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 التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية:

«ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج – فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ – 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 ١٩٣١ – ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، أردفت 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 استثناها 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 اللاتى 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

إعنات للمرأة يتمثل فى تعليقها على ذمة زوج عقد عليها بزواج عرفى 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 ثابتا بأية كتابة، وفى 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 فى إطلاقه تشجيع على الزواج العرفى طالما أن المرأة يمكنها التخلص منه بالتطليق فى أى وقت.

٩٨- مضمون الاستثناء:

مقتضى هذا الاستثناء أن تقبل دعوى التطليق أو فسخ الزواج، عند إنكار الطرف الآخر الزوجية – إذا كان الزواج عرفيا – ليس ثابتا بوثيقة رسمية – ثابتا 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، وللغيبة 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 طلقة بائنة.

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 تحريما قطعيا

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 يتحد 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 ١٩٣١ الذى أقيمت الدعوى فى ظل سريانه.

(طعن رقم 227 لسنة 72ق «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 التطليق أو الفسخ دون غيرها إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة»، وعبارة «دون غيرها» تفيد قصر الاستثناء على قبول دعوى التطليق أو الفسخ دون أية دعاوى أخرى مترتبة على التطليق أو الفسخ.

فلا تقبل من الزوجة – مثلا – دعوى نفقة الزوجية المستحقة لها قبل الطلاق، أو نفقة العدة أو دعوى الصداق[1].

٠٠٠- يشترط ثبوت الزواج العرفى بأية كتابة :

اشترطت الفقرة الثانية من المادة (١٧) لقبول دعوى التطليق أو الفسخ أن يكون الزواج العرفى ثابتا بأية كتابة.

فقد استعمل المشرع تعبير «ثابتا بأية كتابة» ولم يستعمل تعبير «ثابتا بالكتابة» لأن العبارة الأخيرة تفيد وجود عقد زواج عرفى مكتوب بين الزوجين، يحمل توقيع الشاهدين، أى عقد أعد لإثبات الزوجية.

أما عبارة «ثابتا بأية كتابة» فتفيد الكتابة مطلقا، فلا يشترط وجود عقد زواج عرفى مكتوب.

وهذه الكتابة قد تكون رسمية أو عرفية، ولو كانت الورقة محررة بقصد إثبات أمر آخر إذا كان الزواج ثابتا فيها.

ولم يشترط النص أن تكون الكتابة صادرة بخط الزوج المنكر للزوجية أو عليها ترقيعه. فالمناط فى هذه الأوراق أن تكون دالة بذاتها على وجود الزوجية، مستوفية لأركانها وشروطها.

---

(1) **غير أننا لا نساير المشرع فيما ذهب إليه فى المذكرة الإيضاحية للقانون من أنه:**

«وغنى عن البيان أن الحكم بالتطليق فى مثل هذه الحالات لا يترتب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفى بما يحرر الزوجة منها ويفتح لها آفاق الدخول فى زوجية شرعية موثقة، ولا يترتب على ذلك الحكم بالتطليق ما يترتب من الآثار الأخرى للحكم بالتطليق فى زواج رسمى موثق» – ذلك أن التطليق فى الزواج العرفى، شأنه شأن التطليق فى زواج موثق، تترتب عليه كافة آثار الطلاق لأن الزواج العرفى زواج صحيح شرعا، غاية الأمر أنه لا تقبل من المطلقة فى زوج عرفى الدعاوى الناشئة عن التطليق.

فالمشرع وإن أراد ألا يغلق باب الرحمة على الزوجات اللاتى وقعن فى مشكلة الزواج العرفى فأتاح لهن سماع دعاواهن بالتطليق أو الفسخ، رأى فى ذات الوقت أن الزوجة التى تتزوج بعقد عرفى ليست جديرة بحماية أخرى تجاوز قبول دعواها 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[1].

---

(1) وكانت المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (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 ١٩٣١.

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج تقل 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 قيدا 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 إنكارا لأن القاعدة الفقهية أنه لا ينسب لساكت قول.
ولا يلزم أن يكون الإنكار صريحا، فيجوز أن يكون ضمنيا. ويعتبر تقدير الإنكار من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض.

وقد قسمت المادة حوادث الطلاق فى 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 إمضاؤه، كما فعلت فى الحوادث التى تندرج فى القسم الثانى – ومن ثم فإنه لا يشترط أن تكون هذه الأوراق صادرة بخط المتوفى أو عليها إمضاؤه. فالمناط فى 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 ينبنى 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 إمضاؤه، ولم يشترط النص أن تكون الأوراق الرسمية المثبتة للطلاق، صادرة من الموظف المختص بتحرير إشهاد الطلاق، وإنما يكفى أن تكون ثابتة بأى ورقة رسمية ولو كانت الورقة محررة بقصد إثبات أمر آخر إذا كان الطلاق ثابتا 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 ثابتا= (بأوراق رسمية) بينما اشترطت الفقرة الرابعة لسماع الزوجية أو الإقرار بها أن تكون =

والقيد المذكور يتضمن استثناء على قواعد إثبات الطلاق المنصوص عليها فى الراجح من المذهب الحنفي.

وقد نص الشارع على هذا القيد استنادا إلى ما هو مقرر شرعا أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولى الأمر أن يمنع قضائه عن سماع بعض الدعاوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعا 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.