

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 مكلفاً فلا يكون عدم الإنفاق حال العسرة سبباً 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 التلطيق 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 التلطيق 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 تنفق 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 القاضى فى الحال أى دون إمهاله، بقوله: «فسخت نكاحك منه أو طلقتك منه».

(١) وفى الفقه المالكي إذا تطوع شخص آخر بالإنفاق على الزوجة حتى يوسر الزوج قريبا للزوج أو أجنبيا عنه سقط حقها فى طلب التطلاق لاندفاع حاجتها بذلك (الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٥٨٦).

(٢) راجع فى هذا الفقه: حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥١٩.

(٣) عمر عبد الله ص ٥١٤ - دمنهور الابتدائية بتاريخ ٢٩/١٢/ ١٩٥٧ الدعوى رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٥.

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- «التطبيق 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 في هذا الموضوع فبعضها اعتبر الإجراءات التي تمت قبل تعذر الإعذار ملغاة وكلفت المدعية بإعادة إعلانه في مواجهة النيابة على اعتبار أن المدعى عليه معسر غائب - وبعضها أعذر إليه في مواجهة النيابة وفرق بين المتداعيين بعد ذلك - وبعضها فرق بدون اعذار - ومن حيث إن الأخذ بالرأى الأول غير وجيه لأن الإجراءات التي 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 في مواجهة النيابة لا يحقق الغرض منه لأنه يراد به حمل المدعى عليه على الإنفاق في 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 في ذلك أن تعذر الإعذار في الغيبة القريبة يوجب إلحاق الغيبة القريبة بالغيبة البعيدة في 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 في غير وقته الذى حدده القانون⁽¹⁾.

(1) 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 فى الطعن ٦٦ لسنة ١٩٧٨ ق، وبتاريخ ١٩٨٠ / ٤ / ٢ فى الطعن ١٥ لسنة ١٩٧٧ ق، وبتاريخ ١٩٨٥ / ٤ / ٦ فى الطعن رقم ١ لسنة ١٩٨٥ ق، وبتاريخ ١٩٨٦ / ١٢ / ٢٢ فى الطعن رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٦ ق (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.

١٢٥ - 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 27 ق «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 سنة 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 كالشأن فى أى رجعة أخرى، وإنما يجب توافر شرطين.

١- ثبوت إيساره بحيث يظن قدرته على إدامة 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 فقل 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 رجعيًا. 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 جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين طبقاً

للفقرة الثانية من المادة (١٨) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

(راجع الجزء الثانى بند 65)

