيء خُلْعًا: نزعه.....
(تخالع الزوجان) اتفقا على الطلاق بفدية.

٢٤٦- معنى الخلع شرعا :

الخلع بضم الخاء وسكون اللام فى اصطلاح الفقهاء إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما فى معناه كالإبراء والافتداء والبيع والشراء فى مقابل بدل^(٣).

وقد يكون الخلع بغير بدل، فإذا خلع الزوج زوجته من غير بدل، كان ذلك كتابة من كتابات الطلاق يقع به الطلاق بائنا عند الحنفية^(٤)، ورجعيا طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥.
ويقع الخلع سواء بعد الدخول أو قبله.

(١) طبعة الهيئة المصرية للكتاب ص ١٨٥.

(٢) الطبعة الأولى سنة ٤٠٠ هجرية (١٩٨٠ م) ص ٢٠٨.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٤١.

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى ص ٥١١.

وسمى الفراق فى هذه الحالة خلعا، لأن الله جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا للنساء، فإذا افتدت الزوجة نفسها بما تدفعه لزوجها فإنه تكون قد خلعت نفسها من الزوج كما تخلع اللباس من بدنهما.

٢٤٧- الأدلة الشرعية للخلع:

ورد على الخلع أدلة شرعية من القرآن الكريم والسنة الفعلية الشريفة والإجماع.

ونعرض ذلك بالتفصيل فيما يأتي:

١- القرآن الكريم:

قوله تعالى فى سورة البقرة (الآية ٢٢٩): ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمَّ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ۚ﴾.

فالآية الكريمة أحلت للزوجة أن تفتدى نفسها من الزوج ببذل إذا خاف الزوجان ألا يقيما حدود الله.

والمقصود بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ﴾ أى يخافا ألا يقيما حدود الله فيما افترض لكل واحد منهما على صاحبه فى العشرة والصحة^(١)، لأن المغاضبة تدعو إلى ترك الطاعة.

٢- السنة الشريفة:

ما رواه البخارى والنسائى عن ابن عباس من أن جميلة بنت عبد الله بن أبى - امرأة ثابت بن قيس - وكانت تبغضه وهو يحبها - أتت رسول الله ﷺ

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى للإمام العسقلانى الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧

وقالت: «يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين^(١). ولكني أكره الكفر في الإسلام - وكان قد أمهرها حديقة - فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ فقالت: «نعم» وقال لثابت: «إقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، فاختلعت منه بمهرها فقط.

وفى رواية أن زوجة ثابت قالت: «لا أطيقه بغضا». وفى رواية أن الرسول عليه السلام لما سألها أتردين عليه حديقته؟ قالت «نعم وزيادة» فقال لها: «أما الزيادة فلا».

وروى عكرمة عن ابن عباس قال: أول من خالع في الإسلام أخت عبد الله بن أبي، أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله لا يجتمع رأسى ورأسه أبدا، إنى رفعت جانب الخباء فرأيتَه أقبل في عدة إذ هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجها! فقال: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: «نعم، وإن شاء زدته، ففرق بينهما»^(٢).

ويقال: إنها كانت تبغضه أشد البغض وكان يحبها أشد الحب، ففرق الرسول عليه السلام بينهما بطريق الخلع، فكان أول خلع في الإسلام.

(١) تريد بقولها: «ما أعتب عليه في خلق ولا دين»، أنها لا تريد مفارقتها لسوء خلقه ولا نقصان دينه بدليل ما جاء في إحدى الروايات أنها قالت: «لا أطيقه بغضا» وتقصد بما قالت: «ولكني أكره الكفر في الإسلام» أى أكره إن أقمت عنده أن أقع فيما يقتضى الكفر، وكأنها أشارت إلى أنها قد تحملها شدة كراهتها له على إظهار الكفر لينفسخ نكاحها منه، وهى كانت تعرف أن ذلك حرام لكن خشيت أن تحملها شدة البغض على الوقوع فيه، ويحتمل أن تريد بالكفر كفران العشير إذ هو تقصير المرأة في حق الزوج (فتح البارى بشرح صحيح البخارى ص ٣١١).

(٢) تفسير القرطبي ج ٢ ص ١٤٧ - وقد ذكر أبو بكر بن دريد في أماليه أنه أول خلع كان في الدنيا أن عامر بن الظرب - بفتح المعجمة وكسر الراء ثم موحد - زوج ابنته من ابن أخيه عامر بن الحارث بن الظرب، فلما دخلت عليه نفرت منه، فشكا إلى أبيها فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك، وقد خلعتها منك بما أعطيتها، فال فزع العلماء أن هذا كان أول خلع في العرب (فتح البارى بشرح صحيح البخارى ص ٣٠٧).

٣- الإجماع:

أجمع العلماء على مشروعية الخلع. ولم يشذ عنهم سوى أبو بكر بن عبد الله المزني من الشافعية، وليس له سند صحيح في هذا، إذ يستند إلى أن آية النساء وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَاتٍ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾، ناسخة لآية البقرة وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۖ﴾، والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها، وأما برضاها فجائز، فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومته أو على خصوصه^(١).

٢٤٨- الحكمة من الخلع:

الحكمة من الخلع رفع الضرر عن الزوجة، وتمكينها من الخلاص من رابطة الزوجية، عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج، لعدم الانسجام في الحياة الزوجية، وخشية ألا يقيم الزوجان حدود الله بإعطاء كل منهما الآخر حقوقه الزوجية، فكان بدل الخلع من جانب الزوجة لرغبتها الخلاص من زوجية فتحت لها أبواب الشقاء، فعليها أن تبذل لزوجها مالا، لتتخلص منه مادام النفور من جهتها.

ولأن الزوج تجب عليه التكاليف المالية، من مهر ونفقة وإعداد منزل، وبدل الخلع من الزوجة يقوم مقام هذه النفقات^(٢).

كما أن الخلع يعفى الزوجة من طلب التطليق للضرر - إذا توافرت شروطه - حتى تتلافى البوح بأسرار حياتها الزوجية، وقد يحول الحياء بينها

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٦٧ - محمد يوسف شلبي ص ٥٥١.

(٢) الدكتور أحمد الغندور ص ٢٠٠.

وبين ذلك، كما قد يعوزها الدليل على أوجه الضرر التي تستند إليها في دعوى التلطيق، لأن من هذه الصور ما يخفى على الآخرين.

٢٤٩- وقوع الخلع:

إذا حصل التخالع مع ذكر البذل، سواء بلفظ الخلع أو ما اشتق منه، كالاختلاع أو المخالعة أو بلفظ يؤدي معنى الخلع، كالمبارأة أو الافتداء أو البيع أو الشراء^(١)، كأن يقول الرجل لامرأته: خالعتك على مبلغ كذا أو بارتأك على مبلغ كذا أو افتدى نفسك بمهرك فتقول المرأة قبلت، أو تقول المرأة للرجل خالعتي أو..... على كذا فيقبل الزوج (في رأى من يعتبر الخلع عقداً). فإن الخلع يقع ويكون البذل المذكور بالصيغة هو المستحق للزوج. ولا يشترط لوقوع الخلع أداء البذل.

أما إذا كانت الصيغة لا تنبئ عن وجوب البذل كأن يقول الرجل لامرأته: خالعتك أو بارتأك أو افتديتك فقط، فيرجع إلى نيته فإن نوى بها الخلع وقع وانصرف البذل إلى مهرها وتوقف على قبولها، وإن نوى به الطلاق^(٢)، كان طلاقاً بائناً عند الحنفية بدون توقف على قبول الزوجة^(٣)، وطلاقاً رجعيّاً طبقاً للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(١) ونقل عن مالك أن المختلعة هي التي اختلعت من جميع أموالها وأن المفتدية التي افتدت ببعض مالها وأن المبارئة هي التي بارأت زوجها قبل الدخول.

وقال ابن عبد البر: وقد يستعمل بعض ذلك موضع بعض (تفسير القرطبي ج ١ الجزء التاسع ص ٤٤١).

(٢) أو وجدت قرينة تدل على إرادة الطلاق (على خلاف حكم القانون) - بدائع الصناعات ج ٣ ص ١٥١ - الدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٥٥٣.

(٣) وقد خالف الشافعية فذهبوا إلى أن الفرقة في نظير العوض تكون خلعا بأى لفظ فالمدار عندهم في تحقق الخلع على وجود العوض فإذا لم يوجد العوض لا يكون خلعا ووافقهم الظاهرية على ذلك. ووافقهم المالكية فيما إذا وقعت الفرقة بغير لفظ الخلع أو ما في معناه، أما إذا كانت بلفظ الخلع فلا يشترط وجود العوض فيقع الخلع عندهم بهذا اللفظ مطلقاً ذكر العوض أو لم يذكر.

٢٥- آثار الخلع:

إذا قبلت المرأة المخالعة وقع بها طلاق بائن دون توقف على قضاء القاضى، لأنها لا تقبل دفع التعويض إلا لتبين من زوجها، لقول الرسول عليه السلام: «الخلع تطليقة بائنة» (١).

= أما الحنابلة فيرون أن الخلع فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها= بألفاظ مخصوصة، فالخلع عندهم لا بد أن يكون نظير عوض (محمد مصطفى شلبى ص ٥٥٣ هامش (١) - أحمد الغندور ص ٢١١).

(١) وقد وافق الأحناف فى أن الخلع طلاق عثمان وعلى وابن مسعود وجماعة من التابعين، ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى فى أحد قوله.

وقال ابن الخلع فسخ وليس بطلاق إلا أن ينويه الرجل ابن عباس وطاوس وعكرمه وإسحق وأحمد، واحتجوا بالحديث عن ابن عيينة عن عمرو عن طاوس عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد ابن وقاص سأل رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها؟ قال: نعم لينكحها، ليس الخلع بطلاق، ذكر الله عز وجل الطلاق فى أول الآية وآخرها، والخلع فيما بين ذلك، فليس الخلع بشيء، ثم قال: ﴿أَلطَّلِقْ مَرَّتَانٍ فإِمْسَاكُ

بِعَمْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنِ﴾. ثم قرأ ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ قالوا ولأنه لو كان طلاقا لكان بعد ذكر الطلقتين ثالثا، وكان قوله:

«فإن طلقها» بعد ذلك دالا

على الطلاق الرابع، فكأن يكون التحريم متعلقا بأربع تطليقات. واحتجوا أيضا بما رواه الترمذى وأبو داود والدارقطنى عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة. قال الترمذى حديث حسن غريب. وعن الربيع بن معوذ بن عفراء أنها اختلعت على عهد النبى صلى الله عليه وسلم فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة. قال الترمذى: حديث الربيع الصحيح أنها أمرت أن تعتد بحيضة. قالوا: فهذا يدل على أن الخلع فسخ لا طلاق وذلك أن الله تعالى قال: «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» ولو كانت هذه مطلقة لم يقتصر بها على قرء واحد.

ورد على ذلك بأن قوله تعالى: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» فهو معطوف على قوله تعالى «الطلاق مرتان» لأن قوله: «أو تسريح بإحسان» إنما يعنى به أو تطليق. فلو كان الخلع معطوفا على التطليقتين لكان لا يجوز الخلع أصلا=

وتلتزم المرأة ما اتفق عليه من بدل قليلا كان أو كثيرا.
وإذا هلك البذل قبل تسليمه للزوج أو ادعاه آخر وأثبت أنه حقه فعليها مثله
إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا^(١).

= إلا بعد تطليقتين وهذا لا بقوله أحد. وأن ما تأولوه في الآية غلط فإن قوله «الطلاق مرتان» أفاد حكم الاثنتين إذا أوقعهما على غير وجه الخلع، وأثبت معهما الرجعة بقوله: «فإمساك بمعروف» ثم ذكر حكمهما إذا كان على وجه الخلع فعاد الخلع إلى الاثنتين المتقدم ذكرهما، إذ المراد بذلك بيان الطلاق المطلق والطلاق بعوض، والطلاق الثابت بعوض كان أو بغير عوض فإنه يقطع الحل إلا بعد زواج.
أما عن الحديث فقال أبو داود - هذا الحديث رواه عبد الرازق عن معمر بن عمرو بن مسلم عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا. وحدثنا القعنبي عن مالك عن نافع عن ابن عمر قال: عدة المختلعة عدة المطلقة. قال أبو داود: والعمل عندنا على هذا. ويمضى القرطبي في تفسيره أن حديث ابن عباس في الحيضة مع غرابته كما ذكره الترمذي، وإرساله كما ذكر فقد قيل فيه إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عدتها حيضة ونصفا، أخرجه الدار قطنى من حديث معمر بن عمرو بن مسلم عن عكرمة عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة ونصفا والراوى عن معمر هنا في الحيضة والنصف هو الراوى عنه في الحيضة الواحدة، وهو هشام بن يوسف أبو عبد الرحمن الصغانى اليمانى، خرج له البخارى وحده. فالحديث مضطرب من جهة الإسناد والمتن، فسقط الاحتجاج به فى أن الخلع فسخ، وفى أن عدة المطلقة حيضة، وبقي قوله تعالى: «المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» نصا فى كل مطلقة مدخولا بها كما تقدم. قال الترمذي: «وقال بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم: عدة المختلعة حيضة، قال إسحاق: وإن ذهب ذاهب إلى هذا فهو مذهب قوى قال ابن المنذر: قال عثمان بن عفان وابن عمر. عدتها حيضة، وبه قال أبان بن عثمان وإسحاق، وقال على بن أبى طالب: عدتها عدة المطلقة. ويقول عثمان وابن عمر أقول: ولا يثبت حديث على قلت: قد ذكرنا عن ابن عمر أنه قال عدة المختلعة عدة المطلقة، وهو صحيح.
(تفسير القرطبي ص ١٥١ وما بعدها).

ويقول الأستاذ سيد سابق ص ٤٤٧ «الفسوخ إنما هى التى تقتضى الفرقة الغالبة للزواج فى الفراق، لما ليس يرجع إلى اختياره. وهذا راجع إلى الاختيار، فليس بفسخ».
(١) مادة (٢٨٥) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا.

كما يسقط بالخلع عند الإمام أبى حنيفة - ورأيه الراجح فى المذهب - بالإضافة إلى ما اتفق عليه كل حق ثابت بالفعل لكل من الزوجين على الآخر بسبب الزواج، فليس للزوجة أن تطالب بمهرها الذى لم تقبضه ولا بالنفقة المتجمدة لها، وليس للزوج أن يطالبها بالمهر الذى قبضته إلا إذا كان الخلع واقعا عليه، أو يطالب بما يكون قد عجله من نفقة وخالعها قبل مضى مدتها. إنما لا يسقط بالخلع حقوق الزوجين التى لم تثبت وقت الخلع، كنفقة العدة والسكنى إلا إذا اتفق عليهما، فضلا عن أن السكنى فى العدة فيها حق الله تعالى ولا يملك أحد إسقاطه^(١).

وكذلك لا يسقط من الديون ما يكون ثابتا بغير سبب الزوجية، كدين القرض أو ثمن المبيع ما لم يتم التخالع عليه. وسند الإمام أبى حنيفة فى رأيه أن الخلع كالبراءة يقتضى البراءة من الجانبين لأنه ينبئ عن الخلع وهو الفصل ولا يتحقق ذلك إلا إذا لم يبق لكل واحد منهما قبل صاحبه حق وإلا تحققت المنازعة بعد^(٢).

(١) راجع الرأى الذى أجاز التنازل عن السكنى استنادا إلى حالة الضرورة بند (٢٢٧) وقد نصت المادة (٢٨٤) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أن «نفقة العدة والسكنى لا يسقطان ولا يبرأ المخالع منهما إلا إذا نص عليهما صراحة وقت الخلع».

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ٨٧ - بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥١ وما بعدها - أما محمد فقد ذهب إلى أن الخلع لا يسقط إلا ما نص عليه ولا يجب به إلا ما اتفقا عليه، لأن الخلع شبيه بالمعوضة فلا يجب به إلا ما شرط، ولأن كلا من لفظى الخلع والمبارأة ليس صريحا فى الدلالة على سقوط تلك الحقوق فلها بعد الخلع أن تطالب بالمهر إن لم تكن قبضته، وبنفقتها المتجمدة.

أما أبو يوسف فيفرق بين ما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع، وبين ما إذا وقع بلفظ المبارأة فى الأول لا يجب إلا ما اتفقا عليه، وفى الثانى سقط به كل الحقوق الثابتة المتعلقة بالزوجية مع ما اتفقا عليه. فهو فى الأول مع محمد وفى الثانى مع أبى حنيفة. وسند أبى يوسف أن المبارأة صريحة فى إيجاب البراءة لأنها إثبات البراءة نصا فيقتضى ثبوت البراءة مطلقا فى جميع الحقوق الثابتة لهما بسبب النكاح. أما الخلع فليس نصا فى إيجاب البراءة لأنه ليس فى لفظه ما ينبئ عن البراءة وإنما =

ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. وجعل من دين نفقة الزوجية ديناً قوياً لا يثبت إلا بالأداء أو الإبراء عملاً بالمادة الأولى منه التي تجرى على أن: «تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء»، فقد ذهب أغلب الفقهاء إلى أن الخلع بعد العمل بهذا النص - لا يسقط متجمد نفقة الزوجية إلا إذا نص على ذلك^(١). وأصدرت وزارة العدل تعليمات جاء فيها أن دين النفقة بعد القانون المذكور لا يسقط بالطلاق ولو خلعا.

والذي نراه صحيحاً ما ذهب إليه البعض^(٢) من أن النص المذكور لا يغير من الأمر شيئاً لأن سقوط متجمد النفقة بالخلع عند أبي حنيفة ليس السبب فيه ضعف الدين بل الأساس أن لفظ الخلع يتضمن الإبراء، ولذلك يسقط مؤخر الصداق مع أن من المتفق عليه أنه دين قوى لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. وعلى ذلك فإن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. لا يمنع سقوط متجمد النفقة بالخلع.

٢٥١- هل يقع الخلع أثناء الحيض؟

يجوز الخلع في الحيض لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل زوجة ثابت بن قيس أهي حائض أم لا، وإن جاز أن يكون ترك ذلك لسبق العلم به، ولكنه لا دلالة فيه على منع الخلع في الحيض^(٣).

كما أن الله سبحانه وتعالى لم يقيده بزمن دون زمن، قال تعالى: «فلا جناح عليهما فيما افتدت به»^(٤).

= تثبت البراءة مقتضاه والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتاً من جميع الوجوه فتثبت البراءة بقدر ما وقعت به التسمية لا غير (بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٢).

(١) الأستاذ عمر عبد الله ص ٢٠٥ - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٥٧٣ - الأستاذ على حسب الله ص ٩٢.

(٢) الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٢٢٥.

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ١ ص ٢١٤.

(٤) سيد سابق ص ٢٢٢.

ولأن النهى عن الطلاق فى الحيض من أجل ألا تطول العدة على المرأة، وهى - هنا - التى طلبت الفراق، واختلعت نفسها ورضيت بالتطويل.

٢٥٢- التكييف الفقهي للخلع:

الخلع - كالشأن فى الطلاق على مال - يعتبر من جانب الزوج يمينا، فتراعى فيه أحكام اليمين، ومن جانب الزوجة معاوضة لها شبه بالتبرعات، لأنها لم ترض بدفع البذل إلا لتفتدى نفسها وتشتري عصمتها. فتراعى فيها أحكام التبرعات والمعاوضات، واعتبره الفقهاء كذلك لأنه تعليق الطلاق من جانب الزوج على شرط، وهذا الشرط هو المال، أو العوض الذى تدفعه الزوجة إلى الزوج نظير طلاقها منه، فإذا قال الزوج لزوجته: «طلقتك على أن تدفعى لى مبلغا قدره خمسون جنيها»، مثلا، فكأنه قال لها: «إن قبلت هذا الشرط ودفعت المبلغ فأنت طالق»، فهو تعليق الطلاق على شرط، والتعليق عند الأحناف فى معنى اليمين، فكأن الخلع من جانب الزوج يمينا⁽¹⁾.

٢٥٣- الآثار المترتبة على التكييف الفقهي للخلع:

راجع ما ذكرناه بشأن الطلاق على مال (بند ٦٢).

٢٥٤- هل يشترط رضا الزوج بالخلع إذا خالعه الزوجة؟

ذكرنا فى التكييف الفقهي للطلاق على مال والذى أحلنا إليه فى التكييف الفقهي للخلع أن الطلاق على مال عقد ينعقد بإيجاب وقبول، ويعتبر يمينا من جهة الزوج ومعاوضة له شبه بالتبرعات من جهة الزوجة. وواضح من كونه عقدا - ككل العقود - أنه يشترط لوقوعه رضا الطرفين ومن ثم إذا كانت المخالعة من جانب الزوجة وجب رضا الزوج بالخلع. وهذا رأى هو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء.

ويستندون فى ذلك إلى أن قوله تعالى:

﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾،

إنما يفيد رفع الجناح عن الزوجين عند الافتداء، ولكنه لا يتضمن أمرا للزوج

(1) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٢٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٨ وما بعدها.

والخلع عند الصحابين يمين من الجانبين وليس معاوضة من جانب الزوجة.

بقبول الخلع. وأن قول الرسول صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس: «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب.

قد جاء بالبدائع للكاساني ج ٣ ص ١٤٥ أن:

«وأما ركنه فهو الإيجاب والقبول لأنه عقد على الطلاق بعوض، فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول بخلاف النوع الأول فإنه إذا قال: «خالعتك» ولم يذكر العوض ونوع الطلاق فإنه يقع الطلاق عليها، سواء قبلت أو لم تقبل، لأن ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر إلى القبول».

وجاء بحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٤١ وما بعدها:

«الخلع يكون وأما ركنه فهو كما في البدائع: إذا كان بعوض الإيجاب والقبول، لأنه عقد على الطلاق بعوض.... إلى آخر ما نقلناه سلفاً عن البدائع».

وجاء ببداية المجتهد لابن رشد الطبعة الخامسة ص ٦٨.

«فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها».

وجاء بصحيح البخاري ج ٩ ص ٣١٢:

قوله: «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة - في واقعة زوجة ثابت بن قيس - هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب».

وجاء في تفسير القرطبي - طبعة دارالريان الجزء الثاني ص ٩٤٦:

«ولا معنى لهذا القول لأن الرجل إذا خالع امرأته فإنما هو على ما يتراضيا به، ولا يجبره السلطان على ذلك».

وجاء بالمحلى ج ١ لابن حزم ص ٣٥ وما بعدها:

«الخلع وهو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا توفيّه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه، فلها أن تفتدى منه ويطلقها إن رضى وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما. ولا يحل الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين. فإن وقع بغيرهما فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت».

وجاء بجامع الفصولين: ج ١ ص ١٩٧ وما بعدها:

«وكذا المرأة لو قالت اخلعنى على كذا أو طلقنى أو قال الزوج خلعتك على كذا يشترط الجواب فى المجلس».

وجاء بمنار السبيل فى شرح الدليل للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان الجزء الثانى ص ٢٠٣:

«.... ويستحب إجابتها إلى الخلع حيث أبيح لقوله صلى الله عليه وسلم، لثابت بن قيس «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة» رواه البخاري. واختلف الشيخ تقي الدين فى وجوب إجابته، وألزم بها بعض حكام الشام المقدسة الفضلاء. قاله فى الفروع والإنصاف، لأمره صلى الله عليه وسلم لثابت بها..... الخ».

وجاء بفتاوى النساء لابن تيمية تحقيق الدكتور محمد محمود عبد الله طبعة دار الكتاب الحديث ص ٢٤٩ وما بعدها:

«وسئل عن امرأة مبغضة لزوجها طلبت الانخلاع منه. وقالت له. إن لم تفارقنى وإلا قتلت نفسي. فأكرهه الولي على الفرقة، وتزوجت غيره. وقد طلبها الأول. وقال: إنه فارقها مكرها، وهى لا تريد إلا الثاني؟

فأجاب: إن الزوج الأول أكرهه على الفرقة بحق مثل: أن يكون مقصرا فى واجباتها، أو مضرا لها بغير حق من قول أو فعل كانت الفرقة صحيحة، والنكاح الثانى صحيحا، وهى زوجة الثانى. وإن كان أكره بالضرب أو الحبس وهو محسن لعشرتها حتى فارقها لم تقع الفرقة. بل إذا أبغضته وهو محسن إليها فإنه يطلب منه الفرقة من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل وإلا أمرت المرأة بالصبر عليه إذا لم يكن ما يبيح الفسخ»^(١).

بينما ذهبت قلة من العلماء إلى أنه يجب على الرجل أن يجيب المرأة إذا رغبت فى الخلع خشية ألا تقيم حدود الله فيه، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لثابت بن قيس: «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة» والأمر هنا للوجوب حتى يصرف

(١) ويذهب أيضا إلى أن الخلع عقد يجب فيه رضا الزوجة: محمد أبو زهرة ص ٢٢٨ -

عبد الرحمن تاج ص ٤٤٥ - على حس الله ص ٨٩.

عنه دليل ولا يوجد صارفاً، ولأن الخلع جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق، ويترتب على ذلك أنه إذا رفض الرجل الخلع ألزمه القاضي بذلك.

فوجد ابن رشد بعد أن انحاز للرأى الأول فى كتابه بداية المجتهد ص ٦٨ :

على النحو الذى نقلناه عنه، بردف قائلاً: «والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل».

وجاء بكتاب قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة للإمام محمد

الغزالى ص ١٧٨ وما بعدها أنه :

«..... وقد يرجئ القضاء العادل الرحيم إجابة المرأة إلى ما تبغى من خلع إثارة لمصلحة الأسرة والأولاد، وقد ينتظر نتيجة تحكيم يتدخل الأهلون فيه ابتغاء الإصلاح! لكن المرأة إذا أبت إلا الفراق، وردت ما سبق إليها من مال، فما بد من تسريحها والاعتراف بمشاعرها، وليس لنا أن نسأل عن الأسباب الخفية لهذه الرغبة، لنقبلها أو نرفضها! إن النبى - صلى الله عليه وسلم - عندما رق لزوج بريرة، وقدر محبته لها، ذهب إليها يحدثها فى أن تعود إليه! فسألته: جئت أمرا أم شافعا؟ قال جئت شافعا....! قالت: فلا أعود! ولم يتهمها النبى - عليه الصلاة والسلام - فى دينها، ولا فى طاعتها الله ورسوله.....»

وامرأة ثابت بن قيس لم تتهم زوجها بأنه يشتمها أو يضربها أو يضيق عليها، وإنما شكت بأنها تكرهه كراهية شديدة، وصرحت بأنها ما تعتب عليه فى خلق ولا دين!! إنها تكرهه وحسب، فما معنى الزوجية والحالة هذه؟».

وجاء بفقه السنة للأستاذ سيد سابق المجلد الثانى الجزء السابع

ص ٤٤٢ :

«والخلع يكون بتراضى الزوج والزوجة، فإذا لم يتم التراضى بينهما، فللقاضى إلزام الزوج بالخلع، لأن ثابتا وزوجته رفعا أمرهما للنبى صلى الله عليه وسلم، وألزمه الرسول بأن يقبل الحديقة.... الخ».

وجاء بمؤلف الدكتور محمد بلتاجى عميد كلية دارالعلوم السابق فى مؤلفه فى أحكام الأسرة الجزء الأول ١٩٨٥ ص ٥٤٠:

«أما الرجل فعليه أن يجيب المرأة إذا رغبت فى الخلع خشية ألا تقيم حدود الله فيه لأن رسول الله ﷺ قال لثابت بن قيس: «اقبل الحديثة وطلقها تطليقة» والأمر للوجوب حتى يصرف عنه دليل، ولا تجد صارفا عنه».

٢٥٥- رأى محكمة النقض فى موافقة الزوج على الخلع:

ذهبت محكمة النقض فى حكم قديم لها صادر بتاريخ ٢٨ / ٠٠ / ١٩٣٧ فى الطعن رقم ٨١ لسنة ١٩٢٩ إلى أن الخلع عقد يتم بإيجاب وقبول من الزوجين، أى أنها تشترط رضا الزوج فى الخلع.

إذ قضت بأن:

«المبارأة والخلع أو الطلاق على مال ليس من المعاوضات المالية التى تطبق فى شأنها أحكام القانون المدنى بل هى من التصرفات التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها وحدها لتقرير ما يجب أن يتم به رضا الزوجين وكيف يفصح عنه كل منهما فيما يصدر عنه من إيجاب وقبول، وكيف يكون الإيجاب والقبول معتبرين شرعا حتى تقع الفرقة ويستحق المال».

٢٥٦- البذل فى الخلع:

يصح بدلا فى الخلع ما يصح بدلا فى الطلاق على مال.
(راجع فى التفصيل الكتاب الأول بند ٦٦٨ والكتاب الرابع بند ٥٦).
ونضيف هنا أن الحنفية يرون أن الزوجة إذا خالعت زوجها على مال معين كان ذلك على ثلاثة أوجه:

١- ألا تذكر مالا أصلا ولكن تذكر عبارة تحتمل المال وعدمه، كما إذا قالت: خالعتنى على ما فى يدي أو ما فى بيتي، فإنه يحتمل أن يكون فيه شيء وأن لا يكون. وحكمه أن الخلع يصح فإن وجد شيء أخذه وإلا فلا شيء له.

٢- أن تذكر ما ليس موجودا في الحال ولكنه يوجد بعد، كما إذا قالت له: خالعي على ما تنتجه نخيلي من ثمر هذا العام، وحكمه أن يصح الخلع وينصرف البذل إلى المهر سواء وجد الثمر أم لم يوجد، لأن القدرة على تسليم البذل ليس شرطا في الخلع.

٣- أن تذكر مالا مجهولا ولكنه موجود في الحال، كأن تقول له: خالعي على المتاع الموجود في الدار أو الثمر الموجود على النخل أو ما في بطن هذه الماشية مثلا، وحكمه أنه يصح الخلع وإن وجد شيء مما سمت كان للزوج وإن لم يوجد انصرف البذل إلى المهر^(١).

غير أنه يراعى أن الخلع لو كان على عوض باطل، كخلع المسلم على خمر أو خنزير، وقع الطلاق بائنا عند الحنفية ورجعيا طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.
(أنظر في التفصيل بند 268).

٢٥٧- هل يجوز للزوج المخالعة بأكثر من مهر الزوجة؟

ذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وأصحابه وأبو ثور إلى أنه يجوز للزوج المخالعة مع المرأة بما تراضيا عليه سواء أكان أقل مما أعطى أم أكثر.

وقال مالك أنه لم ير أحدا ممن يقتدى به يمنع ذلك، ولكنه ليس من مكارم الأخلاق وروى هذا عن عثمان بن عفان والنخعي وابن عمر مستدلين بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^١ فإن الآية رفعت الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء من غير فصل بين ما إذا كان المعطى مساويا للمهر أو زائدا عليه، ولأن الخلع معاوضة والبذل فيه يرجع إلى تراضى الطرفين، وحينما أعطت الزيادة أعطتها من مالها بطيب من نفسها وقد قال تعالى: «فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا».

(1) محمد مصطفى شلبي ص ٥١٧ هامش (١).

ولما رواه الدار قطنى عن أبى سعيد الخدرى أنه قال: كانت أختى تحت رجل من الأنصار تزوجها على حديقة، فكان بينهما كلام، فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «تردين عليه حديقته ويطلقك؟» قالت: نعم، وأزیده قال: ردى عليه حديقته وزيدیه»، وفى حديث ابن عباس «وإن شاء زدته ولم ينكر».

وروى عن الربيع بنت معوذ قالت كان بينى وبين ابن عمى كلام، وكان زوجها، قالت فقلت له: لك كل شيء وفارقنى قال: قد فعلت فأخذ والله كل شيء حتى فراشى، فجئت عثمان وهو محصور فقال: الشرط أملك، خذ كل شيء حتى عقاص رأسها.

وقال طاوس وعطاء والأوزاعى لا يأخذ منها أكثر مما أعطاهما. وبه قال أحمد وإسحاق واحتجوا بما رواه ابن جريح من واقعة زوجة ثابت بن قيس عندما قال لها الرسول عليه الصلاة والسلام «أما الزيادة فلا ولكن حديقته». وما روى عن عطاء مرسل أن النبى عليه السلام قال: «لا يأخذ من المختلة أكثر مما أعطاهما»^(١).

أما زفر فيوجب على الزوج بدلا هو مهرها.

٢٥٨- هل يحرم على الزوج أخذ العوض فى الخلع إذا كان النشوز من جانبه؟

يذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا كان النشوز من جانب الزوج بأن يضيق عليها ويضرها، فلا يحل له أخذ شيء من الزوجة فى نظير فراقها لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۖ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَلِيظًا ۖ﴾ [النساء ٢٠، ٢١].

(١) راجع فى الرايين: تفسير القرطبى ج ٢ طبعة دار الريان للتراث ص ٩٤٨ وما بعدها - فتح البارى ص ٢٠٩ - الدكتور أحمد الغندور ص ٢٦٥ وما بعدها.

فالنص الكريم ينهى الزوج عن أخذ شيء مما أعطاه للزوجة عند إرادة الاستبدال، وهذا طبعاً لا يكون إلا عندما تكون الكراهة منه وحده، وأكد النهي بما جاء في آخره «أَتَأْخُذُونَهُ بِهَتَانَا وَإِثْمَا مَبِينَا»، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾، فإنه نهى الأزواج عن عضل الزوجات بإلحاق الأذى بهن ليكون وسيلة إلى أخذ بعض المهر، لكنه استثنى حالة الإتيان بفاحشة مبينة - التي فسرت بالزنا أو بالنشوز - فأباح فيها الأخذ، وهذا يقتضى أن الأخذ عند عدم السبب منها حرام⁽¹⁾.

٢٥٩- نهى المرأة عن الخلع بدون مبرر:

الخلع المشروع للمرأة هو الذى يكون المقصود منه تحقيق الحكمة التى دعت إلى تشريعه، لأن طلب الزوجة الخلع لغير سبب يقتضى ذلك حرام، وذلك لحديث ثوبان: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ، فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ». ولحديث أبى هريرة: «الْمُنْتَزَعَاتُ وَالْمُخْتَلَعَاتُ هُنَّ الْمُنَافَقَاتُ». وروى أن عمر بن الخطاب عندما جاءته امرأة تشتكى زوجها فجست فى بيت فيه زبل فباتت فيه فلما أصبحت بعث إليها فقال كيف بت الليلة فقالت ما بت ليلة كنت فيها أقر عينا من الليلة فسألها عن زوجها فأثنت عليه خيراً وقالت إنه وإنه ولكن لا أملك غير هذا فأذن لها عمر فى الفداء⁽²⁾.

٢٠٠- المرأة التى يجوز لها المخالعة:

كل امرأة يرد عليها الطلاق، يصح تخالعها مع زوجها. فيشترط أن تكون المرأة محلاً للخلع، والمرأة تكون محلاً للخلع إذا كان النكاح قائماً حقيقة أو حكماً، فلا يقع الخلع مع امرأة غير متزوجة أو متزوجة زواجا غير صحيح، والنكاح يكون قائماً حكماً إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى. (راجع فى التفصيل بند 16).

(1) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٥٠ - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٥١١.

(2) المدونة الكبرى ج ٥ ص ٢٢.

٢١١- أهلية الزوج للخلع:

يشترط في الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاعه، وهو يكون أهلاً للخلع إذا كان أهلاً لإيقاع الطلاق. فكل من لا يصح منه الطلاق، لا يصح منه الخلع، لأن من جاز طلاقه بلا عوض جاز خلعه، وهو طلاق بعوض من باب أولى.

٢١٢- أهلية الزوجة للخلع:

يشترط أن تكون الزوجة المتخالعة أهلاً للتصرف بالغة عاقلة رشيدة، وألا يكون محجوراً عليها لفسه لأن الخلع وإن كان معاوضة من جانب الزوجة ليس معاوضة بحتة بل فيه معنى التبرع، من حيث أن الزوجة لا تستفيد مالا أو شبهه في مقابلة ما تدفعه من المال، إنما الذي تستفيده من الخلع هو تخلصها من الزوجية.

٢١٣- خلع الوكيل:

إذا وكلت الزوجة من يخلعها بمبلغ معين ففعل، فالمال عليها دون الوكيل، لأن حقوق العقد في الخلع ترجع إلى من عقد له، لا إلى الوكيل، ولو ضمنه الوكيل لزمه، وإذا أدى يرجع عليها، لأنه يملك الخلع من مال نفسه، ففائدة أمرها به الرجوع عليها، بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن فأدى، لا يرجع إلى الزوج، إلا إذا ضمن بأمره، فإن فائدة الأمر جواز النكاح لأنه لا يملك إنكاحه بغيره^(١).

٢١٤- خلع عديمة الأهلية:

يسرى على خلع عديمة الأهلية، ما يسرى على الطلاق على مال.
(راجع بند ٥٨).

٢١٥- خلع ناقصة الأهلية:

يسرى عليه ما يسرى على الطلاق على مال.
(راجع بند ٥٩)

(١) الدكتور أحمد الغندور ص ٧٢٨.

٢٦٦- خلع المريضة مرض الموت:

يسرى عليه ما يسرى على الطلاق على مال.

(راجع بند ١١).

٢٦٧- خلع الأجنبي:

يسرى عليه ما يسرى على الطلاق على مال.

(راجع بند ١٠٠).

٢٦٨- الفرق بين الخلع والطلاق على مال:

توجد عدة فروق بين الخلع والطلاق على مال تخلص فيما يلي:

١- الخلع صيغته لفظ الخلع أو ما فى معناه كالمبارأة والافتداء، أما الطلاق على مال فصيغته لفظ الطلاق أو ما فى معناه.

٢- الخلع يسقط حقوق كل من الزوجين على الآخر الثابتة بسبب الزواج وقت الخلع طبقاً لرأى الإمام أبى حنيفة الراجح فى المذهب، أما الطلاق على مال فلا يجب به إلا المال المتفق عليه نظير الطلاق.

٣- الخلع لو كان على عوض باطل، كخلع المسلم على خمر أو خنزير، وقع الطلاق بائناً عند الحنفية لأن لفظ الخلع وما فى معناه من كنايات الطلاق، والطلاق بلفظ الكناية بائن عندهم ولا يجب شيء للزوج على زوجته.

أما إذا بطل العوض فى الطلاق على مال فإنه يقع رجعياً عند الأحناف، وذلك لأن الزوجة قد عينت البذل شيئاً لا يصح أن يكون عوضاً، وقد قبله الزوج فلم يكن منها غش، ولا تغرير به فيقع الطلاق على كل حال، ويلغى البذل ويعتبر كأن لم يكن، فلا يجب ذلك البذل المسمى، لأن نظام الشريعة العام يمنع المسلم من تمليك ذلك وتملكه ولا يجب شيء آخر لعدم التزامه وحينئذ يعمل لفظ الطلاق المجرد عمله ويثبت له حكمه الشرعى، ولفظ الطلاق من قسم الصريح الذى يقع به طلاق رجعى متى كان بعد الدخول وغير مكمل للثلاث.

٢٦٩- ما يتفق فيه الخلع والطلاق على مال:

يتفق الخلع والطلاق على مال فيما يأتي:

١- أنه يشترط في كل منهما قبول الزوجة، طبقاً للرأى الغالب بالنسبة للخلع.

٢- أنه يقع بهما الطلاق البائن في الحال دون توقف على قضاء القاضي.

٣- أن العوض يلزم ذمة الزوجة فيهما مادامت أهلاً للتبرع.



(ثانياً)

الخلع في القانون رقم ٢٠٠٠ لسنة ٢٠٠٠

بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في
مسائل الأحوال الشخصية

٢٧٠- النص القانوني :

مادة (٢٠) :

«للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالة مساعي الصلح بينهما، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض»^(١).

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٥/١٢/٢٠٠٢ في القضية رقم ٢١١ لسنة ٢٢ قضائية «دستورية» التي أقيمت بطلب الحكم بعدم دستورية القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ والمادة ٢٠ منه فيما نصت عليه من أن الحكم

الصادر بالخلع غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن. والنص الوارد في هذه المادة بعبارة «وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه» برفضها ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ٥٢ (تابع) في ٢٦/١٢/٢٠٠٢ ونشر الحكم فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد الموافق ١٥ ديسمبر سنة ٢٠٠٢ الموافق ١١ شوال سنة ١٤٢٣ هـ.

برئاسة السيد المستشار / ماهر البحيرى نائب رئيس المحكمة
وعضوية السادة المستشارين: على عوض محمد صالح وأنور رشاد العاصى وعبد
الوهاب عبد الرازق والدكتور حنفى على جبالى ومحمد عبد العزيز الشناوى والسيد
عبد المنعم حشيش.

وحضور السيد المستشار الدكتور/ عادل عمر شريف رئيس هيئة المفوضين
وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن..... أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية
«دستورية».

المقامة من

السيد/ علاء أبو المعاطى أبو الفتوح.

ضد

١- السيد/ رئيس مجلس الوزراء.

٢- السيد/ رئيس مجلس الشعب.

٣- السيدة/ عالية سعيد محمد.

الإجراءات

بتاريخ الرابع عشر من يوليه سنة ٢٠١١، أودع المدعى قلم كتاب المحكمة صحيفة هذه
الدعوى، طالبا الحكم بعدم دستورية قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى
مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، والمادة ٢٠ منه فيما
نصت عليه من أن الحكم الصادر بالخلع غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق
الطعن، والنص الوارد فى هذه المادة بعبارة «وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت
نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وردت عليه الصداق
الذى أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطبيقها عليه».

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.

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

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة .

وحيث إن الوقائع على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل فى أن المدعى عليها الثالثة كانت قد أقامت الدعوى رقم ٥٢٢ لسنة ٢٠٠٠ أمام محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية بطلب الحكم بخلعها من زوجها المدعى ؛ طلاقاً بآئنة مقابل ردها عاجل الصداق والشبكة، وتنازلها عن مؤخر الصداق، على سند من أن المدعى كان قد تزوجها بصحيح العقد الشرعى المؤرخ ١٩٩٧/٧/٢٥، وقد دبّ الخلاف بينهما إلى حد لم تعد تطبيق الحياة معه وأصبحت تخشى من أن تغضب الله إزاء كراهيتها لزوجها وعدم رغبتها فى معاشرته. وعرضت محكمة الموضوع الصلح على الطرفين فرفضته المدعى عليها الثالثة وقبله المدعى، فقررت المحكمة ترشيح حكيمين، وإذ باشرا مهمتهما، وقدا تقريراً يوصى بخلعها منه بعد أن تبين لهما استحالة العشرة بينهما، واستعدادها للتنازل عما لها من حقوق لديه، دفع المدعى بعدم دستورية القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه، والمادة ٢٠ منه، وإذ قدرت محكمة الموضوع جديده دفعه وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية، فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن المدعى ينعى على القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه عدم عرض مشروعه على مجلس الشورى باعتباره من القوانين المكملة للدستور، مما يخالف أحكام المادتين ١١٤ و ١١٥ من الدستور .

وحيث إن هذا النعى غير صحيح، ذلك أنه وأياً كان وجه الرأى فى اعتبار القانون الطعين من القوانين المكملة للدستور فالثابت أن مشروعه قد عُرض على مجلس الشورى؛ وتمت الموافقة عليه بعد أن جرت مناقشته فى دور الانعقاد الحادى والعشرين للمجلس؛ أولاً : بجلستيه التاسعة والعاشره المعقودتين بتاريخ ١٩٩٩/١٢/٢٥ ثم بجلستيه الحادية عشرة والثانية عشرة المعقودتين بتاريخ ١٩٩٩/١٢/٢٦، حسبما جاء بمضابط تلك الجلسات وكتاب المستشار أمين عام مجلس الشورى رقم ... بتاريخ ٢٠٠٠/١٢/٠٠.

وحيث إن المادة (٢٠) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه تنص على أن : «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

= ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخُلْع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاته مساعى الصلح بينهما، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ولا يصح أن يكون مقابل الخُلْع إسقاط حضانة الصغار، أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم.

ويقع بالخُلْع فى جميع الأحوال طلاق بائن.

ويكون الحكم - فى جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن».

وحيث إن المدعى ينعى على المادة ٢٠ المطعون عليها مخالفتها للدستور ؛ لمناقضتها لأحكام الشريعة الإسلامية التى تشترط قبول الزوج للخُلْع، فضلا عن أن ما قرره من عدم قابلية الحكم الصادر بالخُلْع للطعن بأى طريق ؛ فيه إهدار لحق النقاضى الذى كفله الدستور للناس كافة.

وحيث إنه عن النعى بمخالفة النص الطعين لأحكام الشريعة الإسلامية، فإن المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠. إذ نصت على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز لنص تشريعى يصدر فى ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يتمتع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التى لا تحتل تأويلا أو تبديلا، وليست كذلك الأحكام الظنية فى ثبوتها أو دلالتها أو فيها معا، فهذه تتسع دائرة الاجتهاد فيها لتنظيم لشئون العباد، وضمانا لمصالحهم التى تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان، وهو اجتهاد وإن كان جائزا ومندوبا من أهل الفقه، فهو فى ذلك أوجب وأولى لولى الأمر، يبذل جهده فى استنباط الحكم الشرعى من الدليل التفصيلى، ويُعمل حكم العقل فيما لا نص فيه؛ توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده، وتسعها الشريعة الإسلامية التى لا تضيفى قدسية على آراء

أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية للجماعة التى لا تناقض المقاصد العليا للشريعة، ويكون اجتهاد ولى الأمر بالنظر فى كل مسألة بخصوصها بما يناسبها؛ إخمادا للثائرة، وإنهاءً =

= للتنازع والتناحر، وإبطالا للخصومة، مستعينا في ذلك كله بأهل الفقه والرأى، وهو في ذلك لا يتقيد بالضرورة بآراء الآخرين، بل يجوز أن يُشرع على خلافها، وأن ينظم شؤون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله ؛ وكان حقا عليه عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثما، فلا يُضيق على الناس، أو يُرهقهم من أمرهم عُسرا ؛ وإلا كان مصادما لقوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ الآية رقم ٧٨ من سورة الحج.

وحيث إنه لما كان الزواج قد شرع في الأصل ليكون مؤبدا، ويستمر صالحا، وكانت العلاقة الشخصية بين الزوجين هي الصلة التي تجعل الحياة الزوجية صالحة فيبقى الزواج بها، لذلك فقد حرص الشارع عز وجل على بقاء المودة وحث على حسن العشرة، ولكن عندما تحل الكراهية محل المودة والرحمة، ويشد الشقاق ويصعب الوفاق، فقد رخص سبحانه وتعالى للزوج أن ينهي العلاقة بالطلاق يستعمله عند الحاجة وفي الحدود التي رسمها له الشارع الحكيم، وفي مقابل هذا الحق الذي قرره جل شأنه للرجل فقد كان حتما مقضيا أن يقرر للزوجة حقا في طلب التطلاق لأسباب عدة، كما قرر لها حقا في أن تفتدي نفسها فتترد على الزوج ما دفعه من عاجل الصداق وهو ما عُرف بالخلع . وفي الحاليين، فإنها تلجأ إلى القضاء الذي يطلقها لسبب من أسباب التطلاق، أو يحكم بمخالعتها لزوجها، وهي مخالعة قال الله تعالى فيها:

﴿ أَطْلُقْ مَرَّتَانِ فَلِمَسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِحْ بِإِحْسَنِ وَلَا تَحِلْ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة بما مؤداه أن حق

الزوجة في مخالعة زوجها وافتداء نفسها مقابل الطلاق قد ورد به نص قرآني كريم قطعي الثبوت، ثم جاءت السنة النبوية الكريمة لتُنزل الحكم القرآني منزله العملية، فقد روى البخاري في الصحيح عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق، إلا أني أخاف الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أفتردين عليه حديثه؟» قالت: نعم وأزيد، فقال لها أما الزيادة فلا، فردت عليه حديثه، فأمره؛ ففارقها. وقد تعددت الروايات في شأن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم، منها الرواية السابقة ومنها أنه أمره بتطليقها، وفي رواية أخرى أنه=

= طلقها عليه، وكان ثابت بن قيس غير حاضر، فلما عرف بقضاء رسول الله قال: رضيت بقضائه. فالخُلْع إذا في أصل شرعته من الأحكام قطعية الثبوت لورود النص عليه في كل من القرآن والسنة. أما أحكامه التفصيلية فقد سكت عنها العليم الخبير جل شأنه لحكمة قدرها وتبعه الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم في ذلك، ولذا فقد اجتهد الفقهاء في شأن هذه الأحكام، فمنهم من ذهب إلى لزوم موافقة الزوج على الخُلْع، قولاً بأن ما ورد بالحديث الشريف من رد الحديقة والأمر بالمفارقة، كان من قبيل النذب والإرشاد؛ فلا يقع الطلاق بالخُلْع إلا بموافقة الزوج، على حين ذهب فريق آخر إلى أن الأمر بالمفارقة كان أمر وجوب؛ فيقع الخُلْع

إما برضاء الزوجين، أو بدون موافقة الزوج وذلك بحكم ولى الأمر أو القاضي، فكان لزاماً حتى لا يشق الأمر على القاضي أن يتدخل المشرع لبيان أى من الرأيين أولى بالاتباع، وهو ما نحا إليه النص المطعون فيه؛ فأخذ بمذهب المالكية وأجاز للزوجة أن تخالع إذا ما بغضت الحياة مع زوجها وعجز الحكمان عن الصلح بينهما فيخلعها القاضي من زوجها بعد أخذ رأى الحكمين، على أن تدفع إليه ما قدمه في هذا الزواج من عاجل الصداق. وليس ذلك إلا إعمالاً للعقل بقدر ما تقتضيه الضرورة بما لا ينافي مقاصد الشريعة الإسلامية وبمراعاة أصولها؛ ذلك أن التفريق بين الزوجين في هذه الحالة، من شأنه أن يحقق مصلحة للطرفين معاً، فلا يجوز أن تجبر الزوجة على العيش مع زوجها قسراً عنها؛ بعد إذ قررت أنها تبغض الحياة معه، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، مما حدا بها إلى افتدائها لنفسها وتنازلها له عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردها الصداق الذى أعطاه لها. والقول باشتراط موافقة الزوج يؤدى إلى إجبار الزوجة على الاستمرار فى حياة تبغضها؛ وهو ما يبتعد بعلاقة الزواج عن الأصل فيها، ألا وهو السكن والمودة والتراحم، ويجعل الزوج، وقد تخفف من كل عبء مالى ينتج عن الطلاق، غير ممسك بزوجته التى تبغضه إلا إضراراً بها، وهو إضرار تنهى عنه الشريعة الإسلامية، وتتأذى منه العقيدة الإسلامية فيما قامت عليه من تكامل أخلاقى وسمو سلوكى، ويتنافى مع قاعدة أصولية فى هذه الشريعة وهى أنه لا ضرر ولا ضرار.

وحيث إنه لما تقدم، فإن النص الطعين يكون قد نهل من أحكام الشريعة الإسلامية منها لا كاملاً، فقد استند فى أصل قاعدته إلى حكم قطعى الثبوت، واعتق فى تفاصيله رأى مذهب من المذاهب الفقهية، بما يكون معه فى جملة موافقاً لأحكام هذه الشريعة السمحة، ويكون النعى عليه مخالفتها ومن ثم مخالفة المادة الثانية من الدستور نعيًا غير صحيح بما يوجب رفضه.

= وحيث إن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق ومن بينها حق التقاضي المقرر بنص المادة (٦٨) من الدستور - هو إطلاقها ما لم يقيدھا الدستور بضوابط معينة، منها أن هذا التنظيم ينبغي ألا يؤدي إلى إجراء تمييز تحكمی فيما بين أصحاب المراكز القانونية المتكافئة بلا أساس موضوعي يبرره، كما أنه ليس كل تقسيم تشريعي يعتبر منافيا لمبدأ المساواة، بل يتعين دوما أن يُنظر إلى النصوص القانونية باعتبارها وسائل حددها المشرع لتحقيق أغراض يبتغيها، فلا يستقيم إعمال مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه بالمادة (٤٠) من الدستور - إلا على ضوء مشروعية تلك الأغراض واتصال هذه الوسائل منطقيا بها، إذ لا يتصور أن يكون التقسيم التشريعي منفصلا عن هذه الأغراض التي يتبناها المشرع . لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن قصر التقاضي على درجة واحدة لا يناقض الدستور، وإنما يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، فإن ذلك مؤداه أن الوقوف بالتقاضي عند درجة واحدة استنادا إلى أسس موضوعية، لا ينتقص من حق التقاضي الذي يكفله الدستور للناس كافة.

وحيث إن التنظيم التشريعي للخلع - طبقا للنص المطعون فيه - هو تنظيم متكامل ينفرد بكونه وحدة لا تتجزأ في جميع عناصرها ومقتضياتها الشرعية، قصد به المشرع دفع الضرر ورفع الحرج عن طرفي العلاقة الزوجية، إذ يرمى إلى رفع الظلم عن الزوجات اللاتي يعانين من تعنت الأزواج عندما يستحكم النفور ويستعصى العلاج كما يرفع عن كاهل الأزواج كل عبء مالي يمكن أن ينجم عن إنهاء العلاقة الزوجية، فالتنظيم يقوم على افتداء الزوجة نفسها بتنازلها عن جميع حقوقها المالية الشرعية، ورد عاجل الصداق الذي دفعه الزوج لها، المثبت في عقد الزواج أو الذي تقدره المحكمة عند التنازع فيه، وإقرارها بأنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة بينهما، وتخشي ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، فإذا لم يوافق الزوج على التطلاق، فإن المحكمة تقوم بدورها في محاولة للصلح بين الزوجين ثم تندب حكمين لموالاته ذلك، دون التزام على الزوجة بأن تبدى أسبابا لا تريد الإفصاح عنها، ومن ثم لا تبحث المحكمة أسبابا معينة قانونية أو شرعية، أو تحقق أضرارا محددة يمكن أن تكون قد لحقت بها، فإن لم يتم الوفاق، وعجز الحكمان عنه ؛ تتحقق المحكمة من رد الزوجة لعاجل الصداق بعد أن تستوثق من إقراراتها، ثم تحكم بالخلع؛ الذي تقع به طلاقة بئنة، أخذا بما أجمع عليه فقهاء المسلمين، ومن ثم يكون أمرا منطقيا أن ينص المشرع على أن الحكم الصادر بالخلع في جميع الأحوال يكون غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، تقديرا بأن الحكم يُبنى هنا على حالة نفسية وجدانية تقرها الزوجة=

٢٧١- الخلع فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الملغى) :

ورد النص على الخلع فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغى) فى مادتين:

١- المادة السادسة وهى التى نصت على اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم الابتدائى فى بعض المسائل منها: «الطلاق والخلع والمبارأة».

٢- المادة الرابعة والعشرون والتى وردت فى الباب الرابع (فى اختصاص المحاكم بالنسبة لمحل الإقامة ومحل العقار)، إذ نصت على أن ترفع الدعوى

= وحدها، وتُشهد الله وحده على بغضها الحياة مع زوجها وخشيتها هى دون سواها ألا تقيم حدود الله، ومن ثم تنتفى كلية علة التقاضى على درجتين،

حيث تعطى درجة التقاضى الثانية فرصة تدارك ما عساها تخطئ فيه محكمة أول درجة من حصر للوقائع أو استخلاص دلالتها، أو إلمام بأسباب النزاع، أو تقدير لأدلتها، أو إنزال صحيح حكم القانون عليه، بما مؤداه أن دعوى التطلق للخلع تختلف فى أصلها وممرها عن أية دعوى أخرى، حيث تقتضى أن يكون الحكم الصادر فيها منهيًا للنزاع برمته وبجميع عناصره، بما فى ذلك ما قد يثار فيها من نزاع حول عاجل الصداق الواجب رده، والقول بغير ذلك يفتح أبواب الكيد واللد فى الخصومة التى حرص المشرع على سدها ويهدم التنظيم من أساسه، فلا يحقق مقاصده الشرعية والاجتماعية المنشودة. ومتى كان ما تقدم، فإن النص الطعين فيما قرره من عدم قابلية الحكم الصادر بالخلع للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن يكون قائما على أسس موضوعية تسانده وينهض أيضا مبررا لمغايرته فى هذا الشأن عما سواه من أحكام تصدر بالتطبيق للضرر أو لغيره من أسباب، ومن ثم فلا يكون النص الطعين،

فيما تضمنه من عدم قابلية الحكم الصادر بالخلع للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن، منتقضا من حق التقاضى أو مارقا عن مبدأ المساواة .
وحيث إن النص الطعين لا يخالف أى حكم آخر من أحكام الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

أمام المحكمة التي بدأرتها محل إقامة المدعى أو المدعى عليه إذا كانت من الزوجة أو الأم أو الحاضنة في المواد الآتية:
الطلاق والخلع والمبارأة....الخ.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بإصدار لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه «تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم الابتدائي في المنازعات في المواد الآتية....، الطلاق والخلع والمبارأة، وفي المادة ٢٤ من ذات القانون على أنه: «ترفع الدعوى أمام المحكمة التي بدأرتها محل إقامة المدعى أو المدعى عليه إذا كانت من الزوجة أو من الأم الحاضنة في المواد الآتية ١-..... ٢-.....الطلاق والخلع والمبارأة يدل على أن المشرع في هذا القانون أورد رفع دعوى التطليق للخلع. أمام جهات القضاء المختصة، وأنه تطبق عليها الإجراءات الواردة في هذه اللائحة، بما مفاده حق الخصوم في استعمال هذه الدعوى طبقاً للقواعد الموضوعية الواردة في الشريعة الغراء والتي تقرر أن للزوجة حق الطلاق خلعا إذا افتدت نفسها وردت للزوج ما دفعه لها من صداق وتنازلت عن حقوقها الشرعية قبله لقوله تعالى: «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به». وما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت يا سول الله ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال الرسول صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته، فقالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وأن غالبية رأى الفقهاء على أن الخلع يكون بتراضى الزوجين فإذا لم يتم التراضى بينهما فللقاضى إلزام الزوج بالخلع».

(طعن رقم 485 لسنة 69ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/1/3)

إلا أن الخلع لم يقنن في تنظيم تشريعى يبين كيفية تطبيقه، وهو ما تم فى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ كما سنرى.

٢٧٢- الأساس الشرعى للخلع كما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون عن الأساسى الشرعى للخلع ما يأتى :
دليل مشروعية الخلع مصدران :

الأول: هو القرآن الكريم حيث ورد فى سورة البقرة ﴿ أَلطَّلِقْ مَرَّتَانِ ۚ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ ۚ وَلَا تَحِلُّ لَكُمَّ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۚ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ۚ ۝١٠٠٠﴾

أى فلا جناح ولا إثم على الرجل فيما أخذ، ولا على المرأة فيما أعطت.
وثانى المصدرين: هو السنة النبوية الشريفة الثابتة.. وهو ما رواه البخارى والنسائى، عن ابن عباس من أن جميلة بنت عبد الله بن أبى - امرأة ثابت بن قيس، وكانت تبغضه وهو يحبها - أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين، ولكنى أكره الكفر فى الإسلام ما أطيقه بغضا، أى تخشى أنها لا تؤدى حقوق الزوجية لبغضها إياه ونفورها منه - وكان قد أصدقها حديقة، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ ف قالت نعم وزيادة فقال لها أما الزيادة فلا، قال لثابت: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة، فاختلعت منه بمهرها فقط.

وهكذا يقر الإسلام نظام الخلع اتساقا مع مبادئه الكلية العادلة التى تركز على دفع الحرج وإزالة الضرر.

وبالرغم من أن هذا النظام الذى تقرره الشريعة الإسلامية، قد ورد ذكره فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى موضعين، هما المادتان ٦، ٢٤ إلا أنه لم يقنن

فى تنظيم تشريعى يبين كيفية تطبيقه، حتى رأى المشرع تقنينه لأنه يؤدى إلى تطبيق يسترد به الزوج ما دفعه، ويرفع عن كاهله عبء أداء أى من الحقوق المالية الشرعية للزوجة من بعد ذلك، فيزول عنه بذلك أى ضرر، مما يجعل إمساكه للزوجة بعد أن تقرر مخالطته إضراراً خالصاً بها والقاعدة الشرعية أنه لا ضرر ولا ضرار، كما أنه يعفى الزوجة إن ضاق بها الحال، من إشاعة أسرار حياتها الزوجية، وقد يحول الحياء بينها وبين أن تفعل، وقد تكون قادرة على أن تفعل ولكنها تأبى لأنها ترى فى هذه الأسرار ما يؤذى أولادها فى أبيهم وخاصة حين يسجل ما تبوح به فى أحكام قضائية».

(ب) الخلع بتراضى الزوجين

٢٧٣- كيفية حصول الخلع بتراضى الزوجين:

نصت الفقرة الأولى من المادة على أن: «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع. فإن لم يتراضيا عليه... الخ». وهذا تقرير للأصل الشرعى فى الخلع وهو التراضى عليه بين الزوجين. فإذا تراضى الزوجان على الخلع. فإنه يجب على الزوجين النطق بصيغة الخلع، فهو يتم فى هذه الحالة بإيجاب وقبول. كأن يقول الزوج لزوجته. خالعتك على تنازلك عن جميع حقوقك المالية الشرعية وعلى أن تردى الصداق الذى أعطيته لك. فنقول الزوجة قبلت أو تبدأ الزوجة بالإيجاب: فنقول الزوجة للرجل: خالعنى على كذا..... فيقول الرجل قبلت.

وعندئذ يقع الخلع ويكون البذل المذكور بالصيغة هو المستحق للزوج.

٢٧٤- الخلع بدون بدل:

إذا خلت صيغة الخلع من وجود بدل، كأن يقول الزوج لزوجته خالعتك (فقط) كان ذلك كناية من كنيات الطلاق يقع به الطلاق بائناً عند الحنفية ورجعياً طبقاً للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ التى تجرى على أن «كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠».

٢٧٥- أثر عدم النطق بالصيغة :

إذا تراضى الزوجان على الخلع ولكنهما لم ينطقا بصيغته، فإن الخلع لا يقع، وتظل الزوجية قائمة بينهما ذلك أن الصيغة ركن الخلع.

٢٧٦- هل يجوز التراضى على الخلع بأكثر من التنازل عن جميع الحقوق

الشرعية للزوجة ورد الصداق؟

حددت الفقرة الأولى من المادة بدل الخلع الذى يصدر به حكم من القضاء بتنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية الشرعية ورد الصداق الذى أعطاه الزوج لها. غير أن هذا التحديد لا يلزم الزوجين فى الخلع الذى يتم بالتراضى، لأن الخلع فى هذه الصورة أساسه تراضى الطرفين على الخلع والبدل.

ومن ثم فإنه يجوز أن يكون بدل الخلع الذى يتراضى عليه الطرفان، هو البدل المذكور بالمادة، كما يجوز أن يكون أقل منه، كأن يكون تنازل الزوجة عن بعض حقوقها المالية الشرعية فقط، كنفقة العدة مثلاً. كما يجوز أن يكون البدل بما يزيد على البدل الوارد بالمادة، كأن تؤدى الزوجة لزوجها مبلغاً من المال أو تنتقل إليه ملكية منقول أو عقار أو تتنازل له عن أعيان جهازها بالإضافة إلى البدل المنصوص عليه بالمادة.

وقد سبق أن ذكرنا أن أبا حنيفة وأصحابه ومالك والشافعى وأصحابه وأبا ثور ذهبوا إلى أنه يجوز للزوج المخالعة مع الزوجة بما تراضيا عليه سواء أكان أقل مما أعطى أو أكثر.

(راجع بند 257).

ومن ثم فإنه لا يجوز للزوجة الرجوع على الزوج بما أعطته زائداً على ما حددته المادة.

٢٧٧- هل يجوز أن يقع الخلع بالإشارة أو الكتابة؟

الخلع هو تطليق ببدل بألفاظ معينة ومن ثم فإنه يجوز أن يقع بالكتابة أو الإشارة، فى الحالات التى تجوز فيها الكتابة أو الإشارة فى وقوع الطلاق.

(راجع فى التفصيل بندى 20، 21).

٢٧٨- الإشهاد على الخلع:

يسرى ما ذكرناه بشأن الإشهاد على الطلاق على الإشهاد على الخلع (راجع الموضوعات رقم ...، ١١، ١٢).

٢٧٩- توثيق الخلع:

الخلع هو تطليق على بدل بألفاظ معينة كما ذكرنا سلفاً، ومن ثم فإنه تسرى عليه أحكام التوثيق التي تطبق على الطلاق.

٢٨٠- مالا يجوز التخالع عليه:

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أنه: «ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار، أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم»، ذلك أن الحقوق التي أشارت إليها هذه الفقرة ليست حقوقاً خاصة بالزوجة تملك التنازل عنها، فإن اشترط للخلع إسقاط شيء منها صح الخلع وبطل الشرط^(١).

٢٨١- حالة وجود معاملات مالية بين الزوجين:

من البديهي أنه قد تكون بين الزوجين معاملات مالية يحق معها للزوجين مطالبة كل منهما للآخر بها، وهى حقوق تخضع بعد الخلع للقواعد العامة فى أحقيتهما للجوء إلى القضاء للمطالبة بها^(٢).

(ب) الخلع بحكم القضاء

إذا لم يتراض الزوجان فيما بينهما على الخلع، كان للزوجة رفع دعواها بطلب التطليق للخلع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«مفاد النص فى المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية أن المشرع أقر نظام الخلع وقصد به دفع الضرر ورفع الحرج عن طرفى العلاقة الزوجية،

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون.

إذ أجاز لهما المخالعة بالتراضى، فإن لم يتراضيا عليه كان للزوجة أن تخالع إذا افتدت نفسها بتنازلها عن جميع حقوقها المالية الشرعية وتشمل مؤخر صداقها ونفقة العدة والمتعة ورد عاجل الصداق الذى دفعه الزوج لها، وإقرارها بأنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، فإذا لم يوافق الزوج على التطلق، فإن المحكمة تقوم بدورها فى محاولة للصلح بين الزوجين ثم تندب حكّمين لموالاته ذلك، فإن لم يتم الوفاق، وعجز الحكّمان عنه، تتحقق المحكمة من رد الزوجة لعاجل الصداق بعد أن تستوثق من إقراراتها، ثم تحكم بالخلع».

(طعن رقم 308 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» - جلسة 2012/7/10)

إجراءات وأحكام دعوى التطلق للخلع

المحكمة المختصة بنظر الدعوى.

٢٨٢- (أ) المحكمة المختصة نوعياً بنظر الدعوى

تختص نوعياً بنظر الدعوى محكمة الأسرة عملاً بالمادة الثالثة من القانون رقم ٠٠ لسنة ٢٠٠٤ التى تجرى على أن تختص محاكم الأسرة دون غيرها، بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التى ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقاً لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠. أما قبل العمل بالقانون المذكور، فكانت تختص بنظر الدعوى المحكمة الابتدائية عملاً بالفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تنص على أن: «تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية.....»، ذلك أنه لم يرد ضمن حالات الاختصاص النوعى للمحكمة الجزئية المنصوص عليها بالمادة التاسعة من القانون، اختصاصها بنظر دعوى التطلق للخلع.

٢٨٢- (ب) المحكمة المختصة محلياً بنظر الدعوى:

تختص بنظر الدعوى محلياً المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن الزوج

أو الزوجة عملاً بالمادة ١٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التي تنص على أن: «..... ومع ذلك يتحدد الاختصاص المحلى بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية على النحو الآتي:

١- تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال في المواد الآتية:

.....

(د) التطليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية..... الخ».

٢٨٤- صحيفة الدعوى:

ترفع دعوى التطليق للخلع بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة طبقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى (م ١/٦٣ مرافعات). ويجب أن تتضمن الصحيفة البيانات المنصوص عليها في المادة ٢/٦٣ مرافعات.

وتتضمن الصحيفة أن المدعية زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى، وأنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وأنها تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وترد عليه الصداق الذى أعطاه لها.

وتطالب المدعية فى ختام الصحيفة الحكم بتطليقها على زوجها للخلع طلاقاً بائنة.

ويجب توقيع صحيفة الدعوى من محام عملاً بالمادة ٣/٥٨ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون المحاماة، وإلا كانت الصحيفة باطلة، وهو بطلان يتعلق بالنظام العام. إلا أنه يجوز تصحيح هذا البطلان بتوقيع محام حال تداول الدعوى أمام المحكمة.

ونشير إلى عيب فى صياغة الفقرة الأولى من المادة فهى تجرى على أن: «..... وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها.... الخ».

فاستعملت عبارتي (افتدت نفسها)، (وخالعت زوجها) معا مع أن إحدى العبارتين كافية للدلالة على الخلع لأن الافتداء في معنى الخلع.

كما نشير إلى عيب في صياغة الفقرة الثانية من المادة فقد نصت على أن «ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاته مساعي الصلح بينهما.... وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض».

وهذا ما يؤدي إلى القول بوجوب أن تقرر الزوجة صراحة أمام المحكمة بعد محاولة الصلح التي تبذلها المحكمة ثم ندبها لحكمين لموالاته مساعي الصلح، «أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض»، رغم أن هذه العبارات هي أساس دعاها التطليق للخلع، ويجب أن ترد بصحيفة الدعوى.

ولا يلزم في هذه الدعوى ادعاء إضرار الزوج بها، فإن محل ذلك هو دعوى التطليق للضرر، ولذلك لا تكلف الزوجة بإثبات إضرار الزوج بها أو أن الشقاق بينهما يرجع إلى الزوج، فيكفي أن تقرر صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- «أن النص في المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أن للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعاها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه. ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاته مساعي الصلح بينهما،، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية

بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض". مما مفاده أن المشرع أقر نظام الخلع وقصد به دفع الضرر ورفع الحرج عن طرفي العلاقة الزوجية، إذ أجاز لهما المخالعة بالتراضي، فإن لم يتراضيا عليه كان للزوجة أن تخالع إذا افتدت نفسها بتنازلها عن جميع حقوقها المالية الشرعية وتشمل مؤخر صداقها ونفقة للعدة والمتعة ورد عاجل الصداق الذي دفعه الزوج لها، وإقرارها بأنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، فإذا لم يوافق الزوج على التطلق، فإن المحكمة تقوم بدورها في محاولة للصلح بين الزوجين ثم تندب حكّامين لموالاته ذلك، فإن لم يتم الوفاق، وعجز الحكّمان عنه، تتحقق المحكمة من رد الزوجة لعاجل الصداق بعد أن تستوثق من إقراراتها، ثم تحكم بالخلع».

(طعن رقم 308 لسنة 73 ق جلسة 2012/7/10)

٢- «لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن طلب المطعون ضدها التنازل عن طلب الطلاق خلعاً إنما أبدى منها تالياً لإقرارها بأنها تبغض الحياة مع الطاعن وتخشى ألا تقيم حدود الله معه وإبراء الأخير لها من مقدم الصداق وقبل طلبها تعديل الطلبات إلى الطلاق للضرر وكان الطاعن قد اعترض على الترك وطلب الحكم في موضوع دعوى الخلع لتوافر الشروط القانونية للحكم فيها وبأن ذلك يحقق مصالحة المشروعة بعدم التزامه بأداء أي من الحقوق المالية الشرعية للمطعون ضدها تنتج عن الطلاق لتنازلها عنها وبأن تعديل الأخيرة لطلباتها إلى الطلاق للضرر يمكنها من استعادة تلك الحقوق خلافاً للقاعدة القانونية التي تقرر بأن الساقط لا يعود، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن اعتراض الطاعن على ترك الخصومة وقضى بتأييد الحكم الابتدائي في إثبات الترك وركن في قضائه إلى قوله إن هذا الترك بعد تعديل المطعون ضدها لطلباتها من طلب التطلق خلعاً إلى طلب التطلق للضرر ما هو إلا رغبة منها في استمرار الحياة الزوجية مع الطاعن وبذلك فإنه لا مصلحة له في استمرار الدعوى وهو قول لا يحمل قضاء الحكم ولا يصلح رداً على دفاع الطاعن الأمر

الذي يعيب الحكم بالقصور في التسبب أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن».

(طعن رقم 308 لسنة 73 ق جلسة 2012/7/10)

٢٨٥- الحقوق المالية الشرعية التي يرد عليها التنازل:

عبرت الفقرة الأولى من المادة عن حقوق الزوجة التي يرد عليها التنازل ضمن بدل الخلع بـ «جميع حقوقها المالية الشرعية». وهذه العبارة جاءت عامة، فهي لا تشمل الحقوق المالية الشرعية الناشئة عن الطلاق فقط، بل تشمل تلك الناشئة عن الزواج أيضاً، بدليل أن الفقرة المذكورة ألزمت - كما سنرى - الزوجة برد الصداق الذي أعطاه الزوج لها، وهو عاجل صداقها الذي يستحق بسبب الزوجية وأن الإمام أبا حنيفة - ورأيه الراجح في المذهب - يرى أنه يسقط بالخلع كل حق ثابت بالفعل لكل من الزوجين على الآخر بسبب الزواج.

ومن ثم فإن هذه الحقوق التي يرد عليها التنازل تشمل متجمد نفقة الزوجية المستحق للزوجة ومؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة.

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون إلى أن التنازل يشمل مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة.

ولا يشمل التنازل أعيان جهاز الزوجة لأن هذه الأعيان - في الأصل - مملوكة لها، كما لا يشمل الشبكة وهدايا الخطبة، لأنها لا تعتبر من الحقوق الناشئة عن الزواج، وإنما سببها الخطبة، وهي تمهيد لعقد الزواج ومن مقدماته، إلا إذا اتفق على الشبكة فإنها تكون ضمن عاجل الصداق الذي قبضته الزوجة ويرد عليه الرد كما سنرى.

كما لا يشمل التنازل حقوق صغار الزوجين من نفقة وحضانة ورؤية أو غيرها، لأنها ليست حقوقاً خاصة بالزوجة تملك التنازل عنها، فضلاً عن أن الحضانة والرؤية ليست من الحقوق المالية الشرعية.

فإذا تنازلت عنها الزوجة صح الخلع وبطل هذا التنازل.

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون:

«وتنازل الزوجة للخلع يكون عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وتشمل مؤخر صداقها ونفقة العدة والمتعة، ولكن التنازل لا يشمل حقوق صغارها من حضانة أو نفقة أو رؤية لأنها ليست حقوقاً خاصة بها تملك التنازل عنها فإن اشترط للخلع إسقاط شيء من هذه الحقوق صح الخلع وبطل الشرط».

٢٨٦- رد الزوجة الصداق الذى أعطاه الزوج لها:

نصت الفقرة الأولى من المادة ضمن بدل الخلع، رد الزوجة الصداق الذى أعطاه الزوج لها، أى رد عاجل الصداق الذى قبضته.

فإذا كان متفقاً على عاجل صداق، ولكن لم يدفعه الزوج إلى زوجته، فلا محل بداهة للرد.

٢٨٧- متى يحصل رد الصداق الذى قبضته الزوجة؟

يجب أن يحصل رد الصداق الذى قبضته الزوجة إلى زوجها إما قبل رفع الدعوى، أو بعد رفعها وقبل إقفال باب المرافعة فيها.

ويكون رده قبل رفع الدعوى باتخاذ إجراءات العرض الحقيقى والإبداع المنصوص عليها فى المواد ٤٨٧ وما بعدها من قانون المرافعات، على أن تقدم الزوجة للمحكمة ما يدل على اتباع هذه الإجراءات.

ويكون الرد أمام المحكمة بتسليم الصداق إلى الزوج إذا كان حاضراً أو إلى وكيله المفوض وكالة خاصة بقبول العرض الفعلى (م ٧٦ مرافعات)، وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة ويثبت فى محضر الإيداع ما أثبت فى محضر الجلسة خاصاً بالعرض ورفضه.

وإذا كان المعروض من غير النقود تعين على الزوجة أن تطلب من المحكمة تعيين حارس عليه. ولا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس.

وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض (م ٤٨٩ مرافعات).

٢٨٨- المنازعات التي تثور بشأن مقدار عاجل الصداق الذي أعطاه الزوج

للزوجة:

إذا كان ثابتاً بوثيقة عقد الزواج مقدار عاجل الصداق والذي قبضته الزوجة من زوجها، وردت الزوجة إليه ما هو ثابت بالوثيقة، ولم يبد ثمة اعتراض بشأنه، كان هذا الوفاء مبرئاً لزمة الزوجة من عاجل الصداق.

أما إذا كان عاجل الصداق غير مسمى بالعقد وثار نزاع بين الزوجين في شأنه، أو كان ثابتاً بالعقد وادعى الزوج أنه دفع أكثر منه، فإنه يجب اتباع ما يأتي:-

(أ) - حالة عدم تسمية عاجل الصداق بالعقد:

إذا كان عاجل الصداق غير مسمى بالعقد وتنازع الطرفان في شأنه بأن ادعت الزوجة مبلغاً معيناً وادعى الزوج مبلغاً أكبر فإن المحكمة تطبق حكم المادة ١٩ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، التي تجرى على أن: «إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهراً لمثلها. وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما».

وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (1) لسنة 2000:

«.... فإن كان ما ورد في عقد الزواج غير مسمى، وتنازع الطرفان في قدره طبقت المحكمة حكم المادة (١٩) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لبيان مقدار مقدم الصداق الذي تلتزم الزوجة برده إلى زوجها».

وينبنى على ذلك أنه يجب على المحكمة بعد إثبات مقدار مقدم الصداق الذي قبضته الزوجة، أن تصدر قراراً بتحديدده، وذلك حتى يتسنى للزوجة الوفاء به إلى الزوج إذا شاءت.

(راجع في تفصيل إثبات مقدار الصداق الكتاب الأول بند ٢١٧).

(ب) - حالة ادعاء الزوج دفع أكثر من المسمى في العقد:

إذا كان مقدار عاجل الصداق مسمى بالعقد ولكن ادعى الزوج صورية ما سمى بالعقد وأنه دفع أكثر من المسمى.

فعقد الزواج وإن كان رسمياً إلا أن البيانات التي أثبتتها الموثق إنما دونها على لسان الزوجين وبالتالي يجوز إثبات ما يخالفها دون ما حاجة إلى الطعن عليها بالتزوير.

ولا يجرى الإثبات في هذه الحالة طبقاً للمادة ١٩ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ سائلة الذكر، لأنه يوجد اتفاق على عاجل الصداق ثابت بالعقد، ولكن يدعى الزوج صوريته، ومن ثم كان على الزوج إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات الشرعية ومن بينها البينة والقرائن، كما يكون للزوج توجيه اليمين إلى الزوجة باعتبارها منكراً للزيادة.

ولا يجوز الدفع بعدم جواز إثبات الصورية بالبينة فيما بين المتعاقدين تأسيساً على أنه لا يجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة، لأن هذه القاعدة والمنصوص عليها بالمادة ١١/أ من قانون الإثبات من القواعد الموضوعية في الإثبات والتي لا تسرى على الإثبات في مواد الأحوال الشخصية والتي يحكمها الرأي الراجح من المذهب الحنفى وحده (م ٣ من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية).

ولذلك لا نساير المشرع فيما أورده بالمذكرة الإيضاحية للقانون من أن:

«..... وإذا كان عاجل الصداق مسمى في العقد ولكن الزوج ادعى أنه دفع أكثر منه قضت المحكمة بالخلع برد الزوجة القدر المسمى في العقد وانفتح الطريق للزوج أن يطالب بما يدعيه بدعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة».

وذلك للأسباب الآتية:

١- أن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية يخالف صريح عبارات النص. فقد جاء بالفقرة الأولى من المادة: «..... وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه». فالمادة تشترط رد الصداق الذي أعطاه الزوج للزوجة، أي الصداق الذي قبضته الزوجة من الزوج ولم تنص على رد الصداق الثابت بالعقد، إذ كثيراً ما يختلف الصداق الثابت بالعقد

عن الصداق الحقيقي المقبوض. لما درج عليه الكثيرون إما بإثبات عاجل صداق يزيد على المدفوع فعلا إبانة لشرف النكاح وتكريما للمرأة، أو إثبات عاجل صداق يقل عن المدفوع فعلا، درءا لسداد رسوم أكبر.

٢- أن المادة تسلم بحق الزوج إذا ادعى صداقا أكثر من الثابت بالعقد فى أن يلجأ إلى المحكمة المختصة ليطالب بما يدعيه بدعوى مستقلة، بعد أن تقضى المحكمة بالتطليق للخلع إذا ردت الزوجة الصداق الثابت بالعقد، وقد يقضى له بالزيادة التى يدعيها، فيكون حكم التطليق صدر دون أن ترد الزوجة الصداق الذى قبضته وهو شرط من شروط الدعوى، فيضحي الحكم خاطئا وهو خطأ لا يمكن تداركه.

كما أن فى عدم إجابة الزوج إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية عاجل الصداق الثابت بالعقد، ينطوى على إخلال بحق الدفاع ينبى عليه بطلان الحكم.

٣- أن المقرر أنه إذا كانت عبارات النص واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بما يخالفها مما يرد فى الأعمال التحضيرية - ومن بينها المذكرات التفسيرية المرافقة للقانون - وتغليبها على عبارة النص لخروج ذلك عن مراد الشارع^(١).

٢٨٩- محاولة المحكمة الصلح بين الزوجين:

إذا تنازلت الزوجة عن جميع حقوقها المالية الشرعية ورددت إلى زوجها الصداق الذى أعطاه لها. تعين على المحكمة التى تنظر الدعوى أن تحاول الصلح بين الزوجين.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن تتم محاولة الصلح على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨).

والفقرة المذكورة توجب على المحكمة أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، واستقر قضاء النقض على أن يكفى لذلك مجرد عرض الصلح على الزوجين.

(١) نقض جنائى طعن رقم ٦٥٩ لسنة ٢٩٩ فى جلسة ١/٦/١٤٥١.

وإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما.

(راجع في تفصيل محاولة الصلح بين الزوجين الكتاب الثانى بند ٦٥).

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٢٠ - كما وردت في مشروع القانون المقدم من الحكومة - تنص على أن: «وتحكم المحكمة بالتطليق للخلع بعد عرض الصلح بين الزوجين طبقا لأحكام المادة ١٨ من هذا القانون»، فعدلتها اللجنة المشتركة بمجلس الشعب إلى: «وتحكم المحكمة بالتطليق للخلع بعد عرض الصلح بين الزوجين طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة».

وجاء في تقرير اللجنة عن هذا التعديل: «وقد رأت اللجنة استبدال عبارة «طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة ١٨ بعبارة «طبقا لأحكام المادة ١٨» لدقة العبارة الأولى عن العبارة الثانية من حيث الصياغة، حيث يلزم الحكم الوارد في هذه الفقرة المحكمة بأن تبذل جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق والتطليق».

٢٩- ندب حكمين لموالاتة مساعى الصلح بين الزوجين:

نصت الفقرة الثانية من المادة على أن: «ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاتة الصلح بينهما.... الخ».

والنص على ندب الحكمين لم يكن واردا بالمادة بالمشروع المقدم من الحكومة، إنما قدم هذا التعديل من الحكومة حال مناقشة المادة بمجلس الشعب^(١). وندب الحكمين يكون - بداهة - إذا عجزت المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.

(١) وكان بعض أعضاء لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى قد اقترحوا أن يكون حكم المحكمة بالتطليق بالخلع مسبوqa بإحالة الأمر إلى التحكيم المنصوص عليه في المادة ١٩، إلا أن اللجنة رأت أن ما ورد في النص من تكليف القاضى بعرض الصلح على الزوجين وإعطائهما فسحة من الوقت هو الأنسب في هذا المقام الذى يقتضى الرؤية وذلك عوضا عن التحكيم (تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى).

وقد أحالت الفقرة الثانية من المادة في تعيين الحكّمين وتنظيم عملهما ومثولهما أمام المحكمة بعد انتهاء مأموريتهما إلى نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من القانون والتي سبق شرحهما تفصيلاً.

(راجع في التفصيل الكتاب الثانى بنود 57 وما بعده)

ومهمة الحكّمين قاصرة على موالاة محاولة الصلح التى بدأتها المحكمة مع الزوجين وأخفقت فيها. ومن ثم لا يدخل فى مهمة الحكّمين التى تحددها المحكمة تحديد المتسبب فى الشقاق من بين الزوجين، ومدى إسهام كل منهما فيه، وإن كان توصل الحكّمين إلى ذلك مما ييسر مهمتهما فى الإصلاح بين الزوجين بالسعى لإزالة سبب الشقاق.

وينبنى على ذلك أن يكون دور الحكّمين عند المثول أمام المحكمة بعد الانتهاء من مأمورتهما أن يقررا بما إذا كانا قد وفقا فى الإصلاح بين الزوجين أم لا. والفقرة الثانية من المادة حددت لمهمة الحكّمين مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر إلا أن هذا الميعاد تنظيمى لا يترتب على مخالفته ثمة جزاء.

وإذا كان الحكّمان قد خلاصا فى مأموريتهما إلى الإصلاح بين الزوجين، فإن المحكمة تقضى بانتهاء الدعوى أما إذا لم يوفقا فى الإصلاح بينهما فإنه يتعين على المحكمة القضاء بالتطليق للخلع. فالقضاء بالتطليق للخلع وجوبى على المحكمة.

٢٩١- يجوز للمتزوجة زواجا عرفيا طلب التطليق للخلع؛

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ تنص على أن: «ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٢١ - ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة».

وعلى ذلك إذ أنكر الزوج فى الزواج العرفى الزوجية، وكان الزواج ثابتا بأية كتابة - بالتفصيل الذى أوردناه فى موضعه من الكتاب - فإنه يقبل من الزوجة دعوى التطليق للخلع.

٢١٢- قضاء المحكمة بالتطليق للخلع:

إذا توافرت شروط التطليق للخلع المنصوص عليها بالمادة (٢٠) والتي عرضنا لها فيما سلف، وأخفقت المحكمة ومن بعدها الحكمان في الإصلاح بين الزوجين، تعين على المحكمة القضاء بتطليق الزوجة للخلع طلاقاً بائناً. وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة على أن: «يوقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن»، أي سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أم غير مدخول بها. وسواء كان الخلع باتفاق الطرفين أم بحكم المحكمة. وتكون الطلقة بائنة بينونة صغرى إذا لم تكن مكتملة للثلاث، فلا تجوز الرجعة إلا بعقد ومهر جديدين، أما إن كانت مكتملة للثلاث، فتكون بائنة بينونة كبرى ولا يجوز أن يتزوجها مطلقها بعقد ومهر جديدين إلا بعد أن تكون قد تزوجت من غيره زواجا صحيحا، ودخل بها، ثم انقضى هذا الزواج بالطلاق أو الوفاة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، على أنه: «ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع....»، مؤداه، أن الخلع في حقيقته - وفقاً لرأى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية - هو نوع من الطلاق. (طعن رقم 592 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/6/18)⁽²⁾

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

(2) كما قضت محكمة النقض بأن:

«إذ كان الثابت من الأوراق أن طلب المطعون ضدها التنازل عن طلب الطلاق خلعاً إنما أبدى منها تالياً لإقرارها بأنها تبغض الحياة مع الطاعن وتخشى ألا تقيم حدود الله معه وإبراء الأخير لها من مقدم الصداق وقبل طلبها تعديل الطلبات إلى الطلاق للضرر وكان الطاعن قد اعترض على الترك وطلب الحكم في موضوع دعوى الخلع لتوافر الشروط القانونية للحكم فيها وبأن ذلك يحقق مصالحه المشروعة بعدم التزامه بأداء أي من الحقوق المالية الشرعية للمطعون ضدها تنتج عن الطلاق لتنازلها عنها وبأن تعديل الأخيرة طلباتها إلى الطلاق للضرر يمكنها من استعادة تلك الحقوق خلافاً للقاعدة =

٢١٣- حالة عدم توافر شروط الدعوى:

إذا لم تتوافر شروط دعوى التطلاق للخلع، كلها أو بعضها، كأن تكون الزوجة لم تتنازل للزوج عن جميع حقوقها المالية الشرعية، أو لم ترد إلى الزوج الصداق الذى أعطاه لها كله أو جزءا منه، فإن المحكمة تقضى بعدم قبول الدعوى.

وهذا القضاء لا يحوز حجية الشيء المقضى به، إذ يجوز لها فيما بعد رفع الدعوى من جديد إذا توافقت السبب الذى أدى إلى القضاء بعدم قبول الدعوى الأولى.

٢١٤- عدم قابلية الحكم الصادر فى دعوى التطلاق للخلع للطعن:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة على أن «ويكون الحكم - فى جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن».

فالحكم الصادر فى دعوى التطلاق للخلع غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن.

والمقصود بعبارة (فى جميع الأحوال) سواء كان الحكم صادرا بالتطلاق أو بعدم القبول أو بالرفض أو صادرا فى دفع شكلى أو متعلق بالإجراءات، كالقضاء ببطلان صحيفة الدعوى، أو باعتبارها كأن لم تكن.

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون ذلك بما أوردته من أنه: «وكان من المنطقى وقد قام الحكم فى شأن الخلع، على أن لا يقضى به إلا بعد أن تبذل

= القانونية التى تقرر بأن الساقط لا يعود، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن اعتراض الطاعن على ترك الخصومة وقضى بتأييد الحكم الابتدائى فى إثبات الترك وركن فى قضائه إلى قوله إن هذا الترك بعد تعديل المطعون ضدها طلباتها من طلب التطلاق خلعا إلى طلب التطلاق للضرر ما هو إلا رغبة منها فى استمرار الحياة الزوجية مع الطاعن وبذلك فإنه لا مصلحة له فى استمرار الدعوى وهو قول لا يحمل قضاء الحكم ولا يصلح ردا على دفاع الطاعن الأمر الذى يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب أدى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون».

(طعن رقم 308 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» جلسة 2012/7/10)

المحكمة غاية جهدها في الصلح بين الزوجين فلا توفق في إتمامه، ثم يكون رد الزوجة لمقدم الصداق الذي دفعه لها زوجها، وتنازلها عن باقي حقوقها المالية الشرعية، ثم بعد ذلك أن تقر ببغضها الحياة معه وخشيتها ألا تقيم حدود الله، كان من المنطقي بعد ذلك كله أن يكون الحكم الصادر بالتطليق غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن لأن فتح باب الطعن فى هذه الحالة لا يفيد إلا فى تمكين من يريد الكيد لزوجته من إبقائها معلقة أثناء مراحل التقاضى التالية لسنوات طويلة دون ما مسئولية عليه حيالها، وبعد أن رفع عنه أى عبء مالى كأثر لتطليقها».

ولا يعمل هنا بنص المادة ٢٢١ مرافعات التى تقضى بأنه يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان فى الحكم، أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم - لأنه نص عام، ونص المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ نص خاص.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «الطعن على الحكم الصادر بالخلع. غير جائز. المادة ٢٠ فقرة أخيرة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠. جواز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو بطلان فى الحكم أو فى الإجراءات أثر فيه. المادة ٢٢١ مرافعات. ليس استثناء على حكم المادة ٢٠ سالف الذكر. علة ذلك. النص العام لا يلغى ضمنا النص الوارد فى قانون خاص».

(طعن رقم 510 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/11/22)

٢- «المقرر طبقا للفقرة الأخيرة من المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، عدم جواز الطعن على الحكم الصادر بالخلع بأى طريق من طرق الطعن، سواء بالاستئناف أو النقض».

(طعن رقم 592 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/6/18)

٢١٥- دستورية النص على عدم قابلية الحكم الصادر فى دعوى التطليق

للخلع للطعن:

النص فى الفقرة الأخيرة من المادة على أن يكون الحكم الصادر (فى دعوى التطليق للخلع) - فى جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن دستوري. فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن قصر التقاضى على درجة واحدة هو مما يستقل به المشرع ويرد النص به موافقا لأحكام الدستور. وأن ذلك لا ينطوى على إخلال المشرع بمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه بالمادة (٤٠) من الدستور (الطفل الآن)، لأن أعمال هذا المبدأ - وما يقتضيه من الحماية القانونية المتكافئة تماثل المراكز القانونية فى نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعى ومعاملتها بالتالى على ضوء قاعدة موحدة لا تفرق بين أصحابها بما ينال من مضمون الحقوق التى يتمتعون بها، كما أنه لا يتضمن إخلالا بمبدأ تكافؤ الفرص الذى تكفله الدولة للمواطنين كافة وفقا لنص المادة (٨) من الدستور، لأن مضمون هذا المبدأ يتصل بالفرص التى تتعهد الدولة بتقديمها، وأن أعماله يقع عند التزام عليها.

إذ قضت بتاريخ ١٩/١/١٩٩٣ فى القضية رقم ٠٠٢ لسنة ١٩٩٢

«دستورية» بأن:

«وحيث إن الفصل فى هذا النعى يقتضى ابتداء التمييز فى هذا بين قصر حق التقاضى على درجة واحدة من ناحية، وبين إنكار الحق فيه إنكارا مطلقا أو مقيدا من ناحية أخرى، ذلك أن قصر التقاضى فى المسائل التى فصل فيها الحكم على درجة واحدة - وهو ما يستقل المشرع بتقديره. يفترض لزوما أمرين، أولهما أن تكون الدرجة الواحدة محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى من حيث تشكيلها وضماناتها والقواعد المعمول بها أمامها، ثانيهما أن يكون المشرع قد عهد إليها بالفصل فى عناصر النزاع جميعها - الواقعية منها والقانونية - دون أن تراجعها فيما تخلص إليه من ذلك أية جهة أخرى. وعلى نقيض ما تقدم، أن يقيم المشرع محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائى للفصل فى مسائل

القانون المرتبطة بنزاع معين دون سواها، تعقيبا من جانبها على قرار أصدرته جهة إدارية عند فصلها فيه، إذ يعتبر ذلك إنكارا لحق اللجوء إلى القضاء وهو الحق الذي كفلته المادة الثامنة والستون من الدستور، باعتبار أن الفصل في عناصر النزاع الواقعية عائد إلى جهة إدارية لا تتوافر أمامها - وبالضرورة - مقومات التقاضى وضماناته الرئيسية. كذلك يتعين التمييز بين قصر حق التقاضى على درجة واحدة من ناحية، وبين تعدد مراحلها في الموضوع الواحد من ناحية أخرى، ذلك أن هذا التعدد - حين يتوافر الدليل عليه من النصوص التشريعية ذاتها - يعتبر نافيا - وبداهة لقالة انحصاره في درجة واحدة، ومتحقق دوما حين تقوم محكمة استئنافية بمراجعة قضاء المحكمة الدنيا في عناصره الواقعية والقانونية، وكذلك حين تصدر التنظيم القضائي، وتحتل القمة من مدارجه، محكمة تعلوهما تكون ولايتها مقصورة على الفصل في مسائل القانون لتعقيدها، ولو كان الطعن في أحكامها ممتعا.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التي تلتبس بها، إنما يقوم على مجموعة من العناصر لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعي، ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائي من بينها أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين، يفترض أن يكون تشكليها واستقلالها كاشفين عن حيديتها عند الفصل في النزاع، ومؤديين إلى غيريتها في مواجهة أطرافه، وأنه في كل حال يتعين أن يثير النزاع المطروح عليها ادعاء قانونيا يبلور الحق في الدعوى كرابطة قانونية تتعقد الخصومة القضائية من خلالها، وبوصفها الوسيلة التي عينها المشرع لاقتضاء الحقوق المدعى بها، بمراعاة أن يكون إطار الفصل فيها محددا بما لا يخل بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها، وعلى ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفا ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكدا للحقيقة القانونية، مبلورا لمضمونها، لتفرض نفسها على كل من ألزمه المشرع بها، بافتراض تطابقها مع الحقيقة الواقعة.

وحيث إن البين من أحكام قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ ومذكرته الإيضاحية، أن الأعيان التي كان مصرفها على غير جهات البر، والتي اعتبر وقفها منتهيا بصدور المرسوم بقانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٥٢، كان ينبغي توزيعها على المستحقين كل بقدر نصيبه، باعتبار أنهم أصبحوا مالكيين لهذه الأنصبة، إلا أن معظم هذه الأعيان لم تصل إلى أيدي مستحقيها بسبب شيوع أنصبتهم، وما يقيمه بعض الحراس بل وبعض المستحقين من العوائق التي تحول دون إجراء القسمة وأنه لمواجهة ذلك، صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ بقسمة الأعيان التي اعتبر وقفها منتهيا مستهدفا تقرير قواعد ميسرة تكفل إيصال الحقوق إلى المستحقين، وتجنبهم المنازعات والخصومات التي تتفرع عن إجراءات التقاضي المعتادة والتي قد تعرض حقوقهم للضياع، إلا أن تطبيق هذا القانون أسفر عن تعقد إجراءاته وبطئها بالنظر إلى تعدد لجانه وتعدد إجراءاتها ومواعيدها، ومن ثم فقد صدر القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠. متوخيا تعديل أحكام القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه بما يكفل إنجاز عملية القسمة أو البيع - عند تعذر إجراءاتها - وذلك في أقرب وقت، وبمراعاة أن تكون إجراءاتها مبسطة، وبما يصون حقوق المتقاسمين وغيرهم على السواء. وفي هذا الإطار نص قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ في مادته الأولى على أنه استثناء من أحكام المادة (٨٣٦) من القانون المدني والمادة (٤١) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف، تتولى وزارة الأوقاف بناء على طلب أحد ذوى الشأن قسمة الأعيان التي انتهت فيها الوقف طبقا للمرسوم بقانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٥٢، كما تتولى الوزارة في هذه الحالة فرز حصة الخيرات الشائعة في تلك الأعيان. وتعهد مادته الثانية بإجراء القسمة إلى لجنة أو أكثر يصدر بتشكيلها ومكان انعقادها قرار من وزير الأوقاف على أن يرأسها مستشار مساعد بمجلس الدولة ويكون أحد القضاة وأحد العاملين في وزارة الأوقاف أو هيئة الأوقاف المصرية من الفئة الوظيفية التي حددتها، عضوين بها، وعملا بمادتيه الرابعة والخامسة تختص لجان القسمة هذه بفحص طلباتها وتحقيق جديتها، ولها أن تكلف الحارس على الوقف، أو من

يتولى إدارة أعيانه، بأن يقدم جميع الإشهادات الصادرة بالوقف والمتضمنة الزيادة فيه والاستبدال منه والأحكام الصادرة في شأنه، وكذلك بياناً بأعيانه ومقرها والمنازعات القائمة بصددتها، فإذا لم يقدم الحارس على الوقف أو من يتولى إدارة أعيانه في الموعد الذى تحدده اللجنة البيانات والمستندات التى طلبتها تعين عليها تغريمه، وجاز لها إقالته وإبداله بغيره يتولى إدارة الأعيان بصفة مؤقتة إلى أن تتم قسمتها نهائياً. ولكل ذى شأن الاطلاع على الأوراق المقدمة إلى اللجنة وأن يطلب صوراً منها مطابقة للأصل. ووفقاً لمادته السادسة تراعى لجان القسم فى عملها اتباع القواعد الإجرائية المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما تنقيد فى مباشرتها بالقواعد الموضوعية المنصوص عليها فى القانون رقم ٤٨ لسنة ٦٩٤٦ بأحكام الوقف وكذلك قواعد القانون المدنى فى شأن القسم وذلك دون إخلال بما نص عليه القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٠٠٠. من أحكام. وتكون لجان القسم هى المختصة بالفصل فى جميع المنازعات التى تدخل فى اختصاص المحاكم وفقاً لأحكام القوانين المتقدمة. ولا تبأشر هذه اللجان أعمالها فى غيبة ذوى الشأن ولكن بعد إعلانهم بالكيفية المنصوص عليها فى المادة الثامنة من القرار بقانون المشار إليه وتنشئ مادته العاشرة لجنة أو أكثر تسمى لجنة الاعتراضات تشكل بقرار من وزير الأوقاف المصرية من الفئة الوظيفية التى حددتها هذه المادة. وتختص لجنة الاعتراضات بالنظر فيما يقدمه أصحاب الشأن من أوجه الاعتراضات على الحكم الصادر من لجنة القسم سواء كان ذلك متعلقاً بتقدير أنصبة المستحقين أو تقويم أعيان الوقف أو غير ذلك، على أن ترفع الاعتراضات على حكم لجنة القسم - وعلى ما ينص عليه القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٠٠٠. فى مادته الحادية عشرة - من كل خصم فى الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره. وقد اعتبرت المادة الثانية عشرة القرارات النهائية للجان القسم بمثابة أحكام مقررلة للقسم بين أصحاب الشأن وتشر فى مصلحة الشهر العقارى والتوثيق. وخولت مادته الثالثة عشرة كل من كان طرفاً فى إجراءات القسم أن يطعن فى القرارات النهائية الصادرة من لجان القسم إذا كان القرار مبنياً على

مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله أو إذا وقع بطلان في القرار أو بطلان في إجراءاته أثر فيه، ويرفع الطعن إلى محكمة الاستئناف خلال موعده المحدد، ويكون قرارها نهائياً غير قابل للطعن فيه أمام أية جهة قضائية.

وحيث إن البين مما تقدم أن القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ حدد كيفية إجراء القسمة في الأعيان التي اعتبر وقفها منتهياً، فاستعاض عن القواعد الإجرائية المعقدة بلجنتين تختص إحداها بفحص طلبات القسمة وتحقيق جديتها وإجرائها وكذلك بيع الأعيان التي تتعذر قسمتها، وتختص أخرىها بالفصل في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها اللجنة الأولى سواء كان الاعتراض مبناه المنازعة في الاستحقاق أو تقويم الأعيان أو غير ذلك. وقد قيد المشرع هاتين اللجنتين بقواعد قانونية ألزمهما باتباعها، بعضها من طبيعة إجرائية هي تلك المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ومنها ما هو من طبيعة موضوعية تمثلها الأحكام التي تضمنها القانون المدني في شأن القسمة، وكذلك ما تضمنه القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ من أحكام متعلقة بالوقف، وتفصل هذه اللجان - التي يغلب العنصر القضائي على تشكيلها - فيما يعرض عليها مما يدخل في اختصاصها بعد إعلان أصحاب الشأن ببدء إجراءاتها، وبما يكفل حقوق المتقاسمين والأغيار على السواء، وفي إطار من الضمانات الرئيسية للتقاضى التي تنتهى معها لكل من كان طرفاً في إجراءات القسمة الفرص الكاملة لإبداء أقواله ومواجهة خصمه وتحقيق دفاعه، بما مؤداه أن المشرع أقام هئتين ذواتي اختصاص قضائي تعلو إحداها أدناهما، وتتقيد كلتاهما بقواعد إجرائية وموضوعية لا تريم عنها، وتتوافر في تشكيلها الحيدة التي تكفل غيريتها في مواجهة المتنازعين. وقد اقترن هذا التنظيم القائم على تعدد مراحل التقاضى في الموضوع الواحد، بضمان حق الطعن أمام محكمة الاستئناف في القرارات النهائية الصادرة عن لجان القسمة كلما كان الطعن عليها مبناه مخالفتها القانون أو خطئها في تطبيقه أو تأويله. أو إذا وقع بطلان في قراراتها أو بطلان في إجراءاتها أثر فيها، ومن ثم يكون المشرع قد حصر اختصاص محكمة الاستئناف في مسائل القانون، وعهد إليها من خلال مراقبتها لصحة تطبيقه بدور

مماثل لدور محكمة النقض التي لا يجوز الطعن في أحكامها أمام أية جهة، وليس ذلك إنكاراً لحق التقاضي المنصوص عليه في المادة (٦٨) من الدستور، بل هو تأكيد لمضمونه وإرساء لأبعاده بما يكفل الأغراض التي توخاها.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان المشرع غير مقيد - في مجال ضمانه حق اللجوء إلى القضاء بأشكال محددة تمثل أنماطاً جامدة لا تقبل التغيير أو التبديل، بل يجوز أن يختار من الصور الإجرائية لإنفاذ هذا الحق - ما يكون في تقديره الموضوعي أكثر اتفاقاً مع طبيعة المنازعة التي يعهد بالفصل فيها إلى محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي ودون ما إخلال بضماناتها الرئيسية التي تكفل إيصال الحقوق لأصحابها وفق قواعد محددة تكون منصفة في ذاتها وغير متحيزة بالتالي، متى كان ذلك، فإن التنظيم التشريعي الذي تضمنه القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٠٠٠ - بمراعاة طبيعة المنازعات التي اختص اللجان التي أنشأها بالفصل فيها، وفي الحدود التي يقتضيها الصالح العام - لا يكون مخالفاً للدستور من هذه الناحية.

وحيث إن المدعين ينعون على النص التشريعي المطعون عليه إخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون، وكان إعمال هذا المبدأ - وما يقتضيه من الحماية القانونية المتكافئة يفترض تماثل المراكز القانونية في نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي ومعاملتها بالتالي على ضوء قاعدة موحدة لا تفرق بين أصحابها بما ينال من مضمون الحقوق التي يتمتعون بها، وكان النص التشريعي المطعون عليه لا يعدو أن يكون جزءاً من التنظيم المتكامل لحق التقاضي الذي تضمنه القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٠٠٠، وكان هذا التنظيم قد تقرر لأغراض مشروعة، وفق أسس موضوعية لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً منهيماً عنه بين المخاطبين بها، فإن مقالة إخلال النص المطعون عليه بمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة (٤٠) من الدستور، لا يكون لها محل.

وحيث إن ما ينعه المدعون من إخلال النص التشريعي المطعون فيه بمبدأ تكافؤ الفرص الذي تكفله الدولة للمواطنين كافة وفقاً لنص المادة (٨) من الدستور مردود بأن مضمون هذا المبدأ يتصل بالفرص التي تتعهد الدولة

بتقديمها، وأن إعماله يقع عند التزام عليها، وأن الحماية الدستورية لتلك الفرص غايتها تقرير أولوية - في مجال الانتفاع بها - لبعض المترشحين على بعض، وهى أولوية تتحدد وفقا لأسس موضوعية يقتضيها الصالح العام، إذ كان ذلك، فإن إعمال مبدأ تكافؤ الفرص فى نطاق تطبيق النص المطعون عليه يكون منتفيا، إذ لا صلة له بفرض قائمة يجرى التزام عليها».

٢٩٦- حالة انعدام الحكم الصادر فى دعوى التطبيق للخلع:

إذا كان الحكم الصادر فى دعوى التطبيق للخلع منعما - لا باطلا - كأن يكون قد صدر من دائرة لم يحلف أحد قضائها اليمين أو من قاضيين فقط، أو يكون قد صدر دون أن تعلن صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه، ولم يحضر الأخير أمام المحكمة، أو حصل غش فى الإعلان، أو لم يوقع رئيس الدائرة على الحكم، فإن الحكم يكون والعدم سواء، ولا يرتب أى أثر قانونى، ويكفى إنكاره عند التمسك به بما اشتمل عليه من قضاء، ويجوز رفع دعوى مبتدأ بانعدامه. ولا تزول حالة انعدام الحكم بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحا أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك^(١).

٢٩٧- جواز الطعن فى شق الحكم الصادر فى دعاوى النفقات أو الأجور وما

فى حكمها وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته:

ذكرنا فى الكتاب الثالث أن المادة العاشرة من القانون رقم (١) بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تنص على أن:

«تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه.

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا نظرية الأحكام فى قانون المرافعات الطبعة الثالثة ١٩٧٧

ويكون للمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني دون غيرها، الحكم ابتدائيا في دعاوى النفقات أو الأجور وما في حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانتها.

وتلتزم المحاكم الابتدائية والجزئية التي رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من هذه الطلبات بإحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد..... إلخ».

وعدم قابلية الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية للطعن بأى طريق من طرق الطعن قاصر على الشق الصادر فى دعوى التطليق للخلع، وبالتالي يجوز الطعن بالاستئناف على شق الحكم الصادر فى الدعاوى الأخرى سائلة الذكر.

٢١٨- اعتداد الزوجة من اليوم التالى لصدور الحكم :

إذا قضت المحكمة بتطليق الزوجة للخلع، فإنها تعتد اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ صدور الحكم، ولها أن تتزوج بعد انتهاء عدتها، لأن الحكم الصادر بالتطليق لا يجوز الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن.

٢١٩- عدم سقوط حق المطلقة فى مسكن الحضانة :

لا يترتب على تطليق الزوجة للخلع إذا كانت حاضنة سقوط حقها فى الإفادة من الحكم المنصوص عليه بالمادة (١٨ مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية والتي تقضى - على ضوء القضاء الصادر من المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١/٦ / ١٩٦٦ فى القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» - بأنه على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل استمروا فى شغل مسكن الزوجية مدة الحضانة.... إلخ».

ذلك أنه يسرى على المطلقة بأتنا للخلع ما يسرى على المطلقة لأى سبب آخر فى هذا الخصوص.

٢٠٠- عدم سريان الحكم الوارد بالمادة (٢٠) على غير المسلمين متحدى

الطائفة والملة :

حكم التطبيق للخلع المنصوص عليه بالمادة ٢٠ من القانون، من الأحكام الموضوعية، ولا شأن له بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فإنه يسرى على المسلمين فقط، وعلى غير المسلمين غير متحدى الطائفة والملة، ولا يمتد سريانه إلى غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة عملاً بالمادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية التى تقضى بأن:

«تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة.

ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية مالية منظمة حتى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ - طبقاً لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام».

غير أنه يستشف ضمناً من قضاء حديث لمحكمة النقض أنها تميل إلى عكس ذلك إذ قضت بتاريخ 2005/5/28 فى الطعن رقم 487 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» بأن:

«المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تنص على أنه «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطالبه، وافتدت نفسها وخلعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.... ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن، ويكون الحكم - فى جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن» وكان البين من مدونات الحكم

المطعون فيه أن رابطة الزوجية القائمة بين الطاعن والمطعون ضدها قد انفصمت عراها بصدر حكم نهائى بتطليقها منه خلعا فى الدعوى رقم ٨١٥ لسنة ٢٠٠٢ كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة، وبذلك تنقضى العلاقة التى كانت قائمة بينهما ويصير كل منهما أجنبيا عن الآخر، ومن ثم تضحى دعوى بطلان زواج مطلقة المذكورة منه لا محل لها لورودها على عقد زواج انقضى فلم يعد ثمة جدوى من إعادة بحث بطلانه أو صحته سيما وأن حكم الخلع المشار إليه ينطوى ضمنا على صحة عقد الزواج، إذ لا يرد الخلع - بحسبانه تطليقا - إلا على عقد زواج صحيح، مما كان يتعين معه رفض الاستئناف، وإذ كان قضاء الحكم فى هذه الحالة بعدم قبوله يستوى فى نتيجته مع رفضه، وكان حكم الخلع فى ذاته لا يمنع الطاعن من الزواج مرة أخرى إلا إذا قضى بذلك، وكان ذلك القضاء لم يقض بحرمانه من الزواج، فإنه يجوز له أن يتزوج بأخرى طبقا لنص المادة ٦٩ من لائحة الأقباط الأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٢٨، ومن ثم فإن النعى يكون غير منتج وبالتالي غير مقبول».



محتويات المجلد الرابع

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الطلاق	
	موضوع رقم (1)	
	تعريف الطلاق - حكمة الطلاق - الصفة	3
	الشرعية للطلاق - التعويض عن الطلاق	3
-1	تعريف الطلاق.....	3
-2	حكمة الطلاق.....	4
-3	الصفة الشرعية للطلاق.....	6
-4	التعويض عن الطلاق.....	8
-	موضوع رقم (2)	
	من يملك إيقاع الطلاق ؟ - حكم الطلاق الصادر	
	من بعض الأشخاص - من يقع عليها الطلاق ؟	15
-5	من يملك إيقاع الطلاق؟.....	15
-	حكم الطلاق الصادر من بعض الأشخاص.....	17
-6	(1) طلاق المجنون.....	17
-7	(2) طلاق المعتوه.....	18
-8	(3) طلاق الغضبان.....	20
-9	(4) طلاق المدهوش.....	22
-10	(5) طلاق الجاهل والمخطئ والساهى والناسى.....	23
-11	(6) طلاق السكران.....	24
-12	(7) طلاق الهازل.....	26
-13	(8) طلاق المكره.....	28

الصفحة	الموضوع	رقم البند
35	(9) طلاق المحجور عليه للسفه أو الغفلة.....	-14
36	(10) طلاق المريض مرض الموت.....	-15
43	من يقع عليها الطلاق؟.....	-16
	موضوع رقم (3)	-
	ركن الطلاق	
46	المقصود بركن الطلاق.....	-17
47	أولاً: لفظ الطلاق.....	-
47	(أ) اللفظ الصريح.....	-18
51	(ب) الكناية.....	-19
51	1- تعريف الكناية.....	-
52	2- حكم الطلاق بالكناية فى المذهب الحنفى.....	-
54	3- حكم القانون فى الطلاق بالكناية.....	-
55	ثانياً: الطلاق بالإشارة.....	-20
56	ثالثاً: الطلاق بالكتابة.....	-21
58	هل يجب الإشهاد على الطلاق ؟.....	-22
	موضوع رقم (4)	-
	صيغة الطلاق	
	الطلاق المنجز - الطلاق المضاف إلى زمن	
	مستقبل - الطلاق المعلق على شرط	
62	تأصيل فقهى.....	-23
62	الطلاق المنجز.....	-24

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-25	الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل.....	64
-26	الطلاق المعلق على شرط.....	65
-27	حكم الطلاق المعلق في الفقه الإسلامي.....	69
-28	حكم الطلاق المعلق والحلف بالطلاق في المرسوم	
	بقانون رقم 25 لسنة 1929.....	71
-29	إثبات قصد المتكلم بالطلاق المعلق.....	76
-	موضوع رقم (5)	
	عدد الطلقات - الطلاق المتعدد لفظاً	
	أو إشارة - الطلاق المتتابع	
		78
-30	عدد الطلقات.....	78
-31	الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة.....	79
-32	الطلاق المتتابع.....	82
-	موضوع رقم (6)	
	الطلاق السني والطلاق البدعي	
		86
-33	المقصود بالطلاق السني والطلاق البدعي.....	86
-34	(أ) طلاق السنة الأحسن.....	86
-35	(ب) طلاق السنة الحسن.....	89
-36	الطلاق البدعي.....	90
-37	هل يقع الطلاق البدعي؟.....	91
-	موضوع رقم (7)	
	الطلاق الرجعي والطلاق البائن	
		94
-38	تقسيم.....	94

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-39	(1) الطلاق الرجعى.....	94
-40	(2) الطلاق البائن بينونة صغرى.....	94
-41	(3) الطلاق البائن بينونة كبرى.....	94
-	متى يكون الطلاق رجعياً ومتى يكون الطلاق بائناً ؟ ...	94
-42	(أ) فى مذاهب الفقه الإسلامى.....	94
-43	(ب) فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929.....	96
-44	(1) الطلاق المكمل للثلاث.....	97
-45	(2) الطلاق قبل الدخول.....	97
-46	(3) الطلاق على مال.....	98
-47	(4) حالات الطلاق البائن الأخرى المنصوص عليها	
	فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929.....	98
-48	(5) حالة التطليق البائن المنصوص عليها فى	
	القانون رقم 25 لسنة 1920.....	98
-49	وصف الطلاق فى حالة التفريق بسبب العنة أو إباء	
	الزوج عن الإسلام أو اللعان.....	99
-50	العبرة بالوصف الحقيقى للطلاق.....	100
-	آثار الطلاق الرجعى والبائن.....	100
-51	(أ) آثار الطلاق الرجعى.....	100
-52	(ب) آثار الطلاق البائن بينونة صغرى.....	102
-53	(ج) آثار الطلاق البائن بينونة كبرى.....	102
-	الطلاق على مال	
		105
-54	تعريف الطلاق على مال.....	105
-55	مشروعية الطلاق على مال.....	105

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-56	البذل في الطلاق على مال.....	107
-57	شروط الطلاق على مال.....	109
-58	طلاق عديمة الأهلية على مال.....	110
-59	طلاق ناقصة الأهلية على مال.....	111
-60	طلاق الأجنبي على مال.....	111
-61	طلاق المريضة مرض الموت على مال.....	111
-62	حكم الطلاق على مال.....	113
-63	التكليف الفقهي للطلاق على مال وما يترتب عليه من آثار.....	114
-	الرجعة	117
-64	تعريف الرجعة.....	117
-65	شروط الرجعة.....	119
-66	كيفية حصول الرجعة.....	121
-	أولاً: القول.....	121
-	ثانياً: الفعل.....	122
-67	هل تصح الرجعة من المرأة ؟.....	122
-68	عدم اشتراط علم المطلقة أو رضاها بالرجعة شرعا	125
-69	عدم اشتراط الإشهاد على الرجعة شرعا	126
-70	عدم جواز التنازل عن الرجعة.....	128
-71	إثبات الرجعة.....	128
-72	عدم قبول ادعاء الزوج - عند الإنكار - مراجعة مطلقته مالم يعلنها بالمراجعة طبقاً للقانون.....	132
-73	هدم الطلاقات.....	135

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	موضوع رقم (8)	
	الفرق بين الطلاق والفسخ	
136		
74-	مجمل الفرق بين الطلاق والفسخ.....	136
75-	أولاً : الفرقة التي تكون طلاقاً.....	137
76-	ثانياً : الفرقة التي تكون فسخاً.....	138
77-	(أ) الفرقة التي تحتاج إلى قضاء القاضي.....	139
78-	(ب) الفرقة التي لا تحتاج إلى قضاء القاضي.....	139
79-	آثار التفرقة بين الطلاق والفسخ.....	139
	موضوع رقم (9)	
	الوكالة في الطلاق - التفويض في الطلاق	
	تفويض الزوجة في الطلاق	
141		
80-	تأصيل.....	141
81-	الوكالة في الطلاق.....	141
82-	تفويض الطلاق.....	142
83-	الفرق بين الوكالة والتفويض.....	145
84-	تفويض الزوجة في الطلاق.....	146
85-	صيغة التفويض.....	148
86-	حكم المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل)	
	في تفويض الزوجة بالطلاق.....	149

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-87	وقت التفويض.....	150
	موضوع رقم (10)	
	إثبات الطلاق شرعا	
-88	طرق إثبات الطلاق شرعا.....	151
-89	طرق ثلاثة للإثبات.....	151
-90	أولا: الإقرار.....	151
-91	الإقرار بالطلاق مع إسناد الطلاق إلى زمن ماض.....	155
-92	الإكراه على الإقرار بالطلاق.....	159
-93	ثانيا : البيئة.....	160
-94	ثالثا: اليمين.....	160
-95	قبول التناقض فى دعوى الطلاق.....	161
	موضوع رقم (11)	
	قبول دعوى التطليق أو الفسخ دون غيرهما	
	إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة	
-96	النص القانونى.....	162
-97	حكمة الاستثناء الوارد بالنص.....	162
-98	مضمون الاستثناء.....	163
-99	عدم امتداد الاستثناء إلى دعاوى أخرى.....	164
-100	يشترط ثبوت الزواج العرفى بأية كتابة.....	165

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	موضوع رقم (12)	
	الإشهاد على الطلاق وتوثيقه وإعلانه إلى الزوجة	
	في القانونين رقمى 100 لسنة 1985 ، (1) لسنة	
	2000	169
-	(أولا)	
	القانون رقم 100 لسنة 1985	169
-101	النص القانونى.....	169
-102	إيجاب توثيق إشهاد الطلاق.....	170
-103	إعلان الموثق إيقاع الطلاق لشخص الزوجة.....	174
-104	تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها.....	192
-105	جزاء مخالفة أحكام المادة (5 مكررا)	193
-	(ثانيا)	
	القانون رقم (1) لسنة 2000	206
-106	النص القانونى.....	206
-107	أولاً: عدم الاعتداد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا	
	بالإشهاد والتوثيق	206
107 مكررا	ثانياً: القضاء بعدم دستورية نص المادة (21) من	
	القانون رقم (1) لسنة 2000 فيما تضمنه من قصر	
	الاعتداد فى إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد	
	والتوثيق	208

رقم البند	الموضوع	الصفحة
108-	إجراءات الإشهاد على الطلاق وتوثيقه.....	214
	موضوع رقم (13)	
	بدء سريان آثار الطلاق	219
-	(أ) حكم الفقرة الثالثة من المادة (5 مكررا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985.....	219
109-	نص الفقرة.....	219
110-	متى تسرى آثار الطلاق.....	219
-	(ب) حكم المادة رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.....	223
111-	نص المادة.....	223
112-	التعديل الوارد بالمادة.....	224
113-	واجبات الموثق عند طلب الإشهاد والتوثيق.....	224
114-	ما يعتد به فى إثبات الطلاق فى حق الزوجين.....	224
	موضوع رقم (14)	
	الإيلاء - الظهار - اللعان	
	أولا : الإيلاء	225
115-	تعريف الإيلاء.....	225
116-	ركن الإيلاء.....	226
117-	شروط الإيلاء.....	227
118-	حكم الإيلاء.....	228

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-119	وصف الطلاق بالإيلاء فى الفقه والقانون	230
-	ثانيا : الظهار	230
-120	تعريف الظهار	230
-121	ركن الظهار	231
-122	شروط الظهار	233
-123	حكم الظهار	234
-124	كفارة الظهار	236
-	ثالثا : اللعان	
	التطليق بحكم القاضى	237
	موضوع رقم (15)	
	التطليق لعدم الإنفاق	238
-125	النصوص القانونية.....	238
-126	المصدر التشريعى للتطليق لعدم الإنفاق.....	239
	شروط التطليق لعدم الإنفاق	241
-127	الشرط الأول: أن يتمتع الزوج عن الإنفاق على زوجته	241
-128	الشرط الثانى: ألا يكون للزوج مال ظاهر	242
-129	(أ) ما يتبع فى تطليق الزوجة على زوجها الحاضر ...	242
-130	(ب) ما يتبع فى تطليق الزوجة على زوجها الغائب	
	غيبه قريبه	244
-131	وفاء الزوج بالنفقة أمام محكمة ثانى درجة	245
-132	(ج) ما يتبع فى تطليق الزوجة على زوجها الغائب	246

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	غيبية بعيدة	
133-	سريان أحكام المادة الخامسة على المسجون الذى	
246	يعسر بالنفقة.....	
134-	إثبات دعوى التطلق لعدم الإنفاق.....	247
135-	الدفع بنشوز الزوجة أثناء نظر دعوى التطلق لعدم	
248	الإنفاق	
136-	الامتناع عن الإنفاق لا يجيز طلب التطلق للضرر	249
137-	التطلق لعدم الإنفاق رجعى	250
138-	مراجعة الزوج لزوجته	250
139-	(ملغى)	252
140-	وجوب بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين	
	الزوجين طبقا للفقرة الثانية من المادة (18) من	
252	القانون رقم (1) لسنة 2000.....	
	موضوع رقم (16)	
	التطلق للعب	
253		
141-	أسباب التطلق للعب قسمان	253
	القسم الأول	
	التطلق للجب والخصاء والعنة	
254		
142-	شروط التطلق للجب والخصاء والعنة	256
143-	ما يتبع فى طلب التطلق للجب	260
144-	ما يتبع فى طلب التطلق للعنة والخصاء	260

رقم البند	الموضوع	الصفحة
145-	كيفية إصدار القاضى قراره بتأجيل الزوج لمدة سنة	269
	القسم الثانى	
	التطليق بسبب العيب المستحكم	
146-	النص القانونى.....	271
147-	المصدر التشريعى للنص.....	271
148-	شروط التطليق للعيب المستحكم.....	272
149-	هل يعتبر عقم الرجل عيبا يبرر طلب التطليق؟.....	279
150-	التفريق للعيب طلاق بائن.....	281
151-	(ملغى).....	282
152-	بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين	282
	موضوع رقم (17)	
	التطليق للضرر	
153-	النصوص القانونية.....	283
154-	المصدر التشريعى للتطليق للضرر.....	286
155-	شروط التطليق للضرر.....	288
	الشرط الأول	
	وقوع ضرر من الزوج	
156-	المقصود بالضرر.....	289
157-	أمثلة للضرر الذى يجيز التطليق.....	295
158-	أمثلة لما لا يعد ضرراً يجيز التطليق.....	310
	أحكام خاصة بالضرر	
159-	(1) يجب أن يكون الضرر من جانب الزوج.....	312

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-160	(2) يجب أن يكون الضرر واقعاً على الزوجة	314
-161	(3) يجب أن يكون الضرر متعمداً	314
-162	(4) لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول	315
-163	(5) عدم اشتراط تكرار الضرر	316
-164	(6) المناط في الضرر تحققه ولا عبء بإزالته	319
-165	(7) لا يشترط أن يكون الضرر سابقاً على رفع الدعوى	320
-	إثبات الضرر	320
-166	إثبات الضرر وفقاً للمذهب الحنفى	320
-167	كيفية سماع شهادة المرأتين	324
-168	عدم جواز إثبات الضرر بشهادة التسامع	324
-169	عدم قبول شهادة الأصول للفروع وشهادة الفروع للأصول	330
-170	جواز تدارك الشاهد ما يقع في شهادته من خطأ	331
-171	اشتراط موافقة الشهادة الدعوى	331
-172	اشتراط مطابقة الشهادة للوقائع المادية	335
-173	إثبات الضرر بالقرائن	335
-174	حجية الحكم الجنائي في إثبات الضرر أمام المحكمة التي تنظر دعوى التطلاق	337
-	الشرط الثاني	
	أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام	
	العشرة بين أمثال الزوجين	
		341

رقم البند	الموضوع	الصفحة
175-	المقصود بهذا الشرط.....	341
176-	معيار الضرر الذى لا يستطيع معه دوام العشرة بين	
	أمثال الزوجين	342
	الشرط الثالث	
	أن يعجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين	
177-	مضمون هذا الشرط.....	347
178-	بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الطرفين	
	طبقا للمادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000.....	350
179-	قضاء المحكمة فى دعوى التطلاق	353
180-	حالة تكرار الشكوى.....	354
181-	لا يشترط لرفع دعوى الطلاق الثانية واتخاذ إجراءات	
	التحكيم فيها النقاء الزوجين بعد رفض الدعوى الأولى.	361
182-	إجراءات التحكيم والقضاء فى طلب التطلاق	363
	بعض الأحكام الخاصة بدعوى التطلاق للضرر	363
183-	(1) إسقاط الحق فى طلب التطلاق	363
184-	(2) طرح وقائع جديدة للضرر أمام محكمة الاستئناف.	364
185-	(3) جواز استناد المحكمة فى وقوع الضرر إلى غير	
	صور الضرر التى استندت إليها المدعية.....	366
186-	(4) الحكم الصادر برفض دعوى النفقة للنشوز لا	
	يمنع من جواز نظر دعوى التطلاق للضرر	368
187-	(5) الحكم الصادر فى دعوى الطاعة لا يمنع من	
	جواز نظر دعوى التطلاق للضرر	368
188-	تغاير السبب فى طلب التطلاق للضرر وطلب التطلاق	
	لاستحكام الخلاف بين الزوجين	368

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-189	(ملغى)	369
	موضوع رقم (18)	
	التطليق للزواج من أخرى	370
-190	النص القانوني	370
-191	المصدر التشريعي للمادة من أحكام الفقه الإسلامى	371
-192	شروط التطليق للزواج بأخرى	375
-193	لا يشترط عدم مشروعية الغاية من الزواج الثانى	399
-194	تطليق الزوجة طلاقه بائنة	399
-195	إثبات الضرر	400
-196	إثبات زواج الرجل بأخرى	404
-197	تجدد حق الزوجة فى طلب التطليق	406
-198	عدم علم الزوجة الجديدة بزواج الزوج من سواها	406
-199	تطليق الزوج الزوجة الأخرى أثناء دعوى التطليق	407
-200	(ملغى)	408
-	التزامات الزوج والموثق	408
-201	أولاً : التزامات الزوج	408
-202	جزاء إخلال الزوج بالتزاماته	409
-203	ثانياً : التزامات الموثق	414
-204	جزاء إخلال الموثق بالتزاماته	416
-205	مخالفة التطليق للزواج بأخرى لأحكام الشريعة الإسلامية	417
-206	مدى دستورية المادة (11 مكررا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم	420

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	100 لسنة 1985	
	موضوع رقم (19)	
	التطليق للغيبة	
435		
435	النصوص القانونية.....	207-
435	آراء المذاهب الفقهية فى التطليق للغيبة والمصدر التشريعى لأحكام المادتين 12، 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929	208-
435	شروط التطليق للغيبة فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل)	-
437		
437	الشرط الأول: غياب الزوج مدة سنة فأكثر	209-
442	الشرط الثانى: أن يكون الغياب بلا عذر مقبول	210-
442	الشرط الثالث: أن تتضرر الزوجة من غيبة الزوج عنها	211-
445		
446	إجراءات القضاء بالتطليق	212-
450	(ملغى)	213-
450	وجوب بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين	214-
450	التطليق للغيبة طلاق بائن	215-
	موضوع رقم (20)	
	التطليق لحبس الزوج	
452		
452	النص القانونى.....	216-
452	آراء المذاهب الفقهية فى التطليق للحبس والمصدر	217-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	التشريعى للمادة.....	
218-	شروط التطلاق لحبس الزوج.....	453
219-	الإفراج عن الزوج المحبوس قبل الحكم فى الدعوى....	455
220-	اعتقال الزوج ومدى حق الزوجة فى طلب التطلاق.....	456
221-	إثبات الدعوى	458
222-	(ملغى)	458
223-	بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين	458
موضوع رقم (21)		
العدة		
224-	تعريف العدة.....	459
-	أنواع العدة	459
225-	النوع الأول: العدة بالحيض	459
226-	عدة ممتدة الحيض	463
227-	عدة ممتدة الطهر	464
228-	كيف يعرف انقضاء العدة بالحيض؟.....	464
229-	النوع الثانى: العدة بالأشهر	469
230-	النوع الثالث: العدة بوضع الحمل	475
231-	تحول العدة من نوع إلى آخر.....	476
232-	عدة مطلقة الفار من الميراث	477
233-	الفرقة التى تجب فيها العدة.....	479
234-	عدة الكتابية المطلقة من مسلم.....	480
235-	عدة غير المسلمة من غير مسلم.....	480

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	ما يجب على المعتدة	481
-	(أ) المعتدة من طلاق رجعى أو بائن	481
-236	(1) بقاء مدة العدة فى بيت الزوجية	481
-237	الرأى فى التزام المعتدة بالبقاء فى بيت الزوجية فترة العدة فى الآونة الحاضرة	484
-238	(2) عدم الخروج من بيت الزوجية	485
-239	الإحداد للمطلقة بائنا	486
-240	هل تجوز خطبة المعتدة من طلاق رجعى أو بائن؟	486
-	(ب) المعتدة من وفاة	486
-241	(1) البقاء مدة العدة فى بيت الزوجية	486
-242	(2) عدم الخروج من بيت الزوجية	487
-243	(3) الإحداد	487
-244	خطبة المعتدة من وفاة	488
	موضوع رقم (22)	
	الخلع	
-	أولاً : الخلع فى الفقه الإسلامى	489
-245	الخلع لغة	489
-246	معنى الخلع شرعا	489
-247	الأدلة الشرعية للخلع	490
-248	الحكمة من الخلع	492

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-249	وقوع الخلع.....	493
-250	آثار الخلع.....	494
-251	هل يقع الخلع أثناء الحيض؟.....	497
-252	التكليف الفقهي للخلع.....	498
-253	الآثار المترتبة على التكليف الفقهي للخلع.....	498
-254	هل يشترط رضا الزوج بالخلع إذا خالعتة الزوجة؟..	498
-255	رأى محكمة النقض في موافقة الزوج على الخلع.....	502
-256	البذل في الخلع.....	502
-257	هل يجوز للزوج المخالعة بأكثر من مهر الزوجة؟.....	503
-258	هل يحرم على الزوج أخذ العوض في الخلع إذا كان النشوز من جانبه؟.....	504
-259	نهى المرأة عن الخلع بدون مبرر.....	505
-260	المرأة التي يجوز لها المخالعة.....	505
-261	أهلية الزوج للخلع.....	506
-262	أهلية الزوجة للخلع.....	506
-263	خلع الوكيل.....	506
-264	خلع عديمة الأهلية.....	506
-265	خلع ناقصة الأهلية.....	506
-266	خلع المريضة مرض الموت.....	507
-267	خلع الأجنبي.....	507
-268	الفرق بين الخلع والطلاق على مال.....	507

رقم البند	الموضوع	الصفحة
269-	ما يتفق فيه الخلع والطلاق على مال.....	507
	(ثانيا)	
	الخلع فى القانون رقم (1) لسنة 2000	
	بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات	
	التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية	
270-	النص القانونى.....	509
-	(مادة 20)	509
271-	الخلع فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة	
	بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (الملغى).....	516
272-	الأساس الشرعى للخلع كما أوردته المذكرة	
	الإيضاحية للقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار	
	قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى	
	مسائل الأحوال الشخصية	518
	(ب) الخلع بتراضى الزوجين	
273-	كيفية حصول الخلع بتراضى الزوجين	519
274-	الخلع بدون بدل	519
275-	أثر عدم النطق بالصيغة	520
276-	هل يجوز التراضى على الخلع بأكثر من التنازل عن	
	جميع الحقوق المالية الشرعية للزوجة ورد الصداق؟ ...	520
277-	هل يجوز أن يقع الخلع بالإشارة أو بالكتابة ؟	520
278-	الإشهاد على الخلع	521
279-	توثيق الخلع	521
280-	ما لا يجوز التخالع عليه	521

رقم البند	الموضوع	الصفحة
281-	حالة وجود معاملات مالية بين الزوجين.....	521
-	(ب) الخلع بحكم القضاء	521
-	إجراءات وأحكام دعوى التطليق للخلع.....	522
-	المحكمة المختصة بنظر الدعوى	522
282-	(أ) المحكمة المختصة نوعيا بنظر الدعوى.....	522
283-	(ب) المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى.....	522
284-	صحيفة الدعوى.....	523
285-	الحقوق المالية الشرعية التي يرد عليها التنازل	526
286-	رد الزوجة الصداق الذى أعطاه الزوج لها	527
287-	متى يحصل رد الصداق الذى قبضته الزوجة ؟	527
288-	المنازعات التى تثور بشأن مقدار عاجل الصداق الذى أعطاه الزوج للزوجة	528
	(أ) حالة عدم تسمية عاجل الصداق بالعقد	528
	(ب) حالة ادعاء الزوج دفع أكثر من المسمى فى العقد	528
289-	محاولة المحكمة الصلح بين الزوجين	530
290-	ندب حكمين لموالة مساعى الصلح بين الزوجين	531
291-	يجوز للمتزوجة زواجا عرفيا طلب التطليق للخلع	532
292-	قضاء المحكمة بالتطليق للخلع.....	533
293-	حالة عدم توافر شروط الدعوى.....	534
294-	عدم قابلية الحكم الصادر فى دعوى التطليق للخلع للطعن	534
295-	دستورية النص على عدم قابلية الحكم الصادر فى دعوى التطليق للخلع للطعن	536

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-296	حالة انعدام الحكم الصادر فى دعوى التطليق للخلع	542
-297	جواز الطعن فى شق الحكم الصادر فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانتة ...	542
-298	اعتداد الزوجة من اليوم التالى لصدور الحكم	543
-299	عدم سقوط حق المطلقة فى مسكن الحضانة	543
-300	عدم سرىان الحكم الوارد بالمادة (20) على غير المسلمين متحدى الطائفة والملة	544
-	محتويات المجلد الرابع	547

ثم بحمد الله وتوفيقه المجلد الرابع